

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

**FİKRİ HUKUKTA MANEVİ HAKLAR VE MANEVİ HAKLARIN
KORUNMASI**

-DOKTORA TEZİ-

Cüneyt BELLİCAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İlhan ULUSAN

HAZİRAN 2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XVII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MANEVİ HAKLAR KAVRAMI VE TÜRLERİ

I.GENEL OLARAK.....	4
II.MANEVİ HAKLARIN AÇIKLANMASINDA YARARLANABİLECEK TEORİLER.....	7
A.Genel Olarak.....	7
B.Fikri Mülkiyet Teorisi.....	10
C.Kişilik Hakkı Teorisi.....	11
D.Monist-Tek Cephe Teorisi.....	13
E.Dualist-Çift Cephe Teorisi.....	20
F.Fransız Hukukundaki Değişikliğe Uğramış Çift Cephe Teorisi.....	20
G.İngiliz Hukukundaki Ayrık Çift Cephe Teorisi.....	37
H.Hukukların Uyumlaştırılmasında Manevi Haklara İlişkin Teorilerin Önemi.....	42
I.Eser Sahipliği Teorisi.....	45
III.ESER SAHİBİNİN DAR ANLAMDA MANEVİ HAKLARI.....	48
A.Genel Olarak.....	48
B.Eseri Umuma Arzetme Hakkı.....	49
1.Hakkın Mali ve Manevi Haklar Bakımından Önemi.....	49
2.Umuma Arzetme Hakkının Sahibi ve Devredilemezliği.....	50
3.Umuma Arz Hakkına Konu Olan Şeyler.....	51
a.Her Türlü Eserler.....	51
b.Mevcut Eserler.....	51
c.İşleme Eserler.....	52
4.Umuma Arz Kavramının Alenileşme ve Yayımlama Kavramlarıyla İlişkisi.....	52
5.Umuma Arz Hakkının Tükenmesi.....	53

6.Umuma Arzın Hukuki Niteliği.....	55
7.Umuma Arz Hakkının Kullanılma Biçimi.....	55
8.Umuma Arzın Kullanılması.....	56
9.Umuma Arzın Kanundan Doğan Sınırlamalara Etkisi.....	57
10.Umuma Arz Hakkının Mali Haklarla İlişkisi.....	58
11.Eser Hakkında Bilgi Verme.....	59
C.Adın Belirtilmesi Yetkisi (Hakkı).....	61
1.Hakkın Amacı.....	61
2.Hak Sahipliği.....	62
3.Hakkın Konusu Olan Şeyler.....	64
4.Hakkın Eser Sahibine Tanıdığı İmkanlar.....	65
5.Kendi Eserini Başkasının Eseri Olarak Gösterme.....	68
6.Adın Belirtilmesi Yetkisinin Sınırlandığı Durumlar.....	69
7.Adın Belirtilmesi Yetkisi Bakımından Gölge-Yazarlık Sözleşmesi.....	74
a.Genel Olarak.....	74
b.Gölge-Yazarlık Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi.....	75
c.Gölge Yazarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	76
(1)Sözleşmenin Kurulması Esnasında Eserin Varolması.....	76
(a)Sui Generis Devir Sözleşmesi.....	77
(b)Yayın Sözleşmesi.....	78
(c)Lisans Sözleşmesi.....	79
(2)Sözleşmenin Kurulması Esnasında Eserin Henüz Varolmaması.....	80
d.İş İlişkisi Çerçevesinde Gölge Yazarlık.....	81
(1) Genel Olarak.....	81
(2) Emir Altında Çalışma.....	81
(3) Uzun Süreli Borç İlişkisi.....	83
e.Bağımsız Gölge Yazarlık.....	84
(1) Genel Olarak.....	84
(2) Yayın Sözleşmesi.....	84
(3) Eser Sözleşmesi.....	84
(a) Genel Olarak.....	84
(b) Sipariş Sözleşmesi.....	87
(4) Vekalet Sözleşmesi.....	87

(5) İsimli Sözleşme.....	88
f.Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Sonuç.....	89
g.Gölge Yazarlık Sözleşmesinin Hukuki Geçerliliği.....	90
D.Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetme Yetkisi (Hakkı).....	101
1.Hakkın Anlam ve Amacı.....	101
2.Hakkı Konu Alan Hükümler ve Birbirleriyle Olan İlişkisi.....	102
3.Bozma ve Zarar Verme Kavramları.....	105
4.Hakkın İhlalinin Tespitinde Üç Aşamalı Test.....	113
5.Menfaatlerin Değerlendirilmesinde Kullanılacak Ölçütler.....	115
a.Genel Olarak.....	115
b.Eserin Özelliği.....	116
c.Eserin Sanatsal Konumu.....	116
d.Eserin Kullanım Amacı.....	117
e.Müdahalenin Giderilebilmesi.....	118
f.Değişikliklerin Kamu Tarafından Öğrenilme Olanığı.....	119
g.İş-Hizmet İlişkisinin Varlığı.....	120
h.Lisans Hakkının Kullanılması.....	120
ı.Kamu Menfaati.....	120
j.Eser Bütünlüğü Hakkının Sağlanmasının Getirdiği Masraflar.....	121
k.Eser Sahibinin Stili.....	121
l.Malikin Menfaatlerinin Gözetilmesi Gereği.....	122
6.Menfaatlerin Değerlendirilmesi Sonucunda Haksız Bulunan Eser Sahibinin Kullanabileceği İmkan.....	123
7.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi Bakımından Eser Sahibinin Diğer Hak Sahipleriyle İlişkisi.....	123
a.Genel Olarak.....	123
b.Eser Sahibinin Mali Hak veya Lisans Hakkı Sahibiyle İlişkisi.....	123
c.Eser Sahibinin Yasa Tarafından Yetkilendirilmiş Kullanma Hakkı Sahipleriyle İlişkisi.....	132
d.Eser Sahibinin, Zilyed ve Malikle Olan İlişkisi.....	135
(1) Genel Olarak.....	135
(2)Mimari Eserler Bakımından Değerlendirme.....	135
(a) Genel Olarak.....	135

(b)Mimar-Eser Sahibinin Hakları Bakımından	
Değerlendirme.....	137
(c)Yapı Malikinin Hakları Bakımından	
Değerlendirme.....	140
e.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin Yayın Sözleşmesi	
Bakımından Anlamı.....	143
E.Ayrı Bir Manevi Hak Olarak Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları	
(FSEK md.17).....	150
IV.ESER SAHİBİNİN GENİŞ ANLAMDA MANEVİ HAKLARI.....	159
A.Geniş Anlamda Manevi Hak Kavramı.....	159
B.Mali Hakkın Hiç veya Gereği Gibi Kullanılmamasından Doğan Cayma	
Hakkı.....	161
1.Cayma Hakkının Amacı.....	161
2.Cayma Hakkının Uygulama Alanı ve Diğer Hükümlerle İlişkisi.....	162
3.Cayma Hakkının Hukuki Niteliği.....	164
4.Cayma Hakkının Koşulları.....	168
a.Hiç veya Yeteri Kadar Kullanmama.....	168
b.Menfaatlerin Esaslı Surette İhlali.....	169
c.Katlanılmazlık.....	170
d.Süre.....	172
5.Caymanın Hukuki Sonuçları.....	173
C.Eser Sahibinin Değişen Kanaati Nedeniyle Cayma Hakkı.....	175
D.Teşebbüsün El Değiştirmesi Halinde Eser Sahibinin Cayma Hakkı.....	181
V.İCRACI SANATÇIYA TANINAN MANEVİ HAKLAR.....	187
A. İcracı Sanatçıya Tanınan Manevi Hakların Özellikleri ve Kapsamı.....	187
B.İcranın Sahibi Olarak Tanıtılmayı Talep Etme Hakkı.....	189
C.İcra Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi.....	194
VI.MANEVİ HAKLARLA KİŞİLİK HAKLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	197
A.Genel Olarak.....	197
B.Kişilik Hakları ve Manevi Hakların Özellikleri.....	198
1.Şahısvarlığı Hakkı Özelliği.....	198
2.Mutlak Hak Özelliği.....	199
3.Kişiyeye Bağlılık.....	200
4.Maddi/Manevi Menfaatleri Konu Alması.....	202

C.Manevi Hak-Kişilik Hakkı İlişkisinde “Şeref ve İtibar”ın Rolü.....	204
D.Manevi Hakların Diğer Kişilik Haklarıyla İlişkisi.....	210
1.Genel Olarak.....	210
2.Resim Üzerindeki Hak.....	210
3.Söz Üzerindeki Hak.....	213
4.Ses Üzerindeki Hak.....	214
5.Mektuplar ve Günlükler Üzerindeki Hak.....	216
E.Manevi Hak-Kişilik Hakkı İlişkisinde “Devredilmezlik” Kuralının Rolü ve Kuralın Aşınması.....	217
F.Ölümün Kişilik Hakkına ve Manevi Hakka Etkisi: Ölüm Sonrası (Post mortal) Koruma.....	224
1.Kişiliğin Ölüm Sonrası Korunması.....	224
a.Genel Olarak.....	224
b.Ölüyü Hukuk Süjesi Olarak Kabul Eden Görüş.....	225
c.Ölünün, Yakınların Hakları Aracılığıyla Korunmasını Savunan Görüş.....	227
d.Ölünün Korunmasını, Herkese Yönelik Bir Hukuki Yükümlülük Olduğu Görüşü.....	233
2.Ölüm Sonrası Korumanın Mirasçılarının Malvarlığı Menfaatleri Üzerinden Sağlanması.....	235
VII. SINAİ HAKLAR BAKIMINDAN MANEVİ HAKLAR.....	238
A.Genel Olarak.....	238
B.Marka Ve Manevi Haklar.....	239
C.Patent ve Manevi Haklar.....	242
D.Endüstriyel Tasarım ve Manevi Haklar.....	243

