

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA
KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMI

Merve ÖZESEN

2501080585

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mustafa AKSU

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : MERVE ÖZESEN Numarası : 2501080585
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. MUSTAFA AKSU
Tez Savunma Tarihi : 13.06.2019 Saati : 11.00
Tez Başlığı : FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. MUSTAFA AKSU		KABUL
2- PROF. DR. AZRA ARKAN SERİM		KABUL
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ ALİ DEMİRBAŞ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ CÜNEYT BELLİCAN		

ÖZ

FİKİR VE ESERLERİ KANUNU'NDA KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMI

MERVE ÖZESEN

Çalışmamızın konusu 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiş olan kazanç devri yaptırımıdır. Çalışmamız kapsamında kazanç devri talepli bu davanın hukuki niteliği, koşulları, sonuçlarının neler olduğu incelenmektedir. Bu kapsamda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun hukuki niteliğini irdeleyen teorilere, bu kurumun unsurlarına ve sonuçlarına yer verilmektedir. FSEK'de düzenlenmiş olan diğer hukuk davalarının da incelendiği çalışmamızda kazanç devri talebinin diğer hukuk davalarına ilişkin talepler ile karşılaştırmalı olarak daha iyi anlaşılması amaçlanmaktadır. Söz konusu davaların koşulları ve sonuçları karşılaştırılırken, bu çerçevede mevcut hukuki düzenlemelerle birlikte doktrindeki tartışmalara ve ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmektedir. Özellikle kanunun uygulamasının daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla Yargıtay kararlarına geniş şekilde yer ayrılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fikir ve sanat eserleri, eser üzerindeki manevi ve mali hakların ihlali, kazanç devri yaptırımı, menfaat devri yaptırımı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme.

ABSTRACT

RESTITUTION SANCTION IN THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

MERVE ÖZESEN

The subject of our study is restitution sanction which is regulated in the article 70/III of the law on Intellectual and Artistic Works no 5846. Within the scope of our study the legal nature, clauses, conclusions of that restitution requested lawsuit are examined. In this context clauses, conclusions and theories scrutinized of the legal nature of notional negotiorum gestio are included. In our study, which examined the other civil lawsuits regulated in the law on Intellectual and Artistic Works too, it is aimed to better understand of the request of restitution in comparison with requests relating to other lawsuits. While making that comparison of the lawsuits' clauses and conclusions, current legal arrangements with discussions on doctrine and related supreme court decisions are also included. Especially on the purpose of clarify the implementation of the law, in our study we gave wide coverage to the supreme court decisions.

Keywords: Literary and artistic works, breach of the moral and economic rights on the work, copyright infringement, restitution sanction, transfer of interest sanction, notional negotiorum gestio.

ÖNSÖZ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Kazanç Devri Yaptırımı konulu bu çalışmanın amacı, fikir ve sanat eserlerine ilişkin hakların ihlal edilmesi halinde hak sahibinin başvurabileceği hukuk davalarından biri olan kazanç devri yaptırımının etraflı şekilde irdelenmesidir. Ülkemizde özellikle son yıllarda hızla gelişen ve gelişmeye devam eden Fikri Mülkiyet Hukukunun bir alanını, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku oluşturmaktadır. Bu alanda karşılaşılan hayli yaygın ve sistematik hak ihlalleri karşısında, kanun koyucu tarafından hak sahiplerine tanınan korunma imkânlarının iyi anlaşılması ve etkili şekilde uygulanması büyük önem arz etmektedir.

Bu bakımdan çalışma Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan kazanç devri yaptırımının hukuki niteliği, koşulları, sonuçlarına ilişkin açıklamaları ve bu yaptırımın diğer hukuk davaları ile karşılaştırmasına ilişkin değerlendirmeleri kapsamaktadır. Hakkın ihlali yoluyla elde edilmiş olan kazancın hak sahibine iadesini amaçlayan bu yaptırım, kanunda tazminattan başka başvurabilecek bir mekanizma olarak öngörülmüştür. Bu yaptırım yönteminin tüm unsurlarıyla incelenerek daha iyi anlaşılması neticesinde uygulamasına daha çok başvurulması mümkün olabilecektir. Böylece hak sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi yoluyla elde edilen kazanca ulaşması sağlanabileceği gibi, ihlallerin önlenmesi bakımından bu yaptırımın caydırıcılık fonksiyonundan yararlanılabilecektir.

Çalışma konumu seçmem noktasında bana yol göstermiş olan hocam merhum Prof. Dr. Rona Serozan'ı saygıyla ve rahmetle anıyorum. Çalışmam süresince değerli görüşleri ve katkılarını benden esirgemeyen sayın hocam Prof. Dr. Mustafa Aksu'ya ve her zaman destekleri ile yanımda olan sevgili eşim Emrah Özese'n'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul- 2019

Merve ÖZESEN

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMI VE FSEK'DEKİ DÜZENLENİŞİ

A. Genel Olarak.....	3
B. Kazanç Devri Yaptırımının Hukuki Niteliği ve Hükümleri.....	4
1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler	6
a. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Varlığını Reddeden Teori (Sübjektif Teori)	6
(1). Akit Benzeri Teorisi.....	6
(2). İş Sahibine Hizmet İradesiyle Hareket Teorisi.....	6
(3). Hukuka Uygun Fiil Teorisi	7
b. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Teorisi	7
c. Gerçek Vekâletsiz İş Görme Teorisi (Objektif Teori).....	7
(1). Mutlak Objektif Teori.....	8
(2). Hafifletilmiş Objektif Teori	8
d. İş Gaspı veya Haksız Müdahaleden Elde Edilen Kâr Teorileri.....	8

2. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Unsurları.....	9
a. İş Görme	10
b. Görülen İşin Başkasına Ait Olması	12
c. İş Görenin Yetkisinin (Vekâletinin) Olmaması.....	14
d. İş Görenin İş Kendi Menfaatine Görmesi	15
e. Tartışmalı Unsur: İş Görenin Kötüniyetli Olması	15
3. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Hükümleri	17
a. İş Sahibinin Hakları.....	17
(1). Bilgi Alma Hakkı.....	17
(2). İşin Görülmesi Sırasında Gerekli Özenin Gösterilmemesinden Doğan Zararı Talep Hakkı	18
(3). Kazancın Kendisine Devrini Talep Hakkı.....	18
(4). Görülen İşe İcazet Verme Hakkı	19
b. İş Görenin Hakları	20
(1). Masrafların Karşıllanması ve Borçlardan Kurtarılma Hakkı.....	20
(2). Ücret ve Tazminat Talep Hakkı.....	22
(3). Söküp Alma ve Hapis Hakları.....	23
C. FSEK’de Düzenlenmiş Kazanç Devri Yaptırımının Koşulları	24
1. FSEK Kapsamında Korunan Bir Fikri Ürünün Bulunması.....	25
2. FSEK’de Düzenlenmiş Olan Bir Mali veya Manevi Hakkın İhlal Edilmiş Olması	26
3. Dava Konusu Fikri Ürünün Koruma Süresinin Sona Ermemiş Olması	30
4. İhlalin Kanunun Öngördüğü Sınırlandırmaların Dışında Kalması.....	32
5. Tartışmalı Unsur: İhlalde Bulunan Kişinin Kusurlu Olması	37
D. FSEK’teki Kazanç Devri Yaptırımın Hukuki Sonuçları.....	41
1. Temin Edilen Kâr/Kazancın Devri.....	41
2. Temin Edilen Kâr/Kazançtan FSEK m. 68 Uyarınca Talep Edilen Bedelin İndirilmesi	42

İKİNCİ BÖLÜM

KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMININ FSEK’DE DÜZENLENMİŞ DİĞER HUKUK DAVALARI İLE İLİŞKİSİ VE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak.....	45
B. FSEK’de Düzenlenmiş Olan Diğer Hukuk Davaları	45
1. Eser Sahibinin Tespiti Davası.....	46
2. Tecavüzün Ref’i Davası	48
a. Manevi Haklara Tecavüz Halinde.....	49
b. Mali Haklara Tecavüz Halinde	52
(1). Üç Kat Bedel Talebinde Hâkimin Takdir Yetkisi Tartışması.....	56
(2). Farazi Sözleşme İlişkisi ve Sonuçları	59
3. Tecavüzün Men’i Davası	62
4. Tazminat Davası	63
a. Manevi Haklara Tecavüz Halinde.....	64
b. Mali Haklara Tecavüz Halinde	70
C. Kazanç Devri Yaptırımını ile Diğer Dava ve Talepler.....	74
1. Kazanç Devri Yaptırımını ve FSEK m. 68 Hükmündeki Talepler	74
2. Kazanç Devri Yaptırımını ve Manevi Tazminat	79
3. Kazanç Devri Yaptırımını ve Maddi Tazminat	81

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAZANÇ DEVRİ DAVASINDA TARAFLAR, ZAMANAŞIMI İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

A. Davanın Tarafları	84
1. Davacı.....	84
2. Davalı.....	86
B. Zamanaşımı.....	86

C. Görevli Mahkeme.....	88
D. Yetkili Mahkeme.....	89
SONUÇ.....	92
KAYNAKÇA	95



KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
bs.	: bası
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK	: 4721 sayılı Medeni Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve diğerleri
vb.	: ve benzeri
Y.K.D.	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	: Yukarıda



GİRİŞ

İnsanların yetenekleri, yaratıcılıkları, hayal güçleri, bakış açıları, eğitim düzeyleri gibi özellikleri birbirinden farklı olduğundan düşünsel etkinlikleri sonucu meydana getirdikleri fikri ürünler çeşitlilik arz etmektedir. Bu çeşitlilik bir araya gelerek insanlığın ortak kültür hazinesini oluşturmaktadır¹.

Fikir ve Sanat Hukuku; konusu ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eseri olan hukuki ilişkileri düzenlemekte ve bu alanlardaki yaratıcı faaliyet ürünlerine koruma sağlamaktadır². Fikri ürünlerin korunması hem fikri ürünü yaratan gerçek kişi hem de tüm insanlık bakımından önem arz etmektedir. Zira insanların yeni fikri ürün üretme yönündeki çabaları ve istekleri, bu koruma sayesinde varlığını sürdürebilme imkânı bulabilecektir.

Bu bakımdan fikir ve sanat eserlerinin etkili biçimde korunması için 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun³ eser sahiplerinin haklarının korunması bakımından getirmiş olduğu düzenlemelerin ve öngörmüş olduğu hukuki koruma mekanizmalarının iyi anlaşılması gerekmektedir. Böylece hak ihlalleri karşısında durum ve koşullar değerlendirilerek, bunlara en uygun korunma yolunun tercih edilmesi mümkün olabilecektir.

Çalışmamızda FSEK'de eser sahibine tanınmış olan hakların ihlal edilmesi halinde başvurulabilecek olan hukuk davalarından birini teşkil eden ve kanunun 70/III hükmünde düzenlenmiş olan kazanç devri yaptırımını ayrıntılı olarak ele alınacaktır. İlk bölümde bahsi geçen hüküm ortaya konulacak, bu hükümdeki yaptırımın hukuki niteliğine ilişkin görüşler açıklanacak, ardından bu yaptırımın koşulları ile hükümleri değerlendirilecektir. Bu çerçevede gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumu ana hatlarıyla açıklanacaktır. Gerek kazanç devri talepli davanın düzenlendiği fıkra da ref davasına yapılan atıf, gerekse ilgili düzenlemenin tazminat davalarına ilişkin maddede yapılmış olması dikkate alındığında bahsi geçen davaların ve bu davalara konu

¹ Nüşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, Ankara, Sevinç, 1972, s. 1.

² A.e., s. 2-3.

³ R.G., T. 13.12.1951, S. 7981.

taleplerin birbirleri ile bağlantılı olduğu sonucuna varmak dayanaklı durmaktadır. Bu doğrultuda ikinci bölümde kazanç devri yaptırımı ile olan ilişkisinin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından FSEK’de düzenlenmiş olan diğerk hukuk davalarından bahsedilecektir. Sonrasında kazanç devri yaptırımının FSEK’de düzenlenmiş olan diğerk hukuk davaları ile ilişkisi ve karşılaştırması ele alınacaktır. Son bölümde ise, kazanç devri talebine ilişkin davanın tarafları, tâbi olduğu zamanaşımı süresi, görevli ve yetkili mahkemesine ilişkin açıklamalar sunulacaktır. Uygulamanın daha iyi anlaşılması amacıyla, çalışmamız kapsamında ele alınan konular ile ilgili Yargıtay kararlarına ayrıntılı şekilde yer verilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMI VE FSEK’DEKİ DÜZENLENİŞİ

A. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, eser niteliğindeki fikri ürünler bağlamında eser sahiplerinin haklarını ve bu hakların korunmasına ilişkin kuralları düzenlemektedir. Eser üzerindeki manevi ve mali haklar aracılığıyla hak sahibi, esere ilişkin tasarruflarda bulunabilir; bu hakların ihlal edilmesi halinde çeşitli hukuki koruma yollarından yararlanarak hak ihlallerini önleyebilir, durdurabilir, zarar tazmini sağlayabilir.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 70/III hükmü, aynı hükmün birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenmiş olan maddi ve manevi tazminat taleplerinin yanında; fikri hakları ihlal edilen hak sahibine, bu ihlal yoluyla elde edilmiş olan kazancın kendisine devredilmesini talep etme imkânı tanımaktadır. Bahsi geçen hüküm “*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.*” şeklindedir.

Hak sahibinin fikri hakkını ihlal eden kişi, hak sahibinin zararını karşılarsa dâhi, bu ihlal neticesinde elde etmiş olduğu kazanç hak etmediği halde kendisinde kalabilecektir¹. Bu haksız durumu engellemek için düzenlenmiş olan FSEK m. 70/III hükmü ile hak sahibi, ihlal yoluyla elde edilmiş olan bu kazancın kendisine devredilmesini sağlayabilecektir.

Çalışmamız kapsamında FSEK m. 70/III’de ifadesini bulan kazanç devri yaptırımı kurumu bütün yönleriyle incelenmeye çalışılacaktır. Bu bölümde ise kazanç devri yaptırımının hukuki niteliği, koşulları ve sonuçları ele alınacaktır.

¹ Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan, 2008, s. 677.

B. Kazanç Devri Yaptırımının Hukuki Niteliği ve Hükümleri

FSEK m. 70/III hükmünde ifade edilen, tecavüzde bulunan kişinin elde ettiği kazancın hak sahibine verilmesine ilişkin yaptırımın hukuki niteliği söz konusu hükümde açıkça bildirilmemekle birlikte; doktrinde genel kabul gören görüş bu istemin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temeline dayandığı yönündedir². FSEK'deki kazanç devri yaptırımının hukuki niteliği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki³ benzer bir hüküm yoluyla tespit edilebilecektir. TBK m. 530 hükmü şu şekildedir: *“İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmekten doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.”* Bu çerçevede FSEK m. 70/III, TBK m. 530'un⁴ özel bir uygulaması olarak kabul edilmektedir. Bu uygulamanın amacı; hak sahibinin manevi ve/veya mali haklarını ihlal ederek bundan kazanç sağlayan kişinin, hak sahibi açısından vekâletsiz iş görmüş olduğundan hareketle, hak sahibinin bu işten elde edilen menfaatlerin kendisine devredilmesini isteyebilmesidir⁵.

FSEK'deki kazanç devri yaptırımının hukuki niteliğini tespitte yol gösteren diğer bir hüküm de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁶ yer almaktadır⁷. Kişiliğin korunmasına ilişkin MK m. 25/III hükmü şu şekildedir: *“Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma*

² Halil Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954, s. 221; Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 84; Hamdi Yasaman, “Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta, 2002, s. 816; Bahadır Erdem, **Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul Beta, 2003, s. 188; Cahit Suluk, **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, İstanbul, Hayat, 2004, s. 145; Ahmet Kılıçoğlu, “Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, **TBB**, Yıl 17, S. 54, Eylül-Ekim 2004, s. 78; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul, Vedat, 2012, s. 316; Ramazan Durgut, “FSEK kapsamında Tazminat Davaları”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.I, İstanbul, Vedat, 2007, s. 1094.

³ R.G., T. 04.02.2011, S. 27836.

⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 414. Maddesi; *“Kendi menfaati için yapılmamış olsa bile iş sahibi yapılan işten hasil olan faydaları temellük etmek hakkına haizdir. Temellük ettiği faydalara göre, işi yapan kimsenin masraflarını tazmin ve yapmış olduğu taahhütlerden onu tahlis eder.”* şeklinde idi.

⁵ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 78; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334.

⁶ R.G., T. 08.12.2001, S. 24607.

⁷ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 77.

hakkı saklıdır.” Bu hükümde kazancın iadesine ilişkin davanın vekâletsiz iş görme hükümlerine tâbi olduğu açıkça belirtilmiştir.

Kazanç devri talebi, tazminat niteliğinde değildir⁸. Bu talebi ileri sürebilmek için hak sahibinin zarara uğradığını ispat etmesi gerekmemektedir. Burada önemli olan fikri hak ihlali sonucunda ihlalde bulunan kişinin malvarlığında bir artışın meydana gelmesidir⁹. Hak sahibi ihlal nedeniyle zarara uğramamış olsa ya da hak sahibinin hakkını ihlal eden kişinin bu şekilde kazandığı menfaat hak sahibinin zararından fazla olsa dâhi; kazanç devri talebi gündeme gelebilecektir. Kazanç devri talebi, tazminat olmadığı gibi; zararı ve dolayısıyla tazminatı hesaplama yöntemi de değildir¹⁰. FSEK m. 70/III hükmündeki “*temin edilen kâr*” ifadesinin zarar kavramından ayrı tutulmasının nedeni; bu hüküm ile hak sahibinin zararını ve zararının miktarını ispat etme külfetinden kurtarılmak istenmesidir¹¹. Hak sahibi burada zarara uğradığını değil, ihlalde bulunan kişinin bu yolla kazanç elde ettiğini ispatlamalıdır¹².

Doktrinde genel kabul gören görüşün FSEK m. 70/III hükmündeki kazanç devri yaptırımının gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olması nedeniyle, bu kurumun çalışmamızda temel hatlarıyla incelenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

⁸ Ayiter, **a.g.e.**, s. 263; Gürsel Üstün, “Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s. 401; Yasaman, **a.g.m.**, s. 816; Erdem, **a.g.e.**, s. 188; Suluk, **a.g.e.**, s. 147; Azra Arkan, **Mukayeseli Hukuk, Uluslar arası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, İstanbul, Vedat, 2005, s. 295; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334; Durgut, **a.g.m.**, s. 1094; Öztan, **a.g.e.**, s. 677; Engin Erdil, **İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilip, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2009, s. 1305; Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3.bs. , Ankara, Yetkin, 2009, s. 349; Ayşenur Şahin, **Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**, İstanbul, Vedat, 2010, s. 191.

⁹ Ahmet Kılıçoğlu, “Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2007, s. 196.

¹⁰ Arkan, **a.g.e.**, s. 295; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334; Öztan, **a.g.e.**, s. 677. Menfaat devri yaptırımının hukuki niteliği hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Ece Baş, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s.141-177.

¹¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334; Öztan, **a.g.e.**, s. 677.

¹² Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48; Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 78.

1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliğine ilişkin aşağıda açıklanan farklı teorilerin mevcudiyetine karşılık; bu hallerin hukuka aykırı fiil olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹³.

a. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Varlığını Reddeden Teori (Sübjektif Teori)

Bu teori uyarınca iş görenin, iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesi vekâletsiz iş görmenin sübjektif unsuru kabul edilmektedir ve kendi yararına hareket etme halinde vekâletsiz iş görmeden bahsedilemeyecektir¹⁴. Sübjektif teori de denilen bu teorinin üç farklı görünümü bulunmaktadır.

(1). Akit Benzeri Teorisi

Bu teoride vekâletsiz iş görmenin, iş sahibinin kendi yararına görülen işe farazi rızasının bulunduğu kabul edilerek vekâlet akdine benzetilmesi söz konusudur¹⁵. İş görenin kendi menfaatine davranması halinde, iş sahibinin böyle bir farazi rızası varsayılamayacağından vekâletsiz iş görmeden bahsedilemeyecektir¹⁶.

(2). İş Sahibine Hizmet İradesiyle Hareket Teorisi

Vekâletsiz iş görmenin “hayırseverlik fiili”, “insani yardım mahiyeti” nde olduğunun kabul edildiği Fransa ve Avusturya’da, iş sahibine hizmet iradesi iş görende

¹³ Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımdan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s. 155; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1992, s. 496; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 20; Öztan, **a.g.e.**, s. 679; Aydın Zevkliler/Ayşe Havutçu, **Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, 2007, s. 351; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s. 677; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen), İstanbul, Beta, 2018, s. 750.

¹⁴ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁵ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 20-21.

¹⁶ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 21.

bulunması gereken sübjektif unsur olarak kabul edilmektedir ve bunun bulunmadığı durumda vekâletsiz iş görmenin varlığı söz konusu olamayacaktır¹⁷.

(3). Hukuka Uygun Fiil Teorisi

Bazı Fransız hukukçular ise, vekâletsiz iş görme halinde ancak hukuka uygun bir fiilden ileri gelebileceğini belirtmektedir¹⁸. Bu durumda kendi menfaatine başkasına ait işin görülmesi hukuka aykırı olduğundan vekâletsiz iş görme olarak kabul edilemeyecektir¹⁹.

Bu teoriler ışığında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin reddedilmesi halinde, kendi yararına başkasına ait iş gören kişiye karşı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da eşya hukukuna ait hükümlere başvurmak gerekeceğinden; iş sahibinin aleyhine sonuç doğmaktadır²⁰.

b. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Teorisi

Pek çok hukukçunun taraf olduğu bu teoriye göre²¹, sübjektif teoride olduğu gibi iş sahibi menfaatine hareket etme yönündeki irade, vekâletsiz iş görmenin zorunlu unsurudur ve bunun yokluğunda gerçek vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilemeyecektir. Ancak bu durumda kendi menfaatine başkasına ait işi gören kişinin bu işten elde ettiği kârı alıkoyabilmesi hakkaniyete aykırıdır²². İş sahibinin haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümleriyle baş başa bırakılması onun aleyhine sonuç doğurduğundan; iş görenin kendi yararına davranması halinde hakkaniyet gereği vekâletsiz iş görmenin bulunduğu varsayılmalıdır²³.

c. Gerçek Vekâletsiz İş Görme Teorisi (Objektif Teori)

Bu teoriye göre, iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesi yani sübjektif unsur, vekâletsiz iş görmenin zorunlu unsuru olarak kabul edilmemektedir; iş görenin

¹⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 58-59; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 57; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 57.

²⁰ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 59-60; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 22.

²¹ Bu teoriyi destekleyen yazarlar için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 60, dpn.19.

²² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 60.

²³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 60; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 24.

kendi menfaatine davranması halinde de gerçek vekâletsiz iş görme bulunmaktadır²⁴. Başkasına ait bir işin görülmesi yani objektif unsur, vekâletsiz iş görmenin kabulü için yeterlidir. Bu teorinin iki farklı şekilde savunulmaktadır.

(1). Mutlak Objektif Teori

Artık terk edilmiş olan bu teoriye göre, kendi menfaatine iş gören kişinin vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bütün borçlarla sorumlu olduğu ve bütün haklara sahip olduğu belirtilmiştir²⁵. Başkasının işini iş sahibi yararına yapan kişi ile kendi yararına yapan kişinin aynı koşullara tabi tutulması hakkaniyete aykırıdır.

(2). Hafifletilmiş Objektif Teori

Mutlak objektif teorinin hakkaniyete aykırılığını hafifleten bu teoriye göre, iş görenin borçları iş görenin menfaatine hareket edilmemesi halinde de doğacaktır; buna karşılık iş görenin haklarının doğması için iş sahibi menfaatine hareket etme iradesi bulunmalıdır²⁶.

d. İş Gaspı veya Haksız Müdahaleden Elde Edilen Kâr Teorileri

Sübjektif teoride olduğu gibi iş sahibinin menfaatine iş görme iradesini zorunlu unsur kabul eden bu teoriye göre, bu unsurun bulunmadığı durumda vekâletsiz iş görmeden bahsedilmesi mantığa aykırıdır; ancak haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümleri iş sahibini korumakta yetersiz kalacaktır²⁷. Bu durumda haksız müdahale ile sağlanan kazancın vekâletsiz iş görme hükümleriyle istenebilmesi sadece tarihi temellere dayanmaktadır, vekâletsiz iş görme adı altında farklı bir müessese yaratılmaktadır²⁸.

²⁴ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 62; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 22.

²⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 62; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 23. Bu teoriyi destekleyen yazarlar için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 62, dpn. 25.

²⁶ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 62; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 23. Bu teoriyi destekleyen yazarlar için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 62, dpn. 26.

²⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 64-65; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 24.

²⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 65. Bu teoriyi destekleyen yazarlar ve bunların terim teklifleri için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 65-66.

Tandoğan kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliği hakkında şu ifadelerde bulunmuştur:

“Kanaatımızca, bir kimsenin kendi menfaatine başkasının işleriyle meşgul olması, hakiki manasında bir vekâletsiz iş görmedir. Şu kadar ki, vekâletsiz iş görmenin tecviz edilen ve edilmeyen neveleri mevcuttur. İşte kendi menfaatine başkasının işlerine müdahale bu sonuncu nevidendir”²⁹.

Arkan Akbıyık ise, 818 sayılı Borçlar Kanunu³⁰ m. 410 hükmünün “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur.*” lafzından yola çıkarak; vekâletsiz iş görme için iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir³¹. Söz konusu hüküm TBK’da 526. maddede “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Gerçek vekâletsiz iş görme kurumunun gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden farklı olduğuna dikkat çeken yazar, BK’da birlikte düzenlenen bu kurumların ortak noktalarının da bulunduğunu ifade ettikten sonra; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teorisi ve teriminin yürürlükteki hukuka uygun olduğunu belirtmektedir³².

Kanaatimizce de başkasının işini iş sahibinin yararına gören kişi ile kendi yararına hareket edip bencilce davranan kişinin aynı hukuki koşullara tabi tutulması hakkaniyete uygun düşmemektedir. Kısaca açıklanan teorilerden gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teorisinin daha tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

2. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Unsurları

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurları, gerçek vekâletsiz iş görmenin unsurlarıyla ayniyet göstermektedir; ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede gerçek vekâletsiz iş görmeden farklı olarak iş gören iş sahibin menfaatine ve

²⁹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 66.

³⁰ R.G., T. 08.05.1926, S. 366.

³¹ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 23.

³² Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 25.

onun varsayılan iradesine uygun davranmamaktadır³³. Yani gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için, öncelikle gerçek vekâletsiz iş görmenin genel unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir³⁴. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş gören kendi menfaatine olacak şekilde ve tartışmaya aşağıda değinilecek olduğu üzere kötüniyetle iş görmektedir.

Tandoğan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hallerine ilişkin ihtimalleri şu şekilde sıralamıştır³⁵:

- * İş görenin kendi sübjektif değerlendirmesine göre iş sahibinin menfaatine hizmet amacıyla giriştiği, ancak bu menfaatin yapılmasını gerektirmediği veya iş sahibinin geçerli bir yasaklamasına aykırı iş görmesi.
- * İş görenin aslında başkasına ait olan işi, kendisinin zannederek kendi menfaatine iş görmesi.
- * İş görenin başkasına ait olduğunu bildiği işi kendi menfaatine iş görmesi.
- * İş görenin başkasına ait bir işi, iş sahibine karşı o işi yapmaya mezun olmayan bir üçüncü kişi yararına, bu üçüncü kişinin vekâletine dayanarak iş görmesi.

TBK m. 530 hükmü ve doktrindeki görüşler çerçevesinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurları; iş görme, görülen işin başkasına ait olması, iş görenin yetkisinin olmaması, iş görenin işi kendi menfaatine görmesi ve doktrinde fikir birliği bulunmamakla birlikte kötüniyet unsurudur. Bu unsurlara aşağıda temel hatlarıyla bakmak gerekirse şu şekilde bir tablo ortaya çıkmaktadır:

a. İş Görme

Gerçek veya gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için, bir iş görmenin mevcudiyeti gereklidir. Her makul insan fiili, iş görmedir³⁶. Bir ihmal veya

³³ Yavuz, **a.g.e.**, s.750.

³⁴ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 294.

³⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 294.

³⁶ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 86; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 26; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

hareketsizlik iş görme olarak kabul edilemez³⁷. Bir kişinin ekmek için hazırlamış olduğu tohumların rüzgârın etkisiyle, bu kişinin komşusunun tarlasına uçuşması örneğinde vekâletsiz iş görmeden değil; sebepsiz zenginleşmeden bahsedilebilir³⁸.

