

YÜRÜRLÜĞÜNÜN 70. YILINDA FİKİR ve SANAT ESERLERİ KANUNU

İstanbul Barosu Fikri ve Sinai Haklar Komisyonu



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İSTANBUL BAROSU
FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR KOMİSYONU

YÜRÜRLÜĞÜNÜN 70. YILINDA
FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

YAYINA HAZIRLAYAN

İSTANBUL BAROSU
FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR KOMİSYONU

Av. Muazzez YILMAZ / Koordinatör

Av. Burcu ASLAN / Koordinatör

Av. Dr. Remzi Tamer PEKDİNÇER / Başkan

Av. Deniz DİNAR UĞUR / Başkan Yardımcısı

Av. Deniz Merve ERSOY PINAR / Genel Sekreter

Dr. Öğr. Üyesi R. Eda GİRAY / Divan Kurulu Üyesi

Av. İrem TOPRAKKAYA / Divan Kurulu Üyesi

EDİTÖRLER

Av. Dr. Remzi Tamer PEKDİNÇER

Av. Dr. Ozan Ali YILDIZ

İstanbul Barosu Yayınları

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60

Yayın Kurulu: (0216) 585 21 74

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

SUNUŞ

Saygıdeğer meslektaşlarımız,

1 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe giren 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun’a esas teşkil eden kanun tasarısını hazırlayan Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch, “Anılarım” isimli kitabında, bu kanunun hazırlık sürecinden söz eder. Sayın Hirsch, Milli Eğitim Bakanlığı’nın talebi üzerine 1941 yılında hazırladığı Telif Hakları Kanunu Taslağı’nın başlangıçta unutulduğunu, sonrasında muhtemelen Halide Edip Adivar’ın 16 Haziran 1948’de Cumhuriyet Gazetesi’nde, telif hakkının korunmasını ve yabancı dilden kitap çevirme özgürlüğünün sınırlandırılmasını sağlayacak yeni bir kanundan bahsettiği yazısı sonrasında bu defa Adalet Bakanlığı’nın talebi üzerine yeniden çalışmalara başladığını aktarır (Hirsch, Ernst E., Anılarım-Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi, Tübitak Yayınları, Ankara, 13. Basım 2017, s. 373 vd.). Sayın Hirsch, bu tasarıda meslek birliklerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte, o yıllarda hak sahiplerinin kendi menfaatlerini koruma konusunda gereken enerjik çabayı göstererek meslek birliklerini kuracaklarından pek ümidi olmadığını ifade eder. Bu nedenle, meslek birliklerinin oluşturulması konusunda Kanun yürürlüğe girdikten 6 ay içinde kendi arzularıyla meslek birliklerini oluşturamadıkları takdirde devletin müdahale hakkı doğacağına ilişkin hüküm eklenmiştir. Buna rağmen, Hirsch’i doğrular biçimde, ülkemizde ilk meslek birliği 1986 yılında kurulmuştur. Salt bu süreç dahi, ülkemizde telif hakları bilincinin geçmişten günümüze geldiği noktayı anlamak bakımından önemlidir.

Fikir ve sanat eserleri hukukunun temel amacı; düşünsel veya sanatsal bir faaliyet neticesinde eser meydana getiren kişilerin bu eser üzerindeki fikri hakları ile icracı sanatçıların, fonogram veya film yapımcılarının ve yayıncıların bağlantılı haklarını korumak ve toplumun diğer fertlerinin bu eserlerden hangi koşullarda yararlanabileceğini belirlemektir. Düşünsel ve sanatsal üretimin öngörülebilir bir sınırının olmadığı ve özellikle teknolojik gelişmeler neticesinde bir eserden yararlanmak için geliştirilen yöntemlerin sürekli çeşitlendiği dikkate alınacak olursa, ülkemizde bu hukuk sahasını düzenleyen temel kanun niteliğindeki 5846 sayılı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yürürlüğünün 70. yılını tamamlamış olması yadırganabilir. Özellikle 12.6.1995, 3.3.2001, 12.3.2004 ve 8.2.2008 tarihlerinde yapılan geniş çaplı revizyonlar ile kanun günün ihtiyaçlarına uygun hale getirilmeye çalışılsa da hala pek çok konuda kanunun revize edilmesi ve çağın gereklerine uygun birtakım yeni düzenlemelerin kanuna eklenmesi ihtiyacı görülmektedir.

İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu tarafından, ileride yapılacak olası bir kanun değişikliği sırasında istifade edilebileceği düşüncesiyle, bu alanda faaliyet gösteren uygulamacıların ve akademisyenlerin fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin makale ve karar inceleme yazılarından oluşan bir derleme eser hazırlama kararı alınmıştır. Kıymetli meslektaşlarımızın gösterdiği yoğun katılım ile 21 adet makale ve karar incelemenden oluşan bu derleme eser ortaya çıkmıştır. Katılım gösteren tüm meslektaşlarımıza esere sundukları katkıdan ötürü teşekkür ederiz.

Kanaatimce fikri mülkiyet hukukunun uzun yıllar ihmal edilmesinin ve istenilen seviyelere gelememesinin bir diğer önemli sebebi de bu kanundan doğan uyuşmazlıkların 1990'lı yılların sonuna kadar Asliye Ticaret Mahkemelerinde çözümlenmeye çalışılmasıdır. Mahkemelerin binlerce ticaret hukukunun temel uyuşmazlıklarının yanında FSEK'ten kaynaklanan uyuşmazlıklara yeterince yoğunlaşmaması, hak sahiplerinin haklarına ulaşmasını zorlaştırmış ve belirlenen tazminatların da düşüklüğü bu alanda hak arama özgürlüğünü bile ortadan kaldırmıştır. Yaklaşık 23 yıldan beri faaliyette bulunan ihtisas mahkemeleri ile bu alanın önemi her geçen gün daha fazla anlaşıyor. Ayrıca genç meslektaşlarımızın bu alana gösterdikleri yoğun ilginin şahsımı ziyadesiyle mutlu ettiğini de belirtmek isterim. Nitekim elinizdeki bu değerli çalışmanın kısa zamanda ortaya çıkmasında emeği geçen ve titizlikle çalışan genç meslektaşım Av. Dr. Ozan Ali YILDIZ'a teşekkür ederim.

Bu yayının hazırlanması sırasında bizlere yardımcı olan önceki dönem komisyon Başkan Yardımcısı Av. H. Oğuz MÜFTÜOĞLU'na, komisyon üyesi Av. İrem TOPRAKKAYA'ya ve İstanbul Barosu'nun kıymetli çalışanlarına teşekkürü bir borç biliriz.

Komisyon olarak çalışmalarımıza her türlü desteği veren İstanbul Barosu Başkanı Sayın Av. Mehmet DURAKOĞLU'na, komisyonumuz koordinatörleri olan Av. Muazzez YILMAZ'a ve Av. Burcu ASLAN'a da özellikle şükranlarımızı sunarız.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bu çalışmada yer alan yazılar, İstanbul Barosu’nun veya İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu’nun kurumsal görüşünü değil; yazarların kişisel görüşlerini yansıtmaktadır.

İstanbul Barosu
Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu Başkanı
Av. Dr. R. Tamer PEKDİNÇER

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	vii

BİRİNCİ BÖLÜM:

ESER KAVRAMI VE ESER TÜRLERİ

İsviçre ve Türk Hukukunda Fikir ve Sanat Eserlerindeki “Hususiyet” Kavramına Öğreti ve Yargının Bakışı	3
Dr. Öğretim Üyesi Eray Aksın ATAR	3
Kaynak Kodların Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Korunması ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar.....	27
Av. Ertuğrul AKINCI.....	27
Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019/285 E. 2019/7339 K. 20.11.2019 T. Sayılı Kararı Işığında Karakter Ürünleştirilmesine Konu Edilen Tiplerlerin Korunması	47
Arş. Gör. Şeyma IŞIK YAŞLI	47
Fotoğrafik Eserler	77
Av. Teknail ÖZDERYOL (LL.M.)	77

İKİNCİ BÖLÜM:

ESER SAHİPLİĞİ

Çalışanların Yarattıkları Eserler Üzerinde İşverenin Hak Sahipliğinin Hukuki Niteliği	91
Av. İrem TOPRAKKAYA (LL.M.).....	91

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

ESER SAHİBİNİN HAKLARI VE BU HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 5 Nisan 2021 Tarihli Kararı Işığında Umuma Erişilebilir Kılma Hakkına İlişkin Hak Sahipliğinin Değerlendirilmesi..... 111

Dr. R. Tamer PEKDİNÇER 111

Eserin Yok Edilmesini Önleme Hakkı ve Eser Sahibi ile Malik Arasında Yaşanabilecek Uyuşmazlıklar..... 125

Emir ACAR..... 125

Fikri ve Sınai Haklar Kapsamında Parodi 137

Av. Berk KARAYEL 137

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:

ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

Karar İncelemesi Vesilesiyle Hirsch'e / Bağlantılı Haklara / Sinema Oyuncularının Hukuksal Durumuna Dair..... 151

Prof. Dr. Herdem BELEN / Av. Gülcan KARAKAŞ 151

BEŞİNCİ BÖLÜM:

MESLEK BİRLİKLERİ

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Toplu Hak Yönetimi Kapsamında Meslek Birliklerine Dair Düzenlemeler ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar..... 175

Av. Dr. Barış ŞENSOY / Av. Sinan HASSAS 175

Toplu Hak Yönetimine Genel Bir Bakış 205

Av. Hande KIRKOYUN ARARAT 205

Telif Hakları Alanında Meslek Birliği Yönetmeliğinin Meslek Birlikleri Açısından İncelenmesi..... 209

Yetkin YOKUŞOĞLU (LL.M) 209

ALTINCI BÖLÜM:

HUKUKİ İŞLEMLER

Eser Üzerindeki Mali Haklara İlişkin Borçlandırııcı İşlemler Geçerlilik Şekline Bağlanmış mıdır? - FSEK m. 52’ye İlişkin Bir Yorum Denemesi..... 253

Prof. Dr. Burak ÖZEN 253

Mali Hak Devir Taahhüdü..... 267

Av. Mehmet Ünsal CANDEMİR 267

YEDİNCİ BÖLÜM:

HUKUK VE CEZA DAVALARI

Çoklu Tazminat Talebinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Hukuki Talepler Arasındaki Yeri..... 297

Dr. Ozan Ali YILDIZ..... 297

FSEK’nun Kırık İncisi; 68. Madde! 309

Av. H. Oğuz MÜFTÜOĞLU 309

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Md. 71/1-1: “Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz” Suçu 357

Av. Nil PEMBEÇİ..... 357

Yer Sağlayıcıların Telif Hakkı İhlalinden Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu 397

Av. Mutlu YILDIRIM KÖSE / Av. Merve ÇİMEN SEVİNE..... 397

SEKİZİNCİ BÖLÜM:

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN DİĞER HUKUK DALLARI İLE İLİŞKİSİ

**Rekabet Kurulu’nun K. 22-16/273-122 T. 07.04.2022 Kararı’nın Fikir ve Sanat Eserleri
Perspektifinden İncelemesi..... 407**

Av. Gülenay ÇAPKINOĞLU / Av. Ayşe Besray SAVAŞ 407

DOKUZUNCU BÖLÜM:

TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNA YANSIMALARI

NFT’lerin Metaverse’teki Yeri ve Fikri Mülkiyet..... 419

Av. Deniz Merve ERSOY PINAR 419

**Yapay Zekadan İstifade Edilmek Suretiyle Vücuda Getirilen Eserler Üzerindeki Mali ve
Manevi Hakların Sahipliği ve Bu Eserlerin NFT’ye Çevrilmesine Dair Bir İnceleme.. 443**

Av. Haydar Başar SAYIN / Stj. Av. Gökçe YAVUZCAN..... 443

BİRİNCİ BÖLÜM:
ESER KAVRAMI VE ESER TURLERİ

İsviçre ve Türk Hukukunda Fikir ve Sanat Eserlerindeki “Hususiyet” Kavramına Öğreti ve Yargının Bakışı

Dr. Öğretim Üyesi Eray Aksın ATAR*

I. GENEL OLARAK

Hususiyet, fikri eserlerin korunmasına yönelik kanuni bir düzenlemeye sahip her ülkede kendisine yer edinmiş bir kavramdır. Ancak ülkelerin çoğu hususiyeti farklı şekillerde isimlendirmiş ve ona farklı anlamlar bahşetmiştir.

Türk Hukuku’nda Kanun’da yer alan hususiyet Arapça bir kelimedir ve sözlük anlamına baktığımızda “özellik” ve “ileri derecede tanışıklık, ahabplık, yakınlık” şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹. Kanun’da hususiyet kelimesinin “özellik” anlamıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Başta Anglo-Sakson ülkeleri ve bu ülkelerden etkilenen hukuk sistemleri olmak üzere birçok ülkeye bakıldığında hususiyetin “*original*” ve “*originality*” kelimeleri kullanılarak ifade edildiği görülmektedir. İngiltere², Amerika Birleşik Devletleri, İspanya, Yunanistan, Tunus, İrlanda gibi ülkelerde “*original*” teriminin tercih edildiği görülmektedir³.

Özellikle Kara Avrupası hukuk sisteminin hakim olduğu diğer ülkelerde ise hususiyet, orijinal gibi tek bir kelimedenden ziyade kelime grubuyla ya da edebi, sanatsal eserlerdeki yaratıcılık gibi bir cümleyle ifade edilmeye çalışılmıştır. Hususiyet, Fransa’da “*oeuvres de l’esprit*”, Hollanda’da “*ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst*”, Almanya’da “*persönliche geistige Schöpfungen*”, İsviçre’de “*individuellen Charakter*”, İtalya’da “*opere dell ingegno di caratere cerativo*” gibi kelime ve kelime gruplarıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemelere de baktığımızda hususiyetin karşılığı olarak,

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı, erayaksinatar@klu.edu.tr.

¹ <https://sozluk.gov.tr>.

² İngiliz Hukukunda, 1988 Copyright, Design and Patents Act (CDPA)’da kendisine yer bulmuş olan bu kavram, orijinal edebi drama, müzik ve sanatsal eserler şeklinde ifade edilmektedir. İngiliz öğretisi ve yargısında da orijinallikten anlaşılması gerekenin ne olması gerektiğine dair tartışmalar mevcuttur. Özetle, bir görüş; yeterli derecede yetenek, muhakeme gücü ve emek aranması gerektiğini, diğer bir görüş ise; emek ve yetenek yanında eser için yapılan bir yatırımın bulunması gerektiğini savunmaktadır. **Vallés, Ramon Casas**, The Requirement of Originality, Research Handbook on the Future of EU Copyright, (Ed. Derclaye, Estelle), Cornwall, 2009, s. 102.

³ **Vallés**, s. 106.

kişiyi özgü alamet, bireysel fikri yaratım, yaratıcı aklın ürünü, yaratıcılık ve yaratım gibi kelime ve kelime gruplarının kullanıldığı görülmektedir⁴.

Başlıca uluslararası düzenlemelerden biri olan Bern Sözleşmesi'nde orijinallik kavramının açık olarak tanımına yer verilmediği görülmektedir. Sözleşmede eser sahibinin, bir eser meydana getirirken eserin orijinal olması, eşsiz olması gibi şartların aranacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Bern Sözleşmesi m. 2/V'te "*Ansiklopedi ve antolojiler gibi içerikleri seçme ve düzenlemelerden oluşan ve fikri yaratıcılık oluşturan edebiyat veya sanat eseri derlemeleri, bu gibi derlemelerin bölümlerini oluşturan her eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla korunacaktır.*" şeklinde edebiyat ve sanat eseri derlemelerinin fikri bir yaratıcılık taşıması gerektiği ifade edilmiştir⁵. Fikri yaratıcılık kavramı da aslında hususiyeti karşılamayı amaçlamaktadır.

II. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA HUSUSİYETE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER VE HUSUSİYETİN TANIMLANMASINA İLİŞKİN ÖĞRETİ VE YARGI KARARLARINDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Hukuku

1. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda fikri eserin, FSEK kapsamında korunan bir eser olarak değerlendirilebilmesi için aranan belirli şartlar söz konusudur. Fikri bir eserin varlığı ancak bu şartların o eser üzerinde ortaya çıktığının belirlenmesiyle kabul edilebilir⁶. Fikri bir ürünün FSEK kapsamında eser olarak kabul edilebilmesi için şu şartların arandığından bahsedilebilir;

- Eser fikri/düşünsel bir çabanın sonucunda ortaya çıkmalıdır
- Eser yaratıcısının hususiyetini taşımalıdır
- Eser şekillenmiş olmalıdır

⁴ Vallés, s. 106.

⁵ Vallés, s. 102.

⁶ Cherpillod, Ivan, SHK - Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, (Hrsg. Müller Barbara/Oertli Reinhard), Bern, 2012, URG 2, N. 2.

- Eser FSEK m. 1/B kapsamında sayılan eser türlerinden birine dâhil olmalıdır⁷.

Fikri bir eserin var olabilmesi için aranılan hususiyet şartı FSEK m. 1/B’de yer alan düzenlemeden anlaşılmaktadır. Türk Hukuku’nda hususiyet kavramına değinilen başkaca düzenlemelere de yine FSEK’te yer verilmiştir.

Hususiyete ilişkin ilk düzenleme eserin tanımının da yapıldığı FSEK m. 1/B’de karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre “*Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeye bakıldığında hususiyetten ziyade esere ilişkin bir tanıma yer verildiği ve hususiyet kavramına da bu tanımda eser için aranılan bir şart olarak yer verildiği görülmektedir. Aynı şekilde FSEK m. 1/B’de işlenme eser için verilen “*Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri*” tanımında da hususiyet kavramına, işlenme eserin varlığı için aranan bir şart olarak yer verilmiştir. Benzer yönde bir düzenleme FSEK m. 6’da, “*İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve İşliyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu kamuna göre eser sayılır*” şeklinde kaleme alınmış ve yine hususiyete, işlenme eser sayılabılmenin bir şartı olarak yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler haricinde hususiyet kavramına, manevi hakların korunmasına yönelik FSEK m. 16/III çerçevesinde eserde değişiklik yapılmasını menetmek başlığı altında “*Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir*”, hükmünde de yer verilmiştir.

⁷ **Baş, Kadir**, “*Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında Resim ve Heykeller Üzerinde Eser Sahipliği ve Bu Eserlerden Doğan Hakların Kapsamı*”, Hukuk ve Sanat, (Ed. Ünver Yener/Yenerer-Çakmut Özlem), Ankara, 2016, s. 124; **Yılmaz, Canan**, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarına Göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007), s. 37; **Şahin, Ayşenur**, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul, 2010, s. 17; **Klett, Alexander/Sonntag, Matthias/Wilske, Stephan**, Intellectual Property Law in Germany, München, 2008, s. 61; **Suluk, Orhan/Orhan, Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt: II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 2005, s. 118; **Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 81; SHK-**Cherpillod**, URG 2, N. 1.

2. Öğretide Hususiyet Kavramı

Öğretide hususiyet kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda iki temel görüş ileri sürülmüş, bu görüşlerin ortaya çıkışının temelini ise FSEK'in uygulanma çevresinin sınırları teşkil etmiştir. İlk görüşe göre, bir fikir ve sanat eserinin, sahibinin hususiyetini yansıtmaması gerektiğinden anlaşılması gereken şey daha önce var olmayan önceki eserlere benzemeyen, yani daha önce var olan bir eserle ilişkisi olmayan orijinal bir eserin ortaya çıkarılmasıdır.

Diğer bir görüşe göre ise, her fikir ve sanat ürünü daha önce meydana gelmiş fikir ve sanat eserinden yararlanacağından ötürü sahibinin özelliklerini yansıttığı takdirde ki bu eser türüne bağlı olarak açık ve belirgin şekilde dahi olmayabilir, eser sahibinin hususiyetini taşıdığı kabul edilecektir. Ancak her insanda var olan yeteneklerle ortaya koyulabilen, herkes tarafından, fikri bir çaba gerekmeksizin meydana getirilebilen eserler ise korunmayacaktır.

Öğretide her yazar hususiyet kavramını diğer yazarlardan farklı bir şekilde açıklamaya çalışmış ve bir bakıma bu tanımlarına hususiyetlerini katmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz iki görüşün oluşmasına sebebiyet veren bu tanımlara bakacak olursak;

Arslanlı, kanunun uygulama alanının daraltılmaması adına hususiyet için fikri bir üründe nispeten bir bağımsızlığın bulunmasının yeterli olduğu görüşündedir⁸.

Ateş, hususiyetten anlaşılması gerekenin, eseri meydana getiren gerçek kişinin esere katmış olduğu kişisel özellikler olduğu görüşündedir⁹.

Ayiter, eserlerde hususiyetin az veya çok belirgin olabileceğini, eserin zihni verim sonucunda oluşacağı ve ortaya çıkan bu eserin mevcut olan eserlerden daha farklı olması gerektiği görüşündedir¹⁰.

Bayamlıoğlu, eserin korunması için bir orijinalitenin aranması gerektiği ancak her eserde var olması gereken belirli bir kalitatif nitelik aranmaması, yaratıcısının fikri ürünü olarak

⁸ **Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954, s. 6.

⁹ **Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara, 2012, s. 34.

¹⁰ **Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara, 1981, s. 43, 44.

kabul edilen her çalışmanın, estetik veya bilimsel değerine bakılmaksızın korumadan faydalanması gerektiği görüşündedir¹¹.

Bellican, hususiyeti bir ifade biçimi tarz; üslup olmakla birlikte bir eseri diğerinden ayırmaya yarayan farklılık ölçütü olarak kabul etmektedir¹².

Bozbel, hususiyetin bazen şekil, bazen içerik, bazen de her ikisinde birden bulunabileceğini, hususiyetten anlaşılması gerekenin eser sahibinin yaratıcılığı olduğu ve herkesin yapabileceği şeylerin eser sahibinin hususiyetini yansıtmayacağı görüşündedir¹³.

Bozgeyik, hususiyetin varlığı için eserin her zaman yüksek bir orijinaliteye sahip olması ve eşsiz olması gerekmediği, eserin bağımsız bir fikri faaliyetin ürünü olması gerektiği görüşündedir¹⁴.

Erel, bir eserin sahibinin özelliğini taşıyor sayılması için bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece eserin, sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerektiği görüşündedir¹⁵.

Genç-Arıdemir, bir eser yaratılırken bilinçli veya bilinçsizce eserin taklit edilmediği, kopyalanmadığı, eser hırsızlığı yapılmadığı sürece esinlenmenin zorunlu olduğunu, dolayısıyla eser sahibinin daha önce var olan eserlerden hiçbir şekilde yararlanmadan, kendi yaratıcı çabasının sonucu ürünler meydana getirmesinin çok istisnai bir durum olduğunu, hususiyet kavramının dar yorumlanmaması gerektiğini, her bir eser için eser sahibinin üslubunda hususiyetin meydana geldiğini savunmaktadır¹⁶.

Gökyayla, eserin bağımsız bir fikri çalışmanın sonucunda ortaya çıkması gerektiği, sahibinin zekâ, bilgi, çalışma ve yaratıcılığını yansıtması ve ortaya çıkan eserin yeni bir fikri ürün niteliğinde olması gerektiği görüşündedir¹⁷.

¹¹ Bayamlioğlu, İbrahim Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2008, s. 119.

¹² Bellican, Cüneyt, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından "Hususiyet"", İKÜHFD, C. 7, S. 1, 2008, s. 69.

¹³ Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012, s. 36.

¹⁴ Bozgeyik, Hayri, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması, Ankara, 2010, s. 49.

¹⁵ Erel, Şafak, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", AÜSBFD, Sayı: 1-2, Cilt: 49, 1994, s. 144.

¹⁶ Genç-Arıdemir, Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul, 2003, s. 18.

¹⁷ Gökyayla, Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2001, s. 72.

Güneş, hususiyetin belirlenmesinde her somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımların olabileceğini, fikri ürün onu yaratanın kendine has bazı özelliklerini yansıttığı takdirde, eser sahibinin hususiyetinin varlığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁸.

Hirsch, hususiyet kavramını herkes tarafından meydana getirilememekle açıklamaktadır. Eser yaratıcı bir çalışmanın ürünü olabilir ve bu yaratıcılık eser sahibinin hususiyetini muhteva eder¹⁹.

Kılıçoğlu, sahibinin hususiyetini taşımaktan anlaşılması gerekenin yenilik kavramı olduğunu, daha önceden var olanın tekrarının fikri eser olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır²⁰.

Suluk/Nal, üslup, anlatım gibi kavramların fikri ürün korumasında yeterli olmadığı, fikri ürünü yaratanın, onu meydana getirirken serbest bir biçimlendirme alanına sahip olması gerektiği, fikri üründe, genelin üstünde bir özelliğin var olması gerektiği, fikri ürünün aynı alandaki diğer eserlerle arasında mesafe olması gerektiği görüşündedirler²¹.

Öngören, bir eserden esinlenmenin, ilham almanın mümkün olduğu ancak bu esinlenme veya ilham almanın başkasının eserini gaspa veya intihale veya taklide varacak ölçütte olmaması gerektiği, eser sahibinin kendi emeği sonucunda, var olanlardan önemli ölçüde değişik bir ürün meydana getirmesi gerektiği ve meydana gelen eserde, eser sahibinin izlerine rastlanması gerektiği görüşündedir²².

Öztan, bir eserde eser sahibinin yaratıcılığından söz edebilmek için eserin yaratılması sırasında eser sahibinin kişisel özelliklerini ortaya koyabileceği bir alanın mevcut olması gerektiğini savunmaktadır. Meydana gelen eserdeki yaratmanın seviyesinin yeterli seviyeye gelip gelmediği ise daha önceden var olan eserlerle mukayesesi sonucunda karar verilebilecek bir olgudur²³.

¹⁸ **Güneş, İlhami**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2015, s. 62.

¹⁹ **Hirsch, Ernst**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948, s. 131.

²⁰ **Kılıçoğlu, Ahmet**, “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel, 2013, s. 1586.

²¹ **Suluk, Cahit/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, (Karasu Rauf) Ankara, 2021, s. 40 vd.

²² **Öngören, Gürsel**, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri, İstanbul, 2010, s. 15.

²³ **Öztan**, s. 92.

Öztrak, her fikir ve sanat eserinin daha önce var olanlardan yararlanabileceğini fakat bu yararlanmanın bir sınırının olması gerektiğini ve meydana gelen eserin kişisel bir çalışmanın sonucu olduğu hallerde ve nisbi de olsa kendine has bir özelliğe sahip olduğu durumlarda hususiyetin varlığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir²⁴.

Suluk/Orhan, hususiyetin varlığı için çalışmayı yapan kişinin ferdi özelliklerinin çalışmaya aksetmesi ve eser meydana getirilirken rutin ve sıradan faaliyetin aşılması gerektiği görüşündedir²⁵.

Şahin, fikri bir ürün oluşturulurken daha önceki eserlerden yararlanılmasının mümkün olduğu, daha önceki eserlerden yararlanılmasına rağmen meydana getirilen fikri ürünün sahibinin fikri çalışması sonucu ortaya çıkması ve onun özelliğini yansıtmasının yeterli olacağı görüşündedir²⁶.

Tekinalp, hususiyetin kendisini üslupta göstereceği, fikri eserde, eser sahibinin anlatımının diğer eserlerden farklılık arz etmesi gerektiği, bu anlatımın iyi veya kötü olmasının bir öneminin bulunmadığı, önemli olanın üslubun eser sahibine özgü olması gerektiği düşüncesindedir ve hususiyetten söz edilebilmesi için belirli bir düzeye ihtiyaç olduğunu, bu düzeyin de eserin sıradan bir eser olmaması şeklinde ortaya çıktığını savunur²⁷.

Tosun, sahibinin hususiyetini taşıyan kavramından bahsederken, eser sahibiyle ilişkisi kurulabilen, çok yüksek seviyede olmasa da belirli bir düzeyde yaratıcılık taşıyan eserlere eser sahibinin hususiyetini tanımak gerektiği ve her eser tipinin niteliğine göre değerlendirme yapılmasını gerektiği görüşündedir²⁸.

Velidedeoğlu, fikri eserlerde, eseri yaratanın kişiliğinin yansımasının görünmesi gerektiği, ilim ve edebiyat eserinde, eser sahibinin o alandaki kişisel yetkinliğinin, musiki eserinde, yaratıcı ve doğurucu kişisel ilhamlarının, güzel sanat eserinde ise eser sahibinin kişiliğinin meydana konulması gerektiği görüşündedir²⁹.

²⁴ *Öztrak, İlhan*, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1977, s. 14.

²⁵ *Suluk/Orhan*, s. 144.

²⁶ *Şahin*, s. 23.

²⁷ *Tekinalp, Ünal*, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 105.

²⁸ *Tosun, Yalçın*, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, 2013, s. 71.

²⁹ *Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet*, “Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar”, İÜHFM, Cilt: 5, 1939, s. 132.

Yarsuvat, hususiyetin varlığını İngiliz ve Fransız Hukuku temelli orijinallik kavramıyla açıklamaya çalışmaktadır. Eserin, sahibinin özelliğini, düşünce veya şekilde yansıtabileceğini savunmaktadır ve eserde var olması gereken orijinallik her eserin türüne göre aranmalıdır³⁰.

Eser sahibi, dış dünyaya yansıtmak istediği düşünce ve duygularını bir açıklama vasıtasıyla gerçekleştirir. Bu açıklama vasıtası herkesin meydana getirebileceği şekilde ve yaratılması özel yetenek gerektiren şekilde birleşerek dış şekli meydana getirir. Ortaya çıkan bu şekil eser sahibinin hususiyetini yansıttığı takdirde, eser korunmaya layıktır. Düşünce ve duyguların açıklanması, açıklanan hususun belli bir iç düzene sahip olmasını da gerektirir ki bu da iç şekli oluşturur. İç şekil, eserin sunuluş tarzının, eserde yer alan düşünce ve duyguların belirli bir kompozisyon, sıra içerisinde ifade edilişidir³¹. Fikri bir eserde aranan hususiyet, eserin içeriğini oluşturan düşüncede olabileceği gibi esere verilen şekilde veya ikisinde birden olabilir. Şöyle ki, herkesin bildiği bilgileri bir araya getiren kişinin yarattığı eserin korunmayacağını baştan söylemek doğru olmayacaktır. Somut olayda meydana gelen eserde şekli yönden korumayı gerektirecek bir yön olup olmadığı da ayrıca incelenecektir³².

3. Yargı Kararlarında Hususiyet Kavramı

Yargıtay verdiği kararların bir kısmında hususiyet kavramını açıklamaktan ziyade hususiyetin aranması gereken durumlarda bilirkişi incelemesi yoluna gidilmesi gerektiği yönünde bir görüş ortaya koymaktadır³³. Mahkeme kararları incelendiğinde bilirkişinin, çoğu zaman hususiyet ihtilafına ilişkin eser türüyle ilgili daha önce çalışmaları bulunan kişilerden

³⁰ **Yarsuvat, Duygun**, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1977, s. 52.

³¹ **Öztan**, s. 70, 71.

³² **Rehbinder, Manfred/Viganó, Adriano**, OFK – Orell Füssli Kommentar, URG Kommentar Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sowie Sachregister, (Hrsg. Reh binder Manfred/Viganó Adriano, Zürich, 2008, URG 2, N. 1; **Öztan**, s. 94.

³³ Yargıtay, 11. HD., E. 2004/2772, K. 2004/12672, T. 21.12.2004, “... Bilirkişilerce raporda, zorunlu benzerlikler olacağından, bağımsız bir çalışma ve emek unsurunun varlığı halinde özgünlüğün kabulü gerektiği belirtildikten sonra, soyut olarak davacının bu bağımsız çalışmayı yaptığı kabul edilerek, kopyalanmak suretiyle esere saldırının varlığından söz edilmiş ise de bu bağımsız emek unsurunun neler olduğu da açıklanmamıştır. Anılan Yasa'nın 2/3. maddesinden her nevi haritanın eser niteliğinde olduğu anlamı çıkıyor ise de, yasanın korumasından yararlanacak bir eser niteliğinde olup olmadığı, bu hükmün 1/B maddesi hükmüyle birlikte değerlendirilerek sahibinin özelliklerini taşıyıp taşımadığının tespitine bağlıdır. Bu durumda, mahkemece aralarında haritacılık konusunda uzman bir bilirkişinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulu oluşturularak, bir haritanın özgün nitelikli olup olmadığının, dava konusu haritanın sahibinin özelliklerini yansıtıp yansıtmadığı, yansıtır ise bunların neler olduğu hususunda rapor alınmak, gerektiğinde dava konusu haritanın nasıl meydana getirildiği yolunda davacının da beyanına başvurulmak suretiyle, sonucuna göre bir hüküm kurulmak gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır...”, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, e.t: (13.12.2021).

seçildiği görülmektedir. Bilirkişilerin yazdığı raporlarda da çoğunlukla ihtilaf konusu eser üzerinde hususiyetin var olduğu ya da yok olduğu şeklinde bir sonuca vardıkları hatta bazı durumlarda mahkemenin de isteği doğrultusunda fikri ürünün eser niteliğini haiz olup olmadığına dair hükme vardıkları görülmektedir³⁴. Mahkemelerin hususiyete ilişkin vermiş oldukları kararlarda, hususiyetin varlığının ancak uzman bilirkişiler tarafından takdir edilebileceği, hususiyet kavramının hakim hukuki bilgisi dışında olduğu ifade edilmektedir³⁵. Oysa mahkemelerin vermiş olduğu bazı kararlarda hususiyet konusunda bilirkişinin görüşüne katılmadığı da görülmektedir³⁶. Kanun’da hususiyetin bir tanımına yer verilmemiş olduğundan bilirkişinin aslında hukuki bir kavram olan hususiyetin eser üzerinde varlığı ya da yokluğunu hangi kıstaslara göre değerlendirmesi gerektiği de ayrıca tartışılması gereken bir konudur. Alanında uzman bilirkişi, hususiyetin varlığı için gerekli hukuki şartların neler olması gerektiğini değil söz konusu bu belirli hukuki şartların eserin o alandaki diğer eser türleriyle de kıyaslanması sonucunda var olup olmadığını değerlendirmelidir. Hususiyetin var olup olmadığına karar verecek olan kişi hakimdir³⁷.

Mahkemelerin vermiş oldukları kararlarda hususiyeti tanımlamaya çalıştığı da görülmektedir. Mahkemelerin hususiyet için yapmış olduğu tanımlara baktığımızda çoğu tanımın birbiriyle benzer olduğu göze çarpmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay’ın

³⁴ İstanbul Anadolu 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/416, K. 2018/244, T. 05.07.2018, “... bir fikri ürünün 5846 sayılı FSEK 1/B ve 2/1. maddeleri uyarınca sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebi eser vasfında olup olmadığı hususunun belirlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektirir. Bu konudaki bir uyuşmazlık halinde, mahkemece bilirkişi görüşü alınmalıdır...”, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022)

³⁵ Ankara BAM., 20. HD., E. 2019/1763, K. 2021/1134, T. 23.09.2021, “... Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca da bir fikri ürünün sahibinin hususiyetini taşıyan eser olup olmadığının tespiti hakim hukuki bilgisi dışında kalan özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu hususta konunun uzmanı ya da uzmanlarından oluşan bilirkişi görüşü alınmalıdır...”, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

³⁶ Y. 11. HD., E. 2014/12308, K. 2014/19759, T. 15.12.2014, “... Mahkemece görüşüne başvurulmuş bilirkişi heyeti, dava konusu düdüklü tencere resminin grafik eser vasfında bulunmadığını mütalaa etmiştir. Ancak, mahkemece bu görüşe iştirak edilmeyerek söz konusu resmin asansör kapısına giydirilmesi suretiyle kapı açılıp kapanması hareketi ile düdüklü tencerenin de kapağının açılıp kapanması fikrinin sonuçta yaratıcısının hususiyetini içeren kavramsal eser niteliğinde olduğu gerekçesiyle dava kabul edilmişse de; esasen eser vasfını taşımayan düdüklü tencere resminin bir ilan olarak asansör kapısına uygulanması suretiyle ona hareketlilik sağlanması fikrinin ifade biçimine dönüştürülmesinde, söz konusu düşünce yaratıcılığının ilanın ticari ilgi ve etki yaratma amacı dışında tek başına FSEK 1/B bendi kapsamında hususiyet içeren eser haline dönüştüğünün kabulü mümkün bulunmamaktadır...”, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

³⁷ SHK-Cherpillod, URG 2, N. 33. İstanbul BAM., 16. HD., E. 2018/2226, 2021/828, T. 15.04.2021, “... davacı stant tasarımının eser türlerinden birine girip girmediği ve hususiyet içerip içermediği konusunda rapor alınarak karar verilmesi gerekirken, yetersiz incelemeyle dayalı bilirkişi raporu ile karar verilmesi yerinde görülmemiş, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulüne, kararın HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince kaldırılmasına, dosyanın Dairemizin kararında işaret edilen hususlarda yargılamaya devam edilmesi için mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir...”, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

ve diğer Mahkemelerin vermiş olduğu kararlarda karşımıza çıkan hususiyet tanımları şu şekildedir; “... Şüphesiz, *"hususiyetin"* daraltıcı anlamda yorumu suretiyle, mutlaka üst düzeyde yaratıcılık ve orijinallik içermesi gerektiği düşüncesi benimsenemez. Ancak, öte yandan *"hususiyetin"* geniş anlaşılması da eser olmayan ürünlere bu niteliğin tanınması aracı yapılmamalıdır...³⁸”, “... sahibinin hususiyetini taşıması, başka bir anlatımla “özgün olma” “yaratıcı özellik taşıması” (sübjektif koşul) ’un bulunması gerekmektedir...³⁹”, “... bir eser üzerindeki hakkın, yani korumanın konusunu “fikir” değil, onun maddi bir araç üzerine tespit edilmekle bağımsız bir özellik kazanan ve şekillenen ifade ediliş biçimi oluşturur. Bu ifade tarzı FSEK 1/B maddesinde yer alan “sahibinin hususiyeti” yani anlatım biçimi “üslup” da kendisini gösterir. Eser “hukuken” eleştirel yargılara göre değil, düzeyli bir fikri faaliyet sonucu olup olmamasına göre tanımlanır...⁴⁰”, “... kendinden önce ortaya konmuş benzerlerine göre özgün bir niteliğe sahip olması...⁴¹”, “... “hususiyet”, sıradan olmamayı ve belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılığı gerekli kılar...⁴²”.

Yargıtay tarafından verilen kararlara bakıldığında hususiyet için yaratılan esere ilişkin farklılık diğer bir deyişle daha önce başka eserlerde kullanılmamış olma niteliğinin ön plana çıkarıldığı görülmektedir⁴³. Yargıtay’ın da haklı olarak eleştirdiği bazı mahkeme kararlarında

³⁸ Ankara BAM., 20. HD., E. 2019/1763, K. 2021/1134, T. 23.09.2021, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

³⁹ YHGK., E. 2003/4-260, K. 2003/271, T. 02.04.2003, **Yavuz, Levent**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (Alca, Türkyay/Merdivan, Fethi), Cilt: I, Ankara, 2014, s. 63. Benzer bir karar için bkz. İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/256, K. 2020/66, T. 11.02.2020, “... kendinden önce ortaya konmuş benzerlerine göre özgün bir niteliğe sahip olması gerekir...”, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

⁴⁰ Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/337, K. 2021/5, T. 12.01.2021, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

⁴¹ İstanbul BAM., 16. HD., E. 2020/1746, K. 2020/1757, T. 21.10.2020.

⁴² Y.11 HD., E. 2006/934, K. 2007/4555, T. 13.03.2007, **Yavuz**, s. 88.

⁴³ İstanbul BAM., 16. HD., E. 2018/1331, K. 2021/1442, T. 05.03.2021, “... Mahkemece davacının çalışmasının hususiyet taşımadığı, güzel sanat eseri olma kriteri taşımadığı, teknik benzerlik olsa da davacının ödevine konu görsel ile davalının reklam görselinin benzemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece üç kişilik bilirkişi heyetinden alınan kök raporda, davacının projesinin yayınlanma tarihi, davalının reklam kampanyasından önce olmakla birlikte, baştan aşağıya boya dökülmesinin kendi başına özgün bir buluş niteliği taşımadığı, başka boya dökülme örneklerini içeren görsellerin internette çeşitli stok sitelerinde mevcut olduğu beyan edilmiştir. Davacı vekilinin itirazları üzerine ek raporda; matbaa makinelerinin kullandığı CMYK renk skalasının kullanım şeklinin teknik benzerlik olduğu, kullanım şekli itibarıyla hususiyet taşımadığı, tasarımcılar ..., ... isimli sanatçıların daha önce, baştan aşağıya boya dökülmesi fikrini afişlerinde kullandıkları beyan edilmiştir. Gerçekten de ek rapor içeriğinde yer verilen görsellerden, baştan aşağıya boya dökme fikrinin daha önce başka sanatçılar tarafından afişlerde kullanıldığı ve hususiyet taşımadığı anlaşılmıştır. Davacı vekili dilekçelerinde, davacının “...” isimli çalışmasında, baştan aşağıya boya dökülürken CMYK renklerinin kullanılmasının hususiyet taşıdığını ileri sürmüşse de, bilirkişi heyeti, davalı afişinde CMYK renk skalasının kullanım şeklinin teknik benzerlik olduğu ve hususiyet taşımadığını, beyan ettiklerinden, raporun işin uzmanı bilirkişilerden oluşturulan heyet tarafından düzenlendiği, denetime elverişli olduğu, davacının çalışmasının hususiyet içermediği ve eser vasfında olmadığı kanaatiyle, mahkemece davanın reddi kararının yerinde olduğuna,

ise kopya edilmeye layık bir eserin hususiyet içerdiğine yönelik kararlar verildiği görülmektedir⁴⁴.

FSEK kapsamında yer alan her bir eser korunmaya layıktır. Bu eserin bir baş yapıt olması gerekmez. Bir baş yapıta nazaran daha sıradan bir eser de aynı koruma imkanlarından yararlanabilir. Mahkeme tarafından verilen bir kararda geçen “... *bir eserdeki hususiyet seviyesinin yükselmesinin telif hukukunda daha güçlü bir korumaya mazhar olması anlamına geldiğini...*” ifadesi de tartışmaya açıktır⁴⁵. Hususiyet seviyesinin yüksekliği bir eserin korunmasında daha güçlü bir korumayı gerektirmez. Hususiyet seviyesi bir eserin korunup korunmayacağına belirlenmesinde yerine getirilmesi gerekli bir şarttır. Mahkeme kararlarına bakıldığında hususiyetin bir eserdeki iktibas sınırlarının ve esinlenmenin olağan düzeyde olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan bir ölçüt olduğu görülmektedir. Eserin intihal içerip içermediğinin tespitinde hususiyetin varlığı dikkate alınmaktadır⁴⁶.

Mahkemeler her bir eser türü için hususiyetin belirlenmesinde çeşitli kıstaslar geliştirmeye çalışmaktadır. Örneğin, “... *Fotoğrafta orijinallik için yargı içtihatlarında kabul edilen koruma eşiği düşük olup, fotoğrafçının konu seçimi, kullandığı film-malzeme, pozlama, ışığın kullanımı, kamera açısı, fotoğrafın çekiminde seçilen an gibi unsurlar ile birlikte seçilen konuya ilişkin veri-bilgi sunma amacının telif hakkı koruması tanımak için yeterli olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, bir fotoğrafın ortaya çıkarılmasındaki şu üç aşamadaki seçimlerin*

davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir...”, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

⁴⁴ Y.11 HD., E. 2006/934, K. 2007/4555, T. 13.03.2007, “... *Mahkemenin karşılaştırmalı hukuka yollama yaparak benimsediği bir diğer görüş olan “kopya edilmeye değer bir ifadenin korunmaya değer” eser olacağına ilişkin gerekçesi ise, bir fikri çabanın eser sayılması için salt çoğaltılmaya değer bulunması ölçütünün yeterli olacağı ve eser olup olmadığı hususunda başka bir araştırmaya gerek olmadığı sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Aksi takdirde, izinsiz olarak çoğaltılan ancak sıradan nitelikteki röportajları, spor müsabakalarını aktaran çekimler vb. fikri ürünler de eser addedilir. Oysa “hususiyet”, sıradan olmamayı ve belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılığı gerekli kılar...*”, **Yavuz**, s. 88.

⁴⁵ İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2016/96, K. 2019/321, T. 19.07.2019, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

⁴⁶ Y. 11 HD., E. 2011/1271, K. 2013/873, T. 17.01.2013, “... *Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, her iki eserde de baba, oğul ilişkisi beklentilerdeki çatışmanın neden olduğu olayların gelişimi, kurgusu, anlatımı, geçtiği sosyal ve coğrafi çevrenin farklı olduğu, davacının romana karakteristiğini veren unsurların filmde intihali düşündürcek biçimde işlendiğinin kanıtlanmadığı, duygu çatışması, sevginin gösterilmesindeki sorunlar, bunların aile bireyleri üzerindeki etkisi, evrensel temalar olduğu için salt her ikisinde de bu tür çatışmaların konu edinilmesi yeterli olmayıp bu doğal çatışmalara bağlı bazı duygu ve düşünceler aynı sonucu ama farklı üslup, ifade ve kurgu ile anlatılması intihali kabule yeterli olmadığı, eserler arasında olayların geçtiği ortam, öykü, olayların kurgusu, gelişmesi farklı olduğu gibi bunları yansıtan öykü ve sinema dilinin de farklı olduğu, dolayısıyla her iki esere orijinallik veren unsurların anonim konular olup üzerinde tekel oluşturulması mümkün olmayan unsurlara ilişkin olması nedeniyle kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmiştir...*”, **Yavuz**, s. 100.

herhangi birinde orijinallikten söz edilebilecektir: 1) fotoğrafta yer alan objelerin dirilişi & aranjmanı, ışık ve kameranın seçimi vb. ön belirlemelerde. 2) Çekim anı ve çekim açısına ilişkin belirlemelerde. 3) Çekimden sonra fotoğraf üzerinde yapılacak müdahalelerde...”⁴⁷. Söz konusu bu karardan da anlaşıldığı üzere fotoğraf türü eserler bakımından hususiyet düşük bir seviyede aranmaktadır⁴⁸.

Oysa bazı edebiyat eserleri bakımından düşük seviyede bir hususiyet eserin korunması için yeterli görülmemektedir. Örneğin, “... Mahkemece iddia, savunma, toplanılan deliller, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dilekçelerin çok istisnai olarak sahiplerinin kişisel yorum ve araştırmaları itibariyle korunan eser niteliğinde olabileceği, bunun için kullanılan bilginin ilk defa avukat tarafından savunuluyor olması, kamusal alana girmemesi, fikri bir yaratıcılığı ortaya koyması gerektiği, dava dilekçelerinin de dahil edilebileceği ilim ve edebiyat eseri kategorisinde düzeyi düşük anlatım ve bilimsel eserlerde yetersiz bilginin bir hususiyeti içermeyeceği, hususiyetin sıradan olmamayı ve belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılığı zorunlu kıldığı, davacıya ait dilekçelerin belli bir düzen içerisinde, sistematik olarak ilgili kanun maddelerine, yargı kararlarına, doktrine ve konunun öneminden ötürü sıklıkla SPK raporuna atıf yapılarak hazırlandığı, dilekçelerde belirli bir kurgu oluşturulduğu, bu kurgu çerçevesinde müvekkilin uğradığı mağduriyet ve talep sonucuna götürecek olayın açıklandığı, ilgili dilekçelerde vakıalarla birlikte bu vakıaları ispatlayacak delillere de kısmen atıf yapıldığı, bu açıdan bakıldığında HMK’da öngörülen somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirildiği, her ne kadar dilekçelerin hazırlandığı dönemde HMK yürürlükte değil ise de HUMK uygulamasında dilekçelerde somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi gerektiğinin kabul edildiği, somutlaştırma yükü ile birlikte dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlardan olan hukuki sebeplere de dilekçede yer verildiği yani, davacı tarafça kanun gereğince dava dilekçesinde bulunması gereken hususlara yer verilmekle birlikte özgünlük ve sahibinin hususiyetini yansıtması bakımından daha ön plana çıkabilecek öğelere rastlanılmadığı, dilekçelerde doktrinel atfın ise, birkaç sefer kullanıldığı, genel kabul görmüş maddi hukuka ilişkin görüşlerin kanun maddeleri verilmek suretiyle kısa açıklamalarla dilekçelere eklendiği, uygulamada da sıklıkla kullanıldığı üzere içtihat metinlerine de yer verildiği, bu itibarla, dilekçenin eser olarak kabulü için gerekli görülen, ilk defa savunuluyor

⁴⁷ İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/187, K. 2021/54, T. 09.02.2021, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

⁴⁸ İsviçre Hukuku ile ilgili bilgi almak için bkz. II, B, 1.

olma, kamusal alana girmeme, fikri bir yaratıcılığı ortaya koyma gibi koşulları taşımadığı, dilekçenin orijinal olması koşulu aranmasa da belli bir düzeyde hususiyeti taşıyor olma şartını gerçekleştirmediğinden eser niteliğine haiz olmadığı ... davanın reddine karar verilmiştir ...”⁴⁹. Mahkeme vermiş olduğu bu kararda her türden edebi eser için değil edebi eser kategorisinde değerlendirilen avukat dilekçesi için yüksek düzeyde bir hususiyetin varlığını aramıştır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, bir binanın güzel sanat eseri olarak kabul edilebilmesi için kanaatimizce ağır bir koşul olarak, tek ve eşsiz bir estetik niteliğe sahip olmayı aramaktadır⁵⁰.

İşlenme eser de sahibinin hususiyetini taşımalıdır. Ancak Yargıtay, diğer eser türlerinde aranan ölçüde fikri bir yaratıcılığı, işlenme eserlerde aramamaktadır⁵¹.

B. İsviçre Hukuku

1. Genel Olarak

İsviçre Hukuku’nda da Kanun’da hususiyetin ayrıca bir tanımına yer verilmemiştir. URG Art. 2/I’de eserin tanımı olarak, *“amacı ve değerine bağlı kalmaksızın, kişiye özgü alamete sahip olan sanatsal ve edebi fikri yaratımlardır”* düzenlemesine yer verilmiştir. Söz

⁴⁹ Y. 11. HD., E. 2015/12923, K. 2017/2724, T. 09.05.2017, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, e.t.: (03.05.2022).

⁵⁰ Yargıtay, 11.HD., E. 2014/1006, K. 2014/9150, T. 13.05.2014, *“Davacı, mimar olduğunu, çizimlerini yaptığı 30 adet dubleks deniz evi villasında yapılacak değişikliklerin eser sahibi olması nedeniyle kendisinin iznine tabi olduğunu, ancak kendisinden izin alınmadan davalı mimara tadilat projesi çizdirildiğini, oysaki eserin kendisine ait olması nedeniyle eserde yapılacak tadilatı çizme ve ücretini alma hakkının da kendisine ait bulunduğunu, davalı hakkında icra takibine geçtiğini ancak davalının itirazı sonucu takibin durduğunu ileri sürerek ... talep ve dava etmiştir ... Mahkemece benimsenen bilirkişi raporlarında söz konusu binanın mimari eser niteliğinde olduğu hususunda bir görüş açıklanmadığı gibi, esasen bir binanın FSEK 4/3 maddesi anlamında güzel sanat eseri olabilmesi için tek ve eşsiz nitelikte estetik unsuru bünyesinde bulundurması gerekmektedir. Somut uyumsuzlukta aynı projeden 30 adet üretilen binaların her birinin bağımsız birer güzel sanat eseri olarak kabul edilmek suretiyle 30 adet güzel sanat eserine tecavüz edildiğinden bahisle sonuca varılması doğru görülmemiştir ...”* **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, e.t.: (02.01.2021).

⁵¹ Yargıtay, 4. HD., E. 1971/12331, K. 1972/1080, T. 11.02.1972, *“FSEK. özelliği dar değil geniş anlamda almış, örneğin, bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten eserlerinin külliyat haline konulmasını, belli bir amaca göre ve belli bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibini, başkasına ait bir eserin yorum veya açıklama yahut kısaltmasını da eser olarak kabul etmiştir (md.6). Her ne kadar aynı maddenin ikinci fıkrası, bu tür işlenmelerin eser sayılabilmesi için işleyenin özelliğini taşıması gerektiği koşulunu kabul etmiş ise de, buradaki özellik, hiçbir zaman yaratıcı bir fikri çalışma niteliğinde olmayıp, daha ziyade eser sahibine mal edilebilecek olan nispeten müstakil bir fikir emeğinin varlığı yeterli görülmüştür.”*, **Suluk/Orhan**, s. 232.

konusu bu tanımda yer alan “*kişiyeye özgü alamet*” (*individuellen Charakter*) kavramı Türk Hukuku’nda yer alan hususiyeti karşılamaktadır⁵².

Kişiyeye özgü alamet kavramına, URG Art. 2/III (tekrar) ve IV, Art. 3/I, Art. 4/I, Art. 29/II ve IV’te de yer verilmiştir. 2019 revizyonu sırasında URG Art. 2/III (tekrar)’te, fotoğrafik tasvirler ve fotoğrafa benzer bir süreçle üretilen üç boyutlu nesne tasvirleri kişiyeye özgü alamete sahip olmasalar dahi eser olarak kabul edilmiştir⁵³. Diğer bir deyişle bu eserler için kişiyeye özgü alamete sahip olma şartı göz ardı edilmiştir. Söz konusu bu eserler için daha kısa bir özel koruma süresi de Art. 29/II’de düzenlenmiştir. Kişiyeye özgü alamete sahip fotoğraflar diğer eserler gibi yetmiş yıllık koruma süresinden yararlanırken, kişiyeye özgü alamete sahip olmayan fotoğraflar elli yıllık bir süreyle korunacaktır⁵⁴. Örneğin, amatör bir aile veya tatil fotoğrafı dahi eser olarak korunacaktır⁵⁵. Art. 29/IV’te ise söz konusu bu eserler için Art. 30 ve 31 hükümlerinin uygulanmayacağına yer verilmiştir. Söz konusu bu değişiklikler İsviçre’de yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Federal Mahkeme’nin güvenlik görevlisi olarak çalışan Christoph Meili’nin çekilen fotoğrafı⁵⁶ ve Aargau Yerel Mahkemesi’nin Nicolas Hayek’in ailesinin havuz başında çekilen fotoğraflarının⁵⁷ korunmayacağına ilişkin kararları sonrasında korunacak fotoğrafa ilişkin belirlenen kıstaslar eser niteliğini haiz fotoğrafların kapsamını büyük ölçüde daraltmıştır. Profesyonel fotoğraf sanatçıları başta olmak üzere fotoğrafla ilgilenen büyük çoğunluk kişiyeye özgü alametten ne anlaşılması gerektiğinin anlaşılamadığını, çektikleri fotoğrafların korunup korunmayacağına belirsiz olduğunu ve bu yasal belirsizliğin kendilerini zor durumda bıraktıklarını ifade ettiler. Haksız rekabetin yeterli düzeyde koruma sağlamadığını ve yasal belirsizliğin ortadan kaldırılmasını isteyenler kişiyeye özgü alameti ön plana çıkarmayan

⁵² Sanatsal ve edebi terimi bir sınırlandırma amacıyla değil Bern Sözleşmesi’nde kullanılan terimden hareketle tercih edilmiş bir terimdir. Dolayısıyla kişiyeye özgü alamet şartının yalnızca sanatsal ve edebi eserlerde aranması gerektiği diğer eser türlerinde bulunmasına gerek olmadığı söylenemeyecektir. **Egloff, Willi**, Das Neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, (Hrsg. Egloff, Willi/Barralet, Denis), Bern, 2020, URG 2, N. 12.

⁵³ Parlamento, profesyonel fotoğraf sanatçılarını korumak adına 2019 yılında gerçekleştirilen revizyonda böyle bir düzenlemeye gitmiştir. **Egloff**, URG 2, N. 2.

⁵⁴ **Reinhard, Oertli**, “*Neues Urheberrecht für Fotografien*”, sic! 2020, s. 603; **Jürg, Simon/Mezger, Nick**, “*Die neue Urheberrechtsrichtlinie der EU (2019/790) — Leistungsschutzrecht, «Upload-Filter», Fotografie und ihr Verhältnis zur schweizerischen Urheberrechtsrevision*”, EuZ, 2019, s. 139.

⁵⁵ Fotoğraf bir insan ürünü olarak ortaya çıkmalıdır. Güvenlik kamerası, radar kamerası gibi cihazların çekmiş olduğu fotoğraflar bu kapsamda değerlendirilmez. **Jürg/Mezger**, s. 141.

⁵⁶ BGE 130 III 174. Özellikle bu kararda basın fotoğrafçısı olan Gisela Blau’nun doğru zamanda, doğru yerde, doğru kişinin, doğru bir kompozisyonda çekmiş olduğu fotoğrafının korunmaya değer görülmemesi öğretide eleştirilmiştir.

⁵⁷ Kararın eleştirisi için bkz. **Schütz, Christoph**, sic! 2013, s. 237 vd.

bir yasal düzenlemenin hazırlanmasını talep ettiler. Ancak daha önce fotoğraflarının eser olarak korunmadığından şikayet eden profesyonel fotoğraf sanatçıları dahi kişiye özgü alamet şartının tamamen göz ardı edildiği böyle bir düzenlemenin uygulamaya faydadan çok zararının olacağını belirtmişlerdir⁵⁸. Öğretide bazı yazarların yalnızca fotoğraf eserleri ve üç boyutlu nesne tasvirlerine yönelik böyle bir düzenleme diğer eser türleri için hatta iki boyutlu nesne tasvirleri için dahi öngörülmediğinden düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu dahi ileri sürülmüştür⁵⁹. 01.04.2020 tarihi itibarıyla fotoğraf eserleri ve fotoğrafa benzer bir süreçle üretilen üç boyutlu nesne tasvirlerinin eser olarak korunabilmesi için gereken kişiye özgü alamete sahip olma koşulu kaldırılmıştır. Ancak eser olarak korunabilmek için aranan diğer şartlar söz konusu bu eserler için geçerliliğini devam ettirmektedir. Söz konusu bu eserlerde kişiye özgü alametin varlığı ise incelenmeye yine devam edecektir. Zira kişiye özgü alamete sahip olan fotoğraf eserleri ve fotoğrafa benzer bir süreçle üretilen üç boyutlu nesne tasvirleri ile buna sahip olmayan eserler arasında koruma süresi yönünden bir farklılık yaratılmıştır. Dolayısıyla yapılan kanuni düzenleme sonucunda bu tip eserler bakımından korumanın önemli ölçüde genişlediği ancak başlangıçta hedeflenen kişiye özgü alamet şartındaki belirsizliği ortadan kaldırarak tartışmalara son verme amacına da ulaşamadığı görülmektedir. Düzenlemeyenle birlikte yeni bir belirsizlik nesnelerin iki boyutlu mu üç boyutlu mu olduğu konusunda da ortaya çıkmıştır. Sonuçta fotoğraf sanatı, profesyonelden amatöre eser olarak koruması en geniş fikri ürün olarak karşımıza çıkmıştır⁶⁰.

URG Art. 2/IV'e göre, bir eserin parçaları, taslağı ve başlığı da kişiye özgü alamete sahip olma şartını sağladığı takdirde eser olarak kabul edilecektir.

URG Art. 3/I'de de işlenmelerin ancak kişiye özgü alamet şartını sağladığı takdirde eser olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenlemeye derlemeler açısından da URG Art. 4/I'de yer verilmiştir. Söz konusu tüm bu düzenlemeler incelendiğinde kişiye özgü alamete ilişkin bir tanıma ulaşılamamakta ve kişiye özgü alametin şartları, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin öğretiyi bırakıldığı görülmektedir.

⁵⁸ **Walter, Giulia**, "Der neue Art. 2 Abs. 3bis URG – Die Umkehrung des Urheberrechts?", sic! 2021, s. 378.

⁵⁹ **Walter**, s. 377.

⁶⁰ **Walter**, s. 379.

2. Öğreti ve Yargı Kararlarında Hususiyet Kavramı

1922 tarihli Kanun döneminde Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlarda korunan bir eserde kişiye özgü alametin varlığı için eserin, orijinal ve sahibinin kişiliğinden şekillenmiş yaratıcı bir faaliyetin izini taşıması gerektiği kabul ediliyordu⁶¹. Öğretide eser sahibinin kişiliğinin bir parçasının esere yansıtılmış olması gerekliliği şartı eleştirilmiştir⁶². Mahkemeler vermiş oldukları kararlarda bir eserin korunabilmesi için eserin, sahibinin kişiliğinden bir parça taşımasını, belirgin karakteristik özelliklere sahip olmasını ve diğer eserlerden önemli ölçüde farklılaşmasını arıyorlardı⁶³.

İlerleyen yıllarda Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlarda kişiye özgü alamet kavramının yumuşatılmaya çalışıldığı görülmektedir⁶⁴. Mahkemeye göre orijinallik veya sahibinin kişiliğinin bir parçasının esere yansıtılması her eser türü olarak aynı yüksek seviyede aranmamalıdır. Bunun yerine gerekli kişisel nitelik ortaya çıkan eserde, yaratıcısının hareket özgürlüğüne bakılarak istenmelidir⁶⁵. Mahkemeler, yıllar içerisinde belirgin orijinallikten (originalité marquée), basit orijinallığe (originalité simple) doğru değişen bir görüş ortaya koymuştur⁶⁶. Ortaya konan eser bakımından yaratıcısının hareket özgürlüğü eserin yaratılış sürecinde kısıtlıysa aranacak olan kişiye özgü alamette bu oranda sınırlı olmalıdır⁶⁷. Bazı eserler açısından eser sahibi eseriyle bütünleşmekte diğer bir deyişle o kişiden başkasının o eseri yaratmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Oysa eser sahibinin hareket özgürlüğünün olmadığı eserler açısından ise eser sahibinin eseriyle bağı bu denli yoğun olmayabilir. Bu tip eserlerde eser sahibinin ortaya koymuş olduğu minimum düzeyde yaratıcılık dahi eserin korunmasını sağlayabilir⁶⁸. Özellikle teknik bilgi gerektiren bazı eser türlerinde, örneğin, mimari projeler ve bilimsel eserlerde, eser sahibinin hareket kabiliyeti alanının sınırlı

⁶¹ BGE 110 IV 102, 105.

⁶² SHK-**Cherpillod**, URG 2, N. 16.

⁶³ BGE 117 II 468.

⁶⁴ BGE 59 II 405.

⁶⁵ OFK-**Rehbinder/Viganó**, URG 2, N. 1; BGE 113 II 190, 196; BGE 177 II 466, 468.

⁶⁶ **Walter**, s. 381.

⁶⁷ İsviçre'de yerel mahkemeye konu olan bir olayda mezar taşları yapan bir heykeltıraş, yapmış olduğu bir mezar taşına ilişkin fikri hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, mezar taşlarının eser olarak korunabileceğini, heykeltıraşın hareket özgürlüğünün de sınırlı olduğunu kabul etmiş ancak ortasında bir haç bulunan, üzerinde Meryem ya da başkaca bir Hristiyan sembolünün yer aldığı iki kanatlı mermer bloktan yapılan mezar taşının uzun yıllardır Avrupa ve İsviçre'de kullanıldığını bu tarz mezar taşlarıyla mezarlıklarda defalarca kez karşılaşıldığını dolayısıyla korunmaya değer bir eserin varlığından da bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Luzern AG 05.12.2002, 449, 452, sic!2004, s. 663 vd.

⁶⁸ SHK-**Cherpillod**, URG 2, N. 19. Benzer yönde Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 136 III 225, 229.

olduğundan bahsedilebilir⁶⁹. Öğretide hususiyet, basitliğin veya sıradan bir çalışmanın karşısı olarak tanımlanmaktadır⁷⁰.

Son yıllarda Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlarda kişiye özgü alamet kavramının objektifleştirilmeye çalışıldığını görüyoruz. Eserin olağandan farklı, alışılmışın dışında olması kişiye özgü alametın varlığı için yeterli görülmektedir. Kişiyeye özgü olma durumu eseri sıradan veya rutin olmaktan çıkarır⁷¹. Özellikle “*Bob Marley*” kararı olarak ifade edilen kararla birlikte kişiye özgü alametın eser sahibinin kişiliğinde değil eserin kendisinde aranması gerektiği fikri baskın görüş haline gelmiştir⁷².

Öğretide daha önce bilinenden farklı yeni bir yaratımın kişiye özgü alamet şartını sağlayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre yaratım daha önce bilinenden farklı bir yeniliği bünyesinde barındırmalıdır. Yenilik derecesi her eserde yüksek olmak zorunda değildir⁷³. Kanaatimizce eserdeki yenilik tek başına kişiye özgü alametın varlığı sonucunu doğurmayacaktır. Yeni bir eser sıradan ve rutin olabilir, herkes tarafından meydana getirilmesi mümkün görülebilir. Böyle bir durumda o eserin korunması da söz konusu olmayacaktır⁷⁴. Bir eser yeniliğe sahip olmasa da olağandan farklı, alışılmışın dışında ise kişiye özgü alametın varlığı kabul edilebilir⁷⁵. Alman Hukuku'ndan esinlenilerek ortaya çıkarılmış olan küçük parça (*kleine münze*) kavramı İsviçre Hukuku'nda da yer almaktadır. Kişiyeye özgü alametın kabul edilebilir minimum düzeyi küçük parça olarak kabul edilir⁷⁶. Küçük parçanın korunması

⁶⁹ Egloff, URG 2, N. 13; OFK-Rehbinder/Viganó, URG 2, N. 1. Mimari projeler kişiye özgü alametın minimum düzeyde aranması gerektiğine ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE II 167.

⁷⁰ Cherpillod, Ivan/Dessemontet, François, “*Mimari Eserlerde Fikri Haklar*” (Çev. Çağlayan Ramazan), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 4, 2009, s. 64.

⁷¹ BGE 134 III 166; BGE 136 III 225, 229.

⁷² Walter, s. 379.

⁷³ Egloff, URG 2, N. 9. Öğretide yenilik şartının çifte yaratımı engelleyeceği eleştirisi karşısında bu görüşte olan yazarlar, sınırlı bir çevrede yaratılan eserin o eserden haberdar olunmasının söz konusu olmadığı farklı bir yerde de aynı zamanda yaratılması durumunda çifte yaratımın mümkün olacağını ifade etmektedir. Egloff, URG 2, N. 10.

⁷⁴ Egloff, URG 2, N. 13; OFK-Rehbinder/Viganó, URG 2, N. 2.

⁷⁵ İsviçre’de yerel mahkemeye konu olan bir olayda, İngiltere’de yaşayan bir sanatçı, SS Panzer Tümeni (*Totenkopf*) olarak bilinen kuru kafaları, Meksika şeker kafataslarında (*Mexican sugar skull*) olduğu gibi sulu boya ile renklendirmiş, İsviçre’de saat ve mücevherat üretici bir firma ise bu şekilleri saatlerinin kadrınlarında izin almaksızın kullanmıştır. Firma, kuru kafaların eser olarak kabul edilemeyeceğini, söz konusu bu kuru kafalarla yeni bir eser meydana getirilmediği, fikri ürünün anonim bir eser olarak halka mal olmuş Meksika kuru kafalarından yararlanılarak üretildiği savunmasında bulunmuştur. Mahkeme ise üretilen eserlerin mutlaka bir yenilik getirmek zorunda olmadığını, her ne kadar topluma mal olmuş bir eserden türetilmiş olsa da kuru kafaları renklendirme metodunun *Totenkopf*’a uygulanmasının sıradan ve rutin olmadığına kanaat getirerek eserin korunması gerektiğine hükmetmiştir. Hger AG 05.01.2015, 449, 452, sic!2015, s. 449 vd.

⁷⁶ Bellican, s. 73.

beraberinde tamamen ya da kısmen özdeş bir eserin benzer zaman dilimi içerisinde birbirinden haberi olmayan iki farklı kişi tarafından yaratılmasını sonucunu getirebilir. Korunacak eser bakımından kişiye özgü alamet açısından eskinin önceliği ya da kıdeme itibar ilkesi söz konusu değildir. Böyle bir durumda eserin önce kimin tarafından yaratıldığına bakılmaksızın her iki eser de korunacaktır⁷⁷.

Federal Mahkeme'nin yine eski dönemlerde vermiş olduğu bazı kararlarda kişiye özgü alametinin varlığı için *von Kummer* tarafından ortaya konulan istatistiksel benzersizlik kriterini kullandığını görmekteyiz. Söz konusu bu kriter eserin istatistiki olarak diğer eserlerden farklı bir niteliğe sahip olduğu durumlarda kişiye özgü alamete sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu kritere göre yapılan değerlendirmelerde ayrıca eseri yaratan kişinin kişiliğinin bir parçasının esere yansıyor yansımadığına bakmaya gerek yoktur⁷⁸. Oysa bir eserin yalnızca istatistiksel olarak diğer eserlere benzemiyor oluşu doğrudan o eserin korunmasını gerektirmez. Federal Mahkeme'de son yıllarda bu doğrultuda kararlar vererek, sıradan veya rutin olarak kabul edilebilen bir eserin istatistiksel olarak benzersiz nitelikte olması durumunda kişiye özgü alamet şartını sağlamayacağını kabul etmiştir⁷⁹. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, literatürde yer alan yazılardan elde edilen derleme niteliğinde bir edebi metni Turnitin gibi bir intihal programına soktuğunuzda noktalama işaretlerinin, kelimelerin, cümlelerin ve paragrafların yerlerini değiştirerek istatistiksel olarak benzersiz bir metin elde ettiğinizi kanıtlayabilirsiniz. Ancak sizin elde etmiş olduğunuz istatistiksel benzersizlik o metni Kanun kapsamında korunması gerekli edebi bir metin haline getirmemektedir⁸⁰. Tamamen ya da kısmen özdeş bir eser benzer zaman dilimi içerisinde birbirinden haberi olmayan iki farklı kişi tarafından yaratılabilir. Korunacak eser bakımından kişiye özgü alamet açısından eskinin önceliği ya da kıdeme itibar ilkesi söz konusu değildir. Eserin önce kimin yaratıldığına bakılmaksızın

Eserin olağandan farklı, sıradan veya rutin dışında olmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda hakim takdir yetkisine sahiptir⁸¹. Hakim takdir yetkisini kullanırken istatistiksel

⁷⁷ OFK-**Rehbinder/Viganó**, URG 2, N. 2.

⁷⁸ SHK-**Cherpillod**, URG 2, N. 22. Bu kritere göre verilen bir Federal Mahkeme Kararı için bkz. BGE 130 III 168.

⁷⁹ BGE 134 III 166.

⁸⁰ Federal Mahkeme bu konuda ilginç bir karara da varmıştır. Karara konu olayda nesli tükenmekte olan bir kuş türünü fotoğraflayan fotoğrafçının fotoğrafı istatistiksel olarak benzersiz niteliğe sahip olmasına karşın kişiye özgü alamet şartını sağlamadığından mahkemece eser olarak kabul edilmemiştir. BGE 130 III 714.

⁸¹ SHK-**Cherpillod**, URG 2, N. 22.

benzersizlik kriterinin yanı sıra başkaca ölçütlerden de yararlanmalıdır. İlk izlenim, ayrıntılı analiz, çevre tepkisi, genel beğeni gibi ölçütler kişiye özgü alamet şartının varlığının tespitinde yararlanılabilecek araçlardır. Ancak hakim vereceği kararda bu ölçütlere mutlak bir sonuç bağlamamalıdır. Örneğin, herkes tarafından kötü olarak nitelendirilen bir eser de korunmaya layık olabilir⁸². Eserin ortaya koyduğu kalite de önemli değildir. Kanun kapsamında yer almayı başaran basit bir eser de baş yapıtlarla aynı hukuki korumadan yararlanacaktır⁸³. Kişiye özgü alamet her eser türü için ayrıca değerlendirilmelidir⁸⁴. Kişiye özgü alamet, eserin içeriğinde olabileceği gibi eserin şeklinde de karşımıza çıkabilir⁸⁵.

III. DEĞERLENDİRME

Hususiyet tanımlanması zor bir kavramdır. Hususiyet olağandan farklılık yani alışılmışın dışında olmaktır. Olağandan farklı olmak sıradanlığın karşıtıdır. Ancak kanaatimizce öğretide bazı yazarlarca ifade edildiği gibi hususiyete sahip bir eser basitliğin de karşıtı olmak zorunda değildir⁸⁶. Olağandan farklılık, basitlikle de gerçekleştirilebilir. Olağandan farklılık için basit hususiyet ya da belirgin hususiyetin varlığı aranır. Basit hususiyeti düşük seviyede olağandan farklılık sağlarken belirgin hususiyet için yüksek seviyede olağandan farklılık gerekir. Ancak bazı eser türleri de vardır ki onlar için hususiyetin varlığının aranıp aranmayacağı dahi tartışmalıdır. Kanaatimizce basit ve belirgin hususiyetin yanı sıra üçüncü bir kategori olarak yalnızca bu tip eserler açısından minimum düzeyde hususiyetin varlığı yeterli görülmelidir. Minimum düzeyde hususiyetten anlaşılması gereken ise olağandan farklılığı gösteren herhangi bir emarenin varlığıdır.

Eserdeki olağandan farklılık hususiyet için temel şarttır ancak olağandan farklılığın nasıl tespit edileceği de ayrı bir soru işaretidir. Olağandan farklılık, istatistiksel benzersizlik, ilk izlenimin yarattığı etki, ayrıntılı analiz, çevrenin verdiği tepki, genel beğeni ya da yergi, yenilik, yaratıcılık, ifade ediliş tarzı, bağımsız bir fikri faaliyetin ürünü olarak kişiliğin esere yansımaları gibi ölçütler çerçevesinde tespit edilebilir. Bu ölçütler her bir eser türü için hiçbir zaman mutlak olarak aranmamalıdır. Örneğin, meydana gelen eserde mutlak bir yenilik aranmamalı, yenilik kavramı sınai haklara yönelik bir kavram olarak kalmaya devam etmelidir. Ancak yenilik,

⁸² SHK-**Cherpillod**, URG 2, N. 33.

⁸³ **Egloff**, URG 2, N. 9.

⁸⁴ **Egloff**, URG 2, N. 13.

⁸⁵ BGE 64 II 162.

⁸⁶ Aksi yönde görüş için bkz. **Cherpillod/Dessementet**, s. 64.

olağandan farklılığın tespitinde yararlanılması gereken bir ölçüt olarak da kullanılmalıdır. Olağandan farklılık her eser türünde ve o eser türüne ilişkin somut olayda ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Eserin türüne göre aranacak olan basit hususiyet için bu ölçütlerden birinin bile varlığı yeterli görülürken, belirgin hususiyetin varlığı için birden fazla ölçütün şartlarını sağlayan eserin dahi korunmaması söz konusu olabilir.

Eserde bulunması gereken hususiyet her zaman aynı oranda aranmayabilir.

Bilgisayar programları, ilim eserleri ve yine mimari projeler açısından endüstriyel tasarım korumasından yararlanmadıkları ve bu eserlerin seri üretilmeleri de söz konusu olmadığı için basit hususiyet diğer bir deyişle daha düşük bir hususiyet seviyesi yeterli görülmelidir. Özellikle ilim eserleri meydana getirilirken daha önceden var olan eserlerden yararlanılması bilimsel araştırmanın bir gereğidir. Bilimsel araştırmalar kademe kademe, var olanın üzerine eklemelerle ilerler. İcat veya buluş olarak ifade ettiğimiz olguların dâhi bilinen bilgilerden yararlanmak suretiyle daha önce bilinmeyen yeni bir bulguya ulaşma hali olduğu unutulmamalıdır. Keza estetik niteliğe sahip olmayan ilmi ve teknik nitelikteki fotoğraflar, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, mimari projeler gibi eser türlerinde hareket özgürlüğü sınırlı olduğundan basit hususiyet seviyesi yeterli görülmelidir.

İlim eserlerine nazaran edebi eserler bakımından aranacak hususiyetin seviyesi daha yüksek olmalıdır. Edebi eserlerde hususiyet kompozisyon ya da üslupla sağlanır. Fikirlerin sıralanışı, bunlar arasında bağlantı kurma şekli gibi unsurlar kompozisyonu, sözcük seçimi, kullanılan tamlamalar veya metaforlar, sentaks gibi unsurlar üslubu oluşturur. Hususiyet şartını sağlamak kaydıyla eser adları, bölüm başlıkları gibi kelime grupları dahi korunabilir⁸⁷.

Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip eserlerdendir ve hususiyet seviyesinin yüksek olması gerekir. Estetik değere sahip olmadan kast olunan, güzel sanat eserinin herkes tarafından güzel bulunması, göze hoş gelmesi değildir ki bu gibi kavramlar sübjektif kavramlar olduğundan kişiden kişiye farklılık gösterirler. Önemli olan eser sahibinin, belirgin hususiyetinin eserde tezahür etmesidir. Bir eserin güzel sanat eseri vasfına sahip olabilmesi için diğer eser türlerinde arandığından daha yoğun bir hususiyet içermesi gerekir. Ancak burada da aranacak olan hususiyet seviyesi, eserin tek veya eşsiz olması değildir. Güzel sanat eserinde

⁸⁷ Yıldız, Ozan Ali, “Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması”, MÜHF-HAD, C. 26, S. 2, 2020, s. 1375.

hususiyet, eserin türüne göre materyalin seçiminde, kompozisyonda, genel görünümde vb. estetik unsurlarda aranmalıdır. Bir eserin hem ilim hem de güzel sanat eseri olarak korunmasına bir engel bulunmamaktadır.

Sinema eserlerindeki birbirini izleyen ses ve görüntülerin sanatkâranın bir şekilde birlik oluşturması eser sahibinin, eserde var olması gereken hususiyetini teşkil eder. Bu hususiyet, basit hususiyet seviyesinden yüksek olmalıdır.

İşlenme eserler bakımından da hususiyetin aranacağı Kanun'da düzenlenmiştir. İşlenme eserler için basit hususiyetin varlığı korunmaları için yeterlidir. Örneğin, Georges Perec, Fransızca'da en çok kullanılan sesli harfi olan "e" harfini kullanmadan "La disparition" isimli bir roman yazmıştır. Çevirmen Celal Yardımcı ise bu romanın "e" harfini kullanmadan Türkçe çevirisini yapmıştır. Böyle bir çeviri, çevirmenin hususiyetini yansıtan işlenme bir eser olarak korunmalıdır.

Derleme eserler açısından ise öğretide bir görüş ise FSEK m. 6 hükmünün işlenme eser için özel olarak düzenlendiğini bu nedenle derleme eserler açısından bu şartın aranmayacağını savunmakta ise de kanaatimizce derlemeler açısından da eser sahibinin hususiyeti minimum düzeyde de olsa aranmalıdır⁸⁸.

İsviçre Hukuku'nda gerçekleştirilen revizyon neticesinde ortaya çıkan fotoğraf eserleri ve fotoğrafa benzer bir süreçle üretilen üç boyutlu nesne tasvirleri için kişiye özgü alamet şartının aranmaması kanaatimizce eleştiriye açıktır. Böyle bir düzenlemenin tek bir eser türü açısından kabulü, koruma kapsamını olması gerekenden çok daha fazla genişletmesi, yeni belirsizlikler ortaya çıkarması bizim açımızdan sakıncalı gözükmemektedir.

⁸⁸ **Tekinalp**, s. 76; **Öztan**, s. 158; **Ateş**, s. 171; Yargıtay, 4. HD., E. 1971/12331, K. 1972/1080, T. 11.02.1972, "FSEK özelliği dar değil geniş anlamda almış, örneğin, bir eser sahibinin, bütün veya aynı cinsten eserlerini külliyat haline konulmasını, belli bir amaca göre ve belli bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibini, başkasına ait bir eserin yorum veya açıklama yahut kısaltmasını da eser olarak kabul etmiştir (md.6). Her ne kadar aynı maddenin ikinci fıkrası, bu tür işlenmelerin eser sayılabilmesi için işleyenin özelliğini taşıması gerektiği koşulunu kabul etmiş ise de, buradaki özellik, hiçbir zaman yaratıcı bir fikri çalışma niteliğinde olmayıp daha ziyade eser sahibine mal edilebilecek olan nispeten müstakil bir fikir emeğinin varlığı yeterli görülmüştür...", **Erdil, Engin**, İçtihat ve Gerekeçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi Cilt: 1, İstanbul, 2009, s. 327; Yargıtay, 11. HD., E. 2015/2375, K. 2015/7873, T. 08.06.2015, " ... 5846 sayılı Yasanın "İşlenmeler ve Derlemeler" başlıklı 6. maddesinde "Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat mahsulleri işlenmedir" şeklinde tanımlama yapılarak maddenin 7. bendinde belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde seçme ve toplama eserler tertibinin işleme ve derleme eser mahiyetinde olduğu belirtilmiştir..." , <http://www.legalbank.net>, e.t: (02.01.2016).

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara, 2012.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara, 1981.
- Baş, Kadir**, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında Resim ve Heykeller Üzerinde Eser Sahipliği ve Bu Eserlerden Doğan Hakların Kapsamı”, Hukuk ve Sanat, (Ed. Ünver Yener/Yenerer-Çakmut Özlem), Ankara, 2016.
- Bayamhoğlu, İbrahim Emre**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2008.
- Bellican, Cüneyt**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından “Hususiyet””, İKÜHFD, C. 7, S. 1, 2008.
- Bozbel, Savaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012.
- Bozgeyik, Hayri**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması, Ankara, 2010.
- Cherpillod, Ivan**, SHK - Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, (Hrsg. Müller Barbara/Oertli Reinhard, Bern, 2012.
- Cherpillod, Ivan/Dessemontet, François**, “*Mimari Eserlerde Fikri Haklar*” (Çev. Çağlayan Ramazan), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 4, 2009.
- Egloff, Willi**, Das Neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, (Hrsg. Egloff, Willi/Barralet, Denis), Bern, 2020.
- Erdil, Engin**, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi Cilt: 1, İstanbul, 2009.
- Erel, Şafak**, “*Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması*”, AÜSBFD, Sayı: 1-2, Cilt: 49, 1994.

- Genç-Aridemir, Arzu**, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul, 2003.
- Gökyayla, Emre**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2001.
- Güneş, İlhami**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2015.
- Hirsch, Ernst**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948.
- Jürg, Simon/Mezger, Nick**, “*Die neue Urheberrechtsrichtlinie der EU (2019/790) — Leistungsschutzrecht, «Upload-Filter», Fotografie und ihr Verhältnis zur schweizerischen Urheberrechtsrevision*”, EuZ, 2019.
- Karasu, Rauf/Suluk, Cahit/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, “*Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar*”, Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel, 2013.
- Klett, Alexander/Sonntag, Matthias/Wilske, Stephan**, Intellectual Property Law in Germany, München, 2008.
- Öngören, Gürsel**, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri, İstanbul, 2010.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Öztrak, İlhan**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1977.
- Rehbinder, Manfred/Viganó, Adriano**, OFK – Orell Füssli Kommentar, URG Kommentar Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sowie Sachregister, (Hrsg. Rebinder Manfred/Viganó Adriano, Zürich, 2008.
- Reinhard, Oertli**, “*Neues Urheberrecht für Fotografien*”, sic! 2020.
- Suluk, Orhan/Orhan, Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt: II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 2005.
- Şahin, Ayşenur**, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul, 2010.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012.

Tosun, Yalçın, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, 2013.

Vallés, Ramon Casas, The Requirement of Originality, Research Handbook on the Future of EU Copyright, (Ed. Derclaye, Estelle), Cornwall, 2009.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “*Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar*”, İÜHFM, Cilt: 5, 1939.

Walter, Giulia, “*Der neue Art. 2 Abs. 3bis URG – Die Umkehrung des Urheberrechts?*”, sic! 2021.

Yarsuvat, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1977.

Yavuz, Levent/ Alıca, Türkey/Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Ankara, 2014.

Yıldız, Ozan Ali, “*Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması*”, MÜHF-HAD, C. 26, S. 2, 2020, s. 1371-1387.

Yılmaz, Canan, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarına Göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007).

İnternet Kaynakları

<https://www.swisslex.ch/de/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://www.kazanci.com.tr/>

<http://www.legalbank.net/>

<http://www.legalis.ch/>

Kaynak Kodların Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Korunması ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar

Av. Ertuğrul AKINCI*

GİRİŞ

Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch tarafından hazırlanan ve 1952’de yürürlüğe giren FSEK’te zaman içinde birçok değişik yapılmıştır. FSEK’te yapılan en önemli değişikliklerden birisi de bilgisayar programlarıyla ilgili hükümlerin kanuna eklenmesidir. Kaynak kodlar, bilgisayar programlarının en önemli unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Bilgisayar programı üzerinde hata düzeltme, güncelleme gibi işlemlerin yürütülebilmesi için kaynak kodlara duyulan ihtiyaç, uygulamada kaynak kodlara atfedilen önemin derecesini artırmaktadır. Bu çalışmada, kaynak kodlara ilişkin genel açıklamalar yapıldıktan sonra kaynak kodların FSEK kapsamındaki korunması ve hukuki niteliği konuları ele alınacaktır. İlerleyen kısımlarda kaynak kodların kullanıcılara devredilmesinin gerekip gerekmediği, kaynak kodun devrinin kullanıcıya sağladığı yetkiler ve kaynak kod *escrow* sözleşmesi incelenecektir.

I. KAYNAK KODLARA GENEL BAKIŞ

Bilgisayar programı, FSEK m. 1/B (g) hükmünde, “*Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle bilgisayar programı, belli bir amacı yerine getirmeleri için bilgisayara verilen komut dizileri olarak tarif edilebilir¹. Bilgisayar programı, geliştirilme aşamasında tasarım, program akışı ve algoritma hazırlığı, kaynak kodların yazılması, derlenme, nesne kodu haline getirilme, test ve hata ayıklama gibi birçok aşamadan geçmektedir².

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi (ORCID No: 0000-0002-4953-974X).

¹ **Özen, Zeki**, Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 4.

² **Özen**, s. 12 vd.; **Şahan, Gökhan**, Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 52 vd.

Bilgisayar tarafından anlaşılabilen ve işlenip çalıştırılabilen 0 ve 1'lerden oluşan ikili sistemdeki (*binary*) komut dizileri “*nesne kodu*” olarak adlandırılır³. Bilgisayarlar tarafından anlaşılabilen nesne kodların insanlar tarafından anlaşılması oldukça zordur⁴. Bu durum, bilgisayar programlarının nesne kodu şeklinde geliştirilmesini zorlaştırmaktadır. Yazılımı geliştirme, kodu anlama ve üzerinde değişiklik yapma kolaylığı sağlamak amacıyla *assembly* gibi düşük seviyeli ve C, C++, Javascript, Phyton gibi yüksek seviyeli programlama dilleri ortaya çıkmıştır. Yüksek seviyeli programlama dilleri kullanılarak üretilen kodlara “*kaynak kod*” adı verilir⁵. Kaynak kodlar, insanlar tarafından algılanması ve geliştirilmesi nesne koduna göre daha kolay olan, kendine özgü kurallara sahip bir programlama dilinde geliştirilen kodlardır⁶. Kaynak kodlar geliştirildikten sonra “*derleyici*” adı verilen uygulamalar vasıtasıyla nesne koduna dönüştürülürler⁷.

Kimi zaman kaynak kodlar tek bir dosyada yer almaz; özellikle birçok fonksiyonu barındıran bilgisayar programlarında farklı fonksiyonlara ait kaynak kodları diğer kaynak kodlarından ayrı dosyalara kaydedilir⁸. Aynı ayrı dosyalara kaydedilen kaynak kodlarından her biri nesne koduna dönüştürüldükten sonra elde edilen kaynak kodları “*linkleme*” denilen bir aşamadan geçerek çalıştırılabilir kodu oluşturur⁹.

Bilgisayar programı üzerinde güncelleme, hata düzeltme, ek geliştirme, programın başka platformlarda çalışabilmesini sağlama gibi faaliyetler yürütebilmek için kaynak kodlara ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰. Nesne koduna sahip bir kullanıcının, kaynak kod olmaksızın bu tür işlemleri yürütmesi çok zordur. Ayrıca, nesne kodu üzerinde “*tersine mühendislik*” adı verilen oldukça zahmetli işlemler yapılırsa dahi bu şekilde elde edilen kodlar, genellikle bilgisayar

³ **Dalyan, Şener**, Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması, Ankara, 2009, s. 31–32; **Yazıcı, E. Sena**, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Korunması, İstanbul, 2019, s. 17.

⁴ **Yazıcı**, s. 17.

⁵ **Aksu, Mustafa**, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul, 2006, s. 47; **Dalyan**, s. 31.

⁶ **Özen**, s. 8.

⁷ **Şahan**, s. 54; **Yazıcı**, s. 18; **Dalyan**, s. 32. Bununla birlikte, yapısında derleyici ve yorumlayıcı barındıran hibrit sistemlerin kullanılması da mümkündür. Hibrit sistemler hakkında bkz. **Özen**, s. 16 vd.

⁸ **Özen**, s. 9 vd.

⁹ **Özen**, ss. 10, 14 vd. Ayrıca, çalıştırılabilir kod ile nesne kodunun teknik olarak birbirinden farklı kavramlar olduğu yönünde bkz. **Özen**, s. 15.

¹⁰ **Şahan**, s. 173; **Özen**, s. 10; **Şahin, Onur**, Telif Hakları Bakımından Bilgisayar Programları: Araişlerlik Serbestisi ile Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar, İstanbul, 2021, s. 35.

programını geliştiren kişinin başta ürettiği kaynak kodların bire bir aynısı değil, bunun benzeri nitelikteki kodlardır¹¹. Bu durum da kaynak kodlara pratikte duyulan ihtiyacı pekiştirmektedir.

Kaynak kodlarının uygulamada önem arz ettiği diğer bir alan, intihal incelemesidir. Bilgisayar programları üzerindeki intihal iddiaları kaynak kodlar üzerinden incelenip çözüme kavuşturulmaktadır¹².

II. KAYNAK KODLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FSEK KAPSAMINDA TABİ OLDUĞU KORUMANIN KAPSAMI

FSEK'in 2. maddesinin 1. bendinde, bilgisayar programları ile bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bilgisayar programının hazırlık çalışmaları, ilim ve edebiyat eserleri arasında sayılmıştır. Bu tanımın kaynak kodları kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır.

Bir ürünün FSEK kapsamında eser olarak korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması, şekillenmiş (ifade edilmiş) olması, fikri çabanın ürünü olması ve FSEK'te öngörülen eser türlerinden birine dahil olması gerekmektedir¹³. Anılan şartlar, kaynak kodlar açısından özel olarak değerlendirilmelidir.

Tekinalp'in ifade ettiği üzere hususiyet üslupta vücut bulur¹⁴. Doktrinde, kaynak kodlarının bilgisayar programının edebi kısmı olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Gerçekten de eser sahibinin üslubunun esere yansıdığı kısım, kullanılan yüksek seviyeli programlama dilinin kurallarına uygun olarak hazırlanmış kaynak kodlarıdır¹⁶. Bu nedenle hususiyetin tespitinde kaynak kodu önemli bir rol oynamaktadır¹⁷. Eser sahibinin kaynak kodlar üzerindeki hususiyetini yansıtabileceği alanlar arasında modül ve fonksiyon isimlendirme, veri tipi seçimi,

¹¹ **Özen**, s. 43–44. Nesne kodu üzerinde tersine mühendislik yaparak kaynak koduna ulaşmanın teknik olarak mümkün olduğu ancak bunun oldukça zor bir işlem niteliği taşıdığı yönünde **Şahin**, s. 35.

¹² **Memiş, Tekin**, “*Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması*”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009 (edt. Tekin Memiş), İstanbul, 2009, s. 300. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2003/3630, K. 2003/10303, T. 03.11.2003, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 25.09.2022).

¹³ **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 103, N. 2.

¹⁴ **Tekinalp**, s. 105, N. 7.

¹⁵ **Şahan**, s. 54; **Dalyan**, s. 32.

¹⁶ **Memiş**, s. 299.

¹⁷ **Aksu**, s. 102–103. Yazar, eser sahibinin hususiyetini yansıtabileceği alanlar arasında programın mantıksal yapısının oluşturulması, algoritmaların belirlenmesi ve akış planının saptanmasını da saymıştır. bkz. **Aksu**, s. 87.

kodların sıralanması, veri ve program akış planları, algoritma ve fonksiyonların kullanımı gibi hususlar sayılmaktadır¹⁸.

Bilgisayar programlarının geliştirilmesi fikri bir faaliyet olduğundan bilgisayar programının fikri çabanın ürünü olduğu söylenebilecektir¹⁹. Eser sahibinin fikri çabasını yansıttığı kısım kaynak kodu olduğundan, kaynak kodun da fikri çabanın ürünü olduğu kabul edilmelidir.

Kaynak kod, üretilmekle birlikte algılanabilir hale gelir ve şekillenmiş (ifade edilmiş) olma şartını sağlar²⁰. Bilgisayar programlarının ve bir sonraki aşamada program sonucunu doğuran hazırlık çalışmalarının ilim ve edebiyat eseri olduğu kanunda açıkça belirtildiğinden, eser türlerinden birine dahil olma şartı da sağlanmaktadır²¹. Asıl sorun, kaynak kodun ilim ve edebiyat eserlerinin özel bir türü olan bilgisayar programı olarak mı korunacağı yoksa alelade bir ilim ve edebiyat eseri olarak mı korunacağıdır.

FSEK m. 1/B (g) bendinde, “*emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları*” da bilgisayar programının tanımına dahil edilmiştir. Öte yandan, ilim ve edebiyat eserlerine ilişkin 2. maddede “*bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları*” denilerek bilgisayar programının hazırlık çalışmalarının korunabilmesi için bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması şartı öngörülmüştür²². Anılan hüküm, FSEK’te 4110 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerle birlikte düzenlenmiştir. 4110 sayılı kanunun genel gerekçesinde, bilgisayar programları bakımından “*Avrupa Yazılım Yönergesi*”nin örnek alındığı belirtilmektedir²³. Söz konusu değişikliğin yapıldığı tarihte AB’de bilgisayar programları açısından yürürlükte olan yönerge, 91/250 sayılı Bilgisayar Programları Yönergesi’dir. Yönergenin gerekçe kısmında, sonraki bir aşamada program sonucu doğurmaya elverişli hazırlık çalışmalarının da bilgisayar programı kavramının kapsamına girdiği

¹⁸ Özen, s. 42; Aksu, s. 85–86.

¹⁹ Aksu, ss. 77, 82 vd.

²⁰ Şahin, s. 73–74.

²¹ Şahin, s. 75.

²² Hükümdeki “*hazırlık tasarımları*” kavramının, bilgisayar programının henüz son halini almamış plan ve projesi olduğu yönünde bkz. Suluk, Cahit / Orhan, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 2005, s. 252, 49 numaralı dipnot. İşbu çalışmada, “*hazırlık tasarımları*” yerine “*hazırlık çalışmaları*” tabiri kullanılacaktır.

²³ TBMM Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları (1/722), s. 2, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 14.09.2022).

belirtilmiştir²⁴. Daha sonra 91/250 sayılı Bilgisayar Programları Yönergesi yürürlükten kalkmış ve yerine 2009/24 sayılı Bilgisayar Programları Yönergesi yürürlüğe girmiştir. 2009/24 sayılı Bilgisayar Programları Yönergesi'nin gerekçesinde de aynı yaklaşım sürdürülmüştür²⁵.

FSEK'in 2. maddesinde hazırlık çalışmalarının bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşulu aranırken, mehz AB düzenlemesinde hazırlık çalışmalarının sonraki bir aşamada program sonucu doğurmaya elverişli olması aranmıştır. Bu yönüyle, FSEK'teki düzenlemenin AB'deki düzenlemeye kıyasla daha dar bir koruma kapsamı öngördüğü söylenebilecektir²⁶.

Program sonucu doğmasından bir önceki aşamanın programın hangi unsuruna karşılık geldiği kanundan net olarak anlaşılamamaktadır. İlk bakışta program sonucunun nesne kodunun ortaya çıktığı anda oluştuğu ve bir önceki aşamanın kaynak kodu olduğu düşünülebilirse de²⁷ yukarıda izah edildiği gibi bazı programlarda, farklı dosyalarda kayıtlı kaynak kodlarının derlenmesiyle nesne kodları oluşturulmakta, daha sonra oluşan nesne kodları “*linkleme*” denilen bir işlemten geçtikten sonra çalıştırılabilir kod elde edilmektedir. Bu durumda program sonucunun doğduğu anın ayrı ayrı nesne kodlarının oluştuğu an değil, nesne kodlarının linklenmesi sonucunda çalıştırılabilir kodun oluştuğu an olarak kabul edilmesi akla gelebilecektir. Bazı programlarda ise linkleme işlemine gerek kalmadan doğrudan kaynak kodun derlenmesi sonucunda ortaya çıkan nesne kodu, çalıştırılabilir kod olarak kullanılabilmektedir. Bu ihtimalde ise program sonucunun doğmasından bir önceki adım, kaynak kodun oluşturulduğu an sayılabilecektir.

Doktrinde bir görüş, kaynak kodlarının da bilgisayar programı olarak korunması gerektiği yönündedir²⁸. Yazarların bir kısmı, FSEK m. 2'deki hükmün AB'deki mehz düzenlemeye uygun olarak yorumlanması ve “*bir sonraki aşama*” ifadesinin “*sonraki bir*

²⁴ İngilizce: “*preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage*”. bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0250> (erişim tarihi: 14.09.2022).

²⁵ bkz. 7 numaralı gerekçe, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024> (erişim tarihi: 14.09.2022).

²⁶ Yazıcı, s. 75.

²⁷ Bir sonraki aşamada program sonucunu doğuran ürünün kaynak kodu olduğu, FSEK m. 2'deki hüküm lafzi olarak değerlendirilecek olursa korumadan istifade edebilecek yegâne hazırlık tasarımının kaynak kodu olduğu yönünde bkz. Dalyan, s. 80.

²⁸ Aksu, s. 93 vd. Kaynak kodların ve nesne kodların FSEK m. 2/1(1) bendindeki hükümden hareketle korunacağı yönünde Dalyan, s. 84–85; Şahin, s. 96–97.

aşama” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir²⁹. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, kanun metninde açıkça “bir sonraki aşama” ifadesi kullanıldığından hazırlık çalışmalarının korunabilmesi için mutlaka bir sonraki aşamada program sonucu doğmalıdır³⁰. Benzer şekilde Memiş, kanunun açık metnine karşın hükmün AB düzenlemesine uygun olarak anlaşılamayacağı, kaynak kodların bilgisayar programı olarak korunmasalar bile ilim ve edebiyat eseri olarak korunmasının önünde bir engel olmadığı yönünde görüş belirtmiştir³¹.

Kanaatimce FSEK’te m. 1/B (g) bendi ve FSEK m. 2/1(1) bendindeki hüküm, Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar ile birlikte değerlendirilmelidir. Türkiye’nin tarafı olduğu TRIPS Anlaşması’nın 10. maddesinde, kaynak kod veya nesne kodu biçimindeki bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi kapsamında edebiyat eseri olarak korunacağı düzenlenmiştir³². Türkiye’nin tarafı olduğu diğer bir sözleşme olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Fikri Haklar Anlaşması’nın (WCT) 3 numaralı mutabık kalınan açıklamasında da bilgisayar programları bakımından WCT’de öngörülen korumanın TRIPS Anlaşması’ndaki korumaya denk olduğu belirtilmiştir³³.

Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalardan da anlaşılabilceği üzere, bilgisayar programının nesne kodu ve kaynak kodu, bilgisayar programının bir formu olarak korunmaktadır. Diğer bir deyişle kaynak kodlar bilgisayar programının bir hazırlık çalışması değil, programın bizzat kendisini oluşturmaktadır³⁴. Bununla birlikte, henüz program sayılmaya yetecek seviyeye gelmemiş, derlendiğinde çalıştırılabilir bir nesne kodunu oluşturmaya elverişli olmayan fakat hususiyet koşulunu sağlayan taslak halindeki kaynak kodların FSEK m. 2/1(1) hükmü kapsamında korunan bir hazırlık çalışması sayılıp sayılmayacağı hususu özel olarak değerlendirilmelidir. Hükmün lafzına bakılarak yorum yapılırsa bir sonraki aşamada

²⁹ Dalyan, s. 81–82. Benzer yönde Aksu, s. 98–99; Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, 2014, Cilt I, s. 110; Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2022, s. 145.

³⁰ Tekinalp, s. 117–118, N. 29; Suluk / Orhan, s. 252; Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012, s. 420.

³¹ Memiş, s. 295 vd.

³² İngilizce metin: “Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).” bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_04_e.htm#1 (erişim tarihi: 14.09.2022).

³³ <https://wipo.int/en/text/295166> (erişim tarihi: 14.09.2022). WCT’ye ilişkin mutabık kalınan açıklamaların hukuki niteliği ve etkisi için bkz. Akıncı, Ertuğrul, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Dijital Tükenme, İstanbul, 2021, s. 13 vd.

³⁴ Bilgisayar programı kavramının hem kaynak hem nesne koduyla yazılmış programları kapsadığı yönünde bkz. Aksu, s. 94 vd.

program sonucunu doğurmayan kaynak kodların korunmayacağı sonucuna varılabilecektir. Ancak hüküm lafzı ve amacıyla bir arada incelenmelidir. 4110 sayılı kanunun genel gerekçesinde AB mevzuatının örnek alındığı açıkça belirtildiğinden, hükmün amacı tespit edilirken AB'deki mehzaz düzenleme de göz önünde tutulmalıdır.

AB doktrinde, Bilgisayar Programları Yönergesi kapsamında korunan hazırlık çalışmalarına örnek olarak yazılımın teknik tasarımı, program akış diyagramı gibi ürünler gösterilmektedir³⁵. Çalıştırılabilir bilgisayar programını ortaya çıkarmaya henüz elverişli olmayan hazırlık çalışmaları genel hükümler kapsamında eser korumasına tabi kılınabilecekken AB kanun koyucusu, Bilgisayar Programları Yönergesi'nde hazırlık çalışmalarını bilgisayar programları için öngörülen özel korumaya tabi kılmıştır³⁶. Yönergenin gerekçesindeki “*sonraki bir aşamada program sonucu doğurmaya elverişli hazırlık çalışmaları*” ifadesiyle, programın geliştirilmesi için gerekli adımlardan birini oluşturmazan materyaller (örneğin programın yürüteceği fonksiyon ve görevleri açıklayan bir doküman) bilgisayar programlarının yararlandığı özel korumanın kapsamı dışında bırakılmıştır³⁷. Bu tür materyaller, eser sayılmanın şartlarını taşımaları halinde genel hükümler kapsamında eser korumasından yararlanabilecektir³⁸. Dolayısıyla AB hukukunda hazırlık çalışmalarının sonraki bir aşamada program sonucunu doğurmasını şart koşan hüküm, programın geliştirilmesinin doğrudan doğruya bir adımını oluşturmazan çalışmaları özel korumanın dışında tutmaktadır. Kaynak kodları ve nesne kodlarının ise TRIPS Anlaşması'ndaki açık hükümden hareketle, bilgisayar programının ifade ediliş biçimleri oldukları ve Bilgisayar Programları Yönergesi kapsamında korunacakları kabul edilmektedir³⁹.

FSEK m. 2/1(1)'deki düzenlemenin AB'deki mehzaz düzenlemeden ayrılma nedeni 4110 sayılı kanunun gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Kanun koyucu hazırlık çalışmaları bakımından korumanın kapsamını AB'deki koruma kapsamından dar tutmayı amaçladığı

³⁵ Janssens, Marie-Christine, “The Software Directive”, EU Copyright Law, A Commentary (edt. Stamatoudi, Irini / Torremans, Paul), Second Edition, 2021, s. 81–82, N. 5.22.

³⁶ Blocher, Walter / Walter, Michel M., “Computer Program Directive”, European Copyright Law, A Commentary (edt. Walter, Michel M. / von Lewinski, Silke), 2010, s. 100–101, N. 5.1.27.

³⁷ Walter / Walter, s. 101, N. 5.1.28.

³⁸ Walter / Walter, s. 101, N. 5.1.28.

³⁹ Janssens, s. 81, N. 5.19.

düşünülebilirse de⁴⁰ bu iradenin varlığı kesin ve net değildir⁴¹. Öte yandan, korumanın yalnızca bir sonraki aşamada program sonucu doğurmaya elverişli hazırlık çalışmalarına özgülenmesi hükmün amacına aykırı düşmektedir⁴². Özellikle mehz düzenlemede programın geliştirilmesin bir adımı olmayan, yan materyal olarak tabir edilebilecek ürünlerin koruma kapsamı dışında tutulmasının amaçlanmış olması bu yorumu güçlendirmektedir. Bu yönüyle FSEK m. 2/1(1)'deki “*bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla*” ifadesi bakımından kanunun lafzı ile ruhunun örtüşmediği ve örtülü bir boşluk⁴³ bulunduğu sonucuna varılabilecektir. Anılan örtülü boşluk ise kanaatimce AB'deki düzenleme örnek alınarak doldurulmalı ve “*sonraki bir aşamada program sonucunu doğurmaya elverişli hazırlık tasarımları*” bilgisayar programları hakkında öngörülen özel korumadan yararlanmalıdır⁴⁴. Söz konusu hazırlık çalışmaları, sonradan program haline gelmeseler ve taslak olarak kalsalar dahi hususiyet şartını sağlamaları halinde bilgisayar programı hazırlık çalışması olarak korunmalıdır⁴⁵.

Sonuç olarak, sahibinin hususiyetini taşıması şartıyla kaynak kodların eser niteliği taşıdığı kabul edilmelidir⁴⁶. Çalıştırılabilir bir program oluşturmaya elverişli kaynak kodlar (ve nesne kodlar) kanaatimce doğrudan bilgisayar programı olarak korunmalıdır. Bilgisayar programı oluşturmaya henüz elverişli olmayan, taslak niteliğindeki kaynak kodlar ise hususiyet koşulunu sağlamaları halinde hazırlık çalışması olarak bilgisayar programları bakımından öngörülen özel korumadan yararlanmalıdır.

Kaynak kodlarının bilgisayar programı olarak korunmasının sonucu, FSEK'te bilgisayar programlarına ilişkin getirilen özel korumanın kaynak kodlara da uygulanabilir

⁴⁰ Memiş, s. 296.

⁴¹ Şahin, s. 99. Dalyan, FSEK m. 2/1(1)'de yer alan düzenlemenin mehz düzenlemeden yanlış tercüme edildiği kanaatindedir. Dalyan, s. 81.

⁴² Aksu, s. 93 vd.; Dalyan, s. 80–81.

⁴³ Kanunda somut olaydaki soruna ilişkin hüküm bulunmasına rağmen bu hükmün lafzıyla ruhunun bağdaşmadığı ya da hükmün aynı değerde başka bir hükümle çatıştığı veya hükmün lafzı ve ruhu itibarıyla tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı halde örtülü boşluk söz konusudur. Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 27. Bası, İstanbul, 2021, s. 98–99.

⁴⁴ Nal / Suluk da hazırlık çalışmasının herhangi bir aşamada program olabilecek niteliğe sahip olmasının yeterli olacağı kanaatindedir. Suluk / Karasu / Nal, s. 145.

⁴⁵ Suluk / Karasu / Nal, s. 145; Aksu, s. 99–100; Kaypakoğlu, Serhat, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İzmir, 1997, s. 64.

⁴⁶ Bozbel, s. 421.

olmasıdır. Ayrıca, FSEK m. 38’de bilgisayar programları bakımından öngörülen istisnalar kaynak kodları bakımından da uygulanabilir nitelikte olacaktır⁴⁷.

III. KAYNAK KODLARIN DEVRİ

A. Devrin Önemi

Yukarıda izah edildiği üzere, bilgisayar programı üzerinde güncelleme, hata giderme, ek geliştirme gibi işlemler yürütülebilmesi için sıklıkla programın kaynak koduna ihtiyaç duyulur. Bilgisayar programını üreten taraf bakım-onarım sözleşmesi kapsamında anılan işlemleri yürütmeyi taahhüt etse bile bu kişinin iflas etmesi, yükümlülüklerini ifa edemez hale gelmesi ya da etmemesi halinde bilgisayar programı kullanıcısının menfaatleri olumsuz etkilenecektir⁴⁸. Bu nedenle özellikle de sipariş üzerine üretilen özel bilgisayar programları bakımından programın kullanıcısının menfaati kural olarak kaynak kodun kendisine devredilmesini gerektirmektedir.

Bilgisayar programının kaynak kodu ise çoğu zaman programı üreten tarafın gizli bilgilerini ve know-how’ını içermektedir. Kaynak kodların üçüncü kişilere ifşa edilmesi halinde üçüncü kişilerin bu bilgileri kötüye kullanması veya programı üreten kişiye ihtiyaç duymaksızın ek geliştirmeler yaparak programı üreten kişiyi olası bir gelirden mahrum etmesi mümkün hale gelmektedir. Bu nedenle programı üreten kişinin menfaati ise kural olarak kaynak kodun kullanıcıya devredilmemesini gerektirmektedir.

Bu açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, bilgisayar programını üreten taraf ile program kullanıcısının kaynak kodun devrine ilişkin menfaati pek çok kez çatışmaktadır⁴⁹. Ancak bu çatışmanın önemi ve derecesi, bilgisayar programının türüne (standart veya sipariş üzerine üretilen özel bilgisayar programı) ve taraflar arasındaki ilişkinin somut özelliklerine göre değişkenlik arz etmektedir.

⁴⁷ Tam tersi bir kabul, FSEK m. 38’deki istisnaların kaynak kodları bakımından uygulanamayacağı sonucunu doğurur. Bu yönde bkz. **Memiş**, s. 298.

⁴⁸ **Keskin, Dilşad**, “*Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi*”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 10, 2012, ss. 95–128, s. 98.

⁴⁹ **Keskin**, s. 99.

B. Devrin Konusu

FSEK m. 57/1’de öngörüldüğü üzere asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmadıkça fikri hakların devri sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle kaynak kodların bir veri taşıyıcı aracılığıyla veya ağ üzerinden üçüncü bir kişiye teslim edilmesi, kaynak kodlar üzerindeki mali hakların devri anlamına gelmemektedir⁵⁰. Kaynak kodunun devri ifadesinden kasıt, herhangi bir mali hak devri olmaksızın kaynak kodunun bizzat kendisinin – tıpkı bir nüsha üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesi gibi – üçüncü bir kişiye teslim edilmesidir.

Kaynak kodunun devrinin yanı sıra kaynak kodlar üzerindeki mali hakların devri amaçlandığında, bu işlemin FSEK m. 52’ye uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda söz konusu sözleşme ve tasarrufun yazılı olması ve konusunu oluşturan mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir.

Kaynak kodları devralan kimse, bu konuda özel olarak yetkilendirilmedikçe, kodları üçüncü bir kişiye devredemez⁵¹. Kodları devralan tarafın, kendi ihtiyaçları nedeniyle programa müdahale etmesi ise mümkündür. Zira kaynak kodların devrinde güdülen amaç kullanıcının program üzerinde değişiklik yapabilir hale gelmesidir. Dolayısıyla sözleşmede kaynak kodunun kullanıcıya devredileceğinin kararlaştırıldığı fakat kullanıcının programa müdahale etme yetkisinin açıkça düzenlenmediği hallerde sözleşmenin amacına göre yorum yapılmalı ve kullanıcının kaynak kodunda ve program üzerinde değişiklik yapmaya yetkili olduğu kabul edilmelidir⁵².

C. Kaynak Kodların Hangi Sözleşmelerde Devredileceği Sorunu

Yukarıda açıklandığı üzere bilgisayar programını üreten taraf ile program kullanıcısının kaynak kodun devrine ilişkin menfaati çeşitli noktalarda çatışmaktadır. Söz konusu menfaat

⁵⁰ Memiş, s. 301.

⁵¹ Memiş, s. 302; Bozbel, s. 422.

⁵² Aynı yönde bkz. Memiş, s. 303. Bozbel ise kaynak kodlar kullanıcıya devredilmiş olsa bile, bunlar üzerinde değişiklik yapılmasının işleme hakkının konusunu oluşturduğu ve işleme hakkına ilişkin FSEK m. 52’ye uygun bir sözleşme yapılmadıkça kullanıcının kaynak kodlarda değişiklik yapmaya yetkili olmadığı görüşündedir. Yazar, kaynak kodun kendisine devredilmiş olup olmadığından bağımsız olarak kullanıcının program üzerinde FSEK m. 38’de düzenlenen yetkilerini kullanabileceğini belirtmiştir. Bozbel, s. 422–423. Ancak bu tarz bir yorum, kaynak kodları devralan bir kullanıcının kaynak kodlar üzerindeki yetkilerinin yalnızca FSEK m. 38’de düzenlenen hallerle sınırlı kalmasına neden olacaktır.

çatışmasının boyutu ve hangi tarafın menfaatinin ağır bastığı hususu her bir sözleşme bazında farklılık arz edebilmektedir.

Standart bilgisayar programlarında⁵³ kaynak kodları genellikle devredilmemektedir⁵⁴. Zira standart bilgisayar programlarında amaç, kullanıcının programı nesne koduyla kullanmasıdır. Söz gelimi Microsoft Windows, Microsoft Office gibi bilgisayar programlarında Microsoft'un uzun yıllar içerisinde yaptığı geliştirme, yatırım ve ar-ge çalışmaları göz önünde tutulduğunda, kaynak kodlara ilişkin know-how ve ticari sır gibi menfaatleri, düşük bir miktarda lisans bedeli ödeyerek yazılımı kullanım hakkına kavuşan bir kullanıcının kaynak kodlara erişmesindeki menfaatten çok daha ağır basmaktadır.

Özel olarak üretilen bilgisayar programları⁵⁵ bakımından ise kaynak kodunun devredilip devredilmeyeceği sorunu, sözleşmeye bakılarak çözümlenmelidir. Sözleşmede kaynak kodların devredileceğine yönelik düzenleme bulunması durumunda kaynak kodlar kullanıcıya devredilmelidir⁵⁶. Benzer şekilde, sözleşmede kaynak kodların devredilmeyeceğinin açıkça düzenlendiği hallerde kaynak kodların devredilmeyeceği kabul edilmelidir.

⁵³ Standart bilgisayar programları, münferit bir kullanıcının kişisel ihtiyacı yerine belirli bir kullanıcı kitlesinin ortak sayılabilecek ihtiyaçlarını karşılamak üzere üretilen programlardır. **Yıldırım, Mustafa Fadıl**, “Standart Bilgisayar Program Ayıplarından Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı: 1, ss. 147-160, s. 148.

⁵⁴ **Memiş**, s. 301; **Yazıcı**, s. 18; **Aksu**, s. 48.

⁵⁵ Kullanıcının şahsi ve özel ihtiyaçlarına göre üretilen bilgisayar programları, özel olarak üretilen bilgisayar programlarıdır. Bu programlara, bireysel program veya ferdi (şahsi) bilgisayar programı da denilmektedir. **Şahan**, s. 45 – 46; **Erişgin, Nuri**, “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 48, 1999, ss. 213-253, s. 216.

⁵⁶ “Mahkemece, ... taraflar arasındaki sözleşmenin 33. maddesinde yer alan, “idare için geliştirilen ürünlerin fikri ve sınai haklarının, patent, marka, endüstriyel tasarım, faydalı model vb. hakların davacı idareye ait olacağına ve meydana getirilecek ticari ürünlerin fikri ve sınai kullanım haklarının da aynı şekilde davacı kamu kurumuna ait olacağına” dair akdi düzenleme ve tüm dosya içeriği gözetildiğinde ... yazılımın davacı kamu kurumunun talep ve siparişi üzerine ve bu kurumun ihtiyaçları doğrultusunda, ihale şartnamesi ve sözleşme hükümlerine göre oluşturulduğu, ... teknik şartnamenin 1.... maddesine göre, sistemde kullanılacak olana veri tabanı üzerinde yazılan programların kaynak kodlarının, ücret talep edilmeden davalı tarafça davacı idareye teslim edileceğinin kararlaştırıldığı, buna garanti süresi içinde ve bakım onarım sözleşmesi süresince yapılacak olan programlardaki güncellemelere ilişkin kaynak kodlarının da dahil olduğu, ...6.6.... maddesi gereğince de, hiç bir ücret talep etmeksizin ve süre sınırlaması olmaksızın, yazılımların kaynak kodlarının idareye teslimin gerektiği, yazılımı sipariş eden, ihale yoluyla davalıya bu yazılımı ürettiren, bunun bedelini ödeyen davacının, yazılımı güncel olarak kullanabilmesi için gerekli kaynak kodlarına sahip olması gerektiği, kaynak kodlarının davacıya verilmemesi durumunda, ortaya çıkacak olan güncel ihtiyaçların karşılanabilmesi için davacının sürekli olarak davalıya bağlı kalacağı, her defasında teknik destek için bedel ödemek zorunda bırakılacağı, ... davacının kaynak kodlarının davalı tarafça davacıya verilmemesi nedeniyle, davacı kamu kurumunun bedelini ödediği ve yaptırdığı bilgisayar yazılımından gerektiği gibi yararlanamayacağı, sahip olduğu mali hakları kullanamayacağı, dolayısıyla davacı tarafın kaynak kodlarının kendisine verilmesine ilişkin talep ve davasının yerinde olduğu ... gerekçesiyle davanın kabulü ile dava konusu ... yazılımına ait kaynak kodlarının davalı tarafça davacıya teslim edilmesine karar

Sözleşmede kaynak kodların devrine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde mevcut sözleşme hükümleri, tarafların amaçları ve taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek yorumlanmalıdır⁵⁷. Sözleşmenin yorumunda tarafların gerçek ortak arzusu saptanmalı; tarafların gerçek ortak arzusunun saptanamadığı durumlarda güven teorisi çerçevesinde mevcut irade beyanları yorumlanarak tarafların ortak arzusu farazi olarak tespit edilmelidir⁵⁸. Sözleşme yorumlanırken ayrıca tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışları, sözleşmede kullandıkları ifadeler, hükmü düzenleyen tarafın kim olduğu gibi unsurlar da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁹.

Kaynak kodların devri konusunda tarafların gerçek veya farazi ortak arzuları tespit edilirken kullanılabilecek çeşitli ölçütler bulunmaktadır. Bunlar örneksime yoluyla; taraflar arasında bakım – onarım sözleşmesi yapılıp yapılmadığı, yapılmışsa bakım – onarım sözleşmesinin ne zaman sona ereceği, kullanıcının program üzerinde değişiklik yapma yetkisinin veya bu yönde bir kanuni zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, sözleşmede bilgisayar programı üzerinde (özellikle işleme hakkını içeren) bir mali hak devri yapılıp yapılmadığı, varsa devrin veya lisansın kapsamı, kaynak kodların devredilmesi halinde yazılımı üreten tarafın know-how'ının ifşa edilmesine bağlı olarak maruz kalacağı riskin boyutu olarak gösterilebilir.

Söz gelimi, taraflar arasında programa ilişkin bakım – onarım sözleşmesi yapılması halinde kullanıcının kaynak kodlara duyduğu ihtiyaç bakım – onarım sözleşmesi kapsamında programı üreten tarafça karşılanacağından, somut olayın diğer özellikleri aksi yönde bir kanaate varmayı zorunlu kılmadıkça, kaynak kodların devredilmesine gerek olmadığı sonucuna varılabilecektir⁶⁰.

verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı ... usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA ... oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 11. HD, E. 2016/9658, K. 2018/3113, T. 25.4.2018, Lexpera veri tabanı (erişim tarihi: 25.09.2022).

⁵⁷ Şahan, s. 174 vd.

⁵⁸ Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Cilt I, İstanbul, 2021, s. 202 vd.

⁵⁹ Oğuzman / Öz, Cilt I, s. 203–205.

⁶⁰ Şahan, s. 175; Memiş, s. 304.

Özel programı üreten tarafın kullanıcıya program üzerinde işleme, değişiklik yapma, programı kullanarak yeni versiyon yaratma yetkisi verdiği hallerde kaynak kodun da kullanıcıya devredilmesi gerekecektir⁶¹.

Yargıtay 11. HD'nin 2020 tarihli bir kararına konu olayda⁶², davalı tarafından üretilen “*Web Tabanlı Filo Yönetim Sistemi*” yazılımına ilişkin kaynak kodların davacıya teslimi uyuşmazlık konusu olmuştur. Taraflar arasındaki sözleşmede kaynak kodların teslim edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Karardan anlaşıldığı üzere davalı, uyuşmazlık konusu yazılımı ilk kez davacı için geliştirmemiş; mevcut yazılımı çeşitli yerlerine firma ismi eklemek, yazılımın belirli cihazlarla çalıştırılabilmesini sağlamak suretiyle davacıya göre özelleştirmiştir. Ayrıca sözleşmede sistemin geliştirilmesi ve idamesi davalıya bırakılmıştır. İlk derece mahkemesi, davacının yazılım üzerindeki kullanımını basit ruhsat olarak değerlendirmiş, davacının sistem üzerinde herhangi bir mali hakkının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacının istinaf istemi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi, aynı taraflar arasında kaynak kodların davacıya teslimi talebini de içeren diğer bir davaya ilişkin kesinleşmiş Yargıtay kararına⁶³ da atıfta bulunarak istinaf talebini reddetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Yargıtay'ın kararında bilgisayar programının davacı için sıfırdan üretilmemiş olması, davacıya program üzerinde herhangi bir mali hak devredilmemesi, sistemin yönetiminin davalıya bırakılmış olması gibi hususların etkili olduğu yorumu yapılabilecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun güncel bir kararında⁶⁴ ise, eser sipariş sözleşmesi kapsamında meydana getirilen ve iş sahibine teslim edilen eser üzerindeki hakların iş sahibine geçmediği, ancak iş sahibinin eseri amacı kapsamında kullanabilmesi gerektiği, bu kullanım mali hakların kullanımını da gerektiriyorsa eseri meydana getirenin bu kullanıma katlanmak durumunda olduğu belirtilmiştir. Kararın devamında şu ifadelerle yer verilmiştir:

⁶¹ Şahan, s. 176; Memiş, s. 304.

⁶² Yargıtay 11. HD, E. 2018/4221, K. 2020/1827, T. 20.2.2020, Lexpera veri tabanı (erişim tarihi: 25.09.2022).

⁶³ Yargıtay 15. HD, E. 2013/4473, K. 2014/3870, T. 05.06.2014. Yargıtay'ın anılan kararında ilk derece mahkemesinin “*sistemin nihai ürün olduğu, sistemin teknik dokümantasyonunun ve yazılım kaynak kodlarının davalının know how'u olduğundan, üzerlerinde davalının fikri ve sınai mülkiyet hakkının bulunduğu, anılan ürünlerin davacıya teslim edilmesi gerektiğine dair sözleşmede de bir hüküm bulunmadığı*” gerekçeleriyle verdiği ret kararı onanmıştır.

⁶⁴ Yargıtay HGK, E. 2019/474, K. 2020/26, T. 16.1.2020, Lexpera veri tabanı (erişim tarihi: 25.09.2022).

“Örneğin, bilgisayar programında oluşacak hatalara müdahale ve hataların giderilmesi ya da yeni ihtiyaçlar nedeniyle programlara ek yapmak zorunluluğu karşısında kaynak kodlarının veya şifrelerin iş sahibine verilmesi ve hatta iş sahibinin kaynak kodlarında değişiklik yapabileceğinin kabulü gerekmektedir.”

“Eser sipariş sözleşmesi gereğince eserin tamamlanıp teslim edilmesi ile birlikte davalılar, dava konusu bilgisayar programının maliki olarak bilgisayar programını sözleşme kapsamında kullanım hakkına sahip olmuşlardır. Bilgisayar programı üzerindeki mali ve manevi haklar ise davalılara devredilmemiş davacı üzerinde kalmıştır. Ancak iş sahibi olan davalıların sözleşmenin amacı kapsamında bilgisayar programını rahatlıkla kullanabilmeleri gerekmektedir. Bu itibarla işin mahiyeti gereğince bilgisayar programındaki şifrelerin ve kaynak kodların da davalılara teslim edilmesi hakkaniyete uygundur.”

Görüldüğü üzere, özel olarak üretilen bilgisayar programları bakımından sözleşmede belirleyici hükümlerin bulunmaması halinde kaynak kodların teslim edilip edilmeyeceğine ilişkin kesin kurallar koymak mümkün görünmemektedir. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşme ve menfaat dengesi Yargıtay kararlarında ve doktrinde kabul edilen kıstaslara göre yorumlanmalı ve buna göre somut olay bazında sonuca varılmalıdır.

Bununla birlikte, bilgisayar programının FSEK m. 18/2 kapsamında memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirilmesi halinde programa ilişkin kaynak kodlar çalıştırana teslim edilmelidir⁶⁵.

Son olarak, eserin alenileşmesinin kaynak kodların teslimi üzerindeki etkisi incelenmelidir. Henüz kamuya açıklanmamış (alenileşmemiş) bir eser, eser sahibinin rızası olmaksızın mahkeme kararıyla dahi aleniyete kavuşturulamamaktadır⁶⁶. FSEK m. 61 uyarınca, eser sahibinin veya mirasçılarının mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde ve asılları cebri icranın konusu olamaz. Bu ilke doğrultusunda, tamamlanmış fakat devredilmesi gerekmesine rağmen devredilmemiş kaynak kodların kullanıcıya teslimi cebri icra ile sağlanabilecek midir?

⁶⁵ Yargıtay 11. HD, E. 2014/8338, K. 2014/16235, T. 22.10.2014, Lexpera veri tabanı (erişim tarihi: 25.09.2022).

⁶⁶ **Tekinalp**, s. 11, N. 31 ve s. 245, N. 65; **Yavuz / Alica / Merdivan**, Cilt II, s. 1844.

Doktrindeki bir görüşe göre, vücuda getirilmiş fakat henüz alenileşmemiş eser, taahhüt edilmesine rağmen teslim edilmemişse diğer taraf mahkeme kararıyla eserin kendisine teslimini sağlayamaz⁶⁷. Taahhüt konusu eser alenileşmiş fakat taahhüt edilen tarihte teslim edilmemişse, teslim cebri icra ile sağlanabilecektir⁶⁸. Doktrindeki diğer görüş ise, FSEK m. 61’de İcra ve İflas Kanunu’nun 24. ve 30. maddeleri saklı tutulduğundan, tesliminde temerrüde düşülen (tamamlanmış) eserin cebri icra ile alınabileceği, alenileşmenin bu durumda bir rol oynamayacağı yönündedir⁶⁹.

Sinema eserleri FSEK m. 61’deki genel kuraldan ayrı tutulmuş ve bunlar üzerinde cebri icraya izin verilmiştir (FSEK m. 61, b. 2). Doktrinde bu durum, sinema eserlerinin iktisadi ve ticari bir varlığa sahip olmalarıyla⁷⁰ ve üretildikleri esnada geniş bir çevre tarafından bilinmeleriyle⁷¹ açıklanmıştır. Bilgisayar programları da bu özellikleri taşıdığından benzeri bir düzenlemenin bilgisayar programları için de öngörülmüş olması kanaatimce isabetli olurdu. Her halükârda, doktrinde kabul edilen ve kanaatimce daha isabetli olan ikinci görüşün benimsenmesi durumunda, tamamlanmış fakat tesliminde temerrüde düşülmüş kaynak kodların tesliminin cebri icra ile sağlanabileceği sonucuna varılacaktır. Yargıtay 11. HD’nin E. 2016/9658, K. 2018/3113 numaralı kararında da sözleşmedeki taahhüde rağmen henüz teslim edilmeyen kaynak kodların teslimine karar verilirken aleniyete bir önem atfedilmemiştir.

Öte yandan, kaynak kodların sözleşmeyle taahhüt edilen tarihte tamamlanmaması halinde, eserin vücuda getirilmesi veya tamamlanması cebri icra ile sağlanamayacağından, diğer tarafın aynen ifa talebi tazminat talebine dönüşür⁷².

D. Kaynak Kod Escrow (Emanetçilik) Sözleşmesi

Kaynak kodların teslimine ilişkin güven sorunlarını ortadan kaldırmak üzere tercih edilen yöntemlerden bir tanesi, kaynak kodları bir *escrow* sözleşmesi kapsamında *escrow* aracısına (*escrow agent*) bırakmaktır. Böylelikle yazılım sahibi kaynak kodunu kullanıcıya

⁶⁷ Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt II, s. 1844.

⁶⁸ Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt II, s. 1844.

⁶⁹ Arslanlı, Halil, Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954, s. 202 – 203; Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 604, Erel, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2009, s. 327.

⁷⁰ Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981, s. 224.

⁷¹ Arslanlı, s. 202; Tekinalp, s. 245, N. 64; Öztan, s. 602.

⁷² Tekinalp, s. 245, N. 65; Erel, s. 327; Öztan, s. 604; Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt II, s. 1844.

teslim etmek yerine *escrow* aracısına bırakarak gizli bilgilerini koruyabilmekte, kullanıcı ise sözleşmede öngörülen teslim şartlarının gerçekleşmesi halinde kaynak koda erişme imkanına sahip olmaktadır⁷³. *Escrow* sözleşmesiyle, bilgisayar programını geliştiren tarafın yazılıma ilişkin bakım, destek, güncelleme gibi hizmetlerini sürekli olarak ifa etme yükümlülüğü teminat altına alınmaktadır⁷⁴. *Escrow* sözleşmesinin *escrow* aracısı ile kaynak kodunu teslim eden taraf arasında ya da *escrow* aracısı, kaynak kodunu teslim eden taraf ve kullanıcı arasında yapılması mümkündür⁷⁵.

Escrow sözleşmesinde *escrow* aracısının temel yükümlülüğü, kaynak kodları muhafaza etmek ve sözleşmede öngörülen teslim şartlarının gerçekleşmesi halinde kodları teslim etmektir. Sözleşmede düzenlenmesi gereken teslim şartları arasında; programı geliştiren tarafın iflası, tasfiyesi, tüzel kişiliğinin sona ermesi, sözleşmeden doğan bakım, onarım, güncelleme gibi yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi, belirli bir sürenin geçmesi gibi haller sayılabilir⁷⁶. Sözleşmede buna ek olarak *escrow* aracısına kaynak kodun okunabilirliğini ve fonksiyonelliğini araştırma yükümlülüğü yüklenebilecektir⁷⁷.

Escrow sözleşmesi gerçekten de tarafların kaynak kodunun devrine ilişkin menfaat çatışmasındaki sorunları büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Diğer yandan, *escrow* sözleşmesi yapılırken bu mekanizmanın olumsuz yönleri ve doğurabileceği sorunlar dikkate alınmalıdır. Bu sorunlardan en önemlisi, kaynak kodun kullanıcıya teslimi için sözleşmede öngörülen teslim şartlarından birinin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin ihtilaf ve bu ihtilafların yaratabileceği gecikmelerdir⁷⁸. Zira *escrow* aracısının teslim şartının gerçekleştiğine karar verme yetkisi bulunmadığından, kullanıcının bu durumu *escrow* aracısına ispat etmesi gerekmektedir⁷⁹. Bu husus uygulamada, özellikle bakım, onarım, güncelleme gibi sözleşmesel yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan teslim şartları bakımından ispat güçlüğü yaratabilecektir⁸⁰. *Escrow* aracısına teslim edilen kaynak kodların tam, çalıştırılabilir

⁷³ Keskin, s. 99.

⁷⁴ Keskin, s. 102.

⁷⁵ Keskin, s. 105 vd.

⁷⁶ Keskin, s. 111.

⁷⁷ Keskin, s. 121–122.

⁷⁸ Keskin, s. 122. Ayrıca bkz. Helms, Shawn C. / Cheng, Alfred, “Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd?”, 2008, [Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd? \(cio.com\)](http://cio.com) (erişim tarihi: 26.09.2022).

⁷⁹ Keskin, s. 123; Yücel, Meriç / Üstündağ, Burak Berk, “Sayısal Veri ve Kaynak Kodu Emanetçilik Sistemi”, 4. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu – UYMS’09, ss. 243–246, s. 244, s. 246.

⁸⁰ Keskin, s. 123–124.

veya güncel olmaması da mümkündür⁸¹. Ayrıca, kullanıcı *escrow* nezdindeki kaynak kodlara erişse ve bu kodlar çalıştırılabilir durumda olsa dahi kullanıcının kaynak kodu kullanarak bilgisayar programındaki hataları giderebilecek, bakım – onarım işlemlerini yürütebilecek teknik yeterlilik ve deneyime sahip olmaması da söz konusu olabilecektir⁸². Ayrıca, kaynak kodların *escrow* aracısı tarafından muhafaza edilmesinin yaratacağı maliyet göz önünde tutulmalıdır⁸³.

Tüm bu nedenlerle, kaynak kodun devrine ilişkin birçok sorunu çözmeye elverişli bir mekanizma öngören kaynak kod *escrow* sözleşmeleri yapılmadan önce, yaşanabilecek sorunlar somut olay bazında önceden değerlendirilmeli ve buna uygun tedbirler alınmalıdır.

SONUÇ

Kaynak kodlar, FSEK m. 2/1(1) hükmü kapsamında bilgisayar programı olarak korunurlar. Bilgisayar programı oluşturmaya henüz elverişli olmayan, taslak niteliğindeki kaynak kodlar ise hususiyet taşımaları halinde hazırlık çalışması olarak bilgisayar programlarının yararlandığı korumadan yararlanmalıdır.

Kaynak kodların kullanıcıya devri konusu uygulamada pek çok uyuşmazlığa yol açmaktadır. Standart bilgisayar programlarında kaynak kodların kullanıcılara genellikle devredilmediği görülmektedir. Kullanıcının ihtiyacına göre özel olarak üretilen bilgisayar programları bakımından ise kesin ve net kurallar koymak mümkün görünmemektedir. Öncelikle taraflar arasında kaynak kodların teslimine ilişkin bir sözleşme varsa bu sözleşme hükümleri çerçevesinde sonuca varılacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmede bu husus hiç düzenlenmemişse mevcut sözleşme, tarafların menfaat dengesi gözetilerek yorumlanmalıdır.

Kaynak kodların devrine ilişkin anlaşmazlıkların önüne geçmek ve hem kullanıcının hem programı üreten tarafın endişelerini gidermek için kaynak kod *escrow* sözleşmesi yapmak

⁸¹ Helms / Cheng. Ancak bu risk escrow aracısının kodlar üzerinde inceleme yapmasıyla ve programı üreten tarafa escrow aracısı nezdindeki kodları belli aralıklarla güncelleme yükümlülüğü yüklenmesiyle azaltılabilecektir. Escrow aracısının inceleme yükümlülüğü hakkında bkz. Keskin, s. 121 vd.

⁸² Helms / Cheng.

⁸³ Örnek olması bakımından, Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi (UYSM) tarafından 2022 yılı için uygulanan *escrow* tarifeleri için bkz. <https://www.uysm.org/UYSM/abonelik.aspx> (erişim tarihi: 26.09.2022).

tercih edilebilecek bir yöntemdir. Fakat bu yöntem benimsenmeden önce ortaya çıkabilecek sorunlar ve *escrow* maliyeti göz önünde tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ertuğrul**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Dijital Tükenme, İstanbul, 2021.
- Aksu, Mustafa**, Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul, 2006.
- Arslanlı, Halil**, Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981.
- Blocher, Walter / Walter, Michel M.**, “*Computer Program Directive*”, European Copyright Law, A Commentary (edt. Walter, Michel M. / von Lewinski, Silke), 2010, ss. 81–248.
- Bozbel, Savaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012.
- Dalyan, Şener**, Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması, Ankara, 2009.
- Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2009.
- Erişgin, Nuri**, “*Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 48, 1999, ss. 213-253.
- Helms, Shawn / Cheng, Alfred**, “*Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd?*”, 2008, [Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd? \(cio.com\)](http://cio.com)
- Janssens, Marie-Christine**, “*The Software Directive*”, EU Copyright Law, A Commentary (edt. Stamatoudi, Irini / Torremans, Paul), Second Edition, 2021, ss. 75–117.
- Kaypakoğlu, Serhat**, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İzmir, 1997.
- Keskin, Dilşad**, “*Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi*”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 10, 2012, ss. 95–128.
- Memiş, Tekin**, “*Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması*”, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009 (edt. Tekin Memiş), İstanbul, 2009, ss. 293–308.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, 27. Bası, İstanbul, 2021.

- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Cilt I, İstanbul, 2021.
- Özen, Zeki**, Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2022.
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 2005.
- Şahan, Gökhan**, Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Ankara, 2016.
- Şahin, Onur**, Telif Hakları Bakımından Bilgisayar Programları: Araişerlik Serbestisi ile Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar, İstanbul, 2021.
- Tekinalp, Ünal**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- Yazıcı, E. Sena**, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Korunması, İstanbul, 2019.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl**, “*Standart Bilgisayar Program Ayıplarından Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk*”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı: 1, ss. 147–160.
- Yücel, Meriç / Üstündağ, Burak Berk**, “*Sayısal Veri ve Kaynak Kodu Emanetçilik Sistemi*”, 4. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu – UYMS’09, ss. 243–246.

**Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019/285 E. 2019/7339 K. 20.11.2019 T. Sayılı Kararı
Işığında Karakter Ürünleştirilmesine Konu Edilen Tiplerlerin Korunması**

Arş. Gör. Şeyma IŞIK YAŞLI*

I. KARARIN İNCELENMESİ

A. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararı¹

E. 2019/285

K. 2019/7339

T. 20.11.2019

“Taraflar arasında görülen davada İstanbul(Kapatılan) 3.Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 06/09/2016 tarih ve 2012/61 E- 2016/191 K. sayılı kararın taraf vekilleri tarafından istinaf edilmesi üzerine, istinaf isteminin kabulüne dair İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nce verilen 24/10/2018 tarih ve 2017/3441 E- 2018/2254 K. sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, 6100 sayılı Kanun'un 369. maddesi gereğince miktar veya değer söz konusu olmaksızın duruşmalı olarak incelenmesi gereken dava ve işlerin dışında bulunduğundan duruşma isteğinin reddiyle dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin 2001 yılından beri ÇOCUKLAR DUYMASIN adlı dizinin yazarlığını ve yapımcılığını üstlendiğini, dizideki Havuç karakterinin özgün tiplere olduğunu ve FSEK anlamında eser niteliği taşıdığını, davalının ise bu karakterin bir kopyasının üretilip satışa sunduğunu, davalı eyleminin telif hakkı ihlal ve haksız rekabet oluşturduğunu iddia ile FSEK 68.madde gereğince istenebilecek telif ücretinin tespit edilerek 3 katının hesaplanmasını, ayrıca FSEK 70.gereği davalı tarafça elde edilen haksız kazanç dolayısıyla, bu gelirin

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Karar için bkz: <https://ezproxy.etu.edu.tr:3783/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2019-285-k-2019-7339-t-20-11-2019>.

müvekkiline devri amacıyla hesaplanmasını haksız rekabetin tespitini önlenmesini, sonuçlarının ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet nedeniyle davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığının hesaplanmasını, 3 ayrı hak ayrı ayrı tespit edilerek, bulunacak en yüksek miktar üzerinden tazminatın belirlenmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, dava konusu oyuncak bebek imajının davacı tarafın iddia ettiği tipleme ile bir ilgisinin bulunmadığını, müvekkilinin çeşitli sebze ve meyvelere göre 10 adet bebek imal ettiğini, havuç bebeğinin davacının iddia ettiği tipleme ile bir ilgisi olmadığını, davacının havuç imajı üzerinde herhangi bir telif ya da marka hakkı bulunmadığını, markasal kullanımdan söz edilemeyeceğini, oyuncak bebeğin bir tasarım olduğunu, ancak davacının bir tasarım tescilinin de bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; havuç tiplemesinin FSEK anlamında eser niteliğinde olduğunu bu hususun ilk raporda belirlendiğini, ikinci raporda da bu yönde değerlendirme yapılmış olmasına karşın raporun sonuç kısmında hataya düştüğünü, dava konusu havuç bebek isimli oyuncakların davacının FSEK 4/b-8 maddesi anlamında eser niteliğindeki tiplemeye benzediğini ve bu bebeklerin davacının tiplemesi sonucu oluşturulduğunu muhasip bilirkişi değerlendirmesine göre davacının FSEK 68.maddesine göre talep edebileceği bedelin 9.119,88 TL olduğunu, 3 kat hesabıyla 27.359,64 TL olduğunu, davanın kısmen kabulü ile, davacının ıslah talebi de nazara alınarak 27.359,64 TL tazminatın ıslah tarihi olan 20.06.2016 tarihinden itibaren işletilecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazla talebin reddine karar verilmiştir.

Karara karşı, davacı vekili ile davalı vekili, ayrı ayrı istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesince tüm dosya kapsamına göre, davacının dayandığı "ÇOCUKLAR DUYMASIN" adlı dizideki "HAVUÇ" karakterinin, FSEK anlamında bir tipleme ve dolayısıyla eser niteliğinde olduğu kabul edilerek FSEK 68/1 maddesine göre 3 kat hesabıyla telif tazminatına hükmolunmuş ise de, mahkemenin kabulünün aksine ve dosyada yer alan her iki bilirkişi raporunda belirtildiği üzere Havuç karakterinin FSEK anlamında eser niteliğinde olmadığını, bu karakterin özgünlük içermediğini, rolün o dönemin gençlik hareketlerini içerdiğini, karakterin sahibinin hususiyetini yansıtan bir özgünlüğünün bulunmadığını, dolayısıyla bu karakterin FSEK anlamında tipleme eser olarak kabul edilemeyeceği gözetilmek suretiyle ilk derece mahkemesi kararının bu yönüyle isabetli olmadığını, bununla birlikte

bilirkişi raporları ve dosyadaki havuç bebek ürün görseli ve tüm delillere göre davalı tarafın dava konusu havuç bebek adlı ürününün, diğer sebze, meyve ve bebek türlerinden farklı olarak, saç, yüz ve çehrenin görsel görünüşü itibarıyla dizideki havuç karakterini canlandıran oyuncuya benzetildiği, bu karakterin, bir bütün olarak eser niteliği taşıyan "ÇOCUKLAR DUYMASIN" adlı dizinin alametlerinden birisi olduğu ve iltibas yaratacak biçimde kullanıldığı dikkate alındığında FSEK 83.maddesi ile 818 sayılı BK'nın 41-42.maddeleri gereğince takdiren 10.000 TL maddi tazminatın davalıdan tahsili ile davacıya verilmesinin oluşa ve dosya kapsamına uygun düşeceği gözetilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmak suretiyle, davanın kısmen kabulü ile, davalı tarafın havuç bebek adlı ürün satışı nedeniyle eyleminin FSEK 83 ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 56-57.maddeleri anlamında haksız rekabet oluşturduğunun hükmen tespiti ile takdiren 10.000 TL maddi tazminatın, ıslah tarihi olan 20.06.2016 tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili ile davalı ve fer'i müdahil vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

Kararı, davalılar ayrı ayrı temyiz etmiştir.

1-Bölge Adliye Mahkemesince İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılarak yapılan yargılama ve somut uyuşmazlık bakımından uyulması gereken kurallar gözetildiğinde verilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanaatine varılmakla davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında tipleme eser sahipliğinden kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

Bir eser içerisinde kullanılan canlı veya cansız nesneler için kullanılan karakterler/kişilikler yerine göre 07.06.1995 gün ve 4110 sayılı K. ile getirilen 5846 s. FSEK 4/1 f. – 8 uyarınca güzel sanat eserleri yerine göre de FSEK 83.maddesi uyarınca eserin alametleri kapsamında korunacaktır. FSEK 4/1 f – 8 uyarınca, bir tiptemenin adı ile o tiptemenin iki veya üç boyutlu görüntüsü bir bütün olarak güzel sanat eseri olarak korunabilecek iken, Dairemizin önceki uygulaması doğrultusunda, henüz bir görüntü olarak karşımıza çıkmamış ve sadece bir edebi ad olarak bulunan tiptemeler ile görüntü olmaksızın salt edebi tipteme adlarının izinsiz kullanımının FSEK 83.maddesi uyarınca “eserin alameti” olarak kabul edilmesi gerekir (Dairemizin 22.10.1991 gün ve 1996/6769 – 7173 sayılı kararı).

Somut olayda, davacının “Çocuklar Duymasın” isimle dizi filmin senaristi ve yapımcısı olduğu, eserin FSEK 5.maddesi anlamında sinema eseri olduğu, eserde yer alan karakterlerden birinin de “Havuç” isimli çocuk karakter olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Bir eser içerisinde kullanılan canlı veya cansız nesneler için kullanılan karakterler/kişilikler yerine göre 07.06.1995 gün ve 4110 sayılı K. ile getirilen 5846 s. FSEK 4/1 f. – 8 uyarınca güzel sanat eseri, yerine göre de FSEK 83.maddesi uyarınca eserin alameti olarak korunacaktır.

Bir tiptlemenin FSEK 4/1 f-8 uyarınca güzel sanat eseri olarak korunabilmesi için, başkalarının tiptlemenin özellikle iki veya üç boyutlu görüntüsünün izinsiz olarak kullanılması gerekir. Buna karşılık, FSEK 83.maddesi uyarınca bir tiptlemenin “eserin alameti” olarak korunabilmesi için, Dairemizin uygulaması doğrultusunda, hemüz bir görüntü olarak karşımıza çıkmamış ve sadece orijinal bir edebi ad olarak tiptleme adlarının ya da görüntü olarak karşımıza çıkmış olsa bile eserin görüntüsü değil de salt orijinal edebi tiptleme adlarının başkalarının haksız rekabet oluşturacak şekilde izinsiz olarak kullanılması gerekir (Dairemizin 22.10.1991 gün ve 1996/6769 -7173 sayılı kararı).

Bir tiptleme eserden doğan mali hakların ihlali, söz konusu eserin başkalarının korsan şekilde çoğaltılması ve/veya yaymaya konu edilmesi şeklinde olabileceği gibi, eser tiptlemesinin izinsiz olarak işlenmesi suretiyle oluşturulan yeni eserin çoğaltma ve yaymaya konu edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. FSEK 6/1 f – 5.maddesinde, güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması eserin işlenmesi olarak kabul edilmektedir. Dairemizin 11.02.2016 gün ve 2015/3115 – 2016/1333 sayılı kararında da zikredildiği üzere bu tür eserlerin işlenmesi ve ticari kullanımı için de önceki eser sahiplerinden izin veya icazet alınması gerekir.

Somut olayda davacının sadece senaryo yazarı ve yapımcısı olarak, üç boyutlu “Havuç” tiptlemesi üzerinde hem FSEK 4/1f-8 anlamında güzel sanat eseri sahibi olduğu, hem de davacı tarafından senaryo yazımı sırasında oluşturulan “Havuç” edebi karakteri/tiptlemesi üzerinde FSEK 83.maddesi kapsamında eser alameti olarak hak sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut bilirkişi raporlarına göre, davalının, davacı tarafından oluşturulan “Havuç” tiptleme eserinde yer alan karakteri andıracak şekilde, aynen onun gibi, kızıl renkli ve kısa saçlı, yüzünde çiller bulunan, dans eden çocuk görünümüne, “Havuç” olarak isimlendirilmiş/tiplendirilmiş olan ve FSEK 4/1 f- 8 anlamında tiptleme, 4/1 f - 4 anlamında da

uygulamalı el sanatı mahiyetindeki oyuncak bebeği izinsiz oluşturmak suretiyle davacı eser sahibinin FSEK 21.maddesinden kaynaklanan işleme hakkını ihlal ettiği ve bu bebekleri piyasaya sunduğu, eylemin bu haliyle FSEK uyarınca mali haklara tecavüz, hem de başkalarının iş ürünlerinden izinsiz yararlanma anlamında haksız rekabet niteliğinde olduğu halde, Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi Kararı kaldırılarak, hatalı gerekçe ile eser sahibine daha az koruma sağlayan FSEK 83.maddesi uyarınca hüküm kurulması doğru olmamış ve hükmün bu nedenle temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.

