

T.C.
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA
TAZMİNAT DAVALARI**

Yüksek Lisans Tezi

EDA CANDAN

İstanbul, 2013

T.C.
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA
TAZMİNAT DAVALARI**

Yüksek Lisans Tezi

EDA CANDAN

Danışman: YRD. DOÇ. DR. ÖZGE UZUN KAZMACI

İstanbul, 2013

GENEL BİLGİLER

Ad ve Soyadı: Eda Candan

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Özge Uzun Kazmacı

Tez Türü ve Tarihi: Yüksek Lisans – Ocak 2013

Anahtar Kelimeler: Fikri Mülkiyet, Fikri Hukukta Tazminat Davaları, Mali Haklar, Manevi Haklar, Mali Hakların İhlalinde Tecavüzün Ref'i, Kazancın iadesi Davası.

ÖZET

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA TAZMİNAT DAVALARI

“Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Tazminat Davaları” 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 70. maddede düzenlenmiştir.

Bu tez çalışmasında, tazminat hukukunun temeli olan haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu anlamında haksız fiil, zarar ve tazminat kavramlarına değinilmiştir. Bir eseri meydana getiren kişi eser sahibi sıfatıyla hukukun kendisine tanıdığı bazı malî ve manevî nitelikte haklara sahip olmaktadır. Tez içerisinde manevi ve mali haklar ile bunların nitelik ve içerikleri manevi ve maddi tazminat davalarının konuları içinde irdelenmiştir. Çünkü fikri hukuk açısından tazminat sorumluluğu, eser sahibinin manevi veya mali hakkının ihlal edilmesi durumunda doğar. Bunun yanı sıra, mali hakların ihlali halinde açılacak tecavüzün ref'i davasından söz edilmiştir. Daha sonra ise manevi ve mali hak ihlalleri halinde açılacak kazancın iadesi davası açıklanmıştır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Eda Candan

Field: Law

Programme: Private Law

Supervisor: Assistant Professor Özge Uzun Kazmacı

Degree Awarded and Date: Master – January 2013

Keywords : Copyright, Lawsuits of Damages Within Intellectual Property Law, Economic Rights, Moral Rights, The Annihilation of The Infringement In Case A Violation of Economic Rights, The Lawsuit of The Refund of The Earnings.

ABSTRACT

LAWSUITS OF DAMAGES WHICH CAN BE BROUGHT BEFORE THE COURT IN ACCORDANCE WITH THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

“Lawsuits Of Damages Which Can Be Brought Before The Court In Accordance With The Law On Intellectual And Artistic Works” are regulated article 70 of the Law on Intellectual and Artistic Works by numbered 5846.

In this study, damage and damages within the scope of Law on Obligations Regulating the Liability of tort which is the basis of the law of damages are mentioned. A person who creates a work, as an author, holds economic and moral rights that are entitled by the law. In study, the moral and economic rights and the quality and contents of these are studied, in the subject of non-pecuniary and pecuniary damages. Forasmuch as the liability of damages in terms of intellectual property law arises provided that a moral or economic right of the owner of the work is violated. Additionally, the lawsuit of annihilation of infringement which can be brought before the court when there is a violation of economic rights are mentioned. Then the lawsuit of the refund of the earnings that can be brought before the court in case of violations of moral and economic rights are explained.

ÖNSÖZ

Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı çerçevesinde hazırlanan bu yüksek lisans çalışması 03.01.2013 tarihinde **Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA**, **Yrd. Doç. Dr. Özge Uzun KAZMACI** ve **Yrd. Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU**'ndan oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Öncelikle, tez danışmanlığımı üstlenen ve bu çalışmada emeği geçen değerli hocam **Yrd. Doç. Dr. Özge Uzun KAZMACI** 'ya yardımları için en içten teşekkürlerimi sunarım. Hem derslerimizde hem de bu tez çalışmasının konusunun ve içeriğinin belirlenmesinde yer alan görüşleri ve önerileri için değerli hocam **Prof. Dr. Tekin MEMİŞ**'e; bize fikrî hukuku sevdiren ve çok şey öğreten, gerek tez çalışması gerekse tez savunması sırasında sunduğu sonsuz katkı ve yapıcı eleştirileri için değerli hocam **Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA**'ya; tez savunmasında sunduğu yapıcı eleştiri, öneri ve katkıları için değerli hocam **Yrd. Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU**'na sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, bu tez çalışması sırasında desteğini hiç esirgemeyen aileme ve arkadaşlarıma bu vesileyle en içten teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul, 2013

Eda CANDAN

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MANEVİ ZARAR KAVRAMI VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

I. MANEVİ ZARAR KAVRAMI.....	3
A. Genel Olarak	3
B. TBK m. 58 ve FSEK m. 70'in Birlikte Değerlendirilmesi	4
1. TBK m. 58 Açısından Manevi Zarar.....	4
2. FSEK m. 70 Açısından Manevi Zarar	5
II. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI.....	7
A. Manevi Tazminat Davasının Konusu	7
1. Genel Olarak.....	7
2. Manevi Haklar.....	7
a. Eseri Kamuya Sunma Yetkisi.....	10
b. Eserde Adın Belirtilmesi Yetkisi	13
c. Eserde Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Yetkisi	15
d. Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları.....	17
B. Manevi Tazminat Davasının Koşulları	19
1. Genel Olarak.....	19
2. Hukuka Aykırılık Koşulu	20
3. Manevi Zarar.....	21
4. İliyet Bağı	22
5. Kusur	22
a. Genel Olarak Kusur Sorumluluğu.....	22

b. Kusursuz Sorumluluk.....	23
c. Değişiklik Öncesi ve Sonrası Durum.....	25
C. Manevi Tazminat Davasının Tarafları.....	26
1. Davacılar.....	26
2. Davalılar.....	34
III. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ.....	35
A. Tazminatın Belirlenmesinde Hâkimin Dikkat Edeceği Hususlar.....	35
B. Tazminatın Belirlenmesinde Bilirkişilik.....	38
IV. MANEVİ TAZMİNATIN GİDERİM USULLERİ.....	39
A. Para ile Giderim.....	39
B. Diğer Giderim Usulleri.....	39
V. ZAMANAŞIMI.....	40
VI. ESERDEN DOĞAN MANEVİ HAK İHLALLERİ İLE KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNİN TAZMİNİ.....	40
A. Eserden Doğan Manevi Hakların Kişilik Hakkından Farkı.....	40
B. Kişilik Hakkından Doğan Manevi Tazminat Davası.....	41
C. Eserden Doğan Manevi Tazminat ile Kişilik Hakkının İhlali Halindeki Manevi Tazminat Arasındaki İlişki.....	42
VII. MALİ HAKLARIN İHLALİ HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ ZARAR KAVRAMI VE MADDİ TAZMİNAT DAVASI

I. MADDİ ZARAR KAVRAMI.....	47
A. Genel Olarak.....	47
B. FSEK’te Maddi Zarar.....	50
II. MADDİ TAZMİNAT DAVASI.....	51
A. Maddi Tazminat Davasının Konusu.....	51
1. İşleme Hakkı.....	52
2. Çoğaltma Hakkı.....	54
3. Yayma Hakkı.....	56
4. Temsil Hakkı.....	57
5. İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı..	59

6. Pay ve Takip Hakkı.....	60
B. Maddi Tazminat Davasının Koşulları.....	61
1. Genel Olarak.....	61
2. Hukuka Aykırılık.....	62
3. Maddi Zarar.....	63
4. İliyet Bağı.....	64
5. Kusur.....	64
C. Maddi Tazminat Davasının Tarafları.....	65
1. Davacılar.....	65
2. Davalılar.....	69
III. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ.....	70
IV. ZAMANAŞIMI.....	71
V. FSEK M. 68'DEKİ TECAVÜZÜN REF'İ DAVASI İLE M.70/2'DEKİ MADDİ TAZMİNAT DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	71
A. FSEK m. 68'deki Tecavüzün Ref'i Davası.....	71
1. Davanın Açılabilme Koşulları.....	71
2. 5728 Sayılı Kanun ile FSEK m. 68'de Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri...75	
3. Davanın Tarafları.....	78
4. FSEK m.68'deki Üç Kat Bedel Talebinin Hukuki Niteliği.....	80
B. FSEK m. 68 'deki Üç Kat Bedel ile m.70/2'deki Maddi Tazminat Arasındaki İlişki.....	82
1. Talepler Arasındaki Farklar.....	82
2. Taleplerin Birlikte İstenebilmesi.....	83
VI. MANEVİ HAKLARIN İHLALİ HALİNDE MADDİ TAZMİNAT DAVASI ..85	

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAZANCIN İADESİ DAVASI İLE ZARARIN TAZMİNİ

I. GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRME.....	88
A. Genel Olarak Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme.....	88
B. FSEK'te Düzenlenen Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme.....	90
II. KAZANCIN İADESİ DAVASI.....	91
A. Kazancın İadesi Davasının Konusu.....	91
B. Kazancın İadesi Davasının Koşulları.....	93

1. Objektif Koşul.....	93
2. Subjektif Koşul	94
C. Davanın Tarafları.....	95
III. ZAMANAŞIMI	96
IV. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI İLE KAZANCIN İADESİ DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	97
V. MADDİ TAZMİNAT DAVASI İLE KAZANCIN İADESİ DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	98
VI. FSEK m. 68'DEKİ BEDEL TALEBİ İLE m. 70/3'TEKİ KAZANCIN İADESİ TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ	99
A. Taleplerin Niteliği ve Aralarındaki İlişki.....	100
B. Taleplerin Birlikte İstenmesi.....	100
SONUÇ	103
KAYNAKÇA	111

KISALTMALAR

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Eski BK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
dzl.	: Düzenleyen
Ed.	: Editör
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHD	: Fikri Sınai Haklar Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
m.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
S.B.E.	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBKT	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
YHD	: Yargıtay Hukuk Dergisi
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda hak sahiplerine tanınan mali ve manevi haklara yönelik saldırılarda, hakları haleldar olan kişiler, bu haklara tecavüz edenlere karşı tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davalarını açabilmektedirler. Söz konusu hukuki yollar içinde çalışmamızın konusunu "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Tazminat Davaları" oluşturmaktadır. Ancak tüm bunların dışında, kanunda sayılan ceza davaları da mevcuttur.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 70. maddesi, tazminat davalarını düzenlemektedir. Ancak kanunun farklı maddelerinde de tazmin içerikli hükümler bulunduğundan (FSEK m. 68 gibi), incelememizde bu hükümlere de değinilmiştir. Bunun dışında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 70. maddesi Türk Borçlar Kanununda bulunan genel hükümlere atıfta bulunduğu için, incelememiz Türk Borçlar Kanunu hükümleri ve bu hükümlerde aranan koşulları da ihtiva etmektedir.

Çalışmamızda genel bir tekrardan kaçınmak ve konuyu daha fazla inceleyebilmek adına; eser kavramı ve eser türleri üzerinde durulmamış, eserden doğan mali ve manevi haklar ise davaların konuları içerisinde kısaca anlatılmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 70/1 hükmü "Manevi Tazminat Davası"nı düzenlemektedir. Buna paralel olarak çalışmamızın birinci bölümünde, "Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Tazminat Davası"na değinilmiş, madde içerisinde genel hükümlere atıf bulunduğu için, Türk Borçlar Kanunu hükümleri de incelenerek, manevi tazminat davasının konusunu oluşturan ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan manevi haklar, manevi tazminat davasının açılma koşulları, davanın tarafları, tazminatın belirlenmesi ve giderim usulleri ile zamanaşımı gibi genel incelemeler yapılmıştır. Bunun dışında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan manevi tazminat davasının benzer tazmin yöntemleri ile aralarındaki ilişki incelenmiş, birlikte talep edilebilirlikleri değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde, yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu düzenlemesine paralel olarak “Maddi Zarar Kavramı ve Maddi Tazminat Davası” başlığı incelenmiş, madde içerisinde genel hükümlere atıf bulunduğu için, Türk Borçlar Kanunu hükümleri de incelenerek, maddi tazminat davasının konusunu oluşturan ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda sayılan mali haklar, maddi tazminat davasının açılma koşulları, davanın tarafları, tazminatın belirlenmesi ile zamanaşımı gibi genel incelemeler yapılmıştır. Bunun dışında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan maddi tazminat davasının benzer tazmin yöntemleri ile aralarındaki ilişki incelenmiş, birlikte talep edilebilirlikleri değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 70/3 hükmünde yer alan “Kazancın İadesi Davası”, kaynağını aldığı “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Dayanan Talepler” kurumu ile birlikte incelenmiş; davanın konusu, koşulları, tarafları ile birlikte maddi ve manevi tazminat davaları ile arasındaki ilişki irdelenmiş, birlikte talep edilebilirlikleri değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MANEVİ ZARAR KAVRAMI VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

I. MANEVİ ZARAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Zarar, sorumluluk hukukunun konusunu oluşturur ve bir kişinin malvarlığında aktifin azalması, pasifin artması yahut mahrum kalınan kâr şekillerinde ortaya çıkabilen, kişinin rızası dışında meydana gelen azalma olarak ifade edilebilir¹. Geniş anlamıyla zarar kavramı, bir kişinin sadece malvarlığında değil şahısvarlığında kendi iradesi dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır². Bu tanım, içinde maddi zarar ve manevi zarar kavramlarını barındırmaktadır. Zarar, Türk Borçlar Kanunu m. 49'da haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından biri olarak yer almakta, ancak kanunda herhangi bir tanımlaması yer almamaktadır.

Manevi zarar, bir kimsenin şahsiyetine yapılan tecavüz nedeniyle duyduğu elem, ıstırap ve kederdir³. Fakat manevi zarar olarak ortaya çıkan bu elem ve ıstırapların mutlaka maddi olmayan bir şeye karşı yöneltilmiş, haksız bir tecavüzün sonucu ortaya çıkması gerekmez. Aynı zamanda şahısvarlığını temsil eden maddi şeylerin zarara uğratılmasından da ileri gelebilir. Bir haksız fiil neticesinde kişi manevi bir zarara uğramış ise, bu zararın tazminini, şartların oluşması halinde, manevi tazminat davası ile sağlayabilir.

¹ **Kemal Oğuzman/ Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012, s. 38.

² **Haluk Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku (Kısaltma: Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 63.

³ **Oğuzman/Öz**, s. 39. Manevi zarar, manevi zararı açıklayan subjektif ve objektif teoriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Fulya Erlüle**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğü İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011, s. 44 vd.; **Pınar Çetin**, Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi S.B.E., 2007.), s. 8-14

Manevi tazminata ilişkin genel ve özel düzenlemeler hukuk düzenimizde yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu m. 24 ile TBK m. 58⁴ bu konudaki genel hükümleri ihtiva etmektedir. Manevi tazminat konusunda asıl çerçeveyi TBK m. 58 hükmü çizmekte TMK m. 24 ise, bu hükme bazı sınırlamalar getirmektedir. Ancak manevi tazminat konusunda genel hüküm olarak TBK m.58, hukuk düzenimizde yer almaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 70. maddesinde ise, “*Tazminat Davası*” başlığı altında üç ayrı talepten bahsedilmiştir. Bunlardan ilki manevi tazminat talebidir. FSEK m. 70/1 hükmü, “*manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir.*” şeklindedir. Kanun tarafından eser sahibine tanınan, manevi haklardan herhangi birinin tecavüze uğraması halinde, manevi tazminat istemi ile dava açılacaktır.

B. TBK m. 58 ve FSEK m. 70’in Birlikte Değerlendirilmesi

1. TBK m. 58 Açısından Manevi Zarar

TBK m. 58, “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*” hükmünü amirdir.

Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı, herkese karşı ileri sürülebilen şahsın kendi varlığı üzerindeki mutlak haklardandır. İnsanın insan olması nedeniyle sahip olduğu, anayasal temeli bulunan haklardandır. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin başlıcaları olarak, kişinin hayatı, fizik ve ruhsal bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, kişisel veya aile gizliliği, kişinin resmi üzerindeki hakkı sayılabilir⁵. Sayılan bu değerlere ilişkin bir tecavüz fiili neticesinde, kişinin manevi zararı söz konusu olabilir, ancak bu durum sadece manevi zarara sebep olacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

⁴ 818 Sayılı eski Borçlar Kanunu m. 49 hükmü, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununu m. 58’de “*Kişilik Hakkının Zedelenmesi*” başlığı altında kısmen karşılığını bulmaktadır. Madde metni “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.*” şeklindedir.

⁵ **Mustafa Dural/ Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 98-136; **Safa Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 225; **Serap Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001, s. 41 vd.

Kişinin bu saldırı neticesinde maddi zararları da doğabilir. Burada manevi zarar kavramı yukarıda da değinildiği üzere, kişinin kişilik hakkına yapılan haksız saldırı sonucunda duymuş olduğu derin elem, keder ve ıstırap olarak karşımıza çıkar ve kişinin parayla ölçülemeyen şahısvarlığında meydana gelen eksilmedir. TBK. m. 58 hükmü de kişilik hakkının hukuka aykırı bir şekilde ihlali halinde kişinin elem ve ıstırap duyması nedeniyle uğradığı bu eksilmeyi gidermek düşüncesi ile hareket edip, manevi zararın tazminini düzenlemektedir.

2. FSEK m. 70 Açısından Manevi Zarar

FSEK m. 70/1 hükmü, “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.*” şeklindedir.

Hükmün bir haksız fiil sorumluluğu düzenlediği açıktır. Ancak TBK m. 58 hükmü ile aralarındaki ilişki doktrinde tartışmalıdır. Söz konusu hükmün aslında TBK m. 58’in bir tekrarı niteliğinde olduğunu, aradaki tek farkın TBK m. 58 “*kişilik hakkı*”nın zedelenmesini konu alırken, FSEK m. 70/1 hükmünün, “*manevi haklar*”ın ihlal edilmesini konu alması olduğunu⁶ ve FSEK m. 70/1’in TBK m. 58’in özel bir düzenleme şekli olduğunu savunan⁷ yazarlar olduğu gibi, manevi haklarda eser sahibinin kişiliğini ilgilendiren yönlerin olduğunu kabul etmekle birlikte, FSEK m. 70’de yer alan manevi tazminat talebinin, kişilik hakkının ihlalden bağımsız olarak hükme bağlandığından hareketle, TBK m. 58 hükmünün FSEK m. 70 hükmünü tamamlayan ya da onun yerine ikame edilebilecek bir hüküm olmadığını⁸, FSEK’te yer alan manevi tazminatın fikri hukuktaki manevi haklara tecavüzü konu aldığını⁹ savunan yazarlar da bulunmaktadır. Kanaatimizce FSEK m. 70 hükmü her ne kadar haksız fiil sorumluluğunu düzenlese de TBK m. 58 hükmünden bağımsız bir hükümdür. Hükümler arasındaki ilişki haksız fiil düzenlemesinden kaynaklanmakta ve bu açıdan özel-genel

⁶ Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 262.

⁷ Ahmet Kılıçoğlu, “5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini” (Kısaltma:5846 Değişikliği), FMR 2001, C. I, S. 3, s. 28.

⁸ Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, s. 305.

⁹ Levent Akın, “Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s. 141.

hüküm uygulaması bulunmaktadır. Her iki hükümde korunan menfaatler farklı olduğu için, hükümler birbirinden bağımsızdır. Zira aşağıda değinileceği gibi, her iki hüküm birlikte talep edilebilir ve aralarında bir yarışma yoktur¹⁰.

FSEK eser sahibine birtakım mali ve manevi haklar bahşetmiştir. Bu haklar eserin yaratılması ile doğar ve herkese karşı ileri sürülebilen gayri maddi mutlak haklardandır¹¹. Eser sahibine tanınan manevi haklar, FSEK m. 14-17 arasında yer alır ve eser sahibinin eseri ile arasındaki manevi ilişkiden kaynaklanır. Bu aradaki bağın, korunması amacıyla hak sahibine yetki tanıyan bu haklar, aslında eser sahibinin kişiliğine bağlı olan ve fakat kişilik hakkı kapsamında yer almayan haklardır¹². Bu nedenle, eser sahibinin manevi haklarının tecavüze uğraması, aynı zamanda kişilik hakkına da tecavüz niteliği taşıyorsa, FSEK'ten kaynaklanan manevi tazminat davasının yanı sıra TBK'dan doğan manevi tazminat davası da açılabilir. Çünkü FSEK'te düzenlenen manevi haklara ilişkin hükümler ile TMK ve TBK'da düzenlenen kişilik hakkına ilişkin hükümler farklı menfaatleri düzenlemekte ve korumaktadırlar¹³.

FSEK kapsamında manevi hakların ihlali halinde, eser sahibinin manevi tazminat davası açabilmesi için, eser sahibine bahşedilen manevi haklardan bir tanesinin ihlali neticesinde bir manevi zarara uğraması yeterlidir.

TBK m. 58 ile korunan kişilik hakkı, şahısvarlığı hakları içinde olduğu halde FSEK m. 70/1'de belirtilen manevi haklar, gayri maddi malvarlığı hakları içindedir. Bu açıklamalar neticesinde, FSEK m. 70/1 hükmü ile TBK m. 58 hükmü farklı manevi zararları düzenlemektedirler. Zira korudukları menfaatler ve düzenlenme konuları birbirinden farklıdır.

¹⁰ Bkz. aşağıda, VI. Eserden Doğan Manevi Hak İhlalleri ile Kişilik Hakkı İhlallerinin Tazmini

¹¹ **Ayiter**, s. 112; **Rona Serozan**, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”(Kısaltma: Mülkiyet Hakkı), Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s. 246; **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2012, s. 151; **Erel**, s. 25; **K. Emre Gökyayla**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi(Kısaltma: Telif), 2. Bası, Ankara 2001, s. 142, **Mustafa Ateş**, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”(Kısaltma: Alenileşme), BATİDER, C. XXIII, S. 3, Ankara 2006/VII, s. 245; **Sami Karahan/ Cahit Suluk/ Tahir Saraç/ Temel Nal**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2011, s. 80; **Mustafa Aksu**, “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 121.

¹² **Ioannis Kikkis**, “Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Manevi Hakkının Geleceği”, Çev. İbrahim Kelağa Ahmet, Legal FSHD, S.12, C. 3 2007, s. 953-954.

¹³ **Ayiter**, s. 114; **Erel**, s. 347.

II. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

A. Manevi Tazminat Davasının Konusu

1. Genel Olarak

Manevi tazminat ile zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme telafî edilir¹⁴. Manevi tazminat davası FSEK’te özel olarak düzenlenmiştir. Eser sahibinin FSEK’te belirtilen manevi haklarına yönelik herhangi bir hukuka aykırı saldırı gerçekleştiğinde, eser sahibi ve ilgili hak sahiplerine tanınan hak ve dava imkanlarından biri manevi tazminat davasıdır. Manevi tazminat davası, tecavüzün ref’i, tecavüzün men’i, maddi tazminat davası ve kazancın iadesi gibi hukukî yaptırımlardandır ve hakka yönelik tecavüzler bunlar dışında cezai yaptırımlara da tâbidirler. Tecavüzün ref’i ve men’i davaları fikri hakların ihlalden doğan hukuka aykırı sonuçları bertaraf etmek veya bu ihlale mani olmak amacıyla açıldıkları halde, tazminat davaları eser sahibinin malvarlığında veya manevi haklarında uğradığı zararın giderilmesi amacıyla açılır. Bu sebeple diğer davaların açılmış olması tazminat davasına engel teşkil etmez ve uygulamada bu davalar genelde birlikte açılmaktadır¹⁵.

2. Manevi Haklar

Eser sahibinin manevi hakları, FSEK’in üçüncü bölümünde “Manevi Haklar” başlığı altında m. 14-17 arasında sayılmış ve eseri kamuoyuna sunma yetkisi, eserde adın belirtilmesi yetkisi, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama ve eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları biçiminde sıralanmıştır. Kanunda bu haklar sınırlandırıcı bir şekilde sayılmıştır. Fakat bu husus doktrinde tartışılmış ve bazı yazarlar manevi hakların FSEK’te sayılanlar ile sınırlı olduğu fikrini savunurken¹⁶, bazı yazarlar ise,

¹⁴ **Rona Serozan**, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım” (Kısaltma: Manevi Tazminat), Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.77; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği” (Kısaltma: Hukuki Nitelik), Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1984, s. 15.

¹⁵ **Erel**, s. 345; **Duygu Öztunalı**, Eser Sahibinin Manevi Hakları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 2010), s. 176.

¹⁶ **Tekinalp**, s.150; **Ateş**, s. 131; **Erel**, s. 112; **Gökyayla**, Telif, s. 143; **Şirin Aydınçık**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 37; **Levent Yavuz**, “ Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK m. 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK m. 19)”, Yargıtay Dergisi, C. 33, S. 1-2, Ocak-Nisan 2007, s. 60.

manevi hakların FSEK’te sayılanlar ile sınırlı olmadığını, TMK’nın kişilik hakkına dair hükümleri ile bu hakların genişletilebileceğini, zira mali haklara ilişkin FSEK m. 20’de sınırlı bir sayım yapıldığı açıkça belirtilmişken, manevi haklara ilişkin böyle bir ibarenin bulunmadığını savunmuştur¹⁷. Kanaatimizce, doktrinde ağırlıklı olan ilk görüş daha yerindedir, zira FSEK’te ve TMK’da farklı menfaatler korunmaktadır. Manevi tazminat davasının konusunu bu haklar oluşturmaktadır ve bu haklardan herhangi birinin ihlali, davanın açılması için yeterli ve gereklidir. Ancak hangi manevi hakkın ihlal edildiğinin mahkeme kararında belirtilmesi gerekmektedir¹⁸.

Niteliği itibarı ile bir haksız fiil olan intihalin söz konusu olduğu durumlarda da ihlal edilen hakkın niteliğine göre manevi tazminat davası açılabilir¹⁹. İntihal fiili FSEK m. 15/2’ye göre gerçek eser sahibinin adı ile ilgili manevi hakkına da tecavüz oluşturduğu için m. 70/1 uyarınca manevi tazminat davasının açılabilmesi gerekmektedir. Örneğin, özgün bir biçimde tasarılan bilgi işlem programının izinsiz olarak kopyalanıp, kişinin kendi çalışmasıymış gibi internet ortamında yayınlaması²⁰ yahut bir başkasına ait “Ney Metodu” isimli eserin fotokopisini çıkarıp, üzerine kendi adını yazarak piyasaya sürmek²¹ Yargıtay tarafından manevi hakların ihlali olarak belirlenmiştir. İntihalin söz konusu olduğu durumlarda davacının kim olacağı hususu değerlendirildiğinde, intihali yapan kişi, intihal yaptığı eser sahibinin haklarını ihlal etmiş olduğundan, eseri kısmen ya da tamamen intihal edilen kişi mağdur olacak, dolayısıyla davayı o kişi açabilecektir. Eser sahibi dışındaki hak sahipleri de yine intihal nedeniyle talepte bulunma hakkına sahiptirler. Ancak intihal nedeniyle meydana getirilen üründen faydalananlar da bu haksız fiil neticesinde yanıltılmış olacaktır ve bu kişilerin talep hakkının bulunup bulunmadığı hususu değerlendirildiğinde, kural olarak talepte bulunabileceklerini kabul etmek mümkün görünmemektedir²².

¹⁷ Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II (Fikir ve Sanat Eserleri), 1954, s. 79.

¹⁸ Yarg. 4. HD. 28.05.1975, 1974/3519 E., 1974/6843 K., “...Hangi manevi hakların haleldar olduğu gösterilmeksizin manevi tazminata hükmedilmiş olması yasaya aykırıdır...” . (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 29.01.2012); Herdem Belen, Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 1996) s. 94, dn. 278.

¹⁹ K. Emre Gökyayla, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı” (Kısaltma: İntihal), İstanbul Üniversitesi Bilim Etiği Günü 4 Ekim 2011, Hasan Yazıcı (dzl.), İstanbul 2012, s. 76.

²⁰ Yarg. 11. HD. 22.09.2003, 2003/2117 E., 2003/8131 K., Engin Erdil, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 3. Bası, C. II, İstanbul 2009, s.1292.

²¹ Yarg. 11. HD. 09.10.2000, 2000/6431 E., 2000/7566 K., Erdil, , s. 1293.

²² Gökyayla, İntihal, s. 75-76.

Bir şahıs kendi eserini bir başkasının, örneğin çok ünlü bir yazarın, adını koyarak yayımlarsa bu halde eser üzerinde adı olan kişinin FSEK açısından bir hak ihlali söz konusu olmayacak ve fakat kişiliği tecavüze uğradığı için kişilik hukuku hükümlerince manevi tazminat davası açması söz konusu olabilecektir²³.

FSEK, eser sahiplerinin haklarının sağlararası işleme konu olmasını açıkça mali haklar açısından tanımıştır (FSEK m.48 vd)²⁴. Bu nedenle manevi hakların prensip olarak sağlararası işleme konu olamayacağı düşüncesi yaygındır. Manevi haklar genellikle devredilemezler²⁵ ve eser sahibine, eseri üzerindeki haklarını korumak amacı ile sıkı sıkıya bağlı olduğundan, kanun koyucu bu hakların devrine cevaz vermemiştir. Zira sadece manevi hakkın devri pratik açıdan pek mümkün olmayacaktır. Ancak hak sahibinin mali hakkının devri bazen manevi hakkın da “kullanılmasını” içinde barındırabilir ve bu nedenle mali haklarla manevi hakları birbirinden kesin çizgilerle ayırmak her zaman mümkün değildir. Örneğin, bir müzik eserinin icrası hakkı bir kişiye devredildiğinde, bu durum aslında umuma arz hakkının da devrini içerecektir. Bu açıdan eser üzerindeki fikri hakkın, mali ve manevi hak olarak ayrılması sunî bir ayırımdır ve manevi hak devredilmemiş olsa bile mali hakkın devri, işin niteliği gereği manevi hakkın devrini de içinde barındırabilecektir. Bunun dışında, FSEK her ne kadar manevi hakların mirasla intikal etmeyeceğini düzenlese de, m. 19’da manevi hakların “kullanımının” kanunda sayılan kişilere verilmesinden bahsedilmiştir. O halde kanaatimizce, eser sahibinin sağlığında da hakkın “sadece kullanımını” bir başkasına verebileceğinin kabulü gerekir.

Manevi hakkın bir başkası tarafından kullanımı, tazminat davasında taraf teşkili açısından önemli rol oynar. Zira manevi hakların miras yoluyla intikali mümkün olmadığından, esere tecavüzde bulunulması halinde mirasçıların tecavüzün ref’i, men’i ya da tazminat davalarını açabilmesi hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, mirasçıların bu davaları açmasının mümkün olmadığı yönündeyken²⁶, bir başka görüş

²³ **Tekinalp**, s. 311.

²⁴ **Ayiter**, s. 206; **Arsılanlı**, s. 171; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Kısaltma: Sınai Haklar), Ankara 2006, s. 269.

²⁵ **Mustafa Tüysüz**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007, s. 69.

²⁶ **E. Ernst Hirsch**, Hukuki Bakımda Fikri Sayı(Kısaltma: Fikri Sayı), İstanbul 1943, s. 54.

m.19 mirasçılara bu şekilde bir yetki verdiği için söz konusu davalar onlar tarafından da açılabilir yönündedir²⁷.

Söz konusu manevi haklara, çalışmamızın konusu gereği aşağıda kısaca değinilecektir.

a. Eseri Kamuya Sunma Yetkisi

Bir eser yayımlanarak yahut başka bir şekilde alenileşerek kamuya sunulmuş olur²⁸. Kamuya sunma eser sahibinin rızası ile eserin tamamının yahut bir kısmının ilk defa açıklanarak, eser sahibinin kişisel alanının dışına çıkarılması şeklinde gerçekleşen hukuki bir fiildir²⁹. Eserin eser sahibinin kişisel alanından çıkararak fikri hukuk tarafından korunması eserin kamuya sunulması hakkının kullanılmasıyla mümkün olur³⁰.

Alenileşme, eserin okunması, gösterilmesi, temsil edilmesi, yayınlanması ile olabilir. Hak sahibinin rızası ile umuma arz edilen eser, alenileşmiş sayılır. Maddenin tersi yorumu ile hak sahibinin rızası dışında umuma arz edilen eser, alenileşmiş sayılmayacaktır. “*Umum*” kavramı Alman Telif Hakları Kanunu paragraf 15’te tanımlandığı halde mevzuatımızda tanımlanmamıştır. Alman Telif Hakları Yasası 15. paragraf’a (§ 15/III UrhG) göre umum, “*bir eseri kullanan ve bu eseri algılayabilen ya da erişebilen kişi ya da kişiler ile şahsi bir ilişkisi ya da bağlantısı bulunmayan kişiler*” olarak tanımlanır³¹. Burada önemli olan *kişisel bağlantı* hususudur. Buradaki kişisel bağlantı; eseri kullanan kişi ile bu eseri algılayan ya da esere erişebilen kişiler arasında veya eseri algılayabilen ya da erişebilen kişilerin kendileri arasında olabilir. Bu açıklama eşliğinde, doktrinde bir görüş, Türk Hukukunda umum kavramının tanımlanmasında Alman Hukukuna başvurulması gerektiği yönündedir³². Bunun dışında doktrindeki genel görüş de, aralarında kişisel bağlantı bulunmayan bir kişiye dahi

²⁷ Ayiter, s.200-203; Tekinalp, s. 152.

²⁸ Erel, s. 137; Gökyayla, Telif, s. 144; Gürsel Öngören, “Müzik Eseri Sahiplerinin Manevi Hakları”, LEGAL FSHD, S: 17/2009, C:5, s. 33; Yavuz, s. 60.

²⁹ Hirsch, Fikri Say, s. 133; Tekinalp, s.154; Gökyayla, Telif, s. 145.

³⁰ Erel, s. 137.

³¹ Çeviri için bkz. Savaş Bozbel, “FSEK’e Göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları” (Kısaltma: Yayın), Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, Tekin Memiş (Ed.), İstanbul 2011, s.110

³² Tekin Memiş, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s. 116-117, Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 91; Bozbel, Yayın, s.110.

kamuya arz niyeti ile yapılan açıklamanın umuma arz olacağı³³, bu nedenle kişi sayısının umum kavramının içi doldurulurken, bazı durumlarda, mutlak kriter olmadığı yönündedir. Bir alenileşmenin olup olmadığının tespitinde, eserin açıklandığı çevrenin ve açıklama tarzının mahiyetine bakmak gerekir³⁴. Eserin umuma arzı, eser sahibi açısından büyük önem taşıdığından, eserin umuma arzını tespit ederken eser sahibi lehine bir yorumun benimsenmesi daha faydalı olacaktır, aksi bir eğilim, eser sahibinin eserini tanıtmaktan kaçınmasına yol açacaktır³⁵.

Yayımlanma ise, bir eserin aslından çoğaltılmış nüshalarının, hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilmesi şeklinde tanımlanır. Bu tanımın yapıldığı FSEK m. 7/2 hükmü, yayımın aslında, bir nevi alenileşme türü olduğunu göstermektedir. Ancak eserin umuma arz edildikten sonra da yayımlanması mümkündür³⁶.

FSEK m. 14, eser sahibine “*umuma arz salahiyeti*” başlığı altında, birçok yetki tanımıştır. Bu yetkiler; eseri kamuya sunma konusunda karar verme yetkisi, eseri kamuya sunma zamanını belirleme yetkisi, eserin kamuya sunulma tarzını belirleme yetkisi ve eserin içeriği hakkında bilgi verme yetkisi şeklinde sayılabilir. Bu yetkiler, eserin geleceğinin belirlenmesi hususunda önemlidir. Bu nedenle münhasıran hak sahibine aittirler. Umuma arz hakkının münhasıran eser sahibine verildiği pek çok Yargıtay içtihadıyla da teyit edilmektedir. Yargıtay bir kararında, davacının rızasını almadan sesini, yaptığı filmde kullanan davalının bu fiilinin, FSEK m. 14/1 uyarınca bir eserin umuma arz edilip arz edilmemesi ve yayımlanma zamanı ve tarzının tayininin,

³³ Ayiter, s. 108; Erel, s. 105.

³⁴ Ayiter, s. 108.

³⁵ Cüneyt Bellican, Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi S.B.E., 2008), s. 53. “Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi”, kanaatimizce genel bir ilke olmamakla birlikte, kamuya sunma hakkının tespitinde yararlanılabilecek bir ilkedir. Ancak doktrinde bu ilkenin genel bir ilke olduğu yönünde de görüşler mevcuttur. Bu görüşler için bkz., Gürsel Üstün, Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davası (Kısaltma:Maddi Tazminat) (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 1995), s. 91 vd., Gürsel Üstün, “Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi” (Kısaltma: Lehe Yorum), FMR, Y. 6, C. 6, S. 2006/1, s. 63-119; Fransa ve Almanya’da yargı ve öğretinin, somut olayın özelliklerinin tereddüt yaratması halinde eser sahibi lehine yorum yapılması gerektiği yönünde birleşmesi görüşü için; M.C.R Lucie Guibault, Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of The Contractual Overridability of Limitations on Copyright Information Law Series-9, Kluwer LawInternational 2002, s. 17 (Naklen, Atiye B. Uygur, Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi S.B.E., 2004), s. 66.)

³⁶ Bellican, s. 53.

münhasıran eser sahibine ait olacağı gerekçesiyle, davacının umuma arz hakkını ihlal ettiği kanaatine varmıştır³⁷.

FSEK m.14/1 ve 2. fıkraları bu yetkilerden bahsetmiştir. Bu yetkilerin eser sahibinin izni olmaksızın kullanılması, eser sahibinin sadece manevi haklarını değil, mali haklarını da ihlal edebilir. Zira mali hakların içinde manevi bir yön de bulunmaktadır³⁸.