İş görmenin hukuki işlem veya hukuka uygun fiil olması gerekmemektedir³⁹. Yani iş görmenin konusu yalnızca hukuki işlem ve benzerlerinden oluşmamaktadır, maddi fiil ya da hareketler de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁰. Bir kimseyi tehlikeden kurtarma veya bilinci yerinde olmayan bir kişiyi tedavi etmek gibi durumlar gerçek vekâletsiz iş görme örnekleri olarak sayılabilir ve görüldüğü üzere bu gerçek vekâletsiz iş görme pek çok kez hukuki işlem niteliğinde değildir⁴¹. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından ise, bu kurumun konusunun haksız fiillerden oluştuğu yukarıda ifade edilmiş idi. Ancak iş sahibi tarafından da yapılmalarına hukuk düzenince izin verilmeyen, objektif bir hukuk kuralına aykırılık teşkil ederek başkasına zarar veren haksız fiiller iş görme olarak kabul edilemezler⁴². Örneğin; bir kişinin arkadaşına ait olan etleri hileli bir tartıyla başkasına satması halinde, bu kişi kendi yararına arkadaşının işini görmüştür. Etlerin sahibi, etlerin gerçek satış bedelini bu kişiden gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri dahilinde talep edebilecektir. Ancak hileli tartının kullanılmasıyla müşteriden elde edilen fazla bedelin, etlerin sahibi tarafından bu hükümler çerçevesinde istenmesi mümkün değildir.

İş görme hallerinde, iş gören kişi iş sahibinin hukuki sahasına müdahale etmektedir, âdeta onun yerini almaktadır. Ancak bu durum temsil ile karıştırılmamalıdır. Zira temsil, sadece hukuki işlemlerde söz konusu olabilmektedir⁴³. Diğer yandan iş sahibinin şahsına sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması, iş görmenin

³⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 86; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 26.

³⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 86.

³⁹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 78-94; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 326; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 26-27; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁴⁰ Sezgin Güverçin, “Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 57.

⁴¹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 80.

⁴² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 91-94; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 27; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁴³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 87, dpn. 53; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 26.

sınırlarını aşar niteliktedir⁴⁴. Aynı şekilde iş sahibinin bizzat yerine getirmesi gereken borçların başkası tarafından yerine getirilmesi halinde alacaklının buna rızası gereklidir, aksi halde iş görmeden bahsedilemeyecektir⁴⁵.

b. Görülen İşin Başkasına Ait Olması

Gerçek veya gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için, görülen işin başkasına ait olması gerekmektedir⁴⁶. İş gören, bu fiili ile bir başkasının hukuki alanına müdahalede bulunmaktadır⁴⁷.

İşin başkasına ait olduğunun tespiti bakımından doktrinde iki kıstas kullanılmaktadır; bunlar objektif ve sübjektif kıstastır. Objektif kıstas, nitelikleri ve içerikleri bakımından başkasının hukuk alanı ile ilişkili olan işleri ifade etmektedir⁴⁸. Başka bir deyişle başkasına ait hakların kullanılması veya korunması ya da başkasının borç ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesi objektif kıstasa göre başkasına ait bir işin görüldüğüne işaret etmektedir⁴⁹. Başkasının malik olduğu bir malı tamir ettirmek buna örnek gösterilebilir. Sübjektif kıstas ise, nitelikleri ve içerikleri bakımından belirli bir kişiye bağlanmadığı halde, taraflardan birisinin özellikle iş görenin iradesi ile başkasına ait kılınan işler olarak ifade edilmektedir⁵⁰. Bu kıstası, iş görenin yaptığı hukuki işlemlerin başkasının hukuk alanında doğrudan doğruya veya dolayısıyla etki doğurmasına yönelik iradesi şeklinde ifade etmek de mümkündür⁵¹. Bir kişinin pul koleksiyonu yapan arkadaşı için, uygun şartlarda değerli bir pul satın alması buna örnek olarak gösterilebilir⁵².

Bir işin başkasına ait olup olmadığının tespiti için öncelikle objektif kıstasa göre değerlendirme yapılmalıdır, bu değerlendirme ile bir sonuca ulaşılamaması

⁴⁴ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 87-88.

⁴⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 88.

⁴⁶ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 95; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 27; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁴⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 95; Bilge, **a.g.e.**, s. 326; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁴⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 96; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 28.

⁴⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁵⁰ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 96; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 28.

⁵¹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 123; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁵² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 97.

halinde sübjektif kıstasa başvurulmalıdır; yani sübjektif kıstas yalnızca objektif kıstas ile kimseye bağlanamayan, nötr işler için kullanılan tali bir kıstastır⁵³.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde, işin başkasına ait olup olmadığına ilişkin tespit objektif kıstasa göre belirlenecektir⁵⁴. Sübjektif kıstasa göre başkasına ait olan işler genellikle başkasının malvarlığına yeni hak ve borçlar ekleyen hukuki işlemlerin yapılması şeklinde gerçekleştiğinden; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hallerinde sübjektif olarak başkasına ait bir işin görülmesi söz konusu olamayacaktır⁵⁵. Zira; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hallerinde, iş gören kendi menfaatine hareket etmekte ve kendisine çıkar sağlamaktadır.

Objektif kıstasa göre değerlendirme yapılırken, başkasına ait “hak” lardan bahsedilmektedir. Hangi hakların bu kapsama girdiği konusunda doktrinde genel kabul gören görüş, hem mutlak hem nispi hakların bu koruma kapsamında olduğu yönündedir⁵⁶. Bir sözleşme çerçevesinde ortaya çıkan alacak hakkı ihlalinde, hakkı ihlal edilen tarafın gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine sözleşmesel sorumluluk hükümleri ile yarışır şekilde başvurabileceği ifade edilmektedir⁵⁷.

Bir kişinin başkasına ait olduğunu zannederek gördüğü işin, aslında kendisine ait olması durumunda ise, vekâletsiz iş görmeden bahsedilemeyecektir⁵⁸. Bu durumda işin başkasına ait olması unsuru gerçekleşmemiş olacaktır.

İş sahibi bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de olabilir. Elbirliği ile mülkiyet veya paylı mülkiyet konusu bir eşya ile ilgili vekâletsiz iş görme durumunda, maliklerden her biri iş sahibi olmakta ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı taleplerin müteselsil alacaklısı niteliğini kazanabilmektedirler⁵⁹. Bu taleplerin iş

⁵³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 124; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 28, Özgür Başbüyük, “Roma Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Vekâletsiz İş Görme”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008, s.95.

⁵⁴ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 124; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁶ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 111; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 32. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 29, dpn.103.

⁵⁷ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 32.

⁵⁸ Bilge, **a.g.e.**, s. 326; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 27; Yavuz, **a.g.e.**, s. 744.

⁵⁹ Baş, **a.g.e.**, s. 31.

sahipleri arasında elbirliği ile mülkiyet söz konusu ise eşit olarak ve paylı mülkiyet söz konusu ise payları oranında paylaşılması gerektiği yönünde çokça Yargıtay kararı mevcuttur⁶⁰.

c. İş Görenin Yetkisinin (Vekâletinin) Olmaması

İlk husus olarak belirtilmesi gereken, TBK'nın vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen hükümlerinde bahsi geçen "vekâlet", TBK m. 502 anlamında vekâlet sözleşmesi yani teknik manada bir vekâlet değildir; burada vekâletin günlük dildeki anlamına işaret edilmektedir⁶¹. Doktrinde "vekâleti olmama" ifadesinden anlaşılması gerekenin iş görenin, iş sahibine karşı iş yapma konusunda yetki veren bir hukuki durumda bulunmaması olduğunu ifade edilmiştir⁶². İş görenin vekâletinin olmaması unsuru, iş gören ile iş sahibi arasındaki iç ilişki bakımından aranan bir unsurdur⁶³.

İş görenin, iş sahibinden aldığı yetkinin sınırlarını aşması halinde; sadece sözleşmenin ihlali hükümlerine mi başvurulması gerektiği; yoksa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Sözleşmeye aykırılık halinin aynı zamanda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme oluşturduğu durumlarda; kazanç devri talebi genellikle tazminat talebinden daha kapsamlı olacağından TBK m. 530 hükmüne uygulama imkânı tanınması iş sahibinin lehine olacaktır⁶⁴. Örneğin bir işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde iş sahibinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinden yararlanma imkânı olmalıdır⁶⁵.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde iş sahibinin iş gören kişi ile birlikte bu işte iş görene yardımda bulunan kişilere karşı da kazanç devri talebinde bulunup bulunamayacağı sorusu doktrinde olumlu olarak yanıtlanmaktadır. *Tandoğan ve Arkan Akbıyık* haksız fiil sorumluluğunda fail ile yardımcıların müteselsil sorumlu

⁶⁰ A.e., s. 31. Yargıtay kararları için Bkz. A.e., s.31, dpn.122.

⁶¹ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 132; Arkan Akbıyık, *a.g.e.*, s. 33.

⁶² Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 133; Arkan Akbıyık, *a.g.e.*, s. 34; Yavuz, *a.g.e.*, s. 744.

⁶³ Bilge, *a.g.e.*, s. 326-327.

⁶⁴ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 149; Arkan Akbıyık, *a.g.e.*, s. 34; Zevkliler/Havutçu, *a.g.e.*, s. 352.

⁶⁵ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 149.

tutan Borçlar Kanunu (TBK m. 61,62⁶⁶) hükmünün gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hallerinde kıyasen uygulanarak; iş sahibine iş gören yanında onun yardımcılarına da başvurma imkânı tanınması gerektiğini ifade etmişlerdir⁶⁷.

d. İş Görenin İş Kendi Menfaatine Görmesi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş göremeden bahsedebilmek için, başkasına ait işin iş gören tarafından kendi menfaatine görülmesi gerekmektedir. Burada iş gören, başkasına ait olan bir işi yapmakla beraber kendi menfaatine hareket etmektedir⁶⁸. Gerçek vekâletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi birbirinden ayıran unsur budur. Gerçek vekâletsiz iş görmede iş gören iş sahibinin menfaatine ve onun tahmin olunan amacına uygun olarak hareket etmekte iken; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş gören kendi menfaatine göre hareket etmekte, kendine çıkar sağlamaktadır⁶⁹. Bu çerçevede iş görenin kendine ait işi başkasına ait olduğunu zannederek yapması gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olmayacaktır⁷⁰. Bu durumda işin başkasına ait olma unsuru eksik kalmış olur.

e. Tartışmalı Unsur: İş Görenin Kötüniyetli Olması

TBK m. 530 ve öncesinde BK m. 414 hükmünde iş görenin iyiniyetli ya da kötüniyetli olması halleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması bakımından iş görenin,

⁶⁶ “a. Dış ilişkide

MADDE 61- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

b. İç ilişkide

MADDE 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”

⁶⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 156; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 35.

⁶⁸ Bilge, **a.g.e.**, s. 330.

⁶⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 750.

⁷⁰ Ali Akın Metiner, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörenden Fikri Hakların İhlali Nedeniyle Elde Ettiği Kazancın İadesi Talebi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 31.

başkasına ait işi yetkisi olmadan kendi yararına gördüğünü bilmesi gerekip gerekmediği yönünde doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu hükmün lafzına dayanan bir görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme uygulamasının hem iyiniyetli hem de kötünietli iş gören bakımından geçerli olduğunu belirtmektedir⁷¹. Bu çerçevede iş görenin başkasına ait hukuk alanına müdahale ederek kendisinin menfaat elde ettiğini bilmesi ya da bilmesi gerekmesi bu hükmün uygulanması için gerekli görülmemektedir.

İyi niyetli kişi ile kötünietli kişinin kanunlar çerçevesinde aynı sonuçlara tabi tutulmadığından hareket eden diğer bir görüş; söz konusu hükmün uygulaması bakımından iyiniyetli iş gören kişinin elde ettiği kazancın elinde kalan kısmı ile sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir⁷². TBK m. 79 hükmünde iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade yükümünü elinde kalanla sınırlanması bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır. TBK m. 79 “*Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.*” şeklindedir.

Günümüzde birçok yazar tarafından kabul edilmekte olan ve bizim de katıldığımız modern görüşe göre ise; kanunda kendi menfaati için vekâletsiz iş gören bakımından düzenlenmiş ağır iade yaptırımı kötünietli olan iş görene uygulanmalıdır⁷³. Eren, bu görüşün işgörenin kötünietli olmasını gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin yazılı olmayan bir unsuru olarak kabul ettiğini ifade

⁷¹ Bilge, **a.g.e.**, s. 331. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 36, dpn.131.

⁷² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 203. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 37, dpn.137.

⁷³ Hatemi/ Serozan /Arpacı, **a.g.e.**, s. 495; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 38; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1999, s. 116; Rona Serozan, **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. III, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5inci Bası, İstanbul, Filiz, 2009, s. 316; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Bölümler**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 754. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 38, dpn.141.

etmektedir⁷⁴. İş gören kendine menfaat sağlarken başkasının haklarını istismar ettiğini bildiği veya kendisinden beklenen özeni gösterse idi bilmesinin bekleneceği durumlarda elde ettiği kazancı iade ile yükümlü olacaktır⁷⁵. Serozan, söz konusu hükümdeki subjektif zenginleşmenin yani iş görenin kendi becerisiyle elde ettiği menfaatlerin devredilmesini “*borçlar hukuku cezası*” olarak nitelendirdikten sonra; bu ağır niteliği yüzünden hükmün ancak hukuka aykırılık bilinciyle hareket eden kötünietli bir “*gasıp*” aleyhine işletilebileceğini, ancak iyiniyetle bir başkasının konumundan yararlanana karşı işletilemeyeceğini belirtmektedir⁷⁶. Hatemi de BK 414’ün uygulamasının sadece kötüniet durumlarına münhasır olduğu kabul edildiği zaman, söz konusu maddenin cezai niteliğinin daha belirgin şekilde ortaya çıkacağını ifade etmektedir⁷⁷.

3. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Hükümleri

a. İş Sahibinin Hakları

(1). Bilgi Alma Hakkı

Bilgi alma hakkı, iş sahibinin görülen işten haberdar olma ve işin yürütülmesi ve sonucuna ilişkin olarak iş görenden bilgi almasını ifade etmektedir⁷⁸. TBK hükümlerinde bu hak açıkça belirtilmemekle birlikte, doktrinde Alman Medeni Kanunu’nda bu hükmün bulunduğu ve burada kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹.

Bu hakkın iş sahibine tanınması kazanç devri talebiyle yakından ilgilidir. Zira iş sahibinin talep edebileceği kazanç devrinin tespiti ve hesaplamasında iş görenden alacağı bilgiler dayanak teşkil edecektir⁸⁰.

⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, s.751.

⁷⁵ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 38.

⁷⁶ Serozan, **a.g.e.**, s. 316.

⁷⁷ Hatemi/ Serozan /Arpacı, **a.g.e.**, s. 496.

⁷⁸ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 43.

⁷⁹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 188-189; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 43.

⁸⁰ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 44.

(2). İşin Görülmesi Sırasında Gerekli Özenin Gösterilmemesinden Doğan Zararı Talep Hakkı

Vekâletsiz iş görenin, kural olarak her türlü ihmalden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. “*Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*” şeklindeki TBK m.527/I hükmünün gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde de uygulanacağı doktrinde belirtilmektedir⁸¹. İş görenin özen ölçüsü bakımından, objektif olarak işin gerektirdiği niteliklere sahip normal bir insanın özeni kıstas kabul edilmelidir; zira işin gerektirdiği bilgi ve yeteneğe sahip olmadan başkasının işine karışan kişilerin verdikleri zarardan sorumlu tutulmaları gerekmektedir⁸².

Kanun hükmünde iş görenin sorumluluğunun, iş sahibini zarara uğramaktan kurtarmak amacıyla iş görmesi halinde hafifleyeceği belirtilmiştir. Bu hükmün kendi menfaatine iş gören kişi karşısında uygulama alanı bulamayacağı açıktır.

TBK. m. 527/II hükmü ise, “*İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.*” şeklindedir. Bu hüküm ile iş görenin iş sahibinin yasaklamasına rağmen işi görmesi halinde sorumluluğu arttırılmış, kazadan dâhi sorumlu tutulmuştur. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde iş gören kendi müdahalesi olmasa da kazanın gerçekleşeceğini kanıtlamadıkça kazadan dâhi sorumlu olmaya devam edecektir⁸³.

(3). Kazancın Kendisine Devrini Talep Hakkı

İş sahibinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan en önemli hakkı, iş görenin bu işi görmekle elde ettiği kazancı kendisine devretmesini talep etme

⁸¹ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 44. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 44, dpn. 168.

⁸² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 209; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 45.

⁸³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 224; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 46.

hakkıdır⁸⁴. Bu çerçevede iş sahibinin devrini talep edebileceği kazanç, iş görenin iş sahibine ait olan işi görmekle elde ettiği parasal değer ifade eden her türlü menfaatlerdir⁸⁵.

İş sahibinin iş görenden kendisine devredilmesini talep edebileceği kazanç, net kazançtır. Net kazancın hesaplanması, brüt kazanca faiz gelirinin eklenmesi ve masrafların çıkartılması yöntemiyle yapılmaktadır⁸⁶. Bu şekilde hesaplanan iş görenin aslında iş sahibine ait işi görmekle elde ettiği fiili kazanç, kazanç devri talebinin konusunu oluşturmaktadır⁸⁷.

İş sahibine ait olan işi kendi menfaatine kullanan kişi, kişisel çabası ve becerisiyle normal koşullarda elde edilebilecek kazançtan çok daha fazla kazanç elde etmiş olsa ya da aksi durum yani, söz konusu işin görülmesiyle çok büyük kazançlar elde edilebilecek olmasına karşın bu kişinin özensizliği nedeniyle daha düşük kazanç elde etmiş olsa dâhi devir talebi elde edilmiş olan fiili, mevcut kazanca ilişkin olacaktır⁸⁸. İş gören, bu yolla elde ettiği kazancı elinden çıkarmış olsa dâhi, bu kazancın tamamını iş sahibine devretme yükümlülüğü, elinde kalan miktarla sınırlı olmadan, devam etmektedir⁸⁹.

(4). Görülen İşe İcazet Verme Hakkı

TBK m. 531 hükmünde iş sahibinin yapılan işe icazet vermesi halinde, vekâlet hükümlerinin geçerli olacağı “*İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükmün gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hallerinde uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda da gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi iş sahibinin görülen işe icazet verebileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Söz

⁸⁴ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 192; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 755; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁷ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁸ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 194; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 49.

⁹⁰ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 250; Bilge, **a.g.e.**, s. 332; Zevkliler/Havutçu, **a.g.e.**, s. 351 Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 677; Yavuz, **a.g.e.**, s. 751. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 250, dpn. 32.

konusu hüküm gereği, iş görenin gördüğü işe iş sahibi tarafından icazet verilmesinin ardından, iş sahibi ile iş gören arasında vekâlet hükümleri geçerli olacaktır.

Diğer görüşe göre, icazet gerçek vekâletsiz iş görmede yani iş sahibinin menfaatine iş görülmesi halinde söz konusu olabilecektir; iş görenin kendi menfaatine hareket ettiği gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde iş sahibinin icazet vermesi hukukun genel sistemine aykırı bulunmaktadır⁹¹. Arkan Akbıyık, BK m. 414 (TBK m. 530) hükmünün sadece kötünîyetli iş görene karşı ileri sürülebileceğinden hareketle, icazete ilişkin hükmün gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumundan uygulanamayacağını ifade etmekte ve iş sahibi bakımından kazanç devri talebinin icazet vermekten daha avantajlı olduğunu belirtmektedir⁹².

Kanaatimizce gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda da iş sahibinin, iş görenin yapmış olduğu işe icazet vermesi mümkündür. İş gören, iş sahibine ait olan bir işi kendi menfaatine görmüş olduğu durumda iş sahibi buna icazet verip vermemekte serbest olmalıdır. İş sahibi kendi tercihiine göre, isterse icazet verip vekâlet hükümleri çerçevesinde; isterse icazet vermeyip kazanç devri talebi çerçevesinde iş görenin sorumluluğuna gidebilmelidir.

b. İş Görenin Hakları

(1). Masrafların Karşılanması ve Borçlardan Kurtarılma Hakkı

TBK m. 530 hükmünün ikinci cümlesi uyarınca iş sahibi, “*zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür*”. Hükmün ifadesinden anlaşıldığı üzere, iş görenin iş sahibine ait olan işi görmekle ilgili masraflarının karşılanması ve yüklendiği borçlardan kurtarılmasına ilişkin talebi ileri sürebilmesi için; iş sahibinin kazanç devri talebinde bulunmuş olması ve böylece faydaları temellük etmesi gereklidir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş

⁹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 759; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 52. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 52, dpn. 210.

⁹² Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 52.

sahibinin kazanç devri talebinde bulunmadığı durumlarda, iş görenin masraflar ve borçlara ilişkin iş sahibinden talepte bulunması mümkün olamayacaktır⁹³.

Masraf, “iş görenin, iş sahibinin işini kazanç elde etmek için görürken, kendi isteğiyle, malvarlığında meydana getirdiği veya meydana gelmesine katlandığı bir azalmadır”⁹⁴. İş görenin talep edebileceği masraflar, fiilen yapmış olduğu masraflardır⁹⁵.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin işi görürken yapmış olduğu masrafları iş sahibinden talep ederken, iş sahibinin devir talebinde bulunduğu kazanç miktarı bu masraf talebinin üst sınırını oluşturmaktadır. İş gören, iş sahibine devrettiği kazançtan fazla miktarda masraf talebinde bulunamayacaktır⁹⁶. Zaten iş sahibinin kendisine devredilmesini talep ettiği kazanç hesaplanırken, iş görenin brüt kazancından bu iş için yapmış olduğu masraflar çıkartılmaktadır.

TBK m. 530 hükmünün ikinci cümlesinde masraflardan başka iş görme nedeniyle altına girilen borçlardan da bahsedilmektedir. İş görenin altına girdiği borçlar zaten masraf kalemi içinde değerlendirilmektedir. Devredilecek kazanç miktarı hesaplanırken, bu kalemler brüt kazançtan çıkartılmakta; sonra faiziyle birlikte iş sahibine devredilmektedir. Bizim de katıldığımız *Arkan Akbıyık*’ın bu konu ile ilgili görüşü, borçtan kurtarma ifadesinin kanunda belirtilmesi; bunun bir masraf kalemi oluşturduğunu açıkça ifade etmek amacı taşımaktadır⁹⁷. Devredilecek net kazanç tespit edilip iş sahibine devredildikten sonra, iş görenin ayrıca masraf ya da borçtan kurtulma talep etmesi söz konusu olmayacaktır.

⁹³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 295-296; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 53.

⁹⁴ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 53.

⁹⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 272; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 54.

⁹⁶ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 268-269; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 53, Güverçin, **a.g.e.**, s.76. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin T. 9.3.1987, E. 1987/1024 ve K. 1987/1335 sayılı kararında davalının, davacını yaptığı imalat ve tamirat giderlerinde BK.414 hükmü uyarınca faydalandığı ve zenginleştiği oranda sorumlu olacağı belirtilmiştir. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 22 Nisan 2011.

⁹⁷ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 56.

(2). Ücret ve Tazminat Talep Hakkı

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin gördüğü iş için iş sahibinden ücret talep edip edemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Bir görüş, gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda da iş görenin emeğinin karşılığı olarak ücret talebinde bulunabileceğini ifade etmektedir⁹⁸. Diğer görüş ise, kendi menfaatine kazanç elde etmek için başkasına ait hakları ihlal eden kişinin bu iş için ücretle ödüllendirilmesini kabul edilebilir bulmamaktadır⁹⁹. Kanımızca gerçek vekâletsiz iş görmede, iş sahibi menfaatine iş gören kişinin emeğine karşılık ücret ödenmesi hakçadır, zira burada iş gören insani duygularla bir başkasına yardım amacıyla hareket etmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda ise, sadece kendi menfaatine hareket ederek, başkasına ait hakları kazanç sağlamak için ihlal eden kişi söz konusudur; bu kişiye ücret ödenmesi gerekliliğinden bahsedilemez.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin tazminat talep edip edemeyeceği hususunu incelediğimizde ise, bu konunun gerçek vekâletsiz iş görme açısından TBK’da düzenlendiğini görüyoruz. TBK m. 529 “İşin işsahibinin menfaatine yapılması halinde” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

“İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır.

İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir.”

Bu hüküm dâhilinde iş görenin, işi görürken bir zarara uğraması halinde zararı, hâkimin takdirine göre, iş sahibi tarafından tazmin edilecektir. İkinci fıkrada amaç

⁹⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 300; Yavuz, **a.g.e.**, s. 750. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 300, dpn. 11.

⁹⁹ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 56-57. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 56, dpn. 230.

gerçekleştirilemese dâhi işi yaparken gerekli özeni gösteren iş görenin masraf ve zararlarını tazmin talebinde bulunabileceği belirtilmiştir. Hükmün açık ifadesinden anlaşıldığı üzere böyle bir tazmin ancak iş sahibinin menfaatine yönelik iş görmelerde söz konusu olabilecektir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda ise, iş görenin işi görürken zarara uğraması halinde tazminat istemesi mümkün değildir. İş sahibinin kazanç devri talep etmesi üzerine; iş görenin net, fiili kazancı hesaplanacaktır, bu hesapta iş görenin zarar etmiş olduğu anlaşıldığı takdirde bunu iş sahibinden tazmini talep etmesi mümkün değildir¹⁰⁰. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin TBK m. 529 hükmündeki gibi geniş bir tazminat talep etme imkânı bulunmamaktadır¹⁰¹. Başkasına ait işi kendi menfaatine gören kişi, bu işten kazanç elde edemeyip bir de zarar ederse, bu zarara tabiidir ki kendisi katlanacaktır. Kanun hükmünün lafzı da bu yöndedir; TBK m. 530'un ikinci cümlesinde iş görenin masraflarının ödenmesi ve yapmış olduğu taahhütlerin tahsilinden bahsedilmektedir. TBK m. 529/I hükmünde olduğu gibi iş göreninin zararının tazminine ilişkin ifadeye TBK m. 530'de yer verilmemiştir. Bu doğrultuda, kendi menfaatine iş gören kişiye karşı iş sahibinin herhangi bir tazminat yükümlülüğü bulunmadığı TBK m. 529 ve 530'un farklı kapsamdaki düzenlemelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

(3). Söküp Alma ve Hapis Hakları

TBK m. 529/III hükmü uyarınca iş gören, iş sahibinden masraflarını alamadığı takdirde kendisine söküp alma hakkı tanınmıştır. Ancak az evvel de belirtildiği gibi TBK m. 529 hükmü gerçek vekâletsiz iş görme durumu için düzenlenmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda, devredilecek kazanç belirlenirken iş gören fiili olarak yaptığı masrafları brüt kazançtan çıkardığından ve söküp alma hakkı talep edilemeyecek masraflar bakımından öngörüldüğünden; iş görenin söküp alma hakkının varlığından bahsedilemeyecektir¹⁰². Ancak *Tandoğan* aksi yönde, gerçek

¹⁰⁰ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 300-301; Arkan Akbıyık, *a.g.e.*, s. 57.

¹⁰¹ Bilge, *a.g.e.*, s. 331.

¹⁰² Arkan Akbıyık, *a.g.e.*, s. 58.

vekâletsiz iş görmede olduğu gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de iş görenin söküp alma hakkı bulunduğunu ifade etmiştir¹⁰³.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda, eşyanın zilyetliğinin iş görene iş sahibinin rızasıyla geçmesi durumu söz konusu olmadığından; iş görenin “hapis hakkı” ndan¹⁰⁴ bahsedilemeyecektir¹⁰⁵.

C. FSEK’de Düzenlenmiş Kazanç Devri Yaptırımının Koşulları

FSEK m. 70/III’de düzenlenmiş olan kazanç devri talebi, aynı maddede düzenlenmiş olan manevi ve mali hakların ihlalinde öngörülen tazminat davalarının yanında eser sahibine tanınmış diğer bir hukuki imkândır. Kazanç devri talepli dava için; bir eser bulunması, eserden kaynaklanan maddi veya manevi hakkın ihlal edilmesi, eserin koruma süresinin bitmemiş olması, kanunda öngörülen sınırlandırmaların kapsamına giren bir durumun bulunmaması gereklidir. Ayrıca zarar ve zarar ispatının bu davanın koşulu olmadığını belirtmek isteriz. FSEK m. 68/III’de veya TBK m. 530’da zarar koşulundan söz edilmemektedir¹⁰⁶. FSEK m. 68 hükmünde olduğu gibi FSEK m. 70/III hükmünde de eser sahibine zarar koşuluna bağlı olmayan geniş bir koruma sağlanması amaçlanmıştır¹⁰⁷. Kusur unsuru hakkındaki tartışmaya da aşağıda yer verilecektir.

FSEK m. 70/III hükmü çerçevesindeki davanın koşulları şu şekilde derlenebilir; FSEK kapsamında korunan bir eserin bulunması, FSEK’de düzenlenmiş olan mali veya manevi hakların ihlal edilmiş olması, dava konusu eserin koruma süresinin sona ermemiş olması, ihlalin esere ilişkin yasal sınırlandırmaların dışında kalması¹⁰⁸. Ayrıca ihlalde bulunan kişinin kusurlu olup olmaması hususu bu bölümde tartışmalı unsur olarak ele alınacaktır.

¹⁰³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 301.