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ HAKLARIN ÖZELLİKLERİ

Sınırlı Sayı, Süre Sınırlaması, Mirasa Konu Olabilirlik,Devir ve Vazgeçme Sorunları

I.SINIRLI SAYI (NUMERUS CLAUSUS) İLKESİ.....	245
A.Genel Olarak.....	245
B.Eşya Hukukunda Sınırlı Sayı İlkesi.....	246

C.Mali Haklarda Sınırlı Sayı İlkesi.....	247
D.Manevi Haklarda Sınırlı Sayı İlkesi.....	249
II.MANEVİ HAKLARIN MİRASA KONU OLUP OLAMAMASI.....	252
A.Genel Olarak.....	252
B.Mali Hakların Miras Yoluyla İntikal Edebilme Özelliği.....	253
C.Manevi Hakların Mirasla İntikal Etme(me) Sorunu.....	254
1.Genel Olarak.....	254
2.Manevi Hakların Mirasçılar Tarafından Kullanılması ve Korunması.....	257
3.Manevi Hakların Kanunda Belirtilen Kişiler Tarafından Kullanılması ve Korunması.....	269
a.Genel Olarak.....	269
b.Umuma Arz ve Adın Belirtilmesi Yetkileri Bakımından Değerlendirme.....	273
c.Özellikle Şeref ve İtibar Bakımından Umuma Arz, Adın Belirtilmesi ve Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetmek Yetkilerinin Durumu.....	275
III. MANEVİ HAKLARDA KORUMA SÜRESİ.....	276
A.Genel Olarak.....	276
B.Eser Sahibinin Haklarına İlişkin Koruma Süresinin Hukuk Düzeni İçindeki Yeri.....	278
C.Koruma Süresindeki Tarihi Gelişim.....	278
D.Avrupa Birliğinde Koruma Süresinin Uyumlaştırılması Sorunu.....	281
E.Koruma Süresinin Hesaplanması ve Bazı Özel Durumlar.....	284
1.Genel İlke.....	284
2.Birden Çok Eser Sahibinin Varlığı Durumunda.....	285
3.Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Alenileşen Eserlerde Koruma Süresi.....	288
4.Adsız veya Müstear Adla Umuma Arzedilen Eserlerde Koruma Süresi.....	288
5.Sürelili Eserlere İlişkin Koruma Süresi.....	289
F.Koruma Süresinin Sona Ermesinin Sonuçları.....	290
G.Manevi Hakların Korunma Süresi.....	293
1.Genel Olarak.....	293
2.Süreye Bağlı Manevi Hak Koruması ve Sonuçları.....	294

3.Süreye Bağlı Manevi Hak Korumasının Kamu Yararı Amacıyla Uzatılması.....	296
4.Süresiz Manevi Hak Koruması ve FSEK Açısından Değerlendirilmesi.....	298
H.Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Hakların Koruma Süresi.....	301
1.Genel Olarak.....	301
2.İcracı Sanatçıların Manevi Haklarına İlişkin Koruma Süresi.....	301
3.İcracı Sanatçıların Mali Haklarına İlişkin Koruma Süresi.....	306
4.Diğer Bağlantılı Haklara İlişkin Koruma Süresi.....	308
IV.MANEVİ HAKLARIN HUKUKİ İŞLEME KONUSU OLMASI VE SINIRLARI.....	312
A.Genel Olarak.....	312
B.Eser Sahibinin Haklarının Devrine İlişkin Kanuni Düzenleme.....	313
C.Manevi Haklara İlişkin Hukuki İşlemlerde Devrin Anlamı.....	316
D.Devir ile Vazgeçme Kavramları Arasındaki İlişki.....	320
E.Vazgeçme Anlamında Hukuki İşlemler.....	323
1.Genel Olarak.....	323
2.Mali Haklardan Vazgeçme.....	326
3.Manevi Haklardan Vazgeçme.....	328
a.Genel Olarak.....	328
b.Tasarruf İşlemi Olarak Vazgeçme.....	336
c..Borçlandırıcı İşlem Niteliğindeki Vazgeçme.....	337
F.İzin (Einwilligung).....	341
G.Manevi Hakların Korunması Amacına Dayalı Hukuki İşlemler.....	348
H.Manevi Hakların Konu Olabileceği Hukuki İşlemlerin Her Bir Manevi Hak Açısından Ayrı İncelenmesi.....	355
1.Genel Olarak.....	355
2.Eserin Umuma Arzedilmesine İlişkin Hukuki İşlemler.....	356
a.Genel Olarak.....	356
b.Umuma Arzetme Yetkisinin İnançlı İşlem Temeline Dayalı Devir Bakımından İncelenmesi.....	358
c.Umuma Arzetme Yetkisi Bakımından Meslek Birlikleriyle Yapılan Hukuki İşlemler.....	363
3.Adın Belirtilmesi Yetkisine İlişkin Hukuki İşlemler.....	366
a.Genel Olarak.....	366

b.Adın Belirtilmesi Yetkisinin Üçüncü Kişi Tarafından Korunması.....	367
c.Adın Belirtilmesi Yetkisinin Meslek Birliklerince Korunması.....	368
4.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisine İlişkin Hukuki İşlemler.....	371
a.Genel Olarak.....	371
b.Eser Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin Üçüncü Kişiler Tarafından Korunması.....	376
c.Eser Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin Meslek Birliklerince Korunması.....	378
5.Eser Sahibinin Diğer Manevi Haklarını Konu Olan Hukuki İşlemler.....	379
I.Manevi Haklara İlişkin Hukuki İşlemlerin Sınırları.....	380
1. Genel Olarak.....	380
2.Hakkın Özü Teorisi.....	382
3.Amaçla Sınırlı Devir Teorisi.....	387
a.Genel Olarak.....	386
b.Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Manevi Haklar Alanında Uygulanması.....	395
(1) Genel Olarak.....	395
(2) Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Umuma Arz Etme Yetkisi Bakımından Anlamı.....	396
(3) Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Adın Belirtilmesi Yetkisi Bakımından Anlamı.....	398
(4) Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Eser Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi Bakımından Anlamı.....	400
4.Öngörülebilirlik Teorisi.....	404
5.Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Olmama.....	407
6. Genel İşlem Şartları.....	415
V.İŞ VE HİZMET İLİŞKİLERİNDE ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARININ DURUMU.....	422
A.Genel Olarak.....	422
B.İş-Hizmet İlişkisinin Umuma Arz Yetkisine Etkisi.....	430
C.İş-Hizmet İlişkisinin Adın Belirtilmesi Yetkisine Etkisi.....	432

D.İş-Hizmet İlişkisinin Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisine Etkisi.....	436
E.İş-Hizmet İlişkisinin Cayma Hakkına Etkisi.....	442
VI.ESER KAVRAMININ MANEVİ HAKLARA ETKİSİ.....	443

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ HAK İHLALLERİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I.GENEL OLARAK.....	448
II.MANEVİ HAK İHLALİNDE “ESER” VEYA “İCRA”NIN VARLIĞI KOŞULU..	455
A.Genel Olarak.....	455
B.Multimedya Eser Kavramı ve Manevi Hak İhlalleri.....	456
1.Multimedya Eser.....	456
a.Genel Olarak	456
b.Multimedya Eserin Özellikleri.....	457
(1) Sayısal Ortama Aktarma.....	457
(2) Birleştirme.....	459
(3) Etkileşimlilik.....	460
c.Multimedya Eserlerin Mevcut Eser Türleri Açısından Değerlendirilmesi.....	461
2. Multimedya Eserler ve Manevi Hak İhlalleri.....	466
a Genel Olarak.....	466
b.Eser Üzerinde Değişiklik Yapma Yetkisi Bakımından Değerlendirme.....	466
III.TESPİT DAVASI.....	472
A.Genel Olarak.....	472
B.Eser Sahipliğinin Tesbiti Davası.....	475
1.Davanın Konusu.....	475
2. İntihalin, Eser Sahipliğinin Tesbiti Davası Bakımından Değerlendirilmesi.....	479
3.“Eş-Eser” (Doppelschöpfung) Kavramının Eser Sahipliğinin Tesbiti Davası Bakımından Değerlendirilmesi.....	481
4.Davacı.....	482