3-Öte yandan davacı taraf, FSEK 70.maddesi ve haksız rekabet uyarınca da tazminat isteminde bulunduğu halde bu hususta olumlu veya olumsuz herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması da temyiz eden davacı yararına hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

4-Bozma sebep ve şekline göre; davacı tarafın tazminat miktarına ve hesap yönetimine yönelik temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) no 'lu bentte yer alan nedenlerle davalı tarafın tüm, temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) ve (3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davacı ve fer 'i müdahil vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının davacı yararına BOZULMASINA, HMK'nın 373/2. maddesi uyarınca dava dosyasının Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, (4) numralı bentte açıklanan nedenlerle davacı ve fer 'i müdahil vekilinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödedikleri peşin temyiz harcının istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, aşağıda yazılı bakiye 647,20 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 20/11/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

B. Kararın Özeti

Yargılamaya konu olayda davalı, “Çocuklar Duymasın” dizisinde yer alan “Havuç” karakterine gerek kızıl ve kısa saçları gerek de çilli yüzü ve çehresi itibarıyla benzeyen ve adına “havuç bebek” adını verdiği dans eden oyuncak bebekler imal etmiştir. Bunun üzerine dizinin senaristi ve yapımcısı olan davacı, hem tiptemenin üzerinde sahip olduğu fikri hakkının ihlal edildiği hem de kendisiyle haksız rekabette bulunulduğu gerekçesiyle dava açmıştır. Davalı ise sebze ve meyvelerden oluşan 10 adet bebek imal ettiklerini ve imal ettikleri havuç bebeğin de dizideki “Havuç” tiptemesiyle ilgisinin olmadığı savunmasını yapmıştır.

İlk derece mahkemesi davacı tarafından oluşturulan “Havuç” karakterinin FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri niteliğine haiz bir tipleme olduğu sonucuna varmıştır. Böylece mahkeme, davalı tarafından imal edilen havuç bebeklerin dizideki “Havuç” tiplemesine benzer olduğu ve bebeklerin dizideki tiplenin sonucu olarak üretildiğine kanaat getirmiştir. Buna dayalı olarak da mahkeme, davalının FSEK m. 68’e göre talep edilebilecek bedelin üç katını ödemesine hükmetmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi ise dizideki “Havuç” karakterinin dönemin gençlik hareketinin bir sonucu olduğu ve sahibinin hususiyetini yansıtır düzeyde bir özgünlüğe sahip olmadığı gerekçesiyle FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak mahkeme, davalı tarafından üretilen havuç bebeğin diğer üretilen sebze-meyve şeklindeki bebeklerden farklı olarak saç, yüz, çehre ve görünüş itibarıyla dizideki “Havuç” karakterini canlandıran oyuncuya benzetildiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre her ne kadar “Havuç” karakteri tek başına eser niteliğine haiz değilse de eser niteliğine haiz olan “Çocuklar Duymasın” dizisinin alameti niteliğindedir. Hal böyleyken havuç bebeklerin dizinin alameti niteliğindeki “Havuç” karakterine benzer şekilde üretilmesi FSEK m. 83 kapsamında eserin alametinin iltibas yaratacak şekilde kullanıldığı anlamına gelmektedir. Böylece mahkemeye göre hükmedilecek tazminat FSEK m. 68’e göre talep edilebilecek bedelin üç katı olarak değil, FSEK m. 83 ve TTK m. 56-57’ye dayalı olarak haksız rekabet kapsamında 10.000 TL olarak belirlenmelidir.

Yargıtay ise karakterlerin korunması bakımından ikili bir ayırım yaparak konuyu ele almıştır². Buna göre bir eserin içerisinde yer alan karakterler yerine göre FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak, yerine göre ise FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye görür. Böylece bir tipleme iki veya üç boyutlu bir görüntü olarak ortaya çıkmışsa

² Yargıtay’ın benzer doğrultuda ayırımı için bkz: “Bir eser içerisinde kullanılan canlı veya cansız nesneler için kullanılan karakterler/kişilikler yerine göre 07.06.1995 gün ve 4110 sayılı K. ile getirilen 5846 s. FSEK 4/1 f. – 8 uyarınca güzel sanat eseri, yerine göre de FSEK 83. maddesi uyarınca eserin alameti olarak korunacaktır. Bir tiplenin FSEK 4/1 f– 8 uyarınca güzel sanat eseri olarak korunabilmesi için, başkalarının tiplenin özellikle iki veya üç boyutlu görüntüsünün izinsiz olarak kullanılması gerekir. Buna karşılık, FSEK 83. maddesi uyarınca bir tiplenin “eserin alameti” olarak korunabilmesi için, Dairemizin uygulaması doğrultusunda, henüz bir görüntü olarak karşımıza çıkmamış ve sadece orijinal bir edebi ad olarak tipleme adlarının ya da görüntü olarak karşımıza çıkmış olsa bile eserin görüntüsü değil de salt orijinal edebi tipleme adlarının başkalarının haksız rekabet oluşturacak şekilde izinsiz olarak kullanılması gerekir (Dairemizin 22.10.1991 gün ve 1996/6769 – 7173 sayılı kararı).” (Yarg. 11. HD., E. 2018/4156, K.2019/5851, T.25.9.2019.)

FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak korunur³. Ancak eğer bir tipleme henüz bir görüntü olarak ortaya çıkmamış ve salt bir edebi tipleme olarak bulunuyorsa FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak korunur. Böylece Yargıtay’a göre dizideki “Havuç” karakteri FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye göreceken, senaryoda yazan “Havuç” edebi tiplemesi FSEK m. 83 kapsamında koruma görür. Buna göre dizideki “Havuç” karakterinin benzerinin havuç bebek olarak üretilmesi FSEK m. 4/8 kapsamında korunan tiplemelerin FSEK m. 4/4 kapsamındaki uygulamalı el sanatlarına dönüştürülmesi olup FSEK m. 21’deki işleme hakkının ihlali niteliğindedir. Ayrıca davalının tiplemenin benzerini üretmesi başkasının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak suretiyle haksız rekabet haline de vücut vermektedir. Böylece Yargıtay bundan daha az koruma imkanı sağlayan FSEK m. 83’e dayalı olarak hüküm kuran Bölge Adliye Mahkemesi kararını davacı yararına bozmuştur.

C. İncelenecek Hukuki Sorun

İnceleme konusu olaydaki hukuki sorun, hangi tipleme türünün hangi kapsamda koruma görmesi gerektiğine ilişkin sınırların tayin edilmesidir. Burada sorun temel olarak hangi tipleme türünün, hangi şartlarla, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun hangi maddesi kapsamında himaye göreceğine ilişkindir. Ancak biz Yargıtay’ın haksız rekabet korumasına ilişkin vardığı sonucu da yerinde görmediğimizden çalışmada kısa da olsa haksız rekabet koruması yönüne değinilecektir.

Bu hukuki sorunun çözümü bakımından ilk olarak tiplmeler ayrırma tabi tutulacaktır. Devamında yapılan ayrırma göre doktrinde ileri sürülen koruma yolları ortaya konulacaktır. Sonuca varmadan önce ise kısaca haksız rekabet korumasının hangi kapsamda olması gerektiğine değinilecektir.

³ Yargıtay’ın grafik tiplmeleri güzel sanat eseri olarak nitelendirdiği kararı için bkz: “*uyuşmazlık konusu “X1 ” tiplemesi davacı tarafından yaratılmış olup, yayımlandığı dergilerde yine davacı tarafından çizilen karikatür eserlerinde baskın karakter olarak yer almak suretiyle FSEK’nun 4/1-8 nci bendi uyarınca bağımsız bir güzel sanat eseridir.*” (Yarg. 11. HD., E. 2004/13221, K.2005/11244, T.18.11.2005.) Yargıtay’ın Yasemince dizisindeki “Hamaset”, “Kakılmış” ve “Fevriye” dramatik tiplmelerinin güzel sanat eseri niteliğinde olduğu şeklindeki görüşü için bkz: Yarg. 11. HD., E.2005/13780, K. 2006/460, T.24.01.2006.)

II. KARARIN DEĞERLENDİRMESİ

A. Karakter Ürünleştirmesi ve Tiplerinin Türleri

1. Karakter Ürünleştirmesi

a. Karakter Ürünleştirmesi Tanımı

Karakter ürünleştirmesi, “*character merchandising*” kavramının Türkçeleştirilmiş hali olarak kullanılmıştır⁴. Karakter ürünleştirmesi kavramının yerli yerine oturması için öncelikle karakter kavramının anlaşılması gerekmektedir. WIPO tarafından yapılan tanıma göre:

“‘*karakter*’ kavramı kurgusal insanları (Tarzan ve James Bond gibi), insan olmayanları (Donald Duck ve Bugs Bunny gibi) ve gerçek insanları (film ya da müzik sektöründeki ünlü kişiler ve sporcular gibi) kapsar. Karakter ürünleştirmesi kapsamında karakter, toplumda rahatlıkla tanınabilecek kişisel özelliklerdir. Bu kişisel özellikler karakterin tanınmasını sağlayan karakterin ismi, görüntüsü, görünümü, sesi veya sembolleridir⁵.”

WIPO’ya göre:

“Kurgusal karakterlerin temel kaynakları edebi çalışmalar (Collodi’nin Pinokyo’su, E.R. Burroughs’un Tarzan’ı gibi), çizgi romanlar (Herge’nin Tintin’i, Uderzo ve Goscinny’nin Asterix’i gibi), sanat eserleri (resimler (Leonardo da Vinci’nin Mona Lisa’sı) ya da çizimler (Doğal Hayatı Koruma Vakfının Pandası veya Joanna Ferrone ve Susan Rose’un Fido Dido’su) gibi), sinematografik çalışmalar (filmlerden Timsah Dundee, King Kong, Rambo ya da E.T., televizyon dizilerinden McGyver ya da Columbo, sinema çizgi filmlerinden Bambi gibi)dir⁶.”

⁴ Karakter ürünleştirmesi kavramı ilk kez Prof. Dr. Ünal Tekinalp tarafından doktrine kazandırılmıştır. (Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 29.) Bazı yazarlar ise bu kavram yerine “*karakter ticareti*” ibaresini kullanmayı tercih etmektedir. (Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 247, Günaydın, Ömer, “Sinema Eserlerindeki Karakterler ve Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, 2017, s. 103.)

⁵ WIPO Report, Character Merchandising, 1994, s. 4, WIPO Intellectual Property Handbook, WIPO Publication, No. 489 (E), 2004, s. 105.

⁶ WIPO Report, s. 4-5, WIPO Intellectual Property Handbook, s. 105.

Ancak sinematografik çalışmalardaki karakterlerin çoğu zaman edebi çalışmalardan (Charles Dickens'ın Oliver Twist karakteri gibi) ya da çizgi romanlardan (Batman karakteri gibi) doğduğu da unutulmamalıdır⁷.

Bu kapsamda WIPO'ya göre "karakter ürünleştirmesi" kavramının tanımı:

*"bir kurgusal karakterin yaratıcısı veya bir gerçek kişi veya bir ya da birkaç yetkili üçüncü kişi tarafından bir karakterin esaslı kişilik özelliklerinin (isim, görüntü, görünüm gibi), çeşitli ürün ve/veya hizmetlerle bağlantılı olarak, tüketicilerin karaktere ilgisi sebebiyle bu ürünleri elde etme arzusu oluşturmak ve/veya bu hizmeti kullanmasını sağlamak amacıyla uyarlanması veya ikincil faydalanmasıdır"*⁸.

Böylece karakter ürünleştirmesinin toplumda belirli bir tanınırlığa getirilmiş bir karakterin, ürünlerin ve/veya hizmetin satışını artırmak için kullanılması olarak anlaşılması gerekir. Burada tüketicinin karaktere duyduğu ilgi bir ürünün veya hizmetin pazarlanmasında kullanılmaktadır. Karaktere ilgi duyan tüketici, sırf karakterin kendisinde oluşturduğu cazibe sebebiyle ürünü satın almaya veya hizmetten faydalanmaya yönelmektedir. Örneğin kişinin bir ayraç veya defteri sırf üzerinde sevdiği karakterin görseli yer aldığı için satın alması böyledir. WIPO da karakter ürünleştirmesine örnek olarak Mickey Mouse kurgusal karakterinin üç boyutlu oyuncak olarak üretilmesini, Ninja Kaplumbağalar kurgusal karakterinin adının veya görüntüsünün tişörtlere basılmasını, parfüm şişesine "Alain Delon" adının marka olarak yazılmasını, tenis ayakkabılarına "André Agassi" adının verilmesini, pop star Elton John'un Coca Cola Light reklamlarında ürünü içer şekilde oynatılmasını vermiştir⁹.

b. Karakter Ürünleştirmesinin Türleri

WIPO karakter ürünleştirmesini 3 türe ayırarak incelemektedir. Buna göre karakter ürünleştirmesi, kurgusal karakterlerin ürünleştirmesi (*merchandising of fictional characters*) ve gerçek kişiliklerin ürünleştirmesi (*personality merchandising*) olarak temelde ikiye ayrılır¹⁰. Bu ayrımın yanında imaj ürünleştirmesi (*image merchandising*) olarak isimlendirilen karma üçüncü bir kategori daha bulunmaktadır¹¹.

⁷ WIPO Report, s. 5, WIPO Intellectual Property Handbook, s. 105.

⁸ WIPO Report, s. 6, WIPO Intellectual Property Handbook, s. 106.

⁹ WIPO Report, s. 6.

¹⁰ WIPO Report, s. 8.

¹¹ WIPO Report, s. 8.

En eski olan ve en iyi bilinen tür olan kurgusal karakterlerin ürünleştirmesi, bir kurgusal karakterin ismi, görüntüsü gibi esaslı kişilik özelliklerinin ürünlerin ve/veya hizmetlerin pazarlanmasında kullanılmasıdır¹².

Kişilik ürünleştirmesi, bir gerçek kişinin adı, görünümü, sesi veya diğer kişilik özelliklerinin bir ürünün ve/veya hizmetin pazarlanmasında kullanılmasıdır¹³. Bu pazarlama yönteminde genellikle toplumda tanınır kişiler kullanıldığından “itibar ürünleştirmesi (*reputation merchandising*)” de denir¹⁴.

İmaj ürünleştirmesi, gerçek aktörler tarafından canlandırılan film veya dizideki karakterin bir ürünün ve/veya hizmetin pazarlanmasında kullanılmasıdır¹⁵. İmaj ürünleştirmesine toplumda oyuncu ile karakterin birbirinden ayrılmasının zor hale geldiği ve hatta bazen oyuncunun karakter adının gerçek adının dahi önüne geçtiği hallerde başvurulur¹⁶. İmaj ürünleştirmesinin karakter ürünleştirmesi ile kişilik ürünleştirmesi arasında karma bir kategori olarak görülmesindeki sebep ise burada kişilik ürünleştirmesindeki gibi gerçek bir kişinin görünümü, adı vb. kullanılmakla birlikte bu gerçek kişinin dizi veya filmde canlandığı kurgusal karakterinden dolayı bu kişinin ürün ve/veya hizmet pazarlamasına konu edilmesidir.

2. Tiplerlerin Ayrımı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yapılan 4110 Sayılı değişiklik ile “*her türlü tipler*” güzel sanat eserleri kategorisi altına ilave edilmiştir. İşte tiplerin hangi türünün bu kapsama dahil olduğunun, hangisinin farklı kapsamda ele alınması gerektiğinin tespit edilebilmesi bakımından tiplerleri ayırma tabi tutmak elzemdir.

Bir görüş tiplerleri dille ifade edilenler bakımından edebi tipler, çizgiyle ifade edilenler bakımından grafik tipler ve oyuncular vasıtasıyla ifade edilenler bakımından dramatik tipler olarak üç grup şeklinde ayırmaktadır¹⁷.

¹² WIPO Report, s. 8.

¹³ WIPO Report, s. 9.

¹⁴ WIPO Report, s. 9.

¹⁵ WIPO Report, s. 9.

¹⁶ WIPO Report, s. 9.

¹⁷ **Tanış, Umut Can**, Fikri Mülkiyet Hukukunda Karakter Ürünleştirmesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 21, **Yaşar, Ali**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 126.

Bir görüş tiplerleri edebi tipleme ve grafik tipleme şeklinde ikiye ayırmakla yetinmektedir¹⁸. Bu görüş taraftarlarından *Ateş*, dramatik tiplerlere edebi tiplerlerin tiyatro veya sinemaya uyarlanmış hali olarak edebi tiplerlerin altında yer vermektedir¹⁹.

Bizim de katıldığımız bir görüş ise tiplerleri edebi tipler ve görsel tipler olarak ikiye ayırdıktan sonra görsel tiplerleri de kendi içinde grafik tipleme ve dramatik tipleme olarak ayırmaktadır²⁰. Bu görüşe göre tiplerlerin görsel ve edebi tipleme olarak ikiye ayrılmasındaki temel sebep görsel tiplerlerin edebi tiplerlerden farklı olarak hitap ettiği kitle tarafından somut ve aynı şekilde algılanmasıdır²¹. Edebi tipler ise her okuyucunun zihninde onun hayal gücüne dayalı olarak farklı şekilde algılanacaktır. Hal böyleyken de görsel tipler karakter ürünleştirmesine elverişliyken, edebi tipler elverişli değildir²². Yine dramatik tiplerleri edebi tiplerin alt kategorisi olarak görmek de çizgi romanlarda yer alan grafik tiplerin de sinemaya uyarlanıyor oluşu nedeniyle kapsayıcı bir ayırım olmadığından yerinde görülmemektedir²³.

a. Edebi Tipler

Edebi tipler ilim ve edebiyat eserlerinden hikaye, roman gibi eserlerde özellikleri belirtilen ve yazı aracılığıyla ifade edilen tiplerlerdir. Bu tiplerlere örnek olarak Şeker Portakalındaki Zeze, Dönüşümdeki Gregor Samsa, Puslu Kıtalar Atlasındaki Bünyamin örnek verilebilir.

Edebi tipler her okuyucusunun zihninde hayal gücüne bağlı olarak farklı şekillere bürünür. Dolayısıyla Şeker Portakalını okuyan iki farklı kişinin zihninde yarattığı Zeze görüntüsü aynı olmayacaktır. Bu durum edebi tiplerin karakter ürünleştirmesine konu edilmesini engellemektedir²⁴.

¹⁸ Günaydın, s. 102, Üstün, Gürsel, Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul: Besam, 2001, s. 13, Ateş, s. 241-242.

¹⁹ Ateş, s. 241-242.

²⁰ Yıldız, Ozan Ali, “Türk Hukukunda Kurgusal Karakterlerin Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 124, 2016, s. 68-69.

²¹ Yıldız, Kurgusal Karakter, s. 68.

²² Yıldız, Kurgusal Karakter, s. 68.

²³ Yıldız, Kurgusal Karakter, s. 69.

²⁴ Yıldız, Kurgusal Karakter, s. 68.

b. Görsel Tipler

Görsel tipler, kişilerin görme duyusuna hitap edecek şekilde oluşturulmuş tiplerdir²⁵. Bu tipler kendi içerisinde görüntünün çizgi veya grafikte mi oyuncu tarafından canlandırma şeklinde mi ortaya çıktığına göre grafik tipler ve dramatik tipler olarak ikiye ayrılmaktadır.

Görsel tipler edebi tiplerden farklı olarak somut bir görünüm ile ortaya çıktığından hitap ettiği kitle bakımından farklı şekillere bürünmesi mümkün değildir. Bu durum da somut bir görüntü olarak ortaya çıkan görsel tipleri karakter ürünleştirmesine elverişli hale getirmektedir²⁶.

1. Grafik Tipler

Grafik tipler çizgi film, çizgi roman, karikatür gibi eserlerde insan, hayvan, bitki veya başkaca şekillerde çizgi veya grafik yardımıyla oluşturulmuş tiplerdir. Bu tiplere örnek olarak çizgi romanlardaki Zagor, Tenten, Tommiks, Wonder Woman tipleri; karikatürlerdeki Ökkeş, Fırat, Avanak Avni tipleri; çizgi filmlerdeki Fred Çakmaktaş, Tazmanya Canavarı, Temel Reis, Bugs Bunny, Şakir tipleri verilebilir.

2. Dramatik Tipler

Dramatik tipler dizi, film, tiyatro gibi eserlerde bir oyuncu tarafından canlandırılan tiplerdir. Bu tiplere örnek olarak Aşk-ı Memnu dizisindeki Bihter, Harry Potter filmindeki Severus Snape, Bir Demet Tiyatrodaki Feriştah tipleri örnek verilebilir.

Dramatik tipler ilim ve edebiyat eseri niteliğindeki roman, hikaye gibi eserlerin film, tiyatro veya diziye uyarlanması sonucunda ilim ve edebiyat eserindeki edebi tiplerin bir oyuncu tarafından canlandırılmasıyla ortaya çıkabileceği gibi bağımsız bir dizi veya filmin senaryosunun bir oyuncu tarafından oynanmasıyla da ortaya çıkabilir. Örneğin Aşk-ı Memnu dizindeki Bihter karakteri oyuncu tarafından canlandırılmadan önce Halid Ziya Uşaklıgil'in romanında yer alan bir edebi tipteydi. Romanın diziye uyarlanmasıyla birlikte edebi tipte somut bir görünüm kazanarak dramatik tipte şekline çevrilmiştir.

²⁵ Yıldız, Kurgusal Karakter, s. 68.

²⁶ Yıldız, Kurgusal Karakter, s. 68.

B. Tiplerlerin Telif Hukuku Kapsamında Korunması

Tiplerlerin hangi türünün, hangi kapsamda koruma göreceğiyle ilgili doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bu bölümde tiplerlerin telif hukuku kapsamında nasıl koruma göreceğiyle ilgili doktrinde ileri sürülen farklı görüşlere yer verilecektir.

Bir görüşe göre her türlü tiplerler içerisinde yer aldıkları eserin parçası olarak FSEK m. 13/2 kapsamında koruma görür²⁷. Tiplerlerin henüz güzel sanat eseri olarak düzenleme altına alınmadığı zamanlarda *Öztrak*, tiplerleri içerisinde yer aldıkları fikir ve sanat eserlerinin parçası olarak himaye etmek gerektiğini belirtmiştir²⁸. Zira yazar eserinde fikir ve sanat eserlerinin parçası olarak koruma göreceklere bir sinema eserindeki kahramanların şekillerini, bir roman veya piyesteki kişilerin isimlerini örnek olarak saymıştır²⁹.

Bir görüş tiplerler arasında ayırım yapmaksızın, her türlü tiplerinin hususiyet şartını sağlamak koşuluyla FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak korunacağı fikrindedir. *Özkan* gerçek güzel sanat eseri niteliğindeki tiplerlere çizgi roman ve hikayelerde yer alan figür ve tasvirleri örnek olarak vermiştir³⁰. Böylece yazar edebi tiplerleri de FSEK m. 4/8 kapsamına dahil etmiştir.

Bir görüşe göre FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak koruma görecektir tiplerler yalnızca grafik tiplerlerdir. Bu görüşte olarak *Polater*, tiplerleri edebi ve grafik tipler olarak ikiye ayırdıktan sonra FSEK m. 4/8 kapsamında himaye görecektir tiplerlerin grafik tipler olduğu ifade etmiştir³¹. Yine *Nal/Suluk*, tiplerleri dil ile, çizgi ile veya sinema filmi ya da tiyatrodaki oynamak suretiyle oluşturulanlar olarak sınıflandırdıktan sonra FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak koruma görecektir tiplerler ile kastedilenin çizgi ile oluşturulan tipler olduğu ifade etmiştir³². *Tekinalp*'e göre de FSEK m. 4/8 ile düzenleme altına alınan tiplerler ile kastedilen Avnak Avni, Abdülcambaz, Basri ve Güngörmüşler gibi çizgi yardımıyla yaratılmış karakterlerdir³³. *Erel* de FSEK m. 4/8 ile güzel

²⁷ FSEK m. 13/2: "Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir."

²⁸ *Öztrak, İlhan*, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.397, 1977, s. 38.

²⁹ *Öztrak*, s. 38.

³⁰ *Özkan, Fırat*, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s. 138.

³¹ *Polater, Salih*, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 69-70.

³² *Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel*, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 56.

³³ *Tekinalp*, s. 126.

sanat eseri olarak himaye edilecek şeyin doğrudan doğruya çizgi kahramana ait tipleme olduğunu ifade etmiştir³⁴. Böylece, yazar güzel sanat eseri olan tipleme ile kastedilenin “çizgi kahramana ait tipleme” olduğunu ifade ederek FSEK m. 4/8 kapsamındaki tiplerini grafik tiplerine hasretmiş olmaktadır. Yazara göre güzel sanat eseri niteliğindeki tiplerinin içerisinde yer aldığı çizimler ise işleme eser mahiyetindedir³⁵. *Yaşar* ise tiplerinin ayrı bir varlık olarak kabul edilip eser sayılması sonucunda bu eserin şekillendiği çizimlerin işleme eser olarak kabul edilmesine karşı çıkmaktadır³⁶. Zira yazara göre fikri hak koruması soyut düşünceleri değil, düşüncenin şekillenmiş biçimini korur³⁷. Yine *Gökyayla* da yazarın görüşüne karşı çıkarak tipleme eserin asıl esere bağlı olmakla birlikte bağımsız bir eser niteliğinde olduğunu ifade etmektedir³⁸. Yazara göre tiplerinin işleme eser altında değil, güzel sanat eserleri altında düzenlenmiş olması da görüşünü destekler mahiyettedir³⁹. Yine *Yıldız* da kurgusal karakterin ilk kez ortaya çıktığı eserin işleme eser mahiyetinde olamayacağını, ancak kurgusal karakterin başka bir eser içerisinde kullanılması halinde kullanıldığı eserin işleme eser olabileceğini ifade etmiştir⁴⁰. Zira yazara göre işleme eser ile asıl eser arasında öncelik-sonralık ilişkisi bulunuyor olup tiplerinin ilk kez ortaya çıktığı eserle arasında aynı anda meydana geldikleri için böyle bir ilişki yoktur⁴¹. *Üstün*’e göre de FSEK m. 4/8 kapsamında himaye görecektir tiplerin salt grafik tipleridir⁴². Ancak yazara göre kanun koyucunun yalnızca güzel sanat eserleri altında tiplerine yer vermiş olması yerinde olmamıştır⁴³. Bunun yerine her türlü eserde yer alan tiplerinin “ayırt edici unsur” olarak kabul edilip izinsiz kullanılmalarını “izinsiz işleme” saymak daha yerinde olurdu⁴⁴. Yazara göre FSEK m. 4/8’in kapsamının dışında kalan edebi ve dramatik tiplerinin izinsiz kullanılması halinde ise tiplerinin içinde yer aldığı bağımsız esere ilişkin işleme hakkı ihlal edilmiş olur⁴⁵. *Ateş* de

³⁴ **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 72. *Erdil* de aynı görüşte olarak güzel sanat eseri olarak doğrudan doğruya koruma görecektir olan şeyin çizgi kahramana ait tipleme olduğunu, tiplerinin içerisinde yer aldığı çizimlerin ise işleme eser olduğunu ifade etmiştir. (**Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşleme Eserler, İstanbul: Beta, 2003, s. 32.)

³⁵ **Erel**, s. 72.

³⁶ **Yaşar**, s. 126.

³⁷ **Yaşar**, s. 126.

³⁸ **Gökyayla, K. Emre**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001, s. 101.

³⁹ **Gökyayla**, s. 101.

⁴⁰ **Yıldız**, Kurgusal Karakter, s. 70.

⁴¹ **Yıldız**, Kurgusal Karakter, s. 70.

⁴² **Üstün**, s. 13, dpt. 44.

⁴³ **Üstün**, s. 16, dpt. 50.

⁴⁴ **Üstün**, s. 16, dpt. 50.

⁴⁵ **Üstün**, s. 16.

FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye görecek tiplerin yalnızca grafik tipler olduğu ifade etmiştir⁴⁶. Zira yazara göre edebi ve sinematografik tipler mahiyetleri itibarıyla güzel sanat eseri sayılmaya elverişsizdir⁴⁷. Yazar edebi ve sinematografik tiplerin fikri hak korumasından faydalanabilmesi için bağımsız bir fikri ürünü yansıtması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸. Yazara göre bağımsız bir fikri ürünü yansıtması halinde edebi tipler FSEK m. 2 kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak, sinematografik tipler ise FSEK m. 5 kapsamında sinema eseri olarak himaye görür⁴⁹. Benzer şekilde *Merdivan* da edebi tiplerin içerisinde yer aldıkları ilim ve edebiyat eserinin parçası olarak himaye göreceğini ifade etmiştir⁵⁰. Yazar senaryoda yer alan edebi tiplerin oyuncu tarafından canlandırılması sonucunda oluşan dramatik tipler halinin ise sinema eserinin parçası olarak himaye göreceğini ifade etmiştir⁵¹. Zira yazara göre sadece bir insan tarafından meydana getirilmiş ve estetik niteliğe haiz tipler güzel sanat eseri olarak himaye görür⁵². Yazar dramatik tiplerin ise canlandıran oyuncunun doğal görünümünden ibaret olduğunu, bir insan tarafından yaratılmadığını bu nedenle de estetik niteliğinden söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür⁵³. Böylece yazar animasyon tekniği ile oluşturulan sinema eserleri dışındaki dramatik tiplerin güzel sanat eseri olarak korunamayacağını ileri sürmüştür⁵⁴. *Günaydın* da güzel sanat eseri sayılmak için gereken estetik vasfın insan gözüne hitap ettiğini, bu nedenle de edebi tiplerin FSEK m. 4/8 kapsamında himaye göremeyeceğini ifade etmiştir⁵⁵. Yazara göre edebi tiplerin karakter ürünleştirmesine konu edilmesi halinde bedii vasa sahip olma şartını arayan FSEK m. 4/8 yerine bu şartı aramayan FSEK m. 5'e başvurmak daha yerinde olur⁵⁶. Yazara göre sinematografik tipler de FSEK m. 4/8 kapsamında kalmıyor olup bu tipleri içerisinde yer aldıkları eserin parçası olarak FSEK m. 13/2 kapsamında korumak

⁴⁶ Ateş, s. 243.

⁴⁷ Ateş, s. 243.

⁴⁸ Ateş, s. 250.

⁴⁹ Ateş, s. 244.

⁵⁰ Merdivan, Fethi, "Senaryo ve Sinema Eserindeki Tiplerin Korunması ile Konuya İlişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.11.2019, E. 2019/285, K. 2019/7339 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 1939.

⁵¹ Merdivan, s. 1939.

⁵² Merdivan, s. 1941.

⁵³ Merdivan, s. 1941.

⁵⁴ Merdivan, s. 1941.

⁵⁵ Günaydın, s. 107.

⁵⁶ Günaydın, s. 107. Yazarın edebi tipleri karakter ürünleştirmesine nasıl konu ettiği ve hangi gerekçeyle görsel olarak değil de dil aracılığıyla ortaya çıkan edebi tipleri yine estetik vasfı aramayan FSEK m. 2'deki ilim ve edebiyat eserleri kategorisi altında değil de, FSEK m. 5'teki sinema eserleri altında korumaya layık gördüğü anlaşılamamıştır.

yerinde olur⁵⁷. *Yaşar*'a göre de güzel sanat eseri sayılmanın koşulu olan estetik vasfa sahip olma şartını yalnızca grafik tiplerler sağladığından FSEK m. 4/8 kapsamında himaye görececek olan tiplerler yalnızca grafik tiplerlerdir⁵⁸. Ancak yazara göre edebi ve dramatik tiplerler hususiyet şartını sağlamak koşuluyla içerisinde yer aldıkları roman, hikaye, film gibi eserlerin parçası olarak FSEK m. 13/2 kapsamında koruma görür⁵⁹. *Yıldız*'a göre de edebi ve dramatik tiplerler güzel sanat eseri sayılmanın şartı olan bir yüzey veya cisim olarak ortaya konmayı sağlamadığından, FSEK m. 4/8 kapsamında himaye görececek olan tiplerler salt grafik tiplerlerdir⁶⁰. Zira yazara göre FSEK m. 4/8 kapsamında korumanın meydana gelebilmesi için eser olma için aranan unsurlara ek olarak estetik değere sahip olma ve üç boyutlu cisim olarak veya bir yüzey üzerinde cisimlenmiş olma şartı da aranır⁶¹. Ancak yazara göre edebi ve dramatik tiplerler de korumadan yoksun kalmayacak olup bu tiplerler içerisinde yer aldıkları eserlerin parçası olarak FSEK m. 13/2 kapsamında himaye görür⁶². Tiplerlerin hususiyet şartına haiz olmaması halinde koruma FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak gündeme gelir⁶³.

Bir görüşe göre ise FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye görececek olan tiplerler dramatik ve grafik tiplerlerden oluşan tüm görsel tiplerlerdir. *Gökyayla* tipler eserlere bir karikatür veya çizgi filmde çizilen kahraman ya da tiyatrodan canlandırılan karakteri örnek olarak vermiştir⁶⁴. Böylece yazar FSEK m. 4/8 kapsamında himaye görececek tiplerlere çizgi yardımıyla oluşturulmuş veya oyuncu tarafından canlandırılmış örnekleri vererek korumayı grafik ve dramatik tiplerlere özgülemiş olmaktadır. *Erdil* de bir eserinde FSEK m. 4/8 kapsamındaki tiplerlerin karikatür veya çizgi filmde çizilen kahraman veya tiyatro oyununda, televizyon dizisinde canlandırılan karakter olduğunu ifade etmiştir⁶⁵. Yazar bir başka eserinde de FSEK m. 4/8 kapsamındaki tiplerlere sinema filmindeki özgün tiplerleri örnek vermiştir⁶⁶. Yazar, sinema eserindeki özgün tiplerinin oyuncağının

⁵⁷ *Günaydın*, s. 108.

⁵⁸ *Yaşar*, s. 127.

⁵⁹ *Yaşar*, s. 128.

⁶⁰ *Yıldız*, Kurgusal Karakter, s. 71.-72.

⁶¹ *Yıldız, Ozan Ali*, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 63-64.

⁶² *Yıldız*, Kurgusal Karakter, s. 72.

⁶³ *Yıldız*, Kurgusal Karakter, s. 70.

⁶⁴ *Gökyayla*, s. 101.

⁶⁵ *Erdil*, İşlenme Eserler, s. 32.

⁶⁶ *Erdil, Engin*, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 26.

yapılmasını eser sahibinin işleme ve yayma hakkının ihlali olarak görmüştür⁶⁷. Yazara göre özgün niteliğe haiz olmayan tipler FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye görür⁶⁸. Böylece yazar, FSEK m. 4/8 kapsamındaki tiplerin grafik ve dramatik tiplere hasretmiş olmaktadır⁶⁹. *Yavuz* da FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak koruma görecektir çizgi roman, karikatür eser, kurgu veya animasyon filmlerde yer alan baskın karakterleri örnek olarak vermiştir⁷⁰. Yazara göre bir romanda yer alan karakterler ile kurgu ve animasyon filmi dışındaki sinema eserlerindeki karakterler ise estetik niteliğe sahip olma şartını sağlamadığından FSEK m. 4/8 kapsamında yer almamaktadır⁷¹. Bu tür tipler ise yazara göre ancak şartları varsa FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye görür⁷². *Tanış*’a göre de kanun koyucu düzenlemede “*her türlü tipler*” ibaresine yer vermek suretiyle uygulamada tiplerin etki alanının daraltılmasını engelleme amacı gütmüştür⁷³. Böylece yazara göre FSEK m. 4/8 kapsamına grafik tiplerin yanı sıra dramatik tipler de girmektedir⁷⁴. Yazara göre edebi tipler ise ancak hususiyet şartını sağlamak koşuluyla FSEK m. 13/2 kapsamında eserin parçası olarak korunur⁷⁵. Yazara göre hususiyet şartını sağlamayan tipler ise eserin alameti olarak FSEK m. 83 kapsamında himaye görür⁷⁶.

Kanaatimizce FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye edilecek tiplerin saptayabilmek için ilk olarak güzel sanat eserinden ne anlaşılması gerektiği çözümlenmelidir. Kanun koyucu eserleri türlere ayırırken eserin ifade ediliş şeklini dikkate almıştır. Öyle ki dil ve yazı ile ifade edilen eserleri ilim ve edebiyat eseri olarak, ses ile ifade edilen eserleri musiki eseri olarak, hareketli görüntü olarak ifade edilen eserleri sinema eseri olarak ve şekil ve görüntü ile ifade edilen eserleri ise güzel sanat eseri olarak düzenlemiştir.

⁶⁷ **Erdil**, Kısa Şerh, s. 26.

⁶⁸ **Erdil**, Kısa Şerh, s. 26.

⁶⁹ Ancak yazar FSEK m. 83’ü şerh ederken eserin alametlerine eseri simgeleyen bir resim, eserde yer alan bir karakter veya karakterin ismi ve betimlemesi, eseri tanıtan işaretler ve sloganları örnek olarak vermiştir. Devamında da bir eserin içerisinde yer alan tiplerin özgün niteliğe haiz olması halinde FSEK m. 4 kapsamında, özgün niteliğe sahip olmaması halinde ise FSEK m. 83 kapsamında himaye göreceğini ifade etmiştir. (**Erdil**, Kısa Şerh, s. 415.) Yazarın burada herhangi bir ayırım yapmamış olması ve örnekler arasında karakterin betimlenmesini de sayması edebi tiplerin de özgün olmak şartıyla FSEK m. 4/8 kapsamına dahil edip etmediğiyle ilgili bir soru işareti oluşturmaktadır.

⁷⁰ **Yavuz, Levent / Alica, Türkan / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 143.

⁷¹ **Yavuz (Alica / Merdivan)**, s. 143.

⁷² **Yavuz (Alica / Merdivan)**, s. 143.

⁷³ **Tanış**, s. 55.

⁷⁴ **Tanış**, s. 55.

⁷⁵ **Tanış**, s. 104.

⁷⁶ **Tanış**, s. 94-95.

Ayrıca kanun koyucu güzel sanat eserleri bakımından diğer eser türlerinden farklı olarak estetik niteliğe sahip olma şartını da aramıştır. Öyleyse bir yaratımın güzel sanat eseri olarak kabul edilebilmesi için bir şekil veya görüntü olarak ortaya çıkmış olmasının yanı sıra estetik niteliğe haiz olması da aranır. Böylece herhangi bir ayırım yapılmaksızın “*her türlü tipler*” şeklinde düzenleme altına alınan tiplerin bu kapsamda koruma görmesinin sınırını da güzel sanat eseri sayılmak için gereken şartlar oluşturmaktadır. İşte edebi tipler şekil veya görüntü aracılığıyla değil, dil ve yazı aracılığıyla ifade edildiğinden ve bir görüntü ile ortaya çıkmadıklarından FSEK m. 4/8 kapsamında himaye görmeleri mümkün değildir. O halde görsel olarak ortaya çıkan grafik gerek de dramatik tipler FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye görür. Grafik ve dramatik tiplerin hususiyet şartını sağlamaması halinde ise ayırt edici nitelikte olmaları şartıyla eserin alameti olarak FSEK m. 83 kapsamında koruma görmesi gerekir. FSEK m. 4/8 kapsamında koruma göremeyecek olan edebi tipler ise hususiyet şartını sağlamaları halinde içerisinde yer aldıkları ilim ve edebiyat eserinin parçası olarak FSEK m. 13/2 kapsamında koruma görür. Eğer edebi tipler hususiyet şartını sağlamamakla birlikte ayırt edici niteliğe haizse eserin alameti olarak FSEK m. 83 kapsamında koruma görür.

C. Başkasının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanmak Suretiyle Haksız Rekabet

İncelemeye konu olayda varılan sonuçlardan birisi de olayda olan haksız rekabet halinin başkasının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak suretiyle haksız rekabet olduğuydu. Bu bölümde söz konusu haksız rekabet halinin şartları inceleme konusu yapılacaktır.

TTK m. 55/1-c-3’e göre: “*Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak*” haksız rekabet teşkil etmektedir. Haksız rekabetin bu halinin söz konusu olabilmesi için başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerinin olması, bu çalışma ürünlerinden yararlanan kişinin bu ürünlere uygun bir katkısının bulunmaması, bu çalışma ürünlerinin teknik çoğaltma yöntemleriyle devralınması ve bu ürünlerden yararlanılması gerekmektedir.

1. Pazarlanmaya Hazır Çalışma Ürünü Olması

Kanuni tanımda yer alan çalışma ürünlerinden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti haksız rekabetin bu halinin kapsamını tayin etmek bakımından önemlidir. Zira haksız rekabetin bu

halinde ilk iki bentteki iş ürünleri kavramından farklı olarak çalışma ürünleri ibaresine yer verilmiştir. İlk iki bentten farklı olarak burada çalışma ürünleri ibaresine yer verilmesinin sebebi, çalışma ürünleri ile pazarlanmaya hazır hale gelmiş iş ürünlerinin kastedilmesidir⁷⁷. Böylece çalışma ürünleri ilk iki bentte kullanılan iş ürünlerinden farklı olarak ön aşamayı değil, ön aşamayı tamamlayarak piyasada kullanıma hazır hale gelmiş ürünleri ifade eder⁷⁸. Bu itibarla pazarlanmaya hazır çalışma ürünleri denildiğinde başkaca bir işleme gerek duyulmaksızın ticari açıdan değerlendirilebilir nitelikteki ürünlerin anlaşılması gerekir⁷⁹.

TTK m. 55/1-c'nin gerekçesinde *“Yeni hüküm hukuken korunan fikrî mülkiyet hakları hakkında öngörülmüş değildir; onları da kapsamamaktadır. Hükümün kapsamına giren hukuken özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan, teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanmaktır.”* demek suretiyle bu madde kapsamına eser niteliğine haiz ürünlerin dahil olmadığı ifade edilmiştir. İşte üçüncü bentte ilk iki bentten farklı olarak çalışma ürünleri ibaresine yer verilmesinin bir sonucu da üçüncü bent bakımından bu gerekçenin geçerli olmamasıdır. Zira gerekçeye dikkatli bakıldığında örnek kabilinde sayılan ürünlerin henüz ön aşamada kalmış, pazarlanabilir ve bağımsız nitelikte olmayan iş ürünleri olduğu görülür⁸⁰. Dolayısıyla kanun koyucu ilk iki bent kapsamında haksız rekabet halinin söz konusu olması için ürünlerin fikri mülkiyet korumasından yararlanamayan ürünler olması şartını aramış olsa da, bu şart çalışma ürünlerini düzenleyen üçüncü bent bakımından geçerli değildir⁸¹.

⁷⁷ **Erdil, Engin**, Haksız Rekabet Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 185.

⁷⁸ **Çapa, M. Sadık**, *“Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma (TTK M.55/1-C)”*, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2014, s. 368.

⁷⁹ **Altay, Sıtkı Anlam**, *“İsviçre Federal Mahkemesi'nin İş Mahsullerinden Yararlanma Suretiyle Haksız Rekabete İlişkin İçtihadının Değerlendirilmesi”*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, Yıl: 3, S. 1, 2004, s. 736.

⁸⁰ **Şehirali Çelik, Feyzan Hayal**, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.

⁸¹ **Çapa**, s. 369, **Şehirali Çelik, Feyzan Hayal**, *“6102 Sayılı TTK m.55.1.c Kapsamında “Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma”*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015, s. 385-386.

Bu gerekçenin çalışma ürünleri bakımından da geçerli olduğu ve ancak FSEK kapsamında koruma göremeyecek olan yaratımların TTK m. 55/1-c-3 kapsamında korunabileceğine ilişkin görüş için bkz: **Kuşoğlu, Dilay**, *Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Yoluyla Haksız Rekabet*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2017, s. 110, **Odman Boztosun, Ayşe**, *“Haksız Rekabet Hukukunda Emegün Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”*, XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: 9-10 Aralık 2005, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006, s. 226, **Türkmen, Ahmet**, Spor Müsabakalarının Yayın Hakları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 106, **Karaman Odabaşı, Fatma**, Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 71-72, **Yağcıoğlu, Kaan Muharrem**, *“Haksız*

2. Uygun Katkının Bulunmaması

İlgili haksız rekabet halinin söz konusu olabilmesi için pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerinden yararlanan kişinin bu ürünlere uygun katkısının bulunmaması gerekir. O halde bunun tersinden, çalışma ürününden faydalanan kişinin söz konusu ürüne uygun bir katkısının bulunması halinde haksız rekabetin bu halinin gündeme gelmeyeceği sonucu çıkar. Uygun katkıdan anlaşılması gereken ise ürünün faydalanan kişinin ürüne ekleme, çıkarma gibi bir unsur ilave etmesidir⁸². O halde pazarlanmaya hazır çalışma ürününden faydalanan kişi bu ürün üzerinde tamamlama, iyileştirme veya sair değişiklikler yapmamış olmalıdır ki haksız rekabetin bu hali gündeme gelsin⁸³. Çalışma ürününden faydalanan kişinin ürüne ufak tefek değişiklikler eklemiş olması veya ürünün montajını yaparak ürünü üretmesi uygun katkıda bulunmak değildir⁸⁴. Bu nedenle uygun katkının varlığından söz edebilmek için ürünün iç özelliğinde, kullanımında veya yararlanma biçiminde yenilik getirilmesi ve özgün bir katkının sunulmuş olması gerekir⁸⁵.

3. Teknik Çoğaltma Yöntemleriyle Devralınması

Haksız rekabetin bu halinin söz konusu olması için aranan bir diğer şart da ürünün teknik çoğaltma yöntemleriyle devralınmış olmasıdır. Kanun koyucu her ne kadar “devralma” ibaresini kullanmış olsa da bu ibare taraflar arasında hukuki bir işlem varmış şeklinde yorumlanmamalı, kişinin çalışma ürünlerini çoğaltarak elde etmesi şeklinde anlaşılmalıdır⁸⁶. Teknik çoğaltma yönteminden anlaşılması gereken ise çalışma ürünlerinin aynının kopya edilmesini sağlayan her türlü yöntemdir⁸⁷. Böylece teknik çoğaltma, çalışma ürününün aynen bir nüshasını çıkartmaya yarayan her türlü yöntemdir⁸⁸. Teknik çoğaltma yöntemiyle devralmada, kişi çalışma ürününü yeniden üretmemekte aksine fotoğraf, tarayıcı, fotokopi gibi araçlarla aynen kopyalamaktadır⁸⁹. Böylece teknik çoğaltma yöntemiyle devralmada kişi

Rekabet Hukukunda Emek İlkesi ve Uygulaması”, Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan, III. Cilt, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, 2017, s. 2364.

⁸² Erdil, Haksız Rekabet, s. 186.

⁸³ Çapa, s. 369.

⁸⁴ Kuşoğlu, s. 112.

⁸⁵ Kuşoğlu, s. 112.

⁸⁶ Çapa, s. 368, dpt. 32, Erdil, Haksız Rekabet, s. 186.

⁸⁷ Çapa, s. 371.

⁸⁸ Erdil, Haksız Rekabet, s. 186.

⁸⁹ Kuşoğlu, s. 114.

üretim sürecine ait aşamaları atlayarak ürünü doğrudan değerlendirdiğinden haksız rekabetin bu hali taklit eyleminden ayrılmaktadır⁹⁰.

4. Pazarlanmaya Hazır Çalışma Ürünüden Yararlanmak

Kanun koyucu haksız rekabetin bu hali bakımından salt pazarlanmaya hazır çalışma ürününün teknik çoğaltma yöntemiyle devralınmasını yeterli görmemiş, ayrıca bu ürünlerden yararlanılmış olmasını aramıştır. Dolayısıyla söz konusu ürünleri teknik çoğaltma yöntemiyle kopyalamış olmasına rağmen bu ürünlerden fayda sağlamayan kişi bakımından haksız rekabetin bu hali gündeme gelmez. Yararlanmadan anlaşılması gereken ise teknik çoğaltma yöntemiyle kopyalanan ürünlerden ekonomik bir menfaat elde edilmesidir⁹¹. Böylece söz konusu ürünler piyasada mesleki veya kar amaçlı kullanılırsa yararlanma şartı gerçekleşecek ancak kişisel ihtiyaçlar için bu ürünlerden faydalanılırsa haksız rekabetin bu hali söz konusu olmayacaktır⁹². Yararlanmanın satış, kira veya başkaca bir şekilde piyasaya sürülme olarak gerçekleştirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır⁹³.

D. Yapılan Açıklamalar Işığında Kararın Değerlendirilmesi

Karara konu olayda havuç tiplemesinin çok benzeri oyuncak bebek şeklinde imal edilerek satışa sunulmuştur. Böylece davalı, davacının üzerinde hak sahibi olduğu tiplmeyi karakter ürünleştirmesine konu etmiş olmaktadır. Zira davalı dizideki havuç tiplmesine görüntü itibarıyla çok benzeyen bir bebek üretmek suretiyle bu benzerlikten faydalanarak satışlarını artırmayı hedeflemiştir. Burada değerlendirme konusu yapılacak ilk husus Yargıtay'ın tiplmelerin karakter ürünleştirmesine konu edilmesi halinde fikri hak korumasının hangi kapsamda uygulama bulacağına ilişkin vardığı sonuçtur. Devamında ise Yargıtay'ın tiplmenin karakter ürünleştirmesine konu edilmesi halinde uygulama bulacak haksız rekabet haline ilişkin vardığı sonuç değerlendirilecektir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu incelemeye konu kararda, Havuç tiplemesinin senaryoda yer alan edebi tipleme halinin FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye göreceği sonucuna varılmıştır. Edebi tiplemenin dizide oyuncu tarafından

⁹⁰ Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, s. 215.

⁹¹ Kuşoğlu, s. 116.

⁹² Çapa, s. 370.

⁹³ Çapa, s. 370.

canlandırılarak dramatik tipleme kazanmış halinin ise FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak koruma göreceği belirtilmiştir. Son olarak ise Yargıtay, havuç tiplemesinin oyuncak bebek haline çevrilmiş halinin fikri hukuk korumasının yanı sıra haksız rekabet korumasının da konusunu oluşturduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay burada haksız rekabet hallerinden iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak suretiyle haksız rekabet (TTK m. 55/1-c-3) halinin olduğunu ifade etmiştir.

Yapılan açıklamalarda da belirttiğimiz görüş doğrultusunda görsel tipleme niteliğindeki dramatik ve grafik tiplmeler güzel sanat eseri sayılmanın şartlarına uygun olduğundan hususiyet şartını sağlamaları halinde FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye görür. Dramatik ve grafik tiplmeler ancak hususiyet şartına haiz olmadıkları durumda kanunda aranan diğer şartları (ayırt edici nitelikte olmak ve iltibas oluşturacak şekilde kullanılmak) taşımak koşuluyla FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak korunur. Edebi tiplmeler ise güzel sanat eseri sayılmak için gerekli olan “bir görüntü olarak ortaya çıkmak” şartını sağlayamadıkları için FSEK m. 4/8 kapsamında koruma göremez. Ancak eğer edebi tiplmeler hususiyet şartına haizse FSEK m. 13/2 doğrultusunda içerisinde yer aldıkları ilim ve edebiyat eserinin parçası olarak koruma görürler. Edebi tiplmelerin FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye görmesi için hususiyet şartını sağlamamakla birlikte ayırt edici nitelikte olmaları ve iltibas yaratacak şekilde kullanılmış olmaları gerekir. Yargıtay kararına bakıldığında ise Yargıtay havuç tiplemesinin senaryoda yer alan edebi tipleme halinin FSEK m. 83, dizide yer alan dramatik tipleme halinin ise FSEK m. 4/8 kapsamında koruma göreceği sonucuna varmıştır. Söz konusu kararı incelemeye tabi tutan *Merdivan*, karara konu dramatik tiplemenin tiplemeyi canlandıran oyuncunun görünümünden ibaret olduğu ve eser olmak için gerekli olan “başka bir insan tarafından vücuda getirilme” şartını taşımadığı gerekçesiyle eser niteliğine haiz olmadığını ileri sürmüştür⁹⁴. Oysaki Yargıtay tarafından güzel sanat eseri olarak nitelendirilen yaratım oyuncunun kendisi değil, gerek karakteristik özellikleri gerek de “Havuç” olarak nitelendirilen dış özellikleri itibariyle oyuncudan bağımsız olan tiptir. Oyuncunun görüntüsünün başka bir insan tarafından yaratılmadığı muhakkak olmakla birlikte yargı kararında eser olarak nitelendirilen oyuncunun kendisi değildir. Her oyuncu bir tipi canlandırır. Burada oyuncunun kendisine ait olan fiziksel özellikleri değil, fiziksel özelliklerini de içerecek şekilde yaratılan “tip” eser olarak korunmaktadır. Yine yazar söz konusu dizideki Havuç

⁹⁴ *Merdivan*, s. 1943.

karacterinin bir tipleme olmadığının, senaryoda özellikleri belirtilen tipi canlandıran icracı sanatçı olduğunu ifade etmiştir⁹⁵. Yazara göre oyuncunun kendi doğal görünümünü ile gerçekleştirdiği icrası, fikri bir çabanın ürünü olmadığı gibi bir düzey üzerinde canlanmış ifade şeklini de içermediğinden tipleme değildir⁹⁶. Oysaki yaratılan tipe atfedilen kişisel özellikleri, tipi canlandıran sanatçının doğal olarak içermesi yaratımın fikri çaba ürünü olmadığı anlamına gelmez. Aksine yaratılan tiplemenin dış görünüş özellikleri söz konusu tipi canlandıracak oyuncunun seçiminde önemli bir etkidir. Yine yazar güzel sanat eseri olarak himaye görececek olan tiplemenin göze hitap eder şekilde bir düzey üzerindeki çizgiler veya bir cisimde canlanmış biçimler aracılığıyla ifade edilmesi gerektiğini ancak söz konusu görünümün bu şartı sağlamadığı için ne tipleme ne de güzel sanat eseri vasfına haiz olduğunu ifade etmiştir⁹⁷. Ancak dramatik tipler bir oyuncu vasıtasıyla canlandırılmak suretiyle ifade edilerek bir görünüme kavuşturulur. Bu nedenle söz konusu dramatik tiplemenin çizgi ile veya bir cisimde canlanmış biçimde ifade edilmediği gerekçesiyle tipleme ve güzel sanat eseri kabul edilmemesine katılma imkanı bulunmamaktadır. Zira güzel sanat eseri olmanın şartı görüntü olarak ortaya çıkmaktır, yoksa illaki çizgi şeklinde veya bir cisim üzerinde görüntüye kavuşturulmak değil. Dramatik tipler de oyuncular tarafından canlandırılmak suretiyle görüntüye kavuşturulur. Son olarak yazar “insanlar tarafından canlandırılan” dramatik tiplerin estetik niteliğe haiz olup olmadığının değerlendirilmesinin temel insan haklarına aykırı olacağından bahisle güzel sanat eseri vasfını reddetmektedir⁹⁸. Oysaki burada estetik niteliğe haiz olup olmadığı değerlendirilen husus tiplmeyi canlandıran insanın kendisi değil, yaratılan tiptir. Bu nedenle temel insan haklarına aykırı olabilecek bir değerlendirme söz konusu değildir. Tüm bu nedenlerle biz Yargıtay’ın dramatik tiplerin FSEK m. 4/8 kapsamında koruma göreceğine ilişkin vardığı sonucu yerinde görüyoruz. Ancak edebi tipler bakımından varılan sonucu yerinde bulamıyoruz. Zira yapılan ayırmda edebi tiplerin eserin alameti olarak koruma göreceği, dramatik tiplerin ise güzel sanat eseri olarak himaye edileceği belirtilmiştir. Oysaki edebi tiplenin FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye edilebilmesi için hususiyet şartını sağlamamakla birlikte hususiyetten daha az özgünlük seviyesi gerektiren ayırt edici nitelikte olmak şartını sağlıyor olması gerekir.

⁹⁵ Merdivan, s. 1944.

⁹⁶ Merdivan, s. 1944.

⁹⁷ Merdivan, s. 1943-1944.

⁹⁸ Merdivan, s. 1943-1944.

Yargıtay ise dramatik tiptlemenin FSEK m. 4/8 kapsamında koruma göreceği sonucuna varmakla havuç tiptlemesinin hususiyet şartını sağladığını kabul etmiş olmaktadır. Kaldı ki Yargıtay edebi tiptlemelerin hangi kapsamda himaye göreceği bakımından hususiyet şartını sağlıyor olup olmamaya dayalı olarak hiçbir ayırım yapmamıştır. Kanaatimizce eser sahibinin edebi tiptleme üzerindeki hakkının FSEK m. 83'e dayandırılması yerinde olmamış olup hususiyet şartını sağladığı sonucuna varılan havuç tiptlemesinin edebi tiptleme halinin FSEK m. 13/2 doğrultusunda tiptlemenin içerisinde yer aldığı ilim ve edebiyat eserinin parçası olarak himaye göreceği sonucuna varılması yerinde olurdu. Yine karara konu olayda eser sahibinin edebi tiptleme üzerindeki hakkının değil, dramatik tiptleme üzerindeki hakkının ihlal edilmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira ihlale yol açan eylem eser sahibi tarafından yaratılan tiptlemenin karakter ürünleştirmesine konu edilmesidir. Bir tiptlemenin benzerinin yapılabilmesi, henüz bir görüntü olarak ortaya çıkmamış, her okuyucunun zihninde farklı görünümlere bürünen edebi tiptlemeler bakımından mümkün değildir. Zaten olayda da dizide bir oyuncu tarafından canlandırılarak görüntü kazanmış olan dramatik tiptlemenin benzerinin yapıldığı aşıkardır. Dolayısıyla karara konu olayda eser sahibinin ihlal edilen hakkı dramatik tiptleme üzerinde sahip olduğu işleme ve yayma hakkıdır. Bu nedenle fikri hak korumasının dayanağı da FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak himaye gören dramatik tiptlemenin karakter ürünleştirmesine konu edilmesidir.

Yargıtay kararında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise olayda iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak suretiyle haksız rekabet halinin var olup olmadığıdır. Biz fikri hak korumasıyla haksız rekabet korumasının amaç, konu ve kapsam itibarıyla birbirinden farklı oldukları için kümülatif olarak uygulama bulabileceğine⁹⁹ katılmakla birlikte olayda var olduğu savunulan haksız rekabet haline katılamıyoruz. Yukarıda ayrıntıları verildiği üzere iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak suretiyle haksız rekabet halinin var olabilmesi için pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerinin teknik çoğaltma yöntemleriyle devralınarak bunlardan yararlanılmış olması gerekir. İlk olarak karara konu olayda pazarlanmaya hazır bir çalışma ürünü bulunmamaktadır. Zira pazarlanmaya hazır çalışma ürünü üzerindeki çalışmalar tamamlanmış ve başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ticaret hayatına konularak değerlendirilebilecek hale getirilmiş ürünleri ifade etmektedir. Oysaki dramatik tiptleme

⁹⁹ Fikri hak korumasıyla haksız rekabet korumasının kümülatif olarak uygulama bulması bakımından detaylı bilgi için bkz: **Işık Yaşlı, Şeyma**, "Fikri Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

niteliğindeki havuç karakterinin bu anlamda pazarlanmaya hazır bir çalışma ürünü olduğundan bahsedilemez. İkinci olarak haksız rekabetin bu halinin var olabilmesi için pazarlanmaya hazır çalışma ürününün teknik çoğaltma yöntemleriyle elde edilmiş olması gerekir. Teknik çoğaltma yöntemlerinin kullanılması sayesinde mütecaviz üretim aşamalarını atlamakta ve yazıcı, tarayıcı gibi aletler yardımıyla ürünü doğrudan üretmektedir. Halbuki karara konu olayda davalı teknik çoğaltma yöntemlerinden birini kullanmamış, aksine tüm üretim aşamalarını kendisi gerçekleştirmek suretiyle tiplmeye benzer bebekler imal etmiştir. Dolayısıyla olayda iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak suretiyle haksız rekabet halinin şartları mevcut değildir. Ancak bu, karara konu olayda davacıya haksız rekabet edilmediği anlamına da gelmemektedir. Kanaatimizce davalı, davacı tarafından yaratılan havuç karakterine benzer bebekler üreterek satışlarını artırmayı amaçlamak suretiyle davacının itibarından haksız olarak yararlanmıştır. Kanun koyucu başkasının itibarından haksız yararlanmanın özel bir türü olan karşılaştırmalı reklamları TTK m. 55/1-a-5’te düzenlemekle birlikte genel olarak itibardan haksız yararlanma halini düzenlememiştir¹⁰⁰. Böylece genel olarak itibardan haksız yararlanmak suretiyle haksız rekabet hali TTK m. 54 kapsamında kalmaktadır¹⁰¹. İtibardan haksız yararlanmak suretiyle haksız rekabete vücut veren eylem, birisi tarafından yaratılan eserin taklit edilerek tüketici nezdindeki imajının taklit ürüne aktarımıdır¹⁰². Haksız rekabetin bu halinin var olması için yaratılan ürünün tüketici nezdinde belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış ve olumlu nitelikleriyle yer edinmiş olması gerekir¹⁰³. İşte tüketici nezdinde yer edinen ürünlerin tüketicinin zihninde oluşan imajının taklit ürüne transfer edilmesiyle birlikte itibardan haksız yararlanılmış olur¹⁰⁴. Karara konu olayda da dizideki havuç tiplmesi toplumda belirli bir tanınırlığa ulaşmış olup davalı bu tiplemenin karakteristik özelliklerini ürettiği oyuncak bebeklere transfer etmek suretiyle itibardan haksız olarak yararlanmıştır.

SONUÇ

Tiplmeler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda ilk kez 4110 sayılı değişiklikle güzel sanat eserleri altında düzenlenmiştir. Bu ilave, tiplmelerin hangi türlerinin, hangi kapsamda himaye göreceğiyle ilgili doktrinde tartışmaları başlatmıştır. Bu durum Yargıtay kararlarına da

¹⁰⁰ Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, s. 223.

¹⁰¹ Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, s. 223.

¹⁰² Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, s. 266.

¹⁰³ Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, s. 225.

¹⁰⁴ Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, s. 225.

yansımsı ve Yargıtay pek çok kararında tiplerlerini ayrıma tabi tutarak koruma kapsamlarını tespit etmeye çalışmıştır. Yargıtayın bu doğrultuda yaptığı temel ayrım ise tiplerlerinin bazı hallerde FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri sayılacağı, bazı hallerde ise FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak himaye göreceğidir. Yargıtayın bu ayrımında rol oynayan temel etken tiplerlerinin nasıl ortaya çıktığıdır. Yargıtaya göre iki veya üç boyutlu olarak ortaya çıkan grafik ve dramatik tiplerleri FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri niteliğindeki, bu şekilde henüz bir görüntü olarak ortaya çıkmayan edebi tiplerleri FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti niteliğindedir.

Bizce de tiplerlerinin hangi türlerinin, hangi kapsamda korunacağını tespit etmek bakımından ilk olarak tiplerlerinin ayrıma tabi tutulması gerekir. Bu kapsamda tiplerleri görsel ve edebi tiplerleri olarak ikiye ayrıldıktan sonra görsel tiplerleri de kendi içinde dramatik tipler ve grafik tipler olarak ikiye ayrılır.

Görsel tiplerleri güzel sanat eseri sayılmanın şartlarını sağlayabilecek nitelikte olduklarından hususiyet şartını sağlamaları halinde FSEK m. 4/8 kapsamında güzel sanat eseri olarak korunur. Eğer görsel tiplerleri hususiyet şartını sağlamadıkları halde ayırt edici nitelikteyse ve iltibas oluşturacak şekilde kullanılmışlarsa FSEK m. 83 kapsamında himaye görürler.

Edebi tiplerleri ise bir görüntü olarak ortaya çıkmadıkları için güzel sanat eseri sayılamazlar. Bu durum edebi tiplerlerinin hususiyet şartını sağlamaları halinde dahi fikri hak korumasından yoksun kalacakları anlamına gelmez. Edebi tiplerleri hususiyet şartına haizse FSEK m. 13/2 doğrultusunda içerisinde yer aldıkları ilim ve edebiyat eserlerinin parçası olarak korunur. Eğer edebi tiplerleri hususiyet şartına haiz değilse bu kez de ayırt edici nitelikte olup olmadıkları önem kazanır. Ayırt edici nitelik, hususiyet şartından daha düşük bir özgünlük eşiğidir. İşte bu eşiği bile sağlamayan, hiçbir ayırt edici nitelikleri bulunmayan edebi tiplerlerinin koruma konusu edilmesi düşünülemez. Ancak edebi tiplerleri ayırt edici nitelikteyse ve iltibas oluşturacak şekilde izinsiz olarak kullanılmışlarsa FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak haksız rekabet korumasından faydalanır.

KAYNAKÇA

- Altay, Sıtkı Anlam,** “İsviçre Federal Mahkemesi’nin İş Mahsullerinden Yararlanma Suretiyle Haksız Rekabete İlişkin İçtihadının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, Yıl: 3, S. 1, 2004, s. 734-740.
- Ateş, Mustafa,** Fikri Hukukta Eser, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Çapa, M. Sadık,** “Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma (TTK M.55/1-C)”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2014, s. 359-373.
- Erdil, Engin** Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul: Beta, 2003 (Atıf Şekli: İşlenme Eserler).
- Erdil, Engin,** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021 (Atıf Şekli: Kısa Şerh).
- Erdil, Engin,** Haksız Rekabet Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022 (Atıf Şekli: Haksız Rekabet).
- Erel, Şafak, N.,** Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Gökyayla, K. Emre,** Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001,
- Günaydın, Ömer,** “Sinema Eserlerindeki Karakterler ve Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, 2017, s. 98-115.
- Işık Yaşlı, Şeyma,** “Fikri Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel,** Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Karaman Odabaşı, Fatma,** Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Kuşoğlu, Dilay, Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Yoluyla Haksız Rekabet, Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.

Merdivan, Fethi, “*Senaryo ve Sinema Eserindeki Tipleminin Korunması ile Komuya İlişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.11.2019, E. 2019/285, K. 2019/7339 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, 1935-1946.

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, “*6102 Sayılı TTK m.55.1.c Kapsamında “Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma”*”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015, 341-401 (Atıf Şekli: Yetkisiz Yararlanma).

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014 (Atıf Şekli: Tasarımların Korunması).

Tanış, Umut Can, Fikri Mülkiyet Hukukunda Karakter Ürünleştirmesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

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

Türkmen, Ahmet, Spor Müsabakalarının Yayın Hakları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Odman Boztosun, Ayşe, “*Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*”, XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: 9-10 Aralık 2005, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006, 197-247.

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.397, 1977.

Polater, Salih, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Üstün, Gürsel, Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul: Besam, 2001.

Yağcıoğlu, Kaan Muharrem, “*Haksız Rekabet Hukukunda Emek İlkesi ve Uygulaması*”, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, III. Cilt, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, 2017, 2345-2372.

Yaşar, Ali, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Yıldız, Ozan Ali, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Atıf Şekli: Çizgi Roman).

Yıldız, Ozan Ali, “*Türk Hukukunda Kurgusal Karakterlerin Korunması*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 124, 2016, s. 67-73 (Atıf Şekli: Kurgusal Karakter).

Fotoğrafik Eserler

Av. Teknail ÖZDERYOL (LL.M.)*

I. ESER KAVRAMI

Bilindiği üzere fotoğrafik eserler Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun amacı, eser sahiplerinin eserleri üzerindeki haklarının korunmasıdır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, *“bu kanunun amacı, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icra sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo – televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali hakları belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmektir”*.

Bu nedenle, Kanunun amacı doğrultusunda hareket ettiğimizde öncelikle “eser” nedir, hangi tür eserlere FSEK kapsamında koruma sağlanmıştır? Bu soruların cevabının belirlenmesi gerekmektedir.

FSEK'in tanımlar başlığını taşıyan 1/B-a maddesinde “eser” tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre eser; *“sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini”* ifade eder.

Bu tanım dikkate alındığında; bir fikir ve sanat ürününün eser olarak nitelendirilebilmesi için iki unsuru içermesi gerekmektedir. Bu unsurlardan ilki; fikri ürünün *“sahibinin hususiyetini taşıması”*, ikincisi de; *“kanunda belirtilen eser türlerinden birine dahil olması”*dır. Doktrinde bu şartlardan ilki; *“esasa ilişkin şart”* veya *“sübjektif unsur”* ikincisi ise; *“şekle ilişkin şart”* veya *“objektif unsur”* olarak nitelenmektedir¹.

* İstanbul Barosu, İstanbul Adli Yargı Komisyonu Listesinde Kayıtlı Bilirkişi

¹ **Hirsch, E.Ernst**, Hukuki Bakımdan Fikri Say, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1943, s. 11; **Erel**, s. 32; *“... Bir eserin, yasa karşısında eser niteliğini kazanabilmesi için iki unsur gereklidir. Birincisi objektif unsur ki yasa bunu mahsul (ürün) olarak belirtmiştir. Buna göre eser, evvela temellüke, tasarrufa elverişli maddi bir varlık olarak var olmalıdır. İkincisi de, sübjektif unsur olup, eserin sahibinin özelliğini taşıyan bir fikir ve sanat eseri olmasıdır. Olaydan anlaşılacağı üzere, davacı, yukarıda unsurları açıklanan bir eserin henüz sahibi değildir.*

A. Sübjektif Unsur (Esasa İlişkin Şart)

Bir fikri ürünün eser olabilmesi için, sahibinin “*hususiyet*”ini taşıması gerekir. Bu unsur, fikri ürünün korunabilmesinin şartı olup, aynı zamanda korumanın kapsamını da tayin eder².

İşte eserin sübjektif unsuru olarak belirtilen bu şart, FSEK’de de; “*sahibinin hususiyetini taşıma*” biçiminde ifade edilmiştir. Doktrinde “hususiyet” tabirinden ne anlaşılacak gerektiği hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Hirsch’e göre; “*herkes tarafından vücuda getirilemeyen, yani bir hususiyeti haiz bulunan eserler himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir. Eğer bir mahsul herkes tarafından vücuda getirilebilecek mahiyette ise, hususiyet de mevcut olamayacağından, bu kabil mahsulleri himaye etmekte cemiyetin hiçbir menfaati yoktur. Demek oluyor ki, eser, ancak yaratıcı bir fikri çalışma mahsulü olabilir. Yaratıcı bir muhayyele mahsulünü diğerlerinden ayıran vasfı, mübdiinin şahsiyetinden aldığı hususiyettir*”³.

Arslanlı ise; “hususiyet” tabirinin bu derece ağır şartları haiz biçimde anlaşılması halinde kanunun uygulama alanının daraltılacağı, bu şekilde bir sınırlamanın uygun olmayacağı görüşündedir. Yaratıcı fikri çalışma veya muhayyele mahsulü eserlere hayatta pek az rastlanabileceği, bu mertebeye yükselmemiş mahsullere eser vasfı izafe edilmediği takdirde, kanunun tatbik sahasının daralacağını belirtmiştir. Pek çok eser vardır ki, kastedilen manada hususiyet taşımamakla birlikte, sahibine izafe edilebilen müstakil bir mesainin mahsulüdür. Yazar, fikri üründe hususiyetin “*eser sahibine nispet edilebilecek fikri çalışmanın nispi bağımsızlığında aranması*” gerektiğine işaret etmektedir. Buna göre, her eserin mutlak biçimde kendinden önceki eserlerden bağımsız olması, tamamıyla yeni olması gerekmez. Elbette her eser kendisinden evvelki eserlerden istifade edecektir. Ancak bu istifade önceki eserin taklidi

Ancak, yaptığı kazılardan elde ettiği bilimsel buluşlara dayanarak bir eser yaratmayı düşünmüştür. Yani, bu yönde bir düşüncesi, bir fikri vardır. Fakat bir fikir veya sanat eser, fikir halinde kaldığı sürece, eser niteliğini kazanamaz ve dolayısıyla FSEK’in koruyucu hükümlerinden yararlanamaz...” (Yarg. 4.HD., T.01.07.1977, E.1976/5913, 1977/7617, YKD., C. IV, S. 12, Aralık 1978, s. 1959).

² Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 104.

³ Hirsch, Fikri Say, s. 12.

ya da kopyası niteliğinde olmamalıdır. Nispi bağımsızlığın ölçütü, yeni eserin hususiyetinin önceki eserin hususiyetine galip gelmesidir⁴.

Erel'e göre ise; bir eserin sahibinin özelliğini taşıyor sayılması için bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerekir. Ancak yazara göre bu bağımsızlık ve yaratıcılık mutlak olarak anlaşılmamalıdır. Bu sebeple gaspa ya da intihale varmamak kaydıyla başkalarının eserlerinden istifade edilebilir. Önemli olan eseri meydana getirenin *az çok bağımsız fikri çabasının esere yansımalarıdır*⁵.

Ayiter ise, hususiyetin tayininde; her türlü estetik değer yargısından kurtulmuş, yalın ve uygulamada işe yarayacak kriterlerin bulunması gereğinden bahsederek, hususiyeti *“tek olmak”*, *“var olandan başka olmak”* biçiminde anlamak gerektiğini belirtmiştir⁶.

Tekinalp'e göre; hususiyet tabirinden esasen anlaşılması gereken *“anlatım” (üslup)*dır. Yazar, her üslubun sahibinin yaratıcılığını içerdiğini ve bu sebeple *“öznel”* olduğunu belirtmektedir. Ancak bu anlatımın muhakkak orijinal olmasının aranmaması, bununla birlikte *“anlatım”*da da bir *“düzey”*in bulunması gerektiğinden bahseder. Bu düzeyin tayininde de *“sıradan olmama”* ölçütünün genel bir ölçüt olarak benimsenebileceğini ifade etmektedir⁷.

Yarsuvat'da, hususiyeti *“orijinal”*lik ölçütü ile belirlemeye çalışmakta ve orijinalliğin tespitinde eser kategorileri arasında fark bulunduğunu ileri sürmektedir. Buna göre; *“güzel sanat eserlerinde özellik, biçimde belirlendiği halde, bilim ve edebiyat eserlerinde orijinalite daha çok fikirde, fikrin işleniş ve sunuluşunda ortaya çıkar”* görüşünü ifade etmektedir⁸.

Öztan'a göre; hususiyetin belirlenmesinde eserin meydana getirilmesinde esas alınan muhtevadan olduğu kadar verilen şekilden veya ikisi birden anlaşılır. Bu sebeple bu konuda her defasında bu yapıcı unsurların birlikte ve dikkatle araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁹.

⁴ Arslanlı, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II- Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1954, s. 6.

⁵ Erel, Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s. 34.

⁶ Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1983, s. 41.

⁷ Tekinalp, s. 105.

⁸ Yarsuvat, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi Ve Hakları, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 53.

⁹ Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 94.

Benzer bir diğer görüşe göre hususiyet; kompozisyonda, materyalin seçiminde, kullanım ve düzenleme tarzında, eserin içeriğinde veya şekillendirilişinde görülür. Bu yüzden hususiyet, her eser çeşidinde ayrı özelliklere göre incelenerek belirlenir¹⁰.

Bozbel ise hususiyeti; sıradan olmama, fikri ürüne yansıyan çabanın belli bir düzeyde olması, vasatın üzerinde olma olarak tanımlar¹¹.

Kanaatimce de hususiyetin varlığı aranırken; hangi eser türü olursa olsun sıradan olmama, fikri ürüne yansıyan çabanın belli bir düzeyde var olması gerekmektedir. Böylece alelâde ürünlerle eser niteliğindeki ürünler ayırt edilmiş olacaktır. Böylece herkes tarafından kolayca meydana getirilen, fikri bir çaba gerektirmeyen ürünlerin eser kapsamında sayılmaması sağlanmış olur.

B. Objektif Unsur (Şekle İlişkin Şart)

Bir fikir ve sanat ürününün “sahibinin hususiyetini taşıması” şartından başka, bu ürünün dış alemde somutlaşması gerekir. Bir başka deyişle, bu fikri ürünün elle tutulabilir, gözle görülebilir, algılanabilir biçimde olması gerekmektedir. Bu durum, “*iktisaden değerlendirilmeye elverişlilik*¹²” “*tasarrufa elverişli maddi bir varlık olma*¹³” olarak da ifade edilmektedir.

İşte, bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve kanunda öngörülen biçimlerden birinde dış alemde tezahür etmiş olması gerekmektedir. Kanunda sayılan eser türlerinden biri içerisine girmeyen bir fikri ürün FSEK anlamında “eser” olarak korunamayacaktır. FSEK’te eser türleri “*ilim ve edebiyat eserleri*”, “*musiki eserleri*”, “*güzel sanat eserleri*” ve “*sinema eserleri*” olmak üzere dört ana kategoride sayılmıştır. Bu eser kategorileri için “*sınırlı sayı*” (numerus clausus) ilkesi geçerli olup, bunlar dışında yeni bir eser grubu meydana getirilemez. Dolayısıyla bu kategorilerin birine girmeyen fikir ürünü eser sayılmaz ve hukuken korunamaz¹⁴.

¹⁰ Suluk, Cahit- Karasu, Raif-Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yay. Ankara 2020, s. 45.

¹¹ Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012, s. 37.

¹² Hirsch, Fikri Say, s. 11.

¹³ Arslanlı, s. 4.

¹⁴ Arslanlı, s. 11-12; Ayiter, s. 45; Erel, s. 36; Belgesay, M. Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, s. 14; Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 17; Tekinalp, s. 109; Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s. 61.

Bununla birlikte, Kanunda bu ana gruplar içerisinde bazı eser türleri sayılmıştır. Fakat her kategori içinde bu türlere örnek kabilinden yer verilmiş olup, yeni ortaya çıkan bir eser türü, mahiyeti itibariyle bu ana gruplardan herhangi birinde yapılan tarife uyuyorsa, o eser, bu türler içinde ismen belirtilmemiş de olsa FSEK kapsamında korunacaktır¹⁵.

II. ESER TÜRLERİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 2, 3, 4 ve 5. maddelerinde eseri muhteva ve nitelik yönünden *ilim ve edebiyat eserleri*, *musiki eserleri*, *güzel sanat eserleri* ve *sinema eserleri* olarak dört ana kategoriye ayırmış, ayrıca 6. maddesinde de, diğer bir eserden istifade suretiyle meydana getirilip de bu esere nispetle bağımsız olmayan fikir ve sanat ürünlerini de işleyenin hususiyetini taşımak şartıyla “*işlenmeler*” başlığı altında eser saymıştır.

Bunlardan ilim ve edebiyat eserlerinin ilk alt kategorisini oluşturan “*dil ile ifade olunan eserler*”de ifade vasıtasına (söz, yazı, çizgi, formül vs.) önem verilmiştir. Ana eser kategorilerinden güzel sanat eserlerinde estetik nitelik, sinema eserlerinde ise eserin tespit vasıtası esas alınmıştır¹⁶.

İnceleme konumuzu oluşturan fotoğraf ürünleri FSEK’te üç ayrı hükümde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden ilki FSEK m. 2/f.3 hükmünde ilim ve edebiyat eserleri arasında sayılan teknik nitelikteki fotoğraf eserlerdir. İkinci düzenleme ise FSEK m. 4/5 hükmünde sayılan ve estetik nitelik taşıyan ve güzel sanat eserleri kapsamında sayılan fotoğraf eserleridir. Üçüncü tür fotoğraflar ise FSEK m. 84 hükmünde gösterilen ve eser mahiyeti taşımayan fotoğraf ürünleridir.

Şimdi bu üç fotoğraf ürününün ayrı ayrı incelemesine geçebiliriz.

1. FSEK m. 2/b.3 Hükmünde Belirtilen Teknik ve Bilimsel Nitelikteki Fotoğraf Eserleri:

FSEK’in 2. maddesinin 3. bendinde ilim ve edebiyat eserleri kategorisinin bir alt türü olarak; “*bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri*” ilim ve edebiyat eserleri kategorisi altında sayılmıştır.

¹⁵ Arslanlı, s. 11-12; Ayiter, s. 45; Erel, s. 36; Belgesay, s. 14; Öztrak, s. 17; Tekinalp, s. 109; Ateş, s. 61.

¹⁶ Erel, s. 38.

Bu tür eserlerin ayırıcı özelliği, belirli bir bilimsel veya teknik konuyu açıklayıcı veya öğretici nitelikte ortaya koymalarıdır. Bu ilkedan hareketle, bilimsel nitelikte olmayan ve öğretici niteliği bulunmayan, reklam ve propaganda afişleri ile ilanlar, bu kategori altında eser olarak korunamazlar¹⁷. Ayrıca kanun, bu tür eserlerin bedii (estetik) nitelik taşıması durumunda bu bent kapsamına gireceğini belirtmiştir. Şayet sayılan eserler ayrıca estetik nitelik de taşıyorsa, bu durumda güzel sanat eseri olarak da korunacağı belirtilmiştir¹⁸.

Diğer eser türlerinde olduğu gibi, bu tür eserlerde de “sahibinin hususiyeti” aranmalıdır¹⁹. Ancak bu özelliğin tespiti diğer eserlere göre daha zordur; çünkü herkes tarafından yararlanılıp uygulanacak bilimsel ve teknik metodlar ve bunlara göre meydana getirilecek eserler arasında zorunlu bazı benzerlikler olacaktır. Bu sebeple, bu tür eserlerde hususiyetin tespitinde eserin bağımsız bir çalışmanın ürünü mü olduğu, yoksa önceki eserden kopya mı edildiği araştırılmalı, bağımsız bir fikri çalışmanın varlığının tespiti halinde korunmalıdır. Bu tür eserlerde hususiyet kıstasının, orijinal olmaktan ziyade “bağımsız emek” unsurunda aranması gerektiği, gerçekte burada korunanın “muhteva”dan ziyade “şekil” olduğu belirtilmiştir²⁰.

FSEK m. 2/b.3’de belirtilen fotoğraf eserlerinin estetik nitelik taşıması gerekmez. Örneğin bir sualtı araştırmacısının deniz dibinde çektiği mercan türlerini sınıflandırma amaçlı fotoğraflar, uzay bilimciler tarafından çekilen Güneş’in en yakın plandan patlamalarını içeren fotoğraflar bu kategoride yer almaktadır. Bu kategoride değerlendirilen fotoğraflardaki temel özellik bilimsel veya teknik amaçla çekilen fotoğraflar olmasıdır.

2. FSEK m. 4/b.5 Hükmünde Belirtilen Güzel Sanat Eseri Niteliğindeki Fotoğraf Eserleri:

İkinci tür fotoğraflar ise FSEK m. 4/b.5’de zikredilen güzel sanat eserleri kapsamında yer alan fotoğraflardır. Bu fotoğrafların temel özelliği ise estetik nitelik taşımalarıdır. Estetik

¹⁷ Arslanlı, s. 19; Erel, s. 42; Tekinalp, s. 123; Öztrak, s. 21.

¹⁸ Arslanlı, s. 20; Ayiter, s. 49; Erel, s. 43; Tekinalp, s. 123; Yarsuvat, s. 60.

¹⁹ Nitekim Yargıtay’ın bir kararında; “bir haritanın eser olarak nitelenebilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması gerektiği, 5846 yasanın 2/3. maddesinden her nevi haritanın eser mahiyetinde olduğu anlamı çıkıyor ise de, Yasa’nın korumasından yararlanacak bir eser olup olmadığının, bu hükmün 1/B maddesi hükmü ile birlikte değerlendirilerek sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığının tespiti...” gereğini vurgulamıştır. (Yarg.11. HD, 11.10.2002 T, 2002/8275 E, 2002/8839 K. Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), C. 29, S. 3, Mart-2003, s. 383; Uslu, Ramazan, Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 110).

²⁰ Erel, s. 43.

niteliğe sahip olmayan hiçbir fotoğraf güzel sanat eseri olarak korunamaz. Bir fotoğrafın estetik nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti ise bu konuda uzman bilirkişi marifetiyle saptanmalıdır. Doktrinde de ifade edildiği üzere; bir fotoğrafın güzel sanat olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca sanat eseri olarak, yani bu maksatla meydana getirilmiş olması aranmaz. Başka bir ifadeyle, fotoğraf çekerken münhasıran güzel sanat eseri yaratmak gibi bir ama güdülmüş olması, eserde estetik niteliğin ön planda bulunması veya sırf sanat duygularını tatmine yönelik olması şart değildir. Hangi amaçla meydana getirilmiş olursa olsun, sanat alanında geçerli kurallara göre objektif olarak estetik duygulara hitap eden ve eser sahibinin hususiyetini taşıyan tüm fotoğrafları güzel sanat eseri olarak nitelendirmek mümkündür²¹.

Güzellik duygusuyla ilgili olan bu tür eserlerin, ilim ve edebiyat eserleri ile musiki eserlerinden farklı bir ifade ediliş tarzı vardır. Bu nedenle güzel sanat eserlerinde ne dil, ne yazı, ne de ses ifade aracı olabilir. Zira, güzel sanat eserleri statik bir yapıya sahiptirler ve kural olarak yalnızca bir yüzey veya madde üzerinde tecessüm ettirilmek suretiyle açıklanabilirler. İlim ve edebiyat eserleri ile musiki eserlerinin eser sayılabilmeleri için “*sabitleşme*” olgusu bir ön şart olmadığı halde, bir fikri ürünün güzel sanat eseri olarak korunabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıyan bu fikri çalışmanın aynı zamanda maddi bir varlık üzerinde “*somutlaşması*” gerekir²².

FSEK m. 4’te sayılan eserlerin sahibinin hususiyetini taşımasının yanında, estetik niteliği de haiz olmaları gerekir. Estetik nitelikten maksat; eserin güzel olup olmaması değil, eserin estetik iddia taşımasıdır²³. **Kanunda estetik nitelik, “bedii vasıf” olarak belirtilmiştir. Bedii kelimesi sözlükte; “güzellik ölçülerine uyan, gözü gönü okşayan, beğenilen, estetik” olarak tanımlanmıştır**²⁴. Buna karşın, bir eserin güzel sanat eseri sayılması için, eserin estetik gaye ile yapılmış olması şart değildir.

²¹ Börü, Şafak Parlak, Fotoğraf Üzerinde Haklar, Ankara 2013, s. 206.

²² Arslanlı, s. 23; Ateş, s. 65; Erel, s. 47; Yarsuvat, s. 63.

²³ Ayiter, s. 55; “... 5846 sayılı FSEK’in 4. maddesinin 5. fıkrasına göre, fotoğrafın güzel sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı haiz olması gerekir. Bu itibarla bir fotoğraf üzerinde FSEK’e göre hak iddia edilmesi halinde öncelikle o fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığının tespiti gerekir.” (Yarg. 11. HD., T.21.03.1999, E.1998/4668, K.1989/1821).

²⁴ Türkçe Sözlük, TDK Yayınları, Ankara 2019, s. 293.

3. FSEK m. 84 Hükümünde Belirtilen ve Eser Mahiyetinde Olmayan Fotoğraf Ürünleri:

Üçüncü tür fotoğraflara gelince; bu fotoğraflar da FSEK m. 84’de belirtilen ve “*eser mahiyetinde olmayan*” fotoğraflardır.

FSEK m. 84/3 hükmü uyarınca; eser mahiyetinde olmasalar bile her nevi fotoğrafların bir başkası tarafından izinsiz olarak çoğaltılması durumunda bu ürünlerin haksız rekabet hükümleri kapsamında korunacağı belirtilmiştir.

5846 sayılı Yasanın 84. Maddesine göre;

“Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir.

Tevacüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır.

Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır.”

Madde hükmünde işaret, resim, ses ve fotoğraflardan bahsedilmiştir. Bu kavramların açıklamasına gelince; *İşaret* sözcüğü ile kast edilen, ses ve görüntünün yanı sıra başta ilim ve edebiyat eserleri olmak üzere harf, rakam, nota gibi unsurlarla farklı bir forma somutlaşan yazı veya çizimle ifade edilen unsurlardır²⁵. *Ses* ise; eser mahiyetinde olmayan ve belli bir teknik araçla kaydedilmiş seslerdir. Bu sesler eser mahiyetinde ise FSEK m. 80/I-1-B hükmü uyarınca fonogram yapımcısına tanınan haklardan faydalanacaktır. *Resim* sözcüğü ile kast edilen, fotoğraftan farklı olarak bir kişi tarafından çizim suretiyle (kara kalem veya boya ile) meydana getirilen ve fakat eser mahiyeti taşımayan ürünlerdir.

84/3 hükmünde kast edilen fotoğraf ürünleri ise; bir teknik araçla (fotoğraf makinesi veya cep telefonu gibi) tespit edilen ve eser niteliği taşımayan ürünlerdir.

²⁵ **Yavuz, Levent-Alca, Türkay-Merdivan, Fethi,** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara 2014, C.2, s. 2923.

Nitekim Yargıtay da işaret, ses, resim veya fotoğraf ürünleri yönünden bir ayırım yapmayarak m. 84 hükmünün eser vasfı taşımayan ürünler bakımından uygulanacağını belirtmektedir.

“Bir fikri ve sanat ürününün FSEK kapsamında korunabilmesi için ürünün eser mahiyetinde olması gerekmektedir. Eser mahiyetinde olmayan resim, fotoğraf vs. gibi ürünlerin ise haksız rekabet hükümlerine göre korunmaları FSEK m. 84 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir.” [Yarg. 11. HD, 26.01.2021 T, 2020/1245 E, 2021/469]²⁶

Nitekim doktrinde de, FSEK m. 84 hükmünün plak, kaset veya video içeriğinde yer alan (ses veya görüntülerin) ve eser mahiyetinde olmayan ürünler hakkında uygulanabileceği belirtilmiştir²⁷.

Bir başka ifade ile, herhangi bir hususiyet taşımayan, aynı teknoloji ve cihazlar aracılığıyla (fotoğraf makinesi, objektif, aydınlatma araçları gibi) başkaları tarafından meydana getirilmesi mümkün olan bir fotoğrafın “eser” mahiyetinde olmayacağı açıktır²⁸. İşte bu tür fotoğrafların da korunması haksız rekabet hükümleri çerçevesinde mümkün olup FSEK hükümleri değil, TTK’nın haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır.

Uygulamada bu maddenin uygulaması ile ilgili olarak çoğu kez FSEK m. 4/5 ve FSEK m. 2/b.3 hükmünde yer alan fotoğraf eserlerinin karıştırıldığı veya aslında eser mahiyetinde olmayan fotoğrafların eser mahiyetinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu konuda Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği gibi yapılacak ayırımın doğru tespit edilmesi önem arz etmektedir. Zira eser mahiyetinde olmayan bir fotoğraf ürününe FSEK hükümleri uygulanamayacaktır.

“...5846 sayılı FSEK’in 4. Maddesinin 5. Fıkrasına göre; fotoğrafın güzel sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı haiz olması gerekir. Bu itibarla bir fotoğraf üzerinde FSEK’e göre hak iddia edilmesi halinde öncelikle o fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığının tespiti gerekir... Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının hak iddia ettiği dava konusu fotoğrafı iki fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığı, binnetice güzel sanat eseri sayılıp sayılmayacağının tespiti yolunda bu işlerden anlayanlar arasından

²⁶ www.kazanci.com.tr

²⁷ Tekinalp, s. 288.

²⁸ Yasaman, Hamdi, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 142.

seçilecek üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre bir karara varılmalıdır..” [Yarg. 11. HD, 21.03.1989 T, 1988/4668 E, 1989/1821 K]²⁹

Sonuç olarak fotoğraf eserleri ile ilgili uyuşmazlıklarda doğru tanımlama için konusunda uzman bilirkişiler aracılığıyla inceleme yaptırılarak ilgili fotoğrafın FSEK m. 2’de sayılan ilim ve edebiyat eseri niteliğinde bir fotoğraf mı, FSEK m. 4’de sayılan güzel sanat eseri niteliğinde bir fotoğraf mı yoksa FSEK m. 84 hükmünde belirtilen eser vasfı taşımayan bir fotoğraf ürünü m olduğu belirlenmesi önem arz etmektedir.

Zira bir ürünün eser vasfı taşıması durumunda FSEK hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Örneğin eser vasfı taşımayan bir fotoğraf ürününün üçüncü kişiler tarafından hak sahibinden izinsiz olarak kullanılması halinde FSEK m. 68’de öngörülen tazminat talep edilemeyecektir. Bunun yerine tazminat hesaplaması TTK’nın haksız rekabet hükümlerine göre yapılacaktır. Oysa eser vasfı taşıyan fotoğrafların eser sahibinden izinsiz kullanımı halinde FSEK m. 68 hükmü uyarınca tazminat talebi mümkündür.

Yine eser vasfı taşıyan bir fotoğrafın üçüncü kişiler tarafından eser sahibinden izinsiz kullanılması durumunda FSEK m. 71 hükmü uyarınca mali/manevi hakların ihlali suçu gündeme gelecektir³⁰. Oysa eser mahiyetinde olmayan ürünler için koşulları varsa TTK’nın haksız rekabet hükümleri uyarınca cezai sorumluluk söz konusu olacaktır.

Dolayısıyla her somut olayda uyuşmazlık konusu fotoğraf ürününün nitelemesinin doğru şekilde yapılması, hem uyuşmazlığın tarafları bakımından hem de hakimın somut olaya uygun yasa maddesini uygulayabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

²⁹ **Suluk, Cahit- Orhan, Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, C.2, s. 206-207.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **zderyol, Teknail**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar, İstanbul 2021.

KAYNAKÇA

Arsılanlı, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II- Fikir ve Sanat Eserleri, 1954.

Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.

Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1983.

Belgesay, M. Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.

Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.

Erel, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.

Hirsch, Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Say, İstanbul 1943.

Özderyol, Teknail, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar, İstanbul 2021.

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Üzerindeki Haklar, Ankara 1971.

Suluk, Cahit-Raif Karasu-Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2020.

Suluk, Cahit- Ali Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Genel Esaslar, C. 2, İstanbul 2005.

TDK Türkçe Sözlük, Ankara 2019.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2012.

Uslu, Ramazan, Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

Yarsuvat, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi Ve Hakları, Genişletilmiş 2. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul 1984.

Yavuz, Levent-Türkay Alıca- Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Bası, Ankara 2014.

İKİNCİ BÖLÜM:
ESER SAHİPLİĞİ

Çalışanların Yarattıkları Eserler Üzerinde İşverenin Hak Sahipliğinin Hukuki Niteliği

Av. İrem TOPRAKKAYA (LL.M)*

GİRİŞ

Modernleşme ile birlikte marka yönetimi, reklam ve tanıtımlar pazarlamanın vazgeçilmez unsurları haline gelmiş, günümüzde ise dijitalleşme ile sosyal medya kullanımı giderek yaygınlaşmış ve yazılımlar gündelik hayatımızın vazgeçilmez unsurları haline gelmiştir. Özellikle Covid-19 salgını tüm dünyada elektronik ticaret, uzaktan çalışma ve dijitalleşme süreçlerini her sektörde hızlandırmıştır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ("FSEK") hususiyet taşımaları koşuluyla eser olarak korunan grafik tasarımları, reklam ve tanıtım filmleri, bilgisayar yazılımları başta olmak üzere bir çok eserin çoğunlukla bir hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirildiği görülmektedir. Bu noktada, çalışanlar tarafından yaratılan eserler üzerindeki mali ve manevi haklardan faydalanmak için anılan eserler üzerindeki hak sahipliğinin ve hak sahipliğinden doğan yetkilerin kapsamının tespit edilmesi gerekmektedir.

FSEK m. 1/B-b hükmü uyarınca eser sahibi, eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanmaktadır¹. Eser sahipliği, eserin bilfiil yaratılmasıyla kendiliğinden doğar². Hukukumuzda göre, sadece gerçek kişilerin eser yaratabileceği göz önünde bulundurulduğunda³, çoğunlukla tüzel kişi olan işverenlerin emir ve talimatı altında çalışanların yarattıkları eserler yönünden hak sahipliğinin hukuki niteliği ve bahsettiği yetkiler tartışmalıdır.

Bu çalışmamızda, çalışanların yarattıkları eserler üzerinde FSEK m. 18/2 bağlamında işverenin hak sahipliğinin hukuki niteliği ve hukuki sonuçları doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları incelenmek suretiyle değerlendirilecektir.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

¹ Önceki metinde eseri yaratan "gerçek kişi" şeklindeki tanımdan "gerçek" ibaresi 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunun 28'inci maddesiyle çıkarılmıştır.

² **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 143.

³ Tekinalp, eserin sahibinin hususiyetini taşıması zorunluluğunun doğal sonucu olarak eserin sahibinin onu meydana getiren kişi olduğunu, maddi bir fiil olan eser sahipliğinin eseri meydana getirmekle kendiliğinden hak ve yetkiler bahsettiğini ifade etmektedir, s. 143; aynı yönde **Erel, Şafak**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 86 vd.

I. ÇALIŞANLAR TARAFINDAN YARATILAN ESERLER ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ

FSEK m. 18/2 “hakların kullanılması” başlığını taşımakta ve hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğu fakat aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların, bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağı düzenlenmektedir.

Ülkemizde çalışanlar tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki hak sahipliğine dair hükmün tarihsel gelişimini incelediğimizde, ilk olarak 1910 tarihli Hakk-ı Telif Kanunu m. 27 uyarınca «*Başka biri nam ve hesabına çalışan muharrir ve sanatkâr, hususi bir mukavele bulunmadıkça hakkı-ı telifi satmış olur.*» şeklindeki hüküm uyarınca eserin haklarının işverene ait olduğu kabul edilmektedir.

1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun m. 8/2 hükmündeki ilk düzenlemede de «*Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir.*» şeklinde kaleme alınan hüküm ile yasa koyucu tarafından hak sahipliği sıfatının işverene tanındığı görülmektedir.

1995 tarihinde ise, FSEK m. 8/2’de yapılan değişiklik ile «*Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin malî hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir.*» denilmekle eserin (manevi) hak sahibinin onu yaratan olduğu kabul edilerek yaratma gerçeği ilkesi kabul edilmiştir.

Son olarak 2001 yılında, FSEK m. 18/2’de «*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.*» denilmekle eser üzerindeki hakları kullanma yetkisinin işverene ait olduğu kabul edilmiştir.

Böylelikle geçmişten günümüze, kanun koyucunun çalışanların yarattıkları eserlere ilişkin hak sahipliği hususunda bakış açısı değişmiş, önceleri hakların işverene ait olduğu kabul

edilmekte iken son kertede yaratma gerçeği ilkesi uyarınca hak sahibinin çalışan olduğu ve fakat hakları kullanma yetkisinin işveren ait olduğu şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

II. FSEK m. 18/2’NİN UYGULANMASININ KOŞULLARI

A. Eserin Memur, Hizmetli veya İşçi Tarafından Meydana Getirilmesi

FSEK m. 18/2 hükmü bağlamında hak sahibi olmak için öncelikle eserin “memur”, “hizmetli” veya “işçi” sıfatını haiz bir kimse tarafından meydana getirilmiş olması gerekmektedir⁴. Bu kapsamda memur sıfatı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na, hizmetli sıfatı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na, işçi sıfatı ise 4857 sayılı İş Kanunu’na göre belirlenecektir. Buna göre, FSEK m. 18 hükmünde işverene hizmet sözleşmesi ile bağımlı çalışanların meydana getirdikleri eserlere yönelik hak sahipliği düzenlenmiştir. Bu noktada işçi ile işveren arasında bağımlılık ilişkisi vardır, işverenin imkanları ve bilgi birikimini kullanan işçi, işverenin denetimi ve gözetimi altında eser yaratmaktadır⁵. Bir başka deyişle, iş akdinin söz konusu olmadığı durumlarda örneğin freelance ilişkilerde, istisna sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde FSEK m.18/2 hükmü uygulanmayacaktır.

Nitekim Yargıtay “...5846 sayılı FSEKnun 18. maddesi kapsamında işverenin eser ile ilgili hakları kullanabilmesi için eseri vücuda getiren ile işveren arasında bir hizmet akdi bulunması, eserin hizmet akdinin gereği olarak vücuda getirilmesi ve aralarındaki sözleşmede hakların eser sahibine ait olacağı yönünde bir hüküm bulunmaması gerektiği, **dava konusu yazılımı vücuda getiren J. M. ile davalı şirket arasında konusu bilgisayar yazılımı oluşturma olan bir hizmet akdi bulunmadığı, davalı şirketin bunun aksini ispatlayamadığı, programa katkısı olduğu ifade olunan A. Ö. ise davalı şirkette sekreter olarak çalışmış olup sekreterlik hizmetinin bir yazılım vücuda getirmeyi içermediği, hizmet akdi dışındaki bir akdin vücuda getirilen eserin haklarının işveren tarafından kullanımına izin vermeyeceği, başka bir anlatımla istisna akdi veya yazılımın pazarlanmasının sağlanmasıyla ilgili kurulacak akitlerin eser sahipliğini ve eserden doğan hakların devrini sağlamayacağı**”na karar vermiştir⁶.

⁴ Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 247.

⁵ Güneş, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 119.

⁶ Yargıtay 11. H.D., E. 2014/3, K. 2014/12293, T. 27.06.2014.

B. Çalışanın Görevi Gereği Bir Eser Meydana Getirmesi

Çalışanın işi ile bağlantılı olmayan bir eser üretmesi halinde eser görevi gereği meydana getirilmiş olmadığından mali hakları kullanma yetkisi işverene ait olmayacaktır. İşin görülmesi sırasında eser meydana getirilirken, objektif kriterlere göre yorum yapılacaktır⁷. Örneğin, bir reklam ajansında çalışan grafiker veya metin yazarının mesai saatleri dışında ve fakat görev tanımı kapsamında meydana getirdiği eserler hizmet ilişkisi çerçevesinde yaratılmış kabul edilmelidir⁸. Ancak, işin görülmesi esnasında yaratılsa dahi, bir eser çalışanın “mesleki formasyonu” veya “kurum içi fonksiyonu” yahut “branşın mutad işleri” kapsamında ortaya çıkartılmayan bir başka deyişle yapmakla yükümlü olduğu rutin işlerinin bir parçası olmayan eserler çalışana ait kabul edilmelidir⁹.

Nitekim; Yargıtay tarafından verilen bir kararda, bir müzik öğretmenin okul marşı bestelemekle görevli olmadığını, görev tanımının müzik eğitimi vermekle sınırlı olduğunu bu nedenle müzik öğretmeni tarafından bestelenen okul marşının FSEK m. 18/2 kapsamında iş görülürken meydana getirilmiş bir eser olarak kabul edilemeyeceğini ifade edilmektedir¹⁰.

Bir eserin, çalışanın görevi kapsamında meydana getirilip getirilmediği, işletmenin amacı ve çalışanın eseri işletmedeki yükümlü olduğu faaliyetler kapsamında değerlendirilmesine göre tespit edilmelidir¹¹.

⁷ Öztan, s. 248.

⁸ Öztan, telif hukuku alanına giren alanlarda mesai saatlerinin ve çalışma yerinin önemi olmadığını, işin görülmesi sırasında bir eser meydana getirildiğinde objektif bir değerlendirme ile çalışanın hizmet akdi kapsamında yerine getirmekle yükümlü olduğu görev alanına girmesi halinde iş ilişkisi kapsamında sayılacağını ifade etmektedir, s. 248.

⁹ Öztan, s. 249.

¹⁰ Yargıtay 11. H.D., E. 2017/376, K. 2018/5871, T. 1.10.2018 “Dava, eserin izinsiz kullanım iddiasına dayalı maddi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı şekilde davalının 5846 sayılı FSEK’in 18/2 maddesi hükmü uyarınca dava konusu eseri kullanma hakkının bulunduğu ve davacıdan bu yönde bir izin alma zorunluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak 5846 sayılı FSEK’in 18/2 maddesi ‘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.’ hükmüne haiz olup somut olayda anılan hükmün uygulama yeri bulunmamaktadır. Somut olayda davacı müzik öğretmeni olup görev tanımı içerisinde yer alan müzik eğitimi vermek dışında davalıya karşı işçi-işveren ilişkisi kapsamında musiki eseri meydana getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu anlamda dava konusu eserin FSEK madde 18/2 kapsamında iş görülürken meydana getirilmiş bir eser olarak kabulü hatalı olup davacının dava konusu eser üzerinde mali haklara sahip olduğunun tespiti ile tazminat isteminin buna göre değerlendirilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden bozulması gerekmektedir.”.

¹¹ Polater, Salih, Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 168.

C. Sözleşme, Kanun veya İşin Mahiyetinden Aksinin Anlaşılması

Taraflar taraf iradelerinin serbestliği ilkesi çerçevesinde hizmet sözleşmesinde işin yürütülmesi esnasında meydana getirilen eserlerden kaynaklanan hakların çalışana ait olacağını kararlaştırabilir. Bu durumda işverenin eser üzerinde herhangi bir yetkisi söz konusu olmayacaktır.

Keza işin mahiyeti gereği eser üzerindeki hakların çalışana ait olduğu durumlar söz konusu olabilir. **Öztan**, işin mahiyeti kavramından eseri yaratan kişi ile onu çalıştıran arasındaki iş ilişkisine özgü özelliklerin (hizmet ilişkisinde sadakat yükümlülüğü gibi) anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir¹².

III. FSEK m. 18/2'DE GEÇEN “HAKLAR” İBARESİNİN KAPSAMI ve “KULLANMA” İBARESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

FSEK m. 18 f. 2 kapsamında “memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır.” hükmü ile kastedilen hakların kapsamı konusunda öğretide baskın görüş, hükmün mali hakları işaret ettiği yönündedir¹³.

Öğretide **Çataklar**; hükümdeki “haklar” ibaresi ile kastedilen hakların kapsamına ilişkin olarak 2001 tarihli değişiklikle, işverene manevi haklar üzerinde kullanma yetkisi tanıyan düzenlemenin Kanundan çıkarılması ve işverenin hak sahipliğine ilişkin fıkradan “mali” ifadesinin kaldırılması nedeniyle kanun koyucunun iradesinin mali ve manevi tüm hakları kullanma yetkisinin işverene tanımak yönünde olduğunu düşündüğünü, nitekim komisyonda yapılan tartışmalar ve 4630 sayılı Kanunun 11. maddesinin gerekçesindeki açıklamaların¹⁴ eserler üzerindeki mali ve manevi tüm hakları kullanma yetkisinin işverene verilmesi niyeti ile hareket ettiğini ortaya koyduğunu ifade etmektedir¹⁵. Yazar, FSEK m. 18/2 uyarınca işverenin tüm mali hakları kullanma yetkisini haiz olduğunu, yetkinin mali hakları

¹² **Öztan**, s. 251.

¹³ **Çataklar, Eda**, Çalışanların Eserleri İş Sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 296; **Ateş**, s. 360; **Merdivan**, FSEK ŞERH, s. 575.

¹⁴ Gerekçede “Mevcut Kanunun 10 uncu maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, tüzel kişilerin çalıştırdıkları kişiler tarafından yaratılan eserler üzerindeki manevi ve mali hakları kullanabileceği de hükme bağlanmıştır.” denilmektedir.

¹⁵ **Çataklar**, s. 295.

kullanma yetkisinin gerektirdiği ölçüde manevi hakları da kullanma yetkisini içerdiğini ifade etmektedir¹⁶.

Yıldız ise, FSEK m. 18/2 hükmünün amacı ile ilgili saptamalar yaptıktan sonra bu hükmün amaca uygun şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve buna dayanarak işverene tanınan kullanma yetkisinin tüm mali hakları kapsamayabileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, kanuni lisans hakkının hangi mali hakları kapsayacağı belirlenirken somut olayın koşulları ve taraflar arasındaki ilişkinin mahiyeti dikkate alınmalıdır. Buna göre, işverene yalnızca yapılan iş gereği kullanması icap eden hakları kullanma yetkisinin tanındığı kabul edilmelidir¹⁷.

FSEK m. 18 f. 2 kapsamında “memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır.” hükmü ile kastedilen işverene tam ruhsat hakkı mı tanınmasıdır? Haklar kanun gereği işveren nezdinde mi doğar?

Baskın görüş; FSEK m. 18/2 ile işverene kanundan doğan bir tam ruhsat hakkı tanındığı yönündedir¹⁸. **Ateş’e** göre; yasa koyucu istihdam eden veya tüzel kişilere, çalışanların meydana getirdiği eserler üzerinde mali hak sahipliğini bahşetmemekte, mali ve manevi hak ayrımı yapmaksızın, onlara hakların kullanıcısı statüsü tanımaktadır. Benzer şekilde, ayrılmaz bir bütün oluşturacak şekilde birlikte eser meydana getiren kişileri bir araya getirenlerle ilişkin FSEK m. 10/4 hükmü de, hak sahipliği değil, hakları kullanma yetkisi bahşetmektedir.

Öğretide, ruhsatın hukuki mahiyeti hakkında farklı görüşler mevcuttur. Ancak baskın görüş tam kanuni ruhsat olduğu yönündedir¹⁹. **Ateş**; FSEK m. 18/2 ve FSEK m. 10/4 uyarınca kanuni ruhsata sahip olanların konumunun, mali hakları eser sahibinden sözleşmeyle devralan ruhsat sahipleri ile aynı olmadığını ifade eder. Aradaki fark, işverenin mali hakları kullanma

¹⁶ **Çataklar**, s. 357.

¹⁷ Bkz. **Yıldız, Ozan Ali**, “Çalışanlar Tarafından Meydana Getirilen Eserler Üzerinde İşverene Tanınan Hakların Kapsamı”, Fikri Mülkiyet Hukuku Kronikleri Sayı 4, 10 Ağustos 2022, s. 3-4.

¹⁸ **Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, 2012, s. 348; **Erel**, s. 193, **Baygın, Cem**, “Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 145-174, s. 151-152; **Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, (Atıf şekli: FSEK ŞERH), s. 596; **Çataklar**, s. 357; **Karademir, Artür**, Çalışanların Yaratdığı Eserler Üzerinde Fikri Hakların Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 127; **Evrensel, Alperen**, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 61; **Yıldız, Ozan Ali**, Fikri Hakların İhlaline Dayalı Kazanç Devri Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 107-110.

¹⁹ **Ateş**, s. 353; **Yıldız**, Kazanç Devri, s. 108.

yetkisi kazanmasının, Medeni Hukuk anlamında “asli iktisap” şeklinde olduğudur. Bir başka deyişle, eser üzerindeki hakları kullanılma yetkisi, eser aleniyete kavuştuğu anda işverenin şahsında doğar. Bunun için, çalışanın veya işverenin ayrıca bir hukuki işlem gerçekleştirmesine veya bir irade açıklamasına gerek yoktur. Bu şekilde kazanılan bir hakkın (kullanma yetkisinin), çalışanın (eser sahibinin) tek yanlı iradesi ile ortadan kaldırılması da mümkün değildir²⁰.

Buna karşılık, FSEK m. 48 uyarınca akdedilen sözleşmeler ile ruhsatın iktisap edildiği durumlarda, eser sahiplerinin (çalışanların) konumu daha güçlüdür. Zira, mali hakların kullanılması yetkisini bir sözleşme ile devreden kişi, dönme, fesih vb. yollarla karşı tarafın kullanma yetkisini ortadan kaldırabilir. Ancak, FSEK m. 18/2 kapsamında kanun gereği aslen iktisap edilen ruhsatı eser sahibi çalışanın tek yanlı iradesi ile sona erdirmesi mümkün değildir. Çünkü FSEK’ten doğan kullanma hakkı, kanundan doğan bir intifa hakkı niteliğindedir ve FSEK m. 49’un kenar başlığının “devren iktisap” olması nedeniyle hükmün FSEK m. 18/2 ve FSEK m. 10/4 hükümleri uyarınca kullanma hakkını (ruhsatı) aslen iktisap etmiş kişiler yönünden uygulanmasına imkân yoktur²¹.

Buna karşılık bazı yazarlar; işverenlerin kanun hükmü gereği mali hak sahibi olduğunu kabul etmektedirler²². Çalışanların memur, hizmetli ve işçi sıfatıyla görevlerini yerine getirirken; tüzel kişilerin de kendi organlarının fonksiyonlarını ifa ederken meydana getirdikleri eserlerle ilgili mali hakların kullanım yetkisi, eserin meydana getirildiği anda, doğrudan doğruya, başkaca hiçbir işleme gereksinim olmaksızın, kanun gereğince ve aslen çalıştıran ve/veya tüzel kişi tarafından iktisap edilir²³.

İktisap etme anı konusunda bir görüşe göre, eserin kamuya sunulmasıyla aleniyet kazandığı anda, telif hakkının sahibi olacaktır²⁴. Diğer bir görüşe göre, işveren eser üzerinde doğrudan doğruya ve aslen telif hakkını kazanır²⁵.

²⁰ Ateş, s. 355.

²¹ Ateş, s. 355-356.

²² Tekinalp, s. 147; Aydınçık, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 123; Gökyayla, Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 202 vd.; Okutan Nilsson, Gül, “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 469-500, s. 494.

²³ Bkz. dipnot 16.

²⁴ Ateş, s. 363.

²⁵ Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 312, 1971, s. 46; Gökyayla, s. 208;

Okutan Nilsson, tüzel kişilerin eser sahipliği konusunda 2004 yılında yapılan değişiklikle FSEK'in "tanımlar" başlıklı m. 1/B/(b) hükmünden "eser sahibi: eseri yaratan gerçek kişiyi" ifadesinden "gerçek" kelimesinin çıkartılmasının tüzel kişilerin de eser sahibi olabileceği şeklinde yorumlanmasına imkân vermediğini belirlemekte, ancak işveren statüsündeki tüzel kişilerin çalıştırdıkları kişilerin görevlerini ifa ettikleri sırada yarattıkları eserlerin kanun gereği doğrudan mali hak sahibi olmalarının, ayrıca FSEK m. 10 f. son uyarınca birden fazla kişinin iştiraki ile oluşturulan ve ayrılmaz bir bütün olan eserler üzerindeki hakların, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi aracılığıyla kullanılabilmesinin tüzel kişilerin mali hak sahibi olabilecekleri istisnalar olduğunu değerlendirmektedir. Yazar, FSEK m. 18/2 hükmünün tam ruhsat olarak yorumlanmasının kanunun amacına ve sistematığına aykırı olduğunu savunmakta, istihdam ilişkisi içinde üretilen eserler üzerinde işverenin bir kanuni ruhsata değil, doğrudan ve aslen mali hak sahipliğine sahip olduğunu ancak manevi hakların eser sahibi olan çalışanda kalmasının özel duruma uygun bir çözüm olduğunu ileri sürmektedir²⁶. Nitekim, AB hukukunun, işverenin bilgisayar programlarından doğan mali hakları münhasıran kullanmaya yetkili olduğu şeklindeki düzenlemesi, Alman, İsviçre, Fransız ve İngiliz hukuklarında kanuni temlik olarak değerlendirilmekte ve işveren kanun gereği mali hakları iktisap etmektedir.

Yargıtay kararlarında "mali hak sahipliği"²⁷ veya "kullanım yetkisi"ne²⁸ işaret eden iki yönde kararlara da rastlanmaktadır.

²⁶ *Okutan Nilsson*, s. 494.

²⁷ "FSEK'nın 10/4-1 ve 18/2'nci maddeleri gereğince programların mali haklarının sahibinin davalı Sağlık Bakanlığı olduğu" Yargıtay 11 H.D., E. 2005/5049, K. 2006/7575, T. 27.06.2006; "davalının FSEK'nun 18/2'nci maddesi uyarınca çalıştıran olarak eser sahibi bulunduğu mali hakların yasa gereğince davalıya ait olduğu.." yönündeki ilk derece mahkemesi kararının onanmasına dair karar Yargıtay 11 H.D., E. 2007/2338, K. 2008/3698, T. 24.03.2008.

²⁸ "Tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi yaratıcı bir fikri çabalarının varlığından söz edilemeyeceğinden eser sahibi olmaları da mümkün değildir. Tüzel kişilerin 5846 Sayılı FSEK 18. maddesi gereği kanunen mali hakları kullanma yetkisini ya da devir yoluyla anılan hakları edinmeleri mümkün olup, manevi hakların devri de söz konusu olamayacağından gerçek kişiler gibi eser sahibi olamazlar." Yargıtay 11. H.D., E. 2009/14531, K. 2011/17084, T. 15.12.2011.

IV. FSEK m. 18/2’NİN HUKUKİ SONUCU

FSEK m. 18/2 işverene mutlak nitelikte bir hak bahsetmektedir, diğer bir deyişle bu hak herkese karşı ileri sürülebilir²⁹. Yargıtay kararlarında hakkın niteliği ve bunun sonuçlarına yönelik değerlendirmeler yapılmaktadır.

Yargıtay HGK’nun bir kararında³⁰ hakkın mutlak niteliğine yönelik ifadelere rastlanmaktadır: *“FSEK 18/2. fıkrasından kaynaklanan mali hakları kullanma yetkisi ise, maddede yazılı koşulların varlığı halinde çalıştıranlara kamunla verilmiş mutlak nitelikli bir hak olup, madde de işleme hakkı ile ilgili bir istisnaya da yer verilmeksizin mali hakları kullanma yetkisinin çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır.”*.

Yargıtay 11. HD ise *“FSEK. 18/2. maddesindeki, hükmüne göre, davalı şirket ile çalıştığı sürece davacı tarafından dava konusu tiplerin de yer aldığı senaryosu yazılan eserlerin üzerindeki mali hakların kullanım yetkisi davalıya aittir.”* şeklindeki ifadelerle eser üzerindeki mali hakların kullanım yetkisinin çalıştırana ait olacağını teyit eder mahiyette hüküm tesis etmiştir³¹.

İşveren ayrıca izin almasına gerek kalmaksızın mali hakları kullanabilir. Dolayısıyla, FSEK m. 52 şartlarını haiz bir sözleşme ile hakları kullanma yetkisini çalışandan devralmaya gerek yoktur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin bir kararında; *“.. hizmet ilişkisi içinde meydana getirilen sözkonusu eserlerin mali haklarını kullanma yetkisi kanun gereği davalı O. Ltd.Şti.’ye geçeceğinden, hizmet akdinde özel bir hüküm de bulunmadığı sürece 5846 sayılı FSEK’nın 52. maddesine uygun yazılı bir devir sözleşmesine gerek olmaksızın bu kamunda sayılan mali hakların tamamını kullanma yetkisi yasal koruma süresinin sonuna kadar olacak şekilde davalı işverene intikal etmektedir. Bu konudaki hak ve yetkiler hizmet ilişkisinin devamı süresince meydana getirilen eserlere ilişkin olup, iş akdinin sona ermesi ile birlikte bu hakların (mali*

²⁹ Tekinalp, s. 147; Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 79. İşverenin, tam ruhsat hakkı sahibi olduğunun kabulü halinde, haklara tecavüz nedeniyle FSEK m. 68’e dayalı tazminat davası açıp açamayacağı hususu doktrinde tartışmalı olup, Yargıtay’ın da çelişkili kararları vardır. Bu hususun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay işverenin tecavüz nedeniyle FSEK m. 70 uyarınca manevi tazminat talep edemeyeceği kanaatindedir.

³⁰ Yargıtay HGK, E. 2011/11-401, K. 2011/441, T. 22.06.2011.

³¹ Yargıtay 11. H.D., E. 2005/13780, K. 2006/460, T. 24.01.2006.

hakların kullanma yetkisinin) yeniden eser sahibine avdet etmesi söz konusu değildir. .../...Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle değerlendirme yapılarak somucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, iş akdinin sona erdiğinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”³². denilmekle hakkın işveren tarafından aslen iktisap edildiği ve iş ilişkisi sona erse dahi mali hakları kullanma yetkisinin eser sahibi çalışana ait olmayacağı ifade edilmektedir.

Nitekim, bir yazılım şirketindeki işçinin, şirketteyken öğrendiği kodlama tekniklerini şirketten ayrıldıktan sonra kendi yaptığı programda kullanması haksız rekabet teşkil eder³³.

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer husus ise, FSEK m. 55 hükmüdür. FSEK m. 55. uyarınca; “*Aksi kararlaştırılmış olmadıkça mali bir hakkın devri veya ruhsatın verilmesi eserin tercüme ve sair işlenmelerine şamil değildir*”. denilmektedir. Bu durumda FSEK m. 18/2 uyarınca elde edilen kanuni ruhsat hakkı eserin tercüme ve diğer işlemelerini kapsamakta mıdır? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu konuyu tartıştığı bir kararında “*FSEK 55.maddesinin kanun sistematigi içindeki yeri dikkate alındığında, tarafların serbest iradeleriyle ve 52. madde uyarınca yazılı olmak koşuluyla gerçekleştirdikleri mali haklara dair sözleşme ve tasarruflarla ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak bir yorum kuralı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Oysa, FSEK 18/2.fikrasından kaynaklanan mali hakları kullanma yetkisi ise, maddede yazılı koşulların varlığı halinde çalıştıranlara kanunla verilmiş mutlak nitelikli bir hak olup, madde de işleme hakkı ile ilgili bir istisnaya da yer verilmeksizin mali hakları kullanma yetkisinin çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda FSEK Dördüncü Bölümdeki Sözleşme ve Tasarruflarla ilgili yorum kuralı olan 55.maddesinin aynı Kanun’un 18/2.fikrasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama yeri olamayacağından..*” denilmekle FSEK m. 55’in devren iktisaplarda uygulanacağı, FSEK m. 18/2 hükmünün ise aslen iktisap edilen bir hak bahsettiğinden FSEK 55’teki sınırlamalara tabi olmadığı kabul edilmektedir³⁴.

³² Yargıtay 11. H.D., E. 2011/5724, K. 2013/7409, T. 16.04.2013.

³³ **Dalyan, Şener**, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 53. Çalışan işten ayrıldıktan sonraki eseri ile çalıştığı dönemde meydana getirdiği eseri arasında (mali hakları işverene ait olan) benzerlik olması halinde şirket ile eser sahibinin hakları arasında haklar dengesi gözetilerek karar verilmelidir şeklindeki görüş için bkz. **Evrensel**, s. 63.

³⁴ Yargıtay HGK., E. 2011/401, K. 2011/441, T. 22.06.2011. Aksi yönde; Yargıtay 11. H.D., E. 2008/7742, K. 2009/11991, T. 17.11.2009.

V. ÇALIŞANIN YARATTIĞI ESERLER ÜZERİNDEKİ MANEVİ HAK SAHİPLİĞİ

Çalışanların yarattıkları eserlere yönelik mali hakları kullanma yetkisinin işveren nezdinde doğduğu ve işveren tarafından münhasıran kullanılabileceği hususu açıklığa kavuşturulduktan sonra eser üzerinde manevi hakları kullanma yetkisinin kime ait olduğu konusunu değerlendirmek isteriz.

Eser üzerindeki manevi haklar esasen eserin sahibi ile arasındaki hususiyet bağıni kurmayı sağlayan haklardır. Manevi haklar; eser sahibinin eseri ile arasındaki kişisel ilişkinin korunmasını amaçlar³⁵. Kanun koyucu bu hakları; umuma arz hakkı (FSEK m. 14), eser sahibi olarak adın belirtilmesi hakkı (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı (FSEK m. 16) ve eserin orijinaline ulaşma hakkı (FSEK m. 17) şeklinde sıralamıştır. Manevi haklar parayla ölçülemeyen ve gayri maddi nitelik arz eden mutlak haklardır. Yani eser sahibi, kanunda bu çerçevede kendisine tanınan hakları herkese karşı ileri sürebilir. Manevi haklar devredilemez ve eser sahibinin ölümüyle birlikte mirasçılara intikal etmez³⁶. Öte yandan öğretide genel kabul gördüğü üzere manevi hakların kullanım hakkı başkalarına devredilebilir³⁷.

FSEK m. 18 «hakların kullanılması» başlığı taşısa da sadece mali hakların kullanılmasına ilişkin düzenlemeler içerdiği kabul edilmektedir. Doktrinde, bazı yazarlar tarafından çalışanların yarattığı eserlerin mali hakları kullanım yetkisi işveren nezdinde doğmakta ise de, manevi hakların eseri yaratana ait olduğu³⁸ (manevi hakların devredilemezliği ilkesi) ifade edilmekte iken, bazı yazarlar ise işverenin mali hakları kullanmasının gerektirdiği

³⁵ Tosun, s. 84.

³⁶ “...5846 sayılı FSEK’nin 14 ila 17. maddelerinde eser sahibinin eseri dolayısıyla doğrudan doğruya ve kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olarak manevi haklar da tanınmıştır. Manevi haklar aynı zamanda herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve inhisari yetkiler niteliğindedir. Manevi haklar bu niteliği itibarıyla miras yoluyla geçmedikleri gibi sağlararası işlemler ile başkalarına da devredilemezler, sadece manevi hakların kullanılma yetkisi devredilebilir...” Yargıtay 11. H.D, E. 2013/3484, K. 2014/8875, T. 9.5.2014.

³⁷ Bellican, Cüneyt, “Eser Sahibinin Manevi Haklarını Sınırlandıran Hukuki İşlemler ve Bazı Durumlar”, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt I, Ankara, 2016, s. 283; Tosun, s. 89; Aksu, Mustafa, “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 155; Tekinalp, s. 164

³⁸ Tekinalp, 145-146.

ölçüde manevi hakları da kullanabileceği görüşündedir³⁹. Ancak herhalde manevi hakları kullanma yetkisinin işverene sözleşme ile devri öğretisi tarafından kabul edilmektedir⁴⁰.

Bu noktada öncelikle taraflar arasındaki sözleşme esas alınmalıdır. Çalışanın ürettiği tasarımlarda adının görünmeyeceği hizmet sözleşmesinde belirtilmiş olabilir⁴¹. Eserin niteliğinden anlaşılabilir. Örneğin, yazılımlar açısından manevi hakların kullanım yetkisinin aksi kararlaştırılmadıkça onları bir araya getirenlerde olduğu kabul edilebilmektedir⁴² (FSEK m. 10).

İş sözleşmesinde manevi hakları kullanma yetkisinin işverene ait olduğu belirtilebilir veya eserin niteliğinden aksi anlaşılabilir (FSEK m. 10/4 birden fazla kişinin eser sahibi olduğu haller örn. bilgisayar programlarında adın belirtilmesi ilkesi⁴³).

Ateş; manevi hakların hiçbir şekilde işverenler tarafından kullanılmayacağı görüşünü “toptancı bir anlayışı” temsil etmesi nedeniyle eleştirmektedir. Yazara göre; somut olayın özelliğine göre karar vermek daha yerinde olacaktır. Aksi halde, eseri yaratanlar, işverenlere yasayla verilmiş mali hakların kullanılması yetkisini, manevi hakları kullanmak suretiyle engel olabilirler⁴⁴. Dolayısıyla, eseri yaratanın kişiliğini zedelediği ölçüde ve mali hakların kullanılabilmesinin gerektirdiği oranda işveren veya tüzel kişilerce manevi haklar kullanılabilir. Çünkü FSEK m. 18/2 ve FSEK m. 10/4 mali hak ve manevi hak arasında ayırım yapmamıştır.

Fransız hukukunda FSEK m. 10/4’e paralel şekilde, CPI L.113-5’e göre ortak bir eseri yaratan değil, yaratan kişileri bir araya getiren, organizasyonu üstlenen, yatırım yapan, risk alan kişileri önceleyen yaklaşım söz konusudur⁴⁵.

³⁹ **Ateş**, s. 363 vd.; **Okutan Nilsson**, s. 491; **Merdivan**, FSEK ŞERH, s. 583-584; **Çataklar**, s. 314.

⁴⁰ **Tosun, Yalçın**, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 250.

⁴¹ **Tosun**, s. 250.

⁴² **Tosun** s. 251.

⁴³ Alman hukukunda monist teori doğrultusunda mali-manevi hak ayırımı yapılmaksızın haklar çalışana ait kabul edilmekte ancak bu hususun aksi sözleşme ile kararlaştırılabilecektir. **Tosun**, s. 255.

⁴⁴ **Ateş**, s. 365.

⁴⁵ **Tosun**, s. 251.

Aksi görüşe göre ise, anılan hüküm uyarınca hem manevi hem de mali haklar işverene aittir. Ancak işçi ve işverenin çıkarları, ilgili işkolunun sektöre özgü teamülleri, güven ve sadakat ilkesi gereği manevi hakların hangi ölçüde işverene ait olacağı belirlenmelidir⁴⁶.

Yargıtay manevi tazminat talebine ilişkin bir uyuşmazlıklarda, manevi hakları kullanma yetkisinin çalışanda kaldığına karar vermiştir: *“Davalı Rektörlük vekilinin temyiz itirazlarına gelince, davacı yan, Osmanlı Arşivleri Daire Başkanlığı'na ilişkin bir kısım belgelerin davalı yanca izinsiz olarak internet sitesinde yayınlandığını, bu eylemin manevi tazminat gerektirdiğini ileri sürmüştür. Davacının eser sahibi olmadığı, arşivdeki belgelerin toplanıp saklanması ile görevli olduğu kuruluş yasasından anlaşılmaktadır. FSEK.mun 18/2 nci maddesine göre davacı mali hakları kullanma hakkına sahip ise de, kendisi eser sahibi olmadığından eserin umuma arz yetkisinin ihlal edilmesi durumunda manevi tazminat talep hakkına sahip değildir.”*⁴⁷.

Çalışanın sahip olduğu manevi haklar ile çalıştırmanın sahip olduğu mali hakların kullanım yetkisinin çatışması durumunda menfaatler dengesi kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda “eserdeki yaratma derecesinin yüksekliği”, “eseri yaratanın ünü”, “umuma arz keyfiyetinin eser sahibi çalışanın geleceğini etkileme derecesi” gibi ölçütler kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır⁴⁸.

SONUÇ

FSEK m. 18 f. 2 uyarınca bir eseri meydana getiren çalışanların ve işverenin anılan eserler üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesi için öncelikle hizmet sözleşmesindeki

⁴⁶ **Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 77; **Dalyan**, s. 105.

⁴⁷ Yargıtay 11. H.D., E. 2006/3490, K. 2006/6930, T. 15.06.2006. Aynı yönde, Yargıtay 11. H.D., E. 2001/2687, K. 2001/5080, T. 04.06.2001; “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 8/2. maddesine göre, aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu hükme dayanılarak davacı şirket lehine mali haklarına tecavüz olduğundan bahisle maddi tazminata karar verilmiş ise de, davacı şirket anılan maddece açık bir şekilde belirlendiği üzere davaya konu eserin mali hak sahibi olup, eserin manevi haklarının sahibi değildir. Anılan kanunda mali ve manevi haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup manevi haklar tadadi olarak gösterilmiştir. Sayılan bu haklardan dolayı manevi tazminat isteme hakkı da manevi hak sahibine aittir. O halde davaya konu eserin mali hak sahibi olan davacının bu eserden dolayı manevi tazminat isteyemeyeceğinin kabulü ile bu istek kaleminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”

⁴⁸ **Yıldız, Özge**, “Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler”, İÜHFM C. LXXII, S. 2, s. 497-540, 2014, s. 506, dn, 44,45'teki yazarlar.

hükümlerin değerlendirilerek, FSEK m. 18/2'nin aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Aksi kararlaştırılmamış ise doktrinde baskın görüş uyarınca FSEK m. 18/2 ile işverene kanundan doğan bir tam ruhsat hakkı tanındığı, söz konusu kanuni ruhsatın “aslen iktisap” edildiği, bunun için, eseri vücuda getirenlerin veya işverenlerin ayrıca bir hukuki işlemine veya irade açıklamasına gerek olmadığı, bu şekilde kazanılan bir hakkın (kullanma yetkisinin), eseri meydana getiren kişinin tek yanlı iradesi ile ortadan kaldırılmasının da mümkün olmadığı, adeta kanundan doğan bir intifa hakkı söz konusu olduğu, bu hakkın eser sahibi dahil herkese karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.

Ayrıca bazı yazarlar tarafından; işverenlerin FSEK m. 18/2 uyarınca kanun hükmü gereği doğrudan mali hak sahibi olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay kararlarında “mali hak sahipliği” veya “kullanım yetkisi”ne işaret eden iki yönde kararlara da rastlanmaktadır.

Kanaatimizce, aslen iktisap edilmiş bir kanuni ruhsat hakkının bahsettiği hak ve yetkiler yönünden esasen mali hak sahipliğinden ayrılan pratik bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu noktada önemli olan taraflar arasında hizmet ilişkisinin varlığı ve eserin çalışan tarafından görevi gereği meydana getirilmiş olmasıdır. Bu durumda işveren FSEK m. 52 şartlarını haiz bir sözleşme ile hak devri yapılmasına gerek duyulmaksızın mali hakları kullanma yetkisini kanun gereği aslen ve kendiliğinden iktisap eder ve haklardan münhasıran faydalanır. Şüphesiz, bu durum işveren için ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar yönünden büyük bir güvence teşkil etmektedir. Manevi hakları kullanma yetkisi ise kural olarak çalışan nezdinde kalır ancak taraflar aksini hizmet sözleşmesi ile kararlaştırabilirler. Ayrıca, mali hakları kullanmak için gerekli olduğu ölçüde işveren manevi hakları da kullanma yetkisini haizdir.

KISALTMALAR CETVELİ

bkz.	:	Bakınız
c.	:	Cümle
E.	:	Esas
edt.	:	Editör
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
H.D.	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
K.	:	Karar
s.	:	Sayfa
T.	:	Tarih
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve devamı

KAYNAKÇA

- Aksu, Mustafa**, “*Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Aydıncık, Şirin**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan, İstanbul, 2006.
- Baygın, Cem**, “*Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 145-174.
- Bellican, Cüneyt**, “*Eser Sahibinin Manevi Haklarını Sınırlandıran Hukuki İşlemler ve Bazı Durumlar*”, Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan, Cilt I, Ankara, 2016.
- Bozbel, Savaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Çataklar, Eda**, Çalışanların Eserleri İş Sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Dalyan, Şener**, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Erel, Şafak**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Evrensel, Alperen**, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Gökyayla, Emre**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2000.
- Güneş, İlhami**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Karademir, Artür, Çalışanların Yarattığı Eserler Üzerinde Fikri Hakların Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Okutan Nilsson, Gül, “*Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 469-500.

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 312, Ankara, 1971.

Polater, Salih, Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Tosun, Yalçın, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013. (Atıf Şekli: FSEK ŞERH)

Yıldız, Ozan Ali, Fikri Hakların İhlaline Dayalı Kazanç Devri Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Atıf Şekli: Kazanç Devri).

Yıldız, Ozan Ali, “*Çalışanlar Tarafından Meydana Getirilen Eserler Üzerinde İşverene Tanınan Hakların Kapsamı*”, Fikri Mülkiyet Hukuku Kronikleri Sayı 4, 10 Ağustos 2022 (www.researchgate.net/project/Fikri-Muelkiyet-Hukuku-Kronikleri) (Atıf Şekli: Kronik).

Yıldız, Özge, “*Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler*”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 497-540.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

ESER SAHİBİNİN HAKLARI VE BU HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

**Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin 5 Nisan 2021 Tarihli Kararı Işığında Umuma
Erişilebilir Kılma Hakkına İlişkin Hak Sahipliğinin Değerlendirilmesi**

Dr. R. Tamer PEKDİNÇER*

I. DEĞERLENDİRMEYE KONU EDİLEN KARAR:

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

T. 5.4.2021, E. 2020/5890, K. 2021/3300

“Davacı vekili, müvekkilinin 13.06.1994 tarihinde Raks Müzik ..A.Ş. ile yapmış olduğu sözleşmeyle, Raks Müzik bünyesinde toplam 3 adet albüm yapacağını taahhüt ettiğini, bu taahhüdün sonucunda müvekkilinin eserlerini içeren "Ben Bahara Hazırım (1995)" "Güneşten (1997)", "Ay Işığında (1998)" albümlerinin ortaya çıktığını, müvekkili ile Raks Müzik arasında yapılan bu anlaşmanın 4.1 maddesi ile yapımcı Raks Müzik şirketine albümde yer alan eserlerin uzunçalar (plak), audio kaset, compact disk, çoğaltılacak kasetin tanıtım ve reklam amacına yönelik kısa metrajlı TV reklam filmi, klipleri yönünden yurt içinde veya yurt dışında her türlü özel veya devlet televizyon ve radyolarında ve de her türlü ses ve görüntü taşımaya ve yaymaya mahsus araç ve gereçlerde kısıntısız ruhsat halinde kullanma hak ve yetkileri devredildiğini, devrin ses taşıyıcılar haricinde kısa metrajlı TV reklam filmi ve klipler üzerindeki haklar olmak üzere tanıtım ve reklam amacına yönelik olduğunu, bu kapsamda müvekkiline ait kliplerin internet ve mobil telefon şebekeleri üzerinden pazarlanmasının bulunmadığını, müvekkilinin sadece eserlerin yer aldığı ses taşıyıcıların çoğaltılması ve yayması haklarını kullanma yetkisi verdiğini, Raks Müziğin 1999 tarihinde unvan değiştirerek Universal Müzik Yapım Organizasyon San. Tic. A.Ş. Unvanını aldığını, müvekkilinin sözleşmede belirtilen pursantajlarını bu şirketin ödediğini, 2012 yılında Universal şirketinin müvekkilinin eserlerinin yer aldığı albümlerin haklarını davalı şirkete devrettiğini, 5846 sayılı FSEK’in 49. maddesinin açıkça eser sahibinin yazılı muvafakat vermesini hak devrinin şekil şartı olarak belirttiği için bu devrin geçersiz olduğunu, Eser İşletme Belgelerine bağlı olarak müvekkili tarafından Raks Müzik şirketine verilen muvaffakat belgeleri herhangi bir hak devri niteliği taşımadığını, anılan muvaffakatlerin sadece Kültür Bakanlığından bandrol almak amacıyla sanatçı tarafından

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

fonogram yapımcısına verilen belge olduğunu, davalının eserler üzerinde umuma iletim hakkı bulunmamasına rağmen eserleri internet üzerinden pazarlayıp müvekkiline pursantajlar dahil herhangi bir ödemede bulunmadığını, yasal düzenlemeye tam olarak vakıf olmayan müvekkilinin davalının eserler üzerinde herhangi bir hakkı olmamasına rağmen 14.02.2012 tarihinde noter aracılığıyla gönderdiği ihtarname ile cayma hakkını kullandığını, davalının yasanın 58. maddesinde öngörülen 4 hafta içinde caymaya karşı itiraz davası açmadığını, bu nedenle cayma hakkının kesinleştiğini, buna rağmen davalının internet ve cep telefonu operatörleri üzerinden şarkıları pazarlamaya devam ettiğini ileri sürerek, müvekkiline ait "Ay Işığında", "Ben Bahara Hazırım" ve "Güneşten" adlı albümleri ve bu albümlerde yer alan müzik eserleri ile video kliplerin, davalı tarafından internet ve cep telefonu şebekelerini kapsayacak şekilde dijital olarak kullanılmasının, müvekkilinin mali haklarına tecavüz ettiğinin tespitine, tecavüzün önlenmesine, durdurulmasına bu istem kabul görmemesi halinde caymanın gerçekleştiği 14.02.2012 tarihinden itibaren davalının müvekkilinin mali haklarına tecavüzünün tespitine, tecavüzün önlenmesine ve durdurulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı yanca verilen muvafakatnamelerle eserin internet ortamında çoğaltma ve yayınına izin verildiği gibi, mali hakların 3. kişilere devrine de izin verildiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk derece mahkemesince, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının Raks Müzik Ltd. Şti. ile imzalamış olduğu sözleşme ile mali haklarını devrettiği, sözleşmenin 4.10. maddesinde çoğaltma, umuma arz, her türlü ses ve görüntü nakli gereçleri ile yayma hak ve yetkilerinin kısıntısız devredildiğinin belirtildiği, bu hükümde cep telefonu ve internet şubesi ile hak tasarrufu konu edilmediği, bu çeşit bir mali hak devri yapıldığının belirtilmediği, sözleşmenin imzalandığı dönemde FSEK'in 25. maddesinin düzenlemesi kapsamında internet ve dijital hak tasarrufunun bulunmadığı, sözleşmenin bu hakkı kapsar biçimde yorumlanmasının mümkün olmadığı, Raks Müzik şirketinin külli halefi olan Universal şirketinin sözleşme ile çeşitli müzik eserlerinin işletme belgelerini davalı şirkete devrettiği, bu devirde FSEK'in 49/2 maddesine uyulmadığı, davacının izni veya onayı alınmadığı, sözleşme maddesindeki "her türlü ses ve görüntü...hak ve yetkilerine kısıntısız sahiptir" ifadesinin dijital hak yönetimi yönünden hak sağlamasının kabul edilemeyeceği, davacının terditli taleplerinden bir nolu talebi kabulü gerektiğinden cayma nedeniyle tecavüzün tespiti ile ilgili talebinin

incelenmesine gerek bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davacıya ait "Ay Işığında, Ben Bahara Hazırım Güneş'ten" albümleri kapsamındaki müzik eserleri, video klipleri, ses dosyalarının internet ve/veya cep telefon şebekeleri yoluyla dijital biçimde kullanımının davacının mali haklarına tecavüz oluşturduğunun tespitine, durdurulmasına, önlenmesine karar verilmiştir.

Karara karşı davalı vekili tarafından istinaf kamun yoluna başvurulmuştur.

İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmış, davalı yanca, davacıya ait mali hakların dava dışı şirkete devrine ilişkin sözleşmenin ve davacı yanca 1998 yılında verilen muvafakatin eserin internet üzerinden umuma iletimini de kapsadığı savunulmuşsa da, müzik eserlerinin internet üzerinden umuma iletimine ilişkin mali hakkın 5846 sayılı FSEK'in 25. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle ihdas edilmiş olması, mali hakların devrine ilişkin sözleşmenin ve davacı yanca verilen muvafakatin değişiklikten önceki tarihlerde gerçekleşmesi ve FSEK'in 51. maddesinin, ileride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına müteallik sözleşmelerin batıl olduğuna ilişkin hükmü bir arada gözetildiğinde davalının anılan savunmasının dinlenilemeyecek olmasına göre, yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz isteminin reddi ile Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın HMK'nın 370/1. maddesi uyarınca ONANMASINA, HMK'nın 372. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, aşağıda yazılı bakiye 4,90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 05.04.2021 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi."

II. DEĞERLENDİRME

A. Umuma İletim Hakkı

FSEK m. 25 f. 1 umuma iletim (yayın) hakkını (the right of the communication to the public) düzenlemektedir¹. Hükme göre bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Umum kavramı aile ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan veya görevleri gereği eserle temasa geçen şahısların dışında kalan belirsiz sayıda şahısları ifade etmektedir². Umuma iletim için fikri ürünün topluma işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla toplumun istifadesine sunulması, bir başka deyişle kullanılan vasıta belirleyici olmaktadır³. Bu vasıtalar; kablolu veya kablosuz yayın sistemleri, uydular, internet, mobil telefonlar olabilir⁴.

Umuma iletim kapsamındaki eser sahibine sağlanan münhasır yetkilerden ilki; eserin radyo televizyon vb. vasıtalarla yayın hakkı veya dijital iletim araçları da dahil olmak üzere hoparlör-monitör gibi araçlarla (örneğin bir konserin kaydının başka bir salondaki seyircilere iletilmesi) iletim hakkıdır⁵.

Radyo ve televizyon kuruluşları gibi yayın kuruluşları ile mevcut veya ileride bulunacak teknik imkanlarla yayın/iletim yapacak kuruluşlar, FSEK m. 43/2 uyarınca, sahneye konmuş eserler dışında kalan eser, icra, fonogram ve yapımlar için ilgili alan meslek birlikleri ile FSEK m. 52'ye uygun sözleşme yaparak izin almak, söz konusu yayın ve/veya iletimlere ilişkin ödemeleri bu birliklere yapmak ve kullandıkları eser, icra, fonogram ve yapımlara ilişkin

¹ Umuma iletim ve umuma erişilebilir kılma hakkı, WIPO Eser Üzerindeki Haklar Sözleşmesi (WCT) m. 8'de "Right of Communication to the Public" başlığıyla WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT) m. 14'te "Right of Making Available of Phonograms" başlığıyla düzenlenmiştir. AB hukukunda da umuma iletim hakkında 2001/29/EC sayılı Direktif'te umuma iletim hakkı "right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject matter" başlığıyla düzenlenmiştir.

² **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 194; **Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 391.

³ **Ateş, Mustafa**, "Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da E-Haklar", Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012, Editör Tekin Memiş, Ankara, 2013, s. 24.

⁴ **Ateş**, E-Haklar, s. 25-26.

⁵ **Ateş**, E-Haklar, s. 31-32.

listeleri bu birliklere bildirmek zorundadırlar⁶.

İkincisi ise yeniden iletim hakkıdır⁷. Yeniden iletim kavramı ile kastedilen, yayının “yeni bir umuma” iletilmesidir. Örneğin alınan bir kablolu yayının bina içindeki farklı odalara bir cihaz ile dağıtılması, dağıtıcı uydulardan yapılan mükerrer yayınlar veya bir yayının başka bir televizyon kanalında yayınlanması eser sahibinin iznini gerektirir.

AB Hukukunda Avrupa Komisyonu, umuma iletimin var olup olmadığını tespit etmek için iletimin varlığı ve yayına erişim yetkisi veren kuruluşun aktif rolü, belirsiz ve aleni bir “umum”un varlığı ve yayındaki kar amacı şartlarının varlığını aramaktadır⁸.

Eserin fiziki nüshalarının dağıtımı halinde yayma hakkı, dijital kopyaların iletilmesi halinde umuma iletimin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁹.

B. Umuma Erişilebilir Kılma Hakkı

FSEK 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen husus ise umuma erişilebilir kılma hakkı (making available right) olarak ifade edilmektedir. Hükme göre, eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.

Söz konusu hükümde kastedilen durum internet üzerinden umuma erişilebilir kılma değildir. **Öztan**, umuma iletim ile umuma erişilebilir kılma arasındaki temel farkın eserden faydalanma zamanı bakımından ortaya çıktığını ileri sürmektedir¹⁰. Umuma erişilebilir kılma halinde eserden faydalanma zamanına kullanıcı karar vermekte iken, umuma iletim halinde kullanıcı yayın saatinde eserden faydalanabilmektedir¹¹. Bir başka deyişle, kullanıcılar, eserden

⁶ Anılan hükmün FSEK m. 25/2 kapsamında umuma erişilebilir kılma hakkını da kapsadığı yönünde **Ateş**, E-Haklar, s. 49.

⁷ **Öztan**, s. 389 vd; **Merdivan**, FSEK ŞERH, C. 1, s. 1096.

⁸ **Akgül Su, Lütfiye**, “Avrupa Adalet Divanı (CJEU) Kararlarında Umuma İletim Hakkı Kriterleri”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, Nisan 2017, s. 170.