¹⁰⁴ Hapis hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgehan Çetiner, **Hapis Hakkı**, İstanbul, Filiz, 2010.

¹⁰⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 301; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 57; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 683; Başbüyük, **a.g.e.**, s. 133; Yavuz, **a.g.e.**, s. 751.

¹⁰⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 405.

¹⁰⁷ Canan Küçükali, “Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 52.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. ve karşılaştırmız, Üstün, **a.g.e.**, s. 412-413.

1. FSEK Kapsamında Korunan Bir Fikri Ürünün Bulunması

FSEK hükümlerinin uygulanabilmesi için ilk koşul, ihtilafın eser niteliğindeki bir fikri ürüne ilişkin olmasıdır. Bu bakımdan kişinin zihinsel faaliyeti sonucu ortaya çıkarttığı ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku bakımından korunabilmesi için; FSEK çerçevesinde “eser” niteliğine haiz olması gerekmektedir. Bahsi geçen kanunun 1/B maddesinde “eser” kavramı, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde tanımlanmıştır. Bir fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için; bir fikri faaliyetin ya da yaratımın bulunması, bu fikri faaliyetin bir biçim altında ifade edilmesi ve bu şekilde biçim kazanmış olan faaliyetin yaratıcısının hususiyetini taşıması gerekmektedir¹⁰⁹. Ayrıca, FSEK’de öngörülen eser türlerinden birine dâhil olması gerekmektedir¹¹⁰. Bir fikri yaratımın eser olarak kabul edilmesi için; sübjektif unsur olan sahibinin hususiyetini taşıma ve objektif unsur olan yasada öngörülen eser gruplarında yer alma şartlarının birlikte bulunması gerekmektedir¹¹¹. Yasada sayılmış olan eser gruplarının sınırlı sayı ilkesine tabi olduğu kabul edilmektedir¹¹².

Kanunda sınırlı şekilde sayılan eser türlerinde yararlanılarak yaratılmakla birlikte bu esere oranla bağımsız olmayan fikir ve sanat ürünleri de işlenme olarak kabul edilmiştir. İşlenme eser de FSEK’e göre eser sayılır ve eser sahipliğinden kaynaklanan haklar bu işlenme eserlerin sahiplerine de tanınır. Yani işlenme, asıl eserden türetilmiş yeni bir eserdir¹¹³. Ancak işlenmenin eser olarak kabul edilebilmesi için yararlanılan eserin sahibinin haklarına zarar verilmemeli ve işlenme eserin sahibinin hususiyetini taşınması gereklidir.

FSEK kapsamında eser sahibinin hakları ile bağlantılı olan haklar da düzenlenmiştir. FSEK m. 80 uyarınca, eser sahibinin iznini almak ve onun haklarına

¹⁰⁹ Mustafa Aksu, “Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği ile Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Kullanılması Sorunu”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2010, s. 1258.

¹¹⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 103.

¹¹¹ Ahmet Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre)**, Genişletilmiş Gözden geçirilmiş 4. Baskı Ankara, Turhan, 20018, s.109-117.

¹¹² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.117.

¹¹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

zarar vermemek şartıyla; icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, yapımcılar ve radyo-televizyon kuruluşlarına fikri ürünler üzerinde haklar tanınmıştır. Bağlantılı haklar, eser sahibinin haklarına doğrudan bağlıdır¹¹⁴. Eser sahibinin haklarına komşu haklar bakımından söz konusu fikri ürünlerin varlığı halinde kazanç devri talebinde bulunulabilecektir. FSEK m.80/son fıkrasındaki atıf ile bağlantılı hak konusu fikri ürünler bakımından da kazanç devri yaptırımına başvurulabilecektir.

Kanunun gerektirdiği unsurları barındırmayan fikri ürünler, FSEK anlamında eser olarak korunamayacaktır. Bu bakımdan, her davaya konu olan fikri ürünün eser sayılması için gerekli olan şartları taşıyıp taşımadığı görevli mahkeme tarafından resen araştırılmalıdır¹¹⁵. Örneğin bir Yargıtay kararında deri ceketlerin eser niteliğinde olduğu ve eserden doğan hakların ihlal edildiği iddiasına dayanan uyuşmazlık hakkında, deri ceket modelinin moda tasarımı alanında güzel sanat eseri sayılıp sayılamayacağı konusunda bilirkişi görüşü alınması gerektiği açıklanmıştır¹¹⁶. Yargıtay'ın, FSEK'e dayanan talepler hakkında karar verilmeden önce dava konusunun eser niteliğinde olup olmadığının tespitinin uzman bilirkişilerce yapılması gerektiğine işaret ettiği görülmektedir.

FSEK m. 70/III hükmü çerçevesinde açılan kazanç devri talebini içeren davada, dava konusunun FSEK anlamında eser olmadığının anlaşılması üzerine; davaya tahvil yoluyla TBK m. 530 hükmü çerçevesinde devam edilmesi mümkün olabilecektir¹¹⁷.

2. FSEK’de Düzenlenmiş Olan Bir Mali veya Manevi Hakkın İhlal Edilmiş Olması

Eser sahibinin eseri ortaya koymasıyla birlikte eserin bütünü ve parçaları üzerinde doğrudan sahip olduğu fikri haklar, FSEK’de manevi ve mali haklar olmak üzere iki bölümde düzenlenmiştir. Eser sahibinin manevi ve mali hakları sınırlayıcı

¹¹⁴ Arkan, **a.g.e.**, s.33.

¹¹⁵ Mustafa Ateş, **Fikri Hukukta Eser**, Ankara, Turhan, 2007, s. 29.

¹¹⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 16.03.2017, E. 2016/2193 ve K. 2017/1563 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

¹¹⁷ Üstün, **a.g.e.**, s. 405.

biçimde sayılmıştır. FSEK m. 13/I hükmü “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür.*” şeklindedir. Yani eser sahibi eserinden kanunun düzenlediği haklar çerçevesinde yararlanabilecektir¹¹⁸.

Eser sahibine fikri çabası ile yarattığı eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı manevi haklar tanınmıştır¹¹⁹. Manevi haklar ile korunan eser sahibinin eseri ile arasındaki kişisel ve manevi ilişkisidir¹²⁰. “Manevi hakların eser sahibinin kişiliği ile olan bağlantısı”ndan¹²¹ dolayı; sağlararası işlemle devredilemedikleri gibi ölüme bağlı tasarruflara konu olamazlar ve miras yolu ile geçemezler¹²². Ancak manevi hakların kullanma yetkisinin devri söz konusu olabilir¹²³. FSEK’ de düzenlenmiş olan manevi haklar şunlardır; umuma arz hakkı (FSEK m. 14), eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı (FSEK m. 16), eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları (FSEK m. 17).

Mali haklar, eserden ekonomik olarak yararlanma ve yararlanma şeklini belirleme imkânını münhasıran eser sahibine veren ve ona üçüncü kişilerin eserden bu yönde faydalanmalarına engel olma yetkilerini veren mutlak haklardır¹²⁴. Birbirinden bağımsız olan mali hakların ayrı ayrı ve farklı kişilere devredilmesi de mümkündür¹²⁵. Buna karşılık eser sahipliği konumu yani mali ve manevi hakların oluşturduğu bütün ise devredilemez¹²⁶. FSEK m. 52’ye göre mali hakların devrine ilişkin sözleşme yazılı

¹¹⁸ Arslanlı, **a.g.e.**, s.79; Ayiter, **a.g.e.**, s.112; Erel, **a.g.e.**, s.135.

¹¹⁹ Duygun Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, İstanbul, 1984, s. 110; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 160.

¹²⁰ Ünsal Piroğlu, “Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, Turhan, 2003, s. 567.

¹²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. 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**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 121-158.

¹²² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 162-164; İlhami Güneş, “Eser Sahibinin Manevi Hakları ve Uygulama”, **Terazi**, Mart 2008, S. 19, s. 70.

¹²³ Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 128, Erel, **a.g.e.**, s. 190; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 164. Bu hakların kullanma yetkisi devredilmiş olsa dahi, kullanılış tarzı eser sahibinin şeref ve itibarını zedelememeli ve eserin nitelik ve özelliğini bozmamalıdır, aksi halde FSEK m. 14/III ve 16/III’de eser sahibi devrettiği kullanma yetkisini geri alabileceği düzenlenmiştir.

¹²⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 180.

¹²⁵ Ernst Hirsch, **Fikri ve Snai Haklar**, Ankara, Ar Basımevi, 1948, s. 194; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 93; Ayiter, **a.g.e.**, s. 126; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 131; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 181; Erel, **a.g.e.**, s. 158.

¹²⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 181.

yapılmalı ve söz konusu olan haklar ayrı ayrı belirtilmelidir. FSEK’de düzenlenmiş olan mali haklar şunlardır; işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (FSEK m. 25), pay ve takip hakkı (FSEK m. 45).

FSEK m. 70/III hükmüne dayanan kazanç devri talebi esere ilişkin bu manevi veya mali hakların ihlalinde ileri sürülmesi mümkündür¹²⁷. Örneğin, bir ressamın tablosunun izinsiz olarak çoğaltılması ve piyasaya sürülmesi halinde, eser sahibi çoğaltma ve yayma haklarının ihlali nedeniyle ihlalde bulunan kişinin bu yolla elde ettiği kazancın kendisine devredilmesini talep edebilir. Bu ressama ait tabloda, onun şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte değişiklik yapılması halinde eser sahibi kazanç devri talebinde bulunabilecektir. Esere ilişkin hem manevi hem mali hak ihlal edilmiş ise, FSEK m. 70/III kapsamında bu farklı hak ihlalleri için ayrı ayrı kazanç devri talebinde bulunulması mümkündür¹²⁸.

Örneğin bir Yargıtay kararında devir ya da kullandırma hakkı olmadığı halde davacının mali haklarını üçüncü kişilere devreden davalıdan bu yolla elde ettiği kazancın talep edilebileceği hükme bağlanmıştır¹²⁹. Hak sahibinin eserden doğan hakları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamasına rağmen bunları devretme yönünde sözleşme yaparak kazanç elde eden mütecaviz hakkında verilmiş olan bu kararın doğru

¹²⁷ Kılıçoğlu, FSEK m.70/III hükmünün lafzına rağmen manevi hakların ihlalinde elde edilen kazancın iadesinin talep edilemeyeceği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 406.

¹²⁸ Üstün, **a.g.e.**, s. 411.

¹²⁹ “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından Çevre Hakkı adlı eserin sahibinin davacı olduğu, davacının eser üzerindeki mali haklarını davalıya devir ettiğine dair sözleşme olmadığı, bu hususun Kadıköy 1.Asliye Ticaret Mahkemesinin 1995/634 E-1996/653 K. sayılı kesinleşen ilamında da sabit olduğu ve davalının devir ya da kullandırma hakkı olmadığı halde davacının mali haklarını 3. şahsa devir ettiği ve bunun karşılığında indirimli kitap ilanı tarifesi üzerinden %47 oranında indirimden yararlanarak Bilgin Yayıncılık A.Ş.’nin mevketelerinde ilanlar yaptırdığı, indirimsiz ilanlar gözetildiğinde davalının davacının eserini promosyon olarak kullandırmakla talep edilen miktardan daha çok kar elde ettiği, FSEK 70/3. maddesi uyarınca davacının bu karı isteyebileceği dikkate alınarak 350.000.000 TL’nin 21.4.1995 tarihinden itibaren reeskont faizi ile davalıdan tahsiline, Kadıköy Asliye 1.Ticaret Mahkemesinde karar ilan edildiğinden ve FSEK 78.maddeden beklenen menfaat gerçekleştiğinden ilan talebinin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 07.10.1999, E. 1999/5553 ve K. 1999/7625 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 27 Mart 2019.

ve yerinde olduğu kanaatindeyiz. Mütecaviz hak sahibinin haklarını kendisi kullanarak kazanç elde etmemiş olduğu bu örnekte hakları devre konu ederek elde ettiği kazancın iadesi sağlanmıştır.

Esere ilişkin manevi ve mali hakların korunması için öngörölmüş olan kazanç devri talepli dava, bağlantılı hakların korunması bakımından da uygulama alanı bulacaktır. FSEK m. 80/sondan ikinci fıkrasında “*Eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi Tecavüzün Ref'i, Tecavüzün Men'i ve Tazminat Davası haklarından faydalanırlar.*” denmektedir. Bu hükmün göndermesi ile FSEK m. 70 hükmünde Tazminat Davası başlığı altında düzenlenmiş olan kazanç devri talepli davaya bağlantılı hakların korunması amacıyla da başvurulabileceği kabul edilmektedir¹³⁰.

Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar FSEK m. 80 ve 82 hükümlerinde düzenlenmiştir. Hayli uzun ve karışık olarak düzenlenmiş olan bu maddelerin sistematığı *Nal/Suluk (Karasu)* tarafından şu şekilde açıklanmıştır:

“...80.maddenin birinci fıkrasında icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşları tanıtılmıştır. Fıkranın (A) bendinde icracı sanatçıların ve icraları organize eden müteşebbislerin, (B) bendinde fonogram yapımcılarının ve (C) bendinde, yayın kuruluşlarının hakları düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise film yapımcılarının hakları ele alınmıştır. Sonraki fıkralarda, bağlantılı haklara getirilen sınırlamalar, hukuki işlemler ve cezai hükümler yer almaktadır. Konuya ilişkin 82. maddede ise kanunlar ihtilafı ve koruma süreleri düzenlenmiştir...”¹³¹

Bu koşul çerçevesinde, TBK m. 530 hükmü ile FSEK m. 70/III hükmü arasında fikri hukuk kurallarının uygulanmasının getirdiği bazı farklılıklar söz konusudur¹³². TBK m. 530 hükmü genel hüküm olduğundan farklı uygulama alanları ile

¹³⁰ Ali Demirbaş, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Mali Hakların Tecavüzünde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Korunma”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.229; Şeyma Yurduseven, “Fikri Hakkın İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.108.

¹³¹ Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s.126.

¹³² Üstün, a.g.e., s. 399-401.

karşılaşılabılır; ancak FSEK m. 70/III hükmü eser niteliğindeki veya bağlantılı hak konusu bir fikri ürüne ilişkin manevi ve/veya mali hakkın ihlaline ilişkin davalarda uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca TBK m. 530 kapsamında davacının hak sahipliği genel hükümler uyarınca belirlenirken, FSEK m. 70/III hükmü çerçevesinde davacının eser sahipliği FSEK hükümleri doğrultusunda belirlenecektir.

3. Dava Konusu Fikri Ürünün Koruma Süresinin Sona Ermemiş Olması

FSEK m. 26/I “*Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir. 46 ve 47 nci maddelerdeki haller dışında koruma süresinin bitiminden sonra herkes, eser sahibine tanınan mali haklardan faydalanabilir.*” şeklindedir. Bu ifadeden manevi haklar için zaman bakımından açık bir sınırlama getirilmediği anlaşılmaktadır. Doktrinde genel kabul gören görüş; manevi hakların mali haklar devam ettiği sürece korunması yönündedir¹³³. Diğer yandan *Tekinalp*, manevi haklara ilişkin korumanın süreyle sınırlı olmadığını, Kültür Bakanlığı’na FSEK m. 19/V ile tanınan yetkinin bunun göstergesi olduğunu ifade etmektedir¹³⁴.

Kanunda öngörülen, eser üzerinde devletin yararlanma yetkisini kullanması (FSEK m. 46) ve kamuya mal etme (FSEK m. 47) istisnaları dışında, eser üzerindeki mali haklara ilişkin koruma süresi eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl olarak düzenlenmiştir. Bu sürenin dolmasının ardından eser herkes tarafından kullanılabilir hale gelmektedir.

Eser sahibinin birden çok kişi olması durumunda FSEK m. 10 çerçevesinde elbirliği ile eser sahipliği söz konusu ise, koruma bütün eser sahiplerinin yaşamı boyunca ve son hayatta kalan eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl devam eder¹³⁵. Buna karşılık FSEK m. 9 çerçevesinde paylı eser sahipliği söz konusu ise, bağımsız

¹³³ Aksu, **a.g.m.**, s. 156; Güneş, **a.g.m.**, s. 71; Öztan, **a.g.e.**, s. 284.

¹³⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 153. Aynı yöndeki görüş için Bkz. Cüneyt Bellican, “Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 300.

¹³⁵ Metiner, **a.g.e.**, s. 69; Nal / Suluk (Karasu), **a.g.e.**, s. 133.

değerlendirilmesi mümkün olan her kısım için koruma süresi ayrı olarak işleyerek eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl devam edecektir¹³⁶.

İşleme eserlerin koruma süresi yönünden, FSEK m. 26/II'nin “*Bir eserin aslı veya işlenmeleri için tanınan koruma süreleri birbirine tâbi değildir.*” şeklindeki açık lafzı mevcuttur. Asıl eserden ayrı bir eser olan işleme eser bakımından koruma süresi ayrı değerlendirilecektir.

Bağlantılı haklar bakımından koruma süreleri ise FSEK m. 82'de düzenlenmiştir. FSEK m. 82/ V, VI ve VII fıkraları aşağıdaki gibidir:

“İcracı sanatçıların hakları, icranın ilk tespitinin yapıldığı tarihten başlayarak, yetmiş yıl devam eder. İcra tespit edilmemiş ise bu süre icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlar.

Yapımcıların hakları, ilk tespit yapıldığı tarihten başlayarak yetmiş yıl devam eder.

Radio-televizyon kuruluşlarının hakları, programın ilk yayınlandığı tarihten başlayarak 70 yıl devam eder.”

Bağlantılı haklar söz konusu olduğunda koruma sürelerinin hak sahibinin ömrü boyunca devam etmesinin söz konusu olmadığı görülmektedir. Bağlantılı haklarda koruma süreleri ilk tespit ve yayın ile başlamakta, 70 yıl devam etmekte ve ardından sona ermektedir¹³⁷.

Koruma sürelerinin nasıl hesaplanacağı hakkında genel açıklamalar ise FSEK m. 26'da düzenlenmiştir. Buna göre, koruma süreleri eserin alenileşmesinden önce işlemeye başlamaz. Koruma sürelerinin aleniyet tarihinden itibaren başladığı eserler bakımından eserin ilk defa alenileştiği veya alenileşmiş kabul edildiği yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesaplama yapılmaktadır. Süre hesabının eserin

¹³⁶ Metiner, **a.g.e.**, s. 70; Nal / Suluk (Karasu), **a.g.e.**, s. 133.

¹³⁷ FSEK m.6'ya göre işleme olarak kabul edilen “belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları” açısından farklı bir koruma süresi söz konusudur. Ek madde 8 ile veri tabanı yapımcısına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren 15 yıl olarak düzenlenmiştir.

sahibinin ölümünden itibaren başladığı hallerde ise, eser sahibinin öldüğü yılı takip eden yılın ilk gününden itibaren hesaplama yapılmaktadır.

Bu çerçevede kazanç devri yaptırımına ilişkin talebin ileri sürülebilmesi için, belirtilen koruma sürelerinin sona ermemiş olması gerekmektedir. Ancak bu durumda FSEK bakımından koruma sürelerinin dolmuş olması, eserle ilgili hakların şartları varsa haksız rekabet¹³⁸ hükümleri veya kişilik haklarını koruyan hükümler çerçevesinde korunmasına engel teşkil etmemektedir¹³⁹.

4. İhlalin Kanunun Öngördüğü Sınırlandırmaların Dışında Kalması

Eser sahibi yaratıcı zihin faaliyetleri sonucu ortaya çıkardığı eserini kamuya arz ettikten sonra, eseriyle ilişkili olarak mali ve manevi haklar aracılığıyla korunurken; genel olarak kamunun ya da bireylerin o eserden belli sınırlar çerçevesinde yararlanmasını sağlayacak hükümler düzenlenmiştir. Fikri hakların toplumsal ve sosyal yönü bu şekilde bir sınırlandırmayı gerekli kılmaktadır. Fikri hukuk mevzuatı ve uygulamasında eser sahibinin ve toplumun menfaatleri arasındaki denge iyi sağlanmalıdır. Bir taraftan topluma kaliteli ve çok sayıda eser kazandırılabilmesi için eser sahibinin menfaatleri gerektiği gibi korunmalı, diğer taraftan eserden yararlanma imkânları genişletilerek fikri üretim bu yönüyle de teşvik edilmelidir¹⁴⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz koruma süresine ilişkin sınırın yanında, kanun koyucu eser sahibinin haklarını düzenlediği hükümlerde bu haklara ilişkin çeşitli sınırlandırmalara yer vermiştir. Eser sahibinin hakları FSEK m. 30 ve devamındaki maddelerde yer alan ve kamu düzeni, kamu yararı ile özel yarara dayanan sınırlandırmalar şeklinde üç başlık altında toplanan hukuka uygunluk sebepleriyle sınırlandırılmıştır.

¹³⁸ Fikri haklara ilişkin haksız rekabet davaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İlhami Güneş, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara, Seçkin, 2009.

¹³⁹ Bellican, **a.g.e.**, s. 291.

¹⁴⁰ Ayiter, **a.g.e.**, s. 148; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 1; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 20; Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 239; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 32; Erel, **a.g.e.**, s. 237.

FSEK m. 30'da düzenlenen kamu düzenine dayanan sınırlandırmaların eserin mahkemelerde delil olması, resmi makamlarda bir işleme konu olmak üzere kullanılması, fotoğrafların genel güvenlik maksadıyla veya adli maksatlarla kullanılması işlemlerine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda bir eserin ispat amacıyla mahkeme veya resmi makam önünde kullanılması, fotoğrafların genel güvenlik düşüncesiyle, yargısal amaçlarla veya bu makamların emirleriyle çoğaltılması ve yayılması mümkündür¹⁴¹.

Kamu yararına dayanan sınırlandırmalar FSEK m. 31 ve 38 arasında düzenlenmiştir. Resmen yayımlanan veya ilan edilen kanunlar, mevzuat ve içtihatların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya bunlardan herhangi bir suretle faydalanılması serbesttir. FSEK m. 31 doğrultusunda yasalar ve içtihatlar anonimdir¹⁴².

Söz ve nutuklar, Büyük Millet Meclisi'nde, kongrelerde, mahkemelerde, genel toplantılarda söylenmiş olası şartıyla ve haber veya bilgi verme amacıyla çoğaltılabilir, genel yerlerde okunabilir, radyo aracılığıyla veya başka şekilde yayılabilir. Kural olarak söz ve nutuk sahibinin adı belirtilmelidir, ancak olayın niteliğine ve durumun koşullarına göre sahibin adı belirtilmeyebilir. Örneğin bir açık hava toplantısında mikrofonu alıp konuşan kişinin adı belirtilmese dâhi konuşması verilebilir¹⁴³. FSEK m. 32/I'de belirtilenden başka bir amaçla söz ve nutukların çoğaltılması veya yayılması hakkı eser sahibindedir.

Yayımlanmış bir eser tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla, doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsil edilebilir. Bunun için eser ve eser sahibinin adının mutlak şekilde açıklanması şarttır. FSEK m. 33'de sayılan bu koşullara uygun şekilde gerçekleştirilen temsil için eser sahibinin izni aranmaz. Ancak sayılan koşulları taşımayan, örneğin kâr amacı güden veya eğitim kurumundan başka yerde gerçekleştirilen ya da eser ile eser sahibinin adının açıklanmadığı bir temsil bu serbestiden yararlanamayacaktır.

¹⁴¹ Metiner, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁴² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 322.

¹⁴³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 324.

Eğitim ve öğretim için öngörölmüş diğör bir serbesti FSEK m. 34’de düzenlenmiş olan seçme ve toplama eser oluşturma serbestisidir. Bu serbestiden yararlanılabılması için şu şartlar mevcut olmalıdır; yayımlanmış musikî, ilim ve edebiyat eserleri ve alenileşmiş güzel sanat eserleri söz konusu olmalı, bu eserlerden amacın haklı göstereceğı bir oranda iktibaslar yapılarak, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim amacına tahsis edildiğı anlaşılan seçme ve toplama eserler oluşturulması serbesttir. Bazı eserlerin ancak seçme ve toplama eserin içeriğini aydınlatmak üzere iktibas edilebileceğı düzenlenmiştir; bu eserler FSEK m. 2/III ve 4/I- 1 ve 5. bentlerindeki¹⁴⁴ eserlerdir. Bu serbestinin hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermesine veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılmasına kanun cevaz vermemektedir. Bu maddedeki eğitim ve öğretim amacı temsil serbestisini düzenleyen maddede yer verilen şarttan daha geniştir, sadece eğitim kurumlarında kullanma gibi bir sınırlama olmadan, sadece öğrencilerin değil, başkaca meslek grupları, işçiler vs farklı grupların da eğitim ve öğretimi amacıyla seçme ve toplama eser oluşturulabilir¹⁴⁵. Bu maddede sayılan eserlerden iktibaslar yapılmak suretiyle seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi eğitim ve öğretim amacı dışında bir amaçla yapılacak ise eser sahibinin izninin alınması şarttır. Eğitim ve öğretim amacı dışında bu maddedeki serbestiden yararlanılamaz. Bütün bu hallerde eser ve eser sahibinin adının mutad şekilde açıklanması şarttır.

En yaygın başvuru olan yasal sınırlandırma iktibas serbestisi ise FSEK m. 35’de düzenlenmiştir. İktibas serbestisi; eser sahibinin sadece mali hakları bakımından, genel menfaat yararına getirilmiş olan bir sınırlamadır¹⁴⁶. Bir eserden ancak şu hallerde iktibas yapılmasına izin verilmiştir: Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; yayımlanmış bir bestenin en çok tema,

¹⁴⁴ FSEK m. 2/III hükmü “*Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimarî maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri,*”; m. 4/I- 1 hükmü “*Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğör maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi,*”; m. 4/I- 5 hükmü “*Fotografik eserler ve slaytlar,*” şeklindedir.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.328.

¹⁴⁶ İktibas serbestisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Öncü, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları**, İstanbul, Yetkin, 2010.

motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musikî eserine alınması; alenîleşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması; alenîleşmiş güzel sanat eserlerinin ilmî konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi.

İktibas serbestisinden yararlanmak için sayılan iktibasa elverişli eserlerin olması yanında, iktibasın belli olacak şekilde yapılması gereklidir. İktibasın belirli olacak şekilde yapılmaması halinde, başkasına ait eserin tekrar edilmesi söz konusu olur, bu da yaratılan eserin sahibinin hususiyetini taşıması şartı ile doğrudan ilgilidir¹⁴⁷. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.

Gazete içeriği bakımından, basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir; Basın Kanunu'nun 15'inci maddesi¹⁴⁸ hükmü saklı tutulmuştur. Haberler¹⁴⁹ bakımından ise, haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük olaylara bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayımlanması serbesttir. Bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz. Temelinde haber alma ve verme özgürlüğü bulunan basın iktibasları bir eserden veya

¹⁴⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 335.

¹⁴⁸ FSEK m. 36'nın atıfta bulunduğu 5680 sayılı Basın Kanunu 26.06.2004 tarihli R.G. de yayımlanan 5187 sayılı yeni Basın Kanunu ile yürürlükte kaldırılmıştır. Atıfta bulunulan maddenin yeni Basın Kanunu'nda yer almadığı ve buna göre basın yoluyla verilen haberlerin serbestçe iktibas edilebileceği hakkında bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 337. Yeni Basın Kanunu m. 24 uyarınca, saklı tutulmasına rağmen haberi izinsiz olarak alıntı yapmanın hak ihlali olduğu görüşü hakkında bkz. Nal/ Suluk (Karasu), **a.g.e.**, s. 107.

¹⁴⁹ FSEK m.37 başlığının "Fikir ve Sanat Eserlerine ilişkin Haberler" şeklinde olması gerektiğine ilişkin görüş hakkında bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 339.

eser niteliğine sahip olmasa da haber veya yazılardan basın tarafından alıntı yapılması halini düzenlemektedir¹⁵⁰.

Özel yarara dayanan sınırlandırmaların başında şahsen kullanma gelmektedir. FSEK m. 38 uyarınca bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz. Bu sınırlamanın sadece çoğaltma hakkında ilişkin olduğu görülmektedir, eser sahipliğinden doğan diğer hakların bu maddeye dayanarak sınırlandırılması mümkün değildir. Örneğin, şahsi kullanım amacıyla bir kitabın birkaç sayfasının fotokopiyle çoğaltılması mümkündür, ancak bu serbestiden yararlanabilmek için kopyası yapılan kitabın hukuka aykırı olarak çoğaltılmış bir nüsha olmaması gereklidir¹⁵¹. Söz konusu maddede bilgisayar programları ile ilgili ayrıntılı düzenleme yer almaktadır¹⁵².

Kopya ve teşhir serbestisi güzel sanat eserleri ile ilgili olup FSEK m. 40'da düzenlenmiştir. Umumî yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumî mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri araçlarla yayımlama serbesttir. Bu serbesti mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle özgüdür. Üzerlerine, sahibi tarafından açık şekilde yasaklayıcı bir kayıt konulmadıkça, güzel sanat eserleri malîkleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumî yerlerde sergilenebilir. Açık artırma ile satılacak eserler umuma teşhir edilebilir. Umumî yerlerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı düzenleyen kimseler tarafından bu amaçlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer basılı yayınlarla çoğaltma ve yayma serbesttir. Bu hallerde, aksine yerleşmiş âdet yoksa, eser sahibinin adının belirtilmesinden vazgeçilebilir.