Kamuya sunma ticari, bilimsel amaçlarla eserin dış aleme yansıtılmasını içerir. Ancak buradaki problem eserin insanların duyularına hitap ettiği her fiilde kamuya sunmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususudur. Örneğin, bir müzik eserinin icra yetkisi bir kişiye verilmiş olabilir. Her ne kadar burada bir mali hak olsa da ve manevi hakların devrine kanun koyucu cevaz vermese de, icracı sanatçı burada işin niteliği gereği umuma arz yetkisini de kullanacaktır. Manevi haklar bu açıdan prensip olarak devre konu olmasa da kullanım hakkı işin niteliği gereği mali hakkı devralan kişiye geçebilecektir. Örneğimizdeki icracı sanatçının daha sonraki icralarının kötü olması halinde, sadece mali hakkın değil, manevi hakkın da ihlali söz konusu olacaktır. Doktrinde her ne kadar umuma arz bir kerede gerçekleşir görüşü genel kabul edilen bir görüş olsa³⁹ da, örnekteki durumda ihlalin gerçekleştiği açıktır ve umuma arz hakkı bu durumda sıkıntı yaratmaktadır. Bu nedenle umuma arz yetkisi değerlendirilirken, somut olayın şartlarına bakılmalıdır. Kamuya sunma hakkı eser alenileştikten sonra da devam eder ve eser sahibinin mali haklarına tecavüz halinde, mali haklara yönelik talepleri yanında kamuya sunma hakkının ihlalinin dolayısı da tecavüzün önlenmesi yahut manevi tazminat talep etme hakkı verir⁴⁰.

Eser sahibinin kişisel gizlilik ve egemenlik alanındaki bir eser, onun rızası hilafına yahut arzusu dışında kamuoyuna sunulursa, saldırıda bulunanın kusuru halinde tazminat davasına konu olabilecektir. Kamuya sunulmamış bir eserin içeriği hakkında bir bilgiye ulaşan kişi, bunu açıklarsa yine eser sahibinin manevi hakkına saldırı oluşturur ve manevi tazminat davasına konu olur.

³⁷ Yarg. 11.HD. 14.04.1987, 346 E., 2206 K. ; Erdil, s. 42-43.

³⁸ Yavuz, s. 62.

³⁹ Hirsch, Fikri Say, s. 298; Tekinalp, s.154; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2008, s. 295.

⁴⁰ Yavuz, s. 63.

Eser sahibi, bu hakkın nasıl kullanılacağını hayattayken belirtebilir, bunu yapmamışsa ölümünden sonra FSEK m. 19/1’de sayılan kişilerce (vasiyeti tenfiz memuru, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş, çocuklar, mansup mirasçıları, anne-babası ve kardeşleri) eser kamuya sunulabilir.

FSEK m.14/3 ise, eser sahibi eserini umuma arz için bir başkasını yetkilendirmişse, yetkili kılınan kişinin eseri kamuya sunma veya yayımlama tarzı, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte olduğu takdirde, eser sahibi eserin kamuya tanıtılmasını veya yayımını yasaklayabilir, hükmü yer almaktadır. Burada “şeref ve itibarın zedelenmesi” tanımının içi objektif kriterlerle doldurulmalıdır⁴¹. Sözleşme ile yasaklama yetkisinden vazgeçmek hükümsüzdür ve diğer tarafın tazminat hakkı saklı tutulmuştur. Eser sahibinin kamuya arz konusunda yetkilendirdiği kişi, yetkilendirildiği şartlara aykırı davranırsa, m. 14/3 uyarınca eser sahibi eserin kamuya sunulmasına engel olabilir ve bununla ilgili tazminat davası açabilir⁴².

b. Eserde Adın Belirtilmesi Yetkisi

FSEK m. 15 uyarınca, eserin sahibinin adı veya müstear adı veyahut adsız olarak umuma arz etme yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Bu hak, TMK. m. 25’ten kaynağını alan bir haktır, zira TMK m. 25 uyarınca kişinin ismi üzerinde mutlak bir hakkı bulunmaktadır. Doktrinde her ne kadar FSEK hükmü olmasaydı dahi TMK m. 25 hükmü uygulanarak, aynı sonuca ulaşılabildiği görüşü savunulsa da, TMK uyarınca ismin korunması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ve ölümle birlikte sona erdiğinden, FSEK çerçevesinde isim esere bağlı bir hak olarak sahibinin ölümünden sonra yetmiş yıl daha korunduğundan ayrıca düzenlenmesi daha uygun olmuştur⁴³.

Eser sahibi, eserini kamuya açıklarken adını belirtebileceği gibi, adsız bir şekilde sunmayı da isteyebilir. Eser sahibinin iradesi, eserin bir rumuz, müstear ad ile ya da adsız bir şekilde sunulması yönünde olabilir. Eser sahibinin adının belirtilmesi şekil açısından eser türlerinde farklılık gösterebilir. Bilim ve edebiyat eserlerinde ad, nüshalar üzerinde belirtilebilir, musiki eserlerinde plak, kaset, CD üzerine koyulabilir, güzel

⁴¹ Arslanlı, s. 82; Ayiter, s. 115-116; İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 49.

⁴² Tekinalp, s. 157.

⁴³ Ayiter, s. 118; Gökyayla, Telif, s. 150.

sanat eserlerinde her zaman ilk bakışta görülmeyebilir, ancak eserin uygun bir yerine imza suretiyle ad belirtilebilir⁴⁴. Gelişen teknoloji ile birlikte günümüzde işin niteliği gereği isim hiç kullanılmayabilir, örneğin bilgisayar programlarında durum bu şekildedir. Ancak eser sahibi adın belirtilmesini istemiş ise, aksi bir tutum, tecavüz teşkil edebilir ya da tazminat gerektirebilir. Zira Yargıtay da eski tarihli bir kararında, “*yasal korumadan yararlanan eserde yapılan yapıtların (plakların) üzerine eser sahibinin adının yazılmaması hâli kusuru oluşturur ve manevi ödenmeyi gerektirir*” diyerek eser sahibinin adının belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴⁵. Yargıtay davacının ortak hazırlanan kitaptan, eser sahibi olarak isminin çıkartılması ve kitabın bu şekilde basılması⁴⁶ halini; davacıya ait güzel sanat eseri vasfındaki kedi konulu fotoğrafın ad belirtilmeksizin izinsiz olarak yayımlanması⁴⁷ halini eserde adın belirtilmesi hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı bizzat eser sahibi tarafından kullanılabilmesi gibi, yukarıda da değinildiği üzere işin niteliği gereği mali hakları devralanlarca da kullanılabilir. Eser sahibinin ölümünden sonra bu yetki, m.19/1’de sayılan kişilerce kullanılabilir.

Eser kimin adı ile kamuya sunulmuşsa, o şahsın eser sahibi olduğu yolunda bir karine doğar (FSEK m.11/1). Ancak eser sahipliğini ispat özel bir şekil kuralına bağlı değildir. Buna karşılık bir kişi kendi adı ile kamuya sunulmuş bir eserin sahibi olmadığını iddia ediyorsa, onun bu iddiasını doğru kabul ederek ispat yükünü, aksini iddia eden tarafa vermek menfaatler durumuna daha uygun olur⁴⁸. Bir kişi, başkasına ait eserin, kendi adıyla sunulması halinde, eserin sahibi olmadığını bir menfî tespit davası açarak ileri sürebilir. Örneğin bir sahte tabloda, ünlü bir ressamın ismi kullanılabilir. Bu halde ressamın manevi hakları da haleldar olacaktır⁴⁹.

⁴⁴ Gökyayla, Telif, s. 150-151.

⁴⁵ Yarg. 11. HD. 23.03.1978, 1978/687 E., 1978/1437 K., (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 05.02.2012).

⁴⁶ Yarg. 11. HD. 15.01.2007, 2005/13068 E., 2007/129 K., Erdil, s. 1292.

⁴⁷ Yarg. 11. HD. 20.06.2005, 2005/7450 E., 2005/6622 K., Erdil, s. 1292.

⁴⁸ Ayiter, s. 120; Erel, s. 144.

⁴⁹ Ünsal Piroğlu, “Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi”(Kısaltma: Manevi Haklar), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 562; Yarg. 11. HD. 02.05.2002, 2002/1113 E. 2002/4255 K., Ressam Vecih Bereketoğlu’nun eseri olarak başkasının resmini müzayede yoluyla pazarlayan şirket, maddi ve manevi tazminata mahkum olmuştur (Çevrimiçi: <http://www.corpus.com.tr>, 05.02.2012).

Eser sahibinin, adını belirtme ya da gizli tutma hakkına yapılacak tecavüzler için kanunda çeşitli hukuk ve ceza davaları yanında bir de tespit davası öngörülmüştür. FSEK m.15/3'e göre; “ *bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi hakkının tespitini mahkemeden isteyebilir.*”. Tespit davası, eserde sahibinin adının hiç belirtilmediği ya da yanlış veya iltibasa yol açacak şekilde belirtildiği hallerde de açılabilir⁵⁰.

Eserde adın belirtilmesi hakkına kanun tarafından istisna getiren durumlar da söz konusudur. Bu konuda FSEK m. 32/1-2 ve m.40/1-3-4 hükümlerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

c. Eserde Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Yetkisi

Eser sahibi, yarattığı ve özelliğini verdiği eserini olduğu gibi koruma hakkına sahiptir. Bu nedenle eser sahibinin izni olmadan eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme ve başkaca değiştirmeler yapılamaz, zira eser, biçimi ve içeriği ile bir bütün oluşturur ve bu şekilde sahibinin hususiyetini taşır. Bu hak eserin kamuya sunulduğu şekliyle korunmasını sağlar⁵¹.

Eserde değişiklik yapılmamasına, eserin tahrip ve imha edilememesine yönelik hükümler çoğaltılmış nüshalara, eser özel ya da sınırlı basıda ise bu basılara uygulanamayacaktır⁵². Daha önce umuma arz edilmiş bir eserin, eser sahibinin izni olmaksızın kısımlara bölünmesi, çoğaltılması ve yayımlanması eser sahibinin manevi hakkı olan eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkının yanı sıra mali haklarını da ihlal edecektir⁵³.

Bunun dışında eseri bozma da eserde değişiklik yapılmasını men yetkisi sınırları içindedir. Yargıtay bir kararında, bir musiki eserini bozarak yorumlamayı da eserde değişiklik olarak kabul etmiş, “çile bülbülüm çile” şarkısını usulüne uygun

⁵⁰ Tekinalp, s. 160; Erel, s. 144.

⁵¹ Bellican, s. 102.

⁵² Tekinalp, s. 161.

⁵³ Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, eserin bütünlüğüne dikkat edilmeksizin, bozularak, izinsiz bir şekilde gazetede parçalara bölünerek yeniden yayımlanmasını FSEK m. 16 hükmüne aykırı bulmuştur. **Yarg. 11. HD. 20.02.2004, 2004/836 E., 2004/1534 K.; Cahit Suluk/ Ali Orhan**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2006, s. 338-339.

olarak söylemeyen davalının, eserin başka herhangi bir suretle - mesela, bir müzik eserinin mahiyetine aykırı olarak, başka bir müzik aleti ile ve o eserin hususiyetini bozacak bir tarzda icra edilmesi gibi - özelliğinin haleldar edilmesinin, manevi hak ihlaline neden olacağı kanaatine varmış ve tazminata mahkum etmiştir⁵⁴.

FSEK m. 16/1'de yer alan bu hükmün istisnası, aynı maddenin ikinci fıkrasında yer almıştır. Buna göre, “*Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.*”

FSEK m. 16/3 uyarınca, eser sahibi kayıtsız şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile, şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirmeyi yasaklayabilir. Burada eser, eser sahibine rağmen korunmuştur. Bu hüküm, eser ile sahibi arasındaki şeref ve itibar ilişkisini gösterir⁵⁵. Bu konuda, örneğin; üç şiirinin bir aşk şiirleri antolojisine konulması konusunda derleyici ile sözleşen şair, bu şiirlerin porno resimlerle bezenmiş bir kitaba konulduğunu tespit edince FSEK m.16/3'e dayanarak yayını men edebilecektir⁵⁶. Söz konusu örnekte eserde herhangi bir değişiklik yapılmadığı halde eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirme söz konusudur. Yine bir heykeltıraşın belediye için yaptığı bir heykelin, belediye başkanının değişmesi sonucunda depoya kaldırılması da eser sahibinin şeref ve itibarını küçük düşüren bir durumdur ve FSEK m.16/2 ve 3. fıkralarına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu davranış maddi ve manevi tazminat ödemeyi gerektirir⁵⁷. Kanun tarafından tanınan bu haktan sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Yargıtay da bir kararında “ *...Ne var ki Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 16/son madde ve fıkrasına göre, eser sahibi (yüklenici) kayıtsız ve şartsız izin vermiş olsa bile şeref ve itibarın yahut eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet*

⁵⁴ **Yarg. HGK. 11.02.1983, 1981/4-70 E., 1983/123 K.** “... Eser sahibinin kendilerine güvenerek "manevi hakları" kullanma yetkisini terk ettiği bu kişiler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14-16. maddeleri hükümlerinde belirtilen hallerde ve özellikle eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozucu değişmelere maruz bırakılması veya eserin başka herhangi bir suretle - mesela, bir müzik eserinin mahiyetine aykırı olarak, başka bir müzik aleti ile ve o eserin hususiyetini bozacak bir tarzda icra edilmesi...gibi - özelliğinin haleldar edilmesi, manevi tazminat talebine olanak sağlar...” (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 06.02.2012)

⁵⁵ **Bellican**, s. 106.

⁵⁶ Örnek için bkz. **Tekinalp**, s. 159.

⁵⁷ **Duygun Yarsuvat**, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 124; **Yarg. 11. HD. 13.06.1991 2679/3979 sayılı kararı.**

hakkını muhafaza eder. Bu haktan sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. ... davalıya teslim olunan projelerin davalı banka tarafından uygulama projesine dönüştürülmesi sebebiyle yasada açıklanan anlam ve amaca göre eserin manevi tazminatı gerektirecek nitelikte "mahiyet ve hususiyetinin" bozulup-bozulmadığı hususunda rapor alınması ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken aksi şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..." şeklinde görüş belirtmiştir⁵⁸.

Yapılan değişikliklere FSEK m. 19'daki kişiler tarafından karşı koyulabilir, eser memleketin kültürü açısından önemliyse, Kültür Bakanlığı tarafından da bu yetki kullanılabilir (FSEK m. 19/5).

d. Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları

Eserler cisimlendikleri maldan ayrı bir hukuki varlığa sahiptir. Bu nedenle maddi mal her türlü hukuki işleme konu olabilirken, eser üzerindeki fikri haklar bu işlemlerden etkilenmez⁵⁹. FSEK m. 57/1 hükmü, "*Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez.*" diyerek bu hususu düzenlemiştir. Bu nedenle eser, eser sahibinin elinden çıktığı zaman dahi eser sahibi eseri üzerinde manevi haklarını korumaya devam eder. FSEK m. 17'de eser sahibine, eserin aslının bir başka kişide olduğu durumlarda eseri isteme hakkı verilmektedir. Bu nedenle doktrinde bu yetkiye, "eserin aslına ulaşma hakkı⁶⁰" ya da "esere varma hakkı⁶¹" gibi isimlendirmeler yapılmaktadır. Buna göre; "*Eser sahibi, gerekli durumlarda, aslın maliki ve zilyedinden, koruma şartlarını yerine getirmek kaydıyla, 4 üncü maddenin 1 inci ve 2 nci bentlerinde sayılan güzel sanat eserlerinin ve 2 nci maddenin 1 inci bendinde ve 3 üncü maddede sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından geçici bir süre için yararlanmayı talep etme hakkına sahiptir.*"

Bunun dışında mevzuata 4110 sayılı kanun değişikliği ile eklenen fıkra ile m. 17/3 eser sahibine "eserin tek ve özgün olması" şeklindeki bir özel durumda, eserin

⁵⁸ **Yarg. 15.HD. 15.04.1992, 1992/490 E., 1992/1984 K.** (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 06.02.2012)

⁵⁹ **Başak Aslı Demir**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Tazminat Davaları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 2011), s. 68.

⁶⁰ **Mustafa Ateş**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Kısaltma: Hakların Kapsamı), Ankara 2003, s. 153; **Yavuz**, s. 60.

⁶¹ **Ayiter**, s. 124; **Tekinalp**, s. 163.

kendisine tevdi için yetki verilmiştir. Bu “özel durum” hakkın kullanımını sınırlandırmaktadır.

Esere zilyet ya da malik olan kişi, eser sahibinden eserden yararlanmak için yaptığı masrafı yahut uğradığı herhangi bir zarar varsa bu zararı talep edebilir, eser sahibi eserin korunması şartlarını sağlamak mecburiyetindedir⁶².

FSEK m.17/2 hükmü ise, eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisinin özel bir şeklini düzenlemekte ve “*Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez.*” diyerek, eserin bütünlüğünü koruma yetkisini içermektedir⁶³. Burada tek nüsha olan eserler için aslında bir mülkiyet sınırlaması mevcuttur ve bu sınırlama kanundan doğmaktadır. Ancak konu, mimari eserler açısından doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, mimari eserlerde eser sahibinin şeref ve itibarını sarsmayan değişikliklerin yapılabileceğini savunurken⁶⁴, bazı yazarlar eserin fiziki malikinin eseri istediği gibi değiştirme hakkına sahip olmadığını⁶⁵ belirtmektedirler. Kanaatimizce, kanun koyucunun yasada öngördüğü durum açıktır ve tek nüshası bulunan eserlerde malikin mülkiyet hakkına bir sınırlandırma söz konusudur. Ancak mimari eserler gerçekten burada farklı bir konumdadırlar, eserin hususiyetini bozmayacak ve fakat yapıda zaruri olan değişikliklerin yapılabileceğinin kabulü gerekir. Yapının özelliği de burada önemlidir.

Kanun koyucunun tanıdığı bu yetkiye tecavüzde bulunulması halinde eser sahibi hukuk ve ceza davaları ile korunmaktadır.

⁶² **Tekinalp**, s. 164; **Ateş**, Hakların Kapsamı, s. 156.

⁶³ **Erel**, s. 156.

⁶⁴ **Arslanlı**, s.87; **Ayiter**, s. 123; **Tekinalp**, s.162; **Erel**, s.150,157; **Gökyayla**, Telif Hakkı, s. 159-160; **Hamdi Yasaman**, “Mimari Proje ve Mimari Eserler”(Kısaltma: Mimari Proje) , Fikri Mülkiyet Hukuku, **Tekin Memiş (Ed.)**, 2010, s. 565 vd.; **Ateş**, Hakların Kapsamı, s. 150; **Gürsel Öngören/ Filiz Ceritoğlu**, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Mimari Eserler ve İlgili Yargı Kararları, İstanbul 2007, s. 64 vd.; **Hayri Bozgeyik**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması, Ankara 2010, s. 187 vd.

⁶⁵ **Piroğlu**, Manevi Haklar, s. 565-566; **Evrin Atasoy**, Birlikte Eser Sahipliği (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi S.B.E., 2010.), s. 76.

B. Manevi Tazminat Davasının Koşulları

1. Genel Olarak

Manevi hakları ihlal edilen kişinin uğradığı manevi zarara karşılık olarak manevi tazminat davası açabileceğini ve bunun FSEK m. 70/1 hükmünde açıkça yer aldığını daha önce belirtmiştik. Söz konusu hüküm haksız fiil esasına dayandığından burada haksız fiil sorumluluğuna değinmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bilindiği gibi, TBK 49-76 maddeleri arasında, haksız fiillere ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve haksız fiilden sorumluluğun kural olarak kusura bağlı olduğu hususuna değinilmiştir. Bunun dışında kusur aranmayan sorumluluk türleri de mevcuttur. TBK m. 49 hükmü, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu için bazı şartlar aramış ve bunlar hukuka aykırılık, zarar, kusur ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı şeklinde sıralanmıştır.

Manevi tazminat davası da kişinin, kişilik hakkının ihlâlinden kaynaklanan haksız bir fiil neticesinde gerçekleşen manevi zararın tazmini olduğu için, haksız fiil sorumluluğunun şartlarının manevi tazminat talep edilebilmesi aşamasında gerçekleşmiş olması gerekmektedir. TBK m.56 ve 58 manevi tazminat davalarına yer vermiştir. TBK m. 56 hükmü, yaşama hakkının ihlali ve vücut bütünlüğünün ihlali halinde doğan manevi zararın tazminini düzenlemektedir. Ancak söz konusu hüküm, çalışmamızın konusunu ilgilendirmediğinden, hükme burada değinilmeyecektir.

TBK m. 58'de ise, kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin, manevi zararına karşılık bir miktar paranın ödenmesini talep edeceği düzenlenmiştir. Manevi tazminatın talep edilebilmesi için aranan ilk koşul, kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının meydana gelmesidir. Bu saldırı neticesinde kişi manevi zarar yani elem, acı, ıstırap duymalı; bu manevi zarar ile kişinin saldırısı arasında bir bağlantı bulunmalı ve son olarak saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusuru bulunmalıdır. Her ne kadar TBK m. 58 hükmü, kusuru manevi tazminatın koşulları arasında saymamış olsa da, bu, kusursuz sorumluluğun da buraya dahil olduğu anlamına

gelmemelidir; zira m.49'un devamı niteliğinde olan bu hükümde tekrardan kaçınılmıştır⁶⁶.

Manevi tazminatın hukuki niteliği doktrinde tartışılmış ve farklı görüşler ortaya atılmıştır. Hakim görüşe göre, manevi tazminat, manevi zarar görenin uğramış olduğu acı ve üzüntülerini azaltıp, tatmin etmek amacıyla bir miktar para ödenmesini amaçlamaktadır. Her ne kadar manevi tazminat, manevi varlıkta oluşan eksilmeyi gideremese de zarar görende bir tatmin duygusu yaratacaktır⁶⁷. Bu görüşün temelinde, manevi tazminatın gerçek anlamda bir tazminat olmadığı, zararın aslında malvarlığında ortaya çıkacağı düşüncesi yer almaktadır. Ancak bu görüş, para ile manevi acının giderilemeyeceği yönünden eleştirilmiştir⁶⁸. Doktrinde benimsenen telafi görüşüne göre ise, manevi tazminatın amacı uğranılan zararı aynen veya nakden telafi etmektir⁶⁹. Bir başka görüş ise, zarara görene ödenen paranın zarar vereni cezalandırma amacını taşıdığını ileri sürmüş, ancak medeni hukuk ile ceza hukukunun farklı amaçları olması yönünden eleştiriye uğramıştır⁷⁰. Kanaatimizce, manevi tazminatın hukuki niteliğinin belirlenmesinde telafi görüşü daha yerindedir. Manevi tazminat bir ceza değildir ve bunun dışında kanunun lafzı da “...*bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekli...*” ibaresini içerdiği için, sadece nakden manevi acının giderilmesi yani tatmin görüşünün de kanun koyucu tarafından benimsendiği söylenemeyecektir.

FSEK m. 70/1'de belirtilen manevi tazminat talebi de haksız fiil sorumluluğuna dayanmakta ve haksız fiil sorumluluğunda aranan şartlar, burada da aranmaktadır. Aşağıda bu şartlara sırasıyla değinilecektir.

2. Hukuka Aykırılık Koşulu

Hukuka aykırılık, sorumluluğun nesnel bir koşuludur. TBK m. 49 açısından hukuka aykırılığı, doğrudan doğruya zararlı bir sonucu yasaklayan ya da zararlı sonucu

⁶⁶ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012, s. 760.

⁶⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 330; **Kılıçoğlu**, Hukuki Nitelik, s. 15.

⁶⁸ **Belen**, s. 58.

⁶⁹ **Eren**, s.750; **Serozan**, Manevi Tazminat, s. 83; **Oğuzman/Öz**, s. 245-246.

⁷⁰ **Kılıçoğlu**, Hukuki Nitelik, s. 15.

önlemek amacıyla belirli davranışları emreden hukuk kurallarına aykırılık olarak tanımlamak mümkündür⁷¹.

FSEK m.70/1 hükmünün bir haksız fiil sorumluluğu düzenlemesinden hareketle, hükmün uygulanabilmesinin ilk koşulunun hukuka aykırı bir fiilin olması gerektiği açıktır. Kaldı ki madde metninden de manevi hakkın ihlalinin açıkça beklendiği anlaşılmaktadır; bu durum da hukuka aykırı bir fiilin tartışmasız bir şekilde olması gerektiğinin kanıtıdır. Bu fiil, eser sahibine kanun tarafından bahşedilen manevi yetkilere haksız bir saldırı şeklinde gerçekleşir. Eser sahibinin bu yetkileri, kanunda sayılmış ve nispeten sınırları çizilmiştir. Ancak bu yetkilerin herhangi birinin ihlali halinde, ihlal boyutlarının her hak için ayrı ayrı incelenmesi ve hangi hakların ihlal edildiğinin kararda ayrıca belirtilmesi gerekecektir⁷².

3. Manevi Zarar

Manevi hakları haleldar olan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık olarak manevi tazminat ödenmesini talep edebilir. Buradaki manevi zarar yukarıda değinildiği üzere, manevi hakların haleldar edilmesi ile uğranılan bir zarardır.

Doktrinde manevi tazminat talep edilebilmesi için, manevi bir hakka saldırının yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, FSEK’te bir manevi hakkın ihlal edilmesiyle manevi zararın da oluştuğunu ve tecavüz ile zarar arasında ayrıca ispatı gerektirmeyen bir kanuni sebep sonuç ilişkisi olduğunu savunmaktadır⁷³. Ağırlıklı olan görüş ise, tecavüz fiili neticesinde mutlaka bir zararın doğmuş olması gerektiğini savunmaktadır⁷⁴.

⁷¹ Belen, s. 69.

⁷² Piroğlu, Manevi Haklar, s. 572. Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD. 28.05.1975, 974/3519 E., 6843 K., Piroğlu, Manevi Haklar, s. 572.

⁷³ Tekinalp, s. 311; Filiz Ceritoğlu Sengel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme, Ankara 2009, s. 112; Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. 29.03.2001, 2000/493E., 2001/2537 K.; sadece manevi hakların hangilerinin ihlal edildiğinin belirtilmesinin yeterli olduğu, sebep sonuç ilişkisi ve bu ihlal nedeniyle bir zararın bulunduğu ispatı şartı aranmamıştır.

⁷⁴ Erel, s. 345; Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 410; Hamdi Yasaman, “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar” (Kısaltma: Tazminat), Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 812; Akın, s. 141; Ramazan Durgut, “ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları” , Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 1080. Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. 06.12.1999, 1999/8619 E., 1999/9931 K.; bir şiirin şairin adının belirtilmeksizin, bir kasette okunmasını manevi tazminata hükmedebilmek için yeterli görmemiş ayrıca BK m.49’daki şartların da gerçekleşmesini aramıştır, Suluk/Orhan, s. 809-810.

Kanaatimizce, FSEK’te düzenlenen manevi tazminat davası, haksız fiil sorumluluğunun bir türü olduğundan, genel hükümler çerçevesinde, sadece hukuka aykırılık şartının oluşması, tazmin talebi için tek başına yeterli değildir. Kaldı ki, FSEK m. 70/1 açıkça “uğranılan manevi zarara karşılık” hükmünü amir olduğundan, tecavüz fiilinin yanı sıra bu fiilin bir zarara da sebep olması gerekmektedir. Zira tazminat davalarının konusunu zarar oluşturmaktadır ve ortada bir zarar yoksa tazminat davası da konusuz kalacaktır⁷⁵.

Doktrinde zarar konusunda tartışmalı bir başka husus ise, 1995 yılında FSEK m. 70’de 4110 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik nedeniyle yaşanmaktadır. Manevi hakların ihlali manevi bir zarara sebep olabileceği gibi, maddi bir zarara da sebep olabilir. Ancak kanunun mevcut halinde manevi hakların ihlali nedeni ile uğranılan maddi zararın tazminine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konu aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışıldığından burada sadece bu hususun belirtilmesiyle yetinilmiştir⁷⁶.

4. İliyet Bağı

Hukuka aykırı bir fiilde bulunan kişi, zarar ile neden olduğu olay arasında bir sebep sonuç ilişkisi mevcut ise ancak tazminattan sorumlu tutulabilir. Manevi tazminat talep edebilmek için genel hükümler çerçevesinde, hukuka aykırı bir saldırı ve manevi zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Yukarıda değindiğimiz üzere, eser sahibinin manevi haklarından herhangi birine hukuka aykırı bir saldırı gerçekleştiğinde bu eylem neticesinde eser sahibinin manevi bir zarara uğraması gerekmekte yani malvarlığında bir azalma olmalıdır. Uğranılan manevi zarar, hakkın ihlal edilmesiyle sıkı bağlantı içinde olmalıdır.

5. Kusur

Eser sahibinin manevi haklarına karşı hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiğinde eser sahibi manevi tazminat isteme hakkına sahiptir. Burada bir kusur sorumluluğundan bahsedildiği açıktır. Ancak yukarıda da değinilen 4110 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce hukuka aykırı bir saldırı sonucunda manevi tazminat isteyebilme

⁷⁵ Durgut, s. 1080.

⁷⁶ Bkz. Aşağıda, İkinci Bölüm, VI. Manevi Hakların İhlali Halinde Maddi Tazminat Davası.

koşulu “kusurun ağırlığının icabettirmesi”ne bağlıydı, yani kusurun ağır kusur olması aranıyordu. Yapılan değişiklik ile bu husus madde metninden çıkarılmıştır. Ancak biz çalışmamızda kusur ile ilgili genel konulara değinirken değişiklik öncesi ve sonrası durumun da açıklamalarını yapmaya çalışacağız.

a. Genel Olarak Kusur Sorumluluğu

Kusur, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda kendini gösterir. Kusur genel bir kavram olarak TBK’da tanımlanmamıştır. Doktrinde kusur kavramı “ hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber, hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak” olarak tanımlanmış, kast ve ihmal şeklinde oluşabileceği üzerinde durulmuştur⁷⁷. Kast durumunda hukuka aykırı bir irade söz konusudur ve kişi eyleminin sonucunu bilmekte ve bu sonucun gerçekleşmesini istemektedir. İhmal durumunda ise, fiili gerçekleştiren hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini istememesine rağmen, bu sonucun oluşmaması için gereken özeni göstermemesi söz konusudur⁷⁸. İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Kast ve ihmal, haksız fiilde bulunanın sorumlu tutulabilmesi açısından değil, tazminat miktarının belirlenmesi açısından önemlidir⁷⁹.

Kusurdan söz edebilmek için, haksız eylemde bulunan kişinin temyiz kudretine sahip bulunması gerekmektedir.

b. Kusursuz Sorumluluk

TBK’da kusursuz sorumluluğu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TBK ve özel kanunlarda kusursuz sorumluluğu düzenleyen özel hükümler mevcuttur⁸⁰. Kusursuz sorumluluk halinde, zararın hukuka aykırı bir fiilden doğması sorumluluğun oluşması için yeterlidir. Haksız fiilde bulunanın fiili ile zarar arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir.

⁷⁷ Tandoğan, Mes’uliyet, s.45; Eren, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 52-54.

⁷⁸ Eren, s. 117-119.

⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 55.

⁸⁰ Tandoğan, Mes’uliyet, s. 340.

4110 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte FSEK m. 70/1 hükmünün Eski Borçlar Kanunu m. 49⁸¹ hükmüne uyumlu hale getirilmesinin amaçlandığı açıktır. Ancak gerek Eski BK m. 49 hükmü gerekse hükmün sadece dilinin sadeleştiği TBK m. 58 hükmünde “kusur”a yer verilmemiştir. Doktrinde yer alan ağırlıklı görüş, bu durumun bir kusursuz sorumluluk halini düzenlemediği yönündeydi⁸². TBK m. 58 hükmü TBK m. 49’un devamı niteliğindedir ve tazminat davasının genel şartları TBK m. 49 hükmüne göre tayin edilecektir. Kanaatimizce aynı durum FSEK m. 70/1 hükmü için de geçerlidir. Yapılan bir uyum çalışması sonucunda FSEK hükmünden de kusur ibaresinin çıkarıldığı açıktır. Haksız fiil esasına dayanan manevi tazminat davasında gerek kusurun gerekse diğer şartların arandığı kabul edilmelidir⁸³. Bu nedenle doktrindeki FSEK m. 67/2 hükmünde yer bulan, manevi hakların ihlali halinde tecavüzün ref’i davasının açılması için kusur şartının aranmaması ibaresinden hareketle FSEK m. 70/1 hükmünde de kusurun aranmadığı görüşüne⁸⁴ katılmamaktayız. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanun, kusursuz sorumluluk sistemini kabul etmiştir ve yapılan düzenleme ile fikri hakların ihlali halinde mütecavizin kusuru aranmayacaktır⁸⁵. Fakat kusursuz sorumluluğun söz konusu olması için, kanunlarda özel düzenlemelerin bulunması, açık ifadelerle kusur aranmadığının öngörülmesi gerekmektedir. Zira FSEK m. 66 ve 69 hükümlerinde kusurun aranmadığı açıkça vurgulanmışken, m. 70/1’de bu hususta açık bir hüküm mevcut değildir. Kanaatimizce, kanun koyucu, manevi tazminat isteminde kusurun aranmadığı şeklinde bir düzenleme getirecek olsaydı, bu hususu açıkça belirtirdi. Bunun dışında haksız fiil sorumluluğuna dayanan mali hakların ihlali halinde açılan maddi tazminat davası için kanun koyucu tecavüz edenin kusurunu aramışken, manevi tazminatta bunu aramıyor olması düşünülemez.

⁸¹ 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu m. 49’a uyum çalışması neticesinde değiştirilen bir metindir. Madde yeni Türk Borçlar Kanununun da m. 58’de bir değişiklik getirmeden yer almıştır.

⁸² **Oğuzman/Öz**, s. 246; **Eren**, s. 388.

⁸³ **Öztrak**, s. 88; **Erel**, s. 348; **Yasaman**, Tazminat, s. 812, **Azra Arkan**, Mukayeseli Hukuk Uluslar arası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s. 291.

⁸⁴ **Tekinalp**, s. 312; **Ajda Bilgehan**, Özel Hukukta Fikir ve Sanat Eserlerinin Hukuki Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 2001), s. 123.

⁸⁵ **Tekinalp**, s. 312.

Uygulamada Yargıtay kararlarına bakıldığında, bazı durumlarda kusurun varlığı tartışılmışken⁸⁶ bazı hallerde manevi hakların ihlal edilmesi halinde kusurun varlığına dahi bakılmadan tazminata hükmedilmiştir⁸⁷.

c. Değişiklik Öncesi ve Sonrası Durum

TBK m. 58 hükmü ve FSEK m. 70/1 hükmü değişiklik öncesinde, manevi tazminat isteminde bulunabilmek için kusurun ağırlığı koşulunun aranmasından bahsediyordu. Bu durum doktrinde birçok tartışmaya sebep oluyordu. Yasadaki ağır kusur kavramı kusurun kast ve ağır ihmal biçimlerinin sadece manevi tazminat istemine sebep olabileceği şeklinde yorumlanmaktaydı. Bu halde hafif ihmal durumunda zarar görenin zararının karşılanması söz konusu olmayacaktı⁸⁸. Eski BK m. 49 hükmünün değiştirilmesinden sonra, isabetli bir şekilde FSEK m. 70/1 hükmü de değişmiş ve ağır kusur deyişi ortadan kaldırılmıştır.

FSEK'te ağır kusur koşulunun madde metninden çıkarılması ile yeni metinde kusurdan hiç bahsedilmemektedir. Bu durum da manevi tazminat açısından kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiğini düşündürmektedir. Fakat yukarıda da değinildiği gibi, TBK m. 58 hükmü de, manevi tazminatın şartları arasında kusur unsurunu saymamıştır. Ancak bu durum TBK m. 49'un devamı niteliğinde ve haksız fiil genel çerçevesinde olan m. 58 hükmünün bir kusursuz sorumluluk hali getirdiği şeklinde yorumlanmamalıdır; zira burada tekrardan kaçınılmıştır⁸⁹.

Kusur sorumluluğunda zarar veren yukarıda da bahsedildiği gibi kusurun tüm biçimlerinden sorumlu olabilmektedir. Kusurun ağırlığı sadece tazminat miktarının belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

Eser sahibinin manevi haklarının hukuka aykırı olarak çiğnenmesi durumunda, zarara sebep olanın haksız fiilinde ağır kusuru aranmayacaktır.

⁸⁶ **Yarg. 11. HD. 31.03.1986, 1986/1676 E., 1986/2869 K.** sayılı ilamında, FSEK m. 70 düzenlemesinde, manevi hakların ihlal edilmesinde tecavüz edenin kusurunun arandığı vurgulanmaktadır; **Suluk/Orhan**, s. 827.

⁸⁷ **Yarg. 11 HD. 04.07.2006, 2005/8095 E., 2006/7919 K.** sayılı ilamında, FSEK 68 ve 70/1 inci maddeleri anlamında tazminatların talep edilebilmesi için davalıların kusurlu olmaları şart olmayıp, ihlal kabul edilen eylemlerin yapılmasının yeterli olduğu...? şeklinde hüküm kurmuştur (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 30.03.2012.).

⁸⁸ **Belen**, s. 85.

⁸⁹ **Eren**, s. 760.

C. Manevi Tazminat Davasının Tarafları

1. Davacılar

Manevi haklara saldırıda bulunulması halinde, dava açma hakkı eser sahibine aittir. Ancak bir ihtilaf durumunda öncelikli olarak, davacının eser sahipliği konusu çözümlenmelidir⁹⁰.

Müşterek eser sahipliği ve iştirak halindeki eser sahipliği hallerinde ise davacının kim olabileceğinin incelenmesi gerekir. Müşterek eser sahipliğinde, müşterek eseri oluşturan bölümlerden her biri, tek başına kendisini yaratanın hususiyetini taşıdığından bağımsız bir eser olarak değerlendirilmektedir⁹¹. Bu durumda eser sahiplerinden her biri kendi sahip olduğu bölümün korunması için gerekli işlemleri yapabilir ve manevi haklarına saldırı durumunda tazminat davası açabilir. Ancak eserin bütününe yönelik bir saldırı mevcut ise, eser sahiplerinin birlikte hareket etmesi gerekir⁹². Fakat müşterek eser sahipliğinde, örneğin, eser sahiplerinden birisi manevi hakkın ihlali nedeniyle bir manevi tazminat davası açtığına, tazminat miktarının eşit olarak mı bölüneceği sorunu gündeme gelebilir. Borçlar Hukukunda müteselsil alacaklılık ya da müteselsil borçluluk kural değil, istisnadır. Müteselsil alacaklılık ya da müteselsil borçluluk kanundan ya da hukuki işlemde doğabilir. Kanundan ya da hukuki işlemde aksine bir hüküm yoksa ve işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, esas olan müşterek borçluluk ve müşterek alacaklılık olacaktır. FSEK m. 70/1 hükmünde, bu konuda herhangi bir hüküm bulunmadığından, manevi tazminat davası da sözleşmeden değil bir haksız fiilden doğduğundan, esas

⁹⁰ **Yarg. 4. HD. 15.09.1962, 1962/11099 E., 1962/8799 K.** sayılı ilamında, yüksek mahkeme, “Davacının manevi tazminat istemesi durumunda, bu istek borçlar kanununun umumi hükümlerine göre incelemek ve 5846 Sayılı kanunun 70. maddesinin koyduğu esaslar uyarınca hükme bağlamak gerektir. Ancak davacının bütün bu isteklerine cevap verebilmek için, onun eser sahibi olduğunun araştırılması şarttır. Mahkemece yapılacak iş, eser sahibinin FSEK 9, 11 ve 12. maddeleri hükümlerine göre, ‘Cano’ türküsünü besteleyen kimse olup olmadığı tahkik edilerek, davacının eser sahibi olduğunun anlaşılması halinde, istenilen maddi ve manevi tazminata hükmetmekten ibarettir” şeklinde hüküm kurmuştur; **Senai Olgaç**, Kazai ve İlmi İçtihatlarda Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nev’ileri, C.IV, Ankara 1976, s. 76.