5.Davalı.....	483
6.Zamanaşımı Süresi.....	483
7.Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	484
IV.TECAVÜZÜN KALDIRILMASI (REF'İ) DAVASI.....	485
A.Genel Olarak.....	485
B.Davanın Konusu.....	489
1.Umuma Arz Yetkisinin İhlali.....	489
2. Adın Belirtilmesi Yetkisinin İhlali.....	492
3.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin İhlali.....	493
4.İktibas Serbestisinin Kötüye Kullanılması.....	496
C.Davacı.....	497
D.Davalı.....	498
E.Zamanaşımı Süresi.....	502
F. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	506
V.TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ (MEN'İ MÜDAHALE) DAVASI.....	506
A.Genel Olarak.....	506
B.Davanın Konusu.....	509
C.Davacı.....	509
D.Davalı.....	509
E.Zamanaşımı Süresi.....	510
F. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	510
VI.MANEVİ TAZMİNAT DAVASI.....	510
A.Manevi Tazminatın Amacı ve İşlevi.....	510
B.Manevi Hakların İhlali Nedeniyle Açılacak Manevi Tazminat Davası.....	516
1.Genel Olarak.....	516
2.Manevi Hakka Hukuka Aykırı Bir Şekilde Müdahale Edilmesi.....	519
3.Manevi Zarar.....	521
4.İllyet Bağı.....	525
5.Kusur.....	525
6. Manevi Tazminatın Takdirinde Dikkate Alınacak Özellikler.....	527
7.Eser Sahibinin Ölümünden Sonraki Manevi Hak İhlallerinde Manevi Tazminat Talebi.....	533
C.Kişilik Hakların İhlali Halinde Manevi Tazminat Davası.....	540
D.Mali Hakların İhlali Halinde Manevi Tazminat Davası.....	541

E.Davacı.....	543
F.Davalı.....	545
G. Zamanaşımı.....	546
H.Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	547
VII.MADDİ TAZMİNAT DAVASI	547
A.Genel Olarak.....	547
B.Maddi Zararın Hesaplanması.....	548
1.Genel Olarak.....	548
2.Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kâr.....	549
3.Lisans Kıyaslaması.....	549
4.Kazancın Geri Verilmesi.....	554
C.Manevi Hak İhlalinden Doğan Maddi Zarar.....	557
VIII.VEKALETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN TALEPLER.....	559
IX.İHTİYATİ TEDBİRLER.....	562
X.SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUK İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN YARIŞMASI.....	564
XI.MANEVİ HAKLARIN KORUNMASINDA ALTERNATİF HUKUK YOLLARI MODELİ: ABD HUKUKU.....	568
SONUÇ.....	574
KAYNAKÇA.....	587

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Alm.ESHK	: Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Haklar Hakkında Kanun
AMK	: Alman Medeni Kanunu
Anm.	: Anmerkung
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
c	: Cümle
CR	: Computer und Recht
çev.	: Çeviren
Diss.	: Dissertation
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Edit.	: Edition
Einl.	: Einleitung
EMK	: Eski Medeni Kanun
End.Tas.KHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
f.	: Fıkra

FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
Fr. ESHK	: Fransız Eser Sahipleri Hakkında Kanun
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FuR	: Film und Recht
GEMA	: Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte
GİŞ	: Genel İşlem Şartları
GRUR	: Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht
GRUR Int	: Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht, International
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IIC	: International Review of Industrial Property and Copyright Law
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İsv. ESHK	: İsviçre Eser Sahibi Hakları ve Komşu Haklar Hakkında Kanun
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JZ	: Juristischen Zeitung
K.	: Karar
KG	: Kammergericht
Kn.	: Kenar notu
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Komm.	: Kommentar
LG	: Landgericht
MarkKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MüKo	: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

No.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OJ	: Official Journal
OLG	: Oberlandesgericht
Örn.	: Örneğin
PatentKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
PRO LITTERIS	: Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für literarische dramatische und bildende Kunst
RIDA	: Revue Internationale du Droit d'Auteur
RBÜ	: Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SIC	: Zeitschrift für Immaterialgüter- Information und Wettbewerbsrecht
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
SUISA	: Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Rechte
SUISSIMAGE	: Schweizerische Gesellschaft für die Urheberrechte an Visuellen und audiovisuellen Werken
TBKT	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TRIPS	: The Agreement On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTPK	: İngiliz Telif Hakları, Tasarımlar ve Patent Kanunu
UFITA	: Archiv für Urheber-Film-Funk und Theaterrecht
UK	: United Kingdom

URG	: Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Schweizerisches Urheberrechtsgesetz)
UrhG	: Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Deutsches Urheberrechtsgesetz)
US	: United States
UWG	: Unlauterer Wettbewerb Gesetz
VARA	: Visual Artists' Rights Act
vd.	: ve devami
VerlG	: Verlagsgesetz
VG Wort	: Verwertungsgesellschaft der Wortautoren
Vol.	: Volume
Vorbem	: Vorbemerkung
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZUM	: Zeitschrift für Urheber und Medienrecht

GİRİŞ

Söz'den sese, yazıdan görüntüye doğru ilerleyen düşünen insanın düşünce ürünlerinin pozitif hukuk kuralları tarafından korunması gerekliliği, Fikri Hukuk adı altında bağımsız bir hukuk dalının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Fikri Hukuk kavramı, çatısı dar tutulabildiği kadar geniş bir çerçeveye de kavuşturulabilir. Dar anlamda Fikri Hukuk-geniş anlamda Fikri Hukuk ayrımı Fikri Hukuk korumasından yararlanacak olan kişilerden çok Fikri Hukuk kurallarını yorumlayacak olanlar tarafından dikkate alınan teorik ve didaktik bir ayrımdır. Dar anlamda Fikri Hukuk, eser sahibini merkeze alan Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu kapsarken, geniş anlamda Fikri Hukuk bu Kanunun yanına Marka, Endüstriyel Tasarım, Patent gibi sınai alanları, hakları da koyar.

Çalışmamızda Fikri Hukuk kavramına daha çok FSEK'i kapsayacak şekilde bir anlam yüklemiş olup, bu doğrultuda Fikri Hukukta manevi hakları mercek altına alırken FSEK odaklı değerlendirmelerde bulunacağımızı belirtmek isteriz. Manevi hakların, sınai haklar bakımından bir anlam ifade edip etmediği noktasında da, yeri geldiğinde, sınai haklara ilişkin düzenlemeler eşliğinde karşılaştırmalı değerlendirmeler yapılacaktır.

Fikri Hukuk'un varlığına ilişkin renkli tartışmalar, Fikri Hukukun ruhunu da; manevi hakları da konu ve hedef alır. Fikri Hukuk, günümüzde artık, "naif eser sahibinin nadide eserini" koruyan romantik eğilimli bir düzenlemeler demeti olmaksızın, makineler arasında veya önünde üretim yapan, teknoloji ve tüketim tandanslı toplumun bir üyesini, üyelerini koruma altına alan düzenlemeler sepeti haline gelmiştir şeklinde karamsar bir yorum yapılabilir.

Bu yoruma bir an olsun ve/veya kısmen olsun katılmak ya da katılmayı düşünmek, ister istemez şu cümleleri davet eder: "Kim" korunmalı yerine "ne" korunmalı

anlayışı kökleşmeye başlamıştır sanki. “Kim”den çok “ne”ye yönelim kuşkusuz zamanın ruhunu taşıyan bir anlayıştır.

Akla gelen bu ifadeleri ve iddiaları çürütmek ve/veya eser sahibinin manevi haklarına vurgu yapmak bakımından şu değerlendirme yapılabilir: Zamanında kişilik haklarından bağımsızlaşan manevi haklar, zaman içinde ve günümüzde kültür endüstrisinin içinde tamamiyle malvarlığı değeri olarak görülmek istenmektedir. Bu noktada, manevi hakların kişilik haklarından bağımsız bir kurum olmasının ifade ettiği anlam iyi kavranmalıdır. Kişilik haklarıyla manevi haklar arasındaki karşılaştırma, benzerlikleri ve farklılıkları ortaya koyacak; manevi hakların kişilikten tamamen bağımsız bir değer olmadığı daha iyi anlaşılacaktır.

Kimi zaman mali hakların kısıncında, kimi zaman kişilik haklarının gölgesinde kalan manevi haklar, hiç kuşkusuz, pozitif hukuk bağlamında FSEK çerçevesinde bağımsız bir kurum olmuştur. Manevi hakların bağımsızlığı, manevi hakların özellikle kişilik hakları ve mali hakların bitiğinde konumlanmış bir yapı olduğu gerçeğini de sarsmaz. Başka bir deyişle, manevi hakları anlayabilmek için çevresinde bulunan kişilik hakları ve mali hakları da anlamak ve birlikte değerlendirme yapmak yararlı olur.

Bu durumda, manevi hakları korumak bakımından onu mali haklara yaklaştırıp, bir malvarlığı değeri olmasına yol açmaktansa, kişilik haklarına yaklaştırmak daha doğru bir yol tarifi olabilir.

Teknoloji, bir taraftan sunduğu imkanlarla kimi eserlerin meydana getirilmesini kolaylaştırırken ve teşvik ederken, diğer taraftan eser sahibinin haklarının daha kolay ve daha hızlı ihlal edilebileceği bir alan oluşturmaktadır. Manevi haklar da bu ihlallerden payına düşeni almaktadır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, manevi hak kavramının eser sahibinin haklarına ilişkin teorilerdeki yeri başta olmak üzere, dar anlamda manevi hak-geniş anlamda manevi hak ayırımı üzerinde durulacak, her bir manevi hak ayrı ayrı incelenirken bu hakların sözleşmeler hukukundaki yerine dikkat çekmek amacıyla gölge yazarlık kurumu tanıtılacak ve değerlendirilecektir. Tüm bu

değerlendirmeler yapılırken, manevi haklar ile kişilik hakları arasındaki ilişki, benzerlikler ve farklılıklar temelinde ayrıntılı olarak sunulmaya çalışılacaktır. Bölüm, manevi hak kavramının sınai haklar bakımından ifade ettiği anlam üzerine yapılacak değerlendirmeyle son bulacaktır.