¹⁵⁰ İsmail Cem Soykan, "Fikrî Mülkiyet Hukukunda Basın İktibasları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2009, Sayı: 1-2, Cilt: LXVII, s. 190, 191.

¹⁵¹ Nal/ Suluk (Karasu), **a.g.e.**, s. 110.

¹⁵² Bu konudaki ayrıntılar için bkz. Arslan Kaya, "Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?", **Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 431 vd.; Mustafa Aksu, **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, İstanbul, Beta, 2006, s. 142 vd.

FSEK ek madde 11’de özel olarak engelliler lehine çoğaltma hakkı düzenlenmiştir. Alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserleri bakımından, bu eserlerin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, Braille alfabesi ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi serbesttir. Bu serbestiden yararlanmak için hiçbir ticari amaç güdülmemesi şarttır. Ayrıca bu nüshalar satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullandırılmaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi de zorunlu kılınmıştır.

Ayrıca eser sahibinin eseri üzerindeki hakları genel olarak ülkesellik ilkesi ve yayma hakkı ise tükenme ilkesiyle sınırlıdır. Ülkesellik ilkesi uyarınca fikri hak kendi ülkesinin sınırları içinde kendi hukuku çerçevesinde korunurken¹⁵³; “tükenme ilkesi”¹⁵⁴ uyarınca eser sahibinin izni ile ticarete konulan ürünün yeniden satışı eser sahibinden yeniden izin alınmadan yapılabilir¹⁵⁵.

Esere ilişkin manevi ve/veya mali haklara yönelik ihlallerde, kazanç devri talebinin ileri sürülebilmesi için; bu tür fiillerin, yani ihlallerin haklara ilişkin kanunda düzenlenmiş olan sınırlandırmaların dışında kalması gerekmektedir.

5. Tartışmalı Unsur: İhlalde Bulunan Kişinin Kusurlu Olması

Fikri hak ihlali halinde FSEK m. 70/III hükmünün uygulanması için, ihlalde bulunan kişinin kusurlu olması unsuru konusunda doktrinde fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş; kazancın iadesine ilişkin davanın zarar koşulu

¹⁵³ Ateş, **Kapsam ve Sınırlandırılma**, s.104; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁵⁴ Tükenme İlkesi hakkında tüm fikri mülkiyet hakları bakımından kapsamlı bilgi için bkz. Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)**, İstanbul, Beta, 2004.

¹⁵⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 8; Sami Karahan/ Cahit Suluk/ Tahir Saraç/ Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara, Seçkin, 2009, s.5. Dijitalleşen dünyada yayma hakkının sınırlandırmalarından biri olan tükenme ilkesi hakkında bkz. Mustafa Aksu, “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)**, Mayıs 2016, S. 2016/1, s. 1-22.

gerektirmediği gibi, kusur koşulunu da gerektirmediğini ifade etmektedir¹⁵⁶. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 530 hükmünde kusur koşulunda bahsedilmediği ve FSEK m. 70/III hükmünün amacının, eser sahipliğinden doğan hakkı kendi yararına kullanarak kazanç elde eden kişinin, bu kazancı gerçek hak sahibine iade etmesi olduğu belirtilmektedir¹⁵⁷.

Tandoğan, FSEK m. 70/III hükmüyle ilgili olarak şu ifadelerde bulunmuştur:

*“...Bu hüküm, tecviz edilmeyen vekâletsiz iş görmenin bir nev’i olan kendi menfaatine başkasının haklarını istismar ile alakalıdır; binaenaleyh, bu çeşit iş görmeye ait esaslar tamamlayıcı olarak fikri hakların istismarı halinde de tatbik olunur; ezcümle, başkasının fikri haklarından faydalanan kimse hesap verme mükellefiyetine tabi tutulabilir. Diğer taraftan, BK m. 414 e tamamlayıcı olarak müracaat suretiyle, kusuru olmaksızın, yani hüsni niyetle başkasının fikri hakkını kullanan şahıs da elde ettiği kar hak sahibine devretmeğe mecbur edilebilir...”*¹⁵⁸

Tekinalp ise, bu konuyla ilgili görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“...Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bu talebin ileri sürülebilmesi, mütecevizin kusuruna bağlı değildir. Hatta, borçlar hukuku doktrininde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede görüş birliği halinde savunulan iş görenin kötü niyetli olması unsuruna, yani bu unsurun ispatına, fikir ve sanat eserleri hukukunda gerek yoktur. Şöyle ki, başkasının eserini onun izni olmadan kullananın, tecavüzden ettiği “kâr” kötü niyetli olmadığı gerekçesiyle yanına bırakılmamalıdır. Bu görüşün kabul edilmemesi halinde ispat yükü yer

¹⁵⁶ Ayiter, **a.g.e.**, s. 263; Üstün, **a.g.e.**, s. 413; Levent Akın, “Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları”, **Prof.Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000, s. 144; Ajda Bilgehan, “Özel Hukukta Fikir ve Sanat Eserlerinin Hukuki Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s. 138; Yasaman, **a.g.m.**, s. 816; Erdem, **a.g.e.**, s. 188; Ahmet Kılıçoğlu, “Fikri Hakların İhlalinde Açılacak Hukuk Davaları”, **Hirsch’ten Günümüze Fikri Haklar Tebliğler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2004, s. 46; Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 78; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334; Durgut, **a.g.m.**, s. 1094; Kılıçoğlu, “Kazancın İadesi”, s. 197; Öztan, **a.g.e.**, s. 678; Erel, **a.g.e.**, s. 349; Şahin, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 78.

¹⁵⁸ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 318.

değiştirmeli, mütecavizin kötü niyetli olduğu varsayılmalı ve aksini ispat mütecavize yüklenmelidir...”¹⁵⁹

Diğer görüşe göre ise, kazancın iadesi davası kusur koşulunu gerektirir. Arslanlı, FSEK m. 70/III hükmünün uygulanması için, tecavüzde kusurun şart olduğunu açıkça belirtmiştir¹⁶⁰. Arkan Akbıyık, FSEK m. 70/I hükmünde yapılan değişiklik¹⁶¹ ile manevi hak ihlali halinde maddi tazminat istenemeyeceği kanısını uyandıran yeni ifadenin maddenin uyumunu bozduğunu belirterek, hükmün üçüncü fıkrasındaki kazanç devri talebine ilişkin atfın birinci fıkradaki manevi tazminata değil, maddi tazminata yönelik olduğunu ve bu anlamda yeni birinci fıkra kusurdan bahsedilmemiş olmasının FSEK m. 70/III hükmündeki kazanç devri yaptırımını için kusurun aranmadığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir¹⁶².

Tandoğan kanunun bu değişiklikten önceki haline yönelik olarak, FSEK m. 70/III hükmü ile aynı maddenin maddi ve manevi hakların ihlali halinde tazminatı düzenleyen birinci ve ikinci fıkralarına yapılan atfın; iyiniyetle yani kusuru olmaksızın başkasının fikri haklarını kullanan şahsın elde ettiği kârı devre mecbur olmadığı sonucuna götürmemesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁶³.

Eklemek isteriz ki, doktrinde FSEK m. 70/III hükmünde düzenlenmiş olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan kazanç devri talebinin, fikri hakka tecavüz ederek kazanç elde eden kötünietli kişiye karşı ileri sürülebileceğini belirten görüş bulunmaktadır¹⁶⁴. Arkan Akbıyık, BK m. 414’ün tüm özel görünümünde kötünietin şart koşulduğunu ifade etmiş ve FSEK m. 70 uyarınca kendisinden kazanç

¹⁵⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335. Aynı yöndeki görüş için bkz. Öztan, **a.g.e.**, s. 680.

¹⁶⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁶¹ FSEK m. 70/I hükmü 1995 yılında 4110 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce “*Manevi hakları ihlal 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.*” şeklinde idi. Hükmün son hali “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir.*” şeklindedir.

¹⁶² Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁶³ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 201. Ayrıca yazar, karın devri ile tazminat müesseselerinin hukuki niteliklerinin birbirinden farklılığı nedeniyle, bunların aynı maddede düzenlenmiş olmasını eleştirmiştir. Bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 202.

¹⁶⁴ Arkan, **a.g.e.**, s. 295; Serozan, **a.g.e.**, s. 316.

devri talep edilemeyecek iyiniyetli kişiye karşı BK m. 414'e dayalı talebin de ileri sürülemeyeceğini açıklamıştır¹⁶⁵.

Kanaatimizce, esere ilişkin manevi ve/veya mali hakların ihlali halinde, FSEK m. 70/III çerçevesinde ihlalde bulunan kişiden kazanç talebinde bulunulabilmesi için, ihlalde bulunan kişinin kusurunun varlığı aranmamalıdır. Diğer yandan, bu şekilde ihlal yoluyla elde ettiği kazancın iadesinin ancak kötüniyetli ihlalde bulunandan talep edilebileceği düşüncesindeyiz. Zira, kötüniyetli ve iyiniyetli iş gören açısından aynı hukuki sonuçların öngörülmesinin hakkaniyete uygun düşmediği kanaatindeyiz. İhlal edenin iyiniyetli olması halinde hak sahibi korunmasız kalmış değildir, kazanç iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak sağlayabilecektir¹⁶⁶.

Yukarıda açıklanan koşulların yanında, kazanç devri talebi bakımından manevi ve/veya mali hakkı ihlal edilen hak sahibinin zarara uğramış olmasının gerekmediği belirtilmelidir. Tazminat davalarının aksine, bu davada zarar koşulu aranmamaktadır. Kazanç devri talebinde, hak sahibinin ihlal nedeniyle zarara uğramamış olması ya da hak sahibinin hakkını ihlal eden kişinin elde ettiği kazancın hak sahibinin zararından fazla olması önem arz etmemektedir. Yani burada haksız zenginleşmedeki yoksullaşma olgusu ve haksız fiildeki zarar olgusu aranmamaktadır¹⁶⁷. FSEK m. 70/III hükmündeki “*temin edilen kâr*” ifadesinin zarar kavramından ayrı tutulması, hak sahibinin zararını ve zararının miktarını ispat etme külfetinden kurtarmayı amaçlamaktadır¹⁶⁸. Hak sahibi kazanç devri talep ederken, zarara uğradığını değil; ihlalde bulunan kişinin bu yolla kazanç elde ettiğini ispatlamalıdır¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁶⁶ Aynı yönde; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁶⁷ Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 75.

¹⁶⁸ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334; Öztan, **a.g.e.**, s. 677.

¹⁶⁹ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48; Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 78.

D. FSEK’teki Kazanç Devri Yaptırımın Hukuki Sonuçları

1. Temin Edilen Kâr/Kazancın Devri

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temeline dayanan FSEK m. 70/III hükmü çerçevesinde hak sahibi, hakkın ihlal edilmesi yoluyla elde edilmiş olan kazancın kendisine devredilmesini talep etmektedir. Bu madde kapsamında zarara uğradığını kanıtlamak zorunda olmayan hak sahibi, ihlalde bulunan kişinin bu yolla bir kazanç elde ettiğini kanıtlayacaktır¹⁷⁰.

FSEK m. 70/III hükmünde geçen “temin edilen kâr” kavramından ne anlaşılması gerektiği doktrinde açıklanmaya çalışılmıştır. FSEK m. 70/III hükmünün “temin edilen kâr” ifadesinde, “*tahakkuk etmiş, gerçekleşmiş kâr*” anlamı bulunmaktadır¹⁷¹. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumundaki açıklamalar ışığında; hak sahibinin kendisine devredilmesini talep edebileceği miktar; kendisine ait fikri hakkın kullanılmasıyla elde edilmiş olan fiili, net kazançtır¹⁷². Net kazanç, yukarıda ifade edildiği gibi iş görenin brüt kazancından iş için yapılan masrafların çıkarılması, ardından bu miktara faiz eklenmesiyle bulunmaktadır.

Elde edilen kazancın hesaplanmasına ilişkin olarak Yargıtay’ın ilginç bir kararında FSEK m. 70/III kapsamında alınan bilirkişi raporunun yeterli bulunmadığı, net kârın hesaplanması sırasında yapılan masrafların satış bedelinden düşülmesi gerektiği açıklanmıştır. Kararın ilgili kesiti şu şekildedir:

“...Ancak, mahkeme kararına esas alınan bilirkişi raporunda davaya konu müzik eserine davalılar tarafından yöneltilen ihlalden doğan ve FSEK nun 70/3. Maddesine dayalı temin edilen karın verilmesi istemiyle ilgili olarak, tazminat hesaplamasını yapmağa kıstas tutulmak üzere birim başına davalı tarafın elde ettiği net karı belirlerken, toptancı satış fiyatından perakende satış fiyatının düşürülmesi yoluna gidilmiş, aradaki farkın net karı oluşturduğu benimsenmiş, davalıların perakende satıcı olmadıkları, albümleri satışa ilk süren konumunda

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 405.

¹⁷¹ Arslanlı, a.g.e., s. 221; Öztan, a.g.e., s. 677.

¹⁷² Arkan Akbıyık, a.g.e., s. 47-48.

*bulundukları göz ardı edilmiştir. Anılan yasa hükmüne göre istenebilecek temin edilen karın hesaplanması sırasında, yapılan masrafların satış bedelinden düşürülmesi gerektiği açıktır. Temin edilen karın araştırılması konusunda bilirkişi raporunun yetersiz olduğu anlaşıldığından mahkemece bu konuda bilirkişiden ek rapor alınmak veya yeni bir bilirkişiye inceleme yaptırılarak davalı tarafın temin ettiği karın hesaplatılmak suretiyle hüküm tesisi gerekirken...*¹⁷³

Hak ihlali yoluyla elde edilen kazancın tespiti ve ispatı gerekliliği karşısında, doktrinde bu konuda yeni yaklaşımların geliştirildiği görülmektedir. *Üstün*, kazanç devri bakımından öncelikle “davalının mali kayıtlarında gösterdiği kârın makul olup olmadığına” bakılması gerektiğini; ardından bu kâr kuşkulu bulunur ise, “elde edilmesi muhtemel kazancın” gündeme getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁷⁴. Aynı yönde *Küçükali*, elde edilen kazancın resmi kayıtlara geçirilmemesinin hak sahibi açısından ispat zorluğu yarattığını belirterek, Türk Ticaret Kanunu¹⁷⁵ m. 56/I (e) bendinin¹⁷⁶ örnekseme yoluyla uygulanmasının ve elde edilmesi muhtemel kârın istenebilmesi bir çözüm olabileceğini belirtmektedir¹⁷⁷. Zira hak ihlali yoluyla elde edilen kazancın tespit edilemediği durumda hak sahibinin FSEK m.70/III hükmüne dayalı talebinin reddedildiği emsal kararların mevcut olduğu görülmektedir¹⁷⁸. Bu talep bakımından hak sahibine ispat kolaylığı sağlayabilecek yaklaşımların geliştirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

2. Temin Edilen Kâr/Kazançtan FSEK m. 68 Uyarınca Talep Edilen Bedelin İndirilmesi

FSEK m. 70/III hükmünde FSEK m. 70/I ve II hükmündeki hallerde, tecavüze uğrayan kimsenin tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de

¹⁷³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 26.09.2000, E.2000/5958 ve K. 2000/7191 sayılı kararı, Cahit Suluk/Alı Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri*, C. II, İstanbul, Arıkan, 2005, s. 916.

¹⁷⁴ *Üstün*, a.g.e., s. 402.

¹⁷⁵ R.G., T.04.02.2011, S. 27846.

¹⁷⁶ “Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.”

¹⁷⁷ *Küçükali*, a.g.e., s. 33.

¹⁷⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 03.03.2016, E. 2015/5436 ve K. 2016/2408 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

isteyebileceği belirtildikten sonra, ikinci cümlesinde bu halde FSEK m. 68 uyarınca talep edilen bedel indirileceği ifade edilmektedir. Bu ikinci cümleinin amacı ödetmede tekerrürü engellemektir¹⁷⁹. FSEK m. 68’de iki farklı bedelden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesi seçeneğindeki bedeldir; ikincisi ise, sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasına ilişkin bedeldir. FSEK m. 70/III hükmünün ikinci cümlesinde bu bedellerden hangisine yollama yapıldığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Erel; indirilecek bu bedelin tecavüzün ref’i davasında tercih edilecek seçeneğe göre, ya çoğaltılmış kopyaların ve bunları çoğaltmaya yarayan araçların devir bedeli ya da sözleşme yapılmış olsa idi istenecek telif ücretinin üç katına ilişkin bedel olacağını ifade etmektedir¹⁸⁰. *Kılıçoğlu* burada söz konusu olanın “*telif tazminatı*” olduğunu belirterek, hak sahibinin kazancın iadesini talep ettiğinde yasanın bu kazanca eserin telif ücretini de dâhil ettiğini ifade etmektedir¹⁸¹. *Arkan* da aynı yönde, indirilecek bedelin üç kat fazlaya ilişkin bedel olduğunu belirtmektedir¹⁸². *Tekinalp* ise; burada devredilen çoğaltılmış nüshalar ile bunları üretmeye yarayan araçlara ilişkin bedelin işaret edildiğinin kabul edilmesinin hak sahibinin daha lehine olacağını ifade etmiştir¹⁸³.

Kanaatimizce, kazanç devrine ilişkin hükümde FSEK m. 68’deki “bedel” e yapılan atıf üç kat fazlaya ilişkin bedeli işaret etmektedir. FSEK m. 70/III uyarınca kazanç devri ve FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedel birlikte talep edilmiş ise, elde edilen kazançtan üç kat bedel indirilmelidir¹⁸⁴. Ancak, hak ihlali yoluyla sağlanan kâr FSEK m. 68 hükmündeki üç kat bedelden fazla ise, hak sahibi üç kat bedeli aşan bu kazanç

¹⁷⁹ Üstün, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁸⁰ Erel, **a.g.e.**, s. 349; Şahin, **a.g.e.**, s. 190-191.

¹⁸¹ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 78; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 405, Kılıçoğlu, “Kazancın İadesi”, s. 197.

¹⁸² Arkan, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁸³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335. Aynı görüşte olan Öztan için bkz. Öztan, **a.g.e.**, s. 679.

¹⁸⁴ Küçükali’nin de görüşü aynı yönde olup elde edilen kâr ve FSK m. 68 kapsamındaki bedel birlikte talep edilmiş ise FSEK m.68 gereği belirlenecek üç kat bedelin düşülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Küçükali, **a.g.e.**, s. 55.

bakımından da talepte bulunabilecektir¹⁸⁵. Bu görüşü benimsememizin temelinde hak sahibinin hakkını hem farazi sözleşme ilişkisine göre kullandırıp hem de bu kullanımdan elde edilen kârın kendisine devredilmesini isteyemeyeceği düşüncesi yatmaktadır. Aksi halde eser sahibinin farazi sözleşme ilişkisi kurmuş ve bunun üç katı kadar bedeli almış olmasına rağmen, ayrıca bu farazi sözleşme gereği devrettiği hakların kullanılması yoluyla elde edilen kazancı da elde etmesi sonucuna ulaşılır; ki bu sonucun hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Devredilmesi talep edilen kazançtan, FSEK m. 68 uyarınca hesaplanan üç kat bedel tutarı indirilmelidir.

Uygulamanın temin edilen kâr ile üç kat bedelden hangisi daha fazla ise ona hükmedilmesi yönünde olduğu görülmektedir. Yargıtay, hem FSEK m. 68 uyarınca telif tazminatı hem de FSEK m. 70/III uyarınca temin edilen kârın iadesinin birlikte talep edildiği bir davada temin edilen kârın telif tazminatından daha fazla olduğundan yalnızca temin edilen kârı hüküm altına alan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır¹⁸⁶. Yargıtay'ın temin edilen kâr ile telif tazminatının birlikte talep edilmesine rağmen yalnızca birine hükmetmesi bu bedellerin birlikte talep edilemeyeceği görüşümüz ile aynı doğrultudadır.

¹⁸⁵ Erel, **a.g.e.**, s. 350, Şahin, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁸⁶ "...Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalının davacıya ait eseri çoğalttığı, yaydığı, eser sahibinin adına yer vermeksizin ve onu mahiyet ve hususiyetini değiştirecek biçimde değiştirerek umuma arz ettiği, davacının FSEK'nın 68. maddesinde açıklanan telif tazminatı isteminde bulunabileceği bilirkişinin hesapladığı telif tazminatının 141,00 TL olduğu, temin edilen kâr ile telif tazminatının birlikte istenmesi durumunda ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebileceği, temin edilen kâr miktarının ise 185,00 TL olarak belirlendiği, şu hale göre temin edilen kâr miktarı, telif tazminatı miktarından fazla olduğundan, yalnızca temin edilen kârın hüküm altına alınmasının mümkün bulunduğu, davalının davacının umuma arz adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını önleme manevi haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 185,00 TL maddi, 1.500,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, davalıların tecavüzünün bu şekilde refine, SKB-UUL111886-112885 sayılı rakam aralığında bulunan bandrolleri taşıyan nüshalar dışında kalan davalılar eylemlerinin men'ine ve kararın ilanına karar verilmiştir .." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 25.02.2010, E. 2008/11423 ve K. 2010/2615 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://lexpera.com.tr/>, 09 Nisan 2019.

İKİNCİ BÖLÜM

KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMININ FSEK’DE DÜZENLENMİŞ DİĞER HUKUK DAVALARI İLE İLİŞKİSİ VE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Çalışmamız kapsamında ayrıntılı olarak incelediğimiz kazanç devri yaptırımı FSEK’de düzenlenmiş olan hukuk davalarından birini teşkil etmektedir. Bu bakımdan esere ilişkin manevi ve/veya mali hakların ihlal edilmesi halinde başvurulabilecek olan diğer hukuk davalarının da ana hatlarıyla açıklanmasının burada ele alınan konunun ve bağlantılarının daha iyi anlaşılması açısından gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira manevi ve/veya mali hakların ihlal edilmesi durumunda tüm bu davaların koşulları ve sonuçları birlikte değerlendirilmeli ve karşılaştırılmalıdır ki; ihlalin giderilmesi noktasında hangi davanın veya davaların tercih edilmesinin etkili olacağı belirlenebilsin. Nitekim FSEK m. 70/ III hükmünün aynı kanun m. 68’e atıf yapması da bizim bu gerekçemizi doğrulayan bir durum olarak görülebilir.

Kazanç devir talebi ile FSEK m.68’deki bedel arasında kanun koyucunun kurduğu doğrudan bir bağlantı söz konusudur. Ayrıca kazanç devri talebini tazminat davalarının düzenlendiği m. 70 altında yer aldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu davanın tazminat davaları ile de doğrudan bir bağlantısı bulunduğu görülmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde söz konusu bedellerin hangi şartlar altında talep edilebilir olduğu, niteliği, kapsamı ve takdir edilmesindeki özellikli durumların açıklanması amaçlanmıştır. Zaman zaman mahkemeler tarafından dahi birbirine karıştırılması söz konusu olabilen bu taleplerin karşılaştırılmalı olarak inceleneceği bu bölümde ilk olarak FSEK’deki hukuk davaları ele alınmaktadır.

B. FSEK’de Düzenlenmiş Olan Diğer Hukuk Davaları

FSEK’de kazanç devrine ilişkin davadan başka şu hukuk davaları düzenlenmiştir; eser sahibinin tespiti davası, tecavüzün ref’ i davası, tecavüzün men’i davası ve tazminat davaları. Aşağıda bunların temel hatlarıyla ortaya konulması uygun görülmektedir.

1. Eser Sahibinin Tespiti Davası

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkını düzenleyen FSEK m. 15’de eser sahipliğinin tespiti davasından bahsedilmektedir. FSEK m.15/III’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. Kanunda tespit davasının açılabilmesi için iki halden bahsedildiği görülmektedir. İlki, bir eserin kimin tarafından yaratıldığının ihtilaflı olması durumu; ikincisi ise, bir kimsenin eserin sahibinin kendisi olduğunu iddia etmesi durumudur. Söz konusu davada, fikri hakların ihlali değil; bir eser üzerindeki sahipliğin kime ait olduğu konu edilmektedir¹.

Örnek olarak; kendi çektiği fotoğrafların kazı kazan kartları üzerine basılmış olduğu öğrenen eser sahibi fotoğraflara ilişkin eser sahipliğinin tespiti davası açabilecektir².

Eser sahibinin tespiti davasının hukuki niteliği konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. İlk görüşe göre, bu dava eser sahibini belirleme amacını taşıyan bir eda davasıdır; mahkeme kararı eser sahibini tespit etmekle kalmamakta, eser sahipliğini davayı kazanan kişiye vermektedir³. İkinci görüşe göre ise, sözü geçen dava bir tespit davasıdır⁴. Kanaatimizce de eser sahibinin tespiti davası, davalının bir şey yapmaya, yapmamaya veya bir şey vermeye mahkûm edildiği bir eda davası değil; bir hukuki olgunun yani eser sahipliğinin tespiti davasıdır.

Eser sahibinin tespiti davasının menfi tespit davası şeklinde, yani bir kimsenin kendisine izafe edilen eserin sahibi olmadığının tespiti şeklinde açılıp açılmayacağı konusunda da doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır. *Tekinalp*, FSEK m. 15/III’deki davanın menfi tespit davası şeklinde açılmayacağını, böyle bir davanın TMK’nın kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri çerçevesinde ikame edilebileceğini

¹ Ernst Hirsch, **Hukuki Bakımdan Fikri Say İkinci Cilt Fikri Haklar (Telif Hukuku)**, İstanbul, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943, s.141.

² Hayri Bozgeyik, **Görüşler ve Kararlar Telif Hukuku Mali Haklar, Manevi Haklar, Tazminat, Hukuk ve Ceza Davaları**, Ankara, Adalet, 2018, s. 37-42.

³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 308.

⁴ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 83; Ayiter, **a.g.e.**, s. 119; Yasaman, **a.g.m.**, s. 806-807, dpn. 1; Arkan, **a.g.e.**, s. 273; Erel, **a.g.e.**, s. 144.

belirtmektedir⁵. Aynı yönde *Öztan*, kişinin kendi adıyla umuma arz edilen eserin sahibi olmadığını iddia etmesi halinde; bu konunun TMK'nın ismin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde halledileceğini ifade etmektedir⁶. *Ateş* de bu gibi hallerde FSEK hükümlerine dayanılamayacağını ifade etmektedir⁷. *Erel* ve *Ayiter* ise, kişinin yaratmadığı bir eserin ona mal edilmesi halinde söz konusu davanın menfi tespit davası şeklinde açılabilirliğini belirtmektedir⁸. Kanaatimizce; FSEK kapsamında *eser bağlamında koruma ilkesi*⁹ yani bir eserin mevcudiyetine bağlı olarak eser sahibi haklarının doğduğu kabul edildiğinden, eseri yaratmadığını iddia eden kişinin FSEK'de düzenlenmiş olan bir davaya başvurabileceği kabul edilemez. Bu kişinin TMK'nın kişilik hakkını koruyan davalara başvurması daha uygun olacaktır.

Eserin kime ait olduğunun tespitine yarayan bu davanın mülkiyet hakkına ilişkin olduğu açıktır. Mülkiyet hakkına ilişkin bu davanın süre sınırlaması olmadan her zaman açılabilirliği kabul edilmelidir¹⁰.

Eser sahibinin tespitine ilişkin dava; eser sahibi, eser sahibinin ölümünden sonra FSEK m. 19/I'de gösterilen kişiler, meşru menfaati bulunan mali hak sahipleri ve eserin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi halinde Kültür Bakanlığı tarafından kendi namlarına ikame edilebilmektedir.

Bir kimsenin fiilinin eser sahibinin manevi veya mali haklarına tecavüz oluşturup oluşturmadığına ilişkin bir tespit davası ise FSEK'de düzenlenmemiştir. Böyle bir davanın TTK'nın haksız rekabet hükümlerine ve TMK'nın kişilik haklarına ilişkin hükümlerine dayanılarak açılması mümkün olacaktır¹¹.

⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 310.

⁶ Öztan, **a.g.e.**, s. 314.

⁷ Musafa Ateş, "Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, İstanbul, Oniki Levha, 2011, s. 93.

⁸ Ayiter, **a.g.e.**, s. 119; Erel, **a.g.e.**, s. 144.

⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁰ Küçükali, **a.g.e.**, s.15

¹¹ Arkan, **a.g.e.**, s. 273; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 326.

2. Tecavüzün Ref'i Davası

FSEK m. 66-68 hükümleri ile tecavüzün ref'i davası düzenlenmiştir. FSEK m. 66/I hükmü “*Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir.*” şeklindedir. Söz konusu dava, gerçekleşmiş ve devam etmekte olan bir tecavüzün giderilmesi amacına hizmet etmektedir¹². Ref davasının açılabilmesi için, tecavüzün devam ediyor olması gerekmektedir¹³. Tecavüzün son bulmuş olması halinde, tecavüzün ref'i davası açılmaz¹⁴; artık tazminat davası açılabilir¹⁵.