⁹¹ **Ayiter**, s. 98.

⁹² **Belen**, s. 98.

olacak alacaklılık tipi müşterek alacaklılıktır. Tüm eser sahipleri eşit olarak alacaklıdır. Ancak eser sahiplerinden birinin, söz konusu eserde daha fazla katkısının olması halinde eşit paylaşırma sıkıntılı bir alan olabilir. Bu halde kanunda örtülü bir boşluğun olduğu kabul edilerek, somut olayın özelliklerine göre problem çözülebilir.

İştirak halinde eser sahipliğinde ise, bütün eserin korunmasına yönelik dava açıldığı için her biri tek başına hareket edebilir⁹³. Yasa her ne kadar birlik çıkarlarına karşı saldırılarda tazminat davasını eser sahiplerinden her birinin tek başına açabilmesine olanak tanısa da, tazminat miktarı hususunda tek başına hareket kabul edilmemektedir⁹⁴.

Memur, hizmetli veya işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri esere karşı bir tecavüzün vuku bulması halinde ise, bunları çalıştıranların manevi tazminat davası açmaya hakları olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öncelikle manevi hakkın sahibi olan çalışanın, manevi tazminat davasını açabileceği yönünde şüphe olmamalıdır. Fakat çalıştırmanın dava açma hakkı bakımından, bir görüş; çalışanların işlerini görürken meydana getirdiği eserleri üzerindeki mali haklar FSEK m.18/2 uyarınca bunları çalıştıranlar tarafından kullanılacağı için, mali haklarla bağlantılı olan manevi hakların ihlali halinde çalıştıranların da dava açma ehliyetine sahip olduğu yönündedir⁹⁵. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. Yargıtay eski tarihli bir kararında, “ ... 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 8-72. 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 maddede 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

⁹³ Belen, s. 98.

⁹⁴ Arslanlı, s. 70; Erel, s. 62; Öztrak, s.46.

⁹⁵ Erel, s. 332.

isteyemeyeceğinin kabulü...” gerekçesi ile çalıştırana lehine manevi tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını bozmuştur⁹⁶. Yargıtay’ın bu kararı verdiği dönemde, m.18/2 hükmü *çalıştırana mali hak sahibi* olarak göstermekteyken, daha sonra yapılan değişiklik sonucu “*eserler üzerindeki haklar çalıştırana veya tayin edenlerce kullanılır*” hükmü kanuna girmiş; çalıştırana, hakkı sadece kullanma yetkisi verilmiştir.

Bağlantılı hak sahiplerinden, yalnızca icracı sanatçılar manevi haklara sahip olduğu için, manevi tazminat davasının davacısı da yalnızca onlar olabilmektedir.

Manevi tazminat davasının davacılarını belirlerken, manevi hakları, eser sahibinin ölümünden sonra kimlerin kullanabileceği hususunun da tartışılması gerekmektedir. FSEK m.70/I uyarınca manevi tazminat öncelikle hakları ihlal edilen eser sahibi tarafından açılabilir. Eser sahibi ölmüşse, FSEK m. 14/1 ve m. 15/1’de belirtilen manevi haklar açısından, eser sahibi ölmenden önce kullanma yetkisini verdiği şahısları tespit etmişse, bu şahıslar anılan hakları eser sahibinin ölümünden sonra da kullanabilirler⁹⁷.

Manevi tazminat davasının mirasçılar tarafından açılması genel hükümler gereği mümkün değildir ve fakat FSEK m. 70’te düzenlenen manevi tazminat davası eserden doğan manevi hakların ihlali için öngörülen özel bir düzenlemedir. Eser sahibinin ölümünden önce açmış olduğu manevi tazminat davasına TMK. m. 25 hükümleri gereğince, mirasçılar tarafından devam edilebilecektir. Zira söz konusu dava tereke haline gelmektedir ve mirasçılara intikal etmektedir. Eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların bizzat kendisi mirasçılara geçmese de hakların kullanım yetkisinin mirasçılara geçtiğinin kabulü gerekir. Fakat burada miras yoluyla bir intikalden bahsedilemez, kanunun verdiği bir yetki söz konusudur. Bu nedenle manevi tazminat davasını mirasçıların da açabileceğini kabul etmek gerekir⁹⁸.

⁹⁶ Yarg. 11 HD. 04.06.2001, 2001/2687 E., 2001/5080 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 30.03.2012).

⁹⁷ Erdil, s. 1295.

⁹⁸ K. Emre Gökyayla, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Hakların Miras Yoluyla İntikali” (Kısaltma: Miras), Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 554; Ayşegül Arpacı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Sahibinin Mali ve Manevi Haklarının Miras Yolu ile İntikali, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi S.B.E., 2011), s. 66. Arslanlı, FSEK m. 19 ile manevi hakların kendisinin değil, fakat kullanma hakkının öngörülen kişilere devredildiğini ve mirasla geçtiğini düşündüğünden, davanın mirasçılar

Eser sahibinin ölümünden sonra vuku bulan manevi hak ihlallerinde, FSEK m.19 uyarınca yetkilendirilen kişilerin bu davayı açıp açamayacakları hususu da tartışmalıdır. Hükme göre, eser sahibi ölmeden önce kendine tanınan yetkilerin kullanılış tarzını tespit etmemiş yahut herhangi bir kimseye bu yetkileri bırakmamışsa, ölümünden sonra bu yetkilerin kullanımı, vasiyeti tenfiz memuruna bu tayin edilmemişse sırasıyla, sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılara, ana babasına, kardeşlerine aittir. Kanun koyucu bu kişileri ‘en güvenilen kişiler’ olarak saymıştır. Doktrinde yer alan genel görüş, FSEK m.19 uyarınca yetkilendirilen kişilerin de manevi tazminat davası açabileceklerini kabul etmektedir⁹⁹. Ancak maddede sayılan kişilerin manevi tazminat davasını açamayacağı yönünde görüşler de mevcuttur¹⁰⁰. Yargıtay ise bu hususta birbiri ile çelişkili kararlar vermiştir: Yargıtay bir kararında “...FSEK'in 19/2. fıkrasında adı geçenlerin sahip oldukları haklar ve bunların sınırları birinci fıkradan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. İkinci fıkroda, 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevi haklar bakımından adı geçenlere, eser sahibinin ölümü ile birlikte halefiyet veya mirasçılık sıfatından ayrı olarak 70 yıl süre ile kanundan doğan bağımsız bir hak tanınmıştır. Söz konusu hak ile, eser sahibinin ölümünden sonra şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikteki manevi hak ihlallerinin ortaya çıkması veya eser sahipliğinin ihtilaflı olması hallerinde, maddede adı geçenlere her türlü önleyici (tecavüzün ref'i ve men'i) ve tazminat davaları ve yine eser sahipliğinin tespiti davasını açmak imkanı verilmiştir. FSEK'in 19/1. maddesindeki hallerde ise adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkroda sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralardaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali halinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde; FSEK'in 70/1. maddesine dayalı tazminat isteme hakkı vermez...” şeklinde hüküm kurarak, FSEK m.19 uyarınca yetkilendirilen kişilerin yalnızca eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyici fiiller karşısında bu

tarafından açılabileceğini savunur, s.88,171. **Tekinalp** ise, mirasçılara esere saldırı halinde manevi tazminat davası açma hakkının tanındığını; ancak manevi tazminat davası açmakla manevi hakların kullanılmasının farklı olduğunu, bu davayı açanların manevi haklarını kullanmış olmadıklarını belirtmiştir, s. 165.

⁹⁹ **Öztaş**, s. 670; **Erel**, s. 333; **Piroğlu**, Manevi Haklar, s. 570.

¹⁰⁰ **Erdil**, s. 1296; **Arkan**, s. 290. FSEK m. 19'da sayılan kişilerin manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açabilmeleri için tecavüz nedeniyle, eser sahibinin yakınları olarak bir zarara uğramaları gerekir; Bkz. **Ceritoğlu Sengel**, s. 114.

davayı açabileceklerini, manevi hak ihlallerinde ise açamayacaklarını belirtmiştir¹⁰¹. Ancak Yargıtay başka bir kararında da bu görüşünün tam tersi bir karar vererek “... FSEK'nın 70. maddesinde, manevi hakları tecavüze uğrayan eser sahibinin manevi tazminat davası açabileceği, zarar ve ziyanını ve ayrıca manevi zararını isteyebileceği belirtilmiştir. Mirasçıların bu davayı açıp açamayacakları Türk hukukunda tartışmalıdır. Ancak, 19/2. madde ve fıkrasında, aynı yasanın 19/1. maddesinde sayılan kimselerin, eser sahibinin ölümünden sonra, eser sahibine 14,15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kullanılacakları öngörüldüğünden, manevi zararın giderilmesini isteme haklarının da bulunduğu kabulü gerekmektedir....” şeklinde belirterek FSEK md.19 uyarınca yetkilendirilen kişilerin manevi tazminat davası açabileceğine karar vermiştir¹⁰².

Kanaatimizce, Yargıtay'ın manevi hakların ihlali durumunda FSEK m. 19/1'de sayılan kişilerin manevi tazminat davası açabileceği görüşü daha yerindedir. Zira manevi hakları kullanma yetkisi belirli koşullarda o kişilere tanınmıştır. Burada sayılan kişiler mirasçılık sıfatıyla değil, kanun tarafından tanınan bir yetki nedeniyle davayı açabilirler¹⁰³. Ayrıca kanun koyucu eser sahibinin ölümü halinde, manevi hakların para ile ölçülmesi mümkün olmayan haklar olması nedeniyle terekeye dahil olmadığını vurgulamak amacıyla, bu hakların kullanılmasında miras ve mirasçılarla ilgili TMK hükümlerinden doğabilecek sakıncaları gidermek için özel bir düzenleme getirmiştir. Getirilen düzenleme sadece bu hakları kullanabilecek kişileri belirlemek ile sınırlıdır. Yoksa bu hakların ihlali halinde açılacak davalarla ilgili değildir. Bunun sonucu olarak, FSEK m.19 buradaki manevi hakların ihlali halinde burada sayılan yetkililerin açabilecekleri davaları belirlemeyi hedeflememiştir. Kanun koyucunun bu kimseleri yetkilendirirken, ihlallere karşı sadece tecavüzün ref'i ve

¹⁰¹ Yarg. 11. HD. 22.12.2005, 2004/14950 E., 2005/12769 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 30.03.2012).

¹⁰² Yarg. 11. HD. 03.07.2000, 2000/4764 E., 2000/6252 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 30.03.2012). Yargıtay aynı doğrultudaki bir başka kararında da, “... Somut uyuşmazlıkta, mahkemece alınan 20.06.2005 tarihli uzman bilirkişi raporunda murisin "Fetih Marşı" isimli şiirinin bir kısmının alınıp dizelerin ve sözlerinin yeri değiştirilerek eser parçalanmak suretiyle işlenerek musiki eserinin güftesi olarak kullanıldığı mütaalaa edilmiştir. Bu açıklama itibarıyla, eserin parçalanması sonucunda mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu eylem FSEK'nun 16. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık oluşturduğundan, mirasçı olan davacıların aynı Kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanan haklarını kullanarak yine, aynı Kanunun 70/1. maddesine göre manevi tazminat isteyebileceklerinin kabulü gerektiğine ilişkin direnme gerekçesi yerindedir...” şeklinde belirtmiştir; Yarg. HGK. 28.05.2008, 2008/11-368 E., 2008/393 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 30.03.2012).

¹⁰³ Ayiter, s. 200 vd; Tekinalp, s. 312; Erel, s. 670-674; Gökyayla, Miras, s. 554.

men'î davaları ile sınırlı tutulmadıklarını ve FSEK m.19'a dayanarak manevi tazminat da isteyebileceklerini düşünmekteyiz.

Manevi hakların prensip olarak sağlar arası işleme konu olamayacağı, ancak bazı durumlarda mali hakkın devrinin manevi hakkın kullanımını da içinde barındırabileceği hususuna yukarıda değinmiştik¹⁰⁴. Bu nedenle manevi hakların ihlali halinde tazminat davası açma hakkının mali hakları devralanlarca kullanılması hususu, FSEK m. 19/3 hükmünde düzenlenmiş ve birinci fıkrada sayılan kişiler tarafından dava açılmaz ise, mali hakkı iktisap edenlerin meşru menfaatlerinin ispatı koşuluyla dava açabilecekleri belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, eser sahibinin hakları ile ilgili olarak bir kararında mali hakları devralanların eser sahibinin ölümünden sonra eserde değışiklik yapılması yoluyla manevi hakların ihlali iddiasıyla manevi tazminat davasını açabileceklerine hükmetmiştir. Buna göre "... 5846 sayılı (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu)nun 14-19. maddeleri hükümleri, hem (manevi hakları) kimlerin isteyebileceğini ve hem de hangi hallerde (manevi tazminat) istenebileceğini ayrı ayrı hükme bağlamış bulunmaktadır. Kanun koyucu, adı geçen kanunun 16/f.2 hükmü ile bir eserin (mahiyet) ve (hususiyetlerini) bozan her türlü (değışikliği), o eser yönünden, manevi tazminat talebi için yeterli bir davranış saydığı gibi, diğer taraftan, eser sahibinin ölümünden sonra kimlerin "manevi tazminat" isteyebileceklerini de aynı Kanunun 19. maddesi hükmünde belirtmiş bulunmaktadır. Davacının, temellük eden bir kimse olarak, gerek BK.nun 162 ve 168. maddeleri hükümlerine göre, kendisine yapılan temlik sonucu ve (işin mahiyeti) icabı olarak manevi tazminat talebine hakkı bulunduğu gibi, ayrıca da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19. maddesi hükmünden kaynaklanan (halefiyet) nedeniyle de, keza, "manevi tazminat" talebine hakkı bulunmaktadır. Doktrin de aynı görüştedir. Manevi hakların çoğunun kullanılması, mali hakların kullanılmasıyla yakın bir bağlantı gösterir, bu itibarla, manevi haklar, ölümle sona eren "şahsiyet" haklarından farklı olarak, en az mali haklar devam ettiği sürece, o da devam eder. Binaenaleyh, mali bir hakkı devir alan kimsenin de eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kullanabilme yetkisine sahip olduğunun kabulü icap eder. Esasen, mali haklarla manevi haklar arasındaki ayırım sun 'i bir ayırımdır, mali hakların devri manevi hakların da kullanılmasını kapsar. Bilindiği

¹⁰⁴ Bkz. yukarıda, II. Manevi Tazminat Davası, A. Manevi Tazminat Davasının Konusu.

üzere, "manevi haklar" ölenin terekesi dışında kaldığı için Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19/F.I. hükmünde sayılan kimseler, manevi hakları, surf 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, (Treuhand - güvenilen kişi)dir. Eser sahibinin kendilerine güvenerek "manevi hakları" kullanma yetkisini terk ettiği bu kişiler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14-16. maddeleri hükümlerinde belirtilen hallerde ve özellikle eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozucu değişmelere maruz bırakılması veya eserin başka herhangi bir suretle - mesela, bir müzik eserinin mahiyetine aykırı olarak, başka bir müzik aleti ile ve o eserin hususiyetini bozacak bir tarzda icra edilmesi...gibi - özelliğinin haleldar edilmesi, manevi tazminat talebine olanak sağlar. Memleketimizin de dahil olduğu (Bern Sözleşme ve Birliğinin) altıncı maddesi hükmü de, bir san 'at eserinin hususiyet ve tamamîyetini bozan her türlü değiştirici davranışı, manevi tazminat talebi için yeterli saymıştır¹⁰⁵. Esasen mali haklar ile manevi hakları tam olarak birbirinden ayırmak mümkün değildir; bu açıdan mali hakların korunabilmesi için öncelikle manevi hakların korunması gerekebilir¹⁰⁶.

Eser siparişi sözleşmesi yapılması halinde ise, manevi hakların kime ait olduğu dolayısıyla hakların ihlali halinde, tazminat davasını kimlerin açabileceği hususu da tartışılması gereken bir konudur. Öncelikle eser sipariş sözleşmesi; iş sahibi ile eser sahibinin, konusunu iş sahibinin tanımladığı bir eser olan ve eser sahibinin edimini, söz konusu eserin oluşturulmasının teşkil ettiği sözleşmedir. Bu sözleşmenin tanımlayıcı unsuru eserin konusunun, içeriğinin ve hatta kullanılacak malzemenin sipariş eden tarafından belirlenmesidir¹⁰⁷. Söz konusu sözleşmeye TBK'nın Vekalet Sözleşmesi hükümleri mi yoksa Eser Sözleşmesi hükümleri mi uygulanacağı da doktrinde tartışmalı bir husustur¹⁰⁸. Kanaatimizce burada uygulanması gereken kural

¹⁰⁵ Yarg. HGK. 11.02.1983, 1981/4-70 E., 1983/123 K., (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 06.02.2012). Yargıtay'ın aksi yöndeki kararı için bkz, Yarg. 11. HD. 16.06.2003, 2003/784 E., 2003/6343 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 14.04.2012).

¹⁰⁶ Gökyayla, Miras, s. 553.

¹⁰⁷ Tekinalp, s. 250.

¹⁰⁸ Tandoğan'a göre maddi bir şeyde teccsüm etmeyen fikir ve sanat eserlerine ilişkin sözleşmelere istisna akdine değil, vekaletle ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Tandoğan; bu gibi sözleşmelere istisna akdinin eserin teslimine ve

TBK'nın Eser Sözleşmesine ilişkin hükümleridir. Ancak sipariş veren çoğaltma ve yayma borçları altına da giriyorsa yayım sözleşmesinden bahsedilecektir¹⁰⁹. Yaratma gerçeği ilkesini benimsemiş olan FSEK uyarınca sipariş eserler de, her ne kadar iş sahibinin talebi üzerine vücut bulmuş olsa da onu meydana getiren sipariş eserin sahibi olacaktır (FSEK m. 8/1). Bu durumda eser üzerinden doğan manevi hakların kime ait olduğu hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, eser sahibinin bu sıfatla manevi ve hatta –kullanmasa dahi- mali hakların sahibi olduğunu, iş sahibinin eserin sadece maliki olduğunu savunmaktadır¹¹⁰. Bir başka görüşe göre ise, eser siparişinde bulunan, hiçbir zaman eser sahipliğinden kaynaklanan hakların asli iktisap suretiyle sahibi olamayacaktır, ancak eseri kullanma haklarının, teslim anında, eseri sipariş edene intikal edeceğinin de kabulü gerekmektedir¹¹¹.

Eser sipariş sözleşmesinde eserden doğan mali ya da manevi hakların kime ait olduğuna ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu hakların sahibinin eser sahibi olduğunun kabulü gerekir. Manevi hakların eser sahibine ait olduğu hususu ise tartışmasızdır. Ama manevi hakların kullanılmasının, iş sahibine zarar verebileceği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin; kendi portresini bir ressamı çizdiren kişinin ne zaman, nasıl ve nerede bu portreyi umuma arz edeceğine kendisinin karar vermesi en doğal hakkıdır. Kaldı ki, portresini çizdirmiş bulunan kişi isterse umuma arz hakkını kullanmayabilir. Umuma arz konusunda dikkat edilmesi gereken tek nokta eserin umuma arz edilmesi veya yayınlanmasının eser sahibinin şeref ve itibarına zarar verecek mahiyette olmamasıdır. Bu durumda somut olayın özelliklerine bakılarak ve tarafların menfaat dengesi göz önüne alınarak hakkın kullanılmaması söz konusu olabilir. Ancak kanaatimizce, eser üzerindeki manevi

müteahhidin ayıba karşı tekeffülüne ilişkin hükümlerini uygulama olanağı bulunmadığını savunmakta, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluğu ise zaten istisna ve vekalet akitlerinde pek farklı bir nitelik taşımadığını belirtmektedir; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Kısaltma: Borçlar Hukuku), İstanbul 2010, s. 11. Tekinalp ise, eser sipariş sözleşmesinin, sözleşme ile aynı zamanda eser sahibi sıfatını taşıyan müteahhidin ismarlayanın vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında bir şey imalini taahhüt etmesi sebebiyle TBK m. 470 anlamında bir eser sözleşmesi olduğunu savunmaktadır, **Tekinalp**, s. 250. Ayiter ise, doktrindeki tartışmaların yersiz olduğunu ve TBK'da eser kavramının maddi olduğu kadar gayri maddi malları da içine alacak genişlikte düzenlenmiş olması sebebiyle eser sipariş sözleşmesinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacağını savunmaktadır, **Ayiter**, s. 235. Yargıtay ise bir filmin yapılması, bir mimari projenin çizilmesi bir fotoğrafın çekilmesi gibi sipariş üzerine yapılan eserleri istisna akdi olarak nitelendirmiştir; **Yarg. 11. HD. 31.10.2005, 2004/11266 E., 2005/10524 K.** (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 14.04.2012).

¹⁰⁹ **Özta**n, s. 837.

¹¹⁰ **Tekinalp**, s. 250.

¹¹¹ **Özta**n, s. 837.

hakkın ihlali halinde, manevi hakkın sahibi kural olarak eseri yaratan kişi olacağı için, manevi tazminat davası açacak olan kişi de eser sahibi olacaktır. Fakat eser sahibi, yaratmış olduğu eserin sadece mülkiyetini değil, eser üzerindeki mali haklarını da iş sahibine devredebilir. Burada mali hak devrini talep eden iş sahibi ile eser sahibi arasında FSEK m. 52 uyarınca yazılı bir sözleşmenin yapılması gerekir¹¹². Mali hakkı devralan iş sahibi işin niteliği gereği manevi hakları da kullanabilir. İşte bu durumda, manevi hakkın ihlali ve manevi tazminat davasının açılması problemlili bir alan olabilir ve tazminat davasının davacısını belirlemede somut olayın özelliklerine bakılabilir.

Manevi hakların ihlali halinde meslek birliklerinin manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri hususunda da Yargıtay'ın çelişkili kararları bulunmaktadır. Yargıtay bazı kararlarında meslek birliklerinin manevi tazminat talep etmesinin mümkün olduğuna karar vermişken¹¹³, bazı kararlarında da bunu mümkün görmemiştir¹¹⁴. Kanaatimizce de meslek birliklerinin manevi tazminat davası açması mümkün değildir.

Ayrıca eser sahibinin manevi hakları kullanması için yetki verdiği bir kimse veya Kültür ve Turizm Bakanlığı da FSEK m. 19'a göre, manevi hakları kullanmaya yetkili kılındığı için tazminat davası açabilecektir¹¹⁵.

2. Davalılar

Manevi tazminat davasının davalısı, manevi haklara tecavüz eden kimsedir. FSEK m. 66/2 hükmü, ayrıca "...*tecavüz fiili hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa, işletme sahibi hakkında da tecavüzün ref'i davası açılabilir...*" şeklindedir.

Eser sahibinin manevi haklarına yapılan saldırılar, sözleşmeye aykırılık halleri dışında genelde haksız fiil niteliğindedir. Bu halde TBK haksız fiil hükümleri yol gösterici hükümlerdir. TBK m. 66 hükmü adam çalıştırmanın, çalışanın kendisine verilen

¹¹² **Gül Okutan Nilsson**, "İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri", Legal FSHD, S. 15, İstanbul 2008, s. 588.

¹¹³ **Yarg. 11. HD. 07.12.2000, 2000/7797 E., 2000/9773 K., Suluk/Orhan**, s. 831.

¹¹⁴ **Yarg. 11. HD. 03.04.2003, 2002/10822 E., 2003/3248 K., Suluk/Orhan**, s. 833. Sadece mali haklarla sınırlı olarak hak ihlallerinde dava açabilecekleri yönünde bkz., **Tekinalp**, s. 257.

¹¹⁵ **Ayiter**, s. 254; **Erel**, s. 333.

işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararın giderilmesiyle ilgilidir. Burada adam çalıştırana yönelik, haksız fiil kaynaklı olarak dava açma hakkı mevcuttur. TMK'da düzenlenen tüzel kişiliğin sorumluluğuna ilişkin hükümler de, tüzel kişi adına hareketin doğal sonucu olarak, tüzel kişinin organının görevi sırasında yaptığı haksız eylem neticesinde sorumluluğuna yer vermektedir. FSEK m. 66/2 hükmü ise, bu kadar açık değildir. Fakat hükmün, genel ilkedden ayrı bir hususu düzenlediği de düşünülmemelidir¹¹⁶.

Doktrinde FSEK m. 66/2 hükmünün tıpkı m.70/1 hükmünde olduğu gibi bir tekrardan ibaret olduğunu düşünen yazarların¹¹⁷ yanı sıra, TBK m.66 ve TMK m. 50 hükmünün özel uygulamasından ibaret olduğunu ve tecavüzün ref'i davasından başka tecavüzün men'i ve manevi tazminat davaları için de uygulanması gerektiğini düşünen yazarlar mevcuttur¹¹⁸. Bu hükmün kıyasen manevi tazminat davalarında da uygulandığı Yargıtay kararları mevcuttur¹¹⁹.

Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 61 ve 62 hükümleri manevi tazminat davasında da uygulanır.

III. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

A. Tazminatın Belirlenmesinde Hâkimin Dikkat Edeceği Hususlar

Manevi tazminat davasında, tazminat bedelinin belirlenmesinde hangi kıstasların dikkate alınacağı önemli bir husustur. Tazminatın belirlenmesi hususunda üç ayrı sistem düşünülebilir: kanunda belirli direktifler verilip, hâkim tazminatı belirlemede tamamen serbest bırakılmış olabilir; kanunda her olay için tazminat ayrıntılarına kadar belirlenip hâkime sadece uygulama alanı bırakılabilir yahut da kanun

¹¹⁶ Belen, s. 100.

¹¹⁷ Arslanlı, s. 210.

¹¹⁸ Erel, s. 335.

¹¹⁹ Yarg. 4. HD. 30.09.2003, 2003/5389 E., 2003/10890 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>, 14.04.2012).

tek tek olaylar için tazminat kapsamını tam olarak belirlememekle birlikte, durumun özelliğine göre hâkime takdir hakkı veren genel bir hüküm içerebilir¹²⁰.

Türk Hukukunda tazminatın belirlenmesinde yukarıdaki sistemlerden hâkimin serbestîsi asıldır. TMK. m. 4 uyarınca hâkim, takdir hakkını kullanarak, vicdanına, ihlal edilen hakkın manevi kıymetine, aklına, mantık ölçüsüne göre, hak ve nesafet ilkelerini göz önünde tutarak, manevi zarar nedeniyle duyulacak acı ve elemin şiddetini özel durum ve koşulları inceleyerek saptayıp, tazminat miktarını belirleyecektir¹²¹.

Hâkimin takdir hakkını iki tarafın da durumunu, çıkarlarını, zarar verenin kusurunu, zarar görenin birlikte kusuru varsa bunun derecesini göz önünde bulunduracak şekilde oluşturması gerekir. Manevi tazminatın amacı, yaşanan ruhsal sarsıntıyı telafi etmek olduğundan, hâkimin bu hususa dikkat etmesi ve manevi tazminat olarak belirlenen bedelin çok düşük olmaması, ancak aşırı bir miktar da olmaması, felaketi özlenir hale getirmemesi gerekmektedir¹²².

Manevi tazminat açısından genel hükümleri düzenleyen TBK m. 58'in eski BK m. 49'daki şeklinde, "*Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, iştigal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*" hükmü yer almaktaydı. Eski BK m. 49/2 hükmü demokratik anlayışa ters düştüğü için, kişilerin sıfat ve mevkilerine, sosyal ve ekonomik durumlarına göre ayırım yaptığı için eleştirilmekteydi. Hüküm yeni yasa ile değiştirilmiş ve yukarıdaki eleştiriler de dikkate alınarak Eski BK m. 49/2 hükmüne yeni yasada yer verilmemiştir. FSEK m. 70 hükmünde yer alan boşluklar genel hükümler ile doldurulacağından, eski düzenlemenin TBK'da kaldırılmış olması, hâkimin FSEK m. 70/1 hükmüne göre manevi tazminatı belirlerken kişilerin sıfat ve mevkilerine, sosyal ve ekonomik durumlarına göre ayırım yapmadan, daha adil sonuçlar elde edeceğini göstermektedir.

Hâkim zarar görenin isteği ile bağlı olduğu için, aslında takdir edilen zarar miktarı istenilenden çok fazla olsa dahi, istenilenden fazlasına hükmedemez; ancak

¹²⁰ **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**, Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebul'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s. 756.

¹²¹ **Velidedeoğlu**, s. 756; **Mustafa Reşit Karahasan**, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I, İstanbul 1989, s. 842-843.

¹²² **Oğuzman/Öz**, s. 245

azına hükmedebilir. Bu husus usul hukukundaki hâkimin taleple bağılılığı ilkesinden kaynağını almaktadır.

Tazminat davalarında istenilen tazminat miktarının net bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Bu durum usul hukukundaki ‘Netice-i Talebin Belirli Olması’ ilkesinin bir gereğidir. Ancak davacı her zaman tam olarak zararını önceden tespit edememekte bu nedenle de uygulamada genelde kısmi dava açmakta, zarar miktarının tespit edilmesi ile ıslah yoluna başvurup, talep miktarını arttırmaktaydı. Bu durum hem ıslah yolunun tüketilmesi hem de faiz hususunda sıkıntı yaşatmaktaydı. Kanun koyucu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 107 ile ‘Belirsiz Alacak Davası’ başlığı altında, dilekçede netice-i talebin tam olarak belirtilmesi mümkün olmayan hallerde açılabilen ve fakat dava türlerinden eda davası, tespit davası ve inşai dava dışında ayrı bir dava türü olarak karşımıza çıkmayan bir düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu dava en az talep sonucunun belirtilmesiyle açıldığından ıslahla talep sonucunu arttırma ya da zamanaşımına uğrama yönünden yaşanan sıkıntıları ortadan kaldırmaktadır. Uygulamada özellikle tazminat davaları için başvurulmuş bir yöntemdir ve bu davada faiz tüm alacak için baştan itibaren işlemektedir. Kanaatimizce manevi tazminat davası da belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir. Manevi tazminat davasında talep edilen tazminat bedelinin felaketi özlenir hale getirmesini engellemek amacıyla, ıslah yolu ile artırımını kabul edilmeyecek olsa bile, zamanaşımı konusunda belirsiz alacak davası başvurulabilir bir yol olarak kabul edilebilir. Aslında hukuk düzenimizde belirsiz alacak davası açılmasına ilişkin dayanaklar, kaynağını maddi hukuktan almaktadır. Bu nedenle HMK m. 107 düzenlemesi var olmadan önce de belirsiz alacak davası sistemimizde vardı ve FSEK m. 70 hükmü bu maddi hukuk dayanaklarından biriydi¹²³. Keza “mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de karar verebilir.” Hükmü, zararı hâkimin takdir etmesini öngörmüştür¹²⁴.

¹²³ Hukukumuzda belirsiz alacak davasının açılmasına ilişkin maddi hukuk dayanaklarına örnek olarak, TTK m. 56/ e bendi “Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.” Hükmü, 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 141, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 67, 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK m. 53, FSEK m.66/son hükümleri verilebilir; **Hakan Pekcanitez**, “Belirsiz Alacak Davası”, DEÜHFD, c. 11 S. 2009, s. 530-533.

¹²⁴ **Pekcanitez**, s. 532.

B. Tazminatın Belirlenmesinde Bilirkişilik

Manevi tazminatın takdiri konusunda önemli bir husus da tazminat miktarı belirlenmesinde bilirkişiye gidilip gidilmeyeceği hususudur. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 266 ile çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir şeklindedir. Bu kanun yürürlüğe girene kadar uygulanan 1086 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 275 hükmü, hukuk alanında da bilirkişilik müessesine başvurmayı mümkün kılıyordu. Yeni yasa bu hususun altını özellikle çizmiş ve hukuk bilgisi dışındaki alanlarda bilirkişiye başvurulabileceğini düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme, 6100 Sayılı HMK m. 279/4 hükmünde ve 08.04.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 28258 Sayılı Yönetmeliğin 5. maddesinde de açıkça yer almıştır. Ancak hâkim, eser üzerindeki manevi haklara yönelik tecavüzlerde manevi zararın oluşup oluşmadığı hususunda¹²⁵ ve eserin niteliğinin tespitinde kanaatimizce bilirkişiye gidebilmelidir, zira bu hususların tespiti teknik bir bilgiyi gerektirebilecek durumdadır.

Tazminat miktarının hesaplanmasında ise, bilirkişiye gidilebilirliği tartışmalıdır. Tazminat miktarının belirlenmesinde bilirkişiye başvurulmamasını, zira karar aşamasında tazminatın miktarının belirtilmesinin teknik bir bilgi kullanımı olmadığını belirten görüşler doktrinde mevcuttur¹²⁶. Ancak kanaatimizce, tazminat miktarının oluşturulmasında da o tür eserler alanındaki uzman bilirkişilerden teknik nitelikte rapor alınabilmelidir. Bir eserin sahibin adı gösterilmeden yayımlanmış olmasının tespiti halinde eser sahibinin FSEK m. 15'te yer alan manevi hakkının ihlal edildiği açıktır; ancak örneğin, bir müzik eserinin, bir tablonun değiştirilmesi sonucunda eserin bütünlüğü açısından uğranılan kaybın FSEK m. 16 anlamında tespiti teknik bir incelemeyi zorunlu kılabilirdiği¹²⁷ gibi, bir CD'nin toptan satış fiyatını, bandrol sayısı ile çarpıldığında elde edilen oran ve buradan meslek birliğinin alacağı yüzdeyi hâkim tespit edemeyecek ve burada teknik bir bilgiye ihtiyaç duyacaktır. Ancak bu teknik

¹²⁵ Yargıtay, mali ve manevi haklara yapılan tecavüz nedeniyle açılan, manevi zararın meydana gelip gelmediğinin tespit edilmesinde uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılmasını gerekli görmektedir. **Yarg. 11. HD. 02.11.1998, 1998/5761 E., 1998/7299 K.**, YHD, 1999/9, s. 103 vd.

¹²⁶ **Belen**, s. 107; **Bilgehan**, s. 127.

¹²⁷ **Piroğlu**, Manevi Haklar, s. 572.

bilginin alınmasından sonra tazminatın miktarını belirlemekte hâkim takdir hakkına sahiptir. Kaldı ki, HMK m. 282 hükmünün gerekçesi, bilirkişi raporunun değerlendirilmesi hususunda hâkimin serbestçe değerlendirme yapacağı açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle hâkim gerekli teknik bilgiyi öğrendikten sonra, bilirkişinin sunmuş olduğu rapordaki miktar ile bağlı olmayarak, kendisi serbest bir değerlendirme ile miktarı belirleyebilecektir.

IV. MANEVİ TAZMİNATIN GİDERİM USULLERİ

A. Para ile Giderim

Manevi tazminat davasında manevi zararın giderilmesinde asıl olan, zararın para ile giderilmesidir. Kaldı ki, hem TBK m. 58 hükmü hem de FSEK m. 70/1 hükmü açıkça bu durumu düzenlemiş, bir miktar paranın ödenmesinin dava edilebileceğini hüküm altına almıştır. Manevi tazminat davasında manevi zararın aynen giderimi imkansız olduğu için, para ile giderim asıldır.

B. Diğer Giderim Usulleri

Mahkeme manevi tazminat olarak para ödenmesi yerine veya paraya ek olarak başka yaptırımları da karar altına alabilir. FSEK m. 70/1 hükmünün son cümlesinde bu hüküm açıkça yer almaktadır. Zaten hakkı ihlal edilen kişinin, sadece manevi tazminat adı altında para isteyebilmesi, manevi tazminat kurumunun ruhuna aykırı olacağından, metin içinde bu hükme yer vermiş olmaları isabetlidir. FSEK m. 70/1’de yer alan bu düzenleme de TBK m. 58/2 hükmüne paralel bir düzenlemedir.

Manevi tazminat; sembolik bir rakam (bir lira gibi) şeklinde talep edilebileceği gibi, mahkeme kararının ilanı¹²⁸, hâkimin davalıyı kınaması, davalının özür dilemeye mahkûm edilmesi, cevap ve düzeltme hakkı şekillerinde de talep edilebilir. Örneğin, bir eser gazetede tam sayfa olarak izinsiz yayımlanmış ise, kararın da aynı şekilde tam sayfa olarak yayımlanması istenebilir.

¹²⁸ Aksi yöndeki görüş için bkz; **Belen**, s. 113.

V. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı belirli bir hakkın, belirli süreler içinde kullanılmaması sebebiyle dava edilebilmesi imkânından yoksun kalınmasıdır. Kişilik hakkına saldırı nedeniyle açılacak manevi tazminat davaları için TBK m. 72 hükmü geçerlidir. FSEK m. 70/1 hükmünden doğan manevi tazminat davası da TBK m. 72'ye tabidir. Buna göre, *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”* Söz konusu hükmün Eski BK'daki karşılığı m. 60'da yer almaktaydı ve zararın ya da tazminatla yükümlü olan kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak bir yıl, zarar doğuran fiilin üzerinden on yıl geçmekle tazminat hakkı zamanaşımına uğramaktaydı. TBK bu açıdan bir değişiklik yapmış ve zamanaşımı süresinde bir uzatmaya gitmiştir.