⁹ **Akıncı, Ertuğrul**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Dijital Tükenmesi, İstanbul, 2021, s. 56 vd. Yazar, ABAD ve Yargıtay kararına konu olan bazı olaylarda belirli şartların varlığı halinde, dijital ortamlarda satış ve dağıtım işlemlerinin yayma hakkı kapsamında olduğu ve tükenmeye konu olabileceği ifade etmektedir. **Açıkgöz, Ahunur**, İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi, İstanbul, 2021, s. 60 vd.

¹⁰ **Öztan**, s. 137.

¹¹ **Yıldız, Ozan Ali**, Fikri Hakların İhlaline Dayalı Kazanç Devri Talebi, İstanbul, 2022, s. 76.

faaydalanmak için, yer ve zaman bakımından birbirine bağlı deėildir¹².

Eserin umuma erişilebilir kılınmasında münhasır hakkın konusu, eserin internet ortamında indirilebilecek, görüntülenebilecek, dinlenebilecek şekilde hazır tutulmasıdır¹³. Bir eserin eser sahibinin izni olmaksızın internet sitesine yüklenmesi ve umuma açılması, eser sahibinin umuma erişilebilir kılma hakkını ihlal eder. Doktrinde internet bir yayın aracı olarak kabul edilmektedir¹⁴.

2001 yılında 4630 sayılı Kanunun FSEK'nun 25. maddesinde yapılan bu değişikliğin gerekçesinde, FSEK m. 25/2'nin eserleri internet ve benzeri ortamlarda elektronik ticarete konu edilen eser sahipleri eser sahiplerinin haklarının korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.

Eserin umuma erişilebilir kılınması için öncelikle dijitalize edilmesi, bir veri taşıyıcısına kayıt edilmesi ve bir internet sitesine yüklenmesi gerekmektedir¹⁵. Umuma iletimin söz konusu olması için elbette umuma yönelik olarak yapılması gereklidir, belirli sayıda kişisel bağlantı yolu ile erişim (rneğin e-posta ekindeki gönderimler) umuma iletim kapsamında sayılmayacaktır¹⁶.

C. Mali Hakların Devri

FSEK 52. maddesi uyarınca, FSEK'te sayılan mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi řarttır¹⁷. Düzenleme emredici nitelikte olup tarafların objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları ve anlaşma konusunun sözleşmede ayrı ayrı yazılı olarak belirtmesi geçerlilik řartıdır¹⁸. Öyle ki, telif hakkının devrini içeren sözleşmede şekle uyulmaması mutlak butlan yaptırımına tabidir.

Dolayısıyla, eser sahibinden ruhsat (lisans) yoluyla bir mali hakkı kullanma yetkisini iktisap etmek isteyen kimselerin, hangi haklar üzerinde kullanma yetkisini devralmak istiyorlarsa mutlaka o hakları kapsayan yazılı bir sözleşme yapmaları gerekmektedir. Doktrinde, FSEK m. 55'teki daraltıcı yorum kuralından da yola çıkılarak şüphe halinde

¹² Merdivan, FSEK şERH, C. 1, s. 1099.

¹³ Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012, s. 142.

¹⁴ Tekinalp, s. 181-182; ztan, s. 391; Başpınar, Veysel / Kocabey, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2007, s. 128-129.

¹⁵ Bozbel, s. 139.

¹⁶ Bozbel, s. 140.

¹⁷ ztan, s. 574.

¹⁸ Gökyayla, Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 217.

işlemlerin amaç ve konusu dışında kalan mali hakların devredilmediğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹.

Adi yazılı şekil şartı öngörülen sözleşme metinlerinde hangi hususların şekle bağlanarak yer alması gerektiği konusunda hâkim görüş, objektif ve sübjektif tüm esaslı unsurların şekle bağlanması yönündedir²⁰. Ancak FSEK m. 52 düzenlemesinde daha da ileri gidilmiş ve adi yazılı şekil ile yetinilmeyerek tasarrufa konu hakların ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bir başka deyişle, tarafların objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları ve anlaşma konusunun sözleşmede ayrı ayrı yazılı olarak belirtmesi, geçerlilik şartı haline getirilmiştir²¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre yazılı şekil şartının amacı, eser sahibinin haklarını korumak, haklarını devrederken düşünmeye sevk etmektir²². Adi yazılı şekil yeterli olup resmi yazılı şekil şartı yoktur.

Şekil kuralı emredici olup tarafların aksini kararlaştırmaları kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir (TBK m. 12, m. 27).

D. 2001 Değişikliği Öncesi Mali Hak Devrinin Umuma Erişilebilir Kılma Hakkını Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu

Eser sahibine eseri dolayısıyla tanınan yararlanma hakları FSEK'te öngörülen mali haklar ile sınırlıdır (FSEK m. 20). Eser sahibi mali haklarını veya mali hakları kullanma yetkisini süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı veya sınırsız olarak, üçüncü kişiye devredebilir (FSEK m. 48).

Tekniğin ilerlemesi ile eserden yeni yararlanma biçimleri doğabilir ve bu yeni yararlanma biçimlerinin mevcut herhangi bir mali hak kategorisine dâhil edilmesi mümkün olmayabilir, keza kanun koyucu yeni yararlanma biçimlerini bağımsız bir mali hak kategorisi ihdas ederek değerlendirebilir. Bu gibi hallerde, eser sahibi tüm mali haklarını süresiz ve şartsız olarak devretmiş olsa bile, yeni tanınan mali hakların ve genişletilen yetkilerin sahibi olur. Keza,

¹⁹ Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972, s. 207; Erel, Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009, s. 319.

²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2017, s. 279.

²¹ Yargıtay 11. HD, T. 08.05.2012, E.2010/7225, K. 2012/7294; "Eser sahibinin, basımının yapılması amacıyla görüştüğü ve incelenmek üzere bıraktığı "Kürtleşen Türkler" isimli eseri, yazılı sözleşme yapmaksızın çoğaltıp yayıyan davalı yayımcının, basım hususunda sözlü anlaşma yapıldığına yönelik savunmasının kabul edilemeyeceği, eylemin hukuka aykırı olduğu ..."

²² Yargıtay HGK, T. 21.10.2015, E. 2013/11-2353, K. 2015/2333 (Lexpera).

devrettiği mali hakların eski hükümdeki koruma süresi dolmuş olsun olmasın, yeni mevzuatla tanınan uzatılmış koruma süresinden yararlanabilir²³.

Bilindiği üzere FSEK m. 25 hükmünde kişilerin istedikleri yer ve zamanda esere erişimini sağlayan hak (internet) 2001 yılında yapılan değişiklikle kanuna girmiştir. Umuma iletim hakkı ile umuma erişilebilir kılma hakkı bazı unsurlar yönünden örtüşmekte ise de, esere ne zaman erişilebileceğine kullanıcı karar veriyorsa umuma erişilebilir kılma hakkı söz konusudur²⁴. Bir başka deyişle umuma iletim hakkında kullanıcılar pasif durumdadır, umuma erişilebilir kılmada ise aktif olarak diledikleri zaman ve yerde ulaşabilirler²⁵.

FSEK m. 51/1 hükmünde de; *“ileride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına mütaallik sözleşmeler batıldır”* hükmünü amirdir.

Eser sahibinin yasa değişiklikleri ile doğacak mali haklar üzerindeki taahhütleri batıldır (FSEK m. 51 f. 1, TBK m. 27). Mevcut mali hakların sürelerinin yasa değişiklikleri ile uzatılması, kapsamlarının genişletilmesi durumlarında yeni doğacak yetkilerin devri taahhüdü de geçersiz kabul edilmektedir (FSEK m. 51 f. 3).

FSEK m. 51 f. 1 uyarınca eser sahibi bütün mali haklarını devretmiş olsa da, ileride kanunla eser sahibine tanınacak olan bu haklar yine eser sahibinin şahsında doğacaktır²⁶.

“İleride Faydalanma İmkanları” başlıklı FSEK m. 51 metninde mevzuatın tanıyacağı haklardan bahsedilmekte ise de, sözleşmenin imzalandığı tarihte mevcut olmayan teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkan yeni kullanım imkanlarını da düzenlediğinin kabulü gerekmektedir²⁷. Zira, kanun koyucunun iradesi, eser sahibi veya üçüncü kişiler tarafından öngörülmesi mümkün olmayan -gerek yeni bir mali hak ihdası gerekse mevcut mali hakların kapsamının genişletilmesi bağlamındaki- gelişmelerden eser sahibinin faydalanmasını istemiştir²⁸.

²³ Ayiter, s. 206; Merdivan, FSEK ŞERH, Cilt 2, s. 1618 vd.

²⁴ Bozbel, Savaş, “FSEK’e Göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010, Editör Tekin Memiş, İstanbul 2011, s. 131.

²⁵ Başpınar / Kocabey, s. 128.

²⁶ Aydınçık, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, 2006, s. 50-51.

²⁷ Memiş, Tekin, “Bulut Bilişimde Fikri Hak Sorunları”, Editör Tekin Memiş, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Ankara, 2015, s. 315-346, s. 328. Yazar, anılan düzenlemelerin eser sahibinin eserin getirisinden azami düzeyde faydalanmasını ve sözleşme içinde taraf menfaatlerinin dengelenmesini amaçladığını ifade etmektedir.

²⁸ Ateş, Mustafa, Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, 2020, s. 170.

Doktrinde de ifade edilen bu görüşler, Yüksek Mahkeme içtihatlarında da somut uyuşmazlıklar üzerinde uygulanmaktadır. Yargıtay 11. HD 27/06/2003 tarihli 2003/754 E., 2003/6996 K. nolu kararında; “ *Davacı vekili, müvekkilinin 17 adet yerli filme ait bazı fikri haklarını davalıya devrettiğini, ancak DVD VCD olarak çoğaltılması hakkının sözleşme dışında kaldığını, ayrıca FSEK’da 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklik uyarınca, koruma süresinin uzatılması ile mali hakların müvekkiline geri döndüğünü ve bağlantılı haklar tanıdığını ileri sürerek, belirtilen konulardaki hakların müvekkiline ait olduğunun tespitini ve davalının muhtemel tecavüzünün önlenmesini talep etmiştir. Davaya konu filmlerin alenileşme tarihi itibarıyla 5846 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 29. Maddesine göre, koruma sürelerinin taraflar arasında imzalanan sözleşmeden önce dolmuş bulunmasına, adı geçen yasanın 4110 sayılı yasa ile değiştirilen ek 2 inci maddesine göre, aynı değişiklikle sağlanan korumanın TC vatandaşı eser sahipleri ve eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri tarafından üretilmiş eserlere uygulanacağından uzatılan koruma süreci nedeniyle doğan haklardan davacının yararlanması gerekmesine, aynı yasanın 51 maddesinde ilerde çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına dair sözleşmelerin batıl olduğunun öngörülmüş olduğundan, daha sonra 5846 sayılı Kanunun 4110 sayılı Yasayla değişik 27 inci maddesinde koruma süresinin uzatılması nedeniyle doğan haklardan vazgeçmesiyle ilgili şartların geçersiz olmasına göre davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararı yerindedir.*” şeklindedir.

Keza; Yargıtay 11 HD 10/04/2008 T., 2007/3296 E., 2007/4799 K. sayılı kararında; “*İmali 1995 yılından evvel tüzel kişi yapımcı tarafından gerçekleştirilen “Selvi Boylum Al Yazmalım”, “Kapıcılar Kırkı” ve “Köşeyi Dönen Adam” isimli sinema eserlerinin sahibinin yapımcı şirket olduğu, yasa ile yapılan değişikliğe rağmen yapımcı tüzel kişinin eser sahipliği sıfatının devam ettiği, FSEK’te 4110 ve 4630 sayılı Kanunlar ile uzatılan koruma süresinden ve sözleşme anında mevcut olmayan mali haktan FSEK 51 maddesi hükmü uyarınca tüzel kişi eser sahibinin istifade edebileceği, hak sahibinden izinsiz biçimde anılan sinema filmlerini televizyonda yayımlayan yayın kuruluşu davalının, davacı yapımcı eser sahibine ait umuma iletim hakkını ihlal ettiği*” kanaatine varılmıştır.

Dijital ortamda umuma erişimi sağlama hakkı (FSEK m. 25 f. 2); gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimi sağlamak suretiyle umuma iletme izin vermek veya

yasaklamak hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Örneğin müzik parçasına internetten erişim bu kapsamdadır²⁹.

Bir eserin eser sahibinin izni olmaksızın internet sitesine yüklenmesi ve umuma açılması, eser sahibinin umuma erişilebilir kılma hakkını ihlal eder.

Bir esere internet üzerinden ulaşma, bir umuma iletimdir. İletilen eserlerin cd veya kaset gibi bir taşıyıcıya yüklenmesi ise, iletim ve yeniden iletim olmayıp, çoğaltma, dağıtma ve ticarete koyma olarak değerlendirilir. Buna karşılık bir eserin dijital ortama aktarılaraq internet üzerinden veya cep telefonu gibi telsiz ve kablosuz olarak ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçlarla üçüncü kişilere sunulması, FSEK m. 25 çerçevesinde kamuya iletim hakkı olarak nitelendirilecektir³⁰.

FSEK m. 25'in madde gerekçesinde, bu düzenlemenin amacının, eserlerin elektronik ticarete konu edilmesi, yani internet vasıtasıyla tedavüle konulması yetkisinin eser sahibine ait bulunduğunu vurgulamaktır.

FSEK m. 25 f. 2 hükmünün WIPO Fikri Haklar Anlaşmasının topluma iletim hakkı başlıklı 8. maddesinden esinlenerek kalem alınmış olup söz konusu maddenin amacı, yayım hakkı olarak nitelendirilen eserin çoğaltılmış nüshalarının dağıtılması dışında kalan tüm araç ve yöntemlerle eserin topluma iletilebilmesi konusundaki yetkinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu vurgulamaktır³¹.

Yargıtayın incele konusu kararında da; *“Davalı yanca, davacıya ait mali hakların dava dışı şirkete devrine ilişkin sözleşmenin ve davacı yanca 1998 yılında verilen muvafakatin eserin internet üzerinden umuma iletimini de kapsadığı savunulmuşsa da, müzik eserlerinin internet üzerinden umuma iletimine ilişkin mali hakkın 5846 Sayılı FSEK'in 25. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle ihdas edilmiş olması, mali hakların devrine ilişkin sözleşmenin ve davacı yanca verilen muvafakatin değişiklikten önceki tarihlerde gerçekleşmesi ve FSEK'in 51. maddesinin, ileride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına müteallik sözleşmelerin batıl*

²⁹ Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 100.

³⁰ Kaplan, Yavuz, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2004, s. 130.

³¹ Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, 2003, s. 192-193.

olduğuna ilişkin hükmü bir arada gözetildiğinde davalının anılan savunmasının dinlenilemeyecek olmasına göre, yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD, 5.4.2021, E. 2020/5890, K. 2021/3300).

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, 2001 yılı öncesine ait eserlerin internet üzerinden umuma erişilebilir kılınmasında sadece teknolojik gelişmelerden kaynaklanan kaset yerine cd teknolojisinin geliştirilmesi gibi bir mecra değişikliği değil, 2001 yılında yapılan değişiklik ile Yasa Koyucu tarafından FSEK m. 25 umuma iletim hakkı özelinde f. 2; umuma erişilebilir kılma hakkı öngörölmesi söz konusudur. FSEK m. 51 f. 2 uyarınca mali hakların şumulünün genişletilmesinden eser sahibinin faydalanacağı, 2001 yılından sonra bu eserlere ilişkin olarak umuma erişilebilir kılma hakkı kapsamında eser sahibinin de izninin de alınması gerektiği, bu durumda inceleme konusu Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, davalıdan izin alınmaksızın internet üzerinden yapılan yayınlar bakımından eser sahibinin mali haklara tecavüzü engelleme hakkı bulunacağı kabul edilecektir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Ahunur**, İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayıma Hakkının Tükmesi İlkesi, İstanbul, 2021.
- Akgül Su, Lütfiye**, “Avrupa Adalet Divanı (CJEU) Kararlarında Umuma İletim Hakkı Kriterleri”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, Nisan 2017, s. 168-171.
- Akıncı, Ertuğrul**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Dijital Tükmesi, İstanbul, 2021.
- Ateş, Mustafa**, “Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da E-Haklar”, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012, Editör Tekin Memiş, Ankara, 2013.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, 2020.
- Ateş, Mustafa**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, 2003.
- Aydıncık, Şirin**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, 2006.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972.
- Başpınar, Veysel / Kocabey, Doğan**, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2007.
- Bozbel, Savaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012.
- Bozbel, Savaş**, “FSEK’e Göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010, Editör Tekin Memiş, İstanbul 2011, s. 107-132.
- Erel, Şafak**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009.
- Gökyayla, Emre**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2000.
- Kaplan, Yavuz**, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2017.
- Memiş, Tekin**, “Bulut Bilişimde Fikri Hak Sorunları”, Editör Tekin Memiş, Fikri Mülkiyet

Hukuku Yıllığı 2013, Ankara, 2015.

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.

Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2019.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013.

Yıldız, Ozan Ali, Fikri Hakların İhlaline Dayalı Kazanç Devri Talebi, İstanbul, 2022.

Eserin Yok Edilmesini Önleme Hakkı ve Eser Sahibi ile Malik Arasında Yaşanabilecek Uyuşmazlıklar

Emir ACAR*

GİRİŞ

Eser sahibinin hakları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun *Üçüncü Bölüm*'ünde, FSEK m. 13 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, eser sahibinin haklarını iki gruba ayırmıştır: Manevi haklar ve mali haklar. Eser sahibinin manevi hakları dört madde halinde düzenlenmiştir. FSEK m. 14'te umuma arz hakkı; FSEK m. 15'te adın belirtilmesi hakkı; FSEK m. 16'da eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı ve FSEK m. 17'de ise, *Eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları* kenar başlığı altında eserin aslına ulaşma hakkı ve eserin yok edilmesini önleme hakları düzenlenmiştir. Çalışmamızda FSEK m. 17'de düzenlenen manevi haklardan biri olan eserin yok edilmesini önleme hakkını ve bu hakkın eser sahibi ile eserin aslının maliki arasında yaratabileceği uyuşmazlıkları ele alacağız.

I. ESERİN YOK EDİLMESİNİ ÖNLEME HAKKI

Fikir ve sanat eserleri, zihinsel veya sanatsal bir faaliyet neticesinde meydana getirilen ve dış dünyada algılanabilecek bir şekle bürünmüş ürünlerdir¹. Ancak fikir ve sanat eserlerinin şekle bürünmesi gerekliliği bunların bir nesne olarak cisimleşmesini gerektirmez². Örneğin bir topluluk içerisinde okunan şiir veya bir kürsüde söylenen nutuk da şekle büründüğü yani dış dünyaya yansıtıldığı için eser olarak korunabilir. Bununla birlikte, bazı eserlerin dış dünyada algılanabilir hale gelmesi için bunların cisimleşmesine ihtiyaç duyulur. Bu ihtiyaç, kanundan değil eserin doğasından kaynaklanmaktadır. Bir yağlı boya tablonun tuval üzerinde veya bir sinema eserinin film şeridi üzerinde cisimleşmesi bu tür bir ihtiyaçtan kaynaklanır³. Bazı eser türleri yönündense böyle bir ihtiyaç bulunmamakla birlikte eser sahibi bunları cisimleştirmeyi tercih edebilir. Örneğin bir müzik eserinin plak, kaset veya CD üzerine kaydedilmesi buna

* emir.acar.ps@gmail.com.

¹ Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2. Bası Ankara, 1981, s. 41; Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 32; Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 89.

² Ateş, s. 58; Öztan, s. 90; Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2020, s. 45-46.

³ Ateş, s. 59.

örnek teşkil eder. Eserin yok edilmesini önleme hakkı, cisimleşen eserler yönünden gündeme getirilebilecek bir haktır.

Cisimleşmiş bir eser üzerindeki mülkiyet hakkı ile eser sahibine tanınan fikri hakları birbirinden ayırt etmek gerekir. Manevi haklar, nitelikleri gereği, üçüncü kişilere devredilemez⁴. Dolayısıyla cisimleşmiş bir eser üzerindeki mülkiyet hakkı başkasına devredilse bile manevi haklar eser sahibinde kalmaya devam eder. Üstelik manevi haklar, ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak haklardan olduğu⁵ için eser sahibi bu hakkını malike karşı da ileri sürebilecektir.

Bu noktada eserin aslı ve kopyaları arasında bir ayırım yapmak gerekir. Bir nesne üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, kural olarak, bu nesne üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Nitekim FSEK m. 17/2’de de eserin aslına malik olan kişinin eser üzerinde tasarruf edebileceği hatırlatılmıştır. Ancak devamında, malikin eseri bozamayacağı veya yok edemeyeceği belirtilmiştir. Yani eser aslına malik olan kişi, herhangi bir nesne üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan bir kişinin yapabileceği kimi tasarrufları yapmaktan mahrum bırakılmıştır. Başka bir deyişle, eserin yok edilmesini önleme hakkı, eserin aslına malik olan kişinin mülkiyet hakkını sınırlamaktadır. Hakkın kapsamı “eserin aslı” ile sınırlı tutulduğu için bu mülkiyet hakkı sınırlaması eserin kopyaları açısından geçerli değildir⁶. Hatta eser sınırlı sayıda basılmış olsa veya özel üretim yapılmış olsa dahi eserin kopyaları bu hüküm kapsamında korunmaz⁷.

FSEK m. 17/2’de, malikin eseri yok edemeyeceği ifade edilmiştir. Bu ifade şekli malikin bu hakkı yalnızca yapma şeklinde olumlu davranışlarla ihlal edebileceği gibi bir izlenim yaratmaktadır. Ancak bize göre, bu hüküm malike bir de eseri koruma yükümlülüğü getirmektedir. Malikin gerekli önlemleri almaması sebebiyle eserin başkası tarafından yok edilmesi veya bir doğa olayı neticesinde yok olması halinde, malik ihmal suretiyle eserin yok edilmesine sebep olmuş olur. Bu durumda da FSEK m. 17/2 hükmünün ihlal edildiği kabul edilmelidir.

⁴ **Tosun, Yalçın**, Manevi Haklar, İstanbul, 2016, s. 89; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 164; **Nal/Suluk (Karasu)**, s. 82.

⁵ **Tosun**, s. 84; **Tekinalp**, s. 161.

⁶ **Polater, Salih**, Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, 2021, s. 252.

⁷ **Tekinalp**, 173.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus kusur meselesidir. Malike karşı FSEK m. 17/2'ye dayalı bir talepte bulunabilmek için malikin eseri kusuruyla yok etmiş olması gerekmez. Ancak kusur unsuru ileri sürülecek taleplerin türü açısından gerekli görülebilir. Örneğin, tecavüzün ref'i veya tecavüzün men'i taleplerinin ileri sürülebilmesi açısından kusur unsuru aranmayacağı (FSEK m. 66/3, FSEK m. 69/2) için malikin kusuru olmaksızın eseri yok etmeye kalktığı hallerde de bu talepler ileri sürülebilecektir. Tazminat talepleri açısından prensip olarak kusurun varlığı arandığı (FSEK m. 70) için bu taleplerin ileri sürülebilmesi için mütecavizin kusurlu olması gerekir.

II. ESER SAHİBİ İLE MALİK ARASINDA YAŞANABİLECEK UYUŞMAZLIKLAR

A. Genel Olarak

Eserin yok edilmesini önleme hakkı, eserin aslı üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına gelir⁸. Dolayısıyla bu hakkın varlığı eser sahibi ile malik arasında bir menfaat çatışmasına neden olur. FSEK m. 17/2 hükmünün lafzı, bu çatışmada eser sahibine mutlak bir üstünlük tanındığı, malikin eseri hiçbir koşulda yok edemeyeceği zannı uyandırır⁹ da bunun kabulü mülkiyet hakkının aşırı sınırlandırılması anlamına gelir. Hükmün lafzının bu şekilde kaleme alınması öğretide eleştirilere neden olmuştur. Kılıçoğlu, hükmün lafzı ile ilgili eleştirilerini şu şekilde ifade etmiştir¹⁰: “...*Bu hükmü anlamak ve mülkiyet hakkıyla bağdaştırmak güçtür. Zira aslın malikinin zaman içinde ihtiyaç duymadığı, gereksiz bulunduğu, yer işgal ettiği bir tabloyu imha edemeyecek, deposuna atamayacak; zamanla ihtiyaçlarına cevap vermeyen arsasındaki mimarlık eserini yıkıp yerine yeni bir bina inşa edemeyecek...*”

Kılıçoğlu'nun eleştirilerine katılmakla birlikte mevcut kanuni düzenlemenin zaten bu denli malikin aleyhine yorumlanamayacağı kanaatindeyiz. Anayasa'nın 13. maddesinde¹¹ açıkça belirtildiği üzere, mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar kanunla getirilse dahi ölçülülük

⁸ Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013, s. 477; Suluk/Nal (Karasu), s. 87.

⁹ Nitekim öğretide bazı yazarlar bu görüşü savunmaktadır. Bkz. Erdil, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi, İstanbul, 2021, s. 91.

¹⁰ Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 7. Bası, Ankara, 2021, s. 259.

¹¹ II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

ilkesine aykırı olamaz. Dolayısıyla FSEK m. 17/2 hükmü yorumlanırken eser sahibi ile malik arasında bir dengenin gözetilmesi gerekir¹². FSEK hükümleri, bu dengenin ne şekilde kurulacağına dair bir düzenleme öngörmemiştir. Bu sebeple sorunun genel hükümler çerçevesinde çözülmesi gerekecektir.

Malikin eser aslını yok etmesi bir fikri hak ihlalidir. Bu ihlal daha geniş planda bir haksız fiil teşkil eder¹³. Haksız fiil hukukunun genel ilkelerine göre, başkasının malvarlığına ve/veya şahısvarlığına zarar veren bir eylem bir hukuka uygunluk sebebine dayandırılabilir, eylem hukuka aykırı sayılmaz. Hukuka uygunluk nedenleri TBK m. 63'te düzenlenmiştir. Buna göre; bir eylem ilk anda hukuka aykırı gibi gözükse bile bu eylem kanunun verdiği yetkiye dayanıyorsa ve bu yetkinin sınırları içinde kalmışsa ya da zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar söz konusu ise veyahut zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde eylem başkasının malvarlığına ve/veya şahısvarlığına zarar verse bile hukuka aykırı sayılmaz.

O halde, eserin aslını yok eden malikin bu eylemi bir hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilebiliyorsa, bu eylemin eser sahibinin FSEK m. 17/2'den doğan hakkını ihlal etmeyeceği söylenebilir. Eser sahibi ile malik arasındaki menfaat çatışmasında malik de bir mutlak hak sahibi olduğu için özellikle üstün özel yararın bir hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürülmesi düşünülebilir.

Üstün özel yarar, “değerlerin tartılması ilkesi”ne dayanan bir hukuka uygunluk nedenidir¹⁴. Tartılan bu değerlerden hangisine ağırlık verileceği belirlenirken öncelikle kanun hükümlerine bakılmalıdır. Bazı hallerde bu dengenin nasıl sağlanacağı kanunda açıkça düzenlenmiş olabilir. Değerlendirmekte olduğumuz menfaat çatışmasında olduğu gibi kanunun açıkça bir denge gözetmediği hallerde ise bu denge hakim tarafından kurulacaktır¹⁵. Elbette bağlayıcı olmamakla birlikte, hakim, bu dengeyi ne şekilde kuracağını tespit ederken karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden yararlanabilir. İsviçre hukukunda yer alan bir

¹² Polater, s. 249-250.

¹³ Kılıçoğlu, s. 394.

¹⁴ Kaneti, Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007, s. 263.

¹⁵ Kaneti, s. 263.

düzenlemenin bu konuda yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. İsviçre hukukunda, Telif Hakkı ve Komşu Haklara İlişkin Federal Kanun'un (LDA) 15. maddesinde bu menfaatler arasındaki dengenin ne şekilde kurulacağına dair ilkeler belirlenmiştir. Aşağıda bazı örnekler üzerinden yapacağımız değerlendirmelerde, bir fikir vermesi adına bu ilkelere değineceğiz.

B. Mimari Eser Niteliğindeki Bir Binanın Yıkılması

Eser sahibi ile malikin menfaatlerinin en çok çatıştığı eser türlerinden biri mimari eserlerdir. Mimari eserler, estetik değerleri bir tarafa, genellikle günlük kullanım amacıyla inşa edilirler¹⁶. Zaman içerisinde mimari yapının eskimesi, deforme olması, ihtiyaçlara cevap verememesi gibi sebeplerle malik yapı üzerinde değişiklikler yapmak veya yapıyı yıkararak yeni bir yapı inşa etmek ihtiyacı duyabilir. FSEK m. 17/2'nin lafzına bakılacak olursa, malikin bu tür bir gereksinimi dahi olsa mimari eser niteliğindeki bir yapıyı yıkamaması gerekir. Çünkü bu durumda eseri yok etmiş olacaktır. Böyle bir yorum, malikin mülkiyet hakkını aşırı derecede sınırlandıracağı için Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesine aykırı olur.

Bize göre, eser sahibi ile eser niteliğindeki bir mimari yapının maliki arasındaki menfaat çatışmasının üstün özel yarar kapsamında ele alınması uygun olur. Malikin ihtiyaca binaen¹⁷ veya başkaca haklı sebeplerle¹⁸ mimari yapıyı yıkmış olması üstün özel yarar kapsamında değerlendirilmeli ve böyle bir yıkımın FSEK m. 17/2'de düzenlenen hakkı ihlal etmeyeceği kabul edilmelidir.

Öte yandan bu yıkımın ihtiyaçtan kaynaklanıyor olması eser sahibinin haklarının tümüyle görmezden gelinmesini haklı göstermez. LDA m. 15/3'e göre, mimari eser niteliğindeki bir yapı yıkılacaksa, eser sahibi, yıkılmadan önce eserin fotoğraflarını çekmeyi ve masrafları kendisine ait olmak kaydıyla eserin planının bir kopyasının kendisine verilmesini talep edebilir¹⁹. Türk hukukunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, eser sahibinin talep etmesi halinde ona bu imkanların tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁶ **Arkan, Sabih**, "Mimari Eserlerde Malik ile Mimarın Hak ve Menfaatlerinin Dengelenmesi", BATİDER, C. XXIV, Sa. 2, 2007, s. 169.

¹⁷ Üstün özel yarardan açıkça söz edilmemekle beraber malikin ihtiyaç halinde mimari eseri yıkabileceği yönünde bkz. **Tosun**, s. 156.

¹⁸ Üstün özel yarardan açıkça söz edilmemekle beraber malikin haklı sebeplerin varlığı halinde mimari eseri yıkabileceği yönünde bkz. **Bozgeyik, Hayri**, Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 182; **Arkan**, s. 171; **Yavuz/Alca/Merdivan**, s. 491-192.

¹⁹ Söz konusu kanun maddesinin -İsviçre Konfederasyonu'na ait www.fedlex.admin.ch adresinde yer alan- İngilizce metni şu şekildedir:

C. Taşınır Eşya Niteliğindeki Eserin Mülkiyetinin Terki

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, malikin eserin aslını yok etmemesi yetmez ayrıca ondan kaynaklanmayan bir sebeple eserin yok edilmesine de mani olması gerekir. Başka bir deyişle, bir esere malik olmak, onu korumayı da gerektirir. Bu da eserin muhafaza edilmesi, bakımının sağlanması gibi bir dizi sorumluluk getirir. Malik bir noktada bu sorumluluklardan sıyrılmak isteyebilir. Bu durumda ilk akla gelen ihtimal eserin satış veya başkaca bir hukuki işlem yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmesidir. Eserin tedavül kabiliyetinin olduğu, piyasada talep gördüğü hallerde eserin bu şekilde elden çıkarılması kolay olacaktır. Ancak eserin tedavül kabiliyetinin olmadığı veya çok düşük olduğu hallerde bunun gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda, malikin eserin aslı üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkını terk etmesi ihtimali akla gelebilir.

Mülkiyetin terki, malikin mülkiyet hakkından feragat etme iradesiyle eşya üzerindeki fiili hakimiyetini sona erdirmesidir²⁰. Mülkiyetin terki ile birlikte eşya, sahihsiz bir eşya haline gelir²¹. Örneğin eserin çöpe atılması veya malikin fiili hakimiyetinin bulunmadığı bir alana bırakılması eser üzerindeki mülkiyetin terk edildiği anlamına gelir. Mülkiyetin terki eseri korumasız ve bakımsız bırakacağı için bu eylem eserin üçüncü kişiler tarafından yok edilmesine veya birtakım doğa olayları sebebiyle yok olmasına (örn. yağmurlu bir havada açık bir alana bırakılan yağlı boya tablonun deforme olması) neden olabilir. Bu olasılıkta, mülkiyeti terk etmek suretiyle eserin yok edilmesine sebep olduğu için malikin eser sahibine karşı sorumluluğu gündeme gelebilir. Unutmamak gerekir ki, mülkiyet hakkı eser sahibine mülkiyeti terk etme yetkisi tanısa da bu yetkinin dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması gerekir ki eser sahibinin hakkı karşısında bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilsin²².

Öte yandan malik, ekonomik gerekçelerle, eserin bakım ve koruma masraflarını karşılamak istemiyor olabilir. Sırf eser sahibinin haklarını korumak uğruna malikin mülkiyeti terk etmesinin önüne geçmek onun hakkını ölçüsüz şekilde kısıtlamak anlamına gelecektir. Bize göre, burada şöyle bir denge kurulabilir: Eserin mülkiyetini devretmeyi veya terk etmeyi

Art. 15 Protection against destruction

...

3 For works of architecture, the author only has the right to photograph the work and to require that copies of the plans be handed to him at his own expense.

²⁰ Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2019, s. 305.

²¹ Nomer/Ergüne, s. 306.

²² Kaneti, s. 254.

isteyen malik, bu durumu eser sahibine bildirip eser sahibine eseri kendisinden teslim alması için makul bir süre ve makul koşullar tanırsa ve buna rağmen eser sahibi eseri teslim almazsa, artık malik, eserin mülkiyetinin terki sonrasında yaşanabilecek tahribattan sorumlu tutulamamalıdır.

Nitekim İsviçre hukukunda, LDA m. 15/1 ile buna benzer bir çözüm öngörülmüştür. Hükme göre, malik eser sahibine eseri kendisine iade etmeyi teklif eder ve eser sahibi bu teklifi kabul etmezse eseri yok edebilir. Ancak bu teklifte bulunan malik, eser sahibinden eserin maddi değerini aşacak bir bedel talebinde bulunmamış olmalıdır²³. Türk hukukunda da bu ölçütten istifade edilebileceği kanaatindeyiz²⁴. Buna göre, eseri, maddi değeri veya bunun altında bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak eser sahibine iade etmek üzere teklifte bulunan malik, bu teklifin kabul görmemesi halinde eseri yok edebilecek veya mülkiyetini terk ederek eserin akıbetinden sorumlu olmaktan kurtulabilecektir.

D. Bir Taşınmazın Bünyesinde Yer Alan Eserlerin Yok Edilmesi

Mimari eser niteliği taşımayan bir yapının yıkılması veya yapıda değişiklikler yapılması fikir ve sanat eserleri hukukunun konusunu oluşturmaz. Çünkü ortada ne bir eser ne de bir eser sahibi bulunmaktadır. Ancak bazı hallerde yapının kendisi eser niteliği taşımamakla birlikte bu yapının içerisinde yer alan resimler, heykeller veya başkaca eserler sebebiyle eser sahibinin menfaatleri ile malikin menfaatleri karşı karşıya gelebilir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, bina içerisinde yer alan ve güzel sanat eseri niteliğini haiz olan bir mozaik panonun binanın iç dizaynı yenilenirken imha edilmesi sebebiyle eser sahibi ile binanın maliki arasında uyuşmazlık yaşanmıştır. Yargıtay, uyuşmazlığı değerlendirirken “*mozaik panonun eser sahibine haber verilmeksizin ve korunması için gerekli önlemler alınmaksızın parçalanmak suretiyle imha edilmesi*”nin FSEK m. 16 ve FSEK m.

²³ Söz konusu kanun maddesinin -İsviçre Konfederasyonu’na ait www.fedlex.admin.ch adresinde yer alan- İngilizce metni şu şekildedir:

Art. 15 Protection against destruction

1 Where the owner of an original work of which no further copies exist has reason to assume that the author of the work has a legitimate interest in its preservation, he may not destroy the work without first offering to return it to the author. The owner may not request more than the material value of the work.

...

²⁴ Öztan, İsviçre hukukunda yer alan bu teklif yükümlülüğünün İsviçre Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına dayandığını ifade etmektedir. Bkz. **Öztan**, s. 329. O halde, Türk hukuku açısından da malikin böyle bir teklifte bulunmaksızın eseri yok etmesinin veya eserin mülkiyetini terk etmesinin TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği söylenebilir.

17/2'ye aykırı olduğunu ifade etmiştir²⁵. Burada iki ölçütten söz edilmektedir. Eser sahibine haber verilmesi ve eserin korunması için gerekli önlemlerin alınması. Eser sahibine böyle bir

²⁵ Yargıtay 11. HD, T. 9.5.2014, E. 2013/3484, K. 2014/8875 (Yargıtay / Karar Arama): “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının dava konusu panonun yapımında çalıştığı ve yapım çalışmasında lider rolü olduğunun sabit olduğu, panonun mülkiyetinin bina sahibine ait olduğu, davacı ile panonun yapımı sırasında iş sahibinin ne şekilde sözleşme imzalandığının, ücretinin ne olduğunun belli olmadığı, yapılan panonun güzel sanat eseri olduğu yönünde ihtilaf yok ise de mülkiyet hakkının da Anayasal temel bir hak olduğu, bu hak çerçevesinde mülk sahibinin mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkının bulunduğu, taşınmazın Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'na tabi bir taşınmaz olmadığı, panonun keyfi olarak kırılmadığı, davalı tarafın satın aldığı taşınmazla ilgili olarak üzerinde tadilat yapmasının en doğal hakkı olduğu, belirtilen eserin yerinden sökülüp davacıya iadesinin de mümkün olmadığı, panonun sadece davacı tarafında da yapılmadığı davacının yıllar önce gönüllü olarak bu eserin meydana getirilmesinde çalıştığı davalı tarafın panonun ortadan kaldırılmasında sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğunun olmadığı, haksız fiil niteliğinde bir eylem de gerçekleştirilmediğinden davacının panonun kaldırılmasından ve kırılmasından dolayı maddi tazminata yönelik bir talebinin olamayacağı, manevi tazminat talebine gelince söz konusu panonun davalı tarafın mülkünde olan binada olduğu, binanın şeklinin ne şekilde dizayn edileceğinin tamamen davalı tarafın insiyatifinde olduğu, davacının söz konusu panonun kaldırılmasından dolayı manen üzüntü yaşayacağı kabul edilebilir ise de bu tür üzüntüyü o binaya girip çıkan geçmişte anıları olan pek çok kişinin de yaşayabileceği, sadece bu yüzden manevi tazminata hak kazanılamayacağı, dava konusu panonun binada yapılan dizayn çalışmasında ve binanın yeniden yeni faaliyetlerine uygun biçimde dizayn edilmesi sırasında mülk sahibinin iradesi ile kaldırıldığı, buna aykırı bir sözleşme ya da bu faaliyeti engelleyecek bir yaptırım olmadığından davalının eylemi tamamen hukuka uygun olduğundan manevi tazminat da talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalı eyleminin 5846 sayılı FSEK'nin 21 ila 25. maddelerinde düzenlenen mali hakların ihlali niteliğinde olmaması nedeniyle davacının maddi tazminat talebinin reddine ilişkin karar açıklanan bu gerekçe itibarıyla yerinde görüldüğünden davacı vekilinin aşağıdaki (2) ve (3) nolu bentlerin kapsamı dışında kalan ve sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Ancak, 5846 sayılı FSEK'nin 57. maddesi uyarınca, bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının devri aksi kararlaştırılmadıkça fikri hakların devrini ihtiva etmez. Ayrıca, aynı Yasa'nın 48. vd. maddelerine göre de bir eser üzerindeki mali hakların ya da kullanma yetkisinin başkalarına devri mümkündür. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere bir eserin fiziki mülkiyetinin eser sahibi ya da devre yetkili kişiler tarafından başkasına fiilen teslimi gerçekleştirilse dahi eser sahibi ile üçüncü kişi arasında FSEK'nin 52. maddesine uygun bir şekilde mali hakların devri sözleşmesi yapılmadığı taktirde eser sahibinin eser üzerindeki mali hak sahipliği devam eder. Ancak, yukarıda (1) nolu bentte de açıklandığı üzere somut uyumsuzlukta davalı tarafından eserin parçalanarak yok edilmesi eyleminde davacının 5846 sayılı FSEK'nin 21 ila 25. maddelerinde düzenlenen çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarının ihlalinin söz edilemeyeceğinden eser sahibinin mali haklar tazminatı talebinin dinlenilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Ne var ki, 5846 sayılı FSEK'nin 14 ila 17. maddelerinde eser sahibinin eseri dolayısıyla doğrudan doğruya ve kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olarak manevi haklar da tanınmıştır. Manevi haklar aynı zamanda herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve inhisari yetkiler niteliğindedir. Manevi haklar bu niteliği itibarıyla miras yoluyla geçmedikleri gibi sağlararası işlemler ile başkalarına da devredilemezler, sadece manevi hakların kullanılma yetkisi devredilebilir.

Dava konusu mozaik panonun güzel sanat eseri olduğu hususu mahkemenin de kabulündedir. 5846 sayılı FSEK'nin 8. maddesine göre, bir eserin sahibi onu meydana getirendir. Yine aynı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca bir güzel sanat eserinin aslı üzerinde o eserin sahibi olarak adını kullanan kimse aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır. O halde, dava konusu mozaik panonun monte edildiği binada malik olan davalı tarafça yapılan dekorasyon sırasında mozaik panonun parçalanmak suretiyle imhası nedeniyle davacı eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gereklidir. 5846 sayılı FSEK'nin 16/son maddesine göre “eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirilmeleri men edebilir”. Aynı Yasa'nın 17/2. maddesi uyarınca da “aslin maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez”.

karar alındığı haber verilmiş, eserin aslını muhafaza etmek istiyorsa gerekli hazırlıkları yapması gerektiği iletilmiş ve kendisine makul bir süre tanınmışsa, buna rağmen eserin korunması için bir girişimde bulunmayan eser sahibinin FSEK m. 17/2'ye dayalı talepte bulunamayacağını kabul etmek gerekir.

Kararda, böyle bir durumda eserin korunması için gerekli önlemlerin neler olabileceğine değinilmemiştir. Eserin taşınmazdan ayrılması mümkün olan hallerde, taşınır eserler için öngördüğümüz süreç işletilebilir. Buna göre, eser sahibinden maliyetine katlanmak ve taşınmaza zarar vermemek kaydıyla eseri söküp teslim alması istenebilir. Ancak taşınmaz üzerinde yer alan mozaik, resim ve benzeri eserlerin taşınmazdan ayrılması mümkün olmayabilir. LDA m. 15/2'ye göre, eserin iadesinin mümkün olmadığı hallerde, eser sahibinin eseri kopyalamasına imkan tanınmalıdır²⁶. Buna göre, taşınmaz üzerinde yer alan bir mozaik pano veya resim yok edilecekse bile eser sahibi bu durumdan haberdar edilmeli ve en azından eserin bir kopyasını çıkarmasına izin verilmelidir.

E. Bina Yüzeyine İzinsiz Şekilde Yapılan Resimlerin Silinmesi

Özellikle büyük şehirlerde bina, köprü/viyadük ayağı, bahçe duvarları gibi mimari yapıların üzerlerine izinsiz şekilde grafiti veya resim yapılması ya da yazı yazılması alışıldık bir durumdur. Yapıldığı yüzey ne olursa olsun, hususiyet taşıması kaydıyla, bunların eser olarak

Eser sahibinin manevi haklarının ihlali halinde 5846 sayılı FSEK'nin 70/1. maddesi uyarınca eser sahibinin manevi tazminat talep hakkı mevcuttur. Dairemizin 23.01.2007 tarih, 2005/13649 Esas, 2007/689 Karar sayılı kararında da benimsendiği üzere tek ve özgün nitelikteki güzel sanat eseri olan mozaik panonun eser sahibine haber vermeksizin ve korunması için gerekli önlemler alınmaksızın parçalanmak suretiyle imha edilmesi 5846 sayılı FSEK'nin 16/son ve 17/2. maddeleri uyarınca eserin bütünlüğüne yönelik müdahale niteliğindedir. Bu nedenle de eser sahibinin FSEK'nin 70/1. maddesi uyarınca manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Davalının dava konusu eserin fiziki mülkiyeti ve bu eserin monte edildiği binanın maliki olmasının mülkiyet hakkının kullanılmasında 5846 sayılı FSEK'nin 16/son ve 17/2. maddelerinde düzenlenen kısıtlamalara aykırı davranışlarda bulunması hakkını davalıya vermez.

Bu durumda, mahkemece yukarıdaki açıklamalar dikkate alınmak suretiyle uyuşmazlığın 5846 sayılı FSEK'de düzenlenen eser sahipliği ve manevi haklar kapsamında değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile manevi haklar kapsamında talebinin reddi isabetli görülmediğinden davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazının kabulü ile kararın davacı yararına bozulması gerekmektedir...

²⁶ Söz konusu kanun maddesinin -İsviçre Konfederasyonu'na ait www.fedlex.admin.ch adresinde yer alan- İngilizce metni şu şekildedir:

Art. 15 Protection against destruction

...

2 Where it is not possible to return the work, the owner must make it possible for the author to reproduce the original in an appropriate manner.

...

korunması mümkündür. O halde bunların malik tarafından silinmesi halinde yine eser sahibi ile malikin menfaatlerinin karşı karşıya geleceği söylenebilir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, bu durumda malikin menfaati üstün tutulmalı ve grafiti, resim veya yazıların silinmesinin FSEK m. 17/2’de düzenlenen hakkı ihlal etmeyeceği kabul edilmelidir. Çünkü bu eserler daha meydana getirilirken hukuka aykırı bir şekilde bir başkasının mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir²⁷.

SONUÇ

FSEK m. 17/2’e göre, bir eserin aslına malik olan kişi, eser üzerinde dilediği tasarruflarda bulunabilir ama eseri yok edemez. Bir eserin aslının yok edilmesi eser sahibinin menfaatleri ile malikin menfaatlerini karşı karşıya getiren bir olaydır. Malik, herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmaksızın eseri yok ederse, eser sahibinin FSEK m. 17/2’den doğan hakkını ihlal etmiş olur. Malikin eseri yok etmesini hukuka uygun kılacak başlıca nedenlerden biri malikin bu eylemi gerçekleştirmekte daha üstün nitelikte bir özel yararının bulunmasıdır. Ancak malikin eseri yok etmekte üstün nitelikte bir özel yararı olsa bile bunu gerçekleştirirken eser sahibine bazı imkanlar tanınması gerekir. Bu imkanların neler olduğu somut olayın koşulları ve yok edilmesi düşünülen eserin türüne göre belirlenmelidir.

²⁷ Polater, s. 255; Öztan, s. 330.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih**, “*Mimari Eserlerde Malik ile Mimarın Hak ve Menfaatlerinin Dengelenmesi*”, BATİDER, C. XXIV, Sa. 2, 2007, s. 167-171.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, 2. Bası Ankara, 1981.
- Bozgeyik, Hayri**, Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi, İstanbul, 2021.
- Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 7. Bası, Ankara, 2021.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan**, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2019.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Polater, Salih**, Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, 2021.
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2020.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Tosun, Yalçın**, Manevi Haklar, İstanbul, 2016.
- Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013.

Fikri ve Sınai Haklar Kapsamında Parodi

Av. Berk KARAYEL

GİRİŞ

Türk Dil Kurumu “*parodi*” kelimesini ‘*ciddi sayılan bir eserin bir bölümü veya bütününi alaya alarak, biçimini bozmadan ona bambaşka bir özellik vererek biçimle öz arasındaki bu ayrılıktan gülünç etki yaratan bir oyun türü*’ olarak tanımlamıştır¹. Öğretide ise parodi kavramı özetle bir eserin mizah konusu edilmesi, güldürmek için abartılması ve benzeri tekniklerle taklit edilmesi olarak tanımlanmaktadır². Fikir ve sanat eserlerinin mizah öğeleriyle birlikte yeniden yorumlanmasının yanı sıra markalar da parodi kullanımına dahil olabilmektedir.

Çalışmada parodi amaçlı kullanımın fikir ve sanat eserleri ile markalar kapsamında değerlendirilmesi, farklı hukuk sistemlerinde parodi kullanımına dair yer alan düzenlemeler ve mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde Türk hukukunda parodi kullanımının incelenmesi yer almaktadır.

I. FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN PARODİ KAPSAMINDA KULLANIMI

Fikir ve sanat eserleri aynı eser türünde olup olmaması fark etmeksizin parodi kullanımına konu olabilmektedir. Bir sinema filminin parodisi yapılarak başka bir sinema filmi çekilebileceği gibi bu sinema filminden yola çıkılarak parodi kapsamında bir edebi eser de meydana getirilebilmektedir. Anılan şekilde meydana getirilmiş eserlerin hukuka uygun olup olmadığı konusunda farklı ülke hukuklarında farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu kapsamda birçok ülkede parodi kullanımının telif haklarının ihlali olarak sayılmadığı ve “parodi istisnası” olarak ele alındığı ve adil kullanım³ (fair use) kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 28.09.2022)

² Güneş, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 64; Tosun, Yalçın, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, Onikilevha Yayıncılık, 2016, s. 310.

³ Adil kullanım kavramı, telif hakkıyla korunan bir eseri yorumlamak, eleştirmek veya parodi amaçlı taklit etmek gibi sınırlı ve “dönüştürücü” bir amaç için yapılan telif hakkıyla korunan materyallerin kopyalanmasıdır. Bu tür kullanımlar telif hakkı sahibinden izin alınmadan yapılabilir. Başka bir deyişle, adil kullanım, telif hakkı ihlali

Türk hukukunda fikir ve sanat eserleri kapsamında doğrudan olarak parodi istisnasına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“FSEK”) parodiler yönünden bazı hallerde iktibas serbestine ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir. Doktrinde FSEK madde 34/I-1’de yer alan hükümlerin⁴ yorum yoluyla parodi kullanımlarına, bazı problemlerle karşılaşılsa dahi, uygulanabileceğini öne süren yazarlar bulunmaktadır⁵.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağının (“*Taslak*”) 11. maddesi, FSEK’de yer alacak parodi istisnası kapsamaktadır. Buna göre;

«...MADDE 34/C- Bir eserin, tesadüfen veya nitelik ve nicelik bakımından önem arz etmeyecek şekilde; çoğaltılan, yayılan veya umuma iletilen bir ürünün içerisinde yer alması eser sahibinin iznini gerektirmez. Alenileşmiş bir eserin karikatür, parodi veya pastiş amacıyla kullanılması serbesttir...»

Taslağın 11. Madde gerekçesinde “*Tesadüfî ve parodi amaçlı kullanımı 34/C maddesiyle, 2001/29/AT sayılı Bilgi Tophumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 5’inci maddesinin üçüncü paragrafının (i) bendi ile (k) bendinde öngörülen istisnalara paralel bir düzenleme getirilmiş; bir eserin, çoğaltma, yayma ve umuma iletimi söz konusu başka bir ürün içerisinde tesadüfen yer aldığı kullanımların eser sahibinin iznine tabi olmadığı düzenlenmiş; eserlerin karikatür, parodi veya pastiş amacıyla kullanılması serbest bırakılmıştır. Söz konusu düzenleme ile sıklıkla karşılan ancak kanunda bulunan boşluk sebebiyle uygulamada farklı yorumlara sebebiyet veren kullanımların yasal zemine kavuşturulması amaçlanmıştır*” ifadeleri yer almaktadır.

Ayrıca Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin 24. maddesinde;

iddiasına karşı bir savunmadır. Kullanımınız adil kullanım olarak nitelendirilirse, ihlal olarak kabul edilmez. <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/>

⁴ “Yayınlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir. 2 nci maddenin üçüncü bendinde ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinde gösterilen neviden eserler, ancak seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir. Ancak bu serbestlik, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz.”

⁵ **Öncü, Özge**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları, Yetkin Yayınları, 2010, s. 258.

“...Komşu hak sahibinin iznini gerektirmeyen haller şunlardır:

f) Eser sahibinin ve komşu hak sahibinin şeref, itibar ve kişilik haklarını zedelemeyecek, türünün kurallarına uyan parodi ve karikatürler...” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

Yargı kararlarımızda ise az sayıda da olsa “parodi” kavramına dikkat çekildiği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2020/5318 E. 2021/3809 K. Sayılı kararında;

“...Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya göre, dava konusu eylemde davalının gülümsetme ve parodi amaçlı karikatür kullandığı, TRIPS 13. maddesinde belirtildiği üzere söz konusu kullanımın, eserin normal kullanımına engel oluşturmadığı gibi eser sahibinin meşru haklarına zarar vermediği ve kâr amaçlı olmadığı, ayrıca sahibinin şeref ve haysiyetini ihlal eder bir yönünün de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...” hükmünü onamıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2014/13080 E., 2015/9632 K. sayılı kararının karşı oy metninde ise yukarıda yer verilmiş olan Komşu Haklar Yönetmeliği’ne atıfta bulunulmuş ve aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır;

“...1- Dava, FSEK uyarınca eserden doğan mali hak ihlali sebebiyle maddi tazminat alacağı için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.

2- Davacı vekili, “I love you baby” isimli müzik eserinin bestesi üzerindeki telif hakkının müvekkiline ait olduğunu, davalının yapımcısı olduğu filmde, müvekkiline ait bestenin “I. l.y. H.” ibaresiyle kullanıldığını ileri sürmüş, davalı vekili davanın reddini talep etmiş, yerel mahkemece de senkronizasyon yoluyla davacının telif haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

3- Heyetimiz çoğunluğu tarafından, davacının telif hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden davanın kabulüne dair yerel mahkeme kararının onanmasına, talep edilebilecek tazminat miktarı yönünden yerel mahkeme kararının eksik inceleme sebebiyle bozulmasına karar verilmiştir.

4- Dosyaya intikal eden bilgi ve belgelere göre, davacının bestesine ilişkin küçük bir kısmın davalının yapımcısı olduğu filmde kullanıldığı anlaşılmaktadır.

5- Davacıya ait bestenin içerisinde kullanıldığı eserin bir sinema eseri olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu sinema eseri üzerinde, FSEK 8.maddesi uyarınca, yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı birlikte eser sahibidir. Bunun dışında, eser sahibinin haklarıyla bağlantılı olarak FSEK 80.maddesi uyarınca, icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve yayın kuruluşlarının hakları da bulunmaktadır.

6- Eserde kullanılan bağlantılı haklar yönünden FSEK Ek – 3 maddesi ile İcracı Sanatçılar Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi uyarınca çıkartılan 16.11.1997 tarihli “Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği” nin 24.maddesi (f) bendinde, “eser sahibinin ve komşu hak sahibinin şeref, itibar ve kişilik haklarına zedelemeyecek, türünün kurallarına uyan parodi ve karikatürler” eserden doğan hakkın istisnaları arasında sayılmıştır.

7- Somut olayda, davacının mali hak sahibi olduğu müzik eserinin, o eserden yararlanmak maksadıyla mı, yoksa sinema eserinin türü (drama, güldürü, aşk vs.) itibariyle, eserden izinsiz yararlanma değil de insanları gülümsetme amaçlı kısa kullanım mahiyetinde olup olmadığı (parodi istisnası) hususu irdelenmeden ve tartışılmadan, telif hakkı ihlali bulunduğu kabulünü doğru bulmadığımdan aksi yöndeki Dairemiz çoğunluğunun görüşlerine katılmıyorum.”

Fransız hukukunda parodi istisnası Code de la propriété intellectuelle (“CPI”) içerisinde mali haklara ilişkin düzenlemelerde yer almaktadır. CPI art. L.122- 5/(4) eserin kamuya sunulduktan sonra, türü de dikkate alınmak suretiyle parodi, pastiş ve karikatürü eser sahibince yasaklanamayacağını düzenlemektedir. Fakat bu istisnanın sınırları kişilik haklarına zarar vermeme noktasında kısıtlanmaktadır. Bir diğer deyişle, kişilere veya eserlere hakaret ve aşağılama boyutuna indirgenmiş eserlerin parodi istisnası kapsamında yer almayacağı belirtilmektedir⁶.

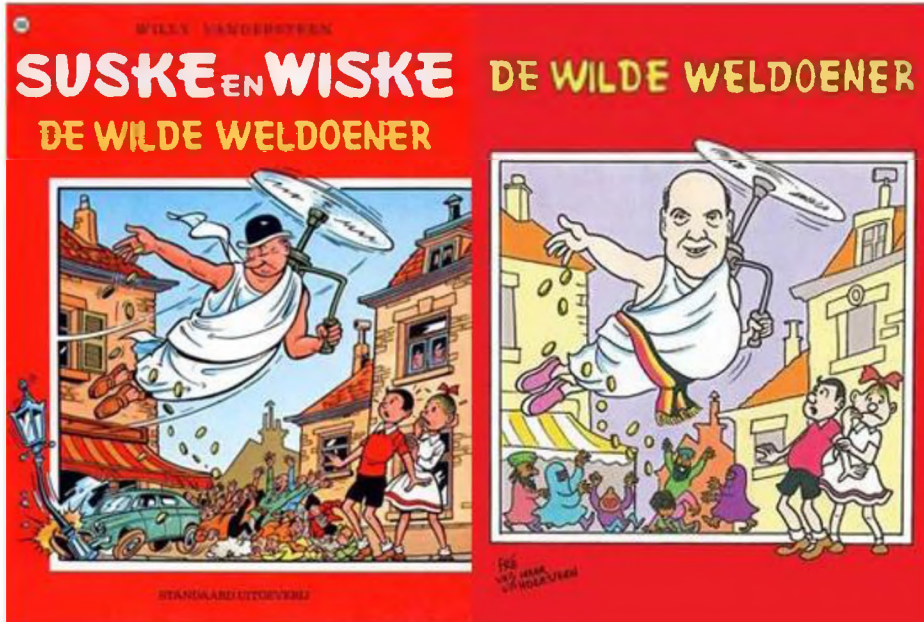
İsviçre hukukunda parodi istisnası ise yukarıda belirtilen Fransız düzenlemesinden farklı olarak “pastiş” ve “karikatür” terimlerini içermemekte, yalnızca parodi terimine yer

⁶ Tosun, s. 310.

vermekte ve bu terime genel bir anlam yüklemektedir. Parodi istisnasına dair hüküm Loi sur le droit d'auteur ("LDA") art. 11'de ele alınmıştır. LDA art.11/(3) uyarınca, "*parodiler veya benzeri taklitler oluşturmak için mevcut eserlerin kullanılması yasalıdır.*"⁷.

Anılan düzenlemelerin dışında; Avrupa Topluluğu'nun Telif Hakkı Direktifi'nin ("Direktif") (2001/29/EC) 5/(3)/(k) maddesinde yer alan "*karikatür, parodi veya pastiş amaçlı kullanım konusunda üye ülkelerce istisna tanınabileceği*" düzenlenmesi, Kanada'nın Copyright Modernization Act (Bill C-11) 29. Kısımında yer alan ve parodi kullanımını "fair dealing" olarak değerlendiren hüküm, benzer şekilde Avustralya'da Australian Copyright Amendment Act 2006 41A. Kısımında yer alan ve "fair dealing" olarak değerlendirilen hüküm, Almanya'da Urheberrechtsgesetz 1965 m. 24 kapsamında ifade özgürlüğü temelli "fair use" değerlendirmesi ile Amerika Birleşik Devletleri'nde Copyright Act 1976 27. Kısım kapsamında düzenlenmiş "fair use" düzenlemesi parodiler kapsamında farklı ülke hukuklarında yer alan ve yargılamalarda yararlanılan düzenlemelere örnek olarak verilebilmektedir.

Yukarıda yer verilmiş mevzuat hükümleri karşılaştırıldığında parodi kullanımlarına kural olarak izin verildiği görülmektedir. Fakat verilen bu iznin sınırsız bir izin olmadığı örnek yargı kararları incelendiğinde açıkça görülebilecektir.



⁷ LDA art.11/a1.3: "*L'utilisation d'œuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues est licite.*"

2011 yılında Belçika’da görselde yer alan kullanımdan doğmuş Johan Deckmyn – Vandersteen davasında özetle; solda yer alan eser daha sonrasında politik amaçlarla ve ırkçılık barındırarak sağdaki şekilde kullanılmıştır. Mahkemece bu kullanım parodi istisnası kapsamında görülmemiş ve hukuki sürecin sonunda Avrupa Birliği Adalet Divanı’na aşağıdaki hususlar sorulmuştur;

- 1) Parodi kavramı AB mevzuatına göre otonom bir kavram mıdır?
- 2) İlk sorunun cevabının olumlu olması halinde parodi kavramının varlığı için; parodi eserin farklı ve özgün bir karakterinin olması, yaratılan karakterin asıl eserden ve sahibinden ayırt edilebilmesi, mizah ve alaya alma amacının güdülmesi ve parodisi yapılan asıl esere atıfta bulunulması zorunlu mudur?
- 3) İkinci soruda anılan şartlar dışında parodi kavramından bahsedilebilmesi için eserde farklı şartların yer alması gerekmekte midir?

ABAD ilk soruya cevaben; Parodi kavramının Avrupa Birliği içerisinde otonom olarak kabul edildiğini fakat otonom olan hususun parodi istisnasının uygulanışı değil, uygulama anlayışı olduğunu ve buna göre parodi istisnasının uygulanışının üye ülkelerce belirleneceğini belirtmiştir. İkinci ve üçüncü soruya ise özetle, 2001/29 sayılı Direktif’in tanımlama yapmadığını, her somut olayda kriterlerin tekrar ele alınması gerektiğini, kesin ve net bir parodi tanımındansa asıl eser sahibinin telif hakları ile parodi eser sahibinin ifade özgürlüğü arasında denge kurulması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuştur⁸.



⁸ Kararın tüm metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=157281&doclang=EN>.

Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Mahkeme’nin 1994 tarihli Campbell v. Acuff-Rose Music kararında Roy Orbison’ın seslendirdiği “Pretty Woman” şarkısı ile 2 Live Crew’e ait parodisi arasındaki uyumsuzluk değerlendirilmiştir. Yargılama sürecinde ilk derece mahkemesi ortaya çıkarılmış olan parodi eserin, asıl eserin kelimeleriyle oynanmış bir nevi dejenerasyon hali olduğunu, tahmin edilebilir sözleri şoke edici sözlerle değiştirerek asıl şarkının banallığının eleştirildiğini ve bu eylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve kullanımın adil kullanım (fair use) kapsamında kaldığını hükme bağlamıştır. Temyiz mahkemesi ise aksi yönde karar vermiş ve yapılan parodinin kapsamının asıl eserin “özünü” alma noktasında olduğunu ve bu durumun parodi için dahi kabul edilebilir sınırın üzerinde kabul edilmesi gerektiğini ve adil kullanım sınırlarının aşıldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme ise “...Parodi amacına ulaşmak için orijinali taklit etmek zorundadır ve dolayısıyla, kurbanının hayal gücünün yaratıcılığını kullanmalıdır...” ifadeleriyle parodinin eleştiri amacını vurgulamıştır. Ayrıca parodi eserin hitap ettiği kitle ile asıl eserin hitap ettiği kitlenin farklı olduğu ve bu nedenle asıl eserin potansiyel pazarının da bu kullanımdan etkilenmeyeceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Anılan sebeplerden dolayı parodinin doğasında yer alan asıl eserin “özünden” yararlanmanın tek başına adil kullanım sınırlarını aşma anlamına gelmeyeceği ve yalnızca ticari endişelerden dolayı parodi kullanımların önüne geçilmesinin ifade özgürlüğü karşısında hatalı bir değerlendirme olacağını belirtmiştir⁹.



Elsmere Music vs. National Broadcasting Company davasında ise özetle; New York şehrinin tanıtımı için üretilen şarkının içerisinden yalnızca “I Love New York” kısmını “I Love Sodom” olarak değiştiren Saturday Night Live ekibinin bu kullanımı değerlendirilmiştir. Asıl

⁹ Kararın tüm metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.pdf>

eserinneredeysse tamamının parodi eserde de kullanıldığı ve yalnızca çok küçük bir kısmının değiştirildiği böylesi bir durumda dahi “aşırı yararlanma”nın, parodi kullanım olarak ele alınıp adil kullanım istisnasından yararlanabileceğini, bunun için asıl eserde oluşturulacak yeni ve mizahi bir etki ile yeni bir yorum eklenmesinin yeterli olduğuna hükmedilmiştir¹⁰.

II. MARKALARIN PARODİ KAPSAMINDA KULLANIMI

Ülkemizde mevzuat düzenlemesi ve henüz ilkesel bir yargı kararı örneği bulunmayan markaların parodi amaçlı kullanımı ve söz konusu bu kullanımın esas marka ile parodi kullanım arasında karıştırılma ihtimali yaratıp yaratmayacağı hususunda yabancı mahkemelerin farklı değerlendirmeleri bulunmaktadır. Markalar kapsamında parodi amaçlı kullanım, toplumda belirli bir tanınırlık düzeyine sahip bir markanın aynısının veya benzerinin eleştiri veya mizah amaçlı şekilde kullanımı durumunda ortaya çıkmaktadır¹¹.

Söz konusu yabancı mahkeme kararlarında, parodi kaynaklı kullanıma dair yapılan incelemelerde esas marka ile parodi markalar arasındaki karıştırılma ihtimali incelenirken tarafların korunmaya değer hakları arasında genel bir karşılaştırmaya gidilmiştir. Mahkeme kararlarında birbirlerine paralel olarak, bu tarz bir kullanımda önceki marka sahibinin mülkiyet hakkı ile sonraki marka sahibinin ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiğinin tespit edildiği görülmektedir¹².



¹⁰ Kararın tüm metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/482/741/2095233/>

¹¹ **Smith, Peter W.**, “Trademarks, Parody, and Consumer Confusion: A Workable Lanham Act Infringement Standard.” *Cardozo Law Review*, vol. 12, no. 5, April 1991, pp. 1525-1582. HeinOnline. s. 1546.

¹² Bu yönde mahkeme kararları için bkz. **Scheider, Bernadette**, *Die Markenparodie in Deutschland*, Peter Lang, Köln, 2010, s. 35-42.

Yukarıda örneği verilen iki marka kapsamında yapılan yargılamada Alman mahkemesi¹³; tanınmış markanın davalı tarafından mizah amaçlı kullanımının davacıya ait markanın “kaynak gösterme işlevine” herhangi bir zarar vermediğine, logolar her ne kadar aynı olsa da “Bumms Mal Wieder” şeklindeki ibarenin açıkça mizah unsuru olmasından dolayı tüketicilerin bu ürünü sadece mizah amaçlı satın alacağına ve bu durumun karıştırılma ihtimali kapsamına girmediğine karar vermiştir.



Yukarıda görselleri verilen Universal şirketine ait King Kong markası ile Nintendo şirketine ait Donkey Kong markası arasındaki uyuşmazlıkta mahkeme son derece önemli bir değerlendirmede bulunarak; markalar arasında benzerlik olduğunu, bu benzerlik nedeniyle bazı tüketicilerin markaların aynı işletmeye ait olduğunu sanabileceğini fakat az sayıda tüketicinin markaları karıştırmasının, karıştırılma ihtimali hükümlerinin uygulanması anlamına gelmediğini, söz konusu bu algının belirli sayıda tüketici tarafından benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴.

¹³ BGH v. BMW BumsMal Wieder, BGH, 03.06.1986 - VI ZR 102/85 (Kararın metni için bkz. https://www.franz.berlin/documents/Beitrag_Franz_WRP_01_19.pdf).

¹⁴ Smith, s. 1543; “We do not doubt that there are some consumers who believe that the producers of Donkey Kong and of King Kong are the same. However, the fact that there may be a few confused consumers does not create a



Tişörtler üzerinde kullanılan Pudel parodi markası ile tanınmış Puma markası arasında çıkan uyuşmazlıkta ise mahkeme markalar arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığına fakat Puma markasının sahip olduğu tanınmışlıktan haksız şekilde faydalanan Pudel markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir¹⁵.

Verilen örnek mahkeme kararları incelendiğinde özetle; fikir ve sanat eserlerinin parodi kullanımları ile benzer şekilde marka sahibinin markadan doğan hakları ile parodi marka sahibinin ifade hürriyetinin dengesinin sağlanmaya çalışıldığı, parodi eser sahibinin parodi eseri oluşturma amacının ve hitap ettiğı kitlenin adil kullanımın sınırlarının belirlenmesi için önemli unsurlar olarak ele alındığı, mizah veya eleştiri amaçlı kullanımların marka hakkı ihlali olarak değerlendirilmezken sırf ticari kaygı güdülen kullanımlarda her ne kadar karıştırılma ihtimali doğmadığı ileri sürülebilse dahi parodi markanın hükümsüzlüğüne karar verildiğı görölmektedir.

SONUÇ

Parodi istisnası, bir eserin veya markanın sahibinin, eser veya markanın temelde mizahi amaçlarla yeniden ele alınması sonucunda ortaya çıkan parodi eser veya markanın sahibine karşı ileri sürebileceğı taleplerin değerlendirildiğı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu değerlendirmede mülkiyet hakkı ile bu mülkiyete bağılı telif veya markasal hakların karşısında ifade özgürlüğü yer almaktadır.

İfade özgürlüğünün parodi eser veya marka sahibine sağladığı alanın sınırını ise kişilik hakları ile manevi haklar belirlemektedir. Yargı kararlarında da yer aldığı şekilde asıl eseri veya asıl eserin sahibini aşağılayan veya hakaret içeren bir parodi eserin istisna kapsamında yer

sufficiently disputed issue of fact regarding the likelihood of confusion so as to make summary judgement improper

¹⁵ Pudel v. Puma, BGH; 02/04/2015, IZR 59/13 (Kararın metni için bkz. <https://lexdellmeier.com/de/blog/puma-vs-pudel-%E2%80%93-german-trademark-case>).

alması mümkün olmadığı gibi, bu tür durumlarda korunmaya değer görülen bir ifade özgürlüğünün de bulunmadığı belirtilmektedir. Fakat bu tür aşağılama ve hakaret içeren durumlar dışında bir eser veya markanın mizah amaçlı parodi kullanımının birçok hukuk sisteminde istisna olarak ele alındığı ve asıl eser sahibine karşı koruma sağlandığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

Güneş, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Öncü, Özge, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları, Yetkin Yayınları, 2010.

Scheider, Bernadette, Die Markenparodie in Deutschland, Peter Lang, 2010, s. 35-42.

Smith, Peter W., “*Trademarks, Parody, and Consumer Confusion: A Workable Lanham Act Infringement Standard.*” Cardozo Law Review, C. 12, S. 5, 1991, s. 1525-1582.

Tosun, Yalçın, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, Onikilevha Yayıncılık, 2016.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:
ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

Karar İncelemesi Vesilesiyle Hirsch'e / Bağlantılı Haklara / Sinema Oyuncularının Hukuksal Durumuna Dair

Prof. Dr. Herdem BELEN* / Av. Gülcan KARAKAŞ**

I. ERNST HIRSCH'E DAİR

Değerlendirme konusu filmlerin (sinema eserlerinin) ilişkin bulunduğu alan Fikir ve Sanat Eserleri Hukukudur. Alanı düzenleyen özel kanunun mimarı Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'tir, yapının inşası on yılı bulmuştur: 1941'de hazırlayıp bakanlığa sunduğu taslak unutulmuş, 1948'deki ikinci başvuru üzerine taslağı gözden geçirip Adalet Bakanlığına teslim etmiş, taslakta temelde hiçbir nesnel değişiklik yapılmadan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹ 5 Aralık 1951'de kabul edilmiş, 1 Ocak 1952'de yürürlüğe girmiştir^{2 3}.

Metin yazarlarından birinin çeyrek asır önce okuduğu Hâtıralarım'ı bir daha okumasına vesile oldu kanunun 70. yılı vesilesiyle makale çağrısı. Prof. Dr. Hirsch'in emeğini anımsarken, başka ne çok şeyi unuttuğumuzu ayırt ettik. Metin yazarının alana ilgisinin başlangıcının değil ama aslen lisansüstü derslerle kesintisiz devamının altında yatan çoğu estetik gerekçeyi anımsadık. Değerlendirmemizin başında insan/bilim adamı/estet Hirsch'e dair de yazmadan olmaz diye düşündük.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (e-posta: herdemb@kocaeli.edu.tr, ORCID no: 0000-0002-1031-3807).

** İstanbul Barosu.

¹ Değerlendirmemizle ilgili temel metin 5846 Sayılı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunudur, (RG, T. 13.12.1951, Sayı: 7931). Gerekli görülen yerlerde FSEK kısaltmasıyla anılacak, hükümleri kural olarak kanun kısaltması kullanılmadan, madde kısaltmasıyla verilecektir.

² Ernst E. Hirsch, kendisini “Zaman sınırlarını aşan bir hayat hikâyesi” alt başlık tümcesiyle, Hâtıralarım, (Kayzer Dönemi-Weimar Cumhuriyeti-Atatürk Türkiye'si, [Çev. Fatma Suphi], Ankara 1985, [Hirsch, Hâtıralarım olarak anılacaktır]) kitabında anlatmıştır. Kitabı Türkçe yayınlama hakkını Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsüne bağışlamıştır. FSEK'çesiyle söyleyelim: Çoğaltma/yayma haklarını ivazsız, süresiz devretmiştir. Çevirilerin takibini, bazı sayfaların çevirisini, dizgi sırasında tümüyle gözden geçirme işlerini bazıları Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanının önemli/temel eserlerinin de yazarları olan öğrencileri (Ünal Tekinalp, Nuşin Ayiter, İlhan Akipek, Yaşar Karayalçın) yapmıştır, (Hirsch, Hâtıralarım, s. IV, IX, X).

³ Taslağın Hirsch'ten istenmesinin nedeni, 1940'ta İngilizce (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında da tercümesi) yayınlanan, Türk telif hukukunu açıklayan sözlük biçimindeki incelemesidir, (Hirsch, Hâtıralarım, s. 431-433).

Önce İstanbul Üniversitesinin/Hukuk Fakültesinin, ardından Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kurulmasına tanıklık etmekle kalmayıp, temel taşlarından birisi de oluşunu vurgulayarak başlamalı sözlere⁴.

Eğitim/öğretim metodundan, içeriğine (maddi hukuka), Türk Hukuku'na kapsamlı katkılarının temelini sağlam/güzel karakteri oluşturmaktadır. İstanbul'daki ilk haftalarında, Türkiye ile ilgili duygularını (kendi) sözlerini anarak ifade etmek en doğrusu. Dile getirme vesilesi Dolmabahçe Sarayındaki Cumhuriyet'in 10. yıl kutlamalarıdır. Amsterdam'dan gemiyle gelen eşyasını Moda'daki evine yerleştirip, içlerinden çıkan frakı giyerek apar topar yola koyulup varmıştır törene: “Ve işte ben... ‘Aşağılık’ ırka mensup olduğu için işgal ettiği mevkilerden kovulan, evini yurdunu terk edip, yabancı ülkelere kaçmak zorunda bırakılan ben, ‘mülteci’ ben, ‘dünyanın bir ucundaki Türkiye’de’, nice billurlarla, mermerler, somaki taşı, su mermeri, paha biçilmez kakma işlerinin ihtişamıyla parıldayan, nice değerli mobilyayla, halıyla, resimle süslü, bir zamanların taht salonu olan bu mekânda, ülkenin ilk bin seçkininden sayılan, saygıdeğer bir Alman profesör sıfatıyla hazır bulunmaktaydım!”⁵

Bu duyguların etkisindeyken başlayan öğretim yılında derslerini Almanca (tercümanla) anlatır. Sözleşme hükmünce üçüncü yıldan sonra Türkçe ders vermekle yükümlüdür. Haklı bulur bu talebi: “Öğretmen-öğrenci ilişkisinde dil doğal anlaşma aracıdır, dil olmaksızın öğretmek de öğrenmek de neredeyse mümkün değildir”⁶. O zaman öğrencisi [sonra asistanı] olan Halil Arslanlı'nın önerisiyle/öğretmenliğiyle haftada üç gün ikişer saat ders alıp, günde dört saat sıkı çalışarak altı ay sonra Türkçe gazete ve kanun metinlerini okuyup, anlamaya başlar: Üç yılın sonunda, dili su gibi öğrenmiş, hatta üniversitenin yedinci yılında açılış konuşmasını hukuk fakültesini temsilen Türkçe yapmıştır⁷.

Çalışması/üretimi/bilim adamlığına bakışı hakkında fikir vermek için bazı bilgileri sıralayalım:

Derslerini teori, pratik çalışmalar, seminerler şeklinde yürütmektedir: “Her ders yılının bitiminde son seminer toplantısı, genellikle benim evimde yapılır; yenilip içilenlerin çay, kahve, pasta, tartla sınırlı kalmadığı küçük bir seminer şölenine dönüşürdü”. Ev sahibinin

⁴ Hirsch, Hâtıralarım, s. 241 vd, 382 vd.

⁵ Hirsch, Hâtıralarım, s. 240.

⁶ Hirsch, Hâtıralarım, s. 249.

⁷ Hirsch, Hâtıralarım, s. 255, 253, 303.

keman ve/veya piyano çaldığı, konukların bazılarının Türkçe bir şarkıyla ya da küçük bir skeçle renk kattığı, hatta, hocanın çevirmeniyle arasındaki sahnelerin kabare havasında tekrarlandığı toplantılardır bunlar⁸.

Öğrencilere sürekli sorular sorarak anlatır derslerini. Ellerinde kanun metni ve tartışılan konuların ana hatlarına ilişkin aldıkları notlar dışında bir özet bile bulunmayan öğrencilerin sınavda ne yapacağı endişesiyle harekete geçer, notların ilk fasikülüne yazdığı önsöz üniversitenin açılmasından sadece 10 gün sonrasının tarihini taşır. Sayısız makale, çokça ders kitabı, pratik çalışma kitabı yazar⁹.

Ticaret Hukuku anlatırken Medeni Hukuk bilgilerinin çok zayıf olduğunu görüp, o konulardaki açıklarını da kapattığı öğrencilerine kattıklarını, onların ağzından onyıllar sonraki sözleriyle aktarmak en iyisi: “O’nun her dersi, belki hayat boyu unutulmayacak bir hakiki olay idi. Dinleyicileri hazla doldururdu ve onun verdiği zevk 30 yıl sonra bugün bile hâlâ unutulmamıştır”. “Dogmatik hukuk dallarındaki derslerini dahi, maddeleri hayat münasabelerinin en dinamik bölgelerine yerleştirmeden taktir etmezdi. Gerek taktirlerinde gerek eserlerinde rastladığımız Hukuk, âdeta üç boyutlu bir realite parçası gibi elimizin altına geliverirdi. Sanki karşımızda, kanunnamelerin o muğlak ve mücerret hükümleri silinip gider, her şey gün ışığında parıldayan bir kaynak suyu gibi berraklaşıverirdi”. 35 yıl önce Ticaret Hukuku dersini dinleyen bir öğrencisinin yazdığı mektuptan da alıntı yapalım: “Hukuki bilgilerimin yarısını ve hukukçu olarak formasyonumu sizin derslerinize borçlu olduğumu belirtmemdeki samimiyetime inanmanızı rica ederim. İkazınızı daima aklımda tutuyorum: Metod, metod ve metodun sonuçtan daha önemli olduğu vecizenizi de unutmuyorum¹⁰.”

Mezun ettiği öğrencilerle yüz yüze karşılaşmalarına/vesilesine de değinmeli kısaca: Tütün tiryakisi Hirsch’in, sabahları dumanaltı olan odasına gelen asistanları dayanamayıp “Ya tütün ya biz/siz” deyince tütünle ilgili ne varsa ellerine tutuşturup, “Hepsinden vaz geçebilirim, sizden vazgeçemem” diyerek bir kalemde siler tütünle ilişkisini. Nikotini aniden kesmesinin neden olduğu rahatsızlık sonrası yazılan reçete şöyledir: Derhal Antakya’ya (Defne’ye)

⁸ Hirsch, Hâtıralarım, s. 269, 296.

⁹ Hirsch, Hâtıralarım, s. 287, 292, 295.

¹⁰ Hirsch, Hâtıralarım, s. 290, 390. Bir örnekle açıklayalım kastedileni. Kayseri’deki tren istasyonunda karşılaştığı eski bir (başka) öğrencisi şöyle anımsatır kendisini: “1944’te Ticaret Hukuku sınavında bana pekiyi vermiştiniz, çözmem gereken meseleyi yanlış anlamıştım oysa. Siz bana gene de iyi not verdiniz, çünkü gerekçem hoşunuza gitmişti. O zaman, önemli olan doğru çözüm değildir, izlediğiniz yol, metod doğru olmalı demiştiniz. Sözüünüzün ne kadar doğru olduğunu her gün yeniden fark ediyorum,” (Hirsch, Hâtıralarım, s. 413).

gidecek, bol bol yürüyecek, sırtüstü yatarak dinlenecek, çok az okuyacak, ziyaretçi kabul etmeyecek, üç hafta sonra ilaç gerekmezsin turp gibi olacaktır! Ankara’da, Kayseri’de istasyonlarda öğrencileri tanır hocayı. Antakya’da yürüyüşten döndüğü bir sabah koca bir hediye sepeti bulur odasında. Ankara istasyonunda onu tanıyan, olanları anlattığı öğrencisi, Antakya’daki hakim, avukat öğrencilerine haber uçurmuştur. Her gün telefon açıp geçmiş olsun dileklerini iletir, bir hafta sonra bir bardak çay içimi ziyaret ederler hocalarını. Bu üç olayın etkisini şöyle kaleme almıştır: “Bu son derece candan ve o nispette de nazik hoş geldin, bu yolculuğumda tattığım üçüncü kuvvet şurubu oldu, eski öğrencilerimin bana bağlılıklarının bir nişanesi olarak ve ruhumu güçlendiren bir kuvvet iksiri. Uzun zamandır hissetmemiş olduğum türden bir huzur doldu içime, Türkiye’de nereye gidersem gideyim, kader beni nereye savurursa savursun, mutlaka yardıma hazır dostlar bulacağımı düşünebilmek bana huzur veriyordu¹¹.”

Öğretim ve sınav sisteminin düzenlenmesi amacıyla kurulan komisyonlarda görev alır, ülkenin tüm eğitim sistemini/kültür hayatını konu alan kongrelere katılır. Hukuk terimlerinin türkçeleştirilmesi konusunda çalışmalar yapar, önerilerde bulunur¹². Üniversitenin Özerkliği konusunda rapor hazırlar. İşlevini/etkisini sözleriyle aktaralım: Sonraki yıllarda Meclis tartışmalarında, gazete makalelerinde, özerklik/özgürlük, devlet mercilerinin bilimsel araştırma ve öğretim özgürlüğüne müdahalesi konuları alevlendiğinde, bu raporun özellikle çarpıcı bazı yerlerinden kelimesi kelimesine alıntı yapılır¹³. Bununla bitmez: Üniversiteler Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu, Marka, Patent, Sınai ve Faydalı Modeller Kanunu hep Hirsch’in eseridir. Bern Konvansiyonunun Brüksel metnini Türkçeye çeviren de Hirsch’tir¹⁴.

İstanbul Hukuk’un kütüphanesi de her şeyiyle onun eseridir. 1935 yazını bu işe vakfeder. Kitap listeleri hazırlar, gelen sandıklar dolusu kitabı boşaltır, demirbaş defterine kaydeder, kataloglar hazırlar. Talebi doğrultusunda görevlendirilen asistanların üçte ikisi işe başlar, ilk haftanın sonunda üç kişi, sonunda asistanı Halil Arslanlı ile kendisi kalmıştır¹⁵.

Hep öğrenir: 1939’da hocasız kalan hukuk felsefesi derslerini, felsefe Profesörü Ernst von Aster’in vermesini önerir/sağlar, hukuk öğrencisi için önemli felsefe bahislerini ve

¹¹ Hirsch, Hâtıralarım, s. 412-414.

¹² Hirsch, Hâtıralarım, s. 272, 273, 274.

¹³ Hirsch, Hâtıralarım, s. 418.

¹⁴ Hirsch, Hâtıralarım, s. 418-421, 430 vd.

¹⁵ Hirsch, Hâtıralarım, s. 278-281.

tarifçelerini bulup çıkarmada kendisine yardımcı olmanın yanı sıra, dersin asistanı ile birlikte Almanca metinlerin Türkçe'ye çevrilmesinde/terminoloji seçiminde çalışır. Aster'in bütün derslerine girer, Ankara ve Berlin'de verdiği hukuk felsefesi derslerinde anlattığı pek çok şeyi bu derslerde öğrenmiştir¹⁶.

Bize düşmeyen bitiriş sözleri yerine, üretim/yetiştirme başlıklarındaki büyük emeği/etkisi hakkında hocamızın sözlerini aktaralım: “Hukuk normlarının işin mahiyetine uygun bir şekilde gözden geçirilmesi yolunda sarf ettiğim çabalar, başlangıçta, kanun yapılması açısından bir başarıya götürmemiş olsa bile olgu olarak gerçek durumun açıklık kazanmasını sağlamış ve hukuk uygulamasında da mevzuattaki bu zayıf noktalardan kaçınılması için yollar aranmasını teşvik etmiştir¹⁷.”

“Türkiye’de bir üniversite hocası olarak, hukuk öğretimi metodunda Profesör Malche’in raporunda yer alan görüş ve öneriler doğrultusunda gerçekleştirdiğim devrimi, bir numaralı hizmetim olarak en başa yazarım. İlk başlarda İstanbul Hukuk Fakültesine münhasır olan ve Andreas B. Schwarz tarafından da desteklenen bu reform, 1943’te çağrıldığı Ankara’da da hukuk öğretiminin benzer bir biçim kazanmasını sağlamış ve öğrencilerim tarafından sürdürülerek uygulanagelmıştır¹⁸.”

II. KARARIN ÖZETİ

Gelelim değerlendirme konusu kararla ilgili bilgilere: Uyuşmazlık ilgilileri, bir sinema sanatçısının mirasçıları Davacılar, bir dijital televizyon yayın platformu Davalı, dava konusu filmlerin yapımcısı Fer’i Müdahildir.

Davacılar, Türkiye’nin tanınmış sinema oyuncularından birinin mirasçılarıdır. Davalı şirket, murisin filmlerini HD kalitesiyle yayınlayacağını duyurduğu reklam/tanıtım afişlerinde murisin karikatürlerini kullanmıştır. Davacılar, görüntülerin eser olmasa da FSEK kapsamında korunduğu, izinsiz kullanılamayacağı, davalı şirketin kullandığı karikatürlerin murisin

¹⁶ **Hirsch**, Hâtıralarım, s. 330-331.

¹⁷ **Hirsch**, Hâtıralarım, s. 300.

¹⁸ **Hirsch**, Hâtıralarım, s. 296-297. Albert Malche, düzelmesi ve ilerlemesi ümidi bir türlü gerçekleşmeyen, kamuoyunu bir hayli meşgul eden Darülfünun Meselesinin, reform ve yeniden organizasyon ile çözümü yolunda Cenevre’den Türkiye’ye çağrılan pedagoji profesörüdür. Malche, izlenimleriyle önerilerini kapsamlı bir raporda toplamıştır. Raporun sonundaki vurgu şudur: Meselenin özü, üniversite kavramı altında işi sadece bilgi dağıtmak olan kurumlar anlaşılmasındaki yanlışlıktır. Üniversite denince akla bilimsel düşünce metodunu öğreten kurum gelmelidir. Üniversite adını hak eden bir kurum, bilimsel bir tutum, bilimsel bir zihniyet ortaya koymalıdır (**Hirsch**, Hâtıralarım, s. 242).

hatırasına hakaret teşkil ettiği iddiası ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır. Davalı şirket, 1995’den önce imal edilen/alenileşen dava konusu filmlerde davacıların hak sahibi olmadığı; film(ler)in, maliki ve hak sahibi (yapımcı) şirketten, yayınlama hakkının devri sözleşmesi kapsamında izin alınarak yayınlandığı, tanıtım materyallerinin de yapımcıdan temin edildiği savunmasını yapmıştır. Yapımcı şirket davaya fer’i müdahil olarak katılmış, filmin yeniden yayınlanması için devir hakkı olduğu, oyuncu ileri sürmedikçe manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmeyeceği savunmasıyla, davanın reddini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece, 1995’ten önce çekilen filmlerin hak sahibinin yapımcı şirket olduğu, murisin sağlığında orjinal afişlerdeki çizimler nedeniyle yapımcıya dava açığının, ihtarda bulunduğu ispatlanamadığı, mirasçılarının icracı sanatçı olarak komşu hak sahipliğinden doğan talepte bulunamayacakları vurgulanmıştır. Ancak karikatürlerin, filmlerin yeniden yayımlanması kapsamında reklam amacıyla kullanılmasının (FSEK m. 86 ve TMK m. 24 vd hükümler uyarınca) kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği; davacıların murisinin, fer’i müdahile, başrol oynadığı filmlerin tanıtımında karikatürlerinin de kullanılmasına muvafakati olmadığı, yine afişlerdeki karikatürlerin film afişlerindeki orijinaler olmasının murisin kullanıma onay verdiği şeklinde yorumlanamayacağı; oyuncunun resim ve/veya portresinin kullanılmadığı, görüntüsünün karikatürize edilip reklam amacıyla kullanıldığı, davacılardan izin alınsaydı elde edebilecekleri kazançtan yoksun kaldıkları dikkate alındığında maddi tazminat şartlarının oluştuğu gerekçesiyle, mirasçılarının maddi tazminat talepleri kabul edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararı onamıştır.

III. FSEK VE KOMŞU HAK SAHİPLERİNE DAİR DÜZENLEMELER

Değerlendirme konusu sinema film(ler)i, FSEK kapsamındadır (m. 1/B bent a, 5). Kanunun amaç ve kapsam maddeleri okunduğunda, alanın başlıca kavramlarının “eser sahibi” ve “eser” olduğu ayırt edilecektir (m. 1, 1/A)¹⁹. Hususiyet taşıyan, yasada sınırlı sayılan türlerden birisine giren fikir ürünleri, maddi eylemle meydana getirilmeleriyle (ipso iure), yaratıcılarına eser sahibi vasfı/sıfatı kazandırır (m. 1/B, bent a, b, 8/I). Kanun eser sahibine,

¹⁹ Değerlendirmemiz bağlamında bizi ilgilendiren, amaç, kapsam, tanım maddeleri, 4630 sayılı kanunla FSEK’e eklenmiştir, (RG, T. 03.30.2001, Sayı: 24335). Önceki değişiklikler gözden geçirilmediği üzere kimi zaman tekrarlar bulunmaktadır. Örneğin eser sahibi, işleme eser hem tanımlarda (m. 1/B, bent b, c), hem ayrıntılı düzenlemede (m. 8/I, II), hüküm ekonomisi gözetilmeden kaleme alınmıştır. Komşu hakların korunmasına ilişkin hükmü de içeren (m. 26) kapsamlı/önemli değişikliklerden diğeri (aslında ilki) ise 4110 sayılı kanunla yapılmıştır (RG, T. 12.06.1995, Sayı: 22311).

bir kısmı aslen kişiliği bir kısmı aslen malvarlıksal çıkarları korumaya yönelik, (tıpkı eser türlerindeki gibi) sınırlı sayıda hak(lar) tanır (m. 13/I). İlki kanunda manevi (m. 14-17), ikincisi mali hak başlığında düzenlenmiştir (m. 21-25).

Mali haklar, malvarlığı haklarındandır. Eser sahibinin ekonomik çıkarlarının korunmasına hizmet ederler. Eser yaratıldığında, eser sahibinin ve/veya mali hak sahibinin malvarlığının aktifinde yasadaki adlarıyla soyut şekilde yer alırlar. Hak sahiplerinin hakların ve/veya kullanım haklarının devrine yönelik somut işlemleri sonrasında ise parasal değerleriyle malvarlığının aktifinde ve/veya pasifinde boy gösterirler²⁰. Manevi hakların kural olarak malvarlığıyla ilgisi yoktur. Kişilikle yakından ilişkili birtakım çıkarların/yararların dört başlıkta toplandığı manevi haklarda, özel hükümlerle/yaptırımlarla aslen eser sahibi korunur. Hâsılı FSEK, eser sahibi kavramı üzerinde yükselir.

Eserlerin yaratılması tek başına özel kanunun (FSEK'in) devreye girmesi sonucuna götürmez bizi. Eser, sahibinin özel alanında kaldıkça/tutuldukça, kişiliğin, dolayısıyla kişilik hakkının parçasıdır. (Korunma MK m. 23 vd. hükümlere bağlıdır.) Eser sahibinin kararıyla/eylemiyle/rızasıyla kamuoyuyla buluştuğu andan itibaren özel kanun hükümleri devreye girer. Eser sahibinin rızasıyla umuma arz edilen eser alenileşmiş olur (m. 7/I).

Sahibinin özel alanındaki eserin kamuoyuyla buluşması, her eser türü açısından bir başka uğraşı/kişinin eylemini gerektirir çoğu zaman. Örneğin edebiyat eserinin (şiirin, öykünün, tiyatro oyunun, raksın) okunması/anlatılması/temsili edilmesi; musiki eserinin (bestenin, şarkının, konçertonun) çalınması/söylenmesi; güzel sanat eserinin (yağlı boya tablonun, güzel yazının, moda tasarımının, fotoğrafın, karikatürün, tiptemenin) sergilenmesi/sunulması/basılması/canlandırılması, sinema eserinin (filmin) sinemada, radyo ve/veya televizyonda, internette gösterimi gerekir. Bütün bunlar için eserlerin bir fonograma tespit edilmesi gerekir çoğunlukla (m. 1/B bent e, f). Eserleri özel alanın dışına taşıyanlar bazen sanat icra eden (oyuncular, dansçılar, şarkıcılar gibi) kişilerdir, bazen maddi/teknik altyapı sunan (radyo televizyon kuruluşları, fonogram yapımcıları, film yapımcıları gibi) kişiler/oluşumlardır. İcracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının, radyo-televizyon kuruluşlarının ortak paydası, eylemleriyle, yaratılmış eseri kamuoyuyla buluşturmalarıdır. Film

²⁰ Eser sahibinin malvarlığını etkileyen işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Belen, Herdem/Ercan Çıtaklayım, Cannur**, Malvarlığı Değeri Olarak Eser ve Malvarlığına Etki Açısından Eser Sahibinin İşlemleri, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 223 vd.

yapımcılarının varlık nedeni/temeli ise eserin yaratılacağı ortamı sağlayacak maddi altyapıyı oluşturmak, kabaca parayı bulmaktır/vermektir.

Somutlaşmış, ortaya çıkmış eserin kamuoyuna sunulmasını sağlayan uğraşı sürdürenler, “komşu haklar” bendinde sayılmıştır (m. 1/B bent k). Parayı bulan/sağlayan yapımcı “bağlantılı hak” sahibi olarak, komşu hak sahiplerinden önceki bentte düzenlenmiştir (m. 1/B bent j). Bir hak kategorisinin neden diğerinin içine konulduğunu anlamak güçtür. Koruma hükümlerinde, kanun yapma tekniğine pek de uygun olmayacak şekilde, aynı hükümde, önce hint rakamları, ardından harf sayımı, tekrar hint rakamlarıyla, hayli uzun bir madde kaleme alınmıştır (m. 80). Kanımızca birine komşu, diğerine bağlantılı hak sahipliği deyip, ayrı iki maddede de koruma hükmü getirmek kolay/anlaşılır/pratik olurdu. Dahası aslolan eser sahibiyken, uğraşlarının konusu/içeriği bir esere bağlı, eserle ilgili/ilişkili başka kişileri/kurumları tek başlıkta toplayıp, hepsine bağlantılı ya da komşu hak sahibi demek daha doğru olurdu.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun merkezinde eser sahibi bulunmaktadır evet. Ama (konumuzla ilgili iki hak başlığıyla sınırlayalım), icracı sanatçılar, film yapımcıları da korunmalıdır ki kanun amacına ulaşabilsin. Bütün hak sahiplerinin aynı kanun çatısı altında buluşmaları aynı zamanda yahut kısa aralıklarla gerçekleşmemiştir. FSEK 1951 tarihli, komşu/bağlantılı hak sahiplerini korumaya ilişkin hüküm 1995 tarihli, kavramların tanımları 2001 tarihli değişikliklerle kanunda yerini almıştır. Komşu/bağlantılı hak sahiplerinin korunması da nihayetinde eser sahibinin korunması iken, özel kanunda haklarında hüküm bulunmaması eksikliktir. Düzenlemeler arasında kırk yıldan fazla zaman bulunması da düşündürücüdür. Neyse ki bu aksaklık giderilmiştir.

Sonuçta düzenleme getirilmişken, yeni hükümler sonrasındaki uyumsuzluklarda, bazen duruma/içeriğe göre yeni hükümleri uygulayabilmek gerekir. Konu bağlamında örnekle görüşü pekiştirelim: Sinema oyuncusu icracı sanatçılar, kanunda hüküm bulunmayan zamanlardaki filmlerin, sonraki zamanlarda gösterimlerinde, somut olaylara göre koruma hükümlerine başvurabilmelidir. Bu yolu izlemek, geç kalınmış düzenleme dolayısıyla uğranan zararları, yürürlük sonrasındaki gelişmelerde ilgili hükümlerin uygulanmasıyla bir nebze gidermeye yardımcı olacaktır. Hukukta ‘kazanılmış hak’ kurumu vardır, konun koyucuların geç kalması dolayısıyla uğranan zararlar göz önünde tutulduğunda ilke, her defasında ‘kaybedilmiş davalar’

sonucuna götürmemelidir bizi. Aşağıda inceleme konusu kararlar ilgili değerlendirmede görüşümüzün ayrıntısı açıklanacaktır.

IV. ESER SAHİBİ İLE KOMŞU HAK SAHİPLERİNDEN SİNEMA ESERLERİNDE OYUNCULAR

Karar değerlendirilirken, kanunların zaman olarak uygulanmasına dair ilkeyi anımsamak gerekir. Hakkaniyeti sağlayacak kararlar verirken, kanun hükümlerini uygulayan hâkimin bir görevi de uyuşmazlık konusu olayların gerçekleştiği zamanda yürürlükte olan kanunları/kuralları bulmaktır²¹. Her kanun, yürürlüğü süresinde/sırasında yaşanan uyuşmazlıklarda çözüm sunacaktır malum. Değerlendirme konusu karar, fikir ve sanat eseri türlerinden birisiyle ilgilidir. Günlük hayatın görüntülerin arkasından sürüklendiği (üç örnek meca sayalım: facebook, WhatsApp, Instagram) zamanımızda, çekilen/yüklenen görsellerin ilk örnekleri bir anlamda yaşamı taklit eden sinema eserleridir dersek abartmış olmayız. (Uyuşmazlık konusu filmler, tek kanallı dönem bitiminde, yeni/renkli kanalların neredeyse her ay tekrar tekrar servis edilen ürünlerinden idi²².)

Sinema eserleri, tür başlıklarının sınırlı sayı ilkesiyle belirlenmesinin sakıncası göz önünde tutularak olsa gerek kanunda ayrıntılı sayılmıştır. Bizi ilgilendiren kısmıyla „... sinema filmleri... birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir“ (m. 5). Günlük yaşamın karmaşasından uzaklaştıran, bazen güldüren, bazen hüznölendiren, bazen de hayatı sorgulatan içeriklerden oluşan görüntülerdir diyelim biz de.

Hemen eser kavramını anımsayalım: Sahibinin hususiyetini taşıyan, kanunda sayılan türlerden birisine dahil olan fikir ve/veya sanat ürünüdür (m. 1/B bent a). Uğraşı eserle sonuçlanabilecek, kanun hükmü ifadesiyle “eser meydana getirebilecek“ (m. 1/B bent b) tür,

²¹ Kanunların zaman olarak uygulanması konusunda bilgi için bkz. **Belen, Herdem/Köksal, Mehmet**, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları, Şema Kitap, İstanbul 2020, s. 32; **Tekinay, Selâhattin Sulhi**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 57.

²² Kısa bir ara bilgi sunalım: İçeriklerin değil görüntülerin hayata hükmettiği zamanımızla karşılaştırıldığında, anılan filmler bir derdi/mesajı olan yapımlardı. Yönetmeninden oyuncusuna, söyleyecek sözü olanların sunumlarıydı. Haliyle zamanımızdaki benzerlerinden açık ara ileri idiler. Geçmişe selam durup elinize sağlık diyelim ilgililere. Sinema ve televizyona tüketim cephesinden eleştirel yaklaşım için bkz. **Anders, Günther**, İnsanın Eskimişliği, (Çev. Belen, Herdem/Ertürk, Hüseyin, [1. Cilt, İstanbul 2017]), **I, § 2** Günümüzün toplu tüketimi solo gerçekleşir - Her tüketici, tek tip insan üretimi sürecinde evinden bedava çalışan biridir (s. 125-128), **§ 3** Radyo ve ekranın negatif aile sofrasına dönüşmesi: Ailenin minyatür seyirciler topluluğu halini alması (s. 129-131).

gerçek kişi olabilir. (Eser yaratmak maddi eylemdir çünkü²³.) Kanunda sayılanlardan sinema eserlerinin sahipleri, işin doğası/içeriğin kaçınılmazlığı gereği birden fazla kişidir. Yine kanundaki sayımla “yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler“ (m. 8/III tümce 1)²⁴.

(Sinema eseri niteliğinde oldukları kabulüyle devam edelim. Uyuşmazlık konusu filmlerin yönetmeni, özgün müzik bestecisi, senaryo/diyalog yazarı vardır. Birbiriyle ilişkili hareketli (dizinin) görüntüleri, gerçek kişi oyuncuya/oyuncuların hepsine aittir. Dava konusu filmlerde, yargıya başvuran davacılar, başrol oyuncusunun mirasçılarıdır. Sinema eserlerindeki/filmlerindeki oyuncular FSEK düzenlemesince “ıracı sanatçılar“dır. İcranın ne olduğu sorusunun yanıtını, komşu hak tanımından ilgili kısımları aktararak verelim: “Bir eserin özgün bir biçimde yorumlanması, tanıtılması, anlatılması, söylenmesi, çalınması ve çeşitli biçimlerde icra edilmesi“ (m. 1/B bent k). Komşu hak kavramının/tanımının yasaya girmesinin ardından çıkarılan yönetmelik azıcık daha genişletmektedir sayımı. İcracı sanatçı tanımını aktaralım olduğu gibi: “Sanat eserleri ile folklor eserlerini düzgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenleri ve dansçıları vb. diğer kişileri“ ifade eder (Yönetmelik, m. 4 bent b)²⁵.

Hükümlerin ortak noktasını saptayalım: İcra, yasada aranan unsurları taşıyan, meydana getirilmiş, yaratıcısını eser sahibi yapmış(!) ürünün, kamuoyuyla buluşmasını sağlayan eylemdir. Dikkat: İcra edenler tamlamayla anılmışlardır. İcra tek başına anlatmamaktadır eylemi. İcra sanattır, icra eden de sanatçıdır/sanatçı olabilir. (Bir anlamı şudur: Her anlatanın, okuyanın, söyleyenin, çalanın yaptığı icra, adı da icracı sanatçı değildir/olamaz! Şiiri herkes okuyamaz, şarkıyı herkes söyleyemez²⁶.)

²³ Hukuki olay başlığı altında açıklamalar, maddi eylem nitelemesi için bkz. **Belen/Köksal**, s. 159 vd, özellikle s. 165; **Belen/Çitaklayım**, s. 218.

²⁴ Günümüzde deha rezervlerinin pek düşük olduğu gerçeği, sayılan uğraşların hepsini birden yürütecek kişi ol(a)mayacağı sonucuna götürecektir bizi. Vakanın saptamayla örtüşmemesi (aynı kişinin yönetmen, senaryo/diyalog yazarı, yapımcı olarak boy gösterdiği örnekler), ortaya konulanların hususiyetinden söz edilemeyeceği, haliyle çekilen filmlerin sinema eseri olarak nitelenemeyeceği yargısıyla buluşturacaktır. İstisnalar burada da saklıdır!

²⁵ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği, (RG, T. 16.11.1997, Sayı: 23172).

²⁶ FSEK’in komşu hak tanımı (m. 1/B bent k), Yönetmeliğin kapsam (m. 2), komşu hak tanımı (m. 4 bent a) hükümleri uyarınca yorum **özgün**, yönetmeliğin icracı sanatçı tanımı (m. 4 bent b) hükmü uyarınca ise **düzgün** olmalıdır. Kanımızca **bütün özgün yorumlar düzgündür**, ne var ki **bütün düzgün yorumlar özgün değildir**. (Aslında düzgün, yorumu nitelemek için uygun/doğru sözcük değildir!) Fikri ürünü eser olarak nitelerken **hususiyet**, icra edeni sanatçı olarak nitelerken **‘özgün’**lük aranmalıdır. Başka deyişle özgün olmayan düzgün

Örneklerle biraz daha somutlaştıralım: Edebiyat eserlerinden şiirin okunması, tiyatro eserinin temsili; musiki eseri bestenin çalınması, bestelenmiş güftenin söylenmesi; koreografinin (balenin) dansla temsili hep icradır. Verdiğimiz örneklerde, tamamlanmış, ortaya çıkmış/somutlaşmış, ürünler icra edilmektedir. Oysa sinema eserlerinde durum tamamen değişir/değişiktir.

Değerlendirme konusu karardaki verilerle devam edelim: Birbiriyle ilişkili görüntülü hareket dizisinde görüntüye esas kişi(ler) oyuncudur(/oyunculardır). Yönetmenin, bestecinin, senaryo yazarının uğraşı, oyuncunun/oyuncuların davranışlarıyla/eylemleriyle somutlaşır. Ürünün bir parçası, yaratmanın bir boyutu da oyunculardır, oyuncuların uğraşlarıdır. Kısaca sinema eserindeki oyuncuların durumu, başka eserleri icra edenlerden açık ara farklıdır. Deyim yerindeyse oyuncular eserin ‘yardımcı yaratıcı’larıdır. Adlarının da tanımlarının da başka olması gerekir.

V. YAPIMCI İLE SİNEMA ESERİ OYUNCUSUNUN HUKUKSAL DURUMLARI

Yukarıdaki açıklamalarda, film yapımcısının ‘bağlantılı’ hak sahibi, sinema oyuncusu icracı sanatçının ‘komşu’ hak sahibi olduğunu söylemiştik (m. 1/B bent j, k). Yine bu başlıkların/hakların ikisinin de 1995 değişikliğinde koruma, 2001 değişikliğinde tanım hükmüyle kanunda yerini aldığını belirtmiştik. Saptamalar, bu iki süjenin haklarının korunup korunmadığı sorusunun yanıtını aynı kılmamaktadır. Şöyle söyleyelim: Bu demek değildir ki kanun kapsamına alınmadan önce ne film yapımcıları korunmaktadır ne de icracı sanatçılar.

İracı sanatçıların (oyuncuların), hayatlarını sürdürme uğraşları oyunculuklarıdır, eserin yaratılmasında başrollerden birisi onlarıdır! Eserin ortaya çıkarılmasındaki rolleri/işlevleri, somutlaşmaya hizmet etmekte, dahası somutlaşmaya anlamını vermektedir. Oysa ürün eser niteliği kazandıktan sonra, oyuncular sadece görüntüden ibarettir! Film(ler)de rol almaları karşılığında çoğu zaman (kesinlikle karşılık denemeyecek) bir miktar para almaktadırlar, ama her şey bununla bitmektedir. Aynı şey, birlikte eser sahipleri (yönetmen, özgün müzik bestecisi, diyalog/senaryo yazarı) için de geçerlidir. Sinema eserlerinin vizyona girmesini/gösterime

yorumculara icracı sanatçı diyemeyiz! Bu durumda yönetmelik hükmünün **sözüne** bakınca, **özünde** sanatçı olmayan icracıları da koruma amacı bulunduğunu söylemek olasıdır.

çıkmasını izleyen her adımda edinilen bütün karşılıklar sadece yapımcınınındır²⁷. Halbuki bazı filmler, hem oyuncuların hem yönetmen(ler)in adlarıyla, bazıları yönetmen(ler)den önce oyuncuların adlarıyla anılmaktadır. Bir noktaya dikkat çekelim. Açıklamalarımız bütün oyuncularla ilgilidir. İçlerinden bazılarının (aslen başrol oyuncularının) yüklü paralar alması, yargılarımızı/gerçeği değiştirmemektedir.

Yapımcılar açısından durum farklıdır. Eserin yaratılmasının maddi altyapısını oluşturdukları üzere, çoğu zaman eser yaratılmadan (çekimlere başlanmadan) önce her bir eser sahibine/oyunculara ödedikleri yahut yazılı sözleşmelerle vaad ettikleri para karşılığında, yine çoğu zaman mali hakların neredeyse tamamını (örnekleyelim, çoğaltma, yayma, umuma iletim, yeniden iletim), manevi haklardan da sinema eserinden maksimum çıkar sağlamalarına yarayacak olanların kullanım yetkilerini (örneğin, umuma arz, eserde değişiklik yapma) devralmaktadırlar (m. 48, 49, 56. Fer'i müdahil yapımcının savunmasında filmlerin malik ve hak sahibi olduğunu söylemesi, durumu gayet iyi anlatmaktadır.) Hukuken korunmada FSEK hükümlerine pek öyle ihtiyaçları yoktur. Başrol oyuncularına ödedikleri paralar bazen onların ünleriyle doğru orantılı, yüksek olabilmektedir, o da bir keredir²⁸. Bazı filmlerin gişe rekorları kırması, bu denli kazanç getirmeyenlerle ilgili (özellikle mali) haklarınsa koruma süresi boyunca ellerinde olması yeterlidir²⁹.

Sinema eserinde (filminde) oyuncuların haklarının korunması noktasında (zaman açısından) ayırım yapmak olasıdır. Ayırım 1995 öncesi/sonrası şeklinde olacaktır. 4110 sayılı kanun (1995) öncesinde, temel koruyucu kanun MK'dir. Nedenini örnekle kısaca açıklayalım:

²⁷ Her yaratıcı katkı sahibi ile ayrı ayrı sözleşmelerin yapıldığı Amerikan film endüstrisinde durum farklıdır. Amerikan Hukukunda, oyuncuların filme doğaçlama katkıları fazla ön plana çıkarsa ve orijinalse, oyuncu diğer koşulları da haizse, görsel işitsel eserin elbirliğiyle hak sahiplerinden biri sayılabilmektedir, [Copyright Act m. 102/(a) (3)].

²⁸ Hiçbir zaman ikinci bir ödeme yapılmamaktadır. Biraz daha açıklayalım: Sinema (film) endüstrisinde, çekimlerden önce herkesle sözleşmeler yapıp, bütün haklar devralınmaktadır. Oyuncuları asıl ilgilendiren maddi boyut, herkes için aynı değildir. Başrol oyuncularının, karakter oyuncularının belli ölçüde pazarlık gücü bulunmaktadır. Ödenecek parayı kendileri belirleyebilmektedirler diyelim. Ancak diğer oyuncular piyasa fiyatına sanat icra etmektedir. Bazen bölüm başına, bazen yevmiye ile; rolünde konuşması varsa biraz daha yüksek ücretle çalıştırılmaktadır hemen hepsi. Tek günlük rollerde, önce sıraya girilip yapımcı çalışmasının oturduğu masadan uzattığı metin imzalanmakta, ardından çekime başlanmaktadır. Bazen yarım sayfalık (kısa) metinlerle bütün haklar yapımcıya devredilmektedir. Bu tür sözleşmelerde "konuları olan hakların ayrı ayrı gösterildiğinden", geçerlik şeklinin (FSEK m. 52'nin) gereğinin yerine getirildiğinden söz etmek olanaksızdır.

²⁹ Yapımcıların işlevi o denli filmlerin getirisine (hasılatı) bağlıdır ki çoğu zaman senaryolara/müziklere müdahale etmektedirler. Bu yüzden de dünya çapındaki bazı yönetmenler, kendi yapım şirketlerini kurmaktadır. Yaşayan yönetmenlerden Pedro Almodovar, yakın zamanda ölen Jean-Luc Godard, eski ustalardan Federico Fellini, Ingmar Bergman, Billy Wilder yapım şirketlerini kuran yönetmenlere örnektir. Şirket kurmaktadırlar; yapımı da üstlendiklerinde, sadece para için değil 'sanat için çekim' yapabilmektedirler çünkü!

İcracılardan oyuncular, filmlerde/sinema eserlerinde (görüntü dizilerinde) bedenleriyle, kişilik hakkının en önemli unsuru/değeri vücut bütünlükleriyle boy göstermektedirler. Filmlerin afişlerinde, gösterimle ilgili bilumum tanıtım yollarında fotoğrafları/resimleri/karikatürleri/adları sergilenmektedir. Öte yandan uğraşları ekonomik özgürlüklerinin kullanımıdır, çünkü (sanatlarını icra etmenin ikizi diyebileceğimiz) amaçları yaşamlarını sürdürecektir kazancı elde etmektir. Bütün bunların bizi götüreceği hükümler, kişiliği koruyan (MK m. 23 vd) düzenlemelerdir. 4110 sayılı kanunun Ek Madde 2 hükmü de bu yargıyı doğrulamaktadır: “... Komşu haklar bakımından koruma süreleri, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra alenileşen eserlere uygulanacaktır”. Bu hüküm bir yandan çekimlerine başlanmış, ancak henüz tamamlanmamış (yaratılma süreci bitmemiş), bir yandan ürün ortaya çıkmış (eser yaratılmış) olmakla birlikte henüz sahiplerinin izniyle kamuoyuyla buluşmamış (alenileşmemiş) eserlerde komşu hak sahiplerinin, bu arada oyuncuların korunmasına engel değildir. Ancak çoğu durumda film yapımcıları çekimler öncesinde bütün hakları hem icracı sanatçı oyuncularından hem eserin birlikte sahiplerinden (yönetmenden, özgün müzik bestecisinden, senaryo/diyalog yazarından) devralmış olacağı üzere, bu yorumun pek anlamı yoktur.

1995 sonrası yaratılan sinema eserlerinde durum değişmektedir. Ürünün ortaya çıkarılması sürecinde, icracı sanatçı oyuncular da özel normlar içeren FSEK hükümleriyle korunan hak sahiplerindendir. Tıpkı eser sahipleri gibi mali, manevi hakları bulunmaktadır (m. 80). Tıpkı eser sahipleri gibi hukuksal koruma yollarına başvurabileceklerdir (m. 1, 68-70, Yönetmelik m. 22). Yine meğer ki eser yaratım süreci başlamadan, bütün haklarını yapımcılara devretmiş olsunlar.

İcracı sanatçıların, komşu hak sahibi olarak düzenlenmelerinden sonraki hukuken korunma ihtiyaçlarında, bazen FSEK’te hüküm bulunmayan durumlarla karşılaşılabilir. Bu durumda genel nitelikteki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri imdada yetişecektir (MK m. 5)³⁰. Sinema eserleriyle ilgili hukuksal sorunlar da özel hukuk alanına aittir, özel hukukun temeli de maddi normlar içeren MK ve BK’dır.

³⁰ MK m. 5’in uygulanması hakkında bilgi için bkz. **Belen/Köksal**, s. 52-54.

VI. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ’NİN E. 2019/4898, K. 2020/2932 KARARI UYARINCA YORUMLAR

Uyuşmazlık konusunda davacılar, icracı sanatçı oyuncunun mirasçılarındır. Taleplerinin dayanağını saptamada hukuksal konumlarını belirlemek gerekir. Eser sahibinin(/komşu hak sahibinin) ölümünden sonra haklarının akıbeti ikiye ayrılarak irdelenmelidir. Malvarlığındaki (mali) haklar, miras açıldığında kural olarak terekede yer alır, külli halefiyet uyarınca yasal ve atanmış mirasçılara intikal ederler (MK m. 599, gerek olmadığı halde sevk edilen FSEK m. 63/I³¹). Hangi zümre, zümrelerde kimler mirasçıysa onlarca kazanılacaktır anılan haklar (MK m. 495-501). Manevi haklarda durum değişir. Hakların sahibi tektir, istisnasız eseri yaratandır. Kanunda, bazı hakları kullanma yetkisi, hükmü aynen aktaralım: “Vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana – babasına, kardeşlerine aittir” (m. 19/I).

Özü ve sözüyle hükmü kısaca yorumlayalım (MK m. 1/I): Hükümdeki sayımın anlamını saptamak kolay değildir. ‘Sırasıyla’, sayımda öncekiler varken, diğerlerine söz düşmeyeceği anlamına geliyor olsa gerektir. Mirasbırakanın son arzularını yerine getirmekle görevli/yetkili kıldığı vasiyeti tenfiz memuru varsa, yetki ilk sırada biter. Aksi takdirde yetkinin kimde olduğu belirlenmelidir. Sayılanların ortak paydasının mirasçı sıfatı olduğu söylenebilir. Sıralanan kişiler, aynı zamanda mirasçılardan olmakla birlikte, burada tanınan hak mirasçı olmalarına bağlı değildir³². O halde tanınan yetki, mirası kazansalar da kazanmasalar da sayılan kişilerindir (Örneğin, mirası reddeden çocuk da hakkın kullanılmasında söz hakkına sahiptir.) Her durumda sırasıyla sözcüğünün anlamı pek açık değildir. İş kolay kılan söze göre yorumla, eş varsa yetki onda biter denebilir. Aynı konumdaki birden fazla kişinin varlığında iş değişir. Üç çocuk varsa, hakkı birlikte kullanacaklardır, görüş birliğinde olmaları aranacaktır. Aksi takdirde hâkimin müdahalesi talep edilebilecektir. Yine sırasıyla dendiği için sıra atanmış mirasçıda ise anne-babaya, kardeşe söz hakkı düşmeyecektir³³. Kanımızca hükmün sözü, yorumda öze buluşturmadığı için yeniden kaleme alınması iyi olur³⁴.

³¹ Eser sahibi hakları başkalarına devretmemişse elbette.

³² Bir sağlamayla bilgiyi pekiştirelim: Birinci zümre mirasçılar bütün altsoydur, oysa burada yetkili kılınanlar sadece çocuklardır (MK m. 495). Bilgi için bkz. **Belen, Herdem**, Miras Hukuku, Şema Kitap, İstanbul 2021, s. 13-15.

³³ Benzer yorum için bkz. **Belgesay, Mustafa Reşit**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1956, s. 59.

³⁴ Konumuzla doğrudan ilgisi bulunmayıp, ayrıntıya girilmeyecek olmakla birlikte, sorunu kısaca ortaya serelim. Örneğin, eş ile çocukların, anne baba ile kardeşlerin varlığında, söz hakkının kimde olduğunu söylemek zordur.

Değerlendirme konusu olayda davacılar, kararda mirasçılar sözcüğüyle anılmaktadır. Uyuşmazlık konusu filmler, komşu hakların özel kanunda korunması öncesinde yaratılan eserler olduğu üzere, değerlendirmeler aslen FSEK’le ilgili değildir. Çoğul ifade, birden fazla kişinin dava açtığını göstermektedir. Görüş birliğiyle hareket ettikleri üzere, hak sahibi sıfatıyla ilgili sorun bulunmasa gerektir.

Kararda, tartışma konusu verilerden birisi, davacıların mirasbırakanı oyuncunun, film afişlerinde kullanılan sağlığında çizilmiş karikatürleridir. Karikatürler, güzel sanat eserlerindendir (m. 4 bent 7). Anılan eserlerle ilgili uyuşmazlık yoktur³⁵. Karikatürü çizilen (yüzün sahibi kişi) açısından bu tasvirdir/teşhirdir. Davacıların değindiği m. 86 hükmü, eser niteliği taşımayan çizimler hakkındadır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu karikatürler, anılan hükmün konusunu oluşturmamakta, kapsamında yer almamaktadır.

Yeri gelmişken, Resim ve Portrelere ilişkin m. 86/II, III hükümlerine kısaca değinmek iyi olur. Eser niteliği taşımayan (bütün eserlerde aranacak unsurla hususiyeti bulunmayan, sayılanların ait olduğu güzel sanat eserleri açısından bir de estetik değeri bulunmayan) resim ve portrelerin teşhiri/umuma arzı, yaşadığı sürece teşhir edilenin, ölümünü izleyen 10 yıl ise m. 19’da sayılan hak sahiplerinin rızasına bağlıdır. Resim/portre, kişilik hakkı kapsamındadır. Eser niteliği taşımadıkları takdirde, koruma ihtiyacı doğmuşsa, tasvir edilen, kişiliği koruyan hükümlere başvuracaktır (MK m. 23 vd). Bir başka açıdan mutlak nitelikteki kişilik hakkına her müdahale hukuka aykırıdır, haksız fiil niteliğindedir, yaptırımlarla karşılanır (BK m. 49 vd).

Madde 86/II’deki aksaklığa işaret edelim: Aykırı hareket edenler hakkında **sadece** m. 49 uygulanmaz/uygulanamaz. Anılan madde, borç kaynaklarından haksız fiilin ilk/genel hükmüdür. **Sadece** hukuka/ahlaka aykırı fiilden doğan zararın giderimi yükümlülüğünü, bir yönüyle anılan fiillerin unsurlarını düzenler. Diğer hükümler (ispat yükü, tazminatın belirlenmesi, özel durumlar...) m. 49’u takip etmektedir. 86/III’deki aksaklığa gelince: Resmin/portrenin teşhirine rıza, kişilik hakkına saldırıya (da) razı olmak anlamına gelmez.

Aynı kategorideki herkesin (örn, eş ile çocukların hepsinin) söz hakkına sahip olduğu da pekâlâ söylenebilecektir. Mirasçılıktaki konumları anımsayarak devam edelim. Eş zümre dışı mirasçıdır. Çocuklar birinci, anne-baba ile kardeşler ikinci zümrenin mirasçıları(ndan)dır. Sayılan kişilerden ilk grup (eş-çocuklar) hem zümre hem zümre dışı mirasçılardan birini, zümre mirasçıları da ilk sıradakileri içermektedir. İkinci gruptakilerden anne-baba (ikinci) zümre(nin) başlarıyken, kardeşler onların çocuklarıdır.

³⁵ Çizen Bedri Koraman olduğu üzere, karikatürlerin eser olduğu kuşkusuzdur.

Teşhir kişiliğe saldırı niteliğindeyse, tereddütsüz MK m. 24 vd. hükümlere başvurulabilecektir. FSEK’te bu yolda hükme gerek yoktur. (Burada da MK m. 5 yeterlidir.)

Davacılar karikatürlerin billboardlarda, web sitesinde reklam yüzü olarak kullanıldığı iddiasındayken, davalı şirket film tanıtımı için kullandığı savunmasında bulunmaktadır. Abonelik sistemiyle yürüyen (yeni/dijital) televizyon yayın platformunun amacı, olanak ölçüsünde çok kişiye ulaşmak, böylece kazanç sağlamaktır. Davalıların ifadesini tekrar edelim “saf fakat dürüst karakterlerle özdeşleyen” mirasbırakan oyuncuyu tanımayan, bilumum filmlerini bilmeyen kişi sayısı azdır. Açıktır ki yüzün kullanımı aslen/esasen televizyon platformunun reklamı içindir. **Tanıtıma ihtiyacı olan davalıdır, davacıların mirasbırakanı değildir!**

Uyuşmazlık konusu karikatürlerin film afişlerindeki haller olduğu ifadesi uyarınca da birkaç söz söylemek gerekir. Hayatın olağan akışında afiş, sinema salonu önünde sergilenir, orada duyurulur/çağrıda bulunulur izleyici adaylarına. Yeni olanakların değerlendirilmesi niteliğindeki billboardlarda sergilemede oyuncuların/mirasçıların çıkarı da göz önünde tutulmalıdır. Afişlerdeki karikatürün, yeni mecrada gösterim için kullanılması hukuka uygun değildir. Bütün hakların yapımcı firmaya ait olduğu yargısına temkinle yaklaşılmalıdır. Afiş olarak düşünülen/hazırlanan karikatürlerin olağan ortamı dışında kullanılması izin gerektirir. Güzel sanat eseri niteliği taşıyan taşıması, tasvir edilen kişinin görüntüsünün reklamda kullanılmasıdır aslolan. Karikatür, kişinin tasviridir, kişilik hakkı değerlerindendir (MK m. 23 vd). Kullanımda ilgilinin, mirasçılarının rızası alınmalıdır.

Uyuşmazlık konusu üç film 1995’ten önce (komşu hak sahiplerini koruyan hüküm kanunda yokken) çevrilmiştir. Anlaşıldığı kadarıyla mali haklar bütünüyle (süresiz, daha doğrusu koruma süresi boyunca) fer’i müdahil yapımcıdır. Metindeki malik ve hak sahibi ifadesinin anlamı budur. Çoğu olayda, neredeyse otuz yıldır komşu hak sahipleri, icracı sanatçılardan sinema oyuncuları kanunla korunurken de durum budur. Davalıya süreli olarak mali hakların bir kısmını kullanma (yayın) yetkisi (lisans) tanınmıştır. Açıkça ifade edilmemekle birlikte lisans basit olsa gerektir. (Bütün hakları peşinen alan yapımcının, bir kişiye bazı yetkileri bütünüyle devretmesi, ‘yapımcılığın olağan akışı’na aykırıdır!)

Yapımcının, filmlerin maliki ve hak sahibi olduğu ileri sürümünü başka bir açıdan biraz irdeleyelim: Malik, mülkiyet hakkına sahip kişidir. Mülkiyetin konusu taşınır ya da taşınmaz

eşyadır (MK m. 704, 762). Mülkiyet en geniş yetki tanıyan ayni haktır (MK m. 683/I). Mülkiyetin konusuyla, tespit edilen fiziksel ortam kastediliyorsa, onun eşya olarak değerinden söz edilemez (taşınırdır, maddi değeri pek azdır, MK 762). Yağlı boya tablo ile karşılaştırıp açıklayalım. Çerçevenin, tuvalin değeri (bunlar da taşınırdır), tablodaki çizimin yanına yaklaşamaz. Şöyle söyleyelim, eşya değil tablo, fonogram değil, tespit edilen görüntüler/sesler değerlidir. Güzel sanat eseri, sinema eseridir maddi/manevi değer taşıyan.

1995 yılı öncesine ait film bilgisini, yapımcının malik ve bütün hakların sahibi olduğu yargısını medeni hukuk temelleriyle/ilkeleriyle de ilişkilendirerek icracı sanatçı oyuncuların durumlarını değerlendirmek gerekir. “Nemo plus” kuralı da denebilecek ilke ile başlayalım. Bütünüyle aktaralım: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet”. Türkçesi: “Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez.” İlke fikir ve sanat eserleri hukuku alanında da geçerlidir. Aslen eser sahibinin mali hakları, malvarlığını etkileyen işlemleri açısından kaleme alınmış hükümlerde yer alır.

Bu içerikteki hükümlerden biri uyarınca eser sahibinin, meydana getirmediği veya tamamlamadığı eserleri üzerindeki mali haklarının devri işlemleri batıldır (m. 48/III). Bir başka hüküm uyarınca yürürlükteki kanunda eser sahibine tanınmamış mali hakların/hakları kullanma yetkisinin (lisans) devrine, mali hakların kapsamının genişletilmesi veya koruma süresinin uzatılması durumunda (ileride) doğacak haklardan vazgeçmeye veya hakların devrine yönelik sözleşmeler batıldır (m. 51). Yorumda göz önünde tutulması gereken bir hükmü daha aktaralım: Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekir (m. 52). Bu hükümlerin üçü de buyurucu niteliktedir³⁶. Üçü de hukuki işlemin içeriğe dair geçerlik koşullarından biriyle (aynısıyla) ilgilidir. Geçerlik koşulunda ilk sırada korunan kamu düzenidir. Buyruklara aykırı sözleşme hükümlerinin kaderi kesin hükümsüzlüktür (BK m. 27)³⁷.

Değerlendirmeye esas kararın öznelarini asıl alıp, son hükümden başlayarak yorumlayalım. Yapımcıların; sinema eseri sahipleriyle, icracı sanatçı oyuncularla yaptığı sözleşmelere koydukları, bütün mali hakların devredildiği yönündeki hükümler kesin

³⁶ Kanunların nitelik açısından uygulanması, buyurucu hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Belen/Köksal**, s. 33 vd.

³⁷ Hukuki işlemin içeriğine ilişkin geçerlik koşulu, aykırılığın kaderi hükümsüzlük konusunda bilgi için bkz. **Belen/Köksal**, s. 213, 229, 232, 239.

hükümsüzdür. Sözleşme konusu hakların kanundaki madde başlıklarıyla sayılarak (örneğin, çoğaltma, yayma, temsil haklarının), yahut örneğin maddedeki çoğaltma yöntemi sayımının tekrarıyla bütünüyle devredildiği yönündeki hükümler de kesin hükümsüzdür. Örneği somutlaştıralım: Bir yazarın romanına dair, aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkını bütünüyle bir yayınevine devrettiğine ilişkin hüküm, konu olan hakkın ayrı ayrı gösterilmesi anlamına gelmez. Bu tür bir hükümle bütün çoğaltma yolları yayıncıya devredilmiş olmaz. Çoğaltma yollarının tek tek sayılması gerekir, içeriğin somutlaşması gerekir, eser sahibinin hangi yetkileri devrettiğini bilmesi/anlaması gerekir³⁸. Örnekteki gibi sayımla hakların devredildiğine, geçerliğine hükmetmek, yayıncıyı, yapımcıyı korumaya hizmet edecektir. Oysa FSEK aslen eser sahiplerini, ondan sonra komşu/bağlantılı hak sahiplerini korumak için vardır.

Konumuzla ilgili umuma iletim hakkından örnek verelim. Umuma iletim, 2001’de madde başlığı da değiştirilerek düzenlenmiş bir mali haktır³⁹. Daha önce kanunda olmayan bir hakkı eser sahipleri yapımcıya devretmiş olamaz. Devre ilişkin hükümler varsa da kesin hükümsüzdür. (Anımsayalım m. 51.) Eser sahibine sahip olmadığı hakları devretmeyi yasaklayan kanunun, mali hak sahibine izin vereceği düşünülemez. O halde umuma iletim hakkı kanunda yokken çekilmiş filmlerle ilgili sözleşmelerdeki, bütün hakların yapımcılara süresiz devrine ilişkin hükümler kesin hükümsüzdür.

Konumuza gelelim hemen: Sinema eserini dijital televizyon kanalında yayınlama hakkı 2001’den önceki kanunda yoktur. 2001’den önce çekilen sinema eserlerinin sahipleri açısından m. 25’te düzenlenen hak, ileride çıkacak mevzuatın tanıdığı bir haktır. Yapımcı ile yaptıkları sözleşmelerde bu hakları devretmiş olamazlar. “Malik ve mali hak sahibi” yapımcılar bu haklara sahip değildir. Meğer ki yapımcılar eser sahipleriyle hüküm değişikliği sonrası sözleşme yapmış, anılan hakları devralmış olsunlar.

³⁸ Bu yönde bir kararın ilgili kısımlarını aktaralım: FSEK’in 52. Maddesine göre eser sahibinin devrettiği mali hakların neler olduğunun yazılı sözleşmede açıkça belirtilmesi zorunludur; taraflar arasındaki sözleşmede sadece video gösterim hakkı devredilmiştir; filmlerin televizyonda gösterim hakları devir kapsamında değildir; sözleşmenin daha geniş yoruma tabi tutulması anılan yasa hükmü karşısında mümkün değildir; televizyonda yayın haklarının da devredilmesi amaçlanmış olsa sözleşmeye bunun açıkça yazılması gerekir, (Yargıtay 11. HD, T. 2.12.1997, E. 1997/7178 K. 1997/8785).

³⁹ 4630 sayılı kanundan önce madde başlığı Radyo ile Yayın Hakkıdır.

Gelelim sinema oyuncularına: Bir an için icracı sanatçı oyuncuların, sadece 1995 yılından sonra çekilen filmlerde hak sahibi olduklarını kabul edelim. Bu yargı tersiyle, o tarihte yürürlükte olan kanunda tanınan haklara sahip olmadıkları, onlara söz hakkı tanınmadığı anlamına gelir. Peki oyuncuların 1995'ten önce çevrilmiş filmleriyle ilgili, o tarihten sonra tanınan umuma iletim hakları kimindir? Oyuncularla yapılan sözleşmelerde, bütün hakların devralındığına ilişkin hükümler, sözleşme yapıldığında yürürlükteki kanunda tanınmayan hakkın yapımcıya ait olduğu yargısına götürebilir mi bizi? **Oyuncunun hakkı yokken, yapımcının hakkı evleviyetle yoktur!** Böyle bir olasılıkta kanımızca, eserin yaratılmasından sonraki bir tarihte tanınan haklar, hak sahibi kategorisi itibarıyla da değerlendirilmelidir. Bu bağlamda oyuncular, komşu hak sahibi sıfatı taşımadıkları zaman çevirdikleri filmler konusunda, hak sahibi sıfatının tanınmasından sonraki tarihlerde yasada düzenlenen haklar açısından söz hakkına sahip olmalıdır.

Özetle, 1995'ten önce çevrilmiş bir filmde rol alan oyuncuları, 2001'de kanunda düzenlenen umuma iletim hakkının sahibidir, yapımcı umuma iletim konusunda hem eser sahiplerinin hem icracı sanatçıların rızasını almalı, umuma iletimin bedelini ödemelidir. Bu tür bir yargı, alanın özelliği dolayısıyla hukuka uygundur. Hakkaniyet dolayısıyla hukuka uygundur. Çünkü fikir ve sanat eserleri alanında, kanunların zaman olarak yürürlüğü ilkesi özellik taşımaktadır.

Fer'i müdahil yapımcının, oyuncuları ileri sürmedikçe manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmeyeceği savunmasına da değinmek iyi olur. Mirasçıların ileri sürümünün, mirasbırakanlarının manevi tazminat hakkıyla ilgisi yoktur. Yayımlanan karikatürlerin, mirasbırakanları hakkında oluşturduğu yargının, toplumda yaratılan izlenimin kendilerini üzdüğünü söylemektedirler. Talepleri, kendi üzüntülerine/hukuken manevi zararlarına/haklarına dayanmaktadır.

SONUÇ

Metni, Hirsch ile bitirelim. Türkiye'den sonra görev yaptığı Berlin Hür Üniversite'ye gidişinde, Ernst Reuter'in şu sözlerinin etkisi olduğu kesindir: "İstanbul ve Ankara Üniversitelerinin kuruluşunda ön safta yer aldınız. Bu yirmi yılda kazandığınız tecrübelerinizin meyvalarını yeni Berlin Üniversitesinin inşasında da ortaya koymanız mümkün değil mi? Bize

çok değil üç yıl yardım etseniz, köşeyi döneriz.” Berlin’e gider Hirsch; gider gitmez rektör seçilir, bu görevi iki dönem yürütür, emekliye ayrılana kadar da orada kalır.

Ankara Hukuk’ta kendisine ithaf edilen armağanda, artık profesör olmuş asistanı şunları söyler: “Hirsch kadar popüler bir yabancı profesörü pek az hatırlarım. Hoca, bizim Fakültenin âdeta mütemmim cüzü olmuştu. Akademik çalışmanın, ilmi titizliğin, fikri bağımsızlığın, işbirliği ahlakının, mesleki dostluğun ve anlayışın en güzel örneklerini vermiş olan Hirsch’in aziz hatıraları Fakülte Kütüphanesinden, ders salonlarından, öğrenci sıralarına kadar müessesemizin her köşesine öyle derin bir şekilde sinmiştir ki ne Profesörün biyografisi bizde geçen yıllarından ne de Fakültemizin tarihi onun paha biçilmez faaliyetlerinden mücerret olarak nakledilebilir. Kısacası, her köşemizde Hirsch’ten bir şey bulmak mümkündür. Ve bu da az bahtiyarlık değildir!...”⁴⁰

⁴⁰ Hirsch, Hâtıralarım, s. 448, 446.

KAYNAKÇA

Anders, Günther, İnsanın Eskimişliği, (Çev. Belen, Herdem/Ertürk, Hüseyin, [1. Cilt, İstanbul 2017]).

Belen, Herdem, Miras Hukuku, Şema Kitap, İstanbul 2021.

Belen, Herdem/Ercan Çıtaklayım, Cannur, Malvarlığı Değeri Olarak Eser ve Malvarlığına Etki Açısından Eser Sahibinin İşlemleri, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012.

Belen, Herdem/Köksal, Mehmet, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları, Şema Kitap, İstanbul 2020.

Belgesay, Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1956.

Hirsch, Ernst E., Hâtıralarım, (Kayzer Dönemi-Weimar Cumhuriyeti-Atatürk Türkiye'si, [Çev. Fatma Suphi], Ankara 1985.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

BEŞİNCİ BÖLÜM:
MESLEK BİRLİKLERİ

**5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Toplu Hak Yönetimi
Kapsamında Meslek Birliklerine Dair Düzenlemeler ve Uygulamada Karşılaşılan
Sorunlar**

Av. Dr. Barış ŞENSOY* / Av. Sinan HASSAS**

GİRİŞ

Telif hakkı kavramı, Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü'ndeki tanımıyla “*bir fikir veya sanat eserini yaratan kişinin, bu eserden doğan haklarının hepsi, telif, yazar hakkı, röyaltı*”¹ şeklinde ifade edilmektedir. Günlük konuşmada “*telif hakkı*” olarak ifade edilen haklara ilişkin hukuki düzenlemeler ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'de yer almaktadır. FSEK'in temelini, bir fikri çaba neticesinde meydana getirdiği eserin yaratıcısı olan eser sahibine tanınmış münhasır haklar teşkil etmektedir². Eser sahibine tanınmış bu münhasır haklar sayesinde yaratıcı düşünce ve fikri emek ile aslında topluma ait kültürel hafıza da korunmakta, bu sayede de sanat ve kültüre yönelik yaratımlar teşvik edilmektedir.

Eser sahibine tanınmış bu münhasır hakların ise fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında gerek uluslararası gerekse de ulusal düzenlemelerde mali ve manevi haklar olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir³. FSEK uyarınca eser sahibine tanınmış manevi haklar; umuma arz salahiyeti, adın belirtilmesi hakkı ve eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı iken mali haklar; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim olarak düzenlenmiştir. Eser sahibine ait manevi haklar adından da anlaşılacağı üzere eser sahibinin kişiliğine ve maneviyatına bağlı haklar olup bu hakların devri mümkün kılınmamıştır. Buna karşın mali haklar devredilebilmektedir. Bu tercihin dayandığı sebep ise mali hakların daha çok eser sahibinin ekonomik menfaatine yönelik ve eserin umuma erişimini kolaylaştırarak halka yayılmasını

* İstanbul Barosu.

** İstanbul Barosu.

¹ <https://sozluk.gov.tr/>

² Okutan Nilsson, Gül / Tosun, Yalçın / Çataklar, Eda, Görsel İşitsel Sektörde Toplu Hak Yönetimi, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 116.

³ Semiz, Özgür, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yönetim Bilimleri Dalı, Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Kamusal Denetimin Boyutları, Ankara, 2020 (Doktora Tezi), s. 26.

sağlamak ve aynı zamanda eserden ekonomik olarak faydalanmasına imkan tanıyacak haklar olmasından gelir.

Eser sahibi mali haklarının takibini bireysel olarak yapabilir. Ancak bireysel hak takibi, özellikle günümüz dünyasında, eserin kullanım sayısının fazlalığı, çok sayıda farklı mecrada farklı şekilde kullanılma imkanının olması, hak takibi için harcanacak zaman ve masraf göz önüne alındığında oldukça zahmetli bir iştir. İşte bu sebeple bir toplu hak takibi sistemine ihtiyaç olduğu açıktır. Telif haklarının toplu yönetimi ise 1700’lü yıllardan bu yana Avrupa’da uygulanan bir sistem olmasına karşın⁴ ülkemizde bu sistemin uygulamaya geçmesi oldukça uzun zaman almıştır. Zira toplu hak yönetimi sisteminin temelini; hukuki statüsü ve örgütsel yapısı ülkeden ülkeye farklılık gösterse de⁵, hak sahipleri tarafından kurulan ve telif haklarının takibi ile telif hakkı bedelinin tahsili hususunda faaliyet gösteren meslek birlikleri teşkil etmektedir. Ülkemizde meslek birliklerine ilişkin kanuni düzenleme 5846 sayılı FSEK’de yer almış, 1983 Tarihli 2936 Sayılı Kanun ile dört eser grubu (ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserleri) için meslek birliği kurulması zorunlu hale getirilmiş⁶ olmasına karşın meslek birliklerinin kuruluşu oldukça geç olmuştur. Bu yönde 1987 yılında müzik eseri sahipleri alanında ilk meslek birliği kurulmuş olsa da meslek birliklerinin asıl etkin olduğu dönem 2000’li yıllardan itibaren başlamıştır. Burada da ancak müzik eseri alanında faaliyet gösteren meslek birlikleri etkin bir rol oynamakta iken, sinema eseri, ilim ve edebiyat eseri, güzel sanat eseri alanlarında faaliyet gösteren meslek birliklerinin ise halen gelişme aşamasında oldukları söylenebilecektir⁷.

Toplu hak takibi ve dolayısıyla toplu hak yönetimi sisteminin temelini oluşturan meslek birliklerine ilişkin düzenlemeler ise hukukumuzda FSEK m. 41 vd. maddelerinde yer almaktadır. Umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanılması ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar başlıklı 41. madde ile umuma açık mahallere ilişkin toplu hak yönetiminde esaslar belirtilirken, FSEK m. 42’de meslek birliklerinin kurulması ve bakanlığın denetimi, 43. maddede ise eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanmasına

⁴ Olsson, Tarja Koskinen / Lowe, Nicholas, Toplu Hak Yönetiminin Genel Özellikleri, Yaybir, Müyap ve Çevbir Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi Eğitim Materyali, İstanbul, 2017, s. 20.

⁵ Koskinen-Olsson / Lowe, s. 26.

⁶ Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018, s. 139.

⁷ Şensoy, Barış, “Toplu Hak Yönetimi Çerçevesinde Musiki Alanındaki Meslek Birliklerinin Lisanslama Uygulamaları ve Ortaya Çıkan Sorunlar Üzerine Bazı Düşünceler”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 7, Haziran 2016, s. 3.

ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar düzenlenmektedir. Bu hükümlere ek olarak Kanuna göre çıkarılmış; meslek birliklerinin kurulması, denetlenmesi, organları, üyelerinin sayısı ve görevleri vb. hususların düzenlendiği, Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği⁸ (Yönetmelik) ile meslek birliklerinin hak takip yetkisinin dayanağı olan üyelik yetki belgelerine ilişkin Meslek Birliklerine Verilecek Üyelik Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik⁹ (Yetki Belgesi Yönetmeliği) bulunmaktadır.

Çalışmamızın çerçevesini FSEK kapsamında toplu hak yönetimine ilişkin düzenlemeler oluşturacaktır. Toplu hak yönetiminden bahsedildiğinde ise tabi ki bu sistemin baş aktörü meslek birliklerine ilişkin düzenlemeler önemli bir yer tutmaktadır. Bu doğrultuda FSEK 41, 42 ve 43. maddelerde toplu hak takibi ve meslek birliklerine ilişkin düzenlemeler ve ilgili yönetmelikler incelenerek, bu hükümlerin uygulanması aşamasında meslek birliklerinin karşılaştığı sorunlara ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. MESLEK BİRLİKLERİNİN KURULMASI (FSEK m. 42)

A. Meslek Birliği Kurulabilecek Alanlar ve Tüzel Kişilik Kazanılması

FSEK m. 42/1’de yer alan “*Eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri, (Ek ibare: 3/3/2004-5101/12 md.) ile bu Kanunun 52 nci maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle eser veya hak sahibinden malî hakları kullanma yetkilerini devralarak bu Kanunun 10 uncu maddesine göre ilim-edebiyat eserleri üzerindeki hakları kullanarak, süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanlar (2) üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda birden fazla meslek birliği kurabilirler.*” düzenlemesi ile meslek birliklerinin kurulması hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemeden hareketle eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri ve yayımcılar meslek birliği kurabilirler¹⁰. Yönetmelik m. 4 uyarınca da meslek birliği kurulabilecek alanlar ve kişiler; eser sahipleri bakımından, ilim ve edebiyat eseri sahipleri, musiki eseri sahipleri, güzel

⁸ Resmî Gazete Tarihi: 07.04.2022 Resmî Gazete Sayısı: 31802.

⁹ Resmî Gazete Tarihi: 07.11.2020 Resmî Gazete Sayısı: 31297.

¹⁰ **Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt 1-2, Ankara, 2014 s. 1373.

sanat eseri sahipleri, sinema eseri sahipleri, bağlantılı hak sahipleri bakımından; icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları, film yapımcıları, kitap yayımcıları olarak sıralanmıştır.

Hükümde geçen “...üye olma niteliklerini taşıyan gerçek veya tüzel kişiler meslek birliği olarak faaliyet gösterebilmek için izin almak üzere Bakanlığa başvurmak zorundadırlar. Meslek birlikleri bu izni aldıktan sonra kuruldukları alanda faaliyet gösterirler.” (FSEK m. 42/1) ifadesi ile Bakanlık’tan alınacak iznin kurucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹. Bu hususta Yargıtay da 02.05.2011 tarihli bir kararında; meslek birliklerinin ancak faaliyet izni aldıktan sonra telif takibinde bulunabileceğine hükmetmiştir¹².

B. Meslek Birliklerinin Hukuki Statüsü

FSEK m. 42/3’e göre “Meslek birlikleri ve federasyon özel hukuka tabi tüzelkişilerdir. Üyeleri sermaye koymak, kar ve zarara, hukuki mesuliyete iştirak etmekle yükümlü tutulamazlar.” şeklinde ifade olunmak suretiyle meslek birliklerinin özel hukuka tabi tüzel kişiler olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla meslek birlikleri Anayasa m. 135 kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olarak değerlendirilmemiştir¹³.

Söz konusu düzenlemelerden meslek birliklerinin kurulması ve özel hukuka tabi tüzel kişi statüsünde olacağı anlaşılmakta ise de bu tüzel kişiliğin hukuki niteliğine ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki meslek birliklerinin hukuki statüsüne ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Öncelikle yukarıda bahsi geçen mevzuat hükümleri ve FSEK m. 42/5’nin 4/10/1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu’na yapmış olduğu atıf ve yine 42. Maddede yer alan “Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunla tanınmış hakları, ülke içinde bu maddeye göre kurulan meslek birlikleri dışında; başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemez” şeklinde derneklere işaret eden hükümler de dikkate alındığında meslek birliklerinin dernek statüsünde olabilecekleri ileri sürülebilir. Ancak öğretide Tekinalp, Türk hukukunda ticari amaçlı dernek kurulamıyor olması buna karşılık meslek birliklerinin ana faaliyetinin kar paylaşımına yönelik olmasından ötürü, doğrudan dernek statüsüne yönelik

¹¹ Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 1376.