Eser sahibinin manevi veya mali hakkına tecavüz eden kişinin yanı sıra; tecavüzün hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya çalışanları tarafından gerçekleştirilmesi halinde işletme sahibi hakkında da ref davası açılabileceği FSEK m. 66/II'de belirtilmiştir. Örnek olarak; matbaada çalışan bir işçinin bir yazarın kitabını izinsiz olarak çoğaltması durumunda yazar durdurma talebini hem işçiye hem de matbaa sahibine yöneltebilir¹⁶. Doktrinde TBK m. 66'de düzenlenmiş olan adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmü mevcutken, FSEK m. 66/II düzenlemesinin gerekli olmadığı belirtilmektedir¹⁷. Takip eden üçüncü fıkra bu davanın açılabilmesi için tecavüz edenin ve işletme sahibinin kusurunun aranmayacağını ifade etmektedir. Ref davasının açılabilmesi için tecavüzün haksız olması gerekli ve yeterlidir¹⁸. Söz konusu davanın ikamesi için zararın meydana gelmiş olması da gerekli değildir¹⁹.

Tecavüzün ref'i davası ile eser sahibinin haklarına ilişkin ihlalin durdurulması ve kaldırılmasının yanı sıra, eser sahibine hükümde belirtilen oranda bedelin ödenmesi

¹² Erel, **a.g.e.**, s. 331.

¹³ İlhan Öztrak, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977, s. 74; Öztan, **a.g.e.**, s. 634.

¹⁴ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 211-212; Öztrak, **a.g.e.**, s. 74; Ayiter, **a.g.e.**, s. 253.

¹⁵ Erel, **a.g.e.**, s. 331.

¹⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.388.

¹⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.388.

¹⁸ Öztrak, **a.g.e.**, s. 74; Erel, **a.g.e.**, s. 331.

¹⁹ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 64.

sağlanmaktadır²⁰. Ref davası ayrıca tecavüzün tekrarlanmasını önleyecek nitelikte önlemleri de içermektedir²¹. FSEK m. 66/IV uyarınca mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün kapsamı, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu göreceği tedbirlerin alınmasına karar verir. Kanun koyucunun ref davasının neticelenmesinin uzun sürmesi halinde eser sahibinin davadan beklediği yararı elde edememesi ihtimali karşısında özel bir ihtiyati tedbir hükmü düzenlediği görülmektedir²². İlgili maddede hangi tedbirlerin alınacağını düzenlememiş, gerekli tedbirlerin mahkeme tarafından uygulanmasına karar verilir diyerek bunu mahkemenin takdirine bırakmıştır.

Kanun koyucu tecavüzün ref'i davasını düzenlerken manevi ve mali haklara tecavüz durumları için ayrı ve ayrıntılı hükümler öngörmüştür. FSEK m. 67 manevi haklara ve FSEK m. 68 mali haklara tecavüz halinde ref davasını düzenlemektedir.

a. Manevi Haklara Tecavüz Halinde

Manevi hakların türlerine göre ref davası açılmasının koşulları ve ileri sürülebilecek talepler FSEK m. 67'de düzenlenmiştir.

Eser sahibinin umuma arz hakkına tecavüz edilmesi durumunda ref davasının açılabilmesi FSEK m. 67/I hükmünde açıklanmaktadır. Bu hüküm uyarınca henüz alenileşmemiş bir eserin, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arz edilmesi durumunda tecavüzün ref'i davası, ancak umuma arzın çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde açılabilir. Çoğaltılmış nüshaların depolanmış, henüz yayımlanmamış olması durumunda ref davası değil, tecavüzün men'i davası açılabilir²³. Esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de aynı hüküm geçerlidir. Alenileşmemiş bir eserin, eser sahibinin rızası dışında umuma arzı çoğaltılmış nüshaların yayımlanmasından

²⁰ Emre Gökyayla, “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ** 2010, İstanbul, Oniki Levha, 2011, s. 288.

²¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 311.

²² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 389; Küçükali, **a.g.e.**, s. 17.

²³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 312.

farklı yollarla; örneğin temsil ya da radyo-televizyon aracılığıyla yayın ile gerçekleştirilmişse ref davası açılmayacaktır²⁴. Bu hallerde tecavüz nedeniyle tazminat istenmesi mümkündür. Yine çoğaltılmış nüshalar kamuya açıklanmadığı sürece ref davasının açılması da söz konusu olamayacaktır²⁵.

FSEK m. 67/II uyarınca, eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş ya da konulan ad iltibasa yol açacak mahiyette olup da eser sahibi 15/III'deki tespit davasından başka tecavüzün ref'ini talep etmişse, tecavüz eden gerek aslına gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını belirtmeye mecburdur. Masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, hükmün en fazla üç gazetede ilanı talep edilebilir.

Nutukların haber verme amacıyla çoğaltılması, umumi yerlerde okunması, yayımlanmasında (FSEK m. 32); yayımlanmış bir eserin eğitim ve öğretim amacıyla temsilinde (FSEK m. 33); eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama eser oluşturulmasında (FSEK m. 34); iktibas serbestisinde (FSEK m. 35); basın veya radyo tarafından umuma yayılmış haberlerin iktibasında (FSEK m. 36); güzel sanat eserlerinin kopya ve teşhir serbestisinde (FSEK m. 40) anılan hükümlerdeki kuralara uyulmalı ve kaynak gösterilmelidir. Kaynak; eserin alındığı yer ile eserin sahibinin adının tam ve doğru olarak belirtilmesidir²⁶. Bu hallerde yanlış veya yetersiz kaynak gösterilmişse ya da hiç kaynak gösterilmemişse; eser sahibi tespit davasının yanında ref davası açabilir ve kaynağın doğru olarak gösterilmesi ile masrafın tecavüz eden tarafından karşılanarak hükmün en fazla üç gazetede yayımlanmasının talep edebilir. Eser sahibinin manevi haklarının FSEK m. 67/III'de düzenlendiği bu şekliyle en yaygın ihlali iktibas serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır; zira uygulamada iktibas usulüne uygun yapılmayarak bu serbesti kötü kullanılmaktadır²⁷.

²⁴ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 212; Ayiter, **a.g.e.**, s. 254; Erel, **a.g.e.**, s. 336. Tekinalp, bu durumlarda da tecavüzün devam ediyor olması şartıyla ref davasının açılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 312.

²⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 391.

²⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 314.

²⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 392.

Eser sahibinin rızası dışında eserde değişiklik yapılması halinde tecavüzün ref'i davası ile ilgili düzenleme FSEK m. 67/IV'de güzel sanat eserleri ve diğer eserler bakımından iki ayrı bent halinde yapılmıştır. İlk bent güzel sanat eserleri dışında kalan eserlere ilişkindir. Eser sahibi, bu eserlerin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının menedilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini ref davası ile talep edebilir. Değişiklik, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilan yolu ile düzeltilmesini talep edebilir. Bu hallerde ref davası tecavüzün devam etmekte, sürekli olduğu durumlarda açılabilir; örneğin temsil ya da radyo-televizyon ile yayın hallerinde tecavüz gerçekleşmiş ve bitmiş olduğundan, tekrarı veya devamı ihtimali varsa tecavüzün men'i davası açılması gerekmektedir²⁸.

İkinci bent güzel sanat eserlerine ilişkindir. Buna göre, güzel sanat eserlerinde eser sahibinin rızası dışında değişiklik yapılmış ise; eser sahibi asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını ya da değiştirilmesini ref davası ile talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise; eski hale getirme kamunun veya malikin menfaatlerini esaslı surette zedelemiyorsa eser sahibi eseri eski hale getirebilir. Yargıtay bir kararında *Tekinalp*'e atıf yaparak eski hale iade ile ilgili şu ifadeler kullanılmıştır:

"...Davacı, dava dilekçesinde proje müellifi olduğu otelin, izni alınmadan mimari projesinin önemli şekilde değiştirildiğinden bahisle tazminat ve eski hale getirme talep etmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, eserin teknik ve estetik yönden yapılan değişikliklerin davacının maddi ve manevi haklarını ihlal edip etmediği ve eserin eski hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı, bu durumun da malikin haklarını önemli şekilde ihlal edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

"Güzel sanat eseri, haksız ve eser sahibinin rızası olmaksızın değişmişse, eski halin iadesi mümkünse ve değişikliğin izalesi ammenin ve mal menfaatlerini esaslı suretle haleldar etmiyorsa, eser eski hale getirilir, o halde eser sahibi

²⁸ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 213; Ayiter, **a.g.e.**, s. 257; Erel, **a.g.e.**, s. 338.

özgün eserdeki değişikliğin kendisi tarafından tanıtılmasını veya eserdeki adının kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilir. 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mimari eserleri istisna eden hüküm, bugün, anılan hükümleri kapsamı içine almıştır. Kanun, değişikliklerin tam olarak kaldırılmasını şartlara bağlamıştır. Bunlardan biri, yani eski halinin iadesinin mümkün olması, kanunun öngördüğü bir şart olmayıp, eşyanın tabiatından doğmaktadır. ikinci şart ise, kendi içinde bir ikameye imkan bırakmaktadır. Değişikliğin kaldırılması (izalesi) ya ammenin, ya da malikin menfaatlerini esaslı suretle haleldar etmiyorsa eser eski hale getirilir. Kamu'nun veya malikin menfaatleri eski hale getirilmesi halinde esaslı surette zarara uğrayacaksa, değişikliğin kaldırılması, yani eski hale getirilmesi haklı görülemez... ”²⁹

Manevi haklara tecavüz halinde dava açma hakkı eser sahibinindir; onun ölümünden sonra FSEK m. 19/I’de gösterilen kişiler yani sırasıyla vasiyeti yerine getirme memuru, bu kişi tayin edilmemişse sağ kalan eş ve çocuklar, atanmış mirasçılar, ana-baba ve kardeşler; FSEK m. 19/III uyarınca bu kişiler dava haklarını kullanmadığı takdirde, mali hak sahibi meşru menfaatini ispat ettiği takdirde söz konusu davayı açabilecektir³⁰. FSEK m. 19/V hükmü çerçevesinde, belirtilen kişilerin bulunmamaları veya dava açma yetkilerini kullanmamaları halinde ya da koruma sürelerinin bitmiş olması durumunda memleket kültürü bakımından önemli eserler için bu davayı Kültür Bakanlığının açabilecektir³¹. FSEK m. 80 hükmünün son fıkrası uyarınca bağlantılı hak sahipleri de eser sahipleri gibi bu davayı ikame edebilmektedirler. Ancak bağlantılı hak sahiplerinden sadece icracı sanatçıların manevi hak sahibi olması durumu karşısında, bu davayı açma hakkı manevi hakkı tecavüze uğrayan icracı sanatçıya aittir³².

b. Mali Haklara Tecavüz Halinde

Eser, icra, fonogram veya yapımların hak sahiplerinden FSEK m. 52’ye uygun yazılı izni alınmadan, işlenmesi, çoğaltılması, çoğaltılmış nüshaların yayılması, temsil

²⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 29.03.2001, E. 2001/143 ve K. 2001/2548 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 16 Mart 2011.

³⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 208-209; Öztrak, **a.g.e.**, s. 76; Erel, **a.g.e.**, s. 332-333.

³¹ Erel, **a.g.e.**, s. 333.

³² Arkan, **a.g.e.**, s. 280.

edilmesi veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesi hak sahiplerinin mali hakkına tecavüz oluşturmaktadır. FSEK m. 68/I uyarınca bu hallerde hak sahipleri, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebilecekleri bedelin veya FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını talep edebilirler. Burada hak sahibine talep edebileceği bedel hususunda iki seçenek tanınmıştır:

* İlki; hak sahibinin, hakkına tecavüz eden kişi ile sözleşme yapmış olsa idi talep edeceği bedeldir. Bu öznel ücrettir; hak sahibinin aldığı veya diğer eserleri için almakta olduğu ücret esas alınarak belirlenir³³.

* İkincisi ise; FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedeldir. Rayiç bedel tespit edilirken yine ölçü öznelidir³⁴. Hak sahibi bu seçeneklerden tercih edeceği bedelin en fazla üç katını talep edebilir.

Hak sahibinin çoğaltma hakkına tecavüz edilmesi durumunda kanun koyucu çoğaltılmış kopyaların satışa çıkarılıp çıkarılmamasına göre ayırım yapmıştır. FSEK m. 68/II'ye göre izinsiz 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 çoğaltmanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu hüküm ile çoğaltma hakkına tecavüz edilen hak sahibi, çoğaltılmış kopyalar satışa çıkarılmamışsa şu üç seçenekten birini talep edebilir:

* Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını,

* Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini,

³³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 318.

³⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 318.

* Sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını.

FSEK m. 68/III hükmü izinsiz çoğaltılan kopyaların satışa çıkarılmış olması durumunda hak sahibinin, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında bu seçeneklerden birini talep edebileceğini belirtmektedir. Çoğaltma hakkına tecavüz halinde anılan hükümlerden eser sahibinden başkasının yararlanabilmesi için, eser sahibinden FSEK m. 52'ye uygun yazılı çoğaltma izni alınmış olması gerekmektedir.

Tecavüzün ref'i davasını genel olarak düzenleyen FSEK m. 66/III doğrultusunda, yukarıda bahsi geçen üç kat bedel istemlerinin yöneltilebilmesi için; tecavüz edenin kusuru aranmayacaktır. Bu husus Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Davalı Kaan Girgin arasında ... mali hakların devri yönünde geçerli bir sözleşme bulunduğu (Kaan Girgin' den mali hakları devralan) diğer davalıların, davacının eseri üzerinde işleme, film haline getirme ve bunu televizyonda gösterme şeklinde ayrı ayrı oluşan faaliyetlerinde FSEK. nun 54/f.1 nci maddesi hükmüne göre, hüsnüniyet sahibi olsalar bile himaye görmeleri mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla ve davacı bu davasında davalıların, mali haklarına tecavüzde bulundukları iddiasıyla FSEK.nun 68/1.1 inci maddesi hükmüne dayanarak tazminat talep ettiğine ve bu madde hükmünde maddi haklara tecavüzde bulunanların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart edilmemiş olduğundan, davalı Kaan Girgin dışındaki diğer davalıların da sorumlu tutulmaları gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde haklarındaki davanın reddi doğru görülmemiştir.”³⁵

Üç kat bedel isteminin hukuki niteliği, doktrinde genel kabul gören görüş uyarınca, caydırıcı nitelikte kanuni bir cezadır³⁶. Yargıtay, FSEK m. 68 hükmünün

³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 27.01.2003, E. 2002/8451 ve K. 2003/791 sayılı kararı, İlhami Güneş, **Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 269.

³⁶ Yasaman, **a.g.m.**, s. 811; Arkan, **a.g.e.**, s. 278; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 319; Gökyayla, **a.g.m.**, s. 289. Arkan, üç kat bedel istemini “özel hukuk cezası” olarak belirtmektedir; bkz. Azra Arkan Serim, “Fikri Hak İhlalleri ve Davaları”, **İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri ve Davaları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.73. Üç kat bedel isteminin telif tazminatı olduğu yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 71-72 ve Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.396.

amacının “rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettirerek, hak sahibini zararını ispat yükünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmak” olduğunu belirtmektedir³⁷. Üç kat bedel istemi ne kusur ne de zarar şartı gerektirmektedir.

Söz konusu tazminat hesaplaması yapılırken eserin özellikleri, şöhreti, saldırının kapsamı gibi somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır³⁸. Eser sahibinin yurt dışında yaşadığı ve eserlerini yabancı para üzerinden pazarladığı anlaşılan bir davada Yargıtay, FSEK m.68 kapsamında yapılacak tazminat hesabının yabancı para üzerinden yapılması gerektiğine hükmettiği kararında aşağıdaki açıklamaya yer vermiştir:

“...Görüldüğü gibi eser sahibinin mali hakları korunurken sadece bu tecavüzün haksız fiil olduğu varsayımından hareket edilmeyecektir. Somut olayın özelliğine göre varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel / sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi sübjektif nitelikleri, eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, İhlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlesine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak eser sahibi izinsiz yayın yapanla sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedel, bunun faizi 68. madde uyarınca açılacak davada dikkate alınacaktır.”³⁹

Eser sahibinin ihlal edilen hakkı bakımından belirlenmeye çalışılan varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken özel nitelikleri dikkate alan Yargıtay kararındaki bu yaklaşım yerindedir.

Varsayımsal sözleşme bedelinin tespitinde hem eser ve eser sahibinin öznel nitelikleri hem de somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Yargıtay’ın bir başka kararında “sözleşme yapılması halinde talep edilebilecek ücret” in

³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun T. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 31 Temmuz 2011.

³⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s.399.

³⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun T. 20.3.2002, E. 2002/11-176 ve K. 2002/214 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 10 Nisan 2019.

belirlenmesinde somut olaya uygun düşen tespitin yapılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir:

“...Öte yandan, dosyada mevcut deliller itibariyle, davacıya ait eserden istifade suretiyle izinsiz olarak işleme yoluyla meydana getirilen ve davalı tarafça kullanılan resmin, davalının işyerinin girişinde ve tanıtım amaçlı broşürlerinde çoğaltma yoluyla kullanıldığı anlaşıldığına göre, bu kullanımlara dair olarak sözleşme yapılması halinde talep edilebilecek ücretin belirlenmesi gerekirken aylık bazda ve kanıtlanamayan bilbord kullanımı dikkate alınarak hesap yapılması da doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir...”⁴⁰

(1). Üç Kat Bedel Talebinde Hâkimin Takdir Yetkisi Tartışması

FSEK m. 68/I’de geçen “en çok üç kat fazlasını isteyebilir” şeklindeki ifadenin uygulanmasında hâkimin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. Doktrinde hak sahibine ödenecek bedelin kanunun belirlediği sınır içinde mahkemece tespit edilebileceği belirtilmektedir⁴¹. Yargıtay, üç katı kadar tazminat talebini kullanma yetkisinin davacıda olduğunu, davacının talebi halinde mutlaka üç katı bedele hükmedileceğini, yani mahkemelerin bu konuda takdir yetkisi bulunmadığı görüşündedir⁴². Yargıtay’ın bu hususa değindiği kararlarından biri aşağıdaki gibidir:

“...Dava, FSEK'nundan kaynaklanan mali haklara tecavüz oluşturan eylemler nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davacı vekili, ıslah dilekçesi ile tazminat istemini FSEK'nun 68/1.fıkrasına dayandırmıştır. FSEK'nun 68/1.fıkrasına göre "...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". Mahkemece, "FSEK'nun 68/1.fıkrası uyarınca, hak ihlali halinde eser sahibine rayiç bedelin veya sözleşme yapsaydı alabileceği bedelin 3 katına kadar tazminatı isteyebilme

⁴⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 30.05.2017, E. 2015/1402 ve K. 2017/1973 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

⁴¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 319. Üç kata kadar bedel yaptırımına ilişkin hâkimin takdir yetkisi hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s.99-104.

⁴² Nal/Suluk (Karasu), **a.g.e.**, s.143.

hakkı tanındığı ancak bunun maktu bir miktar olmayıp, yani her ihlalde 3 katı tazminatla karşılanan bir uygulamayı gerektirmeyeceği, buradaki 3 katına kadar ifadesi ile olaya göre genişleyebilecek taktir alanı bırakıldığı, Meslek Birliği görüşü ve bilirkişi raporu ile belirlenen tazminatın tutarının iki katı olan 4.958,00 YTL'nin davacının ihlal edilen mali hakkına karşılık uygun bir bedel olduğu" gerekçesiyle iki katına hükmedilmiştir.

*Ancak, FSEK'nun 68/1.fıkrasındaki eser sahibinin "uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir" şeklindeki düzenleme, eser sahibinin mali haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katının mütecavizden istenilebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisidir. Bu bakımdan, Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkemece seçilen talep değiştirilemez (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Üçüncü Bası, S.300). O halde, davacının FSEK'nun 68/1.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 bozulması gerekmiştir."*⁴³

FSEK m. 68'in birinci fıkrasında yer alan "üç kat fazlasını isteyebilir" ifadesi ölçülü olmadığı, fikri mülkiyet hakkı sahibi yararına pozitif ayrımcılık niteliğinde olduğu ve toplumsal gerçeklerle örtüşmediği belirtilerek Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu iptal talebi ile ilgili olarak, düzenlemenin bir üst sınır getirdiğini açıklayarak red kararı (yorumlu red kararı) vermiştir. Kararda açıklanan neden şu şekilde ifade edilmiştir:

"...İtiraz konusu kural, eser, icra, fonogram veya yapımın izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağı açıktır. Öte yandan dava

⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin. T. 28.09.2009, E. 2008/5307 ve K. 2009/9739 sayılı kararı (Çevrimiçi), <http://lexpera.com.tr/>, 09 Nisan 2019.

edilen eser, icra, fonogram veya yapımın bedelini belirleme görevi de hâkime bırakıldığından hüküm altına alınacak bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez...”⁴⁴

Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararına ve kararda yer verdiği gerekçesine rağmen uygulamada Yargıtay’ın eski içtihadını, yani üç kat bedel talebine ilişkin hâkimin takdir yetkisi bulunmadığı yönündeki görüşünü devam ettirdiği görülmektedir⁴⁵. Bununla birlikte, eski içtihat yönünde verilen kararlarda yer alan karşı oy açıklamaları dikkat çekmektedir. İlk derece mahkemesi tarafından kabul edilen üç kat bedel tazminatı talebine ilişkin onama kararı verilen bir Yargıtay kararındaki karşı oy yazısı aşağıdaki gibidir:

“Mahkemece davacının eser üzerinde sahip olduğu mali haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle talep gibi 5846 Sayılı Kanun’un 68. maddesi uyarınca üç kat telif tazminatına hükmedilmiş ise de; Kanun’un 68. maddesinin 1. fıkrasında eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltanların “bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını” isteyebileceği belirtilmiş olup, aynı kanunun 66/3 fıkrası gereğince mahkeme, mali haklara tecavüz halinde, “tecavüzün şümulünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını” takdir etmek durumunda bulunduğundan, davaya konu olayda talep edilebilecek “en çok üç kat fazla” tazminatın tecavüzün şümulüne ve kusurun ağırlığına göre belirleme yetkisine sahiptir. 6098 Sayılı TBK 51 maddesi de bu yetkiyi desteklemekte olup, mahkemenin bu hususları tartışmadan doğrudan belirlenen rayiç bedelin üç katına hükmetmesi isabetsizdir Mahkemesi’nin konu ile ilgili 28.2.2013 gün 2012/133 Esas 2013/33 Sayılı kararının gerekçesinde yer verilen -maddedeki “üç katı” ibaresi ile- “hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirildiği, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine dair olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağını açık olduğu ve her davaya konu olayda tartışılması ve değerlendirmesi gerektiği” şeklindeki

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi’nin T. 28.2.2013, E. 2012/133 ve K. 2013/33 sayılı kararı, R.G., T.12.07.2013, S. 28705.

⁴⁵ Nal / Suluk (Karasu), a.g.e, s. 143.

gerekçenin de muhalefet görüşü doğrultusunda bulunduğu ve hükmün bu sebeple bozulması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılamıyoruz.”⁴⁶

FSEK m. 68’e dayanılarak üç katı şeklinde ileri sürülen davacı talebi hakkında takdir yetkisi kullanılarak iki kat şekilde tesis edilen ilk derece mahkemesinin hükmü hakkında ise, Yargıtay’ın bozma kararı verdiği görülmektedir⁴⁷.

Kanaatimizce kanunun lafzı hak sahibinin sözleşme bedelinin veya rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği şeklindedir. Düzenlemenin üst sınır getirmek amacıyla yapıldığı açıktır. Söz konusu hükümde mahkemenin takdir yetkisini sınırlayan bir ifadeye de yer verilmediği dikkate alındığından, Anayasa Mahkemesinin kararının hukuka ve hakkaniyete uygun olduğu kanısındayız. Hak sahibinin hakkının ihlal edildiği her durumda, tazminat hukukunun genel prensipleri göz önünde bulundurulmaksızın bedelin üç kat fazlasına hükmedilmesi adalet duygusunu yaralayan sonuçlara yol açabilir. Telif tazminatı, mahkeme tarafından her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak kanunda öngörölmüş sınır çerçevesinde takdir edilebilmelidir.

(2). Farazi Sözleşme İlişkisi ve Sonuçları

FSEK m. 68’in son fıkrasında bedel talebinde bulunan kişinin, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebileceği belirtilmektedir. Doktrinde çoğunluğun görüşü bedelin ödenmesi durumunda tecavüz eden ile hak sahibi arasında sözleşme kurulmuş gibi bir durum oluşacağı ve tarafların sözleşmeden kaynaklı hak ve yetkilere sahip olacağı yani; tecavüz edenin çoğaltma ve yayım haklarını kullanabileceği yönündedir⁴⁸. *Yasaman’a* göre ise, cezai nitelikteki bir ödemenin ardından hukuka aykırı bir işlemin meşrulaştığı

⁴⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 28.2.2018, E. 2016/6337 ve K. 2018/1525 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

⁴⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 19.6.2015, E. 2014/18483 ve K. 2015/8539 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

⁴⁸ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 218; Erel, **a.g.e.**, s. 343.

ileri sürülemeyeceğinden; tecavüz eden varsayımsal sözleşmenin nimetlerinden yararlanamayacaktır ancak külfetlerine katlanacaktır⁴⁹.

Bu konuda Yargıtay ise, FSEK m. 68 uyarınca bedel ödenmesi halinde taraflar arasında sözleşme yapılmış olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşünü bir kararında şu şekilde ifade etmiştir:

“...Olay’ da davacı bedel istemiş ve zikredilen madde hükmü gereğince –FSEK 68. maddesi- davacı yararına bedele hükmedilmiş olmakla artık tecavüzün men’ i isteminde bulunulamaz. Zira bedeli %50 fazlasıyla almış olmakla taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmakta ve davalının kullanma veya çoğaltma durumu yasal hale gelmektedir. 5846 sayılı yasanın 68. maddesinin düzenlenme şeklindeki amacında bu olduğu anlaşılmaktadır. O halde mahkemece bu bedele hükmedildiğine göre, davanın tecavüzün men’ i bölümünün reddi gerekirken ona da hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁰

Bizim de katıldığımız Yargıtay’ın bu görüşünün, yani FSEK m. 68 hükmündeki bedelin ödenmesi halinde taraflar arasında farazi sözleşme oluştuğunun kabul edilmesi beraberinde bazı sonuçları getirecektir. Öncelikle, bu görüşün etkisi zamanaşımı bakımından olacaktır. Haksız fiillere ilişkin 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri yerine, farazi sözleşme görüşü gereği bu süre 10 yıla çıkmaktadır⁵¹. Ayrıca, bu görüşün farazi sözleşme ilişkisinin kurulması nedeniyle, artık tecavüzün men’i gibi haksız fiili veya sonuçlarını gidermeye yönelik taleplerde bulunulamayacaktır⁵².

Farazi sözleşmenin kurulması halinde, eser sahibinin izni dışında çoğaltılmış nüshaların yasal nüsha haline gelmektedir. Bu maddeden yararlanmayı tercih eden eser sahibinin artık çoğaltılmış ya da dağıtılmış olan eserlerin toplatılmasını ya da imha edilmesini talep etmesi mümkün olmayacaktır⁵³. Bizim de katıldığımız bu görüşle aynı

⁴⁹ Yasaman, **a.g.m.**, s. 811.

⁵⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 7.7.1987, E. 1987/1836 ve K. 1987/4131 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 787.

⁵¹ Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 787. Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 23.11.1998, E. 9887/6590 ve K. 1998/8090 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 898-899.

⁵² Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 787.

⁵³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.397.

yöndeki aşağıda anılan Yargıtay kararında tazminata konu çoğaltılmış nüshaların kullanılmasının mümkün olduğu şu şekilde ifade edilmiştir:

“...davacının FSEK’ nun 68/2 maddesinde yer alan seçeneklerden üçüncüsünü tercih ederek bir sözleşme yapılsaydı davalıdan ne tutarda bir bedel isteyecek idiyse bunun üç katını talep ettiğine ve mahkemece de bu miktara hükmedildiğine göre davalının iş bu davada belirlenen miktarda çoğaltmış olduğu eserin elinde olan kopyalarını kanuni şartlar dairesinde ticaret mevkiine koyabileceğinin tabii bulunmasına göre, kararın onanması gerekmiştir.”⁵⁴

Aynı doğrultuda, farazi sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabulüne bağlı olarak tecavüz hallerinde uygulanabilecek ilan talebinin de kabul edilmesi mümkün olamayacaktır⁵⁵.