VI. ESERDEN DOĞAN MANEVİ HAK İHLALLERİ İLE KİŞİLİK HAKLARI İHLALLERİNİN TAZMİNİ

A. Eserden Doğan Manevi Hakların Kişilik Hakkından Farkı

Kişilik hakkı, kural olarak kişinin doğumu ile kazandığı, kendi varlığı üzerindeki hakkı olup, haysiyet, şeref, namus, vücut tamlığı, kişisel veya ailevi gizlilik üzerindeki yetkileri, bu hakkın içinde sayılabilir. Bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, devredilemez ve feragat edilemez niteliktedir. Bu hak, doğumla kazanılır ve ölümle sona erer.

Eserden doğan manevi haklar ise, eserden doğan mali haklarla birlikte eserin meydana getirilmesi ile doğar. Eserden doğan manevi haklar ile kişilik hakkı daha önce de değinildiği üzere, şahsa bağlı, mutlak ve inhisari nitelikte olan haklardır. Ancak manevi haklarda korunan eser sahibinin kişilik hakkı değil, onunla eseri arasındaki kişisel ve manevi ilişkisidir. Ayrıca eser üzerindeki manevi haklar sınırlıdır. Bu nedenle haklardan herhangi birinin ihlali halinde somut ölçüleri tespit etmek ve uygulamak, kişilik hakkına nispetle daha kolaydır. Eserden doğan manevi haklar ile kişilik hakkının

koruduğu menfaatler birbirinden farklı olduğu gibi, manevi hakların kişilik hakkına ilişkin hükümlerle genişletilmesi de mümkün değildir.

Kişilik hakkı ile manevi haklar arasındaki bir diğer fark da, hak ile kişi arasındaki bağdır. Bu bağ kişilik hakkında mutlak iken manevi haklarda böyle değildir. Kişilik hakkı hiçbir şekilde başkalarına devredilemeyeceği gibi, miras yoluyla da intikal etmez. Kişinin ölümü ile kişilik hakkı sona erer. Kural olarak manevi haklar da devredilemez ve miras yoluyla bırakılamaz. Ancak manevi hakların kullanılması yetkisi bir başkasına verilebileceği gibi eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların kullanımı da bir başkasına bırakılabilir, kanunda sayılan kişilerce kullanılabilir. Kişilik hakkı ile eserden doğan manevi hakların devir ve miras yoluyla intikalinde de farklı düzenlemelerin bulunması iki alanın farklı içeriklere sahip olduğunun bir başka kanıtı olarak doktrinde ileri sürülmüştür¹²⁹.

B. Kişilik Hakkından Doğan Manevi Tazminat Davası

Kişilik hakkı TMK m. 24 ve TBK m. 58 hükümleri ile korunmaktadır. Bu hak, şahsa bağlı ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardandır. Kişilik hakkına yöneltilen haksız bir tecavüz sonucunda, saldırıya uğrayanın, çektiği acıyı veya uğradığı ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olmak için manevi tazminat davası öngörülmüştür.

TBK m. 58’de yer alan manevi tazminat davasının açılabilmesi için öncelikle, kişilik hakkının ihlali gerekmektedir. Daha önce de genel olarak değinildiği üzere, kişisel veya mesleki şeref ve haysiyetin ihlali, kişisel gizliliğin ihlali, cinsel şeref ve haysiyetin ihlali, özgürlüğün ihlali, aile hayatının ihlali gibi durumlarda TBK m. 58 bağlamında kişilik hakkına bir tecavüz bulunmaktadır. Söz konusu saldırı haksız nitelikte olmalı, bu fiil neticesinde bir manevi zarara uğranmalı, haksız fiil ile uğranılan manevi zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalı ve haksız fiili gerçekleştiren kişinin kusurunun bulunması gerekmektedir. Yukarıda bu koşullara değinildiği için burada sadece koşullar belirtilmiş, tekrar içerikleri anlatılmamıştır.

¹²⁹ Piroğlu, Manevi Haklar, s. 574.

C. Eserden Doğan Manevi Tazminat ile Kişilik Hakkının İhlali Halindeki Manevi Tazminat Arasındaki İlişki

Eser sahibinin kişilik hakkının ihlali ile manevi haklarının ihlali arasındaki ilişki, doktrinde ve yargı kararlarında çokça tartışılmıştır. Eser sahibinin, eserinden doğan manevi haklarını koruyan düzenleme, kişilik hakkını koruyan genel hükümlerden farklı ve daha özel bir düzenlemedir¹³⁰. Zira kişilik ve kişilik hakkı içinde yer alan değerlerin, fikri faaliyet sonucu elde edilen ürünlerden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹³¹. Eser sahibinin kişilik hakkına ilişkin menfaatlerinin ihlal edilip edilmediği kişilik hukukuna ilişkin hükümlerle, eserden doğan manevi hakların ihlal edilip edilmediği ise fikri hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir¹³².

Manevi hakların ihlali sebebiyle manevi tazminat davası açabilmek için, eser sahibinin kişilik hakkının da tecavüze uğraması aranmaz. Eser sahibinin kişilik hakkını düzenleyen hükümlerden faydalanabilmesi için, kişilik hakkının ihlal edilmiş olması gerekir. Manevi haklarda da eser sahibinin kişiliğini ilgilendiren hususlar mevcuttur, ancak FSEK m. 70/1 hükmü, TBK m. 58 hükmünden bağımsız bir düzenleme olarak hukuk sisteminde yer almaktadır¹³³. Eser sahibinin kişi olarak başka kişilerle olan ve FSEK kapsamında değerlendirilemeyecek ilişkilerine TMK'nın kişiliğin korunmasına ve TBK'nın kişisel menfaatlerin ihlal edilmesine ve haksız rekabete ilişkin hükümleri¹³⁴ uygulanacaktır¹³⁵. Somut olayda her iki alanın da ihlali mevcut ise, yasal mevzuatlarda korunan menfaatler birbirinden farklı olduğu için, her ikisi için de manevi tazminat davası açmaya bir engel bulunmamaktadır. Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz fiili, aynı zamanda kişilik hakkının ihlaline de sebep oluyorsa, manevi tazminat talebinde bu hususun açıkça belirtilip kanıtlanması yahut TBK m. 58'e dayanan ayrı bir tazminat davası açılması mümkündür¹³⁶. Yargıtay da bir kararında, “...bundan dolayı davacının FSEK 68 ve 70. maddeleri anlamında mali ve manevi haklar çiğnenmesi de

¹³⁰ Öztan, s. 67. Ayrıca yukarıda bkz. I. Manevi Zarar Kavramı, B. TBK m. 58 ve FSEK m. 70'in Birlikte Değerlendirilmesi, 2. FSEK m. 70 Açısından Manevi Zarar.

¹³¹ Gökyayla, Telif, s. 133.

¹³² Piroğlu, Manevi Haklar, s. 570.

¹³³ Erel, s. 347.

¹³⁴ TTK ile 2012 'de getirilen değişiklikler sonucunda çok geniş bir şekilde Haksız Rekabet hükümleri düzenlendiği için, aslında TBK'nın, genel bir düzenleme şeklinde olan Haksız Rekabet düzenlemesinin uygulanabilirliği kalmamıştır.

¹³⁵ Ayiter, s. 110.

¹³⁶ Erel, s. 346-347.

TMK 24/a ve BK 49. maddeleri uyarınca (300.000.000) lira manevi tazminat taktiri ve MK'nun 24a/2 maddesince de (240.000.000) lira maddi tazminat tayini gerektiği gerekçesiyle...” diyerek her iki talebi farklı bir şekilde ele almıştır¹³⁷.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu bir kararında, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi hakları ile şahsi menfaatlerini birbirinden ayırmış ve “...Görülüyor ki, 5846 sayılı Yasa düzenlediği hukuksal ilişkiler ve haklar açısından kurallar koymuş ve bunu yaparken eser sahibinin bizzatıhi kişilik hakları açısından sahip bulunduğu yetkileri konusunda, bir düzenleme getirmemiştir. Başka bir anlatımla eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarının ihlali halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alırken şahsi menfaatlerin ihlali halinde istenebilecek manevi tazminat, Borçlar Kanununun 49. maddesine bırakılmıştır. Genel olarak şahsi menfaatlerin ihlal edilip edilmediği kişilik hukukuna ait hükümlere göre tayin olunacak bir konudur. Kişilik hakları başta Anayasa olmak üzere yasaların teminatı altındadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun kapsamına giren faaliyetlerde bulunduğu sırada ve bu arada yasaya uygun veya aykırı olarak bir eserden diğerine iktisap yapılmasında da kişilerin aynı teminattan yararlanacakları ve Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşullar varsa manevi tazminat isteyebilecekleri tartışmasız benimsenmesi gerekli temel bir prensiptir. Bu kabul biçimi kişilik haklarının toplumda korunması zorunluluğuna ilişkin genel esasın, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun düzenlediği alanda da egemen kılınması gerektiği yolundaki düşünceye uygun düştüğü gibi, yasa koyucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu hazırlarken esinlendiği ve yukarıda hazırlık çalışmaları dolayısıyla kısaca değinilen temel prensiplere de uygun düşer...”¹³⁸ şeklinde hüküm kurmuştur. Yine Yargıtay bir kararında, “ ...manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat isteyebilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması aranmaz. FSEK’un 70. maddesi manevi tazminat istemini kişilik haklarının ihlalinden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK’nun 49. maddesi hükmünü, FSEK’nun 70. maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilebilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir.

¹³⁷ Yarg. 11 HD. 02.05.2002, 2002/1113 E., 2002/4255 K., (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com/>,28.04.2012).

¹³⁸ YİBK, 18.12.1981, 1980/1 E., 1981/2 K. (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 28.04.2012).

Zira bu iki hükmün yaptırma bağıladığı menfaatler birbirinden farklıdır...¹³⁹ diyerek iki alanın birbirinden farklı hukuk alanları olduğunu kesin bir dille vurgulamaktadır. Yargıtay ve bizim de katıldığımız doktrindeki genel görüş FSEK ile TBK ve TMK'nın farklı menfaatleri düzenlediği yönündedir.

Eserden doğan manevi haklara ilişkin manevi tazminat davası ile kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan manevi tazminat davası her ne kadar farklı nitelikte haklar içerip, farklı menfaatleri düzenlese de; her iki manevi tazminat davasında da tazminat miktarını hesaplamada kullanılan yöntemler aynıdır. Yani manevi haklara tecavüz fiili, fikri hukuk çerçevesinde değerlendirilmekle birlikte, fiildeki kusurun niteliği ve buna göre tazminat miktarının tayini TBK hükümlerine göre yapılmaktadır.

VII. MALİ HAKLARIN İHLALİ HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

FSEK'te yer alan mali haklar aşağıda¹⁴⁰ ayrıntılı olarak incelenmiştir. Fakat bu haklar genel olarak işleme, çoğaltma, yayma, temsil, umuma iletim ve pay ve takip hakları şeklinde sıralanabilir.

FSEK m.70/2 hükmü mali hakların ihlali halinde tazminata hükmedileceğini düzenlemiş, ancak mali hakkın ihlali halinde manevi tazminatın talep edilip edilemeyeceği hususunu düzenlememiştir. Fakat buradan mali hakların ihlali halinde manevi tazminata hükmedilemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. FSEK m. 70/2'ye dayanılarak haksız fiil hükümleri çerçevesinde manevi tazminat davası da açılabilir. Bu husus, eser üzerindeki mali-manevi hak ayrımının sunîliğinin de bir gereğidir. Haksız fiil, manevi bir zarara da sebebiyet verebilir. Madde metninde mali hakları haleldar edilen kimse tazminat davası açabilir, hükmü yer almakta ve TBK m. 58 hükmünde aranan koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat davasının da açılabilmesine imkan vermektedir. Maddede haksız fiillere ilişkin hükümlere genel olarak bir yollama yapıldığı için, şartların oluşması halinde hem maddi hem manevi tazminat talep edilebilir¹⁴¹.

¹³⁹ Kararda yer alan kanun Eski BK m. 49 hükmü olup, TBK'da karşılığı m. 58'dir; **Yarg. 11. HD. 25.02.2003, 2002/1070 E., 2003/1592 K.** (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 28.04.2012).

¹⁴⁰ Bkz. aşağıda, İkinci Bölüm, II. Maddi Tazminat Davası, A. Maddi Tazminat Davasının Konusu.

¹⁴¹ **Tekinalp**, s. 316, yazar bu sonuca FSEK m. 70/1'e ilişkin yorumu ile varmaktadır.

Mali hakları ihlal edilen kişinin manevi zararını talep edebilmesi için TBK m. 58'deki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir ki, bu koşullardan biri de manevi zarara uğranılmış olmasıdır¹⁴². TBK m. 58 açısından manevi zarar, eser sahibi veya haleflerinin mali hakka ilişkin saldırıdan dolayı acı, elem veya ıstırap duymaları anlamına gelmektedir.

Eser sahibinin bir mali hakkının ihlal edilmesi, eser sahibini manevi bir zarara uğratabilir. Örneğin, bir şairin şiiri, aksi görüşte olduğu bir partinin tanıtım broşüründe izinsiz olarak yayımlanabilir¹⁴³. Bu halde manevi zararı oluşan hak sahibi, uğramış olduğu zararın tazminini manevi tazminat davasının konusu yapabilecektir.

Ancak burada anlaşılması gereken, mali hak ihlalinin kişilik hakkına yönelik manevi bir zarara sebebiyet vermesidir. Zira eser türüne göre çoğaltma veya yayma hakkı gibi bir mali hak ihlal edildiğinde, aynı zamanda bir manevi hak olan umuma arz yetkisi de ihlal edilmiş de olabilir. Bu varsayımı, tersinden ifade etmek de mümkündür. Umuma arz yetkisinin ihlal edilmesi, bazı eser türlerinde, eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkını da ihlal etmiş olabilir. Aynı şekilde, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlali, işleme hakkının ihlali sayılabilir. Eser sahibi FSEK m.70 çerçevesinde, örneğin çoğaltma ve yayma hakkının ihlal edildiğini gerekçe göstererek maddi tazminat ve umuma arz yetkisinin ihlal edildiğini gerekçe göstererek de manevi tazminat davası açabilecektir. Eser sahibinin buna ek olarak FSEK m.70 çerçevesinde, mali hak ihlalinin bir yönüyle manevi hak ihlali ve bu nedenle doğan manevi zarar nedeniyle manevi tazminat talep edebilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, manevi hak ihlalinin de bir yönüyle mali hak ihlali olduğunu ileri sürüp bundan dolayı doğan maddi zarar dolayısıyla maddi tazminat talebinde bulunması kabul görmeyecektir. Dolayısıyla, eser sahibi mali hak ihlali nedeniyle FSEK m.70/2'ye dayanarak maddi zararını ve manevi hak ihlali nedeniyle de FSEK m.70/1'e dayanarak manevi zararını karşılayacağı için, FSEK m.70/1'e bu sefer maddi zararını ve FSEK m.70/2'ye de manevi zararını karşılamak üzere tekrar başvuramaz. Aksi takdirde, FSEK

¹⁴² Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 415-416.

¹⁴³ Örnek için bkz. Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 316.

m.70 hükmüyle eser sahibi ikişer kez maddi ve manevi tazminat kazanmış olur. Ne hükmün lafzı ne de amacı böyle bir yorum yapılmasına izin vermez¹⁴⁴.

¹⁴⁴ **Bellican**, s. 543.

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ ZARAR KAVRAMI VE MADDİ TAZMİNAT DAVASI

I. MADDİ ZARAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Modern Hukuk doktrinde maddî zarar, birçok olgunun birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılan bir kavram olduğu için tanımlanması oldukça zordur¹⁴⁵. Bu nedenle TBK’da herhangi bir tanım bulunmamaktadır¹⁴⁶. Ancak TBK m. 49’da yer alan zarar, maddi zararı ifade etmektedir.

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme maddi zararı ifade eder. Kişinin malvarlığının şimdiki durumu ile zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum arasındaki fark zarar olarak tanımlanabilir. Malvarlığının aktif ve pasifi ile birlikte zarara uğraması mümkündür¹⁴⁷. Malvarlığının aktifinin azalması, pasifinin artması zarar kapsamı içerisindeyken, mahrum kalınan kâr da zararı teşkil edebilir¹⁴⁸.

Maddi zararın oluşabilmesi için, malvarlığındaki azalmanın hak sahibinin iradesine aykırı olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Hak sahibinin kendi iradesi ile yaptığı tüketme, yok etme, temlik gibi malvarlığı eksilmeleri maddi zarar olarak nitelendirilemez¹⁴⁹.

¹⁴⁵ **Murat Topuz**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011 s. 15.

¹⁴⁶ Zarar kavramını tanımlama çabaları Borçlar Kanunu Tasarısı’nın ilk sekinde yer almaktaydı. Buna göre; TBKT md. 50:“Zarar, maddî veya manevî olabilir. Maddî zarar, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktır. Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de, maddî zarardır. Manevî zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz eksilmelerdir.” Ancak bu düzenlemeden daha sonra vazgeçilerek TBKT md. 49’da herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiş ve TBK m. 49 : “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür” şeklinde bir düzenlemeyle yasalaşmıştır.

¹⁴⁷ **Eren**, s. 473.

¹⁴⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 39.

¹⁴⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 39; **Eren**, s. 477; **Reisoğlu**, s. 149.

Doktrinde maddi zararı açıklamaya çalışan çeşitli görüşler mevcuttur: Bu görüşlerden ilki, *Tabii Zarar Görüşüdür*. Bu görüşe göre; bir hakkın konusunu teşkil eden hukuki varlığın, ihlalden önceki ve sonraki durumu arasındaki fark zararı teşkil eder¹⁵⁰. *Menfaat Görüşüne* göre zarar ise, malvarlığında meydana gelen azalmadır¹⁵¹ ve ilk görüşten farkı, zarar açısından hakkın konusu olan varlık değil, malvarlığı esas alınmaktadır. Doktrinde en çok kabul gören görüş de menfaat görüşüdür. Bu görüşten hareket eden bir diğer görüş ise, *Normatif Zarar Görüşüdür*. Fakat bu görüşte, malvarlığında bir eksilme veya azalma bulunmayan bazı durumlarda da olayın niteliği gereği zararın varlığı kabul edilir¹⁵².

Zararın içeriğine ilişkin olarak doktrinde ve yargı kararlarında pek çok ayırım yapılmıştır. Bunlardan ilki, *Fiili Zarar- Mahrum Kalınan Kâr ayırımıdır*. Bazı zararlar, malvarlığının azalmasına, bazıları ise malvarlığının artmasına engel olmak suretiyle ortaya çıkar. Bunlardan birincisi fiilî zarar (*damnum emergens*), ikincisi yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) yani kâr mahrumiyeti olarak adlandırılır¹⁵³. Fiili zararda, malvarlığında gerçek olarak maruz kalınan bir kayıp söz konusudur. Malvarlığının aktifinde gerçekleşen bir azalma ya da pasifinde gerçekleşen bir artma şeklinde olabilir. Kâr mahrumiyetinde ise elde edilmesi muhtemel olan menfaatin kaçırılması söz konusudur. Olayların normal seyrinde malvarlığında meydana gelebilecek artışların, ihlali sağlayan olgu nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucunda malvarlığında meydana gelen azalmadır¹⁵⁴.

Zarar, doğrudan doğruya olabileceği gibi dolaylı (*damnum indirectum*) da olabilir. *Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar ayırımı* denilen bu ayırımı, doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiil sebebiyle, bir kimsenin, araya ilave başka bir neden girmeksizin uğradığı zarardır. Dolaylı zarar ise, hukuka aykırı fiilin, zarar görene

¹⁵⁰ **Hans Albert Ficher**, Der Schaden nach den Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilproseß des Deutschen Reiches, Elfter Band, Erstes Heft, Jena 1903, s. 1 vd.; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10/11.neubearbeitete Auflage, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c § 249-327, Erläutert von Alfred Werner und Hubert Kaduk, Berlin 1967- Werner, § 249, Vorbem. 9; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§241-432), 3. Auflage, München 1994- Grunsky, §249, Vorbem.7. (Naklen, **Haluk N. Nomer**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, 1. Bastı, 1996, s. 7, dn.9'dan).

¹⁵¹ **Eren**, s. 474.

¹⁵² **Oğuzman/Öz**, s. 39; **Demir**, s. 27.

¹⁵³ **Ayiter**, s. 262; **Topuz**, s. 34.

¹⁵⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 41; **Eren**, s. 477; **Topuz**, s. 39.

verdiği doğrudan zarara bağlı olarak, ilave bir sebeple ortaya çıkan zarardır. Bu ayırımın temelini illiyet bağı oluşturur¹⁵⁵. Doğrudan zararda, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı son derece açıkken, dolaylı zararda illiyet bağının ortaya koyulması daha zordur¹⁵⁶. Yansıma zarar ise, hukuka aykırı bir fiil ile, fiile maruz kalan kimseden başka bir kimsenin zarara uğramasıyla meydana gelir ve tazminata konu olabilmesi için hukuka aykırılık unsurunun bulunması ve fiille uygun illiyet bağının kurulması gerekir¹⁵⁷.

Mevcut Zarar- Müstakbel Zarar- Muhtemel Zarar ayırımının temeli, zararın meydana gelme zamanına dayanır. Zararın doğumundan hesaplanmasına kadar olan sürede meydana gelen zarara mevcut zarar denilirken, zararın belirlendiği tarihe kadar henüz gerçekleşmemiş olan, fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmadan olayın normal akışına göre gerçekleşmesi beklenen zarara, müstakbel (gelecekteki) zarar denir¹⁵⁸. Henüz mevcut olmayan, ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğma ihtimali bulunan zarar ise muhtemel zarardır¹⁵⁹.

Olumlu Zarar- Olumsuz Zarar ayırımı ise, daha ziyade sözleşmesel sorumlulukta karşımıza çıkan bir ayırmadır. Olumlu zarar, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle oluşan zararı, olumsuz zarar ise, sözleşmenin kurulmaması veya geçersizliği sebebiyle oluşan zararı ifade etmektedir¹⁶⁰.

Bir diğer zarar ayırımı, *Şahsa İlişkin Zarar- Eşyaya İlişkin Zarar ayırımıdır*. Tecavüz ile kişinin yaşamına ve fiziksel bütünlüğüne verilen zararlar, şahsa ilişkin zarar iken; maddi malların hasara uğraması veya yok olması nedeniyle oluşan zarar eşyaya ilişkin zarardır¹⁶¹.

Son olarak *Soyut Zarar- Somut Zarar ayırımında ise*, soyut zarar, hasar gören şeyin, sahibinin malvarlığı içinde arz ettiği değer nazara alınmaksızın objektif olarak

¹⁵⁵ Oğuzman/Öz, s. 41; Eren, s. 46 vd., Topuz, s. 65.

¹⁵⁶ Oğuzman/Öz, s. 43-44.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 45; Topuz, s. 71 vd.

¹⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 46.

¹⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 47; Seda İrem Çakırca, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı (Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü), İstanbul 2012, s. 31.

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, s. 41; Topuz, s. 82; Çakırca, s. 33.

¹⁶¹ Eren, s. 479-480.

tespit edilen zarardır. Somut zarar ise zarar gören şeyin zarar görenin malvarlığı içindeki değer ve mağdurun özel ilişkilerinin nazara alındığı zarardır¹⁶².

B. FSEK’te Maddi Zarar

FSEK m. 70/2 hükmü, “ *Mali hakları haleldar edilen kimse tecavüz edenin kusuru varsa, haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.* şeklindedir. FSEK’in mali ve manevi haklar bahsettiği hususuna daha önce değinmiştik. Mali haklar, eser sahibinin, eserinden ekonomik kazanç elde etmesini sağlayan, eser sahibinin eserle ekonomik ilişkisinden doğan haklardır. FSEK’te hak sahibine tanınan mali haklar, m. 21-25 arasında ve m. 45’te tek tek sayılmıştır ve bu haklar kanunla belirtilenler ile sınırlıdır¹⁶³. Doktrinde bu husus tartışılmış; sınırlı sayı prensibi, gelişen teknik karşısında, eserden yeni yararlanma imkanları çıktıkça serbestçe yararlanmaya sebebiyet verebilir, düşüncesi ile eleştirilmiştir¹⁶⁴. Ancak kanun koyucunun mali hakları saydığı maddelerde, mali haklardan yararlanma imkanlarını geniş bir ifade tarzı ile anlattığı göz önüne alınırsa, mali hakların sınırlı sayıda olmasının, kapsamlarının da sınırlı olduğu anlamına gelmediği görülmektedir¹⁶⁵.

Söz konusu haklar sırasıyla, işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil ve kamuya iletim hakkı ve pay ve takip hakkıdır. Bu hakların her biri birbirinden bağımsızdır. Yani mali hakların biri üzerinde yapılacak tasarruf diğer mali hakkı etkilememektedir. Bu açıdan mali haklar devre, lisans vermeye, mirasla intikale elverişlidir; rehin, hapis hakkı ve cebri icraya da konu olabilir. Bu haklar herkese karşı ileri sürülebilen, inhisari yetkiler tanıyan haklardandır.

FSEK m. 20 henüz alenileşmemiş bir eserden faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir, hükmünü amirdir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine tanınan münhasıran faydalanma hakkı yine bu kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Henüz alenileşmemiş bir eser üzerinde eser sahibinin egemenliğinin tam

¹⁶² **Topuz**, s. 110.

¹⁶³ Eleştirisi için bkz; **Arslanlı** s.94; **Ayiter**, s. 125; **Yarsuvat**, s. 83-84.

¹⁶⁴ **Ayiter**, s. 125; **Erel**, s. 157-158; **Gökyayla**, Telif, s.161; **Gürsel Öngören**, s. 28.

¹⁶⁵ **Tekinlalp**, s. 169-170; **Memiş**, s. 116-117; **Ömer Arbek**, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 137.

olduğu düşünülerek, kanunda yapılan alenileşmiş ve alenileşmemiş eser ayrımı, buna gerek olmadığı bahsi ile doktrinde eleştirilmiştir¹⁶⁶.

Aşağıda FSEK’te yer alan mali haklar açıklanacaktır. Ancak bu hakların ihlal edilmesi durumunda FSEK kapsamında tazminat talep edebilmek için, zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Bu zarar örneğin, bir eserin, eser sahibinin izni dışında çoğaltılması yahut işlenmesi suretiyle ortaya çıkabilir. Çoğaltma ve işleme eser sahibinin mali hakları içerisindedir. İzinsiz olarak bu hakların kullanımı, eser sahibini doğrudan bir zarara uğratabileceği gibi, kârdan mahrum kalarak zarara uğramasına da sebep olabilir. Fikir ve Sanat Eserleri hukukunda zarar genelde kâr yoksunluğu biçiminde ortaya çıkmaktadır¹⁶⁷. Ancak örneğin, tecavüz nedeniyle elindeki yasal nüshaları satamayacağına kesin gözüyle bakılan hak sahibinin, bu nüshaların maliyeti ve muhafaza giderleri gibi, fiili zararlarının yanı sıra kâr yoksunluğunu istemesine hiçbir engel yoktur; yeter ki zararın ödenmesinde tekerrür oluşmasın.

Zararın genel olarak kârdan yoksun kalma şeklinde oluşması, hesaplanmasında bir takım sıkıntılara sebep olabilmektedir¹⁶⁸. Ancak kanun koyucu, bu hususta genel hüküm olan TBK m. 50’de “*Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.*” düzenlemesine yer vermiştir. Bu hükümle hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

II. MADDİ TAZMİNAT DAVASI

A. Maddi Tazminat Davasının Konusu

Genel davranış kurallarını hukuka aykırı ve kusurlu olarak ihlal eden ile zarara uğrayan arasında haksız fiilden kaynaklanan bir borç ilişkisi doğar ve zarar veren tazminatla yükümlü tutulur¹⁶⁹. Tazminat davası bir eda davasıdır ve mahkemece bu dava ile zarar görenin malvarlığının şimdiki durumu ile zarar veren olay meydana gelmeseydi sahip olacağı durum arasındaki farka hükmedilir. FSEK’e göre, mali

¹⁶⁶ Ayiter, s. 126; Gökyayla, Telif, s. 161.

¹⁶⁷ Ayiter, s. 262.

¹⁶⁸ Ayiter, s. 262

¹⁶⁹ Karahasan, s.69.

haklara tecavüz halinde, fikri hak sahibi ile tecavüz eden arasında bir haksız fiil ilişkisi doğar. FSEK m. 70/2’de haksız fiile dayanılarak açılan tazminat davalarında da TBK’nın haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır¹⁷⁰.

FSEK’te maddi tazminat davasının konusunu, hak sahibinin tecavüze uğrayan mali hakları ve bundan kaynaklanan maddi zararı oluşturur. FSEK m. 70/2’de belirtilen bu mali haklar konunun daha iyi anlaşılması amacıyla aşağıda açıklanmıştır.

1. İşleme Hakkı

FSEK m. 21’e göre; bir eserden onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. İşlenme eser, FSEK m. 6’da; “ *Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip bu esere nispetle müstakil olmıyan fikir ve sanat mahsülleri...*” olarak ifade edilmiş, örnekleyici bir şekilde maddede sayılmıştır. İşlenme ile niteliği açısından asıl esere bağlı, fakat iktisaden bağımsız yeni bir eser meydana gelir. Eserin işlenmesi, bir eserin hususiyet taşıyan başka bir şekle sokulmasıdır ve işleme sonucu ortaya çıkan eser, hem asıl eser sahibinin hem de işleyenin yaratıcı zihinsel faaliyetine dayanmaktadır¹⁷¹.

İşleme hakkı, eser sahibinin, eserin işlenmelerinin umuma arzına veya iktisaden semerelendirilmesine izin verme yahut bunu yasaklama şeklindeki mali hakkıdır¹⁷².

İşlenme eseri meydana getirme yetkisi, eser sahibine ait olduğu gibi, bunun sonucunda meydana gelen eserden ekonomik olarak yararlanma hakkı da eser sahibine aittir. Eser sahibi bu hakkı bizzat kullanabileceği gibi, bir başkasına da devredebilir¹⁷³. Ancak bu devrin kamuya sunma amaçlı yapılması gerekir; aksi halde bir kişinin fikir ve sanat eserlerini yayımlama ve kâr amacı gütmeksizin şahsen kullanımla sınırlı kalacak şekilde işlemesi FSEK m. 38/1-2 uyarınca serbesttir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Arslanlı, s. 220; Öztrak, s. 82.

¹⁷¹ Fırat Öztan, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşleme Eserler”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, (Kısaltma: İşleme Eser) Ankara 1998, s. 222.

¹⁷² Ayiter, s. 126.

¹⁷³ Gökyayla, Telif, s. 162.

¹⁷⁴ Ayiter, s.126; Erel, s. 159; Gökyayla, Telif, s. 162.

Bir işlemenin sahibi de m. 20 uyarınca kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir. Bu hükümde, asıl eser sahibinin hak sahipliği ile işleme eser sahibinin hak sahipliği çatışmaktadır. Asıl esere bağlı, fakat ondan müstakil bir eser meydana getiren işleyen, mali haklarını, asıl eser sahibinin izin verdiği ölçüde kullanabileceği esası benimsenerek, kanunda bu menfaatler çatışması çözülmeye çalışılmıştır¹⁷⁵.

İşleme hakkının devri tüm mali haklarda olduğu gibi FSEK m. 52 uyarınca yazılı şekil kuralına tâbidir. Bunun dışında hangi işleme türünün de devredildiğinin açıkça sözleşmede belirtilmesi gerektiği, aksi halde “bütün işleme haklarının devri” yönündeki kayıtların geçersiz olduğu doktrinde kabul edilen bir görüştür¹⁷⁶. Ancak bu durumda FSEK m. 48’de yer alan, eser sahibinin mali haklarını yer, süre ve içerik itibarı ile sınırlı ya da sınırsız olarak devre konu edebileceği hükmü bir çelişki yaratmaktadır¹⁷⁷. Zira m. 48 hükmüne göre bir eser üzerindeki işleme hakkını sınır olmaksızın devralan kişi, işleme hakkının her türünü kullanabilecektir. Bu nedenle doktrinde yer alan bir görüş, bu şekildeki devirlerin geçersiz olduğunu, sözleşmede mutlaka yer, süre ve içerik açısından bir sınırlama yapılması gerektiğini savunmuş, bu açıdan eser sahibinin menfaatlerini üstün tutmuştur¹⁷⁸. Doktrinde bu fikre karşılık olarak, eşit kuvvete sahip olan kanun maddelerinden birinin yorum yoluyla yok sayılmasının mümkün olmadığı fikri savunulmuştur¹⁷⁹.

Kanaatimizce, bir mali hakkın devrinde, yazılı şekil şartının yanı sıra, yer, süre ve içerik açısından sınırlamalarının da belirtilmesi karışıklığı önleme açısından uygun bir davranış olacaktır. Ancak herhangi bir sınırlama belirtilmeksizin yapılan hak devri işleminin doğrudan geçersiz sayılması kabul edilemez. Burada TBK m. 19 uyarınca tarafların asıl iradeleri göz önünde bulundurulmalı ve sözleşme ayakta tutulmalıdır¹⁸⁰. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere, işleme hakkı alt türleri olan bir haktır ve açıkça

¹⁷⁵ Ayiter, s. 126-127.

¹⁷⁶ Erel, s. 159; Gökyayla, Telif, s. 162-163.

¹⁷⁷ FSEK m. 48 hükmünün eleştirisi hakkında bkz.; Gürsel Üstün, Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları II, (Kısaltma: Bilirkişi II), İstanbul 2001, s. 81 vd.; Ünsal Piroğlu, “Eserden Doğan Hakların Devri ve FSEK 48-52 Çelişkisi”, (Kısaltma: FSEK 48-52 Çelişkisi), Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C:II, Ankara 2010, s. 1849 vd.

¹⁷⁸ Üstün, Lehe Yorum, s. 63-119; Üstün, Bilirkişi II, s. 83-84.

¹⁷⁹ Piroğlu, FSEK 48-52 Çelişkisi, s. 1852; Suluk/Orhan, s. 606, dn. 5.

¹⁸⁰ Arpacı, s. 28-29.

hangi türünün devredildiğinin belirtilmesi uygulama açısından sıkıntı yaratmayan bir çözüm olacaktır. İşleme türü belirtilmemişse, genel kaide olan, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

İşleme hakkını devralan üçüncü şahıs, o işleme türüne mahsus olarak, kendi işleme üzerinde eser sahipliğinden doğan tüm hak ve yetkileri haizdir ve bu haklarını kullanabilmesi için devir sözleşmesinde ayrıca bunun belirtilmesine ya da eser sahibinden izin alınmasına gerek yoktur¹⁸¹. Bir romanın çeviri hakkını devralan kişi, o çeviriden doğan çoğaltma ve yayma haklarını kullanabilir. Fakat yukarıda açıklandığı üzere FSEK m. 20 hükmü, “...asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette...” ifadesini kullanarak, kanunda menfaatler çatışmasını engellemeye çalışmıştır¹⁸². Bu açıdan, romanın çevirisini yapan kişi, bu çevirinin piyes haline getirilmesi hakkına sahip değildir ve işleme eser üzerinden başka bir işleme eser meydana getirilmesi, hem işleyenin hem de asıl eser sahibinin iznine tabidir¹⁸³. Bu durumda, burada FSEK m. 9 ve 10. maddeleri uygulanabilir¹⁸⁴.

İşleme hakkına yapılan bir tecavüz halinde eser sahibi, mütecavize karşı tüm hukuk ve ceza davalarını açabilir.

2. Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma hakkı, FSEK m. 22’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” Çoğaltma bu açıdan, eserin tekrarlanması imkanını veren bir eser nüshasının elde edilmesidir¹⁸⁵. Asıl eserden tek bir nüshanın dahi çıkarılması çoğaltmadır¹⁸⁶. Hangi usul ya da maddeyle yapıldığı önemli değildir¹⁸⁷.

Çoğaltma hakkı, eserden ekonomik menfaat sağlayan en önemli yoldur ve bu sebeple çoğaltma hakkı eser sahibinin mali haklarından belki de en önemlisidir. Bu hak

¹⁸¹ Erel, s. 159; Tekinalp, s. 172.

¹⁸² Ayiter, s. 126; Erel, s. 160.

¹⁸³ Arslanlı, s. 96; Öztrak, s. 56; Gökyayla, Telif, s. 164.

¹⁸⁴ Gökyayla, Telif, s. 164.

¹⁸⁵ Arslanlı, s. 97; Ayiter, s. 128; Tekinalp, s. 173; Memiş, s. 113.

¹⁸⁶ Arslanlı, s. 97; Ayiter, s. 128; Öztrak, s. 57; Gökyayla, Telif, s. 166; Memiş, s. 113; Ateş, Alenileşme, s.240.

¹⁸⁷ Ayiter, s. 128; Yarsuvat, s. 134; Gökyayla, Telif, s. 166.

eser sahibi tarafından bizzat kullanılabileceği gibi, eser sahibi bu hakkını bir başkasına da devredebilir. Hatta işleme ve yayma haklarının devri, genelde zorunlu olarak çoğaltma hakkının da devrini içerir; fakat tersi genelde mümkün değildir¹⁸⁸.

Çoğaltma, eserin geçici¹⁸⁹ ya da kalıcı ve maddi bir cisme tespit edilmesidir ve bu tespit ikinci bir kopya çıkarılmasına imkan verecek nitelikte olmalıdır¹⁹⁰. Bu tespit vasıtasıyla asıl eserden hangi yoldan yararlanmak mümkün ise, eserin o yoldan tekrarına imkan vererek bir örneği çıkartılmalıdır¹⁹¹. Tespit edilmemiş bir eserin ilk tespiti de çoğaltmadır¹⁹².

FSEK m. 22/2'ye göre; “Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.” Maddede çoğaltma kavramı son derece geniş tutulmuş, ileride geliştirilecek yöntemler de kapsam dahiline alınmıştır.

Çoğaltma hakkı FSEK m. 30/1, 31, 37, 38/1 ve 40/1 hükümlerinde çeşitli sebeplerle sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu hallerde eserin koruma süresi dolmasa dahi eser serbestçe çoğaltılabilir.

Çoğaltma hakkının ihlali halinde, mütecavize karşı hukuk ve ceza davalarına başvurmak mümkündür.

¹⁸⁸ Arslanlı, s. 96; Erel, s. 162; Gökyayla, Telif, s. 166.