¹² Yargıtay 11. HD. E. 2009/12371 K. 2011/5325 T. 2.5.2011 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

¹³ Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 1378.

yaklaşımın yerinde olmayacağı ek olarak adi ortaklık hükümlerinin de kıyas yolu ile uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁴.

Bu konuda farklı bir görüş ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nda adi ortaklık başlığı altında yer alan hükümlere denk düşen 818 Sayılı Borçlar Kanunu (eBK) 520. Maddesinden hareketle meslek birliklerinin bir nevi “hak takibi ortaklığı” olduğuna ilişkin görüştür¹⁵. Bu yaklaşıma göre meslek birlikleri eBK m. 520 vd. hükümleri ile ortaklıklarda bulunması gereken unsurlar (şahıs, akit, sermaye, müşterek gaye) bakımından değerlendirildiğinde bu şartların karşılandığı ve bu nedenle ticari ortaklık olarak kabul edilebileceği ancak meslek birliklerinin elde ettiği geliri üyelerine dağıtması bakımından aynı zamanda kamusal bir faaliyette de bulunduğu bu nedenle kanunda düzenlenmiş ortaklık tiplerinden farklı olarak *sui generis* bir tür ortaklık olduğu görüşü mevcuttur¹⁶.

Açıklandığı üzere meslek birliklerinin hukuki statülerine ilişkin değerlendirmelerde genel itibariyle tartışmaların dernek, ticari ortaklık veyahut *sui generis* bir ortaklık üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir¹⁷. Bu noktada dernek statüsüne ilişkin olarak her ne kadar FSEK m. 42’de Dernekler Kanunu’na atıf ve dernekler ile ilişki kurulabilecek hükümler yer alsa da gerek Dernekler Kanunu 2. Maddesinde yer alan dernek tanımından¹⁸ gerekse de FSEK m. 42’den atıfla gönderme yapılan Dernekler Kanunu’nun ilgili hükümleri incelendiğinde -her ne kadar FSEK m. 42’de atıf yapılan Dernekler Kanunu mülga hale gelmiş olsa da yeni Dernekler Kanunu denk düşen hükümleri açısından da- söz konusu hükümlerin meslek birliklerinin hukuki niteliğini belirtmekten ziyade dernek yapısı ve işleyişine ilişkin hususlar olduğu göz önüne alındığında, meslek birliklerinin dernek statüsünde olduğuna ilişkin yorumun kabul edilemeyeceği söylenebilir. Ticari ortaklık açısından ise meslek birliklerine ilişkin genel açıklamalar ve tanımlardan da yola çıkılabileceği üzere burada söz konusu olanın üyelerin kar ve zarara ortak olmaları hususundan ziyade aşağıda meslek birliklerinin lisanslama faaliyetine dair bölümde daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere meslek birliğinin üyeleri adına yaptığı

¹⁴ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 295.

¹⁵ Mısır, M. Bayram, “Fikri Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Yeri”, Fikri Mülkiyet ve Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu, S. 4, 2002, s. 45 vd.

¹⁶ Mısır, s. 47.

¹⁷ Erverdi, Zeynep, Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki, Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011, s. 22.

¹⁸ “Dernek: Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını,”

sözleşme vb. yollardan elde ettiği gelirlerin üyelere dağıtılmasıdır. Ek olarak FSEK m. 42/3 “*Meslek birlikleri ve federasyon özel hukuka tabi tüzelkişilerdir. Üyeleri sermaye koymak, kar ve zarara, hukuki mesuliyete iştirak etmekle yükümlü tutulamazlar*” hükmü de dikkate alındığında üyelerin sermaye koyma yükümlülüğün bulunmadığı, bu şartın gerçekleşmeden de meslek birliklerinin hukuki varlığını sürdürebilir olmaları dolayısıyla ticari ortaklık olarak nitelendirilmesine ilişkin önerilerin de yerinde olmayacağı belirtilebilir.

Neticede öğretilde bir görüş birliği olmasa da meslek birliklerinin Bakanlık denetiminde olmaları¹⁹, faaliyetleri ile ticari ortaklıklardan ve derneklerden ayrı bir konumda olmaları, yine kamusal menfaate yönelik olarak değerlendirilebilecek çalışmaları birlikte değerlendirildiğinde *sui generis* bir yapıya sahip oldukları düşünülebilir. Kanaatimizce de meslek birlikleri tam manasıyla ne bir dernek ne de bir ticari ortaklık olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla meslek birliklerinin bu karma yapısı da dikkate alındığında *sui generis* bir yapıya sahip olduğu söylenebilecektir. Ancak bu tartışmalara nokta koymak adına konuya ilişkin ayrı bir kanuni düzenlemenin yapılması gerektiği de belirtilmelidir²⁰.

C. Aynı Alanda Birden Fazla Meslek Birliği Kurulması

1995 Tarihinde FSEK’in 42. Maddesinde yapılan değişiklikle birlikte birden fazla meslek birliği kurulmasına izin verilmiş, buna ek olarak 2001, 2004 yıllarında yapılan değişikliklerle birlikte eser sahipleri meslek birliklerinin yanında bağlantılı hak sahiplerinin de meslek birliği kurmalarının önü açılmıştır. Kimi yazarlarca bir alanda birden fazla meslek birliği kurulabilmesinin toplu hak müessesine uygun düşmeyeceği söylene²¹ de bugün gerek eser sahipleri gerekse de bağlantılı hak sahipleri adına hak takibi yapan birçok meslek birliği bulunmaktadır. Bu durumun dayanağı olan FSEK m. 42/2 “*Aynı alanda, başka bir meslek birliğinin kurulabilmesi için, yukarıda zikredilen kurucu üye sayılarından az olmamak kaydıyla o alanda kurulmuş en fazla üyesi olan meslek birliğinin üye tam sayısının 1/3’ü kadar üye olma niteliklerini taşıyan gerçek veya tüzel kişiler faaliyet izni almak üzere Bakanlığa başvururlar. Bakanlığın bu başvuruyu uygun bularak izin vermesi halinde faaliyet gösterirler. Her birlik ihtiyaçlar doğrultusunda şubeler açarak çalışabilir. Aynı alanda kurulmuş en az iki meslek*

¹⁹ FSEK m. 42/B

²⁰ Erverdi, s. 23.

²¹ İlhami Güneş, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 228 ayrıca bkz. Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018, s. 140 ve Mısır, s. 27 vd.

birliği, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ve tip statülerin belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde federasyon kurabilir. Aynı alanda birden fazla federasyon kurulamaz.” düzenlemesinden de anlaşıldığı üzere aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulması serbest bırakılmıştır. Aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulabilmesi için ise FSEK m. 42 gereği aynı alanda kurulmuş meslek birliği üye tamsayısının 1/3’ü kadar, üyelik niteliklerini taşıyan gerçek ve/veya tüzel kişilerin bir araya gelerek Bakanlığa başvuruda bulunması gerekmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulmasına izin verilmesi öğretide; toplu hak takibi ile bağdaşmadığı, telif tahsili ve dağıtımını zorlaştırdığı yönünde²² eleştirilere neden olmaktadır. Ancak dikkat edileceği üzere bu eleştirilerin baskın yönü, pratikte yaşanan sorunlardan yola çıkılarak yapılmış değerlendirmeler olmalarıdır. Oysaki pratikte yaşanan sorunların temel kaynağı aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulabilmesi değil, kurulan meslek birliklerinin uyumlu çalışıp çalışamamasına bağlıdır. FSEK ilgili hükmü ile tanınan serbestinin anayasal rekabet ile gelir ve sistemi geliştirmeye teşvik açısından olumlu bir düzenleme olduğuna kuşku yoktur. Bunun yanında pratik fayda veya problemlerinden ziyade daha da önemlisi, söz konusu serbestinin örgütlenme hakkı kapsamında tanınmış anayasal bir hakkın yansıması olmasıdır. Bu halde uygulamada bir takım sorunlar yaşanıyor olmasının anayasal hakkın uygulanması karşısında hukuken geçerli bir sav olamayacağı da ifade edilebilir. Bu nedenle kanaatimize göre hem bir anayasal hakkın kullanılması hem de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) kapsamında aynı alanda tek bir meslek birliğini şart koşmanın rekabete aykırı yönü gözetildiğinde aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulmasına ilişkin Kanun koyucunun tercihi yerinde bir tercihtir. Ancak bu serbestinin tanınmış olması, meslek birliği kurmak isteyen herkesin her koşulda meslek birliği kurabileceği anlamına da gelmemektedir. Burada esas alınması gereken, Kanun koyucunun mali ve idari yönden koymuş olduğu kriterlere uyulması ve bununla birlikte bu kriterle uyulup uyulmadığının etkin bir şekilde denetlenmesidir. Bu hususa ilişkin Yönetmeliğin 6. maddesi ile aynı alanda kurulacak başka meslek birliğinin Bakanlığa başvurusu, istenen evraklar ve yerine getirilmesi gerekli şartlar açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla aynı alanda başka bir meslek birliği kurulmasına izin verilmesi doğru bir yaklaşım olsa da gerek

²² **Akbilek, Meliha**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Fikri Mülkiyet Hukuku Bilim Dalı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Meslek Birlikleri, İstanbul 2011 (Yüksek Lisans Tezi) s. 131.

FSEK gerekse de Yönetmelikte yer alan şartların sağlanıp sağlanmadığı da sıkı bir şekilde denetlenmelidir.

D. Meslek Birliklerinin Organları ve Yapısı

Meslek birliklerinin mecburi organları FSEK'in 42. maddesinin 4. fıkrasında; genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu, teknik bilim kurulu ve haysiyet kurulu olarak düzenlenmiştir. Mecburi organlar, genel kurulun yapılması, mecburi organların teşekkül tarzı, meslek birliğine üyelik için gerekli koşullar, üye sayısı, üyeliğe kabul ve üyelik türleri, yurtiçi ve yurtdışındaki diğer kurum ve kuruluşlar ile diğer meslek birlikleri ile ilişkileri ise Yönetmeliğin 5. madde vd. hükümlerinde düzenlenmektedir.

Bu doğrultuda meslek birlikleri FSEK m. 42/4'de belirtilen hususlarda Yönetmeliğin 8. maddesine de uygun olarak düzenleyecekleri tüzüklerinde; birliğin adı ve merkezi, faaliyet alanı ve meslek birliğince takip edilen haklar, üyelikle ilgili düzenlemeler (üyelik kriteri, üyelik türleri, üyelikten çıkarılma koşulları ve üyeliğe ilişkin diğer hususlar), genel kurulun toplanma şekli ve zamanı, birlik organlarının görevleri, yetkileri, asıl ve yedek üye sayıları, telif gelirleri, tazminatlar ve bu gelirlerle yapılan yatırımlardan elde edilen gelirden kesilecek birlik payı, birliğin iç denetim şekli, birliğin feshi halinde mal varlığının tasfiye şeklini belirlemek zorundadırlar.

E. Meslek Birliklerinin Münhasır Toplu Hak Takip Yetkisi

FSEK m. 42/son "*Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kamunla tanınmış hakları, ülke içinde bu maddeye göre kurulan meslek birlikleri dışında; başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemez.*" hükmünü haizdir.

İlgili hükümden de anlaşıldığı üzere toplu hak takibi yetkisi meslek birlikleri tekeline verilmiştir. Bu hususta Yargıtay'ın görüşü de oldukça açıktır. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında "*5846 S. FSEK'in 21/02/2001 T. 13.03.2017 ve 4630 S. Kamun ile değişik 42/ son maddesi uyarınca, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin FSEK'de sayılan hakları, ülke içinde bu maddeye göre kurulan meslek birlikleri dışında, başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takibi yasaklanmış, diğer bir anlatımla, hak sahipleri dışında, FSEK'te sayılan hakları takip yetkisi meslek birliklerinin tekeline verilmiştir.*"²³ şeklinde görüş

²³ Yargıtay 11. HD. E. 2015/13493 K. 2017/1474 T. 13.3.2017 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

belirtmek suretiyle FSEK m. 42/son hükmü uyarınca meslek birliklerinin münhasır toplu hak yetkisini kabul etmektedir.

Toplu hak yönetimi açısından meslek birliğine münhasır yetki verilmesinin ise yerinde bir tercih olduğu ifade edilebilir. Ancak bu hüküm ile ifade edilen münhasır yetki; toplu hak takibinin meslek birliği dışında herhangi bir kurum, kuruluş veya kişilerce yapılamayacağına ilişkindir. Buna karşın meslek birliğine üye hak sahipleri açısından, bu kişilerin meslek birliğine devretmiş oldukları hakları bireysel olarak da takip edip, edemeyecekleri bir başka ifadeyle meslek birliklerinin zorunlu hak takip yetkisinin mevcut olup olmadığı tartışmalıdır²⁴. Bu konuya ilişkin değerlendirmeler meslek birliklerinin aktif dava ehliyeti çerçevesinde ayrıca ele alınacaktır.

F. Meslek Birliklerinin Hukuki Statüsü, Kurulması, Organları ve Yapısı ile Toplu Hak Takip Yetkisine Dair Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Görüldüğü üzere meslek birlikleri hukuki statüsünün tespiti noktasında FSEK’de açıklayıcı bir hüküm mevcut değildir. Öğretide de her ne kadar uygun düştüğü ölçüde Dernekler Kanunu ve TBK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilse de görüşler ağırlıklı olarak meslek birliklerinin *sui generis* bir yapısı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Meslek birlikleri üçüncü kişiler ile gerek lisanslama faaliyeti kapsamında gerekse de tüzel kişiliğine ilişkin iş ve işlemler sebebiyle hukuki ilişki halinde olmak durumundadır. İşte bu hukuki ilişkiler neticesinde çıkan, bir tarafın meslek birliği olduğu uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin görevli olacağı, özellikle meslek birliklerinin faaliyetlerinin yoğunlaştığı ilk dönemlerde uygulamada önemli bir sorun teşkil etmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) uyarınca genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir. Buna karşın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) uyarınca ticari işlerde (TTK m. 3) ve her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren konularda ise ticaret mahkemeleri görevlidir (TTK m. 4). Ancak meslek birliklerinin düzenlendiği FSEK m. 76 uyarınca “*Bu Kamunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava ve işler ile bu Kamundan kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, Sınai Mülkiyet Kamununun 156 ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerdir.*” hükmü uyarınca FSEK’de düzenlenen hukuki ilişkilerde görevli mahkemenin atıf yoluyla Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla işbu özel

²⁴ Okutan Nilsson / Tosun / Çataklar, s. 119.

düzenleme gereği meslek birliklerinin hukuki ilişkilerinden doğan davalarda görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar mahkemeleri olacağı açıktır. Keza Yargıtay da meslek birliklerinin genel kurulunda alınan bir kararın iptali istemiyle idari yargıda açılan davaya ilişkin vermiş olduğu kararda, görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olduğunu ifade etmiştir²⁵.

Bu sıkıntıların yanında söz konusu madde kapsamında, meslek birlikleri faaliyetini de etkileyen bir başka uyuşmazlık kaynağı meslek birliklerinin toplu hak takibi yetkisine ilişkindir. Açıklandığı üzere meslek birlikleri haricinde herhangi bir kişi kurum ya da kuruluşun toplu hak takip yetkisi bulunmamaktadır. Meslek birliklerinin bu yetkisi ise Yetki Belgesi Yönetmeliğine uygun olarak meslek birliklerince tanzim edilerek üyelerden alınan “*Üyelik Yetki Belgesi*”²⁶’ne dayanmaktadır. Bu duruma ek olarak yine FSEK ve Yönetmelik kapsamında meslek birlikleri uluslararası faaliyetleri kapsamında diğer ülke meslek birlikleri ile de anlaşmalar yapmakta²⁷ ve repertuarındaki eserlerin karşılıklı olarak korunmasını sağladığı gibi diğer ülke meslek birlikleri repertuarlarındaki eserlerin de yetki alanı çerçevesinde hak takibini gerçekleştirmektedir. Bu hak takibi sürecinde de müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinden örnek vermek gerekir ise; yurtdışında eser sahiplerinden aldıkları izin ile yayımcılık (edisyon) faaliyeti gösteren şirketlere ait yabancı müzik repertuarlarının Türkiye’de temsil haklarını elinde bulunduran alt-edisyon(yayımcı) şirketleri meslek birliklerine üye olmakta, bu şirketlerin temsil ettiği kataloglardaki eserler bu sayede meslek birliklerince koruma altına alınmış olmaktadır. Buna karşın özellikle herhangi bir lisans sözleşmesi olmadan yapılan izinsiz kullanımlara ilişkin savcılıklar nezdinde meslek birliklerince yapılan tespitler neticesinde izinsiz kullanıldığı saptanan yabancı eserlere ilişkin olarak savcılıkların, meslek birliklerinin hak takip yetkisi bulunmaması nedeniyle takipsizlik kararları vermesi, toplu hak takibi sistemini sekteye uğratmaktadır. Savcılıklar tarafından verilen bu kararların dayanağı ise Yargıtay Ceza Dairelerinin bu konudaki tutumudur. Zira Yargıtay 19. CD. E. 2015/5537, K. 2015/5779 T. 19/10/2015 sayılı bir ilamında “...*Kanun'un 52. maddesine göre ise, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve komuları olan hakların ayrı ayrı*

²⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2013/6353 K. 2013/21257 T. 25.11.2013 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

²⁶ Musiki Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği (MSG) örnek yetki belgesi için bkz. [https://www.msg.org.tr/upload/editor/files/uyelik-formlari/MSG%20%C3%9CYEL%C4%B0K%20BA%C5%9EVURU%20FORMU%20VE%20YETK%C4%B0%20BELGES%C4%B0%20-%20GER%C3%87EK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER\(2\).pdf](https://www.msg.org.tr/upload/editor/files/uyelik-formlari/MSG%20%C3%9CYEL%C4%B0K%20BA%C5%9EVURU%20FORMU%20VE%20YETK%C4%B0%20BELGES%C4%B0%20-%20GER%C3%87EK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER(2).pdf)

²⁷ Akbilek, s. 129.

gösterilmesinin şart olduğu; yine belirtilen Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik soruşturma ve kovuşturma usulünü düzenleyen 75. maddesindeki "71 ve 72. maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlıdır. Yapılan şikayetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet Başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikayet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığına verilmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir" şeklindeki düzenleme de nazara alındığında, müştekinin 6 aylık yasal şikayet süresi içerisinde dava konusu edilen eserler yönünden eser sahipleriyle E... M... Publishing ve bu firmayla da M... .. arasında mali hakların devir ve taahhüt sözleşmelerini ibraz etmediği..."²⁸ şeklindeki gerekçesiyle meslek birliklerinin davaya katılma ve anılan hüküm açısından temyiz hakkının bulunmadığına hükmetmiştir. Oysaki Yargıtay Hukuk Dairelerinin, yabancı meslek birlikleri ile yapılan temsilcilik sözleşmeleri çerçevesinde Türkiye'de faaliyet gösteren meslek birliklerinin de hak takip yetkisi olduğuna dair kararları mevcuttur²⁹.

Aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulması açısından ise yukarıda bu konuda bir serbesti tanınmasının yerinde bir tercih olduğunu ifade etmişsek de gerek FSEK m. 42/2 hükmü gerekse de Yönetmeliğin 6. maddesi ve bu hükmün yapmış olduğu atıf ile Yönetmelik 5. maddesi uyarınca Kanun koyucunun bu hususta getirmiş olduğu koşulların sağlanması şarttır. Bu koşulların sağlanıp sağlanmadığının denetimi ise ancak kamu gücü ile yapılabilecek olup, sıkı bir denetim yapılmadan aynı alanda başka bir meslek birliğinin kurulmasına izin verilmesi halinde bu durum ilgili alanda faaliyet göstermekte olan diğer meslek birliklerinin işleyiş ve faaliyetini olumsuz yönde etkileyecek, asıl amacı hak sahiplerinin menfaatinin korunması olan toplu hak takip sistemine zarar verecektir.

²⁸ Aynı yönde; Yargıtay 19. CD: E. 2021/1043 K. 2021/4876 T. 27.4.2021; Yargıtay 19. CD: E. 2018/6232 K. 2021/2719 T. 10.3.2021 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

²⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2008/9820 K. 2010/1533 T. 08.02.2010; Yargıtay 11. HD. E. 2007/12858 K. 2009/2340 T. 02.03.2009 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

II. MESLEK BİRLİKLERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE TARİFELER (FSEK m. 42/A)

A. Meslek Birliklerinin Yükümlülükleri

FSEK m. 42/A-1 uyarınca meslek birliklerinin yükümlülükleri belirlenmiştir. İlgili hükümde de ifade olunduğu üzere bu yükümlülükler;

a. Temsil edilen eser, icra, fonogram ve yapımlar ve üyelerine dair bilgilerin Bakanlığa bildirilmesi ve bu bildirimleri güncellemesi,

b. Hak sahibi üyelerinin faaliyetlerinden kaynaklı hakların idaresinde hakkaniyete uygun koşulları sağlaması,

c. Toplu hak takibi neticesinde elde edilen gelirleri, dağıtım plânlarına uygun olarak hak sahiplerine dağıtması,

d. Temsil edilen eser, icra, fonogram ve yapımlar ile ilgili yazılı bilgi taleplerini yerine getirmesi,

e. Toplu hak yönetimi kapsamında kullanıcılarla sözleşme akdederken hakkaniyete uygun davranması, menfaatler gözetilerek gerekli indirim ve kolaylıkların sağlanması,

f. Süresinde ücret tarifelerini belirlenmesi, duyurulması ve güncel tutulması,

g. Hesaplarının yeminli müşavire onaylatılması, şeklinde ifade olunmuştur. Bunun yanında ilgili hükümde yükümlülükler sayma yöntemi ile düzenlenmiş olup, sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi benimsenip, benimsenmediği ise açık değildir. Kanaatimizce meslek birliklerinin asgari yükümlülüklerinin bu hükümde yazanlar ile sınırlı olduğu kabul edilebilir. Ancak bunun haricinde meslek birlikleri üyelerinin menfaatleri doğrultusunda olmak ve mevzuatta belirtilen görev tanımıyla sınırlı olmak kaydıyla elbette genel kurullarının kendilerine yükleyeceği görevleri de yerine getirmesi gerekecektir.

B. Tarifeler

FSEK m. 42/A-1 uyarınca meslek birliklerinin ücret tarifleri belirlemek ve duyurmak ile bu tarifeleri güncellemek yükümlülüğü olduğu hüküm altına alınmıştır. FSEK m. 42/A-2 ve A-3. fıkralarıyla ise tarife belirlenmesi ve tespitinde göz önünde bulundurulması gereken

kriterler belirlenmektedir. Bu kriterler arasında; ülkenin ekonomik ve toplumsal koşullarına uyumlu tarifler belirlemek, sektörü tahrip edici, üretimi ve kullanımı engelleyici uygulamalardan kaçınılması, rekabeti bozucu şartlarda olmaması vb. gibi birtakım kriterler belirlenmiştir.

Hükmün devamında aynı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerinin tarife tespitinde ortak hareket edebileceği düzenlenmiş ise de ilgili madde uyarınca meslek birlikleri yalnızca tarife tespiti için değil kullanıcılar ile yapılacak sözleşmeler ve toplu hak yönetimi kapsamında Kanun uyarınca diğer iş ve işlemlerde de birlikte hareket edebilirler (FSEK m. 42/A-3)

Aynı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerinin ortak tarife yapması durumunda, meslek birliklerince temsil edilen eser, icra, fonogramların kullanım oranlarına ilişkin bilgiler hususunda Bakanlığa bildirimde bulunma zorunluluğu mevcuttur. Oranların tespitinde anlaşma sağlanmaması halinde ise bu tespiti Bakanlıkça kurulacak bir komisyonun yapacağı hükme bağlanmıştır (FSEK m. 42/A-4). Bu komisyon ise Bakanlık, Rekabet Kurumu ve meslek birlikleri temsilcilerinden oluşur. Komisyon kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilir.

C. Meslek Birliklerinin Aktif Dava Ehliyeti

Yukarıda da belirtildiği üzere meslek birliklerinin hak takip yetkisi üyelerinden almış oldukları yetki belgesi temelinde şekillenmektedir ve bu yetkiyle sınırlıdır³⁰. Dolayısıyla meslek birliği yetki almadığı bir hak açısından hak takibi yapamaz³¹. Bu konuda FSEK m. 42/A “*Meslek birliğine üye eser veya bağlantılı hak sahiplerinin alenileşmiş veya yayımlanmış tüm eser, icra, fonogram, yapıt ve yayınlarına ilişkin haklarının takibi meslek birliğine verilecek yetki belgesine göre yapılır...*” hükmü açıklayıcıdır. Yetki belgesinde yer alacak hususlar ise FSEK’e göre Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte belirlenir. Bu konuda çıkarılan Yetki Belgesi Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca yetki belgesinin konusu ve kapsamı “*Hak sahipleri, meslek birliğine üye olabilmek için bu Yönetmelik esaslarına ve meslek birliklerince belirlenen koşullara uygun olarak bir yetki belgesi vermek mecburiyetindedirler. Yetki belgesi verilmesiyle birlikte, yetki belgesine konu hakları tam ruhsat şeklinde kullanma yetkisine sahip olan meslek birlikleri, bu hakların idaresi ve takibi, telif ücretlerinin tahsili ve dağıtımı*

³⁰ Okutan Nilsson / Tosun / Çataklar, s. 119.

³¹ Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 1402.

konularında münhasıran yetkilidir.” şeklinde belirtilmiştir. Bu yetki belgesinin ise FSEK m. 52 hükmüne uygun olarak yazılı şekilde verilmesi gerekmektedir³².

Ancak bu yetkinin hukuki niteliğinin tespiti ile bağlantılı olarak aynı zamanda meslek birliklerinin aktif dava ehliyeti açısından da değerlendirme yapılması gerekmektedir. Keza meslek birliği koruması altındaki eserlere yönelik herhangi bir tecavüz halinde kimlerin dava açabileceği hususu önem arz etmektedir.

Öncelikle yinelemek gerekirse meslek birliklerinin aktif dava ehliyeti olduğu FSEK m. 42/1 ile hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla meslek birlikleri, koruması altındaki eserlere ilişkin tecavüz halinde bu ihlalin giderilmesi için FSEK ile eser sahibine tanınmış (m. 68. m. 69 vb.) taleplerle adli mercilere başvurabilecektir. Bunun yanı sıra meslek birlikleri, yine toplu hak takibi sisteminin amaçları doğrultusunda; ilgili mevzuat ve üyelerden alınan yetki belgesi kapsamında üçüncü kişilerle sözleşme yapma, mali hak bedellerini tahsil etme hususunda da yetkilidirler³³.

Uygulama bakımından, müzik alanında faaliyet gösteren meslek birlikleri örnek verilecek olursa; yetki belgelerinde tüm mali hakların takip yetkisinin devredilmediği ancak çoğaltma (FSEK m. 22), temsil (FSEK m. 24) ve umuma iletim (FSEK m. 25) haklarına ilişkin takip yetkisi sağlandığı görülmektedir³⁴. Bu doğrultuda bakıldığında meslek birliğine üye olmuş bir müzik eseri sahibinin eseri izinsiz olarak çoğaltıldığında veya umuma iletildiğinde bu ihlale ilişkin dava açma yetkisi yalnızca meslek birliğinde mi olacaktır yoksa hak sahibi de söz konusu tecavüzün giderilmesi için hukuki mercilere başvurabilir mi? Bu noktada belirtmek gerekir ki en başta yetki belgelerinde, meslek birliklerinin adli merciler önünde üyelerinin mali haklarını takip dava, icrai işlemlerine ilişkin yetki bulunmalıdır. Aksi halde meslek birlikleri kendisine verilmemiş bir yetkiyi kullanamaz³⁵.

³² Yavuz / Alca / Merdivan, s. 1404.

³³ Umuma açık mahaller özelinde de olsa konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Semiz, Özgür, “Umuma Açık Mahallerde Müzik Eserlerinin Kamuya İletimi, Telif Hakları ve Toplu Hak Yönetim Sistemi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 118, 2016, s. 71 vd.

³⁴ Bkz. Musiki Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği (MSG) Örnek Yetki Belgesi, [https://www.msg.org.tr/upload/editor/files/uyelik-formlari/MSG%20%C3%9CYEL%C4%B0K%20BA%C5%9EVURU%20FORMU%20VE%20YETK%C4%B0%20BELGES%C4%B0%20-%20GER%C3%87EK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER\(2\).pdf](https://www.msg.org.tr/upload/editor/files/uyelik-formlari/MSG%20%C3%9CYEL%C4%B0K%20BA%C5%9EVURU%20FORMU%20VE%20YETK%C4%B0%20BELGES%C4%B0%20-%20GER%C3%87EK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER(2).pdf)

³⁵ Erdil, Engin, Fikri Mülkiyet Hukuku Pratik Çalışmaları, 2. Bası, İstanbul, 2016, s. 82.

Üye hak sahibinin hak takip yetkisi hususuna ilişkin ise İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi’nde görülmekte olan bir davada mahkemenin başvurusu üzerine FSEK m. 41/12 *“Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını (ancak) yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir”* şeklindeki hükmünde yer alan “ancak” ibaresi Anayasa Mahkemesi (AYM)’nin 24/3/2010 tarihli ve E. 2007/33, K..2010/48 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Dolayısıyla bu iptal kararı ile hak sahiplerinin meslek birliklerine devretmiş oldukları haklara ilişkin meslek birliklerinin münhasır yetkili olmadığı³⁶, hak sahiplerinin de hukuki mercilere başvurabileceği sonucuna varılabilir. Bu durum meslek birliğine üye eser sahipleri için geçerli olduğu kadar herhangi bir birliğe üye olmayan eser sahipleri için de geçerlidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde de yalnızca ihlale konu olabilecek eylemler açısından değil aynı zamanda eserin ekonomik getirisine yönelik sözleşmelerin de meslek birliğinden bağımsız olarak yapılabilmesine olanak sağlamıştır.

Söz konusu karar öğretide zorunlu hak takibi sisteminin hak sahiplerinin menfaatine olunduğu da dikkate alınarak eleştirilmektedir³⁷. Gerçekten de uygulamada hak sahibinin meslek birliğinden bağımsız olarak eserin kullanımına ilişkin izin vermesi ve ardından bu esere ilişkin meslek birliğinin ihlal başvurusunda bulunması, aynı esere ilişkin hem meslek birliği hem hak sahibinin dava açması, kullanıcıların kimden izin alacaklarına ilişkin belirsizlikten dolayı ilgili sektörde yaşanan sorunlar dikkate alındığında ilgili Anayasa Mahkemesi kararının yerinde olmadığı yönündeki görüşe katıldığımızı ifade etmek gerekir.

D. Meslek Birliklerinin Yükümlülükleri, Tarifeler ve Aktif Dava Ehliyetine Dair Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

FSEK m. 42/A hükmü ile tarife tespitine dair genel çerçeve çizilmiş olmasına karşın esasen meslek birliklerinin tarifelerine ilişkin sorunlar lisanslama aşamasında ortaya

³⁶ Burada münhasır yetki ile üye, meslek birliği arasındaki ilişki açısından değerlendirilmektedir. FSEK m. 42 *“Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunla tanınmış hakları, ülke içinde bu maddeye göre kurulan meslek birlikleri dışında; başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemez.”* anlamında tekellik değildir.

³⁷ Okutan Nilsson / Tosun / Çataklar, s. 120 vd.; Ayrıca bkz. Ateş, Mustafa, *“Hak Arama Özgürlüğü ve Meslek Birlikleri Üzerinden Hak Takibi: Anayasa Mahkemesinin FSEK Madde 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararına Dair Bir Tenkit”*, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S. 51, Kasım 2010 s. 73-89.

çıkılmaktadır. FSEK m. 41 ve 43. maddeler kapsamında umuma açık mahaller ile yayın kuruluşlarının lisanslanması noktasında her meslek birliğinin ayrı tarife belirlediği durumlarda kullanıcıların karşılaştığı sorunlar, ortak tarife tespitinin zorunlu kılınmamış olması gibi sorunlar esasen lisanslama faaliyetine dair sorunlar olarak karşımıza çıkmakta olup bu konuda tekrara düşmemek adına tarife tespitine dair uygulamada yaşanan sorunlar aşağıda “*Meslek Birliklerinin Lisanslama Faaliyetine Dair Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*” başlığı altında ayrıca irdelenecektir.

Meslek birliklerin aktif dava ehliyetine ilişkin yargıya taşınmış uyuşmazlıklarda ise, Yargıtay’ın da müstekar içtihatlarında kabul ettiği üzere meslek birliklerinin üyelerinden aldıkları yetki belgesi çerçevesinde devralmış oldukları hakların takibi için dava ehliyeti bulunduğu hususunda bir tartışma bulunmamaktadır³⁸. Ancak bu hususta uygulamada yaşanan en önemli sorun meslek birliklerinin izinsiz kullanım olarak tespit ettiği eserler üzerinden, mali haklara tecavüz sebebiyle açmış olduğu hukuk davalarında FSEK m. 76’da yer verilen karinenin uygulanmaması ve/veya mahkemelerce farklı yorumlanması olarak gösterilebilir. Toplu hak takibi sisteminin bir parçası olan meslek birlikleri, bu kapsamda korumasındaki tüm hak sahiplerinin hak sahibi olduğu ve kendilerine, belirlemiş oldukları kurallar çerçevesinde hak sahiplerince bildirilen tüm eserleri temsil etmektedir. FSEK m. 76/2’ye göre “*Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulamaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.*”. Örnek vermek gerekir ise meslek birlikleri, korumasındaki bir müzik eserinin bir radyo kanalında izinsiz yayınlandığını tespit ederek yargı yoluna başvurduğunda, ilgili kullanıcı, kullanmış

³⁸ Bu hususta Yargıtay bir kararında açıkça “*Dava dışı eser sahibi ... tarafından 21.11.2007 tarihli Yetki Belgesi ile uyuşmazlık konusu ... adli eserle ilgili olarak mali hakları idare ve takip yetkisi 5846 Sayılı KHK'nin 42. maddesi uyarınca davacı ... Birliğine devredildiğine göre, bu kanun uyarınca çıkartılan "Fikir ve Sanat Eserleri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkındaki Tüzük" ve "Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik" hükümleri uyarınca üyelerinin temsiline ve haklarının takibine yetkili bir meslek birliği olan davacının aynı Kanunun 68/1. maddesine dayalı olarak eldeki davayı açmaya yetkisi bulunduğu kabulüyle hasıl olacak sonuca göre karar vermek gerekirken dava dışı eser sahibinin davacı ... Birliğine mali haklarını devretmediği gerekçesiyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.*” şeklinde belirtmek suretiyle bu duruma ilişkin kabulünü ortaya koymuştur (Yargıtay 11. HD. E. 2011/14771 K. 2013/1112 T. 21.1.2013) (<https://www.kazanci.com.tr/>).

olduğu esere ilişkin izin aldığına dair belgeleri sunmadığı takdirde bu, meslek birliği korumasındaki tüm müzik repertuvarının ihlal edildiğine ilişkin karine teşkil edecektir. Söz konusu düzenlemenin bu haliyle toplu hak takibinde yargı yolunun etkin bir şekilde işletilmesi bakımından faydalı bir düzenleme olduğu belirtilebilir.

Hal böyle olmasına karşın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda FSEK m. 76 karinesini “*Davalıya ait işyerinde iki ayrı yapımcıya ait eserin çalışıldığına tespit edildiği, her bir yapımcının aynı alanda faaliyet gösteren birden fazla meslek birliğine üye olabileceği ve hak ihlali hâlinde tarifeler üzerinden ihlal tazminatına hükmolunması durumunda her bir meslek birliğine aynı ihlal sebebiyle farklı farklı ve birden çok tazminata hükmolunması sonucunu doğurabileceğinden ayrıca bir işletmenin tüm yapımcılara ait fonogramları kendisine ait umuma açık mekanlarda kullanmış olmasının genel hayat tecrübelerine aykırı olacağı da gözetildiğinde, meslek birliğinin tüm üyelerine ait hakların kullanımına dair olarak FSEK'nin 42/A maddesi uyarınca belirlediği ücret tarifesi üzerinden aynı Kanun'un 68'inci maddesi uyarınca tazminatına mali hak tazminatına hükmedilmesi doğru değildir. Zira FSEK'nin 76'ncı maddesi uyarınca davacının sunduğu deliller meslek birliğine kayıtlı tüm yapımcılara ait fonogramların kullanıldığına karine oluşturmayacağı, sadece tespiti konu fonogram yapımcısının birliğe takip yetkisi verdiği tüm fonogramların kullanımına karine oluşturacağı kabul edilmelidir.*”³⁹ şeklinde yorumlamıştır. Söz konusu karar sonrası ilk derece mahkemelerinde de, meslek birliklerinin ihlal nedeniyle açmış oldukları davalarda FSEK m. 76 karinesinin uygulanması noktasında çelişkiler oluşmaya başlamıştır. Oysaki söz konusu karinenin getirilme sebebi son derece açık olup, bu hususta ilgili hükme dair Anayasa Mahkemesi (AYM)’ne yapılan bir itiraza dair AYM’nin vermiş olduğu 28.02.2013 tarihli kararında da belirtilmiş olduğu üzere “*İtiraz konusu kuralla da kanun koyucu fikri mülkiyet haklarının ihlalini caydırmaya ve söz konusu hakları koruma altına almaya yönelik bir düzenleme yapmıştır*”⁴⁰. Kanaatimizce FSEK m. 76 karinesinin, AYM’nin de kararında belirtmiş olduğu gibi amaca uygun yorum ile meslek birliklerinin ihlal başvurularında aksi ispatlanmadığı müddetçe tüm repertuarının kullanıldığına karine teşkil etmesi gerekmektedir. Aksi halde işbu karinenin getirilmesindeki caydırıcılık ve hakların korunmasına yönelik amacın bir anlamı kalmayacaktır.

³⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/11-65 K. 2018/205 T. 14.2.2018 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi E. 2012/33, K. 2013/33, T. 28.02.2013 (Yavuz / Alica / Merdivan, C. 2, s. 2449-2450).

III. MESLEK BİRLİKLERİNİN DENETİMİ (FSEK m. 42/B)

A. Genel Olarak

FSEK m. 42/B-1 ve 2. fıkraları uyarınca meslek birlikleri, idarî ve malî açıdan Bakanlığın denetimine tâbidir. Bakanlık bu denetimi meslek birliklerinin FSEK uyarınca görev ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunda her zaman yapabilir⁴¹. Burada Bakanlığın denetimi açısından belirli bir zaman, süre öngörülmemiştir. Bakanlık bu denetimleri kendisi yapabileceği gibi yapılacak denetim raporunun bir örneğinin de Bakanlığa gönderilmesi koşuluyla, bağımsız denetim kuruluşlarına da yaptırabilir⁴². Meslek birlikleri denetimler esnasında denetimciler tarafından istenecek her türlü belgeyi sunmakla yükümlüdür.

Meslek birliklerinin yapılan denetimler sonucunda FSEK'in 42 ve 42/A maddelerinde düzenlenen yükümlülüklerini ve görevlerini yerine getirmediği, sözleşmelere uygun tahsilat ve dağıtım yapmadığı, dağıtımlarda haksızlık yaptığı, belirlenen tarifelerin Kanunda belirlenen esaslara uygun olmadığı anlaşılmaması halinde, birlik Bakanlık tarafından uyarılır. Yapılan uyarıya rağmen otuz gün içerisinde aykırılıkları gidermeyen birliğe ikinci uyarı verilir. İkinci uyarıyı takip eden otuz gün içerisinde de aykırılıkların giderilmemesi halinde Bakanlık birlik genel kurulunu olağanüstü toplantıya çağırır, bu süreçte birliğin iş ve işlemelerinde kusurları olduğu anlaşılanlara tedbiren el çektirilir ve yerlerine Bakanlıkça geçici atama yapılır.

B. Meslek Birliklerinin Denetimine Dair Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Öncelikle belirtmek gerekir ki, meslek birliklerinin denetimi adil, şeffaf ve amaca yönelik olmalıdır. FSEK m. 42/B'de denetime ilişkin usul ve esaslar belirtilmiş olmasına karşın uygulamada meslek birliklerinin denetimine dair sorun teşkil eden hususlar esasen yine bu düzenlemenin son derece soyut ve kısıtlı olarak kaleme alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda ilgili bakanlığın meslek birliklerinin denetlenmesine dair hususları detaylı olarak ele aldığı bir yönetmelik yayınlaması hem daha şeffaf bir denetim sağlayacak ve meslek birlikleri üzerindeki “idari vesayet” algısını ortadan kaldıracaktır.

⁴¹ Meslek Birliklerinin kamusal denetiminin hukuki niteliği ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Semiz** (Doktora Tezi), s. 132 vd.

⁴² **Kılıçoğlu, Ahmet**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 65.

IV. MESLEK BİRLİKLERİNİN LİSANSLAMA FAALİYETİ (FSEK m. 41 ve m. 43)

A. Genel Olarak

Telif haklarının toplu takibi, yönetimi ve tahsilinin meslek birlikleri vasıtasıyla yapıldığı ifade edilmiştir. Meslek birlikleri de üyelerinden aldıkları yetki belgesiyle aldıkları yetki kapsamında eserleri kullanan kullanıcılar ile lisans sözleşmeleri akdetmekte ve bu akdedilen lisans sözleşmelerinden elde ettikleri gelirle üyelerine dağıtmaktadırlar. Genel olarak lisanslama faaliyeti olarak adlandırılabilen bu işlemlere ilişkin düzenlemeler FSEK m. 41 ve m. 43'te hüküm altına alınmıştır.

FSEK m. 41'de umuma açık mahallere ilişkin lisanslamaya, FSEK m. 43'de ise yayın ve/veya iletim yoluyla yapılan umuma iletme ilişkin lisanslamaya dair düzenlemelere yer verilmiştir. Uygulamada lisanslama faaliyetleri temsili lisanslama ve mekanik lisanslama olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayrıma son yıllarda teknolojinin de gelişmesi ile dijital platformların dahil olması ve internet yayınlarının öneminin artmasına paralel olarak dijital lisanslama kategorisinin de eklendiği söylenebilecektir.

B. Umuma Açık Mahallere İlişkin Lisanslama

Umuma açık mahallerin lisanslanmasına ilişkin hususlar FSEK m. 41'inci maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre “*Girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52 nci maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar.*” (FSEK m. 41/1). Ancak maddeye ilişkin açıklamalara geçmeden önce “umuma açık mahal” ifadesi ile neyin kastedildiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu hususta Suluk / Karasu / Nal “umum” kavramını eser sahibinin kişisel çevresinin dışı olarak ifade etmiştir⁴³. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın “umum” kavramının tartışıldığı kararlarında ise umumun, özel bir gruba dahil olmayan belirsiz sayıda kişilerden oluşan ve önemsiz sayıda kişi eşliğini aşan kişiler olacağını ifade etmiştir⁴⁴. Bu doğrultuda Yavuz / Alıca / Merdivan, umuma açık mahali; herkesin girip

⁴³ Suluk / Karasu / Nal, s. 85.

⁴⁴ Su, Lütfiye Akgül, “Avrupa Adalet Divanı (CJEU) Kararlarında Umuma İletim Hakkı Kriterleri”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, Nisan 2017, 168-171 s. 169.

çıkabildiği, girişi ücretli veya ücretsiz halka açık yerler olarak tanımlamaktadır⁴⁵. Bu hususta Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴⁶ Ek: A cetvelinde umuma açık mahallerin kategorileri belirtilmiş, bunlar; konaklama tesisleri, yeme-ime ve eğlence tesisleri, sağlık ve spor merkezleri, kongre, sergi ve gösteri alanları, rekreasyon tesisleri, özel tesisler, ticaret merkezleri, terminaller, eğitim ve öğretim kurumlarının ticari amaçla kullanılan dinlence, sinema ve gösteri yerleri ve 50 m2 ‘den büyük umuma açık diğer mahaller olarak sıralanmıştır.

Yönetmelikte umumi mahallerin kategorilerinin sıralanması yönündeki düzenleme ise FSEK m. 41/2 “*Eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanan ve/veya ileten umuma açık mahaller; mahallin bulunduğu bölgenin özelliği, mahallin nitelik ve niceliği, fikrî mülkiyete konu eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve ürün veya hizmete katkısı olup olmadığı ve benzeri hususlar dikkate alınmak suretiyle sınıflandırılır veya sınıflandırma dışı bırakılır.*” hükmüne dayanmaktadır. Bu düzenleme ile umumi mahal kategorileri belirlenmesi yanında hangi umumi mahalin ne oranda lisans bedeli ödeyeceğinin tespiti açısından da önemlidir⁴⁷.

Umuma açık mahallerin eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimi karşılığında ödeyecekleri bedel ise FSEK m. 41/3 hükmüne göre faaliyette bulundukları sektöre göre meslek birliklerince tespit edilecek tarifelere göre belirlenmektedir. Tarife tespitinde meslek birliklerinin uyması gereken kriterler FSEK m. 42/A/2 ve A/3’de belirtilmiştir⁴⁸. Meslek birlikleri ile umuma açık mahaller arasında akdedilecek sözleşmelerde bu tarife bedelleri ya da taraflar arasında müzakere edilerek belirlenecek bedel esas alınır⁴⁹. Tarifelere ilişkin sözleşmelerde takvim yılı esas alınır ve tarifeler takvim yılı başından itibaren geçerli olur. İlgili madde hükmünü teminen meslek birlikleri, temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bilgileri Bakanlığa bildirmekle zorunlu kılınmıştır.

Hükmün devamında aynı alanda/sektörde faaliyet gösteren (örneğin muzik sektörü, sinema sektörü vb.) meslek birliklerinin bir araya gelerek ortak tarife tespit edebileceği ve ortak lisanslama yapabileceği düzenlenmiştir. Öğretide bu düzenlemenin uluslararası lisanslama

⁴⁵ Yavuz / Ahca / Merdivan, s. 1354.

⁴⁶ Resmî Gazete Tarihi: 08.06.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25486.

⁴⁷ Şensoy, s. 69.

⁴⁸ Bkz. üstte “Tarifeler” adlı başlık.

⁴⁹ Yavuz / Ahca / Merdivan, s. 1363.

uygulamaları ve kullanıcı karşısına tek muhatap olarak çıkılmasına imkân vermesi açısından⁵⁰ olumlu bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir⁵¹.

Meslek birlikleri belirlemiş oldukları tarifeler ilgili takvim yılının dokuzuncu ayında kullanıcıları temsil eden kurumlar ile Bakanlığa bildirilerek kamuoyuna duyurulur. Umuma açık mahalleri temsilen ilgili meslek kuruluşları da tarife ya da ortak tarifelerin belirlenmesi ve sözleşme yapılması aşamasında temsil ettiği umumi mahaller adına müzakerelerde bulunabilir ve sözleşme yapabilir. Ancak tarifelerin götürü usulde belirlenmesi halinde umuma açık mahaller sadece yetki vermiş oldukları meslek kuruluşları vasıtasıyla müzakerelere katılabilir ve sözleşme yapılabilir. Meslek kuruluşları ile ifade edilenin, Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/1-e fıkrası uyarınca; kullanıcı konumundaki mahal ve kuruluşları temsil eden, kendi kanunu ile kurulmuş ve tanımlanmış kamu kurumu niteliğindeki üst meslek kuruluşları olduğunu da belirtmekte fayda vardır.

Takvim yılının onuncu ayına kadar meslek birlikleri ile umuma açık mahaller arasında, tarife konusunda uzlaşma sağlanamaması halinde taraflar Bakanlık'tan bir uzlaştırma komisyonu kurularak tarifelerin bu komisyonca müzakere edilmesini talep edebilir. Uzlaştırma komisyonunun teşkili ve karar alma süreci FSEK m. 41/7 ve 8. Fıkralarında düzenlenmiştir. Öte yandan Komisyon'da yapılacak müzakereler neticesinde de anlaşma sağlanamaması halinde alternatif bir idari başvuru mercii öngörülmemiş olup⁵² bu halde tarafların, yargıya başvurmaları gerekecektir⁵³. Bu süreçte ise tarifelerin tespit edilmesi ve uyuşmazlığın çözümünde FSEK m. 42/A/3 hükmünde tarifelerin tespitinde göz önünde bulundurulacak kriterler dikkate alınarak bir sonuca varılır. Yargılama süresince umuma açık mahallerde kullanımların aksamaması adına FSEK m. 41/9 hükmü "*Meslek birliklerince belirlenen tarife veya ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması halinde, taraflar yargı yoluna başvurabilirler. Yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller, ilgili meslek birlikleri aksini bildirmedikçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilirler. Bir önceki yıl sözleşme*

⁵⁰ Okutan Nilsson / Tosun / Çatak, s. 111 vd.

⁵¹ Şensoy, s. 70.

⁵² Şensoy, s. 71.

⁵³ Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 1365.

yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallerin bu fıkra da öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir.” şeklinde tanzim edilmiştir.

C. Yayın ve İletimlere İlişkin Lisanslama

FSEK m. 25/1 uyarınca “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi... araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı munhasıran eser sahibine aittir*”. İlgili madde ile düzenlenen umuma iletim öğretide yayın hakkı olarak da ifade edilmektedir⁵⁴. FSEK kapsamında değerlendirilen yayınlar olarak ise Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/1-d’de “*...eser, icra, fonogram ve yapımları yayınlayan ve/veya ileten radyo-televizyon kuruluşları, uydu ve kablolu yayın kuruluşları ile mevcut veya ileride bulunacak teknik imkanlardan yararlanarak yayın, iletim ve/veya yeniden iletim yapacak kuruluşlar...*” şeklinde tanımlanan yayın kuruluşları tarafından yapılan yayınlar kastedilmektedir⁵⁵.

FSEK m. 25/2 hükmünde ise eser sahibinin eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme yetkisi düzenlenmektedir. Söz konusu maddede düzenlenen hak eseri umuma erişilebilir kılma hakkı olarak da tanımlanabilir⁵⁶. İlgili madde uyarınca umuma iletim hakkı olarak kısaca ifade edilebilecek olan bu hak FSEK m. 80 uyarınca bağlantılı hak sahiplerine de tanınmaktadır⁵⁷.

İşte FSEK m. 43 hükmü ile adı geçen kuruluşların, umuma iletme konu, önceden sahneye konulmuş eser, icra, fonogram ve yapımlara hariç olmak üzere bu yapımların kullanımı için meslek birliklerinden, FSEK m. 52 hükmüne uygun olarak sözleşme yapmak suretiyle izin

⁵⁴ Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Aralık, 2012 s. 124.

⁵⁵ Bozbel, s. 124.

⁵⁶ Bozbel, s. 136.

⁵⁷ Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 1413.

alması gerektiği ve alınan bu iznin yayın ve iletimlerinde kullandıkları eserleri liste halinde meslek birliklerin bildirmekle yükümlü olacakları düzenlenmiştir. Bildirim yükümlülüğünün amacının ise meslek birliklerinin tahsil ettiği bedelin doğru hak sahibine iletilmesini kolaylaştırmak olduğu söylenebilecektir⁵⁸.

Umuma açık mahallerin lisanslanmasına ilişkin tarife belirlenmesine yönelik açıklama ve düzenlenmeler yayın ve iletimler için de benzerdir. Keza FSEK m. 43/5’de yapılan atıf yoluyla meslek tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda FSEK m. 41’inci maddenin dört ile on üçüncü fıkra arasındaki hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında diğer yayın kuruluşlarından farklı olarak Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT)’na ilişkin ilgili hükmün uygulanmasında istisna teşkil edecek bir düzenleme mevcuttur. FSEK m. 43/6 fıkrası uyarınca TRT her üç ayda bir meslek birliklerince belirlenen yıllık tarifenin 1/4’ünü yatırmak suretiyle meslek birliği korumasındaki eser, icra, fonogram ve yapımları kullanabilecektir.

D. Meslek Birliklerinin Lisanslama Faaliyetine Dair Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

FSEK m. 42 kapsamında uygulamada karşılaşılan sorunlar ne derece önemli ise de meslek birliklerinin asli faaliyeti aslında kullanıcılar ile lisans sözleşmesi akdetmek suretiyle elde ettiği telif bedellerini üyelerine dağıtmasıdır. Bu doğrultuda meslek birliklerinin lisanslama faaliyetine ilişkin FSEK m. 41 ve 43. maddeleri kapsamında lisanslamaya dair düzenlemeler nedeniyle yaşanan sorunlar hem meslek birlikleri hem de üyesi eser ve bağlantılı hak sahipleri açısından asli önem arz etmektedir. Uygulamada da en sık sorun yaşanan alanın lisanslama olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere lisanslama faaliyetine dair en önemli sorunlardan bir tanesi, meslek birliklerinin kullanıcılar ile yapacakları sözleşmelere uygulanacak tarifelerin tespiti noktasında yaşanmaktadır. Ortak tarife belirtilenmesinin zorunlu kılınmamış olması ve bu nedenle özellikle aynı sektörde faaliyet gösteren meslek birliklerinin bağımsız hareket etmesi hem ortaya farklı tarifelerin çıkması hem de kullanıcılara ayrı ayrı başvurusu sonucunu doğurmaktadır⁵⁹. Bu durum da her meslek birliği ile ayrı ayrı ve farklı bedel üzerinden

⁵⁸ Şensoy, s. 73.

⁵⁹ Şensoy, s. 72.

anlaşmak durumunda kalan kullanıcılar açısından bir külfete dönüşmekte ve sonuç olarak etkin bir lisanslama yapılamamasına sebebiyet vermektedir. Aynı şekilde ortak lisanslama konusunun da meslek birliklerinin inisiyatifine bırakılmış olması, bu konuda kanuni bir zorunluluk bulunmaması sorunu büyötmektedir. Zira meslek birlikleri bir araya gelip ortak tarife açıklasalar dahi ortak lisanslama yapılmadan, kullanıcılar yine karşılarında birden fazla muhatap bulacaklardır. Kanun'da tarife belirleme hususunda tarafların anlaşma sağlayamaması halinde Bakanlıkça kurulması öngörölen Uzlaştırma Komisyonu ise bu sorunu çözmekte etkisiz kalmaktadır⁶⁰. Öte yandan tarafların bir araya gelip ortak lisanslama birliğı kurması ve bu birlik üzerinden ortak lisanslama yapılarak bu sorunun çözüme kavuşturulması düşünölebilir. Ancak bu halde de kurulacak ortak lisanslama birliğinin bir tüzel kişiliğı haiz olamaması sebebiyle birliğin işleyişi konusunda taraflar arasında sık sık uyuşmazlıklar çıkmakta ve yine etkin bir lisanslama faaliyeti gerçekleştirilememektedir.

Yayın kuruluşlarının lisanslanması bakımından karşılaşılan önemli bir sorun ise tarife tespitinde uluslararası örneklerde olduğı gibi, yayınlar üzerinden elde edilen gelire göre değil genellikle belirlenen tarifelere yıllık enflasyon oranı üzerinden artış yapılmak suretiyle bir bedel belirlenmesi konusundaki alışlagelmiş uygulamadır⁶¹. Bu durumun ise hak sahiplerinin gerçekte hak ettiğı telif ile meslek birliklerine tariflere göre ödenen bedel arasında bir dengesizlik yarattığı söylenebilecektir.

Yayın kuruluşlarına dair telif bedelinin tahsili noktasında bu sorun mevcut iken umuma açık mahaller açısından ise toplanan telif bedelinin dağıtımı noktasında ayrı bir sorun ortaya çıkmaktadır. Yayınlarda, meslek birlikleri korumasındaki hangi eserin ne sıklıkla kullanıldığının tespiti kısmen daha kolayken iken⁶² umuma açık mahaller açısından aynı şeyi söylemek pek mümkün olmamaktadır. Bu duruma ilişkin çözüm olarak, umuma açık mahallere ilişkin lisans sözleşmelerinde bulunan kullanılan eserleri düzenli olarak meslek birliklerine bildirilmesine dair şartlar konulsa da uygulamada bu bildirimlerin düzenli olarak yapılmaması ve bu nedenle hangi eserin ne zaman ve ne sayıda kullanıldığının tespiti oldukça güçleşmektedir.

⁶⁰ Şensoy, s. 72.

⁶¹ Şensoy, s. 75.

⁶² Okuan Nilsson / Tosun / Çataklar, s. 78.

Lisanslama faaliyetini sekteye uğratan hususlardan bir diğeri ise gerek umuma açık mahallerde gerekse de yayınlarında meslek birliklerinin korumasındaki eserleri temsil ve/veya umuma iletim yoluyla kullanan kullanıcılar ile lisans sözleşmesi akdedilmesi yönünde anlaşma sağlanmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır. Gerek FSEK m. 41 gerekse de FSEK m. 43 kapsamında lisans sözleşmesi akdetmeyen kullanıcılara dair herhangi bir, bu sisteme özgü yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda meslek birlikleri zorunlu olarak korumasındaki eserlerin izinsiz kullanımı nedeniyle yargıya başvurmak ve haklarını FSEK m. 66 ve m. 71 arasında düzenlenen hukuk davaları yoluyla ve/veya m. 71 ila m. 75 arasında ve Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın ilgili hükümleri ile öngörülen⁶³ ceza davaları yoluyla aramak durumdadır. Bu halde ise dava süreçlerinde, hukuk mahkemelerinden yayınların/izinsiz kullanımların durdurulmasına dair ender olarak verilen ihtiyati tedbir kararları hariç olmak üzere, çoğunlukla eserlerin izinsiz kullanımları devam etmekte ve hak sahiplerinin menfaatleri önemli ölçüde zedelenmektedir.

SONUÇ

Türk hukukunda toplu hak takibi meslek birlikleri aracılığıyla FSEK'in 41 ila 43. maddelerinde düzenlenen hükümler çerçevesinde ilerlemektedir. Toplu hak takibine ilişkin uluslararası uygulamalar ile kıyaslandığında ise ülkemizde toplu hak takibi sistemi oldukça geç uygulanmaya başlanmıştır⁶⁴. Bu sebeptendir ki bugüne kadar FSEK'de yapılan değişikliklerde, uygulamaya ilişkin sorunların doğru bir şekilde tespiti ve kanun koyucuya aktarımı etkin bir şekilde gerçekleştirilemediğinden mevcut hükümlerin uygulanması aşamasında sık sık sorunlarla karşılaşilmektedir.

İlgili hükümler ile meslek birliklerinin statüsü, organları, denetimi gibi toplu hak takibinin uygulayıcısı olan meslek birliklerinin iç yapısı ve işleyişi belirlenirken aynı zamanda lisanslama faaliyetine dair; tarifelerin belirlenmesi, umuma açık mahallerin ve yayın kuruluşlarının durumu gibi konularda düzenlemeler getirilmiştir. Ancak daha en başta, mevzuatta açık bir hüküm bulunmamasından da kaynaklı olarak bu sistemin baş aktörleri olan meslek birliklerinin hukuki statüsünün ne olduğu hususunda Kanunda bir boşluk mevcuttur. Bu boşluk öğretideki tartışmalar çerçevesinde meslek birliklerinin *sui generis* bir birlik olduğu

⁶³ Küçükali, Canan, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, 2. Bası, Ankara 2021, s. 25.

⁶⁴ Okutan Nilsson / Tosun / Çataklar, s. 2.

ağırlıklı görüşü ile doldurulmaktadır. Bu durum ise uygulamada, hukuki ilişkilerde meslek birliği ile muhatap olan üçüncü kişiler ile çıkan uyuşmazlıklara ilişkin görülen davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi gibi konularda müşterekliğin sağlanmasının önüne geçmektedir.

Meslek birliklerine ilişkin düzenlemelerde Kanun boşluğu olan durumlarda olduğu kadar gerek kanun gerekse de yargı kararlarında uyum olan meslek birliğinin aktif dava ehliyeti konusunda dahi uygulamada yine çeşitli farklı nedenlerle farklı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu hususta mahkemeler ve Yargıtay FSEK'e uyumlu bir biçimde meslek birliklerinin aktif dava ehliyetinin bulunduğunu kabul etse dahi, gerek bu yetkinin dayanağı olan hak sahiplerinin meslek birliklerine vermiş oldukları yetki belgelerinin, özellikle yabancı eserlerde yetersiz görülmesi gerekse de izinsiz kullanımlarda ispat yükünü hak ihlalinde bulunan kişiye yükleyen FSEK m. 76 karinesinin mahkemelerce farklı yorumlanması etkili bir hak takibinin önüne geçmektedir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin 24/3/2010 tarihli ve E. 2007/33, K..2010/48 sayılı Kararı ile toplu hak takibinin faaliyet alanlarında bireysel hak takibine de imkan sağlanmış olması meslek birliğinin taraf olduğu izinsiz kullanıma ilişkin davalarda hak sahipleri ile karşı karşıya gelinmesi ve meslek birlikleri açısından amaçlanan neticenin alınamaması riskine yol açmaktadır.

Meslek birliklerinin idari ve mali açıdan Bakanlık denetimine tabi olmalarının, hak sahiplerinin menfaatlerinin kamu tarafından gözetilmesi bakımından yerinde olduğu söylenebilirse de, bu denetime dair usul ve şartların şeffaflık ilkesi de gözetilerek daha detaylı bir şekilde, hatta Bakanlığın yayınlayacağı bir yönetmelikle belirlenmesi bu konuda meslek birlikleri üzerinde oluşmuş “vesayet” algılarına da son vermesi açısından yerinde bir uygulama olacaktır.

Toplu hak takibi sisteminin hak sahiplerinin menfaatine olduğu belirtilirken burada; hak sahiplerinin haklarına yönelik ihlaller ile mücadele edilmesi olduğu kadar, bu hakların karşılığı olan telif bedelinin tahsili de bir o kadar önemli bir yer tutmaktadır. İşte bu telifin kullanıcılardan toplanması ise lisanslama faaliyetleri ile mümkün olmaktadır. Meslek birlikleri gerek umuma açık mahaller gerekse de yayın kuruluşları ve eserlerin yayınlandığı, yetkisi kapsamına giren her türlü kullanım için kullanıcılar ile lisans sözleşmesi akdetmektedir. Bu faaliyete ilişkin olarak da FSEK uyarınca lisans bedellerine dair tarifelerin önceden

belirlenmesi, ortak tarife düzenlenmesi, ortak lisanslama yapılabileceği gibi hususlar hüküm altına alınmıştır. Ancak teoride lisanslama faaliyetine ilişkin hem meslek birlikleri hem de kullanıcılara kolaylık sağlaması amacı güden ilgili düzenlemelerin uygulanması aşamasında aynı kolaylıktan bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira ortak tarife belirlenmesi hususunda herhangi zorunluluk bulunmaması her meslek birliğinin farklı tarife ilan etmesine olanak vermekte, bu durumda kullanıcılar her meslek birliği ile ayrı ayrı ve farklı bedeller üzerinden muhatap olmak durumunda kalmaktadır. Aynı yönde, meslek birliklerinin lisanslama faaliyetinde ortak hareket edebileceği düzenlenmiş olmasına karşın bu “ortak lisanslama birliği” tüzel kişiliği haiz olup olmayacağı, birliğe dahil olacak meslek birlikleri arasındaki ilişkilerin, toplanan telif bedellerinin ne şekilde paylaştırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte ortak lisanslama birliği oluşmasına ilişkin sorunun yeni Yönetmeliğin 60. vd. maddelerinde yeniden düzenlenen, meslek birliklerinin kuracakları federasyonlara dair hükümler ile bir nebze aşıldığı söylenebilecektir. Zira Yönetmelik 60. ve 65. Maddesine göre aynı alan ya da sektörde federasyon kurulması mümkün olup, meslek birlikleri federasyona verecekleri yetki devri ile lisanslamanın federasyon tarafından yapılmasına olanak sağlanmış olup; bu çözüm yolu ile ortak lisanslama birliği federasyon yapısı altında tüzel kişilik kazanmış olabilecektir. Böylelikle kullanıcılar karşılarında tek muhatap bulma şansını da yakalamış olacaklardır.

Lisanslamaya ilişkin olarak yine; tarifelerde uygulanacak artışlarda uluslararası uygulamaların tatbik edilememesi, sözleşme yapmaya yanaşmayan kullanıcılara yönelik herhangi özel bir tedbir öngörülmediği gibi ihlal nedeniyle yargıya başvurulmasına karşın bu izinsiz kullanımlara dair tedbir kararı verilmesinde mahkemelerin de çekinceli davranması gibi hususlar da bu konuda uygulamaya dair önemli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Neticede FSEK’de toplu hak takip sisteminin benimsenmiş olması, meslek birliklerinin kurulması ve faaliyetlerine ilişkin bir takım özel düzenlemelere yer verilerek bu birliklere münhasır toplu hak takibi yetkisi tanınması, fikri hakların korunması kapsamında olumlu bir yaklaşım olsa da, FSEK m. 41 vd. maddelerinde yer alan düzenlemelerin uygulama aşamasında birçok sorunu ortaya çıkardığı da belirtilmelidir. Aslında bakıldığında ülkemizde tam manasıyla uygulamasına geç başlanan toplu hak sistemine dair belki de en önemli sorun başta gerek eser sahipleri gerekse de kullanıcılar bakımından “*telif bilincinin*” halen tam olarak oturmamış olduğu belirtilebilecekse kanaatimizce kanun koyucunun uygulamada yaşanan sorunları

gözeterek ve gerek meslek birlikleri gerekse de sektör temsilcileri ile bir araya gelmek suretiyle sorunların çözümü için etkili olabilecek yöntemlerin ve uygulamaların belirlenmesi ve bunların mevzuata yansması gerektiği de yadsınamaz bir gerçektir.

KAYNAKÇA

- Akbilek, Meliha**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Fikri Mülkiyet Hukuku Bilim Dalı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Meslek Birlikleri, İstanbul 2011 (Yüksek Lisans Tezi).
- Ateş, Mustafa**, “*Hak Arama Özgürlüğü ve Meslek Birlikleri Üzerinden Hak Takibi: Anayasa Mahkemesinin FSEK Madde 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararına Dair Bir Tenkit*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S. 51, Kasım 2010 s. 73-89.
- Bozbel, Savaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Aralık, 2012.
- Erdil, Engin**, Fikri Mülkiyet Hukuku Pratik Çalışmaları, 2. Baskı, İstanbul, 2016.
- Erverdi, Zeynep**, Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki -Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme, İstanbul 2011 (Yüksek Lisans Tezi).
- İlhami, Güneş**, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2021.
- Küçükali, Canan**, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, 2. Baskı, Ankara, 2021.
- Mısır, M. Bayram**, “*Fikri Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Yeri*”, Fikri Mülkiyet ve Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu, S. 4, 2002, s. 15-48.
- Okutan Nilsson, Gül / Tosun, Yalçın / Çataklar, Eda**, Görsel İşitsel Sektörde Toplu Hak Yönetimi, İstanbul, 2014.
- Olsson, Tarja Koskinen / Lowe, Nicholas**, Toplu Hak Yönetiminin Genel Özellikleri, Yaybir, Müyap ve Çevbir Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi Eğitim Materyali, İstanbul, 2017.
- Semiz, Özgür**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yönetim Bilimleri Dalı, Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Kamusal Denetimin Boyutları, Ankara 2020 (Doktora Tezi).

Semiz, Özgür, “*Umuma Açık Mahallerde Müzik Eserlerinin Kamuya İletimi, Telif Hakları ve Toplu Hak Yönetim Sistemi*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 118, 2016, s. 66-73.

Su, Lütfiye Akgül, “*Avrupa Adalet Divanı (CJEU) Kararlarında Umuma İletim Hakkı Kriterleri*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, Nisan 2017, s. 168-171.

Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018.

Şensoy, Barış, “*Toplu Hak Yönetimi Çerçevesinde Musiki Alanındaki Meslek Birliklerinin Lisanslama Uygulamaları ve Ortaya Çıkan Sorunlar Üzerine Bazı Düşünceler*”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 7, Haziran 2016, s. 65-81.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. 1-2, Ankara, 2014.

Yargıtay İctihatları

Yargıtay HGK E. 2017/11-65 K. 2018/205 T. 14.2.2018 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2015/13493 K. 2017/1474 T. 13.3.2017 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2009/12371 K. 2011/5325 T. 2.5.2011 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2009/12371 K. 2011/5325 T. 2.5.2011 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2013/6353 K. 2013/21257 T. 25.11.2013 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2008/9820 K. 2010/1533 T. 08.02.2010 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2007/12858 K. 2009/2340 T. 02.03.2009 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 11. HD. E. 2011/14771 K. 2013/1112 T. 21.1.2013 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 19. CD. E. 2015/5537, K. 2015/5779, T. 19/10/2015 (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 19. CD: E. 2021/1043 K. 2021/4876 T. 27.4.2021(<https://www.kazanci.com.tr/>)

Yargıtay 19. CD: E. 2018/6232 K. 2021/2719 T. 10.3.2021(<https://www.kazanci.com.tr/>)

Toplu Hak Yönetimine Genel Bir Bakış

Av. Hande KIRKOYUN ARARAT

Son yıllarda, hızına yetişemediğimiz yeni dijital uygulamaların hayatımıza girmesiyle birlikte, telif hakları konusu önemini daha da fazla arttırmıştır. Günümüzde yaşadığımız teknolojik gelişmelerle birlikte, büyük kitlelerin kolay ve hızlı bir şekilde içeriklere ulaşması, eserlerin bilinirliğinin artmasına sebep olurken, hızlı tüketim sebebiyle telif haklarının takibi ve hak sahiplerinin telif ücretlerini tahsil edebilmeleri bakımından oldukça zor bir süreç başlamıştır.

İnternet sınır tanımazken, eserlerinin kullanımına izin verme ve yasaklama konusunda tasarruf yetkisi olan münhasır hak sahiplerinin, günümüz koşullarında, haklarının bireysel olarak takibini sağlamaları kullanım sayısının çokluğu, yaygınlığı ve takibinin masraflı olması sebebiyle oldukça güçtür. Böylece, yeni dijital çağda yaşanan hızlı tüketim, toplu hak takibini avantajlı konuma getirmekte ve aynı zamanda toplu hak yönetimine yeni yaklaşımlar gerektirmektedir.

Dünya’da, mevzuatta yapılan birtakım değişiklikler ile telif hakları kuralları dijital çağa uyarlanmakta, hak sahipleri ve kullanıcılar için daha adaletli ve güçlü koruma sağlayan kuralların getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, Türkiye’nin tam üyelik süreci yürüttüğü Avrupa Birliği’ndeki son gelişmeler ulusal mevzuatlardaki toplu hak yönetim ilkesinin daha da güçlendirilmesi yönündedir.

Meslek birliklerinin kullanıcılar karşısında pazarlık ve sözleşme imzalama güçlerinin olması için tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de kanunla meslek birliklerine toplu hak takip yetkisi verilmiştir. 5846 sayılı Kanunun 42.maddesinin mevcut düzenlemesine göre meslek birlikleri, hak sahiplerinin mali haklarını kullanma yetkilerini devralarak, hakların idaresini sağlamakta ve telif alacaklarını tahsil ederek üyelerine dağıtmaktadırlar. Kişilerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan çıkarlarını korumak için kurulan bu birlikler, hakların bireysel takibinin oldukça güç olduğu birçok mecra ile imzaladığı lisans sözleşmesi kapsamında hak sahipleri adına telif bedeli toplayabilmektedir. Özellikle de ekonomik güce ve üne sahip olmayan hak sahipleri bakımından bu faaliyet yüksek önem taşımaktadır.

Telif haklarının toplu yönetimi; kullanıcılara lisans verilmesini, hakların doğru uygulanmasını, haklardan yararlanmanın getirdiği gelirlerin toplanmasını ve hak sahiplerine ödenecek miktarların dağıtımını kapsar. Meslek birlikleri, yerel olmayan pazarlar dahil, hak sahiplerinin bireysel olarak kendilerinin kontrol edemeyecekleri veya uygulamaya koyamayacakları kullanımlar için de haklarının ödenmesini mümkün kılarlar.

Faaliyet gösterdikleri alana bağlı olarak, farklı tipte hakların toplu yönetimini gerçekleştiren çeşitli meslek birlikleri mevcuttur (müzik, sinema, ilim edebiyat, vs.). Ülkemizde 2000’li yıllarda faaliyetlerini hızla arttırmaya başlayan meslek birlikleri, toplu hak yönetimini gerçekleştirerek, gelişen dijital pazarda ve diğer mecralarda telif haklarının yüksek seviyede korunmasını sağlayan en önemli araçlardan biri haline gelmiştir. Telif hakları alanında kurulan bu birlikler, hak sahipleri için yüksek seviyede ve aynı standartta koruma sağlamaktadırlar.

Bu birlikler, küçük ve az popüler repertuarların, ürünlerin pazara girmesine olanak vererek eşit koruma sağlamak ve böylece kültürel ifadenin çeşitliliğinin teşvik edicileri olarak önemli bir rol oynamaktadırlar. Ayrıca, üyeleri olan hak sahiplerinin yanı sıra, üçüncü şahısların (kullanıcıların) menfaatlerinin korunması bakımından da önem taşımaktadırlar.

Dünya’da kullanıcılara tek bir kaynaktan kolay ve çabuk izin alma fırsatı sunan çeşitli yapılar mevcuttur. Bunlar, eşit, ayrımcı olmayan ve şeffaf koşullar altında kullanıcılara lisans veren kuruluşlardır. Dünya uygulamaları paralelinde işletilen lisanslama kuralları ile, lisans verme prosedürlerini kolaylaştırmak, iyileştirmek, yasal kullanımları çoğaltmak ve basitleştirmek sağlanabilmektedir. Bu sebeple, lokomotifin en başını çeken meslek birliklerinin toplu hak yönetimi sağlayıcıları olarak mevcudiyetlerini sürdürmeleri gerekmektedir. Ticari amaç gütmeyen bu birlikler vasıtasıyla adil ve ayrımcı olmayan ticari koşullarda kullanıcıların lisans alabilmelerini sağlamak, hak sahiplerinin adaletli telif bedeli tahsil edebilmeleri için özellikle önemlidir.

Fikri mülkiyetin gelişimi sürecinde, sektörün en önemli uygulayıcıları olan meslek birliklerinin, hak sahipleri tarafından kendilerine emanet edilen haklardan elde edilen geliri toplamada, yönetmede ve dağıtmakta azami özeni göstermesi, toplumların kültürel birliğinin güçlenmesini sağlarken, eserlerin uluslararası alanda yaygınlaşmasını da buna paralel olarak arttırmaktadır.

Bu kapsamda, Bern ve Roma Konvansiyonunda yer alan yabancı hak sahiplerinin ülke vatandaşları ile aynı muameleye tabi tutulması prensibi gereğince, toplu hak yönetimini gerçekleştiren birlikler, uluslararası alanda mevcut karşılıklı temsil anlaşmaları kapsamında kendi ulusal topraklarında bulunan yabancı repertuvarları da yönetmekte ve yabancı hak sahiplerine telif bedeli ödemektedirler. Ayrıca, ulusal ve uluslararası yasal düzenlemeler kapsamında, ihtilafların hızlı, bağımsız ve tarafsız çözümü için yargı sisteminin etkin ve adil şekilde uygulanması yönünde aktif rol oynamaktadırlar.

Dünya çapında toplu hak yönetimini en iyi şekilde uygulayan ve yüksek telif getirisi elde eden SACEM (Fransa), GEMA (Almanya), PRS (İngiltere) gibi meslek birlikleri ortalama 150 yılı aşkın bir süredir faaliyetlerini sürdürmektedirler.

Bu gelişmiş Dünya örnekleri ile ülkemizdeki toplu hak yönetimi faaliyetini gerçekleştiren birlikleri karşılaştırdığımızda ülkemizdeki toplu hak yönetimi sisteminin, uluslararası standartlara ulaşması yolunda haklı eleştirilere maruz kaldığı görülmektedir.

Bu eleştirilerin en başında; meslek birliklerinin sayısının oldukça yüksek olması, çoğalan sayıların başta yetişmiş insan kaynağı olmak üzere, az olan kaynakların bölünerek daha da zayıflamasına sebep olması, bazı alanlarda hak sahiplerinin yeterince temsil edilememesi, işletim masrafları konusunda şeffaf olmayan katı yapıların varlığı, tarifelerin yüksekliği, anlaşmazlık durumunda uzlaşma mekanizmalarının mevcut olmaması, içe dönük yapıları sebebiyle uluslararası işbirliklerinin istenilen düzeyde bulunmaması, idari yönetim zafiyetleri ve yeterli teknolojik alt yapıya sahip olmamaları sebebiyle uluslararası standartları yakalayamaması yer almaktadır.

Son 20-25 yıl içerisinde toplu hak yönetimi alanında yapılan birçok mevzuat değişikliği ile, bu eleştirilerin bir kısmına çözüm aranmış olsa da, yeni örgütlenmelerin sayısının artması, konusunda uzman profesyonel yöneticilerin ve yetişmiş insan kaynağının azlığı, sektöre giren yeni oyuncuların ekonomik sebeplerle alt yapılarını sağlıklı kuramaması meslek birliklerinin kuruluş amaçlarının dışında kalmasına sebep olmaktadır.

Ülkemizde toplu hak takibinin 2000’li yıllarda yükselişe girdiği de göz nüne alındığında, henüz Dünya örnekleri seviyesine ulaşmada daha fazla zamana ihtiyaç duyulduğu kabul edilebilecektir.

Fakat bu süreçte, istenilen seviyelere ulaşabilmek için öncelikle toplumun telif bilincinin artması yönünde eğitim ve yargı sisteminin toplu hak yönetimini sağlayan birlikleri daha fazla destekleyici rol üstlenmeleri gerekmektedir. Aynı zamanda devletin fikri mülkiyet hukuku konusunda uzmanlığa sahip organları aracılığıyla da denetleyici olması, kabul edilen ulusal kanun hükümlerinin ve uluslararası direktiflerin etkin uygulanması gerekmektedir. Ulusal kanun hükümlerinin ve uluslararası direktiflerin etkin uygulanması için de daha fazla fikri mülkiyet hukuku konusunda uzmanlığa sahip akademisyenlere, avukatlara ve yargıçlara ihtiyaç duyulduğu da bilinmektedir.

İlgili Kanun ve Tüzük hükümleri gereğince, meslek birliklerinin kuruluş amacı, hak ve yetkileri kapsamında özellikle temsil kabiliyetlerinin güçlü olması, her hak kesimi için elzem niteliktedir. Bu kapsamda, hak ihlallerinin çözülmesi ve uluslararası işbirliklerinin istenen seviyede geliştirilmesi için esnek, şeffaf, denetlenebilir olan toplu hak yönetimini destekleyici politikaların geliştirilmesi, konusunda uzman profesyonel idari kadroların oluşturulması, fikri mülkiyet alanında akademik çalışmaların arttırılması ve konusunda uzman hukukçuların yetiştirilmesi ile mümkün olabilecektir.

Ülkemizde toplu hak yönetiminin kısa tarihini de göz önüne aldığımızda, yaşanan bu sorunların kısa vadede çözüme ulaşmayacağı görülmektedir fakat, teknolojik gelişmelerle fikir ve sanat ürünlerinin öğrenme ve eğlence amaçlı yaygın kullanımının toplu hak yönetiminde olumlu gelişmeleri tetikleyeceği de gerçektir.

Fikri mülkiyet hukukunun daha fazla olgunlaşması amacıyla, bölünerek oluşturulan yeni örgütlenmeler yerine, mevcut meslek birliklerinin yapılarını güçlendirerek toplum üzerindeki değerlerini sağlamlaştırmak, yeni dijital çağa uygun, hızlı, basit ve güvenilir toplu hak yönetimi geliştirerek gelecek nesillerin fikir ve sanat eserlerini daha fazla yasal kaynaktan kullanabileceği ve karşılığında hak sahiplerine hak edişlerinin hızlı ve kolay aktarılmasının mümkün olabileceği bir sistem kurmak kaçınılmaz olacaktır.

Telif Hakları Alanında Meslek Birliği Yönetmeliğinin Meslek Birlikleri Açısından İncelenmesi

Yetkin YOKUŞOĞLU (LL.M)*

GİRİŞ

Bu makalenin birinci bölümünde meslek birliklerinin kurulmasının yasal dayanağını oluşturan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 42'inci maddesi ve bu maddede zaman içinde yapılan değişiklikler ile bu madde uyarınca çıkartılan ek düzenlemeler ele alınacak, ikinci bölümde Kanunun 42'inci maddesi kapsamındaki ek düzenlemeler olan Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü ile Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzük'ü mülga eden ve Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği'nin getirdiği yenilikler ele alınacak, son bölümde ise Yönetmelik ile getirilen bu yenilikler değerlendirilecektir.

Bununla birlikte bu makalede, Yönetmeliğin mülga Tüzük ile birebir karşılaştırılması sonucu yapılan tüm değişiklikler ele alınmamış, bunun yerine daha çok meslek birliklerini yakından ilgilendiren değişikliklere değinilmeye çalışılmıştır. Bu sebeple bu makalenin Yönetmelik ile getirilen tüm değişiklikleri kapsadığı ve el aldığı şekilde değil, daha çok meslek birliklerinin işleyişi, bundan sonra birlikte hareket edebilmek bakımından hangi olanaklara kavuştuğu, meslek birlikleri açısından getirilen iyi yönetim ve şeffaflık ilkelerinin neler olduğu ve hangi noktalarda meslek birliklerine ve toplu hak yönetimine katkı sağlayabileceği noktalara dikkat çeken bir çalışma olarak okunması gerekir.

* Mü-Yap Hukuk Müşaviri.

I. MESLEK BİRLİKLERİNİN KURULMASININ DAYANAĞINI OLUŞTURAN FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUN 42'İNCİ MADDESİ VE BU MADDE KAPSAMINDA ÇIKARTILAN EK DÜZENLEMELER

A. FSEK'in 42'inci Maddesi ve Bu Maddede Zaman İçinde Yapılan Değişiklikler

Fikir ve sanat eseri sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere faaliyet gösteren meslek birlikleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 42'inci maddesi uyarınca kurulmuş olup, Cumhurbaşkanlığı tarafından 6.4.2022 tarihli ve 5405 sayılı 'Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği' çıkartılana kadar meslek birlikleri bu madde uyarınca hazırlanan statü, tüzük ve tip statü gibi ek düzenlemeler kapsamında faaliyet göstermişlerdir. Bu sebeple meslek birliklerinin kuruluşu, işleyişi, denetim ve idaresi ancak FSEK m. 42 ve bu madde kapsamında meslek birlikleri için hazırlanan statü, tüzük, tip statü ve en son Cumhurbaşkanlığı'nca çıkartılan yönetmelikler kapsamında ele alınabilir.

Bu madde, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch tarafından hazırlanan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun yürürlüğe girdiği 05.12.1951 tarihinden itibaren kanunda mevcut olan bir düzenlemedir¹. Bununla birlikte kanunun kabul edildiği tarihten bugüne kadar pek çok kez değişikliğe uğramıştır.

Anılan maddenin ilk düzenlemesi, eser sahipleri maddi ve manevi menfaatlerini müşterek bir tarzda kullanmak ve korumak maksadıyla bu kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde mesleki birlik vücuda getirmedikleri takdirde, hükümet, bu birliğin kurulmasını sağlar. Üyelerine, sermaye koymak, kar ve zarara ve hukuki mesuliyete iştirak etmek vecibesi yüklememek şartıyla bu birlik hususi hukuka tabi ve tüzelkişiliği haiz olur. Birliğin teşkilat ve idare tarzı ile teftiş ve murakabe usullerini gösteren statüler ilgililerin mütalaası alındıktan sonra Adalet ve Milli Eğitim Bakanlıklarınca tanzim ve Bakanlar Kurulunca tasdik olunur. İlgililer birliğe üye olmadıkça bunun sağladığı faydalardan ve statülere göre tahsili birliğe bırakılan mali haklardan faydalanamazlar, şeklindedir.

Maddenin ilk halinde meslek birliklerinin özel hukuka tabi tüzel kişiler oldukları ve üyelerinin sermaye koymak, kara, zarara ve hukuki mesuliyete iştirak etme yükümlülüğünün

¹ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 13.12.1951 tarihli ve 7931 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 1 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

bulunmadığı belirtilmiş, bu meslek birliklerinin teşkilat ve idare tarzı ile denetlenme usullerini gösteren statülerin ilgililerin görüşü alındıktan sonra Adalet ve Milli Eğitim Bakanlıklarınca düzenleneceği ve Bakanlar Kurulunca onaylanacağı ifade edilmiştir. Maddenin yürürlükteki halinden farklı olarak il düzenlemesinde meslek birliklerinin tip statü esasına göre kurulacağına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Bunun yerine madde metninde, meslek birliklerinin teşkilat ve idare tarzı ile denetlenme usullerini Adalet ve Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan statülere uygun olarak belirleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Yine madde metnin ilk halinde meslek birliklerinin teşkilatı, idare tarzı ve denetlenme usullerine ilişkin yasal düzenlemelerin Adalet ve Milli Eğitim Bakanlıkları tarafından yapılacağı belirtilmiş iken, madde metninde sonradan yapılan değişiklikle bahse geçen düzenleyici işlemleri yapma yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığına verilmiştir. İlk madde metninde yer alan meslek birliklerinin teşkilat, idare ve denetlenme usullerini düzenleyen statülerin Bakanlar Kurulunca onaylanacağı şeklindeki düzenleme varlığını, bu madde metninde yapılan son değişikliğe kadar sürdürmüştür.

FSEK'in 42'inci maddesi, 01.11.1983 tarihli ve 2936 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun² ile değişikliğe uğramış ve madde metnin yeni hali, *“Üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve mevzuattın öngördüğü esas ve usuller ve dağıtımını sağlamak üzere Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statülere uygun olarak ilim ve edebiyat eseri sahipleri meslek birliği, musiki eseri sahipleri meslek birliği, güzel sanat eseri sahipleri meslek birliği, sinema eseri sahipleri meslek birliği, adları altında meslek birlikleri kurulur. Aynı zamanda birden çok meslek birliklerinin bölgelerde şube açmaları caizdir. Meslek birlikleri, Kültür ve Turizm Bakanlığının hazırlayacağı ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statüye uygun olarak Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birlikleri Federasyonları adı altında bir federasyon kurarlar.”* şeklini almıştır.

FSEK 42'inci maddede yapılan bu değişiklik ile meslek birliklerinin kurulması, teşkilatlanması ve idaresine ilişkin maddenin önceki düzenlemesinden kaynaklanan belirsizliklerin kalkmasına, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından maddede geçen tip statülerin hazırlanmasına koşut olarak Mesam-Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği 11.08.1986

² 1.11.1983 tarihli ve 2936 sayılı ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun’ 3.11.1983 tarihli ve 18210 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

tarihinde kuruluş başvurusunda bulunmak suretiyle ülkemizde faaliyete geçen ilk meslek birliği olmuştur³. 1983 değişikliğinde meslek birliği kurulabilecek alan tanımlarına bakıldığında, kanun koyucunun meslek birliği kurma hakkını bu dönemde sadece musiki, ilim ve edebiyat, güzel sanat ve sinema eseri sahiplerine verdiği görülmektedir.

FSEK'in 42'inci maddesinde, 7.6.1995 tarihli ve 4110 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun⁴ ile yapılan değişiklik sonrasında anılan madde metnine göre, *“Eser sahipleri ve komşu hak sahipleri, üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve mevzuatın öngördüğü esas ve usuller içinde bu Kanun ile tanınmış haklarının takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Kültür Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tüzük ve tip statülere uygun olarak meslek birliği kurabilirler. Her birlik ihtiyaçlar doğrultusunda şubeler açarak çalışabilir.”*

Bu değişiklik ile getirilen en önemli yenilik, eser sahipleri yanında komşu hak sahiplerinin de meslek birliği kurabilmelerinin önünün açılmış olmasıdır. Komşu hak sahibi kavramı, FSEK'in 1/B maddesinin k bendinde yer almakta olup, bu tanıma göre komşu haklar eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları haklardır. FSEK m. 42'de, 1995 tarihinde yapılan değişiklik ile icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşları komşu hak sahibi olarak tanımlanmış ve bu hak sahiplerinin de eser sahipleri gibi meslek birlikleri kurabilecekleri kabul edilmiştir.

1995 yılında FSEK'in 42'inci maddesi de dahil bazı maddelerinde yapılan değişikliklerin üzerinden yaklaşık dört yıl geçtikten sonra, Kültür ve Turizm Bakanlığınca 10.03.1999 tarihinde hazırlanan Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzüğü, 1.04.1999 tarihli ve 23653 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü ise, 1995 yılında FSEK'in 42'inci maddesinde yapılan değişiklikten yaklaşık sekiz

³ Bkz. Kaynak linki: <<https://www.mesam.org.tr/mesam/hakkimizda>>. Giriş Tarihi, 13.09.2022.

⁴ 7.6.1995 tarihli ve 4110 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun 12.6.1995 tarihli ve 2231 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

yıl sonra 17.01.2003 tarihinde, Bakanlar Kurulu'nca onaylanmış ve 2003/5167 sayılı Bakanlar Kurulu kararının eki olarak 30.01.2003 tarihli ve 25009 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzük'ü yürürlüğe girdiği 1.04.1999 tarihinden, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü ise, yürürlüğe girdiği 30.01.2003 tarihinden, Cumhurbaşkanlığı'nca çıkarılan Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği'nin 7 Nisan 2022 tarihli ve 31802 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmasına kadar yaklaşık geçen uzunca bir süre uygulanmış ve meslek birliklerinin faaliyet ve işleyişine yön vermiştir.

FSEK 42'inci maddesinin birinci fıkrası, 3.3.2004 tarihli ve 5101 sayılı 'Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'⁵ ile yapılan eklemeler sonrasında, "*Eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri ile bu Kanunun 52'nci maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle eser veya hak sahibinden malî hakları kullanma yetkilerini devralarak bu Kanunun 10'uncu maddesine göre ilim-edebiyat eserleri üzerindeki hakları kullanarak, süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanlar üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Kültür Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tüzük ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda birden fazla meslek birliği kurabilirler.*" şeklini almıştır.

Bu madde en son olarak, Cumhurbaşkanlığı'nın 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24'üncü maddesiyle değiştirilmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında yer alan '*Kültür Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tüzük*' ibaresi yerine, '*Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik*' ifadesi, ikinci fıkrasında yer alan '*Bakanlıkça hazırlanan tüzük*' ibaresi yerine '*Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik*' ifadesi getirilmiştir⁶.

⁵ 3.3.2004 tarihli ve 5101 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 12.3.2004 tarihli ve 25400 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁶ Cumhurbaşkanlığı'nın 700 sayılı "[Anavasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname](#)"si 7 Temmuz 2018 Tarihli ve 30471 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu değişiklikten sonra FSEK 42'inci maddenin 1'inci fıkrası, 'Eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri, ile bu Kanunun 52'nci maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle eser veya hak sahibinden malî hakları kullanma yetkilerini devralarak bu Kanunun 10 uncu maddesine göre ilim-edebiyat eserleri üzerindeki hakları kullanarak, süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanlar üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda birden fazla meslek birliği kurabilirler.' şeklinde son haline kavuşmuştur.

Bu madde ile meslek birliklerinin Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda kurulabileceği düzenlenmiş olup, bu düzenleme kapsamında Cumhurbaşkanınca çıkartılan *'Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği'*⁷ çıkartılmış ve bu Yönetmelik ile 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla FSEK'te yapılan değişiklik sonrasında 1.04.1999 tarihinde yürürlüğe giren *'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzük'*ü ilga edilmiştir.

FSEK'in 42'inci maddesinde yapılan değişiklikler, yukarıdaki paragraflarda konuyla ilgilenenlerin ilgili yasal mevzuata ulaşmalarını kolaylaştırmak amacıyla özetlenmiştir. Bu makalenin ikinci bölümünde ise, meslek birliklerinin kuruluşu, zorunlu organları, üyeleri ile ilişkileri, işleyişi, denetimi ve benzeri hususları düzenleyen, FSEK 42'inci maddesi kapsamında çıkartılmış bulunan 'Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği'nin getirdiği yenilikler, bu Yönetmelik ile ilga edilmiş bulunan 1.04.1999 yürürlük tarihli 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzük' hükümleri ile karşılaştırılarak ele alınacaktır.

II. TELİF HAKLARI ALANINDA MESLEK BİRLİKLERİ YÖNETMELİĞİ'NİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Cumhurbaşkanlığınca çıkartılan Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği, eklenen ve çıkartılan maddeler dışarıda tutulacak olursa, ilga ettiği Fikir ve Sanat Eseri

⁷ Cumhurbaşkanlığınca çıkartılan 'Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği', 7 Nisan 2022 tarihinde, 31802 sayılı Resmî Gazete yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzüğü'nün sistematüğini genel olarak muhafaza etmiştir.

Yönetmelik dört kısımdan oluşmaktadır. Yönetmeliğın birinci kısmında başlangıç hükümleri düzenlenmiştir. Yönetmeliğın ikinci kısmı ise, yedi bölümden oluşmuştur.

İkinci kısmın ilk bölümünde, *“meslek birliklerinin amacı ve kurulabileceğı alanlar, meslek birliklerinin kurulması, aynı alanda başka meslek birliğı kurulabilmesinin koşulları, yeni kurulan meslek birliklerinin ilk genel kurul toplantısının yapılması, meslek birliklerinin tüzüklerinde yer alması gereken asgari hususlar, meslek birliklerinin görev ve yetkileri”*, ikinci bölümde *“birlik üyeliğı, üyelik türleri, üyelik başvurusu ve kabul, üyeliğın sona ermesi ve ilişkilerin tasviyesi, üyelikten ayrılma, üyelikten çıkarma, üyelerin temsili ve hakların takibi, yabancı kuruluşlarla ilişkiler, temsilcilik sözleşmeleri”* üçüncü bölümde *“meslek birlikleri organları, genel kurul, genel kurulun görevleri ve yetkileri, genel kurulun toplanması, genel kurulun toplantıya çağrı usulü, genel kurul toplanma ve karar yeter sayısı, genel kurul toplantısı usulü, genel kurul sonuç bildirimi, yönetim kurulu, yönetim kurulunun görevleri ve yetkileri, meslek birliğının temsili, denetleme kurulu, denetleme kurulunun görevleri, teknik - bilim kurulu, teknik -bilim kurulunun görevleri, haysiyet kurulu, haysiyet kurulunun görevleri ve disiplin yönergesi, zorunlu organların toplantı ve karar yeter sayısı, zorunlu organlara üye olmayanların seçimi, şubeler”*, dördüncü bölümde *“meslek birliklerin gelirleri, dağıtım ve dağıtım yönergesi, dağıtılmayan gelirler, kurul üyelerinin ve görevlilere yapılacak ödemeler”*, beşinci bölümde *“birlik tüzel kişiliğinin sona ermesi, genel kurul onayıyla sona erme, kendiliğinden sona erme, tasfiye”*, altıncı bölümde *“defter ve kayıtlar, tutulacak defterler, kayıt usulü, kayıt zamanı, hesap dönemi, defterlerin tasdiki, gelir ve gider belgeleri”* yedinci bölümde *“yetki belgesi, kullanıcılarla ilişkiler, şikayet başvuru süreçleri, yıllık şeffaflık raporu, işlemlerin elektronik ortamda yapılması ve Bakanlığın yetkisi, meslek birliklerinin internet siteleri, birlik zorunlu organ üyelerinin yükümlölükleri”* düzenlenmiştir.

Yönetmeliğın üçüncü kısmı iki bölümden meydana gelmekte olup, ilk bölümde *“federasyonların kurulması, kuruluş başvurusu, üye olma hakkı ve serbestisi, üyelik başvurusu, üyelikten ayrılma”*, ikinci bölümde ise, *“federasyon üyelerinin temsili ve hakların takibi, federasyon genel kurulu, federasyon genel kurulunun görevleri ve yetkileri, uygulanacak diğer hükümler”* düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin dördüncü ve son kısmında ise, çeşitli ve son hükümler başlığı altında meslek birlikleri ve federasyonların Bakanlık tarafından gerçekleştirilen idari denetimine ilişkin hususlar, meslek birliği ve federasyon kütüğü, diğer mevzuatın uygulanması, mevcut düzenlemelerin uyumlu hale getirilmesi ve geçiş aşamasında uygulanacak hükümler ile yürürlük ve yönetmeliğin yürütülmesi ilişkin hususlar, düzenlenmiştir.

Yukarıdaki paragraflarda açıklanan bölüm ve alt başlıklarının hemen hepsinde bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte bu değişiklikler daha çok var olan sürelerin uzatılması, Yönetmeliğin diğer hükümlerine uyum sağlanması için bazı fıkraların çıkartılması ya da bazı kavram ve ibarelerin eklenmesi şeklinde olup, bunlar mülga olan Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tüzüğü'nün (kısaca Tüzüğü'n) ilgili hükümlerine nazaran esaslı değişiklikler içermemektedir.

Bununla birlikte Yönetmelik ile getirilen ve değinilmesi gereken yenilikler esas olarak Yönetmeliğin ikinci kısmında i) “birliklerin amaç ve alanları”, ii) “aynı alanda başka meslek birliği kurulabilmesinin koşulları”, iii) “meslek birliklerinin tüzüklerinde yer alması gereken asgari hususlar”, iv) “meslek birliklerinin görev ve yetkileri”, v) “birlik üyeliği, üyelik türleri” vi) “üyelik başvurusu ve kabul”, vii) “üyelikten çıkarma”, viii) “üyelerin temsili ve hakların takibi”, ix) “ temsilcilik sözleşmeleri”, x) “genel kurulun görevleri ve yetkileri”, xi) “genel kurulun toplantıya çağrı usulü”, xii) “meslek birliğinin temsili”, xiii) “zorunlu organlara üye olmayanların seçimi”, xiv) “dağıtılmayan gelirler”, xv) “yetki belgesi”, xxvi) “yıllık şeffaflık raporu”, xxv) “meslek birliklerinin internet siteleri”, xxvii) “birlik zorunlu organ üyelerinin yükümlülükleri”, Yönetmeliğin üçüncü kısımda ise, “federasyonların kurulması” ve “federasyon üyelerinin temsili ve hakların takibi” başlıkları altında toplanmıştır.

1. Yönetmeliğin Birliklerin Amaç ve Alanlarına İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Meslek birliklerin amaç ve alanlarının düzenlendiği Yönetmeliğin 4'üncü maddesi, mülga Tüzüğü'n 7'inci maddesine karşılık gelmektedir. Yönetmeliğin 4'üncü maddesi ile mülga Tüzükte yer alan işleme ve derleme eser sahiplerinin ayrı bir meslek birliği kurabileceğine ilişkin düzenleme kaldırılmış, böylece işleme ve derleme eser sahiplerinin ayrı bir meslek birliği kurma hakkı son bulmuştur. Bu değişiklik sonrasında, işleme ve derleme eser sahipleri artık yer aldıkları eser kategorisinde *-örneğin musiki eseri ya da ilim ve edebiyat eseri sahipleri*

alanında- kurulmuş meslek birliklerine üye olarak mali haklarının takip ve idaresini sağlayacaklardır.

Kanaatimce, Yönetmelik ile işleme ve derleme eser sahiplerinin meslek birliği kurabileceklerine ilişkin önceki tüzük düzenlemesinin kaldırılması, meslek birliği enflasyonunun önüne geçmek, kullanıcıların daha az meslek birliği ile muhatap olmaları dolayısıyla toplu hak yönetiminin güçlenmesine sunduğu katkı bakımından faydalı olmuştur.

Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının c bendi ile getirilen bir diğer önemli yenilik ise, mülga Tüzüğe göre daha önce meslek birliği kurma hakkına sahibi olmayan kitap yayımcılarının, bağlantılı hak sahibi olarak tanımlanmış olması ve meslek birliği kurmalarına olanak tanınmış olmasıdır. Kitap yayımcılarının, Yönetmelikle böyle bir hakka sahip olabilmelerinin yasal dayanağını, FSEK'in 42'inci maddesine, 3.3.2004 tarihinde 5101 sayılı Kanunun 12'inci maddesi ile yapılan *“bu Kanunun 52'inci maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle eser veya hak sahibinden mali hakları kullanma yetkilerini devralarak bu Kanunun 10'uncu maddesine göre ilim-edebiyat eserleri üzerindeki hakları kullanarak, süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayımlar”* şeklindeki ekleme oluşturmaktadır.

Kanun koyucu 2004 yılında FSEK'in 42'inci maddesine yaptığı bu ekleme ile her ne kadar kitap yayımcılarının bağlantılı hak sahibi olarak tanımlamanın yolunu açmış olsa da Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi'nde dolayısıyla uluslararası sözleşmelerde yer almayan bir bağlantılı hak sahibi kategorisi yaratmıştır. Oysa ülkelerin, taraf oldukları uluslararası sözleşmelerde yer almayan yeni bağlantılı hak sahiplerini ulusal mevzuatları ile yaratmaları, uluslararası fikri mülkiyet uygulamaları ile bağdaşmamaktadır.

Bununla birlikte kanun koyucu 2004 yılında FSEK 42'inci maddeye yaptığı ekleme ile kitap yayımcılarının bağlantılı hak sahibi olarak tanımlanmasının yasal dayanağını oluşturmuş, son olarak da 2022 yılında Cumhurbaşkanlığına çıkartılan Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının c fıkrası ile kitap yayımcılığını da meslek birliği kurulabilecek bir alan olarak tanımlamıştır. Böylece FSEK'te hangi mali hakları kullanma hak ve yetkisine sahip oldukları tanımlanmamış kitap yayımcıları, Yönetmeliğin anılan hükmü uyarınca bağlantılı hak sahibi olarak meslek birliği kurabilir hale gelmişlerdir. Kanaatimce bu şekilde bir düzenleme kanun

yapma tekniğine, kanunlar ile yönetmelikler arasında var olan hiyerarşiye aykırılık teşkil etmektedir.

Her ne kadar bu düzenleme ile kitap yayımcıları bağlantılı hak sahipleri alanında meslek birliği kurabileceklerse de kitap yayımcılarının, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve yayın kuruluşlarından farklı olarak FSEK hükümleri kapsamında kanundan doğan münhasır hakları mevcut değildir. Bu durumda kitap yayımcıları kuracakları meslek birliğine, kanundan kendiliğinden (ipso uere) doğan ve aslen iktisap ettikleri mali hakları değil, Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında devren iktisap ettikleri mali hakların kullanım yetkisini devredebilirler.

Bu devri yapabilmeleri de FSEK'in 49/1'inci maddesi uyarınca ancak eser sahiplerinin yazılı muvafakatini almış olmaları koşuluyla mümkündür. Bu durumda kitap yayımcılarının kuracağı meslek birliği, aslında Yönetmelik düzenlemesi aksini işaret etse de aslında bağlantılı hak sahiplerinin mutlak haklarını değil, sözleşme ile devralınan nispi haklarını takip eden özel hukuk tüzel kişileri olacaktır. Kanun ve Yönetmeliğin özünü zedelememesi için bu tür bir düzenlemenin tüm yönleriyle değerlendirilmesi gerekir.

2. Yönetmeliğin Aynı Alanda Başka Meslek Birliği Kurulabilmesinin Koşullarına İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Aynı alanda başka meslek birliği kurulabilmesine ilişkin Yönetmeliğin 6'ıncı maddesine koşut olarak, mülga Tüzüğün 'Birliklerin Kurulması' başlığını taşıyan 8'inci maddesinin 2'inci fıkrasında bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak Yönetmeliğin 6'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrası ile getirilen yeni düzenleme, aynı alanda başka bir meslek birliği kurulabilmesi için bu meslek birliğinin üye sayısı bakımından yeterli sayıya ulaşması, tip statü, birlik tüzüğü ve diğer başvuru belgelerinde veya kurucuların hukuki durumlarının mevzuata uygun olması şeklindeki koşullara ek olarak, meslek birliğine faaliyet izni verilebilmesi için kurulacak meslek birliğinin idari ve ekonomik yetkinlik ile temsil kapasitesinin toplu lisanslamaya elverişli olmasını da şart koşturmaktadır.

Yönetmelik ile getirilen bu düzenlemenin amacı, aynı alanda yeni meslek birliklerinin kurulmasını güçleştirmek, lisanslama faaliyeti yapamayacak meslek birliklerinin kurulmasının önüne geçmektir. Zira ülkemizde kurulmuş bulunan 28 meslek birliğinden yaygın bir şekilde lisanslama faaliyeti yürüten sadece müzik sektöründe faaliyet gösteren meslek birlikleridir.

Müzik sektörü dışında kalan meslek birlikleri ise, kurulmalarının üzerinden epey bir zaman geçmesine rağmen üyeleri adına lisanslama faaliyetleri yürütecek organizasyondan yoksundur. Bu fiili durum kanun koyucu tarafından gözetilerek aynı alanda kurulacak yeni meslek birliklerinin idari ve ekonomik yetkinlik ile temsil kapasitesinin toplu lisanslamaya elverişli olması şart koşulmuştur.

Aynı alanda kurulan meslek birliği sayısının artmasının diğer olumsuz yönleri de, birden fazla meslek birliğinin bulunduğu alanlarda lisanslama çalışmalarının güçleşmesi, birden fazla meslek birliğine ödemede bulunmak durumunda kalan kullanıcıların mali yüklerinin artması ve aynı eser üzerinde birden fazla eser sahipliğinin bulunduğu hallerde kanunen gerekli yazılı izinlerin alınmasının zorlaşması ve toplanan telif gelirlerinin dağıtım süresinin uzamasıdır. Bu açıdan bakıldığında Yönetmelik ile aynı alanda meslek birliğinin kurulmasının zorlaştırılması ve bazı ek şartlar getirilmesi, meslek birlikleri açısından da faydalı olmuştur.

3. Yönetmeliğin Meslek Birliklerinin Tüzüklerinde Yer Alması Gereken Asgari Hususlara İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Mülga Tüzükte, meslek birliklerinin tüzüklerinde yer alması gereken asgari hususlara ilişkin bir madde düzenlemesi mevcut değildir. Zira mülga Tüzüğün ‘Tüzel Kişilik’ başlığını taşıyan 3’üncü maddesinde, meslek birliklerinin tüzüklerini, Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statülere uygun biçimde düzenlemeleri tüzel kişilik kazanma şartı olarak belirlenmiş, Bakanlıkça hazırlanan tip statüde ise meslek birliklerinin tüzüklerinde yer alacak asgari koşullar olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle mülga Tüzükte, Yönetmeliğin 8’inci maddesinde olduğu gibi meslek birliklerinin tüzüklerinde yer alması gereken asgari hususlara ilişkin bir düzenleme yoktur.

Yönetmeliğin 8’inci maddesine göre meslek birliklerinin tüzüklerinde, meslek birliğinin adı ve merkezi, faaliyet alanı ve meslek birliğince takip edilen haklar, üyelik kriteri, üyelik türleri, üyelikten çıkarılma koşulları ve üyeliğe ilişkin diğer hususlar, genel kurulun toplanma şekli ve zamanı, birlik organlarının görevleri, yetkileri, asıl ve yedek üye sayıları, telif gelirleri, tazminatlar ve bu gelirlerle yapılan yatırımlardan elde edilecek gelirlerden kesilecek birlik payı, birliğin iç denetim şekli, birliğin feshi halinde mal varlığının tasfiye şekli gibi hususlar yer alır.

Yönetmelik düzenlemesinin, mülga Tüzük uyarınca Bakanlıkça hazırlanan tip statü hükümleri ile kıyaslandığında getirdiği başlıca yenilikler, meslek birliklerince genel kurul

kararı şeklinde belirlenen üyelik kriterlerinin artık meslek birlikleri tüzüklerinde yer almasının zorunlu hale getirilmiş olması, Yönetmelikte üyelikten çıkarılma koşullarının, mülga Tüzüğün 19'uncu maddesinde olduğu gibi sınırlı sayıda (tadadi olarak) sayılmak yerine, üyelikten çıkarılma sebeplerinin meslek birliklerince belirlenerek tüzüklerinde belirtilmesi şeklinde daha esnek bir tutumun benimsenmiş olması, mülga Tüzükte meslek birliklerinin genel kurullarının her iki yılda bir en geç Mart ayının sonuna kadar yapılması şeklindeki düzenlemenin yerini, iki yılda bir olmak kaydıyla meslek birliklerinin olağan genel kurullarını yılın hangi döneminde yapacaklarına birlik tüzüğünde belirtmek şartıyla serbestçe tayin edebilmeleri imkanın getirilmiş olmasıdır.

Bunun yanında Yönetmeliğin 8'inci maddesinde yer alan ve meslek birliklerinin tüzüğünde yer alması gerek asgari koşullar arasında sayılan, telif gelirleri, tazminatlar ve bu gelirlerle yapılan yatırımlardan elde edilecek gelirlerden kesilecek birlik payı ile birliğin feshi halinde mal varlığının tasfiye şeklinin meslek birlikleri tüzüklerinde gösterilmesi zorunluluğunun getirilmesi gibi hususlar da mülga Tüzük kapsamında meslek birlikleri için çıkartılan tip statüde yer almamaktadır.

Mülga Tüzük hükümleri yürürlükte iken meslek birlikleri elde edecekleri telif gelirleri ve tazminatlardan kesilecek birlik payını, genel kurul kararıyla kabul edilen meslek birlikleri kesinti payı esaslarını ve oranlarını düzenleyen yönergeler ile tespit etmekteydiler. Yönetmelik hükmüne göre bu kesinti payı artık meslek birliklerinin tüzüklerinde yer almak zorundadır. Bu düzenlemenin meslek birliklerinde şeffaflık sağlamak, üyeleri tarafından meslek birliklerinin daha etkin denetlenebilmesi amacıyla getirildiği, bu düzenlemenin 2014/26 sayılı 'İç Pazarda Çevrimiçi Kullanım İçin Müzik Eserlerinde Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Hakların Çok Bölgeli Lisanslanması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin⁸ (kısaca Çevrimiçi Kullanım Direktifinin) 12'inci maddesinden esinlendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan Direktifte, meslek birliklerinin kesinti payı oranları üyelere bildirmesi gerektiği belirtilmiş ancak bu bilginin meslek birliği tüzüklerinde yer almasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Meslek birliğinin topladığı telif ve tazminat ücretlerinden keseceği meslek birliği payının üyelere bildirilmesine yönelik bir düzenleme,

⁸ 2014/26 sayılı 'İç Pazarda Çevrimiçi Kullanım İçin Müzik Eserlerinde Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Hakların Çok Bölgeli Lisanslanması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin İngilizce metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0026&from=EN>>, Giriş tarihi: 21.09.2022.

meslek birliklerinin şeffaflığını sağlamak bakımından yerindeyse de Yönetmeliğin yeni düzenlemesine göre ancak genel kurul üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile değiştirilebilen birlik tüzüğünde birlik kesinti oranlarının gösterilmesinin asgari şart olarak öngörülmesi doğru bir yaklaşım olmamıştır. Zira meslek birlikleri üyeleri adına topladığı telif ücretleri ve tazminatlardan, bu gelirleri elde etmek için istihdam ettiği çalışanların ücretlerini, bulunduğu mekânın kira, elektrik, su gibi giderlerini, birlik nezdinde doğan vergileri ve söz konusu gelirlerin elde edilmesi için mahkeme harçları, ulaşım masrafları gibi yaptığı zorunlu masrafları karşılamak için yapmaktadır. Ülkemizde meslek birliklerinin topladığı gelirler hala meslek birliklerinin işletme giderlerini rahatlıkla karşılayabileceği tutarlara ulaşmamıştır. Kaldı ki; her yıl meslek birlikleri daha önce lisans sözleşmesi imzaladığı birçok kullanıcıdan gelen fesih bildirimleri ile gelir kaybına uğramakta, imzaladıkları sözleşme gelirlerinin tahsilatlarını zamanında yapamamaktadır. Bu sebeple meslek birliklerinin işletme faaliyetlerini yürütebilmeleri için yapmaları gereken kesinti oranlarında sık sık değişiklik yapılması ihtiyacını doğurmaktadır. Uygulamada doğan ihtiyaçlara göre esneklik gerektiren bu değişikliğin genel kurulun salt çoğunluğu ile alınacak bir kararla yapılabilmesi yerine tüzük değişikliği için ağırlaştırılmış karar nisabı olan genel kurulun üçte iki çoğunluğu ile alınması zorunluluğuna bağlanması kanaatimce isabetli olmamıştır.

Zira meslek birliklerinin değişen ekonomik koşullara hızla uyum sağlama mecburiyetlerinin ortaya çıkması halinde, meslek birliği kesinti oranlarının ancak birlik üyelerinin üçte ikilik çoğunluğunun kabulüyle yapılacak tüzük değişikliğini genel kurulda kabul ettirmenin zorluğu göz önüne alındığında, meslek birliklerinin orta ve uzun vadede işletme giderlerini karşılamakta güçlük çekmesine yol açacak nitelikte olup, gerekli tüzük değişikliğinin sağlanamaması halinde ise meslek birliklerinin lisanslama için gerekli çalışan sayısında azaltmaya gitmelerine ve lisanslama faaliyetlerinin düşmesine neden olacaktır. Bu sebeple Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 12'inci maddesinde birlik kesinti oranlarının birlik üyelerine bildirilmesi diğer bir deyişe şeffaflık ilkesinin sağlanması gerektiği belirtilmiş ancak birlik kesinti oranının belirlenmesi üçte ikilik bir ağırlaştırılmış nisap şartına bağlanmamıştır. Aksine mülga Tüzük hükümlerinin müsaade ettiği gibi Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 8'inci maddesinde meslek birliklerinin topladığı telif ücreti ve tazminatlardan birliğin işletme gideri olarak yapacağı kesinti payının genel kurulda belirleneceğini öngörmüştür.

Mülga Tüzükte olmayan Yönetmelik ile meslek birliklerinin tüzüklerinde yer almasının öngörüldüğü bir diğer yenilik de birliğin feshi halinde mal varlığının tasfiye şeklinin gösterilmesi zorunluluğudur. Bu yönde bir düzenlemenin meslek birlikleri tüzüğünde yer alması, herhangi bir sebeple fesih sürecine giren meslek birliğinin malvarlıklarının hukuka uygun olarak tasfiye edildiğinin denetlenebilmesi, bu konunun açıklığa kavuşturulması bakımından faydalı olmuştur.

4. Yönetmeliğin Meslek Birliklerinin Görev ve Yetkilerine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 9'uncu maddesi ile meslek birliklerinin görev ve yetkilerini düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9'uncu maddesine benzer bir düzenleme mülga Tüzükte yer almamaktaydı. Dolayısıyla Yönetmeliğin 9'uncu maddesi tümüyle yenidir. Bu madde ile meslek birliklerine faaliyetlerini etkinlik, katılımcılık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerine göre yürütme, hakların yönetimini hakkaniyete uygun koşullarda gerçekleştirme, yönettikleri haklara ilişkin her türlü bedelin tahsilini ve dağıtımını, dağıtım planlarına uygun olarak adil, şeffaf ve düzenli bir şekilde gerçekleştirmek, yönettikleri haklarla ilgili eserlere ve bağlantılı hak konularına ilişkin veri tabanını oluşturmak, güncellemek ve ilgililerin bilgisine sunmak, aynı alanda faaliyet gösteren meslek birlikleri bakımından ortak veri tabanı oluşturmak, tarife ve artış gerekçeleri ile bu tarifelere ilişkin indirim ve ödeme kolaylıklarını duyurmak, yönettikleri hakları korumaya yönelik tedbirleri almak, gerekli idari, hukuki ve cezai yollara başvurmak, kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerine uymak görev ve yetkileri verilmiştir.

Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde sayılan meslek birliği görevlerinden özellikle birliklerin yönettikleri haklarla ilgili eserlere ve bağlantılı hak konularına ilişkin veri tabanı ve aynı alanda faaliyet gösteren meslek birlikleri bakımından ortak veri tabanı oluşturulmaları ile tarife ve artış gerekçeleri ile bu tarifelere ilişkin indirim ve ödeme kolaylıklarını duyurmalarına ilişkin olanlar uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü bakımından özellikle önem arz etmektedir.

Kurulalı çok uzun yıllar olmasına ve hatırı sayılır kuruluşla lisans sözleşmeleri imzalayan birçok meslek birliğinin veri tabanı bulunmamaktadır. Bu veri tabanının bulunamaması meslek birlikleri ile lisans sözleşmesi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler

bakımından sıkıntı yarattığı gibi özellikle aynı alanda birden fazla meslek birliğinin bulunması halinde, hangi eser ya da bağlantılı hak konusu için hangi meslek birliğinden izin alınması gerektiği sorusunun cevaplanamaması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca aynı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerinin veri tabanlarının olmaması, sektördeki temsil kabiliyetinin nesnel olarak ölçülememesi neticesini doğurmaktadır. Bunun neticesinde aynı alanda meslek birlikleri tarifelerini açıklarken temsil kabiliyetlerine dayanarak değil, aynı alanda kurulu bulundukları meslek birliğinin tarifesini esas alarak tarife bedellerini ilan etmektedirler. Zira aynı alanda faaliyet gösteren meslek birlikleri daha düşük bir tarife ilan ettikleri takdirde, bunun aynı alanda faaliyet gösteren diğer meslek birliğine göre daha az temsil kabiliyeti olduğunu ya da diğer meslek birliği repertuarının kendisine nazaran daha değerli olduğunu kendi eliyle kabul etmiş olması veya ileride aynı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerinin ortak lisanslama faaliyeti gerçekleştirmeleri halinde, tarife bedelleri daha düşük olan meslek birliğinin ortak lisanslama bedellerinden daha azını alması, bu durumu ise üyelerine izah edememe sonucunu doğurmasından çekinmektedir.

Bu durum kanun koyucunun aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulması ile birlikte doğacak rekabet sayesinde meslek birlikleri tarife bedellerinin düşmesi şeklinde özetlenebilecek amacının da gerçekleşmesine engel oluşturmaktadır. Yönetmelikle meslek birliklerine veri tabanı oluşturma, aynı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerine ise ortak veri tabanı oluşturma görev ve yükümlülüğü getirilmesi neticesinde bu veri tabanlarının kurulması yukarıda belirtilen sakıncaların giderilmesi için ilgililere nesnel bir ölçüt sağlayacaktır.

Yönetmeliğin 9'uncu maddesi ile getirilen bir diğer yenilik ise, tarife ve artış gerekçelerinin bildirilmesinin meslek birliğinin görev ve yükümlülüğü olarak sayılmasıdır. Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce meslek birlikleri her takvim yılının dokuzuncu ayında tarifelerini ilan etmekteydi ancak bu tarifelerini ilan ederken bir önceki yıla nazaran yaptıkları artışların gerekçelerini bildirme yükümlülükleri yoktu. Yönetmelik ile meslek birliklerinin tarife artış gerekçelerini bildirme yükümlülüğünün getirilmesi, tarife artışlarında keyfiliğin önlenmesi bakımından yararlı olacak, meslek birlikleri her yıl yaptıkları tarife artışlarının - *özellikle enflasyon oranlarının üzerinde olanlar bakımından*- gerekçelerini -örneğin yeni imzaladıkları bir karşılıklı temsilcilik sözleşmesi veya aynı alanda kurulmuş bulunan diğer meslek birliği veya meslek birlikleri ile birleşilmesi sebebiyle repertuarlarının bir önceki yıla göre önemli ölçüde artması gibi- açıklayacaklar, bu açıklama ise tarife artışlarının dürüstlük ve

hakkaniyet kurallarına uygun olup olmadığının gerek kullanıcılar gerekse diğer bileşenler tarafından denetlenebilmesine olanak sağlayacaktır. Dolayısıyla bu yükümlülük, hatalı uygulamaların en sık yaşandığı bir alan olan tarife artışlarının denetlenebilmesi açısından faydalı olmuştur.

Kişisel verilerin korunması ile ilgili yasal mevzuatın kabulü ve uygulanması diğer temel kanunlara göre yeni olduğundan bu kanuna meslek birliklerin uyma mecburiyetinin getirilmiştir. Doğal olarak bu yükümlülük ancak kanun kapsamına giren meslek birlikleri açısından uygulanacaktır.

5. Yönetmeliğin Birlik Üyeliği, Üyelik Türlerine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Mülga Tüzüğün 12'ini maddesinde asıl üyelik, 13'üncü maddesinde yararlanan üyelik ve 14'üncü maddesinde aday üyelik şeklinde üç tür üyelik belirlenmişti. Yeni Yönetmelik ile mülga Tüzükteki bu düzenlemeler kaldırılmış bunun yerine Yönetmeliğin 'Üyelik Türleri' başlığını taşıyan 11'inci maddesinde, meslek birliklerinin adil ve orantılı olmak kaydıyla üyelik süresi veya birlikten elde edilen telif gelirine dayanarak farklı üyelik türleri oluşturabileceği, meslek birliklerinin genel kurula katılma, oy hakkı, oy farklılaştırması ve zorunlu organ üyeliklerine seçilme konularında üyelik türleri arasında adil ve dengeli olmak kaydıyla farklılaştırma yapabileceği düzenlemesi getirilmiştir.

Bu değişikliğin yasal dayanağı Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 9'uncu maddesinin 9'uncu fıkrasıdır⁹. Ancak Yönetmeliğin 11'inci maddesinde üyelik türü farklılaştırmasının üyenin birlikteki üyelik süresine ya da birlikten elde edilen telif geliri ölçütlerine dayanarak oluşturabileceği belirtilmiş, Direktifin 9/9'uncu maddesinden farklı olarak bahsi geçen her iki ölçüte dayanarak da üyelik türü farklılaştırması yapılabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Kanaatimce Yönetmelik 11'inci maddede belirtilen iki ölçüt arasında "veya" ibaresi kullanıldığı ve meslek birliklerine bu iki ölçütten birine göre oy farklılaştırması yapma seçeneği sunulduğu için madde metninde belirtilen her iki ölçütün birlikte kullanılması suretiyle üyelik türleri arasında bir farklılaştırma yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

⁹ Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 9'uncu maddesinin 9 fıkrası hükmüne göre, toplu hak takibi yapan kuruluşlarının tüm üyeleri, genel kuruluna katılma ve oy kullanma hakkına sahiptir. Bununla birlikte, üye devletler, aşağıdaki ölçütlerden biri veya her ikisi esas alarak, toplu hak takibi yapan kuruluşların üyelerinin genel kurullara katılma ve oy haklarını kullanma haklarına, a) üyelik süresi ölçütüne ya da b) üyelerin meslek birliklerden aldıkları veya onlara ödenmesi gereken tutara göre bu kriterlerin adil ve orantılı bir şekilde belirlenmesi ve uygulanması şartıyla kısıtlamalar getirebilir.

Yönetmeliğin 11'inci maddesi hükmü, uyum sağlanması amacıyla hükümlerinden yararlanılan Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 9/9'uncu maddesi düzenlemesi dikkate alındığında, bu konuda bir ihtilaf yaşanmaması gerekir. Bu düzenleme ile, meslek birliklerinin mülga Tüzükte yer alan asıl, yararlanan ve aday üyelik türlerine benzer işlev göreceк üyelik türleri oluşturması mümkündür.

Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında ayrıca üyelik türleri arasında oy hakkı ve zorunlu organ üyeliklerine seçilme hususlarında da farklılaştırma yapılabileceği belirtilmektedir. Bu tür bir farklılaştırma Almanya'da eser sahipleri meslek birliği olarak faaliyet gösteren GEMA ya da fonogram yapımcıları meslek birliklerinin çatı örgütü olan IFPI gibi kuruluşlarda yıllardır uygulanmaktadır. Yönetmelik ile birlikte üyeler arasında oy farklılaştırması yapma imkanı getirilmesi ile birlikte meslek birliği üyelerinin oy hakkı bakımından limited veya anonim şirketlerde ortakların paylarının toplam itibarı değeriyle orantılı olarak oy kullanma hakkına benzer düzenlemelerin yapılması da mümkün hale gelmiştir.

6. Yönetmeliğin Üyelik Başvurusu ve Kabule İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 12'inci maddesi mülga Tüzüğün aynı konuyu düzenleyen 15'inci maddesinden nitelik itibarıyla esaslı bir fark içermemektedir. Ancak Yönetmeliğin 12'inci maddesi ile üyelik başvurusuna birlik yönetim kurulunca cevap verilmesi için öngörülen otuz günlük süre altmış güne çıkartılmış, üyelik ret kararları bakımından gerekçe belirtme yükümlülüğü getirilmiş, üyelik başvuruları ret edilenlerin, ret kararına karşı Yönetim Kuruluna itiraz edebilecekleri ve itirazın Yönetim Kurulunca, birliğin Teknik-Bilim Kurulunun konuya ilişkin görüş ve önerisi alınmak suretiyle karara bağlanacağı veya üyelik başvurusu ret edilen kişinin bu yollara başvurmaksızın Yönetim Kurulunun ret kararına karşı doğrudan yargı yoluna başvurabileceği düzenlemesi getirilmiştir.

Yönetmeliğin bu hükmü ile başvurana yönetim kuruluna yeniden değerlendirme yapılması için itiraz etme seçicilik hakkı getirilmiştir. Önceki düzenlemede ret kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir hüküm olmamakla birlikte genel hükümler kapsamında birlik yönetim kurulunun ret kararlarına karşı dava açma hakkı bulunmaktaydı.

7. Yönetmeliğin Üyelikten Çıkarma Düzenlemesi Hakkında

Mülga Tüzüğün 19'uncu maddesinde meslek birliği üyeliğinden çıkarma sebepleri sınırlı sayıda ve genel geçer şekilde belirlenmişti. Farklı alanlarda ya da sektörlerde faaliyet gösteren meslek birlikleri ya da birlik üyesi gerçek kişi olan meslek birlikleri ile üyesi tüzel kişi olan meslek birlikleri bakımından aynı üyelikten çıkarma sebeplerinin düzenlenmiş olması uzun zamandır eleştirilen bir konuydu.

Yeni Yönetmelik ile mülga Tüzüğün aksayan bu düzenlemesi değiştirilmiş ve Yönetmeliğin 15'inci maddesi ile meslek birliklerinin objektif, şeffaf ve ayrımcı olmayan kriterler belirlemek ve bu kriterleri birlik tüzüklerinde göstermek koşuluyla üyelikten çıkarma sebeplerini belirleyecekleri kabul edilmiştir. Bu düzenleme her meslek birliğine faaliyet gösterdiği alan ve üyelerinin gerçek ya da tüzel kişi olmasına göre farklılık arz eden durumlara göre üyelikten çıkarma sebeplerini belirleme konusunda gereken esnekliği sağladığı için faydalı olmuştur.

Bununla birlikte aynı Yönetmelik maddesinin 3'üncü fıkrasında üyelikten çıkarma kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir. Esasen böyle bir açıklama yapılmasaydı dahi, üyelikten çıkarma kararına karşı üyenin bu kararın iptali için genel hükümlere göre dava açma hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu düzenleme, hukukçu olmayan üyelere bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulabileceği hususunu hatırlatmak amacıyla koyulmuş olabilir.

Türk Medeni Kanun'un 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, organ kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 80'inci maddesinin amir hükmü genel kurulun, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı vereceği, şeklindedir. Türk Medeni Kanun'un 73'üncü maddesinde ise, genel kurul, derneğin en yetkili karar organıdır. Bu hükümler ışığında birlik haysiyet kurulunun üyelikten çıkarılma kararlarına karşı yargı yoluna başvurabilmek için öncelikle yapılacak birlik genel kurulunun beklenmesi, üyelikten çıkarma kararına birlik genel kurulunda itiraz ederek bu kararın birliğin nihai kararı haline getirilmesi şarttır. Birlik haysiyet kurulları tarafından verilen üyelikten çıkarma kararlarına karşı doğrudan dava açılması halinde, bu davalar birlik iç denetim yolları tüketilmeden açıldığı ve ortada henüz iptali istenebilecek bir karar bulunmadığı

gerekçesiyle dava şartı yokluğundan reddedilecektir. Yargıtay'ın bu husustaki içtihadı yerleşik olup, son yıllarda da değişikliğe uğramamıştır¹⁰.

Her ne kadar Yönetmeliğin 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü, ilk bakışta Medeni Kanunun bu hükümlerinin dernekler için düzenlendiği dolayısıyla meslek birlikleri bakımından Yönetmelik uygulamasında bu hükümlerin esas alınmayacağı şeklinde bir sav ileri sürülebilir gözükmese de, aslında bu savın, aynı Yönetmeliğin 'Diğer Mevzuatın Uygulanması' başlığını taşıyan 71'inci maddesinde, meslek birlikleri ve federasyonlarının çalışmalarıyla ilgili hususlarda hüküm bulunmayan hallerde Dernekler Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile Dernekler Yönetmeliğinin ilgili hükümlerinin uygulanacağı şeklindeki düzenlemesi ve de Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesinin "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." şeklindeki amir hükmü karşısında hukuki olarak sürdürülmesi olası gözükmemektedir.

Nitekim kanun koyucu da tüm bu hususları gözeterek, Yönetmelikte birlik haysiyet kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmekle yetinmiş buna karşılık haysiyet kurulu kararlarının yargı önüne hangi usul izlenerek getirileceği konusunda sessiz kalmayı tercih etmiş ve izlenecek usulü genel hükümlere bırakmış gözükmektedir.

8. Yönetmeliğin Üyelerin Temsili ve Hakların Takibine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 16'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasında, meslek birliklerinin hak sahiplerinin yetki belgesine konu haklarını münhasıran takip etmeye yükümlü oldukları belirtilmektedir. Bu Yönetmelik hükmüne göre, meslek birliğine üye olacak hak sahiplerinin, meslek birliklerine verecekleri yetki belgesi ile mali hakları basit ruhsat şeklinde devretmeleri mümkün değildir. Yönetmelikte böyle bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı duyulmasının en önemli sebebi, ülkemizde aynı alanda kurulmuş ve üye hak sahiplerinin aynı mali haklarını takip etme yetkisine sahip birçok meslek birliğinin eş zamanlı faaliyet göstermekte olmasıdır. Şayet hak sahiplerine üye olacakları meslek birliklerine yetki belgesi ile devredecekleri mali hak kullanım yetkilerini basit ruhsat şeklinde vermeleri kabul edilmiş olsaydı, hak sahipleri üzerinde hak

¹⁰ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin E. 2007/642 K. 2007/2753 T. 26.2.2007 sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2006/2-278 K. 2006/283 T. 10.5.2006; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2013/2609 K. 2013/4191 T. 19.3.2013.

sahibi olduğu eser ya da bağlantılı hak konularını aynı alanda faaliyet gösteren birden çok meslek birliğine aynı anda basit ruhsat şeklinde verme hak ve yetkisine kavuşacak, bu durum ise kullanıcılar bakımından aynı eser ya da bağlantılı hak konusu için mükerrer ödeme yapmaları neticesini doğuracak dolayısıyla her bir meslek birliğine basit ruhsat verme yetkisi tanınan hak sahibi, üye olduğu meslek birliği sayısı kadar aynı kullanıcılardan mükerrer telif ücreti elde edecek ve sebepsiz yere zenginleşmiş olacaktır. Bu durum gözetilerek bir meslek birliğine üye olacak ve yetki belgesi verecek hak sahiplerinin, yetki belgesine konu mali hakları kullanma yetkisini meslek birliğine münhasıran devretmesi şart koşulmuştur.

Yönetmeliğin 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, hak sahiplerinin Kanunla tanınmış haklarının ülke içinde bu Yönetmelik gereğince kurulan birlikler dışında başka birlik, dernek, şirket ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemeyeceği, hüküm altına alınmıştır. Bu hükme, FSEK'in 42'nci maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak 'şirket' ibaresi eklenmiştir.

Yönetmeliğe bu ibarenin eklenmesindeki amaç, meslek birlikleri dışında şirket olarak örgütlenen bazı edisyon firmaları ile bazı özel hukuk tüzel kişilerinin, yabancı hak sahipleri ile imzaladıkları temsil sözleşmelerini dayanak göstererek meslek birlikleri gibi hareket etmeleri ve kullanıcılarla lisans sözleşmeleri imzalamaları, Türk Ticaret Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasını b bendi uyarınca haksız rekabet teşkil edecek şekilde meslek birlikleri ile önceden lisans sözleşmesi imzalamış kullanıcıları bu sözleşmeleri ihlale veya sona erdirmeye yöneltmeleridir. Yönetmelik bu tür fiilleri yasaklamak amacıyla FSEK m. 42/son'da yer alan hükme ek olarak Yönetmelik düzenlemesine 'şirket' ibaresini de eklemiştir.

Bu değişiklik ile meslek birliklerinin toplu hak yönetimi yapabilmeleri bakımından elini güçlendirmek hedeflenmiştir. Ancak bu yasaklama gerek Kanunun ilgili maddesinde gerekse Yönetmelikte hiçbir yaptırıma bağlanmadığından, iyi niyetli bir yaklaşım olmanın ötesine gitmemektedir. Bu düzenleme zaten lisans çalışmalarının önünde, büyük engeller bulunan meslek birliklerinin var olan kısıtlı sayıdaki lisans sözleşmelerini kaybetmelerine bir çare üretmemektedir. En azında yönetmelikte bu yasağa aykırı hareket eden dernek, şirket ve benzeri

gerçek ve tüzel kişiler aleyhine idari para cezası uygulanması şeklinde bir yaptırım öngörülebilirdi¹¹.

9. Yönetmeliğin Temsilcilik Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin temsilcilik sözleşmeleri başlığını taşıyan 18'inci maddesi, mülga Tüzük ile karşılaştırıldığında yeni bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin dayanağı Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 14'üncü, 15'inci ve 19'uncu maddeleridir.

Direktifin 14'üncü maddesi hükmü, “Üye Devletler, bir toplu hak takip kuruluşunun, özellikle geçerli tarifeleri, yönetim ücretleri ve hak gelirlerinin tahsili ve ödenmesi gereken tutarların dağıtımına ilişkin belirlemiş olduğu koşullar açısından temsilcilik sözleşmesi kapsamında haklarını yönettiği herhangi bir hak sahibine karşı ayrımcılık yapmamasını sağlayacaktır.” şeklindedir. Aynı Direktifin 15'inci maddesinin birinci fıkrasında, “Üye Devletler, temsil sözleşmesine taraf olan diğer toplu yönetim kuruluşu bu tür kesintilere açıkça muvafakat etmedikçe, bir toplu hak takip kuruluşunun, bir temsil sözleşmesi temelinde yönettiği haklardan elde edilen hak gelirlerinden veya bu şirketin yatırımından kaynaklanan herhangi bir gelirden, yönetim ücretleri dışında herhangi bir kesinti yapmamasını sağlayacaktır.” denilmektedir. Direktifin 19'uncu maddesinin birinci fıkrasında, üye Devletler, toplu hak takip kuruluşunun, en az yılda bir defadan az olmamak üzere ve elektronik araçlarla, temsil sözleşmesi kapsamında haklarını yönettiği toplu hak yönetim kuruluşlarına, yönetim ücretleri ile ilgili olarak yapılan kesintiler; yönetim ücretleri dışında herhangi bir amaçla yapılan kesintiler; temsil sözleşmesi kapsamındaki eserler ve diğer konularla ilgili olarak verilen veya reddedilen lisanslar hakkında bilgilendirme yapacakları belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 18'inci maddesi, Direktifin yukarıda alıntılanan madde hükümlerine istinaden toplu hak takip kuruluşları ibaresi de meslek birlikleri olarak çevrilmek suretiyle

¹¹ Müzik sektöründe faaliyet gösteren eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri dışında diğer sektörlerde faaliyet gösteren meslek birliklerinin halihazırda ciddi bir lisanslama faaliyetleri bulunmaması ve bu sektörlerde henüz bir telif hakları lisanslama pazarı oluşmadığından, meslek birlikleri ile lisans sözleşmesi imzalamış kullanıcıların sözleşmelerini ihlale veya sona erdirmeye yönelik faaliyetlerde bulunan edisyon ve benzeri şirketlerin yol açtığı haksız rekabet, müzik sektörü dışındaki alanlarda faaliyet gösteren meslek birlikleri açısından acil çözülmesi gereken bir sorun şeklinde algılanmıyor olabilir. Dolayısıyla bu sorunun yasal mevzuatta yapılacak değişiklikler ile çözümü açısından tüm meslek birliklerinin ortak talebi ve kanun koyucuyu harekete geçirecek ciddi bir kamuoyu baskı bulunmamaktadır.

düzenlenmiş olup, bu düzenleme ile daha önce yasal mevzuatımızda mevcut bir boşluk doldurulmuştur.

10. Yönetmeliğin Genel Kurulun Görevleri ve Yetkilerine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin “birlik zorunlu organlarının başkan ve üyelerine verilecek ücretleri belirlemek” şeklindeki ı bendi, “birliğin amacına ve faaliyet alanına ilişkin şirket kurmasına ve kurulmuş olan şirketlere ortak olmasına dair kararı onaylamak” şeklindeki k bendi, “risk yönetim politikasına karar vermek” şeklindeki m bendi, “birliğin borç almasını, borç vermesini ya da alınan borçlar için teminat vermesini onaylamak” şeklindeki n bendi hükümleri, mülga Tüzükte yer almayan düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin yasal dayanağı Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 8’inci maddesinin 5’inci fıkrasının c bendi, f bendi, h bendi, i bendi hükümleridir.

Yönetmelik ile getirilen bu yeni düzenlemelerden ilki, birlik zorunlu organlarının birlik zorunlu organlarının başkan ve üyelerine verilecek ücretleri belirlenmesinin genel kurulun görevleri arasında sayılmış olmasıdır. Esasen bu hüküm getirilmeden önce de birlik zorunlu organlarının alacakları huzur hakkı tutarı genel kurul kararı olarak açıkça belirlenmekte, zorunlu organ başkanı ya da başkanlarına bir ödenmekteyse bu ücretin tutarı yönetim kurulu tarafından genel kurula gelecek iki yıllık dönem için sunulan tahmini bütçe içerisinde açık bir şekilde yazmaktaydı. Bu sebeple esasen bu hüküm birliklerin mevcut uygulama gözetildiğinde meslek birlikleri bakımından esaslı bir değişiklik getirmemekte sadece huzur hakkı ve zorunlu organların başkanlarına ödenecek ücret tutarlarının belirlenmesinin genel kurulun görevi olduğuna açıklık getirilmekte olup, buna ek olarak zorunlu organ başkanlarına ödenecek ücretlerin genel bütçe içerisinde gösterilmesinin bir adım ötesine geçilerek genel kurulda tartışılarak karara bağlanması ve doğrudan bir genel kurul kararı haline getirilmesi öngörülmektedir.

Bu uygulamanın tek sıkıntısı genel kurulda zorunlu organ başkanlarının alacakları ya da aldıkları ücretlerin tüm genel kurul üyelerinin tartışmasına sunulması karara bağlanması usulünün kabul edilmesi halinde, genel kurulda zorunlu organ başkanlığı yürütecek kişilerin aldıkları ya da alacakları ücretler çerçevesinde gereksiz ve rencide edici yorum ve konuşmaların yapılma olasılığının yüksek olmasıdır. Bu durum zorunlu organ başkanlığını yürütecek kişilerin genel kurullarda onur ve haysiyetini zedeleyebilecek durumların yaşanmasına sebep

olabileceğinden zaman içinde, genellikle ciddi zaman ayrılması gereken dolayısıyla külfetli bir iş olan dolayısıyla ücret ödenmeden gönüllü olarak kabulü zor gözükken birlik yönetim kurulu başkanlığı gibi pozisyonlara aday olacak üye bulmak bakımından meslek birliklerinin güçlük yaşamasına sebep olabilir.

Yönetmeliğin k bendi ile getirilen bir diğer yenilik ise, meslek birliğinin amacına ve faaliyet alanına ilişkin şirket kurmasına ve kurulmuş olan şirketlere ortak olmasına dair kararın genel kurul tarafından onaylanacağına ilişkindir. Bu düzenleme ile aslında kanunen kar maçı gütmeyen meslek birliklerinin amacına ve faaliyet alanına ilişkin şirket kurmalarına cevaz verilmiştir. Aslında bu düzenleme öncesinde de öğretide meslek birliklerinin anonim şirket kurabilecekleri bunu yasaklayan bir hüküm bulunmadığı için genel hükümler çerçevesinde bunun mümkün olduğu kabul ediliyordu. Bununla birlikte kanun koyucu meslek birliklerinin kâr amacı güden kuruluşlar olmadığından yola çıkarak şirket kurmak istediklerinde gereksiz tartışmalara maruz kalmamaları için bu Yönetmelik hükmü ile bu konuya açıklık getirmiştir. Müzik, film, güzel sanatlar ya da ilim-edebiyat eserleri sektörlerin eser sahibi ve bağlantılı hak sahibi meslek birlikleri birlikte ortak tarife açıklayarak lisanslama faaliyetleri yürütmek ihtiyacı duyduklarında, kullanıcılara tek bir yerden fatura kesilebilmesi, sözleşmelerin tek elden imzalanması ve sözleşme bedellerinin tek bir noktadan tahsil edilebilmesi gibi sıkıntılarla karşılaştıkları için son yıllarda bir şirket kurulması ve en azında ortak lisanslama faaliyetlerinin gereği olan işlemlerin bir şirket aracılığıyla yapılmasını tartışmaktadırlar. Bu tartışmaların meslek birliklerin idari ve mali denetimine tabi oldukları Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından çıkartılan Yönetmeliğe meslek birliklerinin taleplerine uygun olarak yansıtıldığı anlaşılmaktadır. Bu değişiklik aynı sektörde ya da aynı alanda birlikte ortak lisanslama yapmak isteyen meslek birlikleri açısından olumlu bir gelişmedir.

Yönetmelik ile getirilen bir diğer yenilik de meslek birlikleri genel kurullarına risk yönetim politikasına karar verme görevinin verilmiş olmasıdır. Bu durum meslek birlikleri açısından yeni bir durum olup, genel kurulların risk yönetim politikasını nasıl belirleyecekleri, bu kapsamda neye karar verecekleri gibi hususların, uygulama esnasında gelişerek ortaya çıkacağı düşüncesindeyim.

Yönetmelik ile getirilen yeniliklerden bahsedilmesini gerek gördüğüm son değişiklik ise, birliğin borç almasını, borç vermesini ya da alınan borçlar için teminat vermesinin genel

kurul tarafından onaylanması zorunluluğudur. Meslek birliklerinin borç alması, teminat göstermesi ya da borç vermesi gibi hususların genel kurul tarafından karara bağlanacağı şeklinde yapılan düzenlemenin başlangıçta meslek birliğinin çıkarına olduğu böylece birlik yönetim kurulunun kötü kararları ve yönetimi neticesinde birliğin mali açıdan zarara uğratılmasının önüne geçilebileceği düşünülebilir. Ancak meslek birlikleri genel kurullarının iki yılda bir yapıldığı dikkate alındığında, meslek birliğinin her türlü borç verme ya da borç alma kararlarının genel kurul onayına bırakılmış olması iş hayatının olağan akışına aykırıdır. Örneğin meslek birliği faaliyet gösterdiği ve kiralık yerden tahliye edildiğinde ve yeni kiralayacağı yerin sahibi tarafından on iki aylık kira bedeli karşılığı olarak teminat mektubu istendiği bir ihtimalde, yönetim kurulu birliği derhal olağanüstü olarak birlik genel kurulunu toplama ve kiralama işlemi karşılığında verilecek teminat mektubu için dahi onay almak zorunda kalacaktır. Yine bir meslek birliğinin diğer bir meslek birliği ile ortak lisanslama faaliyeti yürütmeye başlaması sebebiyle ortak bir yerin kiralanması ve tadilatı için veya bu birim için istihdam edilecek personelin istihdamı için diğer meslek birliğine örneğin beş yüz bin Türk Lirası avans vermesi gerekse, bu avans esasında bir borçlanma, nakit borç verme işlemi olduğundan, Yönetmelik düzenlemesinin lafzına göre meslek birliği yönetim kurulu bu işlemi yapabilmek için apar topar birlik genel kurulunu olağanüstü toplantıya çağırmak zorunda kalacaktır.

Bu durumda birlik yönetim kurullarının bu tür iş ve işlemler için birlik genel kurulundan önceden onay alması düşüncesi savunulabilir gözükse de esasen bu düşüncenin hayata geçirilmesi de hayatın olağan akışı karşısında her zaman mümkün olmaz. Örneğin birlik yönetim kurulu, görev yapacağı iki yıllık dönemde aynı alanda ya da aynı sektörde faaliyet gösteren bir diğer meslek birliği ile ortak lisanslama yapıp yapmayacağını, yapacaksa bunun için ne kadar bir harcama yapması gerekebileceğini ya da kiraladığı mekânı farklı sebeplerle önündeki iki yıllık görev süresinde tahliye etmek zorunda kalıp kalmayacağını bilip öngöremez. Bu sebeple her ne kadar bu hüküm Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 8'inci maddesinin 5'inci fıkrasının i bendine istinaden Yönetmelik hükmüne ilave edilmişse de bu düzenleme uygulamada ciddi sıkıntılar çıkarmaya adaydır.

11. Yönetmeliğin Genel Kurulun Toplantıya Çağrı Usulüne İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 23'üncü maddesinde birlik yönetim kurulunun genel kurul katılma hakkı bulunan üyelerine en az on beş gün öncesinden yazılı olarak veya üyenin bildirdiği elektronik posta adresine ya da iletişim numarasına mesaj gönderilmek suretiyle genel kurul çağrısı yapılabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Mülga Tüzüğün 24'üncü maddesine göre, genel kurul çağrısı en az otuz gün önceden iadeli taahhütlü olarak gönderilen yazılı davet ya da elden teslim edilmek suretiyle mümkün olabiliyordu. Yönetmelik ile otuz gün önceden çağrıda bulunma mecburiyetinin on beş güne indirilmesi meslek birlikleri açısından bir uygulama kolaylığı getirmiştir. Aynı şekilde genel kurul çağrısının iadeli taahhütlü ya da elden teslim suretiyle yapılması gerektiği şeklindeki düzenleme yerine genel kurul çağrısının üyelerin bildirdiği elektronik posta adresine ya da kısa mesaj ile iletilmesi suretiyle yapılabileceği şeklindeki düzenlemenin de meslek birlikleri açısından bir uygulama kolaylığı sağlamak amacıyla getirildiği söylenebilirse de, usulüne uygun yapılmayan genel kurul çağrısı, genel kurulun yoklukla malul sayılmasına yol açacak nitelikte bir eksiklik olduğundan ve de Yönetmelik gereğince iki yılda bir olağan genel kurulunu yapamayan meslek birliklerinin Yönetmeliğin 44'üncü maddesine göre kendiliğinden sona ermiş kabul edildiği göz önüne alındığında, çağrının usulüne uygun yapılmış kabul edilmesini neredeyse imkansız kılacak çağrı usullerinin, *-üyelerin bildirdiği kişisel elektronik adresine (e-mail adreslerine) ya da cep telefonlarına kısa mesaj olarak gönderilmesi şeklindeki-* benimsenmiş olması, meslek birlikleri açısından sonrasında telafisi imkansız ciddi sonuçlar doğurabilir.