İkinci bölüm, manevi hakların özelliklerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesine yönelik bir çabadır. Bu çaba, başlıca şu soruların yanıtlanması için harcanmıştır: Manevi haklar sınırlı sayı ilkesine tabi midir? Manevi haklar, süre sınırlamasına tabi midir? Manevi hakların mirasa konu olmasından söz edilebilir mi? Manevi haklar devredilemez ve vazgeçilemez haklardan mıdır? Mali haklara ilişkin hukuki işlemler bakımından FSEK’te birçok hükme yer verilirken, manevi haklara ilişkin hukuki işlemler bakımından aynı durum söz konusu değildir. Bu bağlamda manevi haklara ilişkin hukuki işlemler, tabi olduğu sınırlamalarla birlikte ele alınacaktır.

Son bölümde ise, manevi hak ihlallerinin sonuçları ele alınacaktır. Manevi hak ihlalden sözedebilmenin ön şartlarından eser kavramı da özellikle multimedya eser kavramı ön planda tutularak değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MANEVİ HAKLAR KAVRAMI VE TÜRLERİ

I.GENEL OLARAK

Eser üzerindeki hakların manevi haklar ve mali haklar şeklinde ayrıma tabi tutulması Türk Hukukunda, ilk kez 5846 sayılı Kanunla yapılmıştır. Hakkı Telif Kanununda, manevi haklarla ilgili herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiştir¹. O dönemde, eser sahiplerinin manevi hakları kapsamında değerlendirilebilecek yetkileriyle ilgili olarak Hakkı Telif Kanununda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere; Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre koruma sağlanabileceği savunulmuştur. Hirsch, anılan Kanunda “eseri umuma arz” salahiyeti ile ilgili hüküm bulunmaması nedeniyle, bu hakkın MK md.24 ve BK md.41 ve md.49 hükümlerine göre korunabileceğini ifade etmiştir². Yürürlükteki mevzuat açısından da, FSEK’te hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere gidileceği açıktır. Bu bağlamda, eser sahibinin manevi haklarıyla ilgili hükümlerin genel kişilik haklarıyla ilişkisi ayrı bir incelemeyi hak etmektedir. Ölümle son bulan kişiliğe rağmen, ölümden sonra da devam eden manevi hakların³, ölüm sonrası kişilik korumasına ilişkin yaklaşımlara nasıl bir katkıda bulunacağı merak uyandırıcıdır.

¹ Hakkı Telif Kanununun 1’inci maddesine göre, “her nevi mahsulatı fikriye ve kalemiye üzerinde bir hakkı temellükü vardır. Bu hakka, telif hakkı denilir” Kanunda geçen telif hakkı ve bu hakkı temellükün kapsamına ne tür yetkilerin girdiği konusunda Kanunda herhangi hüküm yer almamıştır. 1952 tarihli FSEK in yürürlüğe girdiği ana kadar, fikri eserler hakkında ana kanun olan 1910 tarihli Hakkı Telif Kanunu 42 maddeden oluşmaktaydı. Kanun zamanın ihtiyaçlarına yenik düşüyor; 1886 doğumlu Bern Sözleşmesine ve Batılı ülkelerde geçerli Fikri Hukuk esaslarıyla uyumlayan hükümler içeriyordu. Sanat değeri bulunan fotoğraf, sinema eseri ve radyo yayınları kanunun koruma kapsamında değildi. Kanunda sahne eserlerinden sadece tiyatroya yer verilmişken; eser sahibinin hakkının himayesi tescil şartına bağlanmıştı. **EREL**, N. Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s.28.

² **HIRSCH**, Hukuki Bakımdan Fikri Say, c.II, İstanbul 1943, s.187-188.

³ Hakkı Telif Kanunu, ilim, edebiyat ve musiki notaları ile diğer musiki eserleri yönünden, eser sahibinin yaşam süresi ve ölümünden sonra 30 yıl sürelik bir koruma süresi getirmişti. Güzel sanat eserleri bakımından eser sahibinin ölümünden sonra 18 yıla kadar, tercüme eserlerde ise mütercimın ölümünden itibaren 15 yıla kadar süren bir ek koruma süresi öngörülmekteydi. Henüz neşredilmemiş olup sahibi bulunmayan veya belli olmayan eserler üzerinde de Milli Maarif Nezaretine 10 ila 15

1.1.1952 tarihli 5846 sayılı FSEK'in yapılmasında dört ana prensip esas alınmıştır: Eser sahibinin haklarının korunması; Kamunun eserden yararlandırılmasının sağlanması; Etkin ve uygulama kabiliyeti olan müeyyidelerin konması; Bern Sözleşmesi hükümlerine uygun olması⁴. 1.1.1952 yürürlük tarihli FSEK'te zaman içinde değişiklikler de yapılmıştır⁵.

FSEK'te manevi haklar başlığı altında, md.14 ile "umuma arz salahiyeti", md.15 ile "adın belirtilmesi salahiyeti", md.16 ile "eserde değişiklik yapılmasını menetmek" ve md.17 ile "eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları" hüküm altına alınmıştır. Eser sahibi, eseri meydana getirdiği anla birlikte, eser sahibinin hakları olarak nitelendirilebilecek haklara sahip olur. Kanunda, bu haklardan bir kısmı, kişilik değerleriyle ve kişilikle olan yakın ilgisi nedeniyle manevi haklar başlığı altında toplanmışken, malvarlığı değerleri arasında telakki olunanlar mali haklar başlığı altında bir araya getirilmişlerdir. Ancak bir mali hakkı, manevi menfaatlerden arınmış saf bir mali hak görmek veya manevi hakkı mali menfaatlerin dokunmadığı rafine bir hak olarak değerlendirmek gerek teorik açıdan gerekse uygulama açısından kuşkuyla bakılacak bir düşünce tarzı olacaktır.

Manevi haklara, malvarlığı ve şahısvarlığı hakları kategorisi ışığında bakıldığında görünen sahne, manevi hakların şahısvarlığı hakları arasındaki duruşudur. Manevi hakların, eser sahibinin mali menfaatlerine de hizmet eden, bu münasebetle mali haklarla birarada görünen, mali haklarla alışveriş içinde olan konumu gözardı edilmemelidir.

Yarsuvat'a göre, manevi haklar eser sahibinin kişiliğini korumak amacını güderler. Çünkü, bu haklar eserin yaratıcısının kişiliğinden doğup, eserin yaratıcısının kişiliğinin damgasını taşırlar. Bu haklar, kişinin şöhreti ile ilişkili ve eserin üzerindeki isim ile

yıllık bir basım imtiyazı tanınmıştır. **HIRSCH**, Fikri Say, s.209-210; **AYİTER**, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s.30.

⁴ **HIRSCH**, Fikri Say, s.2 vd.

⁵ 1.11.1983 tarih ve 2936 sayılı Kanun [RG. 3.11.1983/18210]; 7.9.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun [RG. 12.6.1995/22311]; 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun [RG. 3.3.2001/24335(Mükerrer)].

bağlıdır. Bu özellikler, eser sahibinin manevi haklarını şahsiyet hakları kategorisi içine yerleştirir⁶.

Katıldığım görüşe göre eser sahibinin manevi haklarını, doğrudan kişilik hakları kategorisi altında değerlendirmek doğru olmayacaktır. Manevi haklar, eser sahibinin eseriyle olan ilişkisi korumak maksatlı düzenlenmiş haklarken, kişilik haklarının varlığı için herhangi bir eserin varlığı aranmaz. Ancak, eserin, eser sahibinin kişiliğinin damgası veya yansıması olduğu yönündeki değerlendirmeler de yanlış değildir. En azından, fikri bir çabanın eser korumasından yararlanması için aranacak şartlardan biri olan sübjektif şart, sahibinin hususiyetini taşıması şartıdır.⁷

Manevi hakka konu olan değerler, sadece eserler değildir. Manevi hak denilince akla eser sahibinin manevi hakları gelse de, eser sahibinin manevi haklarının yanısıra, icracı sanatçıların da manevi hakları vardır. FSEK'in uygulama alanı dışında kalan patent, endüstriyel tasarım gibi fikri yaratımlarda dahi manevi hakların varlığından bahsetmek mümkündür⁸.

⁶ YARSUVAT, Duygun,, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1984, s.17.