¹⁸⁹ FSEK m. 22/1 ve 3'e göre, eserin, geçici olarak da çoğaltılması mümkün olduğundan, çoğaltma da her zaman kalıcı bir tespitten söz etmek mümkün değildir.

¹⁹⁰ Arslanlı, s. 97; Erel, s. 164; Gökyayla, Telif, s. 167.

¹⁹¹ Akın, s. 116. Ancak dizgisi tamamlanmamış kitap baskıya geçilmediği müddetçe çoğaltılmış sayılamaz; Arslanlı, s.98; Erel, s.140.

¹⁹² Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.77. Dijital ya da elektronik araçlarla çoğaltma yapılabilir. Bir eserin disket ya da CD'ye kaydedilmesi, Mp3 formatına dönüştürülmesi, filesharing sisteminin kullanılması suretiyle internette müzik paylaşımı, hem müzik eserini yükleyen hem de kendi bilgisayarına indiren açısından çoğaltma sayılmaktadır; Memiş, s. 115; Savaş Bozbel, “Müzik ve Sinema Sektörü için Bir Fırsat mı Tehdit mi? İnternette Dosya Paylaşımı (P2P File Sharing)- Yeni Gelişmeler ve Düzenlemeler Işığında Bir Değerlendirme”, (Kısaltma: P2P), Bilişim Hukuku, Mete Tevetoğlu (Der.), İstanbul 2006, s. 207. Bir eseri bilgisayarın hard diskine kaydetmek ya da geçici hafızasına (RAM) kaydetmek de bir çoğaltmadır, Memiş, s. 112-113,115; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 78.

3. Yayma Hakkı

FSEK m. 23'te düzenlenen yayma hakkı, eserin ya da eserin nüshalarının kamuya sunulması veya bunların yayılması suretiyle eserden yararlanılması hakkını içerir¹⁹³. Yayma hakkı eser sahibine, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkını tanımaktadır. Madde metninde yer alan bu haklar “diğer yollarla” denilmek suretiyle sınırlayıcı değil, örneklendirici şekilde sayılmıştır. Madde metninde “nüsha” tanımı yapılmamıştır, ancak nüsha deyiminden “maddi şekilde” gerçekleşen faydalanmayı anlamak gerekir¹⁹⁴. Eserin gayri maddi içeriği yayma hakkına konu olmaz¹⁹⁵.

Eser üzerindeki yayma hakkı ile eserin yayımlanması birbirinden farklı kavramlardır. Yayım FSEK m. 7/2'de tanımlanmış ve “*Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu açıdan yayım ancak eserin aslının nüshalar şeklinde çoğaltılabileceği eserler için söz konusudur¹⁹⁶. Oysaki her ne kadar yayma ve çoğaltma hakları genelde iç içe geçmiş olsa da, yayma hakkının kullanılabilmesi için eserin çoğaltılması şart değildir. Zira bu hakların her biri bağımsız niteliktedir. Eseri yayma mali bir hak iken, eserin yayımlanması, eser nüshalarının umuma arz yoluyla aleniyete kavuşturulma şeklidir¹⁹⁷.

Yayma hakkının kullanılması her zaman kâr elde etme amacını taşımaz¹⁹⁸. Eser sahibi sadece fikirlerinin yayılması ya da tanınmak amacıyla eserin yayınlanmasını ve halkın onu görüp değerlendirilmesini arzu etmiş olabilir¹⁹⁹, bu açıdan eser sahibinin mali fayda elde etmeksizin eserin yayılmasını istemesi mümkündür²⁰⁰.

FSEK m. 23/2 hükmü, “*Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı*

¹⁹³ Ayiter, s. 133.

¹⁹⁴ Gökyayla, Telif, s. 172; Bozbel, P2P, s. 210.

¹⁹⁵ Memiş, s. 110-112; Bozbel, P2P, s. 210.

¹⁹⁶ Erel, s. 106.

¹⁹⁷ Erel, s. 105.

¹⁹⁸ Erel, s. 127.

¹⁹⁹ Arslanlı, s. 101.

²⁰⁰ Gökyayla, Telif, s. 170.

münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.” ifadelerine yer vermiştir. Hüküm belirli sınırlamalarla tükenme ilkesini içermektedir; mülkiyetin devredildiği eser nüshalarının tekrar satılabilmesi, tükenme ilkesinin varlığını gösterir²⁰¹.

FSEK m.23/3 hükmü ise, *“Bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması veya ödünç verilmesi şeklinde yayımı, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açamaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kültür Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”* ifadesi ile eser sahibinin çoğaltma ile elde edeceği menfaati koruma gayesindedir.

Yayma hakkının ihlali halinde, ihlal edene karşı, hak sahibince hukuk ve ceza davaları açılabilir.

4. Temsil Hakkı

FSEK m. 24’te yer alan temsil hakkı, *“Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarıyan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı...”* olarak ifade edilmiş ve bu hak münhasıran eser sahibine verilmiştir. Maddedeki sayım sınırlayıcı değil, örneklendiricidir ve “gibi” ifadesi bunu anlatmaktadır. Bu açıdan eseri duyular yoluyla algılanmaya müsait hale getiren her fiil, temsil kavramı içine girer²⁰².

Temsil hakkının kullanılmasında iki unsur önem taşır: Öncelikle eserden yararlanma imkanı veren aktarmanın geçici ve uçucu olması²⁰³; ikinci olarak bu aktarmanın kamunun istifadesine uygun umumi bir yerde meydana gelmesi

²⁰¹ Tekinalp, s. 179; Erel, s. 177-173; Gökyayla, Telif, s. 172, dn. 543.

²⁰² Ayiter, s. 137.

²⁰³ Arslanlı, s. 105; Ayiter, s. 136; Erel, s. 176.

gerekmektedir²⁰⁴. Umum kavramı her hak için farklı olduğundan, somut olayın özelliklerine göre kavramın içinin doldurulması gerekir.

Kanun, temsili doğrudan temsil ve dolaylı temsil olmak üzere ikiye ayırmıştır. Doğrudan temsilde eser, arada hiçbir vasıta olmaksızın doğrudan doğruya icra edilmektedir. Dolaylı temsilde ise, eser öncelikle onu tespite yarayan bir vasıtaya kaydedilmekte ve bu vasıta aracılığıyla kamuya sunulmakta ya da icra edildiği yerden başka bir yere vasıtalarla nakledilmek suretiyle temsil edilmektedir²⁰⁵. Doktrinde bu ayrımın pratik bir yararının olmadığı görüşünün²⁰⁶ yanı sıra, bizim de katıldığımız bir başka görüş, temsil hakkının devri açısından ayrımın önem taşıdığını, zira sözleşmede aksi hüküm bulunmadıkça devrin yalnızca doğrudan temsili kapsayacağını²⁰⁷ ifade etmiştir. Doktrinde dolaylı temsilin, doğrudan temsili tamamlayıcı bir karakterde olması ve yayın hakkını ihlal etmemesi gerektiği de savunulan bir görüştür²⁰⁸.

FSEK m. 24/2'ye göre, “*Temsilin umuma arzedilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere her hangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.*” Bu durumda örneğin temsilin, vukubulduğu salonun dışına hoparlör vasıtasıyla aktarılması için eser sahibinin izni gerekecektir²⁰⁹. Eserin doğrudan temsil edildiği yerler dışında o mekana çok uzak olmayan komşu mekanlarda, dev ekran, hoparlör, projeksiyon gibi teknik vasıtalarla eş zamanlı nakli, dolaylı temsildir. Ancak bir konserin televizyonda canlı olarak yayınlanması temsil değil, yayın (umuma iletim) teşkil edecektir²¹⁰. Radyo ve TV gibi yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla eserin iletimi, FSEK m. 25'te ayrı bir mali hak olarak tanımlanmıştır.

Temsil hakkının ihlali halinde, ihlal edene karşı, hak sahibince hukuk ve ceza davaları açılabilir.

²⁰⁴ Erel, s. 176.

²⁰⁵ Erel, s. 178.

²⁰⁶ Ayiter, s. 137.

²⁰⁷ Erel, s. 178; Gökyayla, Telif, s. 173-174; Bozbel, P2P, s. 211; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 86.

²⁰⁸ Bozbel, Yayın, s. 129.

²⁰⁹ Arslanlı, s. 106-107; Ayiter, s. 137.

²¹⁰ Savaş Bozbel, “Radyo ve TV Yayınlarının Umuma Açık Mahallerde Gösterilmesi” (Kısaltma: Radyo ve TV), Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C:II, İstanbul 2010, s.1318; Bozbel, Yayın, s. 128.

5. İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

FSEK m. 25 işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkını düzenlemektedir. Buna göre, “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil 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.*” Bu açıdan umuma iletim hakkı eserin yayınında yararlanılacak vasıtaları saymıştır ve hüküm ilerideki teknik gelişmeleri de kapsamaktadır²¹¹. Eser sahibinin umuma iletim hakkının konusu, eserin gayrimaddi muhtevasıdır²¹².

Aslında eserin elektromanyetik dalgalarla yayını, bir dolaylı temsil türüdür. Ancak radyo, televizyon gibi vasıtaların daha geniş kitlelere hitap etmesinde taşıdığı önem dikkate alınarak, eserin bu yoldan temsilinin başlı başına bir mali hak olarak sayılması uygun görülmüştür²¹³.

Umuma iletim hakkı; eserin radyo-televizyon ve benzeri telli/telsiz veya dijital aletler aracılığı ile yayınına izin vermek, yayınlanan eserin ilk kuruluşun yayınından alınarak başka kuruluşlar tarafından tekrar yayınlanmasına izin vermek, eserin telli veya telsiz araçlarla umuma sunulması ve eser sahibinin eserini kendisinin seçtiği bir yer ve zamanda umuma iletmesi yani erişilebilir kılma yetkilerini kapsar²¹⁴.

FSEK m. 25/3 hükmü ise, umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumunun eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez, düzenlemesine yer vermiştir.

²¹¹ Ayiter, s. 139; Erel, s. 183.

²¹² Memiş, s. 116; Bozbel, Yayın, s. 126.

²¹³ Arslanlı, s.190; Ayiter, s. 143; Öztrak, s. 60; Erel, s. 183; Gökayla, Telif, s. 176.

²¹⁴ Tekinalp, s. 181; Erel, s. 184; Arkan, s. 30; Bozbel, Radyo ve TV, s. 1320; Bozbel, Yayın, s. 129. Ayrıca bkz. Ceyda Cimilli, “Erişilebilir Kılma Hakkı”, Bilişim Hukuku, Mete Tevetoğlu (Der.), İstanbul 2006, s. 193 vd.

Umuma iletim hakkı devre müsaittir ancak devir kural olarak ilk yayını kapsar ve yeniden yayın için eser sahibinin ayrıca izin vermesi gerekmektedir²¹⁵.

Umuma iletim hakkının ihlali halinde, ihlal edene karşı, hak sahibince hukuk ve ceza davaları açılabilir.

6. Pay ve Takip Hakkı

Pay ve takip hakkı kanunda mali haklar içerisinde sayılmamış, FSEK m. 45'te düzenlenmiş, eser sahibi ya da mirasçılara ek mali faydalanma imkanı²¹⁶ sunan bir haktır. Pay ve takip hakkı, eserin satışından sonra, eserin büyük bir oranda değer kazanması halinde, eser sahibi veya mirasçılarının bu değer artışından pay almasını sağlayan bir haktır²¹⁷. Esas itibarı ile fikri hukukta düzenlenen mali haklardan olmasına rağmen, hukuk tekniği açısından isabetli olmayan bir şekilde, FSEK m.42 ve devamında hükümete tanınan yetkilere ilişkin hükümler arasında yer alması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir²¹⁸. Bu açıdan hakkın, eser sahibinin son mali hakkı olan umuma iletim hakkından sonra düzenlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Madde metninde “*Mimarî eserler hariç olmak üzere, bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan güzel sanat eserlerinin asılları ile eser sahibinin kendisinin sınırlı sayıda meydana getirdiği veya eser sahibinin kontrolünde ve izniyle meydana getirilmiş ve eser sahibi tarafından imzalanmış veya başka bir şekilde işaretlenmiş olmaları nedeniyle özgün eser olduğu kabul edilen kopyaları, 2 nci maddenin (1) numaralı bendinde ve 3 üncü maddede sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından biri...*” ifadesine yer verilerek, sınırlı sayım esası gözetilerek pay ve takip hakkının kullanılabilmesi eserler belirtilmiştir.

²¹⁵ Erel, s.184; Gökyayla, Telif, s.177; Bozbel, Yayın, s. 119.

²¹⁶ Ayiter, s. 145.

²¹⁷ Tekinalp, s. 185; Erel, s. 187.

²¹⁸ Ayiter, s.145; Erel, s. 187; Yarsuvat, s. 149; Gökyayla, Telif, s. 179; Ateş, Hakların Kapsamı, s. 198; Nuran Aral, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bağlamında Mali Haklar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 2002), s. 75; Ayşenur Şahin, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması (Kısaltma: Mali Haklar), İstanbul 2010, s. 146-147; Ayşenur Şahin, “Fikri Hukukta Eser Sahibinin Pay ve Takip Hakkı”(Kısaltma: Pay ve Takip Hakkı), Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, Tekin Memiş (Ed.), İstanbul 2011, s. 533.

Tükenme ilkesinin bir istisnasını teşkil eden²¹⁹ pay ve takip hakkının kullanılabilmesi için, eserin bir sergide veya açık arttırmada yahut bu gibi eşya satan bir mağazada veya başka şekillerde satılması gerekir²²⁰. Hakkın ileri sürülebilmesi için, son satış bedeli ile bir önceki satış bedeli arasında açık bir nispetsizlik bulunmalıdır. Hakkın kullanılabilmesi, ancak eserin koruma süresi içinde mümkündür ve tıpkı diğer mali haklar gibi devre müsaittir.

B. Maddi Tazminat Davasının Koşulları

1. Genel Olarak

Eser üzerindeki mali hakkın ihlali genellikle haksız fiil niteliği taşımaktadır. Ancak bazı durumlarda tecavüz, sözleşmeye aykırılık nedeniyle de söz konusu olabilir. Örneğin, bir yazar ile yayınevi bir eserin 1000 adet basılması hususunda bir sözleşme yapmışlar ise yayınevini bu eseri 2000 adet basması da tecavüz teşkil eder ve burada tazminat hükümlerinin uygulanmaması düşünülemez. Fakat bu halde, eser sahibi talebini isterse TBK genel hükümleri uyarınca sözleşmeye aykırılık hükümlerine isterse de haksız fiil hükümlerine dayandırabilir. Genellikle bu gibi hallerde hükümler arasında bir yarışma söz konusudur.

Haksız fiil sorumluluğunda, TBK m. 49 uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bu açıdan haksız fiil karşısında eylemi gerçekleştirenin maddi sorumluluğunu düzenleyen madde metni, maddi tazminata hükmedilebilmesi için bazı şartların varlığını aramıştır. Bu şartlar hukuka aykırı fiil, zarar, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı ve kusurdur.

FSEK’te sınırlı bir şekilde sayılmış olan mali haklar, hak sahibine eserden ekonomik olarak yararlanma yetkisi sunmaktadır ve haklar herkese karşı ileri sürülebilecek niteliktedir. FSEK m. 70/2 hükmü, “*Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.*” ifadesine yer vererek, tazminat açısından hem maddi hem de manevi tazminatı içerir bir şekilde, TBK’nın genel hükümlerine yollama yapmıştır. Daha önce

²¹⁹ Ayiter, s. 145; Gökyayla, Telif, s. 179; Şahin, Pay ve Takip Hakkı, s. 534.

²²⁰ Arslanlı, s. 114.

de değinildiği gibi, kanun koyucu bu şekilde bir yollama yapmamış olsaydı dahi, TBK haksız fiil hükümleri uygulanarak, mali hakkı haleldar edilen hak sahibi tazminat talep edebilirdi.

Mali hakların ihlali halinde maddi tazminat davası açılabilmesi için, FSEK m. 70/2 hükmü her ne kadar sadece kusur şartından²²¹ söz etmiş ise de, bunun yanında TBK m. 49'a yapılan atıf gereğince, haksız fiil unsurlarının da bulunması gerekmektedir. Buna göre, bir mali hak ihlal edilmiş olmalı, bu ihlal hukuka aykırı olmalı, hak sahibi bir zarara uğramalı, hakkın ihlali ile uğranılan zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalı ve mali hakkı ihlal eden failin kusurunun bulunması gerekmektedir. Aşağıda bu şartlara daha ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

2. Hukuka Aykırılık

Mali haklara tecavüz sebebiyle tecavüz edenin tazminatla yükümlü tutulabilmesi için bir haksız fiilin varlığı gerekir. Haksız fiilin ortaya çıkması için öncelikle bir fiile gerek vardır. Bu fiil yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşebilir. Bu fiilin hukuka aykırı olması da şarttır. Hukuka aykırılık sorumluluğun objektif şartıdır. Zira fiil haklı veya hukuka uygun olursa ortada haksız fiilden doğan bir sorumluluktan da söz edilemeyecektir. TBK m. 64'te yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde hukuka aykırılıktan söz edilemez.

FSEK m. 70/2 hükmünde yer alan “*mali hakları haleldar edilen kimse*” ibaresiyle, mali hakkın ihlalinin açıkça beklendiği anlaşılmaktadır. Bu durum da hukuka aykırı bir fiilin tartışmasız bir şekilde olması gerektiğinin kanıtıdır. Bu fiil, eser sahibine kanun tarafından bahşedilen mali yetkilere haksız bir saldırı şeklinde gerçekleşir. Eser sahibinin bu yetkileri, yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere kanunda sayılmış ve nispeten sınırları çizilmiştir. Ancak bu yetkilerin herhangi birinin ihlali halinde, ihlal boyutlarının her hak için ayrı ayrı incelenmesi ve hangi hakların ihlal edildiğinin kararda ayrıca belirtilmesi gerekecektir.

²²¹ **Yarg. 11. HD. 24.10.1989, 1989/2085 E., 1989/5647 K.** ; *mali hakları haleldar edilen kimsenin ayrıca tazminat talep edebilmesi için FSEK m. 70/II uyarınca ihlalde bulunanın kusurlu olması gerekir* (Çevrimiçi: www.hukukturk.com, 30.09.2012).

Davacıya ait güzel sanat eseri vasfındaki kedi konulu fotoğrafın bir dergide izinsiz olarak yayınlanması²²², özgün biçimde tasarımlanan bilgi işlem programının izinsiz olarak kopyalanıp kendi çalışması gibi internet ortamında yayınlanması²²³, “Barbunya Balıkları” resminin izinsiz kopyalanıp davalı tarafından çoğaltılması ve satışa sunulması²²⁴, mimari projenin müellifinden izin alınmaksızın binaya yapılan ilavelerin binanın sağlamlığını ve emniyetini sağlamak amacıyla değil, doğrudan doğruya binayı büyütme ve kullanım alanını genişletme amacıyla yapılması²²⁵ Yargıtay tarafından haksız fiil olarak nitelendirilip, hakkı ihlal edenlerin tazminata mahkum edildiği fiillere örnektir.

3. Maddi Zarar

Mali haklara tecavüz nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için hak sahibinin tecavüz nedeniyle bir zarar görmüş olması şarttır. Zararın olmaması halinde kişi kusurlu bir fiil gerçekleştirse dahi tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz.

Tazminat davası ile mali hak sahibinin malvarlığının tecavüzden önceki ve sonraki durumu arasındaki fark giderilmeye çalışılır. Maddi zarar, fiili zarar ile yoksun kalınan kâr kalemlerinden oluşabilir; fakat FSEK’te zarar genellikle kârdan yoksun kalma şeklinde oluşur.

Mali hakların ihlali nedeniyle zarara uğradığını iddia eden davacı, Borçlar Hukukunun genel ilkelerine göre, zararını ispat etmek durumundadır (TBK m.50). Ancak daha önce de değinildiği gibi, yoksun kalınan kârın ispatı çoğu zaman zor olduğu için, kanun koyucu TBK m. 50/2 düzenlemesine yer vermiş ve hâkime takdir hakkı tanımıştır. Yargıtay da bir kararında, “...davacıya ait heykelin önceki belediye tarafından telif hakkı verilerek satın alındıktan ve Altınpark içinde bulunan havuzda Ankara halkının gösterisine sunulduktan sonra, seçimle belediye başkanı olan davalının eseri ahlaka aykırı bularak ‘ben böyle sanatın içine tüküreyim, ahlaksızlığın adını sanat koymuşlar’ biçiminde beyanda bulunup, eseri olduğu yerden kaldırtması ile onun kendisine sağlayacağı maddi yararlarından yoksun kalması sonucunu doğuracağından,

²²² Yarg. 11. HD: 20.06.2005, 2005/7450 E., 2005/6622 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 30.09.2012).

²²³ Yarg. 11. HD: 22.09.2003, 2003/2117 E., 2003/8131 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 30.09.2012).

²²⁴ Yarg. 11. HD: 02.02.2002, 2002/1113 E., 2002/4255 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 30.09.2012).

²²⁵ Yarg. 11. HD: 06.07.1998, 1998/3202 E., 1998/5147 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 30.09.2012).

*maddi zarara uğradığı da kabul edilmelidir.*²²⁶ şeklinde hüküm kurarak yoksun kalınan kârın da maddi tazminat talebini oluşturabileceğini göstermiştir.

Maddi zarar, fiili zarar ya da yoksun kalınan kâr şeklinde oluşabilir. Ancak zarara sebep olacak ortam, tecavüz'ün ref'i davası ile ortadan kaldırılmış ise, örneğin kitap nüshaları kaldırılmış, kalıplar imha edilmiş yahut uygun bir bedelle hak sahibine devredilmişse, zarar sadece uğranılan fiili zarar ile sınırlı olabilir²²⁷.

Müteceviz tarafından izinsiz olarak mali hakların kullanılması, Yargıtay tarafından farazi sözleşme olarak da nitelendirildiği gibi, FSEK m. 68 uyarınca giderilmiş ise, bu durumda mevcut kâr yoksunluğu değil, hak sahibi, FSEK m. 68'deki "mutad bedel" yanında ayrıca FSEK m. 70/2 uyarınca fiili zararını da isteyebilmelidir.

4. İlliyet Bağı

Hukuka aykırı bir fiilde bulunan kişi, zarar ile neden olduğu olay arasında bir sebep sonuç ilişkisi mevcut ise ancak tazminattan sorumlu tutulabilir. Maddi tazminat talep edebilmek için genel hükümler çerçevesinde, hukuka aykırı bir saldırı ve maddi zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Yukarıda değindiğimiz üzere, eser sahibinin mali haklarından herhangi birine hukuka aykırı bir saldırı gerçekleştiğinde bu eylem neticesinde hak sahibinin maddi bir zarara uğraması gerekmekte yani malvarlığında bir azalma olmalıdır. Uğranılan maddi zarar hakkın ihlal edilmesiyle sıkı bağlantı içinde olmalıdır.

5. Kusur

Eser sahibi ya da hak sahibinin mali hakkını ihlal eden failin, eylemini kusurlu olarak gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Sorumluluğun subjektif şartı olarak kabul edilen kusurun, kast veya ihmâl suretiyle gerçekleşebileceğine yukarıda²²⁸, manevi tazminat davası açıklanırken değinildiği için burada ayrıntıya girilmeyecektir. Ancak FSEK m. 70/2 hükmü, manevi tazminat davasından farklı olarak, madde metni

²²⁶ Yarg. 4. HD: 17.11.1998, 1998/4939 E., 1998/8994 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 30.09.2012).

²²⁷ Sadece mahkeme masrafları gibi, Öztrak, s. 82

²²⁸ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, II. Manevi Tazminat Davası, B. Manevi Tazminat Davasının Koşulları, 5. Kusur, a. Genel Olarak Kusur Sorumluluğu.

içerisinde açıkça kusura yer vermiştir. Bu nedenle kusur mali haklara tecavüz halinde maddi tazminat için açıkça aranan bir koşuldur ve manevi hak ihlali halinde açılabilen tazminat davalarında kusurun aranıp aranmadığı yönündeki tartışma bu hüküm kapsamında söz konusu olmayacaktır²²⁹. Kusurun niteliği, derecesi, ağırlığı, TBK'nın genel hükümlerine göre takdir edilecektir. Kusurun derecesi, tazminat miktarının belirlenmesinde önemlidir (TBK m.51).

C. Maddi Tazminat Davasının Tarafları

1. Davacılar

FSEK m. 70/2 hükmü, “*mali hakları haleldar edilen kimsenin*” mali haklara tecavüz nedeniyle tazminat davasının açabileceğine işaret etmektedir. Bu hüküm kimlerin davacı olabileceğine tam bir açıklık getirmese de, genel kurallar gereği içi doldurulabilecektir.

Mali haklar, eser sahibine, eserden ekonomik olarak yararlanma hakkı tanıdığından, bu haklar ihlal edildiğinde eser sahibinin tazminat davası açması tartışılmayacak bir husustur. Kural olarak eser sahibine ait olan dava hakkı, müşterek eser sahipliğinde, her parça için onu yaratan eser sahibine, iştirak halinde eser sahipliğinde ise, eser sahiplerinin tümüne aittir; ancak birlik menfaatlerine tecavüz olduğu hallerde tek başına hareket edebilir (FSEK m. 10/2). Manevi haklara tecavüz halinde açılan manevi tazminat davasında da değinildiği gibi²³⁰, eser sahiplerinden birinin dava açması halinde tazminat miktarının nasıl bölüştürüleceği problemi müşterek alacaklılık hükümleri uygulanarak çözümlenmelidir.

²²⁹ Durgut, s. 1086; Demir, s. 100. Bunun dışında, uygulamada kusursuz olarak gerçekleşen tecavüze az da olsa rastlanılmaktadır. FSEK m. 54 bunun en iyi örneğidir. Örneğin, A ile B arasında gerçekleşen eser üzerindeki hakkın devrine ilişkin sözleşme uyarınca, B, hakkı devraldığını düşünerek eser ya da eser üzerindeki hakka ilişkin bazı tasarruflarda bulunabilir. Fakat A'nın aslında hak sahibi olmadığını düşünürsek, B de hak sahibi olamayacaktır. Bu durumda B'nin fiili tecavüz teşkil etse de kusuru bulunmamaktadır. FSEK m. 54 hükmü; “*Mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyetli olmıyan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.*” şeklindedir. Bu durumda hakkı devralanın iyi niyeti koruma görmeyecek, kusursuz dahi olsa gerçek hak sahibine karşı sorumlu olacaktır.

²³⁰ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II. Manevi Tazminat Davası, C. Manevi Tazminat Davasının Tarafları, 1. Davacılar.

FSEK m. 18/2 uyarınca, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerinde kullanma hakkına sahip olan çalıştıran da maddi tazminat davası açabilir²³¹.

FSEK, mali hakların devir ve intikaline olanak tanımıştır. Kanun koyucu mali haklar açısından hem hakkın kendisinin hem de kullanma yetkisinin devredilebileceğini benimseyerek; hakkı, hak sahibinin malvarlığından çıkaran bir işlem olan devir ile hakkın özünün hak sahibinin malvarlığında kalmaya devam ettiği lisansa imkân tanımıştır²³². Eser sahibi bir ya da birden fazla mali hakkını devredebileceği gibi yine mali haklar üzerinde yer, süre ve içerik sınırlamasıyla devir işlemi de gerçekleştirebilecektir. Bu durumda hakkı devralan hak sahibi, hangi hakkı devraldıysa, o hakka yapılan tecavüz nedeniyle tazminat davası açma hakkına sahip olacak²³³, mali hakkı hangi sınırlamalarla devraldıysa o ölçüde haktan yararlanabileceğinden o sınırlamalarla tazminat talep edebilecektir. Örneğin, bir resmin yalnızca bir kartpostal yapılması için mali hakkı devralan kişi, yalnızca kartpostala ilişkin mali hakların ihlali halinde tecavüz davası açabilecektir²³⁴.

²³¹ İşçi ile işveren arasında bu konuda yazılı bir sözleşmenin olması gerekmemektedir. “...mahkemece FSEK’nun 18 inci maddesi uyarınca çalıştıran kişilerin mali hakları kullanma yetkisine sahip olabilmesi için aynı Yasa’nın 52 inci maddesine göre taraflar arasında yazılı sözleşme bulunması gerektiği kabul edilmiş ise de, FSEK’nun 18 inci maddesine göre çalıştıran veya tayin eden edile tanınan mali hakları kullanma yetkisi; koşulların varlığı halinde, kanundan doğan bir yetkinin kullanılması hakkı olup taraflar arasında aksine ilişkin bir sözleşmenin bulunmaması halinde yasa gereği kendiliğinden kazanılır. Bu nedenle, davalı tarafın FSEK’nun 18 inci maddesine dayalı savunmasının araştırılarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, taraflar arasında FSEK’nun 52 inci maddesine uygun bir sözleşme bulunmadığından bahisle yazılı şekilde karar verilmesi isabetli değildir.” **Yarg. 11. HD.23.10.2008, 2007/3470 E. ve 2008/11725 K.**, karar metni için bkz. **Funda Cinoğlu**, Eser Üzerinde İşverenin Hak Sahipliği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, S.B.E., 2010), s. 52-53. İşçinin çalıştığı süreden önce ya da sonra meydana getirdiği eserlerde çalıştıranın hak sahipliği söz konusu olmayacaktır. **Yarg. 11. HD. 03.05.2004, 2003/11009 E. ve 2004/4829 K.** sayılı kararında, 1997-1998 yılları arasında davalı dershanede coğrafya öğretmenliği yapmış olan davacı, çalıştığı dönemde eser sahibi olduğu kitaplarını davalı dershaneden yayınlamıştır. Davacı yana ait aynı kitaplar daha sonra çalıştığı dershaneler tarafından da yayımlanmıştır. Davacı, davalı tarafından eserlerinin başka bir kitap ve davacı yerine başka bir öğretmen ismiyle yayımlandığı iddiasıyla maddi ve manevî tazminat talep etmiştir. Yerel Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta davacının eser sahibi olduğuna karar vererek maddi ve manevî tazminata hükmetmiş ve söz konusu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Söz konusu karar metninden davacının davalı dershanede coğrafya öğretmenliği yapmaya başlamadan önce dava konusu kitapları meydana getirmiş olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla iş davalı yanın sözleşmesi süresi içinde meydana getirilmeyen ders kitapları üzerinde herhangi bir hak iddiası söz konusu olamaz. Bu yönde verilen Yargıtay kararı isabetlidir. Karar metni için bkz. **Suluk/Orhan, s. 315.**

²³² **Ayiter**, s. 206.

²³³ “...Davacıya ait işleme eser, onun izni olmadan, davalı tarafça yayımlanan derginin eki olarak dağıtılmış olduğuna göre, davacının uğradığı maddi zararın tespiti için, kitapların (işleme eserin) promosyon aracı olarak değil de, müstakilen basılmış olsaydı kaç adet basılıp satılabileceği ve fiyatının ne olacağıın bilirkişi kuruluna tespit ettirilmesi ve sonucuna göre kara verilmesi gerekir...” **Yarg. 11. HD. 20.11.2000, 2000/9024 E., 2001/11720 K., YKD. 2001; S.5, s.690.**

²³⁴ Örnek için bkz., **Özcan**, s. 624.

Mali hak üzerinde ruhsat sahibi olan kimsenin kendi adına dava açma hakkı ise doktrinde tartışmalıdır. Lisans sözleşmesini tasarruf işlemi olarak kabul eden görüşe göre, lisans hakkı sahibi haiz olduğu yetkileri gerek mali hak sahibine gerek üçüncü şahıslara karşı ileri sürebilir ve kullanmayı engelleyen müdahale ve tasarrufları bizzat men edebilir²³⁵. Bu görüşte olanlar aynı zamanda mali hakkın özünü muhafaza eden eser sahibi veya mali hak sahibinin de bu yetkilere sahip olduğunu kabul etmektedirler. Dolayısıyla lisans hakkı tanımış olan eser sahibi de, menfaatleri zedelendiği ölçüde, haklarını ihlal eden üçüncü kişilere karşı dava açabilir. Lisans sözleşmesini borçlandırıcı işlem olarak kabul eden görüşe göre ise, lisans sözleşmesiyle hakkın devri söz konusu olmadığından, lisans alan, hakkı ihlal eden herkese karşı bu hakkını ileri sürmek imkanına sahip değildir. Lisans sözleşmesinin amacına ulaşabilmesi ve bu şekilde lisans alanın haklarını başkaları tarafından ihlal edilmeden kullanabilmesi için, lisans verenin eser sahibi olarak eser üzerindeki hakların ihlali şeklinde ortaya çıkan lisans tecavüzlerini önlemesi gereklidir. Lisans alan bunu gerçekleştiremez, zira onun taraf sıfatı yoktur. Taraflar sözleşmeye koyacakları bir hükümle lisans alana tecavüzlere karşı dava açma konusunda yetki verebilir, hatta ona bu konuda yükümlülük yükleyebilir. Bu görüşe göre, lisans verenin fikri hak ihlallerinin takibine ilişkin yükümlülüğü basit ve münhasır lisanslarda tamamen birbirinin aynıdır ve her ikisinde de sınırlanmıştır²³⁶. Ancak kanun koyucunun tam ruhsat sahiplerine dava açma hakkını tanımış olduğu yönünde de görüşler mevcuttur²³⁷, fakat bunun da sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir; zira sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her ruhsat basit ruhsattır.

Yargıtay 1998 tarihli bir kararında “*Tam ruhsat sahibi de mali hak sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hatta açmadığı takdirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olurlar.*” ifadesini kullanmıştır²³⁸. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından özellikle münhasır lisanslarda fikri hak ihlallerine ilişkin yükümlülüğün lisans alana ait olduğu kabul edilmektedir. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında eser sahibi veya mali hak sahibinin

²³⁵ Arslanlı, s. 174-175, Erel, s. 261, Tekinalp, s. 217.

²³⁶ Ayiter, s.213.

²³⁷ Karahan/Suluk/Nal/Saraç, s. 139.

²³⁸ Yarg. 11. HD. 29.9.1998., 1998/9958 E., 1999/3423 K. (Çevrimiçi: <http://www.kazanci.com>, 06.10.2012.)

de bu konuda bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususuna ise değinilmemiştir²³⁹. Kanaatimizce, basit lisans hakkı sahibinin dava açma hakkı olmamakla birlikte, fikri hak ihlallerinin takibine ilişkin yükümlülüğün, tam lisans alana ait olduğu ancak lisans hakkı sahibinin bu hakkını kullanmadığı durumlarda asıl hak sahibi olan eser sahibinin ya da hakkı lisans verenin dava açma hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir²⁴⁰. Aksi halde hak korunmasız kalacaktır.

Eser sahibinin mali haklarının miras yolu ile intikali, manevi haklardan farklı olarak, FSEK m. 63, 64 ve 65'te düzenlenmiştir. FSEK m. 63'e göre, *“Bu kanunun tanıdığı mali haklar miras yolu ile intikal eder. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruf yapılması caizdir.”* Mali haklar eserden ekonomik bir fayda sağlanmasına yönelik olduğundan, kanun tarafından açıkça miras ile intikale elverişli kılınmışlardır²⁴¹. Eser sahibinin ölümü sonucunda mali haklar da terekeye dahil olur ya da eser sahibi mali haklarını ölüme bağlı tasarrufların konusu yapabilir²⁴². Bu nedenle kendisine mali hak intikal eden mirasçı, mali hak sahibi sıfatıyla FSEK'ten doğan haklarını kullanabilir. Bu açıdan mali haklara intikal yolu ile sahip olan mirasçı ya da bir ölüme bağlı tasarruf neticesinde hak sahibi olan mirasçı, mali hakka yönelik olarak yapılan tecavüz halinde, tazminat davası açabilecektir.

Bağlantılı hak sahipleri ise, eser sahibinin mali haklarının korunmasına yönelik olan tazminat davasını açabilecektir.

Sipariş eserlerde ise, eser sipariş sözleşmesinin yapılması ve meydana getirilen eserin iş sahibine teslimi ile mali hakların iş sahibine geçtiği kabul edilemez. Zira FSEK mali hakların devrine ilişkin sözleşmelerin yazılı olması şartını aradığı gibi henüz vücuda gelmemiş eserler açısından devre ilişkin sözleşme yapılamayacağını da düzenlemiştir. Henüz vücuda getirilmemiş eser üzerinde, eser sahibi eseri üzerindeki hakların devrine ilişkin devir taahhüdünde bulunabilir ve bu geçerlidir. Bu halde vücuda getirilmiş bir eser üzerinde, mali hakların yazılı olarak devredilmesi halinde ancak iş sahibi mali hakların sahibi olacak ve bu halde mali hakları devralan statüsü ile hakkın

²³⁹ **Aydınçık**, s.117.

²⁴⁰ Aksi yönde bkz. **Aydınçık**, s. 117.

²⁴¹ **Arpacı**, s. 78.

²⁴² **Hirsch**, s. 211; **Arslanlı**, s. 165; **Arpacı**, s. 78.

ihlali halinde tazminat davası açabilecektir. Eser henüz vücuda getirilmemiş ise, iki aşamalı bir durum ortaya çıkacak, taraflar eserin siparişi aşamasında, eserin yapımı ve teslimi taahhüdü ile hakların devir taahhüdünü içeren bir borç sözleşmesi yapılacak, eser tamamlandıktan sonra ise hakların devrini konu alan ayrı bir tasarruf işleminin yapılması gerekecektir²⁴³. Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, hakların devri açısından taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümlerini dikkate aldığı için mali hakların sipariş sözleşmeleri açısından da yazılı şekilde devredilmesini aramaktadır²⁴⁴. Eser üzerindeki hakları devralan sipariş veren de maddi tazminat davasının davacısı olabilecektir.

Meslek birliklerinin maddi tazminat davası açabilmesi ise, meslek birliğine verilecek yetki belgesi ile mümkündür. (FSEK m. 42/A)

2. Davalılar

FSEK'e göre, tazminat davasının davalısı, mali hakkı haleldar eden kimsedir. FSEK m. 66/2 hükmü, ayrıca tecavüz fiili hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa, işletme sahibi hakkında da tecavüzün ref'i davası açılabilir, şeklindedir. Yukarıda manevi tazminat davasına ilişkin hükümlerde de açıklandığı üzere, TBK m. 66 hükmü adam çalıştırmanın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararın giderilmesiyle ilgilidir. Burada adam çalıştırana yönelik, haksız fiil kaynaklı olarak dava açma hakkı mevcuttur. FSEK m. 66/2 hükmü ise, bu kadar açık değildir; fakat hükmün, genel ilkedden ayrı bir hususu düzenlediği de düşünülmemelidir.