Zira Tebligat Kanunun 7/A maddesinin birinci fıkrasında elektronik tebligat yapılması zorunlu olan kişiler belirtilmiş, bunlar dışında kalan kişilere yapılacak bir tebligatın Tebligat Kanunu kapsamında kabul görebilmesi ise bazı şartlara bağlanmıştır. Anılan Kanunun 7/A maddesinde, gerçek ve tüzel kişilere, talepleri hâlinde elektronik tebligat adresi verileceği, bu durumda bu kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu olduğu, elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı, bu Kanun uyarınca yapılan elektronik tebligat işlemlerinin, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi tarafından kurulan ve işletilen Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi üzerinden yürütüleceği, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirleneceği, hüküm altına alınmıştır.

Bu Kanun hükmü uyarınca çıkartılan Elektronik Tebligat Yönetmeliğinin 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının c ve ç bentlerine göre, elektronik tebligat, Tebligat Kanunu ve Yönetmeliğe uygun olarak elektronik ortamda yapılan tebligatı, elektronik tebligat adresi ise, PTT tarafından, gerçek kişiler için kimlik bilgileri, tüzel kişiler için ise tabi oldukları sistem bilgileri esas alınmak suretiyle tek ve benzersiz şekilde oluşturulan ve UETS'ye kaydedilen tebligat adresini, ifade etmektedir.

Dolayısıyla PTT tarafından uets şeklinde alınmış bir elektronik tebligat adresi bulunmaması halinde, üyelerin meslek birliğine bildirdiği e-mail şeklindeki adreslerine birlik genel kurulu çağrısı yapılmış olması, Tebligat Kanunun açık düzenlemesi karşısında geçerli bir tebligat olarak addedilemez. Bu durumda meslek birliğinin üyeleri tarafından her zaman genel kurul çağrısının yürürlükteki Tebligat Kanunu hükümlerine uygun yapılmadığı dolayısıyla usulüne uygun yapılmayan birlik genel kurulunun yoklukla malul olduğuna ilişkin dava açılması ve de bu davaya katılan üyeler genel kurula katılmış olsalardı, bu üyelerin katılımı genel kurulda farklı kararların alınmasına yeter sayıda ise genel kurulun yoklukla malul olduğuna hükmedilebilecektir.

Bu sebeple isteyen meslek birliklerine *-bu tür bir talebin üye sayısı çok fazla olan eser sahibi ya da icracı sanatçı meslek birliklerinden geldiği, bu düzenlemenin de bu talep de bulunan meslek birliklerine uygulama kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığı anlaşılmaktaysa da-* genel kurul davet çağrılarını, üyelerin Tebligat Kanunun 7/A maddesinde belirtilen şekilde UETS-Ulusal Elektronik Tebligat Sisteminden alınmış adreslerine PTT aracılığıyla değil de, meslek birlikleri tarafından doğrudan ve üye tarafından meslek birliğine bildirilen kişisel elektronik posta adreslerine (e-maillerine) yapabilme imkanı getirilmesi, aslında meslek birliklerinin genel kurullarının yoklukla malul sayılması ve sonucunda meslek birliklerinin kendiliğinden feshedilmiş sayılması gibi ciddi hukuki sorunlara yol açabileceğinden, bu hükme istinaden genel kurul çağrısı yapacak meslek birliklerinin sıkıntılı durumlar yaşaması olasıdır.

Birliklerin genel kurul çağrılarını üyelerin cep telefonlarına gönderecekleri kısa mesaj yoluyla yapabilecekleri şeklindeki düzenleme ise, Yönetmeliğin 23'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan toplantının günü, saati, yeri, gündemi ve toplantıya katılma hakkı bulunan üyeleri içeren liste ile birlikte çağrı metninin gönderilmesi şeklindeki amir hükmün uygulanması bakımından fiili bir imkânsızlık içermektedir. Zira çağrı metni ile birlikte genel

kurul gündemi ve toplantıya katılma hakkı bulunan üyeleri içeren listenin cep telefonlarına gönderilecek kısa mesaj ekinde birlik üyelerine ulaştırılması teknik olarak mümkün gözükmemektedir. Bu durumda üyelere kısa mesajla sadece genel kurulun yapılacağı yer, zaman ve saati bildirilmesi ancak bu bildirimin ekinde üye listesi ile gündemin gönderilememesi, Yönetmeliğin genel kurul çağrısına ilişkin amir hükmüne daha en başından aykırılık oluşturmaktadır. Kanaatimce bu çağrı usullerinin yasal mevzuatımız karşısında yaratacağı hukuki sorunlar gözetilerek, kanun koyucu tarafından seçimlik bir hak olarak dahi Yönetmelikte tanınmamış olması gerekirdi.

12. Yönetmeliğin Meslek Birliğinin Temsiline İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 29’uncu maddesinde, mülga Tüzükte bulunmayan “Temsil görevinin Yönetim Kurulunca üyelere birine, genel sekretere veya bir üçüncü kişiye verilebilmesi” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenlemenin getirilmesinde, temsil yetkisinin devredilebildiği anonim şirketler gibi ticaret şirketlerine ilişkin yasal hükümlerden esinlenilmiş olması muhtemeldir.

Yönetmeliğin 29’uncu maddesi, yenilikçi ve meslek birliklerinin daha iyi yönetimine hizmet etmeyi amaçlayan bir düzenleme olmakla birlikte, temsil yetkisinin devrine ilişkin anonim şirketler gibi ticaret şirketleri bakımından ilgili yasal mevzuatlarında öngörülen kısıtlamalar, Yönetmelik metninde yer almamaktadır.

Bilindiği üzere, anonim şirketlerde, kural olarak temsil yetkisi, şirket esas sözleşmesinde aksi öngörülmemiş ise yönetim kuruluna aittir. Ancak yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Bu devre rağmen en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır. Kaldı ki; yönetim kurulunun kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye yetki devri yapabilmesi için hem esas sözleşmede devre izin veren bir hüküm hem de bir iç yönerge bulunmalıdır. **İç yönerge**, şirketin yönetimini ve organizasyon şemasını düzenler, gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir. Özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Bu nedenle iç yönerge metninin şirketin faaliyet alanına göre özenle hazırlanması gerekmektedir. Yönetim kurulu, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararının noterce onaylanmış suretini, tescil ve ilân edilmek üzere ticaret siciline vermek zorundadır. Limited şirketlerin yönetimi ve temsili şirket ana sözleşmesi

ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. Anonim şirketlerde olduğu gibi sınırlı yetki devrine ilişkin iç yönerge düzenlenebilmesinin ön şartı esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasıdır. Ancak Anonim şirketlerden farklı olarak, en az bir yönetim kurulu üyesi yerine bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir. Limited şirketlerin yönetimi ve temsili şirket ana sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. Anonim şirketlerde olduğu gibi sınırlı yetki devrine ilişkin iç yönerge düzenlenebilmesinin ön şartı esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasıdır. Ancak Anonim şirketlerden farklı olarak, en az bir yönetim kurulu üyesi yerine bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir¹².

Anonim şirket ve limited şirket gibi ticaret şirketlerinde dahi kanun koyucu, şirketin temsil yetkisinin bir murahhas üyeye, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara veya müdür olarak üçüncü kişilere atanabilmesi için sınırlayıcı hükümler getirmiştir. Buna karşılık Yönetmelikte hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın meslek birlikleri bakımından temsil görevinin yönetim kurulu üyelerinden birine, genel sekretere ya da bir üçüncü kişiye verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Hiçbir kısıtlamaya ve denetime tabi olmaksızın yönetim kurulunun temsil yetkisini devredebilmesi, en azından bu yetkinin işin gereklerini yerine getirmek bakımından ehliyetsiz bir kimseye verilmesinin denetlenememesi ya da önlenememesi bakımından sıkıntı doğuracak niteliktedir. Yönetim yetkisi devrinin en azından genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılması ve genel kurul kararı olmadan bu tür bir yetki devri yapılamayacağının Yönetmelikte belirtilseydi, meslek birliklerini kötü yönetim uygulamalarından korumak açısından bir nebze de güvence sağlayabilirdi. Ancak buna yönelik bir düzenleme dahi Yönetmelikte mevcut değildir. Risk yönetim politikası ve borçlanma kararları gibi esasen yönetim kurulu tarafından kullanılacak yetkileri dahi genel kurul görev ve yetkileri arasında sayan Yönetmeliğin, meslek birlikleri açısından bu sayılanlardan daha büyük riskler taşıyan yönetim kurulunun temsil yetkisinin üçüncü kişiye

¹² **Temiz, Nilsu Selin**, “Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri Çerçevesinde İmza Sirküleri ve Vekâletname”, Giriş Tarihi: 23.09.2022, Kaynak Link: < <https://vonahukuk.com/anonim-ve-limited-sirketlerde-yonetim-ve-temsil-yetkisinin-devri-cercevesinde-imza-sirkuleri-ve-vekaletname/> >

devri konusunda hiçbir denetim mekanizması kurmaması ve bu kadar önemli bir konuyu yönetim kurulunun inisiyatifine bırakmış olması ciddi bir eksiklik olarak gözükmektedir.

13. Yönetmeliğin Zorunlu Organlara Üye Olmayanların Seçimine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 37'inci maddesi ile getirilen yenilik, Tüzüklerinde gösterilmek kaydıyla birliklerin yönetim kurulu, denetleme kurulu, haysiyet kurulu, teknik-bilim kurullarına birliğe üye olmayan kişilerin seçilebileceği, bunun için genel kurulda hazır bulunan oyların onda birinin teklifi ile aday gösterilmeleri ve genel kurul tarafından seçilmeleri gerekir. Bu kişilerin sayısı kurul üye tam sayısının salt çoğunluğunu geçemez.” şeklindedir.

Bu uygulama uzmanlık gerektiren haysiyet kurulları, denetleme kurulları ve teknik-bilim kurulları bakımından faydalı gözükken bir değişikliktir. Zira çoğu zaman meslek birlikleri örneğin haysiyet kurulunda görev yapması için hukuk mezunu bir üye, denetleme kurulu muhasip veya yeminli mali müşavir olan bir üye, teknik-bilim kurulları ise teknik inceleme yapacak yeterliliği haiz bir üye bulmakta güçlük ya da imkânsızlık yaşayabilir. Bu eksikliklerin giderilebilmesi için dışarıdan uzmanlığı olan kişilerin bu kurullarda görev yapabilmesine yasal olanak verilmesi olumlu hatta meslek birliklerinin iyi işleyişine katkı sağlayacak niteliktedir. Bu düzenleme, Yönetmeliğin eleştirdiğim 29'uncu maddesindeki sakıncalardan aridir. Yönetmeliğin 37'inci maddesindeki bu düzenleme üye olmayan kişilerin yönetim kuruluna, haysiyet kuruluna, denetleme kuruluna ve teknik-bilim kuruluna seçilebilmesi için genel kurul tarafından seçilmelerini şart koşmuştur. Yönetmeliğin 29'uncu maddesi bakımından da bu tür bir atf yapılması ve bu yönde bir önlem alınması daha önce de belirtildiği gibi yararlı olacaktır.

14. Yönetmeliğin Dağıtılamayan Gelirlere İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 41'inci maddesinde, gelirlerden meslek birliğince temsil edilen hak sahiplerine ödenmesi gereken ancak ilgili hak sahiplerinin tespit edilememesi veya ulaşılamaması nedeniyle dağıtılamayan miktarların birlik tarafından ayrı bir hesapta tutulacağı, birliklerin ilgili hak sahiplerine ulaşabilmek için gerekli tedbirleri alması gerektiği, alınan tedbirlerin sonuçsuz kalması halinde dağıtım yapılması gereken en son tarihin üzerinden geçecek üç aylık bir bekleme süresine müteakip bir yılın hitamında ulaşılamayan hak sahiplerine ilişkin bilgileri meslek birliği internet sitesinde yayımlanacağı, gelirlerin tahsil edildiği mali yılın sonundan itibaren üç yıl içerisinde hak sahiplerine dağıtılamayan tutarlar ile

bu tutarlardan elde edilen faiz ve diğer gelirlerin dağıtım yönergesi kapsamında kullanılabileceği, düzenlenmiştir.

Bu hüküm esas olarak yabancı meslek birlikleri ile karşılıklı temsilcilik sözleşmesi imzalamış meslek birlikleri düşünülerek ve Çevrimiçi Kullanım Direktifi hükümleri dikkate alınarak getirilmiştir. Yabancı meslek birlikleri ile temsilcilik sözleşmesi imzalamamış meslek birlikleri açısından bu tür bir uygulama yapılması mümkün gözükmemektedir. Zira yabancı meslek birlikleri ile karşılıklı temsilcilik sözleşmesi imzalamamış meslek birlikleri, lisans sözleşmesi imzaladıkları kullanıcılara sadece kendi üyelerinin üzerinde hak sahibi olduğu eser ve bağlantılı hak konuları için izin verdiğinden tahsil ettikleri lisans bedelleri de sadece kendi üyelerine ait ürünlerin kullanım bedelidir. Yabancı meslek birlikleri ile karşılıklı temsilcilik sözleşmesi imzalamamış meslek birliklerinin üyesi olamayan hak sahipleri adına lisans bedeli toplaması hukuken mümkün olmadığından, dolayısıyla dağıtım yapılamayan bir bedelin ortaya çıkması olasılığı da bulunmamaktadır.

Yabancı meslek birlikleri kullanım listesi temin edemedikleri kullanıcılardan elde ettikleri lisans sözleşme bedellerini halihazırda yaptıkları örneklemeler üzerinden üyelerine dağıttıkları için ulaşamadıkları hak sahibine dağıtılamayan bir gelir ortaya çıkmamaktadır.

15. Yönetmeliğin Yetki Belgesine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 53'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında, yetki belgesine konu her bir hakkın türü ve kapsamının meslek birliğinin koyacağı kriterlere uygun olarak belirlenmesinin esas olduğu, şeklindeki düzenleme mülga Tüzükte yer almaması itibarıyla yenidir. Esasen bu düzenleme meslek birliklerince yürütülen toplu hak yönetimi ilkesini güçlendiren en önemli maddedir.

Bu madde sayesinde meslek birliğine üye olacak hak sahiplerinin farklı ticari kaygılarla kendilerine farklı muamele yapılmasını talep edilmesinin önüne geçilmiştir. Aksinin kabulü halinde ekonomik gücü ya da tanınmışlık düzeyi yüksek olan hak sahipleri, diğer meslek birliği üyelerinden farklı olarak bazı mali haklarını kendileri takip edebilecekler, bunun en önemli sonucu ise meslek birliklerinin toplu hak yönetiminde lisans sözleşme müzakerelerinde ellerinin zayıflaması ve çoğu zamanda kullanıcılar ile istenen lisans sözleşmelerinin imzalanamaması olacaktır.

16. Yönetmeliğin Yıllık Şeffaflık Raporuna İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 56'ncı maddesi ile yıllık şeffaflık raporu düzenlenmesine ilişkin getirilen yenilik, bu Yönetmeliğin meslek birliklerinin şeffaflığının ve denetlenmesi bakımında getirilen en önemli değişikliklerinden biridir. Bu değişikliğin dayanağını ağırlıklı olarak Çevrimiçi Kullanım Direktifinin 18'inci maddesinden almaktadır.

Direktif hükümlerinden hareketle, Yönetmelikte meslek birlikleri tarafından takvim yılı esas alınarak her yıl ağustos ayı sonuna kadar Yönetmelik ekinde yer alan bilgileri içeren şeffaflık raporunun düzenlenmesi ve en az beş yıl boyunca internet sitesinde yayınlanması kararlaştırılmıştır. Bu düzenlemenin önemi, Yönetmeliğin ekinde istenen bilgilerden kaynaklanmaktadır.

Yönetmelik ekine göre, meslek birliklerince hazırlanacak şeffaflık raporunda, genel bilgiler başlığı altında; meslek birliklerinin gelir-gider bilgileri, nakit akış tablosu, birlik yıllık faaliyetlerine ilişkin rapor, lisans talebi reddedilen sözleşmelere ilişkin bilgi, meslek birliğinin yönetim yapısına ilişkin bilgi, meslek birliğinin kısmen ya da tamamen sahip ortak olduğu kuruluşlara ilişkin bilgi, birliğin zorunlu organ üyelerine ödenen telif bedeli ve diğer ödemeler ilişkin bilgi, sosyal ve kültürel amaçla kesinti yapılan tutarın kullanımına ilişkin rapor, birlik tarafından elde edilen giriş ödentisi ve yıllık ödenti gelirleri, genel mali bilgiler başlığı altında; telif ücretlerinden ve tazminatlardan elde edilen gelirler ile bu gelirlerin yatırımlarından elde edilen gelirler ve bu gelirlerin kullanımına ilişkin mali bilgiler, meslek birliklerinin faaliyet giderlerine ilişkin olarak hak türlerine göre yapılan giderler, giderlerin dağıtımına ilişkin belirlenen yöntem, hak türüne göre sosyal ve kültürel amaçlarla yapılan kesintiler ve bu kesintilerin hangi amaçla yapıldığı, hak sahipliğine ilişkin mali bilgiler başlığı altında; takip edilen hak türüne göre hak sahiplerine tahakkuk eden tutar, hak sahiplerine ödenen tutar, dağıtım sıklığı, toplanan fakat henüz hak sahiplerine tahakkuk ettirilmemiş tutar, üyelere tahakkuk ettirilmiş fakat henüz ödenmemiş tutar, birlikçe belirlenmiş sürede dağıtım yapılmamışsa sebepleri, dağıtılmayan gelirler ile bu gelirlerin kullanımı, temsil anlaşması bulunan meslek birliklerine ilişkin mali bilgiler başlığı altında; takip edilen hak türüne göre temsil anlaşması bulunan meslek birliklerinden elde edilen gelir ile bu meslek birliklerine yapılan ödemeler, takip edilen hak türüne göre temsil anlaşmaları kapsamında elde edilen

gelirden yapılan meslek birliği kesintisi ve diğer kesintiler, meslek birliklerinden elde edilen gelirden yapılan meslek birliği kesintisi ve diğer kesintilere ilişkin bilgiler yer alacaktır.

Şeffaflık raporunda yer alması istenen bilgiler meslek birliklerinin gelir-giderleri ile birlikte tüm işleyişinin görülebileceği niteliktedir. Yönetmeliğin 56'ıncı maddesi hazırlanacak şeffaflık raporu aynı madde hükmü uyarınca en az beş yıl boyunca meslek birliğinin internet sitesinde yayınlanacaktır. Söz konusu şeffaflık raporunun meslek birlikleri tarafından internet sitelerinde yayınlanması ile birlikte sadece üyeler ya da Bakanlık değil, birlik internet sitelerine giren herkes meslek birliklerinin tüm gelir-gider tablolarını, topladığı telif ücretleri ve tazminatları ile bunlardan birlik zorunlu organlarını oluşturan üyelerin ne kadar hak ediş bedeli aldığını görebilecektir.

Şeffaflık raporunda yer alması gereken bu hususlar, meslek birlikleri zorunlu organ üyelerinin iş ve işlemlerini yürütürken özen yükümlülüğünü arttıracak ve özdenetim mekanizmalarını daha fazla harekete geçirecektir. Ayrıca şeffaflık raporu idarenin, yargı mercilerinin ve kullanıcıların, meslek birlikleri tarafından toplanan telif ücreti ve tazminatların dağıtımını takip edilebilmesini dolayısıyla meslek birliklerine daha fazla güven duyulmasını sağlayacaktır.

17. Yönetmeliğin Meslek Birliklerinin İnternet Sitelerine İlişkin Düzenlemesi Bakımından

Yönetmeliğin 58'inci maddesi ile meslek birliklerinin kurumsal internet sitelerinde, birlik tüzüğüne ve yönergelerinin, üyeliğe ilişkin hususların, tip yetki belgesinin, aidatların, meslek birliğinin topladığı telif ücreti ve tazminatlardan yaptığı kesinti oranlarının, temsil sözleşmesi yapılan uluslararası kuruluşların listesinin, şikayet başvuru süreçlerinin, birlik tarifelerinin, tarife bedellerinde yapılacak indirim ve ödeme kolaylıklarının, standart lisans sözleşmelerinin, üye ve repertuar bilgilerinin, genel kurul kararlarının, birlik zorunlu organ üyelerinin iletişim bilgilerinin ve yıllık şeffaflık raporunun yayımlanması ve bu bilgilerin güncel tutulması, zorunlu hale getirilmiştir.

Bu bilgilerden birlik tüzüğü, üyelik ölçütleri, tarifeler, tarife bedellerinde yapılacak indirim ve ödeme kolaylıkları, üye ve repertuar bilgileri, birlik zorunlu organ üyeleri ile bu üyelerin iletişim bilgileri gibi hususlar, Yönetmelik yayınlanmadan önce meslek birliklerinin kurumsal internet sitelerinde yer almaktaydı. Yönetmelik ile birliğin kurumsal adreslerinde yer

alacak hususlara, tip yetki belgesinin, aidatların, meslek birliğinin topladığı telif ücreti ve tazminatlardan yaptığı kesinti oranlarının, temsil sözleşmesi yapılan uluslararası kuruluşların listesinin, şikâyet başvuru süreçlerinin, standart lisans sözleşmelerinin ve genel kurul kararlarının da eklenmesi zorunluluğu getirilmiş olmaktadır.

Meslek birlikleri kuramsal adresinde yer alacak bu bilgiler üye ve kullanıcılar açısından meslek birliklerinin faaliyetlerinin takip edilmesi ve aynı zamanda meslek birliklerine nasıl üye olunacağı ya da kullanıcılar tarafından meslek birlikleri ile hangi şartlar altında lisans sözleşmesi imzalayabilecekleri konusunda ön bilgi edinmelerini sağlayacaktır.

18. Yönetmeliğin Birlik Zorunlu Organ Üyelerinin Yükümlülüklerine İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin 59'uncu maddesi genel nitelikli bir düzenleme olup, bu madde ile meslek birlikleri zorunlu organ üyelerine bazı yükümlülükler getirilmiştir. Bu maddeye göre, meslek birlikleri zorunlu organ yöneticileri görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve birliğin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadır.

Yönetmeliğin 59'uncu maddesinin 1'inci fıkrası ile meslek birlikleri zorunlu organ üyelerini kapsayacak şekilde yapılan düzenleme, Türk Ticaret Kanunun 369'uncu maddesinde anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için öngörülen özen ve bağlılık yükümlülüğüne koşutluk içermektedir. Türk Ticaret Kanunun 369'uncu maddesinde, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları hüküm altına alınmıştır.

Yönetmelik, anonim şirketlerde sadece yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli 3. kişilerin özen yükümlülüğü ile sınırlı bir düzenleme içermekte iken, Yönetmelik aynı özen yükümlülüğü maddesinin kapsamını genişletmiş, özen yükümlülüğünü meslek birliği zorunlu organ üyelerinin tamamı için getirmiştir. Ancak Yönetmelik 59'uncu maddenin Türk Ticaret Kanunun 369'uncu maddesinden ayrıldığı tek nokta özen yükümlülüğü getirdiği kişilerin kapsamı ile sınırlı değildir.

Ayrıca Yönetmeliğin 59'uncu maddesinin 2'inci fıkrasında; birliklerin yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri, meslek birliğinden hak sahibi olarak aldıkları tutarı, meslek

birliğinden alınan diğer ödemeler ve bu gelirin nereden elde edildiği, meslek birliğinden elde edilen herhangi bir menfaat, kişisel çıkarlar ile meslek birliği çıkarları arasında veya meslek birliğine karşı yükümlülükler ile başka kişilere olan yükümlülükler arasında olabilecek fiili veya muhtemel çatışma hususlarını yıllık olarak hazırlayacak ve genel kurula beyan edecektir.

Bu hüküm meslek birlikleri yönetim kurulu ve denetleme kurulu organlarına seçilen üyelerin genel kurul tarafından denetlenmesini kolaylaştıran bir işleve sahiptir. Bu düzenleme ile meslek birlikleri yönetmeliği yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyelerine, bu kurulların işlevinin önemine nazaran daha fazla yükümlülük getirilmiştir. Esasen bu düzenleme de yönetim ve denetleme kurulu üyelerinin iş ve işlemlerinde daha özenli davranmalarını özendirici nitelikte olup, meslek birliklerinin işleyişine önemli katkı sağlayacaktır.

19. Yönetmeliğin Üçüncü Kısımında Federasyonların Kurulmasına İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmelik üçüncü kısmında meslek birlikleri federasyonlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu kısım iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde yer alan maddeler, ‘federasyonların kurulması’ ve ‘kuruluş başvurusu’, ‘üye olma hakkı ve serbestisi’, ‘üyelik başvurusu’, ‘üyelikten ayrılma’ hususlarına ilişkindir.

Mülga Tüzük hükümleri ile kıyaslandığında Yönetmelik ile getirilen önemli değişikliklerden biri federasyonların kurulmasını düzenleyen Yönetmeliğin 60’ıncı maddesidir. Yönetmeliğin 60’ıncı maddesinin 1’inci fıkrasına göre, en az iki meslek birliği federasyon kurabileceği ve aynı alanda birden fazla federasyon kurulamayacağı belirtildikten sonra, federasyon kurulabilecek alanlar arasında ilim-edebiyat sektörü, müzik sektörü, sinema sektörü de sayılmıştır. Buna karşılık Mülga Tüzük’ün federasyonların kurulmasını düzenleyen 49’uncu maddesinde ise, sadece aynı alanda faaliyet gösteren ve en az iki meslek birliğinin federasyon kurabileceği hüküm altına alınmıştı.

Yönetmeliğin 60’ıncı maddesinde, ilim ve edebiyat eserleri sahipleri, musiki eseri sahipleri, güzel sanat eseri sahipleri, sinema eseri sahipleri, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları, film yapımcıları ve kitap yayımcıları federasyon kurulabilecek alanlar olarak sayılmış ise de bunlara ek olarak ilim edebiyat sektörü, müzik sektörü ve sinema sektörü de meslek birliklerinin federasyon kurabileceği alanlar olarak kabul edilmiştir. Bu kabul, mülga Tüzük hükümlerinden farklı olarak, örneğin müzik eseri sahipleri

ile fonogram yapımcıları ve müzik icracılarının ya da sinema eseri sahipleri, sinema icracıları ile film yapımcılarının birlikte federasyon kurulabilmesinin hukuken önünü açmıştır. Böyle müzik sektörü ya da film sektörü alanında eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri aynı çatı altında federasyon olarak örgütlenebilecektir.

Mülga Tüzük'ün alanları eser sahipliği ve bağlantılı hak sahipliği konularına göre belirlemiş ve sınırlamış olması, *-bu sınırlama federasyon kurulmasıyla ilgili sektörde tek elden lisanslama yapılması amacına hizmet etmekten uzak olduğundan-* bugüne kadar federasyon kurulmasını önleyici bir rol oynamıştır. Ancak Yönetmelik ile getirilen yeni düzenleme, eser sahipliği alanında federasyon kurulmasına ve bunun yanı sıra şekilde eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri gibi sektörün tüm bileşenlerinden meydana gelen daha kapsayıcı bir federasyon kurulmasına izin vermektedir. Bu durumda örneğin müzik eseri sahipleri bir alan olarak bir federasyon, fonogram yapımcıları bir alan olarak bir federasyon ve müzik eseri sahipleri, müzik icracıları ve fonogram yapımcıları müzik sektöründe bir federasyon kurabileceklerdir. Yönetmelik ile gelen bu değişiklik, onlarca yıl sonra meslek birliklerinin federasyon çatısı ve tüzel kişiliği altında tek elden lisanslama yapabilmesi için meslek birliklerine yasal bir araç sağlamıştır. Bu yönüyle de söz konusu değişiklik toplu hak yönetimini destekleyen ve ileriye taşıma potansiyele sahip bir düzenlemedir.

20. Yönetmeliğin Federasyon Üyelerinin Temsiline İlişkin Düzenlemesi Hakkında

Yönetmeliğin üçüncü kısmının ikinci bölümünde, 'üyelerinin temsili ve hakların takibi', 'federasyon genel kurulu', 'federasyon genel kurulunun görevleri ve yetkileri', 'uygulanacak diğer hükümler'e ilişkin maddeler vardır.

Ancak bu maddelerden meslek birlikleri açısından önem arz eden yenilik, 'Üyelerin Temsili ve Hakların Takibi' başlığını taşıyan 65'inci madde hükmüdür. Yönetmeliğin 65'inci maddesinde, federasyonların meslek birliklerince yapılacak yetkilendirme veya Kanunla verilecek yetki çerçevesinde hak takibi yapabilecekleri, hüküm altına alınmıştır.

Bu madde düzenlemesi neticesinde, meslek birlikleri tarafından, üyelerin meslek birliklerine verdikleri yetki belgesine benzer şekilde federasyonu yetkilendirebileceklerini böylece meslek birliklerinin hak takip yetkisine sahip oldukları mali hakların kullanımını federasyona verebileceklerdir. Burada meslek birlikleri açısından dikkat edilmesi gereken nokta, Yönetmeliğin 'Genel Kurulun Görevleri ve Yetkileri' başlığını taşıyan 21'inci

maddesinin b bendinde, federasyona katılma kararı ve federasyon genel kuruluna katılacak temsilcileri seçme yetkisinin genel kurula ait olduğu dolayısıyla Yönetmeliğin 65'inci maddesi uyarınca meslek birlikleri tarafından federasyonun yetkilendirilebilmesi için her bir meslek birliğinin bu hususta genel kurul kararı almış olması gerektiğidir.

Buradan çıkan sonuç, meslek birliklerinin federasyona katılım kararı ve federasyon genel kuruluna katılacak temsilcilerin seçilmesine ilişkin genel kurul kararı almadan sadece Yönetmeliğin 65'inci maddesi hükmüne istinaden, takibini yaptıkları mali haklarını kullanım yetkisini federasyona devredemeyecekleridir. Her halükârda Yönetmeliğin 21'inci maddesinin b bendi ile aynı Yönetmeliğin 65'inci maddesi birlikte değerlendirilmek zorundadır.

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı'nca çıkarılan 7 Nisan 2022 tarihli ve 31802 sayılı Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği' yerine geçtiği mülga 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Tüzüğü'ne göre önemli yenilik ve değişiklikler içermektedir.

Bu değişiklikleri üç genel başlık altında toplamak mümkündür. Bu başlıkların birincisi, mülga Tüzük zamanında aksayan ve meslek birliklerince değiştirilmesi talep edilen hususlarda Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerdir. İkincisi, meslek birliklerinin kurulması ve işleyişini düzenlemek üzere yeni çıkartılacak Yönetmeliğin, 2014/26 sayılı 'İç Pazarda Çevrimiçi Kullanım İçin Müzik Eserlerinde Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Hakların Çok Bölgeli Lisanslanması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi hükümleri ile uyum sağlaması amacıyla yapılan düzenlemelerdir. Üçüncüsü ise, diğer ilgili yasal mevzuatta *-örneğin tebligat kamusunda, ticaret kamusunda ve benzeri kamunlarda-* zaman içinde yaşanan değişikliklerin Yönetmeliğe yansıtılması ile Kültür ve Turizm Bakanlığının mülga Tüzük'ü uygularken karşılaştığı zorlukların ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemelerdir.

Yönetmelik kapsamında meslek birliklerince değiştirilmesi talep edilen, federasyonların sadece alan ile sınırlı değil eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerini de kapsayacak şekilde sektör temelinde kurulabilmesi dolayısıyla tek elden ve birlikte ortak lisanslama yapılabilmesi şeklinde toplu lisanslamanın güçlendirilmesi, meslek birliklerinin üyelik bakımından sıkışmasının önüne geçebilmek için dileyen meslek birliklerine Avrupa'daki muadilleri gibi oy

farklılaştırma yapma hakkının verilmesi, üyeler ile meslek birliği arasındaki ilişkilerin Bakanlık tarafından hazırlanan hükümler yerine meslek birliklerinin kendi iç tüzükleri ile tanımlanabilmesine (üyelikten çıkarma, üyelik kabul şartları gibi) olanak tanınması, genel kurul çağrılarının elektronik posta ve kısa mesajla da yapılabilmesi *-ki tarafımca meslek birliklerinin talepleriyle getirilen bu değişikliklerin ilgili yasal mevzuat hükümleri dikkate alındığında genel kurulların sıhhatli bir şekilde yapılması bakımından ciddi riskler taşıdığı değerlendirilmektedir-* meslek birliklerinin zorunlu organlarına belirli kısıtlamalar dahilinde dışarıdan üçüncü kişilerin üye olarak atanabilmesi, meslek birliklerinin temsil yetkisinin *-getirdiği sakıncalar sebebiyle tarafımca eleştirilmekle birlikte-* bir üyeye, genel sekretere ya da üçüncü bir kişiye devredilebilmesi gibi noktalarda toplanmıştır. Esasen çıkartılan yönetmelik, son derece özgürlükçü bir anlayışla kaleme alınmıştır. Getirilen düzenlemeler, meslek birliklerine iç işleyiş, üyeleriyle ilişkileri, genel kurullarının yapılması ve diğer birçok meselede kendi iç tüzükleriyle serbestçe düzenleme yetkisi vermektedir. Özgürlükçü ve esnek yaklaşımıyla bu Yönetmelik meslek birliklerine ilişkin hükümleri bakımından olumlu değişiklikler içermektedir.

Bununla birlikte bu değişikliklerin meslek birlikleri tarafından ilgili yasal mevzuat hükümleri *-örneğin Tebligat Kanunu, Türk Medeni Kanun'un derneklere ilişkin hükümleri gibi-* gözetilmeden uygulanması halinde, meslek birliklerince istenilmeyen olumsuz sonuçların doğmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu yüzden meslek birlikleri genel kurullarını yaparken, üye hak sahipleri meslek birlikleri ile haysiyet kurulu veya yönetim kurulu kararları dolayısıyla yaşadıkları uyuşmazlıklarda Türk Medeni Kanun'un ilgili hükümlerini ve yerleşik Yargıtay içtihatlarını hesaba katmaksızın sadece Yönetmelik hükümlerine ya da bu Yönetmelik uyarınca hazırlanan meslek birlikleri iç tüzük hükümlerine güvenerek hareket ederlerse, ummadıkları sonuçlar ile karşı karşıya kalabilirler.

Yönetmelik her ne kadar özgürlükçü ve esnek çözümlere olanak tanıyan bir anlayışla hazırlanmış olması sebebiyle birçok açıdan olumlu olarak değerlendirilebilirse de bazı düzenlemeleri Tebligat Kanunu ve Türk Medeni Kanun'un derneklere ilişkin hükümleri dolayısıyla Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile tam uyumlu değildir. Bu uyum eksikliği gerek meslek birlikleri gerekse meslek birliği üyesi hak sahipleri bakımından gri alanlar mevcuttur.

İkinci başlıkta değerlendirilen hususlar, Yönetmeliğe Çevrimiçi Kullanım Direktifi hükümlerine uyum sağlamak amacıyla eklenen hükümler olup, bu hükümler daha çok meslek birliklerinin üye hak sahipleri, kullanıcılar, imzalanan karşılıklı temsilcilik sözleşmeleri kapsamında yurtdışı meslek birlikleri ile olan ilişkilerini, toplanan telif ücreti ve tazminatların, bu tazminatların, bu ücret ve tazminatlardan meslek birliklerinin yapacağı kesinti oranlarının, yapılan kesintilerinin nerelere harcanacağını, meslek birliği genel kurulunda alınan kararların, tarifelerin, tarife artış gerekçelerinin, tarife indirim oran ve sebeplerinin, yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyelerinin meslek birliklerinde ifa ettikleri görev esnasındaki iş ve işlemlerinin şeffaflığının sağlanmasına yöneliktir. Direktif kapsamında eklenen hükümler meslek birliklerinin hem üye hak sahipleri ve kullanıcılar hem de idari makamlar bakımından etkin denetlenebilmesini sağlayacak nitelikte olup, Direktiften Yönetmeliğe aktarılan hükümlerin tamamı meslek birliklerinin iyi yönetim ilkelerine uygun hareket etmesini sağlayacak dolayısıyla olası suistimallerin önüne geçecek niteliktedir. Bu yönüyle de bu değişiklikler olumlu olmuştur. Ancak bu değişikliklerin meslek birlikleri tarafından düzgün ve eksiksiz uygulanmasının takip edilmesi zorunludur. Zira birçok açıdan yeni olan bu hükümlere meslek birliklerinin ne kadar başarıyla uyum sağlayabilecekleri bu aşamada cevaplanması zor bir sorudur.

Üçüncü başlık altında değerlendirilen, Kültür ve Turizm Bakanlığının mülga Tüzük'ü uygularken karşılaştığı zorlukların ortadan kaldırılması ve zaman içinde yaşanan değişikliklerin Yönetmeliğe yansıtılması ilişkin düzenlemeler bakımından meslek birliklerinin işleyişini olumsuz manada etkileyecek hususlar bulunmamaktadır. Örneğin Bakanlık meslek birlikleri ile yazılı usul ile iletişim kurma yükümlülüğünden kurtulma amacıyla, bu Yönetmeliğin 57'inci maddesinde Bakanlığın, Kanun ve ilgili mevzuat gereğince Bakanlığa verilmesi gereken bilgi ve belgelerin şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, bunlara ilişkin uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğa birliklerin faaliyet alanları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya yetkili olduğu, şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenlemenin yürürlükteki Türk Ticaret Kanunun 1525'inci maddesi uyarınca çıkartılan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri ile tam uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kayıtlı elektronik posta

sistemine ilişkin düzenlemelerde kullanıma ilişkin herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Sadece Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin "Elektronik tebligat hizmetinden yararlanma" başlıklı 7'nci maddesi uyarınca anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere, elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Dolayısıyla Bakanlığın anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere niteliğini haiz bulunmayan meslek birliklerine kayıtlı elektronik posta (KEP) hesabı alma zorunluluğu getirmesi mümkün değildir.

Meslek birliklerinin zorunlu kayıtlı elektronik posta adresi alma zorunluluğunun bulunmadığı bir noktada ve Tebligat Kanunun 7/A maddesi hükmü kapsamında, Bakanlığın Yönetmeliğin 57'inci maddesi kapsamında yaptığı değişiklik uyarınca kendisine, Bakanlığa verilmesi gereken bilgi ve belgelerin her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi hususlarında zorunluluk getirme hak ve yetkisi tanınmış olmasının hukuki geçerliliği tartışmalıdır.

Ancak Bakanlık, sayıları bir hayli fazla olan meslek birlikleri ile olan yazışmaları bakımından işlem hızını arttıracak bir yönetim ihtiyacı duyarak bu hükmü Yönetmeliğin 57'inci maddesine eklemiştir. Bununla birlikte bu düzenleme meslek birliklerinin yukarıda da belirtildiği gibi işleyişlerine zarar verecek nitelikte değildir.

Yönetmelik hükümleri Resmi Gazetede yayımlandığı 7 Nisan 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Ancak Yönetmeliğin Geçici 1'inci maddesine göre, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş meslek birlikleri ve federasyonlar en geç 1.1.2023 tarihinde yapacakları olağanüstü genel kurul toplantısı ile tüzüklerin ve birliğin işleyişine dair düzenlemeleri bu Yönetmelik hükümlerine uygun hale getireceklerdir.

KAYNAKÇA

Temiz, Nilsu Selin, “*Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri Çerçevesinde İmza Sirküleri ve Vekâletname*”, Kaynak Link: <https://vonahukuk.com/anonim-ve-limited-sirketlerde-yonetim-ve-temsil-yetkisinin-devri-cercevesinde-imza-sirkuleri-ve-vekaletname>

Resmî Gazete:

- 13.12.1951 tarihli ve 7931 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 1 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu.
- 3.11.1983 tarihli ve 18210 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 1.1.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2936 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.
- 12.6.1995 tarihli ve 2231 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 7.6.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4110 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.
- 12.3.2004 tarihli ve 25400 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 3.3.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5101 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.
- 7 Temmuz 2018 Tarihli ve 30471 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı’nın 700 sayılı [Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname](#).

<https://eur-lex.europa.eu>

- 2014/26 sayılı ‘İç Pazarda Çevrimiçi Kullanım İçin Müzik Eserlerinde Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Hakların Çok Bölgeli Lisanslanması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi.

Yargıtay Kararları:

- Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin E. 2007/642 K. 2007/2753 T. 26.2.2007 sayılı kararı,
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2006/2-278 K. 2006/283 T. 10.5.2006 sayılı kararı.

- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2013/2609 K. 2013/4191 T. 19.3.2013 sayılı kararı.

ALTINCI BÖLÜM:
HUKUKİ İŞLEMLER

Eser Üzerindeki Mali Haklara İlişkin Borçlandırıcı İşlemler Geçerlilik Şekline Bağlanmış mıdır? - FSEK m. 52'ye İlişkin Bir Yorum Denemesi

Prof. Dr. Burak ÖZEN*

GİRİŞ

FSEK m. 52'de “şekil” kenar başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir: “*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*”. Bu düzenleme ile getirilen şekil koşulunun, ispat şekline değil de geçerlilik şekline ilişkin olduğu rahatlıkla söylenebilir. TBK m. 12 f. 2'nin “*kamunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” söylemine sahip olan düzenlemesi başka türlü düşünmeye olanak vermez. FSEK m. 52'nin öngördüğü şeklin bir geçerlilik şekli olduğu belli olmasına bellidir, ancak, bu şeklin salt tasarruf işlemi için mi getirildiği yoksa borçlandırıcı işlemi de mi kapsadığı tartışılabilir gibidir. FSEK m 52'nin lâfzına bakıldığında, her iki yaklaşım için de dayanak olabilecek veriler içerdiği görülebilir. Bu yazıda FSEK m. 52'de getirilen şekil kuralının ne türden işlemleri kapsadığı ele alınacaktır. Bu açıdan sözü geçen hükmün yoruma muhtaç olduğu ortaya koyulduktan sonra (aslında en açık görünen metnin bile yoruma muhtaç olduğu gerçeğini hatırlatmakta yarar var), bu yorumun ne yönde yapılabileceğine ilişkin bir öneri getirilecektir.

I. FSEK m. 52'NİN LÂFZİ YAPILACAK YORUM AÇISINDAN NE GİBİ VERİLERİ İÇERMEKTEDİR?

Bir hükmün yorumunda çıkış noktasının o hükmün lâfzı olacağı genellikle kabul edilir. Bu açıdan öncelikle FSEK m. 52'nin lâfzında yapılacak yorum için ne gibi tutamak noktalarının olduğu belirlenmeye çalışılacaktır. Ne var ki, salt lâfzî bir yorumla yetinilemeyeceği TMK m. 1'de açıkça dile getirilmiştir. Hükmün lâfzının bize sağladığı malzeme ortaya koyulduktan sonra bu malzemeyle yetinilebilip yetinilemeyeceği, hükmün ruhu ve hukuk sistemimizin genel ilke ve kuralları dikkate alınarak denetlenecektir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID No: 0000-0001-5558-0135.

FSEK m 52, mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarrufların tabi olduğu şekilden söz etmektedir. Tasarruflar denilmekle yetinilmeyip, aynı zamanda sözleşmelerin de dile getirilmesi hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi aşamalarının şeklin kapsamına alınmak istendiğinin göstergesi olarak sayılmıştır. Netekim FSEK ile ilgilenen öğreti, yasada geçen “sözleşmeler” deyimini “borçlandırıcı nitelikte sözleşmeler” olarak anlamaya eğilimlidir¹. Yasada geçen “sözleşmeler” deyiminin borçlandırıcı nitelikte sözleşmeler olarak anlaşılması yönündeki genel kabul ile FSEK m. 52’yi okuyunca ve yasa koyucuya ciddiyet atfedip onun lüzumsuz bir tekrara giderek bu ciddiyete “halel” getirmeyeceği peşin olarak kabul edilince, FSEK m. 52’deki sözleşmeler deyiminin tasarruflar deyiminden ayrı bir içerikle kullanıldığı sonucuna varılması olağan olmaktadır. Bu düşünce silsilesini takip edenler, mali haklara ilişkin borçlanma sözleşmelerinin (tıpkı tasarruflı nitelikteki sözleşmelerde olduğu gibi) yazılı olarak yapılması ve konusunu oluşturan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği fikrini savunmakta duraksama göstermemektedirler². Bu düşüncenin izleyicilerine göre, eser üzerindeki mali hakkı devretmeye yönelik borçlandırıcı işlemle tasarruf işleminin (elden işlemleri andırır tarzda) zaman bakımından örtüşebileceği ve aynı yazılı metinde cisimleşebileceğine kuşku yoktur. Gelgelelim bu işlemler farklı zamanlarda yapılıyorsa, hem borçlandırıcı işlem hem tasarruf işlemi için FSEK m. 52’ye uygun olarak biçimlendirilmiş iki ayrı yazılı ve imzalı metnin varlığı aranacaktır.

FSEK m. 52’de öngörülen şekli hem borçlandırıcı işlemler hem de tasarruf işlemleri için arayan düşünceye karşıt olarak, yine yasal düzenlemenin lâfzındaki verilerden hareket ederek tam aksi yönde bir fikir geliştirilebilir: FSEK m. 52’de şekil kuralı getirilirken çok açık biçimde tasarruf işlemlerine özgü “belirlilik” ilkesine değinilmiş, yazılı şekil gerçekleştirilirken bu ilkeye uyulması ayrıca ve özel olarak aranmıştır. Yazılı şekle uygun olarak yapılan işleme konu olan hakların “ayrı ayrı gösterilmesi” gerektiğinden söz etmek, bu işlemin “belirlilik” ilkesine uygun olarak gerçekleşmesini istemekten başka bir şey değildir. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemlerini ayıran özel hukuk sistemimizde, belirlilik ilkesi sadece tasarruf işlemleri bakımından aranır. Borçlandırıcı işlem bakımından, borç konusu edimin en ince ayrıntılarına kadar belirlenmesi gerekli olmayıp edimin belirlenebilir olmasıyla yetinilmesi temel bir ilkedir.

¹ Örnek olarak bkz. **Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 572; **Erel, Şafak, N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, s. 294-295; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 2012, s. 236.

² Netekim bkz. **Tekinalp**, s. 35; **Öztan**, s. 557-558; **Erel**, s. 319.

Her iki aşamayı da aynı ilke ve kurallara bağlayacak olduktan sonra, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi denilerek iki aşamadan söz edilmesine ne gerek vardır? Borçlandırıcı işlem, irade özerkliği çerçevesinde ve bu özerkliğe en az düzeyde müdahaleyle ele alınması gereken bir işlem kategorisidir. Maddi değerlerin dolaşımına hizmet eden ve bu dolaşımı taşıyan temeli oluşturan borçlandırıcı işlemlerin kuruluşunun alabildiğine kolaylaştırılması, bu türden işlemlerin tarafların ve kamunun yüksek menfaatlerini ihlâl eden bir durum olmadıkça geçersiz sayılmaması gerekir. Borçlandırıcı işlemler alanında geçerli olan irade özerkliğinin başlıca görünümlerinden birinin şekil serbestisi olduğu unutulmamalıdır. Üstelik nisbî etkili bir işlem den söz ettiğimize göre, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracak (adeta onların arasındaki ilişkinin kanunu olan, bu ilişkiyi normatif bir düzenlemeye kavuşturan) bir işleme karışıp müdahale etmek ve bu işlemi geçersiz saymak için bahane aramak, özgürlükçü liberal ratio'yla da bağdaşmaz. Özel hukukun en önemli kesitini oluşturan borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı ve bu ayrıma geleneksel olarak bağlanan (köklü ve sınınanarak yerindeliğine ulaşılmış) sonuçlardan FSEK kapsamındaki işlemler söz konusu olduğunda ayrılmak gerektiğine ilişkin ikna edici gerekçeler sunulamaz. Gerçi kimi alanların kendine özgü özellikleri bulunduğu, bu alanda genel ilke ve kuralların göz ardı edilmesi gerektiği sıklıkla karşılaşılan bir tartışma verisi olarak karşımıza çıkar. FSEK ile iştigal eden öğreti ve uygulamanın içinde yer alanların da bu fikre kapılıp şöyle bir açıklama yapması pek muhtemeldir: *“FSEK kendine özgü bir alandır, bu alanda eser sahibi kutsanmalıdır, eser sahibinin yaptığı işlemler onun kişiliğini yakından ilgilendirir, bu nedenlerle üstlendiği taahhüdün boyutlarından peşin olarak haberdar olması için daha borçlandırıcı işlem aşamasında bile bu işleme konu mali hak veya hakları yeterli açıklıkta ve yazılı olarak tasrih etmesi (şeklin uyarıcı işlevinden yararlandırılması) aranmıştır”*. Gerçekte çarpık olan, bu söylem içerisinde billurlaşan bakış açısının kendisidir. Borç altına girenin kişiliğini yakından ilgilendiren ve onun özgürlüğünü tehdit eden işlemler, fikri mülkiyet alanındakilerle sınırlı değildir. Bunun için kişiliği yakından ilgilendiren başkaca borç konusu işlemlerde aranmayan bir güvencenin (üstlenilen edimi belirlenebilir kılmakla yetinmeyip kesin olarak belirlenmesini aramak tarzındaki bir güvenceden söz ediyorum), fikri mülkiyet alanındaki işlemlerde (üstelik bunların belirli bir kesitinde) aranmasının yeri ve gereği yoktur. Daha öteye şunu da söyleyebiliriz: FSEK alanında, tüketicinin, konut kiracısının veya işçinin korunması gibi kategorik koruma öngören alanlarda olduğu gibi, *“eser sahibinin özel olarak korunması”* gibi bir düşünceden hareket edilmesine ve yasadaki kuralların ya da sözleşme hükümlerinin bu

düşüncenin eşliğinde yorumlanmasına ihtiyaç yoktur. FSEK sadece eser sahibini koruma amacıyla getirilmiş kurallardan oluşmamakta, eser sahibiyle onunla hukuki ilişki kuran kişileri çıkarlarını dengelemeyi amaçlamaktadır. FSEK kapsamında kalan bir eserle ilgili sözleşmelerin ve bu sözleşmelerin tabi olduğu kuralların yorumlanması bakımından, sözleşmenin her iki tarafı da aynı önemde görülmeli ve aynı ölçüde korunmalıdır. Bu her şeyden önce Anayasal eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Elbette ki, Anayasal eşitlik ilkesine tercih edilmesi gereken ve yine Anayasa’da temelini bulan bir takım koruma gereksinimleri ortaya çıkabilir. Sözgelimi ortaya koyacağı eserle ilgili taahhütlere girenin bu taahhüdünün kişilik hakkına aykırılık teşkil edip etmediğine, yapılan işlemin karşı tarafının ekonomik ve sosyal açıdan sahip olduğu gücü kötüye kullanıp kullanmadığına veya karşı tarafın kullandığı genel işlem koşullarının eser sahibi tarafından çaresizce kabullenilip kabullenilmediğine bağlı olarak çeşitli koruyucu mekanizmaların devreye girmesi düşünülebilir. Ne var ki, eser sahibine yönelik a priori bir korumadan söz edilemez. Sonuç itibarıyla FSEK m. 52’de öngörülen şekil kuralının anlamlandırılmasında ve bu düzenlemenin borçlandırıcı işlemleri de kapsamına alacak tarzda uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesinde, “*eser sahibinin koruması gereğinden yola çıkan ve bu korumayı borçlandırıcı işlem aşamasında başlatan özel kuralın varlığı*” tarzında peşin bir yargıdan hareket edilmesi doğru olmaz. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımını merkeze alan özel hukuk sistemimizde, bu ayrıma bağlı hüküm farkları konumuz bakımından da gözetilmeli, hükmün şeklin içeriğiyle ilgili olarak tasarruf işlemlerine özgü “belirlilik ilkesini” özel olarak vurgulamasından yola çıkılarak, getirilen şeklin salt tasarruf işlemine yönelik olduğu söylenmelidir. Tasarruf işlemlerine ilişkin belirlilik ilkesine yapılan vurgunun, öngörülen şeklin amacıyla ilgili olarak sonuç çıkartmaya elverişli olduğu da söylenebilir. Borçlandırıcı işlem açısından öngörülen bir şeklin amacı, temelde, tarafların acele ile hareket etmekten kaynaklanan sakıncalara karşı korunması, bir diğer deyişle, “teenni” ile hareket etmeye zorlanmasıdır. Buna karşılık tasarruf işlemleri için aranan şeklin amacı, hele bu tasarruf işlemi cismani bir varlığa ilişkin değilse, yapılan işleme aleniyet kazandırma ihtiyacıdır. Haklara ilişkin tasarruf işlemleri bakımından yazılı şeklin aranması ve bu şekil kapsamında belirlilik ilkesinin gerekleri arandığında, tarafların acele ile hareket etmekten sakındırılması amacı değil, iş ve işlem güvenliğini sağlanması adına yapılan tasarruf işlemi alenileştirme amacı öne geçer. Eser üzerindeki bir mali hakkı devreden bir tasarruf işleminde, bu hakkın “mutlak hak” karakteri taşıdığı ve evrensel bir riayet mecburiyeti içerdiği dikkate alınırsa, tasarruf işlemi alenileştirme ihtiyacının ağır basması olağan karşılanmalıdır. Şeklin

kapsamında belirlilik ilkesinin gözetilmesini öngören bir hükmün, tasarruf işlemlerine ilişkin bu ilkeye yaptığı vurgunun, şeklin amacının aleniyetin sağlanması olduğuna dair önemli bir gösterge değeri taşıdığı ortadadır. Amacı aleniyet olan bir şekil kuralının, özel olarak tasarruf işlemi için getirildiği sonucuna ulaşılması da yadırgatıcı olmaz.

Görülüyor ki, FSEK m. 52'nin lâfzı, bu hükmün, hem borçlandırıcı işleme hem de tasarruf işlemine yönelik olduğunu savunan düşünce için de sadece tasarruf işlemlerini kapsamına aldığı ileri sürenler için de tutamak noktaları içermektedir. FSEK m. 52'deki şeklin kapsamına borçlandırıcı işlemlerin de dâhil olduğu sonucuna ulaşan öğretinin dayanaklarından birinin, bu hükümde tasarruflar denilmesiyle yetinilmeyip, “sözleşmeler” ifadesinin de ayrıca kullanılması ve “sözleşmeler” deyiminin “borç doğurucu sözleşmeler” anlamına geldiğine sarsılmaz bir inançla inanılması olduğunu yukarıda belirtmiştim. İmdi bu inancın da ayrıca sorgulanması gerektiğini ve her türlü inanç gibi diyalektik mantığın miyarına vurulunca ayakta kalamayacağını düşünüyorum.

II. FSEK m. 52'NİN YORUMUNDA ETKİLİ OLAN VE FSEK'TE KULLANILAN “SÖZLEŞMELER” DEYİMİNİ “BORÇLANMAYA YÖNELİK İŞLEMLER (TAAHHÜT MUAMELELERİ)” İLE ÖZDEŞ SAYMAK DOĞRU MUDUR?

A. Sözleşme Borçlandırıcı Bir İşlem Olmayabileceği Gibi Sözleşme Niteliği Taşımayan Borçlandırıcı İşlemler de Vardır

FSEK'in dördüncü bölümünü başlığında yer alan “sözleşme” ve “tasarruflar” deyimleri, kendilerine öğretilen verilen anlamı doğrulamamaktadır. Öncelikle sözleşme denildiği zaman bundan sadece borç doğurucu nitelikteki işlemleri (taahhüt işlemlerini) anlamak doğru değildir. Pekâlâ bir tasarruf işlemi de sözleşme türünden bir hukukî işlem olarak karşımıza çıkabilir. Netekim taşınır mülkiyetinin devredilmesine yönelik tasarruf işlemi bir sözleşmedir. Alacağın devri tasarruf işlemi de bir sözleşmedir. Öte yandan konumuzu oluşturan fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakların devrini sağlayan tasarruf işleminin de sözleşme olduğu açıktır. Sözleşme deyimini fikir ürünü üzerindeki mali hakkın devri taahhüdüyle özdeşleştirmek şu bakımdan da doğru değildir: Böyle bir taahhüdün tek taraflı bir hukuki işlemle de gerçekleştirilebileceği pekâlâ düşünülebilir. Sözgelimi alenî ödül vaadi, genel kabule göre, tek taraflı bir hukukî işlemdir. İmdi alenî ödül vaadi yoluyla ve FSEK m. 52'deki şekil kuralının

gereklerini gözetmeksizin eseri üzerinde sahip olduğu mali hakkı devretmeyi taahhüt eden bir kimse geçerli bir borç altına girmiş sayılmayacak mıdır? FSEK m. 52'deki şekil kuralının salt tasarruf işlemlerine ilişkin olmadığını borçlandırıcı işlemleri de kapsadığını düşünen bir kişi, bu düşünceyi “müntehasına” kadar takip edip şu sonuca rahatlıkla ulaşabilir: *“Söz konusu hükümde aranan şekil, sözleşme niteliğindeki borçlanmalarda olduğu kadar, tek taraflı işlem niteliğindeki borçlanmalarda da gözetilmelidir”*. Gerçi bu kişinin FSEK m. 52'deki kuralı borçlandırıcı işlemlere yayarken, kuralın bünyesinde yer alan “sözleşmeler” deyimine ve bu deyim “tasarruflardan” ayrıca kullanılmasına bel bağlayan bir kişi olduğunu varsayarsak, kendi içinde çelişkiye düştüğünü kabul de kaçınılmaz olur. Bu denli tutucu bir “lâfız” gözlemcisinden, FSEK m. 52'de kullanılan ve borçlandırıcı işlem anlamına geldiğini düşündüğü “sözleşmeler” deyimine tek taraflı işlem niteliğindeki borçlanmaları katmaması beklenirdi. Öyle ya, tek taraflı bir işlemin sözleşme olmadığı açıktır. Ne var ki, bu lâfız gözleyicisi, eser sahibinin daha borçlanma aşamasında bile özel olarak korunmayı hak ettiği ve bu korumanın taahhüdünün kapsamı hakkında peşin olarak uyarılmasıyla gerçekleşeceği dogmasını da benimsemiş olabileceğinden, ister sözleşme niteliğinde olsun isterse tek taraflı olsun her türlü borçlanmanın yazılı şekle uygun olarak gerçekleşeceği fikrine kapılması işten değildir. Diyalektik düşüncenin aydınlığına sırt çeviren her türlü dogmatik ısrarın bu türden çelişkileri bünyesinde taşıması kaçınılmazdır. Sonuç itibarıyla, başlangıçta, *“FSEK m. 52'nin lâfzına gözlerimizi kapayamayız, hükümde tasarruflardan ayrı olarak sözleşmelerin de zikredildiğini dikkate almak ve bu sözleşmelerin borç doğuran sözleşmeler olduğunu kabul etmek gerek”* denilmekteyken, bu sefer *“lâfza takılıp kalmayalım, hüküm her ne kadar sözleşmelerden söz etmekteyse de bundan sadece sözleşmeleri değil tek taraflı hukuki işlemleri de kapsayan her türlü borçlanmayı anlamak lâzım”* denilmiş olacaktır. İş bu noktaya vardıkten sonra, ele aldığımız sorun bakımından söylenecek olan bellidir: Yazılı şeklin gereğini yerine getirmeyen (ve bu arada eser üzerindeki hangi mali hak veya haklara yönelik olduğunu “tasrih etmeyen”) bir aleni ödül vaadi, borç doğurucu bir etki yaratmaz. Bir diğer deyişle, şekle aykırılıktan ötürü hükümsüz olur. Buna karşılık, aleni ödül vaadinin, en tutucu hukuk düşünürünü bile tatmin edecek bir titizlikle FSEK m. 52'de öngörülen şeklin gereklerine uygun olarak gerçekleştiği bir olasılıkta, bu vaatten konusunu oluşturan mali hakkı devir borcunun doğmadığı söylenebilecek midir? Böylesine bir soruya da şaşırtıcı cevaplar gelebilir. FSEK m. 52'nin lâfzına bağlılığın marazî bir boyuta taşınmasının, *“FSEK m. 52'deki şekle uygun olarak gerçekleşen bir borçlanmanın, yine bu hükümde anıldığı üzere ancak sözleşme türünden bir*

hukuki işlemle gerçekleşeceği” sonucuna vardırması akla gelebilir. Buna karşılık, FSEK m. 52’nin lâfzının öngörülen şekil koşulunun, söz konusu maddede “*sözleşmeler*” denilmesine dayanarak, sadece sözleşme niteliğindeki borçlandırıcı işlemlerle sınırlı olduğunu, buna karşılık, tek taraflı bir borçlandırıcı işlem olan aleni ödül vaadinin bu zorunluluğun dışında kalacağını düşünenler de çıkabilecektir³. Bu son düşüncenin sahipleri, aleni ödül vaadi şekil itibarıyla nasıl gerçekleşmiş olursa olsun bundan mali hakkı devir borcunun doğacağı fikrini, FSEK m. 52’nin lâfzıyla bir çelişmeye düşmenin beraberinde getireceği vicdan azabından arınmış olarak benimseyebilecektir. Ortaya çıkan bu tablo, yasanın lâfzına sıkı bağlılığın sözde “*hukuki güvenlik*” ratisuna hizmet etmede ne denli yetersiz kaldığını da açıkça göstermektedir. Yasa kuralının lâfzını belirleyici sayan hukuk düşüncüsü, temelini, girişimlerin hukukî sonuçlarının hesaplanabilmesine imkân veren bir hukukî güvenlik gereksiniminde bulur. Ne var ki, aynı yasa hükmündeki verilerden yola çıkılarak birbirinden farklı hukukî sonuçlara varılabildiği bir ortamda, hukukî güvenlik isteri boşa çıkmaya mahkûmdur. Üstelik yasal düzenlemelerin kaleme alınmasında gereken titizliğin gösterilmemesiyle maruf bir hukuk düzeninde tehlike daha büyüktür. Elbette bir hukuk kuralının anlamlandırılmasında, kuralın lâfzı çıkış noktası olmalıdır. Ancak lâfzın bir yandan hukuk kuralının amacı diğer yandan hukuk düzenine egemen olan temel ilke ve kurallar gözetilerek anlamlandırılması gerektiği de aynı oranda açıktır. Bu noktada özel hukukumuzun en temel kesitini oluşturan borçlandırıcı işlem tasarruf işlemi ayrımının sulandırılmaması gerekliliği kendisini bütün ağırlığıyla hissettirir. Tam bu noktada, yukarıda FSEK m. 52’nin sadece tasarruf işlemlerini kapsadığını bu hükümdeki verilerden yola çıkarak savunacak bir düşünce biçimiyle ilgili yukarıda söylediklerimizi tekrarlamamanın yeri gelmiştir. “*Belirlilik*” ilkesi tasarruf işlemleri açısından aranan bir geçerlilik gereğidir. Borçlandırıcı işleme yakışan konusunu oluşturan edimin

³ Tam bu bağlamda, aleni mükâfat vaatleriyle bağlantılı olarak bir noktaya değinmek isteriz. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde resmi şekil zorunluluğu getiren kuralın, aleni ödül vaadi söz konusu olduğunda uygulanmayacağını, böyle bir vaat ne tarzda yapılırsa yapılsın, ödül olarak konulmuş taşınmazın mülkiyetini devir borcunun yine de doğacağını söyleyenler mevcuttur. Netekim bkz. **Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilla**, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: 1, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 662; **Akev, Talât**, Türk Hususî Hukukunda Kumar ve Bahis, Ankara 1958, s. 313. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2021, s. 416. Bu düşüncenin sahiplerine, FSEK m. 52’deki yazılı şeklin borçlandırıcı işlemleri de kapsadığı kabul edilse bile aleni mükâfat vaadiyle yapılan bir mali hakkı devri taahhüdünün şekil zorunluluğuna tabi olup olmadığı sorulabilse, pek muhtemeldir ki “kuşkusuz değildir” cevabını vereceklerdi. Söz konusu düşünce sahiplerinin, taşınmazların devri borcunu doğuran bir işlemin şekliyle ilgili vardıkları sonuçtan, mali hakların devri borcu altına girmeye ilişkin bir işleme olarak bakımından beklenemez. Mali hakkın devri borcunu doğuran bir işlemin FSEK m. 52’deki şekle bağlı olmadığını veya ancak bir sözleşmeyle böyle bir borç altına giriliyorsa söz konusu hükümde öngörülen şekle uyulması gerektiğini kabul edenler nezdinde, yukarıdaki soruya verilen cevabın aynı olacağı bellidir.

belirlenebilir olmasıyla yetinilmesidir. Bu farkın FSEK alanındaki işlemlerde bir tarafa atılmasını haklı kılacak hiçbir sebep bulunmadığı içindir ki, FSEK m. 52'nin lâfzında yer alan belirlilik ilkesine uygun davranma vurgusunun (yazılı şekilde konusunu oluşturan mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekliliğinin) bu şeklin tasarruf işlemleri bakımından getirildiğinin göstergesi sayılması amaca uygun olur. Tasarruf işleminin şekle bağlanmasına karşılık borçlandırıcı işlemin şekil zorunluluğunun dışında kalması, bizim hukuk sistemimiz açısından yadırgatıcı bir sonuç da olmaz. Netekim bir tasarruf işlemi olan alacağın devri yazılı şekle bağlanmışken, borçlandırıcı işlem aşamasını oluşturan alacağın devri vaadi herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir. Bu son örnek şu bakımdan ilginçtir: Alacağın devri işlemiyle ilgili ilke ve kurallar, FSEK öğretisi tarafından pek sevilmekte, adeta hakların devrine ilişkin bir paradigma olarak karşılanmaktadır⁴. Bu tutumun nedeni bellidir. Haklarla ilgili genel nitelikte düzenlemelerden yoksun olan hukuk sistemimizde (Alman Medeni Kanunu gibi bir genel hükümler kısmından yoksun olan ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin tüm medeni hukukun genel hükümleri rolü oynadığı sistemde bu yoksunluk olağan karşılanmalıdır), alacağın devriyle ilgili ilke ve kuralların her türlü hakkın devrinde gözetilmesi gereken genel ilke ve kurallar olduğu düşüncesi hayli yaygındır, kanaatimce yabana atılır bir düşünce de değildir. İmdi bu düşüncüyü belirli ölçüde benimsediği gözlenen FSEK öğretisinin, iş eser üzerindeki mali hakların devrine gelince neden alacağın devri paradigmasından uzaklaştığı sorusu sorulmaya değer diye düşünüyorum. Hakların devrine ilişkin tasarruf işlemlerinde, bu işlemleri alenileştirme ihtiyacının şekle bağlılığı gerekli kıldığı söylenebilir. Eşya gibi görünür olmayan (cismanîlik unsuru bulunmayan) haklarda, aleniliğin sağlanmasının devri sağlayan işlemi şekle bağlamanın dışında yolu yok gibidir. Hele eser üzerindeki mali hak söz konusuysa, herkesi etkileyen ve herkesin riayet etmekle yükümlü olduğu böylesine bir mutlak hakkın el değiştirdiğini yazılı bir belgeyle alenileştirme ihtiyacı kendisini daha bir açıklıkla duyurur. Yine el değiştiren mali hakkın ne olduğunun başı sonu belli olacak tarzda somutlaştırılması, bu hakka riayet etmekle yükümlü olanlarının çıkarı gereğidir. Bu durum, tasarruf işleminde, bu işlemin konusunu oluşturan hakların ayrı ayrı gösterilmesini (bir başka deyişle belirlilik ilkesinin gözetilmesini) haklı kılar. Herkese yaygın etkiler saçan tasarruf işlemlerinin doğası gereği söz konusu olan bu değerlendirmeler, salt taraflar arasında etkili borçlandırıcı işlemler açısından

⁴ Örnek olarak bkz. **Erel**, s. 296, 303; **Öztan**, s. 553, 556-567.

söz konusu değildir⁵. Böylelikle belirlilik ilkesine yapılan vurgunun doğrudan tasarruf işlemini çağrıştırdığını ve bu çağrışımın FSEK m. 52'nin yorumunda önemli bir tutamak noktası olacağını bir kere daha dile getirmiş olduk. Buna göre, mali hakların devrine ilişkin taahhütlerde, ne alenilik ihtiyacının bir sonucu olan yazılı şekle ne de devredilecek mali hakların başı ve sonu belli olacak tarzda ayrı ayrı gösterilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Böylesine bir taahhüdün kapsamı ve ileride yapılacak tasarruf işlemlerinin hangi mali hakları konu alacağı, taahhüde ilişkin beyanın yorumlanmasından pekâlâ çıkartılabilir. Yeter ki, taahhütte bulunanın üstlendiği edimin belirlenebilmesine (bu yönde bir yoruma) olanak veren veriler aynı taahhüdün bünyesinde mevcut olsun⁶.

Eser üzerindeki bir (veya birkaç) mali hakkı devir borcu doğuran işlemin “sözleşme” deyimiyle özdeşleştirilmemesi, tek taraflı bir hukuki işlemin de borçlanma için yeterli olduğu şu örnekten de bellidir: Maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olan “vasiyet” tasarrufu, murisin eseri üzerindeki bir mali hakkın devrini konu alabilir. Böylesine bir vasiyet söz konusu oldukta, vasiyet borçlusu (kural olarak mirasçılar) için, söz konusu mali hakkı vasiyet alacaklısına devir borcu doğacağı, bu konuda en ortodoks yaklaşımı benimseyenler tarafından

⁵ Netekim borçlandırıcı işlemler açısından aranan şeklin amacıyla tasarruf işlemleri için aranan şeklin amacı farklıdır. Kapancı, her iki işlem türü bakımından aranan şeklin amacındaki farklılığı büyük bir nüfuz ile alacağın devri paradigması üzerinden açıklamaktadır. Yazarın belirttiğine göre, borçlandırıcı işlemlerde aranan geçerlilik şekli, tarafları düşünmeden yapılacak acele işlemlere karşı korumayı (Übereilungsschutz) amaçlar. Ne var ki, alacağın devri tasarruf işlemi için aranan şeklin amacı, belirliliği ve ispatı sağlama, dolayısıyla iş ve işlem güvenliğini koruma olarak ortaya çıkar. Alacak haklarının gözle görülmez, elle tutulmaz nitelik taşıması, ancak şekle yansıyan unsurlardan (ve şeklin kapsamında riayet edilmesi gereken belirlilik ilkesinden) hareketle, hangi alacakla ilgili hangi kapsamda işlem yapıldığını ve alacağın kime devredildiğini ortaya koymaya imkân verebilir. Bkz. **Kapancı, K. Berk**, Alacağın Devri (TBK m. 183-194), Şerh, İstanbul 2022, s. 252-254. İmdi fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakların devrinde alacağın devri paradigmasını esas alma fikrini benimseyenler (ki bu fikrin benimsenmesini yerinde buluyorum), Kapancı'nın alacağın devrinde aranan şekille ilgili bu saptamalarına kulak kabartmalı ve alacağın devriyle ilgili olarak aranan şekille ilgili söylenenlerin ışığında FSEK m. 52'yi ele almalıdırlar diye düşünüyorum. Böyle yapılırsa, FSEK m. 52'de getirilen şeklin amacının yapılan işleme aleniyet kazandırmak olduğu kendiliğinden fark edilecektir. Belirlilik ilkesine yapılan vurgu, alacağın devrine ilişkin şekille ilgili olarak Kapancı'nın belirttiği gibi, ilk elden aleniyeti sağlama ve bu yolla alışveriş güvenliğine hizmet etme amacını çağırır. İş ve işlem güvenliği adına üçüncü kişileri bilgilendirme ihtiyacı ise, tasarruf işlemi bakımından kendisini belli eden bir ihtiyaç olup, borçlandırıcı işlem bakımından duyulan bir ihtiyaç değildir. Sadece taraflar arasında (nisbî) etkili bir borçlandırıcı işlemin, üçüncü kişilerce bilinir kılınmasına gerek olmadığı gibi, belki de daha çok (iş ve işletme sırlarıyla ilgili olarak) üçüncü kişilerden gizlenmesine gerek vardır.

⁶ Yukarıdaki açıklamalar, eser üzerindeki mali hakların devri taahhüdünü içeren bir aleni mükâfat vaaadinin şekli bakımından ne gibi bir düşünce taşıdığını da ortaya koymaktadır. Ortada bir tasarruf işlemi bulunmayıp, borç doğuran tek taraflı bir hukuki işlem mevcut olduğuna göre, FSEK m. 52'de yer alan (ve salt tasarruf işlemleriyle ilgili) şekil kuralının bir etkisi olmayacaktır. Aleni mükâfat vaadi ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun, bu vaatte öngörülen sonuç gerçekleşir gerçekleşmez, taahhüt edilen mali hak veya hakları devretme borcu doğar. Üstelik hangi mali hakların devredileceği ayrı ayrı belirtilmemiş olsa bile, aleni mükâfat vaaadinin yorumlanmasından bunların saptanması mümkünse (hangi mali hakların devrinin vaat edildiği “belirlenebilir” kılınmışsa), geçerli bir borcun doğduğunu kabul etmek için gerekli olan yapılmış demektir.

bile rahatlıkla kabul edilecektir. Eser üzerindeki mali hakkın devri borcunu doğuracak vasiyet tasarrufunun, FSEK m. 52'deki şekle tabi olmayıp, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarrufun varlığını ve buna özgü şekil gereğine uyulmasını gerektirdiğini açıklamaya bile gerek yoktur.

B. FSEK Dördüncü Bölümün Başlığındaki “Sözleşme ve Tasarruflar” Deyimini “Hukuki İşlemler” Olarak Algılayıp FSEK Dördüncü Bölümdeki Her Bir Maddenin Hangi Tür Hukuki İşlemleri Konu Aldığını Ayrıca Ele Almak Gerekliliği

Gelinen bu noktada FSEK'te dördüncü bölüm başlığı olarak kullanılan “sözleşme ve tasarruflar” nasıl anlamlandırılmak gerekecektir? Konumuz bakımından, FSEK m. 52'nin lâfzına saplanıp kalan ve lâfızda yer alan “sözleşmeler” tabirini “mali hakkı devir borcu doğuran sözleşmeler (veya kimileri açısından hukuki işlemler)” olarak anlamlandıran düşünce, temelde bu başlıktan ve bu ana başlık altındaki FSEK m. 50-51. maddelerin kenar başlığının da “sözleşmeler” olmasından ilham alıyor görünmektedir.

Benim kanaatime göre, bu başlıktaki sözleşmeler deyimi, ister borçlandırıcı işlem isterse tasarruf isterse tasarruf işlemi niteliği taşıсын, fikir ve sanat eserlerini konu alan her türlü sözleşmeyi kapsamaktadır. Gerçekten de dördüncü bölümde yer alan düzenlemelerden bir kısmı borçlandırıcı nitelikteki sözleşmelere ilişkin olduğu halde, bu düzenlemelerden bir kısmı salt tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelere ilişkindir. Şu hâlde başlıkta kullanılan sözleşmeler deyiminin her iki türden sözleşmeyi de kapsar tarzda anlaşılması yerinde olur. Kimi hükümlerse hem borçlandırıcı hem tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmeleri kapsıyor gibidir. Örnek olarak, FSEK 50 ve 51. maddelerin kenar başlığını oluşturan “sözleşmeler” deyiminin, bu maddelerin içeriğine göre anlamlandırıldığında hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmeleri kapsadığı ortaya çıkacaktır. Bu açıdan bakılırsa, FSEK m. 50, ilerde vücuda getirilecek eserlere ilişkin borçlandırıcı nitelikte sözleşmelerin geçerli olduğunu söylerken, tasarruf işlemi niteliğinde sözleşmeler yapılmasını caiz görmemektedir. Şu hâlde, bu düzenleme, kenar başlığında yer alan sözleşmelerin deyiminin içerisine hem borçlandırıcı nitelikteki hem de tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmeleri almış, ilerde vücuda getirilecek eserler söz konusu olduğunda bunlardan ilkinde (yani borçlandırıcı sözleşmelere) olumlu sonuç bağlarken ikincisi için (yani tasarruf işlemleri için) olumsuz bir sonuç öngörmüştür. Dikkat edilsin ki, burada tanıtlamak istediğim nokta, kenar başlıktaki sözleşmeler deyiminin, yasa koyucu tarafından sadece borçlandırıcı sözleşme anlamında kullanılmadığıdır. Yasadaki

“sözleşmeler” deyimin borçlandırıcı nitelikte sözleşmelerle özdeş olarak kullanıldığını düşünen ve bu tarz bir düşünceden yasa maddelerinin yorumunda sonuç çıkararak hâkim düşüncenin doğru olmadığını saptamak için bu değerlendirmeleri yapıyorum. Biz FSEK m. 50’yi okuduğumuzda, ilerde vücuda getirilen eserlere ilişkin sözleşmelerden borçlandırıcı nitelikte olanlara da tasarrufi nitelikte olanlara da kanun koyucunun ne gibi bir sonuç bağladığını anlıyoruz. Sadece borçlandırıcı nitelikte olanlara olumlu sonuç bağlanmasından yola çıkılarak, düzenlemenin tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelere ilişkin hiçbir şey söylemediği, kanun koyucunun sözleşme demekle sadece borçlandırıcı nitelikte sözleşmeleri kast ettiği söylenemez. Kanun koyucunun sözleşme derken neyi kast ettiği bir şey, kast ettiklerinden bir kısmına (borçlandırıcı olanlara) olumlu diğerlerine olumsuz sonuç bağlanması başka bir şeydir. FSEK m. 50/I düzenlemesinin bu yönüyle “açıklayıcı mahiyette olduğunu” ve bilinen bir gerçeği yinelemekten (bir beliti ifade etmekten) başka bir şey yapmadığını da ayrıca söyleyebiliriz. Tasarruf işlemlerine özgü “*belirlilik*” ilkesinin henüz mevcut olmayan bir konuda tasarruf işlemi yapılmasına imkân vermeyeceği zaten bellidir. Öte yandan henüz mevcut olmasa da ileride meydana gelecek bir malvarlığı unsuruna ilişkin bir borçlandırıcı işlem yapılabileceği de aynı ölçüde bellidir. Bu bilinen gerçeğin üzerine, ileride vücuda getirilecek eserlerle ilgili borçlandırıcı nitelikteki sözleşmelere dair birtakım düzenlemeler (FSEK m. 50/II-III) getirilmiştir, ki bunları incelemenin yeri bu yazı değildir.

Yine “sözleşmeler” alt başlığı içinde yer alan FSEK m. 51’in tasarrufi nitelikte sözleşmelerden (en azından bunlardan da) söz ettiği açıktır. “*İleride mevzuat tarafından eser sahibine tanınabilecek mali hakların devrine ilişkin sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” denilirken ya da “*ileride bir mali hakkın içeriğine ilişki mevzuat tarafından getirilecek kapsam genişlemesini şimdiden bir tasarrufa konu yapamazsınız*” denilirken, kast edilenin sadece tasarruf işlemi niteliğinde sözleşmeler olduğu bence açıktır. Ele alınan bu olasılıklar için borç altına girilmesine bence bir engel olmamak gerekir. Bir başka deyişle, ileride mevzuatın eser sahibine tanıyacağı yeni birtakım hakları devretmeyi şimdiden taahhüt etmeye (ya da mevcut haklara ilişkin getirilen kapsam genişlemesini şimdiden bir borca konu yapmaya), böyle bir taahhüdün kişilik hakkına aykırı düşmeyecek sınırlamalar gözetilerek yapılması kaydıyla, nasıl bir engel düşünülebilir? Bir kimsenin malvarlığına ileride dâhil olacak unsurlara ilişkin borçlandırıcı işlemler yapmasına genel olarak bir engel görülmemektedir. İleride imâl edilecek birtakım mallara veya ileride devşirilecek ürünlere ilişkin daha şimdiden borçlanılmasının

mümkün olduğu da fazla bir güçlkle karşılaşılardan kabul edilmektedir. Giderek bir umut satışının bile mümkün görüldüğü bir hukuk sisteminde bulunduğumuzu söyleyebiliriz. Borçlunun kişiliğini yakından ilgilendiren iş görme sözleşmelerinin bile hayli uzun süreler için kurulabilmesine olanak tanınmakta, sadece bu tür sözleşmelerde süre kişilik hakkını ezen bir boyuta ulaştığında müdahale gerçekleşmektedir. Şu hâlde, eser üzerindeki mali haklar bakımından ileride gerçekleşecek olasılıkları şimdiden bir borçlandırıcı işleme konu yapmak niye mümkün olmasın. Böyle bir borçlanmanın kişilik hakkını ezen bir ağırlık taşıması durumunda, kişilik hakkını ezmeyecek sınırlara çekilerek ayakta tutulması olanağı (kişilik hakkını koruyucu hükümlerden elde edilen bir tür değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlüğü devreye sokma kapısı) zaten açıktır. Bu konudaki engelleyici bakış açısının “*eser sahibinin özel olarak korunması*” mitosundan beslendiği bellidir⁷. Aslında FSEK m. 51 ile yapılanın FSEK m. 50/I ile tutulan yolun tam aksi yönde olduğu söylenebilir. FSEK m. 50/I’in borçlandırıcı işlemlere olumlu sonuç bağlayıp tasarruf işlemlerini olumsuz bir düzenlemeye tabi tutmasına karşılık; FSEK m. 51 belirli bir konuda tasarruf işlemlerine yolu kapamış, böylelikle aynı konudaki borçlandırıcı işlemlere ilişkin bir engel getirmek istemediği sonucunu çıkartmaya elverişli bir söylem kullanmıştır. Sonuç itibarıyla, kanun koyucu, FSEK m. 50 ve 51 hükümlerinin kenar başlığında sözleşmeler derken hem borçlandırıcı hem de tasarrufi sözleşmeleri kast etmekte, her iki tür sözleşmeye ama olumlu ama olumsuz nitelikli sonuçlar bağlamaktadır.

Dördüncü bölümde yer alan maddelerden hangisinde borçlandırıcı hangisinde tasarrufi sözleşmelere ilişkin bir düzenleme getirildiği, hangisinde ise her iki tür sözleşmeyi kapsar bir düzenlemenin bulunduğu, son soyutlamada, bu maddelerin yorumuna bağlı kalmaktadır. Dördüncü bölümün başlığında geçen “tasarruflar” deyiminin anlamıyla ilgili olarak da benzer bir tutum takınılmak gerektiğini düşünüyorum. Bu deymi borçlandırıcı işlemler olarak anlamlandırılan “sözleşmeler” deyiminin karşısında konumlandırarak tasarruf işlemleri olarak anlamak doğru olmaz. Sözleşmeler deymi hem borçlandırıcı hem tasarrufi nitelikte bütün

⁷ “Eser sahibinin özel olarak korunması gerekliliği” mitosundan hareket edildiği için olsa gerek, FSEK m. 51’in ele aldığı konularda salt tasarruf işlemlerinin yapılmasını yasaklamakla kalmayıp, aynı konudaki borçlandırıcı işlemleri de engellediği FSEK öğretisi tarafından genelde kabul edilmektedir. Demek oluyor ki, FSEK öğretisinin genelde tuttuğu yol, eser üzerinde ileride mevzuat tarafından kabul edilecek yeni mali hakların devrini şimdiden taahhüt etmeyi “kesin hükümsüz” olarak yaftalamayı gerektirdiği gibi, mali hakkın verdiği yetkilerde ortaya çıkabilecek kapsam genişlemesini şimdiden geçerli bir borçlandırıcı sözleşmeye konu yapmayı da engellemektedir. Hareket noktaları itibarıyla doğal olarak bu sonuca varan yazarlara örnek olarak bkz. **Erel**, s. 296; **Öztan**, s. 574.

sözleşmeleri kapsar bir genişlikte anlaşılınca, “tasarruflar” deyimini de sözleşme dışında kalan tasarruflar olarak anlamak yerinde olacaktır Dördüncü bölümde, sadece tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelere ilişkin hükümler yer almamakta, aynı zamanda, tek taraflı hukuki işlem niteliği gösteren tasarrufları konu alan hükümler de bulunmaktadır. Sözgelimi “vazgeçme” kenar başlıklı FSEK m. 60 tek taraflı bir tasarruf işlemini ele almaktadır. FSEK m. 58’de düzenlenen cayma hakkının kullanılmasının da tasarrufi etkiyi haiz olduğu açıktır. Bu yönüyle cayma hakkını kullanan da sonuç itibarıyla tasarrufta bulunmaktadır. Cayma hakkının kullanılması, mali hakkın devrine ilişkin hukuki işlemi ortadan kaldırıcı etkiye sahiptir ve bu yönüyle bu hukuki işlem üzerinde tasarruf edilmesi anlamına gelmektedir. Öte yandan dördüncü bölümde yer alan hükümler arasında, aynı zamanda tasarruf işlemi niteliği gösteren rızaya ilişkin hükümler de yer almaktadır. Bu son söylediğimizden rızanın her zaman bir tasarruf işlemi niteliği sonucu çıkartılmamalıdır. Rıza kimi durumlarda (sözgelimi FSEK m. 49/II’de olduğu gibi) tasarruf işlemi niteliği taşıırken kimi zaman bu niteliği göstermeyebilir. Eser üzerindeki mali bir hakkın bir başkası tarafından kullanılmasına ilişkin rıza göstermek, bu mali hakkı başkasına devreden veya ruhsat verilerek kayıtlanması anlamına gelen bir tasarruf işlemi değildir. Tasarruf işleminden söz edilebilmesi için, yapılan işlemin malvarlığında yer alan bir hakkı doğrudan etkileyerek bu hakkı başkasına devretmesi, ortadan kaldırması veya kayıtlaması gerekir. Bu nedenle eser sahibinin üçüncü kişilerce yapılacak müdahalelere rıza göstermeye ilişkin beyanına, (müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkarma sonucunu doğurmaya yönelik) bir hukuki işlem denilmesi bile tartışılabilirken⁸, bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi hiç yerinde olmaz. Böyle bir rıza beyanıyla, eser üzerindeki mali bir hak başkasına devredilmemiş, kayıtlanmamış, ortadan kalkmamıştır. Söz konusu mali hak eser sahibinin malvarlığında hiçbir kayıtlama olmaksızın kalmaya devam etmektedir. Şu hâlde, nasıl bir tasarruf işleminin yapılması için verilen yetkinin kendisi bir tasarruf işlemi değilse, bir başkasının gerçekleştireceği müdahaleye rıza da kendi içinde bir tasarruf işlemi değildir. Netekim bir sözleşme kapsamında verilmemiş (bu nedenle bağlayıcı olmayan) bir rızanın her an geri alınabilmesi de pekâlâ mümkündür. Bu açıdan da yetkilendirmeye benzerlik açıktır. Ne

⁸ Malvarlığına dahil bir unsura müdahaleye rıza gösteren kişide hukuki bir sonuç doğurma arzusu olmasa (müdahaleyi hukuka aykırılıktan çıkarma bilinci ve arzusuyla irade açıklamasında bulunmasa, hatta rızasının böyle bir hukukî sonuç doğuracağını farkında olmasa), o salt fiili bir sonuca (fiilen müdahalenin gerçekleşmesine) yönelik olarak iradesini ortaya koymuş olsa bile, rıza müdahalenin hukuka aykırılığını yine de kaldıracaktır. Hukuki bir sonuç doğurma arzusu olup olmadığına bakılmaksızın açıklanan rızaya sonuç bağlanacak olması, bir hukuki işlemden değil hukuki işlem benzerinden söz etmeyi haklı gösterir.

var ki, müdahaleye rızaya teknik anlamıyla bir yetkilendirme denmeyeceği de aynı oranda açıktır. Müdahaleye rızayla eser sahibi adına hukuki işlem yapabilme gücü tanınmamakta, tabir caizse, esere yönelik fiili bir tasarrufta bulunmaya cevaz verilmektedir. Ama rızanın kendisi, eser üzerindeki mali hak üzerinde doğrudan bir etki doğuran bir tasarruf işlemi değildir. Hatta hukuki işlem bile olmayıp hukuki işlem benzeri olarak nitelendirilmesi daha doğrudur. Bu açıdan FSEK m. 52'nin kapsamına girmesi zaten düşünülemez.

SONUÇ

FSEK m. 52'de kullanılan eser üzerindeki mali hakların devrine ilişkin sözleşme ve tasarruflar deyimi, bu hükmün amacı ve hukuki işlemlerin genel teorisinden türetilen ilke ve kurallar aracılığıyla “*mali hakların devrine ilişkin tasarruf işlemi niteliğinde sözleşmeler*” olarak anlaşılmalıdır. Mali hakların devri taahhüdünü içeren borçlandırııcı işlemler şekil kuralının kapsamı dışında kaldığı gibi, sözleşme niteliği taşımayan tasarruf işlemleri de FSEK m. 52'nin kapsamına girmez. Eser sahibinin eser üzerindeki tek taraflı tasarruf işlemlerinin şekline ilişkin özel kuralların varlığı, bu tür tasarruf işlemlerini FSEK m. 52'nin dışında tutmamızın gerekçesini oluşturmaktadır. Eser sahibinin esere ilişkin müdahalelere yönelik tasarruf işlemi niteliği taşımayan rızasının da FSEK m. 52'nin kapsamı dışında kaldığı sonucuna ulaşacağımız açıktır.

Mali Hak Devir Taahhüdü

Av. Mehmet Ünsal CANDEMİR*

GİRİŞ

Özel hukukun temelinde yer alan hukuki işlem kurumuna ilişkin muhtelif tasnifler benimsenmiştir. Bu tasniflerden biri hukuk işlemleri malvarlığına etkileri yönünden ayrıma tabi tutmaktadır. Bu tasnifte ayırım başlangıçta, hukuki işlemin borçlunun malvarlığına olumlu ya da olumsuz etki etmesine göre yapılmaktadır. Kazandırma işlemleri ile borçtan kurtarma işlemleri mameleke olumlu tesir eden işlemlerdir. Bu tasnifte esas üzerinde durulan ise olumsuz etkili işlemler yönündendir. Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen, böylelikle kişinin aktifini azaltan işlemler tasarruf işlemi olarak, kişinin bir pasifini artıran işlemlere ise borçlandırıcı işlem denilmektedir¹.

Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ayrımı Kıta Avrupası Borçlar Hukuku'nun temelini teşkil etse ne Türk Medeni Kanunu'nda ne de Türk Borçlar Kanunu'nda bu ayrımın açıkça vurgulanmadığı görülmektedir. Teoride benimsenen bu ayrımın mevzuattaki esaslı yansıması ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda görülmektedir. FSEK'in dördüncü bölümünün başlığına "Sözleşme ve Tasarruflar" isminin verilmesi bunun göstergesidir. Benzer şekilde m. 48 vd. hükümlerinin içeriğine baktığımızda mevzuattaki bu yansımanın sadece başlıkta kalmadığını, ilgili düzenlemelere de tezahür ettiğini görmekteyiz².

FSEK kapsamında mali hak devri olarak adlandırılmış ve Kanun'un 48. vd. maddelerinde hükümlerine yer verilmiştir. Mali hakların devrine ilişkin borçlandırıcı işlemler ise sözleşme ve aynı zamanda devir taahhüdü olarak adlandırılmıştır. Eldeki çalışma FSEK'in

* Avukat (İstanbul Barosu), Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0001-5798-2867, E-posta: unsalcandemir@gmail.com.

¹ **Von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Çev: Cevat Edege), Ankara, 1983, s. 188-190; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020, s. 178 vd.; **Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 45; **Engel, Pierre**, Traité des Obligations En Droit Suisse Dispositions Générales du CO, 2e édition, Berne, 1997, s. 145.

² Borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımının FSEK'in kanun sistematiğinde gözetildiği FSEK tasarısını hazırlayan merhum Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch tarafından açıkça kabul edilmiştir (**Hirsch, Ernst**, Hukuki Bakımdan Fikri Say C.II, İstanbul, 1943, s. 228; benzer şekilde: **Belgesay, Mustafa Reşit**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1956, s. 102).

mali haklara ilişkin borçlandırıcı işlem olarak ele aldığı mali hak devir taahhüdünü konu edinmektedir.

Çalışmamızda öncelikle mali hak devir taahhüdünün hukuki niteliği ile unsurlarından bahsedeceğiz. Ardından bu işlemin tarafları ile tarafların edimleri üzerinde duracağız. Bu faslı takiben mali hak devri ile arasındaki ilişkiyi irdeledikten sonra nihayet mali hak devir taahhüdünün sona ermesinin şekil ve hükümlerinden bahsedeceğiz. Öte yandan her ne kadar çalışmamızın konusunun tasarruf işlemi olan mali hak devri ile yakın ilişkisi bulunsa da mümkün olduğu şekilde mali hak devrini doğrudan ilgilendiren bahislere fazla girmeden konuyu işlemeye çalışacağız.

I. MALİ HAK DEVİR TAAHHÜDÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

A. Hukuki Niteliği

Mali hak devir taahhüdü niteliği itibarıyla bir sözleşmedir (FSEK m. 50). Borçlandırıcı işlem olması nedeniyle taahhüde konu mali haklara doğrudan tesir etmese dahi mevzubahis mali hakların devri yönünde borçlu tarafın edim üstlenmesine vesile olmaktadır. Tasarruf işlemi – borçlandırıcı işlem göz önünde bulundurduğumuzda, mali hak devir taahhüdünü bir ön sözleşme olarak nitelemek mümkün değildir³. Her ne kadar taahhüt, müstakil bir hukuki işlem olan mali hak devrinin öncüsü olarak yapılıyor olsa da bu gayet doğaldır; nitekim hemen her tasarruf işlemi bir borçlandırıcı işlemten sonra gelmektedir⁴.

Sözleşme türleri açısından bakıldığında mali hak devir taahhüdünün genel itibarıyla bir işgörme sözleşmesi olarak kabul edildiğini görmekteyiz⁵. Bununla birlikte somut sözleşmenin niteliğine göre TBK’da düzenlenen farklı sözleşme türlerinden birinin kapsamında değerlendirmek mümkündür. Özellikle ilerde meydana getirilebilecek eserler yönünden mali hak devir taahhüdünü en çok özdeşleştirebileceğimiz sözleşme türü eser

³ **Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954, s. 177; **Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, Ankara, 1981, s. 217; **Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 568; **Arkan, Azra**, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s. 232; **Yavuz, Levent / Alica, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Cilt (49 – 91. Maddeler), 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 1605.

⁴ **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**, Medeni Hukukun Umumi Esasları, 2. Basım, Ankara, 1945, s. 257; **Von Tuhr**, s. 190.

⁵ **Gökyayla, K. Emre**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (Telif), Ankara, 2001, s. 233: Yazar iş görme ediminin mali hakları devralan tarafça yüklenildiğini ifade etmektedir.

sözleşmesidir⁶. Keza, bir hizmet sözleşmesi ve bir sinema eserine ilişkin yayın sözleşmesi kapsamında da mali hakların devrinin taahhüt edilmesi mümkündür⁷. Bununla birlikte mevcut eserler hakkında yayım sözleşmesi yapılmasının TBK m. 489’da sözleşme sonucu mali hakların yayımcıya geçeceğinin öngörülmesi sebebiyle mümkün olmayacağı düşüncesine katılmaktayız⁸. Yine de yayım sözleşmesine konu olabilecek bir esere ilişkin mali hakların da henüz eser hazırlanmadan mali hak devir taahhüdüne konu edilebileceği söylenebilecektir. Dolayısıyla mali hak devir taahhüdünü FSEK’te düzenlenmiş müstakil bir sözleşme türü olarak nitelemek ve somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapmak uygun olacaktır⁹.

Bununla birlikte hali hazırda mevcut bir esere ilişkin mali hakların devrine ilişkin taahhüdü eser sözleşmesi ile bağdaştırmak pek mümkün değildir¹⁰. Kanun koyucu mevcut eserler bakımından mali hakların devri ile alacağın devri arasında bir rabıta kurmuştur¹¹. Tekeffüle ilişkin m. 53 hükmünde alacağın devri hükümlerine atıf yapılması da bunu doğrulamaktadır.

Mali hak devir taahhüdünün diğer niteliklerine baktığımızda, bu sözleşmeyi rızai sözleşme olarak tasnif edebiliriz. Sözleşmenin geçerliliği mali hakların devrine bağlı değildir¹². FSEK m. 50’de mevcut olmayan eserler için taahhütte bulunulmasına izin verilmesi bunu doğrulamaktadır.

Mali hak devir taahhüdünün asli edimi olan mali hakların devri her ne kadar ani bir edim niteliğindeyse de bu sözleşme asli edimin yanında sürekli nitelikte başka edimlerin de üstlenilmesini gerektirmektedir. Kural olarak bir haktan tasarruf edilmesi hak sahibi ile hak arasındaki bağı tamamen koparmaktayken mali hakkın devrinde bu bağ devam etmektedir¹³.

⁶ **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 229; **Kılıçoğlu, Ahmet**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 3. Bası, Ankara, 2017, s. 298; **Dessemontet, François**, Le Droit D’Auteur, Lausanne, 1999, s. 566; **Okutan Nilsson, Gül**, “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S. 15, Y: 2008, s. 585–598 (s. 586); **Yavuz / Alica / Merdivan**, s. 1608. Eser sözleşmesi ile mali hak devir taahhüdü arasındaki farklılıklar için bkz. **Gökyayla**, Telif., s. 243–244.

⁷ **Barrelet, Dennis / Egloff, Willi**, Le Nouveau Droit D’Auteur: Commentaire de la Loi Fédérale Sur Le Droit D’auteur et Les Droits Voisins, 3e édition, Berne, 2008, s. 102; **Dessemontet**, s. 566.

⁸ **Arkan Serim, Azra**, Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri, İstanbul, 2017, s. 8.

⁹ **Ateş, Mustafa**, Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler (FSEK m. 48 – 65), Ankara, 2020, s. 145.

¹⁰ **HIRSCH** bu sözleşmelere, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmayan malların satılmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir (**Hirsch**, s. 220).

¹¹ **Okutan Nilsson**, s. 594.

¹² **Gökyayla**, Telif, s. 227.

¹³ **Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014, s. 278; **Gökyayla**, Telif, s. 228–229.

Bu bağ ise esas olarak devralanın mali hakların kullanımına ilişkin tali edimlerinin süreklilik arz etmesinden kaynaklıdır. Benzer şekilde mali hak devir sözleşmesinin ve devrinin süreye bağlı olarak yapılabilmesi de sürekli edimli bir sözleşme olduğunun göstergesidir.

B. Mali Hak Devir Taahhüdünün Konusu

1. Genel Olarak

Kanun koyucunun mali hakkın devrini konu alan sözleşmelerin muhtevası yönünden devir işlemine nazaran çok daha geniş bir kapsam benimsemiştir. Yine de bu sözleşmenin konu kapsamının sınırsız olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Devir taahhüdünün konusu tıpkı tasarruf işleminde olduğu gibi eser sahipliğinin kendisi değildir. Aynı şekilde manevi hakların da devir taahhüdünün konusunu teşkil etmesi söz konusu olmamaktadır. Aksine yönelik sözleşmeler geçersizdir (FSEK m. 13, TBK m. 19 ve 20)¹⁴. Ancak eğer eser sahibi aynı sözleşmede hem mali hakları hem de manevi hakları devri taahhüt etmişse yalnızca manevi hakların devrine ilişkin bölüm geçersiz olacaktır (TBK m. 27/2)¹⁵.

Sözleşmenin konusuna ilişkin diğer bir sınır ise mali haklar cihetinde kendisini göstermektedir. FSEK m. 51/1'e göre ilerde çıkarılacak mevzuatla sözleşme konusu mali haklarının kapsamının genişletileceğinin peşinen kabul edilmesi mümkün değildir, bu yöndeki taahhütler batıldır. Bu bağlamda, tamamlanmış bir eser hakkında dahi olsa, ilgili eser açısından kanun koyucunun sonradan tanıyacağı öngörülen mali hakların önceden devrinin taahhüt edilmesi mümkün değildir¹⁶.

Mali hakların devri taahhüdü eser üzerindeki mali hakların bir ya da birkaçının devralana tamamen temlikini konu almaktadır. Devir taahhüdü kural olarak salt mali hakkın kullanımını ve hakkın semerelerinden yararlanmayı değil, aynı zamanda mali haktan tasarruf

¹⁴ **Tekinalp**, s. 228; benzer şekilde bir müellifin bir eseri meydana getirmemeye veya devretmemeye ilişkin olumsuz nitelikteki edimleri taahhüt ettiği sözleşmeler de hükümsüzdür (**Hirsch**, s. 216).

¹⁵ **Arslanlı**, s. 172; “*Davalıya 5846 Sayılı Yasa uyarınca devredilen mali haklar aynı Kanun’un 21 ila 25. maddelerinde düzenlenmiş olup, mali hak sahipliği Film Festivali kapsamında eser sahibi olan gerçek kişilere verilen para ödülü üzerinde de hak sahipliği bulunduğu sonucunu doğurmaz. Bu itibarla, mahkemece davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 11. HD., E. 2014/3232 K. 2014/9633 T. 26.5.2014 (Lexpera).

¹⁶ **Yavuz / Alıca / Merdivan**, s. 1607; ilgili hükmün bağlantılı hak sahipleri açısından da uygulanacağı hakkında bkz. **Arkan**, s. 233.

etmeyi yani devralanın mali hakları üçüncü kişiye devri yetkisini de ihtiva etmektedir. Bu yönüyle mali hakların devri taahhüdü mülkiyetin devrini konu edinen satım sözleşmesine benzemekte, fikri haklara ilişkin diğer bir hukuki işlem olan lisans sözleşmesinden (FSEK m. 48/2) ayrılmaktadır.

Sözleşmenin muhtevası bir esere ilişkin muayyen mali haklara ilişkin olabileceği gibi tüm mali hakları da kapsayabilmektedir. Konu bakımından özellik arz eden asıl husus ise mali hak devir sözleşmesinin, salt mevcut eserlerin haklarına yönelik değil, aynı zamanda ileride meydana getirilecek eserlerin haklarına ilişkin olarak da akdedilebilmesidir.

Belirtmek gerekir ki Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 23. maddesinde yer alan “komşu hak sahiplerinin haklarının devir ve intikali, 5846 sayılı kanun ile genel hükümler çerçevesinde yürütülür.” hükmü gereğince, mali hak devir taahhüdüne ilişkin FSEK m. 50 ve mali hak devir taahhüdüne ilişkin diğer düzenlemeler, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde bağlantılı haklar açısından da uygulama alanı bulacaktır¹⁷.

2. Mevcut Eserler Bakımından Mali Hak Devir Taahhüdü

Her ne kadar mali hak devir taahhüdü önemini asıl olarak henüz meydana getirilmemiş eserler bakımından gösterse de mevcut eserlerin mali haklarının devri için de borçlandırıcı işlem yapılabilmektedir. Bu tür işlemler tasarruf işlemi ile birleşebileceği gibi müstakil halde de gerçekleştirilebilir.

3. Vücuda Getirilecek Eserler Bakımından Mali Hak Devir Taahhüdü

FSEK m. 48/3 mevcut olmayan eserin mali haklarına ilişkin tasarruf işlemlerini batıl saymaktadır. Bununla birlikte bu mali hakların devrine ilişkin sözleşmelere özel bir hükümler birlikte açıkça cevaz verme yolunu seçmiştir:

“Madde 50 – 48 ve 49 uncu maddelerde sayılan tasarruf muamelelerine dair taahhütler, eser henüz vücuda getirilmeden önce yapılmış olsa dahi muteberdir.”

Vücuda getirilmemiş eserler için taahhüt işlemi yapılması hususu borçlandırıcı işlem kavramına uygun düşmenin yanında aynı zamanda mali hak devri ile alacağın temlik arasında benzerlik kurulmasıyla da bağlantılıdır.

¹⁷ Arkan, s. 231 vd.; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 1622.

Vücuda getirilecek eserler yönünden yapılan mali hak devir taahhütlerinde devreden taraf genellikle eser sahibi olmakta ve devirle beraber aynı zamanda ortaya devralanın talebine uygun bir eser meydana getirmeyi de taahhüt etmektedir. *HIRSCH*'ın açıklamalarından anladığımız kadarıyla müstakbel eserler için taahhütle bulunulması imkanının sağlanmasında pratik gerekçeler de mevcuttur. Yazar, bu hükmün ekonomik anlamda elzem olduğunu, yayıncıların çoğu kez bu tür taahhütlerle beraber eser sahibine avans ödemesi yaptığını belirtmektedir¹⁸. Elan farklı bir durum söz konusu değildir. Mali hakları devralan tarafın işi sadece devirle bitmemektedir. Aynı zamanda ciddi bir prodüksiyon, yayın ve tanıtım hazırlığı da söz konusudur. Tüm bu hazırlıklar ise nitelikleri gereği eser meydana getirilmeden yapılmaktadır. Keza eser sahibi de çoğu halde taahhüdün karşı edimi olan bedel ödemeleri sayesinde eseri meydana getirebilmektedir.

Konu bakımından genişlik FSEK m. 50/2'den anladığımız çok daha öteye gitmektedir. Mezkûr fıkra göre bir müellifin ileride meydana getireceği tüm eserlere taalluk eden mali hakların devrine yönelik sözleşme akdedilmesi mümkün addedilmiştir. Örneğin bir yazar ileride yazacağı tüm romanlara ilişkin mali hakları bir yayınevine devredeceğine ilişkin bir taahhütte bulunabilmektedir¹⁹. Borçlar hukuku çerçevesinde baktığımızda bu tür bir sözleşme kelepçeleme sözleşmesi olarak görülmeye namzettir. Bu yöndeki bir taahhüt ise kişinin ekonomik özgürlüğünün kişilik haklarına aykırı olacak şekilde sınırlanmasını teşkil edebilecektir. Hal böyleyken bu tarz bir taahhüdün kural TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olarak addedilmesi doğaldır²⁰. İşte FSEK m. 50/2 düzenlemesi bu genel kurala mali haklar yönünden istisna getirmektedir²¹.

Öte yandan bu tür sözleşmelerin eser sahibi açısından bazı sakıncalar getirdiği ortadadır. Özellikle eser sahibinin ilgili sektöre yeni adım attığı hallerde yayıncı, yapımcı, fonogram yapımcısı gibi kendisine mali ve diğer türlü gerekli desteği sağlamayı taahhüt eden kişiler lehine ciddi taahhütlerde bulunması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur²². İşte bu noktada FSEK m. 50/2 eser sahibine ihbar tarihinden bir sene sonra hüküm doğuracak şekilde

¹⁸ Hirsch, s. 228.

¹⁹ Yavuz / Alca / Merdivan, s. 1811.

²⁰ Başpınar, Veysel, "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", Ankara Barosu Dergisi, 1999/1, s. 17–34 (s. 27).

²¹ Erel, Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1998, s. 253.

²² Telif haklarına ilişkin kelepçeleme niteliğindeki sözleşmelerin sakıncaları hakkında bkz. Akın, İlhan / Kayaöz, Zehra Büşra, "Telif Hakları ve Kelepçeleme Sözleşmeleri", TAÜHFD, 2020/2, s. 27–48 (s. 41-43).

sözleşmeyi fesih hakkı tanımaktadır.

C. Sözleşmenin Şekli

Mali hak devir taahhüdü için sözleşme şekil serbestisinden bahsetmek mümkün değildir. Tıpkı mali hak devrinde olduğu gibi iki müstakil şekil şartı öngörülmüş bulunmaktadır. FSEK m. 52'ye göre birinci şart yazılılık, ikincisi ise sözleşmeye konu beher mali hakkın ayrı ayrı gösterilmesidir.

Şekle dair bu düzenlemeye gerekçe olarak HIRSCH, 1910 tarihi Hakkı Telif Kanunu'nda telif hakkına ilişkin hukuki işlemlerde şekil şartının aranmamasının özellikle eser sahipleri ile mirasçıları aleyhine ciddi haksızlıklara sebep olmasını göstermiştir²³. Benzer bir düşüncenin hükmün gerekçesinde de kendisine yer bulduğunu söyleyebiliriz²⁴.

Mukayeseli Hukuk'a baktığımızda, İsviçre'de bizdeki düzenlemenin aksine şekil serbestisinin tam olarak kabul edildiğini görmekteyiz. LDA'nın ilgili hükmü olan 16. maddesinde mali haklara ilişkin hukuki işlemler için yazılı şekil şartı aranmadığı gibi hakların ayrı ayrı gösterilmesi konusunda da bir zorunluluk getirilmemiştir²⁵. Fransa'da ise FSEK'tekine benzer bir şekil kuralının benimsendiği görülmektedir. CPI'nin Art. L131-2 ve L131-3 maddelerine baktığımızda hem yazılılık unsurunun hem de devre konu hakların ayrı ayrı gösterilmesinin şekil şartı olarak arandığı görülmektedir.

Hakların ayrı ayrı gösterilmesi şartı AYİTER'in açıkladığı veçhile kanun projesine sonradan eklenmiş bulunmaktadır. AYİTER'in HIRSCH'ten aktarımına göre bu şartın kanuna eklenmesinin sebebi, bir taraftan eser sahiplerinin korunmasını amaçlamakta, diğer taraftan ise eser sahibine kredi veren alacaklıların hakkını teminat altına almaktır²⁶.

Hükmün öngördüğü birinci şekil şartı olan yazılılık, TBK m. 13 vd. hükümlerinde

²³ Hirsch, s. 231.

²⁴ *Mali haklara mütedair bulunan bütün mukavele ve tasarrufların şekle bağlanması prensibi tercih olunarak yazılı muhafaza edilmiş ve aynı zamanda kanun mevzuuna dâhil hâdise ve münasebetlerin de tenevvuu dikkat nazarına alınarak mukavelede, ihtilâf tevlidine sebep olmaması için mukavelelerin taallük ettiği haklara ait bütün şartların zikredilmesi de mecburi tutulmuş ve bu mülâhazalara müsteniden yazılı mukavele teati edilmeden fiili olarak icraya başlanan akitlerin hükümsüz olması lâzımgeldiği ve bunun da alâkalıların emrivaki ihdas etmelerine mâni olacağı, mükerrer ve mütaakip anlaşmalar yapılarak suiistimallere mahal bırakmayacağı neticesine varılmıştır.* Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun Tasarısı Ve Millî Eğitim Ve Adalet Komisyonları Raporları (1/74), s. 17.

²⁵ Dessemontet, s. 576; Barrelet/ Egloff, s. 101: İsviçre'de bunun istisnası olarak bizdekine benzer düzenlemeyi haiz, CO Art. 380 vd. maddelerinde düzenlenen yayım sözleşmesini zikredebiliriz.

²⁶ Ayiter, s. 217.

öngörülen, geçerlilik şartı olan yazılı şekle tekabül etmektedir. İkinci şart olan, haklarının ayrı ayrı gösterilmesi hususu ise mali hakkın devrine ilişkin hukuki işlemlere özgü bir şekil şartı hüviyetindedir. Devir taahhüdüne ilişkin sözleşmede tüm mali hakların verildiğine yönelik bir genel ibareye yer verilmesi, sözleşmeyi şekle aykırılık sebebiyle geçersiz kılacaktır²⁷. Bu ikinci şart ile birlikte diyebiliriz ki mali hak devir taahhüdünde nitelikli yazılı şekil geçerlilik şartı olarak aranmaktadır²⁸. Bu yönüyle mali hak devir taahhüdü kefalet gibi nitelikli yazılı şeklin arandığı sözleşmelere benzerlik göstermektedir²⁹.

FSEK m. 52’de mali hak devir taahhüdü için öngörülen nitelikli şekil şartının pozitif hukuk bakımından çoğaltma hakkı özelinde istisnası mevcuttur. FSEK m. 57/2, çoğaltma hakkının nitelikli şekil şartı aranmaksızın devredilmesine imkan tanımıştır:

“Madde 57/2 – Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.”

Bu hükme göre bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının devrinin FSEK m. 52’deki şarta tabi olmaksızın fikri hakların bir kısmının ya da tamamının devrini sağlayacağı kararlaştırılabilir. Benzer nitelikte bir hüküm maddenin 21.2.2001’de 4630 sayılı kanun ile ilga edilen üçüncü fıkrasında mevcuttu. Bu hükme göre *“bir sinema eserinin çoğaltılmış nüshaları üzerinde mülkiyet iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, temsil hakkını da iktisap etmiş sayılır”*dı. Yine benzer nitelikteki 4110 sayılı Kanun ile eklenen FSEK m. 8/IV hükmü³⁰ de 4630 sayılı kanun ile ilga edilmiştir.

Yayın sözleşmeleri özelinde bakıldığında da yazılı şeklin dışında mali hakların ayrı ayrı sayılmasının özel hüküm mahiyetindeki TBK m. 488 karşısında gereği olmayacağını söylemek gerekmektedir. Tasarruf işlemi mahiyetindeki yayın sözleşmesinde sözleşmenin akdedilmesiyle beraber çoğaltma ve yayma hakkının yanında umuma arz hakkı kendiliğinden

²⁷ “... sözleşmede mali haklardan işleme, çoğaltma, yayma ya da diğerlerinin gösterilmiş olmadığı, konuları olan hakları içermeyen sözleşmelerin hükümsüz olduğu.” Yargıtay 11. HD 18.03.2013 T. 2012/15689 E. 2014/5290 K. (Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 1632).

²⁸ Ateş, s. 94.

²⁹ Arslanlı, s. 177; Kılıçoğlu, s. 305.

³⁰ “Madde 8/6 - Sinematografik eserin birlikte sahipleri malî haklarını devrettikten sonra, aksine ya da özel bir hüküm bulunmadığı taktirde yapımçı tarafından eserin çoğaltımına, dağıtımına, kamuya arzına, kablolu iletimine, televizyon ya da başka aralarla yayımına, alt yazı yazılmasına ya da dublajına itiraz edemezler.”

yayımcıya (devralana) geçmektedir³¹.

Burada yine bir istisna hükmü olan m. 57/1'den de bahsetmek icap etmektedir. FSEK m. 57/1 *“Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez.”* demekle eserin asıl ve çoğaltılmış nüshalarının devrinin, taraflarca kararlaştırılması durumunda tasarruf işlemi olan mali hak devrinin FSEK m. 52'de öngörülen şekle riayet edilmeden de gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce bu hüküm mali hak devri için şekil şartını bertaraf imkanı verse de mali hak devir taahhüdü için bu imkanı sağlamamaktadır. Nitekim m. 57/1'de öngörüldüğü şekilde bir sözleşme yapmak adına bu sözleşmede eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının devri ile beraber geçeceği kararlaştırılan hakları da ayrı ayrı göstermek gerekmektedir. Bu hüküm sadece mali hak devir taahhüdünün üzerine m. 52'de gösterildiği şekilde tasarruf işlemi yapılmamasına cevaz vermektedir³².

Kanunda öngörülen bu istisnanın dışında doktrinde ve Yargıtay uygulamasında çoğaltma hakkının devrinin kural olarak yayma hakkının devrini de kapsadığı kabul edilmektedir³³.

Şekil kuralının diğer bir istisnası ise TMK m. 2 hükmüdür. Kural olarak şekle aykırılık mali hak devir taahhüdünü kesin hükümsüz kılmaktadır (TBK m. 12/2). Bununla beraber bazı durumlarda şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/2) teşkil edebilmektedir. Yargıtay İBGK'nın 30.09.1988 tarihli meşhur içtihadı birleştirme kararında hakkın kötüye kullanılması yasağının belirli hallerde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin sınırını teşkil ettiği belirtilmiştir³⁴. Gerek Yargıtay'ın mezkur içtihadı birleştirme kararları ile diğer içtihatlarına, gerekse doktrinde benimsenen görüşe göre tarafların borçlarını bilerek etmelerinin sonrasında şekil noksanına sebep olan tarafın bilerek bu noksanı ileri sürmesi halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır³⁵.

Bu kural, mali hak devir taahhüdü konusunda uygulama alanı bulacaktır. Şöyle ki

³¹ Arkan Serim, s. 30.

³² Okutan Nilsson, s. 590–591.

³³ Yasaman, Hamdi, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2006, s. 150; Tekinalp, s. 187; Yargıtay 11. HD 08.02.2007 T. 2005/10854 E. 2007/1491 K. (Kazancı).

³⁴ Yargıtay İBGK 30.09.2018 T. 1987/2 E. 1988/2 K. (RG T. 21.12.1988 S. 2026).

³⁵ Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 157; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş -Hukuki İşlem - Sözleşme, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 324 vd.

tarafların devre konu hakları ayrı ayrı göstermediği bir mali hak devir taahhüdüne karşı, tarafların şekle aykırılığı ileri sürmeden karşılıklı edimlerini ifa etmeye başladıkları durumda FSEK m. 52'ye aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir³⁶. Benzer şekilde şekle aykırılığın sözleşmenin akdedilmesinden uzun bir süre geçmesinden sonra ileri sürülmesi de sükutla beraber oluşturulan güvene aykırılık oluşturacak, böylelikle çelişkili davranış yasağına aykırılık nedeniyle MK m. 2 hükmünü ihlal edecektir³⁷.

Diğer taraftan Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarına baktığımızda şekle aykırılığa rağmen mali hakların kullanımının ileriye dönük müktesep hak teşkil etmeyeceğinin belirtildiği de görülmektedir³⁸. Şekle aykırılık sebebiyle FSEK m. 68 ve 70'e göre tazminatının istendiği bu olaylarda Yargıtay, talebin gerçekleştirildiği tarihten öncesi için talebin dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle kabul edilmeyeceğini belirtmekte, bununla beraber talepten sonrası için ise FSEK telif tazminatı talebinin ileri sürülebileceğini, böylece batıl sözleşmenin sadece herhangi bir niza konusu yapılmadığı dönem için geçerli kabul edilebileceğini, geçersizliğin ileri sürüldüğü andan sonrası için ise geçerlilik kazanmayacağını ifade etmektedir³⁹. Burada, mali hak devrine ilişkin sözleşmenin sürekli edimli olma niteliğini görebiliriz.

³⁶ Öztan, s. 568; Yasaman, s. 152; Ateş, s. 116; Arkan Serim, s. 31; Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 1660 vd.

³⁷ Yasaman, s. 152; "Ayrıca bilgisayar programının teslim edilmesinden sonra davacı tarafından davalılara mali haklarına dair herhangi bir talepte bulunulmamış ve mali haklarının ihlal edildiğine dair herhangi bir ihtarname gönderilmemiş, başka bir deyişle dava konusu bilgisayar programının davalılar tarafından kullanılmasına rıza gösterilmiştir. Bu itibarla davacının işbu davada mali haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesinin TMK'nin 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir." Yargıtay HGK 16.1.2020 T. 2019/474 E. 2020/26 K. (Lexpera); Yargıtay 11. HD 06.06.2008 T. 2007/5015 E. 2008/374 K. (Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 1661, dn. 64.)

³⁸ İlgili kararlar ve bu kararların yorumu hakkında bkz. Ateş, s. 118–121.

³⁹ "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve her ne kadar dava konusu musiki eserlerinin davalı repertuarına kaydından uzunca bir süre sonra davalı TRT'nin görevlendirdiği sanatçılar tarafından icra edilmesi ve bu icraların yine davalıya ait radyo ve TV kanallarında temsili suretiyle umuma iletilmesi nedeniyle, somut uyuşmazlıkta 5846 sayılı FSEK 52. maddesinde düzenlenen geçerlilik şartına dayanan davacının işbu davayı açması kötüniyetli davranış olarak nitelendirilmeyeceğinden MK'nun 2. maddesine aykırılık oluşturduğuna dair mahkeme görüşü doğru değilse de, dava konusu eserlerin bir yayın kuruluşu olan davalıya bizzat davacı tarafından gönderilmesi ve davalı TRT bünyesinde de oluşturulan bir kurul tarafından değerlendirilen bu eserlerin davalı yayınlarında kullanılabileceğinin de cevaben davacıya bildirilmesi karşısında, söz konusu icra ve temsiller için muvafakat edilmiş sayılacağından, dava konusu edilen dönemler için açılan davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına, işbu dava ile davacı söz konusu rızasını geri aldığından, artık 5846 sayılı FSEK 52. maddesine uygun bir şekilde mali hakların devrine dair sözleşme olmadan dava konusu eserlerin icra edilmesinin ve davalıya ait radyo ve TV kanallarında doğrudan veya dolaylı olarak temsili suretiyle umuma iletilmesi halinde davacının FSEK 68 ve 70. maddelerine dayalı talepte bulunabileceğinin de tabii olmasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir." Yargıtay 11. HD 27.1.2012 T. 2012/12799 E. 2012/894 K. (BATİDER, Mart 2012, S. 1, s. 356-357), Yargıtay 2004/10681 E. 2005/7713 K. (Lexpera).

II. TARAFLARIN BORÇLARI

A. Mali Hak Devir Taahhüdünün Tarafları

Mali hak devir taahhüdü, sözleşme olması sebebiyle iki taraflı bir hukuki işlem hüviyetindedir. Sözleşmenin bir tarafında mali hakları devreden, diğer tarafında ise mali hakları devralan bulunmaktadır. Kanaatimizce burada devir taahhüdünde bulunan yerine devreden denilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere devir taahhüdü de nihayetinde borçlandırıcı işlemi tasarruf işlemi olan devir ile tamamlamak gayesiyle yapılmaktadır. Nitekim kazandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımının en açık şekilde tebarüz ettiği satış sözleşmesinde de borçlandırıcı işlem olan sözleşmenin tarafları satın almayı taahhüt eden ve satın almayı bekleyen taraf olarak değil satıcı ve alıcı olarak ifade edilmektedir.

1. Devreden Taraf

FSEK'in sistematığıne baktığımız vakit mali hakları devreden tarafın kural olarak eser sahibi olduğu kabul edilmektedir (m. 18/1). Eser sahibi tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de aynı eser üzerinde eser sahipliği payesini taşıyabilmektedir. Birden fazla kişinin eser sahipliğinde ise ikili bir ayrım yapmak doğru olacaktır.

FSEK m. 10/1'e göre "birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir." Doktrinde iştirak halinde ya da elbirliğiyle eser sahipliği olarak adlandırılan bu durum TBK m. 701 vd. hükümlerinde düzenlenen elbirliği ile mülkiyete benzemektedir. Yine de FSEK'teki düzenleme mali hakların kullanımı hususunda Medeni Kanun'un düzenlemesinden ayrılmaktadır.

FSEK m. 10/3 hükmüne göre elbirliği ile eser sahipliği halinde aksine yönelik bir düzenleme bulunmadığı halde eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılabilir. Sinema eserleri ise bu hükmün istisnasını teşkil etmektedir. Eğer bu tür bir kişi mevcut değilse bu durumda ise mali hakların devri ancak eser sahiplerinin oybirliği ile söz konusu olabilecektir. Bu durum FSEK m. 10/2'de birliğe adi ortaklık hükümlerinin uygulanmasının sonucudur (TBK m. 624)⁴⁰. Elbirliği ile eser

⁴⁰ Tekinalp, s. 152; Gökyayla, Telif, s. 208.

sahipliğinde mali hakların devri taahhüdünde devreden taraf ya eser sahiplerinin tamamı ya da bunları bir araya getiren kişi olacaktır.

Bunun dışında ise paylı mülkiyete benzetebileceğimiz müşterek eser sahipliği hali mevcuttur (FSEK m. 9). Müşterek eser sahipliğinde de eserin bütünlüğü söz konusudur⁴¹. Bu sebeple müşterek eser sahipliğinde de esere ilişkin mali hakların devrinde tüm eser sahipleri devreden tarafta yer almaktadır. Ancak m. 9/2’de öngörüldüğü gibi mali hakkın devrine ilişkin hukuki işlemlerde devre engel olan taraf adına karar verilmesi için mahkemeye başvuru imkanı mevcuttur⁴².

Mali hak devir sözleşmesinde devreden tarafın eser sahibi olması kural olmakla birlikte zorunlu değildir. Bu kuralın birinci istisnasını eser sahibinin haklarını kullanmaya kanunen yetkili sayılan kişilerdir. FSEK m. 18/2’de işverenlerin işçilerin işlerini yaparken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali hakların kullanım yetkisi işverendedir. Keza bir tüzel kişinin organının ortaya koyduğu eser üzerinde de tüzel kişinin hakları kullanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu tür durumlarda mali hak devir taahhüdünün tarafı işveren ya da tüzel kişiler olmaktadır.

Saniyen, eser üzerindeki mali hakları miras ya da iradi bir tasarruf işlemiyle devralan tarafın elindeki mali hakları üçüncü kişilere devretmek için taahhütte bulunması mümkündür. Eser üzerindeki mali hakları hali hazırda rizaen devredildiği durumlarda, eğer eser sahibinin yazılı muvafakati mevcutsa bunları üçüncü kişilere devretme yetkisini haizdir (FSEK m. 49)⁴³. Böyle bir durumda mali hak devir taahhüdünde devreden tarafta eser sahibi ya da eser sahibi adına hakları kullanma yetkisini haiz olmayan üçüncü bir kişi mevcut olmaktadır. Mali hakları eser sahiplerinden devralan ya da devralmayı taahhüt eden yapımcı ile yayıncı kuruluş arasında akdedilen dizi film ya da sinema filmi yapım sözleşmeleri bu tür devir taahhütlerine

⁴¹ **Tekinalp**, s. 151.

⁴² **Gökyayla**, Telif, s. 210.

⁴³ Dokrinde muvafakat için aranan yazılılık şartının geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu hususu tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş, FSEK’in mali haklara ilişkin her tür hukuki işlemi yazılı şekil şartına bağladığını, muvafakatin de bundan ayrı değerlendirilemeyeceğini gerekçe göstererek yazılılık unsurunu geçerlilik şartı kabul etmiştir (**Erel**, s. 270; **Tekinalp**, s. 231; **Ayiter**, s. 208.; **Öztan.**, s. 557-558). Aksi yönde ise ARSLANLI, Kanun’un nitelikli şekil şartını aradığı m. 52’de mali hak devrine ilişkin sözleşme ve tasarrufların dışında eser sahibinin muvafakatine yer verilmemesini hükmün geçerlilik değil ispat şartı olduğu şeklinde yorumlanmasına vesile olduğunu ifade etmektedir (**Arslanlı**, s. 185). İsviçre’de ise bunun tersine bir düzenleme mevcuttur. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa mali haklar üçüncü kişilere devredilebilir (**Barrelet / Egloff**, s. 104).

örnektir⁴⁴. Doktrinde, eser sahipleri veya bunlar adına hakları kullanmaya yetkili kişilerin devreden tarafta olduğu sözleşmelere birincil, daha önce mali hakları devralan bir kimsenin devreden tarafta olduğu sözleşmelere ise ikincil mali hak devir taahhüdü denilmektedir⁴⁵.

Tamamlanmamış ya da meydana getirilmemiş eserlerin devir taahhüdüne konu olabileceği göz önüne alındığında benzer şekilde mevcut bir esere ilişkin mali hakların devredene henüz geçmediği halde de yine de devir taahhüdünde bulunulması mümkündür. Ancak bu taahhütte bulunan taraf yetkisiz olarak tasarruf işlemini gerçekleştirdiği durumda tasarrufun geçersiz olmasından kaynaklı doğan zararı (hatta kusurun varlığı halinde zararı aşacak şekilde mahkemece hükmedilebilen tutarı) tazminle yükümlüdür, meğerki tasarruf işleminin diğer tarafı yetkisizliği bilmekte ya da bilebilecek durumda olsun (FSEK m. 54/2).

2. Devralan Taraf

Mali hakları devralan taraf, devreden tarafın aksine kanun nazarında özellik arz etmemektedir. Mali hakları devralan taraf gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Bununla birlikte mali hakları devralan tarafın devreden taraf açısından önemi bulunduğunu ifade etmeliyiz. Mali hakkın devrinde devreden tek gayesi devir karşılığında bedel almak değil, aynı zamanda eserinin aleni hale gelmesi sonucunda bundan dolayı itibar kazanmaktır⁴⁶.

B. Devreden Borçları

Mali hakları devir taahhüdünde bulunan tarafın asli borcu esere ilişkin mali hakları sözleşmenin karşı tarafına devretmektir. Henüz vücuda getirilmemiş eserler yönünden ise bu borca aynı zamanda eseri meydana getirme borcu da eklenmektedir ve bu iki borç birden asli borç niteliğini haiz olmaktadır.

Meydana getirilmemiş eserler bakımından devreden taraf, eseri taahhütte öngörüldüğü şekilde meydana getirme borcunu da üstlenmektedir. Bu husus devir taahhüdünü eser sözleşmesine yaklaştırmaktadır⁴⁷.

Bunun dışında devreden tali borçları bulunmaktadır. Bunlardan birincisi olarak FSEK m. 53'te öngörülen tekeffül borcudur. Mali hakları devir taahhüdünde bulunan taraf

⁴⁴ Gökyayla, K. Emre, Film Yapım Sözleşmeleri, İstanbul, 2015, s. 43.

⁴⁵ Dessemontet, s. 565.

⁴⁶ Gökyayla, Telif, s. 229–230.

⁴⁷ Dessemontet, s. 570.

devralana karşı mali hakların varlığını da garanti etmektedir. Kanun, TBK'nın alacağı devrinde garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlere (TBK m. 191 ve 193) atıf yapmaktadır. Tekeffül borcundan bahsedebilmek için ise taahhüdün ivazlı olması gerekmektedir.

Tekeffül borcunun dışında diğer bir yükümlülük ise mali hakların devralanan tarafından sözleşmeye uygun şekilde kullanımını sağlamaktır. Bu husus ve tekeffül borcu esasen devir taahhüdünün eser sözleşmesiyle kesiştiği noktalardan biridir. Mali hakları devir taahhüdünde bulunan taraf bir bakımda mali haklarda mevcut olan ayıplardan da sorumlu olmaktadır (TBK m. 476). Örneğin, esere ilişkin mali hakları devir taahhüt ettikten sonra eserin aslını ya da çoğaltılmış nüshalarını devralanın bunlardan istifade edebileceği şekilde paylaşmak kanaatimizce mali hakların devrinden ziyade bu borcun kapsamına girmektedir.

Bunların dışında taraflar, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadığı müddetçe devreden için başka borçlar da öngörebilirler.

C. Devralanın Borçları

Mali hakların devri için herhangi bir ivaz öngörülmesi şart değildir (FSEK m. 48)⁴⁸. Bununla beraber her ne kadar mali hak devir taahhüdünün ivazlı olması şart değilse de bu sözleşmeler genellikle bir bedel karşılığı akdedilmektedirler. Bu durumda ise devralan tarafın asli borcu mali haklara karşı bedel ödenmesidir. Bedel borcunun tek seferde ödenmesi kararlaştırılabileceği gibi taksitler halinde yahut sürekli bir şekilde ödeme yapılması da öngörülebilir. Benzer şekilde eserin nüshalarının üçüncü kişilere satılması halinde devredene ilave bedel ödenmesi de kararlaştırılabilir.

Devralan, bedel ödeyip mali hakkı devraldıktan sonra bu hak üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisini haiz değildir. Bu itibarla devralanın diğer bir borcunu mali hakkı gereğine uygun şekilde kullanması da icap etmektedir⁴⁹. Devreden tarafın mali hak devir taahhüdü akdetmedeki menfaatleri arasında eserin kamuya sunulması ile beraber itibar

⁴⁸ Uygulamada mali hak devirleri genellikle, muvafakatname isimli tek taraflı, yazılı işlemlerle yapılmaktadır. *“Ancak, mahkemece taraflar arasında akdedilen 13/01/2009 tarihli sözleşmenin FSEK anlamında geçerli bir mali hak devir sözleşmesi olmadığı gerekçesi ile hüküm tesisi cihetine gidilmiş ise de, davalı tarafça dosyaya ibraz edilen 13/01/2009 tarihli “Muvafakatname” başlıklı belge de değerlendirilmek suretiyle, davacı tarafından verildiği savunulan bu muvafakatnamenin temsile izin kapsamında sayılıp, sayılmayacağı hususunda da inceleme yapıp, sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik incelemeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 11. HD., E. 2017/3056 K. 2017/4970 T. 3.10.2017.

⁴⁹ Gökyayla, Telif, s. 270.

kazanması olduğundan da bahsetmiştir. Bunun için ise mali hakların devralan tarafından kullanılması gerekmektedir. Başka deyişle mali hakların kullanımı devralan için hak olduğu kadar aynı zamanda yükümlülük de teşkil etmektedir⁵⁰. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde ise eser sahibi sözleşmeden cayabilir (FSEK m. 58).

Bunların dışında mali hakları devralan tarafın mali hakları esere ve devredene zarar vermeden kullanması icap etmektedir. Eser yönünden, mali hakları devralan taraf haklardan istifade adına eserin aslını ya da çoğaltılmış nüshalarını da temin etmektedir. İşte devralan kişinin eserin aslını ya da kopyalarını koruması gerekmektedir. Eserin kendisinin dışında mali ve manevi haklarının üçüncü kişiye karşı korunması da bu kapsamda ele alınmalıdır. Örneğin yazılı bir eserin korsan nüshalarının yayımlanması durumunda bunlara karşı koymak adına gerekli önlemlerin ve girişimlerin devralan tarafından korunacağı öngörülmalıdır. Eğer sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa kanaatimizce mali hakların gereği gibi kullanılmadığından bahisle devredenin cayma hakkına başvurması söz konusu olabilecektir.

III. MALİ HAK DEVRİ İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Mali hak devir taahhüdü ile mali hak devri arasında yukarıda ifade edildiği üzere en temelde borçlandırııcı işlem tasarruf işlemi ilişkisi mevcuttur. Ancak hem FSEK'in düzenlemesi hem de bu iki işlemin konuları itibarıyla aradaki ilişki çok daha çetrefillidir. Keza devredilmesi taahhüt edilen mali hakların taalluk ettiği eserin mevcut ya da müstakbel olmasına bağlı olarak bu ilişki çeşitlenmeye namzettir.

Mevcut eserler bakımından Mali hak devir taahhüdü ile hak devrinin tıpkı taşınır mal satımı örneğinde olduğu gibi birlikte gerçekleşmesi mümkündür. Böyle bir durumda bu iki işlem (tasarruf ve borçlandırııcı işlem) iç içe geçmektedir. Müstakbel eserler için ise kural olarak böyle bir birliktelikten bahsetmek mümkün değildir. Her ne kadar meydana getirilmemiş eserler için borçlandırııcı işlem yani taahhüt yapılabilse de FSEK m. 48/3 tasarruf işleminin gerçekleştirilmesini batıl addetmektedir. Bu nedenle bu iki işlemin birbirinden ayrılması asıl olarak müstakbel eserlere ilişkin mali haklar yönünden asıl önemini

⁵⁰ Çolak, Uğur, “Cayma Hakkı ve Caymaya İtiraz Davası (FSEK Madde 58)”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi: 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2016/2, s. 113 – 129 (s. 114); Erel, s. 256; Ayiter, s. 219; Tekinalp, s. 238; Öztan, s. 581.

göstermektedir.

Mali hak devir taahhüdü ile hak devri arasındaki ilişkiyi esas itibarıyla sebebe bağlılık yönünden ele almak gerekmektedir. Bununla beraber özeli bir durum olarak FSEK m. 50/1 bağlamında bu iki hukuki işlemin ilişkisi üzerinde durmak icap etmektedir.

B. Mali Hak Devrinin Tasarruf İşleminin Soyutluğu

Bir tasarruf işleminin sebebe bağlılığı kısaca tasarruf işleminin geçerliliğinin işlemin sebebi olan borçlandırııcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmasını ifade etmektedir⁵¹. Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu TMK m. 1024 ile hüküm altına alınmıştır. Taşınır mülkiyetinde ise konu tartışmalıdır⁵².

Mali haklar açısından baktığımızda genel kanaate göre mali hakların devri taahhüdünün tasarruf işleminden soyut olduğu kabul edilmektedir⁵³. Kanun koyucunun müstakbel eserlere ilişkin taahhüdü geçerli sayarken tasarruf işlemlerini batıl kabul etmesi bu yoruma kanun nezdinde dayanak teşkil etmektedir. Doktrinde *ARSLANLI* önderliğindeki görüş taahhüt işleminin soyutluğunu, FSEK m. 53'teki tekeffül hükmünden mülhem şekilde alacağın devrinin soyutluğuna dayandırmaktadır⁵⁴.

Mesele, mali hak devir taahhüdünün geçersizliği ya da sona ermesi halinde tasarruf işlemine konu olan ve devredilen mali hakların akıbetinin ne olacağıdır. Mevcut eserler için birçok kez mali hakkı devir taahhüdü ile devir işlemi tek bir sözleşmede birleşmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerdeki bir sakatlık hem borçlandırııcı işlemi hem de tasarruf işlemi etkilemektedir. Haliyle iki işlemin birbirinden soyutluğu gündeme gelmemektedir. Buna karşın müstakbel eserlere ilişkin mali haklar söz konusu olduğunda taahhüt ile devrin

⁵¹ **Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay – Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, 2016, s. 745; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 129; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 72. Sebep ten soyutluk – sebebe bağlılık hususundaki tartışmaların Roma Hukuku'ndaki menşei hakkında bkz. **Söğüt, İpek Sevdâ**, “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları”, AÜHFD, 2020/2, s. 759 – 791 (s. 773 vd.).

⁵² Tartışmalar için bkz. **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 746; Von Tuhr prensipte tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olmadığını ifade etmektedir (**Von Tuhr**, s. 199).

⁵³ **Arslanlı**, s. 172; **Tekinalp**, s. 232; **Öztan**, s. 566; **Ayiter.**, s. 207: AYİTER her ne kadar taahhüdün devirden soyut olduğunu ifade etmişse de EREL'in belirttiği şekilde çelişkili olarak taahhütteki sakatlığın devri de sakatlayacağını ileri sürmektedir. Doktrindeki diğer bir görüş ise burada eser sahibi lehine bir yorum yapılması gerektiğini, böylece devir işlemi sebebe bağlı saymak gerektiğini ifade etmektedir (**Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi C.II, İstanbul, 2009, s. 971; **Erel**, s. 252; **Ateş**, s. 188-189).

⁵⁴ **Arslanlı**, s. 177; **Tekinalp**, s. 232.

birleşmesi devrin batıl addedilmesi nedeniyle mümkün değildir⁵⁵. Böyle bir durumda ise teoride önce taahhüt işleminin yapılması, ardından taahhüde uygun şekilde eser meydana getirildikten sonra eserin mali haklarının taahhüde uygun şekilde müstakil bir işlemle devredilmesi gerekmektedir.

Taahhüdün sakatlanması veyahut FSEK ya da TBK'daki fesih gibi sona erme hali ile sonuçlanması ihtimalinde bu durumun kural olarak devir işlemini de aynı şekilde sonlandırması mümkün değildir, mali haklar kendiliğinden devredene geri dönmez. Bu durumda TBK m. 77 vd. hükümleri uyarınca sebepsiz zenginleşme söz konusudur (FSEK m. 53/2)⁵⁶.

Taahhüdün mali hak devrinden soyut olmasının pratik açıdan ciddi önemi vardır. Uygulamada, özellikle dizi film gibi belirli bir süre devam eden projeler için çoğu kez proje henüz başlamadan mali hak devir taahhüdü niteliğinde, tarafların karşılıklı edimlerini içeren son derece ayrıntılı sözleşmeler akdedilmektedir. Sonra ise her biri müstakil bir eser addedilen bölüm için çoğu zaman sadece devreden tarafından imzalanan, devreden tarafın edimlerine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmeyen, mali hak devrini tevsik eden yazılı belgeler imzalanmaktadır. Sözleşmenin feshedildiği ya da sakatlandığı durumda ise sözleşme ayakta kalmasa da sadece devreden tarafın devir iradesini ortaya koyan belgeler devralanın elinde bulunmaktadır. Böyle bir durumda ise salt sözleşmenin feshine dayanarak eserin yayınlanmasını engellemek mümkün olmamaktadır. Ayrıca mali haklar yönünden sebepsiz zenginleşme davası açılması gerekmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına baktığımızda ise mali hak devri ile devir taahhüdü arasında soyutluğu kabul etmediğini ve taahhüt niteliğindeki sözleşmenin feshi ile beraber mali hakların kendiliğinden devredene döndüğünü kabul ettiği görülmektedir⁵⁷.

Mali hak devir taahhüdünün tasarruf işleminden soyut olduğu düşüncesi altında alacağın devri ile mali hak devri arasında kurulan benzerliğin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Oysaki alacağın devrinin de sebepten soyut olup olmadığı hususu mutlak

⁵⁵ Erel, s. 252.

⁵⁶ Tekinalp, s. 232, Öztan, s. 566.

⁵⁷ “Öte yandan, söz konusu sözleşmenin fesih suretiyle sona erdiği tarih ile karşı dava tarihleri arasındaki dönemler bakımından da, öncelikle davacı-karşı davalı Vakıf tarafından uyumsuzluğa konu eserlerin baskılarının yapıp yapılmadığı hususunun belirlenmesi, bu dönemlerde gerçekleştirilmiş baskı eylemi mevcut ise bu durum çoğaltma ve yayma hakkının sözleşme dışı ihlalini oluşturacağından, bu dönemler için 5846 sayılı FSEK'in 68. maddesi kapsamında tazminatın tayini gereklidir.” Yargıtay 11. HD 25.1.2016 T. 2015/6588 E. 2016/700 K.

şekilde kabul görmüş değildir. Nitekim bugün doktrinde hakim görüş alacağın devrini sebebe bağlı kabul etmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce mali hak devir taahhüdünün tasarruf işlemine etkisi hususunda dikkate alınması gereken başlıca husus taahhüdün konusu olan mali hak devrinin özellik arz eden bir tasarruf işlemi hüviyetinde bulunmasıdır. Gerçekten de mali hak devrinde, tasarruf işlemi kavramına aykırı olarak hakkı devreden tarafın hak ile bağlantısının devam etmesi, sözleşmenin icrasına tesir etmektedir⁵⁹. Bu özellikli durum sebebiyle FSEK cayma hakkı ve kanuni fesih hakkı hükümleri öngörmüştür. Kanunun devre ilişkin hukuki işlemler yönünden özel olarak öngördüğü sona erme hali olan cayma hakkının kullanımında ayrı bir tasarruf işlemine ihtiyaç duyulmaksızın cayma ile beraber mali hakların kendiliğinden devralana döneceğinin kabul edilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir⁶⁰. Bu doğrultuda bizce de mali hak devri devir taahhüdünden soyut nitelikte kabul edilmemelidir.

C. Mali Hak Devrinin Devir Taahhüdüne Tahvili

Mali hak devri ile mali hak devir taahhüdünün pratikteki en büyük farkı, müstakbel eserler yönünden kendisini göstermektedir. Henüz meydana getirilmemiş bir eser için yapılan mali hak devri kanunen batıl sayılırken bu yönde yapılan taahhüt yani borçlandırıcı işlem geçerli kabul edilmektedir.

Kanun'un müstakbel eserlerin devri yönünden takındığı bu katı tutum, uygulamada ciddi sorunlara sebep olmaktadır. Dizi film gibi süreklilik arz eden projelerde çoğu kez beher bölüm için bölüm sonrasında mali hak devrinin gerçekleştirilmesi pratik olmadığı gibi yapımcının ve yayıncının çekim öncesi ciddi yatırım yaptığı bu projelerde bölümler tamamlandıktan sonra mali hak devrinin gerçekleştirilmesi kuralının harfiyen uygulanması eser sahipleri ile icracı sanatçıların tüm yapımın devamının kaderini ellerinde tutmasına neden olacaktır. Bu sebeple çoğu zaman mali hak devirleri bölümler çekilmeden önce, hatta eser sahipleri ile sözleşme imzalanırken gerçekleştirilmektedir. Böyle bir halde ise kanunen batıl olan mali hak devirlerini hukuken ayakta tutmak için çözüm arayışlarında bulunulması gayet

⁵⁸ **Eren**, s. 1366: yazar, alacağın devrinin soyutluğu düşüncesinin Von Tuhr tarafından kabul edilip İsviçre'de benimsendiğini ancak günümüzde bu fikrin terk edildiğini açıklamaktadır. Aynı şekilde alacağın devrinin sebebe bağlı olduğu yönünde bkz. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 241.

⁵⁹ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 278.

⁶⁰ **Gökyayla, Emre**, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 58. Maddesinde Düzenlenen Cayma Hakkına Dair Notlar", BÜHFD, S. 145- 146, Eylül – Ekim 2016, s. 95-118 (s. 101); **Çolak**, s. 126; **Erel**, s. 256; **Ayiter**, s. 220.

doğaldır⁶¹.

Bu noktada ise batıl mali hak devirlerini kurtarmak adına tahvil kurumu gündeme gelmektedir. Tahvil, geçersiz olan bir hukuki işlemin benzer amaca ve sonuca yönelen geçerli bir hukuki işleme dönüştürülerek geçerlilik kazanması olarak tanımlanabilir⁶². Alman Medeni Kanunu'nun 140. maddesinde tahvil kurumuna açıkça yer verildiği görülmektedir. Bizde ise mevzuatımızda açık hüküm mevcut olmasa da uygulamada tahvil kurumu kabul edilmiştir. Noterde yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin taşınmaz satış vaadine çevrilmesi tahvilin en bilindik örneğidir. Bununla birlikte tahvilin genel itibarıyla şekle aykırı hukuki işlemlerle sınırlı biçimde uygulandığı görülmektedir.

Müstakbel eserler için yapılan mali hak devirlerinin geçersizliği ise şekle aykırılıktan değil konu bakımından söz konusu olmaktadır. Bu sebeple tahvilin klasik uygulama alanı olan şekle aykırılıktan farklı bir alanda tatbiki gündeme gelecektir.

Burada tahvilin şartlarını müstakbel eserlere ilişkin mali haklara tatbik etmeden önce FSEK m. 48/3 hükmünün mantığı üzerine düşünmek gerekmektedir. HIRSCH'in konuyla ilgili görüşlerine baktığımızda doğmamış haktan tasarruf olmayacağı düşüncesinden yola çıkıldığı, henüz meydana getirilmemiş bir esere bağlı mali hak da doğmayacağından bahisle bu tasarrufların geçersiz olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir⁶³. Yargıtay bu görüşü hali hazırda doğmamış haktan feragat olmayacağı şeklinde devam ettirmektedir⁶⁴. Bununla birlikte müstakbel haklardan, bu hakkın tasarrufta bulunanın şahsında doğduğu müddetçe tasarruf işlemine konu edilebileceği hususu VON TUHR'dan beri zikredilen bir görüştür⁶⁵. Bu görüşe göre henüz doğmamış bir haktan tasarruf edildiği durumda hakkın doğmasıyla beraber tasarruf

⁶¹ **Okutan Nilsson**, s. 585–588; Yazar, geçersiz olan mali hak devrini geçerli kılmak adına çözüm olarak FSEK m. 57 hükmüne başvurmaktadır. Bu çözüm yoluna göre yazılı şekilde gerçekleştirilen mali hak devir taahhüdünde m 57'ye uygun olarak eserin aslının veya nüshalarının teslimi ile mali hakların müstakil bir işleme gerek olmadan geçecektir. Kanaatimizce bu çözüm yolu sınırlı bir alanda uygulama bulabilecek olsa da gayet yerinde bir yoldur. Ancak bu yol esasında mali hak devrinde aranan yazılı şekil şartının yumuşatılmasını sağlamakta olup mevcut olmayan eserlerin mali haklarının devri yasağını tam olarak bertaraf etmemektedir.

⁶² **Kaneti, Selim**, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul, 1973, s. 2; **Esener, Turhan**, “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, AÜHFD, 1959/1, s. 234–259; **Akdemir Havutçu, Ayşe**, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, DEÜHFD, 1987/1-4; Prof Dr. Kudret Ayiter Armağanı, s. 643–681 (s. 651); **Engel**, s. 265; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 110; **Oğuzman / Öz**, s. 156; **Eren**, s. 333.