⁷ Fikri bir çabanın eser olarak korunabilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun varlığı aranır. Objektif unsur, bir Yargıtay kararında fikri ürünün iktisaden değerlendirmeye elverişli olması; kamuya sunulması veya uygulanarak faydalı imkanının bulunması olarak anlaşılmıştır. Bkz. Yarg.4.HD. 1/7/1977, E.1976/5913, K.1977/7617 (Y.K.D. Aralık 1978, s.1959-1964). Ancak, haklı olarak, fikir ve sanat eserlerinde, patent hukukunda olduğu gibi, bir iktisadi elverişlilik şartının aranmaması gerektiği; çünkü her eserin mutlaka ekonomik amaç ve kaygılarla meydana getirilmediği belirtilmiştir. Bkz. ARSLANLI, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1954, s.4. Bu nedenle, doktrinde objektif şarta ilişkin olarak, sahibinin hususiyetini yansıtmak düzeyde şekillenmiş olması ve FSEK'te öngörülen türlerden birine dahil olması şeklinde açıklamalar yapılmıştır. Bkz. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.97 vd. Erel ise, fikri bir çabanın eser olarak korunması bakımından aranan şartları, objektif ve sübjektif ayırımının yanında, “şekle ilişkin şart:kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olmak” ve “esasa ilişkin şart:sahibinin özelliğini taşımak” olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir. Bkz.EREL, s.33 vd. Tekinalp'in objektif şartı açıklarken kullandığı “sahibinin hususiyetini yansıtmak düzeyde şekillenmiş olması” ifadesi iki bakımdan açıklanmaya muhtaçtır. İlk olarak, eser korumasından yararlanmak için fikri çabanın illa ki belli bir şekil içine girmesi gerekmez; başka bir deyişle eserin bir madde üzerine sabitlenmesi veya kaydedilmesi gerekli değildir. İkinci olarak, “sahibinin hususiyeti” kavramı, sübjektif şarta ilişkin açıklamalarda kullanıldığından karışıklığa yol açabilecektir. Sübjektif şarta gelince; doktrinde, eserin, sahibinin (yaratıcısının) özelliğini taşımasının bu şartı sağlayacağı ifade edilmektedir. Bkz. EREL, s.33. Böylece sübjektif şart, eser sahibinin manevi haklarının varlığını açıklamada önemli bir rol üstlenmektedir.

⁸ Manevi hakkın eser sahibinin eserle, icracı sanatçının icrasıyla, buluş yapanın buluşuyla olan manevi bağı konu aldığı veya koruduğu kabul edilirse, buradaki manevi bağın kişisel ve düşünsel bir bağ olduğunun kabul edilmesi gerekir. Öyle ki, eser sahibinin eseriyle olan manevi bağı bir kişinin hatıra değeri olan bir eşyayla olan manevi bağından farklılık arzeder. Bu noktada ilginç bir soru ortaya atılabilir! Kişi, kendisi için manevi değeri olan eşyayı; bir malvarlığı değerini nasıl ki ticari dolaşıma sokmakta özgürse, eseri üzerindeki manevi haklarını da ticari dolaşıma sokmakta, başka bir deyişle devretmekte özgür olmalı mıdır? Manevi hakların hukuki işleme konu olması ve hukuki işlemlerin sınırları konusunda bkz. İKİNCİ BÖLÜM Başlık IV.

Mali haklarla birlikte eser sahibinin hakları kavramı içinde yer alan manevi hak kavramı, telif hakkı kavramının yeniden gözden geçirilmesi bakımından da önemli bir rol oynar. Tarihi gelişim süreci içinde, ilk başta çoğaltma ve yayma hakkını içinde barındıran telif hakkı (copyright) kavramı gittikçe genişlemiş ve tüm mali hakları içine alan üst kavram olma niteliğini kazanmıştır. Telif hakkı kavramını daha da genişletip, mali hakların yanında manevi hakları da kapsayan ve “eser sahibinin tüm hakları” anlamına getirmek, terminolojik bir tercihtir. Kanaatimizce, zaman içinde gelişerek tüm mali hakları kapsayacak şekilde anlaşılan telif hakkının manevi hakları da içine alacak şekilde genişletilmemesi gerekir. Telif hakkı kavramı, eser sahibinin sadece ekonomik yönü olan bir değer meydana getirdiği çağrışımı yapar⁹.

FSEK’te, manevi haklar üst başlığı altında md.14 “umuma arz salahiyeti”, md.15 “adın belirtilmesi salahiyeti”, md.16 “eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek” ve md.17 “eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları” başlıklarını taşımaktadır. Kimi başlıkta “hak”, kimi başlıkta “yetki (salahiyet)” kavramlarının kullanılması ve kimi başlıkta ise ne hak ne de yetki kavramının tercih edilmesi, hak ve yetki kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Mali haklar üst başlığı altında düzenlenen hükümlerde ise, yetki (salahiyet) kavramı değil hak kavramı tercih edilmiştir¹⁰.

II.MANEVİ HAKLARIN AÇIKLANMASINDA YARARLANABİLECEK TEORİLER

A.Genel Olarak

Manevi hakların anlaşılmasında, eser sahibinin haklarının gelişimini açıklayan teorileri gözönünde bulundurmak bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu teoriler içinde, özellikle monist-tekçi ve dualist-çift cephe teorileri, Avrupa Birliği Üye

⁹ Manevi hak kavramı, eser kavramının içeriği bakımından da önem taşır. Eser, salt mekanik ve maddi bir sürecin sonucu olarak değerlendirilmez. Böyle bile değerlendirilse kanun koyucu eseri maddi sonuçlar doğuran bir çalışma olarak görmez. Eserle eser sahibi arasındaki fikri ve kişisel bağ kurulduğu varsayımı, manevi hakların temelinde yatan düşünce olarak görülebilir. Eser yaratma, maddi bir fiil olarak nitelendirilse de, ortaya çıkan sonuca maddi değer de üzerinde bir değer biçilir.

¹⁰ Çalışmamızda, manevi haklara ilişkin açıklamalarda bulunurken hak ve yetki kavramlarını eş anlamda kullanılmaktayız.

Devletlerinin fikir ve sanat eserleri kanunlarındaki manevi haklarla ilgili düzenlemelerin uyumlaştırılması çalışmasında da önem arz etmektedir. Kuşkusuz, Kıta Avrupası Hukuku sistemini ve Topluluk hukuku mevzuatını –acquis communitare- dikkatle izleyen ve iç hukuka aktaran ülkemiz açısından da farklı teorileri ve farklı Fikri Hukuk düzenlemelerini tanımak yararlı olacaktır.

Eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını açıklamada, tarihi süreç içinde monist ve dualist teorinin ön plana çıkmasından önce, varolan teoriler de, Fikri Hukuka ilişkin kaynaklarda incelenmeye değer bulunmuştur. Monist ve dualist teorilerin anlaşılması ve farklı bakış açılarının sunulması bakımından bu teoriler ilgi uyandırıcıdır. Türk Fikri Hukuk literatüründe, örneğin Yarsuvat eser sahibinin haklarına ilişkin olarak yaklaşımları sekiz başlık altında incelemiştir. Yansıma görüşü, Tekelci görüş, Fikri Mülkiyet görüşü, Kişilik hakları görüşü, İkinci görüş, Tekçi görüş ve Emek görüşlerinden sonra, Türk Hukukunda eser sahibinin hakkının niteliği hakkındaki görüşlerin açıklanmasına geçilmiştir¹¹.

Alman Hukukunda, eser sahibinin manevi haklarını tanımlamak için, urheberpersönlichkeitsrechte- eser sahibinin kişilik hakları kavramının tercih edilmesi, eser sahibinin haklarını ele alan kanuni düzenlemelere kadar, bu hakların kişilik hakları çerçevesinde korunmuş olmasına dayanır. Öte yandan, manevi hakların farklılıklarına rağmen, kişilik haklarına olan benzer olan yönleri de, bu kavramın kullanılmasındaki tercihin yanlış olmadığını gösterir. Öyle ki, bugün için Alman Hukukunda kişilik haklarındaki gelişmeler, kişilik haklarının ticarileştirilmesi kavramı da, eser sahibinin kişilik haklarını etkilemekte ve eser sahibinin kişilik haklarının lisans sözleşmelerine konu olabilirdiğinden bahsedilmektedir. Uluslararası eğilim, eser sahibinin kişilik hakları kavramından çok, manevi hak –moral rights- kavramının kullanılması yönündedir. Ama hiç kuşkusuz, Alman doktrininde de, uzun süreden beri ifade edildiği gibi, urheberpersönlichkeitsrechte kavramı moral rights kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. İsviçre ESHK’da ise, eser sahipliğinin tanınması (md.9), eserin kamuya sunulması (md.10) ve eserin bütünlüğü üzerindeki hak (md.11) açıkça manevi hak başlığı altında düzenlenmemiş; bu haklar eser sahibinin eseriyle ilişkisi başlığı altında; herhangi bir mali manevi hak ayırımı

¹¹ YARSUVAT, s.42-50.

yapılmaksızın düzenlenmiştir. Ancak, doktrinde, manevi haklar incelenirken, “urheberpersönlichkeitsrechte” kavramı tercih edilir¹².

Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Haklar Hakkında Kanunun (Alm.ESHK) 11. maddesinden de anlaşılacağı üzere, monist teori denilince ilk akla gelen ülke hukuku Alman Hukuku olmaktadır. Avusturya Eser Sahibi Hakları Kanunu da, monist teorinin etkisi altındadır. Fransa, Belçika, Hollanda eser sahibi hakları kanunları dualist teorinin etkisi altında düzenlemelere sahipken, İspanya Eser Sahibi Hakları Kanunu’nun bu iki teoriden hangisinin etkisi altında kaldığı doktrinde tartışmalıdır¹³. Eser sahibinin manevi haklarının, Üye Devlet hukukları düzenlemeleri bakımından uyumlaştırılmasında, bu farklı teoriler arasında bir tercih yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa ne ölçüde bir tercihte bulunulacağı önemli meselelerden biridir.