²⁴³ Uygulamada sipariş eserler üzerinde hakların devri aşamasında bazı sorunlar çıkmaktadır. Örneğin; bir gazete veya dergi için herhangi bir hizmet akdine dayalı olmaksızın serbest fotoğrafçı olarak çalışan kişiler, yayın kuruluşları ile bir çerçeve sözleşme uyarınca çalışabilmektedir. 6 ay veya 1 yıl süre boyunca uygulanmak üzere akdedilebilecek olan bu sözleşme ile fotoğrafçı, yayın kuruluşunun sipariş edeceği fotoğrafları çekeceğini ve bunları üzerindeki haklarla birlikte yayın kuruluşuna devredeceğini taahhüt etmekte ve bunun karşılığında teslim edilecek her fotoğraf için sözleşmede kararlaştırılan telif ücretini almaya hak kazanmaktadır. Kararlaştırılan koşullar dahilinde, fotoğrafçı yayın kuruluşundan siparişi almakta, fotoğrafı çekip teslim etmekte ve ücretini tahsil etmektedir. Ancak burada da teslim edilen her fotoğraf için her seferinde ayrı devir sözleşmesi yapılması ayrı bir pratik güçlük yaratmaktadır. Benzer bir durum bir gazetede tefrika şeklinde yayınlanması için her hafta teslim edilen roman veya benzeri eserler içinde söz konusu olabilir; Nilsson, s. 586, 588.

²⁴⁴ "...BK. 'nın 355.maddesine göre sipariş edilenin aynı zamanda FSEK hükümleri uyarınca bir eser olması halinde; sipariş veren iş sahibi eseri teslim almakla sadece eserin fiziki mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisini haiz olup, eser sahibine tanınan mali hakların sahibi değildir..." Yarg. 11. HD. 31.10.2005, 2004/11266 E., 2005/10524 K. (Çevrimiçi: www.kazanci.com, 08.12.2012)

Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 61 ve 62 hükümleri mali haklara yönelik tecavüzden doğan maddi tazminat davasında da uygulanır.

III. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

Türk hukukunda tespit edilen zarar miktarı, hükmedilecek tazminat miktarının üst sınırını teşkil ettiğinden, tazminat miktarının tayininden önce zarar miktarının tespiti gereklidir, ancak tazminatın mutlaka tespit edilen zarara eşit olması gerekmez²⁴⁵.

Zarar miktarının belirlenmesinde uygulanacak hükümler, zararın konusuna göre değişiklik gösterir. FSEK’te uğranılan maddi zararın belirlenmesine yönelik özel bir düzenleme bulunmadığından, her türlü zararın belirlenmesinde uygulanabilen ve genel bir hüküm olan TBK m. 50, mali hakkın tecavüze uğraması nedeniyle meydana gelen zararın belirlenmesinde de uygulanır.

Hakkı ihlal edildiği için bir maddi zararının oluştuğunu iddia eden kişinin, sadece zararın mevcudiyetini değil, miktarını da ispatlaması gerekir. Zararın fiili zarar olduğu durumlarda ispat problemi pek olmasa da yoksun kalınan kârın ortaya çıktığı durumlarda ispat problemi yaşanmaktadır. Yoksun kalınan kâr, varsayımsal bir hesaba dayandığından belirlenecek olan miktarın bir kesinliği bulunmamaktadır²⁴⁶.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK m. 50/2). Bu hükme göre, zararın gerçek miktarını zarar gören davacı tam olarak ispat edemez ise zararın miktarını hâkim takdir ve tayin edecektir. Hakkaniyet ilkesi, zarar görenin zararının tam olarak karşılanmasını gerektirir. Buna rağmen zarar gören kişi, davanın başında zarar miktarını tam olarak belirleyememişse, dava sonucunda hükmedilen miktar hiçbir zaman tam olarak

²⁴⁵ Tandoğan, Mes’uliyet, s. 315, 261.

²⁴⁶ Tandoğan, Mes’uliyet, s. 65.

zararının karşılığı olmayacaktır²⁴⁷. Bu açıdan maddi tazminat davası açısından da HMK m. 107’de yer alan Belirsiz Alacak Davası imkanının getirilmiş olması, olumsuzlukların önlenmesi nedeniyle son derece önemlidir²⁴⁸.

IV. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı belirli bir hakkın, belirli sürelerde kullanılmaması sebebiyle dava edilebilmesi halinden yoksun kalınmasıdır. FSEK m. 70/2 hükmünden doğan tazminat davası haksız fiile dayanan bir dava olduğundan TBK m. 72’ye tabidir. Buna göre, *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”* Söz konusu hükmün Eski BK’daki karşılığı m. 60’da yer almaktaydı ve zararın ya da tazminatla yükümlü olan kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak bir yıl, zararı doğuran fiilin üzerinden on yıl geçmekle tazminat hakkı zamanaşımına uğramaktaydı. TBK bu açıdan bir değişiklik yapmış ve zamanaşımı süresinde bir uzatmaya gitmiştir.

V. FSEK M. 68’DEKİ TECAVÜZÜN REF’İ DAVASI İLE M.70/2’DEKİ MADDİ TAZMİNAT DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. FSEK m. 68’deki Tecavüzün Ref’i Davası

1. Davanın Açılabilme Koşulları

FSEK m. 66 hükmü, manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan hak sahibinin tecavüz edene karşı tecavüzün ref’i davası açabileceğini düzenlemiştir. FSEK m. 67 hükmü manevi haklara tecavüz halinde açılacak tecavüzün ref’i davasını, m. 68 ise, mali haklara tecavüz halinde açılacak tecavüzün ref’i davasını düzenlemiştir.

²⁴⁷ Pekcanitez, s. 530.

²⁴⁸ Belirsiz alacak davasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Yukarıda, Birinci Bölüm, III. Tazminatın Belirlenmesi, A. Tazminatın Belirlenmesinde Hâkimin Dikkat Edeceği Hususlar.

“Ref” kelimesi ortadan kaldırmak, bertaraf etmek, gidermek anlamına geldiği için, bu dava bir tecavüzün gerçekleşmiş ve sonuç doğurmuş olması halinde açılabilir²⁴⁹. Tecavüzün ref’i davasının açılması için tecavüzün başlamış olması ve halen devam ediyor olması gerekir. Amaç tecavüzün giderilmesi ve önlenmesidir²⁵⁰. Manevi ve mali haklara devam eden tecavüzün ortadan kaldırılması, yani tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonucunun veya sonuçlarının giderilmesi amaçlanmaktadır.

Mevcut ve devam eden bir tecavüz yoksa tecavüzün ref’i davası açılmaz; artık sona ermiş bir tecavüz söz konusu ise, tecavüzün ref’i davasının amacı ortadan kalktığı için sadece tazminat davası açılabilir²⁵¹. Ancak Yargıtay’ın, tecavüzün sona erip ermediği hususunu (özellikle üç kat tazminat bakımından) neredeyse hiç değerlendirmeden, aksi yönde kararları mevcuttur²⁵².

FSEK m. 68 hükmü, mali haklara tecavüz halinde açılacak tecavüzün ref’i davasını düzenlemektedir. Buna göre, *“Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.*

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.

²⁴⁹ Öztan, s. 633.

²⁵⁰ Tekinalp, s. 295; Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 384; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 115.

²⁵¹ Arslanlı, s. 211-212; Ayiter, s. 253; Öztrak, s. 74; Erel, s. 331; Tekinalp, s. 295; Akın, s. 134; Yasaman, Tazminat, s. 807; Arkan, s. 274; Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 382-383.

²⁵² Yarg. HGK. 20.03.2002, 2002/11-176 E., 2002/214 K.; Yarg. 4. HD. 12.02.2002, 2001/12748 E., 2002/1613 K.; Yarg. 11. HD. 18.05.2005, 2004/7215 E., 2005/5336 K. (Çevrimiçi: www.kazanci.com, 29.10.2012).

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.

İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanununun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.

Hak sahiplerinden biri, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz.

Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.”

Hüküm içerisinde, hâkime fazla takdir hakkı bırakmayan, kazuistik bir yöntem kullanılarak, hakların ayrı ayrı sayıldığı görülmektedir²⁵³. Ancak tecavüzün özellikle çoğaltma hakkına yönelik olarak gerçekleştiği hususu dikkate alınarak, çoğaltma hakkı ihlaline özel sonuçlar da bağlanmıştır²⁵⁴.

Çoğaltma ve yayma haklarının ihlali halinde madde ile özel sonuçlar bağlanan yaptırımlar ise nüshaların satışa sunulmuş olması ve olmaması şeklinde ayrılmaktadır. Nüshalar izinsiz çoğaltılmış ve satışa sunulmamışsa hak sahibi üç seçenekten birini talep edebilir. Bu seçenekler; çoğaltılmış nüshaların ve çoğaltmaya yarayan araçların imhası²⁵⁵, üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında devrinin istenmesi²⁵⁶ ve sözleşme yapılmış olsaydı hak sahibinin talep edebileceği ücretin üç katı tutarında cezanın²⁵⁷ talep edilmesi şeklindedir. FSEK m. 68/3'te ise; izinsiz çoğaltılan

²⁵³ **Ayiter**, s. 253; **K. Emre Gökyayla**; “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, (Kısaltma: 5728 Değişikliği), Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, **Tekin Memiş (Ed.)**, İstanbul 2011, s. 285.

²⁵⁴ **Gökyayla**, 5728 Değişikliği, s. 286.

²⁵⁵ İmha; kaset, CD, Video Kaset, DVD gibi çoğaltılmış bütün nüshalar ile ses veya ses ve görüntü kaydediciler gibi çoğaltmaya yarayan aletleri kapsamaktadır. **Arkan**, bu seçeneğin tercihi halinde, duruma göre ek olarak maddi tazminat ve/veya kazanç devri talebi ile manevi tazminatın da talep edilebileceğini ifade etmektedir, s. 279.

²⁵⁶ Bu seçenekte hak sahibi, mütecavizden, çoğaltılmış nüshalar ile çoğaltmaya yarayan araçları maliyet fiyatını aşmamak kaydıyla uygun bir bedelle kendisine devretmesini talep etmektedir. Bu seçeneğin tercih edilmesi durumunda, bu talebe ek olarak maddi tazminat veya kazanç devri talebi ile manevi tazminatın da talep edilebilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Arkan**, s. 279.

²⁵⁷ Bu seçenekte ise hak sahibine özel hukuk cezası niteliği taşıyan bir bedel talep etme hakkı tanınmış olup buna göre hak sahibi; sözleşme yapılmış olsaydı talep edebileceği ücretin üç katı tutarında bir bedel talep edebilecektir.

nüshalar satışa çıkarılmışsa hak sahibinin, mütecavizin elinde bulunan nüshalara ilişkin olarak FSEK m. 68/2’de düzenlenen ve yukarıda açıklanan üç seçenektan birini tercih edebileceği ifade edilmektedir.

Tecavüzün ref’i davası genel olarak haksız fiile dayanan bir davadır²⁵⁸, ancak davanın açılabilmesi için haksız fiilde aranan koşullardan olan “kusur” şartı aranmaz²⁵⁹. Ancak kusurun öneminin bulunmadığı söylenemeyecektir. Çünkü FSEK m. 66/2’de tecavüz edenin kusurunun aranmayacağı açıkça belirtilmiş, üçüncü fıkrasında ise hâkimin alacağı tedbirlerin belirlenmesinde kusurun bulunup bulunmamasının da dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır²⁶⁰. Tecavüzün objektif olarak hukuka aykırılık teşkil etmesi yeterli ve gereklidir²⁶¹. Bunun yanı sıra bir zararın oluşması da şart değildir. Hukuka aykırı fiilin bulunması davanın açılması için yeterlidir. Örneğin bir kitap yazarı, yazmış olduğu eseri yayımlamayı düşünmüyor olabilir; bu halde mütecavizin kitabı yayımlaması hukuka aykırı bir fiildir, ancak eser sahibinin herhangi bir zararı da söz konusu değildir. Bu durumda mütecavizin bir yarar sağlaması söz konusudur ve hak sahibi m. 68 uyarınca tecavüzün ref’i davasını açabilecektir.

Tecavüzün ref’i davasında tecavüzün varlığını tespit eden hâkim, FSEK m. 66-68 çerçevesinde tecavüzün kaldırılmasına karar verir. Tecavüzün genellikle çoğaltma hakkının ihlali şeklinde ortaya çıkması karşısında, ilgili hükümlerde, çoğaltılan nüshalar ve çoğaltmaya yarayan araçlarla ilgili özel bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzerlerinin imhası veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında verilmesidir²⁶².

Maddede, hak sahibinin ihlali gerçekleştiren sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedeli veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Ancak kanunda rayiç bedelin tespitine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

²⁵⁸ **Tekinalp**, s. 303. Davanın sözleşmeye aykırılık hallerinden de kaynaklanabileceği görüşü için bkz. **Arkan**, s. 278; **K.Emre Gökyayla**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”(Kısaltma: Yargıtay Kararları), Legal FSHD, C.8, S.10, İstanbul 2012, s. 14-15.

²⁵⁹ **Arslanlı**, s. 211; **Ayiter**, s. 255; **Erel**, s. 331; **Tekinalp**, s. 296; **Yasaman**, Tazminat, s. 807; **Arkan**, s. 275; **Kılıçoğlu**, Sınai Haklar, s. 383; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 115; **Gökyayla**, 5728 Değişikliği, s. 286.

²⁶⁰ **Gökyayla**, Yargıtay Kararları, s. 7.

²⁶¹ **Erel**, s. 331.

²⁶² **Gökyayla**, Yargıtay Kararları, s. 9.

Hak sahibi sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç kat fazlasını ya da kanun hükümleri çerçevesinde tespit edilecek rayiç bedele göre üç kat fazlasını isteyebilecektir. Bu konuda seçme hakkı tamamen hak sahibine aittir ve mahkemece değiştirilemez²⁶³.

Üç kat fazla bedel hesaplanırken taraflar arasında “*farazi bir sözleşmenin*” bulunduğu hareket edilir²⁶⁴. Farazî sözleşme kavramı, doktrinde, eser sahibinin haklarına tecavüz dolayısıyla meydana gelen maddî zararın tazmin edilmesine ilişkin kanun hükmünü açıklığa kavuşturmak amacıyla kullanılmıştır. Aslında bu kavram, eser sahibinin haklarına tecavüz edilmesi üzerine maddî tazminat hesaplama yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır²⁶⁵. Burada taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi gösterilmeye çalışılmamakta, sadece bedelin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Aksinin kabulü halinde burada sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir; TBK’nın sözleşmeye aykırılık hükümlerinin ve buna bağlı sonuçlarının uygulanması gerekir.

Tecavüzün ref’i davasında zamanaşımının ise kural olarak işlememesi gerekir. Zira başlamış ve devam etmekte olan tecavüz söz konusu ise zamanaşımı da işlemeyecektir.

2. 5728 Sayılı Kanun ile FSEK m. 68’de Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri

23.01.2008 tarih ve 5728 Sayılı Kanun’la²⁶⁶ 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Temel ceza kanunlarına uyum sağlamak

²⁶³ “Ancak, FSEK’nun 68/1 inci 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 KULLANILMASI YETKİSİDİR. Bu bakımdan, Kanun’da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan DAVACIYA AİTTİR. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez (Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku, Üçüncü Bası, S.300*) . O halde, davacının FSEK’nun 68/1 inci fıkrası uyarınca rayiç bedelin üç katına hükmedilmesine ilişkin talebi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle iki katına hükmedilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle davacı yararına BOZULMASI GEREKMEŞTİR.” **Yarg. 11. HD., 25.01.2010, 2008/8996 E., 2010/757 K.** (Çevrimiçi: www.corpus.com.tr, 29.10.2012).

²⁶⁴ **Kılıçoğlu**, Sınai Haklar, s. 395. Doktrinde bu terim yerine “*fiktif sözleşme*” terimi de kullanılmaktadır. Bkz. **Ayiter**, s.258-259; **Üstün**, Maddi Tazminat, s. 384.

²⁶⁵ **Özlem Tüzüner**, “*Farazi Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi*”; Ankara Barosu Dergisi, S.2012/2, s. 72.

²⁶⁶ R.G. 08.02.2008, S. 26781.

amacıyla yapılan bu değişikliğin 137. maddesi ile FSEK m. 68 hükmü de değiştirilmiştir.

Madde metninde yapılan ve göze çarpan ilk değişiklik, hükmün değişiklik öncesi halinde, sadece “eser sahibine” dava açma hakkının tanınması iken, değişiklik sonrası halinde “hak sahibi” ifadesinin yer almasıdır. Yine eserin yanında icra, fonogram ve yapım hakları sahiplerine de m. 68’deki haklardan yararlanma yetkisi tanınmıştır²⁶⁷.

Değişiklik öncesi hükmün lafzi yorumlanması neticesinde, “eser sahibi” ifadesi, tereddüde yol açarak eser sahibi dışındaki, mirasçılar veya hakkı sözleşmeyle devralan hak sahiplerine dava açma hakkı tanınmamasına yol açıyordu²⁶⁸.

Bağlantılı hak sahiplerinin tecavüzün ref’i davası açma hakkı ise, esas itibarı ile FSEK m. 80 hükmünün atfı uyarınca mevcuttu. Kanun koyucu m. 68’de yapılan değişiklik ile m. 80 hükmü ile paralellik sağlanmaya çalışılmıştır²⁶⁹. Ancak buna benzer düzenlemelerin tecavüzün men’i ve tazminat davalarında yer almıyor oluşu kanunda bir ikilik yaratmaktadır²⁷⁰.

5728 Sayılı Kanundan önce m. 68/1’de “*Eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış...*” ifadesi yer almaktaydı. Değişiklik sonrasında, hak sahibinden izin alınmış olması, tecavüz edene karşı talepte bulunabilmek için yeterli sayılmıştır. Bu durum sözleşmeye aykırılık hallerinde hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüde yol açabilecektir; zira güven ilkesine dayalı olarak inşa edilen sözleşmelerde karşılaşılan sözleşmenin ihlali halinde, m. 68’e dayanarak hak sahibinin talepte bulunamaması hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olabilecektir²⁷¹.

²⁶⁷ Kağan Ulaş, “5728 Sayılı Yasa ile Fikri ve Sınai Haklara İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler”, Legal FSHD, S. 13, 2008, s.139.

²⁶⁸ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 293.

²⁶⁹ Demir, s.112

²⁷⁰ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 294.

²⁷¹ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 295-296. Yargıtay’ın da sözleşmeye aykırılık hallerinde m. 68’i uyguladığı haller için bkz. Yarg. 11. HD., 08.04.2003, 2002/11144E., 2003/3472 K., Suluk/Orhan, s. 659-660; Yarg. 11. HD., 30.11.2004, 2004/495 E., 2004/11685 K., Suluk/Orhan, s. 677-678.

5728 Sayılı Kanunun getirdiği bir diğer değişiklik ise, eski düzenlemede yer alan, “Eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, diğer biçimde işlenmiş...” ifadesinin yerini, “Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen...” ifadesine bırakmasıdır. Çevirinin işlemenin bir alt türü olduğu düşünüldüğünde, hükümden bu ifadenin çıkarılması yerinde bir düzenlemedir²⁷².

Aynı değişiklik ile “*emsal rayiç bedel*” ifadesinin içindeki “*emsal*” kelimesi kaldırılarak, daha yalın bir ifade kazandırılmış²⁷³, maddede geçen “*uğradığı zararın en çok üç katı*” ifadesi de kaldırılarak, “*rayiç bedelin en çok üç katı fazlası*” ifadesine yer verilmiştir²⁷⁴. Böylece tecavüzün ref'i davasının bir şartı olmayan zarar görme unsurunun, eski düzenlemede teknik olarak kullanıldığı gibi açıklamaların²⁷⁵ yapılmasına da gerek kalmamıştır.

Değişiklik öncesi FSEK m. 68/1'in son cümlesinde yer alan, “*Bu bedelin tespitinde öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşü alınır.*” ifadesi isabetli bir şekilde, 5728 değişikliği ile kaldırılmıştır. Değişiklik öncesi durum, doktrinde tartışmaya neden olmuş ve birçok eleştiriye uğramıştır. Zira uygulamada meslek birlikleri genelde davacı olarak davalarda yer almakta yani taraf sıfatını taşımaktaydı. Bu da davanın tarafları arasındaki eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratmaktaydı²⁷⁶. Ayrıca bu koşulla birlikte, eser sahibinin öznel niteliklerini yansıtması gereken bedelin tespitinde, meslek birliklerinin öngördükleri genel tarifelerin uygulanması da maddenin getiriliş amacına uygun düşmemekteydi. Değişiklik ile bu cümlenin kaldırılması ne kadar doğru ise de, değişiklik gerekçesinde, bu düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ile bağdaşmadığı, meslek birlikleri içinden HMK'ya göre bilirkişi seçilmesinin bu ihtiyaca cevap verebileceği düşüncesi ile kaldırıldığının belirtilmesi doğru değildir.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, çoğaltma hakkının ihlali halinde açılacak tecavüzün ref'i davasına ilişkin özel düzenlemeler getirmektedir. İkinci

²⁷² Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 297.

²⁷³ Demir, s. 115.

²⁷⁴ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 298.

²⁷⁵ Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 394.

²⁷⁶ Piroğlu, s. 453.

fıkra “*çoğaltılan nüshaların satışa çıkarılmamış olması*” haline ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Üçüncü fıkra ise, “*çoğaltılan nüshaların satışa çıkarılmışsa*” istenebilecek talepleri düzenlemektedir. Değişiklik ile ikinci fıkrada yer alan “*yarar sağlama*” ile, üçüncü fıkrada yer alan “*haksız bir tecavüz varsa*” ifadeleri metinden çıkarılmıştır. Maddenin amacı açısından hatalı olan bu ifadelerin metinden çıkarılması isabetli olmuştur²⁷⁷.

Yapılan değişiklik ile daha önce maddede yer almayan dördüncü fıkra maddeye eklenmiş ve “*İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.*” ifadesine yer verilmiştir. Yine daha önce maddede yer almayan beşinci fıkra da eklenerek “*Hak sahiplerinden biri, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz.*” ifadesine yer verilerek, el koymanın delil elde etme amacıyla uygulanabileceği hüküm altına alınmış, muhakeme tedbirlerine bazı sınırlamalar getirilmiştir²⁷⁸.

3. Davanın Tarafları

FSEK m. 68’de yer alan tecavüzün ref’i davasını eser üzerindeki mali hakları tecavüze uğrayan kişi açabilir. Bu kişi eser sahibi olabileceği gibi, bağlantılı hak sahibi, mirasçı, sözleşmeyle hakkı devralan hak sahibi olabilir. Değişiklik öncesi durumda bu davayı açma hakkı yalnızca “eser sahibine” tanınmaktaydı ve bu durum doktrinde eleştirilmekteydi. Yapılan değişiklik ile isabetli bir şekilde “eser sahibi” yerine “hak sahibi” terimi yer almıştır.

Davayı açabilecek kişilerin içine, FSEK m. 18/2 hükmü uyarınca kullanma hakkı sahibi olan çalıştıran da dahildir. Bunun dışında, ruhsat sahiplerinin davayı açıp açamayacağı tartışmalıdır. Ruhsat alanın sadece sözleşme çerçevesince ruhsat verene müracaat edebileceği, buna karşılık tecavüz fiilini gerçekleştiren üçüncü kişiye

²⁷⁷ Gökayla, 5728 Değişikliği, s. 300-301.

²⁷⁸ Ulaş, s. 140.

başvuramayacağı yönündeki görüşün²⁷⁹ yanı sıra; ruhsat sahibinin de ister tam ister basit ruhsat sahibi olsun dava açma hakkının bulunduğu yönünde görüşler²⁸⁰ ve sadece tam ruhsat sahiplerinin davayı açabileceği yönünde görüşler²⁸¹ de mevcuttur. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında tam ruhsat sahiplerinin dava açabileceği yönünde bir görüş benimsediği de görülmektedir²⁸².

Müşterek eser sahiplerinden her biri kendi meydana getirdiği kısımla ilgili olarak bu davayı açabilir. Eserin bütününe ilişkin olarak her bir eser sahibi dava açabilir. İştirak halinde eser sahipliğinde de her bir eser sahibi tek başına dava açabilir.

Tecavüzün ref'i davası, tecavüz fiiline devam etmekte olan kişiye karşı açılır, tecavüz sona ermişse, açılmaz.

Tecavüzün ref'i davasında davalı, mali veya manevi hakları ihlal etmekte olan "mütecavizdir". Daha önce de belirtildiği gibi, bu davanın açılması için kusur aranmaz,

²⁷⁹ Ayiter, s. 254; Tekinalp, s. 307; Arkan, s. 281; Onur Gündem, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı haklar, Bu Hakların Sınırlandırılması ve Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi S.B.E., 2006), s. 144.

²⁸⁰ Arslanlı, s. 209; Erel, s. 305; Ömer Çınar, Fikri Hukuk Açısından Eser Sahibinin Hakları ve Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 2002), s. 123; Aydınçık, s. 158.

²⁸¹ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 287, 293.

²⁸² Yarg. 11. HD. 21.06.1991, 1990/1645E., 1991/4238 K., Suluk/Orhan, s.714-715; "FSEK. 48/2 madde uyarınca, eser sahibi veya mirasçuları bir mali hakkın sadece kullanma yetkisini devir edebilirler. Bu durumda mali hak özü itibarıyla eser sahibinin mal varlığında kalmakla birlikte, maddi bir malın hasılat kirasına verilmesinde olduğu gibi, mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi ruhsat alan tarafa geçmiş olur. (FSEK 56/3) Ruhsat veya lisans verme ilgili mali hakka özgü olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mali haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesi olarak benimsenmektedir. Kullanma yetkisinin ruhsat veya lisans ile devri kanun tarafından mali hakkı tahdit eden, kayıtlı olan bir tasarruf işlemi kabul edilmiş olup, tam ruhsat sahibi haiz olduğu yetkileri gerek mali hak sahibine gerekse üçüncü şahıslara karşı öne sürebilecek ve kullanmayı engelleyen müdahaleleri men ettirebilecektir. Tam ruhsatta, mali hakka ait kullanma yetkisi tamamen ruhsat sahibine devir edildiğinden, devir alan da bu yetkiyi kendi başına kullanabilecek ve tecavüzün men'i ve ref'i davası ile birlikte 68 nci ve devamı maddelerinde yazılı bedel davasını açabilecektir (Bkz. Prof. ur. Şafak N.Erel. Türk Fikir ve Sanat Hukuku Yenilenmiş 2 . Bası 1998 sh. 260 vd. 293 s h. ur. Halil Aslanlı-fikri Hukuk, Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, 1954 sh: 209)...Nitekim, 556 sayılı K H K . nin 21/6 ncı maddesinde "Aksi sözleşmede kararlaştırmamışsa inhisarı lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin markadan doğan haklarına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu kanun hükmünde kararname uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir" hükmü getirilmiş olup inhisarı lisans sahibine marka sahibi gibi mütecavize karşı her türlü dava açabilme hakkı kanun tarafından benimsenmiş olup, 5846 sayılı yasa uyarınca aksi Tam Ruhsat Sözleşmesinde kararlaştırılmamış olmak şartıyla tam ruhsat ile mali hakka ait kullanma yetkisini eser sahibi ve komşu hak sahibinden devir alan tam ruhsat sahibinin de markalar kanunundaki inhisarı lisans sahibi gibi eser sahibi ve komşu hak sahiplerinin üçüncü kişilere karşı açabilecekleri davaları kendi başına açabileceklerini kabul etmek gerekir. Aksinin kabulü halinde eser sahibi ve komşu hak sahibi tam ruhsata mali hakka ait kullanma yetkisini tamamen ruhsat sahibine devir ettiğinden tam ruhsat sahibine dava hakkı tanınmaması halinde eser ve komşu hak korumasız kalacaktır. Bu gerekçeler ve dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin temyiz itirazlarını reddi ile hükmün onanmasına..." demek suretiyle tam ruhsat sahibinin tecavüzün ref'i ve men'i davalarını açabileceğini kabul etmektedir. Yarg. 11. HD. 26.04.1999, 1999/594E., 1999/3250 K., Suluk/Orhan, s.717-719.

ancak kusurun varlığı tecavüzün ref'inin yanı sıra talep edilebilecek tazminat açısından gereklidir.

4. FSEK m. 68'deki Üç Kat Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

FSEK m. 68 hükmü uyarınca tecavüzün varlığı tespit edilirse, tecavüzün kaldırılmasına karar verilir. Buna göre, eser üzerindeki mali hakkı izinsiz olarak ihlal edilen kişiye, ihlal eden ile aralarında bir sözleşmeden kaynaklanan izin bulunsaydı, bu sözleşme gereğince hak sahibi ne kadar bedel talep edecekti, o bedelin veya tespit edilecek rayiç bedelin üç kat fazlasının talep edilebileceği hususunu içermektedir. Hükümde çoğaltma hakkının ihlaline ilişkin özel düzenlemeler var olduğu için, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzerlerinin imhası veya bunların üretim maliyet fiyatını geçmeyecek şekilde uygun bir bedel karşılığında verilmesi gibi sonuçlar da bulunmaktadır.

Hükümdeki üç kat fazla bedel talebinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, mali hakların ihlali halinde, saldırı ya da etkileri devam etmekte ise, hak sahibinin telif hakları ihlal ediliyor demektir. Bu dava, bu açıdan hak sahibinin haklarının tazminini amaçlamaktadır. Fakat maddede talep edilebilecek bedelin sadece telif ücreti ile sınırlı tutulması, mali haklara ilişkin ihlaller açısından caydırıcılık unsurunu ihtiva etmeyeceğinden, sözleşme olsaydı talep edilebilecek bedelin üç katı fazlasının talebine imkan tanınmıştır²⁸³.

Bir başka görüşe göre, üç kat fazla bedeli ref ya da tazminat olarak nitelendirmek mümkün değildir. Tazminatın amacı zararı gidermektir. Ancak buradaki ölçü hak sahibinin uğradığı zarar değildir. Bedel itibarı ile, üç kat fazlasının hüküm altına alınması, bir ceza niteliğindedir²⁸⁴. Bu hükmün TBK m. 179 uyarınca bir ceza olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır²⁸⁵. Doktrinde bir görüş bu bedeli kanuni

²⁸³ **Ahmet Kılıçoğlu**, "Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Korunma Yolları (Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)", (Kısaltma: Hukuksal Korunma Yolları) Türkiye'de Fikri ve Sinai Hakların Etkin Şekilde Uygulanması Semineri, İstanbul 2004, s. 21. (Çevrimiçi: http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-54-61.pdf, 23.10.2012)

²⁸⁴ **Arslanlı**, s. 214; **Tekinalp**, s.303; **Arkan**, s. 278; **Gökyayla**, 5728 Değişikliği, s. 289.

²⁸⁵ **Durgut**, s.1090.

bir ceza olarak nitelendirmektedir²⁸⁶. Bunun dışında da üç katı bedel ödemenin cezai nitelik taşıdığını savunan yazarlar bulunmaktadır²⁸⁷. Ancak bizim de katıldığımız bir görüşe göre, burada yer alan yaptırımı bir “özel hukuk cezası” olarak nitelendirmek daha uygundur²⁸⁸.

Doktrinde tartışmalı bir başka husus ise, üç kat fazla bedel ödeyen mütevacizin, hak sahibi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bir görüşe göre, üç kat bedel talebinin mahkemece kabulü halinde, mütevaciz ile hak sahibi arasında bir sözleşme varmış gibi olur ve mütevaciz bedeli ödedikten sonra sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş olacağından çoğaltma ve yayma haklarını kendi ad ve namına kullanabilir²⁸⁹. Bir başka görüşe göre ise, ceza niteliğindeki bir ödemeden sonra, hukuka aykırı bir işlemin meşrulaştığını söylemek mümkün değildir²⁹⁰. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi üç kat bedelin hesaplanması, tecavüz edene, sözleşmeden doğabilecek talepleri hakkı tecavüze uğrayana karşı ileri sürmesine kural olarak imkan vermez²⁹¹. Zira bu durumun kabulü, haksız bir fiil neticesinde üç kat bedel ödeyen kişinin fiilini hukuka uygun hale getirmek olur ki bu durum hukuk düzeninde kabul edilemez. Kaldı ki sözleşmenin varlığının kabul edilmesi halinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının da benimsenmesi zorunludur. Örneğin sözleşmeye aykırılıkta borçlunun sorumluluğu kusuruna bağlıdır, fakat borçlu kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Oysa tecavüzün ref'ine ilişkin davalarda Yargıtay, isabetli olarak, kusurun bulunmasının gerekli olmadığını kabul etmektedir. Bu halde bir sözleşmenin varlığının kabulü, kusurun da aranması demektir²⁹². Ayrıca üç kat fazla bedel ödeyen mütevacizin, hak sahibi olduğunu iddia edeceği sözleşme de bu durumda FSEK m. 52'deki şekil şartına (yazılılık şartı) uymayacağı için, geçerliliği de tartışmalı olacaktır. Her ne kadar FSEK m. 68'in son fıkrası, “*Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir*

²⁸⁶ Tekinalp, s.303.

²⁸⁷ Yasaman, Tazminat, s. 811.

²⁸⁸ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 289, dn. 26; Gökyayla, Yargıtay Kararları, s. 10, dn.26. Böyle bir özel hukuk cezası bunun dışında Rekabet Kanunu m. 58'de düzenlenmektedir.

²⁸⁹ Arslanlı, s. 218; Erel, s.302, Tekinalp, s. 304; Üstün, Maddi Tazminat, s. 207; Ünsal Piroğlu, “Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği” (Kısaltma: m.68), Yargıtay Dergisi, C.30, Ocak-Nisan 2004, S.1-2, s.454.

²⁹⁰ Yasaman, Tazminat, s. 811.

²⁹¹ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 288, dn. 25; Gökyayla, Yargıtay Kararları, s. 18-19.

²⁹² Gökyayla, Yargıtay Kararları, s. 18.

sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.” ifadesine yer vererek, mütevaciz ile hak sahibi arasında bir sözleşme varmış gibi göstermekteyse de, bu hüküm tek taraflı bir durum yaratmaktadır. Örneğin, bedeli ödemeyen mütevacize karşı, bedel talebinde bulunan, temerrüt hükümlerinin uygulanmasını talep edebilir. Ancak mütevacizin bu hükümden faydalanma hakkı yoktur ve mütevaciz varsayımsal sözleşmenin nimetlerinden yararlanamayacak ve fakat külfetlerine katlanacaktır²⁹³.

B. FSEK m. 68 ‘deki Üç Kat Bedel ile m. 70/2’deki Maddi Tazminat Arasındaki İlişki

1. Talepler Arasındaki Farklar

Tecavüzün ref’i davası, maddi tazminat davasından bağımsız bir taleptir. Davaların amacı birbirinden farklıdır. Tecavüzün ref’i davasında başlamış ve halen devam etmekte olan bir tecavüz söz konusudur. Davanın açılmasındaki amaç da bu tecavüzün giderilmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasıdır. Bitmiş ve tamamlanmış bir tecavüz var ise, ref talep edilemez.

Tazminat davaları ise, sona ermiş bir tecavüz sonucunda ortaya çıkan zararın ortadan kaldırılması amacıyla açılır. Tecavüze uğrayan kişinin, tecavüz edene karşı, tecavüz öncesindeki durumuna getirilmesi amaçlanmaktadır.

Tecavüzün ref’i davasında tazminat davalarından farklı olarak kusur ve zarar şartı aranmamaktadır. Tazminat davasının ise zarar olmaksızın açılabilmesi mümkün değildir. Tecavüzün ref’i davasında davacı, ihlal nedeniyle bir sözleşme yapılmış olsaydı talep edebileceği bedeli isteyebilirken, tazminat davasında uğradığı zararı talep etmektedir. Üstelik tazminat davasının davacısı, uğramış olduğu bu zararı da ispat etmek zorundadır. Tazminat davasında davalı tarafın fiili kusurlu olması, bir zarar meydana getirmeli ve zarar ile kusurlu fiil arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir. Buradaki önemli bir unsur da taraflar arasında bir sözleşmenin olmamasıdır. Tecavüzün ref’i davası da genel olarak haksız fiile dayanan bir davadır,

²⁹³ **Yasaman**, Tazminat, s. 811.

fakat müdahalenin aynı zamanda sözleşmeye aykırılık unsuru taşıması da mümkündür. Sözleşmeye aykırılık hallerinde aslında TBK'nın genel hükümleri uygulanmalıdır. Ancak kanaatimizce tecavüzün ref'i davası sözleşmeye aykırılık hallerinde de açılabilir²⁹⁴. Zira *güven ilişkisine* dayanan sözleşmelerin FSEK m. 68'de yer alan imkanlardan mahrum bırakılmaması gerekir.

Tecavüzün ref'i davasında talep edilebilecek üç kat bedelin bir tazminat olmadığı da açıktır. Daha önce de beyan ettiğimiz üzere, burada bir özel hukuk cezası yer almaktadır ve telif haklarını ihlal eden mütecavizi, tecavüzden caydırma amacı esas alınmaktadır.

2. Taleplerin Birlikte İstenebilmesi

FSEK m. 68'de yer alan üç kat bedel ile m. 70/2'de yer alan maddi tazminatın birlikte istenip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde ağırlıklı olan bir görüşe göre, FSEK m. 68/1 anlamında ref davası açılması ve rayiç telif ücretinin üç katının istenilmesi halinde, FSEK m. 70/2'ye dayanılarak ayrıca maddi tazminat talebinde bulunulamaz varsa sözleşmesel ceza istenebilir²⁹⁵. Tazminat davasının konusu, hukuka aykırı fiilin sebep olduğu zararı gidermektir. Zarar giderilmişse, tazminat davası da konusuz kalacağından, FSEK m. 68'e göre sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç katını almaya hak kazanan hak sahibi, FSEK m. 70/2'ye dayanarak bir tazminat davası açamaz.