⁶³ **Hirsch**, s. 226; aynı yönde bkz. **Arslanlı**, s. 178.

⁶⁴ “Ancak bunun dışında genel kural olarak uygulama olanağını bulan doğmamış haktan feragat ilkesi tüm Hukuk Dairelerince uygulanagelen bir olgudur.” Yargıtay HGK 21.2.2018 T. 2017/1673 E. 2018/251 K.

⁶⁵ **Von Tuhr**, s. 215; **Nomer, Haluk N.**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 107; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 248; **Okutan Nilsson**, s. 594.

işlemi de geçerli hale gelir. Dolayısıyla FSEK m. 48/3'ün arkasında yatan düşünce bugün umumiyetle kabul edilmiş değildir. Ne var ki pozitif hukuk yönünden bu hükmü yok saymak da mümkün değildir.

İşte bu müstakbel hakların devredilebileceği düşüncesine uygun olarak eldeki enstrümanlar ile tasarruf işlemi ayakta tutmayı düşünmek doğru olacaktır. Tahvil kurumu da tam olarak bu işe yarayacaktır. Eser henüz meydana gelmeden gerçekleştirilen yazılı mali hak devri geçersiz olmayacak ancak mali hak devir taahhüdü olarak kabul edilip muteber addedilecektir⁶⁶. Konuyla ilgili olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararında da müstakbel bir esere yönelik mali hak devir sözleşmesinin geçersizliğinin kabulüyle birlikte, bu sözleşmenin mali hak devir taahhüdü olarak ayakta tutulabileceği yönünde bir düşünceye yer verildiği görülmektedir⁶⁷.

Kanaatimizce burada tahvile konu işlemin geçersizlik sebebinin şekle aykırılığa dayanmaması tahvil önünde engel teşkil etmemektedir. Nihayetinde tahvilin amacı, geçersiz bir işlemi, kanunun aradığı şekil şartlarını havi olan ve geçersiz işlem ile aynı amaca ve konuya yönelen başka bir işleme çevirerek ayakta tutmaktır. Şekle aykırılık dışında öngörülen diğer hükümsüzlük halleri olan ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık ile konu imkansızlığı tahvilde aranan aynı amaca ve konuya hizmet etme şartını da taşımadığından tahvilin konusu olamamaktadır. BGB § 140 hükmüne baktığımızda da tahvilin uygulanması konusunda herhangi bir sınırlama bulunmadığı, görülmektedir. Bu nedenle şekle aykırılık hali tahvilin yegâne uygulama alanı gibi görülmüştür. Halbuki tahvile başvurmak için prensipte hükümsüz bir işlem olması yeterli olup bu hükümsüzlüğün sebebi önem arz etmemektedir⁶⁸.

Hukukumuzda tahvil için üç şart aranmaktadır. Bunlardan birincisi batıl bir hukuki

⁶⁶ Mali hak devrinin tahvile elverişli olduğu yönünde bkz. **Bozbel, Savaş**, “FSEK’e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfası ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Özelinde Bazı Düşünceler”, Legal Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/1, s. 39–40 (s. 35–46).

⁶⁷ “03.02.1998 tarihli sözleşme FSEK.nun 48/3 ncü maddesine göre, hak nakli yönünden geçersiz ise de; sözleşmenin devir taahhüdünü içeren bir borçlanma sözleşmesi olduğu, sözleşmenin hak nakli dışındaki hükümlerinin icra edilmiş bulunduğu, sözleşme geçersiz addedilse de en azından tarafların verdiklerini geri almaya hakları olduğu, konuları karar yerinde tartışılmış değildir. Bu bakımdan öncelikle davacı-karşı davalıya istediği 50 milyar TL tazminatı neye dayandığı açıklattırılmak, delilleri sorulmak, yukarıda yazılı hususlarda nazara alınarak, gerektiğinde bilirkişi mütalaasına da başvurularak, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, davalı-karşı davacının tazminat talebinin reddi de bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD 2004/6858 K. 2005/7844 T. 21.07.2005 (Lexpera).

⁶⁸ **Kaneti**, s. 122 vd.; **VON TUHR**, tahvile örnek olarak ehliyetsiz kimse tarafından yapılan miras sözleşmesinin vasiyetname olarak tahvilini göstermekle tahvilin sadece şekle aykırılık hallerine inhisar edilmeyeceğini beyan etmiştir (**Von Tuhr**, s. 224), benzer yönde **Esener**, s. 252.

işlemin mevcut olmasıdır. İkinci unsur, batıl sözleşmenin yerine geçecek, ikinci bir hukuki işlem olması ve batıl işlemin bu ikinci işlemin geçerlilik şartlarını taşımasıdır. Üçüncüsü ise tarafların asıl hukuki işlemin batıl olacağını bilebilecek durumda olmaları halinde ikinci işlemi gerçekleştirme yönünde irade taşımalarıdır⁶⁹. Mali hak devrinin devir taahhüdüne tahvilinde ise bu üç unsurun da mevcut olduğundan bahsedebiliriz. Dolayısıyla mevcut olmayan bir esere taalluk eden mali haklara ilişkin devir işlemi m. 48/3 uyarınca batıl olsa dahi bu işlemin m. 50/1 hükmü uyarınca devir taahhüdü olarak yorumlanması, böylelikle ayakta tutulması mümkündür. Böyle bir durumda ise eser meydana getirildiği vakit eser sahibinin taahhüde uygun şekilde mali hakları devretmeye icbar edilmesi mümkündür.

IV. MALİ HAK DEVİR TAAHHÜDÜNÜN SONA ERMESİ

Mali hak devir taahhüdünün sona ermesi kural olarak TBK'nın sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümlerine tabidir. Bununla birlikte FSEK, mali hak devir taahhüdünün sonlanmasına ilişkin özel hükümler ihtiva etmektedir. Bu hükümler TBK'daki sona erme halleri ile yarışır vaziyette olmayıp taahhüdün konusu olan mali hak devrinin özel durumunda kaynaklanmaktadır.

Mali hak devir taahhüdünün sona ermesi halleri mevcut ve mevcut olmayan için yapılan sözleşmeler açısından farklılaşmaktadır. FSEK'in sistematigine baktığımızda tamamlanmamış eserler için yapılan mali hak devir taahhütleri mevzu bahis olduğunda bunlar için özel sona erme hallerinin düzenlendiğini görmekteyiz. Mevcut eserler için ise sona erme halleri bakımından da borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin tek potada erdiğini ve sona erme hallerinin mali hakkın devredene geri dönmesine yani tasarruf işlemine yöneldiğini görmekteyiz. Başka bir deyişle, tamamlanmış eserler bakımından sona erme hallerinin taahhüt işlemi yönünden özellik arz eden bir yönü bulunmayıp bunlar hak devri yönünden inceleme konusu teşkil etmektedir.

Hal böyleyken mali hak devir taahhüdünü sona erdiren halleri asıl olarak tamamlanmamış eserlere taalluk eden işlemler yönünden incelemekte, konumuzun sınırlarını aşmamak adına fayda bulunmaktadır.

⁶⁹ Eren, s. 334–335; Havutçu, s. 660–663.

A. Kanuni Fesih Hakkı

Eser sahibinin, ilerde meydana getireceği eserlerin bir bölümüne, hatta tamamına ilişkin mali hakları devretmeye yönelik taahhütte bulunabileceğinden yukarıda bahsetmiştik. Normalde sözleşme hukuk açısından kelepçeleme sözleşmesi olarak kabul edilip, kişilik haklarına aykırılıktan bahisle kesin hükümsüzlüğü tartışılabilir bu tür bir taahhüt FSEK’te yer alan özel düzenleme ile caiz hale getirilmiştir. Öte yandan eser sahibi tamamen korumasız bırakılmamıştır. Böyle bir taahhütte bulunulması halinde eser sahibine, karşı tarafın kusuruna ya da adem-i ifasına bağlı olmaksızın sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır.

Eser sahibinin ilerde vücuda getireceği eserlerin tamamına ya da belirli bir kısmına ilişkin devir taahhüdü, eser sahibi tarafından tek taraflı şekilde feshedilebilecektir. Eser sahibinin fesih beyanı ise ihbar tarihinden bir yıl sonra sonuç doğuracaktır (FSEK m. 50/2). Doktrinde fesih süresinin emredici nitelikte olduğu tartışmalıdır. Bir görüş fesih süresinin tarafların anlaşmasıyla daha uzun ya da kısa tayin edilebileceğini ifade etmektedir⁷⁰. Aksi görüş ise tarafların ihbar süresini kısaltabileceklerini ancak uzatmalarının mümkün olmadığını kabul etmektedir⁷¹. Kanaatimizce burada kanunun esas korumayı amaçladığı taraf olan eser sahibi yönünden bir yorum getirmek doğru olacaktır. Fesih süresinin uzatılabilmesine cevaz verilmesi hükmün amacı ile çelişmektedir. Bu sebeple sürenin kısaltılabileceğini ancak uzatılamayacağını söylemek doğru olacaktır⁷².

FSEK m. 50/2’de düzenlenen kanuni fesih yetkisi, eser sahibinin kişilik hakları ile ekonomik özgürlüğünü ciddi şekilde kısıtlayabilecek taahhütlere karşı eser sahibine çıkış kapısı sağlamaktadır. Kanunen tanınmış bu fesih hakkının herhangi bir tazminat ya da ceza koşuluna bağlanması mümkün değildir⁷³. Diğer taraftan, bir ya da belirli birkaç eser için bu hükme başvurulmasına da imkan bulunmamaktadır⁷⁴.

B. Eser Sahibinden Kaynaklı İmkansızlık

FSEK m. 50/3 uyarınca Eser tamamlanmadan önce, eser sahibi ölür veya tamamlama

⁷⁰ Tekinalp, s. 237; Ateş, s. 149.

⁷¹ Ateş, s. 149.

⁷² Benzer bir düşünce İş Kanunu’nun ihbar sürelerine ilişkin 17. maddesinde de mevcuttur. İşK m. 17/3’e göre fesih süreleri sözleşme ile uzatılabilmektedir. Buradaki fesih süreleri ise esas olarak işverenin fesihte bulunacağı düşünüldükçe tanzim edilmiş ve işçiyi korumak adına bu sürelerin uzatılabileceği öngörülmüştür.

⁷³ Arslanlı, s. 178; Ayiter, s. 215; Erel, s. 253; Tekinalp, s. 237.

⁷⁴ Tekinalp, s. 237; Yavuz / Alca / Merdivan, s. 1811.

kabiliyetini zayi eder, yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkansız hale gelirse mali hakların devrine ilişkin taahhüt geçersiz olmaktadır. Bu hüküm TBK m. 136'da düzenlenen ve borcu sona erdiren hallerden olan ifa imkansızlığının FSEK'teki tezahürü niteliğindedir.

Henüz meydana getirilmemiş bir eser için akdedilen mali hak devir taahhüdünde devreden taraf olan eser sahibinin kişiliği önem arz etmekte ve sözleşmenin esaslı unsurlarından birini teşkil etmektedir⁷⁵. Gerçekten, eser sahibinin eseri meydana getiremeyecek durumda olması nedeniyle eseri üçüncü bir kişiye hazırlatması mümkün değildir.

C. Devralandan Kaynaklı İmkansızlık

FSEK m. 50/3'de, mali hakların özellikli durumu dikkate alınarak devralan taraftan kaynaklanabilecek ve mali hakkın kullanımını engelleyecek hallerin de henüz meydana getirilmemiş esarlere ilişkin mali hak devir taahhüdünü kendiliğinden yani herhangi bir fesih beyanına ihtiyaç duyulmaksızın sona erdireceği öngörülmüştür. Bu haller devralanın iflası, aciz haline düşmesi ya da kusuru olmadan mali hakları kullanmasının imkânsız hale gelmesidir.

Devreden tarafın aksine devralan tarafın ölümü mali hak devir sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine sebep olmamaktadır. Böyle bir durumda devir taahhüdünden kaynaklı hak ve borçlar devralanın mirasçılara geçmektedir. Nitekim kanun koyucu bu durumu FSEK m. 59'da açıkça öngörmüştür, meğerki işin icabı gereği mali hakkın kullanımı devralanın kişiliğine bağlı olsun.

Birinci durum olan iflas ile beraber devralan tarafın kişinin hak ve fiil ehliyeti sona ermeyecekse de tasarruf ehliyeti sınırlanmış olacaktır (İİK m. 191). Haliyle müflisin devralması beklenen mali hakları gereği gibi değerlendiremeyeceğinin beklenmesi de gayet doğaldır. Bununla beraber doktrinde bu hükmün eleştirildiği görülmektedir. Yayım sözleşmesinde yayımcının iflası halinde öngörülen çözümün yahut İİK m. 198 çerçevesinde iflas idaresinin mali hakların kullanılmasına ilişkin taahhüdü aynen üstlenmesi yolunun

⁷⁵ Gökayla, Telif, s. 229; Ateş, s. 152; Öztan, s. 576. Yayım sözleşmesi yönünden bkz. Arkan Serim, s. 35–36.

benimsenmesinin daha doğru olabileceği ifade edilmiştir⁷⁶.

Maddede gösterilen ikinci hal olan aciz haline düşmesi hususu hem TBK m. 98’de düzenlenen ifa güçsüzlüğü hem de ehliyet bakımından acze düşmek olarak yorumlanmaktadır⁷⁷. Kanaatimizce burada ifade edilen mali hakları kullanmaktan aciz hali her iki durumu da karşılayabilecek bir haldir. Bununla beraber kişinin objektif olarak acze düşmesi ya da ehliyetinin kısıtlanması tek başına sona ermeye sebep olmayacaktır. Önemli olan bu acizyetin mali haklara da tesir edebilecek nitelikte olmasıdır. Örneğin ehliyet kısıtlaması nedeniyle devralana yasal temsilci atandığı halde eğer yasal temsilci eliyle bu hakların kullanımı mümkünse bu durumda sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi beklenemez⁷⁸.

Maddede düzenlenen son hal olan imkânsızlık ise tıpkı devreden için öngörüldüğü gibi TBK m. 136’da düzenlenen ifa imkansızlığının FSEK’teki izdüşümüdür⁷⁹. Subjektif imkansızlık hali tıpkı devreden için olduğu gibi devralan yönünden de sözleşmeyi sona erdiren bir hal olarak tanınmıştır.

SONUÇ

Mali hak devir taahhüdü, hukuki işlemlerin tasnifinde benimsenen borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımının fikri hukuktaki yansıması sonucu ortaya çıkmış ve kanun nazarında kendisine yer bulmuş bir kavramdır. Bahse konu ayrım gereğince mali hak devir taahhüdü borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Diğer taraftan tasarruf işlemi olan mali hak devri sözleşme niteliğinde bulunsa da mali hak devir taahhüdünü öz sözleşme olarak değerlendirmek doğru değildir.

Mali hak devri ile devir taahhüdü arasındaki ayrımın uygulama bakımından önemi mevcut olmayan eserlere ilişkin mali hakların devrinde kendisini göstermektedir. Kanun, bu tür eserlere ilişkin mali haklarda tasarrufta bulunulmasını yasaklamakla beraber bunların borçlandırıcı işleme yani mali hak devir taahhüdüne konu edilmesine cevaz vermiştir. Bunun dışında ise mali hak devir taahhüdü ile tasarruf işlemi olan devir sözleşmesi arasında

⁷⁶ Erel, s. 254; Ateş, s. 157.

⁷⁷ Medeni hakların kısıtlanması anlamındaki acizyet olduğu hakkında bkz. Arslanlı, s. 179; Öztan, s. 576; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 1620. EREL ve ATEŞ ise buradaki acizyet ifadesinin hem maddi anlamda hem de ehliyet kısıtlaması olarak kullanılabileceğini savunmaktadır (Ateş, s. 159; Erel, s. 254).

⁷⁸ Ateş, s. 159.

⁷⁹ Ateş, s. 160; Erel, s. 255; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 1620.

sözleşmenin konusu, tarafları, şekli ve tarafların yükümlülükleri yönünden küçük noktalar dışında farklılık bulunmamaktadır. Şekil bakımından, tıpkı mali hak devrinde olduğu gibi nitelikli yazılı şeklin öngörülmesi söz konusudur.

Mali hakların devrini konu alan taahhüt işlemi ile tasarruf işlemi arasındaki ilişki, kanunun bu ikisini birbirinden somut bir biçimde ayırdığı düşünüldüğünde önem arz etmektedir. Her durumda ayrı bir devir taahhüdü işlemi gerçekleştirmeye gerek duyulmamaktadır. Ancak önce bir taahhüt işlemi, ardından devir işlemi yapıldığında birincisinin geçersiz hale gelmesinin tasarruf işlemine etkisi üzerine düşünmek icap etmiştir. Bu noktada taahhüt işleminin tasarruf işleminden soyut olmadığına kabulü, sözleşmenin konusu, kanun koyucunun düşüncesi ve fikri hukukun özelliği nedeniyle gerekli gözükmektedir. Bunun yanında her iki hukuki işlem arasında tahvil ilişkisinin de mevcut olabileceğini kabul etmekteyiz.

Taahhüdün sona ermesi için TBK'nın sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümleri caridir. Bunun yanında FSEK'te öngörülen özel sona erme halleri de söz konusudur. Devredene tanınan kanuni fesih hakkının kullanımı, eser sahibi ya da devralandan kaynaklı imkânsızlık hallerinde mali hak devir taahhüdü sona erecektir.

KAYNAKÇA

- Akdemir Havutçu, Ayşe**, “*Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili*”, DEÜHFD, 1987/1-4: Prof Dr. Kudret Ayiter Armağanı, s. 643–681.
- Akın, İlhan / Kayaözü, Zehra Büşra**, “*Telif Hakları ve Kelepçeleme Sözleşmeleri*”, TAÜHFD, 2020/2, s. 27–48.
- Arkan, Azra**, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005.
- Arkan Serim, Azra**, Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri, İstanbul, 2017.
- Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler (FSEK m. 48 – 65), Ankara, 2020.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, Ankara, 1981.
- Barrelet, Dennis / Egloff, Willi**, Le Nouveau Droit D’Auteur: Commentaire de la Loi Fédérale Sur Le Droit D’auteur et Les Droits Voisins, 3e édition, Berne, 2008.
- Başpınar, Veysel**, “*Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri*”, Ankara Barosu Dergisi, 1999/1, s. 17–34.
- Belgesay, Mustafa Reşit**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1956.
- Bozbel, Savaş**, “*FSEK’e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfası ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Özelinde Bazı Düşünceler*”, Legal Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/1, s. 35–46.
- Çolak, Uğur**, “*Cayma Hakkı ve Caymaya İtiraz Davası (FSEK Madde 58)*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi: 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2016/2, s. 113–129.
- Dessementet, François**, Le Droit D’Auteur, Lausanne, 1999.
- Engel, Pierre**, Traité des Obligations En Droit Suisse Dispositions Générales du CO, 2e édition, Berne, 1997.

- Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi C.II, İstanbul, 2009.
- Erel, Şafak**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1998.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020.
- Esener, Turhan**, “*Hukuki Muamelelerde Tahvil*”, AÜHFD, 1959/1, s. 234–259.
- Gökyayla, Emre**, “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 58. Maddesinde Düzenlenen Cayma Hakkına Dair Notlar*”, BÜHFD, S. 145- 146, Eylül – Ekim 2016, s. 95–118.
- Gökyayla, K. Emre**, Film Yapım Sözleşmeleri, İstanbul, 2015.
- Gökyayla, K. Emre**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (Telif), Ankara, 2001.
- Hirsch, Ernst**, Hukuki Bakımdan Fikri Say C.II, İstanbul, 1943.
- Kaneti, Selim**, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul, 1973.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 3. Bası, Ankara, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukukuna Giriş -Hukuki İşlem - Sözleşme, 6. Bası, İstanbul, 2014.
- Nomer, Haluk N.**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 14. Bası, İstanbul, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay – Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, 2016.
- Okutan Nilsson, Gül**, “*İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri*”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S. 15, Y: 2008, s. 585–598.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008
- Söğüt, İpek Sevda**, “*Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları*”, AÜHFD, 2020/2, s. 759–791.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, 2. Basım, Ankara, 1945.

Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Çev: Cevat Edege), Ankara, 1983.

Yasaman, Hamdi, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2006.

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Cilt (49 – 91. Maddeler), 2. Baskı, İstanbul, 2014.

YEDİNCİ BÖLÜM:
HUKUK VE CEZA DAVALARI

Çoklu Tazminat Talebinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Hukuki Talepler Arasındaki Yeri

Dr. Ozan Ali YILDIZ*

GİRİŞ

Bir fikir ve sanat eseri üzerindeki mali hakların ihlali karşısında, hak sahibi, müteceviz ile bir sözleşme yapmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya mali hakkın kullanım şekline göre belirlenecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasının kendisine verilmesini isteyebilir (FSEK m. 68/1). Bu hüküm, sorumluluk hukuku sistemimizde örneğine az rastlanan bir talebi düzenlemektedir. Aşağıda, bu talebin koşulları ve ileri sürülmesi halinde yaratacağı hukuki sonuçlar hakkında açıklamalarda bulunacak ve kanuni düzenlemeye ilişkin eleştirilerimizi ortaya koyacağız.

Konuya ilişkin açıklamalara geçmeden önce bu talebe ilişkin terim tercihimizi de ortaya koymak isteriz. Bu şekilde zarara, kazanca veya rayiç bedele referansla ve bunların birkaç katı olacak şekilde belirlenen yaptırımlara Kıta Avrupası’ndan ziyade Anglo-Amerikan hukukunda rastlanır. Anglo-Amerikan hukukunda, bu tür yaptırımları ifade etmek için “çoklu tazminat” (*multiple damages*) terimi kullanılmaktadır¹. Biz de Anglo-Amerikan hukukundaki bu kullanımı dikkate alarak çoklu tazminat terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

I. ÇOKLU TAZMİNAT TALEBİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME

Çoklu tazminat talebine ilişkin açıklamada bulunmadan önce bu talebe ilişkin düzenlemenin kanun sistematigi içerisindeki yerinden söz etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira bu düzenlemenin kanun sistematigi içerisindeki yeri, çoklu tazminat talebinin ileri sürülmesinin koşulları ve yaratacağı hukuki sonuçlar hakkındaki bilimsel görüşlerin ve Yargıtay uygulamasının şekillenmesinde etkili olmuştur.

* Avukat (İstanbul Barosu), E-posta: ozanali.yildiz@hotmail.com. ORCID No: 0000-0001-8010-6873.

¹ Bkz. **Özden Merhacı, Selin**, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara, 2013, s. 187; **Güleryüz, M. Tarık / Zorluoğlu Yılmaz, Ayça**, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleriyle Mukayesesi”, TBB, S. 141, 2019, s. 350.

Kanun koyucu, fikri hakların ihlaline dayalı hukuki talepleri üç başlıkta toplamıştır: *I. Tecavüzün ref'i davası, II. Tecavüzün men'i davası ve Tazminat davası*. Bunlardan *I. Tecavüzün ref'i davası* kenar başlığı altında üç kanun maddesine yer vermiştir: *1. Genel olarak* (FSEK m. 66), *2. Manevi haklara tecavüz halinde* (FSEK m. 67) ve *3. Mali haklara tecavüz halinde* (FSEK m. 68).

Çoklu tazminat talebi, FSEK m. 68'de, yani tecavüzün ref'i (sona erdirilmesi/ortadan kaldırılması) başlığı altında yer verilen kanun maddelerinden birinde düzenlenmiştir. Bunun isabetli bir düzenleme şekli olmadığı kanaatindeyiz. Zira tecavüzün sona erdirilmesine yönelik yaptırımlar, tecavüze neden olan maddi olguları hedef alır ve bunların ortadan kaldırılması sayesinde tecavüzün sona erdirilmesini amaçlar. Parasal bir yaptırım, miktarı ne kadar yüksek olursa olsun tecavüze neden olan maddi olguları ortadan kaldırmaz. Bu sebeple çoklu tazminat talebinin tecavüzü sona erdirmeye yönelik bir talep olarak görülmesi hatalı olur².

II. ÇOKLU TAZMİNAT TALEBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çoklu tazminat talebinin hukuki niteliğini açıklamadan önce bu talebin dar ve teknik anlamda tazminat talebinden farkını ortaya koymak isteriz. Öğretide bazı yazarlar, bu talebi, “telif tazminatı” terimi ile ifade etmektedir³. Yargıtay da bazı kararlarında⁴ bu terimi kullanmaktadır. Bu terim, FSEK m. 68'de düzenlenen talebin dar anlamıyla bir tazminat olarak anlaşılmasına neden olabilir ki bu hatalı bir yaklaşım olur. Türk hukukunda tazminat yaptırımı ile zarar görenin zararının telafi edilmesi ve böylece zarar veren eylem olmasaydı zarar görenin malvarlığı ne durumda olacaktıysa o duruma getirilmesi amaçlanmaktadır⁵. Tazminat yaptırımı, mağdurun malvarlığında artış yaratacak bir zenginleşme aracı olarak kullanılamaz. Bu bakış açısının bir sonucu olarak da zarar miktarının tazminat talebinin üst sınırını oluşturacağı kabul edilir⁶. Oysa FSEK m. 68'de düzenlenen çoklu tazminat yaptırımı zararın üç katına kadar

² Bu yönde bkz. **Demirbaş, Ali**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, 2015, s. 121.

³ Bkz. **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009, s. 340; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 7. Bası, Ankara, 2021, s. 414; **Demirbaş**, s. 83; **Gül, İbrahim**, “Telif Tazminatı Tutarının Takdiri Olması Sorunu Üzerine Düşünceler”, HKÜHFD, S. 16, 2018, s. 54.

⁴ Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 20.1.2006, E. 2005/166, K. 2006/330 (Legalbank); Yargıtay 11. HD, T. 9.10.2019, E. 2018/5191, K. 2019/6332 (Yargıtay Karar Arama).

⁵ **Tandoğan, Haluk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, s. 252-253; **Baysal, Başak**, Haksız Fiil Hukuku, İstanbul, 2019, n. 5.5.

⁶ **Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 583; **Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, 2021, n. 347; **Baysal**, n. 5.1.

çıkabilmektedir. Bu da göstermektedir ki, bu yaptırımın amacı zararın tazmini değildir. Bu sebeple, çoklu tazminat yaptırımının -dar ve teknik anlamıyla- bir tazminat yaptırımı olduğu söylenemez⁷.

Bizim de benimsediğimiz ve öğretide neredeyse ittifakla kabul edilen görüşe göre, çoklu tazminat yaptırımının esas işlevi mütecavizi cezalandırmaktır⁸. Türk sorumluluk hukuku sisteminde, prensip olarak, cezalandırma düşüncesi dışlanmakta; cezalandırma yetkisinin devletin tekeline bırakılması gerektiği kabul edilmektedir⁹. Bununla birlikte, özel hukukun çeşitli alanlarında, cezalandırma amacı bulunan kanun hükümlerine de rastlanmaktadır. Çoklu tazminat talebini düzenleyen FSEK m. 68 de bu nitelikteki hükümlerden biridir. Fikri hakların ihlali ile etkin bir mücadele için bu tür bir yaptırıma ihtiyaç duyulmuştur.

III. ÇOKLU TAZMİNAT TALEBİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN KOŞULLARI

A. Mali Hakların İhlal Edilmiş Olması

FSEK m. 66 vd. düzenlenen diğer hukuki talepler, mali veya manevi hakların ihlaline dayandırılabilir. Ancak çoklu tazminat talebi açısından farklı bir durum söz konusudur. Çoklu tazminat talebini düzenleyen FSEK m. 68’de, bu talebin; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarının ihlali halinde ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Manevi haklar açısından lehte veya aleyhte bir ifade kullanılmamıştır. Cezalandırma işlevi taşıyan düzenlemeler istisnai nitelik taşıdığı için bu hükümlerin lafza bağlı kalınarak yorumlanması, bunların uygulama alanının yorum veya kıyas yoluyla genişletilmemesi gerekir¹⁰. Bu sebeple, FSEK m. 68’in uygulama alanı hükümde sayılan haklarla, yani mali sınırlı tutulmalıdır. Manevi hakların ihlali halinde çoklu tazminat talebinin ileri sürülebileceğini düzenleyen bir başka kanun hükmü de mevcut olmadığına göre, manevi hakların ihlali bu talebin ileri sürülemeyeceğini kabul etmek gerekir.

⁷ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, § 20, n. 53; Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 649; Küçükali, Canan, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt II, Ankara, 2016, s. 242.

⁸ Tekinalp, § 20, n. 7; Gökyayla, K. Emre, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal FSHD, S. 30, 2012, s. 16; Demirbaş, s. 83; Öztan, s. 649; Yavuz, Levent / Alca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013, s. 2030.

⁹ Özden Merhacı, s. 165; Başoğlu, Başak, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2016, s. 625.

¹⁰ Oğuzman / Öz, Cilt 2, n. 348; Hekim, Aylin / Kaplan, Mikail Bora, “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, Sorumluluk Hukuku 2017 (Ed. Başak Baysal), İstanbul, 2017, s. 182, dn. 87.

Çoklu tazminat talebi bir sözleşme yapmış olsaydı istenebilecek bedele veya rayiç bedele göre hesaplanacağı için hangi hakkın veya hakların ihlal edildiği talebin kapsamının belirlenmesinde önem arz eder.

Tecavüzün sona erdirilmesine yönelik taleplerin ileri sürülebilmesi için bir ihlalin gerçekleşmiş olması ve hala devam ediyor olması gerekir. Çoklu tazminat talebi tecavüzün sona erdirilmesine yönelik taleplerle aynı başlık altında düzenlendiği için bazı yazarlar çoklu tazminat talebinin ileri sürülebilmesi açısından da bu koşulun geçerli olduğunu kabul etmektedir¹¹. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, biz, çoklu tazminat yaptırımını tecavüzün sona erdirilmesi amacına hizmet eden bir yaptırım olarak görmüyoruz ve bu yaptırımın uygulanabilmesi için tecavüzün sona erdirilmesine yönelik taleplerden farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bize göre, tecavüz eylemi sona erse dahi o ana kadar gerçekleşen eylemlere karşılık çoklu tazminat talebinde bulunulabilmelidir¹².

B. Kusur

Çoklu tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için mütecavizin kusurunun aranıp aranmayacağı da öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın ortaya çıkmasında söz konusu düzenlemenin kanun sistematikteki yeri ve FSEK m. 68’de yapılan değişiklikler etkili olmuştur.

Kanunun ilk metninde, mütecavizin kusurunun bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılmıştı. Buna göre; mütecaviz kusurlu ise, eser sahibi, kendisinden izin alınmış olsaydı talep edebileceği bedelin %50 fazlasını talep edebilecek fakat mütecaviz kusurlu değilse, eser sahibinin talebi mütecavizin söz konusu ihlal sayesinde elde edebileceği faydayı aşamayacaktır (FSEK -mülga- m. 68/5). 4110 sayılı Kanunla yapılan sonrasında 68. maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle hem talebin kapsamı genişletilerek hak sahibinin rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği düzenlenmiştir hem de çoklu tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için mütecavizin kusurlu olması gerektiğini açıkça düzenleyen FSEK m. 68/5 yürürlükten kaldırılmıştır¹³. Bazı yazarlara göre, FSEK m. 68/5’in yürürlükten kaldırılması

¹¹ Bkz. **Gökyayla**, s. 13.

¹² Bu yönde bkz. **Demirbaş**, s. 77-78.

¹³ Bu değişikliğe ilişkin eleştiriler için bkz. **Gökyayla**, s. 10-11.

sonrasında çoklu tazminat talebinin ileri sürülebilmesi açısından kusurun varlığına gerek kalmamıştır¹⁴.

Çoklu tazminat talebi için kusurun aranmayacağını savunan yazarların bir diğer dayanak noktası, tecavüzün sona erdirilmesine yönelik taleplerde bu unsurun aranmıyor olmasıdır. FSEK m. 66/3'te açıkça ifade edildiği üzere tecavüzün sona erdirilmesi talebinin ileri sürülebilmesi için mütecevizin kusuru aranmaz. Bazı yazarlar, çoklu tazminat talebini de içeren FSEK m. 68 hükmü tecavüzün sona erdirilmesi başlığı altında düzenlendiği için bu talebin ileri sürülebilmesi açısından da kusurun aranmayacağını savunmaktadır¹⁵. Yargıtay'ın da bu görüşü kabul ettiği kararları bulunmaktadır¹⁶.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, çoklu tazminat talebi -her ne kadar tecavüzün sona erdirilmesine ilişkin taleplerle bir arada düzenlenmişse de- tecavüzün sona erdirilmesine hizmet etmez¹⁷. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu yaptırımın mütecevizi cezalandırma amacı taşıdığı yönünde öğreti neredeyse hemfikirdir. Dolayısıyla çoklu tazminat talebinin unsurları tespit edilirken tecavüzün sona erdirilmesine yönelik talepler için aranan unsurlardan istifade edilmesi isabetli olmaz.

Bize göre, cezalandırma işlevi bulunduğu kabul edilen bir yaptırımın uygulanabilmesi için kusur şartının aranmayacağını söylemek kendi içerisinde çelişkili bir görüş oluşturur. Dolayısıyla bu yaptırımın cezalandırma işlevi olduğu kabul ediliyorsa, uygulanabilmesi için mütecevizin kusurlu olması gerekir¹⁸. Nitekim benzer bir düzenleme olarak nitelendirebileceğimiz -rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması hallerinde çoklu

¹⁴ Bkz. **Erel**, s. 339; **Alıca** (Yavuz / Merdivan), s. 2036-2037.

¹⁵ Bkz. **Tekinalp**, § 20, n. 55; **Erel**, s. 339; **Öztan**, s. 649; **Kılıçoğlu**, s. 417; **Alıca** (Yavuz / Merdivan), s. 2036-2037. Bu görüşü savunanlardan **Gökyayla**, kusur olmadan da çoklu tazminat talebinin ileri sürülebileceğini kabul etmekle birlikte kusurun ağırlığının çoklu tazminat miktarı takdir edilirken hakim tarafından dikkate alınması gereken unsurlardan biri olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Gökyayla**, s. 28.

¹⁶ “... Davacının temyiz itirazına gelince; davacı ile davalı K... G... arasında yukarıdaki bentte açıklandığı üzere mali hakların devri yönünde geçerli bir sözleşme bulunmadığından diğer davalıların, davacının eseri üzerinde işleme, film haline getirme ve bunu televizyonda gösterme şeklinde ayrı ayrı oluşan faaliyetlerinde FSEK.nun 54/f.1. maddesi hükmüne göre, hüsnüniyet sahibi olsalar bile himaye görmeleri mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla ve davacı bu davasında davalıların, mali haklarına tecavüzde bulundukları iddiasıyla FSEK.nun 68/f.1 maddesi hükmüne dayanarak tazminat talep ettiğine ve bu madde hükmünde mali haklara tecavüzde bulunanların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart edilmemiş olduğundan, davalı K... G... dışındaki diğer davalıların da sorumlu tutulmaları gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde haklarındaki davanın reddi doğru görülmemiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 27.1.2003, E. 2002/8451, K. 2003/791 (BATİDER, C. XXII, Sa. 3, 2004, s. 256-258).

¹⁷ **Demirbaş**, s. 77-78.

¹⁸ **Gül**, s. 66; **Demirbaş**, s. 123.

tazminat yaptırımını öngören- RKHK m. 58’de, çoklu tazminat yaptırımının uygulanabilmesi için kusurun varlığı aranmaktadır. Hatta bu hükme göre çoklu tazminata hükmedilebilmesi için kusurun, ağır kusur (kast veya ağır ihmal) derecesinde olması gerekmektedir. FSEK m. 68’de açık bir ifade kullanılmadığı için kusurun her derecesi yaptırımın uygulanması için yeterli görülebilir.

IV. ÇOKLU TAZMİNAT TALEBİNİN MEVCUT FİKRİ HAK İHLALLERİNE ETKİSİ

FSEK m. 68’in ikinci ve üçüncü fıkralarında, çoğaltma ve yayma haklarının ihlaline ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Anılan fıkralarda, çoklu tazminat talebinin yanında tecavüzün sona erdirilmesi amacına hizmet edecek taleplere de yer verilmiştir. Bize göre, hükmün kötü bir şekilde formüle edilmesi sebebiyle gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında bu hüküm amacına aykırı şekilde yorumlanmaktadır. Konuya ilişkin değerlendirmede bulunmadan önce FSEK m. 68’in ikinci ve üçüncü fıkrasını alıntılamanın faydalı olacağı kanaatindeyiz:

“ ...

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.

... ”

Eserden ekonomik fayda sağlamak için eserin çoğaltılması yeterliyse (bir mimari projenin izinsiz olarak uygulanması gibi), bu şekilde gerçekleşen bir mali hak ihlali karşısında FSEK m. 68/1’e dayalı talepte bulunak gerekir. Ancak bazı eserlerden ekonomik fayda sağlayabilmek için bunların çoğaltılması yeterli olmaz; çoğaltılan kopyaların dağıtımının da sağlanması gerekir. Örneğin bir müzik CD’si veya kitabın çoğaltılması tek başına bir fikri hak ihlalidir fakat bu ihlal mütecavizin ekonomik fayda sağlaması için yeterli olmayacaktır;

bunların dağıtılması da gerekecektir. FSEK m. 68/2 ve 3 ile hedef alınan ihlaller bunlardır. İkinci fıkrada, izinsiz çoğaltılan kopyaların henüz dağıtıma çıkarılmadığı ihtimal ele alınmıştır. Üçüncü fıkra ise, kopyaların kısmen dağıtıldığı ihtimale ilişkindir. Çoğaltılmış kopyalar dağıtmaya başlanmışsa, henüz dağıtılmamış ve bu sebeple mütecavizin elinde olan kopyalar yönünden FSEK m. 68/2'deki yaptırımlar; dağıtımı gerçekleştirilmiş olan kopyalar yönündense çoğaltma ve yayma hakkının ihlaline dayanarak FSEK m. 68/1'de öngörülen çoklu tazminat yaptırımını uygulanır.

Ele aldığımız hükümler açısından açıklanmaya muhtaç olan kısım FSEK m. 68/2 ile hak sahibine tanınan hakların neler olduğudur. Hükümde üç talepten söz edilmektedir: (1) Çoğaltılmış kopyaların ve bunları çoğaltmak amacıyla kullanılan araçların imhası, (2) çoğaltılmış kopyaların ve bunları çoğaltmak amacıyla kullanılan araçların bir bedel karşılığında hak sahibine devredilmesi ve (3) çoklu tazminat talebi. Bu taleplerin ilk ikisi tecavüzü sona erdirmeye yönelik taleplerdir. Zira her iki durumda da çoğaltılmış kopyalar veya bunları çoğaltmak amacıyla kullanılan araçlar mütecavizin elinden alınmaktadır. Böylece mütecaviz, tecavüz eylemini devam ettiremeyecektir. Çoklu tazminat talebi ise, öğretide neredeyse ittifakla kabul edildiği üzere mütecavizi cezalandırma amacına hizmet eder¹⁹. Ancak FSEK m. 68/2'nin lafzına bakıldığında sanki bu üç talep birbirine denk taleplermiş ve eser sahibi bu üç talepten birini seçmeliymiş gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Nitekim öğretide bazı yazarlar hükmü bu şekilde yorumlamaktadır²⁰.

FSEK m. 68/2'de sayılan taleplerin üçü de birbirine denk talepler olarak görülecek ve hak sahibinin bu üç talepten birini seçmesi gerektiği kabul edilecek olursa, hak sahibi, bunlardan birini seçmekle diğer iki talepten vazgeçmiş olacaktır. Bu yaklaşım bizi hükmün amacıyla bağdaşmayan bir sonuca götürebilir. Şöyle ki, hak sahibi, diğer iki talebi değil de çoklu tazminat talebini tercih edecek olursa çoğaltılmış kopyaların ve bunları çoğaltmak amacıyla kullanılan araçların mütecavizin elinde kalmasına izin vermiş sayılacaktır. Gerçekten de bazı yazarlar hükmü bu şekilde yorumlamaktadır. *Kılıçoğlu*, bu talebi ileri süren hak sahibinin, mali haklarını saldırıyla sınırlı olacak şekilde devretmiş sayılacağını savunmaktadır²¹. Bu kadar açık bir ifade kullanmamakla birlikte, hak sahibinin çoklu tazminat

¹⁹ Tekinalp, § 20, n. 7; Gökyayla, s. 16; Öztan, s. 649; Alca (Yavuz / Merdivan), s. 2030.

²⁰ Bkz. Tekinalp, § 20, n. 57; Alca (Yavuz / Merdivan), s. 2039.

²¹ Bkz. Kılıçoğlu, s. 415.

talebinde bulunması halinde mütecavizin çoğaltılmış kopyaları dağıtımına çıkarabileceğini kabul eden başka yazarlar da vardır²².

Bu görüşlerin benimsenmesi halinde, çoğaltılmış kopyaların mütecaviz tarafından kullanılması hukuka uygun sayılacaktır²³. Yargıtay da bu görüşü tam da bu şekliyle benimsemekte ve çoklu tazminat talebinde bulunan hak sahibinin artık tecavüzün önlenmesi veya sona erdirilmesini talep edemeyeceğini kabul etmektedir²⁴.

Bu görüş öğretide haklı eleştirilere neden olmaktadır. *Yasaman*, özel hukuk cezası niteliği taşıyan bu yaptırımın uygulanması ile hukuka aykırı bir eylemin hukuka uygun hale gelemeyeceğini, bunun imkansız olduğunu ifade etmiştir²⁵. *Demirbaş*²⁶ ve *Tüzüner*²⁷ de benzer gerekçelerle, bu yorumun kanunun ruhuna aykırı olacağını belirtmiştir. Ayrıca FSEK m. 68/2'nin son cümlesi de bu görüşün kabulüne engeldir. FSEK m. 68/2'de hak sahibinin ileri sürebileceği talepler sayıldıktan sonra son cümlede, *"Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz."* ifadesine yer verilmiştir. İzinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunun devam ediyor olması, çoklu tazminat yaptırımının ileri sürülmesiyle eylemin hukuka uygun hale gelmeyeceğini göstermektedir.

Bir an için, çoklu tazminat talebinin ileri sürülmesinin ihlal eylemini hukuka uygun hale getireceği kabul edilse bile bu görüşü savunan yazarların ulaştığı sonuca bu kadar kolay ulaşılamayacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki, FSEK m. 68/2 ve 3 hükümleri çoğaltılmış fakat henüz

²² Bkz. **Tekinalp**, § 20, n. 65; **Erel**, s. 343; **Öztan**, s. 660; **Bozbel, Savaş**, *"Anayasa Mahkemesinin (FSEK m. 68 ve m. 76 ile İlgili) 2012-133 E., 2013-33 K. ve 28.02.2013 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirmeler"*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012 (Ed. Tekin Memiş), Ankara, 2013, s. 66.

²³ **Alıca** (Yavuz / Merdivan), s. 2044.

²⁴ *"... Öte yandan, eser sahibi olan davacı FSEK'nun 68 nci maddesi uyarınca mali hak tazminatı talebinde bulunduğundan, bu talebine bağlı olarak dava konusu edilen ihlaller ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi meydana geldiği kanunen kabul edilmiş olduğundan ve bu suretle de davacı aynı zamanda bir borç altına girdiğinden, davalının müdahalesinin men'ine karar verilemez. Açıklanan tüm bu nedenlerle, davalı tarafın bu yönlerde ilişkin karar düzeltme itirazlarının kabulüyle, Dairemizin 2003/2023 Esas, 2003/4617 Karar ve 08.05.2003 tarihli onama ilamının kaldırılarak, yerel mahkeme kararının açıklanan nedenlerle davalı yararına bozulması gerekmektedir..."* Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 31.10.2003, E. 2003/11539, K. 2003/10196 (HukukTürk); *"...FSEK 68. maddesi kapsamında tazminat talep edildiği durumlarda mahkemece verilen hüküm ile artık hak sahibi ile haksız kullanımla ihlalde bulunan kişi arasında farazi bir sözleşme kurulduğu kabul edildiğinden, davacının ref talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi de doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..."* Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 22.6.2021, E. 2019/5243, K. 2021/5305 (Yargıtay Karar Arama).

²⁵ Bkz. **Yasaman, Hamdi**, *"Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar"*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul, 2002, s. 811.

²⁶ Bkz. **Demirbaş**, s. 136.

²⁷ Bkz. **Tüzüner, Özlem**, *"Farazi Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi"*, ABD, 2012/2, s. 88-89.

dağıtılmamış eser kopyalarını konu aldığına göre, ihlalin konusu çoğaltma hakkıdır. Dolayısıyla bu talebin ileri sürülmesi mütecaviz açısından bir hukuka uygunluk sebebi yaratsa bile hukuka uygun hale gelecek eylem, eseri çoğaltmadır. Oysa yukarıda zikredilen görüşün uygulanabilmesi için yayma hakkının da kullanılması gerekir. Bu talebin ileri sürülmesinin - henüz ihlale konu olmamış- yayma hakkının da kullanımını hukuka uygun hale getireceğini söylemek, hükmün amacına uygun düşmez. Çoğaltma hakkına yönelik saldırıyı sona erdirmek amacıyla hukuki yollara başvuran hak sahibinin bir de yayma hakkının mütecaviz tarafından kullanılmasına katlanmak zorunda bırakılması, mütecavizin cezalandırılması bir yana belli koşullar altında ödüllendirilmesi sonucunu bile doğurabilir.

Bize göre, hükmün lafzı, bu taleplerin birbiri yerine tercih edilebilecek üç talep gibi anlaşılmasına sebep olsa da FSEK m. 68/2’de kullanılan “ya da” bağlacının “ve” olarak anlaşılması gerekir. Buna göre, hak sahibine tanınan talep hakları temelde ikiye ayrılmalıdır: Tecavüzü sona erdirmeye yönelik talepler ve parasal (çoklu tazminat) talep. Tecavüzü sona erdirmeye yönelik talepler; çoğaltılmış kopyaların ve bunları çoğaltmak amacıyla kullanılan araçların imhası veya bunların uygun bir bedel karşılığında hak sahibine devredilmesi talepleridir. Bu taleplerin ileri sürülebilmesi için mütecavizin kusurlu olması gerekmez (FSEK m. 66/3). Hak sahibi, tecavüzü sona erdirmeye yönelik bu taleplerden yalnızca birini tercih edebilir. Bu taleplerden birini tercih eden hak sahibi bunların yanında çoklu tazminat talebinde de bulunabilir. Böylece hem tecavüz sona erdirilecek hem de mütecaviz cezalandırılmış olacaktır. Ancak çoklu tazminat talebinin sadece mütecavizin kusurlu olduğu hallerde ileri sürülebileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Yukarda açıklanan gerekçelerle, çoklu tazminat talebinin mütecavizi cezalandırma amacına hizmet ettiği ve bu talebin fikri hakların ihlaline karşı ileri sürülebilecek hukuki talepler arasında önemli bir yerinin bulunduğu sonucuna ulaşmış bulunuyoruz. Ancak bu düzenlemenin kanun sistematigi içerisindeki yerinin söz konusu talebin amacı ve hukuki niteliği ile bağdaşmayan bir uygulamaya neden olduğu kanaatindeyiz. Bu sorunun aşılması adına, çoklu tazminat talebinin, tecavüzün ref’i (sona erdirilmesi) başlığı altında değil de müstakil bir kanun maddesinde düzenlenmesini önermekteyiz.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
Bkz. / bkz.	:	Bakınız
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas No
FSEK	:	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	:	Hukuk Dairesi
HKÜHFD	:	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:	Karar No
Legal FSHD	:	Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
m.	:	Madde
n.	:	Paragraf Numarası
RKHK	:	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi

KAYNAKÇA

- Başoğlu, Başak**, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2016, s. 617-637.
- Baysal, Başak**, Haksız Fiil Hukuku, İstanbul, 2019.
- Bozbel, Savaş**, “Anayasa Mahkemesinin (FSEK m. 68 ve m. 76 ile İlgili) 2012–133 E., 2013–33 K. ve 28.02.2013 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirmeler”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012 (Ed. Tekin Memiş), Ankara, 2013, s. 55-79.
- Demirbaş, Ali**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, 2015.
- Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009.
- Gökyayla, K. Emre**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal FSHD, S. 30, 2012, s. 3-31.
- Gül, İbrahim**, “Telif Tazminatı Tutarının Takdiri Olması Sorunu Üzerine Düşünceler”, HKÜHFD, S. 16, 2018, s. 51-71.
- Güleryüz, M. Tarık / Zorluoğlu Yılmaz, Ayça**, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleriyle Mukayesesi”, TBBD, S. 141, 2019, s. 325-362.
- Hekim, Aylin / Kaplan, Mikail Bora**, “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, Sorumluluk Hukuku 2017 (Ed. Başak Baysal), İstanbul, 2017, s. 165-188.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 7. Bası, Ankara, 2021.
- Küçükali, Canan**, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt II, Ankara, 2016, s. 241-255.

- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, 2021.
- Özden Merhacı, Selin**, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara, 2013.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Tandoğan, Haluk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- Tüzüner, Özlem**, “*Farazî Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi*”, ABD, 2012/2, s. 69-95.
- Yasaman, Hamdi**, “*Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul, 2002, s. 805-820.
- Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013.

FSEK’nun Kırık İncisi; 68. Madde!*

Av. H. Oğuz MÜFTÜOĞLU

“Düşünülsün ki, iyi bir kanun iktisadi inkişafa ne kadar hizmet ediyorsa, bilakis, fena bir kanun, bir memleketin iktisadi durumunu o kadar kötü bir hale koyar. Muhtelif memleketlerde yapılan tecrübeler, bunu ziyadesiyle göstermiştir.”

Ernst E. Hirsch

I. GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)’nin eskidiği, artık ihtiyaçları yeterince karşılayamadığı, ihdas edildiği tarihten bu yana çeşitli zamanlarda yapılan değişikliklerle sistematığının bozulduğu ve benzeri söylemler dillere pelesenk olmuş, eş deyişle yeni bir FSEK hazırlanması gerektiği adeta baskın görüş haline gelmiştir/gelmektedir.

Fikri haklarla ilgili temel ilke ‘Ülkesellik’ olmakla birlikte Avrupa Birliği (AB) müktesabatı ile uyumlu hale getirilmiş, dahası baş döndürücü bir hıza ulaşan teknolojik gelişmelere cevap verebilecek, yani toplumumuzu ‘muasır medeniyetler seviyesi’ne çıkartabilecek nitelikte bir FSEK naçizane bizim de özlemimizdir. Ancak, gerçekçi olmak gerekirse, halen elimizdeki Kanun, 70 yıl önce; 05.12.1951 tarihinde kabul edilip, 13.12.1951 tarih, 7981 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, 42 ve 43. maddeleri yayımla, diğer maddeleri 01.01.1952’de yürürlüğe girmiş bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’dur.¹

* Öncelikle, günahıyla-sevabıyla herşeyi bana ait olan böyle bir çalışma yapmaya beni adeta icbar eden çok kıymetli hocam Dr. Tamer Pekdinçer’e ve bu çalışma sırasında değerli yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. K. Emre Gökyayla, Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu, değerli meslektaşlarım: Av. İrem Toprakkaya ve Av. Ali Cem Bilgili’ye ve elbette Kanun’umuzun babası Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch teşekkür ve şükranlarımı sunmayı bir borç bilirim. Bu vesile ile Adolf Hitler’e de teşekkür etmek istiyorum. Zira, o insan kasabı olmasaydı, biz; Hirsch ve onlarca seçkin bilim adamına sahip olamayacak ve yüksek olasılıkla bugün hala Hakk-ı Telif Kanunu’nda yapılması gereken değişiklikleri tartışıyor olacaktık.

¹ **BEŞİROĞLU** Akın, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar Fikir Hukuku, Ankara, 2002, 1. Cilt, s. 6. vd.daki anlatımlarından mealen: “...İlk kez 1939’da Milli Eğitim Bakanlığı tarafından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne müzekkere yazılarak yeni bir fikir hakları yasa taslağı hazırlanması istenmiş, Fakülte Profesörler Kurulu da bu görevi Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e vermiştir. Hirsch bir taslak hazırlamış ve fakat o tarihlerde bu metin kanunlaştırılmamıştır. 1948’de bu kez Adalet Bakanlığı aynı talebi yinelemiştir. Hirsch; Bakanlığın isteklerini de dikkate alarak daha önce hazırladığı taslaktaki ‘neşir mukavelesi (yayın sözleşmesi), sahneye koyma, temsil sözleşmeleri, işleme sözleşmesi, müellif sicilinin uygulanması ve önemi’ ile ilgili maddeleri metinden çıkartmıştır. Bir süre Bakanlıkta bekletilen taslak, 27 Ekim 1950’de Hükümet Tasarısı olarak Parlamento’ya sunulmuştur...”

Bu Kanun'un omurgasını oluşturan ön tasarımı hazırlayan Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e şükran borçluyuz. Değerli hocamız neden ve nasıl böyle bir çalışma yaptığını 40'lı yıllarda yazdığı 'FİKRİ SÂ'Y' isimli eserinde² anlatmıştır. Bu kitap bir yandan da deyim yerindeyse FSEK.nun hem genel, hem de madde gerekçelerini çok detaylı şekilde anlatan bir kaynaktır. Eser; 1942 ve 1943 yıllarında, 2 cilt halinde basılarak umuma arz edilmiştir. İstanbul Üniversitesi Yayınları arasında yer almış bulunan eserin mevcudu, on yıllar önce tükenmiştir.

Fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki çok az yayında 'FİKRİ SÂ'Y'dan söz edilip, ona atıfta bulunulur. Oysa, bu kitapları okuyup anlamadan (hatta bu eserde sürekli mukayese konusu yapılan Hakk-ı Telif Kanunu'nu incelemeden), Hirsch'in açıklamalarını bilmeden bu alanda çalışmak, hele hele FSEK'nda değişiklik yapmak ya da yeni bir Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hazırlamak, sözün özü; geçmişi bilmeden geleceği kurmak neredeyse imkansızdır.

Söylediklerimizi bir örnekle canlandıralım; bu yazıya konu edinilen 68. maddenin Hirsch'in hazırladığı 'Öntasarı'daki karşılığı 113. maddedir. Günümüzde 68. madde ile ilgili uygulamalarda sıklıkla kullanılan "Farazi Sözleşme"; ön tasarının 113. maddesi, 4.fikrasında yer alan; "...***Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır.***..." hükmünden neşet eder. Bu düzenleme sayesinde eser sahibi, mütecavizle arasında bir akit (sözleşme) olması halinde öne sürebileceği her türlü hak ve yetkileri talep edebilecektir.

Nitekim, bu anlayış, bir sonraki fıkra ifadesini bulur: "...*Bedel talebinde bulunan kimse mütecavizle bir mukavele akdetmiş olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve selâhiyetleri mütecavize karşı dermeyer edebilir.*..." Bu iki fıkra birbirini tamamlamaktadır; biri hukuki dayanağı, diğeri yaptırımını belirler. Dikkat buyurulursa bugün uygulananın tamamen aksine "...*bütün hak ve selâhiyetleri.*..." öne sürebilecek olan 'sadece' "...*Bedel talebinde bulunan kimse.*..." yani eser/hak sahibidir. Ama mütecaviz değil! Amaç, açıktır. Hirsch, mali hakları tecavüze uğrayan eser sahibini zararını ispat yükünden kurtarmak istemiştir. Hatta Hirsch, mali hakları tecavüze uğrayan eser sahibinin öne sürebileceği talepleri farazi sözleşme ile sınırlı tutmak istememiş, o yüzden 68.md.ye; "...*Eser sahibi ile üçüncü şahısların daha geniş tazminat hakları mahfuzdur.*..." şeklinde bir fıkra daha ekleyerek haksız fiilden doğacak

² Kısmen de; 'HIRSCH Ernst E. Anılarım-Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi, Tubitak Yayınları, Ankara, 13. Basım 2017' adlı eserinde anlatmıştır.

diğer taleplerle ilgili kapıları da açık tutmuştur (Vakıa bu sonuncu fıkra kanunlaştırma çalışmaları sırasında metne alınmamıştır.)

Ön tasarının 113. maddesindeki fıkraların büyük kısmına FSEK.nun 05.12.1951 tarihli ilk metninde de yer verilmiştir. Ancak, Hirsch'in ön tasarısı ile varmak istediği hedef, fıkralar arasındaki nazik denge o tarihte dahi iyi anlaşılamadığı için “...*Eser sahibinin talebi, sözleşmeden doğmuş sayılır...*” düzenlemesi Kanun metnine alınırken, bunun hemen arkasına ön tasarıda olmayan: “...ve ***kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamaz...***” şeklinde eser sahibinin haklarını kısıtlayıcı bir ibare eklenmiştir. Oysa, Hirsch; Hukuki bakımdan Fikri Say (2. Cilt, İstanbul, 1943) adlı eserinin 179. sayfasında: “...Öntasarımız mütecavizin kusurlu olup olmamasına bakmaksızın, tecavüze uğrayan kimseye refi davasını açmak selahiyeti tanımakta ve münasip tedbirlerin ittihazını hakimnin takdir selahiyetine bırakmaktadır. (Öntasarı, m. 111)...” demektedir.

Kanunlaştırma çalışmaları yapılırken ön tasarıdaki düzenlemeden ‘kusur’ koşulu eklenerek kısmen uzaklaştırılan 68. madde; 07.06.1995 tarih, 4110 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile yapılan ‘ilk’ değişiklik sırasında Hirsch’in planladığı halinden daha da uzaklaştırılmıştır. Nitekim, değişiklik sırasında ilk önce farazi sözleşmenin hukuki dayanağı olan “...***Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...***” şeklindeki (ön tasarıdaki 4’ncü) ilk Kanun metnindeki 5. fıkra, madde metninden çıkartılmıştır. Bu yapılırken, Kanun’un ilk metnindeki 5. fıkranın tamamı madde metninden ıskat edildiği için devamında yer alan; “...ve ***kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamaz...***” kısıtlaması da mülga hale gelmiştir.

4110 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile yapılan değişiklik sırasında ön tasarıda ve Kanun’un ilk metninde bulunan: “...*Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir...*” şeklindeki son fıkra ise korunmuştur.

Yapılan değişiklikler ve takip eden uygulamalardan, söz konusu fıkradaki “...*Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde*” şeklindeki ifadenin de farazi sözleşmenin uygulanmasına imkân sağlayacağını düşünülüyor anlaşılmaktadır. Zira, 68. maddede daha sonra yapılan değişiklikler sırasında, ön tasarıda

bulunan ama hiçbir zaman Kanun kapsamına girmeyi başaramayan “...*Eser sahibi ile üçüncü şahısların daha geniş tazminat hakları saklıdır...*” şeklindeki son fıkra ile farazi sözleşmenin hukuki dayanağı olan; “...***Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır..***” şeklindeki fıkra; 68. madde kapsamına bir daha alınmamıştır. Yani, halen yürürlükte bulunan FSEK.nun 68. maddesinde bu iki fıkra yer almaz.

Yeri gelmişken belirtmek gerekirse, yürürlükteki 68. maddede birkaç kez yinelenen “...***Sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedel...***” ifadesinin zannedildiğinin aksine farazi sözleşme ile ilişkisi yoktur. Bu düzenleme, sadece gerçekleşen ve sürmekte olan tecavüz nedeniyle hesaplanacak (ref bedeline / telif tazminatına / özel hukuk cezasına artık ne şekilde ifade edilmesi tercih ediliyorsa) bu tutara münhasırdır.³ Farazi sözleşme bahsi aşağıda daha geniş şekilde irdelenmiştir.

Sözün özü; kaynakları incelemeden hotbehot (pervasızca) yapılan kanun değişiklikleri, hatalı yargısal uygulamalar fikir ve sanat eserleri hukukunun temelinden uzaklaşılmasına sebebiyet vermiştir/vermektedir. Yani, aslında bozulan sistematikten çok Kanun’un ruhudur.

Sonuç olarak, fikir ve sanat eserleri hukuku ile ilgili aksaklıkları giderebilmek için alanı başlangıcından bu yana iyi araştırıp anlamak, Hirsch’in; FSEK.nun temelini oluşturan ön tasarımı hazırlarken ulaşmak istediği sonuçları doğru tespit etmek gerekecektir. Elbette Hirsch’in tercihlerinin tamamı isabetlidir demek yanlış olur. Ancak, o tarihlerde eser türlerinden neredeyse sadece ilim ve edebiyat eserlerinin mesafe katettiğini, Türkiye’nin temel sorununun tercüme edilecek yabancı eserlere ödenecek telifler, bunlar Türkçe’ye çevrilince ortaya çıkacak intihaller gibi sorunlar olduğunu bilerek ve bunların üzerine 70 yıl koyarak değerlendirme yapılırsa büyük resmi görme, ulaşmak istenen hedefler doğru saptanırsa başarıyı yakalama şansı artacaktır.

Bu arada, Hirsch’in Kadıköy Nüfus İdaresine kayıtlı bir Türk vatandaşı olduğu da hatırlanarak, (değişiklikler ve Anayasa Mahkemesi kararından sonra yeniden elden ve gözden geçirilerek eksikliklerinin giderilmiş olması kaydıyla) FSEK.nun 47.maddesi işletilmek

³ OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, İstanbul, 2013, 19. Bası, s. 72; “...*İstisna öngören hükümlerin yorumlanması özel bir önem taşır. Sınırlama, yasaklama getiren veya normal düzenden ayrılarak ‘istisna’ öngören kanun hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği bir temel hukuk kuralıdır; Singularia non sunt extendenda!...*”

suretiyle ‘FİKRİ SÂ’Y’ adlı eser kamuya mâl edilebilir.⁴ Bu, hem bir vefa borcu, hem de doğru ve sağlıklı kaynakların korunması bakımından üzerinde düşünülmesi gereken bir öneridir.

II. 68. MADDE İLE İLGİLİ YAPILAN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

Hirsch’in 40’lı yılların sonlarına doğru tekrar gözden geçirerek Adalet Bakanlığı’na sunduğu FSEK ile ilgili ön tasarı kanunlaşırken, açılacak hukuk davaları 66-70.maddeler arasında düzenlenmiştir. İstisnalar saklı kalmak kaydıyla genel olarak bunlar, ika edilen yahut 69. maddeye konu tecavüzün men’inde olduğu gibi ika edilmesi kuvvetle muhtemel olan haksız fiiller söz konusu olduğunda açılacak hukuk davalarıdır.⁵ Nitekim, bu grup; 66. maddedeki: “...*Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse...*” ibaresiyle başlar, 70/son fıkradaki; “...*tecavüze uğrayan kimse...*”nin yapabileceklerine ilişkin düzenleme ile son bulur.⁶

FSEK.da bizatihi sözleşmeye aykırılık nedeniyle açılacak 58.maddeye konu: ‘caymaya karşı itiraz’ yahut eser sahipliğinin çekişmeli olduğu durumlarda açılacak 15/3. fıkraaya konu ‘Eser sahipliğinin tespiti’ gibi yine bu Kanun’a özel, çeşitli maddelere serpiştirilmiş başka dava türleri de mevcut olmakla birlikte temel anlayış ‘Hukuk ve Ceza Davaları’nı bir başlık altında toplamaktır. Hirsch bunu ön tasarıda ‘Beşinci Bölüm’de, ‘Müeyyideler’ başlığı altında yapmıştır. Ön tasarı kanunlaştırılırken bu davalar yine ‘Beşinci Bölüm’de ama bu kez ‘Hukuk ve Ceza Davaları’ başlığı altında tasnif edilmiştir. 70 yıldır da bu şekilde muhafaza edilmektedir. Neticeten; ihdas edildiği tarihten bu yana Kanun’da kimi iyi, kimi başarısız pek çok değişiklik yapılmış ise de genel yapı korunmak durumunda kalmıştır.

Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch, hukuk davalarını gruplandırırken önce 66.maddedeki (ön tasarıda: 111.madde) tecavüzün ref’ini [yani, bir eserden doğan mali ve/veya manevi hakları tecavüze (ihlâl) uğrayan kişinin neler yapabileceğini] ‘genel olarak’ düzenlemiştir.

⁴ Hatta; 27.10.2012 tarih, L 299/5 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayımlanarak yürürlüğe giren ‘Öksüz eserlerin bazı izin verilen kullanımları hakkında 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/28/AB sayılı AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEY DİREKTİFİ’ kapsamında bu eserlerin digitalleştirilmesi ve dağıtımının kolaylaştırılması, bu ve benzeri yöntemlerle ilgilenenlerin istifadesine sunulması sağlanabilir.

⁵ **TEKİNALP** Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, 5. Bası, s. 311/30: “...*Onun için BK. m. 41 (TBK. m. 49) vd. tamamlayıcı hükümler olarak uygulanır...*”

⁶ Bununla birlikte uygulamada sözleşmeye aykırılık hallerinde de 68.md.ye dayanılarak açılmış ve kabul görmüş davaların mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. Yargıtay 11 H.D. T:30.11.2004, E: 2004/495, K: 2004/11685. Daha geniş bilgi için bkz. **GÖKYAYLA** K. Emre, 5728 sayılı Kanun’la Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesinde yapılan değişiklikleri değerlendirilmesi, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010(Editör: Tekin Memiş), İstanbul, s. 296 vb.

66.madde ile yazı konusu 68.madde arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi mevcuttur. Bunun anlamı; “...68. maddede ayrıca ve açıkça özel bir düzenleme olmadığı taktirde 66. madde hükmü uygulanacaktır...”⁷

Bu arada yeri gelmişken; 07.06.1995 tarih, 4110 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile 66.maddenin sonuna eklenen fıkranın fevkalade isabetli olduğunu belirtmek isteriz. Böylece, HMK.daki yetki ile ilgili genel düzenlemelerden kısmen uzaklaşmıştır; eser sahibi dilerse tecavüzün ref’i ve men’i davalarını ikamet ettiği yerde (yerleşim yerinde) de açabilecektir. Değişiklik, eser/hak sahiplerini örtülü/açık korumayı amaçlayan Kanun’un ruhuna da uygun düşmüştür.

4110 sayılı Kanun’la; ref’e ilişkin genel nitelikteki 66.maddenin sonuna eklenen yetki ile ilgili fıkra, 67. maddenin son fıkrasındaki mimarlık eserleri ile ilgili minik değişiklik bir yana bırakılacak olursa, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi önemli değişiklikler yazı konusu 68.md.de yapılmıştır. Örneğin, önceki metindeki ilk fıkrada yer alan ihlâl halleri yeniden düzenlenmiş, bu arada bunlara“...sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış...” ibaresi eklenmiş, “kusur” koşulu terk edilmiş, bu yapılırken aynı fıkradaki, farazi sözleşmenin hukuki dayanağı olan; “...**Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır**...” hükmü de ilga edilmiş, daha önce davacı “...*muvafakati, rızasının alınması halinde talep edebileceği mutlak bedelin en çok %50 fazlasını isteyebilir*”yorken, 4110 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra artık; “...*izni alınmamış eser sahibi(nin), rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın en çok üç katını isteyebilir*”leceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın 4110 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile yapılan değişiklikler sırasında 68. maddedeki yaptırımlarla ilgili; izinsiz çoğaltılan nüshaların satışa çıkartılıp çıkartılmamış olunmasına ilişkin eski ayırım yine korunmuştur.

21.02.2001 tarih, 4630 sayılı Kanun’un 25.md.si ile 68/1. fıkrada tekrar değişikliğe gidilmiş, “...*izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın üç kat fazlasını isteyebilir...*”

⁷ Daha geniş bilgi için bkz. **ALICA** Türkay, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2014, Cilt 2, s. 2004 vd.

denildikten sonra yepyeni bir ekleme yapılmıştır: “...*Bu bedelin tespitinde ilgili meslek birliklerinin görüşü esas alınır...*”⁸

68.madde ile ilgili bir sonraki değişiklik; 23.01.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun’un 137. maddesi ile yapılmıştır. Kanun’un genel yapısının aksine 67 ve 68.md.ler için benimsenen kazuistik yöntem (sayım yöntemi) bu değişiklikte de korunmuş, hatta derinleştirilmiş, bu suretle hakimın takdir imkanı biraz daha kısıtlanmıştır. Tekinalp; “...5728 sayılı kanun ile FSEK m. 68 (1)’e getirilen açılım, hem eserden hem de bağlı haklardan doğan mali hakların ihlâli hallerinin sayım yöntemi ile gösterilmiş olmasıdır...”⁹ demek suretiyle bağlantılı hak sahiplerinin de 68.maddeye dayanarak dava açabilmelerinin açıkça hükme bağlandığına işaret etmekle birlikte bunun aslında bir yenilik olmadığını zira, bu hakkın zaten Kanun’un 80/son fıkrasında mevcut olduğunu da belirtir.¹⁰

5728’le yapılan değişiklik sonucu aktarıldığı gibi;

- “...*Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları...*” denilerek, hem eser hem de bağlantılı hak sahiplerinden mali hakları ihlâl edilenlerin bu maddedeki yaptırımlardan yararlanabilecekleri belirtilmiş, yani “eser sahibi” ibaresi terk edilerek, “hak sahipliği” kavramına geçilmiş,

- ‘*işlemek, çoğaltmak, çoğaltılmış nüshaları yaymak, temsil etmek veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek*’ denilerek, hangi eylemlerin mali hakların ihlâli sonucunu doğuracağı (sık karşılaşılan tecavüz halleri¹¹) örnek gösterme yolu ile sayılmış,¹²

- 4630 sayılı Kanun’la getirilen “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın en çok üç kat fazlası...”

⁸ **ERDİL** Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1. Bası, 2005, s. 530. “...*Gerekçe(4630-Komisyon) Eserin izinsiz kullanımı halinde hak sahibinin uğradığı zararın tazmin edilmesi ile ilgili olarak mevcut Kanun’un 68’nci maddesinin birinci fıkrasında yapılan düzenlemeyle, bu fıkra da kullanılan ‘rayiç bedel’ itibariyle ifadesinin yanı sıra emsal bedel ifadesi de eklenmiş ve kriter belirlenmesinde kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen ‘üç kat fazlasını’ ifadesiyle de paralellik sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca, bedel tespitinde meslek birliklerinin görüşünün esas alınması hükme bağlanmıştır...*”

⁹ **TEKİNALP**, s. 317.

¹⁰ 5728 sayılı Kanun değişikliği ile ilgili çok kapsamlı ve önemli bir başka irdeleme için bkz. **GÖKYAYLA K.** Emre, 5728 sayılı Kanun’la Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesinde yapılan değişiklikleri değerlendirilmesi, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, İstanbul, s. 283 vb.

¹¹ **ALICA**, s. 2004.

¹² **TEKİNALP**, s. 317/47.

şeklindeki ölçütler tekrar değiştirilmiş, mütecavize karşı talepte bulunabilmek için “izin almama” yeterli sayılmış, “zarar” koşulu kaldırılmış, “bedel” kavramı esas alınmış;

- Yine 4630 sayılı Kanun’la eklenen; “...*Bu bedelin tespitinde ilgili meslek birliklerinin görüşü esas alınır...*” ibaresi de yürürlükten kaldırılmıştır.¹³

III. İRDELEMELER

1. Tecavüzün Ref’i Davası Nedir, Hangi Koşullarda FSEK.nun 68. Maddesine Dayanılarak Dava Açılabilir?

“...*Ref davası, HMK 105. madde anlamında bir eda davası olup, mahkemeden davalının bir şeyi vermesi, yapması veya yapmamasına karar verilmesi talep olunur. Mahkemece belirlenen ref yöntemlerinin uygulanması yükümlülüğü davalıya aittir. Dolayısıyla verilen ref kararının yerine getirilmesi için gereken bütün masraflar, davacının bu kapsamda yaptığı giderler de dahil olmak üzere davalı tarafından karşılanacaktır...*”¹⁴

Tecavüzün ref’i davası açılabilmesi için eser/hak sahibinin uhdesinde bulunan mali haklarla ilgili bir ‘tecavüzün gerçekleşmiş olması’ şarttır. Eş deyişle tecavüzün gerçekleşmiş olması (objektif aykırılık) gerekli ve yeterlidir.¹⁵ Ayrıca mütecavizin kusurlu olması şartı aranmaz. Çünkü “...*Davanın amacı tecavüz eden kusurlu olsun olmasın, hakkı zedeleyen durumun ortadan kalkmasıdır...*”, “...*Davadan beklenen, tecavüzün ortadan kaldırılmasıdır...*”¹⁶

Bu davanın açılabilmesi için ikinci ve önemli koşul; gerçekleşen tecavüz devam ediyor olmalıdır. Literatürde pek çok yazar bir tecavüz vuku bulmuş ve fakat son bulmuşsa; artık ortada bir tecavüz kalmadığı için bunun ref’i (kaldırılması) yoluna gidilmemesi, koşulları varsa oluşan zararın tazmininin talep edilmesi gerektiğini, yani artık 68.maddeye değil, 70/2. fıkra

¹³ Konunun dağılması bakımından meslek birliklerinden görüş alınması meselesine dipnotta açıklık getirilmesi düşünülmüştür; buna ilişkin fıkranın madde metninden çıkartılmış olması, meslek birliklerinden görüş alınmasının yasaklandığı anlamına gelmemektedir. İsteyen mahkeme yine görüş alabilir. Sadece, bu durum yasal zorunluluk olmaktan çıkartılmıştır. Bu arada belirtelim ki, müzik alanında faaliyet gösteren eser sahibi meslek birlikleri: MESAM ve MSG; mali haklardan işleme ve yayma hakkını temsil etmez. 90’lı yıllarda Mesam, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı’na başvurarak bu konuda mukteza tayini istemiş, talebi kabul görmüş, MSG de kurulunca aynı yolu izlemiştir. Belirtilen nedenlerle; Mesam ve MSG’ye işleme ve yayma ile ilgili yöneltilecek soruların, cevapsız kalma ihtimali bulunmaktadır.

¹⁴ ALICA, s. 2005.

¹⁵ TEKİNALP, s. 307/16; “...*Hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için somut olayda ‘hukuka uygunluk sebepleri’nden birisinin mevcut olmaması gerekir...*”

¹⁶ AYİTER Nuşin, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, 2.Bası, Ankara, 1981, s. 255, 256.

dayanılarak dava açılabilirliğini belirtir.¹⁷ Ve bir kısmı bunun iyi anlaşılabilmesi için; “radyo ile yayın ve temsil” örneklerini kullanır. Bu örneklerle anlatılmak istenen tecavüzün bir kez gerçekleştiği ve fakat artık sona erdiği, tekrarlanmadığı olgusudur. Ne var ki, Hirsch ön tasarıda, kanun koyucu ise FSEK.nun 68.madde ile ilgili ilk metninde yani, ‘tecavüzün gerçekleşmesi ve devam ediyor olması şartı aranan maddesinde’ aynı ibarelere yani: “radyo ile yayın ve temsil”e yer vermişlerdir.

Kanun’un ilk metnindeki: “...*Eser, hak sahibinin müsaadesi olmadan tercüme edilmiş veya diğer bir suretle işlenmiş yahut radyo ile yayımlanmış veya temsil edilmiş ise...*” şeklindeki düzenlemeyi ALICA (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2014, Cilt 2) adlı eserin 2007. sayfası 8 No’lu dip notta: “...*Gerçekten de maddenin ilk metninde birinci fıkra, işleme, temsil ve radyo ile yayın haklarına ikinci ve üçüncü fıkralar ise çoğaltma ve yayma haklarına yönelik tecavüzler yönünden ref’in ne şekilde yapılabileceğini düzenlemişti. Böylece genellikle bir defada gerçekleşip sona eren, ancak sonuçları devam eden tecavüzlerin konusu olan, temsil ve radyo ile yayım hakları, diğer mali haklara bağımlı olarak faydalanılabilecek olan işleme hakkı yönünden, hak sahibinin ref yöntemi olarak esas itibarıyla ‘mutad bedelin en çok %50 fazlasını isteyebileceği’ kabul edilmiştir...*” şeklinde bir açıklama getirmiştir.

¹⁷ **EREL** N. Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 2009 s. 331, **ARSLANLI** Halil, Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954, s. 211-212, **AYİTER**, s. 253, **GÖKYAYLA**, 5728 sayılı Kanun’la FSEK.nun 68. maddesinde yapılan değişiklikleri değerlendirilmesi, s. 285 vb. Ancak Emre hocam, bu genel kuralı belirledikten sonra değerlendirmelerine devam eder. Nitekim, **GÖKYAYLA**, K. Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesine ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi, FSHD. Cilt 8, sayı: 30, yıl: 2012. şeklindeki diğer makalesinde yorumları şu şekildedir: bazı durumlarda ihlâl kesilmiş gibi görünse de aslında devam eder. Makalede bu konuda çok isabetli örnekler de yer almaktadır. Gerçekten de izinsiz kitap çoğaltılıp yayımlanması eylemi çoğu kez bir kerede gerçekleşir. Ancak, yayma eylemi devam edebilir. Yahut davalı tüm nüshaların dağıtımını da tamamlamış olabilir. Buna karşın kitap nüshaları satış için raflarda bulundurulduğu sürece ihlâlin devam ettiğini kabul etmek lazım gelir. Değerli hocam, alıntı yaptığımız makalesinde; “...*Tecavüz başlamış ve sona ermişse, tecavüzün ref’i talebi (üç katına kadar bedel tazmini talebi de dahil olmak üzere) reddedilmelidir*” şeklinde görüş bildirmiştir. Ancak, uygulamada davalar çok uzun sürmektedir. Somut olayda farazi sözleşme, uzayan ceza zamanaşımı gibi koşullar yoksa haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi dolmadan davacının yeniden, bu kez 70/2. fk.ya dayanarak dava açma imkanı kalmayabilir. Bir başka anlatımla bir tecavüz gerçekleştirildiği sabit olduğu halde sırf usuli nedenlerle adalet tesis edilmemiş olacaktır. Bütün bunlara ek olarak HMK.nun 33. maddesi uyarınca uygulanacak hukuku bulup çıkartmak görevi hakime verilmiştir. Belirttiğimiz nedenlerle naçizane kanaatimiz, davanın reddi yerine, FSEK.nun 70/2. fıkrasının uygulanmasına karar verilmesinin daha isabetli olacağı yönündedir. Nitekim, Yargıtay 11.H.D. 25.04.2012, E: 2010/16573, K: 2012/6758 sayılı kararında bu yoldaki ıslahı kabul etmiştir. Ancak, hemen belirtelim ki, aynı konuyu işleyen Sayın ALICA; öne sürdüğümüz görüşün tam tersini savunmaktadır. (Hakimlik deneyimi de olan) Değerli yazar, HMK.nun 31 ve 119/1-ğ maddeleri uyarınca davacıya talebinin neden ibaret olduğunun açıklattırılması, ona göre karar kurulması gerektiği düşüncesindedir ve Yargıtay’ın ıslahın onanmasına ilişkin kararını eleştirmektedir. s. 2015.

Eğer söylendiği gibi kanun koyucu bu ilk metinde; bir defa vuku bulup sona eren tecavüzler ile devam etme tabiatı olan tecavüzler ayırımı yapmış ise; ‘işleme’nin bir defalık eylem olduğunu kabul müşküldür. Çünkü, işlemenin çerçevesi geniştir, pek çok eser türünü ve eylemi kapsayabilir. Öte yandan literatürde genellikle temsil ve radyo ile yayını bir defalık ihlâl olarak değerlendirme eğilimi varsa da bunlar devam edebilecek ya da tekrarlanabilecek ihlâl türleridir. (Nitekim, örneğin bir zamanlar TRT’de yayınlanan radyo tiyatrosu, arkası yarın gibi yapımlar düşüncelerimizi anlatmaya yetecektir.)

Bütün bu görüşlere ve yaptığımız alıntılara ek olarak, şunları da belirtmezsek değerli Yazar: ALICA’ya haksızlık etmiş oluruz; “...Davanın açıldığı tarihte mali haklara yönelik ihlâl eyleminin bilfiil devam etmesi zorunlu değildir. Esasen bir tiyatro eserinin sahnelenmesi, müzik eserinin konserde söylenmek suretiyle doğrudan ya da radyoda çalınmak suretiyle dolaylı temsili, kamuya iletimi, sinema eserinin televizyonda yayınlanması, eylemlerinde, davanın açılması sırasında tecavüz eylemi fiilen sona ermiştir. Ancak, bu eylemlerin sonuçları, piyesin oynanması, şarkının söylenmesi, filmin gösterilmesi ile gerçekleşen ihlâlin izleri silinmiş, hukuken ortadan kaldırılmış değildir...”¹⁸ Görüleceği üzere ALICA, genel düşüncelerin tam tersini savunmaktadır. Üstelik savları hiç de yabana atılacak nitelikte değildir. Nitekim, Yargıtay da genel olarak bu görüşü benimsemiştir.¹⁹ Bununla birlikte Yüksek Mahkeme’nin tersine kararları da mevcuttur.²⁰

Sonuç itibariyle; meselenin somut olaya göre çözümlenmesinin en sağlıklı yol olacağına ilişkin düşüncelerimizi belirtmek isteriz.

Tecavüzün ref’i davası ile prensip itibariyle gerçekleşen saldırının giderilmesi hedeflenir. Bununla birlikte bazen öyle koşullar cereyan edebilir ki, bu dava tekrarlanmakta olan saldırıların önlenmesi amacına da matuf olabilir. Bu haliyle ref talebinin tecavüzün men’i davasına bir miktar yaklaştığı söylenebilirse de; tecavüzün men’inde henüz herhangi bir saldırı vuku bulmamıştır. Ancak bir saldırı tehlikesi kuvvetle muhtemeldir. Ref’teki işaret ettiğimiz özel durumda ise; bir tecavüz gerçekleşmiştir ve bunun tekrarlanma ihtimali mevcuttur. Bu gibi

¹⁸ ALICA, s. 2013.

¹⁹ Bu kararlara konu olaylarda hukuka aykırı eylem gerçekleşmiş ve fakat sona ermiştir. Yani, devam eden bir tecavüz bulunmamaktadır. Yargıtay HGK. T:20.03.2002, E:2002/11-176, K:2002/214. Aynı doğrultuda: Yargıtay 4.H.D. T:12.02.2002, E: 2001/12748, K:2002/1613. Bir başka örnek: Yargıtay 11.H.D. T: 18.05.2005, E: 2004/7215, K2005/5336 ya da Yargıtay 11.H.D. T: 28.06.1999, 4188/5854 sayılı karar.

²⁰ Yargıtay 11.H.D.07.05.2012, E: 2011/225, K: 2012/7214.

durumlarda açılacak ref davası ile eser/hak sahibinin daha fazla zarara uğramasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Tecavüzün ref'ine ilişkin genel hükümler taşıyan 66.maddenin 3.fikrasında; bu davanın açılabilmesi için kusur şartının aranmayacağı belirtildikten sonra hemen takip eden 4. fıkrasında 'kusur'dan söz ediliyor olması, bu düzenlemeyi ilk kez okuyan kişilerde fıkralar arasında çelişki olduğu kanaati uyandırabilir. Oysa 3.fıkradaki düzenleme ile; bu davanın açılabilmesi için 'kusur'un sıhhat şartı olmadığı belirtilmektedir. 4.fıkradaki 'kusur' ise; hakimın takdir hakkı ile ilgili bir husustur. Hakim, ref ile ilgili bir bedel belirlerken tecavüzün kapsamını, kusurla mı yoksa ihmal sonucu mu böyle bir tecavüzün meydana geldiğini, hatta takdir edeceği bedel nedeniyle tecavüzde bulunanın bir zarara uğrayıp uğramayacağını, bunun derecesini dikkate alacak, buna göre hüküm kuracaktır.²¹

Davalının uğrayacağı zarardan söz etmişken, davacının 68. maddeye dayanarak dava açabilmesi için bir zarara uğrayıp uğramadığının aranıp aranmayacağını irdelemekte yarar görülmüştür. Değerli hocam K. Emre Gökyayla; "5728 sayılı Kanun'la Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. maddesinde yapılan değişiklikleri değerlendirilmesi" başlıklı bilimsel makalesinin 286. sayfasında; "...*Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için tecavüzde bulunanın kusurunun yanında hakkı tecaviize uğrayanın zarara maruz kalması da şart değildir...*" betimlemesinde bulunmuş, benzer görüşler için Ahmet Kılıçoğlu'na (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006, s. 383, 384) atıf yapmıştır. Yazara göre; "...*Bir taraftan zararın diğer taraftan da kusurun aranmaması bakımından tecavüzün ref'i davası tazminat davasından ayrılır...*"

"...*Ref talebinin, 'eski halin iadesi talebiyle' de karıştırılmaması gerekir; eski halin iadesi (Naturalrestitution) ancak kusurlu ihlâl hallerinde söz konusu olur. Ref davasının, 'tazminat davası' ile arasındaki fark burada, yani kusur unsurunun aranmaması keyfiyetindedir. Ref davası, devam etmekte olan tecavüz sebebiyle uğranılan ve uğranılması muhtemel müstakbel zarardan kaçınmak için açılır; buna karşılık tazminat davası, içinde bulunulan anda mevcut zararı dengelemeye yöneliktir...*"²² Görüleceği üzere; bir taraftan

²¹ Kanun'un açık hükmü ve Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararına rağmen bu davalarda hakimın takdir hakkı bulunmadığını öne süren Yargıtay 11.H.D.nin görüşleri aşağıda ayrıca irdelenecektir.

²² Benzer görüş için bkz. ÖZTAN Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 634.

zararın, diğer taraftan da kusurun aranmaması nedeniyle, tecavüzün ref'i davası tazminat davasından ayrılır.

FSEK.da tecavüzün ref'i davası ile ilgili herhangi bir zamanaşımı süresi belirlenmemiştir. Daha önce de belirtildiği gibi bu davalar genel olarak haksız fiil söz konusu olduğunda açılır. Buna göre bir haksız fiil meydana gelmişse dava açma konusunda süre; TBK.nun 72'nci maddesine tabi olacaktır. Yani, hukuka aykırı eylemin öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl, her hâlükârda haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yılın geçmesi ile talep zamanaşımına uğrar. 72. madde bu konuda ek bir süre daha kabul etmiştir; uzayan ceza zamanaşımı süresi. Buna göre cezayı müstelzim bir fiil ika edilmiş ise; ceza kanunlarında bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüldüğü taktirde; bu zamanaşımı süresi uygulanır. Bunun için herhangi bir ceza davası açılmış olması zorunluluğu yoktur.

Halihazırda uygulamada; FSEK.nun 68.maddesine dayanılarak dava açılmış ve seçeneklerden '3 kat fazla' bedel talebi tercih edilmiş ise; taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda ve sözleşmenin ihlâline dayalı istisnai taleplerde doğal olarak; TBK.nun 146.maddesine konu 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. TBK.nun 147.maddesi kapsamındaki borç ilişkilerinde ise; bu süre 5 yıldır.

Zamanaşımı konusunda hatırd tutulması gereken en önemli kurallardan birisi de ihlâl devam ettiği sürece zamanaşımının işlemeyeceği hususudur.²³

2. Hangi Mahkemeler Görevli ve Yetkilidir?

Görev meselesi; FSEK.nun 76.md.si ile hükme bağlanmıştır. Genel kural; bu alanda kurulmuş ihtisas mahkemelerinin yani, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin görevli olması şeklindedir. Bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde, asliye hukuk mahkemeleri görev yapacaktır.²⁴ Yazının konusundan daha fazla uzaklaşılması bakımından somut olay özelinde görevle ilgili kararsızlık geçirilmesi halinde; Yargıtay HGK.nun T: 18.11.2009, E: 2009/15-459, K: 2009/541 içtihadına ve bilhassa karşı oy yazılarında belirtilen çok değerli görüşlere göz atılmasında yarar olacağını vurgulamakla yetinilecektir.

²³ ÖZTAN, s. 636. Aynı nitelikte: TEKİNALP, s. 310/26, 311/30 vb.

²⁴ 22.12.2016 tarih, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 189.maddesi ile FSEK.nun 76.maddesinde yapılan değişiklik sonucu 'Görevli ve yetkili mahkeme' konusunda, 6769 sayılı Kanunu'nun 156.maddesi, 1. fıkrasına gönderme yapılmıştır.

Yetki ile ilgili genel düzenlemeler HMK.nun 5 vd. maddelerinde yer alır. Tecavüzün ref'i; istisnalar hariç, karakteri itibariyle haksız fiillerden neşet eden bir dava türüdür.²⁵ Bu nedenle HMK.nun 16. maddesi uyarınca "...*haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.*" Bunun yanı sıra yetki ile ilgili HMK.daki düzenlemelerin başındaki 5. maddede de belirtildiği gibi; "...*diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler...*" saklıdır. Nitekim, yazı konusu 68. md. ile ilgili davalar bakımından yukarıda da açıklandığı üzere FSEK özel bir yetki kuralı benimsemiştir. Buna göre; 66/son fıkra ile "...*Eser sahibi ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref'i ve men davası açabilir...*" Dolayısıyla, yetkili yer; eser sahibinin yerleşim yeri mahkemesidir. Bu arada belirtmek gerekirse; sözü edilen imkan numerus clausus şeklinde (yani sınırlandırıcı sayma yöntemi ile) belirlendiğinden, sadece tecavüzün ref'i ve men'i davaları davacının ikametgahı mahkemesinde açılabilir.

Hükmün mefhumu muhalifinden (argumentum a contrario / aksi ile kanıt yöntemi) örneğin; FSEK 70/1-2. fıkralarına konu manevi ve maddi tazminat davalarının, 70/son fk.sına konu vekâletsiz iş görme temeline dayalı davanın ve benzerlerinin biraz önce işaret ettiğimiz HMK.nun 5 vd. maddelerinde belirtilen genel yetki kurallarına tabi oldukları sonucu hasıl olur.

3. 68. Maddeye Dayanarak Kimler Dava Açabilir?

FSEK yapılan değişiklikler ve yerleşik hale gelen Yargıtay uygulamaları nedeniyle aşağıda sayılan kişilerin talep/dava hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.²⁶

²⁵ Aynı görüş için bkz. ÖZTAN, s. 635.

²⁶ 68.md.ye dayanılarak açılacak davalarla ilgili aktif süjenin irdelenmesinden önce şu temel değerleri hatırlamakta yarar olacaktır:

Bilindiği gibi FSEK.nun 48.md.si eser sahiplerine eserleri bağlamında kendilerine tanınan mali haklarla ilgili tasarruflarda bulunma imkanı bahsetmiştir. Yine bilindiği gibi bu tasarruflar başlıca a) Devir, b) Ruhsat (Lisans) olarak ikiye ayrılır. Ruhsat da aa) Basit, ab) Tam ruhsat olmak üzere alt ayrımlara tabidir. Bunlar arasındaki fark; devirde mali hakların eser sahibinin aktifinden çıkıp bu hakları iktisap edenin aktifine dahil olması, ruhsatta ise; hakkın değil, sadece kullanma yetkisinin tasarrufa konu edilmiş bulunmasıdır. Basit ruhsat ilişkisinde; mali hakları kullanma yetkisi sadece lisans alana tanınmakta iken tam ruhsatta lisans alan mali hakları kendisi kullanabileceği gibi başkalarına da kullandırabilir, geri alabilir, yasaklayabilir. Bu kısım literatürde tartışmalı olmakla birlikte hakim görüşüne göre; tam ruhsatta ilişki devam ettiği sürece eser sahibi bu yetkileri bir başka üçüncü kişiye tanıyamayacaktır. Basit ruhsat ilişkisinde ise; lisans veren aynı yetkileri başkalarına da tanıyabilir. Hakim görüşü bu olmakla birlikte farklı düşünen yazarlar da vardır. Örneğin EREL, (s. 305) 'aynı nitelik, süre ve kapsam'daki bir ruhsatın ayrı ayrı şahıslara verilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Eser/mali hak sahibi böyle bir tasarrufta bulunmuş olsa bile basit ruhsatı önce kim almışsa kullanma yetkisini de o şahıs iktisap etmiş olacaktır. Çünkü; "*Basit ruhsat (en fazla); aynı mali hakka ilişkin fakat süre, nitelik ve kapsam itibariyle farklı kullanma yetkilerinin birden çok şahsa devri şeklinde düşünülmelidir...*" Özetlenen bu görüş müessesenin niteliğine daha uygun düşmektedir. Nitekim, Kanun'da da 56/3. Fıkra ile; basit ruhsata, hasılat kirasına ilişkin hükümlerin 'kıyasen' uygulanacağı öngörülmüştür.

3.1-68/1. fıkra da sayılan eser, icra, fonogram veya yapımlardan doğan mali haklar devredilmemiş ise; bu ürünlerin sahipleri (veya halefleri), mali haklar devredilmiş ise; mali hakları devir alanlar/asli ve fer'i iktisap yöntemi ile bu hakları elde edenler tecavüzün ref'i davası açabileceklerdir. Çünkü, devirle hak; iktisap edene intikal eder.²⁷

5728 sayılı Kanun'la 68/1. fıkra da yapılan değişiklik sırasında diğer bağlantılı hak sahipleri sayılırken 'radyo ve televizyon kuruluşları' unutulmuştur. Ancak, FSEK.nun 80/son fıkrası: "...Eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi Tecavüzün Ref'i, Tecavüzün Men'i ve Tazminat Davası haklarından faydalanırlar..." hükmünü amir olduğu için radyo ve televizyon kuruluşlarının da bu düzenlemeye dayanarak dava açabilirler. Öte yandan 66. maddedeki "...Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse..." betimlemesi de bu durumu desteklemektedir.

3.2-İstimal selahiyeti (kullanma yetkisi) yani ruhsat(lisans) söz konusu olduğunda literatürde davanın aktif süjesi ile ilgili bir görüş birliği yoktur. Sahip olunan ruhsatın tam mı, basit mi olduğu ayırımına da dikkat edilerek bu görüşler elden geldiğince özet şekilde aktarılmaya, bu arada Yargıtay'ın uygulamalarından da söz edilmeye çalışılacaktır.

Bir görüşe göre, kullanma yetkisini ruhsat yolu ile kazananlar, sadece sözleşme çerçevesinde ruhsat verene müracaat edebilir ama mütecavize karşı tecavüzün ref'i davası açamaz. "...Çünkü, ruhsat sahibine bu hakkı vermek eser sahibinin veya mali hakkı devralan kişinin gelecekteki haklarını ihlâl edebilir. Ruhsat sahibinin zararının karşılanmasını sadece maddi tazminat davası [FSEK m. 70 (2) ile korumak daha doğru olur..."²⁸

²⁷ ARSLANLI, s. 209 ve AYİTER bu görüştedir. ARSLANLI; "...Sözü edilen mali hak ya da haklarla ilgili tecavüz aynı zamanda bunlarla bağlantılı manevi hak ya da hakları da ihlâl etmiş ise; eser sahibi ya da mirasçıları ancak, bu halde ve sadece manevi haklar yönünden müdahalede bulunabilirler..." fikrini benimser. AYİTER'e göre ise; "...Eser sahibi tarafından yapılan tecavüzlere karşı onu dahi dava edebilir..."

²⁸ TEKİNALP, § 20, N.74. Değerli hocam, bu görüşün en kuvvetli savunucularındandır. Fikirleri Yargıtay'ı da etkilemiş, Yüksek Mahkemenin görüş değiştirmesine yol açmıştır. Aşağıda kararlarından alıntı yapılarak detaylı şekilde aktarıldığı üzere Yüksek Mahkeme önceleri tam ruhsat sahiplerinin de mali haklara tecavüzde bulunanlara karşı FSEK.nun 68. maddesine dayanarak dava açabileceğine dair içtihatlar üretmişken, daha sonra Tekinalp'in savunduğu fikri benimseyerek bundan dönmüş, "...ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olan kişinin ise zararının karşılanmasını sadece FSEK'in 70/2 maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasında isteyebileceği, dolayısıyla münhasıran ruhsat alan davacının, ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK.in 68.inci maddesine dayalı tecavüzün ref'i ve telif tazminatı istemli davayı açamayacağı..." yolunda içtihat üretmeye başlamıştır. Benzer görüşler için bkz. AYİTER, s. 254; ARKAN, 281.

Bir başka görüşe göre ise; ruhsat sahipleri de dava hakkına sahiptir. Çünkü ruhsat verme, aynî etkileri olan bir tasarruf işlemi niteliği taşımaktadır. Bu arada ister tam, ister basit ruhsat verilmiş olsun, (mali hakkın özünü muhafaza eden) eser sahibi de dilerse dava açabilir.²⁹

Dip notlarda belirtildiği gibi Yargıtay; mali hakları devir alanlar gibi tam ruhsat sahiplerinin de mütevacizlere karşı 68. md. ye dayanarak dava açabilecekleri görüşünü benimsemiş idi.³⁰ Ancak, daha sonra görüş değiştirerek³¹ ruhsat sahiplerinin mütevacize karşı 68. maddeye dayanarak dava açamayacaklarını, koşulları varsa 70/2 fıkrası uyarınca dava açıp, tazminat isteyebileceklerini hükme bağlamıştır. Yargıtay'ın bu bakışı çok haklı olarak eleştirilmiştir.³²

3.3-Yukarıdaki listeye FSEK'nun 18/2. fıkrasındaki mali hakları kullanma yetkisi Kanun'dan doğan kişileri de eklemek gerekir.

²⁹ **EREL**, s. 304 vd. 334 vb. Meseleleri hemen her zaman fevkalade geniş bakış açısı ile değerlendiren, savlarını çok sağlam hukuki gerekçelerle destekleyen değerli hocamız ise; bu görüşün en güçlü temsilcisidir. EREL'e göre; "...Ruhsat sahibi hakkını savunmak için bizzat dava açabilir; hatta dava açmadığı taktirde; doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olur. İster tam, ister basit ruhsat verilmiş olsun, mali hak özü veya devredilmeyen yetkiler itibarıyla hak veya eser sahibine kalmış olacağından, onun da ayrıca dava açmasına engel yoktur. Ancak bu taktirde alınan hükümden mali hak veya eser sahibi değil, ruhsat sahibi istifade edecektir..." Aynı nitelikte **ARSLANLI**, s. 209; Yazar, meselenin şu hukuki temellere göre ele alınmasını salık vermektedir: Kullanma hakkının devrinin taraflar arasında sırf şahsi bir talep hakkı doğurduğu fikri tercih edildiği taktirde; dava hakkı da münhasıran eser veya mali hak sahibine tanınacaktır. Bunun aksine kullanma hakkının devrinin bir tasarruf işlemi olarak kabulü halinde ise; ruhsat sahibi de dava hakkına sahip olacaktır. Bu ikinci sistemde kuru mülkiyette olduğu gibi mali hakkı muhafaza eden eser sahibi de dava açma hakkına sahiptir.

³⁰ Yargıtay 11.H.D. T: 21.06.1991; E: 1990/1645; K: 1991/4238 (Suluk/Orhan, s. 714/715.); Yargıtay 11.H.D. T: 26.04.1999; E:594/3250 (Suluk/Orhan, s. 717/719.); Yargıtay 11.H.D. T: 11.03.1999; E: 1998/9958; K: 1999/3423 (Suluk/Orhan, s. 714/715.), Bu kararında Yargıtay: "...FSEK 56/1 maddesinde düzenlenen Tam Ruhsat, eser sahibinin mali hakka özgün olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mali haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesidir. Aynı ruhsatın başkalarına verilememesi nedeniyle de Basit Ruhsattan ayrılır. Tam ruhsat verilmişse, ruhsat sahibinin fiilen mali hak sahibinden farkı yoktur. Ancak FSEK ruhsat sahibinin tecavüzün ref'i taleb edip edemeyeceği hususunda bir hüküm getirmemiştir. Doktrinde Ruhsat, tasarruf işlemi olarak kabul edildiğine ve tüm ruhsat sahibinin eser sahibi ve komşu hak sahibinin sahip olduğu mali hakları kullanma veya yararlanma açısından farkı olmadığına göre, Tam Ruhsat sahibi de mali hak sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hatta açmadığı taktirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabilirler" diyerek, hükmü bu gerekçeler üzerine inşa etmiş idi. **DİKKAT! Bu görüşten dönülmüştür.**

³¹ Yargıtay 11.H.D. T: 20.01.2006; E:2005/166, K: 2006/33. (**ALICA**, s. 2011.); Yargıtay 11.H.D. T: 20.11.2007; E:2006/6776, K: 2007/14566. (**ALICA**, s. 2052, 68/4.) Yargıtay bu kararında: "...Davacının FSEK'in 68.maddesine dayalı olarak tecavüzün ref'i ve tazminata karar verilmesini istediği; FSEK'in 68. maddesine dayalı telif tazminatı talep hakkının eser sahibine veya eser sahibinden mali hakları devralan kişiye ait bulunduğu, ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olan kişinin ise zararının karşılanmasını sadece FSEK'in 70/2 maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasında isteyebileceği, dolayısıyla münhasıran ruhsat alan davacının, ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK'in 68.inci maddesine dayalı tecavüzün ref'i ve telif tazminatı istemli davayı açamayacağı, buna karşın FSEK'in 70/2 maddesi uyarınca tazminat isteminde bulunabileceği gözetilerek mücerret telif tazminatı istemli davanın husumet yönünden reddi gerekir..."

³² Geniş bilgi için bkz. **ALICA**, s. 2011 vd.

3.4-Birden fazla kişi bir esere müşterek(paylı) ya da iştirak halinde (elbirliği) sahip olabilir (Eser sahipleri arasında birlik. md. 9 ve 10.) Bu tür eserlerden doğan mali hakların ihlâli halinde; her bir hak sahibi; vücuda getirdiği kısmın sahibi olduğundan, bu hakka dayanarak tek başına dava açabilir. Keza, eserin bütününe tecavüz edilmesi halinde; eser sahiplerinden her birinin talep/dava hakkı bulunmaktadır.³³ Müşterek eser sahiplerinden her birisi vücuda getirdiği kısım ile ilgili ref talebinde bulunabilir.

3.5-Meslek Birlikleri:

07.11.2020 tarih, 31297 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, 01.01.2021’de yürürlüğe giren ‘Meslek Birliklerine Verilecek Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik’ 5/2 ve 6/a bendleri uyarınca; üyeler, bütün eser ve bağlantılı hak konusu olan ürünleri ile ilgili mali haklarının kullanım yetkisini en az 5 yıl müddetle münhasıran meslek birliğine devretmek zorundadırlar.³⁴ Keza, aynı Yönetmelik 7/1. fıkrası uyarınca meslek birlikleri; bu hakları kendi adlarına kullanma, ... bu hakların takibi ve tahsili için her türlü kazai, idari ve icrai yollara müracaat etme ve takip etme hususlarında yetkili ve yükümlüdürler. Literatürde de, (hatta) yeni Yetki Belgesi Yönetmeliği’nin kabulünden önce aynı görüşleri benimseyen yazarlar bulunmaktadır.³⁵

Özetlenen nedenlerle FSEK.nun 68.maddesine dayanarak dava açabilecekler arasında, daha doğru ifadesiyle başında meslek birliklerini de saymak gerekir. Ancak, uygulamada, Mesam gibi yurt içinden ve yatay anlaşmaları nedeniyle yurt dışındaki (174 ülkeden) binlerce üyesi ve bunlara ait 25.000.000 musiki eseri ile ilgili hakları takip etmek zorunda olan meslek birliklerinin bu davaları açabilecek yeter sayıda hukukçuya sahip olmadığı herkesin malumudur. Bu nedenle 16 yıl beklendikten sonra ihdas edilen yeni Yetki Belgesi Yönetmeliği

³³ **EREL**, s. 92; **ARSLANLI**, s. 209. Bu hüküm esasen mülga Hakkı Telif Kanunu’nun 36. maddesinden gelir; “...Madde 36) Müşterek kaleme alınmış bir eser sahiplerinin hukuku tasarruflarına başkaları tarafından vuku bulacak tecavüzden dolayı münferiden dahi mahkemeye müracaatla zarar ve ziyan talebine hakları vardır...”

³⁴ Literatürde meslek birlikleri ile yapılacak sözleşmelerin [yani imzalanacak yetki belgelerinin] hukuki niteliği hakkında[Almanya’dan mülhem]“menfaati koruma sözleşmesi” ve benzeri farklı terminolojiler kullanılmaktadır. Bununla birlikte yaygın kanaat; eser/hak sahiplerinin bu belgelerle mali haklarını meslek birliklerine devretmesi gerektiği yolundadır. Daha geniş bilgi için bkz. **TEKİNALP**, s. 268, 292. vd.

³⁵ **ÖZTAN**, s. 859: “...Menfaatleri koruma sözleşmesi eser sahibi ile meslek birliği arasında bağlanır. Bu sözleşmeyle eser sahibi: (1) Mali Haklarını kendi adına, üçüncü kişilere devretmek veya bunlarla ilgili lisans vermek, (2) bunların bedellerini tahsil etmek, (3) ifa etmeme durumlarında **dava açmak ve takip yapmak** ve (4) genel olarak anılan hakları inanç ilişkisi bağlam ve kapsamında yönetmek haklarını **inhisari olarak meslek birliğine devreder**. Eser sahibi devrettiği haklarını -kural olarak- meslek birliğinin izin ve onayı olmadan kullanamaz...”³⁵ demektedir, “...Menfaati koruma sözleşmesine öncelikle ve ağırlıklı olarak vekâlet ile iş (hizmet) sözleşmesi, ayrıca da adi ortaklık ve lisans sözleşmesi hükümleri uygulanır...” değerlendirmeleri yapmaktadır.

pek çok bakımdan olduğu gibi bu bakımdan da esasen ölü doğmuştur.³⁶ Bunun anlamı, üyeler fikri ürünleri ile ilgili talep haklarını eskiden olduğu gibi yine kendileri kullanmaktadır. Bununla birlikte kağıt üzerinde meslek birlikleri de FSEK.nun 68.maddesine dayanarak dava açabilecekler arasında yer almaktadır.

3.6- Eser sahibi dışındaki mali hak sahiplerinin 68. maddeye konu taleplerde bulunabilmeleri için aslen veya devren kazandıkları mali hakları FSEK.nun 52. maddesine uygun şekilde elde ettiklerini esasen kanıtlama yükümlülükleri yoktur. Fakat ihlâl izinsiz kopya/nüsha çoğaltımı şeklinde işlenmişse o zaman 68. maddeye dayanarak dava açacak hak sahibinin eser sahibi ile 52.maddeye uygun şekilde sözleşme yapıp kendisinden çoğaltma izni aldığını yazılı şekilde kanıtlaması gerekecektir. Sözü edilen hak sahibi, bu koşulu gerçekleştirdikten sonra 2. ve 3. fıkralara göre taleplerde bulunabilecek yani; izinsiz çoğaltılmış nüsha ve çoğaltma araçlarının imhası veya uygun bedel karşılığı hak sahibine verilmesi yahut 3 kat fazla bedel talebinde bulunabilecektir.

4. 68. Maddeye Dayanılarak Açılacak Davalarda Pasif Süje:

Davanın pasif süjesi yani husumetin kime/kimlere tevcih edileceği(yönlendirileceği) konusu; aktif husumet meselesinin aksine son derece açık ve nettir. Zira fikri ürünler sahibine mutlak hak bahşeder. Bu yüzden FSEK.nun 68.md.sine dayanılarak açılacak davalarda husumet; tecavüz eden herkese yönlendirilebilecektir. Zaten bu durum Kanun'un 66/1. fıkrasında da açıkça ifade edilmiştir.

Uygulamada sıklıkla; bazı davalıların, 'A' ya da 'B' ile anlaşma yaptıklarını, bu tür sorunları karşı âkit 'A' ve/veya 'B'nin üstlendiğini, bu yüzden kendileri aleyhinde dava açılmayacağını savunma olarak ileri sürdükleri görülmektedir. Hemen belirtmek gerekirse davanın pasif süjesi ile ilgili bu tür bir def'i ya da itiraz fikir ve sanat eserleri alanında kabule şayan olamayacaktır. Söylediklerimizi bir örnekle canlandıralım; varsayalım senaryo ve diyalog yazarı 'A' tarafından vücuda getirilen senaryodan yararlanılmak suretiyle yapımcı 'B'nin ilk tespitlerini gerçekleştirdiği dizi, 'C' unvanlı yayın kuruluşuna ait televizyon kanalında yayınlansın. Yine varsayalım, yazar: 'D'; senaryonun 'A'ya değil, kendisine ait olduğunu ileri sürerek dizinin senaristi, yapımcısı ve yayın kuruluşu aleyhinde dava açmış

³⁶ Daha geniş bilgi için bkz. **MÜFTÜOĞLU H. Oğuz**, Meslek Birlikleri ve Yeni Yetki Belgesi Yönetmeliği, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2021, Cilt:95, Sayı: 2021/6, s. 96.

olsun. (Bu arada davacının bu kişilerin tamamına husumet yönlendirme mecburiyeti olmadığına altını çizelim. Davacı, dilerse bu kişilerden biri ya da bir kısmı aleyhinde de dava açabilir.) Açılan davada örneğin yayın kuruluşu ‘C’ kendisi aleyhinde dava açılmayacağını, çünkü yapımcı ‘B’ ile imzaladıkları sözleşme ile yapımcının bu diziye ait senaryonun orijinal olduğunu garanti ettiğini, bu konularda üçüncü kişilerden gelebilecek tüm taleplerden münferiden yapımcının sorumlu olmasını kararlaştırdıklarını, hatta senarist A’dan muvafakatname, mali haklar devir belgesi gibi evrakları alarak kendisine teslim ettiğini ileri sürmek suretiyle itirazda bulunsun(ki bu durum uygulamada neredeyse teamül haline gelmiştir). Üzülerek belirtelim ki, yayın kuruluşu ‘C’ açılan davadan bu savunma ile kurtulamayacaktır. Zira, başta 76/2. f.k.sı olmak üzere FSEK.nun ilgili maddeleri eser, fonogram, icra, film, yayın kullanıcılarına, kullanımdan önce gerçek hak sahiplerinden, gerekli izinleri, ‘yazılı’ şekilde almış olmaları mükellefiyeti yüklemektedir. Öte yandan 54. madde uyarınca; yayın kuruluşu diziyi (senaryoyu) umuma arz edebilmek için iktisap ettiği yetkileri/hakları devre yetkili olmayan kimseden (örnek olayda yayın kuruluşu: ‘C’, silsile ile yapımcı ‘B’ ve senaryo ve diyalog yazarı ‘A’dan), yani senaryonun gerçek sahibi: yazar: ‘D’ yerine devre selâhiyetli olmayan kimselerden iktisap etmiş ise, ‘iyi niyetli’ olsa dahi, genel hukuktaki kuralların aksine bu durumu hukuken korunmayacaktır, yani davacı: ‘D’ye karşı yayın kuruluşu da müteselsilen sorumlu olacaktır. Yayın kuruluşu ‘C’ ile yapımcı ‘B’, senaryo ve diyalog yazarı ‘A’ arasındaki ilişki tarafların iç ilişkisidir. Yayın kuruluşu ‘C’ rücu hakkını FSEK.nun 53 ve 54. maddelerinde yazılı koşulları da gözeterek dilerse bilahare kullanabilir.

Kanun’un 66/2. fıkrası ayrıca bir işletmenin çalışanı ya da temsilcisinin hizmetlerini ifa sırasında tecavüzde bulunması halinde; işletme sahibi hakkında da dava açılabilceğini hükme bağlamıştır. Aktarılan fıkra; TBK.nun 66.maddesindeki, adam çalıştırmanın (istihdam edenin) kusursuz (özen) sorumluluğu ile ilgili hükmün kıyasen ve ‘genişletilerek’ FSEK.na ithalinden başka bir şey değildir. Genişletilerek dememizin sebebi; TBK 66.maddesi ile işverene bazı koşullarda örneğin sorumsuzluk kaydı ileri sürme imkanı tanınmışken, eser sahibinin korunması düşüncesiyle olsa gerek bu tür imkanların FSEK.nun 66.maddesi ile tanınmamış, dahası işletmenin temsilcisi de kapsama alınarak sorumluluk sınırlarının genişletilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

5. 68. Maddede Yer Alan ‘Üç Kat Fazla’ Şeklindeki Bedelin Hukuki Niteliği

FSEK.nun 68.maddesi ile hüküm altına alınmış bulunan “üç kat fazla” şeklindeki bedelin hukuki niteliği de pek çok diğer konu gibi literatürde tartışmalıdır.

İşin temelinde o durduğu için önce Hirsch’ten başlayalım; “...*Ön tasarının 113’ncü maddesi gereğince, eser haksız olarak tercüme edilmiş veya diğer bir surette işlenmiş ise muvafakati istihsal edilmeyen eser sahibi, rızasının alınması halinde talep edebileceği mutlak bedelin yüzde 50 fazlasını isteyebilir. Bu hukuki kaide herkesin bildiği, ‘ecri misil’in bir şekilden başka bir şey değildir. Bu keyfiyet ön tasarının 113’ncü maddesinin son üç fıkrasında belirtilmektedir. Burada haksız fiilden veya sebepsiz mal iktisabından doğan talep hakları değil, belki farazi bir mukaveleden doğan talep hakları bahis mevzuudur ...*”³⁷

Hirsch’in aktardığımız görüşlerine takip eden eserlerde rastlanmaz. Ancak, Prof. Dr. Şafak N. Erel tarafından buradan mülhem görüşlerle ilgili çok dikkate değer bir eleştiri yapılmıştır.³⁸ Yazar, özetle; doktrinde ve yargıda hakim olan görüşün; FSEK.nun 68.md.si ile düzenlenen talep hakkının kullanılması halinde; bunun taraflar arasında mahkeme nezdinde akdedilmiş bir sözleşmeye yol açtığı şeklinde olduğunu, “...*Ayrıca hak sahibi bu iki talepten herhangi birini kullanması halinde, tecavüz edenle bir sözleşme yapmış olsaydı, ona karşı haiz olabileceği bütün kamuni hak ve yetkileri de ileri sürebilir (FSEK md. 68/son fıkra) Buradaki ‘farazi sözleşme’ karinesi*³⁹ *dolayısıyla, zamanaşımı süresi BK. md. 125.e (TBK. m. 146.ya) göre 10 yıl olacaktır...*” uygulamalarına yer verildiğini, yargı ve doktrinde; bu maddeye göre “tazminat talebi”nde bulunan davacının uğradığı zararı ispat zorunda olmadığını belirtildiğini, burada talep haksız fiil değil, farazi sözleşmeye aykırılık esasına dayandığından, eser sahibinin zararı ispat yükünden kurtarılacak himaye edilmeye çalışıldığını ifade ettiklerini öne sürmüştür.

Devamında ise şu düşüncelere yer vermiştir; “...*Biz bu görüşe katılmıyoruz. Hükmün amacının eser sahibini zararı ispat külfetinden kurtararak himaye etmek olduğu doğrudur; ancak burada yaratılan sözleşme faraziyesi, sadece eser sahibinin mali haklarının ihlâli sebebiyle uğradığı telif zararının hesabında kolaylık sağlamak içindir. Aslında hüküm*

³⁷ HIRSCH, 2.Cilt, s. 165.

³⁸ EREL, s. 340.

³⁹ Naçizane kanaatimiz 68/son fıkrasının ‘Farazi Sözleşme’ vasfında olmadığı, işaret edilen fıkranın varlık sebebinin tamamen farklı olduğu, Kanun’un ilk metnindeki; “...*Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...*” düzenlemesinin ‘Farazi Sözleşme’nin hukuki dayanağı olarak ihdas edildiği, onun da ilk kanun değişikliğinde ilga edildiği yolundadır. Konu aşağıda, ilgili bahsinde detaylı şekilde irdelenecektir.

sözleşmeye aykırılığı değil, haksız fiil sorumluluğunu düzenlemektedir ve şayet gerçek zararın tespiti mümkünse, telif tazminatına faraziye göre değil, gerçek kanıtlara göre karar verilmek gerekir. Aksi halde gerçek zararın kanıtlandığı hallerle, kanıtlanamayıp da faraziye başvurulduğu haller arasında, sorumlu şahıs açısından gerek ödenecek “tazminat”, gerek zamanaşımı yönünden büyük ve haksız bir fark yaratılmış olacaktır...”⁴⁰ şeklindeki görüşlerini dile getirmiştir.

Fevkalade değerli, sağlam hukuki temeller üzerine inşa edilmiş bu görüşlere yeri geldiği için çok küçük bir ekleme yapma gereği duyulmuştur. Günümüzde mahkemeler, Yargıtay’ın da kararlarıyla yön vermesi sonucu⁴¹ tecavüzün varlığını tespit⁴² ettikten sonra davacı ve davalı arasında farazi sözleşme ilişkisi kurulduğunu belirterek, davacının tecavüzün ref’i istemini reddetmekte, dahası bu red kararı nedeniyle mütecaviz olduğunu aynı kararda belirttikleri davalı yararına mahkeme masrafı ve avukatlık ücretine hükmetmektedirler. Aksi yönde oluşturulan kararlar ise Yargıtay 11. H.D. tarafından kararlılıkla bozulmaktadır. Görüleceği üzere bu uygulama ne FSEK.nun ruhuna, ne de hukukun idesi ve ideali olan adalete uygun değildir.

68.maddede bahsi geçen bedelin bir tür özel hukuk cezası olduğu görüşü çok fazla taraftar toplamıştır. ÖZTAN: “...Fıkra da geçen bedel kavramı, tazminatı değil, kamundan doğan bir ‘ceza’yı ifade etmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, bu ‘ceza’ kavramıyla Ceza Hukuku’ndaki veya Borçlar Kanunu’nun 158’nci (TBK.nun 179’ncü) maddesindeki anlamda bir ceza kastedilmemektedir. Bu ‘ceza’ tamamen bir Özel Hukuk cezasıdır; diğer bir deyişle, ‘medeni ceza’dır(peine privée)...”⁴³ diyerek Tekinalp’e atıf yapmıştır.

⁴⁰ EREL, s. 340.

⁴¹ ÖZTAN; Yargıtay’ın ‘Bu sebeple müdahalenin men’ine karar verilmemek gerekir’ görüşünün 11.H.D. T:31.10.2003, E:2003/11539, K: 2003/10196 sayılı kararından neşet ettiğini eserinin 650.sayfası, 150 No’lu dip notunda belirtmiş ve bu kararı Suluk/Orhan, C. II, sh. 898.den aldığını bildirmiştir. Alıntı yapılan esere bakılarak Yargıtay’ın kararı bulunup incelenmiş, kararın 2. maddesinde; “...eser sahibi olan davacı FSEK.nun 68’nci maddesi uyarınca mali hak tazminatı talebinde bulunduğu, bu talebine bağlı olarak dava konusu edilen ihlaller ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi meydana geldiği kanunen kabul edilmiş olduğundan ve bu suretle de davacı aynı zamanda bir borç altına girdiğinden, davalının müdahalesinin men’ine karar verilemez. (Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999, s. 303)...” denildiği tespit edilmiştir. Bu kez de Yüksek Mahkemenin işaret ettiği eserin 303. sayfasına müracaat edilmiş ve fakat dayanak gösterilen açıklamaya rastlanılamamıştır.

⁴² Kaldı ki, eda davalarına ilişkin kararlar aynı zamanda birer tespit hükmüdür.

⁴³ ÖZTAN, 649.

Kendisine atıfta bulunulan TEKİNALP, ise; “...**Nitelik.** Buradaki ‘bedel’ bir tazminat değil, hak sahibine ödenen kanuni cezadır. Kastedilen BK. m. 158 (TBK. m. 179) anlamında cezadır; yoksa para cezası değil. FSEK m. 68 (1)’de düzenlenen durumda kanun, rayiç telif ücretinin üç katının mütecevize ödeterek tecavüzün izlerinin tamamen silinmesini sağlamakta; ref’i gerçekleştirmektedir...”⁴⁴ görüşlerini dile getirmiştir.⁴⁵ Şu farkla ki, değerli yazarlardan birisi bunun Borçlar Kanunu’nun eski 158(yeni 179)ncu madde anlamında bir ceza olduğunu ileri sürerken diğeri bu maddede belirtilen cezalardan olmadığını beyan etmektedir.

Tekinalp hocamın bu arada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku adlı eserinin (İstanbul, 2012, 5. Bastı), 305.sayfası 7 numaralı ayırımında; “...Diğer yandan, bunun tazminat ile bağlantısı da yadsınamaz. (bkz. N. 47 ve 53-55)...” diyerek tazminata (kanaatimizce yoksun kalınan kâra) kapı araladığını da belirtmemiz gerekir. Son olarak değerli yazar 68.maddedeki;

- i. Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhası ve
- ii. Bunların üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığı hak sahibine verilmesi

Seçeneklerinin ref kavramı kapsamında olduğunu zira, bu yaptırımlarla tecavüzün hem kaldırılacağını, hem önlenebileceğini buna karşın aynı maddede yer alan miktarın üç kat fazlasının istenebileceğine ilişkin düzenlemenin korsan yayınlarla mücadelenin ortaya çıkardığı hem kuramın, hem de geleneksel anlayışların dışında bir hüküm olduğunu betimlemektedir.⁴⁶

Hukuk camiasının en fazla eser veren akademisyenlerinden olan değerli hocam Prof. Dr. K. Emre Gökyayla; 68.madde ile ilgili hazırlanmış en iyi bilimsel makalelerden biri olan; ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68.maddesine ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi’ başlıklı eserinde; önce Arslanlı, Ayiter gibi çok önemli yazarların bu

⁴⁴ TEKİNALP, s. 319.

⁴⁵ TEKİNALP, s 305.vd. ve 319 “...Çoğaltılan kopyaların ve araçların hak sahibine devri veya imhası ‘ref’ kavramı içinde düşünülebilirse de ‘üç katı’ tutarında bedeli ne ref’in kapsamında görmek ne de tazminat olarak nitelendirmek mümkündür. Çünkü (1) mali haklara tecavüz halinde kusura bağlı olarak haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde tazminat davası FSEK m. 70(2)’de düzenlenmiştir; (2) ‘tazminat’ zararı giderir. Kusur aranmaksızın ‘bedelin üç katı’ bedel ödenmesi, tecavüzü caydırmaya yönelik ve hak sahibine ödenen bir kanuni cezadır. Söz konusu üç kat hükmü ceza hukuku anlamında bir para cezası değildir. Çünkü para cezası Devlete ödenir. Cezanın ne idari ne de adli niteliği vardır. Diğer yandan, bunun tazminat ile bağlantısı da yadsınamaz (bkz. N. 47 ve 53-55). Söylenen, FSEK 68’in klasik ölçüler dahilinde bir dogmatik kategoriye bağlanmasının güç olduğudur...” Değerli hocamızın da isabetle belirttikleri gibi aslında sorunun tek ve somut bir yanıtı yoktur.

⁴⁶ TEKİNALP, s. 305.

konudaki görüşlerine yer vermiştir.⁴⁷ Bu eserlerin hazırlandıkları dönemde Kanun'un 68.maddesinde kusur şartı bulunduğu yukarıda da işaret ettik. Emre Gökyayla hocam da değerli yazarların görüşlerini paylaşmakta, tecavüzün ref'i davası açılabilmesi için kusur şartı aranmayabileceğini, objektif hukuka aykırılığın yeterli sayılabileceğini ancak ceza niteliği taşıyan bir bedele hükmedilmesi bu davanın klasik sonuçlarından biri olmadığından ceza niteliği taşıyan üç katına kadar bir bedele hükmolunabilmesi için de objektif olarak hukuka aykırılığın bulunmasının yeterli olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Vardığı sonuç; üç katına kadar bedele hükmedilecek ise; Kanun'un ilk haline dönülmesinin, kusurun hükümde açıkça belirtilmesinin isabetli olacağı yolundadır. Biz de naçizane aynı görüşleri paylaşıyoruz. Değerli hocam, makalesinde;⁴⁸ “...Üç katına kadar bir bedele hükmedilmesine ilişkin düzenleme hukuki açıdan pek çok tartışmayı da bünyesinde barındırmaktadır. Bir taraftan tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için zararın varlığı aranmazken, diğer taraftan üç katına kadar bedel hesaplanırken, sanki yoksun kalınan kâr hesap ediliyormuş gibi bir yöntem izlenmektedir. Gerçekten aralarında sözleşme bulunsaydı talep edilebilecek bedelin veya rayiç bedelin (üç katının) talep edilmesi niteliği itibariyle aslında yoksun kalınan kârın (ve onun üç katının) hesaplanma şekinden başka bir şey değildir...” görüşlerini dile getirmiştir.

Emre hocamın üç kat bedelin 68.madde kapsamından çıkartılmasının, böyle bir düzenleme yapılacaksa; bunun 70.maddeki diğer bedellerle birlikte ele alınarak hükmeye bağlanmasının daha yararlı olacağını düşündüğünü hukuk sohbetlerimizden biliyoruz. Hocamızın, aktardığımız görüşü savunması nedensiz değildir; “...Kanun'un 68/1 hükmünde düzenlenen bedel, yoksun kalınan kâra benzemektedir. Gerçekten, 'aralarında sözleşme olsaydı, talep edilebilecek bedel' yoksun kalınan kâr niteliğindedir. Öyleyse Kanun'un 70/II hükmüne göre, maddi tazminat olarak ayrıca yoksun kalınan kâra hükmedilememesi gerekir. Buna karşılık 68/1 hükmünde zarar görenin uğrayabileceği fiili zarardan söz edilmemektedir. Fakat yoksun kalınan kârın da üç katına kadar bir bedele hükmetmek imkânı vardır...”⁴⁹

⁴⁷ Bu arada adı geçen yazarlardan birinin 1954'de diğerinin 1981'de kaleme aldığı eserlerin, aradan geçen 60-70 yıla ve onca kanun değişikliğine rağmen bu alanda çalışan hukukçular için halâ başucu kitapları olduklarını belirtmek, rahmetli hocalarımızın haklarını teslim etmek gerektiği inancındayım.

⁴⁸ Daha geniş bilgi için bkz. **GÖKYAYLA K.** Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68.maddesine ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi, FSHD. Cilt 8, sayı: 30, yıl:2012.

⁴⁹ **GÖKYAYLA**, s. 11.

Bir kısmını aktardığımız örneklerden de anlaşılacağı üzere 68. maddede yer alan 3 kat fazla bedelin hukuki niteliği hakkında literatürde çok farklı görüşler bulunmaktadır. İtiraf etmek gerekirse bunların çoğu ilgili çalışmayı yapan yazarın bilgi birikimine, hukuka ve dünyaya bakışına göre şekillenir. Bu nedenlerle oluşan farklılıkların çok insani olduğu tartışılmaz ama bilimsel olduğunu söylemek müşküldür. O halde işe ilk buradan başlanması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Kuşku yok ki, herkes tek tip düşünmek zorunda değildir. Ancak, 68. maddeye konu üç kat fazla bedelin hukuki temeli konusunda bilhassa akademisyen ve uygulamacılardan oluşacak ortak aklın belirleyeceği çoğunluk görüşü bu kakafoniyi sonlandıracak, sistemin doğru temeller üzerinde yükselmesini sağlayacaktır.

6. Terminoloji

Fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki en büyük sıkıntılardan birisi de hukuki terminoloji konusunda literatürde ve yargı kararlarında yaşanan keşmekeştir.⁵⁰

68.maddedeki üç kat bedel'i; 'bedel', 'ref bedeli', 'ceza', 'özel hukuk cezası' ve daha pek çok farklı şekilde adlandırmak mümkündür. Ancak, literatürde neredeyse yazarların tamamına yakını⁵¹ ve uygulamada içtihatları ile yargıyı yönlendirme gücüne sahip Yargıtay'ın da etkisi ile yerel mahkemeler ne yazık ki, Kanun'un 70/2'nci fıkrasındaki 'maddi tazminat' ile karıştırılması riskine rağmen 68. maddedeki bedel için de 'tazminat', 'maddi tazminat' ifadelerini kullanmaktadır. Bu ifade bazen de; "68'e göre tazminat - 70'e göre tazminat", çoğu kez ise; 'telif tazminatı' şekline dönüşebilmektedir.⁵² Yazının konusu dışına taşma endişesi ile başka örnek verilmeyecek ise de; bilhassa fikir ve sanat eserleri hukuku alanında dil birliğinin sağlanamadığı bilinen bir gerçektir.

⁵⁰ Düşündüklerimizi bir örnekle canlandıralım; pek çok başucu kitabında koruma süresi dolmuş, kamusal alana açılmış eserler, 'anonim' sözcüğü ile betimlenmeye çalışılır. Oysa, Fransızca "Anonyme" kelimesinden dilimize uyarlanmış bulunan bu sıfat için Türk Dil Kurumu sözlüğü; "1-Adı, sanı bilinmeyen, 2- Yaratıcısının adı bilinmeyen(eser) ve 3-Çok ortaklı" karşılıklarını vermektedir. Kelimenin anlamı ile kullanım şekilleri göz önüne alındığında görüleceği üzere durumun neredeyse; halk arasında örneğin yaygın ve yanlış şekilde 'mahrem' yerine 'namahrem' kelimesinin kullanılmasından farkı yoktur. Üstelik iş o denli çığırdan çıkmıştır ki, anonim kelimesinin yanlış kullanımı 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na değin uzanmıştır.

⁵¹ Elbette tüm yazarlar değil, örneğin Sayın ALICA da bu durumu eleştirmektedir. Geniş bilgi için bkz. **ALICA**, s. 2013.

⁵² Yargıtay 11 H.D. T: 25.02.2010, E: 2008/11423, K:2010/2165.

7. FSEK.nun 68. Maddesine Dayanılarak Ne Tür Taleplerde Bulunulabilir?

Kanun'un 68.maddesine atfen talepte bulunulabilmesi için davaya temel oluşturan fikri ürünün eser ya da bağlantılı hak kapsamında olması gerekir. Ve bu Kanun'da sayılan a) işleme, b) çoğaltma, c) yayma, d) temsil, e) işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim şeklindeki mali haklardan bir ya da birkaçı ihtilâf konusu haline gelmiş olmalıdır. Bunun anlamı; aynı Kanun'daki 'Haksız Rekabet'e ilişkin 83-87 maddeleri arasındaki düzenlemelerle ilgili ihtilâflar için 68.maddeye dayanılarak talepte bulunulamayacağıdır.⁵³ Söylediklerimizi bir örnekle canlandıralım; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku fotoğrafları 3 başlık altında düzenler. Bunlar; a) Güzel sanat eseri olan fotoğraflar, b) Teknik ve ilmi mahiyette fotoğraflar ve c) Alelade fotoğraflar. Bilindiği gibi sonuncu gruba girenler de koşulları varsa haksız rekabete ilişkin 84, 86. maddeler kapsamında korunurlar. İşte bu tür fotoğraflarla ilgili oluşacak ihtilâflarda FSEK.nun 68.maddesine dayanılarak dava açılmaz. Çünkü, bu alelade fotoğraflar eser olmadıkları için bunlarla ilgili mali haklardan söz edilemez.

- 68. maddenin 1. fıkrasına göre, 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu davacı; *"...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir..."*

- 2. ve 3. fıkralarına göre ise; yani,

a) izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkartılmamışsa (tüm nüshalar için),

b) İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkartılmışsa (mütecavizin elinde bulunan nüshalar için):

i. Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını

ii. Bunların üretim maliyet fiyatlarını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığı hak sahibine verilmesini ya da

iii. Sözleşme olması durumunda (mali hakları tecavüze uğrayan hak sahibinin) isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını isteyebilecektir.

⁵³ Daha geniş bilgi için bkz. **TEKİNALP**, s. 303/3.

Görüleceği üzere 68.maddenin ilk fıkrası ile 2. ve 3. fıkralarındaki yaptırımlar arasında fark vardır. Dahası 2.ve 3. fıkralara konu 3 kat bedel ile ilgili hesaplama yöntemleri de farklıdır. Nitekim, 1. fıkraya göre “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedel...” veya “...bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel...” istenebilecek iken, 2. ve 3. fıkralara göre; sadece “...sözleşme olması durumunda ...” istenebilecek bedel talep konusu yapılabilecektir. Oysa işin başında (1951’de) yaptırımlar arasında böyle bir fark öngörülmemiş idi.⁵⁴

Konudan kopma pahasına yeri gelmişken üzerinde durulması gereken bir başka ilginç nokta “...bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel...” meselesidir. Zira, Kanun’da böyle bir tespit yöntemi bulunmamaktadır.⁵⁵ Anlaşılan o ki, 5728 sayılı Kanun’un 137. maddesi ile 68/1. fıkraya “...bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel...” ibaresi eklenirken, aynı değişiklik sırasında 4630 sayılı Kanun’un 25.maddesi ile aynı fıkraya eklenmiş bulunan: “...Bu bedelin tespitinde ilgili meslek birliklerinin görüşü esas alınır...” hükmünün yürürlükten kaldırıldığı gözden kaçırılmıştır.

ALICA; “...bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel...” konusunda bizce çok tehlikeli sayılabilecek bir önermede bulunmaktadır. Değerli yazar; “...Kanaatimizce ‘...bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel...’ ile kastedilen, FSEK 41 ve 43 maddeler çerçevesinde, umuma açık mahallerde kullanım, yayım ve iletme ilişkin sözleşmeye bağlanmış tarifelerde veya mahkemece belirlenen tarifiede yer alan bedeldir. Zira 41 ve 43. maddelerde kamuya açık mahallerde kullanım ve yayım karşılığı yapılacak ödemelerin tespitine dair bir yöntem yer almaktadır. Dolayısıyla, anılan maddeler uyarınca, sözleşmeye esas alınmış veya mahkemece belirlenmiş ‘tarife bedeli’ mevcut ise, umumi mahallerde izinsiz kullanım veya yayım halinde telif tazminatının belirlenmesinde, varsayımsal sözleşme bedeli olarak bu rayiç bedel esas alınacaktır. Esasen Yasa’nın 41 ve 43. maddeler dışında varsayımsal bedele rayiç olabilecek bir başka düzenleme mevcut değildir...” görüşlerini serdetmiştir. Her görüş gibi kuşkusuz bu da saygı gösterilmesi gereken bir görüştür. Ancak, tüm saygımızla Sayın Alica’nın bunun kabul görmesi halinde yaratabileceği tehlikeyi fark etmediğini zannediyor/zannetmek istiyoruz.

⁵⁴ HIRSCH Ernst E, Hukuki bakımdan Fikri Say, 2. Cilt, İstanbul, 1943, s. 179.

⁵⁵ Aynı nitelikte bkz. TEKİNALP, s. 318/49.

Hiç değilse fikri haklar hukuk mahkemeleri'ne gelen ihtilâfların büyük kısmını inanılması güç ama kasten gerçekleştirilmiş tecavüzler oluşturmaktadır. Çünkü, adliyenin tazminatları düşüktür, faiz hadleri yerlerde sürünmektedir ve davalar uzun sürmektedir. Öyle ki mütecaviz, gerçekleştirdiği tecavüz sonucu elde edeceği menfaati hiçbir şey yapmayıp bankaya koysa, davanın sonunda mahkum olacağı bedeli ödedikten sonra elinde bir miktar kâr kalacaktır. Sırf bu ve benzeri nedenlerle tam teşekküllü hukuk servislerine sahip onlarca (adları lazım değil) dev kuruluşun bile-isteye ihlâlde bulunduğunu sadece biz değil, yargı makamları da bilmektedir. Değerli yazarın teklifi kabul gördüğü taktirde fikri hakların davalar yoluyla korunması müessesesi çöker. İşin daha vahim yanı maalesef kolay ve güvenli olduğu için (bilirkişiliği meslek edinmiş) bazı bilirkişiler de sözü edilen yöntemi uygulamaya başlamıştır. Çünkü, neden böyle bir mütalaada bulunulduğuna dair soru sorulacak olursa yanıt hazırdır. Neyse ki, meslek birlikleri en azından şimdilik bu müzekkerelere kolaycıların istediği yanıtları vermemekte/verememektedir. Vakıa bu yüzden çalışıp kendini zora sokmak istemeyen bir kısım bilirkişiler ve tabiatıyla düşük tazminat işine gelecek olan davalılar bu kez de rayiç bedelin editörler birliğinden sorulmasını istemekte/salık vermektedir. Bu arada kısacık temas ettiğimiz yarayı, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile ilgili yanlış uygulamalar ayrıca kanatmaktadır. Nitekim, sırf bu yüzden bile ne davacılar ne de bilirkişiler söylediklerini somut kanıtlara/verilere dayandıramaz hale gelmiştir.

Pek çok kişinin (yukarıda dip notta da belirttiğimiz) Mesam ve Msg meslek birliklerinin 90'lı yıllardan bu yana işleme ve yayma mali haklarını temsil etmediklerini, bu meslek birliklerinin bireysel hak takiplerini eser sahiplerine bıraktıklarını bilmemesi makul karşılanabilir. Ancak, Sayın Alıca'nın önerdiği tarifeler toplu hak takibine münhasırdır, götürü usulde belirlenir, pazarlığa açık, düşük bedellerdir. Sözün özü bireysel ihtilâflar için istense dahi kullanılamazlar. Dayanak gösterilen 41.maddede de belirtildiği gibi tarifeye tabi umuma açık mahaller ile meslek birlikleri tarife konusunda anlaşılamazlarsa onlar da yargıya başvuracaktır. Yani, bedel konusunda yargıya dayanak gösterilenin de dayanağı yargıdır.

Sonuç olarak narh sistemi ile sorun çözmeye çalışmak belki hukukun diğer alanları için öngörülebilir ancak, neredeyse tamamen sübjektivite üzerine oturtulmuş/oturtulmak zorunda olan fikir ve sanat eserleri hukuku alanına uygun değildir.

Bütün bunlara ek olarak 68.maddede çapak kalmış diye ille de “...*Bu Kamun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel...*” ibaresini uygulamaya çalışmanın bir mantığı yoktur. Üstelik hukuk yaşamımızda açık kanun maddesi bulunmasına rağmen Yargıtay’ın yine de yorum getirerek uygulamadığı nice hatalı düzenleme mevcutken.⁵⁶ Dolayısıyla; yolun sonu ille de bu düzenlemeye bağlanmak isteniyorsa, bu ifadenin hiç değilse “...*bu Kamun hükümlerine uygun şekilde tespit edilecek rayiç bedel...*” şeklinde yorumlanabileceği izahtan varestedir.

68.maddedeki yaptırımlarla ilgili üzerinde durulması gereken bir başka nokta:

- Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhası,
- Bunların üretim maliyet fiyatlarını geçmeyecek uygun bir bedelle hak sahibine verilmesi ve
- Üç kat fazla ile ilgili talepler konusunda davacının seçimlik hakkı bulunması hususudur. Yani, davacı, somut olayın özelliğini de dikkate alarak bunlardan yalnızca birini seçebilir. Bu konuda yargılamayı yapacak hakim dahil kimsenin takdir yetkisinin olmayacağı izahtan aridir, belirttiğimiz husustaki seçim hakkı davacındır.

Üç kat fazla bedel talebine gelince;⁵⁷ FSEK. ile ilgili uygulamalarda belki en içinden çıkılmaz hale gelmiş olan konu bu bedelin nasıl, neye göre hesaplanacağı meselesidir.

Literatürdeki çözüm önerileri yanı sıra Yargıtay da ilgili Ticaret Dairesi: (11 H.D.) vasıtasıyla çeşitli ölçütler benimsemiştir. Örneğin Yargıtay 11. H.D. T:22.11.2002, E:2002/5432 K: 2002/10736 sayılı kararında; “...*Eser sahibinin hakları korunurken sadece, tecavüzün haksız fiil olduğu varsayımından hareket edilmeyecektir. Somut olayın özelliğine göre varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel /sanatsal yeterliliği, üretim kapasitesi gibi sübjektif nitelikleri eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlâl edilen hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlâl süresi, ihlâlin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlelerine ulaşımı gibi objektif kriterler, sözleşme yapılsaydı istenebilecek bedelde dikkate alınacaktır*⁵⁸ ... *maddi tazminatın* (???) *üç katına hükmetmişse, müteceviz elindeki tecavüz ürünü nüshaları ticaret mevkiine koyabilir. Bu davada BK. m. 42 ve 43*

⁵⁶ Bkz. Örneğin; TTK.nun 22. Maddesi ile ilgili Yargıtay kararları, vb.

⁵⁷ Üç kat fazla dışındaki seçenekler uygulamada neredeyse hiç tercih edilmemektedir.

⁵⁸ Buraya kadar olan kısım aynı kelimelerle Yargıtay HGK. T:20.03.2002, E: 2002/11-176, K:2002/214. sayılı kararda da yer almaktadır.

uygulanabilir ve ortak kusur dikkate alınabilir. Şartları varsa maddi tazminata (???) yabancı para üzerinden hükmolunur...” şeklinde içtihatlarda bulunmuştur.

Hemen belirtelim, kararlarda kullanılan; ‘objektif kriterler’ ölçütü belki fikir ve sanat eserleri hukuku ile en az bağdaşan bir yaklaşım şeklidir. Zira, Tekinalp hocamın da belirttiikleri gibi; “...*hakkı ihlâl edilen az tanınmış bir eser sahibi ile, hakkı ihlâl edilmiş Orhan Pamuk’un telif ücretleri arasında fark vardır. Herkes için aynı ölçü uygulanmaz...*”⁵⁹ Eş deyişle her eser sahibinin / sanatçının kaşesi farklıdır.⁶⁰ Zaten, pek belli olmasa da alıntı yaptığımız kararda da öncelikle sübjektif kriterlere bakılacağı bunlar yoksa objektif kriterlerin nasıl olması gerektiği belirtilmeye çalışılmıştır.

Davacı, üç kat fazla seçeneğini tercih etmek istiyorsa; Tekinalp hocamın hesaplamanın neye göre ve nasıl yapılması gerektiğine ilişkin kademeli çözümüne mutlaka göz atması gerekecektir.⁶¹ Zira, (farazi sözleşme ile ilgili görüşlerine katılalım / katılmayalım) bize göre literatürde bu konuyu fikir ve sanat eserleri hukukuna en uygun ve anlaşılır şekilde hocamız

⁵⁹ TEKİNALP, s. 319/51.

⁶⁰ Benzer görüşler için bkz. ÖZTAN, s. 648.

⁶¹ **AÇIKLAMA:** İhtisas mahkemelerinin kurulması ile birlikte uzun yıllar bilhassa İstanbul’da ve görevlendirme geldikçe diğer bazı illerde bilirkişilik de yapmış olmamız hasebiyle yüzlerce dava dosyası okuma şansımız oldu. Sadece katkı sunmak amacıyla değerli meslektaşlarımızın dikkatlerine sunmak gerekirse, FSEK.nun 68.md.sine dayanılarak açılacak davalarda; 1-Davacının davaya esas teşkil eden(bazen de dava konusu yapılan) eser üzerinde hangi nedenle hak sahibi olduğunu, 2-Bu esere kimin tarafından nasıl tecavüzde bulunulduğunu, bu vesile ile isteniyorsa hangi hakların ihlâl uğradığını, 3-Talebin neden ibaret olduğunu, 4-Talep edilen bedele neden müstahak olduğunu(hakkı bulunduğunu) mahkemeleri ve bilirkişileri yormadan ama önemli kısımları da atlamadan yani meselenin kalbine inerek özet şekilde anlatmakta ve anlatılanları mutlaka kanıtlara bağlamakta büyük yarar bulunmaktadır. Başvurulan mahkemelerin ihtisas mahkemesi, hakimlerinin uzman hakim olduğu unutulmamalı, FSEK.daki maddeleri dilekçelere olduğu gibi aktarmaktan, dilekçeleri konu ile azıcık dahi ilgisi olmayan Yargıtay kararları ile süslenmekten mutlaka sakınılmalıdır. Zira, dosyayı okuyanın / inceleyenin yanıltmasını kağıtlar arasında boğularak hata yapmasını engellemeye çalışmak davacının temel stratejisi olmak lazım gelir. Bu davaların ceza yargılamalarındaki gibi re’sen tahkik ilkesine tabi olmadığını, HMK.nun; Tasarruf İlkesi, Taraflarca Getirilme İlkesi, Taleple Bağlılık İlkesi gibi temeller üzerine inşa edildiğini hatırdan çıkartmadan meramın anlaşılır/net şekilde dile getirilip mutlaka delillendirilmesi gerekecektir. Pek çok dosyada ihlâllerin araştırılması, “delillerin toplanması değil”, bulunup ortaya çıkartılması faaliyetlerinin mahkemelerden ve bilirkişilerden beklendiği şaşkınlıkla gözlenmiştir. Elbette Usulün 33. maddesi uyarınca uygulanacak kanun maddelerini bulup belirlemek hakimnin ödevidir. Ancak, o da bunu davacının anlatımlarına ve sunacağı delillere göre yapacaktır. Söylediklerimizi bir örnekle canlandıralım; Uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere örnek olayda davacı, eserinin kendisinden izin alınmadan ve adı belirtilmeden umuma arz edildiğini, bu nedenle derin acı, elem ve kedere kapıldığını, psikolojik dengesinin bozulduğunu öne sürerek manevi tazminat talep etmektedir. Yargıtay HGK. T: 18.12.1981, E:1980/1, K: 1981/2 sayılı çok bilinen ve çok aydınlatıcı içtihadı birleştirme kararında özetle; “...*eser sahibinin ‘eserin üzerindeki manevi hakları’ ile ‘şahsi menfaatleri’ni birbirinden haklı olarak ayırmış ve şöyle demiştir: (...), eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarının ihlâli halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alırken şahsi menfaatlerinin ihlâli halinde istenebilecek manevi tazminat BK’nun 49. (TBK’nun 58.) maddesine bırakılmıştır...*” Sözün özü; davacı, ilkinde FSEK.nun 14-16 md.lerine dayanarak, buna karşın acı, keder vs duyduğu iddiasında ise; genel hükümlere (yani TBK’nun 58.m.ne) dayanarak manevi tazminat davası ikame edecektir. Somut olay, her ikisini de talep imkanı veriyorsa, davacı bu durumu açıkça belirtecektir.

anlatmıştır. Değerli yazara göre; Kanun değişikliğinden sonra “...esas olan birinci yani varsayımsal sözleşme yöntemidir. Hak sahibi açısından varsayımsal sözleşme yoksa, hak sahibi daha önce -ölçü alınabilecek- sözleşmeler yapmamışsa, ölçü yokluğu dolayısıyla rayiç usulüne başvurulur. Birinci şık tercih edilmişse, bedel tecaviize uğrayan eser sahibi dolayısıyla, hak sahibinin ücreti yani, onun aldığı veya diğer eserleri için almakta olduğu ücret esas kabul edilerek belirlenir (öznel ücret).⁶² Bu halde bulunacak değer, eser sahibinden eser sahibine göre değişir.... O kişinin, o eser için aldığı veya alacağı ücrete (o yazarın ücreti veya emsaline) göre karar verilir. Söz konusu varsayımda nesnel bir ölçü yani emsal veya rayiç bedel göz önünde tutulmaz...” Yazar, 5728 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sırasında ‘zarar’ unsurunun madde metninden çıkartıldığını, bu değişiklikten önce emsal ve rayiç bedelin uğranılan zarara bağlı olduğunu ama artık buna göre değil varsayımsal sözleşme yöntemine göre hesaplama yapılacağını bildirmiştir.⁶³ Naçizane kanaatimiz 68/1’in Kanun değişikliğinden sonraki metninde yer alan; “...*Bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel ...*” ölçütüne göre tespit yapma imkanının Kanun’da mevcut olmaması nedeniyle rayiç bedelin yine de hocamızın eseri ile ilgili kanun değişikliğinden önceki baskılarında anlattığı aynı yöntemler uygulanarak belirlenmesinde bir sakınca olmamak lazım gelir. Bu cümleden hareketle ikinci ölçü, yani eser sahibinin o eseri için aldığı ücret belli değilse ya da bu değer bilinmiyorsa rayice bakılacaktır; “...*Buradaki rayiç de hakkı ihlâl edilen eser sahibinin rayicidir; yani gene ölçü öznel*dir.”⁶⁴ Nesnel ücrete (yani üçüncü ölçüte) ihlâl uğrayan eser sahibinin, kolayca saptanabilecek bir ‘*telef ücreti*’nin bulunmaması halinde başvurulabilir.”⁶⁵ Bu konuda durulması gereken temel noktaya en isabetli şekilde işaret eden Erel’dir; “...şayet gerçek

⁶² ALICA, s. 2018: “...Bu konuda özellikle benzer bir mali hak kullanımı için daha önce yapılmış sözleşme örnekleri, indirimli satışlara ait bilgiler ve faturaların ibrazı sağlanmalıdır. Ancak bu tür belge ve sözleşmelerin sadece emsal oluşturabilecekleri unutulmamalıdır. Özellikle sunulan emsal sözleşme örneklerinin, somut olaya uygunluğu tartışmalı, farklılıklar ortaya konulmalı ve somut olaya uyarlanmak suretiyle, gerekçeleri de açıklanarak varsayımsal sözleşme bedeli tespit edilmelidir. Bir başka deyişle, emsal olarak sunulan lisans ya da sözleşme örnekleri, hiçbir uyarılma yapılmadan ve gerekçeleri ortaya konulmadan doğrudan (aynen) varsayımsal bedele esas alınmamalıdır...” demiştir. Öncelikle davacıdan kendi aleyhine olacak indirimli satışlarla ilgili bilgileri vermesini beklemek mantıksızdır. Öte yandan bu bilgilerin doğrudan(aynen) dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin emsal gösterilen Yargıtay kararının da olayla hiç ilgisi bulunmamaktadır. Dayanak gösterilen kararda eser, birden fazla kişinin adı üzerine yazılarak satışa sunulduğu için Yargıtay eklenen isimler konulmazsa kitabın satışı ne olur araştırılsın ona göre karar kurulsun demektedir. Bunun eser sahiplerine uygulanacak subjektif kıstaslarla en ufak bir ilgisi olmadığı ortadadır.