Eser sahibinin mali ve manevi haklarını açıklayan teoriler, 18.yy. Aydınlanma Çağıyla birlikte, Tabii Hukuktan kaynaklanan teorilerden yola çıkılarak oluşturulmuştur. İlk olarak, fikri mülkiyet teorisiyle birlikte eser sahibinin hakları açıklanmışken, bu teoriyi takiben birçok teori ya yanyana veya önceki teorilere karşı çıkmak üzere, örneğin kişisel haklar teorisine karşı çıkan çift cephe teorisi ve onun ardından savunulmuş tek cephe teorilerinin ortaya çıktığı gibi, hukuk literatürüne dahil olmuştur. Bu teoriler ilk başta, yasa koyucu ve uygulama tarafından özellikle teori ve uygulamanın büyük farklılık arzettiği bir dönem Almanyasında dikkate alınmazken, zaman içinde mevcut hukuki durumlar, bu teoriler dikkate alınarak açıklanmaya başlanmıştır¹⁴.

¹² **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.132 vd. Rehbinder, açıklamalarına “Die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse”, başlığı altında, eser sahibinin kişilik hakları ve genel kişilik hakları arasındaki benzerlik ve farklılıklara ilişkin değerlendirmelerle başlar.

¹³ **ARMUS**, Torben “Die Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Europa”, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2004, s.126,127; **STROWEL**, Alain/**SALOKANNEL**, Marjut/**DERCLAYE**, Estelle: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology, Final Report, Study contract No. ETD/99B5-3000/E 28, Brüssel 2000, s.156-162.

¹⁴ **LENDVAI**, Zsafia, “Die Realisierung der Urheberpersönlichkeitsrechte in Deutschland und England, VVF Verlag München, 2003, s.11.

B.Fikri Mülkiyet Teorisi

Fikri hak kavramını ve dolayısıyla manevi hak kavramını açıklamada kullanılan teorilerden biri de fikri mülkiyet teorisidir. Fikri mülkiyet teorisi kaynağını, “Tabii Hukuk” akımında bulur. Tabii Hukuk teorisine göre, kişi doğumla varolan ve devredilemez nitelikte bazı haklara sahiptir. John Locke’un savunduğu Emek teorisine göre ise, kişi bir emek karşılığında ortaya çıkardığı sonucun sahibi olmalıdır. Gerek tabii hukuk gerekse emek teorisi, eser sahibinin hakkını açıklayan fikri mülkiyet teorisinin temelini oluşturmuştur¹⁵. Bu teori sayesinde, eser sahibinin hakkı üzerinde bir yararlanma hakkı tanınmasına ve dolayısıyla yayıncıya haklarını devretme imkanına kavuştuğuna dikkat çekilmiştir. Böylelikle, yayın sözleşmesine ilişkin uygulamalarda bir artış meydana gelmiştir¹⁶. “Copyright” kavramının eseri meydana getirenin değil de yayınevinin hakkını ifade ettiği ve simgelediği düşünüldüğünde, bu teorinin Fikri Hukukta büyük bir dönemecin alınmasında rol oynadığı vurgulanmalıdır. Uluslararası sözleşmelerde edebi ve artistik mülkiyet (literary and artistic property) ile sınai mülkiyet (industrial property) kelimelerinin kullanması bu teorinin ne kadar etkili olduğunu gösterir¹⁷.

Fikri ürünler üzerindeki hakları, maddi mallar üzerindeki mülkiyet haklarıyla bir tutmanın sakıncaları üzerinde durmak gerekirse; ilk olarak fikri hakların mülkiyet hakkından farklı olarak süreyle sınırlı olduğunu söylemek gerekir. Öte yandan, malikin mülkiyet konusu üzerinde manevi hakları bulunmazken, fikri hakların önemli bir bölümünü manevi haklar oluşturur¹⁸. Mülkiyet hakkı mutlak olarak devredilmesine ve devirden sonra kural olarak malikin mülkiyet konusu mal üzerinde hiçbir yetkisi kalmadığı halde, fikri ürünler üzerindeki haklardan sadece mali nitelikte olanlar devredilebilir¹⁹. Mülkiyet hakkı, kural olarak, zilyetliğin tesisi veya tapu siciline tescil ile kazanıldığı halde, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar hiçbir işleme veya irade açıklamasına gerek kalmaksızın, ipso iure, sadece meydana getirme olgusu ile doğarlar. Sonuç olarak, fikri hakların mülkiyet hakkıyla olan ortak özelliğinin her iki hakkın da, “mutlak hak” kategorisi içinde yer alması olduğunu

¹⁵ BAPPERT, Walter, Wege zum Urheberrecht, Frankfurt am Main, 1962, s.254.

¹⁶ BAPPERT, s.256; GIESEKE, Ludwig, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, Göttingen, 1957, s.75.

¹⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.81.

¹⁸ EREL, s.9.

¹⁹ EREL, s.9.

saptamak gerekir²⁰. Günümüzde, fikri eserler üzerindeki hakkın teknik anlamıyla mülkiyet hakkı olarak nitelendirelemeyeceği kabul edilmektedir²¹.

Günümüzde fikri mülkiyet teorisi, eser sahibinin haklarını açıklamada baskın bir eğilimi temsil etmemesine ve de maddi mülkiyet ile fikri mülkiyet arasında açık ve kesin farklar olmasına rağmen, her iki kavramın “mülkiyet” parantezinde ifade edilmesi ister istemez bağlantı noktaları kurulmasına, kıyas köprüleri inşa edilmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda, FSEK md.56 f. 3’de yer alan “basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır” hükmüne dikkat çekmek gerekir.

Manevi hakların hukuki etkilerini anlamada, bir an için manevi hakkı mülkiyet hakkının özel bir türü olarak tasavvur ettiğimizde ve hatta bir irtifak hakkıyla mukayese ettiğimizde ortaya şöyle bir tablo çıkacaktır. Deniz kıyısında bulunan bir taşınmazın maliki, bu taşınmazı, su yoluna ulaşmak için kendisi lehine kurulacak bir geçit hakkı tesis ederek satmış bulursa, yeni malikin, eski malikin su yoluna ulaşma konusundaki hakkına müdahale edemeyeceği açıktır. Benzer bir şekilde de, bir artistik veya edebi bir eser üzerindeki hakların devrinde, eser sahibinin tıpkı eski taşınmaz malikinin taşınmaz üzerinde yeni maliki kısıtlayıcı hakların sahibi olması gibi, eseri üzerinde devam eden bir denetim hakkının olduğu gözönünde tutulmalıdır²².

C.Kişilik Hakkı Teorisi

Eser sahibinin eseri üzerindeki hakkını açıklayan ve özellikle Kant ve Neutestel tarafından gündeme getirilen “Mülkiyet Hakkı” teorisiyle eş zamanlı ortaya çıkan kişilik hakkı teorisi, fikri hakları kişilik haklarının bir parçası olarak görmekte ve bu nedenle fikri hakları özleri itibariyle başkasına devredilemeyen, ancak belirli ölçüde kullanılmalarının devri mümkün olan haklar olarak değerlendirmektedir²³. Teorinin

²⁰ EREL, s.10.

Fakat hukukta mutlak haklar başlığı altında, içinde mülkiyetin de yer aldığı aynı haklardan başka haklar da vardır. Örneğin kişilik hakları gibi.

²¹ EREL, s.10.

²² BEITZ, Charles R. “Moral Rights of Creators of Artistic and Literary Works”, The Journal of Political Philosophy: Volume 13, Number, 2005, s.333-334.

²³ LENDVAI, s.14.

çıkış noktası, ilk olarak Kant'ın 1785'de yayımlanan "Kitapların Tıpkıbasımının Haksızlığı" makalesine dayanmaktadır. Kant, bu yazıda, kitabı bir yandan cisimleşmiş bir ürün olarak mülkiyetin parçası şeklinde değerlendirirken, diğer yandan yazarın topluma hitabı olarak değerlendirip, kişilik hakkıyla olan bağlantısını kurmuştur²⁴. Kant'ın bu görüşü doktrinde Bluntschli tarafından geliştirilmiş ve fikri hakların mali yönünün, hakkın aslını teşkil eden manevi yönünün korunması için kabul edilmiş, ikinci derecede önem taşıyan yetkilerden oluştuğu ifade edilmiştir²⁵. Teori, Otto von Gierke'nin, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkını, kişilik hakkı alanına ait düşünsel bir değer olarak değerlendirilmesiyle tam hüviyetine kavuşmuştur. Eser sahibi, kişisel alanına dahil olan eserini yayımlamak yerine saklı tutabileceği gibi, ona zarar da verebilecek, eserinin çoğaltılmasına veya değiştirilmesine tek başına kendisi karar verebilecektir²⁶. Eserini kamuya sunma konusunda tek söz sahibi olan eser sahibi, eserini kamuya sunduktan sonra eseri üzerindeki mutlak hakimiyetini sürdüremeyecektir. Eserin kamuya sunulmasını, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkın mahiyetini değiştirecektir. Eser sahibinin düşünceleri kamuya mal olmak suretiyle, eser sahibinin eseri üzerindeki hakimiyeti daralacaktır. Elbette, eser sahibiyle eseri arasındaki bağ ortadan kalkmayacak, ancak kamu, eseri kullanma ondan yararlanma hakkı konusunda belli bir hak sahibi olacaktır²⁷. Kişisel haklar teorisine göre, mali haklar süreyle sınırlı olup, bu süreden sonra son bulmalarına rağmen, eserin manevi yönü yaratıcı ve mirasçılarının ölümlerinden sonra bile topluma ve insanlığa mal olmuş haklar olarak korunur²⁸.