Doktrinde yer alan bir başka görüşe göre ise, tazminat davası tecavüzün ref'i davasından bağımsız nitelikte olduğundan üç kata kadar bedele hükmedilmesi, tazminat davasının açılmasına engel teşkil etmez²⁹⁶. Söz konusu davaların kanunda birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiş olması, tecavüzün ref'i davasının açılmış olmasının, tazminat davasının açılmasına engel teşkil etmediğini göstermektedir. Zira davaların açılmasındaki şartlar birbirinden farklıdır. Hukuki yaptırımlara ilişkin hükümler, FSEK

²⁹⁴ Örnek için aynı yönde bkz. **Gökyayla**, Yargıtay Kararları, s. 14-15.

²⁹⁵ **Tekinalp**, s.303; **Öztaş**, s. 649-650.

²⁹⁶ **Yasaman**, s. 818.

m. 70/3 hükmünde yer alan “*Bu halde 68. madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.*” düzenlemesi davaların birbirinden bağımsız olarak açılabilceğini göstermektedir²⁹⁷.

Kanaatimizce de tecavüzün ref'i davasının açılmış olması, tazminat davasının açılmasına engel teşkil etmez. Kusur ve zarar koşullarının aranmadığı, tecavüzün ref'i davasını açmış bulunan hak sahibi, tazminat davasının açılabilmesi için aranan şartlar mevcutsa bunu da talep edebilmelidir. Ancak FSEK m. 68'de yer alan üç kat bedel talebi niteliği itibarı ile zarar türleri içinde *yoksun kalınan kâr* kalemine benzemektedir²⁹⁸. Her ne kadar Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda zarar, başlıca yoksun kalınan kârdan oluşsa da²⁹⁹, hakkı tecavüze uğrayan kişinin, uğramış olduğu zarar sadece yoksun kalınan kârdan ibaret olmayabilir, kişinin uğradığı fiili zararı m. 68'de yer alan yonteme göre istemek de mümkün değildir. Bu halde her ne kadar hak sahibi yoksun kalınan kâr kalemine benzeyen üç kat fazla bedeli almış olsa da, fiili zararı giderilmiş değildir. Bu durumda tazminat davasının zarar koşulu sağlanmıştır ve mütecevizin kusurunun bulunması halinde, tazminat davası açılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Hak sahibinin FSEK m. 68'deki üç kat bedelin yanı sıra m. 70/2'deki kâr yoksunluğunu da talep etmesi ise mümkün değildir. Bu halde hak sahibi toplam bedelden daha fazla olanı seçebilir ya da bunlar tenzil edilebilir³⁰⁰. Zaten Yargıtay bir kararında, “...FSEK 68. maddesindeki tazminatın, davalının kusursuzluk halinde dahi ödenmesi gereken bir tazminat olmasına, 70/2 maddesindeki tazminatın ise davalının kusurlu olmasına bağlı olarak ve haksız fiil hükümlerine göre tespit edilecek gerçek tazminatın bulunmasına, bu itibarla 68. maddeye göre verilecek tazminatın 70/2'ye göre verilecek tazminattan düşürülmesinin mükerrerliği önlemek bakımından doğal bulunmasına göre, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin reddi gerekir.” hükmünü vermiştir³⁰¹. Yine uğranılan maddi zarar, sözleşme yapılmış olsaydı ödenecek olan

²⁹⁷ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 290, dn.33; Gökyayla, Yargıtay Kararları, s. 11, dn. 33.

²⁹⁸ Gökyayla, 5728 Değişikliği, s. 290, dn.33.

²⁹⁹ Ayiter, s.262.

³⁰⁰ Üstün, Maddi Tazminat, s. 431.

³⁰¹ Yarg. 11. HD., 13.04.1990, 1990/2818 E., 1990/3315 K. (Çevrimiçi: www.corpus.com.tr, 17.11.2012).

bedelin üç katından çok daha fazla ise, FSEK m. 70/2'ye dayanılarak tazminat davası açılabilir³⁰².

VI. MANEVİ HAKLARIN İHLALİ HALİNDE MADDİ TAZMİNAT DAVASI

Manevi hakların ihlali de, maddi bir zarara neden olabilir. Örneğin, eserde değişiklik yapılması durumunda eser sahibi bu değişiklik nedeniyle, başka siparişlerini kaybetmiş olabilir. Ayrıca senaryo yazarının rızası dışında senaryosu değiştirildiği için, izleyiciler bu senaryonun, beklenen bir eser olmadığını düşündüklerinde, eserin olumlu bir tepki almaması ve yeni siparişlerin iptali de söz konusu olabilir. Dolayısıyla eser sahibinin eserinde meydana gelen değişiklikler yoluyla ve başka türlü manevi hakların ihlali sebebiyle maddi zarar meydana gelebilir.

Ancak FSEK m.70 hükmü manevi hakların ihlali halinde manevi tazminata hükmedilir, diyerek bu durumda maddi tazminat talep edilip edilemeyeceğine ilişkin herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemesinde manevi hakların ihlali halinde maddi tazminata hükmedilemeyeceği sonucu çıkarılabilir. Halbuki FSEK m.70'de 1995 tarihli 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten evvel manevi hakların ihlali ile maddi tazminatın istenebileceği hükmü yer almaktaydı.

4110 Sayılı kanun ile değişiklik yapılmadan önce, FSEK m. 70/1 hükmü; “*manevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icap ettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir.*” şeklindeydi. Hüküm Eski BK m. 49'a uyum sağlaması açısından daha sonra “*kusur ve tecavüzün ağırlığı icap ettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar adı ile*” ifadesi yeniden kaleme alınmıştır. Söz konusu değişikliğin hatalı bir değişiklik olduğu yönünde doktrinde neredeyse bir görüş birliği bulunmaktadır³⁰³. Zira madde metni manevi hakların ihlali halinde maddi tazminat talep etme imkanını ortadan kaldırmış gibi görünmektedir. Kanun koyucunun burada mali-manevi hak ayrımı ile maddi manevi tazminat ayrımını birbirine karıştırdığı

³⁰² Durgut, s. 1093.

³⁰³ Tekinalp, s. 312-313; Yarsuvat, s. 167; Suluk/Orhan, s. 800; Ahmet Kılçoğlu, 5846 Değişikliği, s. 27; Emre Gökyayla, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi” (Kısaltma:Değişiklik), DEÜHFD 2005, C. VII, S.1, s. 24.

görülmektedir³⁰⁴. Aslında yapılan değişiklik FSEK’te genel hükümlerin tekrarını engellemek amacını taşıdığından, manevi hakların ihlali halinde maddi tazminat hakkını kaldırmış değildir³⁰⁵. Zaten FSEK m. 70/1 hükmünde maddi tazminata değinilmemiş olması, TBK genel hükümleri çerçevesinde tazminat talep etmeye engel değildir. Ancak karışıklık yaratan bir hüküm olduğundan doktrindeki ağırlıklı görüşün tavsiyesine uyulup, hükmün düzeltilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz, zira TBK’da yer alan haksız fiil düzenlemesine kıyasla daha özel kanun hükmünde olan FSEK’te konunun düzenlenmesi daha uygun olacaktır³⁰⁶.

Yapılan değişiklik ile eser üzerindeki manevi hakların ihlal edilmesi durumunda sadece manevi tazminat davası açılmasına imkan verilmiş, hak sahibi tecavüz nedeniyle maddi bir zarara uğramış olsa dahi FSEK m. 70 hükmüne dayanarak maddi tazminat talep edebilmesinin önü kapanmıştır. Kanun koyucunun mali-manevi zarar kavramları ile maddi-manevi tazminat kavramlarını birbirine karıştırdığı gerekçesiyle, doktrinde bu değişiklik haklı olarak eleştirilmiştir³⁰⁷.

Madde metninde bu şekildeki bir değişikliğin neden yapıldığı, madde gerekçesinde belirtilmemiş, ancak m. 70’de yapılan değişikliğin eski BK m. 49 hükmüne uyum sağlamak olduğu görüşü düşünüldüğünde, söz konusu değişikliğin maddi tazminat imkanını kaldırarak amacının uzağında bir düzenleme getirmiş olduğu doktrinde savunulmaktadır³⁰⁸.

Öğretide eser sahibinin manevi haklarının ihlali halinde, şayet maddi bir zarar söz konusu ise maddi tazminat da istenebileceği ancak kanun koyucunun bu hususu FSEK kapsamında düzenlememesinden dolayı, bu tazminatın genel hükümlere gidilerek yani TBK’nın haksız fiil hükümleri uyarınca talep edileceği görüşü hâkimdir³⁰⁹. Doktrindeki bu görüşe göre; manevi haklara tecavüz eylemleri “hukuka aykırı sayılan” ancak “mali hak ihlali sayılmayan” eylemler arasında değerlendirilmeli ve bu eylemler neticesinde hak sahibine maddi tazminat talep etme hakkı da verilmelidir. Bu yazarlar,

³⁰⁴ Gökyayla, Değişiklik, s. 24.

³⁰⁵ Durgut, s. 1082.

³⁰⁶ Gökyayla, Değişiklik, s. 24.

³⁰⁷ Gökyayla, Değişiklik, s. 24.

³⁰⁸ Tekinalp, s. 316; Bilgehan, s. 128.

³⁰⁹ Tekinalp, s. 316; Erel, s. 347; Kılıçoğlu, 5846 Sayılı Değişiklik, s. 27; Gökyayla, Değişiklik, s. 24; Uygur, s. 171.

manevi hak ihlali halinde açılacak maddi tazminat davasının, kanun koyucu FSEK kapsamında herhangi bir hüküm sevk etmemiş olduğundan TBK'ya tabi olarak değerlendirilmesini savunmuşlardır³¹⁰.

Her ne kadar manevi hakların ihlali halinde uğranılan maddi zarar, TBK genel hükümlerinin uygulanması suretiyle tazmin edilebilecek olsa da, TBK'ya kıyasla daha özel bir kanun olan FSEK'te konuya ilişkin ayrıca bir düzenlemenin bulunmasının daha doğru olabileceği kanaatindeyiz. Ancak kanun koyucu bu şekilde bir uygulamaya ilişkin hükme FSEK m.70 kapsamında yer vermemiş olmasından dolayı genel hükümlere gidilerek, bu tazminatın TBK'nın haksız fiil hükümlerine göre sağlanması da mümkündür.

³¹⁰ Üstün, Maddi Tazminat, s. 373.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAZANCIN İADESİ DAVASI İLE ZARARIN TAZMİNİ

I. GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞGÖRME

A. Genel Olarak Gerçek Olmayan Vekaletsiz İşgörme

Türk Borçlar Kanununun Onuncu Bölümünde “Vekaletsiz İşgörme” başlığı altında iki türden bahsedilmiştir. Bunlardan ilki, gerçek vekaletsiz işgörmedir ve TBK m. 526’da düzenlenmiştir. TBK m. 526’da, bir başkası yararına vekaletsiz olarak işgörme düzenlenmiştir. Vekaletsiz işgörmede, başkasına ait bir işin görülmesi ve fakat bu işin görülmesi için işgörenin vekaletinin olmaması gerekmektedir. Burada vekaletsiz işgören izinsiz olarak, bir başkasının hukuki alanına girmekte ve onun menfaatine hareket etmektedir³¹¹.

Vekaletsiz işgörmenin ikinci türü ise, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmedir ve TBK m. 530’da düzenlenmiştir. Buna göre; “*İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.*” Bu halde vekaletsiz işgören, başkasının hukuki alanına girmekte ve kendi menfaatine hareket etmektedir. Bu madde ile başkasının haklarını istismar ederek, kazanç elde eden kimsenin, bu kazancının, hakkın asıl sahibine iadesinin sağlanması amaçlanmaktadır³¹². Bu açıdan, haksız kazanç sağlayan kişiden, elde ettiği kazanç talep edilebilir ve bu talebe de kazancın devri talebi denir.

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörme TBK m. 530’da genel bir düzenleme olarak yer almıştır. Buna rağmen, birçok kanunda kazanç devrinin talep edilebileceği özel düzenlemeler yer almıştır. Her biri ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek bu düzenlemeleri kısaca sayacak olursak, bunlardan ilki; TMK m. 25’te düzenlenen, kişilik

³¹¹ **Haluk Tandoğan**, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme (Kısaltma: Vekaletsiz İş Görme), İstanbul 1957, s. 13-19; **Cevdet Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 506-507.

³¹² **Azra Arkan Akbıyık**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999, s. 9.

hakkının korunması alanında kazanç devri talebidir. TMK m. 25/3'e göre, "*Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz işgörme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.*" Hükümde her üç talebin birlikte istenebileceği gibi bir kanaat uyandırılrsa da, aşağıda ayrıntısıyla açıklanacağı üzere, manevi tazminat talebi ile kazancın devri birlikte istenebilirken, maddi tazminat için bir ayırım yapmak gerekecektir. İşgörene haksız kazanç sağlayan müdahale, iş sahibi açısından bir fiili zarara da yol açmışsa talepler birlikte istenebilir, ancak zarar yoksun kalınan kâr şeklinde ise, bu durumda bir seçim yapılmalı, menfaatinin gereğine göre ya kazanç devri ya da maddi tazminat talep edilmelidir³¹³.

Türk Medeni Kanunun'da düzenlenen bir başka kazanç devri talebi ise, TMK m. 993-995 hükümleri arasındadır. Burada haksız zilyedin iade borcu düzenlenmekte ve kötü niyetli zilyedin, *elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği semereleri iadesi* yer almaktadır. Burada söz konusu olan bir tazminat değil, kazanç devridir.

Bir başka düzenleme TTK m. 56'da yer almaktadır. TTK m. 54'te haksız rekabet düzenlenmiş m.56'da ise, haksız rekabete ilişkin hukuki yaptırımlar düzenlenmiştir. TTK m.56 (e) bendinde ise, "*Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.*" düzenlemesini havidir. Hükümde "*tazminat olarak hâkim*", "*davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.*" ifadelerinin yer alması, kanun koyucunun kazanç devrini bir tazminat şekli olarak gördüğü anlamına gelebilmektedir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, kazanç devrinin talebi için davacının zarara uğramasına gerek yoktur ve bu husus kazanç devrini tazminattan ayıran en önemli husustur³¹⁴. Bunun dışında bazı haksız rekabet eylemleri, aslında kazanç devri talebine konu olabilecek mahiyette değildir. Oysa hükmün kaleme alınış şekliinden, bütün haksız rekabet eylemleri için kazanç devri talebinin mümkün

³¹³ Akbıyık, s. 79.

³¹⁴ Akbıyık, s. 88; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası" (Kısaltma: Kazancın İadesi), Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 195; Murat Oruç, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009, s. 101.

olabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bu nedenle, hangi haksız rekabet eyleminin kazanç devri talebine imkan sağladığını belirlemek, hâkime düşmektedir. Hâkim, önüne gelen her somut olayda, haksız rekabet eyleminin aynı zamanda bir gerçek olmayan vekaletsiz işgörme olup olmadığını incelemek zorundadır³¹⁵.

TBK m. 530'un özel görünüş şekillerinden biri de, rekabet yapma yasağı halinde istenebilecek kazanç devri talepleridir. Bu haller, TBK m. 553/2, TBK m. 626, TTK m. 231/1 ve TTK m. 396'da ayrı ayrı düzenlenmişlerdir.

Sınai hakların korunmasını düzenleyen KHK'larda da kazanç devri talepleri düzenlenmiştir. 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 140 (b) bendi, 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK m. 52 (b) bendi ve 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 66 (b) bendi, düzenledikleri sınai hakların istismarı halinde talep edilebilecek kazanç devirlerini içermektedir. Kanun koyucu KHK'larda yer verdiği bu benzer hükümlerle *“tecavüz edenin elde ettiği kazancın iadesini, yoksun kalınan kazancın bir hesaplama yöntemi”* olarak öngörmüştür. Halbuki yoksun kalınan kazanç, bir maddi zarar türüdür. Maddi zararın değişik ayrımlarından birini *“fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç”* ayrımı oluşturmaktadır³¹⁶.

Tüm bunların dışında çalışmamızın konusunu oluşturan, FSEK m. 70 hükmünün üçüncü fıkrası da kazanç devri düzenlemesinin özel bir şeklidir ve aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

B. FSEK'te Düzenlenen Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme

FSEK m. 70/3 hükmü, *“Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.”* düzenlemesini içermektedir.

³¹⁵ Akbıyık, s. 92; Oruç, s. 102.

³¹⁶ Kılıçoğlu, Hukuksal Korunma Yolları, s. 81.

FSEK m. 70/3'te öngörölmüş olan, “*temin edilen kârın kendisine verilmesini isteme*” hakkı hukuki nitelik açısından, bir tazminat talebi değil, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin bir özel uygulamasıdır. Buna göre, eser sahipliğinden doğan hakları ihlal edilen kişi, bu hükme dayanarak, tecavüzden sorumlu olan kişinin, elde ettiği kazancın iadesini talep edebilecektir. Burada TBK m. 530'dan farklı olarak dava konusu, bir eser üzerindeki mali ya da manevi hakkın istismar edilmesidir³¹⁷. Hak sahibinin mali ya da manevi haklarına tecavüz ederek, bir kâr sağlayan kimse hak sahibinin menfaati için yapmamış olsa bile, hak sahibi yönünden bir vekaletsiz işgörmüştür. Bu nedenle iş sahibi işten doğan yararların kendisine devrini talep edebilir³¹⁸.

II. KAZANCIN İADESİ DAVASI

A. Kazancın İadesi Davasının Konusu

FSEK m. 70/3 hükmünün gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin özel bir türü olduğuna yukarıda değinilmiştir. Bu açıdan gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin kaynağına değinilecek olursa, öncelikle gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin aslında bir hukuka aykırı fiil olduğunu söylemek gerekir. Ayrıca bir borç kaynağı olduğunu da göz ardı etmemek gerekmektedir³¹⁹.

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin hukuki niteliği tartışmalıdır ve tartışmalar temelini genelde Roma Hukuku döneminden almaktadır. Bu teorilere kısaca değinecek olursak, öne sürülen ilk teori subjektif teoridir. Bu teoriyi savunanlar, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin varlığını reddetmekte ve bir kimsenin, bir başkasının işini kendi menfaatine görmesi halinde vekaletsiz işgörmenin gerçekleşmeyeceğini, zira işgörenin, iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesini taşımadığını beyan etmektedir³²⁰. Buna karşılık ileri sürülen objektif teori ise, iş sahibinin menfaatine hareket iradesini zorunlu bir unsur olarak görmez ve yabancı bir işin görülmesi

³¹⁷ Üstün, Maddi Tazminat, s. 399.

³¹⁸ Tekinalp, s. 317.

³¹⁹ Akbıyık, s. 20.

³²⁰ Rudolf Moser, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR, Diss. Zürich 1940, s. 91-93 (Naklen, Akbıyık, s. 20-21.)

vekaletsiz işgörmenin oluşması için yeterlidir³²¹. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörme teorisi ise, vekaletsiz işgörme hükümlerini bir anlamda genişletmekte ve bir istisna olarak kendi yararına başkasının işini gören kimseye karşı da “sanki o, kendi menfaati için değil de, iş sahibi yararına hareket etmiş gibi” bu hükümlere başvurabileceğini kabul etmektedir³²². Bu konudaki son teori ise, haksız karışma kazancı veya iş gaspı teorileridir. Haksız karışmadan sağlanan kârın, işgörenden istenebilmesi için, vekaletsiz işgörme hükümlerine başvurulması tarihi sebeplere dayanır. Onlara göre, gerçek olmamak kavramı içeriği boş bir ifadeden ibarettir. Başkasının menfaatine hareket iradesi vekaletsiz işgörmenin zorunlu unsuruysa, artık bu unsurun olmadığı bir halde vekaletsiz işgörmeden bahsetmek mantığa aykırıdır³²³.

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmede, başkasının haklarını istismar ederek, kazanç elde eden kimsenin, bu kazancının, hakkın asıl sahibine iadesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Kazanç devri de denilen bu kurum, yukarıda da belirtildiği üzere hukuka aykırı bir fiildir. Haksız fiil neticesinde, saldırıya uğrayan kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilme maddi zarardır. Haksız eylem neticesinde failin elde ettiği kazanç ise, mağdurun malvarlığından bir eksilme değildir. Bu durumda failin elde ettiği kazancın, mağdur tarafından maddi zarar olarak talep edilebilmesi, malvarlığında bir azalma olmadığı için mümkün değildir. İşte bu nedenlerle haksız fiil nedeniyle başvurulabilecek yollar arasında, failin elde ettiği kazancın iadesi davasına da yer verilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, FSEK m. 70/3 hükmü, mali ve manevi hakları istismar edilen hak sahibinin, hakkı ihlal eden failin elde ettiği kazancı, hak sahibine vermesini ihtiva etmektedir. Davanın konusu, mali ya da manevi hakkı ihlal ederek failin elde etmiş olduğu kazancın, esas hak sahibine devridir. Burada hak sahibinin mali veya manevi hakkına tecavüz ederek bir kazanç sağlayan kimse, hak sahibinin menfaati için yapmamış dahi olsa hak sahibi yönünden vekaletsiz bir iş görmüştür³²⁴. Hak sahibine maddede tanınan zararın tazmini yöntemi dışında, hakkı ihlal eden kişinin elde ettiği kazancın da istenmesinin yolu açılmıştır. Bu açıdan kanun koyucu, hak sahibinin

³²¹ Moser, s. 105 (Naklen, Akbıyık, s. 22.)

³²² Moser, s. 100-101 (Naklen, Akbıyık, s. 24.)

³²³ Moser, s. 102-103 (Naklen, Akbıyık, s. 24.)

³²⁴ Tekinalp, s. 317.

uğradığı zararların tazminini yeterli görmemiş, davalının haksız fiil nedeniyle elde ettiği kazancın da iadesinin de istenebileceğini belirtmiştir³²⁵.

B. Kazancın İadesi Davasının Koşulları

1. Objektif Koşul

TBK'dan kaynaklanan vekaletsiz işgörmeden bahsedebilmek için öncelikle bir iş görmenin olması gerekir. Aynı zamanda bu işin mutlaka iş görenden başkasına ait olması ve bu işin yapılmasında iş görenin yetkisinin olmaması gerekir. TBK m. 526'da yer alan "vekaletinin olmaması" ibaresi teknik bir vekaleti değil, günlük dildeki bir kullanımı kastetmektedir³²⁶.

Davanın açılabilmesi için, hukuka aykırı bir fiilin olması, bu fiil neticesinde iş görenin bir menfaat sağlaması ve bu menfaat ile hukuka aykırı fiil arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Dikkat edilirse, bu koşullar arasında zarar koşulundan bahsedilmemektedir. Zira kazancın iadesi davasının açılabilmesi için, zararın gerçekleşmesi aranmaz³²⁷. İş sahibinin hiçbir zararı olmasa dahi, iş gören, haksız olarak edindiği kazancı devretmekle yükümlüdür. Zarar, zarar görenin malvarlığının, istemi dışında azalması iken, kazanç, iş görenin malvarlığındaki artıştır. Bu açıdan kazanç ile zarar arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır ve zararı gidermek, ayrı bir dava konusu olan tazminat davalarının amacı iken, haksız olarak elde edilen kazancı gerçek hak sahibine geçirmek, kazancın iadesi davasının amacıdır³²⁸.

FSEK bağlamında bakıldığında ise, mali veya manevi hakkı, yetkisi olmaksızın kullanan kimseden bahsedilmektedir. Bu kimse yetkisi olmadan bu hakları kullanıp bir kazanç elde etmektedir. Kazancın iadesi davası da, elde edilen bu kazancın asıl hak sahibine geçirilmesini düzenlemektedir. Tecavüze uğrayan, zararı olmasa dahi kazancın devri talebinde bulunabileceği gibi, mütecevizin elde ettiği kazanç, tecavüze uğrayanın zararından fazla da olsa devir talebi, mütecevizin kazancının tamamını kapsar, yalnızca

³²⁵ Akın, s. 143.

³²⁶ Akbıyık, s. 26-35.

³²⁷ Tekinalp, s. 317; Akbıyık, s. 62.

³²⁸ Akbıyık, s. 62.

zararı karşılayan kısmın devri ile yetinilmez³²⁹. Aynı zamanda, hak sahibinin kazancın iadesini talep edebilmesi için, kâr etmeyi ümit edip bundan mahrum kalmış olması da aranmaz³³⁰.

Tazminat davasında hakkı ihlal edilen kişi, zararı ispatlarken, kazanç devri talebinde mütecevizin elde ettiği kârı ispatlayacaktır³³¹. Ancak bu durum da ülkemiz açısından çok zor olduğundan, kullanılabilmesi pratikte pek mümkün olmamaktadır. FSEK m. 70'te öngörülen kazancın iadesine ilişkin dava ile hak sahibinin haklarını koruyabilmesi, izinsiz olarak eseri kullanan kişilerin kazançlarının yasalara uygun olarak belirtmiş ve beyan etmiş olmalarına bağlıdır. Zira bu tür davalarda, davalının eseri kullanmak suretiyle kazanç elde ettiğini kanıtlama yükümlülüğü davacı hak sahibine aittir. Davacının bunu kanıtlayabilmesi ise çoğu zaman olanaksızdır. Çünkü eseri izinsiz olarak çoğaltan ve dağıtan ya da kullanan kişilerin yasalara uygun ticari kayıtları ve muhasebe kayıtları yoktur. Ülkemizde yayınevlerinin, matbaaların, güzel sanat eserlerini sergileyen ya da satanların TTK ve Vergi Yasalarına uygun faaliyet göstermedikleri açıktır. Bu nedenle yasanın bu hükmünün işlememesi yasal düzenlemedeki bir eksiklikten değil; eseri izinsiz olarak çoğaltıp kullanan kişiler üzerinde ticari ve vergi kayıtları açısından yeterli Devlet denetiminin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Fakat mütecevizin elde ettiği kârın ispatlanması dava için yeterli olduğundan, var olan usulsüz kayıtlar yahut hiç olmayan kayıtlar mahkemeyi bağlamayacaktır.

2. Subjektif Koşul

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye, kazanç elde eden iş görenin kötü niyetli olmasının aranıp aranmadığı hususunda kanunda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu durum doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebebiyet vermiştir. Bu görüşlerden ilki, TBK m. 530 hükmünün, hem iyi niyetli hem de kötü niyetli iş görene karşı ileri sürülebileceği yönündedir³³². Objektif teori denilen bu görüşün yanı sıra, sınırlandırılmış objektif görüş diye adlandırılan bir başka görüşe göre, hüküm kötü

³²⁹ Arslanlı, s. 221; Ayiter, s. 262-263; Tekinalp, s. 317; Demir s. 104.

³³⁰ Arslanlı, s. 221; Ayiter, s.262-263; Erdil, s. 580.

³³¹ Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.197.

³³² Hermann Becker, Berner Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Obligationenrecht II., Abteilung, Bern 1944, Art.423, N.1,3 (Naklen, Akbıyık, s. 36.)

niyetli kimsenin yanı sıra iyi niyetli kimseye de uygulanabilir. Ancak iyi niyetli işgören, elde ettiği kazancın tamamını değil, elinde kalan kadarını iade etmekle yükümlüdür. Bu görüş dayanağını sebepsiz zenginleşme hükümlerinden almıştır³³³. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerinin yalnızca kötü niyetli işgörene uygulanabileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüştekiler, hükmün özel görünüş şekillerinde kanun koyucunun (mesela TTK m. 56 hükmünde) kusuru açıkça aramış olması gibi gerekçelere dayanmaktadırlar³³⁴.

FSEK m. 70/3 açısından da, davanın açılmasında subjektif unsur olan kusurun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, söz konusu davada kusurun aranmayacağını, davanın zarar ve kusur aranmayan davalardan olduğunu savunmaktadır³³⁵; bu nedenle haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilmek için uğradığı zarar miktarını ve mütecevizin kusurunu ispatla yükümlü olan hak sahibi, bu külfetten kaçınmak istiyorsa, kazancın iadesi yolunu tercih etmelidir. Doktrinde yer alan bir başka görüş ise, davanın açılması için kusurun arandığını savunmaktadır³³⁶. Kanaatimizce doktrinde yer alan ilk görüş daha yerindedir yani kazancın iadesi davası açılırken kusur aranmayacaktır. Zira bazı durumlarda kazancın iadesi davası kusuru olmayan kişiye karşı da yönlendirilebilmektedir. Örneğin, hak sahibi olduğunu düşündüğü A'dan çoğaltma ve yayma hakkını devralan yaymevi sahibi Ü, eseri sözleşme şartlarına uygun olarak basmış ve satmaya başlamış ise, gerçekte hak sahibi olan E, hakkın ihlali nedeniyle Ü'ye karşı kazancın iadesi davası açabilecektir ve burada FSEK m. 54/1 hükmü uyarınca, Ü'nün iyi niyetinin bir önemi bulunmamaktadır.

C. Davanın Tarafları

Kazancın iadesi davasında davacı, hakkı tecavüze uğrayan hak sahibidir. FSEK m. 70/3 hükmü açıkça bunu düzenlemiştir. Bu kişi eser sahibi olabileceği gibi, bağlantılı hak sahibi, mirasçı, mali hakkı sözleşmeyle devralan hak sahibi olabilir.

³³³ Akbıyık, s. 37.

³³⁴ Akbıyık, s. 38.

³³⁵ Ayiter, s. 263; Tekinalp, s. 318; Erel, s. 349; Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s. 197; Kılıçoğlu, Hukuksal Korunma Yolları, s. 78; Durgut, s. 1094; Bilgehan, s. 138.

³³⁶ Arslanlı, s. 221; Akbıyık, s. 41, 85; Demir, s. 104.

Davayı açabilecek kişilerin içine, FSEK m. 18/2 hükmü uyarınca kullanma hakkı sahibi olan çalıştırılan da dahildir.

Müşterek eser sahiplerinden her biri kendi meydana getirdiği kısımla ilgili olarak bu davayı açabilir. Eserin bütününe ilişkin olarak her bir eser sahibi dava açabilir. İştirak halinde eser sahipliğinde de her bir eser sahibi tek başına dava açabilir.

Ruhsat sahibinin dava açabilmesi açısından daha önce de belirttiğimiz gibi, basit ruhsat hakkı sahibinin dava açma hakkı bulunmamaktadır. Tam ruhsat hakkı sahibi açısından ise, fikri hak ihlallerinin takibine ilişkin yükümlülüğün, lisans alana ait olduğu ancak lisans hakkı sahibinin bu hakkını kullanmadığı durumlarda asıl hak sahibi olan eser sahibinin ya da hakkı lisans verenin dava açma hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir.

Meslek birliklerinin kazancın iadesi davası açabilmesi ise, meslek birliğine verilecek yetki belgesi ile mümkündür. (FSEK m. 42/A)

Kazancın iadesi davasında davalı ise, hak sahibi olmadığı halde hakkı ihlal edip kazanç sağlayan kimsedir.

III. ZAMANAŞIMI

Kazancın iadesi davası, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye dayanan bir davadır ve hukuka aykırı bir fiil niteliği taşımaktadır³³⁷. Bu açıdan uygulanacak zamanaşımı kuralı haksız fiilden kaynaklanan TBK m. 72'dir. Buna göre, *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”*

Ancak doktrinde bir görüş, hükmün gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye dayanması sebebiyle zamanaşımı süresinin haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğunu savunmaktadır. Buna göre TBK m. 72 veya m. 82

³³⁷ Tekinalp, s. 318.

hükümlerine kıyasen iki yıllık ve her halde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmektedir³³⁸.

Bunun dışında doktrinde, TBK m. 127/5'teki vekâletten doğan taleplere ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresinin burada da geçerli olduğu görüşü de yer almaktadır³³⁹. Yargıtay'ın görüşü ise TBK m. 530'a dayanan taleplerin on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğu yönündedir³⁴⁰.

IV. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI İLE KAZANCIN İADESİ DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

FSEK m. 70/3 hükmü, *mali ve manevi hakları ihlal edilen kimsenin, tazminattan başka, elde edilen kazancın da iadesini, tecavüz edenden isteyebilir, ifadesini içermektedir*. Buradaki talep, maddeden de anlaşılacağı üzere bir tazminat değil, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeden kaynaklanan bir haktır. Uğranılan zararın tespitini içermez. Ancak hükümde geçen tazminattan başka ifadesinin tam olarak neyi kastettiği de açık değildir. Burada tazminat talepleri ile bir yığılmadan mı yoksa bir yarışmadan mı bahsedildiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu açıdan, FSEK m. 70/3'ten doğan talep hakkı ile tazminat davaları arasındaki ilişkinin de incelenmesi gerekir.

Öncelikle kazancın iadesi davası ne bir tazminattır ne de zarar ya da tazminatı hesaplama yöntemidir. Zira bu talepte bulunabilmek için zararın varlığı aranmamaktadır. Bunun dışında, kazancın devri talebi ile manevi tazminat davası arasındaki ilişkiyi incelersek, taleplerin kaynağı ve fonksiyonları birbirinden tamamen farklıdır. Zira manevi tazminat davası, mali ya da manevi hakkın ihlali neticesinde duyulan kederin giderilmesi amacını taşırken, kazancın iadesi talebi, mütecavizin ihlal neticesinde elde etmiş olduğu kazancın, hak sahibine dönüşünü amaçlamaktadır. Bu açıdan manevi tazminat talebi ile kazancın iadesi talebi birlikte istenebilir yani bu

³³⁸ Erel, s. 372; Durgut, s. 1095; Demir, s. 106.

³³⁹ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 496

³⁴⁰ Fakat aynı kararda, TBK m. 530'un özel bir hali olan MK m. 995'e dayanan talepler için TBK m. 72'deki hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Yarg. İBK. 04.06.1958, 1958/15 E., 1958/6 K. (Çevrimiçi: <http://www.corpus.com.tr/>, 15.12.2012).

talepler birbiri üzerine yığılır³⁴¹. Yani bir kimse, nasıl hem maddi hem de manevi tazminat talebinde bulunabiliyorsa, aynı şekilde, hakkı ihlal edilen hak sahibi de, elde edilen kazancın devri talebinde ve bununla birlikte, bir manevi zararı söz konusu ise manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir³⁴². Örneğin, ünlü bir ressama ait nadide bir eseri, izin almaksızın poster haline getirmek suretiyle sokakta satan kimseye karşı hem kazancın iadesi davası hem de eserin sokaklara düşmesi sebebiyle duyulan üzüntünün karşılığı olarak manevi tazminat davası açılabilir³⁴³.

V. MADDİ TAZMİNAT DAVASI İLE KAZANCIN İADESİ DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Maddi tazminat davası ile kazancın iadesi davası arasındaki ilişkinin ise, zararın türleri olan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr kalemleri açısından ayrı ayrı incelenmesi uygun olur.

Maddi tazminat davası ile kazancın iadesi davası birbirinden farklı davalardır. Zira maddi tazminat davası ile haksız fiil mağduru malvarlığındaki bir eksilmeyi gidermek istemektedir. Halbuki, kazancın iadesi davasında, önemli olan haksız fiil failinin malvarlığında bu fiilinin sonucunda bir artışın meydana gelmesidir. Yani haksız fiil mağduru, bu eylem sonucunda zarara uğrasın ya da uğramasın, failin elde ettiği kazancı isteyebilecektir³⁴⁴.

Doktrinde bir görüş, bir yandan maddi tazminatın, kazanç iadesi davasından farklı olduğunu savunurken, kusur problemine de değinmektedir³⁴⁵. Her ne kadar doktrinde kazancın iadesi davasının açılabilmesi için, kusurun aranacağı yönünde bir görüş bulunsa da, kanaatimizce davanın açılabilmesi için kusurun aranmaması, tazminat davasından ayrıldığı bir başka noktadır³⁴⁶. Yine zararın aranmaması, başlı başına bu iki talebin birbirinden farklı olduğunun kanıtıdır.

³⁴¹ Tekinalp, s. 317; Akbıyık, s. 85; Öztan, s. 678; Durgut, s. 1094; Demir s. 105.

³⁴² Akbıyık, s. 64; Bilgehan, s. 137.

³⁴³ Örnek için bkz. Akbıyık, s. 86.

³⁴⁴ Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s. 196.

³⁴⁵ Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s. 196.

³⁴⁶ Bkz. yukarıda, Üçüncü Bölüm, II. Kazancın İadesi Davası, B. Kazancın İadesi Davasının Koşulları, 2. Subjektif Koşul.

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda zarar genel olarak, yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁴⁷. Uğranılan zararın, yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıktığı durumlarda, hakkı ihlal edilen hak sahibi, bir seçim yapmalıdır. Yani bir mali ya da manevi hak sahibi, hakkı ihlal edilmeseydi, bu haktan bir kâr sağlayacak idiyse, hak sahibinin yoksun kaldığı kâr, mütecavizin elde ettiği kazançtan daha fazla ise ve zararını ispatta fazla güçlük çekmeyecek ise, hak sahibinin bu halde maddi tazminat talebinde bulunup, yoksun kalınan kârını talep etmesi daha uygun ve hak sahibi lehine bir çözüm olacaktır. Fakat, hak sahibinin yoksun kaldığı kâr, mütecavizin elde ettiği kazançtan daha az ya da yoksun kalınan kâr dolayısıyla uğranılan zararın ispatı güç ise, hak sahibinin kazanç devri talebinde bulunması gerekir. Kısacası, hak sahibinin uğradığı zarar yoksun kalınan kârdan ibaret ise, kazanç devri talebi ile maddi tazminat talebi birlikte istenemez. Talepler arasında bir yığılmadan değil, bir yarışmadan bahsedilir³⁴⁸. Zaten kazancın iadesi neticesinde ortada bir zarar kalmayacağından maddi tazminat davası da konusuz kalacaktır³⁴⁹. Kaldı ki, FSEK m. 70/3'te yer alan "... tazminattan başka..." ifadesi, tazminata ek olarak kazancın devrinin talep edilebileceği anlamında değil, tazminattan başka olarak bir imkanın daha olduğu anlamında kullanılmıştır³⁵⁰.

Ortaya çıkan zararın, fiili zarardan ibaret olduğu nadir durumlarda ise, kazanç devri talebi ile fiili zararın birlikte istenebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Zira bu iki talep tamamen birbirinden farklıdır. Mütecavizin elde ettiği kazanç, uğranılan fiili zararı her zaman karşılamaz. Bu nedenle söz konusu taleplerin yığılacağı kabulü gerekir³⁵¹.