⁶³ TEKİNALP, s. 318/51.

⁶⁴ Benzer görüşler için bkz. ÖZTAN, s. 648.

⁶⁵ TEKİNALP, **3. Bası**, s. 300/50.

*zararın tespiti mümkünse, telif tazminatına faraziyeye göre değil, gerçek kanıtlara göre karar verilmek gerekir...”*⁶⁶

Üç kat fazla ile ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus şudur; Literatürde; talep edilen üç kat fazla tutar **ödenmişse**, mütecavizin izinsiz çoğalttığı nüshaları ticaret mevkiine koyabileceğine dair bir söylem yayından yayına dolaşmaktadır. Örneğin Öztan; “...Telif ücretinin üç kat fazlasıyla ödenmesi talep olunmuş ve **ödeme gerçekleşmişse**, çoğaltılmış nüshalar ticaret mevkiine konabilir...”⁶⁷ demektedir, bunun için Yargıtay 11.H.D. T:21.11.2002, E:2002/5432, K: 2002/10736 sayılı kararını dayanak göstermektedir. Atıf yapılan Yargıtay kararında ise; “...davacının FSEK’nın 68/2 maddesinde yer alan seçeneklerden üçüncüsünü tercih ederek, bir sözleşme yapılsaydı davalıdan ne tutarda bir bedel isteyecek idiyse, bunun üç katını talep ettiğine ve mahkemeye de bu miktara hükmedildiğine göre, davalının işbu davada belirlenen miktarda çoğaltmış olduğu eserin elinde olan kopyalarını kamuni şartlar dairesinde ticaret mevkiine koyabileceğinin tabi bulunmasına göre, kararın onanması gerekmiştir...” denilmektedir. Görüleceği üzere kararda “hüküm altına alınan bedelin ödenmesi gerçekleşmiş ise” şeklinde bir şart yer almamaktadır.

Aynı düşünceleri hatta biraz daha genişleterek Tekinalp de ileri sürmüştür: “...Üçüncü seçeneğin tercih edilmesi halinde, mütecavizin sözleşme ücretinin üç kat tutarında bir bedeli hak sahibine **ödemesi şartı ile**, izinsiz çoğaltılan kopyalar kamuni şartlar dairesinde ticaret mevkiine konulabilir. Bedel ödenmemişse, çoğaltılmış nüshaların mütecaviz tarafından pazarlanması mümkün değildir. Mahkeme kararının icraya konulmuş olması da bu hakkı mütecavize veremez. Taraflar mahkeme kararına rağmen aralarında anlaşma yapabilirler...”⁶⁸

Kanaatimizce; davalının, davacı ile sözleşme yapmış olsa idi ödeyeceği bedeli üç kat fazlası ile önce ödeyip, sonra mahkemeden izinsiz çoğalttığı nüshaları ticaret mevkiine koymak için izin alması ve bu durumun karara geçirilmesi, hele hele ilamlı icranın infazla sonuçlanıp sonuçlanmadığının kontrol ve takip edilmesi, iznin bundan sonra verilmesi mevcut yargılama sistemi bakımından fiilen mümkün olamayacaktır. Zira, önce mahkemeler karar verir, sonra

⁶⁶ EREL, s. 340.

⁶⁷ ÖZKAN, s. 660, 190 numaralı dip notta savlarını Yargıtay 11.H.D. T:21.11.2002, E:2002/5432, K:2002/10736 sayılı kararına dayandırmakta ve bu karar için Erdil, s. 544’e atıf yapmaktadır.

⁶⁸ TEKİNALP, s. 322/65.

davacı taraf bu kararı icraya ibraz ederek infazını talep eder. Yani, kararın yazılması sırasında hakim, davalının bu bedeli ödeyip ödemeyeceğini henüz bilmemektedir. Davalı, karara konu bedeli daha sonra icra safhasında ödemiş ise; bu durumda da hakimin el çektiği kararı tekrar önüne alıp, hüküm altına alınan bedel ödendiğine göre davalı izinsiz çoğaltılan kopyaları ticaret mevkiine koyabilir demesi Usul Yasasına aykırı olacaktır.

68.maddeye göre açılan davalarda ihlâl (haksız fiil) tarihi belirli ise; tazminat eylemin gerçekleştiği bu tarihten itibaren hesaplanacak, aksi taktirde davanın açıldığı tarih milat olacaktır. Avukatlık ücreti gibi değerler için ise karar tarihi esastır.

68. maddede; yukarıda irdelenen diğer düzenlemelerin yanı sıra kanun koyucu 5. fıkra;

- Hak sahiplerinin 2. ve(ya) 3. fıkra uyarınca taleplerde bulundukları taktirde; CMK’nun el koymaya ilişkin hükümlerinin delil elde etme amacı dışında farklı amaçlarla uygulanamayacağını

ve son olarak;

- Bedel talebinde bulunan kişinin mütecavize karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde sahip olacağı bütün hak ve yetkileri ileri sürebileceğini hükme bağlamıştır.

8. FSEK.nun 68. Maddesine Konu Talepler Hangi Tür Taleplerle Birleştirilebilir?

Ve bir başka tartışma konusu; FSEK.nun ‘Hukuk Davaları’ başlığı altında düzenlenen ve hatta bunlarla genel hukukta var olan diğer dava çeşitlerinden hangilerinin bir arada açılabilceği meselesi. Bu konuda uygulamalarla da istikrarlı bir çözüm üretilmemiştir.

Yaygın görüş; 68. maddeye konu üç kat fazla ile 70/2. maddeye konu maddi tazminatın bir arada istenemeyeceği, bu iki talebin yarışma halinde olduğu görüşüdür. Bu fikri benimseyen yazarlar; “...68’nci maddenin birinci fıkrasına dayanmak, davacının lehinedir ve mahkemede üç kata kadar takdir olunacak bedel, onun zararını rahatlıkla karşılayacaktır”⁶⁹ demektedir. Bu yazarların küçük emniyet supapı bırakmayı ihmal etmediklerini de ekleyelim; “Ancak, 68’nci maddenin ilk fıkrasına göre hükmedilen bu ceza nitelikli (peine privée) bedel, davacının zararının yine de altında kalıyor ve mütecavizin kusuru da ispat edilebiliyorsa, 70’nci

⁶⁹ ÖZTAN, s. 650.

maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak tazminat talebinde bulunulması mümkündür. (FSEK 68/I, 70/II; BK 41)...”⁷⁰

70/II’nin yani maddi tazminat davasının aksine 70/III’ün yani mütecavizin elde ettiği kârın verilmesine ilişkin davanın 68. madde ile birlikte açılacağı literatürde hakim görüştür. Nitekim 70/III’ün sonundaki “...*Bu halde 68’nci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir*” düzenlemesi de buna cevaz vermektedir. Ancak, bu kez de hangi bedelin indirileceği meselesi tartışılmaktadır. Bazı yazarlar, bu ibare; “...*tazminattan başka bir imkan daha vardır anlamına gelmekte yoksa tazminata ek olarak karın devrinin de istenebileceğini ifade etmemektedir (5) FSEK M. 70 (4)’de, temin edilen karın devrinin istendiği hallerde, ‘68. madde uyarınca talep edilen bedel’in indirileceği belirtilmiştir...*” demektedir ama ‘bedel’ konusunda anlaşılamamaktadır. Erel; “...*İndirilecek bu bedel tecaviüzün ref’i davasında kullanılan tercihe göre ya çoğaltılmış nüsha ve kalıpların devir bedeli veya sözleşme yapılsaydı talep olunabilecek telif ücretinin üç katının tazminine ilişkin taleptir...*”⁷¹ derken, Öztan; “...*Tecaviuze uğrayan kişi temin edilen kârdan rayiç telif ücretinin üç katı indirildikten sonra kalan tutarı almak zorunda kalarak zarara uğrar. Devredilenlerin bedelinin indirilmesi halinde ise böyle bir tehlike yoktur...*”⁷² yorumunu yapmış, indirilecek bedelin, izinsiz çoğaltmaya yarayan araçların devir bedeli olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Uygulamaya gelinecek olursa, istikrarlı bir durumdan söz etmek ne yazık ki, mümkün olmayacaktır. Bilirkişiler; “...*Yargıtay’a göre, hem FSEK. m.68 hem de FSEK. m. 70.f.2 veya FSEK.m.70.f.3 kapsamında maddi tazminat talep edildiğinde, talep edilen toplam bedelin, anılan seçenekler uyarınca istenebilecek ‘en çok bedel’ ile sınırlıdır. (Y.11.HD. E.1990/2818, K.1990/3315, T.13.4.1990; Y. 11.HD. E.1997/1850, 1997/2313, T:31.3.1997; Y. 11.HD. E.2003/4292, K.2003/11261, T.01.12.2003; Y. 11.HD. E. 2002/18451, K.2003/791, T.27.1.2003; Y. 4.HD. E.1957/7180 E. ve 1958/5077 K., T.18.7.1958.)...*” şeklinde rapor yazmakta, mahkemeler de çoğu kez bu raporlara göre karar vermektedir. Naçizane kanaatimiz bu görüşün kabule şayan olmaması gerektiği yolundadır.⁷³

⁷⁰ ÖZTAN, s. 650.

⁷¹ EREL, s. 349.

⁷² ÖZTAN, s. 335.

⁷³ Örnek verdiğimiz rapora karşı sunduğumuz itirazı merak edenler için ekliyoruz: “..... tarihli raporda katılmadığımız tek değerlendirme; FSEK.nun 68’nci maddesi ile 70/son fıkrasının yarıştığına, her iki maddeye dayanılarak talepte bulunulamayacağına, bunlardan birisini seçmemiz gerektiğine ilişkin yorumdur. Çok kıymetli bilirkişinin görüşüne, aleyhte kabul olmamak kaydıyla elbette saygı duyuyoruz. Sayın Bilirkişi meseleyi kendi hukuki anlayışı açısından

Literatürde; “...İzinsiz çoğaltılan eserin kopyalarının ve çoğaltmada kullanılmış araçların eser sahibine uygun bir bedel karşılığında devredilmesi de tazminat olarak nitelendirilemez. Onun için, eser sahibinin devir talebinde bulunması, tazminat istemesine engel olmaz...”⁷⁴ argümanı da bulunmaktadır.

Ve son olarak; FSEK.nun 68. maddesi ile birlikte davacı dilerse, (elbette koşullarının mevcut olması şartıyla) FSEK.nun 70/I. fıkrasına dayanarak, dilerse TBK.nun genel hükümleri çerçevesinde manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

9. Farazi sözleşme:

Hirsch; 68.maddenin ön tasarındaki karşılığı olan 113.maddeye “...**Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...**” şeklinde bir fıkra ekleyerek (4), bu konuda bir kanuni faraziye (fiktion / fiction / kesin karine / kanuni kesin karine / kesin yasal karine)⁷⁵ kabul edilmesini teklif etmiş, anılan fıkra Kanun’un ilk metnine 5. fıkra olarak alınmıştır.

“...**Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...**” şeklindeki 5. fıkra, farazi sözleşmenin hukuki dayanağıdır. Nitekim, değerli yazar Nûşin Ayiter de 1981’de yayımlanan Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri (2.Bası, Ankara, 1981) adlı eserinin 258. sayfasında farazi

değerlendirmiş, çekişmeyi yasal bir zemine oturtabilmek için çaba sarf etmiştir. Ancak, gerek yüksek Mahkeme kararlarına, gerekse doktrindeki hakim görüşü göre, mütalâanın aksine davacı taraf dilediği taktirde hem FSEK.nun 68. maddesine dayanarak telif tazminatı, hem de 70/3’e dayanarak tecavüz nedeniyle elde edilen karı isteyebilmektedir. Bunların hukuki temelleri farklı olduğu gibi örneğin uygulanacak zamanaşımı süreleri de farklıdır. Birisi özel hukuk cezası ve benzeri şekillerde açıklanırken, diğeri vekaletsiz iş görme temeline dayandırılır. Neticeten, bir arada talep edilmelerine hiçbir mani olmadığı doktrinde hakim görüş olduğu gibi uygulama ile de yerleşmiştir. Nitekim, kanun koyucu da 70/3’ün sonunda; “...Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68’nci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir....” diyerek, bu iki talebin bir arada öne sürülebileceğini açıkça belirtmiştir. Yine mütalâanın aksine buradaki ‘indirilir’ ile kastedilen husus, bedellerin birinden birini seçmek olmadığı gibi 68’nci maddeye göre hesaplanacak ref bedelinin (telif tazminatının), temin edilen kârla ilgili bedelden indirilmesi de değildir. Düzenlemenin böyle anlaşılması halinde; yani, temin edilen kârdan 68’e göre hesaplanacak 3 kat tutarın indirilmesi halinde davacının zarar edeceği, mütecavizin ise; hak etmediği halde ödüllendirilmiş olacağı örneğin değerli hocam Prof. Dr. Ünal Tekinalp tarafından fevkalade isabetli şekilde irdelenip, açıklanmıştır (Daha geniş bilgi için bkz. **TEKİNALP** Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, 5.Bası, s. 335.) Malumları üzere 68’nci madde davacıya üç farklı seçenek sunmaktadır. İşte 70/3’e göre indirilecek olan, bu seçeneklerden; izinsiz çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan araçların uygun bir bedel karşılığı davacıya verilmesine ilişkin tutarlardır (Aynı nitelikte, **ÖZTAN** Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 679.) Doktrinde bu konuda bol miktarda örnek bulmak mümkündür. Ancak kanaatimizce burada asıl önemli olan husus şudur; bu konu hukuki niteliktedir. Dolayısıyla, telif tazminatı talebimizle, davalı tarafın elde ettiği kârın bir arada istenip istenilemeyeceği hususu neticeten Sayın Mahkeme tarafından karara bağlanacaktır. (HMK.md.33) Sunduğumuz nedenle; bu dilekçemizle sadece Sayın Bilirkişinin bu konudaki değerli görüşlerine katılmadığımızı belirtmek istiyoruz...” denilmiş, yargılama sonunda yerel Mahkeme bilirkişi raporunun bu bölümünü kopyala-yapıştır yöntemi ile alarak buna göre karar yazmıştır.

⁷⁴ **TEKİNALP**, s. 305.

⁷⁵ Daha geniş bilgi için bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 328.

sözleşmeyi (yazar: fiktif sözleşme terimini tercih etmektedir) anlatırken, 05.12.1951 tarih, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68/5. yani; “...**Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...**” şeklindeki fıkrasını dayanak göstermiştir.

Sözünü ettiğimiz ön tasarıdaki 4. FSEK.nun ilk metnindeki 5. fıkra 07.06.1995 tarih, 4110 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile yapılan ‘ilk’ değişiklik sırasında 68. madde metninden çıkartılmıştır.

Açıkladığımız üzere; temas edilen fıkranın ilga edilmesi sonucu farazi sözleşme müessesesi hukuki dayanaktan yoksun hale gelmiştir. Bunun anlamı; 1995’ten bu yana “... taraflar arasında farazi sözleşme kurulmuş sayılır...” şeklindeki mahkeme kararları dayanaksız, yani geçersizdir. Her ne kadar İdare Hukuku’nda bir hüküm yürürlükten kaldırıldığında yenisi ihdas edilene kadar eski hüküm uygulanır anlayışı cari ise de; kanaatimizce bu, İdare Hukuku ile ilgili bir ilkedir. Ve yine her ne kadar 68. maddedeki; “...*izni alınmamış eser sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedel...*” veya “...*sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktar...*” ya da “...*Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir...*” şeklindeki (değişikliklerle son fıkra haline getirilmiş) düzenlemelerde bahsi geçen haklar; ‘Farazi Sözleşme’ olarak anlaşılmaya ve uygulanmaya çalışılıyorsa da alıntı yaptığımız bu düzenlemeler farklı amaçlara hizmet ettiklerinden, bunların farazi sözleşme ile uzak yakın ilişkisi bulunmamaktadır. Nitekim, bunlardan ilk ikisinin yani “...*sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedel...*”in Kanun’un ilk metnindeki karşılığı “mutat bedel”dir. Basit ifadesi ile; eser sahibinin kaşesi. Mutat bedelin ne olduğunu ARSLANLI, eserinin 214. sayfasında örneklerle anlatır; “...*Mesela mutat temsil ücreti 1.000 lira olarak tespit edilebiliyorsa, 1.500 liralık bir bedelin takdiri lazım gelir...*” Görüleceği üzere eser sahibinin öznel ücreti (o eseri, bilinmiyorsa diğer eserleri ile ilgili kaşesi bu dahi yoksa rayiç yani, o eser sahibinin seviyesindeki eser sahiplerinin benzer eserlerine uygulanan bedele: nesnel ücrete bakılacak, böylece mutat bedel tespit edilecek ancak ondan sonra bu tutarın üzerine ihlâlin (tecavüzün şumulüne) göre; 1-2 ya da 3 kat uygulanabilecektir. Yoksa, zannedildiği gibi taraflar arasında bir farazi sözleşme kurulduğu düşüncesi ile bilirkişinin o anki ruh haline göre uygun göreceği bedel değil. O yüzden bir kez daha yinelemek gerekirse Erel de uyarır; “...*sözleşme faraziyesi, sadece eser sahibinin mali haklarının ihlâli sebebiyle uğradığı telif zararının hesabında kolaylık sağlamak içindir...*” ve devam eder; “...*şayet gerçek zararın*

tespiti mümkünse, telif tazminatına faraziyeye göre değil, gerçek kanıtlara göre karar verilmek gerekir. Aksi halde gerçek zararın kanıtlandığı hallerle, kanıtlanamayıp da faraziyeye başvurulduğu haller arasında, sorumlu şahıs açısından gerek ödenecek “tazminat”, gerek zamanaşımı yönünden büyük ve haksız bir fark yaratılmış olacaktır...”⁷⁶

Hirsch, ön tasarıya; “...Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...” şeklinde bir fıkra koyarak bu faraziye ile davacıyı zararını ispat külfetinden kurtarmak istemiştir. Nitekim, bir sonra gelen; “...Bedel talebinde bulunan kimse mütecavizle bir mukavele akdetmiş olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve selâhiyetleri mütecavize karşı dermeyer edebilir...” şeklindeki hükümle bu konum kuvvetlendirilmiştir. Hemen belirtmek gerekirse, bu fıkra bugün uygulandığının aksine davalıya izinsiz çoğaltılmış nüshaları satabilmesi imkanı bahşetmek için konulmuş değildir. Zaten söz konusu fıkra da sağlanan bu tek yönlü imkana işaret eder şekilde kaleme alınmıştır. Literatürdeki hakim görüş; davalıya bu fıkradan istifade imkanı tanımamak lazım geldiği yolundadır. Anlaşılan o ki, Hirsch de olası tehlikeleri görüp, ön tasarıya eser sahibini koruyan, haklarını genişleten; “...Eser sahibi ile üçüncü şahısların daha geniş tazminat hakları saklıdır...” şeklinde 6. fıkra eklemiştir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi işbu 6. fıkra, kanunlaştırma çalışmaları sırasında 05.12.1951 tarih, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na alınmamıştır.

ALICA’nın (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2014, Ankara, Cilt 2) adlı eserin 2007. sayfasında 68.maddeyi; “... birinci fıkra, tüm mali haklar yönünden bir ihlâl söz konusu olduğunda, hak sahibinin ref yöntemi olarak emsal sözleşme ya da rayiç bedelin üç katını isteyebileceğini belirlemiştir. İki ve üçüncü fıkralar ise ihlâlin izinsiz çoğaltılmış kopyalar (nüshalar) elde edilmesi suretiyle gerçekleşmesi halinde ref’in ne şekilde yapılacağını düzenlemektedir...” şeklinde yorumladığı gözlenmektedir. Yazarın; ilk fıkranın izinsiz nüsha çoğaltımı dışında kalan mali hak ihlâlleri için ihdas edildiğine ilişkin yorumu esas alınacak olursa, 68/1’e dayanılarak hüküm kurulduğunda; nüsha yoksa farazi sözleşme de yok, farazi sözleşme yoksa izinsiz çoğaltılmış nüshaların mütecaviz tarafından ticaret mevkiine konulması kararı da yok sonucu kendiliğinden hasıl olacaktır. Ancak, uygulamanın hiç de böyle olmadığını bizatihi, hakimlik de yapmış değerli yazar da bilmektedir.

⁷⁶ EREL, s. 340.

Değerli yazarın; ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu’ adlı eserinin 2027. sayfasında, ‘Varsayımsal Bedel Talebinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları’ başlıklı kısmında; kanun koyucunun, mütecavizin izinsiz gerçekleşen kullanımlarını hukuka uygun hale getirmesi için hak sahibine imkan tanıdığına, davacının, davalının mali haklara tecavüz oluşturan kullanımlarına, bir bedel karşılığı sonradan onay (icazet) vermek isteyebileceğine, kanun koyucunun bu ihtiyacı göz önüne alarak böyle imkanlar tanıdığına ilişkin değerlendirmelere, hele hele “...Davacının, bedel ödenmesi seçeneğini tercih etmesi halinde, varsayımsal (farazi/fiktif) bir sözleşme yapılması yönünde irade açıkladığı, mahkemeye bu talebin kabul edilmesi halinde de varsayımsal sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir...” iddialarına, dahası bunlar için ARSLANLI (s. 218) ve AYİTER (s. 258)in kaynak gösterilmesine katılmamız mümkün olamamıştır.

Zira, Arslanlı, tam da dayanak gösterilen sayfada; “...*Munzam bedel talebinde bulunulmuş ve bu talep muhik görülmüşse, eser veya hak sahibi, tecavüz edene karşı bir sözleşme varmış gibi bütün hak ve salâhiyetlerini kullanabilir. Taraflar arasında bir anlaşmanın mevcudiyeti bahis mevzuu olmayacağından, hak ve salâhiyetler kanun hükümlerine göre taayyün eder...*” der. Ayiter’e gelince hocamız da aktardığımız iddianın tam tersine Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri (2.Bası, Ankara, 1981) adlı eserinin 258. sayfasında “...FSEK md. 68/V hükmüne göre talep sözleşmeden doğmuş sayılır...” demektedir, yani; Kanun’un “...Eser sahibinin bedel talebi akitten doğmuş sayılır...” şeklindeki fıkrasını dayanak göstermektedir.

Görüleceği üzere her iki kaynakta da tecavüzcüsü ile anlaşmak isteyen davacının hakim huzurunda farazi sözleşme yapmak istediğine ilişkin iradesini açıklamasından söz edilmez. Zaten böyle bir irade açıklaması olsa, ona farazi sözleşme değil, doğrudan sözleşme denileceği izahtan aridir. (Bkz. TBK. md. 1 vd.)

Sorunlar yukarıda saydıklarımızla da sınırlı değildir. Nitekim, farazi sözleşmenin bugün, ihdas amacı dışında kullanılması yeni yeni adaletsizliklere yol açmaktadır. Belirttiğimiz gibi farazi sözleşme; günümüzde, mütecavizin izinsiz çoğalttığı nüshaların ticaret mevkiine konulabilmesi için yargıç kararı ile verilen bir zorunlu ruhsat’a⁷⁷ (Kanuni ruhsat’a⁷⁸)

⁷⁷ Zorunlu ruhsat için bkz. **TEKİNALP** Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, 5.Bası, s. 230.

⁷⁸ **EREL**, s 308.

dönüştürülmüştür. Yani, tecavüzcüye yargı eliyle verilen bir tür ödül. Durumun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki tecavüzcünün mağdure ile evlendirilmesine ilişkin (çok şükür bugün artık mülga hale gelen) 423.madde düzenlemesinden farkı yoktur. Sözünü ettiğimiz hatalı uygulama şu tür başka sorunlara da yol açmaktadır; farazi sözleşmenin Kanun metnine alındığı 50'li yıllarda 'ilim ve edebiyat eserleri'nin daha fazla gelişme kaydettiğini, o günlerde Türkçe'ye çevrilecek yabancı eserlere ödenecek teliflerle ilgili hararetli tartışmalar yaşandığını dolayısıyla, FSEK.nun adeta sadece bu eser grubu dikkate alınarak⁷⁹ kaleme alındığını göz ardı eden bazı yargıçlar, diğer alanlardaki eserlere vaki tecavüzler için de 3 kat fazlaya karar verince; mütecevizin izinsiz kopyaları kullanabileceğine ilişkin kararlar yazabilmektedirler.⁸⁰ Oysa, bir yandan bu tür kullanımlar yeni ihlâl demektir, diğer yandan fikri haklar eser sahibine mutlak hak benzeri bir inhisarı yetki verir. Bunun anlamı eser sahibi; eserinden dilediğini, dilediği şekilde yararlandırır, dilediğine ise bu yolu kapatır.⁸¹

*“...Kanun ve projelerin söylemek istedikleri ve ‘mali hak’ kalıbına soktukları keyfiyet, hakikatı halde, bir şey yapmak selâhiyeti değil, bir şeyin yapılmasını men veya müsaade etmek selâhiyetidir. Bütün bu haklar kanun tarafından imtiyaz hakları seviyesine yükseltilmiştir...”*⁸² Değindiğimiz sakıncalara ek olarak aktardığımız görüş ve uygulamalarla sözleşmeler hukukundaki “irade” unsuru da bertaraf edilmektedir.⁸³

Söylediklerimizi bir örnekle canlandıralım; eser sahibi A; ‘Erdemli Yaşam’ adlı bir ilim ve edebiyat eseri kaleme almış, umuma arz ettiği eseri best seller olmuş, satış rekorları kırmış olsun. Yazar B de; “Islak Geceler” adlı bir başka ürün vücuda getirmiş ve kitabında ‘Erdemli Yaşam’dan Kanun’un cevaz verdiği ölçüyü aşar miktarda alıntı(iktibas) yapmış bulunsun.

⁷⁹ **HIRSCH** bu yüzden hazırladığı ön tasarıda Neşir Mukavelesi ile ilgili düzenlemeler de (66-90 md.ler) kaleme almış ancak, ön tasarımın Kanunlaştırılması sırasında bu hükümler metinden çıkartılmıştır.

⁸⁰ Yargıtay 11. HD.nin, örneğin; T: 07.07.1987, E:1987/1836, K: 1987/4131 sayılı kararı ve benzeri bu konuda yerleşik hale gelmiş(müstakar) onlarca kararı mevcuttur.

⁸¹ Daha geniş bilgi için bkz. **GÖKYAYLA** K. Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68.maddesine ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi, FSHD. Cilt 8, sayı: 30, yıl:2012.

⁸² Daha geniş bilgi için bkz. **HIRSCH** Ernst E. Hukuki bakımdan FİKRİ SÂY, 2. Cilt, İstanbul, 1943, s. 160.

⁸³ Değerli hocamız: **GÖKYAYLA**, anılan makalesinde, mealen; “...Yargıtay’ın, taraflar arasında farazî de olsa bir sözleşmenin kurulduğu hakkındaki görüşü ile ilgili en önemli aksaklığın irade unsurunu bertaraf etmesi olduğunu, bu görüşün benimsenmesi halinde, eser sahibinin, aslında hiçbir şekil ve şart altında sözleşme yapmak istemediği bir kişi ile sözleşme yapmış gibi sonucun hasıl olacağını, öte yandan mütecevizin; ‘ben FSEK 68 hükmüne göre eser/hak sahibine bir bedel ödedim, öyleyle hukuka aykırı da olsa (Yargıtay’ın benimsemesine göre haksız fiil niteliği de taşısa), müdahaleme devam etme hakkına sahibim’ diyebileceğini, sözleşmeler hukuku bakımından irade unsurunu göz ardı eden ve hatta deyim yerindeyse ücreti karşılığında hukuka aykırılığa prim veren bu kabulün benimsenmesinin uygun olmayacağını ancak, bu görüş tarzındaki aksaklığın, bizzat Kanun hükmünden kaynaklandığını...” dile getirmektedir.

Yazar B kitabının ilk basısını (Türkiye’de bu miktar pek görülmez ama örnek bu ya) 50.000 adet çoğalttırsın. ‘Erdemli Yaşam’ adlı eserin sahibi A; eserinden doğan mali haklarını ihlâl eden B aleyhine yetkili fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi nezdinde FSEK.nun 68.md.sine dayanarak ivedi şekilde dava açmış olsun. Ve yine davacının şansı yaver gitmiş, mahkeme yargılamayı hızlı tamamlamış, “Islak Geceler” adlı kitap henüz 5.000 adet satılmış iken karar kurulsun. Yerel mahkeme, gerekçeli kararında mealen: “...Davanın kısmen kabulüne, davacı A’nın işleme, çoğaltma, yayma mali haklarının davalı B tarafından ihlâl edildiğinin tespitine...” diyecek ancak, kararının devamında zorunlu olarak; (Yargıtay 11. H.D.nin T:31.10.2003, E:2003/11539, K: 2003/10196 ve benzeri, yerleşik hale gelmiş kararları uyarınca “...tecavüzün ref’i isteminin reddine...” demek durumunda kalacaktır. Ve hatta belki dip notta bu karara işaret ederek, gerekçe kısmında; “...eser sahibi olan davacı FSEK.nun 68’nci maddesi uyarınca mali hak tazminatı talebinde bulunduğundan, bu talebine bağlı olarak dava konusu edilen ihlaller ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi meydana geldiği kamunen kabul edilmiş olduğundan ve bu suretle de davacı aynı zamanda bir borç altına girdiğinden, davalının müdahalesinin men’ine karar verilemez. (Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999, s. 303*)...” şeklinde karara atıfta bulunacaktır.

Yerel mahkeme bunlarla da yetinmeyecek, davacının tecavüzün ref’i istemini reddettiği için saldırıda bulunduğunu tespit ettiği davalı lehine mahkeme masrafı ve avukatlık ücretine hükmedecektir. Daha da ilginç olan; davacının üzerinde mutlak hak sahibi olduğu ‘Erdemli Yaşam’ adlı eserine tecavüz suretiyle oluşturulduğu mahkeme kararı ile sabit hale gelen “Islak Geceler” adlı (davacının kendi eseri ile ilişkilendirilmesini hiç istemediği) kitabın kalan 45.000 nüshası raflarda yerini koruyacak, satışlarına devam olunacaktır.

Bugün yaşanmakta olan bu ve benzeri hatalı uygulamaların ne FSEK.nun ruhuna ne de hukukun idesi ve ideali olan ‘Adalet’e uygun düşmediği açıktır.

10. Hakimin Takdir Hakkı:

İstanbul 1 No’lu FSHHMahkemesi hakimi; FSEK.nun 68.maddesinde sayılan eser, icra, fonogram veya yapımlarla ilgili hak sahiplerinin, ürünlerini kendilerinden yazılı izin almadan kullananlardan “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasının isteyebilir...” düzenlemesindeki “...Üç kat fazlasını isteyebilir...” hükmünün, Anayasa’nın 2,10, 13 ve 36.

maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemiştir.⁸⁴ Başvuru dilekçesi ile özetle; FSEK.nun 68/1. maddesindeki ‘izinsiz kullanım halinde eser sahibi belirlenen rayiç bedelin üç kat fazlasını tazminat olarak isteyebilir’ şeklindeki metinde yer alan ‘üç kat fazlasını isteyebilir’ cümlesinin Anayasa’ya aykırı olduğu, belli bir kesime tanınan bu ayrıcalığın makul ve objektif bir haklılığı bulunmadığı, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre bu hükümden eser sahibinin dışında, ondan mali hakları devir alan üçüncü kişilerin ve komşu hak sahiplerinin de yararlandığı, yine Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre; ‘hakimin, davacının bu talebi ile bağlı olup, istenilen tutarın makul olup olmadığını kontrol edemediği (Ek: Yargıtay 11. H.D.nin E:2008/8996, K:2010/757 sy. kararı) bu nedenle hemen tüm davalarda üst sınır olan üç kat artışın talep edildiği ve üç kat fazlanın aynen hüküm altına alındığı, korsanı meslek edinen davalı ile alıntıda ölçüyü kaçıran davalının aynı kefeye konulduğu, her davalının peşinen üç kat tazminat ödemeye zorlanması sonucu ‘yasa önünde eşitlik hakkı’nın davacı lehine keyfi olarak ihlâl edildiği, hakime takdir hakkı tanımayan bu mutlak uygulanırlığın, bu haktan yararlanan herkesin eşit durumda olmaması ve ayırım gözetilmeksizin her ihlâl için aynı yaptırımın öngörülmesinin Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu, zaten FSEK.nun kapsamının, AB uyum süreci ve teknolojik gelişmeler nedeniyle hızla genişlediği, telif haklarının da sonuçta bir mülkiyet olduğu, buna kutsiyet atfeden keyfi ayrıcalık tanımının küresel anlaşmalara aykırı olduğu nitekim, TRIPS’in hak ihlallerini düzenleyen 45.maddesi ile tazminat miktarının uğranılan zararlarla sınırlı tutulduğu, dolayısıyla bu hükmün gereksiz ve Anayasa’nın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, kaldı ki, fikri mülkiyet konusu tekel hakların zaten rekabet ve ticaret serbestisini bozan pazar paylaşımına yol açıcı üstün gücü olduğundan buna ilave imtiyazların eklenmesine ihtiyaç bulunmadığı, FSEK ile getirilen ‘pozitif ayrımcılıktan’ yararlanan hak sahiplerinin çok büyük bölümünün bu ayrımcılığı hak edecek bir ekonomik veya sosyal zayıflık içinde olmaları bir yana dünya pazarlarını domine etme gücüne sahip küresel şirketler oldukları, dünyada başka hiçbir telif yasasında yer almayan ve ortak uluslararası korumayı aşırı ölçüde aşan bu yasa güç konsantrasyonuna daha da destek olmanın yanında ihlâli bizzat özendirici kıldığı, üç kat tazminatın uluslararası anlaşma ile öngörülen tazminata göre çok abartılı ve aşırı olduğu ve davacıyı keyfi olarak zenginleştirirken tazminatın büyüklüğüyle orantılı olarak davalıyı yıkıma sürüklediği ve bunun sonucunda adalet duygusunu incittiği, 68. maddedeki üç

⁸⁴ Şu anda görevdeki saygıdeğer hakimlerimizle karıştırılmamasını temin bakımından Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunan hakimin emekli olduğunu belirtme gereği duyulmuştur.

kata ilişkin düzenleme nedeniyle daha işin başında davalının normal savunma vasıtalarından mahrum bırakılmış olduğu, fiilin işleniş şekli ne olursa olsun peşinen üç kat gibi fahiş ilave bir tazminata mahkum edilerek adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldığı, yine birbirinden farklı koşullarda gelişmiş her olaya aynı ağırlıkta yaptırım uygulamaya zorlanan yargıcın delil ve vicdani kanaatine göre karar verme hakkının elinden alındığı, her somut durumun özelliğine göre tekerrür olasılığı olan vakalarda veya özel durumlarda tazminatı belli bir oran dahilinde arttırmada hakime takdir yetkisi tanıyacak bir düzenlemenin hem caydırıcılığı sağlayacağı hem de hakların ihlâlîni minimum düzeye indirgemiş olacağı öne sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği ilk inceleme ile başvurunun esastan incelenmesine karar vermiş, yapılan inceleme sonunda özetle;⁸⁵ 68. madde ile mali hakları tecavüze uğrayan fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin ihlal edilen hakları nedeniyle dava edebilecekleri miktara üst sınır getirildiği, Anayasa'nın 138/1. fıkrasının; “...*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kamuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler...*” hükmünü amir olduğu, hakimlerin Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kuralı ile bağlı oldukları, ancak bu bağlılığın takdir hakkını kullanamayacakları anlamına gelmediği, bu nedenle hakimlerin delillerin değerlendirilmesinde, yasaların yorumunda ve soyut kuralların somut olaya uygulanmasında takdir yetkilerini kullanabilecekleri belirtilmiş, “...*İtiraz konusu kural, eser, icra, fonogram veya yapımın izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hakim talepleri bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hakim dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağı açıktır. Öte yandan dava edilen eser, icra, fonogram veya yapımın bedelini belirleme görevi de hakime bırakıldığından hüküm altına alınacak bedelin belirlenmesinde hakim takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...*” gerekçeleri ile itirazın oybirliği ile reddine karar vermiştir.

⁸⁵ Adalet Bakanlığı'nın fikri haklar alanında yurt dışına eğitime gönderdiği 7 kişiden biri olan hakimanın başvurusunda 68. maddeye konu bedele ‘tazminat’ derken, dahası bu bedeli doğrudan tazminat müessesesi ile karıştırarak yorumlarda bulunurken, bir kısmı Hukuk Fakültesi mezunu olmayan üyelerden oluşan Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı terminoloji ve dayanak gösterdiği sağlıklı gerekçelerin; hakimlerin yalnızca hukukçulardan seçilmesi gerektiğine ilişkin taviz vermez görüşlerimizin, olumlu yönde değişmesine neden olduğunu itiraf etmek isteriz.

Anayasa Mahkemesi'nin T: 28.02.2013, E:2012/133, K: 2013/33 sayılı bu kararı;12.07.2013 gün ve 28705 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi; miktarın üç kat fazlası hususunun hakimnin takdir hakkına gireceğini, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça hükme bağlamıştır.

Buna karşın Yüksek Yargıtay 11. H.D. daha önce pek çok kararında belirttiği; **“...FSEK.nun 68/1. fıkrasındaki eser sahibinin "uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir" şeklindeki düzenleme, eser sahibinin mali haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katının mütecavizden istenilebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisidir. Bu bakımdan, Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez”**görüşünde ısrar etmiştir.⁸⁶ Yargıtay 11. H.D., Anayasa Mahkemesi kararından sonra oluşturduğu, örneğin; T: 25.02.2015, E: 2014/17812, K: 2015/2406 sayılı, oyçokluğu ile aldığı kararda olduğu gibi eski uygulamalarında örtülü/açık direnmektedir.

Oysa, Anayasa'mızın 153.maddesinin ilk ve son fıkraları;

“ ...

-Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir... ..

-Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları, gerçek ve tüzel kişileri bağlar...” hükümlerini amirdir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan ‘Gerekçe’ kısmının bağlayıcı olmadığı yolunda her ne uygulamada türetilmiş bir kaçış yolunun varlığı bilinmekte ise de; gerekçe bölümünün en azından ‘yol gösterici’ olduğu izahtan varestedir. Yüksek Mahkeme'nin hangi amaçla bu karar verdiğini, varmak istediği hedefleri göstermektedir.

İrdeleme konusu yaptığımız Anayasa Mahkemesi kararına ek olarak, elimizdeki Kanun'un omurgası olan ön tasarıyı hazırlayan Hirsch; örneğin, Hukuki Bakımdan Fikri Say (2. Cilt, İstanbul, 1943) adlı eserinin 179. sayfasında: “...Öntasarımız mütecavizin kusurlu olup

⁸⁶ Yargıtay 11. H.D. T:30.05.2017, E:2015/14042, K:2017/1973.

olmamasına bakmaksızın, tecavüze uğrayan kimseye refi davasını açmak selahiyeti tanımakta ve münasip tedbirlerin ittihazını hakimın takdir selahiyetine bırakmaktadır. (Öntasarı, m. 111)...” açıklamalarında bulunmaktadır.

Yine Kanun’un ihdas edildiği yıllarda yayınlanan Fikri Hukuk Dersleri (İstanbul, 1954) adlı eserinin 218. sayfasında ARSLANLI; “...68’nci maddenin 1. Fıkrasında olduğu gibi burada da munzam bedel ancak mütecavizin kusuru varsa talep edilebilir. Lakin kusur bulunsa dahi mahkeme yüzde elli fazlanın tamamına hükmetmeğe mecbur değildir...” diyerek hakimın takdir hakkına vurgu yapmaktadır.

Bütün bunlar bir yana bizatihi FSEK.nun genel nitelikteki 66.maddesi; “...Mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şümulünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün refi halinde tecavüz edenin düşer olması muhtemel zararları **takdir ederek halin icabına göre tecavüzün refi için lüzumlu göreceği tedbirlerin tathikine karar verir**...” hükmünü amirdir. Dikkat buyurulacağı üzere madde ‘verebilir’ şeklinde değil, ‘verir’ şeklinde kaleme alınmıştır. Yani amir hükümdür, yani takdirde bulunma yetkisi aynı zamanda hakime verilmiş bir görevdir. Mevcut veriler karşısında hakimın takdir hakkına ilişkin genel yasalar serpiştirilmiş düzenlemelere ayrıca temas etme gereği duyulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin uyulması zorunlu kararına ve diğer yazılı kaynaklara rağmen doktriner bazı eserlerde ve uygulamada görülen üç kat fazla ile ilgili karar yetkisinin davacıya ait olduğuna, hakimın bu talebi değiştiremeyeceğine ilişkin anlayışta ısrar etmekte hukuki bir yarar bulunmamaktadır.

Kanaatimiz odur ki, Anayasa Mahkemesi kararı önünde sonunda uygulanacak, FSEK.nun 68.maddesindeki ‘en çok üç kat fazla’ ile ilgili bedel konusu hakimın takdir yetkisi kapsamına fiilen de alınacaktır. Ancak, tam da bu noktada şöyle bir başka sorun oluşmaktadır; davacı tabiatıyla üç kat fazla bedel talep edecek ve fakat hakim belki 2 kata hükmedecektir. Dolayısıyla sonuncu kat (buna karşılık gelen bedel) reddedilmiş olacaktır. Bu durumda yine tecavüzde bulunduğu mahkeme kararı ile sabit hale gelen davalı lehine reddedilen kısım üzerinden mahkeme masrafı ve vekalet ücreti takdir edilecektir.

Bu ve yukarıda işaret ettiğimiz sorunların çözülmesi zorunludur. Aksini kabul, giderek içinden çıkılmaz hale gelmekte olan mevcut durumun sürdürülmesi anlamına gelecektir. Bu

güne değin edindiğimiz bilgilerden yararlanarak tasarlayabildiğimiz çözüm önerileri, alışlagelen yöntemler biraz zorlanarak aşağıda sunulmaktadır.

IV. SON SÖZLER:

Sunduğumuz çalışma sırasında FSEK.nun kabul edildiği 05.12.1951'den bu yana Kanun'da ve onunla ilgili uygulamalarda elbirliği ile yarattığımız tahribatın iyi anlaşılabilmesi için zaman zaman bu tür çalışmalarda kullanılan yazım dili dışına çıkmak zorunda kalınmıştır. Amaç elbette ve kesinlikle herhangi bir kişi ya da kurumu tahkir etmek değildir, olamaz da. Bütün bunlar yalnızca gelinen bu durumdan şimdi yine hep birlikte nasıl kurtulabileceğimize dair kapı aralama, çözüm önerilerinde bulunma, okuyucuyu düşünmeye, araştırmaya ve öneride bulunmaya sevk etme arzuları ile yapılmıştır.

1-Gerçekleştirdiğimiz alıntı ve irdelemelerden de anlaşılacağı üzere yürürlükte bulunan FSEK.nun 68.maddesine dayanılarak dava açılabilmesi için kusur yanı sıra zarar koşulu aranmayacaktır.⁸⁷ Buna karşın izni alınmamış eser/hak sahibi, sözleşme yapmış olması halinde isteyeceği bedelin üç kat fazlasını talep ettiğinde, davacının zararını ispat yükünden kurtarılması adına mütecavizle arasında farazi sözleşme kurulduğu varsayılmaktadır. Zararın aranmadığı bir davada, davacıyı zararı ispat yükünden kurtarmak bahanesiyle taraflar arasında (üstelik kanun değişikliği ile hukuki dayanaktan yoksun hale gelmiş) bir farazi sözleşme kurulduğunu var saymanın, bu hatalı bakış açısı sonucu davacı ile hiç istemediği tecavüzcüsü arasında üstelik yargıç kararı ile bir zorunlu ruhsat (Kanuni ruhsat) ilişkisi oluşturmanın, bu suretle mütecavize izinsiz çoğalttığı nüshaları satma imkanı bahşetmenin kime, nasıl bir yarar sağlayacağı cidden anlaşılamamıştır, elbette mütecaviz dışında.

2-Yüksek Mahkeme, ısrarlı şekilde üç kat fazla seçeneğini tercih eden davacı ile tecavüzcüsü arasında bir farazi sözleşme kurulduğunu var sayarak ‘Bu sebeple müdahalenin men’ine karar verilmemek gerekir’ diyor ve bunun için (her ne kadar ‘Fikri Mülkiyet Hukuku’ adlı eserinin hiçbir basısında varlığını tespit edememiş olsak da) Tekinalp’in yorumlarını adres gösteriyor ise de; saygıdeğer hocamın, ilk 5. Basısı ile ilgili nüshalarından her birine sahip olduğumuz kıymetli eserinde; “...*tecavüzün ref’i davası hem tecavüzün giderilmesine hem de önlenmesine hizmet eder FSEK’de düzenlenen ref davası daha geniş olup sadece tecavüzün filen giderilmesini değil, aynı zamanda tekrarlanmasını önleyecek önlemlerin alınması ve*

⁸⁷ **GÖKYAYLA**, 5728 sayılı Kanun’la FSEK.nun 68. maddesinde yapılan değişiklikleri değerlendirilmesi, s. 298.

*hatta mali haklar tecavüz halinde tecavüze uğrayan kişiye ödenen bir çeşit para cezası taleplerini de kapsar...*⁸⁸ değerlendirmelerinde bulunduğu da gözetilerek, davacının tecavüzün ref'i talebini reddetmek ve ihlâlde bulunduğu aynı mahkeme kararı ile sübuta eren davalı lehine yargılama gideri ve avukatlık ücretine hükmetmek yerine, Yargıtay 11.H.D.nin T:31.10.2003, E:2003/11539, K: 2003/10196 sayılı örnek aldığımız kararındaki; “...*eser sahibi olan davacı FSEK.nun 68.maddesi uyarınca mali hak tazminatı talebinde bulunduğundan, bu talebine bağlı olarak dava konusu edilen ihlâller ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi* (yeri gelmişken ‘lisans sözleşmesi’ değerlendirmesinin de yeniden gözden geçirilmesi gerektiği hususunu tüm saygımızla arz etmek isteriz) *meydana geldiği kamunen kabul edilmiş olduğundan...*” ifadelerinden sonra gelmek üzere; “..**davacının tecavüzün ref'i talebinin, ihlâlden sonra tekrarlanması olası tecavüzler bakımından kabulüne**...” şeklinde değerlendirilmesinde hiçbir sakınca olmadığını, hatta bu yaklaşımın FSEK.na daha uygun düşeceğini, bu suretle red kararı kurulmadığından müteceviz lehine ücret ve yargılama masrafına hükmetme zorunluluğunun da ortadan kalkmış olacağını belirtmek isteriz.

Yine yeri gelmişken düşüncelerimizi daha kolay anlatabilmek için örnek seçtiğimiz ve yukarıda alıntı yaptığımız Yargıtay 11.H.D.nin kararındaki “...*taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi meydana geldiği kamunen kabul edilmiş olduğundan ve bu suretle de davacı aynı zamanda bir borç altına girdiğinden...*” cümlesindeki, “davacının borç altına girdiği” şeklindeki yorumun da duruma pek uygun düşmediğini yine tüm saygımızla belirtmek isteriz. “...*Kullanılan ifadede de açıkça anlaşılacağı üzere, bu fıkra düzenlenirken halde, davacı ve davalı arasında fiilen bir sözleşme yapılmış değildir; fiktif (farazi) bir sözleşme esas alınmıştır...*”⁸⁹

3-68. maddedeki seçeneklerden biri olan hükmolunacak bedelin “(en çok) üç kat fazlasını”n davacı tarafından istenmesi halinde; Anayasa Mahkemesi kararına, FSEK.nun aynı konudaki genel nitelik arz eden 66.maddesindeki açık hükme, hakim takdir yetkisine ilişkin örneğin TBK.nun 51, 52. maddeleri ile genel kanunlardaki benzeri diğer düzenlemelere rağmen bu hakkın davacıya ait olduğuna ilişkin görüşünde direnen Yüksek Mahkeme’nin bu tutumu bizi yine de endişelendirmiyor. Zira, her geçen gün bizatihi aynı Daireden çıkan, artma

⁸⁸ TEKİNALP, s. 311.

⁸⁹ ÖZTAN, s. 650.

eğilimindeki muhalefet şerhleri, bizce bu ısrarlı tutumun önünde sonunda değişeceğinin somut kanıtını oluşturuyor.

Bizim bu konudaki endişemiz farklıdır. Yukarıda da temas edildiği üzere davacı üç kata karar verilmesini ister, ancak mahkeme örneğin 2 kata karar verirse masraf ve vekâlet ücretleri nasıl seyredecektir? Bilindiği gibi reddedilen kısım üzerinden davalı lehine mahkeme masrafı ve avukatlık ücreti tahakkuk ettirilmesi kanun emridir. Fakat öte yandan davalının tecavüzde bulunduğu, davacının bir kısım mali haklarını ihlâl ettiği de mahkeme kararı ile sübuta ermiştir. Bu durumda davalı lehine, ödüllendirme niteliği taşıyacak şekilde masraf ve ücret takdirinin kararda çelişki oluşturacağı açıktır. Aşağıda sunacağımız ‘genel nitelikteki’ çözüm önerilerinden doğacak sonuçlar saklı kalmak kaydıyla, bu olaya özel, kararlar birlikte harç tamamlama şeklinde bir uygulama getirilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir. Örneğin davacı üç kata kadar bedel talep etmiş, mahkeme de; tecavüzün şümulü, kusurun olup olmadığı, varsa ağırlığı gibi somut olaya ilişkin hususları değerlendirerek varsayalım davacının sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin 2 kat fazlasına hükmetmiş olsun. Bundan sonra yapacağı tek şey; “...davacının 2 kat bedel ile ilgili harcı karar tarihinden itibaren gün içerisinde mahkeme veznesine depo etmesine...” demekten ibaret olacaktır. Böylece, hem davacıya her koşulda 3 kat bedel talep etme imkanı verilerek Yüksek Yargıtay’ın gönlü alınmış, hem hakime; kasten tecavüzde bulunanlarla ihmal sonucu haksız fiil ika edenler arasında takdirde bulunma yetkisi verilerek yasal düzenlemelerin ve Anayasa Mahkemesi’nin hükmü doğrultusunda işlem icra edilmiş, hem de mütecaviz lehine mahkeme masrafı ve avukatlık ücretine hükmolunmamış, çelişkili karar oluşturma riski bertaraf edilmiş olacaktır. Bunun için 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 16, 30, 32 vb. gibi maddeleri ile HMK.nun 302 vb. maddelerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekli ve yeterli olacaktır.

Elbette bu, varlığı tartışılmaz ve kangren haline gelmiş sorunla ilgili bizim bulabildiğimiz bir çözüm önerisidir. Yazıyı okuyanların çok daha pratik ve isabetli çözümler önermeleri mümkündür, hatta kendilerinden beklenmektedir.

SONUÇ

Naçizane kanaatimiz odur ki, konunun günümüzdeki muhatabı Kültür Bakanlığı’nın; mevcut yönetmelikleri tekrar tekrar ele alarak, birkaç kelimesini değiştirmekten ibaret çalışmalardan, yönetmeliklerden başlayıp tüzük değişikliğine doğru genişletilmesi planlanan

tersine yürüyüşten behemahal vazgeçmesi, Sayın Beşiroğlu'nun belirttiği gibi; sorunları doğru teşhis etmek ve önerilerde bulunmak, hatta Bakanlık aracılığı ile parlamenterlerin kullanımına sunulmak üzere hemen bütün uygar ülkelerdeki gibi bizde de kural önerip, norm hazırlayabilecek, konunun gerçek anlamda uzmanı akademisyenlerle, bu alanda görev yapan uygulayıcılardan oluşacak 'Ulusal Fikir Hakları Kurulları' ya da benzeri oluşumlar meydana getirilmesine öncülük etmesi gerekmektedir. Hemen ifade edelim ki, kuşkusuz amaç, yeni arpalıklar kurmak değil, gerçek yurtseverlerin hizmet vereceği ı ışık kaynakları oluşturmaktır.

Teşbihte hata olmaz sözüne sığınarak belirtmek gerekirse çalışmalarını adeta bir öykü kitabı okur gibi zevkle takip ettiğimiz değerli yazar, başucumuza koyduğumuz eserinin bilhassa; 'Sunuş' XXX. sayfasında kendisinden öğrenip, bizim de umut bağladığımız 'Ulusal Fikir Hakları Kurulları'nı mükemmel bir şekilde anlatır ve "...*Dünyadaki hemen bütün uygar ülkelerde, düşünce ürünleri üzerindeki hakların korunmasını amaçlayan kuralların, ülkenin kültür gereksinmelerinin karşılanmasında yeterli ve etkili olmasını gözetmek, bu hakların kullanım ilke, esas ve yöntemlerini saptamak, önermek ve işletmek, hak gurupları arasında denge sağlamak, ulusal kültür gereksinmesi ve gelişimini ve uluslararası akımları izlemek, gerekli önlemleri almak, haklardan yararlanma sırasında hak gurupları arasında ortaya çıkabilecek sürtüşmelerde hakemlik yapmak üzere kurulan konunun gerçek anlamda uzmanı 'Ulusal Fikir Hakları Kurulları'na görev verilmiştir...*" diyerek, bu fikirleri hayata geçirmiş ülkelerden örnekler sıralar.⁹⁰

Kuşku yok ki, kanunlar da ihdas edilir(doğar), hizmet eder ve yaşlanırlar. 70 yıl; nev'ine bağlı olmakla birlikte bir kanun için ortalama yaşam süresidir, tıpkı insanlar gibi. Hele de bu kanun, FSEK. gibi adeta göbeğinden teknolojik gelişmelere bağlı bir alanı düzenlemekte ise. İhtiyaç ortadadır. Aslen yapılması gereken yeni bir FSEK hazırlamaktır. Ancak, kanun hazırlamak zannedildiğinden çok ama çok zordur. Düşüncelerimizi bir örnekle canlandıralım. Uzunca bir süredir yeni bir FSEK hazırlamaktan vaz geçilmiş ise de, son taslak çalışmalarında 68/1'nci fıkra için "...*Eseri, icrayı, fonogramı, yapımı veya yayını hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenler aleyhine, izni alınmamış hak sahiplerinin talebi üzerine, sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek*

⁹⁰ BEŞİROĞLU, 'Sunuş' bölümü, s. XXV. vd.

*bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin, ihlalin ağırlığı ve niteliği de dikkate alınarak, en çok üç kat fazlasına, mahkemece hükmedilebilir...” şeklinde nihai bir taslak metni hazırlandığını, (bir zamanlar bilirkişisi de olduğum, tam da bu alanda yetişip, üstelik doktorasını da almışken benzerleri gibi hangi nedenle ihtisas mahkemesinden alındığını anlayamadığımız) Dr. Canan Küçükali’nin “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68.maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı” başlıklı makalesinden öğreniyoruz.⁹¹ Neyse ki, tasarı taslağı bu haliyle kanunlaştırılamamıştır. Kanaatimizce bu başarısızlık hayırlara vesile olmuştur. Zira, bunca yazılıp çizilmesine rağmen getirilecek ‘yeni’ kanunda yine “...*bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin...*” ibarelerine yer verilmesi, tam bir düş kırıklığı yaratacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ille de bu ibarenin FSEK.nda yer alması isteniyorsa, ifadenin örneğin “...*bu Kanun hükümlerine uygun şekilde tespit edilecek rayiç bedel...*” şekline çevrilebileceği basit bir akıl yürütme ile bulunabilecek çözümlerden birisidir.*

Sözün özü; bu tür hatalı düzenleme ya da değişiklikler yapmaktansa, teknolojiye onca gelişime rağmen 70 yıl geri giderek, Kanun’un ilk versiyonunu yeniden yürürlüğe koymak bile sakat doğacak yeni bir metinden evlâ olacaktır. Çünkü;

“...Düşünülsün ki, iyi bir kanun iktisadi inkişafa ne kadar hizmet ediyorsa, bilakis, fena bir kanun, bir memleketin iktisadi durumunu o kadar kötü bir hale koyar. Muhtelif memleketlerde yapılan tecrübeler, bunu ziyadesiyle göstermiştir...”

Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch

Bununla birlikte;

İyi bir uygulayıcı iyi yasadandır.

Söyleyeni bilinmiyor.

Ama her koşulda;

İkisi bir arada daha iyidir.

H. Oğuz Müftüoğlu.

⁹¹ **KÜÇÜKALİ** Canan, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68.maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı İKÜHFD, 15(2) 2016, s. 251, dip not: 33.

KAYNAKÇA

- Alıca, Türkay**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt 2, Ankara, 2014.
- Arsılanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2.Bası, Ankara, 1981.
- Beşiroğlu, Akın**, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar Fikir Hukuku, 1. Cilt, Ankara, 2002.
- Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 1. Bası, İstanbul, 2005.
- Erel, N. Şafak**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 2009.
- Gökyayla, K. Emre**, “5728 sayılı Kanun’la Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesinde yapılan değişiklikleri değerlendirilmesi”, Fikri Mülkiyet Yıllığı İstanbul, 2010 (Editör: Tekin Memiş).
- Gökyayla, K. Emre**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesine ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi”, FSHD. Cilt 8, sayı: 30, yıl: 2012.
- Hirsch, Ernst E**, Hukuki bakımdan Fikri Say, 2. Cilt, İstanbul, 1943.
- Küçükali, Canan**, “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı”, İKÜHFD, 15(2) 2016.
- Müftüoğlu, H. Oğuz**, “Meslek Birlikleri ve Yeni Yetki Belgesi Yönetmeliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2021, Cilt:95, Sayı: 2021/6.
- Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, 19. Bası, İstanbul, 2013.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Suluk, Cahit/Orhan, Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, Cilt 2, İstanbul, 2005.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Md. 71/1-1: “Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz” Suçu

Av. Nil PEMBEÇİ*

GİRİŞ

“*Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz*” suçu 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ nun 71. Maddesi ile düzenlenmiştir. Madde ile eser sahiplerinin, aynı kanunla detayları belirtilen manevi, mali ve bağlantılı hakları koruma altına alınmış ve ilgili hakların ihlal edilmeleri halinde birtakım cezalar öngörülmüştür. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, hukukumuzda, bazı fiillere ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu (“TCK”) dışında özel bir kanun aracılığıyla da cezai yaptırım söz konusu olabilmektedir. Buradaki temel amacın; bazı özel hukuk alanlarının kendi sistematiklerine uygun şekilde işlerliğini devam ettirmesini sağlamak ve bunu yaparken ceza hukukunun koruma mekanizmasından yararlanmak olduğunu söylemek mümkündür.¹ Bu anlamda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“FSEK”) ceza içeren bir yasa olarak kabul edilebilir.²

Fikir ve sanat eserleri, manevi ve mali açıdan sahibine birtakım haklar getirmekle birlikte, medeniyetin gelişimi üzerindeki etkisi de yadsınamaz niteliktedir.³ Bu eserler; temelde özel hukukun konusu olmakla birlikte gerek eserlerin medeniyete yapmış olduğu katkılar düşünüldüğünde gerekse de mali hakların ihlali söz konusu olduğu zaman bu durumun, vergi kayıplarına yol açması gibi, toplumu etkileyecek zararlara sebep olma ihtimali nazara alındığında meselenin kamusal niteliği daha net şekilde açıklanmış olacaktır.⁴ Dolayısıyla hem kişisel hem de toplumsal menfaatlerin korunması için zaman içerisinde bu eserlere getirilen korumanın genişletilmesi ve caydırıcılığın artırılması zorunluluğu hasıl olmuş ve hukuki

* Avukat, İstanbul Barosu. Türk Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ ÖZBEK Veli Özer, BACAĞSIZ Pınar, DOĞAN Koray; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 109. Ayrıca bkz. TÜRAY Aras, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1728-1729.

² TÜRAY, a.g.e., s. 1730. Ayrıca TCK md. 5’ te yer alan “özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar” deyimini yerine “yan ceza kanunları” deyimini için bkz. ÖZBEK, BACAĞSIZ, DOĞAN; a.g.e., s. 109.

³ YENİDÜNYA Ahmet Caner, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:3-4, 2006, s. 237.

⁴ GÜNEŞ İlhami, Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 18; KOCAOĞLU Alp, Telif Hakkının İhlali Suçları (FSEK Md. 71), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 111.

korumanın yanı sıra yazımızın konusunu da içine alan, birtakım cezai yaptırımların getirilmesi öngörülmüştür.⁵

Yazımızda, öncelikle FSEK' in tarihçesi ve Türk Ceza Kanunu ile ilişkisi ele alınacak ardından Md. 71' in ekonomik ceza hukuku ile ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır. Ardından yazımızda ceza hükümlerinin daha açık ve iyi anlaşılabilmesi için FSEK' in özel hukuk kapsamında kalan bazı kavramlarına dair açıklamalara yer vermeyi uygun gördük. Zira öğretide de kabul gördüğü üzere, FSEK bir bütün olarak ele alınmalı ve ceza hükümlerinin yorumu ve incelemesi kanunun sistematigi içinde yapılmalıdır.⁶ Bu yöntem ile, yazımızın asıl konusunu teşkil eden FSEK Md. 71/1-1' in suç incelenmesi yapılırken, hukuki açıklamalara ihtiyaç duyulması halinde ilgili başlığa gönderme yapmak suretiyle ceza hukuku sistematiginden uzaklaşma ihtimalinin de önüne geçmeyi hedeflemekteyiz.

Yazımızın devamında ise öncelikli olarak FSEK Md. 71/I-1' de düzenlenen suçlar tüm unsurları ile ele alınacak olup ardından etkin pişmanlık ve muhakeme usulüne yer verilecek olup son olarak bu suçun FSEK Md. 71' de yer alan diğer suçlarla ilişkisine değinilecektir.

I. FSEK TARİHÇESİ ve TÜRK CEZA KANUNU İLE İLİŞKİSİ

Cumhuriyet döneminde 1.1.1952 tarihinde yürürlüğe giren ilk kanun Prof. Dr. E. Hirsch tarafından hazırlanan 5846 Sayılı FSEK' tir ve Cumhuriyetin ilanından ilgili tarihe değin Osmanlı İmparatorluğu döneminde düzenlenen “Hakkı Telif Kanunu” geçerliliğini korumuştur.⁷ Hakkı Telif Kanunu'nda her türlü eserin taklidi suç sayılmış ve cezalandırılmıştır.⁸ Bu kanundaki cezai yaptırım türüne örnek; bir eserin hak sahibinden izin almaksızın kullanılması halinde fail hakkında öngörülen “yirmi beş Osmanlı altınından yüz Osmanlı altınına kadar para cezası ve bir haftadan iki aya kadar hapis cezası” düzenlemesidir.⁹

⁵ KOCAOĞLU, a.g.e., s. 111-112.

⁶ YAVUZ Levent, ALICA Türkay, MERDİVAN Fethi; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 2241. Ayrıca bkz. FSEK Md. 13/1-2: “Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür. Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir.” FSEK Md. 71/I-1: “Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili...”;

⁷ T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, Telif Hakları Genel Müdürlüğü İnternet Sitesi: www.telifhaklari.gov.tr/Telif-Hakki-Nedir (E.T. 23.11.2021)

⁸ YARSUVAT Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 39.

⁹ ÇAKMAK Diren, Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı:21, 2007, s.s. 191-234, s. 227,230. (E.T. 25.11.2021) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/257973>.

Düzenleme ile FSEK kıyaslandığında yaptırım türlerinin hem para cezası hem hapis cezası olarak belirlenmesinin benzerlik arz ettiği söylenebilir.

Fikri hakların korunması bakımından uluslararası antlaşmalarda ilk olma özelliğine sahip sözleşme Bern Sözleşmesi' dir.¹⁰ Bu sözleşme ile korsan olarak üretilmiş eser kopyalarına el konulması tedbiri getirilmiş fakat cezai veya hukuki koruma bakımından bir ayrım yapılmamıştır.¹¹ Türkiye ise, Bern Sözleşmesine taraf olmak istemiş ancak yabancı eserlerin Türkçe' ye çevrilmesi konusunda koyduğu ihtirazi kayıt nedeniyle diğer taraf devletlerce Türkiye' nin bu isteği kabul görmemiştir.¹² Türkiye Bern Sözleşmesi' ne ancak 1951 yılında Brüksel tadili ile taraf olmuştur.¹³

1952 Tarihinde yürürlüğe giren FSEK dört prensip gözetilerek hazırlanmıştır. Bunlar; eser sahibine tanınan hakların korunması, etkili ve uygulanabilir yaptırımlar, kamunun eserden faydalanmasının temini ve Bern Sözleşmesi ile uyumluluktur.¹⁴

Bu kanunda öngörülen cezai yaptırımlar zaman içerisinde gerek uluslararası antlaşmalara gerekse de TCK' ya uyum amacıyla pek çok kez değişikliğe uğramış olup bu değişiklikler sebebiyle ceza uygulamasının etkinliği ve istikrarını sekteye uğratmıştır.¹⁵

Tarafı bulunduğumuz diğer uluslararası antlaşma ise Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması (TRIPS)' dir. İlgili sözleşme; üyelerin, ceza prosedürlerinde ve para cezalarında, en azından "...telif hakkı korsanlığı"¹⁶ eylemlerine ilişkin olarak bir düzenleme yapma yükümlülüğü getirmiştir.¹⁷ Türkiye ise yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere uluslararası antlaşmaya uyum sağlamak niyetiyle 2001 yılında FSEK üzerinde bir değişiklik

¹⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2238.

¹¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2238.

¹² YARSUVAT, a.g.e., s. 40.

¹³ YARSUVAT, a.g.e., s. 40.

¹⁴ HIRSCH Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Say-II, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 189, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943, s. 2.

¹⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2238.

¹⁶ TRIPS Article 61.: "Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale."

¹⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2337.

öngörmüş ve cezalarda artırım yoluna gitmiştir.¹⁸ 2004 yılında ise ölçülülük ilkesi doğrultusunda cezalarda yapılan artırımlardan kısa zamanda vazgeçilmiştir.¹⁹

TCK' da 1.6.2005 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile TCK Md. 5 düzenlemesine yer verilmiş ve “özel *kanunlarla ilişki*” başlığı altında tamamlayıcı nitelikteki ceza kanunlarının²⁰, TCK' nın genel hükümlerine aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır.²¹ 765 Sayılı Ceza Kanun döneminde bu düzenlemenin tam tersi bir düzenleme mevcutken²² yapılan bu köklü değişiklik sonrasında aralarında FSEK' in de bulunduğu ceza hükmü içeren pek çok özel kanunda TCK' ya uyum sağlamak amacıyla birtakım değişiklik sürecine gidilmiştir.²³ FSEK' in günümüze kadar olan süreçteki en son değişimi 2008 yılındadır.

II. FSEK Md. 71 ve EKONOMİ CEZA HUKUKU KAVRAMI

FSEK ile düzenlenen konular ana hatlarıyla şu şekildedir: Fikir ve sanat eserlerine ilişkin temel kavramların tanımlanması, eser sahipliği kavramı²⁴, eser sahiplerine tanınan hakların açıklanması ve kullanım şekilleri, hakların ihlali halinde başvurulacak yargı yollarının, yaptırımların gösterilmesi.²⁵ Esasında özel hukukun konusu olan fikir ve sanat eserleri hukukuna; koruma alanının genişletilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla son çare olarak cezai birtakım düzenlemeler getirilmiş ve böylece ceza hukukunun korumasından yararlanılması amaçlanmıştır.²⁶

¹⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2238.

¹⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2238. Ayrıca Bkz. ALICA Türkay, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Adalet Bakanlığı- TOBB, Ankara, 2005, s.s. 88-93,

²⁰ Tamamlayıcı ceza hukuku kavramı için bkz. TÜRAY, a.g.e., s. 1728. Yazar, TCK Md. 5'te anılan özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar ifadesini “tamamlayıcı ceza hukuku” şeklinde tek başlık altında toplamıştır.

²¹ TCK Md. 5: “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.”

²² 765 Sayılı Ceza Kanunu Md. 10 uyarınca; özel yasalar ile ceza kanunu arasında tutarsızlık bulunması halinde özel kanun hükümleri geçerli kabul edilmekteydi. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. TÜRAY, a.g.e., s. 1730.

²³ TÜRAY, a.g.e., s. 1733. Ayrıca kanunların yürürlük tarihleri ve zamansal uygulanması açısından detaylı bilgi için bkz. TÜRAY, a.g.e., s. 1737-1739.

²⁴ Yazımızda her ne kadar “eser sahibi” kavramı kullanılacak olsa da bu söylemle kastedilen esasında FSEK Md. 1/A' da sayılan; eser sahipleri, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve radyo televizyon kuruluşları”dır.

²⁵ FSEK Md. 1/A: “Bu Kanun, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını, bu haklara ilişkin tasarruf esas ve usullerini, yargı yollarını ve yaptırımları ile Kültür Bakanlığının görev, yetki ve sorumluluğunu kapsamaktadır.”

²⁶ KOCAOĞLU, a.g.e., s. 111-112. Telif hukukunda cezai hükümlerin son çare olmasına ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. s. 133.

FSEK ile eser sahibine manevi ve mali birtakım haklar tanınmıştır. Bu hakların bir kısmı, eserden iktisaden yararlanma yetkisini haizdir.²⁷ Hatta öyle ki öğretide fikir ve sanat eserlerinin hukuken himaye altına alınmasındaki gerçek saik olarak; eser sahibinin mali haklarının ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesiyle karşı karşıya kalması durumu olduğu ileri sürülmüştür.²⁸

5728 Sayılı yasa ile getirilen değişiklik öncesinde FSEK’ te yer alan suçlar mali haklara tecavüz, manevi haklara tecavüz şeklinde ayrı ayrı ele alınmıştır. Ancak yeni kanun ile mali ve manevi hakların ihlaline ilişkin fiillerin iç içe mahiyette olduğu nazara alınarak tüm suçların tek başlık altında ele alınması tercih edilmiştir. Bu durum madde gerekçesinde “...*bu Kanunun koruma altına aldığı malî ve manevi haklara tecavüz fiilleri iç içe bir mahiyet taşımaktadır. Bir fiille, bir kişinin sadece manevi hakkı veya malî hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır...*” şeklinde açıklanmıştır.²⁹

Ekonomi ceza hukuku ise, “*ekonomi alanındaki bütün suçları içine alan genel bir terim*”³⁰ olarak kabul edilmekle birlikte burada ölçüt -korunan hukuki yarar- şeklinde belirlendiğinde ekonomik faaliyetlerle ilgili suçların tamamının ekonomi ceza hukuku alanına girdiği kabul edileceği yine öğretide belirtilmiştir.³¹ Dolayısıyla bir eserden haksız olarak yararlanmak, eseri taklit etmek ve bedelsiz olarak eserin kullanılması gibi hallerde ihlal edilen hukuki yararın eser sahibinin “*iktisaden yararlanma*”³² hakkına ilişkin olduğu ve dolayısıyla fikir ve sanat eserlerinin korunması konusunun ekonomi ceza hukuku kapsamında ele alınabileceği söylenebilecektir.³³ Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz -fikir ve sanat eserlerinin hukuken himaye altına alınmasındaki esas gayenin eser sahibinin mali haklarının ihlalini

²⁷ ATEŞ Mustafa, Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Malî Hakların Mirasçılara İntikali, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, s. 45.

²⁸ HIRSCH, a.ge., s. 154-155.

²⁹ FSEK’in TCK ile uyumlulaştırılması için düzenlenen 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Md. 138.

³⁰ ÖZBEK Veli Özer, Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 29.

³¹ ÖZBEK, a.ge., s. 29.

³² ATEŞ, a.ge., s. 45.

³³ TIEDEMANN Klaus, Ekonomi Ceza Hukuku, Tercüme NUHOĞLU Ayşe, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 101; KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 52.

önlemek olduğu- görüşü de FSEK’ te yer alan ceza hükümlerinin ekonomi ceza hukuku kapsamında ele alınabileceğine dair savı destekler niteliktedir.

Kanaatimiz de FSEK hükümlerinin geneli incelendiğinde, çoğunlukla eser sahibinin mali haklarının bir güvencesi niteliğinde olduğu şeklindedir. Ancak istisnai de olsa yalnızca kişisel münasebet sebebiyle eser sahibinin manevi hakkının ihlal edilmesi ve bu ihlalden de herhangi bir iktisaden yararlanma amacının söz konusu olmaması ihtimalini de dışlamamak gerektiğini belirtmekte yarar görmekteyiz.

FSEK’ in ekonomi ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesinde iktisaden yararlanma amacı dışında bir başka neden olarak; suç işlenirken fiillerin şiddet içermemesi ve bir çeşit aldatma saikinın bulunması durumları da ayrıca belirtilmelidir.³⁴ Fikir ve sanat eserlerinin yukarıda açıklanan ekonomik boyutunun yanı sıra geniş anlamda FSEK değerlendirmesi yapıldığında teknolojik gelişmeler ve küreselleşmenin de etkisiyle, fikri mülkiyet haklarının ülkelerin ekonomisini geniş ölçüde etkilediği ve etkilemeye devam edeceği hususu da ayrıca belirtilmelidir.³⁵

III. FİKİR ve SANAT ESERLERİNE İLİŞKİN KAVRAMLAR

FSEK Md. 71’ de düzenlenen suçların konu, mağdur gibi maddi unsurları incelenirken yine bu kanunda düzenlenen kavramlara başvurulması gerektiği için FSEK kapsamındaki eser kavramına, eser sahipliğine ve eser sahiplerinin haklarına ilişkin bir ön açıklama yapmanın bu aşamada önemli olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle bu kısımda ilgili kavramlara ilişkin kısa açıklamalara yer verilecektir.

A. Eser Kavramı

Eser kavramı FSEK Md. 1/B’ de yer almaktadır: “*Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve*

³⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, a.g.e., s. 61. Ayrıca bkz. KOCAOĞLU, a.g.e., s. 134-135.

³⁵ Fikri mülkiyet haklarının teknolojik gelişme ve küreselleşme kapsamında ekonomiye etkisine ilişkin bkz. GÜVEL Alper, PARLAKYILDIZ Merve; Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Korumanın Ekonomik Önemi, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2015, Cilt:8, Sayı:4, s.s. 29-39. Aynı konuya ilişkin ayrıca bkz. GÜVEL Alper, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Adalet Bakanlığı- TOBB, Ankara, 2005, s.s. 88-93.

sanat mahsulleridir.” Öğretide eser kavramı çoğunlukla objektif ve sübjektif unsurlarına ayrılarak incelenmiştir.³⁶ Bu şekilde inceleme yapılacak olunursa;

FSEK Md. 1/B’de yer alan “*sahibinin hususiyeti*” kavramı esasında sübjektif unsuru işaret etmektedir. Hirsch’ e göre eser; “*herkes tarafından vücuda getirilemeyen yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller*”³⁷ dir. Yarsuvat ise eserin sahibinin özelliğini taşıması için “*orijinal fikir*” kıstasını kabul etmektedir.³⁸

FSEK Md. 1/B hükmüne göre bir ürünün eser özelliği kazanması için sübjektif unsurun yanında kanunda belirtilen eser türlerinden birine de dahil olması gerekmektedir.³⁹ Eserin bu özelliği de öğretide objektif unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Eser Türleri

Yukarıda bir fikri ürünün FSEK kapsamında eser niteliğini haiz olabilmesi için sübjektif ve objektif olmak üzere iki unsuru içermesi gerektiğinden bahsetmiştik. Bunlardan objektif unsur, bir fikri ürünün FSEK kapsamında sayılan eser türlerinden birine dahil olması demektir. Şu halde, FSEK kapsamında ele alınan eser türlerine de yazımızda yer vermenin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

FSEK’ te sayılan eser türleri Kanun’ un 2, 3 4 ve 5 ve 6. Maddelerinde ele alınmıştır. Bunlar sırasıyla; ilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işlenme ve derlemelerdir. İlgili kanun maddelerinde her bir grup için birtakım eser örneklerine de yer verilmiştir. Öğretide bu sayılan eser türlerinin ana başlıklarının sınırlı sayıda olduğu fakat madde metninin içinde sayılan eserlerin örnek verici nitelikte olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁰ Sayılan bu gruplara dahil olan eser örneklerinden genel olarak⁴¹ bahsedecek olursak;

³⁶ Unsurların şekli, sübjektif ve objektif şeklindeki ayrımı için bkz. KARASU Rauf, SULUK Cahit, NAL Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 40.

³⁷ HIRSCH, a.g.e., s. 12.

³⁸ YARSUVAT, a.g.e., s. 53.

³⁹ YARSUVAT, a.g.e. s. 54; ŞAHİN, a.g.e., s. 25.

⁴⁰ HIRSCH, a.g.e., s. 141; KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 41.

⁴¹ Kanunda sayılan örneklerin tamamı için bkz. FSEK Md. 2, 3, 4, 5 ve 6.

*İlim ve edebiyat eserleri*⁴²; dil ve yazı aracılığıyla ifade edilen eserler, bilgisayar programları, pandomimler, sözsüz sahne eserleri, mimarlık ve şehircilik tasarım projeleri şeklinde örneklenebilir.

*Müzik eserleri*⁴³ ise FSEK kapsamında “*her türlü sözlü ve sözsüz besteler*” şeklinde ele alınmıştır. Bu kapsamda örnek olarak şarkılar, operalar, besteler sayılabilecektir.

*Güzel sanat eserleri*⁴⁴; yağlı boya tablolar, resimler, oyma ve kakmalar, kaligrafiler, heykeller, moda tasarımları, grafik ve fotografik eserler, karikatürler, tipler, tipler şeklinde daha çok görme duyumuza hitap eden yaratıcılık eserleridir.

*Sinema eserleri*⁴⁵ kapsamında ise; her türden estetik, öğretici veya teknik özellikteki filmler, günlük olayların tespitini yapan filmler, elektronik veya mekanik vb. araçlarla gösterim yapmaya elverişli görüntüler dizisi şeklinde örnekleme yapılabilecektir.

*İşlenme ve derleme eserler*⁴⁶ ise diğer gruplardan farklı olarak bağımsız niteliği haiz değildir. Yani, başkaca bir eserden ilham alma, etkilenme gibi durumlar sonucunda ortaya çıkan eserlerdir. Ancak bu esinlenme ve yararlanmanın da ayrıca hususiyet taşıması gerekmektedir. Bu tür eserlere örnek olarak; bir romanın tercüme edilmesi, külliyatlar, derlemeler ve belirli bir amaç ve plan doğrultusunda hazırlanmış materyallerin derlenmesi ile oluşturulan veri tabanları örnek verilebilir.

C. Eser Sahipleri ve Hakları

FSEK’ te yapılan tanıma göre eser sahibi “*eseri meydana getiren kişi*” dir.⁴⁷ Bir eserin meydana gelmesi ile eser sahipliği sıfatı kendiliğinden gerçekleşir. Dolayısıyla fiil ehliyeti bulunmayan kimseler ile eser yapma niyeti ile hareket etmemiş kimseler dahi eser sahibi olabilecektir.⁴⁸ Buna *yaratma gerçeği ilkesi* adı verilir.⁴⁹

⁴² Bkz. FSEK Md. 2.

⁴³ Bkz. FSEK Md. 3.

⁴⁴ Bkz. FSEK Md. 4.

⁴⁵ Bkz. FSEK Md. 5.

⁴⁶ Bkz. FSEK Md. 6.

⁴⁷ Bkz. FSEK Md. 8.

⁴⁸ KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 77.

⁴⁹ KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 77.

Eser, sahipliği müşterek şekilde olabileceği gibi iştirak halinde de olabilir. Birden fazla kişi tarafından anlaşma ile kısımlara ayrılabilen bir eser meydana getirilmişse burada ortak(müşterek) eser sahipliği söz konusu olacaktır.⁵⁰ Burada herkes meydana getirdiği kısmın eser sahibi olarak kabul edilir. Yine birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilen bir eser mevcutsa ancak ayrılamaz nitelikte bir eserden bahsediliyorsa iştirak halinde bir eser sahipliği gündeme gelecektir.⁵¹ Burada eser sahibi, onu meydana getirenlerin birliği olarak kabul edilir. FSEK’ te eser sahipliğine ilişkin karine olarak; eserle birlikte eser sahibinin ismine yahut takma adına yer verilip verilmemiş olmasına göre ayırım yapılmıştır. FSEK Md. 11’ e göre, yayımlanmış bir eserde eserin sahibine ilişkin bir isim yer alıyorsa aksi ispat olununcaya kadar o kişi eserin sahibi kabul edilir. Yine aynı madde ile umumi yerlerde, radyo ve televizyonlarda, konferanslarda eser sahibi olarak tanıtılan kişilerin karine olarak eser sahibi olacağı hüküm altına alınmıştır. FSEK Md. 12’ ye göre ise yayımlanmış bir eserin sahibi belli değilse yayımlayan yahut çoğaltan kişi esere ait hakları kullanabilecektir.

Kanunda eser sahibine tanınan hakların tanımı yapılırken manevi ve mali olmak üzere ayrıma gidilerek hangi eylemlerin hangi hakkın kapsamına girdiği FSEK Md. 13 ve devamında detaylı şekilde açıklanmıştır. FSEK Md. 71 hükmündeki suçlarda yer alan seçimlik fiillerin hangi hakkı ihlal ettiğine dair doğru tespit ve yorumda bulunabilmek için Kanun’ un bu kısmında yer alan kavramlara da açıklık getirmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Bu nedenle aşağıda manevi ve mali haklara ilişkin açıklamalarla birlikte bu haklar kapsamındaki fiillere ilişkin tanımlara yer verilecektir.

1. Manevi Haklar

Manevi haklar; parayla ölçülemezler ve sahibinin kişiliğini yansıtır. “*Kişiliğe bağlı haklar*”⁵² olarak da anılırlar. Manevi hakların bu özgün niteliğini vurgulamak için öğretide “*eser yaratıcısının kişiliğinden doğması ve eser yaratıcısının kişiliğinin damgasını taşıması*”⁵³ şeklinde tanımlamaya yer verilmiştir. Manevi hakların bir başkasına devri, temlik ve mirasla intikali de mümkün değildir.⁵⁴ Fakat manevi hakların kullanılma yetkilerinin devri

⁵⁰ Bkz. FSEK Md. 9.

⁵¹ Bkz. FSEK Md. 10. Müşterek ve iştirak halde eser sahipliğine dair daha detaylı bilgi için bkz. KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 77.

⁵² TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 151.

⁵³ YARSUVAT, a.g.e., s. 110.

⁵⁴ ATEŞ, a.g.e., s. 45. Ayrıca bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 152.

mümkündür.⁵⁵ Yine FSEK Md. 19 uyarınca manevi haklardan bazıları için istisnalar öngörülmüştür. Bu istisna kapsamında eser sahibinin manevi haklarından olan umuma arz hakkı ile adın belirtilmesi haklarının eser sahibinin ölümünden sonra Kültür ve Turizm Bakanlığı ve eser sahibinin yakınları tarafından kullanılabilmesi hükmü altına alınmıştır. *Tekinalp*’ e göre manevi hakların bu şekilde intikali mirasla değil, belirli kimselere kanunla yetki verilmesiyle açıklanmalıdır. Yani, yakınları mirası reddetse dahi FSEK Md. 19 ile sahip olunan hakları kullanmaya devam edebilirler.⁵⁶ Biz de bu görüşe katıldığımızı belirterek bu görüşten çok da uzaklaşmayan bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararına bu kısımda yer vermeyi uygun görmekteyiz. Kararda, mirasçıya ve mali hak sahibine manevi hak tanınmış ve bu hakkın yalnızca mirasçı sıfatını haiz olmakla açıklanamayacağı belirtilmiştir. Kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“...Bilindiği üzere, manevi haklar ölenin terekesi dışında kaldığı için Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19/F.1. hükmünde sayılan kimseler, manevi hakları, sırf mirasçı sıfatını haiz oldukları için iktisap etmezler. Kanun koyucu, bunları ölen eser sahibine en yakın bağlarla bağlı oldukları için, (en güvenilen kişiler) olarak saymıştır. (Fikri Haklar) sahasında çalışan yerli ve yabancı müelliflere göre, manevi hakların (kullanılmaları) eser sahibi tarafından herhangi bir kimseye bırakılabilmir, bu kimselere genellikle, (Treuhönder- güvenilen kişi)dir...”⁵⁷

Manevi haklara ilişkin yapmış olduğumuz genel açıklamaların ardından FSEK’ te sayılan manevi hakları ele alacak olursak bunlar; umuma arz hakkı, adın belirtilmesi hakkı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı ile malik ve zilyede karşı haklardır.

a. Umuma Arz Hakkı

Eser sahibinin umuma arz hakkı, FSEK Md. 14’ te düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrası uyarınca bir eserin kamuya sunulup sunulmamasına dair karar eser sahibi tarafından verilir. Aynı zamanda eserin yayımlanma zamanını ve şeklini de yine eser sahibi

⁵⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 153.

⁵⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 152.

⁵⁷ Yargıtay HGK 11.02.1983, E. 4-70/1983, K. 123/1983. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=1297#> (E.T. 02.01.2022).

belirlemelidir. Maddenin ikinci fıkrasında ise tamamı umuma arz edilmemiş eserlerin içeriğine ilişkin bilgilerin yalnızca eser sahibi tarafından açıklanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Umuma arz hakkı kapsamında incelenmesi gereken maddelerden birisi ise FSEK Md. 7' dir. Burada alenileşme ve yayımlama kavramlarına yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında bir eserin alenileşmiş sayılması için ölçüt eser sahibinin rızası olarak belirlenmiştir. Yani, eser sahibinin rızası olmadan umuma arz olunan bir eser alenileşmiş sayılmayacaktır. Bu durumun eser sahibine karşı ileri sürülmesinin mümkün olacağı ancak kamuya karşı ileri sürülmesinin mümkün olmayacağı öğretide *Yazıcıoğlu* tarafından belirtilmiştir.⁵⁸ FSEK Md. 61 hükmünde ise alenileşmemiş bir eserin *“kamuni veya akdi bir rehin hakkına, cebri icraya veya hapis hakkına konu edilemeyeceği”* hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise “yayımlama” kavramı ele alınmış ve bu kavram bir eserin aslının çoğaltılmasıyla meydana gelen nüshalarının hak sahibinin rızası ile satışa çıkarılması, dağıtılması ve ticari konuma getirilmesi şeklinde açıklanmıştır. Buradan da anlaşılabileceği üzere umuma iletim hakkı eser sahibinin manevi çıkarını korumasının yanında mali çıkarlarını da korumakta ve böylece çifte nitelik göstermektedir.⁵⁹

Manevi haklar konusuna giriş kısmında belirtmiş olduğumuz üzere manevi hakların kullanımı konusunda eser sahibi başka kişileri yetkili kılabilir. Umuma arz hakkı kapsamında yetkili kılınan bir kimseye bu yetki yazılı dahi olsa, eğer yetkilinin umuma arz eylemi eser sahibinin şeref ve haysiyetine zarar verecek nitelikte ise eser sahibi kanun gereği men yetkisini haizdir.⁶⁰

b. Adın Belirtilmesi Hakkı

Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı FSEK Md. 15' te düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre bir eserin; sahibinin gerçek ismiyle, takma ismiyle yahut isimsiz olarak umuma arzına yahut yayımlanmasına karar verecek kişi yine eser sahibinin kendisidir.

⁵⁸ YAZICIOĞLU Yılmaz R., Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 195.

⁵⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 154.

⁶⁰ Bkz. FSEK Md. 14/3.

Eser sahibinin adının, eser üzerinde açık ve anlaşılır şekilde belirtilmesi de bu hakkın kapsamındadır. FSEK Md. 15/3’ te bu durum “*mimari yapıların görünen bir yerine eser sahibinin adının yazılmasının gerektiği*” belirtilmiştir. Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise eser sahibinin adının yalnızca eser üzerinde geçmesinin yeterli olmayacağı aynı zamanda eserin kullanıldığı yerlerde de eser sahibi adının anılmasının gerektiğidir.⁶¹ Tekinalp’ in bu hususta vermiş olduğu bir örneğin konuyu daha da netleştireceği kanaatindeyiz: Bir filmde okunan bir şiirin şairinin ismi filmde anılmalıdır.

c. Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı

Bir eser üzerinde sahibinin izni olmadan yapılacak bir değişiklik yazımızda eser kavramı başlığı altında açıklamış olduğumuz sübjektif unsurun yani eser sahibinin hususiyetinin yansıtılmasını zedeleyeceği gibi eserin bütünlüğünün bozulmasına da yol açabilecektir.⁶² Hatta öyle ki bazı durumlarda eser üzerinde yapılacak değişikliklerin, eser niteliğinin yitirilmesine dahi yol açabileceği belirtilmiştir.⁶³ FSEK Md. 16 ile ele alınan bu manevi hakkın kapsamı eser sahibinin adını da kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Yani, eser sahibinin adı üzerinde yapılacak bir değişiklik de bu hakkın ihlali anlamına gelecektir.⁶⁴

d. Malik ve Zilyede Karşı Haklar

Eser sahibi, eserin aslını elinde bulunduran malik ve zilyede karşı birtakım hakları haizdir. Bu haklar FSEK Md. 17’ de düzenlenmiş olup özetle; eserin aslına ulaşma, sergileme ve eserin tahrip edilmesini önleme hakkı olarak sıralanabilir.⁶⁵

Burada ulaşma hakkının kullanılmasının, kanunda belirtildiği şekliyle, yalnızca bazı eserler üzerinde mümkün olacağının altını çizmek gerekmektedir. FSEK Md. 4’ ün 1 ve 2. Bentleri ile 2. Maddenin 1 ve 3. Bentleri bu kapsamda kabul edilmiştir. Bu eserlere birkaç örnek

⁶¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 158.

⁶² TEKİNALP, a.g.e., s. 160.

⁶³ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 277.

⁶⁴ Hem eser üzerinde hem de eser sahibinin ismi üzerinde yapılan değişiklik ile ilgili karar örneği için bkz. “...davacı vekili, müvekkile ait “Çevre Hakkı” adlı eserin 1992 yılında iletişim Yayınları tarafından 3.000 adet olarak yayımlandığını, davalıların imtiyaz sahibi oldukları Yeniüzyıl gazetesinin bu eseri izinsiz olarak çoğalttığını, özgün eserin 142 sayfa olmasına rağmen değiştirilerek ve tahrif edilmek suretiyle 111 sayfa olarak yayımlandığını ve kitap kapağında Kaboğlu olan soyadının Kabaoğlu olarak değiştirildiğini ileri sürerek...” Yargıtay 11. HD. 31.03.1997 E. 1850/1997 K. 2313/1997 <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T. 02.01.2022)

⁶⁵ Bu şekilde başlıklandırma ve detaylı bilgi için bkz. KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 86-87.

verilecek olursa; yağlı ve sulu boya tablolar, desenler, heykeller, resimler, proje ve krokiler, estetik özelliği bulunmayan teknik ve ilmi fotoğraflar sayılabilecektir. Eser sahibi, bu eserleri gerekli koruma önlemlerini almak kaydıyla, malikten ya da zilyetten geçici bir süre yararlanmak amacıyla FSEK Md. 17/1 kapsamında isteyebilecektir.

FSEK Md. 17/2 kapsamında ise genel olarak eser sahibinin mülkiyet hakkı korunmaya çalışılmış ve eser maliki ya da zilyedinin eseri bozması, tahrip etmesi, yok etmesi yasaklanmıştır. FSEK Md. 17/3'te ise eserin tek ve özgün olması durumu ele alınmış ve bu durumda eser sahibinin sergi ve çalışmaları için eserin aslını talep etme hakkı düzenlenmiştir.

2. Mali Haklar

Mali haklar, eser sahibine ekonomik olarak yararlanma hakkı tanır.⁶⁶ Bu haklar, doğası gereği devir ve temlik kabiliyetini haizdir, mirasla intikal eder dolayısıyla alım satım, kiralama, ödünç verme gibi işlemlere konu olabilir.⁶⁷ Bu yönüyle mali haklar öğretide “*eser sahibinin sahip olduğu hakkın ikinci görünüşü*” olarak tanımlanmıştır.⁶⁸

Eser sahibinin, eserden maddi olarak çıkar sağlayabilmesi için eserini çoğaltmaya, işlemeye, umuma iletmeye, yayımlamaya konu etmesi gerekmektedir.⁶⁹ FSEK kapsamında verilen mali hakların sınıflandırmasına baktığımızda; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı şeklinde sıralandığını görmekteyiz. Mali haklar, birbirinden bağımsız ele alınırlar.⁷⁰ Yani bu haklardan birinin kullanılması diğerine etki etmez ve mali haklardan birisi bir kişiye devredilirken bir diğerinin başka birine kiralanması mümkün olacaktır.⁷¹

Hak sahibine ne zaman bir maddi karşılık verilmesi gerektiğine dair açıklama öğretide “*basamak sistemi*” kavramı ile getirilmiştir. Bu sisteme göre; hak sahibi, eserin her farklı kitleye yani tüketiciye ulaşmasında yeniden bir mali hakka sahip olacaktır.⁷²

⁶⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 169.

⁶⁷ ATEŞ, a.g.e., s. 45.

⁶⁸ YARSUVAT, a.g.e., s. 111.

⁶⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 169.

⁷⁰ KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 87; TEKİNALP, a.g.e., s. 170.

⁷¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 170.

⁷² Daha detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 170.

FSEK Md. 18' e göre bir eser üzerindeki mali haklardan münhasıran yararlanma yetkisi yalnızca eser sahibine aittir. Yapımcı ve yayıncının bu hakları kullanması eser sahibi ile sözleşme yapılmasına bağlıdır. Burada FSEK Md. 52 uyarınca mali haklara ilişkin sözleşmelerin ve tasarrufların yazılı olması gerektiğini belirtmekte yarar vardır. Ayrıca ilgili madde uyarınca sözleşme ya da tasarrufa konu haklar tek tek belirtilmelidir.

FSEK Md. 20' de ise alenileşmiş ve alenileşmemiş eser ayrımı yapılmış ve alenileşmemiş eserlerden her türlü faydalanma hakkı eser sahibine tanınmıştır. Alenileşmiş eserlerde ise eser sahibinin yalnızca kanunda mali hak olarak sayılan haklar bakımından sınırlı sayı şeklinde münhasır hakkı haiz olduğu kabul edilmelidir.⁷³ Bu haklar; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim hakkıdır.

a. İşleme Hakkı

FSEK Md. 21' de belirtildiği üzere *“bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”* Eser sahibi dışında bir kişinin eser üzerinde değişiklik yapması, bir eseri işlemesi yalnızca eser sahibi ile anlaşılması, onun izninin alınması halinde mümkündür.⁷⁴

Yazımızda eser türleri başlığı altında yer verdiğimiz “işlenme ve derlemeler” adlı eser grubunun FSEK kapsamındaki FSEK Md. 6/1 madde metninde işlenme kavramının tanımı yapılmıştır. Buna göre; *“Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve aşağıda başlıcaları yazılı fikir ve sanat mahsulleri işlemedir.”*

Madde metninden anlaşıldığı üzere var olan bir eser üzerinde değişiklik yapılarak asıl esere bağlı meydana getirilen yeni esere işlenmiş eser denmektedir. Burada, ortaya çıkarılan yeni eser ile asıl eser arasındaki bağın korunmaya devam ediyor olması gerekmektedir.⁷⁵

İşlemek fiili bir eserde değişiklik yapılması ile meydana gelir ancak “işlemek” ile bir eseri “değiştirmek” aynı anlama gelmemektedir.⁷⁶ Zira, işlemek fiili değiştirmekten farklı

⁷³ KARASU, SULUK, NAL; a.g.e., s. 87.

⁷⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 171.

⁷⁵ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 319.

⁷⁶ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 320.

olarak işleme fiilini gerçekleştirenin hususiyetini yansıtmaktadır.⁷⁷ İşleme hakkı, bir eserden ekonomik anlamda faydalanmayı kapsar ve dolayısıyla bu hakkın devredilmesi ile mali hak da işleme hakkını devralan kimseye geçer. Fakat söylenmelidir ki buradaki devrolunan mali hak, işleme hakkının amacı ile sınırlıdır.⁷⁸ Bu hususa *Tekinalp*’ in örneği ile açıklık getirecek olursak⁷⁹; bir yazar romanının tiyatro eseri haline getirilmesi için bir kimseye hak tanımış ise bu kimse işlemeyi yaparak eseri bir tiyatroya satabilecektir. Ancak bu kimsenin romanı bir sinema eseri için senaryo haline getirme yetkisinden bahsedilemez.

FSEK’ in çeşitli maddelerinde işlemenin eser sahibinin rızası olmaksızın da yapılabileceği belirtilmiştir. Bunlardan bazıları; resmen yayınlanmış mevzuatın işlenmesi⁸⁰, sinema eserinde yapımcıya mali hakların devrinden sonra dublaj ve altyazı yazılması⁸¹ dır.

b. Çoğaltma Hakkı

FSEK Md. 22 uyarınca; *“bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak”* çoğaltma hakkı eser sahibine tanınmıştır. Yine aynı maddenin devamında, *“eserin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması”* ve *“eserin işaret ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi”* hallerinin de çoğaltma kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir.

Tekinalp’ e göre çoğaltma hakkı, fikir ve sanat eserlerinin çekirdeği niteliğindedir ve diğer haklar bu haktan türemişlerdir.⁸² Yine yazara göre çoğaltmak fiili, *“eserin aynen tekrarlanması ve maddi bir varlık olarak tekrarlanacak şekilde tecessüm etmesini sağlayan teknik bir işlem”* olarak tanımlanmıştır ve hem eserin aslını hem de işlenmelerini kapsar.⁸³

FSEK kapsamında eser sahibinin çoğaltma hakkına birtakım istisnalar getirilmiştir. Bunlara örnek olarak; genel güvenlik ve adli sebeplerle fotoğrafların çoğaltılması⁸⁴, TBMM’ de

⁷⁷ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 320.

⁷⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 172.

⁷⁹ Örnek için bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 172.

⁸⁰ Bkz. FSEK Md. 31.

⁸¹ Bkz. FSEK Md. 80.

⁸² TEKİNALP, a.g.e., s. 173.

⁸³ Tanım için Bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 173.

⁸⁴ Bkz. FSEK Md. 30.

ve mahkemelerde söylenen söz ve nutukların haber ve bilgi verme niyetiyle çoğaltılması⁸⁵ verilebilir.

c. Yayma Hakkı

Yayma hakkı FSEK Md. 23 ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı*” eser sahibininindir. Madde metninden anlaşılacağı üzere FSEK kapsamında başkaca maddelerde (örn. Md. 71) bahsi geçen dağıtmak, kiralamak ve ödünç vermek gibi fiiller esasında “yayma hakkı” kapsamında düzenlenmiştir. Bu hak ile sağlanan yetki öğretide, eser nüshalarının tedavüle konması şeklinde açıklanmıştır.⁸⁶ Bu hakkın kullanılması ile eser alenileşecek ve umuma arzı gerçekleşecektir.⁸⁷

Bu hakkın devri sırasında başkaca mali hakların da zorunlu olarak devri gerekiyorsa yayma hakkının devri ile zorunlu olarak gündeme gelen diğer hakların da devri söz konusu olacaktır.⁸⁸

d. Temsil Hakkı

Temsil; bir eserin okunması, çalınması, oynanması ve gösterilmesi gibi yollarla duyulara hitap eden biçimde kamuya sunulmasıdır.⁸⁹ Burada temsilin, kamunun faydalanacağı biçimde icra edilmesi hususu önem arz etmektedir. Dolayısıyla tek bir kişiye, aileye ya da kamuya kapalı yerlerde yapılan sunumların temsil sayılmayacağı öğretide belirtilmiştir.⁹⁰

FSEK Md. 24 ile düzenlenen temsil hakkı; “*Bir eserden doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve*

⁸⁵ Bkz. FSEK Md. 31.

⁸⁶ AYİTER Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981, s. 134. (Aktaran DİKMEN Esra; Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK Md. 71/1-1), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 41.)

⁸⁷ DİKMEN, a.g.e. s. 42.

⁸⁸ DİKMEN, a.g.e. s. 42.

⁸⁹ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 334. Ayrıca temsil hakkının tanım unsurunun “umuma arz” kavramı olduğuna dair açıklama için bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 180.

⁹⁰ EREL Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1998, s. 151. (Aktaran TELLİOĞLU Dudu Duygu, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 84.) Ayrıca umuma iletim için aynı yönde bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 182.

göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı” şeklinde açıklanmış ve bu hakkın münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Madde metni incelendiğinde temsilin doğrudan ve dolaylı şekilde gerçekleşebileceği söylenmelidir.⁹¹ Doğrudan temsilde eser, maddede sayıldığı şekillerde okunmakta, çalınmakta, gösterilmekte ve oynanmaktayken dolaylı temsilde bir işaret, ses ya da görüntü nakline yarayan aletle nakil söz konusudur.⁹²

Öğretide *Tekinalp* tarafından ise temsil hakkının içerisinde birden fazla hakkı kapsadığı ileri sürülmüştür. Bunlar, anlatımdan doğan hak, sahnede temsil ve seslendirme hakkı, sergilemek hakkı ve iletim hakkıdır.⁹³

e. İşaret, Ses veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

FSEK Md. 25 ile düzenlenen bu hakka ilişkin olarak kanun metninde; *“bir eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının; radyo, televizyon uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması”* ve *“yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi”* şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında iletim hakkı ve yeniden iletim hakkı düzenlenmektedir.⁹⁴ İkinci fıkra ise *“gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimi sağlamak suretiyle umuma iletimi”* şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Öğretide bu düzenleme ile internetin bir yayın aracı olarak görülerek eserin internet üzerinden yayın hakkının da eser sahibine ait olduğu belirtilmiştir.⁹⁵

3. Bağlantılı Haklar

Bağlantılı hak FSEK Md. 80’ de düzenlenmiştir. Bağlantılı hak kavramı, teknolojiye yaşanan gelişmeler ve kayıt imkanlarının artması ile gündeme gelmiş ve bir kimsenin var olan bir eser üzerinde fikri bir çaba harcayarak o eserin kitlelere ulaşmasına aracılık etmesi sebebiyle

⁹¹ DİKMEN, a.g.e. s. 42.

⁹² EREL N. Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bastı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 177 (Aktaran DİKMEN, a.g.e. s. 43.)

⁹³ Daha detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 180.

⁹⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 181., KOCAOĞLU, a.g.e., s. 162.

⁹⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 181.

sahip olduğu hak şeklinde tanımlanmıştır.⁹⁶ Yani, bağlantılı hak sahipleri yeni bir eser meydana getirmez, var olan bir eserin popüler hale gelmesi ve toplum tarafından tanınmasına imkan tanırırlar.⁹⁷

Maddede komşu hak sahipleri kavramına yer verilmiştir. Bunlar özetle, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları olarak belirtilebilir. Maddenin devamında ise film yapımcılarına ilişkin bazı haklar ele alınmıştır.⁹⁸

FSEK metninin geneline ilişkin olarak öğretide birtakım eleştiriler söz konusudur. Bu eleştirilerden birisi ise bağlantılı hak kavramına ilişkindir. Şöyle ki FSEK Md. 71/1; “*Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek*”. hükmünü havidir. Burada eleştirilen husus özetle, her ne kadar madde metninde FSEK’ te koruma altına alınan eserle ilgili manevi, mali, bağlantılı hak ihlalden söz edilse de FSEK kapsamında korunmayan bir eser üzerinde de bağlantılı hakkın ileri sürülebileceği hususudur.⁹⁹ Bağlantılı hakların eserden bağımsız olarak korunduğu, dolayısıyla FSEK kapsamında eser niteliği taşımayan ürünlerle ilgili bağlantılı hakların ihlali halinde de cezai yaptırım uygulanabileceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁰

IV. FSEK Md. 71/1-1: “ESER, İCRA, FONOGRAM ve YAPIMLAR” ile “HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLENEN veya ÇOĞALTILAN ESERLER” HAKKINDA İŞLENEN MANEVİ, MALİ ve BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇU

A. Korunan Hukuki Değer

Herhangi bir fiilin suç olarak kabul edilmesindeki niyet, aynı zamanda suçun hukuki konusunu oluşturur.¹⁰¹ Özgenç’ e göre; korunan hukuki değer, suçun işlenmesi ile ihlal edilir.¹⁰²

⁹⁶ DİKMEN, a.g.e. s. 47.

⁹⁷ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 364.

⁹⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. DİKMEN, a.g.e. s. 47-57.

⁹⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2243. Burada yazarın vermiş olduğu örnek; anonim türkü veya koruma süresi dolmuş bir müzik eserini icra eden sanatçının FSEK’ te belirtilen bağlantılı haklara sahip olacağı şeklindedir. Yazar, madde metninin hazırlanışında gerekli özenin gösterilmediği kanaatindedir.

¹⁰⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2244.

¹⁰¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2247. Ayrıca suçun konusu ve korunan hukuki değer ayırımına ilişkin olarak bkz. ÖZBEK, BACAĞIZ, DOĞAN; a.g.e., s. 214.

¹⁰² ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 220.

FSEK Md. 71/I-1 ile düzenlenen suçta ihlal edilen olgunun; eser sahibine tanınan manevi ve mali haklar ile icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve film yapımcılarına tanınan bağlantılı haklar olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla suç ile korunan hukuki değer sayılan hakların ihlalinin önlenmesi şeklinde açıklanabilir.¹⁰³ Burada tekrara düşmemek adına mali ve manevi hakların kapsamına tekrar değinmeyeceğiz.¹⁰⁴

B. Maddi Unsurlar

1. Konu

Suçun maddi anlamda konusu; “*eser, icra, fonogram veya yapımlar*” ile “*hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserler*” dir. Madde metninde yer alan bu ayrım öğretide bazı yazarlar tarafından FSEK Md. 71/1-1 içerisinde iki ayrı suçun düzenlendiği şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁰⁵ Kanaatimizce suçun konusu temelde “eser” olmakla birlikte birbirinden tamamen bağımsız konular değildir. Bu nedenle bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kaldı ki bu görüşün madde gerekçesi ile de uyumlu olmadığını düşünmekteyiz¹⁰⁶

Belirtilmelidir ki suça konu ürünlerin eser niteliğine ilişkin incelemelerin uygulamada çoğunlukla uzman bilirkişiler tarafından yapılması gerekmektedir.

2. Fiil

Kanun metninde suçu oluşturan fiiller “eser, icra, fonogram ve yapımlar” için ayrı “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserler” için ayrı belirlenmiştir. Burada yer alan fiillerin kanunilik ilkesi gereğince sınırlı olarak algılanması gerekmektedir.¹⁰⁷

¹⁰³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2247.

¹⁰⁴ İlgili kısım için bkz. yazımız başlıklarından FSEK Md. 71 ve Ekonomi Ceza Hukuku Kavramı.

¹⁰⁵ Suç konusunun farklı olması sebebiyle aynı bent içerisinde iki ayrı suçun düzenlendiğine dair görüş için bkz. DİKMEN, a.g.e. s. 62.

¹⁰⁶ “... Dikkat edilmelidir ki, maddede beş bent halinde sayılan fiiller, söz konusu fıkra kapsamında birer seçimlik hareketler değildir. Her ne kadar aynı cezaî yaptırım öngörülmüş ise de; bu beş bentten her birinde yer alan hareketler ayrı ayrı suç oluşturmaktadır. Çünkü her bir bent kapsamına giren fiillerin konusu birbirinden farklıdır. Halbuki seçimlik hareketli suçtan söz edebilmek için, konunun aynı olması gerekir...” <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=54956&pkunnumarasi=5728> (E.T. 31.12.2021)

¹⁰⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2242.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi¹⁰⁸ gereğince yasa koyucu, suç kabul edeceği fiilleri ve buna karşılık öngörülen cezaları açık ve net şekilde belirtmelidir.¹⁰⁹

FSEK' in 71/I-1. Maddesi ile kanun koyucunun; eser ve bağlantılı hak sahiplerinin manevi ve mali haklarını ihlal eden failer ile ihlal eylemini doğrudan işlememiş fakat hukuka aykırı şekilde işlenmiş ve çoğaltılmış eserleri ticari hayata konu etmiş kimselerin aynı yaptırım ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.¹¹⁰

a. Eser, İcra, Fonogram ve Yapımlara Yönelik Fiiller

Eser, icra, fonogram ve yapımlar bakımından öngörülen fiiller ortak şekilde birden fazla ve seçimlik olarak sayılmıştır. Bunlar; işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, umuma iletmek ve yayımlamaktır. Yazımızın mali haklar bölümünde bu fiillere ilişkin detaylı açıklamalara yer verildiğinden burada tekrara düşmemek adına yalnızca özellik arz eden konulara değinilecektir.

Burada eserin işlenmesi seçimlik hareketinin esasında “eserden işlemek suretiyle faydalanma” anlamına geldiğine dair çıkarım madde metninden hareketle yapılabilecektir. İşleme suretiyle faydalanma her türlü hareket ile gerçekleşebileceğinden suçun bu anlamda serbest hareketli bir suç olduğu söylenebilir.¹¹¹

Dağıtmak ve yayımlamak şeklindeki seçimlik hareketlere ilişkin ise FSEK kapsamında doğrudan bir tanıma yer verilmemiş olup bu durum öğretide kanunda bir terminoloji uyumsuzluğu şeklinde eleştirilmiş ve bu eylemleri kanunda karşılayan maddenin FSEK Md. 23 “yayma” başlığı olabileceği belirtilmiştir.¹¹² Bu maddeye göre: “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”

¹⁰⁸ TCK Md. 2/1: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” Anayasa Md. 38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

¹⁰⁹ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 99, 110.

¹¹⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2251.

¹¹¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2251.

¹¹² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2251.

Kanunda sunulan seçimlik hareketlerden “her türlü işaret ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek” eylemi eser sahibinin manevi hakkına karşılık gelmekte iken işleme, dağıtma gibi eylemlerin mali hakkın kapsamına girdiği görülmektedir. Dolayısıyla birtakım mali ve manevi haklara karşılık gelen eylemlerin aynı zamanda FSEK Md. 71/I-1’ de düzenlenen suçun seçimlik hareketi olarak düzenlendiği görülmektedir.¹¹³

Bu seçimlik hareketlerin suç teşkil etmesi kanun metninde “hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” şartına bağlanmıştır. Öğretide, buradaki yazılı izin kavramını ilgilinin rızası şeklinde kabul eden ve dolayısıyla bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu söyleyen yazarlar¹¹⁴ olduğu gibi yazılı izin meselesini tipiklik içerisinde değerlendirmek gerektiğini belirten görüşler de vardır.¹¹⁵ Bu konuya ilişkin detaylı incelemeye hukuka aykırılık başlığı altında yer verileceğinden burada yalnızca tartışma konusuna değinmekle yetiniyoruz.

b. Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserlere Yönelik Fiiller

Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserler bakımından belirtilen seçimlik hareketler ise; satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek, yaymak, ticari amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak, depolamak şeklinde sıralanabilir.¹¹⁶

Bu konuda kanun metninin yazımına ilişkin öğretide getirilen bir eleştiri ise; FSEK Md. 23’ te dağıtma hakkının kapsamının belirlendiği ve bu kapsamın içerisinde zaten “satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek, yaymak” eylemlerinin yer aldığı dolayısıyla sadece dağıtmak fiilinin kullanılması yeterli olacakken gereksiz şekilde kanun lafzının uzatılmış olmasına yöneliktir.¹¹⁷ Bu eylemlere yazımın önceki kısımlarında değinildiği için tekrara düşmemek adına bu bölümde yalnızca “*ticari amaçla satın almak, ithal veya ihraç*

¹¹³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2252.

¹¹⁴ HAFIZOĞULLARI Zeki, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:48, 1999, s. 5., YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 224

¹¹⁵ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 288,289. Ayrıca bkz. KOCAOĞLU, a.g.e., s. 158; TURAN Selcen, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012. s. 199.

¹¹⁶ FSEK Md. 71/ I-1. “... hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında...”

¹¹⁷ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 343

etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak, depolamak” eylemlerine odaklanılacaktır.

Söz konusu eylemler bir eserin yayılmasından önceki bir evrede gerçekleşmektedir ve hükmün ilk bölümünde yer alan eylemlerin hazırlık hareketi niteliğindedir.¹¹⁸ Ticari amaçla satın almak eylemi, özel kast gerektiren bir eylemdir zira failin yalnızca hukuka aykırı işlenmiş ya da çoğaltılmış bir eseri satın alması suçun oluşmasında yeterli görülmemiş, ekonomik bir kazanç elde etmek amacıyla satın almasının önemi vurgulanmıştır.¹¹⁹ Bununla birlikte söz konusu fiil ile satın alınan ürünün ülkeye sokulması gibi bir şart da ön görülmemiş burada yalnızca eser sahibinin mali hakkına yapılacak saldırıyı engellemek amaçlanmıştır.¹²⁰

Kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak eylemleri ise ticari amaçla satın almaktan daha geniş bir kapsama sahiptir ve eser sahibine tanınan yayma hakkının ihlal edilmesi öncesinde ciddi bir riski göstermektedir.¹²¹ Burada kanun koyucunun “kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurmak” düzenlemesi ile eserlerin hukuk dışı ticarete konu edilmesinin önüne geçilmesini sağlamaya çalıştığını söylemek de mümkündür.¹²²

3. Fail

Suçun faili, FSEK kapsamında korunan bir eser üzerindeki mali, manevi, bağlantılı haklara tecavüz eden herkes olabilir. TCK’ nın benimsediği sisteme göre¹²³ tüzel kişiler tarafından bu eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde yalnızca güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Bu durum FSEK Md. 81/son hükmünde ayrıca belirtilmiştir. Tüzel kişiler hakkında cezai bir hüküm verilemeyecek olup yalnızca eylemi gerçekleştirenin temsilci, gerçek kişi gibi kişilerce işlenmesi halinde ilgililerin sorumluluğu gündeme gelecektir.

¹¹⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2256,2257.

¹¹⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2257.

¹²⁰ YAZICIOĞLU a.g.e. s. 346.

¹²¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2257. Ayrıca aynı eserde, kişisel kullanım amacının sınırlarının belirlenebilmesi için çoğaltma hakkının istisnası olan FSEK Md. 38’ den yararlanılabileceği söylenmektedir.

¹²² YAZICIOĞLU a.g.e. s. 352.

¹²³ TCK Md. 20/2: “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar saklıdır.”

4. Mağdur

Suçun mağduru; manevi, mali ya da bağlantılı hakları ihlal edilen kişi ya da kişilerdir. Burada mağdur bakımından özellik arz eden bir durum söz konusu değildir. Ancak, şikayete tabi¹²⁴ bir suç olması bakımından mağdurun tespitinin önem arz ettiği belirtilmelidir.

Manevi hakların ihlali halinde mağdur daima eser sahibidir.¹²⁵ Zira, manevi hakların devri mümkün değildir.¹²⁶ Mali hakların kullanımı ise kanunda münhasıran eser sahibine tanındığından¹²⁷ kural olarak yine mağdur eser sahibi olacaktır. Ancak bazı durumlarda mali hakları kullanma yetkisi eser sahibinin kendisinde olmayabilir. Burada mali hakların kuru mülkiyetinin yine eser sahibine ait olduğu dolayısıyla eser sahibinin mağdur sıfatını koruyacağı söylenmektedir.¹²⁸ Mali hakların devri söz konusu ise burada ihlal anında hak sahibi olan kişinin mağdur sıfatını haiz olacağı söylenmelidir.¹²⁹

Bu başlık altında değinilmesi gereken diğer bir kavram ise suçtan zarar gören kavramıdır. Bu kavram öğretide, *“bir suçun işlenmesiyle korunan hukuki menfaati doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal olan kimse”* olarak açıklanmış ve mağdur kavramından farkı işlenen suçun kendisine karşı doğrudan bir haksızlık teşkil edip etmemesi şeklinde belirtilmiştir.¹³⁰

Her ne kadar FSEK Md. 19’ da belirtilen istisnai düzenleme ile manevi hakların eser sahibi adına başkaları tarafından kullanımı düzenlenmiş ise de burada hakkı kullananların mağdur olmayacağı, yalnızca suçtan zarar gören kişi olabileceği öğretide belirtilmektedir.¹³¹

¹²⁴ FSEK Md. 75: “71 ve 72’nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır.”

¹²⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2265.

¹²⁶ OĞUZMAN Kemal, BARLAS Nami; Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 156.

¹²⁷ FSEK Md. 18/1. “Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.”

¹²⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2265.

¹²⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2265.

¹³⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; a.g.e., s. 283.

¹³¹ YAZICIOĞLU, a.g.e., s. 202.

FSEK Md. 19. “Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyyetlerin kullanılış tarzlarını tesbit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana- babasına, kardeşlerine aittir.

Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkra da sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler.”

Mali haklar bakımından ise kullanım yetkisini haiz kimselerin suçtan zarar gören sıfatını haiz olacağı söylenmelidir.¹³²

C. Manevi Unsurlar

Suçun manevi unsuru kasttır. Kanun tanımında açık şekilde failin “bilerek” hareket ettiği hususuna yer verilen suçların yalnızca doğrudan kastla işleneceği bilinmektedir.¹³³ Buradan hareketle, öğretide gerek madde metninde yer alan “*ihlal ederek*” vurgusu gerekse de “*hak sahibinin rızası olmaksızın*” ifadesi failin eylemi bilerek işlediğini gösterir nitelikte kabul edilmiş ve suçun olası kastla işlenmeye müsait olmadığı kanaatine varılmıştır.¹³⁴ TCK genel hükümleri uyarınca¹³⁵ bu suçun taksirle de işlenemeyeceği açıktır.

D. Hukuka Uygunluk

TCK sisteminde hukuka uygunluk sebepleri dört ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; kanun hükmünü yerine getirme¹³⁶, meşru savunma¹³⁷, hakkın kullanılması¹³⁸ ve ilgilinin rızası¹³⁹ şeklinde sıralanabilir.¹⁴⁰ Bu sınırlamalardan meşru savunmanın FSEK kapsamında uygulama alanının mevcut olmayacağı söylenmelidir.¹⁴¹

FSEK ile tanınan hakların kullanılmasına yine kanun içerisinde yer alan bazı hükümler tarafından sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların bir kısmı hak sahiplerinin haklarını kullanmalarına engel olurken bir kısmı hak sahibinin izni alınmaksızın eserden başkalarının yararlanabilmesini sağlamaktadır.¹⁴²

FSEK kapsamında bazı özel düzenlemelerle hakların kullanımı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar FSEK Md. 30 ile 40 arasında yer almakla birlikte Md. 80’de de benzer bir

¹³² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2265.

¹³³ Bkz. TCK Md. 21’ in gerekçesi; “Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında “bilerek” ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir.”

¹³⁴ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2260.

¹³⁵ Bkz. TCK Md. 22/1: “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.”

¹³⁶ Bkz. TCK Md. 24/1.

¹³⁷ Bkz. TCK Md. 25.

¹³⁸ Bkz. TCK Md. 26/1.

¹³⁹ Bkz. TCK Md. 26/2.

¹⁴⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; a.g.e., s. 375.

¹⁴¹ TURAN, a.g.e. s. 207; KOCAOĞLU, a.g.e., s. 217.

¹⁴² TURAN, a.g.e. s. 207.

düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili maddeler ile eser üzerindeki bazı hakların kısmen ve belirli şartlarla kullanımı, eser üzerindeki hak sahipleri dışındaki gerçek veya tüzel kişilere bırakılmış ve dolayısıyla bu kimselerin fiilleri hukuka uygun kabul edilmiştir.¹⁴³ Kanunda yer alan sınırlama başlıkları genel olarak; “amme düzeni mülahazasıyla”, “genel menfaat mülahazasıyla”, “hususî menfaat mülahazasıyla”, “hükümete tanınan yetkiler” şeklindedir.

FSEK Md. 71/1-1 hükmünde eser, icra, fonogram veya yapımlarla ilgili olarak “*hak sahibinin yazılı izni olmaksızın*”¹⁴⁴ ifadesine yer verilmiş ve öğretide bu şartın hukuka uygunluk hali mi yoksa tipiklik unsuru mu olduğu tartışmalı karşılanmıştır.¹⁴⁵ Bir kısım yazarlar bu şartı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmişken¹⁴⁶ bir kısım yazarlar ise tipiklik gereği bir rızadan bahsetmiştir.¹⁴⁷ Hiç şüphesiz her iki kabulde de suça neden olan fiillerin hukuka aykırılığı önlenmiş olacaktır.¹⁴⁸

Fakat rızanın, tipikliğin bir unsuru mu yoksa hukuka aykırılığın bir unsuru mu olarak kabul edilmesinde belirgin ayrımların bulunduğunu da göz ardı etmemek gerekmektedir.¹⁴⁹ Bu kabuller arasındaki farklara kısaca değinecek olursak¹⁵⁰; tipiklikte rızanın etki göstermesi için kişinin algılama yeteneğine bakılmazken hukuka uygunluk şeklindeki kabulde rızanın sonuç doğurması ilgilinin algılama yeteneği ile bağlantılıdır. Tipiklikte iç irade önem arz eder yani iradenin dışa vurulması rızanın etkisi açısından önem arz etmez, ancak hukuka uygunluk kabulünde rızanın etki doğurması için iradenin söz veya hareketle dış dünyaya açığa vurulması gerekmektedir.

Her ne kadar FSEK Md. 71’ in gerekçesinde “*Hak sahibi kişilerin izninin varlığı, maddenin (1) numaralı bendi kapsamındaki fiilleri hukuka uygun hale getirmektedir.*” denilmişse de kanaatimizce de burada bahsi geçen rıza bir tipiklik unsuru olarak ele alınmalıdır.

¹⁴³ TURAN, a.g.e. s. 207.

¹⁴⁴ Burada iznin yazılı olmasına yönelik eleştiriler için bkz. TURAN, a.g.e. s. 201-203.

¹⁴⁵ KOCAOĞLU, a.g.e., s. 141.

¹⁴⁶ HAFIZOĞULLARI, a.g.e., s. 5, YENİDÜNYA, a.g.e. s. 267.

¹⁴⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ; a.g.e. s. 289-291; KOCAOĞLU, a.g.e. s. 141; DEMİREL Muhammed, Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası 78(3), İstanbul, 2020, s. 1475. Ayrıca iznin fiilden önce verilmesi gerektiği, fiilden sonra verilen icazetin yalnızca şikayet hakkından feragat anlamına geleceğine ilişkin açıklamalar için bkz. TURAN, a.g.e. s. 201.

¹⁴⁸ TURAN, a.g.e. s. 199. DEMİREL, a.g.e. s. 1494.

¹⁴⁹ ŞAHİN EKİCİ Meral, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 72-77; DEMİREL, a.g.e. s. 1476-1494; KOCA, ÜZÜLMEZ; a.g.e. s. 290.

¹⁵⁰ Bu kısımdaki örnekler ve daha fazlası için bkz. ŞAHİN EKİCİ, a.g.e., s. 72-77; KOCA, ÜZÜLMEZ; a.g.e. s. 290.

Çünkü, rızanın bulunmamasına ilişkin cümleye madde metninde suçun tipikliği gibi yer verilmiştir ve suçun işlenebilmesi için gerekli hareketlerin şartı şeklinde belirtilmiştir.

Ek olarak, koruma süresi¹⁵¹ bakımından da bir hukuka uygunluktan söz edilebilecektir. Şöyle ki, koruma süresi dolmuş eserlere ilişkin olarak mali hakların herkes tarafından kullanılabileceği ve bu takdirde üçüncü kişilerin bu hakları kullanmasının hukuka uygun olacağı belirtilmiştir.¹⁵²

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

TCK Md. 35 ile düzenlenen teşebbüsün oluşabilmesi için suçun maddi unsurları arasında sayılan hareketlerin bölünebilir özellikte olması gerekmektedir.¹⁵³ Fail, maddi unsorda öngörülen hareketin icrasına başlamış ve sonrasında bu hareketin tamamlanamamışsa veya tamamlansa dahi suç tipinde ayrı bir unsur olarak belirlenen hallerde netice gerçekleşmemişse ceza hukukunda teşebbüs kavramından söz edilebilir.¹⁵⁴

Mali, manevi ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarında hareketin yapılması ile suçun tamamlandığı ve ayrıca bir zararın meydana gelmesinin aranmadığı öğretide kabul görmekle birlikte¹⁵⁵ bu suçlara ilişkin olarak sırf hareket suçu tanımını vermek de yanlış olmayacaktır.¹⁵⁶ Ancak suçların serbest hareketli suçlar olması sebebiyle de teşebbüs hususunda net bir ifadeye yer vermek mümkün değildir. Her hareketin bölünebilir olup olmadığı noktasında ayrı ayrı inceleme yapılması gerekecektir.¹⁵⁷

2. İştirak

Mali, manevi ve bağlantılı haklara tecavüz suçları tek fail tarafından işlenen suçlar olmakla birlikte failin birden fazla olmasına da bir engel bulunmamaktadır.¹⁵⁸ 2008 yılında

¹⁵¹ FSEK Md. 26-27.

¹⁵² TURAN, a.g.e. s. 208; Bu konunun hukuka uygunluk değil tipiklik konusu olduğuna dair eleştiri için bkz. KOCAOĞLU, a.g.e., s. 217.

¹⁵³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2266.

¹⁵⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; a.g.e. s. 552-553.

¹⁵⁵ TURAN, a.g.e. s. 209.

¹⁵⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2266.

¹⁵⁷ TURAN, a.g.e. s. 209; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2266, 2267.

¹⁵⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2268.

yapılan değişiklik ile FSEK’ te iştirak konusunu düzenleyen 74. Madde yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık FSEK kapsamındaki suçlarda iştirak bakımından TCK’ nın genel hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Suç fiilini birlikte gerçekleştirenlerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacakken suçun işlenmesinde bir başkası araç olarak kullanılmışsa dolaylı failden söz edilecektir.¹⁵⁹

3. İctima

Ceza hukukunda genel kural kaç tane fiil varsa o kadar suçun olacağı yönündedir. Bu kuralın istisnasını ise içtima hükümleri oluşturur.

FSEK Md. 71/I-1 düzenlemesinde farklı eser grupları hakkında farklı seçimlik hareketler belirlenmiş ancak tüm bu hareketlere karşılık tek bir yaptırım öngörülmüştür. Öğretide bu duruma dikkat çekilmiş ve bu düzenleme şekli kanun koyucunun bir suç politikası tercihi olarak adlandırılmıştır.¹⁶⁰ Zira, bir kişinin sahip olduğu manevi, mali ve bağlantılı hakların tek fiille ihlal edilmesi halinde kaç suç ve cezadan bahsedileceği noktasında esas alınan değerin korunan hak olmadığı vurgulanmıştır.¹⁶¹ Bu hususa FSEK üzerinde 2008 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinde de detaylı şekilde değinilmiştir:

“Kamunun mevcut metninde suçlar tanımlanırken, manevi haklara tecavüz ve malî haklara tecavüz ayrımı esas alınmıştır. Öncelikle belirtilmek gerekir ki, bu Kamunun koruma altına aldığı malî ve manevi haklara tecavüz fiilleri iç içe bir mahiyet taşımaktadır. Bir fiille, bir kişinin sadece manevi hakkı veya malî hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.”¹⁶²

Gerekçede, manevi ve mali hakların iç içe geçebileceği vurgulanmış buna bağlı olarak korunan haktan hareket ederek tek fiil ile ayrı suçlar işlenebileceği şeklinde niteleme yapmanın

¹⁵⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2268.

¹⁶⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2271.

¹⁶¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2271.

¹⁶² Bkz. 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Md. 138. (E.T. 22.11.2021) <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54956&pkanunnumarasi=5728>

suç politikası ile bağdaşmayacağı söylenmiştir. Şu halde; hak sahibinin izni olmadan önce eserin içeriği değiştirilerek manevi hakkının ihlal edilmesi sonrasında ise eserin çoğaltılarak satılması halinde FSEK/I-1 uyarınca tek suçun oluşacağı kabul edilmiştir.¹⁶³

Farklı kişilere ait eser ve icraları içeren fonogramların izinsiz çoğaltılması ve satılması halinde ise aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi söz konusu olacağından yine tek cezaya yer verilmelidir ancak TCK. 43/II uyarınca cezada artım yapılmalıdır.¹⁶⁴

İçtima açısından önem arz eden diğer düzenleme ise FSEK Md. 81/13 hükmü idi ancak ilgili madde 12.06.2020 tarihinde AYM tarafından Anayasa Md. 2'yi ihlal etmesi sebebiyle iptal edilmiştir.¹⁶⁵

F. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlıkla düzenleme FSEK Md. 71/III' de yer almaktadır. Maddeye göre, bir başkası tarafından hukuka aykırı olarak üretilen, işlenen, çoğaltılan, dağıtılan veya yayımlanan bir eser, icra, fonogram veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kimsenin kovuşturma evresinden önce bu eserleri kimden temin ettiğini bildirmesi ve ilgililerin yakalanmalarını sağlaması halinde cezadan indirim yapılabilecek hatta ceza vermekten vazgeçilebilecektir.

Etkin pişmanlık hükmü FSEK Md. 71' de yer alan suçların tamamını içermemektedir.¹⁶⁶ Fail, bu hükümden yararlanmak istiyorsa hukuka aykırı şekilde üretilen, işlenen, çoğaltılan, dağıtılan ya da yayımlanan eser, icra, fonogram veya yapımı kimden aldığını kovuşturma evresi başlamadan önce yetkili makamlara bildirmeli ve o kimselerin yakalanmalarını sağlamalıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki, maddede bahsedilen “satın alan” ifadesi ile kastedilen ticari bir amaçla satın alan kimsedir.¹⁶⁷ FSEK Md. 38 kapsamında “*kar amacı gütmeksizin kişisel kullanımlar*” suç teşkil etmemektedir.¹⁶⁸

¹⁶³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2271.

¹⁶⁴ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2271.

¹⁶⁵ Karara ulaşmak için bkz. Anayasa Mahkemesi 12.06.2020, 2019/74 E. 2020/29 K. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200717-7.pdf> (E.T. 22.11.2021)

¹⁶⁶ KAYNAK Ali Osman, İçtihatlı Uygulamalı Örnekleriyle Fikri Mülkiyet Suçları ve Soruşturma Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 228.

¹⁶⁷ KAYNAK, a.g.e., s. 228.

¹⁶⁸ KAYNAK, a.g.e., s. 228.

Öğretide etkin pişmanlık düzenlemesiyle ilgili olarak birtakım sorular ileri sürülmüştür. Bu sorulardan bazıları; hukuka aykırı şekilde üretilen, işlenen, çoğaltılan, dağıtılan ya da yayımlanan eserlerin temin edildiği kimselerin iddianamenin kabulü anına değin yakalanmış olması zorunlu mudur?¹⁶⁹ Yakalanan kişi hakkında ceza davası açılmamış ise şahsın bu durumu faili etkileyecek midir?¹⁷⁰

Etkin pişmanlığın düzenlendiği madde metninde failin suça konu eşyaları temin ettiği kişiyi “bildirmesi” ve “yakalanmasını sağlaması” yeterli görülmüş bu nedenle şahsın yakalanmasına elverişli bilginin paylaşılması yeterli görülecektir.¹⁷¹ Eşyaların temin edildiği kişinin yakalanmaması yahut kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi hallerinde failin etkin pişmanlıktan yararlanmasının mümkün olmadığı söylenmektedir.¹⁷² Bu görüşün gerekçesi ise söz konusu düzenleme ile yasa koyucunun asıl amacının; eser sahipliğinden kaynaklı hakların ilk ihlal edildiği fiilleri ve faileri bulmak olduğu şeklindedir.¹⁷³

G. Yaptırım ve Muhakeme

FSEK Md. 71/I-1 hükmünde yer alan fiiller hakkında verilecek cezalar seçimlik olup “*bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası*” şeklinde düzenlenmiştir. FSEK 71. Maddede yer alan tüm suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturmanın şikayete tabidir.¹⁷⁴

Görevli mahkeme konusu FSEK Md. 76 ile düzenlenmiştir. Burada Sınai Mülkiyet Kanunu’na atıf yapılmakla davaların bir ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir. İhtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise asliye ceza mahkemeleri görevli olacaktır.

Şikayetin geçerli kabul edilmesi için hak sahiplerinin şikayet süresi içerisinde, hak sahibi olduklarına dair belge ve diğer delillerini Cumhuriyet Başsavcılığı’na vermeleri gerekmektedir. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verileceği de yine madde metninde düzenlenmiştir.

¹⁶⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2303.

¹⁷⁰ KAYNAK, a.g.e., s. 227.

¹⁷¹ KAYNAK, a.g.e., s. 228.

¹⁷² KAYNAK, a.g.e., s. 228.

¹⁷³ KAYNAK, a.g.e., s. 228.

¹⁷⁴ Bkz. FSEK Md. 75/1.

FSEK 75. Maddenin devamında ise hakkı ihlal edilen eser sahiplerinin şikayet haklarını kullanabilmeleri için başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olacak şekilde ilgili tüzel ve gerçek kişiler tarafından haberdar edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Ayrıca şikayet üzerine, suç konusu eşya ile ilgili olarak el koyma tedbirinin alınması için gerekli işlemlerin Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılacağı belirtilmekle, ayrıca gerek görülmesi halinde faaliyetin durdurulmasına da karar verilebilecektir. Ancak burada sınır *“hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserler”* şeklinde belirtilmiştir. Savcılık tarafından alınan bu kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekmektedir. FSEK Md. 71 ile düzenlenen suçlar uzlaştırma hükümlerine de tabiidir. Meğerki suç FSEK 71/III hükmüne göre etkin pişmanlık kapsamına giriyor olsun.

V. FSEK Md. 71/1-1 ile AYNI MADDEDE YER ALAN DİĞER SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

A. FSEK Md. 71/1-2: “Başkasına Ait Esere Kendi Adını Koymak” Suçu

FSEK Md. 15 hükmüne göre; *“sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama yetkisi”* münhasıran eser sahibine tanınmıştır. FSEK Md. 71/I-2’ de düzenlenen suç ile FSEK Md. 15’ te belirtilen “adın belirtilmesi” hakkının korunması amaçlanmış ve kişilerin, başkasına ait bir esere kişinin kendi eseriymiş gibi ad koymasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Bu suçun kapsamının eserin sahibinin adıyla sınırlı olduğunu, eserin adının bu kapsamda ele alınamayacağını söylemek mümkündür.¹⁷⁵

Burada suçun maddi konusu “başkasına ait eserler” şeklinde kabul edilebilir.¹⁷⁶ Suçun maddi unsurundaki hareket, başkasının eserine kendi adını vermek olduğundan suçun gerçekleşmesi için failin esere, kendi adını ya da onu çağrıştıran bir ismi koyması gerekmektedir. Burada esere adı konulan kimse fail dışında ancak tanınmış birisi ise şartların sağlanması halinde FSEK 76/I-6 ile düzenlenen *“Tanınmış Bir Başkasının Adını Kullanmak”*

¹⁷⁵ ERDİL Engin, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1443.

¹⁷⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2276.

suçunun oluşabileceği göz ardı edilmemelidir.¹⁷⁷ Herhangi bir kimsenin adı değil failin adının koyulmasına yönelik bir düzenleme yapıldığı için öğretide suçun *bağlı hareketli bir suç* olacağına ilişkin görüşler mevcuttur.¹⁷⁸

Öğretideki bir diğer görüş ise, kendi adını koyma hareketi üzerine dağıtma ve yayma fiillerinin de işlenmesi ile cezanın ağırlaşıacağı belirlendiğinden, buradaki suçun bileşik bir suç olduğu yönündedir. Dolayısıyla bu görüşe göre failin yalnızca başkasına ait esere kendi adını vermek sebebiyle manevi hakkın ihlalinin dolaylı cezalandırılması gerektiği söylenmektedir.¹⁷⁹

Suçun faili, suçun maddi konusu olan ve adı değiştirilen eser sahibi dışında herkes olabilir. Mağdur, adı değiştirilen eserin sahibidir. Manevi bir hakkın ihlali söz konusu olduğundan FSEK Md. 19 kapsamındaki kişilerin dahi yalnızca şikayet hakkına sahip olabilecekleri söylenmelidir.¹⁸⁰

Suçun manevi unsuru ise kasttır ve bir kimsenin başkasına ait bir esere kendi adını koyması eyleminde bu eylemin doğası gereği bilerek ve isteyerek bir davranıştan söz edileceği için olası kastla işlenme ihtimali bulunmamaktadır.¹⁸¹

Fail, esere kendi adını koyma eylemini gerçekleştirdiği an suç tamamlanacaktır. Dolayısıyla bir sırf hareket suçundan bahsedilmektedir. Ancak, buradan teşebbüse elverişli olmadığı sonucunu çıkarmak doğru değildir zira, esere kendi adını koyan fail eseri henüz kamuya mal etmemişken yakalanırsa eylemin teşebbüs aşamasında kalacağından söz etmek gerekir.¹⁸²

Eğer suç esere sadece kendi adını vermek ile sınırlı kalırsa fail hakkında 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu ceza hakim kararına göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak suç dağıtım ya da yayım yoluyla işlenmişse cezanın üst sınırı 5 yıl şeklinde

¹⁷⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2277.

¹⁷⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2277.

¹⁷⁹ YAVUZ Mehmet Reşat, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 86. (E.T. 03.11.2021). <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> ; KOCAOĞLU, a.g.e., s. 237.

¹⁸⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2278.

¹⁸¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2278.

¹⁸² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2278.

belirlenmiştir. Suçun kovuşturma ve soruşturması şikayete tabidir ancak FSEK Md. 71/III ile düzenlenen etkin pişmanlık kapsamında yer almamaktadır.

B. FSEK Md. 71/1-3: “Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunmak” Suçu

“*Kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma*” suçu FSEK Md. 71/I-3’ te düzenlenmektedir ve bazı kaynaklarda “*intihal suçu*”¹⁸³ olarak da anılmaktadır. Suç unsurları bakımından incelendiğinde fail, mağdur, konu yönüyle FSEK Md. 71’ de düzenlenen suçların geneli bakımından özellik arz eden bir durum söz konusu değildir. Ancak, bir eserde kaynak gösterilmiş ancak yetersiz yahut aldatıcı nitelikte ise bu durumda FSEK Md. 71/I-3 değil FSEK 71/I-5’ te düzenlenen suçu oluşacağını gözetmek gerekmektedir.¹⁸⁴ Eserin tamamı alınarak kendi ismi ile yayınlanırsa bu durumda FSEK Md. 71/I-2, iktibas sınırı aşılmışsa da FSEK Md. 71/I-1 ihlalinden söz edilecektir.¹⁸⁵ Suç bakımından FSEK’ te tanınan iktibas serbestisi halleri¹⁸⁶ önem arz etmektedir ve bu kapsamda yapılan iktibas suç teşkil etmeyecektir.¹⁸⁷

Bu suçta zararın meydana gelmesi aranmaz, yalnızca kaynak gösterilmeden alıntı yapılması suçun tamamlanması için yeterlidir. Dolayısıyla burada da suçun sırf hareket suçu ve tehlike suçu olduğu söylenecektir.¹⁸⁸ Suçun kovuşturma ve soruşturması şikayete tabidir ancak FSEK Md. 71/III ile düzenlenen etkin pişmanlık kapsamında yer almamaktadır.

C. FSEK Md. 71/1-4: “Alenileşmemiş Bir Eserin İçeriğini Açıklamak” Suçu

FSEK Md. 71/I-4’te düzenlenen “*alenileşmemiş eserin içeriğini açıklamama*” suçu FSEK Md. 14/II’ de düzenlenen “*eserin içeriği hakkında kamuya bilgi verme*” hakkının ihlalini cezalandırmaktadır. Bu hak bir manevi haktır. Fail, mağdur, manevi unsur bakımından bir

¹⁸³ KAYNAK, a.g.e., s. 222.

¹⁸⁴ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2283.

¹⁸⁵ KAYNAK, a.g.e., s. 222.

¹⁸⁶ Bkz. FSEK Md. 35: “*Bir eserden aşağıdaki hallerde iktibas yapılması caizdir: 1. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; 2. Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması; 3. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması; 4. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi. İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.*”

¹⁸⁷ KAYNAK, a.g.e., s. 222.

¹⁸⁸ KAYNAK, a.g.e., s. 222.

özellik arz etmemektedir. Eserin içeriği hakkında bilgi verme hakkına ilişkin olarak; suça konu eserin tamamı ya da esaslı kısmı alenileşmiş ise eser sahibinin bu hakkı sona erecektir.¹⁸⁹

Burada dikkat edilmesi gereken husus; eser üzerindeki mali hakkın devredilmiş olması halinde, eser sahibi tarafından, eserin içeriği hakkında bilgi vermeye ilişkin hakkın saklı tutulmasıdır. Aksi halde mali hakları devralan kişi eserden ekonomik anlamda yarar sağlayabilmek için eserin kamuya arzı hakkını da dolaylı olarak elde etmiş olacaktır.¹⁹⁰ Kanun koyucu burada diğer bentlerde olduğu gibi seçimlik cezaya yer vermemiş ve suçun yaptırımını altı aya kadar hapis cezası olarak belirlemiştir.

D. FSEK Md. 71/1-5: “Yetersiz, Yanlış veya Aldatıcı Kaynak Göstermek” Suçu

Eserin hak sahibinin rızası olmaksızın o eserden alıntı yapmanın istisnası FSEK Md. 35 ile düzenlenen iktibas serbestisidir. Ancak 35. maddenin son fıkrasında iktibasın ne şekilde yapılacağına ilişkin açıklamalar yer almaktadır, bu serbesti kullanılırken alıntının ne şekilde yapılacağına dair ilgili hükmün gereği yerine getirilmelidir.¹⁹¹ Bu hükme aykırı şekilde yapılan alıntılarının FSEK Md. 71/I-5’ te belirtilen suçu oluşturacağı söylenmelidir. Kanun koyucu bu suçun cezasını “altı aya kadar hapis” şeklinde belirlemiş ve diğer bentlerde olduğu gibi alternatif bir para cezası öngörmemiştir.

E. FSEK Md. 71/I-6: “Tanınmış Bir Başkasının Adını Kullanmak” Suçu

FSEK Md. 71/I-6’ da tanımlanan suç kanunda yapılan 2008 değişikliği ile eklenmiştir. Madde metninde, “*Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi...*” demek suretiyle seçimlik hareketlere yer verilmiştir. Bu hareketlerden birinin yapılması suç oluşumu için yeterli olmakla birlikte birden fazla hareket söz konusu ise ayrı ayrı suçlardan bahsedilemeyecektir ve bu durum yalnızca temel cezanın tayininde nazara alınacaktır.¹⁹² Bu suç ile fail, suça konu eserin gerçek sahibi dışında tanınmış bir kimsenin adını kullanarak eseri çoğaltmakta, dağıtmakta,

¹⁸⁹ YARSUVAT, a.g.e., s. 121.

¹⁹⁰ YARSUVAT, a.g.e., s. 117; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2288.

¹⁹¹ KAYNAK, a.g.e., s. 223.

¹⁹² KOCAOĞLU, a.g.e., s. 203.

yaymakta veya yayımlamaktadır. Bu yol ile failin, tanınmış bir kişinin şöhretinden yararlanmayı amaçladığı söylenebilecektir.¹⁹³

Öğretide bu suça ilişkin olarak; eser sahibinin izni olmaksızın çoğaltma, dağıtma ve yayma fiillerinin aslında başlı başına FSEK Md. 71/I-1’de düzenlenen bir suç olduğu ve bu suçun FSEK 71/I-6 da düzenlenen suçun unsuru olarak belirtilmesi sebebiyle Md. 76/I-6’ nın bileşik suç niteliğini haiz olacağı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla burada yayma, dağıtma çoğaltma eylemleri sebebiyle ayrıca mali hakkın ihlalinin de söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.¹⁹⁴

Öğretide maddeye ilişkin getirilen bir eleştiri; “tanınmış bir başkası” ifadesinin net olmadığı dolayısıyla hukuki güvenlik anlamında sorunlu bir düzenleme olduğu şeklindedir.¹⁹⁵ Suç hakkında öngörülen yaptırım ise seçimlik olarak hapis veya para cezası şeklinde düzenlenmiştir.

F. FSEK Md. 71/II Hükmünde Düzenlenen Suçlar

Madde metnine bakıldığında, “bu Kanunun ek 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler” ile “bu Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar” hakkında tek bir yaptırım öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu suçlar herkes tarafından işlenebilir ancak uygulamada tüzel kişiler ön plana çıkmaktadır.¹⁹⁶

Madde metninin ilk kısmında belirtilen Kanunun ek 4’üncü¹⁹⁷ maddesinin birinci fıkrasına ilişkin fiilleri yetkisiz olarak işleme hareketi öğretide “*hak yönetimi bilgilerinin kaldırılması veya değiştirilmesi suçu*”¹⁹⁸ şeklinde adlandırılmaktadır.