Bu teorinin, Bern Konvansiyonunun (1948 Brüksel Metni) 6. maddesinde düzenlenen "eser sahibinin manevi haklarının kendisinin ölümünden sonra, hiç değilse mali hakların ortadan kalkmasına kadar devam edeceği" hükmüne kaynaklık ettiği savunulabilir. Ancak, bu teorinin, eser üzerindeki hakların kişilik haklarından farklı olarak başkalarına devredilebilmeleri ve miras yoluyla intikal edebilmeleri gözönünde bulundurulduğunda, salt biçimde kabülü mümkün olmayacaktır²⁹. Teori,

²⁴ HUBMANN, Henrich, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, UFITA 106 (1987), s.137 vd.

²⁵ BLUNTSCHLI, Johann Caspar, Deutsches Privatrecht, 3.A. München 1864, s.116.

²⁶ GIERKE, Otto von, Deutsches Privatrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, tıpkıbasım UFITA 125 (1994), s.109.

²⁷ BAPPERT, s.246.

²⁸ BAPPERT, s.249; AYİTER, s.34-35; EREL, s.11; TOPÇUOĞLU, Hamide, Fikri Haklar Ders Notları, Ankara 1964, s.35.

²⁹ EREL, s.12.

eser sahibinin haklarını tek yönlü değerlendirdiği ve eserinden ekonomik anlamda yararlanmasını zorlaştırdığı için eleştiriye uğramıştır³⁰.

D.Monist-Tek Cephe Teorisi

Monist teori ve düalist teoriler, diğer teorilerin aksine fikri hakkın mali ve manevi yönünün birlikteliğine vurgu yapar. Monist teoriye ilişkin açıklamalarda, düalist teoriyle paralellikler bulmak tesadüfi değildir. Her iki teori de, fikri hakkın mali ve manevi cephesini dikkate almaları nedeniyle iki cephe teorileri³¹ veya sui generis³² teoriler olarak adlandırılmaktadır.

Monist teorinin ortaya çıkışında, eser sahibinin eserini kamuya arz etme hakkının yorumlanması büyük rol oynamıştır. Gierke, eser sahibinin eserini kamuya arz etme hakkını açıklarken bu hakkın eser sahibinin kişilik hakkıyla yakından bağlantılı olduğunu, çünkü eser sahibinin eserini kamuya arz etmeye karar vermesiyle, eserin, kısmen de olsa eser sahibinin kişiliğinden ayrılacağını, bir anlamda kısmen bağımsızlaşacağını ifade etmiştir. Buna karşılık, Kohler, eserin kamuya arzedilmesinin, eserden ekonomik açıdan yararlanmasını sağlayan mali hakların su yüzeyine çıkmasını sağlayacağını vurgulamıştır. Böylece, eser sahibinin eserini kamuya arz etme hakkının ikili karakteri, eser sahibinin haklarının birbirinden bağımsız haklar olduğu ilkesi üzerine kurulan çift cephe –dualist teorinin sorgulanmasına yol açmıştır³³. Monist teori, eser sahibinin haklarının kişilik hakları ve mali hakları şekilde birbirinden ayrı haklar olarak nitelendirilmesine karşı çıkıp, eser sahibinin haklarının bir bütün teşkil eden, ancak iki farklı işleve sahip olan haklar çeşidi olarak değerlendirilmesini öngörür³⁴.

Eser sahibinin mali ve manevi menfaatlerinin birbiriyle olan ilişkisini belirleme sürecinde ortaya çıkan monist ve dualist teoriler, tarihi gelişim süreci içinde

³⁰**BAPPERT**, s.249; **ULMER**, Eugen, Urheber und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin 1980; s.111; **LENDVAI**, s.16; **HEESCHEN**, Verena, Urheberpersönlichkeitsrecht und Multimedia, s.11.

³¹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.87.

³² **FRANKO**, Nisim, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara, 1981, s.72; **ATEŞ**, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.108. Sui Generis Hak Teorisi, fikri hakkın mali ve manevi cephesinin birbiriyle olan ilişkisine göre, monist ve düalist teori başlığı altında incelenmektedir.

³³ **LENDVAI**, s.17.

³⁴ **LENDVAI**, s.18.

birbirlerini etkilemişlerdir. Bu bakımda, monist teoriye ilişkin açıklamalar yapılırken dualist teoriyle ilgili bilgi vermek yararlı olacaktır. Dualist teori, malvarlığı hakkı ve kişi varlığı hakları ayrımını kullanarak eser sahibinin haklarını açıklamaya çalışmıştır. Eserin meydana getirilmesiyle, ortaya bir bütün olarak eser sahibinin hakları çıkmaz; aksine iki hak (doppelrecht) oluşur. Teorinin ardında yatan düşünce, eser sahibinin haklarını, genel medeni hakların sınıflandırılmasında kullanılan malvarlığı ve kişivarlığı hakları içinde görmektedir³⁵. Bu bakımdan, teorinin ortaya çıkışında, hakların sistematize edilmesine yönelik pragmatik bir yaklaşımın öncü olduğu söylenebilir. Ulmer tarafından, dualist teorinin kurucusu ve en önemli temsilci olarak değerlendirilen Kohler eser sahibinin haklarını açıklarken, malvarlığı haklarını, fikri mülkiyet ve dolayısıyla gayrimaddi mal teorisine dayandırmış; eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılmak ve eseri üzerindeki bütünlük hakkını ise, genel kişilik hakları çerçevesinde yorumlamıştır. Kohler'in eser sahibinin haklarının yanında kişilik haklarına yer vermesi, dualist teorinin sonraki temsilcileri tarafından aşılmıştır³⁶. Eser sahibinin haklarının mali ve manevi unsurlarını gözardı etmeyen monist teori, her iki menfaat grubunun korunmasında bir ayrıma gidilmemesi gerekliliğini ortaya koyar. Monist teori savunucuları arasında gerekçelendirme ve ifadelendirmede farklılıklar olmasına rağmen, eser sahibinin haklarının bütünsel bir hak –einheitliches Recht- değerlendirilmesi noktasında görüş birliği vardır. Eser sahibinin hakları ne salt malvarlığı hakkı ne de kişilik hakkı olarak görülmelidir; daha ziyade hukuk sisteminde ayrı bir yere sahip, bütünsel hak olarak ele alınmalıdır³⁷.

Eser sahibinin hakları bakımından günümüzde monist teorinin bir örneği olarak görülen Alman Hukukunda manevi hakların gelişim sürecinde, dualist teorinin temsilcisi olarak görülen Fransız Hukukundaki gelişmeler de önemli bir rol oynamıştır. Kohler'in Alman hukuku doktrininde dualist teorinin temsilcisi olarak yaptığı açıklamalarla birlikte, eser sahibinin haklarının malvarlıksal kısmı devredilebilir olarak görülürken, manevi haklar devredilmez addediliyordu. Bu husus, Fransız Hukukunda bir mahkeme kararıyla daha önceden açıklığa

³⁵ ULMER, s.112.

³⁶ ULMER, s.112. Eser sahibinin hakları ikili hak teşkil eder. Eser sahibinin haklarının ikili hak olduğunu söylemek, eser sahibinin elinde birleşen, her iki hakkın toplamından oluşması demektir. Monist teorinin savunucularından biri olarak görülen Ulmer'in yaptığı bu açıklamalar, kanımızca monist teorinin açıklanmasında da kullanılabilir ifadeler içermektedir. **Bkz. ULMER**, s.113.

³⁷ ULMER, s.113.

kavuşturulmuştu³⁸. Fransız Yüksek Mahkemesi, eser sahibinin haklarını manevi - droit moral- ve malvarlığı haklarından –droit patrimonial, droit pécuniaire- oluşan ikili hak –droit double- olarak nitelendirmişti. Fransız Hukukuna hakim olan dualist yaklaşımdan doğan eser sahibinin haklarının malvarlıksal kısmının serbestçe devredilmesine rağmen, manevi hakların devredilemezliği ilkeleri, Alman Hukukunda da sonuç olarak kabul görmüş oldu³⁹. Öncülüğünü, Avusturya Kültür Bakanlığı görevlisi Karl Lissbauer’ın yaptığı monist teoriye göre, eser sahibinin haklarını malvarlıksal ve kişilik hakkına ilişkin kısımlara ayırarak, ikili hak olarak görmek doğru değildi. Monist teori daha çok, eser sahibinin kişilik hakkını – individualrecht- vurgulayarak eser sahibinin haklarını birbiri içine girmiş bütünsel bir hak olarak görüyordu. Eser sahibinin kişilik hakkı, eser sahibinin haklarıyla o kadar sıkı bir ilişki içindeydi ki, bu haklar bir bütün olarak ortaya çıkıyordu⁴⁰. Ancak, monist teorinin ilk ortaya çıktığı bu dönemdeki zayıf noktası, o zamanki Alman Edebiyat ve Ses Eserleri Üzerindeki Eser Sahibinin Haklarına İlişkin Kanunun – ESK- 8.maddesinin 3. fıkrasında yer alan eser sahibinin haklarının devredilebilirliğine ilişkin hükümdü. Bu doğrultuda, kanunda yer alan bu devredilebilirlik hükmünün hakkın özünü mü –substanz- yoksa kullanımını mı – ausübung- kapsadığı noktasında tartışmalar başlamıştı. Hükümün lafzı karşısında, monist teori taraftarları hakkın tümünün devredilebileceği sonucuna varmışlardı. Ancak, bu mesele o zamanlar uygulama açısından büyük bir önem arz etmiyordu⁴¹.