Yargıtay’ın farazi sözleşme ilkesinin bir adım daha ileri taşıyarak hakkın aslen iktisap edilen mali hakların niteliği itibariyle davacının manevi haklardan umuma arz hakkının da kullanımına muvafakat edildiğinin kabulü gerektiğini aşağıdaki gibi hükme bağlamıştır:

“...Öte yandan, söz konusu farazi sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen mali hakların niteliği itibariyle davacıya ait manevi haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir. Ayrıca, önceki davada davacı tarafa FSEK 15. ve 70. maddesine dayalı olarak manevi hak tazminatı istenilmiş olup, aynı Kanun'un 67/3. fıkrasına dayalı olarak eser sahibinin adının belirtilmesi yolunda bir talep bulunmadığına göre, önceki mahkeme kararıyla oluşan farazi sözleşmeye uygun olarak davalı TV kanalında davaya konu müzik klibinin ilk tespitinin yapıldığı haliyle gerçekleştirilen umuma iletilmesi eyleminde davacının FSEK 15. maddesi uyarınca adının belirtilmesine ilişkin

⁵⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 22.11.2002, E. 2002/5432 ve K. 2002/10736 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 902.

⁵⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 05.12.2013, E. 2012/6301 ve K. 2013/22126 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019. Aynı yönde bir diğer emsal karar; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 03.07.2012, E. 2012/4244 ve K. 2012/11787 sayılı kararı.

manevi hakkının ihlal edildiği iddiasının reddine dair mahkeme kararının gerekçesinde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır...”⁵⁶

Kanaatimizce farazi sözleşme ilkesi doğrultusunda Yargıtay’ın yukarıdaki kararında yer verdiği görüş tutarlıdır. İhlale konu haklarına ilişkin telif tazminatını alan eser sahibinin artık bu hakların kullanılmasına muvafakat verdiği varsayılmalıdır.

3. Tecavüzün Men’i Davası

FSEK m. 69 ile düzenlenmiş olan tecavüzün men’i davası, eser sahibinin mali veya manevi haklarına muhtemel tecavüzün önlenmesi amacına hizmet etmektedir⁵⁷. Örneğin, bir yazar bir eserinin temsilinin gerçekleştirileceğini öğrenirse, temsilin gerçekleştirilmesini beklemek zorunda kalmadan, bunu önlemek için men davası açabilir⁵⁸. Anılan hüküm uyarınca tecavüzün devamı veya tekrarının muhtemel olması halinde de bu dava açılabilir. Bu davanın düzenlendiği kanun maddesinin FSEK m.66 hükmüne yaptığı atıf doğrultusunda tecavüzün men’i davası için kusur ve zarar koşulu aranmadığı görülmektedir. Zira bu davanın amacı eser sahibinin zararı veya tazmini ile ilgili değildir⁵⁹. Diğer yandan tecavüz ya da tekrarı tehlikesinin varlığının ise ispatlanması gerekmektedir⁶⁰.

Örneğin bir Yargıtay kararında tecavüz hazırlığından vazgeçen taraf aleyhine tecavüzün men’i davasının açılmayacağı hüküm altına alınmıştır⁶¹. Yargıtay’ın bu kararının men davasının niteliğine uygun düştüğü kanısındayız.

⁵⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 24.11.2010, E. 2010/11881 ve K. 2010/11996 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

⁵⁷ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 212; Öztrak, **a.g.e.**, s. 79-80; Ayiter, **a.g.e.**, s. 260; Erel, **a.g.e.**, s. 343.

⁵⁸ Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 221.

⁵⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.401.

⁶⁰ Küçükali, **a.g.e.**, s.30.

⁶¹ “...Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara göre, davacıya ait tiyatro eserinin sahnelenmesinden davalı Derneğin 7.5.1997 tarihli yönetim kurulu kararı ile vazgeçildiği, ancak davacı izin vermediği halde davalı İlyas Barut’ un davacıya gönderdiği yazıda sahneleme çalışmalarına devam edeceğini bildirdiği böylece davanın davalı İlyas Barut yönünden sabit olduğu gerekçesiyle bu davalı yönünden kabulüne, davalı dernek hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve davalı derneğin oyunu sahneye koymadan önce yetkili kurulu aracılığı ile oyunu oynatmama kararı almakla tecavüz iradesinden vazgeçtiğinin anlaşılmış bulunmasına göre

Tecavüzün ref'i davasını düzenleyen hükme yapılan atıfla, dava tecavüz edenin yanı sıra; tecavüzün hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya çalışanı tarafından gerçekleştirilmişse, işletme sahibine de yöneltilebilir. Tecavüz edenin ve işletme sahibinin kusuru burada da aranmamaktadır. Kusurun varlığı ve ağırlığı mahkemenin gerekli göreceği tedbirlerin belirlenmesinde rol oynamaktadır.

Tecavüzün men'i davasını açabilecek olan kişiler ile tecavüzün ref'i davasını açabilecek olan kişiler ayniyet göstermektedir; bu bakımdan FSEK m. 69 hükmünde eser sahibinin bu davayı açabileceği ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır⁶².

Başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüzün varlığı karşısında ref ve men davaları birlikte ikame edilebilir⁶³. Zira ref davası mevcut tecavüzün ortadan kaldırılmasını, men davası ise tecavüzün gerçekleşmesi veya devam ya da tekrar etmesini önlemeye yöneliktir. Örneğin; alenileşmemiş bir eserin çoğaltılmış nüshalarının yayımlanması ve yoğun istek üzerine yeni basımının yapılacağının duyurulmuş olması halinde her iki dava birlikte açılabilir.

4. Tazminat Davası

Fikri hakların ihlali halinde ileri sürülebilecek tazminat davası FSEK m. 70'de düzenlenmiştir. Tecavüzün ref'i ve men'i davaları fikri haklara yönelik ihlali ortadan kaldırmaya veya önlemeye yönelik iken; tazminat davası hak sahiplerinin uğradıkları zararın giderilmesine yöneliktir⁶⁴. Kanun koyucu FSEK m. 70'deki tazminat davası düzenlemesini manevi veya mali hakkın ihlal edilmiş olmasına göre ayırım yaparak ele almıştır.

davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 26.3.1998, E. 1998/363 ve K. 1998/2184 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 783.

⁶² Öztrak, **a.g.e.**, s. 80-81; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 326; Erel, **a.g.e.**, s. 344.

⁶³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 326; Erel, **a.g.e.**, s. 344.

⁶⁴ Erel, **a.g.e.**, s. 345.

a. Manevi Haklara Tecavüz Halinde

FSEK m. 70/I hükmü 1995 yılında 4110 sayılı kanun⁶⁵ ile değiştirilmeden önce “*Manevi hakları ihlal 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.*” şeklinde idi. Hükmün son hali “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir.*” şeklindedir. Anılan hükmün, o dönemde yürürlükte olan BK m. 49⁶⁶’ un “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.*” ifadesi ile uyumlu hale getirilmiştir. Ancak yapılan bu değişiklik doktrinde tartışmaları beraberinde getirmiştir.

FSEK m. 70/I metninden “*kusur ve tecavüzün ağırlığı*” ifadesinin çıkarılmış olması, manevi hak ihlali halinde manevi tazminat davası açabilmek için tecavüz edenin kusurunun aranıp aranmayacağı konusunda doktrinde fikir ayrılığı yaratmıştır. Bir görüşe göre, FSEK sisteminde manevi tazminat davası açmak için tecavüz edenin kusuru aranmamaktadır; zira eser sahibinin adı ile ilgili ref davasında da kusur aranmamaktadır⁶⁷. Doktrinde genel kabul gören görüş ise; FSEK m. 70/I’de yapılan değişiklik ile kusur değil, kusurun ağırlığı koşulu aranmasının kaldırılmış olduğu ve haksız fiil esasına dayanan bu davanın tazminat davasının genel şartlarına tabi olduğu yönündedir⁶⁸. Hukukumuzda kusur sorumluluğu esastır, kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için kanunda özel olarak kusurun aranmadığı belirtilmelidir⁶⁹. TBK. m. 58 (BK m.49)’de düzenlenen haksız fiil, kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 49 (BK m.41)’un devamı olduğu için, mevcut olanı tekrarlamamak amacıyla kusur

⁶⁵ R.G., T. 27.06.1995, S. 22311.

⁶⁶ Söz konusu fıkra TBK m.58/I’de “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶⁷ Erdem, **a.g.e.**, s.187; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 329.

⁶⁸ Yasaman, **a.g.m.**, s. 812; Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 84-85; Arkan, **a.g.e.**, s. 289; Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 800; Durgut, **a.g.m.**, s. 1079; Erdil, **a.g.e.**, s. 1290; Erel, **a.g.e.**, s. 345.

⁶⁹ Kemal Oğuzman, “İsviçre ve Türkiye’ de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 36; Yasaman, **a.g.m.**, s. 813.

şartına yer verilmemiştir⁷⁰. TBK. m. 58 (BK m.49) hükmü, TBK m. 49 (BK m.41) hükmünde özel koşulları düzenlenmiş olan kişilik haklarının ihlali halinde manevi tazminatı düzenlemektedir⁷¹. Kanaatimizce de FSEK m. 70/I hükmü haksız fiil temeline dayanan tazminat istemine ilişkin olduğundan ve kusursuz sorumluluk hali özel olarak belirtilmediğinden manevi tazminat talebi için tecavüz edenin kusuru aranmalıdır. Ref davasını düzenleyen hükümde yapıldığı gibi kusurun aranmadığı açıkça belirtilmediğinden, manevi tazminat davası bakımından bu unsur mevcut olmalıdır. Bu hususta Yargıtay'ın görüşü ise FSEK m. 70/I uyarınca manevi tazminat talebi için manevi hakların ihlalinin yeterli olduğu, kusur aranmayacağı yönündedir⁷².

Manevi tazminat davası açabilmek için hak sahibinin zarara uğramış olmasının gerekliliği bakımından da doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş, manevi tazminat davasının ikamesi için eser sahibinin manevi hakkına tecavüz edilmesinin yeterli olduğu, ayrıca manevi zarara uğramış olmasının gerekmediği zira tecavüz ile zarar arasında kanuni bir sebep-sonuç bağı bulunduğu yönündedir⁷³. Diğer görüşe göre ise, bahsi geçen dava haksız fiil temeline dayandığından tazminat istemi için manevi hakkın ihlali sebebiyle hak sahibinin manevi zarara uğramış olması gerekmektedir⁷⁴. Madde metninde de açık şekilde zarar unsurundan bahsedilmektedir. Manevi hakkın ihlal edilmesi ile manevi zararın doğduğu kabul edilemez, bu ihlal nedeniyle hak sahibi küçük düşürülmüş, üzüntü ve elem duymuş olmalıdır⁷⁵. Kanaatimizce de manevi hak ihlali ile zarar arasında kanuni bir sebep-sonuç bağının bulunduğu varsayımı temelden yoksundur; genel kurallar çerçevesinde manevi zararın bulunmaması halinde manevi tazminat davasının konusuz kalacağı kabul edilmelidir.

⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz, 1993, s. 693-694; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci (Tıpkı) Bası, İstanbul, Vedat, 2009, s. 679-681.

⁷¹ Serozan, "Manevi Tazminat", s. 107.

⁷² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 02.04.2003, E. 2003/4-260 ve K. 2003/271 sayılı kararı, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.414, dpn.254. Ayrıca Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 04.07.2006, E. 2005/8095 ve K. 2006/7919 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

⁷³ Cahit Suluk, **a.g.e.**, s. 145; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 329; Öztan, **a.g.e.**, s. 671-672; Erel, **a.g.e.**, s. 347.

⁷⁴ Kılıçoğlu, "Hukuksal Koruma Yolları", s. 84; Arkan, **a.g.e.**, s. 289; Durgut, **a.g.m.**, s. 1080.

⁷⁵ Kılıçoğlu, "Hukuksal Koruma Yolları", s. 84.

Eser sahibinin manevi haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için; manevi hakkın ihlal edilmiş olması, bu ihlalin hukuka aykırı olması, hak sahibinin manevi zarara uğramış olması, illiyet bağı ve tecavüz edenin kusurlu olması koşulları gerçekleşmelidir⁷⁶. Buna karşılık manevi tazminat için, eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması gerekmemektedir⁷⁷. Bu konuda örnek bir Yargıtay kararında, FSEK’de düzenlenmiş kurallara uygun olmayan iktibas karşısında eser sahibinin TBK’daki koşullar varsa manevi tazminat da isteyebileceği belirtilmiştir⁷⁸.

Yargıtay diğer bir kararında bizim de katıldığımız aynı yöndeki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

⁷⁶ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 84.

⁷⁷ Akın, **a.g.m.**, s. 141; Arkan, **a.g.e.**, s. 289; Durgut, **a.g.m.**, s. 1080; Erdil, **a.g.e.**, s. 1290; Erel, **a.g.e.**, s. 347. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. 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**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 121-158.

⁷⁸ “...Görülüyor ki, 5846 sayılı Yasa düzenlediği hukuksal ilişkiler ve haklar açısından kurallar koymuş ve bunu yaparken eser sahibinin bizzatı 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 San’at 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 San’at Eserleri Kanununun kapsamına giren faaliyetlerde bulunduğu sırada ve bu arada yasaya uygun veya aykırı olarak bir eserden diğerine iktibas 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 San’at Eserleri Kanununu hazırlarken esinlendiği ve yukarıda hazırlık çalışmaları dolayısıyla kısaca değinilen temel prensiplere de uygun düşer.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 83. maddesinde haksız rekabete ilişkin düzenlemede bulunulmuş ve son fıkrasında, “Tecavüz eden tacir olmasa bile, 1. fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Haksız rekabette kişilik haklarının ihlaline sebebiyet verilebilir. Yalnız ticari bir işletme değil herhangi bir mesleki çalışma, bu arada Fikir ve San’at Eserleri Kanunu kapsamına giren çalışmada haksız rekabete maruz kalabilir. Haksız rekabet dolayısıyla şahsi menfaatleri haleldar olanlar Borçlar Kanununun 49. maddesinde öngörülen koşullar varsa manevi tazminat davası açabilirler.

Bu nedenlerle, bir eserden diğer bir esere Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda gösterilen haller dışında iktibas yapılması halinde, iktibas hususunda kullanılan eserin sahibinin ve eserinin adı iktibas sırasında belirtilse bile, eser sahibinin haksız rekabet hükümlerine göre Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşullar mevcutsa manevi tazminat isteyebileceği sonucuna varılmıştır...” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun T. 18.02.1981, E. 1980/1 ve K. 1981/2 sayılı kararı, YKD, Mayıs 1981, C. 7, S. 5, s. 532-538. Yargıtay’ın aynı yöndeki diğer bir kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun T. 01.05.2002, E. 2002/11-283 ve K. 2002/340 sayılı kararı. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 22 Mart 2011.

“...Dairemiz’in yerleşmiş uygulamasına göre, manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat isteyebilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması koşulu aranmaz. FSEK’nun 70 nci maddesi, manevi tazminat istemini kişilik haklarının ihlalinden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK. nun 49 ncü maddesi hükmün, FSEK. nun 70 nci maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Zira, bu iki hükmün yaptırıma bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır. Ancak, zarar miktarının tayininde hakim, BK. nun 42/2 nci maddesi hükmüne göre takdir yetkisine sahiptir...”⁷⁹

Manevi hakların ihlali halinde kusurun niteliği, derecesi, ağırlığı ve tazminat miktarının belirlenmesi Borçlar Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir⁸⁰.

FSEK m. 70/ I hükmünün ikinci cümlesinde mahkemenin, para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebileceği belirtilmiştir. Mahkeme kararının ilanı⁸¹ bu hüküm çerçevesinde bir yaptırım olarak değerlendirilebilir.

Manevi haklara tecavüz halinde manevi tazminat davası, eser sahibi tarafından açılabilir. Bağlantılı hak sahiplerinden icracı sanatçı da manevi hak ihlali karşısında bu davayı açabilir⁸². FSEK m. 19’da sayılan kişilerin manevi tazminat davası açıp açamayacağı doktrinde tartışmalıdır. *Tekinalp*’e göre; FSEK m. 19’da sayılan kişiler, kanun tarafından eser sahibinin yakınları sayıldıkları için bu davayı açabilirler⁸³. *Erel*; “Manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibi ve FSEK m. 19’da belirtilen haleflerinin manevi haklarının ihlali sebebiyle bir zarara uğramış olmaları gerekir.” demekle FSEK m. 19’da gösterilen kişilerin bu davayı açabileceklerini ifade etmektedir⁸⁴. *Arkan* ise bu kişilere tanınan dava hakları içinde manevi tazminat davası

⁷⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 25.02.2003, E. 2002/10070 ve K. 2003/1592 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 813.

⁸⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 220; Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 86; Erdil, **a.g.e.**, s. 1290; Erel, **a.g.e.**, s. 348.

⁸¹ Erel, **a.g.e.**, s. 348.

⁸² Arkan, **a.g.e.**, s. 290.

⁸³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 329.

⁸⁴ Erel, **a.g.e.**, s. 345.

olmadığından, manevi tazminat davası açma hakları bulunduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁸⁵.

Yargıtay bir kararında eser sahibinin ölümünden sonra manevi tazminat isteme hakkının mirasçılara geçmediği gerekçesiyle reddedilen manevi tazminat talebine ilişkin olarak mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir⁸⁶. Yargıtay diğer bir kararında manevi hakların mirasçılara intikal edebileceğini ifade etmiştir⁸⁷.

⁸⁵ Arkan, a.g.e., s. 290.

⁸⁶ “...Davacı vekilinin temyizine gelince, davacılar eser sahibinin 5846 sayılı FSEK'nın 19/1. madde ve fıkrasında sayılan yakınlarındadırlar. FSEK'nın 16/son madde ve fıkrasında, eser sahibinin şeref ve itibarını yahut eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerin önlenmesini isteme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Davaya konu müzik eserinin ise, özgün şekli dışında, alaylı bir şekilde ve melodik yapısı bozularak yayınlandığı bilirkişi raporuyla anlaşılmıştır. Davacılar eserin bu şekilde değiştirilmesinin manevi zarara yol açtığını ileri sürerek manevi tazminat talebinde de bulunmuşlardır. FSEK'nın 70. maddesinde, manevi hakları tecavüze uğrayan eser sahibinin manevi tazminat davası açabileceği, zarar ve ziyanını ve ayrıca manevi zararını isteyebileceği belirtilmiştir. Mirasçılardan 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 kullanılabilecekleri öngörüldüğünden, manevi zararın giderilmesini isteme haklarının da bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

Dairemizin uygulanması da bu yöndedir. Mahkemece açıklanan hususlar nazara alınarak davacılar yararına münasip bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, aksine düşünceyle yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir..”Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 03.07.2000, E. 2000/4764 ve K. 2000/6252 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 22 Mart 2011.

⁸⁷ “...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 (değişikliği), 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 ayrım sun'i bir ayrımdır, mali hakların devri manevi hakların da kullanılmasını kapsar. Bilindiği üzere, "manevi haklar" ölenin terekesi dışında kaldığı için Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19/F.I. hükmünde sayılan kimseler, manevi hakları, sırf mirasçı sıfatını haiz oldukları için iktisap etmezler. Kanun koyucu, bunları ölen eser sahibine en yakın bağlarla bağlı oldukları için, (en güvenilen kişiler) olarak saymıştır. (Fikri Haklar) sahasında çalışan yerli ve yabancı müelliflere göre, manevi hakların (kullanılmaları) eser sahibi tarafından herhangi bir kimseye bırakılabilmir, bu kimselere genellikle, (Treuhönder - güvenilen kişi)dir. 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 değişimlere maruz bırakılması veya eserin başka herhangi bir suretle - mesela, bir müzik eserinin

Kanaatimizce kanunda eser sahibinin manevi haklarını kullanabilecek kişileri gösteren FSEK m.19 çerçevesinde; bu kişilerin manevi tazminat davası açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Eser sahibinin ölümünden sonra manevi tazminat davası açılmayacak olması; manevi hakların haleldar edilmesi karşısında eseri ve eser sahibinin yakınları olarak kanunda gösterilmiş olan bu kişileri korumasız bırakmak sonucunu doğurur. Anılan Yargıtay kararlarının da bu görüşümüz ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Mali hakları devralan kişinin⁸⁸ ve işçisinin eserinin mali haklarına sahip olan firmanın⁸⁹ ise manevi tazminat davası açamayacağı Yargıtay kararlarında belirtmiştir.

Manevi hakların, eserin mali haklarını devralan kişi tarafından ihlal edilmesi halinde, eser sahibi manevi tazminat talep edebilecektir. Bu hususta bir Yargıtay kararında çoğaltma ve yayma hakkında sahip olan davalının mali hak ihlali gerçekleştirmediği ancak eserin sunuluşunun eser sahibinin itibarını zedeler nitelikte olduğu dikkate alınarak manevi tazminata hükmedilmesi uygun bulunmuştur⁹⁰. Eser sahibinin manevi haklarının, mali hakkını devrettiği kişilere karşı da korunması yaklaşımı yerinde ve faydalıdır.

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...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun T. 11.02.1983, E. 1981/4-70 ve K. 1983/123 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 16 Mart 2011. FSEK m. 19/I hükmünün manevi tazminat hakkı vermediğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 22.12.2005, E. 2004/14950 ve K. 2005/12769 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 16 Mart 2011.

Bu hususta bkz. Rona Serozan, “Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 561.

⁸⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 16.06.2003, E. 2003/784 ve K. 2003/6343 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 806.

⁸⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 4.6.2001, E. 2001/2687 ve K. 2001/5080 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 807.

⁹⁰ “...Mahkemece, toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, davalının kaseti çoğaltma ve yayma hakkına sahip olduğu için davacının mali haklarının ihlal edilmediği ancak kasetin sunuluş şeklinin eser sahibinin itibarını zedeler nitelikte bulunduğundan manevi tazminat takdirinin yerinde olacağı gerekçesiyle manevi tazminat isteminin kısmen kabulüyle 40.000.000 TL’ nin davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istem ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirindedir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 16.5.1996, E.1996/2599 ve K. 1996/3567 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 823.

Manevi haklara tecavüz durumunun maddi zarara yol açması olasıdır. Ancak bu durumda FSEK m. 70/I hükmünün açık ifadesi karşısında manevi hakkına tecavüz edilen hak sahibi, bu nedenle maddi tazminat davası açamayacaktır⁹¹. Hatalı olarak yapılan değişiklik neticesinde, manevi hakkın ihlali halinde maddi zararın tazmini imkânı maddeden çıkarılmıştır⁹². FSEK m. 70’de yapılan değişiklik, o dönemde yürürlükte bulunan BK m. 49 ile uyumluluk amacına yönelik olmasına rağmen; maddi tazminatın hükümden çıkarılması amaç dışı olmuştur⁹³. Örneğin; bir romanda eser sahibinin izni olmaksızın yapılan değişiklik romanın satışlarını kötü etkilemiş olabilir⁹⁴. Eserde değişiklik yapılmasına dair manevi hakkı ihlal edilen eser sahibi FSEK m. 70 kapsamında manevi tazminat talep ederken; bu nedenle uğradığı maddi zararını bu hüküm kapsamında talep edemeyecektir. Bu durumda hak sahibi maddi zararının giderilmesi için TBK’nın genel hükümlerinden yararlanabilir⁹⁵. Ayrıca manevi hakkın ihlal edilmesi halinde, FSEK m. 70/III kapsamında kazanç devri talep etmek de mümkün olacaktır⁹⁶.

b. Mali Haklara Tecavüz Halinde

Mali hakları haleldar edilen kimsenin, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere ilişkin hükümler uyarınca tazminat talep edebileceği FSEK m. 70/II hükmünde ifade edilmiştir. Mali hakların ihlali taleple edilebilecek tazminata ilişkin, TBK’nın haksız fiile ilişkin genel hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu yollama neticesinde mali haklarına tecavüz edilen kimse TBK m. 49 hükmünün öngördüğü şartlar mevcutsa maddi zararın; TBK m. 58 hükmünün öngördüğü şartlar mevcutsa manevi zararın tazmini mümkün olabilecektir. TBK’da 49. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

⁹¹ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 83; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.411; Erel, **a.g.e.**, s. 347. FSEK m. 70/I’de yapılan değişikliğe rağmen manevi hakların ihlali nedeniyle maddi tazminat isteme imkânının hala bulunduğunu ifade eden görüşler için Bkz. Güneş, **a.g.m.**, s. 69; Durgut, **a.g.m.**, s. 1082; Suluk, **a.g.e.**, s. 146.

⁹² Ahmet Kılıçoğlu, “5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini”, **FMR**, Yıl: 1, C: 1, S: 2001/1, s. 26.

⁹³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 333.

⁹⁴ Erel, **a.g.e.**, s. 347.

⁹⁵ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 83; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.411; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 333; Erel, **a.g.e.**, s. 347.

⁹⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 289.

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Mali hakların ihlali halinde genellikle maddi zarar söz konusu olmaktadır. Örneğin, eser sahibinden izin alınmaksızın sergisinde umuma arz ettiği bir fotoğrafının takvime basılarak dağıtılması, onun çoğaltma ve yayma haklarını ihlal etmektedir. Bazı ihlal halleri ise eser sahibinin hem manevi hem mali hakkına tecavüz oluşturabilir. Örneğin; bir heykeltıraş ile röportaj yapmaya gelen gazetecinin heykeltıraşın stüdyosundaki henüz umuma arz edilmemiş heykelinin fotoğraflarını çekerek gazetede yayımlaması, eser sahibinin mali haklarının yanında manevi haklarından olan umuma arz hakkını da ihlal etmektedir⁹⁷. Bu durumda heykeltıraş hem manevi hem maddi tazminat talep edebilecektir.

Mali haklara tecavüz halinde zararın tazminini talep edebilmek için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

*Eser sahipliğinden doğan mali haklar ihlal edilmiş olmalıdır.

*İhlal eylemi hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa tazminat talep edilemeyecektir.

*Hak sahibi manevi veya maddi bir zarara uğramış olmalıdır. Tazminat davasının koşulu olarak zararın mevcudiyeti aranmaktadır. TBK m. 58 uyarınca manevi tazminat için manevi zararın; TBK m. 49 uyarınca maddi tazminat için maddi zararın oluşması gerekmektedir.

*İhlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

*Mali hakkı ihlal eden kimse kusurlu olmalıdır⁹⁸.

⁹⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 333.

⁹⁸ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 87-89; Durgut, **a.g.m.**, s. 1085-1086.

Bunların yanında, fikri haklara ilişkin koruma süreleri ve mali haklara ilişkin kanunda öngörülen sınırlandırmalar, ihlalin hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde dikkate alınmalıdır⁹⁹.

FSEK m. 54 hükmü şu şekildedir:

“Mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyetli olmayan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.

Salahiyeti olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse; salahiyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması lazım geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir. Kusur halinde mahkeme; hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata hükmedebilir.

Haksız fiillerden ve sebepsiz mal iktisabından doğan talepler mahfuzdur.”

Bu hüküm ile tecavüzde bulunan kişinin kusursuzluk alanı daraltılmaktadır; mali hakkın yetkisiz kişiden devralınması halinde iyiniyet korunmamakta, iktisap geçersiz sayılmaktadır¹⁰⁰.

Mali haklara tecavüz halinde yapılan kanuni atıf neticesinde TBK haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanacağından¹⁰¹; zarar ve tazminat miktarının tayini (TBK m. 50,51), tazminatın tenkisi (TBK m. 52), müteselsil sorumluluk (TBK m. 61,62), zamanaşımı (TBK m. 72) hükümleri burada uygulama alanı bulacaktır. Yapılan kanuni atıf; manevi haklara tecavüz halinde tazminat davasındaki kusurun gerekip gerekmediği ve zararın oluşmasının aranıp aranmadığı tartışmalarına burada yer bırakmamaktadır.

Maddi tazminat davasının konusu, hak sahibinin malvarlığının tecavüzden önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki fark olduğundan; maddi tazminat fiili

⁹⁹ Üstün, **a.g.e.**, s. 376.

¹⁰⁰ Üstün, **a.g.e.**, s. 379.

¹⁰¹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 220; Öztrak, **a.g.e.**, s. 82; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 222; Erel, **a.g.e.**, s. 348.

zarar ve/veya yoksun kalınan kâr ifade etmektedir¹⁰². Fiili zarar, haksız fiilden zarar gören kişinin malvarlığında meydana gelen fiili kayıp iken; yoksun kalınan kâr ise, haksız fiil neticesinde bu fiilden zarar gören kişinin elde etmesi olası olan fakat mahrum kaldığı kârdır¹⁰³. Hak sahibinin oluşan zararının ref davası ile ortadan kaldırılmış olması halinde, fiili zarar ref davası nedeniyle yapılmış olan giderler ile sınırlı olacaktır¹⁰⁴.