Burada suç ile korunan hukuki yarar “*hak yönetimi bilgilerinin kaldırılması veya değiştirilmesinin önlenmesidir.*”¹⁹⁹

¹⁹³ KOCAOĞLU, a.g.e., s. 202.

¹⁹⁴ YAVUZ, a.g.e. s. 86; KOCAOĞLU, a.g.e., s. 237.

¹⁹⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2292.

¹⁹⁶ TURAN, a.g.e. s. 186.

¹⁹⁷ Bu madde WIPO antlaşmasının çevirisinden ibarettir. Daha kapsamlı bilgi için bkz. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2295.

¹⁹⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2295.

Ayrıca hak yönetim bilgileri ifadesi için bkz. FSEK ek md. 4/I.

¹⁹⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2297.

“Hakları ihlal etmeye devam etme” hareketi bakımından FSEK 71’ de tanımlanan diğer suçlardan farklılık arz eden bu suçun, bilgi içerik sağlayıcıları tarafından ihmali şekilde de işlenebileceği söylenmektedir.²⁰⁰ Burada suçun maddi konusu eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK kapsamında tanınmış haklarıdır. Fail olabilmek için “bilgi içerik sağlayıcısı” sıfatını haiz olmak gerekmektedir. Dolayısıyla özgü bir suçtur.

Bu madde ile eser veya bağlantılı hak sahipleri haklarının dijital ortamda ihlal edilmesi halinde içerik sağlayıcısına başvurarak belirli prosedürler çerçevesinde ihlalin durmasını talep edebilecektir. Hak sahibinin başvurusu üzerine 3 gün içerisinde içeriğin kaldırılmaması halinde “hakları ihlal etmeye devam etme” suçunun oluşacağı söylenmektedir.²⁰¹ Bu başvuru ve 3 gün içinde içeriğin kaldırılması prosedürüne uygulamada “uyar/kaldır” prosedürü adı verilmektedir.²⁰²

Her iki suç tipi için öngörülen yaptırım “üç aydan iki yıla kadar hapis” cezası şeklinde belirlenmiştir. Kovuşturma ve soruşturma şikayete tabidir.

SONUÇ

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu esasında bir özel hukuk düzenlemesi olmakla birlikte burada tanınan hakların koruma alanının genişletilmesi ve haklara yönelik ihlal eylemlerine karşı caydırıcı bir sistem kurmanın amaçlanması ile birtakım cezai hükümlerin yaptırım gücünden faydalanılmak istenmiştir. Ancak, yazımızda da vurgulamaya çalıştığımız üzere, kanun metni üzerinde zaman içerisinde gerek uluslararası antlaşmalara gerekse de TCK’ ya uyum niyetiyle pek çok kez değişiklik yapılmıştır. Öğretide bu değişikliklerin sıklığı ceza uygulamasının etkinliği ve istikrarını sekteye uğratması bakımından pek çok kez eleştiri konusu yapılmıştır.

Çalışmamızda FSEK Md. 71/1-1’ de düzenlenen “*Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz*” suçu ele alınmış ve kanunun ceza hukuku bakımından sistematığına ilişkin bir fikir vermesi için çabalanmıştır.

²⁰⁰ TURAN, a.g.e., s. 141.

²⁰¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN; a.g.e., s. 2298.

²⁰² KAYNAK, a.g.e., s. 226.

Gerek kanunun cezai anlamdaki etkinliği gerekse de kanun lafzının pek çok yerde yanlış anlaşılmalara sebebiyet veriyor olması öğretide de eleştiri konusu yapılmış ve sıklıkla güncel bir kanun yapımı talepleri dile getirilmiştir. Özellikle teknolojik anlamda yaşanan hızlı gelişmeler sebebiyle bundan sonra hazırlanacak yasalarda dijitalleşmeye daha fazla önem atfedileceğini ve bu alandaki korumaların sıklaştırılacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Alica, Türkay**, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Adalet Bakanlığı- TOBB, Ankara, 2005.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ateş, Mustafa**, Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Malî Hakların Mirasçılara İntikali, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:1.
- Çakmak, Diren**, Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı:21, 2007.
- Demirel, Muhammed**, Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası 78(3), İstanbul, 2020.
- Dikmen, Esra**, Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK Md. 71/1-1), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- Erdil, Engin**, İctihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Güvel, Alper / Parlakyıldız, Merve**, Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Korumanın Ekonomik Önemi, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:4, 2015.
- Güvel, Alper**, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Adalet Bakanlığı- TOBB, Ankara, 2005.
- Hafizoğulları, Zeki**, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:48
- Hirsch, Ernst E.**, Hukuki Bakımdan Fikri Say-II, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 189, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943.

- Karasu, Rauf / Suluk, Cahit / Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Kaynak, Ali Osman**, İctihatlı Uygulamalı Örnekleriyle Fikri Mülkiyet Suçları ve Soruşturma Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Koca, Mahmut / Üzülmaz İlhan**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Kocaoğlu, Alp**, Telif Hakkının İhlali Suçları (FSEK Md. 71), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Küçüktaşdemir, Özgür**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Özbek, Veli Özer / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer**, Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Şahin Ekici, Meral**, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Şahin, Ayşenur**, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Tellioğlu, Dudu Duygu**, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Tiedemann, Klaus**, Ekonomi Ceza Hukuku, Tercüme NUHOĞLU Ayşe, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Turan, Selcen, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Türay, Aras, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan.

Yarsuvat, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984.

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Yavuz, Mehmet Reşat, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Yazıcıoğlu, Yılmaz R., Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Yenidünya, Ahmet Caner, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 3-4, 2006.

Yer Sağlayıcıların Telif Hakkı İhlalinden Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu

Av. Mutlu YILDIRIM KÖSE* / Av. Merve ÇİMEN SEVİNE**

GİRİŞ

Geçtiğimiz yıllarda pandeminin de etkisiyle tüm dünyada internet kullanımı artmış, özellikle e-ticaret sitelerinin, sosyal medyanın ve video/film izleme ve paylaşım platformlarının kullanımında ciddi bir artış gözlenmiştir. Bu artışla beraber, telif hakları da internet ortamında en çok ihlal edilen haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde müzik, film, karikatür, makale vb. eserler üçüncü kişiler tarafından eser sahiplerinin izni olmadan çeşitli internet sitelerinde, video izleme ve dosya paylaşım platformlarında ve sosyal medya araçlarında yayınlanmaktadır. Bu gibi internet ortamındaki telif hakkı ihlalleri durumunda, yer sağlayıcıların hukuki ve cezai sorumluluğunun ne olduğu, yer sağlayıcıya karşı hangi hukuki yolların kullanılabileceği ve ihlal teşkil eden içeriğin kaldırılması için ne yapılabileceği, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de incelenmekte ve tartışılmaktadır.

Bu makalemizde, yer sağlayıcıların internet ortamındaki telif hakkı ihlallerinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumlulukları, ülkemizde yürürlükte olan kanunlar ve Mahkemelerin uygulamaları çerçevesinde incelenmiş olup, Avrupa Birliği'nde yapılan düzenlemeler ve ülkemizde yapılması planlanan kanun değişiklikleri hakkında da bilgi verilmiştir.

Ülkemizde yer sağlayıcıların tanımı, yükümlülük ve sorumlulukları 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda ("İnternet Kanunu") düzenlenmiştir. İnternet Kanununda, telif hakkı ihlali bakımından özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, telif hakkı ihlali durumunda yer sağlayıcıların genel yükümlülük ve sorumluluklarının ne olduğunun tespitinde İnternet Kanunu uygulanmakta, akabinde yer sağlayıcıya karşı, somut olayın şartlarına göre, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri ("FSEK") Kanununda öngörülen hukuki yollar kullanılabilmektedir.

* Gün+Partners Avukatlık Bürosu.

** Gün+Partners Avukatlık Bürosu.

I. YER SAĞLAYICILARIN TANIMI, YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HUKUKİ SORUMLULUKLARI

İnternet Kanununun 2/1 (m) maddesinde yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Buna göre örneğin video ve dosya paylaşım platformları, sosyal medya araçları, e-ticaret siteleri, katılımcı sözlükler, forum siteleri vb. siteler yer sağlayıcı olarak değerlendirilmektedir. İçerik sağlayıcılar ise, aynı Kanunun 2/1 (f) maddesinde, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Örneğin video ve dosya paylaşım platformlarına ilgili videoyu veya belgeyi yükleyen kişiler, sosyal medya araçlarında içerik paylaşan kişiler, e-ticaret sitelerindeki satıcılar, sözlükler, forum siteleri vb. sitelerde içerik paylaşan kişiler, içerik sağlayıcı olarak değerlendirilmektedir.

İnternet Kanununa göre, içerik sağlayıcılar, internet ortamında kullanıma sundukları her türlü içerikten sorumludur. Yer sağlayıcılar ise, yer sağladıkları içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Ancak yer sağlayıcı, haberdar edilmesi halinde, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği yayından çıkarmakla yükümlüdür.

Bu bakımdan, yer sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinden kaynaklanan hukuki sorumluluğu, kendilerine, yer sağladıkları ortamda telif hakkını ihlal eden bir içerik bulunduğu bildirilmesi ile başlamaktadır. Bu bildirim, eser sahibi tarafından yer sağlayıcıya ihtarname gönderilmesi yoluyla yapılabileceği gibi, örneğin e-posta gönderilmesi veya varsa telif hakkı ihlali bildirim bölümünden başvuru yapılması gibi yollarla da yapılabilir. Yer sağlayıcının, bu bildirim almasına rağmen, telif hakkını ihlal eden içeriği yayından kaldırmaması, yer sağlayıcının ihlal teşkil eden fiilden (ve bundan kaynaklanan tazminat yükümlülüğünden) sorumlu olmasına yol açmaktadır.

Ancak, yer sağlayıcıların, içerik sağlayıcı olarak da değerlendirilebildiği bazı durumlarda, sorumlulukları farklı olacaktır. Örneğin korsan dizi, film veya şarkı indirme/izleme amaçlı platformları işletenler, esasen yer sağlayıcı olmakla birlikte, bu platformların amacı salt telif hakkı ihlali oluşturan bu içeriklerin sağlanması ve bu şekilde para kazanılması olduğundan, yer sağlayıcının tıpkı içerik sağlayıcı gibi aktif bir rol oynadığı bu gibi telif hakkı ihlallerinde,

yer sağlayıcının (bildirim yapılmasına gerek olmadan) ihlalden doğrudan sorumlu olacağı değerlendirilmektedir.

İnternet Kanununda yer alan, yukarıda bahsedilen düzenlemeye benzer bir düzenleme, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda (“E-Ticaret Kanunu”) da yer almaktadır. Söz konusu Kanunda aracı hizmet sağlayıcıların, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmekle, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadıkları belirtilmiştir. Söz konusu Kanunda bahsi geçen aracı hizmet sağlayıcılar, esasen e-ticaret platformları olup, bu platformların birer yer sağlayıcı olduğu dikkate alınarak, sorumlulukları İnternet Kanununa paralel bir şekilde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere halihazırda E-Ticaret Kanununda da telif hakkı ihlalleri ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır ancak 2022 yılında, 7416 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (“7416 Sayılı Kanun”) ile birlikte, E-Ticaret Kanununda birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda, Kanunun 2023 yılında yürürlüğe girecek olan değişik 9/3 maddesinde fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlalleri ile ilgili özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, şikâyete konu ürünü yayımdan kaldırarak durumu hak sahibine bildirmelidir. Şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan bir itiraz sunulması durumunda, şikâyete konu ürün yeniden yayımlanabilecektir.

II. YER SAĞLAYICIYA FSEK KAPSAMINDA AÇILABİLECEK DAVALAR VE FSEK EK MADDE 4’ÜN UYGULAMA ALANI

Yukarıda da bahsedildiği üzere, yer sağlayıcıya, telif hakkını ihlal eden içerikle ilgili bildirim yapılması, ancak bu bildirime rağmen, yer sağlayıcı tarafından söz konusu içeriğin kaldırılmaması durumunda, yer sağlayıcı, ihlal teşkil eden fiilden sorumlu olmaktadır. Bu durumda, yer sağlayıcıya, telif hakkı ihlalden kaynaklı olarak FSEK kapsamında bir hukuk davası açılması mümkün olup, davada nelerin talep ve tazmin edilebileceği konusunda da yine FSEK uygulanacaktır.

Ancak yer sağlayıcıya FSEK kapsamında bir ihlal davası açılabilmesi için, İnternet Kanununda belirtilen bildirimin, dava öncesinde yer sağlayıcıya yapılmış olması şart değildir. Açılan davanın yer sağlayıcıya bildirilmesi de bir tür bildirim sayılmakta olup¹, ihlal teşkil eden içeriğin yer sağlayıcı tarafından kaldırılması durumunda, yer sağlayıcının sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak davanın bildirilmesine rağmen, söz konusu içeriğin yer sağlayıcı tarafından kaldırılmaması durumunda, yer sağlayıcının dava tarihi itibarıyla ihlalden sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

Telif hakkını ihlal eden içeriğin kaldırılması, yer sağlayıcıya açılacak ihlal davasında ileri sürülebilecek taleplerden biri olup, FSEK Ek Madde 4, içeriğin kaldırılması konusunda alternatif ve daha hızlı bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, ihlal teşkil eden içeriğin kaldırılmasını isteyen eser sahibi, öncelikle içerik sağlayıcısına başvurarak, içeriğin üç gün içerisinde kaldırılmasını talep etmelidir. Söz konusu içeriğin verilen sürede kaldırılmaması durumunda eser sahibi, Cumhuriyet savcısına başvuru yaparak üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlâ devam eden içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulmasını talep edebilecektir.

Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, FSEK Ek Madde 4, ihlal teşkil eden içeriğin kaldırılması için öngörölmüş olan bağımsız bir prosedürdür. Bu bakımdan, eser sahibi, FSEK Ek Madde 4'te belirtilen prosedürü uygulamadan, doğrudan yer sağlayıcıya ihlal davası açabileceği ve bu dava yoluyla içeriğin kaldırılmasını, maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebileceği gibi, bu prosedür uygulandıktan sonra da bir dava açıp, maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebilecektir.

III. YER SAĞLAYICILARIN CEZAI SORUMLULUKLARI

Makalemizin yukarıda yer alan bölümlerinde, yer sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinden kaynaklanan hukuki sorumlulukları incelenmiştir. Ancak telif hakkı ihlali aynı zamanda bir suç olup, internet ortamında telif haklarının ihlal edilmesi durumunda, yer sağlayıcıların cezai bir sorumluluğunun olup olmayacağı da incelenmelidir.

İnternet Kanununda yıllar içerisinde yapılan değişiklikler ile, yer sağlayıcılar hakkında öngörölmüş hapis cezası gibi cezai yaptırımlar kaldırılmış olup, adli ve idari para cezaları

¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/11-1138 E. 2014/16 K. ve 15.01.2014 tarihli karar.

getirilmiştir. Günümüzde Yargıtay ve ceza mahkemeleri, gerek İnternet Kanununda yapılan bu değişiklikleri gerekse de cezaların şahsiliği ilkesini dikkate alarak, yer sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinden kaynaklı bir cezai sorumluluğunun bulunmadığı yönünde karar vermektedir.

Nitekim, Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin, 13.07.2021 tarih, 2021/79 E. ve 2021/195 K. sayılı kesinleşmiş kararına konu olayda da ünlü bir karikatüriste ait bir karikatürün, eser sahibinin izni olmaksızın bir internet sitesinde yayınlanması üzerine, söz konusu internet sitesinin yer sağlayıcısına karşı FSEK madde 71 kapsamında bir dava açılmıştır. Mahkeme, gerekçeli kararında, söz konusu karikatürlerin internet sitesinde paylaşılacak suretiyle eser sahibinin izni olmadan umuma iletilildiğini ancak sanığın söz konusu internet sitesinde yer sağlayıcı olduğunu; karikatürlerin yer sağlayıcı tarafından değil ilgili internet sitesine üye olan kişiler tarafından paylaşılacak suretiyle umuma iletilildiğini; yer sağlayıcının haberdar edilmesine rağmen söz konusu içeriği yayından kaldırmaması halinde ancak hukuki yönden sorumluluğunun doğabileceğini; cezai yönden sorumluluğu bulunmadığını ve cezaların şahsiliği ilkesi gereğince de ancak başkasına ait eseri izinsiz olarak umuma ileten içerik sağlayıcının cezai sorumluluğunun söz konusu olabileceğini belirterek, sanığın davaya konu karikatürleri internet sitesine yüklediği, yayınlanmadığı, dolayısıyla umuma ilemediği sonucuna varmış ve sanığın beraatine karar vermiştir.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, yer sağlayıcının, içerik sağlayıcı ile iştirak halinde hareket ettiği, ihlal teşkil eden içeriğin sağlanmasında aktif rol aldığı durumlarda, artık cezai sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da birçok kararında, cezai sorumluluğun belirlenmesi açısından bu gibi kriterlerin incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır².

IV. YER SAĞLAYICILARIN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİNDEKİ VE ÜLKEMİZDEKİ GELİŞMELER

Avrupa Birliğinde telif hakları ve yer sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin farklı birtakım düzenlemeler bulunmakta birlikte, en son 2019 yılında 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi kabul edilmiştir. Avrupa Birliği üyesi olan ülkeler, iç hukuklarında bu Direktif ile uyumlu olacak düzenlemeleri yapmaya devam etmektedir. Söz

² Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2019/11201 E. 2020/4010 K. ve 06.02.2020 tarihli karar; Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2016/15028 E. 2017/8888 K. ve 13.09.2017 tarihli karar.

konusu Direktif'in 17. maddesi, tüm dünyada ses getirmiş olup, bu maddede, bazı çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcılarının, telif hakkı sahiplerinden yükleme sırasında lisans veya buna benzer bir izin formu alması gerektiği, alınamadığı takdirde ihlalden sorumlu olunmaması için, ihlalin önlenmesi bakımından yüksek sektör standartlarında önlemler alındığının kanıtlanması, ihlal bildirimi durumunda hızlı bir şekilde içeriğin kaldırıldığının kanıtlanması gibi bir takım şartların yerine getirilmesi gerekeceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde, ifade özgürlüğünün kısıtlanması ve muhtemel bir otosansürün önünü açması ihtimalleri nedeniyle çokça eleştirilmiştir. Avrupa Birliğindeki bu yasal düzenlemeleri takiben, ülkemizde de FSEK'te benzer düzenlemeler yapılacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, 2017 yılında 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı yayınlanmıştır. Söz konusu Kanun Tasarısı, FSEK Ek Madde 4'te yer alan prosedürü değiştirmektedir. Buna göre, 77/B maddesine göre, eser sahibi, telif hakkını ihlal eden içeriğin kaldırılması için, öncelikle içerik sağlayıcıdan talepte bulunmak yerine, doğrudan Cumhuriyet savcılığına başvurabilecektir. Bu şekilde bir prosedürün, eser sahibinin haklarını daha hızlı koruması ve sayede zararını en aza indirmesi konusunda yararlı olduğu düşünülmektedir.

Yine makalemizde bahsedildiği üzere, E-Ticaret Kanunu'nda 2023 yılında yürürlüğe girecek olan değişiklik ile fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlalleri bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu durum, yer sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinden veya genel olarak fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlallerinden kaynaklı sorumluluğunun ilerleyen dönemlerde daha farklı kanunlarda da özel olarak ele alınacağının sinyalini vermektedir.

SONUÇ

Teknolojinin gelişmesi ve internet kullanımının artmasıyla, her gün daha çok karşılaştığımız telif hakkı ihlalleri ve bu ihlaller durumunda yer sağlayıcıların hukuki ve cezai sorumluluğunun ne olacağı, ihlal teşkil eden içeriklerin kaldırılması için neler yapılması gerektiği hususu önemini korumaktadır. Yer sağlayıcıların internet ortamındaki telif hakkı ihlallerinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumlulukları birbirinden farklıdır. Ancak bununla birlikte, yer sağlayıcıların, ihlal teşkil eden içerikler bakımından aktif rol oynadıkları, bu içerikleri kasten ve doğrudan kendileri sağladıkları/paylaştıkları ve içerik sağlayıcılar ile birlikte hareket ettikleri durumda hukuki ve cezai sorumluluklarının bulunacağı

unutulmamalıdır. Avrupa Birliği lkeleri ve diğer ülkelerdeki hukuki gelişmeler ve teknolojinin de hızla geliştiği dikkate alındığında, yer sağlayıcıların sorumluluklarının daha da artabileceği, bu noktada ülkemizde de gerek FSEK’te gerekse diğer özel birtakım kanunlarda, yer sağlayıcıların telif hakkı ihlallerinden veya genel olarak fikri veya sınai hak ihlallerinden kaynaklanan sorumluluk ve ykmllkleri hakkında gelecekte özel düzenlemeler yapılabileceği düşünülmektedir.

SEKİZİNCİ BÖLÜM:

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN DİĞER HUKUK DALLARI İLE İLİŞKİSİ

Rekabet Kurulu’nun K. 22-16/273-122 T. 07.04.2022 Kararı’nın Fikir ve Sanat Eserleri Perspektifinden İncelemesi

Av. Gülenay ÇAPKINOĞLU* / Av. Ayşe Besray SAVAŞ**

I. GİRİŞ

Günümüzün özel hukuk dalları arasında gitgide öne çıkan ve yaygınlaşan iki hukuk dalı olan fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukuna ilişkin esaslar zaman zaman kesişmekte ve bu iki disipline ilişkin ilkelerin birlikte yorumlanması gereğini beraberinde getirmektedir. Bu noktada, fikri mülkiyet hukuku; fikirlerin ve fikirlere bağlı gelişen yaratımların ve pek tabi sanat eserlerinin hukuken korunmasını ve ekonomik anlamda fikri haklara bağlı gelişen çıkarların gözetilmesini sağlamak amacını taşımaktadır. Bununla beraber rekabet hukuku ise gelişen ve çeşitliliği artan ekonomik ve ticari ortamda piyasaların rekabet karştı davranışlara yönelimini ve haksız çıkar yöntemlerini elimine etmek amacı ile ticari akışın belirli eylemlerin sınırlanması yolu ile regüle edilmesini sağlamaktadır¹.

Rekabet hukuku ile getirilen temel ilkeler arasında hâkim durumun kötüye kullanılması bulunmakta olup sahibine bir tekel ve kontrol hakkı tanıyan fikri mülkiyet haklarına ilişkin prensipler bakımından bu iki hukuk disiplinin çeliştiği noktalar bulunabilmektedir. Bu konular zaman zaman belirli olaylar özelinde gündeme gelmekte olup Rekabet Kurumu tarafından verilen kararlarda işbu çelişkilerin giderilmesi detaylı inceleme ve açıklama gerçekleştirilmektedir.

Aynı doğrultuda, 07.04.2022 tarihinde Rekabet Kurulu tarafından verilmiş K. 22-16/273-122² karar sayılı karar (“**Karar**”) ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“**FSEK**”) kapsamında veri tabanları ve bunlara ilişkin fikri haklar ile sağladığı korumalar irdelenerek bir veri tabanı sahipliğinin rekabet hukuku kapsamında imkânı bulunan kişiye sağladığı haklar değerlendirilmiş ve bu durumun rekabete etkisi irdelenmiştir. Bununla birlikte, FSEK ve rekabet hukuku ilişkisi açıklanarak FSEK kapsamında sahip olunan hakların

* Kılınç Hukuk & Danışmanlık.

** Kılınç Hukuk & Danışmanlık.

¹ **Arıöz, Ali / Özbek, Özgür Can**, “*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*”, Rekabet Dergisi, No: 3, Sayı: 11, 2010, s. 1-49.

² Rekabet Kurulu, K. 22-16/273-122 T. 07.04.2022.

piyasalardaki rekabete etkisi ve bu iki hukuk disiplini arasındaki ilişkiye dair açıklamalarda bulunulmuştur.

Bu makale ile Karar'ın fikri haklar bakımından önem arz eden bölümlerine odaklanılarak bir Karar özeti ve yorumlaması yapılarak fikri hak sahipliğinin rekabet hukuku ilkelerine etkisi açıklanmaktadır.

II. KARAR ÖZETİ

A. Karar Konusu

İşbu Karar, Nadirkitap Bilişim ve Reklamcılık Anonim Şirketi ("**Nadir Kitap**")'ne ait bir çevrimiçi satış platformu (e-pazaryeri) olan www.nadirkitap.com isimli internet sitesi üzerinden ikinci el satışa aracılık sağlanması kapsamında Nadir Kitap tarafından rakip aracı hizmet sağlayıcılar vasıtasıyla ürün pazarlamak isteyen satıcı üyelerin verilerini kendilerine sağlamayarak rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı ve hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddiasına ilişkindir.

Bu doğrultuda; Netartı Bilgi Teknolojileri Anonim Şirketi ("**Netartı**") tarafından gerçekleştirilen başvuru akabinde Rekabet Kurumu'na aktarılan süreç kapsamında Nadir Kitap'ın satıcı üyelerinin verilerini erişime açmaması dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("**Rekabet Kanunu**")'un 6. maddesini ihlal edip etmediği değerlendirilmiştir.

Netartı tarafından gerçekleştirilen şikâyet akabinde 25.08.2020 tarihli ve 2020-5-038/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 03.09.2020 tarihli toplantısında görüşülmüş ve başvuruya konu iddiaya yönelik olarak Nadir Kitap hakkında ön araştırma yapılmasına karar verilmiştir. Akabinde Nadir Kitap'a 09.11.2020 tarihinde yerinde inceleme gerçekleştirilmiş olup bilgi ve belge talep süreci başlamıştır.

Bilgi ve belge teminin ardından soruşturma evreleri gereğince yürütülmüş olup yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen rapor, ek görüş, toplanan deliller, yazılı ve sözlü savunmalar ve incelenen dosya kapsamında Rekabet Kurulu tarafından Karar tesis edilmiştir.

Makalenin II/B bölümünde Karar ile gerçekleştirilen FSEK alanına yönelik tespitler özetlenecek ve ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. Fikri Haklar Bakımından Karar’da Gerçekleştirilen Tespitler

1. Veri Tabanı Bakımından

Karar Nadir Kitap’ın rakip aracı hizmet sağlayıcısı vasıtasıyla hizmet sağlamak isteyen satıcı üyelerin verilerini erişime kısıtlanması konulu olduğundan bu kapsamda verilerin ve veri tabanlarının Karar içerisinde fikri mülkiyet hukuku prensipleri açısından değerlendirilmesi gerekmiştir.

Karar’da öncelikle gelişmekte olan dijital dünya ve yapay zekâ teknolojileri ışığında veriye sahip olmanın rekabet gücü açısından önemine değinilmiştir. Devamla, bu kapsamda veriye erişim, veri taşınabilirliği ve verinin birlikte işlerliği hususlarının bulunulan pazardaki rekabeti etkilediği ve rekabet hukuku kapsamında sıklıkla işlendiği belirtilerek veriye erişimin engellenmesi hususunun rekabeti engelleyip engellemediğine ilişkin doktrinde bir görüş birliği olmadığı açıklanmıştır. Karar’ın veri ve verinin niteliğine ilişkin işbu bölümünde veriye erişim ve verinin taşınabilirliğinin rekabet etme yönündeki etkileri geçmiş Rekabet Kurulu kararları ışığında değerlendirilmiştir. Bu minvalde, somut olay özelinde Nadir Kitap tarafından verilerin çalışanları tarafından oluşturulduğu ve dolayısıyla FSEK kapsamında bir “*veri tabanı*” oluşturulduğu iddiası öne sürülmüş olduğundan “*veri*” ve “*veri tabanı*” kavramlarının fikri mülkiyet hukuku açısından değerlendirilmesi aşamasına geçilmiştir.

İşbu değerlendirme doktrin görüşleri dayanak gösterilerek gerçekleştirilmiş olup; Rekabet Kurulu tarafından Sayın Ateş³’in veri tabanlarına ilişkin görüşleri ışığında veri tabanlarının kişinin ihtiyaç duyduğu bilgiye kolayca erişebilmesinin sağlanması amacıyla kullanılmak üzere geliştirilen kavramlar olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, bilgilerin bir sistem ve metot dahilinde toplanarak depolanması ve derlenmesi ile oluşan ortamların tümünün veri tabanı olarak nitelendirildiğini belirtilmiştir.

Devamla, FSEK’in veri tabanlarına ilişkin madde 6/11⁴ düzenlemesi ışığında bir derlemenin veri tabanı sayılabilmesi için doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca;

³ Ateş, Mustafa, “*Veri Tabanlarının Hukuki Koruması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s. 47- 84.

⁴ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, madde 6; “.../Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez)./..”

- a. veri ve materyallerin seçilmiş ve derlenmiş olması
 - b. bu seçme işleminin belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde yapılmış olması
 - c. ortaya çıkan derlemenin bir araç ile okunabilir veya diğer biçimde erişilebilir olması
- gerektiği yorumu yapılmıştır⁵.

Bununla birlikte veri tabanlarına ilişkin Avrupa Birliği mevzuatına atıf yapılarak 96/9 sayılı Veri Tabanlarının Korunmasına Dair AB Direktifi (“**Direktif**”)’nin 1. maddesinde tanımlanan veri tabanlarının⁶; (i) içeriğini oluşturan her bir unsurun bağımsız ve (ii) tek başına erişilebilir olması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir⁷.

Devamla, Rekabet Kurulu işbu veriler ve Direktif’in gerekçesinde bulunan veri tabanı tanımı ışığında veri derlemenin rastgele biçimde değil kullanıcıların bilgiye erişimine kolaylık sağlayacak biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilerek veri kavramının ise mezkûr mevzuat düzenlemelerinde tanımlanmadığı belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından belirtilenler kapsamında Nadir Kitap’ın elinde bulundurmuş olduğu veri setinin şayet veri tabanı teşkil ediyor ise rekabet hukuku kapsamında ne gibi bir korumadan yararlanacağı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda öncelikle doktrindeki görüş ışığında veri tabanlarının özgün olup olmamasına göre klasik eser koruması olan telif koruması ve sui generis hak koruması olarak iki şekilde korumaya tabi olabileceği belirtilmiştir⁸. Bu kapsamda iki koruma rejiminin koruma süresi ve yasaklı fiiller bakımından farklı uygulamalara tabii olduğu açıklanmıştır.

Veri tabanlarının eser ve/veya sui generis hak niteliğine ilişkin belirlemenin ise veri tabanının sahibinin hususiyetini taşıyıp taşıyamamasına göre belirlendiği açıklanarak özgün veri tabanlarının derleme eser niteliğinde olduğu ve 70 yıllık koruma süresine tabi olduğuna

⁵ Ateş, s. 50; Çolak, Uğur, “Topluluk ve Türk Hukukunda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spin-Off Teori”, FMR Dergisi, Sayı 1, 2005, s. 26.

⁶ 96/9 sayılı Veri Tabanlarının Korunmasına Dair AB Direktifi, madde1; “...sistemik veya metodik bir şekilde düzenlenen ve elektronik veya başka yollardan münferiden erişilebilen bağımsız eser, veri veya diğer materyallerin bir derlemesi./..”

⁷ Çolak, s. 38-39.

⁸ Külahçı, İbrahim Hulusi, “Elektronik Veri Tabanlarının Fikir ve Sanat Hukuku Kapsamında Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, 2019, s. 6.

değnilmiştir. Bu doğrultuda, somut olayda değerlendirme yapılırken benzer konu ve içerikte bir veri tabanının daha önceden oluşturulup oluşturulmadığı, oluşturulmuş ise yeni oluşturulan veri tabanının bundan ne derece farklılık arz ettiği, veri tabanının ilgili alandaki eser, veri ve materyalleri ne derece kapsadığının dikkate alınması gerektiği açıklanarak Nadir Kitap'ın sahip olduğu veri setinin internet üzerinde satış yapan platform ve kullanıcılar tarafından oluşturulabilecek bir veri seti olduğu dolayısıyla sahibinin hususiyetini taşımadığı kanaat edilmiştir.

Devamında Karar'da veri setinin FSEK anlamında sui generis hak olarak korumaya tabi olup olmayacağına ilişkin değerlendirme gerçekleştirilmiş ve Direktif'in gerekçesinde veri tabanları için getirilen açıklamalar ışığında ve Direktif madde 7⁹ ve Direktif uyarınca FSEK' eklenen madde 8¹⁰ uyarınca veri tabanlarının sui generis hak olarak korunabildiği ancak mezkûr madde düzenlemesindeki cezai müeyyidenin yürürlükten kaldırılmış olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda doktrindeki ağırlıklı görüş¹¹ uyarınca sui generis veri tabanları eser sayılmaması dolayısıyla veri tabanına ilişkin hakların ihlali halinde, haksız fiile ilişkin genel hükümlerin veya haksız rekabet hukukuna ilişkin müeyyidelerin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Karar'da devamla, FSEK kapsamında sui generis hak korumasından yararlanabilmek “*esaslı bir yatırım*” bulunup bulunmadığının tespitinin kriter olduğu noktasında değerlendirme yapılarak somut olayda sui generis hak koruması elde edebilmek için esaslı yatırım bulunup

⁹ 96/9 sayılı Veri Tabanlarının Korunmasına Dair AB Direktifi, madde 7; “*../veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunulmasına nitelik ve nicelik açısından esaslı nispette yatırım yapan veri tabanı yapımcısına, veri tabanının içeriğinin nicelik ve/veya nitelik yönünden önemli bir kısmının başka bir ortama aktarılmasını veya yeniden kullanılmasını (yayımlanmasını) engellemek amacıyla, su i generis bir hak tanımlar alandaki eser, veri ve materyalleri ne derece kapsadığı dikkate alınmalıdır../.*”

¹⁰ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, ek madde 8; “*../Bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısı, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının;*

a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması,

b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi,

Hususlarında bu Kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

Veri tabanı yapımcısına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıldır.

Veri tabanının içeriğinde esaslı bir değişiklik meydana getiren ve yeni bir yatırım gerektiren, nitelik ve nicelik açısından yapılan her türlü ekleme, çıkarma veya değişiklik sonucu bu yeni yatırımdan doğan veri tabanı kendi koruma koşullarına hak kazanır../.”

¹¹ Şener, Yavuz Selim, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması”, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2013, s. 90.

bulunmadığına dair Nadir Kitap tarafından sunulan verilen ışığında aşağıdaki kriterler gözetilmiştir;

- a. Veri setine konu kitaplar için kiralanan depo ve SGK dökümleri ışığında çalışan maliyeti,
- b. Veri girişi için arayüz ve yazılım harcamaları,
- c. Kitapların sisteme girilmesi için hangi sahaflardan destek alındığı ve doğrudan Nadir Kitap tarafından giriş yapılmaksızın yüzde kaç oranında sahaf verilerinin kullanıldığı,
- d. Kaç adet kitap bilgisinin sisteme aktarıldığı,
- e. Kaç adet kitaba ilişkin verinin satıcılar tarafından girildiği

değerlendirilerek Nadir Kitap tarafından oluşturulan veri setinin esaslı bir yatırım teşkil etmediği değerlendirilmiştir. Böylelikle, Nadir Kitap tarafından oluşturulan veri setinin FSEK kapsamında eser ve/veya sui generis hak olarak kabul edilmediği ve bu korumalardan yararlanamayacağı anlaşılmaktadır.

Karar, veri tabanlarına ilişkin gerçekleştirilen tespitler ile sui generis hak niteliğindeki veri tabanlarının belirlenmesinde gözetilen kriterler bakımından önem taşımakta olup git gide önem kazanan ve ihtilaf konusu yapılan veri tabanlarının değerlendirilmesinde bir örnek niteliktedir.

2. Fikri Haklar ve Rekabet Hukuku İlişkisi Bakımından

Karar’da Nadir Kitap’ın veri setine yönelik gerçekleştirilen inceleme kapsamında Nadir Kitap’ın FSEK kapsamında veri tabanlarına yönelik korumadan yararlanamayacağı tespit edilmiş olup devamında ise şayet bu korumanın Nadir Kitap’a sağlanıyor olması halinde dahi bu korumanın doğrudan rekabet hukuku anlamında hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik istisna teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda; FSEK kapsamında telif ve/veya sui generis hak olarak korunan bir hakkın hâkim durum halinde rekabeti bozucu yönde kullanılmasının rekabet hukukuna aykırılık teşkil edeceği Rekabet Kurul’u tarafından beyan edilmiştir.

Bu tespit ışığında Karar’da rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki incelenmiştir. Bu kapsamda fikri mülkiyet hukukunun tanımı ve amacı belirtilerek hukuk

disiplinin sahibine, kendisi dışında o hakkın kullanımını dışlayan münhasır bir hak vermek suretiyle hak sahibinin belirli bir süre tekel getirisi elde etmesini sağladığı belirtilmiştir. Böylelikle fikri ve sınai mülkiyet hukuku disiplini ile teknolojik yeniliklerin korunması ve devamlılığı sağlayarak tüketici refahının artışına yol açmaktır.

Karar'da fikri mülkiyet hukukunun bu mahiyeti ile rekabet hukukunun pazarı rekabete açık tutma saiki arasında bir çatışma bulunduğu değerlendirilmiştir. İşbu kapsamda Rekabet Kurulu tarafından bu çatışmada amaçların aynı olduğu ancak yöntemlerin farklı olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda rekabet hukuku disiplini ile piyasadaki etkinliğin en üst seviyeye çıkması için rekabete aykırı caydırıcı eylemler ve piyasaya girişi engelleyici şekilde hâkim durumun kötüye kullanılması halleri yasaklanmaktadır. Fikri mülkiyet hukukunda ise hak sahibine belirli şartlar ve süreler dahilinde bir tekel hakkı verilerek etkinlik ve gelişim amaçlanmaktadır.

Karar'da bu kapsamda her iki alanında daha yeni ve regülasyon eksikliği bulunan alanlar olması sebebiyle 1970'li yıllarda bu disiplinler arasında bir gerilim bulunduğu ne var ki gelişmeler sonucu bu gerilimin ortadan kalktığı belirtilmiştir.

İşbu doğrultuda, piyasalardaki etkinliğin hukuk disiplinlerinde gözetilen prensipler ışığında korunması amacıyla fikri mülkiyet hakkı sahiplerine tekel niteliğinde tanınmış olan yetkilerin kullanılması ile toplumsal menfaatler arasındaki hassas dengenin kurulmasında rekabet otoritelerinin takınacağı tavır büyük önem arz ettiği belirtilmiştir. Devamla Rekabet Kurulu tarafından belirtildiği üzere Avrupa Birliği ilgili otoriteleri, Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa Birliği yargı organlarının emsal kararları ile rekabet hukukunca fikri mülkiyet haklarına müdahale edilebileceği kabul edilmektedir.

Karar'da bu durumun Türk hukuku tarafından yaklaşımına değinilerek rekabet hukuku mevzuatı kapsamında Rekabet Kanunu'nun ilgili maddeleri incelendiğinde açık hüküm bulunmaması nedeniyle Rekabet Kanunu'nun fikri mülkiyet haklarına dayanan hukuki işlem ve eylemlere doğrudan uygulanmasının önünde bir engel bulunmadığı yorumu yapılmıştır. Rekabet Kurulu tarafından fikri mülkiyet hak sahipliğinin rekabet hukuku kurallarına tabi olmayı bertaraf etmeyeceği belirtilerek Avrupa Birliği rekabet hukuku sistemi ışığında içtihat haline geldiği üzere rekabet hukuku tarafından fikri mülkiyet hukukuna müdahale edilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

C. Karar Sonucu

Karar’da özetle veri setlerinin dijital ortamda son derece önemli olduğu ve bu kapsamda veriye erişimin kısıtlanmasının Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde yorumlanabileceği belirtilerek veri setinin veri tabanı niteliğinde olup olmadığı ve bu kapsamda FSEK doğrultusunda bir korumadan yararlanıp yararlanılmayacağının ihlalin varlığı için önem teşkil ettiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, Nadir Kitap’ın veri setinin FSEK kapsamında bir korumaya tabi olmadığı ancak olsa dahi bu durumun Rekabet Kanunu madde 6’ya bir istisna teşkil etmeyeceği değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak Karar’da;

- a.** Nadir Kitap’ın ikinci el kitap satışına aracılık sağlayan platform hizmetleri sektöründe hâkim durumda olduğu,
- b.** Nadir Kitap’ın satıcı üyelerinin www.nadirkitap.com’a yükledikleri kitap verilerine erişimi ve bu verilerin taşınabilirliğini haklı bir gerekçe olmadan engellemek suretiyle Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığı,
- c.** Bahse konu eylemlerinden dolayı Nadir Kitap’a 2021 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden % (...) oranında olmak üzere 346.765,63 TL tutarında idari para cezası verilmesi,
- d.** Söz konusu ihlalin sonlandırmasını ve pazardaki etkin rekabetin tesis edilmesini teminen, Nadir Kitap’ın satıcı üyelerinden bu yönde bir talep gelmesi halinde, ilgili satıcı üyelere kitap envanter verilerini doğru, anlaşılabilir, güvenli, eksiksiz bir şekilde, ücretsiz ve uygun formatta sağlaması,

yönünde hüküm tesis edilmiştir.

III. DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Bu makale ile incelenen Karar fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku ilişkisine güncel bir bakış açısı getirmesi ve Rekabet Kurumu’nun konuya ilişkin güncel yaklaşımını yansıtmaları nedeniyle oldukça önem arz etmektedir.

Karar ile veri tabanı niteliğine ilişkin kriterler hakkında çarpıcı değerlendirmeler yapılmış olup aynı zamanda veri tabanının FSEK anlamında sui generis bir hak niteliğinde sayılıp sayılmayacağına ilişkin değerlendirmede “*esaslı yatırım*” kriteri ile işbu kriter

değerlendirmesine dayanak teşkil edecek ekonomik birimler ele alınarak bu tür bir uyuşmazlıkta emsal teşkil edebilecek bir Karar oluşturulmuştur. Aynı zamanda Karar özellikle rekabet hukukuna ilgi duyan ancak fikri mülkiyet hukuku hakkında bilgi sahibi olmayan okuyucular açısından eser niteliğinde veri tabanı ve sui generis hak niteliğinde veri tabanı ayırımına ilişkin doktrin incelemeleri ve referanslar ile oldukça açıklayıcı niteliktedir.

Bununla birlikte, rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku ilişkisi Rekabet Kurulu tarafından şimdiye kadar sıklıkla değerlendirilmemiş olduğundan bu açıdan bir bakış açısı oluşturulması ve özellikle FSEK anlamında bu bakış açısına değinilmesi her ne kadar Karar bir içtihadi görüş olsa ve kanuni düzenlemeler ile sabitlenmemiş olsa dahi oldukça önemlidir.

Karar’da altı çizilen diğer bir konu; fikri haklara ilişkin sağlanan telif koruması veya sui generis korumanın bir tekel hakkı olarak mutlak suretle hâkim durumun kötüye kullanılmasının istisnası anlamına gelmeyeceğidir. Böylelikle öncelikle FSEK kapsamında fikri hak sahibi olan kişiler ve görüşün geniş yorumlanması çerçevesinde SMK kapsamında sınai hak sahipleri kendilerine fikri mülkiyet hukuku kapsamında tanınan korumaların mutlak suretle rekabet hukukunun bir istisnası olmadığını ve tekel hakkı niteliğindeki hakların özellikle piyasada hâkim konumda olan şirketler tarafından rekabete etki etmeyecek oranda kullanılması gerektiği hususunda dikkatli olmalıdırlar.

Karar’da değinilen bir önemli husus da Avrupa Birliği’nde kabul görmüş bir husus olan fikri mülkiyet haklarına rekabet hukukunca müdahale edilebilmesinin Türkiye’de de bu uygulamanın süregelmesini bir kabul anlamına geldiğine ilişkin ibaredir. Karar’da açıkça belirtilenler uyarınca yorumlandığı üzere Rekabet Kurulu tarafından fikri haklara dair tekel hakkı niteliğinde görülen haklara müdahale etme hakkının Rekabet Kurulu’nca gerekli görüldüğü ve Türk mevzuatında yer bulması gerektiği yönünde bir görüş bildirilmiştir.

Kanaatimizce her ne kadar çatışan prensipleri bakımından hak kaybı ve ihtilaflara yol açmamak adına her iki disiplinin mevzuatında açık hükümlere yer verilebilecekse de geniş kapsamlı bir müdahale hakkı orantısız görülmektedir ve bunun yerine istisnai hükümler ile detaylı belirteçlerin ve bu yönde emsal kararların varlığı ile bu iki hukuk disiplininin birlikte ve orantılı değerlendirilmesi uygun olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Arıöz, Ali / Özbek, Özgür Can**, “*Hâkim Durumun Kötiye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*”, Rekabet Dergisi, No: 3, Sayı: 11, 2010, s. 1-49.
- Ateş, Mustafa**, “*Veri Tabanlarının Hukuki Koruması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s. 47- 84.
- Çolak, Uğur**, “*Tophuluk ve Türk Hukukunda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spin-Off Teorî*”, FMR Dergisi, Sayı 1, 2005.
- Külahçı, İbrahim Hulusi**, “*Elektronik Veri Tabanlarının Fikir ve Sanat Hukuku Kapsamında Korunması*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, 2019.
- Şener, Yavuz Selim**, “*Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması*”, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2013, s. 90.

DOKUZUNCU BÖLÜM:
TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNA
YANSIMALARI

NFT'lerin Metaverse'teki Yeri ve Fikri Mülkiyet*

Av. Deniz Merve ERSOY PINAR**

GİRİŞ

Günümüzde yeni bir yaşam alanı olarak vadedilen Metaverse'ün, hakkındaki tüm beklentileri ve olası ihtimalleri içerecek şekilde bir tanımı yapılması gerekirse; Metaverse, fiziksel dünya ile eş zamanlı olarak sanal gerçeklik araçları ve avatarlar aracılığıyla erişilebilen; eğlence, ticaret, eğitim veya sosyalleşme gibi amaçlara yönelik sanal topluluklar yaratmaya olanak tanıyan sanal evrenler topluluğu olarak tanımlanabilecektir¹.

Bu bakımdan vadedilen evrenlerin anlaşılabilmesi için Metaverse kavramı kadar önem arz eden bir diğer kavram ise Web 3.0 kavramıdır. Klasik anlamda Web yani İnternet'in ilk olarak herkesin kullanımına açıldığı 1990'lı yıllar ile 2004 yılına kadarki dönemi, sabit bir bilgiye ulaşılabilen ancak kullanıcıların etkileşim ile bilgiyi değiştiremediği, bu haliyle “*statik bilgiye*” ulaşımın mümkün olduğu Web 1.0 dönemi olarak adlandırılmaktadır². Daha sonra 2004 yılında Sosyal Medya platformlarının ortaya çıkışı ile kullanıcıların da İnternet üzerinde içerik sağlayabildiği, birbiri ile iletişime geçebildiği ve bilgi paylaşabildiği Web 2.0 döneminin başladığı kabul edilmektedir³. Günümüzde hala devam ettiği kabul edilen Web 2.0 döneminin en dikkat çeken noktalarından biri, kullanıcılara sağladıkları içerikler sayesinde, yeni bir yaşam alanı haline gelen İnternet üzerinden sosyalleşebilme ve dahası gelir elde edebilme imkanlarını ortaya çıkarmasıdır. Ancak Web 2.0 döneminin dikkat çeken bir başka noktası ise İnternet üzerindeki kontrolün büyük bir kısmının, kullanıcı trafiğinin yoğun olduğu sosyal medya

* Bu makale, ilk olarak 20.10.2022 tarihinde, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zeka Çalışma Grubu tarafından hazırlanan “METAVERSE” konulu ara raporda yayımlanmıştır.

** Avukat-Marka Vekili, Pekdiğer Avukatlık Bürosu; İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu Genel Sekreteri.

¹ **Gül Dilek Türk & Abdülhakim Bahadır Darı**, Metaverse’de Bireyin Toplumsallaşma Süreci, Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.6, S., 2022, s. 286; **Oğuz Kuş**, Metaverse: ‘Dijital Büyük Patlamada’ Fırsatlar ve Endişelere Yönelik Algılar, Intermedia International e-Journal, 8(15), 2021, s. 245-247; **Binance Academy**, What Is the Metaverse, 2022, https://academy.binance.com/en/articles/what-is-the-metaverse...2CKs8sx012hcISO4ASwS1TaEJyDVqP4oSAYGrtn8NYw-P4aAg-CEALw_wcB (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

² **Nader Dabit**, What is Web3? The Decentralized Internet of the Future Explained, 2021, <https://www.freecodecamp.org/news/what-is-web3/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

³ **Nader Dabit**, 2021; **Gül Dilek Türk, Serkan Bayrakçı & Elif Akçay**, Metaverse ve Benlik Sunumu, The Turkish Online Journal of Design Art and Communication, 12 (2), 2022, s. 321.

şirketlerinde yoğunlaşmasıdır. Bu sebeple verilerin büyük kısmını elinde bulunduran sosyal medya şirketlerinin, fazla veriye sahip oldukları takdirde daha fazla gelir elde edecekleri düşüncesiyle kullanıcıların başka platformlara gitmesini engellemeyi öncelik haline getirdikleri ve İnternet üzerinde platformlar arası geçiş ve birlikte kullanılabilirlik işlevlerinin gelişimine engel oldukları noktasında eleştiriler bulunmaktadır⁴.

İnternetin gelişmesi ve Web 3.0'a doğru evrilmesi sürecinde ortaya çıkan Blokzincir kavramı ile kullanıcıların belli bir merkeze bağlı olmaksızın birbiri ile bilgi alışverişi yapabilecekleri, birbirlerinin iş ve işlemlerini görebilecekleri bir sistemin oluşması ile bu kez İnternet üzerindeki içeriğin merkezi şirketlere değil bireylere ait olduğu ve İnternet üzerindeki içeriğin de kripto para ve Non-Fungible Token ("NFT") gibi kripto varlıklar aracılığıyla finansallaştırılabileceği yeni bir düzenin olabileceği düşüncesi oluşmuştur⁵.

İşte Metaverse'ün Web 3.0 kavramıyla birleştirildiği halde artık yaşam alanı haline gelen internet ve sosyal medya içerisinde oluşturulan, kazanılan veya paylaşılan içeriğin maddi bir değeri bulunabileceği; bu sayede internet üzerinde oluşan içeriğin yalnızca merkezi sosyal medya platformlarının içerisinde değil tüm İnternet üzerinde anlam ifade edebileceği, finansallaştırılabilir içerik sayesinde oluşan yeni sosyal ve ekonomik imkanlar ile daha da büyük atılımların gerçekleştirilebileceği düşünülmektedir⁶.

Metaverse, bireyler için sosyalleşebilme, çalışabilme, üretebilme ve alışveriş yapabilme imkânı tanıyan yeni bir yaşam alanı oluşturmakla beraber; şirketler açısından da hem iletişim, reklam ve pazarlama açısından hem de satış ve hizmet tedariki açısından yeni fırsatlar sunacaktır. Metaverse'teki NFT kavramı tam da bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

İşbu yazımızda Metaverse'ün bize resmedilen, gelecekteki hali temel alınarak kısaca NFT kavramına (I.) ve NFT'lerin Metaverse'teki yerine (II.) değinilecek ve Metaverse'te karşımıza çıkabilecek ve konusu eser yahut sınai mülkiyet hakkı olan NFT'ler açısından fikri mülkiyet hukukuna dair değerlendirmelerimiz (III.) ile uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar, önlem ve çözüm önerileri (IV.) paylaşılacaktır.

⁴ **Türk, Bayrakçı & Akçay**, Metaverse ve Benlik Sunumu, 2022, s. 321.

⁵ Ethereum Blockchain, What is Web3 and why is it important, 2022, <https://ethereum.org/en/web3/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

⁶ **Türk, Bayrakçı & Akçay**, Metaverse ve Benlik Sunumu, 2022, s. 322-323.

I. NFT KAVRAMI

NFT en basit şekilde, akıllı sözleşmeler aracılığıyla Blokzincir sistemleri üzerinde kayıt altına alınan kod dizilerinin oluşturduğu kripto varlıklar olarak tanımlanabilecektir⁷. Bu haliyle NFT, teknik olarak kod dizilerinin oluşturduğu ve dijital ortamda anlam ve önem arz eden dijital bir varlığa karşılık gelmektedir. NFT'ler isminden de anlaşılacağı üzere "token" olarak adlandırılan bir kripto varlık türüdür.

NFT'lerin diğer bir kripto varlık türü olan "coin"lerden temel farkı, "coin"lerin herhangi bir otoriteye bağlı olmadan kendi blokzincir sistemleri üzerinde üretilmesi mümkün iken; bir "token" türü olan NFT'lerin mevcut olan bir blokzincir üzerinde üretilmesi gerekliliğidir⁸.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, farklı kripto paralar açısından farklı Blokzincir ağlarının bulunmasının mümkün olduğudur. Örneğin Ether ("ETH" -Ethereum), Binance Coin ("BNB" – BNB Chain) ve AVAX (Avalanche) gibi farklı kripto para türleri bulunmaktadır ve NFT'ler de Ethereum, Binance ve Avalanche'ın Blokzincir ağı içerisinde oluşturulmaktadır. Bunun sonucu olarak bir Blokzincir üzerinde üretilen NFT'nin ortaya çıkardığı kod dizisi, ancak aynı Blokzincir ağına dahil platformlar nezdinde aynı NFT'ye karşılık gelmektedir. Sözgelimi Ethereum Blokzincir ağı üzerinde oluşturulan bir NFT'nin kod dizisi, Binance Blokzinciri ağını kullanan bir platform içerisinde aynı NFT'yi işaret etmeyebilmektedir.

Kripto paralar ile NFT'leri birbirinden ayıran bir diğer önemli husus ise kripto paralar misli bulunan varlıklar olmasına rağmen NFT'ler **eşsiz, misli ve benzeri bulunmayan tek bir** varlık olarak ortaya çıkmaktadır⁹. Böylece her bir NFT münferit tek bir varlığı oluşturmakta ve kopyası bulunmamaktadır. Ayrıca NFT'ler, bağlı bulundukları akıllı sözleşme ile Blokzincir ağına kaydedilerek merkeziyetsiz hale getirildiğinden; sonradan bölünmeleri veya kopyalanmaları mümkün olmadığı gibi silinmeleri ve değiştirilmeleri de oldukça zordur¹⁰. NFT'lerin bağlı bulunduğu akıllı sözleşmelerin ise farklılık gösterebildiği, buna göre NFT'leri oluşturan akıllı sözleşmelerin içerdiği hükümlerin değişmediği ancak sözleşme üzerinde oluşan

⁷ **Mete Tevetoğlu**, NFT'nin Gündeme Taşdığı Hukuki Sorunlar, 2022, Yapay Zeka Çağında Hukuk, Sayı 17, s. 7.

⁸ **Emin Furkan Er**, NFT'lere Kısa Bir Giriş, 2021, s. 1; Beste Bayrak, NFT ve Sanal Mülkiyet, 2021. <https://iprgezgini.org/2021/11/24/nft-ve-sanal-mulkivet/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022)

⁹ **Bayrak**, 2021; **Deniz Karagöz**, NFT ve Telif Hakkı, 2021, <https://iprgezgini.org/2021/05/31/nft-ve-telif-hakki/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

¹⁰ Aynı yönde: **Bayrak**, 2021.

ürün veya ürün değerinin değişebildiği sözleşme standartları olduğu gibi; NFT üreticisinin kullanacağı akıllı sözleşmeyi, sözleşme serbestisi uyarınca özgürce ve kendine has düzenleyebilmesine olanak sağlayan standartların olduğu da belirtilmektedir¹¹.

Bir şeyin dijital ortamdaki varlığını tespit eden NFT'nin dışavurumu ise birçok farklı şekilde oluşabilmektedir. Buna göre bir NFT resim, fotoğraf, karikatür, video, GIF, üç boyutlu grafik tasarımı, oyun eşyası, oyun arsası, alan adı, şiir, film senaryosu ve benzeri görsel içerikten veya müzik, ses efekti veya ses kaydı gibi işitsel içerikten oluşabilmektedir. Burada açıkça söylenmesi gereken bir diğer husus ise NFT'lerin bir fikri ve sınai ürünü konu almasının mümkün olabileceği gibi fikri ve sınai mülkiyet ürünü olmayan bir varlığı konu alması da mümkündür¹². İşbu yazıda yalnızca fikri ve sınai mülkiyet ürünlerini konu alan NFT'ler dikkate alınmıştır.

Bu açıklamalar ışığında NFT olarak tanımlanan dijital varlığın kod dizisi ve dışavurumu olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu söylemek mümkündür. NFT'nin kod dizisi, dijital olarak bir Blokzincir ağı içerisinde yer almasını ve akıllı sözleşmeler içerisinde düzenlenerek içinde bulunacağı ortama entegre edilmesini sağlamaktayken¹³; dışavurum unsuru dijital ortamlarda algılanmasını sağlayan görsel, işitsel ve benzeri içeriğini ifade etmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki Blokzincir ağı içerisinde tekil bir varlığı işaret eden, bölünemez, silinemez veya değiştirilemez olan husus da NFT'nin kod dizisi unsurudur. Bu haliyle NFT'lerin dışavurumu kopyalanamaz olmadığı gibi¹⁴, aynı dışavuruma sahip olan ancak farklı kod dizilerine sahip iki NFT'nin aynı anda mevcut olması da mümkündür.

II. NFT'LERİN METAVERSE'DEKİ YERİ

Tüm bu açıklamaların üzerine NFT'lerin Metaverse'deki yerini özetleyecek olursak, NFT'ler birer malvarlığı unsuru olarak açıklanabilecektir¹⁵. Nitekim dijitalleştirilmiş herhangi bir çalışma kullanılarak oluşturulan NFT'nin kodlanmış bir meta veri dosyası olduğu şeklinde

¹¹ Er, s. 2.

¹² Tevetoğlu, s. 7.

¹³ Binance Academy, What Is the Metaverse, 2022, https://academy.binance.com/en/articles/what-is-the-metaverse...2CKs8sx012hcISO4ASwS1TaEJyDVqP4oSAYGrtn8NYw-P4aAg-CEALw_wcB (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

¹⁴ Fırat Arapoğlu, Sanatta Aktüel Gündem: Kripto Sanat (NFT), Aurum Sosyal Bilimler Dergisi, 6(1), 2021, s. 91-93.

¹⁵ Tevetoğlu, s. 7.

yorumlar da bulunmaktadır¹⁶. Buna göre aynı blokzincir ağına bağlı evrenlerin hepsinde geçerli olabilen, taşınabilen ve imkân sunulduğu ölçüde kullanılabilen malvarlığı unsuru olan NFT'ler, bir varlık aracı olarak kabul edilebilecektir. Aynı zamanda niteliği itibarıyla NFT'nin tek bir kişiye ait olduğunu ve NFT'ye konu ürünün tekilliğini doğrulama görevi de üstlenmektedir¹⁷. Bu haliyle NFT'nin aynı zamanda sahiplik sertifikası gibi bir role sahip olduğu da belirtilmektedir¹⁸.

Ancak NFT'ler Blokzincir ağları ile sıkı sıkıya bağlı unsurlar olduğundan her Metaverse platformu bakımından geçerli olmaları da zorunlu değildir. NFT'lerin; Metaverse'deki yeri zorunlu olmamakla birlikte günümüzde birçok proje NFT'lerin kullanımına uygun şekilde geliştirilmekte olduğundan, vadedilen evrenlerin gerçekleşmesi halinde dijital sahipliği garanti altına alma fonksiyonuna hizmet edecekleri söylenebilecektir.

İşin hukuki tarafı böyle olmakla birlikte halihazırda NFT'lerin Metaverse'teki yerini belirleyen en temel hususlar, NFT'lerin dijital sanattaki yeri ile NFT'lerin ticari ve reklam fonksiyonudur. Metaverse ve NFT kavramlarının gündemimize girdiği 2021 yılının son çeyreğinden itibaren birçok tanınmış marka NFT koleksiyonu çıkartarak Metaverse'te yerini almış yahut alacağını duyurmuştur¹⁹. Bu fonksiyonuyla bakıldığında NFT, hakkındaki tüm tartışmaların ve olumlu ve olumsuz yorumların yanı sıra, uzunca bir süre daha gündemimizde olacaktır.

NFT'lerin fikri ve sınai mülkiyet haklarının her biri açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Günümüzde gerek sanatçıların ve sanatseverlerin yoğun ilgisi, gerekse kullanım alanının daha somut bir şekilde görülebilmesi sebebiyle NFT'lerin dijital sanatla bağlantılı olarak adından daha çok söz ettirdiğini görmekteyiz. Aşağıda öncelikle NFT'lerin telif hakları ile bağlantısına (A.), akabinde marka (B.), tasarım (C.) ve alan adları (D.) ile bağlantısına değinilecektir.

¹⁶ **Andres Guadamuz**, Non-fungible tokens (NFTs) and copyright, 2021, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (Erişim Tarihi: 20.04.2022).

¹⁷ **Arapoğlu**, s. 91-93.

¹⁸ **Türk, Bayrakçı & Akçay**, Metaverse ve Benlik Sunumu, 2022, s. 321.

¹⁹ Dolce&Gabbana, Balenciaga, Coca-Cola gibi markaların NFT koleksiyonları ile Metaverse'e dahil olduklarına ilişkin haber için: <https://www.webtekno.com/metaversete-varligini-gostermeve-baslamis-markalar-h117659.html> (Erişim Tarihi: 21.04.2022)

III. METAVERSE’TE KARŞIMIZA ÇIKABİLECEK VE KONUSU FİKRİ YAHUT SİNAİ MÜLKİYET HAKKI OLAN NFT’LER AÇISINDAN FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNA DAİR DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. NFT ile Telif Hakları Arasındaki İlişki

Yukarıda da belirttiğimiz üzere uygulamada NFT kavramı ağırlıklı olarak dijital sanatla bağlantılı olarak kullanıldığından, NFT’lerin doğrudan bir “eser” olduğu yönünde yaygın bir yanlış algı söz konusudur. Zira NFT’ler, dijital bir sertifika gibi fonksiyon göstererek başta eser sahibinin tespiti anlamında işlem güvenliği sağlayabilmekte, işlemlerin dijital ortamda herhangi bir merkezi otoriteye bağlı kalmaksızın hızlı yürütülmesine imkân sunabilmekte, sanatçıların ve NFT’leri bir reklam unsuru olarak kullanacak şirketlerin fiziksel sınırlarını/kısıtlılıklarını aşarak geniş kitlelere ve böylece yüksek gelirlere ulaşmasına imkan tanıyabilmektedir.

Ancak NFT, yukarıda da kısaca belirtildiği üzere en basit tanımıyla bir kod dizisidir. Bu kod dizisi bir fikri ve sinai ürünü konu edinebileceği gibi bir başka varlığı da konu edilebilir yahut NFT’nin kendisi dijital bir varlık olabilir. Teknik tanımıyla NFT, esasen eserin kendisi olmayıp, Token ID’si ve sözleşme adresinin birleşiminden oluşan özgün kombinasyonu içerir bir metaveri dosyasıdır²⁰.

Bu haliyle NFT’lerin rolü birçok durumda eserin kendisi olmayıp, eserin bir nüshasını taşıyan ve dijital ortamda bu nüshaya erişimi mümkün kılan araç konumundadır²¹. Zira birçok durumda, NFT’nin oluşturulması sırasında NFT’nin dayandığı esere yönelik bir hususiyet katılmadığı ve NFT’ye dönüştürmenin (mint etmenin) teknik bir süreçten ibaret olduğu belirtilmektedir²². Ancak istisnai olarak NFT’nin bağlı olduğu akıllı sözleşmenin de belirli şartlar altında bir sanat performansı oluşturacak biçimde kodlanması halinde, artık NFT’nin bir bütün halinde eser olarak kabul edilmesi gerektiği de kabul edilmelidir. Nitekim NFT’nin içerdiği kod dizisinin, dayandığı eserin hususiyetinin farklı bir yoruma ve görünüme ulaşmasını

²⁰ Mutlu Yıldırım Köse & Havva Yıldız, Non-Fungible Token (Nft) Nedir, Ne Değildir?, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f3dc2598-8543-462c-a729-e93ce3580153#:~:text=NFT'ler%20m%C3%BCzik%2C%20sanat%2C,dijital%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirileme z%20ve%20d%C3%B6n%C3%BCr%C5%9Ft%C3%BCr%C3%BCleme%20tokenlard%C4%B1r.> (Erişim Tarihi: 25.04.2022).

²¹ Semih Sırrı Özdemir, Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 3, Eylül 2021, s. 71.

²² Özdemir, s. 71.

sağlayacak şekilde oluşturulması halinde burada kod dizisini de oluşturan kişinin hususiyetini yansıtabileceği ve diğer şartlar da oluşmuşsa eser kapsamında kabul edilebileceği belirtilmektedir²³.

Bu haliyle NFT'nin bir eser olabilmesi için 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ("FSEK") sayılan şartları taşıması gerekmektedir.

FSEK'nun 1/B maddesinin a fıkrasında düzenlendiği üzere eser; sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade etmektedir.

Buna göre oluşturulan bir fikir veya sanat mahsulünün eser olarak kabul edilebilmesi için öncelikle kanunda sayılan eser tiplerinden birine dahil olması ve ortaya çıkan bu eserin de sahibinin estetik değerini ve hususiyetini taşıması gerekmektedir. Kanunda eser tipleri sınırlı olarak yukarıda belirtilenler ile sınırlandırılmış olsa da mevzuatın bu eser tiplerinin alt türleri bakımından bir sınırlama getirmediği ve alt tür olarak yeni eser tiplerinin gelişimine izin verdiği kanaatindeyiz.

Günümüzde dijital cüzdana sahip herkesin istediği içeriği blokzincir üzerinde NFT haline getirerek herhangi bir platform üzerinde satışa sunabilmesinin mümkün olduğu göz önünde bulunulduğunda, tüm NFT'lerin eser niteliğinde olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle NFT'nin dışavurumunun ne olduğundan bağımsız olmak üzere işaret edilen kod dizisi, ancak FSEK'te aranan şartların varlığı halinde eser olarak kabul edilebilecektir. Aksi halde bu NFT'lerin diğer token'lar gibi gayrimaddi mal varlığı olarak değerlendirilmesi daha uygun olacaktır²⁴.

NFT'nin dışavurumunun resim, karikatür, müzik ve benzeri gibi FSEK sayılan eser tiplerinden biri olarak oluşturulması ve onu oluşturan kişinin hususiyetini taşıması halinde bu dışavurumun bir eser olarak korunabileceği söylenebilecektir.

Kanaatimizce herhangi bir estetik değere sahip olmayan NFT'lerin ve NFT'lerin teknik kısmını oluşturan ancak herhangi bir hususiyet taşımayan akıllı sözleşmelerin tek başına eser olarak kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir²⁵. Ancak NFT'ye konu

²³ Özdemir, s. 73.

²⁴ Tevetoğlu, s. 7

²⁵ Özdemir, s. 72-74.

içeriğin/dışavurumun FSEK kapsamında sayılmış eser türlerinden birine girmesi halinde, bu içerik dolayısıyla NFT'nin FSEK kapsamında korunması gündeme gelebilir. Bu noktada NFT'yi oluşturan eserin sahibi kimse, kural olarak bu kişinin NFT'nin de telif haklarına sahip olması gerekmektedir. Zira bir eseri NFT'ye dönüştürme (mint etme) hakkı o eserin sahibine ait olmalıdır. Ancak uygulamada NFT'ye konu edilen eserin sahibi olmayan kişilerin de birtakım eserleri NFT'ye çevirerek blokzincir üzerinde bir hak sahipliği görünümü yaratmaya çalıştıkları bilinmektedir.

NFT ve telif hakkı ilişkisini irdelerken muhakkak üzerinde durulması gereken sorular bulunmaktadır. İlk sorulardan biri **NFT'nin konusunun bir eser olması halinde NFT'nin satın alınmasının sonuçlarının ne olacağı, daha açık bir ifadeyle NFT'nin satın alınmasıyla NFT'nin konu aldığı esere dair telif haklarının da devralınıp devralınmadığına ilişkindir.** Kural olarak bu sorunun yanıtı; NFT'nin satın alınması halinde satım sözleşmesiyle doğrudan NFT'nin dışavurumunda görünen esere dair telif hakkına sahip olunmayacağıdır. Elbette eser sahibinin aksini tercih etmesi halinde, esere dair telif haklarının bir sözleşme yahut akıllı sözleşmeyle NFT'yi satın alan kişiye süreli yahut süresiz olarak devredilmesi gündeme gelebilir. Ancak böyle bir durum yoksa NFT'nin satın alınması yalnızca eserin bir nüshasının satın alınması anlamına gelecek, aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece eser sahibinin telif haklarının devredildiği anlamına gelmeyecektir²⁶. Bu durumda NFT sahipliğinin, eserin dijital kopyası üzerinde ticari ve münhasır olmayan bir kullanım hakkı tanıdığından söz edilebilir.

Günümüz uygulamasında çoğunlukla oluşturulan NFT'lerin eser nüshasını taşıyan araçlar olarak kodlandığı kabul edilmekle birlikte akıllı sözleşmenin içeriğine göre bu niteliğin de değişebileceği vurgulanmaktadır²⁷. Bu itibarla NFT'lerin bağlı olduğu akıllı sözleşmelerin son derece dikkatli bir şekilde okunması, alınan NFT'nin gerçekten alınmak istenen esere ilişkin olup olmadığı, alınan NFT'nin satın alacak kişiye hangi hakları bahşettiği, alınan NFT'nin satılması halinde sonuçlarının neler olacağı, satım bedelinin ne kadarının eseri yaratan kişiye gideceği gibi konuların tespit edilmesi gerekmektedir. Hakikaten çeşitli mecralarda birçok örneği okunduğu üzere, platformda/sitede yer alan NFT içerikleri zaman zaman linkte yer alan içerikle örtüşmemekte yahut alıcılara sunulan NFT'ler farklı platformlardan

²⁶ Özdemir, s. 76.

²⁷ Özdemir, s. 77.

alındığında farklı görseller veya içerikler sunmaktadır. Alınan NFT'nin hangi hakları bahsettiği konusu ise en önemli konulardan biridir. Zira akıllı sözleşmenin şartlarına göre NFT'yi satın alan kişinin; bu NFT'yi yalnız koleksiyonunun bir parçası olarak bir yerde mi sergileyebileceği, yoksa şirketinin reklam ve tanıtımında mı kullanabileceği gibi hususlar netleştirilebilmekte; Metaverse ortamında nasıl faydalanabileceği dahi detaylandırılabilir. Keza yeniden satış halinde eser sahibinin satış bedelinin ne kadarını alacağı da son derece önemli bir konudur. Uygulamada ikincil satış halinde yeniden eser sahibine döneceği şeklinde kodlanmış NFT'lerin varlığından dahi söz edilmektedir.

Bir diğer önemli konu ise **NFT'nin başkasına ait bir eser kullanılarak üretilmesine** ilişkindir. NFT'ler kural olarak, içeriğinde bulunan eseri oluşturan kişilerin meydana getirdikleri dijital varlıklardır. NFT'lerin hak sahipliğini belirtme yönündeki işlevi de bu noktada anlam kazanmaktadır. Gerçekten de NFT'nin üzerine işlendiği eserin sahibi tarafından meydana getirilmesi halinde eser sahipliğine ilişkin biricik ve net bir kanıt ortaya çıkmakta, bu durum değiştirilememekte ve aksi de iddia edilememektedir. Ancak teknik olarak herkesin kendisine yahut bir başkasına ait içerik üzerinden NFT yaratabildiği de unutulmamalıdır. Bu itibarla NFT'lerin eser sahipliğine ilişkin ortaya koydukları “kanıt”ın da aksinin ispat edilebilir olduğu şüphesizdir. Bu noktada NFT'nin konu aldığı içeriğin bir eser olması ve bu eserin de bir üçüncü şahsa ait olması ve NFT'nin izinsiz ortaya çıkartılması halinde bir telif hakkı ihlalinin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere bir fikri ve sınai ürünü mint etme hakkı ilgili ürünün sahibine aittir²⁸. Eser sahibinin dışında bir kişinin eseri mint ederek ortaya bir NFT çıkartması halinde telif hakkı ihlali iddiası ile karşı karşıya kalması gündeme gelebilecek, bu noktada çeşitli davalar ve taleplerle karşılaşabilecektir.

Yazının kaleme alındığı tarihte NFT'ler ve telif hakları ihlaline dair ülkemizde sürdüğünü bildiğimiz bir dava olmamakla birlikte Dünya'da da Miramax®'ın ünlü yönetmen Quentin Tarantino'ya karşı açtığı kült film Pulp Fiction'ın sahnelerinin ve orijinal el yazısı senaryosunun NFT olarak çıkartılmasına engel olmak için açmış olduğu davanın varlığından haberdarız. Bu davanın sonucunun NFT'lerin telif hakkı ihlali hususunda ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği konusunda yol gösterici olabileceğini düşünüyoruz.

²⁸ Aynı yönde: **Tevetoğlu**, s. 9.

Hali hazırda, NFT'lerin telif hakkı ihlallerine yol açması halinde uygulanmak üzere özel hükümler ihdas edilmemiştir. İlâveten, yazının hazırlandığı tarih itibarıyla, ülkemizde görülmekte olduğunu bildiğimiz böyle bir dava da bulunmamaktadır. Ancak yabancı mercilerde NFT'lerin konu edildiği davalar ve müzakere aşamasında olan ihtilaflar çeşitli yayın kanallarından takip edilebilmektedir. Henüz kesinleşmiş bir içtihat bulunmayan bu alanda ülkemizde FSEK hükümlerinin kıyasen uygulanacağı düşünülmektedir. Bu noktada, eser sahipleri, eser sahipliğini ortaya koymak kaydıyla telif hakkı ihlalinin tespiti davası, ihlallerin gerçekleşeceğine dair bir şüphe olması yahut gerçekleşmesi halinde sırasıyla tecavüzün men'i yahut ref'i davaları açabilirler ve zararın meydana gelmesi halinde maddi ve manevi tazminat davaları açarak bu zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler.

NFT'lerin kopyalanması yoluyla eserden doğan hakların ihlalinin söz konusu olacağı açıksa da hangi hakların ihlal edilmiş kabul edileceği noktasında bir netlik bulunmamaktadır. Hali hazırda uygulamada bu yöndeki bir ihlalın eser sahibinin çoğaltma, işleme ve umuma iletim haklarından birine yönelik olabileceği kabul edilmektedir²⁹.

Bir başkasına ait eserin mint edilerek NFT haline getirilmesinden sonra akla gelebilecek bir diğer soru ise **telif hakkı süresi geçmiş olan bir eserin NFT haline getirilmesinin yasal olup olmadığı** yönündedir. Her ne kadar bu konu hakkında da açık bir hüküm henüz ihdas edilmemiş olsa da kanaatimiz burada Türk Hukuku uyarınca eser sahibinin vefatından itibaren 70 yıllık sürenin geçmesi halinde telif hakkı süresi geçmiş sayılacağından, eserin NFT haline getirilerek piyasaya çıkartılması halinde herhangi bir telif hakkı ihlalinden söz edilemeyeceği yönündedir.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise **daha evvel telif hakları üzerinde hak elde edilmiş bir eser söz konusu olması halinde, NFT yapma hakkının da devredilip devredilmediğinin nasıl değerlendirileceğidir**.³⁰. Söz gelimi, daha evvel bir esere dair işleme, çoğaltma, umuma iletim gibi hakların devredilmiş olması halinde günün geldiği noktada ilgili

²⁹ Mutlu Yıldırım Köse & Havva Yıldız, Non-Fungible Token (Nft) Nedir, Ne Değildir?, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f3dc2598-8543-462c-a729-e93ce3580153#:~:text=NFT'ler%20m%C3%BCzik%2C%20sanat%2C,dijital%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirileme z%20ve%20d%C3%B6n%C3%BC%C5%9Ft%C3%BCr%C3%BCleme%20tokenlard%C4%B1r>. (Erişim Tarihi: 25.04.2022).

³⁰ Konu hakkında bkz: Osman Gazi Güçlütürk; NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi, <https://nasamer.ku.edu.tr/nftlerin-olusturulmasi-ve-transferinin-eser-sahibinin-mali-haklariyla-iliskisi/> (Erişim Tarihi: 15.08.2022); Tevetoğlu, s. 8-10.

kişinin eseri NFT haline getirerek piyasaya sunma hakkının olup olmadığı ayrı bir sorundur. Bu konuda farklı eğilimlerin olduğu görülmektedir. Bunlardan biri, söz konusu eylemin işleme, çoğaltma yahut umuma iletim hakları kapsamında olduğunu kabul ederek halin şartlarına göre NFT üretmenin de devredilen haklar kapsamında yer aldığıdır. Bir diğer görüş ise “mint etme” işleminin doğrudan “işleme”, “çoğaltma”, “umuma iletim” gibi FSEK’te sayılan haklardan biri içerisine sokulmasının mümkün olmadığı bu sebeple de bu haklar devredilse dahi bunun devralana eseri NFT haline getirerek piyasaya sunma hakkı tanımayacağıdır. Kanaatimiz hukukumuzda yeni yeni tartışma alanı bulan bu hususun zaman içerisinde doktrinde yapılan tartışmalar ve yargı önüne taşınan ihtilaflarla şekilleneceği; ve tekniğin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni vakıalar olduğundan; somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

B. NFT ile Markalar Arasındaki İlişki

NFT’lerin özellikle Metaverse ortamında en yaygın kullanım alanlarından birinin de tanınmış markalara sahip büyük şirketler tarafından tüketici ile iletişim, tanıtım, pazarlama ve satış amacıyla kullanım olacağı unutulmamalıdır. Nitekim halihazırda Metaverse’ün var olup olmadığı tartışılardursun, Metaverse’ün öncül adımları olduğu tartışma dışı olan çeşitli platformlarda (Fortnite, Roblox, Secondlife), tanınmış şirketlerin NFT koleksiyonlarının halkla buluşturduğu da bir gerçektir. Zira Dolce Gabbana®, dijital olarak satılabilen NFT ve tokenları içeren Genesis koleksiyonu ile Metaverse’e giriş yapmış; Clinique® ise bir sosyal medya kampanyası düzenleyerek ikonik ürünlerinden ilham alan üç NFT’den birinin yarışmacılar tarafından kazanılacağı bir organizasyon gerçekleştirmiş; Coca-Cola® ise 2021 yılının Temmuz ayında bir açık arttırmada 575.000 USD getiren bir NFT koleksiyonunu halkla buluşturmuştur. Bunlar dışında henüz NFT olarak piyasaya sürülmemiş olan ancak çeşitli platformlarla iş birliği halinde oluşturulmuş dijital ürün üretip pazarlayan markalar da bulunmaktadır; nitekim Gucci & Roblox iş birliği ve Balenciaga & Fortnite iş birliği de bunlara örnek sayılabilecektir. Özetle, tanınmış marka sahibi olan şirketlerin Metaverse’e ve NFT’ye ilgisi artarken marka sahibi olmayan üçüncü kişilerin de “dijital sanat” adı altında tanınmış markaları NFT haline getirerek çeşitli platformlar üzerinden satışa çıkarttıkları haberleri de gündeme gelmeye başlamıştır.

Nitekim **Hermès®** ve **Mason Rothshild** arasındaki ihtilaf da bunlardan biridir. Fikri mülkiyet alanında faaliyet gösteren birçok kişinin de yakından takip ettiği üzere mesele NFT

yaratıcısı Mason Rothshild'in Birkin® markalı ikonik çantaların görsellerini NFT'leştirerek "Metabirkin" adı altında OpenSea üzerinden satışa sunması ile başlamıştır. Hermès'in gönderdiği ihtarname üzerine OpenSea NFT'lerin satışını platformdan kaldırsa da Rothshild'in Metabirkin isimli NFT satışlarına bir başka platform üzerinden devam etmesi üzerine uyuşmazlık burada sona ermemiş ve Hermès Mason Rothshild'e günümüzde sonucu büyük bir merakla beklenen davalarından birini açmıştır³¹. Marka hakkına tecavüz ve markanın sulandırılması gerekçelerine dayanan dava henüz yargılama aşamasındadır.

Bir başka uyuşmazlıkta ise **Nike®**, **StockX®**'e karşı satışa sunulan NFT'lerin kendi ürün görselleri ve markaları ile ilişkilendirildiğinden ve StockX® ile böyle bir anlaşması bulunmadığından bahisle marka hakkının ihlal edildiğine dayanan bir dava açmıştır³². Nike®, StockX® ile arasında bir iş birliği olmamasına rağmen bu koleksiyonun satışa çıkartılmasının yanıltıcı olacağını ve bunun itibarından haksız yararlanılmasına ve itibarının zarar görmesine sebep olunacağını dile getirmiştir. Her ne kadar StockX® bu NFT'lerin bir çift fiziksel spor ayakkabı satın almak için kullanabilecek bir "makbuz" minvalinde olduğunu ve marka hakkının tükenmesi ve adil kullanım olduğunu iddia etse de Nike® markasının StockX®'in kendi ticari değerini arttırmak amacıyla kullanıldığından bahisle ihlalin durdurulmasını talep etmiştir.

Şirketlerin kendi NFT koleksiyonlarını çıkarttıkları, üçüncü kişilerin ise tanınmış markaların isim ve görsellerini kullanarak NFT koleksiyonları hazırladıkları bu dönemde Metaverse'ün varlığı işleri daha da karmaşık hale getirecek gibi görünmektedir. Bu sebeple şirketler, Metaverse'ü tüketici ile bir buluşma noktası olarak gördükleri için hem bu alanda yatırım yapacak hem de bu alandaki ihlalleri yakından takip edeceklerdir.

Bu durum akıllara, şirketlerin Metaverse ortamında markalarının NFT'lerde kullanılabilmesi için nelere dikkat etmesi gerektiği ve markalarını Metaverse ortamında koruyabilmek için neler yapması gerektiği sorularını getirmektedir. Nitekim AIPPI Fikri

³¹ **Önder Erol Ünsal**; NFT ile Marka Hakları Birkin Çantaları İçin Çatışıyor: Hermès V. Metabirkins; 2021; <https://iprgezgini.org/2021/12/30/nft-ile-marka-haklari-birkin-cantolari-icin-catisiyor-hermes-v-metabirkins/>; (Erişim tarihi: 20.06.2022)

³² **Adi Robertson**, Nike is testing NFT trademark law by suing a sneaker reseller, <https://www.theverge.com/2022/2/10/22925252/nike-stockx-shoe-lawsuit-vault-nft-trademark-infringement>. 2022, (Erişim tarihi: 20.06.2022)

Gündem Dergisi'nin 23. Sayısında ve IPR Gezini blogunda yayımlanan “Vadedilen Dünya’da Markalar: Fırsatlar & Riskler” konulu makalemizde³³ de belirttiğimiz üzere:

Şirketler markalarını Metaverse ortamında NFT’ler üzerinde -özellikle de sanal ürün olarak kullanılabilecek NFT’ler üzerinde- kullanmak istiyorlarsa hem Metaverse ortamına girdiklerinde üçüncü kişilerin hak iddialarıyla karşılaşmamak için hem de Metaverse’de marka ihlallerine karşı daha etkin şekilde korunabilmek için, marka tescillerinin Metaverse veya internete yönelik koruma sağlayacak şekilde sanal ürünler ve bu alana dair hizmetler açısından genişletilmesi onlara daha güvenli bir başlangıç sağlayabilecektir. Bu kapsamda genel olarak

- **Sınıflandırma özelinde** 9, 35, 41 ve 42. sınıflarda gerçekleştirilecek tesciller önem arz etmektedir. Özellikle 9. sınıfta yer alan “sanal mallar”, 35. sınıfta “sanal mağazalar”, 41. sınıfta yer alan “eğlence hizmetleri” ve bunun Metaverse’e uyarlanabilecek versiyonları ile yazılım alanında çalışan şirketler açısından 42. sınıfta yer alan hizmetlerin tescil kapsamına alınmasında fayda bulunmaktadır.
- **İşaret seçimi özelinde** de geleneksel olmayan markalar önem kazanacaktır. Söz gelimi hareket, renk ve ses markaları Metaverse açısından gerçek dünyada olduğundan daha önemli hale gelebilir. Donanım alanının gelişmesiyle farklı duylara hitap eden farklı tip markalar da daha sık gündeme gelebilecektir.
- **Lokasyon özelinde** ise özellikle Metaverse platformlarının yerleşik olduğu ülkeler ile kalabalık kullanıcı gruplarının olduğu bölgelerde tescil önem kazanacaktır.

Diğer yandan burada belirtmek isteriz ki her ne kadar Metaverse ortamındaki markasal kullanımın nasıl değerlendirileceğine dair açık bir mevzuat yok ise de Türkiye’de gerçekleşecek ihtilaflar bakımından Sınai Mülkiyet Kanunu’muzun (“SMK”) uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Zira “Marka” kavramı halihazırda hukukumuzda mecrasından bağımsız bir şekilde tanımı ve düzenlemeleri bulunan bir müessesedir. SMK m.29’da marka tecavüzü halleri sayılmıştır. Bununla beraber maddenin atıf yaptığı SMK m.7 uyarınca da marka sahibinin izni olmaksızın “Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya

³³ **Deniz Merve Ersoy Pınar**; Vadedilen Dünya’da Markalar: Fırsatlar & Riskler; Fikri Gündem Dergisi, AIPPI Türkiye; https://www.aippiturkey.org/wp-content/uploads/2022/07/Fikri-Gundem-23.Savi_.pdf; s. 15 vd. (Erişim Tarihi: 24.08.2022); **Deniz Merve Ersoy Pınar**; Vadedilen Dünya’da Markalar: Fırsatlar & Riskler; IPR Gezini; <https://iprgezini.org/2022/08/05/vadedilen-dunvada-markalar-firsatlar-riskler/> (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması” ve “Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye ’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması” halinde bunu önleme hakkı vardır.

Maddenin devamında herhangi bir mecra sınırlaması olmaksızın

- işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi,
- işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi,
- işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması,
- işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük **ya da benzeri biçimlerde** kullanılması

açıkça yasaklanmıştır.

Metaverse ortamının teşebbüslerin gerçek yahut sanal mallarını satacakları ve/veya bunların reklamını yapacakları bir mecra da olacağı göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda sayılan tanımlara giren eylemlerin Metaverse ortamında gerçekleştirilse dahi marka tecavüzü teşkil edebileceği düşünülmektedir. Elbette markaları yalnızca gerçek hayatta elle tutulabilir mallar üzerinde tescilli olan teşebbüslerin markalarının yahut benzerlerinin sanal mallar üzerinde kullanılması halinde karıştırma ihtimalinin doğup doğmayacağı ve bu sebeple de marka ihlali gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorgulanabilecektir.

Söz konusu bir tanınmış marka ise; kullanım, markanın itibarından haksız bir yarar elde edilmesine yahut itibarına zarar gelmesine veya ayırt edici karakterinin zedelenmesine sebep olacak nitelikteyse kullanımın aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın yasaklanabileceği göz önünde bulundurulduğunda; Metaverse’te gerçekleşecek sanal bir mal üzerindeki kullanımın da tecavüz teşkil edeceği kanaatindeyiz. Zira, gerçek hayattaki bir çanta ile sanal bir çantanın “içine konulacak eşyaları taşıma” anlamındaki işlevi

birebir aynı değilse de tanınmış markalı bir çantanın sahibine sağladığı itibarın transferi söz konusu olduğundan işlevler bu noktada benzeşmektedir. Benzer bir örnek otomobiller üzerinden de verilebilir, her ne kadar sanal bir otomobil kişileri bir yerden bir yere taşıma amacına hizmet etmese de sahibine otomobilin sağlayacağı itibarı sağlayabilir. Bu sebeple markası “BUGATTI” olan bir sanal otomobilin, sanal otomobiller üzerinde tescilli olmaması halinde dahi kanaatimizce “BUGATTI” markasına tecavüz ettiğinin kabulü gerekecektir.

Her ne kadar burada, Metabirkins vs. Mason Rotshild davasında görüldüğü üzere söz konusu olanın bir NFT olduğu ve yapılanın da bir sanat olduğu iddiası ile karşılaşılabilsen de buradaki meselenin, Andy Warhol’un Campbell markalı çorba konservelerinden esinlenerek oluşturduğu pop art eserindeki durumdan biraz farklı olacağı kanaatindeyiz. Zira gerçek hayatta bir tabloda kullanılan marka *-duruma göre o halin de tecavüz teşkil edebileceği notuyla-* tablo olarak birinin evinde yahut ofisinde sergilenenebilecekken, bir ürünün markasının aynısını taşıyan “sanal bir ürün” kişilerin sanal kimlikleri için gerçek hayattakine benzer sanal bir vazife de görebilecektir. Elbette tüm bu hususların somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği hususunun da altını çizmek gerekmektedir.

C. NFT ile Tasarımlar Arasındaki İlişki

Bunlar dışında NFT’nin endüstriyel tasarım, alan adı, patent veya faydalı modellerle bağlantılı olarak nasıl değerlendirilmesi gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir.

SMK m.55 ve devamı kapsamında bir inceleme yapıldığında endüstriyel tasarım; ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümü olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada NFT’nin eser sahibinin kendisine ait bir tasarımı konu alacak şekilde yaratılması mümkün olabileceği gibi bir üçüncü kişiye ait tasarımı konu alacak şekilde de oluşturulması mümkündür.

Her ne kadar NFT’lerin adı telif hakları ve marka hakları kadar tasarım haklarıyla beraber anılmıyorsa da Hermès® ile Mason Rothshild® ve Nike® ile StockX® arasındaki davaların temelinde tasarım haklarının da yattığı unutulmamalıdır.

Burada yapacağımız yorumlar da yine yukarıda FSEK ve SMK kapsamında yaptığımız yorumlarla aynı yöndedir.

D. NFT ile Alan Adları Arasındaki İlişki

Bilindiği üzere alan adları akılda kalması zor olan IP adresleri yerine kullanılmak üzere geliştirilmiş olan bir isimlendirme yöntemidir ve yakın zamanda alan adlarının da blokzincir üzerinden NFT olarak satın alınması mümkün hale gelmiştir. Bu tip alan adlarının uzantıları blokzincire bağlanan “. crypto”, “.nft”, “.zil”, “.x”, “.eth” şeklindeki web uzantılarıdır.

NFT alan adları; geleneksel alan adlarından farklı olarak alan adını satın alan kişiye özel sözleşmelerle sertifikalanması, bir kez satın alınmasıyla kullanıcıya ait olması ve sürekli yenilenmesi gerekmemesi, kripto para birimi olarak transfer edilebilmesi ve üzerinde yaratıldıkları blokzincir sona erdiğinde sona ermeleri olarak özetlenebilir³⁴.

Burada da yine üçüncü kişilerin marka haklarının varlığına rağmen alan adının satın alınması halinde ne şekilde hareket edilebileceği sorusu gündeme gelebilir. Günümüzde İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (“ICANN”) alan adlarının hak sahibi olmayan kişiler tarafından alınması ve kullanılması halinde uyuşmazlıkları çözen bir makamdır. İlaveten hak sahipleri kendi ülkelerinde açacakları davalarda da ihlal iddiasında bulunabilirler. Ancak şu anda blockzincir üzerinden alınan alan adlarına ilişkin ihlal iddialarının varlığı halinde hangi Kurum’a gidilebileceği net değildir.

IV. UYGULAMADA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR, ÖNLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Metaverse’te yeni bir NFT Koleksiyonu çıkartırken karşılaşılabilecek sorunlardan biri **halihazırda bir ülkenin sınırları içerisinde tescilli bir markanın sahibiyken ülkeler üstü bir platform olan Metaverse’te bir başka kişinin başka bir ülkedeki markasına tecavüz ediyor olabilme ihtimalidir**. Her ne kadar bu durum gerçek Dünya’da internet üzerinden gerçekleşen satışlar bakımından da karşılaşılabilecek bir durum gibi görünse de satışların belli ülkeleri hedefleyerek yapılmaması suretiyle bu sorunlar aşılabilmektedir.

Ancak NFT’ler söz konusu olduğunda sanal bir ürün ve buna dair sanal bir kullanım alanından da söz edilmektedir. Söz gelimi Türkiye’de hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde “X” markasını ayakkabılar üzerinde tescil ettirmiş bir kişinin NFT şeklinde avatarlar tarafından

³⁴ **Gökçe Attorney Partnership**, NFT Kavramı ve NFT Alan Adlarının Satın Alınması, Lexology, 2022 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e73e3e10-6eee-4ce3-90ca-79d7f60abbff>. (Erişim Tarihi: 24.04.2022)

kullanılabilir ayakkabılar üretmesi halinde, “X” markasını Fransa’da hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde tescil ettirmiş bir kişinin hakkına tecavüz ettiği iddiası ile karşılaşabilir. Metaverse ortamlarında bireylerin gerçek hayatta yaşadıkları yahut faaliyet gösterdikleri şehirlere göre bir düzenleme yapılacak mı bilemiyoruz. Ancak her ne kadar fikri mülkiyet haklarının Metaverse’te de korunacağını kabul etsek de yukarıda işaret ettiğimiz gibi meseleler gündeme geldiğinde bunların nasıl yorumlanacağı belirsizdir.

Sayılan tüm bu risklerden korunmak için Metaverse’e giriş yapacak markaların da gerekli adımları önceden atması ve daha hukuki sorunlar ortaya çıkmadan sonuçlarını minimize etmeye çalışmaları önemlidir. Bu kapsamda **Metaverse’e girmeden evvel** markasal anlamda kullanımın sakıncalarına yönelik bir ön araştırma yapılması, birlikte var olma sözleşmelerinin Metaverse içerisinde de geçerliliğin değerlendirilmesi, üçüncü kişilere ait haklar bakımından lisans sözleşmelerinin Metaverse’ü de kapsayacak şekilde revizyonu markalar açısından faydalı olacaktır.

Hem fikri mülkiyete konu edinebileceği hem de şartların varlığına göre fikri mülkiyet korumasından yararlanabileceği kabul edilen NFT bakımından **asıl ortaya çıkabilecek sorun ise fikri hakların ihlali halinde bu ihlalin nasıl engellenebileceğidir**. Zira hem Metaverse bakımından hem de kripto varlıklar bakımından en öne çıkan kavram merkeziyetsizliktir. Genel olarak birçok NFT’nin merkezi olmayan sistemler üzerinde yer aldığı, yalnızca sahibi olarak kayıtlı kişilerce işlemlere konu edilebilecekleri, değiştirilemeyen veya silinemeyen varlıklar oldukları belirtilmektedir. Bu haliyle merkezi bir otorite tarafından müdahaleye maruz kalmaları da pek mümkün görünmediğinden fikri hakların ihlaline sebebiyet verdikleri noktada nasıl bir yönteme başvurulabileceği belirsizdir.

Bir görüşe göre Blokzincir üzerine depolanan verilerin ağdaki katılımcıların ortak kararı veya uzlaşısı üzerine değiştirilebileceği, nitekim Ethereum Blok zincirinde yaşanan bir hırsızlığın etkilerini geri almak için daha önce Ethereum blokzincirine müdahale edilebildiği³⁵, bu haliyle Blokzincirin değiştirilemeyeceği yönündeki durumdan kastedilenin değişikliğin

³⁵ **Coindesk**, Ethereum Executes Blockchain Hard Fork to Return DAO Funds, <https://www.coindesk.com/tech/2016/07/20/ethereum-executes-blockchain-hard-fork-to-return-dao-funds/> (Erişim tarihi: 18.06.2022)

yapılmasının teknik gerekçelerle çok zor olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir³⁶.

Anılan yaklaşımın kabul edildiği halde dahi Blokzincirdeki verilerin silinmesi veya değiştirilmesinin çok zor olması nedeniyle sıkça karşılaşılan ve hızlı aksiyon alınmasını gerektirecek fikri mülkiyet ihlallerinde yeterli müdahalenin sağlanamayacağı söylenebilecektir. Ayrıca her ihlal bakımından bütün katılımcıların ağda değişiklik yapılmasına rıza göstermesi de Metaverse gibi milyarlarca kullanıcıya ev sahipliği yapacağı düşünülen platformlar bakımından teknik olarak mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla NFT'ler yoluyla gerçekleştirilen fikri mülkiyet ihlallerinde yeni koruma mekanizmalarının geliştirilmesi, sisteme eklenen verilerde değişiklik yapılmasının çok zor olduğu göz önünde bulundurularak sürecin en başında Blokzincir ağları tarafından filtreleme yapılması gibi uygulamaların getirilmesi gerekecektir.

Diğer yandan şimdiye kadarki tecrübelerimiz; Devletlerin de Metaverse'te meydana gelen ihlallerin önüne geçebilmek, ihlal teşkil edebilecek eylemleri kontrol edebilmek yahut kontrolü kolaylaştırabilmek adına Metaverse platform sahiplerine çeşitli yükümlülükler yükleyeceğini göstermektedir. Her ne kadar bunların da bir kısmının kendilerini ortaya koymaksızın internette var olacakları iddia edilebilirse de halihazırda da “dark web”³⁷ gerçeğiyle karşı karşıya olduğumuzun unutulmaması gerekmektedir³⁸.

Metaverse'ün içerisinde ise **marka, tasarım ve telif ihlallerine karşı korunabilmek için** hak sahiplerinin ayrı bir çaba göstermesi gerektiği tartışmasıdır. Zira daha önce de belirtildiği üzere geleneksel yargı ve kolluk mercilerinin bu gibi platformlarda gerçekleşecek ihlalleri tespit etmesi zor olacağından marka sahiplerinin Metaverse'de düzenli izleme ve takip hizmetleri alarak olası ihlalleri kendilerinin tespit etmesi zaruridir. Bu kapsamda gelişmiş arama yöntemlerinin kullanılması, sanal izleme ve araştırma yöntemlerinin de Metaverse ile uyumlu hale getirilmesi ve hatta çok boyutlu araştırmaların mümkün kılınabildiği yeni teknolojilerin geliştirilmesi gerekecektir. Tüm bunların yanında söz konusu markaların

³⁶ **Osman Gazi Güçlütürk**, Blokzincir Üzerinde Depolanan Verilerin Kişisel Veri Niteliği ve Silinemezlik, Yok Edilemezlik Sorunu, 2019, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1(2), s. 37.

³⁷ Dark web, yasa dışı faaliyetlerin yürütüldüğü ve genel internet kullanıcılarına açık olmayan bir internet ortamıdır. Detaylı anlatım için bkz. **Emine Çelik**, Deep Web ve Dark Web: İnternet'in Derin Dünyası, DergiPark, 2018.

³⁸ **Deniz Merve Ersoy Pınar**, s. 23.

korunması dijital ortamda önem arz ettiğinden yeni dönemde markaların siber güvenlik uzmanlarıyla iş birliği içerisinde olması da önem arz edecektir³⁹.

NFT'ler söz konusu olduğunda taklitçiliğin gerçek hayattaki taklitçilikten farklı olduğu ve ihlalin ortadan kaldırılmasının farklı teknik çözümleri de beraberinde getirdiği unutulmamalı, mütecaviz eylemi gerçekleştiren kişilerle bir sulh söz konusu olduğunda alınacak taahhütlerin buna göre seçilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Keza daha evvel el değiştirmiş olan NFT'ler açısından da bazı çözümlerin teknik olarak yetersiz olabileceği göz önünde bulundurulmalı sulh ile elde edilecek sonucun ne olduğu doğru bir şekilde değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Metaverse kavramı ile NFT kavramı her ne kadar yeni çıkmış kavramlar olmasa da 2021 yılının son üç ayında hızlıca gündemimize giren ve yazının hazırlandığı 2022 Nisan ayında da hala güncelliğini sürdüren ve gerek gelecekteki genel yaşantımızı gerekse fikri mülkiyet hukukunu temelden etkileyecek ve hatta değiştirecek önemli kavramlardır.

Her iki teknolojik gelişmeye yönelik olarak da henüz bir mevzuat çalışmamızın olmaması, bu alanlarda yapılan ihlallerin sonuçsuz kalacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bilakis halihazırda yürürlükte olan mevzuatımızın uygun düştüğü ölçüde tüm ihtilaflara uygulanması gerekmektedir.

Ancak olası ihtilafların önlenmesi ve çözülmesinde belki de en büyük görevlerden biri de kendi “evrenlerine” sahip şirketlere düşmektedir. Zira artık kendi gerçekliği ve sosyal kuralları bulunan bir kamusal alanı yöneten şirketlerin gerek anonimlik gerekse ülkesellikten doğan sorunların çözümü noktasında devletlerle gerekli iletişimi sağlaması ve hatta fikri hakların korunması noktasında kendi bünyesinde yeni araçlar geliştirilmesi açısından aktif rol alması gerekecektir.

Bir diğer yandan boşluk olduğu konusunda şüphe olan hususlar için ise özel regülasyon çalışmalarının ivedilikle tamamlanarak mevzuatın netleştirilmesi ve sorumlu kişi ve kurumların tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bu çalışmalar tamamlanana kadar Metaverse

³⁹ **Erdem Erkul**, Metaverse ve İş Dünyası, Mediacat, Sayı: 322, Şubat, 2022, s. 56.

platformlarının da iç regülasyonlarını düzenlemesi ve bunun için tüm paydaşlar arasında doğru iletişim kurulması uygun olacaktır.

KISALTMALAR

BNB	:	Binance Coin
bkz.	:	bakınız
ETH	:	Ether
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
ICANN	:	İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu
NFT	:	Non-fungible Tokens
SMK	:	Sınai Mülkiyet Kanunu

KAYNAKÇA

Arapoğlu, Fırat, Sanatta Aktüel Gündem: Kripto Sanat (NFT), Aurum Sosyal Bilimler Dergisi, 6(1), 2021, s. 91-93.

Bayrak, Beste, NFT ve Sanal Mülkiyet, 2021. <https://iprgezgini.org/2021/11/24/nft-ve-sanal-mulkiyet/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

Binance Academy, What Is the Metaverse, 2022, https://academy.binance.com/en/articles/what-is-the-metaverse...2CKs8sx012hcISQ4ASwS1TaEJyDVqP4oSAYGrtrn8NYw-P4aAg-CEALw_wcB (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

Coindesk, Ethereum Executes Blockchain Hard Fork to Return DAO Funds, <https://www.coindesk.com/tech/2016/07/20/ethereum-executes-blockchain-hard-fork-to-return-dao-funds/> (Erişim tarihi: 18.06.2022)

Çelik, Emine, Deep Web Ve Dark Web: İnternet'in Derin Dünyası, DergiPark, 2018, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cyberj/issue/35147/389935> (Erişim Tarihi: 18.06.2022)

Dabit, Nader, What is Web3? The Decentralized Internet of the Future Explained, 2021, <https://www.freecodecamp.org/news/what-is-web3/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

Er, Emin Furkan, NFT'lere Kısa Bir Giriş, 2021.

Erkul, Erdem, Metaverse ve İş Dünyası, Mediacat, Sayı: 322, Şubat, 2022.

Ersoy Pınar, Deniz Merve, Vadedilen Dünya'da Markalar: Fırsatlar & Riskler, Fikri Gündem Dergisi, https://www.aippitürkey.org/wp-content/uploads/2022/07/Fikri-Gundem-23.Sayi_.pdf; s. 15 vd. (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

Ersoy Pınar, Deniz Merve, Vadedilen Dünya'da Markalar: Fırsatlar & Riskler, IPR Gezgini; <https://iprgezgini.org/2022/08/05/vadedilen-dunyada-markalar-firsatlar-riskler/> (Erişim Tarihi: 24.08.2022)

Ethereum Blockchain, What is Web3 and why is it important, 2022, <https://ethereum.org/en/web3/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

Gökçe Attorney Partnership, NFT Kavramı ve NFT Alan Adlarının Satın Alınması, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e73e3e10-6eee-4ce3-90ca-79d7f60abbff> (Erişim Tarihi: 24.04.2022).

Guadamuz, Andres, Non-fungible tokens (NFTs) and copyright, 2021, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (Erişim Tarihi: 20.04.2022).

Güçlütürk, Osman Gazi, Blokzincir Üzerinde Depolanan Verilerin Kişisel Veri Niteliği ve Silinemezlik, Yok Edilemezlik Sorunu, 2019, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. 1(2), s. 30-40.

Güçlütürk, Osman Gazi, NFT’lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi, <https://nasamer.ku.edu.tr/nftlerin-olusturulmasi-ve-transferinin-eser-sahibinin-mali-haklariyla-iliskisi/> (Erişim Tarihi: 15.08.2022)

Karagöz, Deniz, NFT ve Telif Hakkı, 2021, <https://iprgezgini.org/2021/05/31/nft-ve-telif-hakki/> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

Köse, Mutlu Yıldırım / Yıldız, Havva, Non-Fungible Token (Nft) Nedir, Ne Değildir?, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f3dc2598-8543-462c-a729-e93ce3580153#:~:text=NFT'ler%20m%C3%BCzik%2C%20sanat%2C,dijital%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirilemez%20ve%20d%C3%B6n%C3%BCr%C5%9Ft%C3%BCr%C3%BClemez%20tokenlard%C4%B1r> (Erişim Tarihi: 25.04.2022).

Kuş, Oğuz, Metaverse: ‘Dijital Büyük Patlamada ’Fırsatlar ve Endişelere Yönelik Algılar, *Intermedia International e-Journal*, 8(15), 2021, s. 245-266.

Özdemir, Semih Sırrı, Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 3, Eylül 2021, s. 45-91.

Tevetoğlu, Mete, NFT’nin Gündeme Taşıdığı Hukuki Sorunlar, 2022, *Yapay Zeka Çağında Hukuk*, Sayı 17, s. 7-10.

Türk, Gül Dilek / Bayrakçı, Serkan / Akçay, Elif, Metaverse ve Benlik Sunumu, The Turkish Online Journal of Design Art and Communication, 12 (2), 2022, s. 316-333.

Türk, Gül Dilek / Darı, Abdülhakim Bahadır, Metaverse’de Bireyin Toplumsallaşma Süreci, Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.6, S., 2022, s. 277-297.

Ünsal, Önder Erol, NFT ile Marka Hakları Birkin Çantaları İçin Çatışıyor: Hermès V. Metabirkins; 2021; <https://iprgezgini.org/2021/12/30/nft-ile-marka-haklari-birkin-cantaları-icin-catisiyor-hermes-v-metabirkins/>, (Erişim tarihi: 20.06.2022)

Webtekno, Metaverse'te Varlığını Göstermeye Başlamış Markalar, <https://www.webtekno.com/metaversete-varligini-gostermeve-baslamis-markalar-h117659.html> (Erişim tarihi: 21.04.2022)

Yapay Zekadan İstifade Edilmek Suretiyle Vücuda Getirilen Eserler Üzerindeki Mali ve Manevi Hakların Sahipliği ve Bu Eserlerin NFT'ye Çevrilmesine Dair Bir İnceleme

Av. Haydar Başar SAYIN* / Stj. Av. Gökçe YAVUZCAN**

GİRİŞ

Dijital sanat eserleri gibi yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilen eserler hakkında çeşitli tartışmalar gündemde gün geçtikçe daha fazla yer almaya başlamıştır. Yapay zekadan istifade edilmek suretiyle dijital sanat eserlerin oluşturulmasına imkan tanıyan programlar ise popülerleşmektedir. Bu programlarda kullanıcılar tamamen yaratıcılıklarına ve kendi tercihlerine göre, kelime grupları yazmakta, yapay zeka ise kullanıcıların belirlediği kelimeleri temsil eden görselleri bulup birleştirerek tek bir dijital görsel haline getirmektedir.

Üstelik yapay zekadan istifade edilerek vücuda getirilen bu eserlerin ödülleri dahi almaya başladığı görülmektedir. New York Times'ın aktardığına göre, yapay zekadan istifade ederek “Théâtre D'opéra Spatial” adlı tabloyu vücuda getiren Jason M. Allen , bu eser ile Amerika'nın Colorado eyaletinde gerçekleşen geleneksel eyalet fuarında dijital sanat dalında yer alan ödülü kazanmıştır. Her ne kadar Jason M. Allen başvurusu “Jason M. Allen via Midjourney” olarak yapmış ise de eserin vücuda getirilmesine yapay zekanın katkısı olması tartışmalara neden olmuştur.

Kullanıcıların, yapay zekadan istifade edilerek oluşturulan bu görselleri NFT'ye çevirerek ekonomik kazanç elde etmesi de mümkündür. Bu gelişmeler ise yapay zekadan istifade edilerek oluşturulan eserleri NFT'ye çevirme hakkına sahip olanın yapay zeka mı, yapay zekaya direktifler vererek çerçeveyi oluşturan kullanıcı mı yoksa yapay zekanın geliştiricileri mi olduğu gibi tartışmalara sebep olmuştur. Bu çalışmada ise bu soruların yanıtları ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Bu kapsamda çalışmanın ilk kısmında, FSEK kapsamında eser, NFT kavramı ile NFT'lerin konu olduğu ve telif haklarının tartışıldığı mahkeme kararları ve yapay zeka kavramı incelenecektir. İkinci kısımda ise FSEK anlamında yapay zekadan istifade edilmek suretiyle

* İstanbul Barosu.

** İstanbul Barosu.

vücuda getirilen eserler üzerindeki mali ve manevi hakların sahipliği ile bu eserlerin NFT'ye çevrilmesi incelenecektir.

I. KAVRAMLAR

A. Türk Hukukunda Eser

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("FSEK")'nın "Tanımlar" başlıklı 1/B maddesi eseri, "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" olarak tanımlamaktadır. Bu kapsamda bir fikir ve sanat eserinin FSEK anlamında korunabilmesi için; sahibinin hususiyetini taşıması; sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması¹; ilim ve edebiyat eseri, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri olması; fikri çabanın ürünü olması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında hususiyete ilişkin değerlendirmelerde dikkat çeken bir kavram da yaratıcılıktır. Yargıtay kararlarında geçen yaratıcılık tabiri, eser sahibine özgülenebilen kendini tanıtmaya yeteneği ve asgari düzeyde yaratıcılık olarak ele alınmaktadır.²

Yargıtay 11. HD'nin 13.03.2007 tarihli, 2006/934 E. 2007/4555 K. sayılı ilamında "... Oysa, *"hususiyet" sıradan olmamayı ve belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılığı gerekli kılar*" denilmektedir.

YHGK'nun, 02.04.2003 tarihli 2003/4-260 E. 2003/271 K. sayılı ilamına göre, "*Bir fikir ürününün eser olarak kabul edilebilmesi için baskın görüşe göre FSEK madde 1/1'de sayılan eserler içinde yer alması (objektif koşul) ve sahibinin hususiyetini taşıması başka bir anlatımla "özgün olma" "yaratıcı özellik taşıması" (sübjektif koşul)'un bulunması gerekmektedir*"

B. Blokzincir

Blokzincir ("Blockchain"), silinemeyen ve değiştirilemeyen, yeni girişlerin ise bir önceki girişe kriptografik olarak bağlandığı veri depolama sistemini tanımlamaktadır. Blokların her biri birbirine bağlı olduğundan bir bloktaki değişiklik diğerlerini de etkiler ve değişiklikler tüm zinciri etkiler ve değiştirir. Her bir blokun kendine özgü "hash" denilen bir kodu vardır ve aynı

¹ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2005, s. 97

² Yavuz, Levent/Alica, Türkay/Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 64

zamanda her bir blok, kendinden önceki bloğun kodunu da taşır. Blokzincir ağlarının temel işlevi, karşılıklı güvensizlik temelinde ortak bir güven oluşturmaktır. Herkesin katılımına izin veren açık kaynaklı bir yazılımdan oluşur ve merkezi olmayan temeller üzerine kuruludur.³

Blokzincir teknolojisinin asıl yeniliği sadece bir veri tabanı oluşturmaktan ziyade, işlemler için işlemin kendisine bağlanmış kurallar belirleyebilmesidir. Bu özelliğiyle blokzincir teknolojisi, kuralları işlem özelinde değil tüm veri tabanı ya da uygulama genelinde koyabilen geleneksel veri tabanlarıyla zıt düşmektedir⁴

Hali hazırda yapılan işlemler blokzincire işlenmektedir, ileride yapılacak olan işlemler de, blokzincire işlenecektir. Bitcoin'le beraber ortaya çıkan, farklı kullanım alanları da olan blokzincir metodu, merkezi olmayan bir ağ yapısındaki uç bilgisayarlar, birbirinden bağımsız olarak saklandığından, herhangi bir merkezi hatadan kaynaklanacak problemlere karşı dirençlidir.⁵

2008 yılında yazılan “Bitcoin: Uçtan Uca Elektronik Ödeme Sistemi” isimli makaleyle dünyaya duyurulmuştur. Satoshi'nin getirdiği yenilik, dağıtık işlemci güçlerini kullanarak her 10 dakikada bir transfer işlemlerini onaylayan bir mekanizmayla, çifte harcamayı engellemiş olmasıdır. Satoshi Nakamoto, güvensiz ve potansiyel olarak hileli, dağıtık bir işlemci ağında, bilgi paylaşımının nasıl olacağı problemi olarak bilinen "Bizans Generalleri" problemine, merkezi bir otorite kullanmadan, “iş ispatı” kavramıyla yeni bir çözüm önermiştir.⁶

Blokzincir tabanlı sistemlerin kullanıldığı birçok uygulama olsa da bu uygulamaların ilki hem ilk hem de en popüler kripto para olan “Bitcoin”dir.

Bir diğer blokzincir tabanlı uygulama olan NFT (“Non Fungible Token”) de blokzincirinde kayıtlı bir nevi dijital sertifika olarak düşünülebilecektir.

³ Werbach, Kevin, Blokzinciri ve Yeni Güven Mimarisi, İstanbul, 2021, s. 20-28

⁴ Üzer, Betül, Sanal Para Birimleri, Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Eylül 2017, s. 24, 25

⁵ Çarkacıoğlu, Abdurrahman, Kripto-Para Bitcoin, Araştırma Raporu, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi, Aralık, 2016, s. 42

⁶ Çarkacıoğlu, age s. 15,

C. Yapay Zeka

Yapay zekanın genel geçer olarak kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. ⁷Ancak “Yapay zeka” kavramı ilk kez 1955 yılında bilgisayar bilimci John McCarthy tarafından, “zekaya sahip makinelerin bilimi ve mühendisliği” olarak tanımlanmıştır. ⁸

Yapay zekaya ilişkin başka bir tanımlama ise, “dijital bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrollü bir robotun, genellikle zekaya sahip varlıklarla ilişkilendirilen görevleri yerine getirme yeteneği”dir. ⁹

2020 yılında çıkarılan “Avrupa Komisyonu Yapay Zeka Hakkında Beyaz Kitap”ta (EC White Paper in Artificial Intelligence) “verileri, algoritmaları ve bilgi işlem gücünü birleştiren teknolojiler topluluğu” ¹⁰ şeklinde genel bir yapay zeka tanımı getirilmiştir. Beyaz Kitap’ta ayrıca, yapay zekaya dayalı ürünlerin davranışlarının büyük ölçüde geliştiricileri tarafından tanımlandığı ve sınırlandığı da belirtilmiştir. ¹¹

Yapay zeka, bir bilgisayarın, bir cep telefonunun ya da bir robotun içinde yüklenmiş olarak bulunabilmektedir. ¹² Yapay zekanın kullanım alanları ise oldukça çeşitlidir. Yapay zeka, sanat, sanayi, sağlık gibi birçok sektörde çeşitli amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılmaktadır.

D. NFT

1. Tanım

NFT, “Non-Fungible Token”, Türkçe’ye “Değiştirilemez/ Gayri misli Jeton/Token” olarak çevrilmektedir. NFT’ler En kısa tanımıyla başka bir eşi daha bulunmayan dijital varlıklardır. Koleksiyoner ürünlerinden sanal ayakkabılara, sanal oyun içeriklerinden dijital mülklere, eşsiz olan birçok dijital varlığı temsil etmektedir. NFT’ler blokzincir teknolojisi

⁷ **Calo, Ryan**, Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap, UCLR, 51, 2017, 404

⁸ **Manning, Christopher**, Artifical Intelligence Definitions, 2020, Erişim Linki ve Tarihi: <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf> , Eylül 2022

⁹ **Copeland, B. Jack**, Artificial Intelligence, 2022, Erişim adresi ve tarihi: <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> Eylül 2022)

¹⁰ **European Commission**: White Paper On Artificial Intelligence-A European approach to excellence and trust. COM, 2020 65 final, 19 February 2020

¹¹ **Yılmaztekin, Kadir Hasan**, Yapay Zekanın Eser Sahipliği, 1. Bası, Ankara, 2021, s. 52 -53

¹² **Bozkurt Yüksel**, D. A. E. YAPAY ZEKÂNIN BULUŞLARININ PATENTLENMESİ . Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi , 11.Say1 , (2018). S. 585-622 . DOI: 10.18771/mdergi.437298

kullanılarak, büyük çoğunlukla Ethereum token standartlarıyla üretilmektedir. Ancak kripto para birimlerinin aksine Ethereum'un ERC-20 standardında değil, ERC-721 ve ERC-1155 standartlarında işlem görmektedirler.¹³

Nisan 2022'de Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığınca Non-Fungible Token karşılığı olarak Türk Dil Kurumu ile de ortak çalışma yapılarak Nitelikli Fikri Tapu teriminin uygun bulunduğu açıklanmıştır. Ancak baş harflerinin aynı olması dışında, bulunan terimin Non-Fungible Token terimini kavramsal olarak karşılamaktan uzak olduğunu not etmek isteriz.

NFT mevcut kripto para birimlerinin blokzincirine bağlıdır ve kripto para birimlerinin blokzincirine kayıtlı bir nevi dijital sertifika olarak düşünülebilmektedir. NFT'lerin esas özelliği ve Türkçe'ye gayri misli olarak çevrilmesinin nedeni, eşsiz olmalarıdır. NFT'leri insanların gözünde değerli kılan ise bu eşsizliktir. Kayıtlı oldukları blokzincir ağı sayesinde NFT'lerin bölünmesi, silinmesi veya değiştirilmesi, dolayısıyla taklit edilmesi mümkün değildir.

Blokzincir tabanlı sistemin kullanılmasının bir diğer sonucu ise, NFT eserin sahibinin, eseri dijital olarak imzalayabilmesidir. Bu dijital imza aynı zamanda eserlerin "otantik" olduğuna dair bir belge niteliğindedir. Yine blokzincir sayesinde NFT eserin sahibi kolayca ve doğrudan tespit edilebilmektedir.

Bir tablonun, heykelin, kitabın, video görüntüsünün, sesin, tweetin, sanal ayakkabının, fotoğrafın NFT'ye dönüştürülmesi mümkündür.

2. NFT'lerin Konu Olduğu Mahkeme Kararlarından Örnekler

a. (Türkiye) İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 2022/4 E. Sayılı dosya: Emrah Karaca - Yiğit Mohaç Yücel (2022)

Dosyada her ne kadar henüz dilekçeler teatisi devam ediyorsa da, verilen ihtiyati tedbir kararı sebebiyle Türkiye'de NFT'lerin mahkemenin kararına konu olduğu ilk karar olması bakımından önem taşımaktadır. Özetle; Sanatçı Cem Karaca'nın oğlu Emrah Karaca tarafından Yiğit Mohaç Yücel'in NFT satış platformu "Open Sea"den Cem Karaca'nın portresinin hukuka

¹³ Bitlo, NFT Nedir?, (Erişim adresi ve tarihi: <https://www.bitlo.com/rehber/nft-nedir> Eylül 2022)

aykırı şekilde NFT formunda kullanıldığının tespiti ve söz konusu kullanımın kaldırılması anlamında ihtiyati tedbir talepli ikame edilen maddi ve manevi tazminat talepli bir davadır. Dosya kapsamında alınan bilirkişi raporu ile murisin (Cem Karaca'nın) dış görünüşünün ticari amaç ile kullanımının FSEK m. 86 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") m. 24 anlamında hukuka aykırılık teşkil ettiği kanaatine ulaşılmıştır. Mahkeme ise alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, bahsi geçen kullanımların kaldırılması ve kararın icrası için Erişim Sağlayıcıları Birliği kanalı ile erişimin engellenmesi anlamında ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Bu karar, Türkiye'de NFT ile ilgili ilk mahkeme kararı olmasının yanı sıra, NFT'lerin ihtiyati tedbire konu olabileceğini de göstermiştir.

b. (Çin) Hangzhou İnternet Mahkemesi: Qice - Big Verse¹⁴

Çin'de NFT konusunda ilk dava olması bakımından önemli olan davada, "Fat Tiger" isimli dijital görsel serisinin uluslararası ve münhasır lisansına sahip olan bir NFT platformu olan Qice, bahsi geçen seriden bir görselin başka bir NFT platformu olan Bigverse'de yer aldığını fark ederek, lisans haklarının internet üzerinden ihlal edildiği iddiası ile davayı açmıştır. Hangzhou İnternet Mahkemesi ise, NFT'nin içeriğinde dijital eserin çoğaltılması, satılması ve yayma haklarının bulunduğunu ve bunların da telif hakkı ile mülkiyet haklarından kaynaklandığını, NFT'nin satın alınmasının telif hakkının eserin orijinal sahibine ait olduğunu değiştirmeyeceğini belirterek davacının yayma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

c. (ABD-New York) Manhattan Federal Mahkemesi: Roc-A-Fella Records, Inc. - Dash¹⁵

Müziyen Damon Dash'in, hakları müzik şirketi Roc-A-Fella Records'a ait olan müzisyen Jay-Z'nin ilk albümünü NFT'ye çevirerek satmak istediğini öğrenen Roc-A-Fella Records, eski ortakları olan Damon Dash aleyhine telif haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Taraflar her ne kadar anlaşarak uyuşmazlığı sonlandırmışlarsa da, mahkeme, albüme ilişkin tüm hakların müzik şirketine ait olduğunu ve onun mülkiyeti altında olduğunu, müzik

¹⁴ Zhang, Justina, The First NFT Legal Case In China, 2022, Erişim Adresi: <http://blog.galalaw.com/post/102ho6c/the-first-nft-legal-case-in-china>
Xia, Summer, Vaccination Of A Tiger: First NFT Litigation In China, 2022, Erişim Adresi: <https://www.mondaq.com/Article/1194028>

¹⁵ Roc-A-Fella Records, Inc. v. Dash, No. 1:2021cv05411 - Document 86 (S.D.N.Y. 2022) - <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2021cv05411/562168/86/>

şirketi tarafından açıkça yetki verilmedikçe albümün NFT'ye çevrilemeyeceğini, dolayısıyla albümü NFT'ye çevirme hakkı olan kişinin aynı zamanda eser üzerindeki mali haklara sahip kişi olduğunu ortaya koymuştur.

II. YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN VÜCUDA GETİRİLEN ESERLERİN NFT'YE ÇEVİRİLMESİ

NFT pazaryerlerinde kişilere ait eserlerin yanı sıra, yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilen eserler de yer almaya başlamıştır. Yapay zeka ise bu eserleri kişilerin özgürce seçtiği kelimeler veya cümlelerin temsil ettiği görselleri bulmakta ve bu görselleri farklı şekillerde birleştirerek tek bir görsel ortaya koymaktadır. Bununla beraber, ikinci bir seçenek de mevcuttur. Kişiler tercih ederler ise yapay zekanın düzenleme yapmasını istedikleri kendi görsellerini de sisteme yükleyebilmektedir. Ancak bu incelemedeki tartışmalar esas olarak, kullanıcıların yükledikleri görseller üzerinden vücuda getirilen eserlere değil, kullanıcıların yapay zekaya yazdıkları komutlar çerçevesinde yapay zekanın komutları temsil eder görselleri birleştirmesi ile vücuda getirilen eserlere dayanmaktadır.

A. Bu Eserlerin Niteliğinin FSEK Kapsamında Belirlenmesi

Eserlerin niteliğinin belirlenmesi noktasında tartışma iki görüşe dayandırılabilir. Bir görüşe göre bu eserlerin, yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilmiş olması ve FSEK anlamında yalnızca kişiler, eser üzerindeki mali ve manevi hakların sahibi olarak kabul edildiğinden, bu dijital eserlerin FSEK anlamında eser olarak korunmayacağı ortaya koyulabilir. İkinci görüş ise, bahsi geçen dijital eserleri vücuda getiren tek başına yapay zeka olmadığından, süreçte yalnızca yapay zekadan istifade edildiğinden ve eserin oluşum sürecinde yapay zeka ile birlikte iki aktör daha bulunduğu, bu aktörlerin ise kullanıcılar ve yapay zekann geliştiricileri olduğundan ve bu diğer iki aktör “kişi” olduğundan, FSEK anlamında bu kişilerin eserden kaynaklanan mali ve manevi haklara sahip olduğuna dayanabilecektir. Biz ise aşağıda detaylandırılacak gerekçeler ile yapay zekadan yalnızca istifade edildiği görüşünü benimseyerek, yapay zeka ile diğer iki aktör tarafından vücuda getirilen eserlerin FSEK anlamında eser korumasından yararlanabilmesi için gereken unsurları inceleyeceğiz.

1. Dijital Eser, Sahibinin Hususiyetini Taşımaktadır

Öncelikli olarak FSEK kapsamında eserlerin mali ve manevi haklarının kime ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Yapay zekanın, eserin mali ve manevi haklarına sahip olup olmayacağı noktasında ise bu hakların yalnızca kişilerin sahip olabileceği haklar niteliğinde olup olmadığı incelenmelidir.

Hayvanların telif hakkının bulunup bulunmadığının tartışıldığı Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesince verilmiş 2018 tarihli *Naruto / PETA v. Slater* kararında, telif hakkına yalnızca kişilerin sahip olduğu ortaya koyulmuştur.

Bahsi geçen davada, fotoğrafçı David Slater maymunların fotoğraflarını çekmek üzere gittiği Endonezya ormanında tripodunu ve üzerinde fotoğraf makinesini bırakıp oradan uzaklaştığında bir maymun, davacı “Naruto” olarak anılmaktadır, kameradan kendi fotoğrafını çekmiş ve fotoğrafçı David Slater ise maymunun kendisini çektiği bu fotoğrafı internette paylaşmıştır. Bunun üzerine, PETA (Hayvanlara Etik Muamele İçin Mücadele Edenler Örgütü), 2015 yılında fotoğrafçı aleyhine bir dava açarak ve maymunun telif haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Temyiz mahkemesi, hayvanların telif hakkı ihlal iddiasında bulunabilmeleri için Telif Hakkı Yasasında açıkça hayvanların telif hakkına sahip olabileceğinin belirtilmiş olması ve her ne kadar hayvanların anayasal bir konumu olsa da telif hakkı ihlali iddiasında bulunabilmeleri için yasal bir zemin bulunmadığını belirterek yerel mahkemenin red kararının onanmasına karar vermiştir.¹⁶

Bu kararın kişi ve hayvan ayırımına dayanarak bir karar vermesinden yola çıkılarak, FSEK incelendiğinde, “Tanımlar” başlıklı 1/B maddesinin b bendinde “eser hakkı sahibi”nin “eseri meydana getiren kişi” olarak tanımlandığı görülmektedir. Dolayısıyla eser hakkı sahibi FSEK’te açıkça “kişi” olarak belirtildiğinden yapay zekanın FSEK’ten doğan mali ve manevi hakların sahibi olmayacağı ve FSEK anlamında hak sahibi olamayacağı ortadadır.

Gerçekten de, 2022 yılında ABD Telif Hakları Ofisi de, Stephan Thaler her ne kadar “A Recent Entrance to Paradise” (Cennete Açılan Yakın Zamanlı Bir Giriş) isimli eserine ilişkin

¹⁶ *Naruto v. Slater*, No. 16-15469 (9th Cir. 2018) <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html>

Naruto v. Slater <https://ipkitten.blogspot.com/2018/04/breaking-9th-circuit-rules-that-naruto.html> - **Rosati, Eleonora**, “Breaking: 9th Circuit Rules That Naruto Has No Standing Under US Copyright Act”, The IPKat, 2018, Erişim Adresi: <https://ipkitten.blogspot.com/2018/04/breaking-9th-circuit-rules-that-naruto.html>

başvurusunda, , eser'in “*bir makinede yer alan bilgisayar algoritması tarafından bağımsız şekilde yaratıldığını*” ve kendisinin “*bilgisayar tarafından yaratılan bu eseri Yaratıcılık Makinesi'nin maliki sıfatıyla ve ivaz karşılığı/sipariş üzerine yaratılan eser olarak [work-for-hire] tescil ettirmeyi amaçladığını*” belirtmişse de başvurunun reddine karar vermiştir. Thaler, başvurusunun reddine karar veren Ofis'in kararının yeniden incelenmesini talep etmiştir. Thaler'ın iddialarını yeniden değerlendiren Ofis, Eser'in “*eser üzerinde telif hakkı talep edilebilmesi için aranan ve eser sahibinin bir insan olması gerektiğine ilişkin kriteri sağlamadığı*” sonucuna bir kez daha varmıştır; nitekim Thaler, “*insan bir eser sahibi tarafından esere yeterli yaratıcı katkı ya da müdahale sağlandığına ilişkin hiçbir kanıt sunamamıştır.*” Thaler kararın yeniden incelenmesi için ikinci kez talepte bulunmuştur. Kurul'a göre, Ofis, “*eser sahibi bir insana ait herhangi bir yaratıcı katkı veya müdahale olmadan*” işleyen “*bir makine veya sadece mekanik süreç tarafından üretilen*” eserleri tescil etmeyecektir çünkü mevzuat uyarınca “*eser, bir insan tarafından yaratılmalıdır*”.¹⁷ Böylece Thaler'in yapay zekanın hak sahibi olarak tanınmasına ilişkin çabası olumsuz sonuçlanmıştır.

Steven Thaler kararına ek olarak, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Fiest Publications v Rural Telephone Service Company Inc. 499 U.S. 340 (1991) ve Naruto v. Slater, No. 16-15469 (9th Cir. 2018) ve Avustralya'daki Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd davalarında da, sadece insanların eser sahibi olabileceği ortaya koyulmuştur. Ek olarak Japonya ve Almanya'da da benzer hukuk kuralları mevcuttur.¹⁸

ABD Telif Haklar Ofisi'nin Steven Thaler'in başvurusuna ilişkin verdiği kararda Thaler'in esere, insan tarafından yaratıcı bir katkı veya müdahale sağlandığına ilişkin kanıt sunulmadığından bahsetmiştir. Ancak, incelememize konu yapay zekadan istifade edilerek eser vücuda getirilmesine imkan sağlayan sistemlerde, yapay zekayı yönlendiren, uygulamaya üye olan ve sonrasında uygulamayı kullanan gerçek kişiler mevcuttur. Bu kişiler, yapay zekaya birleştireceği görsellere konu nesneleri/olayları/ kişileri belirtmektedir. Yapay zeka ise kendisine belirtilen kelimeleri temsil eden görselleri birleştirerek tek bir eser vücuda

¹⁷ **Güner Sunay, Mine**, Makinelerin Hak Sahipliği Mücadelesi Devam Ediyor: ABD Telif Hakları Ofisi, Yapay Zeka Yaratımını Eser Olarak Kabul Etmeme Etkisi İstirarını Sürdürdü – “Steven Thaler-A Recent Entrance To Paradise” Kararı, IPR Gezini, 2022, Erişim Adresi ve tarihi: https://iprgezini.org/tag/yapay-zeka-eser-sahipligi/#_ftnref3, Eylül 2022)

¹⁸ **Yıldırım Köse, Mutlu – Yıldız, Havva**, Gelişen Teknoloji İle Yapay Zekanın Fikri Mülkiyet Haklarına Etkisi, Türkonfed, Erişim Adresi ve Tarihi: <https://turkonfed.org/tr/detail/2307/gelisen-teknoloji-ile-yapay-zekanin-fikri-mulkivet-haklarina-etkisi>, Eylül 2022

getirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla yapay zeka, kişilerin yönlendirmesi ile harekete geçmekte ve bu yönlendirme çerçevesinde görselleri birleştirmektedir.¹⁹

Modern okula dahil hukukçular, yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri ürünler üzerinde gerekli düzenlemeleri yapan gerçek kişilere eser veya hak sahipliği verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Dan Rosen, “programcı”nın eser sahibi olduğunu not etmektedir.²⁰ Programcı, algoritmayı yazmakta; modelleri seçerken ve parametreleri belirlerken yaratıcı tercihlerini ortaya koymakta; verileri seçip tasnif etmekte; işleme başladıktan sonra algoritmayı gözlemleyerek uyarlamak için gerekli olan ilave aşamaları tekrar tekrar kontrol etmektedir.²¹²²

Yapay zekadan istifade edilerek vücuda getirilen eserler, kullanıcıların çerçeve niteliğindeki metinlerinin, cümlelerinin ve kelimelerin yansımasıdır. Kullanıcıların metinleri parçalardan oluşmakta ve bu parçalar ise tamamen kullanıcıların yaratıcılığından ve hayal gücünden oluşmaktadır. Dolayısıyla bu metinler kapsamında yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilen eserler, rastgele seçilmiş ve birleştirilmiş kelimelerden değil, kullanıcıların sınırsız seçim özgürlükleri kapsamında belirledikleri, özgün kelimelerden oluşmaktadır. Kullanıcıların seçim özgürlüğü bu denli sınırsız olmasaydı ve yapay zekadan istifade edilmek suretiyle meydana getirilebilecek eserler sınırlı olsaydı artık eserden söz etmek dahi mümkün olmazdı. Zira seçeneklerin makine tarafından belirlendiği ve makineyi kullanan herkesin aynı sonucu alabileceği durumlarda eserden söz edilemezdi.²³ Dolayısıyla bahsi geçen eserler her ne kadar yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilse de, kullanıcılar tarafından belirlenmiş özgün metinlerin yansıması olup, sahibinin, yani yapay zekayı yönlendiren kullanıcıların hususiyetini taşımaktadır.

¹⁹ **Exmundo, Jex**, The Next Big Thing In NFTs? Artificial Intelligene, nftnow, 2022, Erişim Adresi: <https://nftnow.com/art/the-next-big-thing-in-nfts-artificial-intelligence/>

²⁰ **Rosen Dan**, A Common Law fort the Ages of Intellectual Property, University of Miami Law Review, 38(5), 1984, ss 769-828, s. 804

²¹ **Hedirek, Samantha Fink**, I 'Think', Therefore I Create: Claiming Copyright in the Outputs of Algorithms, NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law, Volume 8, No. 2, 2019, s. 341

²² **Yılmaztekin**, s. 232

²³ **Tekinalp**, age. s. 106

2. Sahibinin Hususiyetini Yansıtacak Düzeyde Şekillenmiştir

Yapay zeka, kullanıcıların yönlendirmeleri kapsamında birleştirdiği kelimeleri tek bir görsel olarak vücuda getirmektedir. Bu görseller ise yukarıda detaylıca incelendiği üzere, yapay zekanın rastgele birleştirdiği görsellerden değil, kullanıcının seçtiği kelimeleri temsil eden görsellerden oluştuğundan, neticede ortaya tek bir görsel çıktığından ve görsel açıkça duyu organları ile algılanabildiğinden bahsi geçen eserler, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmektedir.

3. FSEK’de Öngörülen Eser Türlerinden Birine Dahildir

Bahsi geçen eserlerin şimdilik yalnızca dijital görseller olarak vücuda getirildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, bahsi geçen eserler, FSEK m. 4’te yer alan güzel sanat eserleri türüne dahil olarak değerlendirilmelidir.

4. Fikri Çabanın Ürünüdür

Yukarıda detaylıca incelendiği üzere, bahsi geçen eserler yapay zekanın kendiliğinden vücuda getirdiği eserler olmayıp, kullanıcıların fikri üretimde bulunarak, yaratıcılıklarını kullanarak belirledikleri metinler üzerinden oluşturulmaktadır. Söz konusu eserlere kişilerin müdahalesi olduğu açıkça ortadadır. Bu nedenle bahsi geçen ürünler, yapay zekaya komutlar veren kişiler ile en başta yapay zekayı geliştiren kişilerin fikri çabasının ürünüdür.

B. Bu Eserlerin FSEK’ten Kaynaklanan Mali ve Manevi Haklarının Sahipliği

FSEK m. 13’te fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi haklarının sahipliğinin FSEK dairesinde himaye göreceği belirtilmiştir. FSEK m. 8/ 1’de ise bir eserin sahibi onu meydana getiren olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber, FSEK m. 10’da ise *birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir*, denmektedir.

Yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilen dijital eserler ayrılmaz bir bütün teşkil ettiğinden, birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen bir eser olduğu düşünülebilecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, FSEK anlamında yalnızca kişiler hak sahibi olabilmektedir. Bu anlamda, yapay zekanın kişi olmaması nedeniyle FSEK’ten kaynaklanan mali ve manevi hakların sahibi olamayacağı ortadadır.

ABD Hukuku açısından değerlendirme yapan Pamela Samuelson’a göre, yapay zekadan istifade edilerek vücuda getirilen eserlerde, eser sahibi “programın kullanıcısı olması gerekmektedir.”²⁴Caen A. Dennis ise tasarım alanındaki yapay zeka destekli yaratımlarda, “yapay zeka cihazını satın alan” kullanıcıların yani moda evleri ve bağımsız tasarımcıların eser sahibi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁵Bu görüşe göre yapay zeka, kullanıcılar tarafından eserler meydana getirilirken istifade edilen aletler olarak kabul edilmektedir.²⁶

Yapay zeka ile kullanıcıların yanında bir de yapay zekanın geliştiricileri, yani üçüncü bir aktör daha bulunmaktadır. Sistemdeki üçüncü aktör ise gerçek veya tüzel kişi olacağından, bu eserlerin mali ve manevi hakları bakımından FSEK m. 10 anlamında kullanıcılar ile birlik oluşturabilecektir.

C. Bu Görsellerin NFT’ye Çevrilmesi

NFT üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkı, dijital sanat eseri üzerindeki mülkiyet hakkının da zilyede ait olduğunu ortaya koymamaktadır. NFT üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmak yalnızca sanat eserini işaret eden, blokzincire bağlı kodun mülkiyetine sahip olmayı ifade etmektedir.²⁷

Yukarıda incelenen mahkeme kararları ile de ortaya koyulduğu üzere, bir eserin NFTye çevrilmesi için eserin mali ve manevi haklarına sahip olunması gerekmektedir. Her ne kadar, FSEK’te NFTler ile ilgili bir düzenleme bulunmasa da, İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, Cem Karaca’nın portresinin NFT’ye çevrildiği uyuşmazlıkta, Cem Karaca’nın varisinin izinsiz kullanım talepleri doğrultusunda tespit ve tedbir talebinin kabulüne karar vermiştir.

Yapay zeka, yapay zekanın geliştiricileri ve kullanıcılardan oluşan üçlü aktörlerin bir arada vücuda getirdiği eserler bakımından ise, yukarıda incelendiği üzere, her ne kadar son aşamada kullanıcıların belirttiği çerçeve metinler kapsamında eseri son haline getiren yapay

²⁴ **Samuelson, Pamela**, Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, University of Pittsburg Law Review, 47, 1985-86, 1208

²⁵ **Dennis, Caen A.**, AI Generated Fashion Designs: Who or What Owns the Goods?, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 30(2), 2020, 593-644

²⁶ **Samuelson**, 1209

²⁷ **Altınok, Arda**, Gayri Misli Kripto Varlıklara (NFT-Non-Fungible Tokens) İlişkin Telif Hakkı Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 161, 2022, ss. 253-275. Türkiye Barolar Birliği

zeka ise de, eserden kaynaklanan mali ve manevi hakların kullanıcılar ile yapay zekanın geliştiricilerine ait olduğu sonucuna varılmıştır. Mali hakların kullanımı ise iki aktör arasındaki kullanım sözleşmesine ve içerik politikalarına göre belirlenecektir. Kullanım sözleşmeleri ve politikalar incelendiğinde, genel olarak, dijital eserlerin sahibinin yapay zekanın geliştiricileri/ kullanıcılar yapay zekayı kullanma imkanı sunan internet sitelerinin sahipleri olduğu, ancak kullanıcılar dijital eserlerin çoğaltma ve temsil hakkının münhasıran tanındığı, ancak manevi hakların geliştiricilere ait olduğunun öngörüldüğü görülmektedir. Ayrıca geliştiriciler, dijital eserlerin kendileri tarafından satılmayacağına ve herhangi bir telif hakkı iddiasında bulunmayacaklarına dair taahhüt vermektedir. Dolayısıyla, telif hakkı ile ilgili konuların sözleşmeler ile çözümlenmeye çalıştığı görülmektedir.^{28 29}

Sözleşmeler hukuku bir kenara bırakıldığında, bahsi geçen dijital eserleri NFTye çevirme hakkının da kişi olmaları nedeniyle eserden kaynaklanan mali ve manevi haklara sahip olan yapay zekanın geliştiricisi olan kişiler ile yapay zekaya direktifler vererek çerçeveyi oluşturan kullanıcılarda olduğu kabul edilmelidir.

SONUÇ

Her ne kadar NFT'leri konu alan ve NFT'lerin niteliğinin tartışıldığı nihai karar niteliğinde, ülkemizde istinaf ve temyiz aşamaları da geçilerek veya bu kanun yollarına başvurulmaksızın kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmasa da, bir eserin NFT'ye çevrilmesi için kişinin FSEK anlamında mali ve manevi hakların sahibi olması gerektiği anlaşılmaktadır. Yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilen eserler bakımından ise, yapay zeka, eserin vücuda gelmesinde tek aktör değildir. Dijital eserin vücuda gelmesinde etkili olan üç aktör bulunmakta ve yapay zeka dışındaki aktörlerin, kişi olmaları nedeniyle FSEK anlamında mali ve manevi haklara sahip olduklarının kabulü uygun görülmektedir.

Sonuç olarak, yapay zekadan istifade edilmek suretiyle vücuda getirilmiş olan dijital eserler üzerindeki mali ve manevi hakların sahibi yapay zekanın geliştiricisi olan kişiler ile yapay zekaya verdiği direktifler ile eserin çerçevesini hazırlayan kullanıcılar olduğu kanaatindeyiz. Bu dijital eserlerin hukuka uygun şekilde NFT'ye çevrilmesi ise FSEK

²⁸ Guadamuz, Andres, Dall-E Goes Commercial, But What About Copyright?, TechnoLlama, 2022, Erişim Adresi: <https://www.technollama.co.uk/dall%C2%B7e-goes-commercial-but-what-about-copyright>

²⁹ Ellison, Steven, "Who Owns DALL-E Images?", FindLaw, 2022, Erişim Adresi: <https://www.findlaw.com/legalblogs/legally-weird/who-owns-dall-e-images/>

anlamında hak sahibi olan kişiler veya bu kişiler tarafından yetkilendirilmiş kişilerce mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- Altınok, Arda**, Gayri Misli Kripto Varlıklara (NFT-Non-Fungible Tokens) İlişkin Telif Hakkı Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 161, 2022, s. 253-275.
- Bitlo**, NFT Nedir?, Erişim adresi ve tarihi: <https://www.bitlo.com/rehber/nft-nedir> Eylül 2022.
- Bozkurt Yüksel, D. A. E.** Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 11. Sayı, (2018). s. 585-622.
- Calo, Ryan**, Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap, UCLR, 51, 2017, 404.
- Copeland, B. Jack**, Artificial Intelligence, 2022, Erişim adresi ve tarihi: <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> Eylül 2022.
- Çarkacıoğlu, Abdurrahman**, Kripto-Para Bitcoin, Araştırma Raporu, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi, Aralık, 2016, s. 15-42.
- Dennis, Caen A.**, AI Generated Fashion Designs: Who or What Owns the Goods?, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 30(2), 2020, 593-644.
- Ellison, Steven**, “Who Owns DALL-E Images?”, FindLaw, 2022, Erişim Adresi: <https://www.findlaw.com/legalblogs/legally-weird/who-owns-dall-e-images/>
- European Commission**: White Paper On Artificial Intelligence-A European approach to excellence and trust. COM, 2020 65 final, 19 February 2020.
- Exmundo, Jex**, The Next Big Thing In NFTs? Artificial Intelligene, nftnow, 2022, Erişim Adresi: <https://nftnow.com/art/the-next-big-thing-in-nfts-artificial-intelligence/>
- Guadamuz, Andres**, Dall-E Goes Commercial, But What About Copyright?, TechnoLlama, 2022, Erişim Adresi ve Tarihi: <https://www.technollama.co.uk/dall%C2%B7e-goes-commercial-but-what-about-copyright> Eylül 2022.
- Güner Sunay, Mine**, Makinelerin Hak Sahipliği Mücadelesi Devam Ediyor: ABD Telif Hakları Ofisi, Yapay Zeka Yaratımını Eser Olarak Kabul Etmemekteki İstirarını Sürdürdü – “Steven Thaler-A Recent Entrance To Paradise” Kararı, IPR Gezgini, 2022,

Erişim Adresi ve tarihi: https://iprgezgini.org/tag/yapay-zeka-eser-sahipligi/#_ftnref3, Eylül 2022.

Hedirck, Samantha Fink, I 'Think', Therefore I Create: Claiming Copyright in the Outputs of Algorithms, NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law, Volume 8, No. 2, 2019, s. 341.

Manning, Christopher, Artificial Intelligence Definitions, 2020, Erişim Adresi ve Tarihi: <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf>, Eylül 2022

Naruto v. Slater Davası, No. 16-15469 (9th Cir. 2018) <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html>

Roc-A-Fella Records, Inc. v. Dash, No. 1:2021cv05411 - Document 86 (S.D.N.Y. 2022) - <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2021cv05411/562168/86/>

Rosati, Eleonora, “Breaking: 9th Circuit Rules That Naruto Has No Standing Under US Copyright Act”, The IPKat, 2018, Erişim Adresi: <https://ipkitten.blogspot.com/2018/04/breaking-9th-circuit-rules-that-naruto.html>

Rosen Dan, A Common Law fort the Ages of Intellectual Property, University of Miami Law Review, 38(5), 1984, ss 769-828, s. 804.

Samuelson, Pamela, Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, University of Pittsburg Law Review, 47, 1985-86, 1208-1209.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2005, s. 97.

Üzer, Betül, Sanal Para Birimleri, Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Eylül 2017, s. 24, 25.

Werbach, Kevin, Blokzinciri ve Yeni Güven Mimarisi, İstanbul, 2021, s. 20-28.

Xia, Summer, Vaccination Of A Tiger: First NFT Litigation In China, 2022, Erişim Adresi: <https://www.mondaq.com/Article/1194028>

Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013.

Yıldırım Köse, Mutlu / Yıldız, Havva, Gelişen Teknoloji İle Yapay Zekanın Fikri Mülkiyet Haklarına Etkisi, Türkonfed, Erişim Adresi ve Tarihi: <https://turkonfed.org/tr/detail/2307/gelisen-teknoloji-ile-yapay-zekanin-fikri-mulkiyet-haklarina-etkisi> , Eylül 2022

Yılmaztekin, Hasan Kadir, Yapay Zekanın Eser Sahipliği, 1. Bası, Ankara, 2021, s. 52-232.

Zhang, Justina, The First NFT Legal Case In China, 2022, Erişim Adresi: <http://blog.galalaw.com/post/102ho6c/the-first-nft-legal-case-in-china>