VI. FSEK m. 68'DEKİ BEDEL TALEBİ İLE m. 70/3'TEKİ KAZANCIN İADESİ TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

FSEK m. 70/3 hükmü, "*Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.*" düzenlemesini içermektedir.

³⁴⁷ Ayiter, s. 248.

³⁴⁸ Tekinalp, s. 317; Akbıyık, s. 63, 86.

³⁴⁹ Durgut, s. 1094-1095.

³⁵⁰ Tekinalp, s.317.

³⁵¹ Tekinalp, s. 317; Akbıyık, s. 63,86.

FSEK'in bu düzenlemesi karşısında, FSEK m. 68 hükmü ile m. 70/3 hükmü arasındaki ilişkiye değinmek kaçınılmazdır. Bu taleplerin niteliği ve birlikte istenilmesi üzerine aşağıda ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.

A. Taleplerin Niteliği ve Aralarındaki İlişki

FSEK m. 68 hükmü, mali haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i davasını ihtiva etmektedir. Yukarıda madde metni ayrıntılı bir şekilde incelendiği için³⁵² burada FSEK m. 70/3 arasındaki ilişkiyi açıklamak için bazı hususlara kısaca değinilecektir.

FSEK m. 68 hükmü, hak sahibinin mali haklarına yönelik başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüzün varlığı halinde, istenebilecek taleplere yer vermiştir. FSEK m.70/3 hükmü ise, hak sahibinin mali ve/veya manevi haklarına ilişkin başlamış ve sona ermiş bir tecavüz nedeniyle, mütecevizin elde ettiği kazancın iadesini kaleme almıştır. Bu açıdan, FSEK m. 70/3 hükmü, öncelikle manevi hakların da ihlali halinde talep edilebilen bir düzenlemeyi havidir.

Tecavüzün ref'i davasında kusur ve zarar şartı aranmamaktadır. Kazancın iadesi davasında da kusur ve zarar aranmamakta, buna karşılık mütecevizin bir kazanç elde etmesi aranmaktadır; davada elde edilen bu kazanç talep edilmektedir.

B. Taleplerin Birlikte İstenmesi

Hukuki yaptırımlara ilişkin hükümler bir arada değerlendirildiğinde, tecavüz'ün ref'i davasının tazminat davaları ve kazancın iadesi davasından tamamen bağımsız olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak maddede yer alan "*Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.*" düzenlemesi, talepler arasındaki ilişkiyi işaret etmektedir. Söz konusu düzenlemeye tazminat davalarında yer verilmemiştir. Maddeden hareketle, kazancın iadesi ile tecavüzün ref'i davasındaki talebin ayrıca talep edilebileceği sonucuna ulaşılır. Ancak bu her zaman adil bir sonuç olmayabilir³⁵³.

³⁵² Bkz. yukarıda, İkinci Bölüm, V. FSEK m. 68'deki Tecavüzün Ref'i Davası il M. 70/2'deki Maddi Tazminat Davası Arasındaki İlişki.

³⁵³ **Gökyayla**, 5728 Değişikliği, s. 290, dn.33; **Gökyayla**, Yargıtay Kararları, s. 11, dn.33.

Öncelikle burada maddede geçen “68 inci madde uyarınca talep edilen bedel” ifadesinden, 68’inci maddede yer alan hangi bedel olduğunun anlaşılması gerekir. Zira FSEK m. 68, iki bedelden bahsetmektedir. Bunlardan ilki, birinci fıkrada yer alan, izni alınmamış hak sahiplerinin, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlası iken, ikincisi FSEK m. 68/2 ve 3’te yer alan, hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların üretim maliyet fiyatını geçmeyecek şekilde kendisine verilmesini talep edebileceği uygun bir bedeldir.

Doktrinde bu bedellerden hangisinin kazanç iadesi talebinden indirileceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, indirilecek olan bu bedel, tecavüzün ref’i davasında kullanılan tercihe göre ya çoğaltılmış nüsha ve kalıpların devri bedeli ya da sözleşme yapılsaydı talep olunabilecek telif ücretinin üç katı tazminine ilişkin taleptir³⁵⁴. Bu görüşe göre, maddede belirtilen bedel, talep edilebilecek bedellerden her ikisi de olabilir.

Doktrindeki bir başka görüş ise, kazanç iadesinden indirilecek bedel, sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek üç kat fazlaya ilişkin bedeldir. Bu görüşe göre, kanun koyucu, hak sahibinin, mütecavizden elde ettiği kazancın iadesini talep ettiğinde, bu kazançta telif tazminatı olarak anılan üç kat bedel de dahildir³⁵⁵.

Bir diğer görüşe göre ise, burada kastedilen bedel, çoğaltılmış nüshalar ile bunları üretmeye yarayan araçların devri için ödenen bedeldir. Aksi halde, tecavüze uğrayan kişi, kazanç iadesinden telif ücretinin üç katı bedel indirildikten sonra kalan tutarı almak zorunda kalarak zarara uğrar³⁵⁶.

Kanaatimizce de burada belirtilen bedel, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film kalıp ve benzeri araçların maliyet fiyatını geçmeyecek uygun devir bedelidir. Bir örnek üzerinden ilerleyecek olursak, kitap yazarı A kitabını korsan bir şekilde basıp satan B’den, FSEK m. 68 uyarınca kitabın basımında yararlandığı üretim araçlarının ve elindeki nüshaların uygun bir bedel karşılığında devrini talep hakkına

³⁵⁴ Erel, s. 349; Erdil, s. 580; Akın, s. 144.

³⁵⁵ Arkan, s. 296; Kılıçoğlu, Sınai Haklar, s. 138; Kılıçoğlu, Hukuksal Korunma Yolları, s. 78.

³⁵⁶ Tekinalp, s. 318, Demir, s. 107.

sahiptir. A, aynı zamanda FSEK m. 70/3 hükmü uyarınca, B'nin kitabın satışından elde etmiş olduğu kazancın da kendisine verilmesini talep edebilir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere bu talepler birlikte istenebilir. Bu halde B'nin elde ettiği kazançtan, A'nın ödeyeceği devir bedelini düşerek ödeme yapması, hukuk tekniği açısından daha uygun olacaktır.

FSEK m. 68'de yer alan üç kat fazla bedel ise, niteliği itibarı ile bir özel hukuk cezasıdır ve zarar kalemlerinden yoksun kalınan kâra benzemektedir. Kazanç iadesi de zarar kalemlerinden yoksun kalınan kâr gibidir. Dolayısıyla bu taleplerin birlikte istenebilmesi söz konusu olamaz. Aksi halde hak sahibi aynı tür talep nedeniyle iki katı zenginleşmiş olacaktır. Bu nedenle tecavüzün ref'i davasında talep edilen üç kat fazla bedel ile kazanç iadesi talebi birleşmez, aksine yarışırlar. Taleplerin terditli olarak istenmesi mümkündür. Dolayısıyla hak sahibi bu taleplerden hangisi kendisi için daha yüksek ise onu tercih edebilmelidir. Bu halde FSEK m. 68'deki bedel ile kazancın iadesi talebinin birbirinden mahsup edileceği cümlesi, üç kat fazla bedel açısından mükerrer tazminat hesabı yapılmasının önüne geçilmesi için yer alan bir hüküm olarak anlaşılmalıdır. Terditli talep halinde mahkeme, yüksek olana hükmedip, her iki tazminata birlikte hükmedemeyecektir.

SONUÇ

FSEK 70. maddesinde, “*Tazminat Davası*” başlığı altında üç ayrı davadan bahsedilmiştir. Bunlar sırasıyla; manevi tazminat davası, maddi tazminat davası ve kazancın iadesi davasıdır.

FSEK m. 70/1 hükmü, “*manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir.*” şeklindedir.

FSEK, eser sahibine, eserin yaratılması ile doğan ve herkese karşı ileri sürülebilen gayri maddi nitelikte birtakım mali ve manevi haklar tanımıştır. Eser sahibinin eseri ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan manevi haklar, FSEK m. 14-17 arasında yer almış ve eseri kamuoyuna sunma yetkisi, eserde adın belirtilmesi yetkisi, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama ve eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları biçiminde sıralanmıştır.

FSEK m. 70 hükmü haksız fiil sorumluluğunun özel bir görünüş biçimidir; dolayısıyla madde içerisindeki boşluklar doldurulurken genel hüküm olan TBK hükümlerine başvurulacaktır. TBK m. 49 hükmü, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu için bir takım şartlar aramıştır. Bunlar hukuka aykırılık, zarar, kusur ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı şeklinde sıralanmıştır. FSEK m. 70/1’de belirtilen manevi tazminat talebi de haksız fiil sorumluluğuna dayanmakta ve haksız fiil sorumluluğunda aranan şartlar, burada da aranmaktadır.

FSEK kapsamında manevi hakların ihlali halinde, eser sahibinin manevi tazminat davası açabilmesi için, eser sahibine bahşedilen manevi haklardan bir tanesinin ihlali neticesinde bir manevi zarara uğraması gerekir. Manevi hakları haleldar olan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık olarak manevi tazminat ödenmesini talep edebilir. Doktrinde manevi tazminat talep edilebilmesi için, manevi bir hakka saldırının yeterli olup olmadığı tartışılmıştır. FSEK m. 70/1 açıkça “uğranılan manevi zarara karşılık” hükmüne amir olduğundan, tecavüz fiilinin yanı sıra bu fiilin bir zarara da sebep olması gerekmektedir. Bunun dışında manevi tazminat talep edebilmek için hukuka aykırı bir saldırı ve manevi zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır.

FSEK m. 70/1, hüküm içerisinde kusur ibaresine yer vermemektedir. Fakat burada bir kusur sorumluluğundan bahsedildiği açıktır, zira TBK m. 58 hükmü içinde de kusur ibaresi geçmemekte, ancak davanın açılabilmesi, kusur koşulunun gerçekleşmesini gerektirmektedir. Zaten kanunlarda kusursuz sorumluluk hali istisnaidir ve ayrıca düzenlenmesi gerekir. Bunun dışında haksız fiil sorumluluğuna dayanan mali hakların ihlali halinde açılan maddi tazminat davası için kanun koyucu tecavüz edenin kusurunu aramışken, manevi tazminatta bunu aramamış olması düşünülemez.

Manevi tazminat davasını açabilecek kişiler değerlendirildiğinde, öncelikle karşımıza eser sahibi çıkacaktır. FSEK m. 18/2 uyarınca, çalışanların işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki manevi hakların ihlali halinde, manevi hakkın sahibi çalışan olduğu için dava açma hakkı da ona aittir. Fakat çalıştırmanın hak sahipliği doktrinde tartışılmıştır. Çalışanların işlerini görürken meydana getirdiği eserleri üzerindeki mali haklar FSEK m.18/2 uyarınca bunları çalıştıranlar tarafından kullanılacağı için, mali haklarla bağlantılı olan manevi hakların ihlali halinde çalıştıranların da dava açma ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir. Birlikte eser sahipliği durumlarında ise, müşterek eser sahiplerinden her biri kendi sahip olduğu bölümün korunması için gerekli işlemleri yapabilir, eserin bütününe yönelik bir saldırı mevcut ise, eser sahiplerinin birlikte hareket etmesi gerekir. İştirak halinde eser sahipliğinde ise, bütün eserin korunmasına yönelik dava açıldığı için her biri tek başına hareket edebilir.

Eser sahibinin ölümünden sonra manevi tazminat davasının, mirasçılar tarafından açılması genel hükümler gereği mümkün değildir ve fakat FSEK m. 70'te düzenlenen manevi tazminat davası, eserden doğan manevi hakların ihlali için öngörülen özel bir düzenlemedir. Eser sahibinin ölümünden önce açmış olduğu manevi tazminat davasına TMK. m. 25 hükümleri gereğince, mirasçılar tarafından devam edilebilecektir. Zira söz konusu dava tereke haline gelmektedir ve mirasçılara intikal etmektedir. Eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların bizzat kendisi mirasçılara geçmese de hakların kullanım yetkisinin mirasçılara geçtiğinin, bu nedenle manevi tazminat davasını mirasçılarının da açabileceğinin kabulü gerekmektedir. FSEK m.19 uyarınca yetkilendirilen kişiler de eser sahibinin ölümünden sonra gerçekleşen

manevi hak ihlali halinde, manevi tazminat davası açabilir. Zira manevi hakları kullanma yetkisi, belirli koşullarda o kişilere tanınmıştır. Burada sayılan kişiler mirasçılık sıfatıyla değil, kanun tarafından tanınan bir yetki nedeniyle davayı açabilirler. Manevi hakların ihlali halinde tazminat davası açma hakkının mali hakları devralanlarca kullanılması hususu, FSEK m. 19/3 hükmünde düzenlenmiş ve birinci fıkrada sayılan kişiler tarafından dava açılmaz ise, mali hakkı iktisap edenlerin meşru menfaatlerinin ispatı koşuluyla dava açabilecekleri belirtilmiştir.

Manevi tazminat davasının davalısı ise manevi haklara tecavüz eden kimsedir.

Manevi tazminatın belirlenmesi hususunda, hâkimin serbestisi asıldır. Manevi tazminatın takdiri konusunda önemli bir husus da tazminat miktarı belirlenmesinde bilirkişiye gidilip gidilmeyeceği hususudur. Hâkim, eser üzerindeki manevi haklara yönelik tecavüzlerde manevi zararın oluşup oluşmadığı hususunda ve eserin niteliğinin tespitinde kanaatimizce bilirkişiye gidebilmelidir, zira bu hususların tespiti teknik bir bilgiyi gerektirebilecek durumdadır.

Manevi tazminat davasında manevi zararın giderilmesinde asıl olan, zararın para ile giderilmesidir. Mahkeme, manevi tazminat olarak para ödenmesi yerine veya paraya ek olarak başka yaptırımları da karar altına alabilir. Zamanaşımı konusunda ise genel hüküm olan TBK m. 72 uygulanacak ve iki- on yıllık süreler tatbik edilecektir.

FSEK m. 70/1'den kaynaklanan manevi tazminat davasının, eser sahibinin kişilik hakkının ihlali ile arasındaki ilişkisi ise doktrinde ve yargı kararlarında çokça tartışılmıştır. Kişilik ve kişilik hakkı içinde yer alan değerlerin, fikri faaliyet sonucu elde edilen ürünlerden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Eser sahibinin kişilik hakkına ilişkin menfaatlerin ihlal edilip edilmediği kişiler hukukuna ilişkin hükümlerle, eserden doğan manevi hakların ihlal edilip edilmediği ise fikri hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir. Somut olayda her iki alanın da ihlali mevcut ise, yasal mevzuatlarda korunan menfaatler birbirinden farklı olduğu için, her ikisi için de manevi tazminat davası açmaya bir engel bulunmamaktadır.

Eser üzerindeki mali hakların ihlali de, manevi bir zarar oluşmasına neden olabilir. Ancak, FSEK m.70/2 hükmü mali hakların ihlali halinde tazminata hükmedilir, diyerek bu durumda manevi tazminat talep edilip edilemeyeceğine ilişkin herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. FSEK m. 70/2'ye dayanılarak haksız fiil hükümleri çerçevesinde, manevi tazminat davası da açılabilir.

FSEK m. 70/2 hükmü ise, “ *Mali haklar haleldar edilen kimse tecavüz edenin kusuru varsa, haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.* şeklindedir. Eser sahibinin, eserinden ekonomik kazanç elde etmesini sağlayan ve eserle ekonomik ilişkisinden doğan mali haklar, FSEK'te m. 21-25 arasında ve m. 45'te tek tek sayılmıştır. Söz konusu haklar sırasıyla, işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil ve kamuya iletim hakkı ve pay ve takip hakkıdır.

FSEK'e göre, mali haklara tecavüz halinde, fikri hak sahibi ile tecavüz eden arasında bir haksız fiil ilişkisi doğar. Mali hakların ihlali halinde maddi tazminat davası açılabilmesi için, FSEK m. 70/2 hükmü her ne kadar sadece kusur şartından söz etmiş ise de, bunun yanında TBK m. 49'a yapılan atıf gereğince, haksız fiil unsurlarının da bulunması gerekmektedir.

Mali haklara tecavüz nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için hak sahibinin tecavüz nedeniyle bir zarar görmüş olması şarttır. Tazminat davası ile mali hak sahibinin malvarlığının tecavüzden önceki ve sonraki durumu arasındaki fark giderilmeye çalışılır. Maddi tazminat talep edebilmek için genel hükümler çerçevesinde, hukuka aykırı bir saldırı ve maddi zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. FSEK m. 70/2 hükmü, manevi tazminat davasından farklı olarak, madde metni içerisinde açıkça kusura yer vermiştir.

Mali haklar, eser sahibine, eserden ekonomik olarak yararlanma hakkı tanıdığından, bu haklar ihlal edildiğinde eser sahibinin tazminat davası açması tartışılmayacak bir husustur. Kural olarak eser sahibine ait olan dava hakkı, müşterek eser sahipliğinde, her parça için onu yaratan eser sahibine, iştirak halinde eser sahipliğinde ise, eser sahiplerinin tümüne aittir; ancak birlik menfaatlerine tecavüz olduğu hallerde tek başına hareket edebilir. FSEK m. 18/2 uyarınca, memur, hizmetli ve

işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerinde kullanma hakkına sahip olan çalıştıran da maddi tazminat davası açabilir.

Eser üzerindeki mali hakların devri mümkün olduğundan, hakkı devralan hak sahibi, hangi hakkı devraldıysa, o hakka yapılan tecavüz nedeniyle tazminat davası açma hakkına sahip olacak, mali hakkı hangi sınırlamalarla devraldıysa o ölçüde haktan yararlanabileceğinden o sınırlamalarla tazminat talep edebilecektir.

Mali hak üzerinde ruhsat sahibi olan kimsenin kendi adına dava açma hakkı ise doktrinde tartışmalıdır. Basit lisans hakkı sahibinin dava açma hakkı olmamakla birlikte, fikri hak ihlallerinin takibine ilişkin yükümlülüğün, tam lisans alana ait olduğu ancak lisans hakkı sahibinin bu hakkını kullanmadığı durumlarda asıl hak sahibi olan eser sahibinin ya da hakkı lisans verenin dava açma hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir.

Eser sahibinin ölümü sonucunda mali haklar terekeye dahil olduğundan, kendisine mali hak intikal eden mirasçı, mali hak sahibi sıfatıyla FSEK'ten doğan haklarını kullanabilir.

FSEK'e göre, tazminat davasının davalısı, mali hakkı haleldar eden kimsedir. Zamanaşımı konusunda ise genel hüküm olan TBK m. 72 uygulanacak ve iki- on yıllık süreler tatbik edilecektir.

FSEK'te yer alan maddi tazminat davası ile FSEK m. 68 tecavüzün ref'i davası arasındaki ilişkiye bakıldığı zaman, öncelikle FSEK m. 68'de düzenlenen tecavüzün ref'i davasının, başlamış ve halen devam etmekte olan tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla açılan bir dava olduğunu belirtmek gerekir. FSEK m. 68 hükmü, eser üzerindeki mali hakkı izinsiz olarak ihlal edilen kişiye, ihlal eden ile aralarında bir sözleşmeden kaynaklanan izin bulunsaydı, bu sözleşme gereğince hak sahibi ne kadar bedel talep ederse, o bedelin veya tespit edilecek rayiç bedelin üç kat fazlasının talep edilebileceği hususu yer almaktadır ve bu talebinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Burada yer alan yaptırımını bir "özel hukuk cezası" olarak nitelendirmek daha uygundur.

Tecavüzün ref'i davası, maddi tazminat davasından bağımsız bir taleptir. Davaların amacı birbirinden farklıdır. Tecavüzün ref'i davasında tazminat davalarından farklı olarak kusur ve zarar şartı aranmamaktadır. Tazminat davasının ise zarar olmaksızın açılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle FSEK m. 68'de yer alan üç kat bedel ile m. 70/2'de yer alan maddi tazminatın birlikte istenip istenemeyeceği hususu da doktrinde tartışılmıştır. Kanaatimizce tecavüzün ref'i davasının açılmış olması, tazminat davasının açılmasına engel teşkil etmez. Kusur ve zarar koşullarının aranmadığı, tecavüzün ref'i davasını açmış bulunan hak sahibi, tazminat davasının açılabilmesi için aranan şartlar mevcutsa bunu da talep edebilmelidir. FSEK m. 68'de yer alan üç kat bedel talebi niteliği itibarı ile zarar türleri içinde *yoksun kalınan kâr* kalemine benzemektedir. Her ne kadar Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda zarar, başlıca yoksun kalınan kârdan oluşsa da, hakkı tecavüze uğrayan kişinin, uğramış olduğu zarar sadece yoksun kalınan kârdan ibaret olmayabilir; kişinin uğradığı fiili zararı m. 68'de yer alan yönteme göre istemek de mümkün değildir. Bu halde her ne kadar hak sahibi yoksun kalınan kâr kalemine benzeyen üç kat fazla bedeli almış olsa da, fiili zararı giderilmiş değildir. Bu durumda tazminat davasının zarar koşulu sağlanmıştır ve mütecavizin kusurunun bulunması halinde, tazminat davası açılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hak sahibinin FSEK m. 68'deki üç kat bedelin yanı sıra m. 70/2'deki kâr yoksunluğunu da talep etmesi ise mümkün değildir; hak sahibi toplam bedelden daha fazla olanı seçebilir ya da bunlar tenzil edilebilir.

FSEK m. 70/3 hükmü, *“Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.”* düzenlemesini içermektedir.

FSEK m. 70/3'te öngörülmüş olan, *“temin edilen kârın kendisine verilmesini isteme”* hakkı hukuki nitelik açısından, bir tazminat talebi değil, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin bir özel uygulamasıdır. Burada TBK m. 530'dan farklı olarak dava konusu, bir eser üzerindeki mali ya da manevi hakkın istismar edilmesidir. Hak sahibinin mali ya da manevi haklarına tecavüz ederek bir kâr sağlayan kimse hak sahibinin menfaati için yapmamış olsa bile, hak sahibi yönünden bir vekaletsiz

işgörmüştür. Bu nedenle iş sahibi, işten doğan yararların kendisine devrini talep edebilir.

FSEK'te, mali veya manevi hakkı, yetkisi olmaksızın kullanan kimse, bu hakları kullanıp bir kazanç elde etmiş ise, kazancın iadesi davası ile elde edilen bu kazancın asıl hak sahibine geçirilmesi düzenlenmektedir. Tecavüze uğrayan, zararı olmasa dahi kazancın devri talebinde bulunabileceği gibi, mütecevizin elde ettiği kazanç, tecavüze uğrayanın zararından fazla da olsa devir talebi, mütecevizin kazancının tamamını kapsar, yalnızca zararı karşılayan kısmın devri ile yetinilmez. Aynı zamanda, hak sahibinin kazancın iadesini talep edebilmesi için, kâr etmeyi ümit edip bundan mahrum kalmış olması da aranmaz.

FSEK m. 70/3 açısından da, davanın açılmasında kusurun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce, kazancın iadesi davası açılırken kusur aranmayacaktır. Zira bazı durumlarda kazancın iadesi davası kusuru olmayan kişiye karşı da yönlendirilebilmektedir. bunun en tipik örneği FSEK m. 54/1 hükmüdür ve yetkisi olmayan kişiden mali hakkı iktisap eden kimsenin, iyi niyetinin bir önemi bulunmamaktadır.

Kazancın iadesi davasında davacı, hakkı tecavüze uğrayan hak sahibidir. FSEK m. 70/3 hükmü açıkça bunu düzenlemiştir. Bu kişi eser sahibi olabileceği gibi, bağlantılı hak sahibi, mirasçı, mali hakkı sözleşmeyle devralan hak sahibi olabilir. Davayı açabilecek kişilerin içine, FSEK m. 18/2 hükmü uyarınca kullanma hakkı sahibi olan çalıştıran da dahildir. Müşterek eser sahiplerinden her biri kendi meydana getirdiği kısım ile ilgili olarak bu davayı açabilir. İştirak halinde eser sahipliğinde de her bir eser sahibi tek başına dava açabilir. Ruhsat sahibinin dava açabilmesi açısından daha önce de belirttiğimiz gibi, basit ruhsat hakkı sahibinin dava açma hakkı bulunmamaktadır. Tam ruhsat hakkı sahibi açısından ise, fikri hak ihlallerinin takibine ilişkin yükümlülüğün, lisans alana ait olduğu ancak lisans hakkı sahibinin bu hakkını kullanmadığı durumlarda asıl hak sahibi olan eser sahibinin ya da hakkı lisans verenin dava açma hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir.

Kazancın iadesi davasında davalı ise, hak sahibi olmadığı halde hakkı ihlal edip kazanç sağlayan kimsedir. Zamanaşımı konusu ise, her ne kadar tartışmalı olsa da, kanaatimizce, TBK m. 72 uygulanacak ve iki- on yıllık süreler tatbik edilecektir.

Kazancın devri talebi ile manevi tazminat davası arasındaki ilişki incelendiğinde ise, taleplerin kaynağı ve fonksiyonlarının birbirinden tamamen farklı olduğu görülür. Bu açıdan manevi tazminat talebi ile kazancın iadesi talebi birlikte istenebilir yani bu talepler birbiri üzerine yığılır.

Maddi tazminat davası ile kazancın iadesi davası da birbirinden farklı davalardır. Ancak, bu davaların birlikte açılıp açılmayacağı sorununun çözümünde, maddi tazminat davasında talep edilen zararın fiili zarar ya da yoksun kalınan kâr olması ihtimallerine göre ayrı ayrı cevap vermek gerekir. Hak sahibinin uğradığı zarar yoksun kalınan kârdan ibaret ise, kazanç devri talebi ile maddi tazminat talebi birlikte istenemez. Bu halde talepler arasında bir yığılmadan değil, bir yarışmadan bahsedilir. Ortaya çıkan zararın, fiili zarardan ibaret olduğu nadir durumlarda ise, kazanç devri talebi ile fiili zararın birlikte istenebileceğinin kabul edilmesi gerekir.

FSEK m. 70/3 hükmünde yer alan, *“Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.”* düzenlemesi, tecavüzün ref'i davası ile kazancın iadesi davasının birlikte incelenmesini gerektirmiştir. Hem tecavüzün ref'i davasında hem de kazancın iadesi davasında kusur ve zarar şartı aranmamaktadır. Maddeden bu taleplerin birlikte istenebileceği anlaşılmaktadır. Fakat, 68'inci maddede yer alan hangi bedelin kast edildiği açık değildir ve açıklanması gerekmektedir. Zira m. 68 hükmü iki ayrı bedelden bahsetmektedir. Kanaatimizce burada belirtilen bedel, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film kalıp ve benzeri araçların maliyet fiyatını geçmeyecek uygun devir bedelidir. FSEK m. 68'de yer alan üç kat fazla bedel ise, zarar kalemlerinden yoksun kalınan kâra benzemektedir. Kazanç iadesi de zarar kalemlerinden yoksun kalınan kâr gibidir. Bu nedenle tecavüzün ref'i davasında talep edilen üç kat fazla bedel ile kazanç iadesi talebi birleşmez, aksine yarışır. Taleplerin terditli olarak istenmesi mümkündür. Bu halde FSEK m. 68'deki bedel ile kazancın iadesi talebinin birbirinden mahsup edileceği cümlesi, üç kat fazla bedel açısından mükerrer tazminat hesabı yapılmasının önüne geçilmesi için yer alan bir hüküm olarak anlaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBIYIK, Azra Arkan** : Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999.
- AKIN, Levent** : “Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, s. 105-146.
- 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, C:I, İstanbul 2010, s. 121-158.
- ARAL, Nuran** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bağlamında Mali Haklar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 2002).
- ARBEEK, Ömer** : Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005.
- ARIDEMİR, Arzu Genç** : Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003.
- ARKAN, Azra** : Mukayeseli Hukuk Uluslar arası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005.
- ARPACI, Ayşegül** : 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Sahibinin Mali ve Manevi Haklarının Miras Yolu ile İntikali (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi S.B.E., 2011).
- ARSLANLI, Halil** : Fikri Hukuk Dersleri II (Fikir ve Sanat Eserleri), 1954.
- ATASOY, Evrim** : Birlikte Eser Sahipliği (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi S.B.E., 2010.)

- ATEŞ, Mustafa** : “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”, *BATİDER*, C. 23, S. 3, 2006, s. 227-253 (Kısaltma: Alenileşme).
- ATEŞ, Mustafa** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003 (Kısaltma: Hakların Kapsamı).
- AYDINCIK, Şirin** : Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.
- AYİTER, Nuşin** : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.
- BELLEN, Herdem** : Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 1996).
- BELGESAY, Mustafa Reşit** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- BELLİCAN, Cüneyt** : Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi S.B.E., 2008).
- BİLGEHAN, Ajda** : Özel Hukukta Fikir ve Sanat Eserlerinin Hukuki Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 2001).
- BOZBEL, Savaş** : “ FSEK’ e Göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları”, *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010*, Tekin Memiş (Ed.), İstanbul 2011, s.107-132 (Kısaltma: Yayın).
- BOZBEL, Savaş** : “ Müzik ve Sinema Sektörü için Bir Fırsat mı Tehdit mi? İnternette Dosya Paylaşımı (P2P File Sharing)- Yeni Gelişmeler ve Düzenlemeler Işığında Bir Değerlendirme”, *Bilişim Hukuku*, Mete Tevetoğlu (Der.), İstanbul 2006, s. 199-235

- (Kısaltma: P2P).
- BOZBEL, Savaş** : “Radyo ve TV Yayınlarının Umuma Açık Mahallerde Gösterilmesi” Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C:II, İstanbul 2010, s.1309-1329 (Kısaltma: Radyo ve TV).
- BOZGEYİK, Hayri** : Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması, Ankara 2010.
- CİMİLLİ, Ceyda** : “Erişilebilir Kılma Hakkı”, Bilişim Hukuku, Mete Tevetoğlu (Der.), İstanbul 2006, s. 193-199.
- CİNOĞLU, Funda** : Eser Üzerinde İşverenin Hak Sahipliği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, S.B.E., 2010)
- ÇAKIRCA, Seda İrem** : Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı (Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü), İstanbul 2012.
- ÇETİN, Pınar** : Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi S.B.E., 2007).
- ÇINAR, Ömer** : Fikri Hukuk Açısından Eser Sahibinin Hakları ve Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., 2002).
- DEMİR, Başak Aslı** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Tazminat Davaları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 2011).
- DOĞANAY, İsmail** : “Fikir ve sanat eserleri kanunu hükümleri bakımından eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kimler kullanır?” BATİDER, C. 12, S. 1, 1983.
- DURAL, Mustafa/ Tufan ÖĞÜZ** : Türk Özel Hukuku C: II Kişiler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012.

- DURGUT, Ramazan** : “ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 1075-1097.
- ERDİL, Engin** : İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 3. Bası, C. II, İstanbul 2009.
- EREL, Şafak, N.** : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012.
- ERLÜLE, Fulya** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğü İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011.
- GÖKYAYLA, Emre K.** : “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, Tekin Memiş (Ed.), İstanbul 2011, s.283-304 (Kısaltma: 5728 Değişikliği).
- GÖKYAYLA, Emre K.** : “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Bilim Etiği Günü 4 Ekim 2011, Hasan Yazıcı (dzl.), İstanbul 2012, s. 67-77 (Kısaltma: İntihal).
- GÖKYAYLA, Emre K.** : “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Hakların Miras Yoluyla İntikali”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 523-557 (Kısaltma: Miras).
- GÖKYAYLA, Emre K.** : “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi”, DEÜHFD 2005, C. VII, S.1, s. 1-27 (Kısaltma: Değişiklik).
- GÖKYAYLA, Emre K.** : “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal FSHD, C.8, S.10,

- İstanbul 2012, s. 4-31 (Kısaltma: Yargıtay Kararları).
- GÖKYAYLA**, Emre K. : Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001 (Kısaltma: Telif).
- GÜNDEM**, Onur : Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı haklar, Bu Hakların Sınırlandırılması ve Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi S.B.E., 2006).
- GÜNEŞ**, İlhami : “5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri” , Legal FSHD, S. 14, İstanbul 2008.
- HATEMİ**, Hüseyin/ Rona : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- SEROZAN**/ Abdülkadir
ARPACI
- HELVACI**, Serap : Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001.
- HIRSCH**, Ernst E. : Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948 (Kısaltma: Haklar).
- HIRSCH**, Ernst E. : Hukuki Bakımdan Fikri Say, İstanbul 1943 (Kısaltma: Fikri Say).
- İYİMAYA**, Ahmet : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1995.
- KARAHAN**, Sami/ Cahit : Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Ankara 2011.
- SULUK** / Tahir **SARAÇ** /
Temel **NAL**
- KARHASAN**, Mustafa : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I, İstanbul Reşit 1989.

- KARAKUZU, Dilek** : Fikir Mülkiyeti Hukuku- Kavramlar, İstanbul 2005.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : “5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini” ,FMR 2001, C.I, S.3, s. 23-28 (Kısaltma:5846 Değişikliği).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : “Fikri Hakların İhlalinde Açılabilir Hukuk Davaları” , Hirsch’ten Günümüze Fikri Haklar: Tebliğler, Ankara 2004 (Kısaltma: Hukuk Davaları).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : “Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Korunma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, Türkiye’de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Şekilde Uygulanması Semineri, İstanbul 2004 (Kısaltma: Hukuksal Korunma Yolları).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : “ Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası” , Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 193-200 (Kısaltma: Kazancın İadesi).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1984, s. 15-22 (Kısaltma: Hukuki Nitelik).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : “Manevi Tazminatın Mirasçılara İntikali Sorunu” , BATİDER, C. 14, S. 4, 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006 (Kısaltma: Sınai Haklar).
- KİKKİS, Ioannis** : “Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Manevi Hakkının Geleceği”, Çev. İbrahim Kelağa Ahmet, Legal FSHD, S.12, C. 3, İstanbul 2007, s. 951-973.

- MEMİŞ, Tekin** : Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002.
- NILSSON, Gül Okutan** : “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, Legal FSHD, S. 15, İstanbul 2008, s. 585-598.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ M. Turgut ÖZ** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012.
- OLGAÇ, Senai** : Kazai ve İlmi İçtihatlarda Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nev’ileri, C.IV, Ankara 1976.
- ORUÇ, Murat** : Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009.
- ÖNGÖREN, Gürsel** : “Müzik Eseri Sahiplerinin Manevi Hakları”, LEGAL FSHD, C.5, S. 17 İstanbul 2009, s. 27-43.
- ÖNGÖREN, Gürsel/ Filiz CERİTOĞLU** : Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Mimari Eserler ve İlgili Yargı Kararları, İstanbul 2007.
- ÖZTAN, Fırat** : Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2008.
- ÖZTAN, Fırat** : “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşleme Eserler”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 221-242 (Kısaltma: İşleme Eser).
- ÖZTRAK, İlhan** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971.
- ÖZTUNALI, Duygu** : Eser Sahibinin Manevi Hakları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 2010).
- PEKCANITEZ, Hakan** : “Belirsiz Alacak Davası”, DEÜHFD, c. 11 S. 2009, s. 509-552.

- PİROĞLU, Ünsal** : “Eserden Doğan Hakların Devri ve FSEK 48-52 Çelişkisi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C:II, Ankara 2010, s. 1849-1855 (Kısaltma: FSEK 48-52 Çelişkisi).
- PİROĞLU, Ünsal** : “ Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı Ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 553-577 (Kısaltma: Manevi Haklar).
- PİROĞLU, Ünsal** : “ Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddesinin Farklı Konumu Ve Niteliği” Yargıtay Dergisi, C.30, S.4, Ekim 2004, s. 433-459 (Kısaltma: m.68)
- REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012.
- SENGEL, Filiz Ceritoğlu** : Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme, Ankara 2009.
- SERİM, Azra Arkan** : “Fikri Hak İhlalleri ve Davaları” , Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 2008.
- SEROZAN, Rona** : ”Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 66-101 (Kısaltma: Manevi Tazminat).
- SEROZAN, Rona** : “ Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s. 239-254 (Kısaltma: Mülkiyet Hakkı).
- SULUK, Cahit / Ali ORHAN** : Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2006.

- ŞAHİN, Ayşenur** : Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010 (Kısaltma: Mali Haklar).
- ŞAHİN, Ayşenur** : “Fikri Hukukta Eser Sahibinin Pay ve Takip Hakkı” Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, Tekin Memiş (Ed.), İstanbul 2011; s. 527-557 (Kısaltma: Pay ve Takip Hakkı).
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010 (Kısaltma: Borçlar Hukuku).
- TANDOĞAN, Haluk** : Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010 (Kısaltma: Mes’uliyet).
- TANDOĞAN, Haluk** : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957 (Kısaltma: Vekaletsiz İş Görme).
- TEKİNALP, Ünal** : Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2012.
- TOPUZ, Murat** : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.
- TÜYSÜZ, Mustafa** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007.
- TÜZÜNER, Özlem** : “Farazi Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi”; Ankara Barosu Dergisi, S.2012/2, s. 69-95.
- ULAŞ, Kağan** : “5728 Sayılı Yasa ile Fikri ve Sınai Haklara İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler”, Legal FSHD, S. 13, İstanbul 2008, s.137-156.

- UYGUR, Atiye B.** : Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi S.B.E., 2004).
- ÜSTÜN, Gürsel** : Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I, İstanbul 2001 (Kısaltma: Bilirkişi I).
- ÜSTÜN, Gürsel** : Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları II, İstanbul 2001 (Kısaltma: Bilirkişi II).
- ÜSTÜN, Gürsel** : Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E., 1995) (Kısaltma: Maddi Tazminat).
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzi Veldet** : Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebul'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944.
- YARSUVAT, Duygun** : Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Bası, İstanbul 1984.
- YASAMAN, Hamdi** : “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 805-819 (Kısaltma: Tazminat).
- YASAMAN, Hamdi** : Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku (Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları), İstanbul 2006 (Kısaltma: Bilirkişi).
- YASAMAN, Hamdi** : “ Mimari Proje ve Mimari Eserler” , Fikri Mülkiyet Hukuku, Tekin Memiş (Ed.), İstanbul 2010, s. 559-572 (Kısaltma: Mimari Proje).
- YAVUZ, Cevdet** : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012.

YAVUZ, Levent : “ Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı(FSEK m. 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK m. 19)”, Yargıtay Dergisi, C.33, S. 1-2, Ocak-Nisan 2007, s. 59-70.

<http://www.corpus.com.tr>

<http://www.hukukturk.com>

<http://www.kazanci.com/>