Yoksun kalınan kâr bakımından, hak sahibinin FSEK m. 68 hükmündeki bedel dışında eserden kazanç elde etmesi olası olmalıdır. Örneğin, sadece bestecilik yapmakta olan bir kişinin eseri izinsiz olarak çoğaltılmış ve piyasa sürülmüşse, bu kişi sadece çoğaltma ve yayma hakkına ilişkin mutad bedel üzerinden talepte bulunabilecektir; eseri kendisinin çoğaltıp yayması bakımından gerekli donanımına sahip olmadığından eseri kendisinin çoğaltıp piyasaya süreceği ve bu yolla daha fazla kazanç elde edeceği şeklinde kâr yoksunluğu talep etmesi mümkün değildir¹⁰⁵. Zira, yoksun kalınan kârın elde edilmesinin olası olması gerekmektedir. Yani, hak sahibinin yoksun kalınan kârın talep edildiği hakları kullanmaya elverişli durumda bulunması gerekmektedir.

Mali haklara tecavüz halinde maddi tazminat davası eser sahibi tarafından açılabilir. Mali hakların devir kabiliyeti bulunduğundan, bunları devralan kişiler davacı sıfatına sahip olacağından¹⁰⁶; bu kişiler mali haklarının ihlali halinde tazminat davası açabilirler. Bağlantılı hak sahipleri de FSEK m. 80 hükmünün son fıkrası gereği tazminat davası açabilirler.

Hak sahibinin ölümü halinde mali haklar terekeye dahil olacağından; *Arkan* tarafından maddi tazminat davası açma hakkının mirasçılara geçeceği belirtilmektedir¹⁰⁷. *Tekinalp* ise, FSEK m. 19’da sayılan yakınlarla bu hakkın tanınması

¹⁰² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 333.

¹⁰³ Kılıçoğlu, “Hukuksal Koruma Yolları”, s. 79.

¹⁰⁴ Öztrak, **a.g.e.**, s. 82; Akın, **a.g.m.**, s. 142; Erel, **a.g.e.**, s. 349.

¹⁰⁵ Üstün, **a.g.e.**, s. 384.

¹⁰⁶ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 209; Erel, **a.g.e.**, s. 334.

¹⁰⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 293.

gerektiği görüşündedir¹⁰⁸. Kanaatimizce FSEK m. 19’da sayılan kimseler eser sahibinin belirtilen manevi haklarının kullanılması bakımından yetkilendirilmişlerdir. Mali haklara ilişkin maddi tazminat davası için bu kimseler yetkili kılınmamışlardır. Mali hakka kim sahip ise; bu hakka tecavüz halinde maddi tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi de o olmalıdır.

C. Kazanç Devri Yaptırımı ile Diğer Dava ve Talepler

Esere ilişkin manevi ve/veya mali hakların ihlali halinde, hak sahibinin FSEK hükümlerinin hangisine dayanarak talepte bulunacağına karar vermesi noktasında, koşulların ve seçeneklerin değerlendirilmesi bakımından FSEK m. 70/III hükmü ile diğer maddi taleplerin karşılaştırılmasının yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda FSEK m. 70/III hükmündeki kazanç devri talebi, FSEK m. 68 ve 70 hükümlerindeki talepler ile örnekler ve Yargıtay kararları ile desteklenerek karşılaştırılacaktır.

1. Kazanç Devri Yaptırımı ve FSEK m. 68 Hükmündeki Talepler

Mali ve/veya manevi hakları tecavüze uğrayan hak sahibinin temin edilen kazancın kendisine verilmesini isteyebileceği belirten FSEK m. 70/III hükmünün ikinci cümlesinde bu halde FSEK m. 68 uyarınca talep edilen bedelin indirileceği ifade edilmektedir. Buradaki “bedel” ibaresi ile FSEK m. 68 hükmündeki hangi bedelin ifade edildiğine dair doktrindeki fikir ayrılığından ve kendi kanaatimizden yukarıda bahsetmiş olduğumuzdan, bu açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁰⁹.

FSEK m. 70/III hükmü uyarınca talep edilebilecek olan, fikri hakkı ihlal eden kişinin bu hakkın ihlali ile elde etmiş olduğu kazançtır. Burada FSEK m. 68 hükmündeki gibi bu kazancın üç katının talep edilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bunun yanında, FSEK m. 70/ III hükmü uyarınca kazanç devri talebinde bulunulması halinde, FSEK m. 68 hükmünde olduğu gibi hak ihlalinde bulunan kişiye herhangi bir hak iktisabı imkânı sağlanmamaktadır¹¹⁰. Ayrıca FSEK m. 68 uyarınca ref talebinde

¹⁰⁸ Tekinalp, a.g.e., s. 333.

¹⁰⁹ Bkz. Yuk., s. 35 ve devamı.

¹¹⁰ Üstün, a.g.e., s. 405.

ve üç kat bedel talebinde bulunulması için, dava açıldığı sırada ihlalin devam ediyor olması gerekmektedir¹¹¹. FSEK m. 70/III hükmüne dayalı kazanç devri talebi bakımından ise, böyle bir gereklilik söz konusu değildir.

Birden fazla fikri hakkın ihlal edilmesi halinde, ihlal edilen tüm haklar için FSEK m. 70/III hükmü uyarınca kazanç devri talebinde bulunulabilir; böyle bir durumda ihlal edilen bir hak için FSEK m. 70/III uyarınca kazanç devri talebi, ihlal edilen diğer hak için FSEK m. 68 uyarınca uygun bedelle devir veya sözleşme miktarının üç katı talep edilebilir¹¹². Bu durumda talepler farklı hakların ihlali fiilinden kaynaklandığı için FSEK m. 68'deki bedelin indirilmesi konusu gündeme gelmeyecektir. Zira birbirinden bağımsız olan hakların ihlal edilmesi halinde, ödetmede tekerrür söz konusu olmayacaktır¹¹³. Örneğin, bir yazara ait kitabın izinsiz olarak çoğaltılıp yayılması ve sinemaya uyarlanması halinde ihlal edilen çoğaltma hakkı bakımından FSEK m. 68/II çerçevesinde, sinemaya uyarlanma nedeniyle ise işleme hakkı bakımından FSEK m. 70/III çerçevesinde talepte bulunulabilir. Bu durumda talepler farklı hakların ihlalinin kaynaklandığından, bedel indirilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Fikri hakkı ihlal eden kişinin elinden çıkarmış olduğu nüshalar bakımından FSEK m. 70/III hükmü uyarınca kazanç devri, elinde kalan nüshalar bakımından FSEK m. 68/II hükmü uyarınca uygun bedelle devir veya sözleşme yapılmış olması durumunda istenebilecek miktarın üç katı talep edilebilecektir¹¹⁴. Bu durumda taleplerin dayanağı olan nüshalar birbirinden farklı olduğundan, ayrı kanun hükümlerine dayanan talepler birlikte ileri sürülebilir. Uygun bedelle devralınan veya sözleşme miktarının üç katı alınan nüshalar yasal nüsha haline gelirken, kazanç devri talep edilen nüshaların yasal olmayan niteliği devam edecektir¹¹⁵.

Esere ilişkin bir mali hakkın ayrı alt türlerinin ihlal edilmesi halinde, ayrı ayrı FSEK m. 70/III ve FSEK m. 68/II talebinde bulunulabilecektir ve burada bedel

¹¹¹ Arkan Serim, "Fikri Hak İhlalleri ve Davaları", s.73-74.

¹¹² Üstün, **a.g.e.**, s. 410.

¹¹³ Üstün, **a.g.e.**, s. 425.

¹¹⁴ Üstün, **a.g.e.**, s. 404.

¹¹⁵ Üstün, **a.g.e.**, s. 404.

indirimi uygulanmasına yer olmayacaktır¹¹⁶. Örneğin, bir sinema eserinin izinsiz olarak çoğaltılması halinde, çoğaltılan nüshaların bir kısmı CD, diğer kısmı DVD ise; bu durumda hak sahibi izinsiz çoğaltılmış olan CDler için FSEK m. 68/II çerçevesinde, DVDler için ise FSEK m. 70/III çerçevesinde talepte bulunabilecektir. Bu durumda taleplerin dayanağı aynı nüshalar olmadığından, kazanç devri talebi hesaplanırken FSEK m. 68 hükmündeki bedelin indirilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir örnek olarak, sinema eserinin İstanbul’da ve Ankara’da çoğaltılmış nüshaları bakımından da ayrı ayrı taleplerde bulunulabilir. Bu durumda da taleplerin dayanağı olan nüshalar ayniyet teşkil etmemektedir.

FSEK m. 68/II hükmündeki çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasına ilişkin talep parasal nitelikte olmadığından; bu talebin FSEK m. 70/III hükmündeki kazanç devri talebi ile birlikte ileri sürülmesi mümkündür¹¹⁷.

Hak sahibi bir hakkın ihlali halinde hem FSEK m. 68 hükmü yarıncı uyarınca üç kat bedel hem de FSEK m. 70/III hükmü uyarınca kazanç devri talep etmiş ise, hükmedilecek olan miktar, bu taleplerden yüksek olandan daha fazla olamayacaktır¹¹⁸. Bu konuda bir Yargıtay kararında davacının terdiden ileri sürdüğü FSEK m. 68 ve 70/III’ e dayanan taleplerinden yüksek olanını isteme hakkı olduğunu ifade eden yerel mahkeme kararını onamıştır¹¹⁹. Davacının hem 68 hem 70. maddeye dayanması ancak

¹¹⁶ Üstün, **a.g.e.**, s. 430.

¹¹⁷ Üstün, **a.g.e.**, s. 427.

¹¹⁸ Üstün, **a.g.e.**, s. 410.

¹¹⁹ “...Mahkemeye; toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre; davacının sahibi olduğu “Çevre Hakkı” adlı eserin davalılar tarafından esas sahibinden izin alınmaksızın promosyon amacıyla orijinalinden daha eksik sayfa ile, dipnot ve referanslar yer almaksızın ve eser sahibinin soyadı değiştirilerek basılıp dağıtıldığını, davacının FSEK 68 ve 70/3. maddelerine dayanan taleplerinden yüksek olanını isteme hakkı olduğu, MK. 24/a maddesi uyarınca talep edilen miktardan 190.442.710 TL lık kısmın kabule şayan olduğu ve davanın projenür olması, orijinallerinin bozulacak şekilde eserin tahrif edilerek basılıp dağıtılması sonucunda bilimsel değerinin azaldığı ve davacının bilimsel kariyerinin olumsuz şekilde etkilendiği, soyadının Kaboğlu yerine Kabaoğlu olarak yazıldığı, tüm bu hususların MK.nun 24/4 BK.nun 49. ve FSEK 14 - 15 - 16 maddeleri uyarınca manevi haklarının ağır ihlali oluşturduğu, 150.000.000 TL manevi ödencenin yerinde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne; 1.500.000.000 TL FSEK 68 ve 70/3 uyarınca maddi ödençe 190.442.710 TL MK. 24a/2 uyarınca maddi ödençe, 150.000.000 MK. 24/a BK. 49 ve FSEK. 14.15.16. ve 70/1 uyarınca manevi ödençe olmak üzere toplam 1.840.442.710- TL nin 21.4.1995 tarihinden itibaren değişen oranlı reeskont faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

bu taleplerini açıklamaması halinde ise, kanaatimizce hâkimin TBK m.60¹²⁰ uyarınca en iyi giderim imkânı sağlayan hükme göre karar tesis edebileceğinin kabulü yerinde olacaktır.

Yargıtay'ın FSEK m. 68 ve 70/III ilişkisi konusundaki diğer bir kararında ise, telif tazminatı ve kazancın devri talebini birlikte ileri süren davacıya talebini açıklaması için süre verilmesi ve akabinde rayiç bedel tespiti ve sonrasında bilirkişi raporu alınması suretiyle karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²¹. Bu taleplerin birlikte ileri sürülmesi halinde, talepler arasındaki organik bağlantı da dikkate alınarak, mahkemece davacıya talebinin açıklattırılması ve bu doğrultuda hüküm kurulması uygun olacağı kanaatindeyiz.

FSEK m. 68 ve 70/III hükümlerinde düzenlenen talepleri birbirine karıştıran yerel mahkeme kararını bozan bir Yargıtay kararında m. 70/III uyarınca devri talep edilen kazancın m. 68'de yer alan düzenlemeye göre artırılarak uygulanamayacağını

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve mahkemece tazminatın FSEK'in 70 maddesi uyarınca hüküm altına alındığı açıkça anlaşılmış olmasına göre davacı tarafın bu yöne ilişkin davalı tarafından ise tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 31.03.1997, E. 1997/1850 ve K. 1997/1313 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 16 Mart 2011.

¹²⁰ TBK m. 60 hükmü şu şekildedir:

"1. Sebeplerin yarışması

MADDE 60- Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."

¹²¹ "...Davacı, "Türkiye Cumhuriyeti İnkılap Tarihi ve Atatürkçülük" adlı müşterek eserinin davalı tarafından FSEK hükümlerine aykırı olarak davalı tarafından basımının ve yayımının yapıldığını ileri sürerek, tazminat talep etmiştir. Dava dilekçesinde, davacı uğradığı zarar nedeniyle telif tazminatı ve FSEK.nun 70/3 ncü madde uyarınca, basımı yapılan kitap nedeniyle davalının elde ettiği kazancın tahsilini talep etmiştir. Davacı 11.01.1982 tarih ve 01081 nolu noter senedi ile basım hakkı davalıya verilen eserin basımına artık muvafakat etmediğini 08.08.2000 tarihli ihtar ile davalıya bildirmiştir. FSEK.nun 68/2 nci maddesinde, eserin hak sahibinin izni olmadan çoğaltılması ve yayımlanması olağan telif ücretinin üç kat fazlası ile talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, mali ve manevi hakları ihlal edilen kimse FSEK.nun 70/3 ncü madde hükmü uyarınca, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde, 68 nci madde hükmüne göre talep edilen bedel indirilir. Bu açıklamalar karşısında, davacının FSEK .nun 70 nci maddesi hükmüne göre talep ettiği tazminat miktarının açıklaması için davacı vekiline süre verilmesi ve ilgili meslek kuruluşundan rayiç bedel tespit edilmesi ile, uzman bilirkişi kuruldan rapor alınması suretiyle, oluşacak sonuç çerçevesinde bir hüküm verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması yerinde görülmemiş ve kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nin T. 01.12.2003, E. 2003/4292 ve K. 2003/11261 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 914-915.

açıklamıştır¹²². Kanunun uygulaması çerçevesinde arayışların olduğu sırada mahkemelerin verdiği hatalı kararların Yargıtay'ın açıklamalı içtihatları ile düzeltildiğini görüyoruz.

FSEK m. 70/III uyarınca devri talep edilen kazanç bedelinin üç kat şeklinde hesaplanması mümkün değildir. Sadece FSEK m. 68'de özel olarak düzenlenmiş ve kendine özgü mahiyetteki tazminat açısından, sözleşme bedeli veya rayiç bedelin en

¹²² “..Davacı vekili, tanınmış bir şair olan müvekkilinin ‘Alacakaranlıktaki Ülke’ adlı kitabındaki ‘Bugün de Ölmedim Anne’ başlıklı şiirinin davalılar tarafından müzik eseri halinde işlenecek ‘Sevgi Duvarı’ adlı kasette şairin ismi belirtilmeksizin ve izinsiz olarak kullanıldığını ve Türkiye düzeyinde pazarlandığını, müvekkilinin mali ve manevi haklarına tecavüz edildiğini ileri sürerek FSEK m.70/1 gereği 25.000.000 TL (manevi hakları için) FSEK. m. 70/2 gereğince mali hakları için 10.000.000 TL, FSEK .m. 70/3 gereğince mali hakları için ‘kar payı olarak’ 5000.000.000 TL tazminat alacakları bulunduğunu, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik toplam 50.000.000 TL’ nın olay tarihinden itibaren iskonto haddi üzerinden faizi ile birlikte davalılardan tahsiline, yayının durdurulmasına, kasetlerin toplatılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davacı vekili, bu dava ile birleştirilen davada saklı tuttuğu haklarına ilişkin olarak bakiye 87.500.000 TL tazminatın davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Ahmet Kaya vekili, dava dilekçesinin müvekkiline tebliğ edilemediğini tebligatın diğer davalının adresine çıkarıldığını, davalıların ikametgâh yeri ve kasetin üretildiği yer İstanbul olduğundan davanın yetkisiz mahkemede açıldığını, istenen miktarın fahiş olduğunu, makul bir telif hakkının davacıya ödeneceğini beyan ederek davanın reddini istemiş, diğer davalının da vekâletnamesi olmasına rağmen o davalı adına cevap vermemiştir.

Mahkemeye; iddia, savunma, dosyadaki yazılı kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran davalı Ahmet Kaya vekilinin yetki itirazının süresinde olmadığı, davacıya ait şiirin davalıların üretilip satışa sunduğu müzik kasetinde davacının ismi belirtilmeksizin izinsiz olarak yayımlandığı, böylece FSEK’ dan mali ve manevi haklarının tecavüze uğradığı, davacının isteyebileceği maddi tazminatın 120.763.635 TL olduğu ve ayrıca 15.000.000 TL manevi tazminata hükmedilmesinin uygun bulunduğu, faiz başlangıç tarihi olarak ihtarname tarihi olan 21.12.1990 tarihinin kabul edildiği, zira davacı vekilinin olay tarihinin daha önce olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile asıl davada 25.000.000 TL maddi, 15.000.000 TL manevi tazminatın, birleşen davada 87.500.000 TL maddi tazminatın 21.12.1990 tarihinden itibaren %48 reeskont faiziyle birlikte davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı ve davalı Ahmet Kaya vekili temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Ancak, davacıya ait şiirin, izinsiz olarak müzik kasetinde okunması ve böylece davalılar tarafından kullanılması ve pazarlanması nedeniyle davacının uğradığı kazanç kaybı bilirkişi heyetince 80.509.090 TL olarak belirlenmiş ve bu miktar mahkemeye de kabul edilmiştir. Buna rağmen, mahkemeye, bu miktar %50 oranında artırılarak ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulmuştur. Hüküm altına alınan bu alacak FSEK. 70/3 maddesine göre, davalı tarafın temin ettiği karın karşılığıdır. Davacının talebi, bu maddede düzenlenen ve davalının temin ettiği kara, diğer bir deyişle, kendisinin mahrum kaldığı kazanç yönelik olduğuna göre, hesaplanan bedelin FSEK. nun 68. maddesi uyarınca %50 artırılması mümkün değildir. FSEK.nun 68. Maddesindeki artırım sadece telif ücreti talep edilmesinde halinde mümkün olur. Olayımızda ise böyle bir durum yoktur. Bu hususlar nazara alınmadan yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 09.05.1994, E. 1993/5657 ve K. 1994/3992 sayılı kararı, Suluk/Orhan, **a.g.e.**, s. 917-918.

çok üç katı şeklinde hesaplama yapılabilir. Aynı husus diğer bir Yargıtay kararında şu şekilde açıklanmıştır:

“...2- Öte yandan, davada maddi tazminat istemi FSEK’ nun 70/2,3’ üncü maddelerine dayandırıldığı halde, FSEK 68’ inci maddesi kapsamında tazminat hesabı yapılması yanlış olduğu gibi, yapılan hesap tarzının da doğru olduğundan söz edilemez. Şöyle ki; FSEK’ nun 68’ inci maddesi hükmü uyarınca istenebilecek tutar olağan telif ücretinin üç katı olup, FSEK 70’ inci maddesi kapsamında kalan karın üç katı esas alınarak yapılan hesaplama açıkça yasaya aykırılık teşkil etmektedir...”¹²³

Hak sahibinin FSEK m. 68 hükmündeki üç kat bedel talebi ile FSEK m. 70/III hükmündeki kazanç devri talebi arasında seçim yapmak konusunda karar verememesi halinde, daha uygun olanı üst sıraya yazarak, terditli şekilde talepte bulunması mümkündür¹²⁴. Bu şekilde terditli talepte bulunulması, hak sahibinin daha lehine olabilecek tazmin mekanizmasının somut olayın özelliklerine göre yargılama sırasında tespit edilmesini sağlayabilecektir. Özellikle kazanç devri talebindeki elde edilen kazancın ispatı meselesi noktasında terditli talepte bulunmanın hak sahibinin lehine olabileceği kanısındayız.

2. Kazanç Devri Yaptırımı ve Manevi Tazminat

Hak sahibinin manevi hakkının ihlali halinde tecavüzde bulunanın kusuru varsa ve diğer şartlar gerçekleşmişse¹²⁵, hak sahibi manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu durumda hak sahibinin manevi tazminat ile birlikte FSEK m. 70/III hükmüne dayanan kazanç devri talebini de ileri sürebilecektir¹²⁶.

¹²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 23.11.2004, E. 2004/290 ve K. 2004/11399 sayılı kararı, Erdil, **a.g.e.**, s. 1329.

¹²⁴ Üstün, **a.g.e.**, s. 333.

¹²⁵ Bkz. Yuk. s.48 ve devamı.

¹²⁶ Hatemi, **Borçlar Özel Hukuku**, Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Özel Hukuku Eki (Tek numaralı öğrenciler için), İstanbul, Filiz, 1998, s. 18; Hatemi, **a.g.e.**, s. 115; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 85-86; Erdem, **a.g.e.**, s. 188; Arkan, **a.g.e.**, s. 296; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334; Durgut, **a.g.m.**, s. 1094; Öztan, **a.g.e.**, s. 678.

Bu taleplerin yığılması, manevi tazminat ile kazanç devri yaptırımının ayrı işlevlere sahip olmasından ileri gelmektedir; zira kazanç devri yaptırımı ile fikri hakkın kullanımından elde edilen kârın hak sahibine iadesi amaçlanırken, manevi tazminat ile manevi ve/veya mali hakkın ihlal edilmesi nedeniyle uğranılan manevi zararın giderilmesi amaçlanmaktadır¹²⁷. Örneğin; dünyaca ünlü bir sanatçıya ait heykeli, izinsiz olarak çoğaltıp sokak tezgâhlarında satan kişiden, eser sahibi hem kazanç devri talebinde bulunabilir hem de eserinin bu şekilde sokaklarda satılmasından duyduğu üzüntüyü hafifletmek için manevi tazminat talebinde bulunabilir.

FSEK m. 70/I hükmünde yapılan değişiklikten sonra, hükmün açık ifadesi karşısında manevi hakların ihlali halinde, FSEK hükümleri çerçevesinde maddi tazminat talep etme imkânının ortadan kaldırıldığı ifade edilmiş idi. Bu durum karşısında manevi hakları ihlal edilen hak sahibi FSEK m. 70/I çerçevesinde manevi tazminat talep ederken; FSEK m. 70/III çerçevesinde bu hakkın ihlali ile elde edilmiş olan kazancın kendisine verilmesini talep edebilecektir. Tabi ki, bu durumda TBK hükümleri uyarınca maddi tazminat talep etme imkânı da bulunmaktadır. Ancak manevi hakkın ihlali nedeniyle uğradığı maddi zararını ispat etmek yönünde çabalamak istemeyen hak sahibi bakımından kazanç devri talebi bir alternatif oluşturabilecektir.

Bu açıklamadan da anlaşıldığı gibi, manevi hakkın ihlali halinde talep edilebilecek manevi tazminat ile TBK'ya dayanan manevi tazminat birbirinden farklıdır. Eser sahipliğine dayanan manevi hak ihlali halinde tazminat talebi için kişilik haklarının da ihlal edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır¹²⁸. Kişilik hakkı ihlali de söz konusu ile TBK' dan kaynaklanan manevi tazminat talebi, FSEK'den kaynaklanan manevi tazminat talebi ile birlikte ileri sürülebilecektir.

¹²⁷ Bilgehan, **a.g.e.**, s. 137; Arkan, **a.g.e.**, s. 296; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334, Öztan, **a.g.e.**, s. 678.

¹²⁸ Yurduseven, **a.g.e.**, s. 102.

3. Kazanç Devri Yaptırımı ve Maddi Tazminat

Kazanç devri yaptırımı ile maddi tazminat birbirinden ayrı amaçlara hizmet etmektedir. Kazanç devri davasında tecavüze uğrayanın zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın tecavüzde bulunanın mal varlığındaki artışın hak sahibine devri amaçlanırken; maddi tazminat davası yoluyla hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin zararının giderilmesi sağlanmaktadır. Maddi tazminat talebi TBK’da düzenlenen tazminat davası koşullarına göre değerlendirilecek ve hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağının mevcudiyeti aranacaktır.

Kazanç devri yaptırımı ile maddi tazminat yaptırımı arasındaki ilişki bakımından, FSEK m. 68 hükmündeki taleplerin aksine, kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususun maddi zararın ne şekilde ortaya çıktığı dikkate alınarak incelenmesi açıklayıcı olacaktır.

Mali ve/ veya manevi hakkın ihlal edilmesi halinde maddi zararın fiili zarar ve/ veya yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Yoksun kalınan kârdan bahsedilebilmesi için; hak sahibinin eserden kazanç elde etmeyi umut etmiş olması ve hak sahibinin iştilal konusunun ihlal edilen hak ile ilişkili olması gerekmektedir¹²⁹. Örnek olarak, bir yazarın eserinin izinsiz olarak çoğaltılıp piyasaya sürülmesi durumunda, yazar yoksun kalınan kâr olarak çoğaltma ve yayma haklarına ilişkin mali hak bedelini isteyebilecektir. Yazarın bu mali hakların bedelinden daha fazla kârdan yoksun kaldığını, eserini kendisinin çoğaltıp piyasaya sürerek kazanacağını iddia etmesi halinde bu koşullara uygun durumunu ispat etmesi gerekecektir. Eser sahibinin mali hakkını, ticari amaçla devralan mali hak sahiplerinin ise böyle bir durumu ispatta zorluk çekmeyecekleri aşikârdır¹³⁰.

Zararın yoksun kalınan kâr olarak oluştuğu durumlarda ya maddi tazminat ya da kazanç devri talep edilebilir¹³¹. Yani hak sahibinin uğradığı zarar sadece yoksun kalınan kârdan oluşmaktaysa hem maddi tazminat hem de kazanç devri talebi birlikte

¹²⁹ Üstün, **a.g.e.**, s. 384.

¹³⁰ Üstün, **a.g.e.**, s. 385.

¹³¹ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 86; Arkan, **a.g.e.**, s. 296; Durgut, **a.g.m.**, s. 1094, Bellican, **a.g.e.**, s. 561.

ileri sürülemez. Hak sahibi, yoksun kaldığı kârın ihlalde bulunanın elde ettiği kazançtan fazla olması halinde zararını ve ihlalde bulunanın kusurunu ispatlayabiliyorsa haksız fiili temeline dayanan maddi tazminat talebini ileri sürmelidir¹³². İhlalde bulunan kişinin elde ettiği kâr, hak sahibinin yoksun kaldığı kârdan fazla ise, hak sahibi zarar ve kusur ispatı ile uğraşmadan kazanç devri talebini ileri sürmelidir¹³³.

Ancak, maddi tazminat ve kazanç devri talepleri farklı hak ihlallerine ilişkin ise, bu taleplerin birlikte istenmesi mümkün olabilecektir¹³⁴. Zira burada farklı ihlallerden kaynaklanan, farklı talepler söz konusudur. Örneğin, bir müzik eserinin izinsiz olarak işlenmesi ve yayınlanması halinde; bir hakkının ihlali bakımından maddi tazminat, diğer hakkın ihlali bakımından kazanç devri talebinde bulunulabilecektir.

Zararın fiili zarar şeklinde oluşması halinde ise, kazanç devri talebi ile fiili zararın giderilmesine yönelik maddi tazminat talebi birlikte ileri sürülebilecektir¹³⁵. Yani hak sahibinin ortaya çıkan zararı fiili zarardan ibaretse, fiili zararın tazmini ile kazanç devri talebi birlikte istenebilir¹³⁶. Zira, kazanç devri talebi zarar kavramından bağımsızdır. *Hatemi* ise bu konuda, maddi tazminat talebi ile kazanç devri talebinin her iki halde de birlikte istenemeyeceğini, bu talepler arasında yarışma söz konusu olduğunu ifade etmektedir¹³⁷.

Doktrinde kazanç devri ile hak sahibinin fiili zararı ve yoksun kaldığı kârın karşılanması halinde artık maddi tazminat talebinde bulunulamayacağı; zarar bu şekilde karşılanamıyor ise tazminat talebinde bulunulabileceği ifade edilmektedir¹³⁸. *Ayiter* bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“...Haksız fiile uğrayan hem tazminat hem de karın devrini istemişse sonuçta bunlardan miktar itibariyle daha yüksek olanıyla yetinmeye mecburdur; çünkü

¹³² Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 63.

¹³³ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 63.

¹³⁴ Üstün, **a.g.e.**, s. 435.

¹³⁵ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 63; Arkan, **a.g.e.**, s. 296; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 334, Bellican, **a.g.e.**, s. 561.

¹³⁶ Eda Candan, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Tazminat Davaları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Kadirhas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 99.

¹³⁷ Hatemi, **Ek**, s. 18; Hatemi, **a.g.e.**, s. 115.

¹³⁸ Akın, **a.g.m.**, s. 144; Yasaman, **a.g.m.**, s. 816; Erel, **a.g.e.**, s. 349.

eğer karın devriyle zarardan fazla bir miktar elde edebiliyorsa, mamelekinde haksız fiil yüzünden bir eksilme yoktur...”¹³⁹

Maddi tazminatın fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olarak talep edilmesi halinde, bununla birlikte kazanç devri talebinin ileri sürülmesi mümkün değildir. Eser sahibinin yoksun kaldığı kâr ile eser sahibinin hakkını ihlal eden kişinin elde ettiği kâr eşdeğer tutulmuş, aynı kalemin mükerrer talep edilmesine cevaz verilmemiştir¹⁴⁰. FSEK m. 70/III hükmündeki “*tazminattan başka*” ifadesi ile belirtilmek istenen “*tazminatın veya kârın devrinin*” talep edilebileceğidir¹⁴¹.

¹³⁹ Ayiter, **a.g.e.**, s. 263.

¹⁴⁰ Yurduseven, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁴¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335; Öztan, **a.g.e.**, s. 678. Azra Arkan Serim, “başka” ifadesini “onun yerine” olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Arkan Serim, “Fikri Hak İhlalleri ve Davaları”, s.74.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAZANÇ DEVRİ DAVASINDA TARAFLAR, ZAMANAŞIMI İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

A. Davanın Tarafları

1. Davacı

FSEK m. 70/III hükmü çerçevesinde kazanç devri talebine yönelik olan davayı, manevi ve/veya mali hakları haleldar olan hak sahibi açabilir. Bu bağlamda öncelikle eser sahibi bu haklara sahiptir. Eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Eser sahipliğinde “yaratma ilkesi” fikri çabanın eser olarak kabul edilmesinde aranan “hususiyet” unsuru ile doğrudan ilgilidir¹. Birden fazla kişinin ortak yaratımıyla meydana getirdikleri eser bakımından ise, FSEK m. 9 veya 10²’a göre hak sahipliği söz konusu olacaktır. Diğer yandan FSEK’de düzenlenmiş olan bağlantılı hak sahipleri ve yetki verilmiş olması halinde meslek birlikleri bu davada davacı olabilirler³. Yargıtay FSEK m. 70/III’e dayalı tazminatın da talep konusu olduğu bir kararında meslek birliklerinin dava konusu olan ihlal tarihi itibarıyla faaliyet iznine sahip olup

¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.180. Yapay zeka tarafından meydana getirilen eserler bakımından eser sahipliği hakkında kısa yorum için bkz. Yurduseven, **a.g.e.**, s. 109-110.

² “II. Eser Sahiplerinin Birden Fazla Oluşu:

MADDE 9 - Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm malî hakların kullanılmasında da uygulanır.

III. Eser Sahipleri Arasındaki Birlik:

MADDE 10 - Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir.

Birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muameleye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir. Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir.

Bir eserin vücuda getirilmesinden yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez.

Birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasa aksine öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır. Sinema eseri ile ilgili haklar saklıdır.”

³ Arkan, **a.g.e.**, s. 297.

olmadıklarının araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁴. Aynı doğrultuda, meslek birlikleri talep konusu edilen ihlal tarihi itibarıyla ilgili hak sahibinin haklarını takibe yetkili olmalıdır.

Eser sahibinin haklarına ilişkin devir veya lisans sözleşmesi akdetmesi halinde, hak sahiplerinin de davacı olması söz konusu olabilecektir. Esere ilişkin manevi veya mali hakkın kullanılmasının devredilmiş olduğu durumlarda, davacı sıfatı hak sahibinde kalmaya devam etmektedir. Ancak mali hakkın devredildiği durumlarda, artık davayı hakkı devralmış olan kişi açabilecektir⁵. Doktrinde üçüncü kişilerce haklarına tecavüz edilen lisans alanların da kendi haklarını koruyabilecek derece dava hakkına sahip olması gerektiği ifade edilmektedir⁶. Biz de bu hakkın tam (münhasır) lisans sahiplerine tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Hak sahibinin ölümü halinde ise, esere ilişkin haklar terekeye dâhil olacağından; bu haklara ilişkin kazanç devri davasında davacı olabilecek olanlar

⁴ “...Gerek 5846 sayılı FSEK'nin 41. ve 52. maddeleri gerekse bu hususta yayınlanan yönetmelik ve tüzük hükümleri uyarınca ilgili alandaki meslek birliği üyelerinden yetki belgesi almakla, bu belgede belirtilen eserlerle ilgili mali hak takibine yetkili olduklarından, şayet eser sahibinin meslek birliğine yetki devri yaptığı tarihten önceki tarihte bir ihlal gerçekleşmiş ise, bu ihlal hakkında hak takibinde bulunmalarına bir engel yoktur. Bu bakımdan mahkemenin dava dışı Nesrin'in davacı meslek birliğine üye olduğu 21.11.2007'den önce gerçekleşen baskılardaki ihlal eylemlerinden dolayı davacının işbu davayı açmakta yetkili bulunmadığına dair görüşü isabetli değildir. Ne var ki yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca, meslek birlikleri Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan alınacak faaliyet iznine dayalı olarak üyelerinin hak ve menfaatlerini takip yetkisine sahip olacaklarına göre, yasa ile ancak kendilerine tanınan faaliyet izni sonrasında gerçekleşen ihlaller nedeniyle takip yetkisine sahip olup, bu tarihten önceki tarihleri kapsayan ihlaller bakımından 5846 sayılı FSEK'nin 42. vd. maddeleri uyarınca, hak takibine yasal yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, Dairemizin 02.05.2011 tarih, 2009/12371 Esas, 2011/5325 Karar sayılı ilamı ile de aynı ilke açıklanmıştır. Bu durumda, davacı meslek birliğinin faaliyet izninin alındığı tarihin belirlenerek, dava dilekçesinde belirtilen ihlal eylemlerinin bu tarih öncesinde veya sonrasında gerçekleşip gerçekleşmediği hususu belirlendikten sonra, davacı meslek birliğinin aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın açıklanan nedenlerle iki taraf yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 10.01.2013, E. 2011/14698 ve K. 2013/368 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 297.

⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 235. Nal/ Suluk (Karasu) da tam lisans sahibinin FSEK'deki hukuk davalarını açabileceğini belirtmektedir. Nal/ Suluk (Karasu), **a.g.e.**, s. 145. Demirbaş da tam lisans sahibine dava hakkı tanıyan açık bir düzenlemenin gerektiği görüşündedir. Lisans sahiplerinin dava hakkı bakımından doktrindeki görüşlere detaylı biçimde yer verildiği çalışma için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 231- 237.

mirasçılardır⁷. Zira, terekeye dâhil olan mali haklar bakımından artık yeni hak sahipleri mirasçılardır.

2. Davalı

Genel kural olarak FSEK’de düzenlenmiş olan hukuk davaları manevi ve/veya mali haklara saldırıyı gerçekleştirmiş olan kişiye karşı açılır⁸. Bu genel kurak FSEK m. 66/I hükmünde manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kişinin tecavüz edene karşı ref davası açabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Tecavüzün ref’ine ilişkin hükümde yer alan bu kuralın diğer hukuk davaları bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir⁹.

FSEK m. 70/III hükmü çerçevesinde açılacak olan davada, davacı esere ilişkin manevi ve/veya mali hakkı ihlal ederek kendi yararına kazanç elde etmiş olan kişidir.

Kazanç devri talebine ilişkin davada FSEK m. 66/I fıkrası gibi II. fıkrası da kıyasen uygulanır¹⁰. FSEK m. 66/II uyarınca bir işletmenin temsilcisi veya çalışanı tarafından ihlal gerçekleştirilmesi halinde işletme sahibi de davalı gösterilebilir. Bu fıkranın kıyasen uygulanması ile manevi ve/veya mali hakkı ihlal ederek kazanç elde eden kişinin bir işletmenin çalışanı olması halinde, bu işletmenin sahibinden de elde ettiği kazancın devredilmesi talep edilebilir.

B. Zamanaşımı

Bu kısımda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme çerçevesindeki taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin tartışmaya değinmekte fayda vardır. Zira çalışmamızda incelendiği gibi¹¹ kazanç devri yaptırımı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temeline dayanmaktadır.

⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 297.

⁸ Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 224.

⁹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 209-210, Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 224.

¹⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335, Öztan, **a.g.e.**, s. 680.

¹¹ Bkz. Yuk. I. Bölüm, B başlığı altındaki açıklamalarımız.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye iş sahibinin taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı konusunda, bir görüş bu taleplerin BK m. 125 hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündedir¹². 04.06.1958 tarihli, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı da bu yöndedir¹³. BK'daki bu hüküm TBK m. 146'da aynı yönde “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Diğer bir görüş, vekâletsiz iş görmeye ilişkin taleplerin, vekâlet akdinden kaynaklanan davalarda olduğu gibi BK m. 126/IV (TBK m. 147/V) hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündedir¹⁴. Bu görüş Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.05.1938 tarihli kararına dayanmaktadır¹⁵.

Doktrinde genel kabul edilen görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı fiil niteliğinden yola çıkarak burada TBK m. 72 hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir.¹⁶

Kazanç devri talebine ilişkin davada zamanaşımı süresine ilişkin olarak da, doktrinde genel kabul gören görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temeline dayanan bu istemin hukuka aykırı fiiller bakımından uygulanan TBK. 72 hükmünde öngörülmüş olan iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündedir¹⁷. Bizim görüşümüz de aynı yöndedir. Bu doğrultuda, zamanaşımı süresi zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve her halde manevi ve/veya mali hakkın ihlali fiilin gerçekleşmesinden itibaren on yıldır.

TBK'nın yürürlüğe girmesi ile BK'da haksız fiilden kaynaklanan talepler bakımından öngörülen kısa zamanaşımı süresinin bir yıldan iki yıla çıkarılmış olması

¹² Şakir Berki, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 184.

¹³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun T. 4.6.1958, E. 1958/15 ve K. 1958/6 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 15 Eylül 2011.

¹⁴ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s.496; Hüseyin Hatemi, “Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 389.

¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun T. 25.5.1938, E. 1937/29 ve K. 1938/10 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 15 Eylül 2011.

¹⁶ Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 317; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 59; Zevkiler /Havutçu, **a.g.e.**, s. 353; Yavuz, **a.g.e.**, s. 751.

¹⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 298, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335, Öztan, **a.g.e.**, s. 680; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.465.

olumlu bir gelişmedir. Ancak Beşiroğlu'nun ifade ettiği, fikri hukuk alanının özel durumu gereği bu zamanaşımı süresi daha da uzun tutulmalıdır:

“...Düşünce ürünleri üzerindeki haklara yapılan tecavüzler karşısında hak sahiplerinin hukuk yollarına başvurularının kısa bir zaman aşımı süresi ile kısıtlanmış olması, gerçekte, düşünce ürünlerine özel bir beceri ile tecavüz eden ve tecavüzün kısa bir süre içinde anlaşılabilmesini saklayabilme yöntemlerini geliştiren eylem sahibinin, zamanaşımı nedeniyle ödüllendirilmesi ve tecavüzlerini benzer beceri ile, hatta daha da geliştirilmiş yöntemlerle sürdürebilmesi için özendirilmesi ve tecavüz dolayısıyla elde edilmiş olan haksız yararın, bir bakıma, yasallaştırılması anlamını taşıyacaktır.”¹⁸

Hak ihlali devam ettiği sürece zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamayacağını belirtmek isteriz. Hak ihlali devam ettiği sürece eser sahibinin zararı belli olamayacaktır, zarar devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeyecektir¹⁹. Bu husus bir Yargıtay kararında eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkı ihlal edilerek piyasaya sürülen ürünler piyasada bulundukça zamanaşımının işlemeyeceği gayet açık ve doğru şekilde ifade edilmiştir²⁰.

C. Görevli Mahkeme

FSEK uyarınca açılacak olan davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi FSEK m. 76/I hükmü ile düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm şu şekildedir: “*Bu Kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve Kanunda gösterilen cezaya bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama*

¹⁸ Akın Beşiroğlu, **Fikir Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 737.

¹⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 455.

²⁰ “..Bir eserden çoğaltma yolu ile yararlanma hakkı sadece ve münhasıran eser sahibine ait olduğu gibi FSEK 15 nci maddesi uyarınca eser sahibi olarak tanıtılma hakkı da eser sahibinin vazgeçemeyeceği manevi haklardan olup, davalının, davacıya ait Ney Metodu isimli eserini, fotokopi yapmak ve bunun üzerine kendi adını yazmak suretiyle davacının mali ve manevi haklarını ihlal ettiği, davalı eyleminin FSEK 71 ve 72 nci maddelerde yazılı suçları oluşturduğu ve haksız eylem sürdükçe ve haksız eyleme konu ürünler piyasada bulundukça zamanaşımı işlemeyeceği anlaşıldığından, dava dosyası içerisindeki bilgi ve bilgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir..” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T. 9.10.2000, E. 2000/6431 ve K. 2000/7566 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 15 Eylül 2011.

faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.”

Dolayısıyla FSEK anlamında eser niteliğindeki fikri ürünlere ilişkin kazanç devri talebi özel yetkili Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri’nde görülecektir. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri’nin bulunmadığı illerde ise, bu davalar Asliye Hukuk Mahkemeleri’nde görülecektir.

Fikri hukuka ilişkin kuralların amacına uygun şekilde ve etkili olarak uygulanabilmesi bakımından, düzgün ve hızlı şekilde işleyen uzman yargı makamının varlığı zaruridir²¹. Bu bakımdan günümüzde sadece büyük illerde bulunan ihtisas mahkemeleri, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların önemi ve artışı dikkate alınarak, yaygınlaştırılmalıdır. Bu alanda uzman yargı makamlarının, fikri hukuk mevzuatının sağladığı korumaların daha etkin biçimde kullanılabilmesini sağlama noktasında asli önemi bulunmaktadır.

D. Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkemenin tespiti konusunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır²². 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun²³ m. 6 hükmüne göre, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkemedir. Birden fazla davalı bulunması halinde HMK m. 7 uyarınca dava bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilecektir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar bakımından ise HMK m. 9 uyarınca genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki

²¹ Beşiroğlu, **a.g.e.**, s. 705.

²² Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 223; Arkan, **a.g.e.**, s. 298, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 336.

²³ R.G., T. 04.02.2011, S. 27836.

hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.

Temelinde haksız fiil niteliği taşıyan manevi ve/veya mali hak ihlaline dayanan kazanç devri talepli davada, haksız fiillere ilişkin HMK m. 16 hükmünün de uygulanması mümkündür. Haksız fiilden doğan davalarda haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Özel yetki kuralının varlığı, genel yetkiyi ortadan kaldırmamaktadır, yani davacı özel yetkili mahkemede dava açabileceği gibi, genel yetkili mahkemede de dava açabilecektir²⁴.

Bu çerçevede, esere ilişkin hak sahibinin manevi ve/veya mali hakların ihlal edilmesi halinde kazanç devri talepli dava, davalının ikametgâhı mahkemesinde açılabilir gibi, haksız fiil niteliğindeki ihlal eyleminin gerçekleştirildiği ya da zararın meydana geldiği ya da gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinde yahut davacının ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir.

HMK'daki yetki kuralarının yanında FSEK'de düzenlenmiş bir özel yetki kuralı bulunmaktadır. “*Eser sahibi, ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref'i ve men davası açabilir.*” şeklindeki FSEK m. 66/V hükmü gereği, tecavüzün ref'i ve men'i bakımından öngörülmüş olan özel yetkili mahkeme, eser sahibinin ikametgâhı mahkemesidir. Ancak, hükmün açık ifadesi gereği bu özel yetki kuralı sadece tecavüzün ref'i ve men'i davaları bakımından öngörülmüştür. Esere ilişkin manevi ve/veya mali hakların ihlali halinde açılacak tazminat davaları bakımından, bu özel yetki kuralı uygulanamayacaktır²⁵. Tekinalp, bu özel yetkinin tazminat davalarında da tanınmasının yerinde olacağını belirtmiştir²⁶. Doktrindeki görüşleri dikkate alan bir Yargıtay kararında FSEK m. 66/V hükmündeki özel yetkinin tazminat davalarında da

²⁴ Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Yetkin, 2008, s. 115.

²⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 336; Beşiroğlu, **a.g.e.**, s. 719; Öztan, **a.g.e.**, s. 680.

²⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 336.

uygulanması benimsenmiştir²⁷. Neticeten bu özel yetkinin ref, men ve tazminat davaları bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir²⁸. FSEK m. 70/III hükmü uyarınca açılacak kazanç devri talebine ilişkin davalar bakımından ise, m. 66/V'deki bu özel yetki kuralı uygulanamayacaktır.



²⁷ "...FSEK'nın 66/son maddesinin sadece tecavüzün ref'i ve men dava türü için yetki düzenlemesi getirdiği, davanın bu nitelikte bir dava olmadığı, tazminat davası olduğu, HUMK'nın 9. maddesine dayalı yetki itirazının süresinde ve doğru yapıldığı sonucuna varılmıştır. Gerekçede atıf yapılan (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Basım, sayfa 316) eserde, "Tazminat davalarında yetkili mahkeme, HUMK hükümlerine göre tayin edilir. FSEK'nın 66/5. maddesinde açılabilen hükmü, tazminat davalarında uygulanmaz. Bu olanağın tazminat davalarında da tanınması yerinde olur. Bu imkan, Yargıtay'ın hukuku geliştirme görevi içinde de sağlanabilir" görüşüne yer verilmiştir. Doktrinde diğer bir eserde, (Prof. Dr. Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, 2. Baskı, sayfa 308) "Ref ve men davasının ya davacının kendi ikametgahı mahkemesinde ya da davalının ikametgahı mahkemesinde, ya da haksız fiilin yani fikri haklara tecavüzün meydana geldiği yer mahkemesinde (HUMK'nın 21) açılması mümkündür. Yetki bakımından kolaylık getiren FSEK'nın 66/son maddesinin, diğer davalarda da uygulanması yerinde olurdu" görüşü yer almaktadır. Dairemizin 29.11.2004 tarih ve 2379-11561 sayılı ilamında, bu tür bir tazminat davasında, anılan 66/son ve HUMK'nın 21. maddesinin yetki bakımından uygulanması gerektiği benimsenmiştir..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin T. 3.11.2008, E. 2007/9264 ve K. 2008/12091 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/>, 26 Mart 2019.

²⁸ Dilek Salmanlı, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Korunan Haklar, Bu Hakların İhlâli Halinde Açılacak Hukuk Davaları ve Yargılama Usulü", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 94.

SONUÇ

Günümüzde teknoloji alanında yaşanan hızlı gelişmelerin, fikir ve sanat eserlerinin yaratımı safhasında yenilik, farklılık, kolaylık gibi olumlu yönde etkilerinin yanında; hak sahiplerinin eserler üzerindeki haklarını ihlali yollarını artırmakta ve kolaylaştırmaktadır. Bu bakımdan hak sahiplerinin etkili olarak korunabilmesi için; ülkemizde 1951 yılında kabul edilmesine karşın uygulaması yakın tarihlerde yerleşen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen hukuk davalarının iyi anlaşılması gerekmektedir.

Eser üzerindeki manevi ve/veya mali hakların ihlal edilmesi halinde hak sahibinin başvurabileceği hukuki korunma yollarından biri, kazanç devri talebidir. Çalışmamızda FSEK m. 70/III'de düzenlenmiş olan bu kazanç devri talebini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde ve FSEK'de düzenlenmiş olan diğer hukuk davaları ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

İncelemelerimiz ışığında FSEK m. 70/III'de düzenlenmiş olan kazanç devri talebinin doktrinde genel kabul gören görüş doğrultusunda, TBK m. 530'da düzenlenmiş olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde bir talep olduğu kanaatine vardık. FSEK'deki bu özel hüküm düzenlenmeseydi dâhi, genel hükümler uyarınca manevi ve/veya mali hakları ihlal edilen hak sahibinin bu yolla elde edilmiş olan kârın kendisine devredilmesini talep etmesi mümkün olabilecektir. Ancak FSEK'de yer verilmiş olan bu özel hüküm sayesinde hak sahibi duraksama yaşamadan bu hukuki korunma yoluna da başvurabilecektir.

Kazanç devri talebine ilişkin davanın koşullarını da incelediğimiz çalışmamızda esere ilişkin hakların ihlal edilmiş olması, koruma süresinin sona ermemiş olması, ihlalin izin verilen yasal sınırlandırmaların dışında kalması koşulları açıklanmıştır. Bunun yanında doktrinde tartışılan kusurun gerekliliği değerlendirildiğinde, FSEK m. 70/III'e dayalı bu davanın ikamesi için kusur koşulunun aranmaması kanaatimizce yerinde gözükmektedir.

Bu çalışmada, bu davanın sonucu olarak devredilecek kazancın nasıl tespit edileceği konusu açıklanmış, Yargıtay kararlarına da atıfta bulunarak uygulamanın ne yönde geliştiğini ortaya koyulmuştur. Hak sahibine devredilecek kazancın hesaplanmasında kanunun düşülmesi gerektiğini ifade ettiği FSEK m. 68'deki bedelin neye delalet ettiği hakkında doktrindeki görüşleri irdelenmiş ve bu açıdan kanaatimiz açıklanmıştır. Kanaatimiz devredilmesi talep edilen kazançtan FSEK m. 68'deki üç kat tutarındaki bedelin düşülmesi gerektiği yönündedir.

Çalışmamızda kazanç devrine ilişkin talebin daha iyi anlaşılması ve koşulları ile sonuçları bakımından karşılaştırma yapılabilmesi açısından FSEK'de düzenlenmiş olan diğer hukuk davaları da ana hatlarıyla ele alınmıştır. Bu bakımdan manevi ve/veya mali haklarının ihlal edilmesi halinde zararını kanıtlama zahmetine katlanmak istemeyen ya da ihlalden dolayı herhangi bir zararı bulunmayan hak sahibinin kazanç devri yöntemini tercih etmesi daha uygun olacaktır. Hak sahibinin davasını ikame ederken taleplerini terditli olarak ileri sürmesi mümkün olup, bu yolla somut olayın özelliklerine göre en lehine olan koruma mekanizmasından faydalanması mümkün kılınabilir. Hak sahibinin birden fazla talebini ileri sürüp açık şekilde tercihte bulunmadığı durumda ise kanaatimizce hâkimin TBK. m. 60 uyarınca en iyi giderim imkanına hükmetmesi uygun gözükmektedir.

Günümüzde fikri hakların ihlali yoluyla büyük kazançlar elde edildiği olgusu karşısında, kazanç devri talebi hak sahibinin korunması açısından etkili bir mekanizma olabilecektir. Ancak kanaatimizce kazanç devri talebinin, hak ihlalinde bulunan tarafın bu ihlalden dolayı elde etmiş olduğu kârın ispat edilebileceği durumlarda ileri sürülmesi gerekmektedir. Zira ülkemizde fikir ve sanat eserleri sektöründe de kayıt dışı ekonominin varlığı ve büyüklüğü inkâr edilemez bir gerçektir. Kazanç devri talebinin etkili olarak kullanılmasını engelleyen en büyük handikap, kayıt dışı ekonomi olgusudur. Bu noktada doktrinde kazanç devri talepli davanın daha etkili uygulanabilmesi için getirilen “*elde edilmesi muhtemel kâr*”ın istenebilmesi görüşünün kıymetli olduğu ve dikkate alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu görüşün benimsenmesiyle ülkemizin şartlarına özgü olarak uygulamada hak sahibinin karşısına çıkan ihlal edenin kazancının ispatı noktasındaki zorlukların aşılması ve

kazanç devri talebine ilişkin davanın daha etkili ve yaygın hale getirilmesi mümkün olabilecektir.



KAYNAKÇA

- Akın, Levent: “Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 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**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s.121-158.
- Aksu, Mustafa: “Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği ile Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Kullanılması Sorunu”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2010, s. 1255-1291.
- Aksu, Mustafa: **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, İstanbul, Beta, 2006.
- Aksu, Mustafa: “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)**, Mayıs 2016, S.2016/1, s. 1-22.
- Arkan Akbıyık, Azra: **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, Alfa, 1999.
- Arkan, Azra: **Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, İstanbul, Vedat, 2005.
- Arslanlı, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954.
- Aslan, Adem: **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)**, İstanbul, Beta, 2004.
- Ateş, Mustafa: “Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, İstanbul, Oniki Levha, 2011, s. 77-106.
- Ateş, Mustafa: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara, Seçkin, 2003.
- Ateş, Mustafa: **Fikri Hukukta Eser**, Ankara, Turhan, 2007.
- Ayiter, Nûşin: **Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri**, Ankara, Sevinç, 1981.

- Baş, Ece: “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Başbüyük, Özgür: “Roma Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Vekâletsiz İş Görme”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Bellican, Cüneyt: “Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Berki, Şakir: **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.
- Beşiroğlu, Akın: **Fikir Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006.
- Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- Bilgehan, Ajda: “Özel Hukukta Fikir ve Sanat Eserlerinin Hukuki Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.
- Candan, Eda: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Tazminat Davaları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Çetiner, Bilgehan: **Hapis Hakkı**, İstanbul, Filiz, 2010.
- Demirbaş, Ali: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Mali Hakların Tecavüzünde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Korunma”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Durgut, Ramazan: “FSEK kapsamında Tazminat Davaları”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.I, İstanbul, Vedat, 2007, s.1075-1095.
- Erdem, Bahadır: **Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, Beta, 2003.
- Erdil, Engin: **İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilip, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2009.
- Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3.bs., Ankara, Yetkin, 2009.

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Bölümler**, Ankara, Yetkin, 2014.
- Gökyayla, Emre: “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, İstanbul, Oniki Levha, 2011, s. 283-304.
- Güneş, İlhami: **Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2008.
- Güneş, İlhami: “Eser Sahibinin Manevi Hakları ve Uygulama”, **Terazi**, Mart 2008, S. 19, s. 67-76.
- Güneş, İlhami: **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara, Seçkin, 2009.
- Güverçin, Sezgin: “Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1999.
- Hatemi, Hüseyin: “Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s.383-389.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1992.
- Hatemi: **Borçlar Özel Hukuku**, Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Özel Hukuku Eki (Tek numaralı öğrenciler için), İstanbul, Filiz, 1998.
- Hirsch, Ernst: **Hukuki Bakımdan Fikri Say İkinci Cilt Fikri Haklar (Telif Hukuku)**, İstanbul, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943.
- Hirş, Ernst: **Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara, Ar Basımevi, 1948.
- Karahan Sami / Suluk Cahit / Saraç Tahir / Nal Temel: **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara, Seçkin, 2009.
- Kaya, Arslan: “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 431 vd.

- Kılıçoğlu, Ahmet: “5846’deki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini”, **FMR**, Yıl: 1, C: 1, S: 2001/1, s. 23-28.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre)**, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Turhan, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, **TBBD**, Yıl 17, S. 54, Eylül-Ekim 2004, s.51-103. (Hukuksal Koruma Yolları)
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2007, s. 193-200.(Kazancın İadesi)
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Fikri Hakların İhlalinde Açılacak Hukuk Davaları”, **Hirsch’ten Günümüze Fikri Haklar Tebliğler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2004, s.45- 48.
- Küçükali, Canan: “Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası”, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Metiner, Ali Akın: “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörenden Fikri Hakların İhlali Nedeniyle Elde Ettiği Kazancın İadesi Talebi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Oğuzman, Kemal: “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.7-54.
- Oğuzman, M. / Öz, M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci (Tıpkı) Bası, İstanbul, Vedat, 2009.
- Turgut
- Öncü, Özge: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları**, İstanbul, Yetkin, 2010.
- Öztan, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan, 2008.

- Öztrak, İlhan: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977.
- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Yetkin, 2008.
- Piroğlu, Ünsal: “Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, Turhan, 2003, s. 553-577.
- Salmanlı, Dilek: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Korunan Haklar, Bu Hakların İhlali Halinde Açılacak Hukuk Davaları ve Yargılama Usulü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Serim Arkan, Azra: “Fikri Hak İhlalleri ve Davaları”, **İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri ve Davaları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.72-77.
- Serozan, Rona: “Kişiyi Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 559-563.
- Serozan, Rona: “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 67-110.
- Serozan, Rona: **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. III, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5inci Bası, İstanbul, Filiz, 2009.
- Soykan, İsmail Cem: “Fikrî Mülkiyet Hukukunda Basın İktibasları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2009, S. 1-2, C. LXVII, s.183-207.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali: **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri**, C. II, İstanbul, Arkan, 2005.

- Suluk, Cahit: **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, İstanbul, Hayat, 2004.
- Şahin, Ayşenur: **Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**, İstanbul, Vedat, 2010.
- Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımdan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008.
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul, Vedat, 2012.
- Tekinay/Akman/
Burcuoğlu/Altop: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz, 1993.
- Üstün, Gürsel: “Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.
- Yarsuvat, Duygun: **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, İstanbul, 1984.
- Yasaman, Hamdi: “Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta, 2002, s. 805-819.
- Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen), İstanbul, Beta, 2018.
- Yurduseven,
Şeyma: “Fikri Hakkın İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Zevkliler Aydın /
Havutçu Ayşe: **Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, 2007.

www.kazanci.com.tr
www.lexpera.com.tr
www.tez.yok.gov.tr