Monist teorinin zaman içinde Alman hukuku doktrininde tam manasıyla etkinlik kazanmasıyla birlikte, bilhassa ikinci dünya savaşından sonra, ESK md.8 f.3’ün lafzına karşın, eser sahibinin haklarının ne kendisinin ne de kullanımının devredilebilir olduğu düşüncesi üstünlük kazandı. Daha ziyade, eserden

³⁸ Josef Kohler’ın “Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907 tarihli eserinden önce, 1902 yılında Fransız Yüksek Mahkemesinde eser sahibinin hakkının niteliği ele alınmıştı. Kararda, bir müzisyenin –Charles Lecoq- boşanması durumunda, eser sahipliği haklarının eşlerin ortak malı –Gemeinschaftsgut- olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmıştı. Karar için bkz. **EGGERSBERGER**, Michael, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, München 1991, s.211.

³⁹ **HILTY**, Reto M., Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse: Schutz des Urhebers oder dogmatisches Ammenmärchen?, In: Recht im Wandel seines sozialen und technischen Umfeldes FS für Manfred Rehbinder, Beck/Stämpfli, München/Bern 2002, s.262.

⁴⁰ **REHBINDER**, M, Urheberrecht, 13. Auflage, München 2004, Kn.21, **HILTY**, Unübertragbarkeit, s.263 dn.20’de anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **ALFELD**, P Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, München 1928, s.20 vd.; Avusturya hukukuna ilişkin eski durum için E.Rabels, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts, Grünhut’s Zeitschrift für Privat- und Zivilrecht, 1900, s.76 vd.

⁴¹ **HILTY**, Unübertragbarkeit, s.263; **ALFELD**, s.102; **EGGERSBERGER**, s.71.

yararlanmaya ilişkin yetki tahsisinde bulunulması kabul gördü. Bu görüşler, gerekçe olarak bir taraftan uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğün bir sonucu olarak⁴² eser sahibinin haklarının devredilemez özünü, diğer taraftan eser sahibinin haklarının bütünlüğünü göstermişlerdir⁴³. İçtihat hukuku ise, öğretilerdeki bu görüşlerin karşındaydı. 1965 tarihli Alm. ESHK yürürlüğe girene kadar, Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve daha önceki İmparatorluk Mahkemesi – Reichsgericht- malvarlıksal yetkileri devredilebilir görüyordu. Mahkeme kararlarından, devirle hakkın kullanımının değil kendisinin, özünün devredildiği anlaşılıyordu⁴⁴. Ancak, devredilen yetkinin kullanma biçimi, eser sahibinin eseriyle olan kişisel ve düşünsel ilişkilerini ağır bir biçimde tehlikeye sokuyor veya zedeliyorsa⁴⁵, bu takdirde eser sahibinin manevi haklarının feragat edilemez özünden bahsedilecekti. Bu şekilde, ESK md.8 f. 3’de yer alan eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğu yönündeki ilke sınırlandırılmış oluyordu. Bu sınırlandırma “amaçla sınırlı devir teorisi⁴⁶” adı verilen bir düşünce biçiminin doğumuna neden oluyordu.

Alm.ESHK md. 11, eser sahibinin eseriyle gerek kişisel gerekse düşünsel ilişkisini ve bu bağlamda, bu iki yönlü ilişkisi çerçevesinde, eserden yararlanmasını koruma altına almıştır. Eser sahibinin hakları, eser sahibinin eserden ekonomik anlamda yararlanmasını temin eden hakların yanında, genel kişilik hakları kategorisi altında değerlendirilemeyecek; bu haklardan ayrı bir haklar demeti olan eser sahibinin manevi haklarını kapsamaktadır⁴⁷.

⁴² 1928 tarihli Roma Konferansı metnine ilişkin açıklamalar için, bkz.**DIETZ**, Adolf, Das Droit Moral des Urheber im neuen französischen und deutschen Urheberrecht, München, 1968, s.17.

⁴³ Eser sahibinin haklarına ilişkin o zamanki Alman Hukuku doktrini için bkz. **HUBMANN**, H. Urheber- und Verlagsrecht, 1.Auflage München 1959, s.166; **ULMER**, s.278 vd.

⁴⁴ **HILTY**, Unübertragbarkeit, s.263 dn.24’de anılan mahkeme kararları: BGHZ 15, 257,GRUR 19955, 204; BGH vom 16.10.1959 (Keine Ferien für den lieben Gott), GRUR 1960, 199; BGH vom 18.12.1964 (Cavalleria rusticana), GRUR 1965, s.323 vd. Kararların değerlendirilmesi için bkz. **EGGERSBERGER**, s.98 vd.

⁴⁵ BGHZ 15,260, GRUR 1955, s.204.

⁴⁶ Kavramın, “zweckübertragungstheorie”-amacın devri teorisinin, doğru kullanımının “übertragungszwecktheorie” -devrin amacı teorisi şeklinde olması gerektiği ifade edilmiştir. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.158. Ancak, bu değerlendirmeye rağmen, doktrinde kavram “amacın devri teorisi” şeklinde kullanılmaya devam edilmektedir. Kanaatimizce, kavramı “amaçla sınırlı devir teorisi” şeklinde dilimize aktarmak, sözkonusu kurumun açıklama ve devir kavramının doğru ve yerinde kullanımı bakımından daha doğru olacaktır.

⁴⁷ **ASMUS**, s.122; **FABIANI**, Mario, Der Schutz der Persönlichkeit im Urheberrecht, in: Beitrage zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistung, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, s.87-92; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn. 235; **KELLERHALLS**, Miriam, Bemerkungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht, UFITA 2000/III, s.624.

Monist ve dualist teoriler, eser sahibinin mali ve manevi haklarının birbiriyle olan ilişkisine farklı çözüm getirmişlerdir. Alman Hukukunda sadece Alm.ESHK tarafınca değil aynı zamanda doktrin⁴⁸ tarafından da, savunulan tek cephe teorisine göre, eser sahibinin hakları veya daha genel bir değerlendirmeyle eser sahipliği hukuku eser sahibinin malvarlıksal yönü olan yetkileriyle kişilik hakkı yönü olan yetkilerinin birbiriyle ayrılmaz bir biçimde bütün oluşturmalarından doğar. Tek cepheli teoriyle ilgili açıklamalarda, doktrinde Ulmer tarafından yapılan ağaç benzetmesi dikkat çekicidir. Ulmer, eser sahibinin haklarını ağacın gövdesine; eser sahibinin mali ve manevi menfaatlerini ağacın köklerine; eser sahibi hakkına ilişkin yetkileri de gövdeden çıkan budaklara ve dallara benzeterek, bu yetkilerin gücünü bazen her iki kökten, bazense köklerden birinden aldığı şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur⁴⁹.

Rehbinder, monist teoride eser sahibinin haklarının birliğinin sadece hakların ortaya çıkması ve sona ermesinde değil, ayrıca miras yoluyla intikal etmesinde de kendini belli ettiğini ifade eder. Öyle ki, manevi haklardan mali haklardan doğan yetkiler birlikte ortaya çıktığı ve sona erdiği gibi, birlikte miras yoluyla intikal ederler. Ancak, her iki hak devir bakımından farklı özelliklere sahiptirler. Eser sahibi, mali haklar üzerinde tasarruflarda bulunabilirken, bu haklar üzerinde lisans hakkı tanıyabilirken, manevi haklarını devredemeyecektir. Ancak, eser sahibinin mali hakları üzerinde tasarrufta bulunmasına rağmen ana hak –mutterrecht- eser sahibinde kalır. Bunun nedeni, eser sahibinin haklarının bir bütün olarak değerlendirildiğinde mali ve manevi haklara ilişkin yetkilerin birbirinden etkilenmeleridir. Rehbinder'in bu açıklamalarından, eser sahibinin haklarının, mali ve manevi yetkilerinin kesin bir şekilde ayrımı mümkün olmadığından devri sözkonusu olamaz sonucuna varılabilir. Eser sahibinin mali haklarının

⁴⁸ **FROMM**, Friedrich Karl/**NORDEMANN**, Wilhelm/**VINCK**, Kai/**HERTIN**, Paul W.: Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz, 9. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1998, UrhG§ 11 Kn.2; **MOHRING**, Philipp/**NICOLINI**, Kaete/**AHLBERG**, Hartwig: Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2000, UrhG§ 11 Kn.5; **WALLNER**, Christoph: Der Schutz von Urheberwerken gegen Entstellungen unter besonderer Berücksichtigung der Verfilmung, Frankfurt am main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1995, s.46.

⁴⁹ **ULMER**, Eugen, Urheber und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1980, s.116. Monist teorinin ilk olarak 1936 tarihli Avusturya ESHK da kullanıldığı; buradan hareketle 1965 tarihli Alm.ESHK'da ortaya çıktığı ifade edilmektedir. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.21.

devredilebilirliğinin kabulü, mali hakların içeriğine bir ölçüde karışmış olan manevi hakların devri anlamını taşıyacaktır ki, böyle bir yorum eser sahibinin kişiliğine bağlı yetkilerinin devredilemezliği ilkesine ayrı düşecektir. Ancak, eser sahibinin eserinden ekonomik açıdan faydalanması noktasında da bir çözüm bulunmalıdır. Eser sahibinin mali hakları devredilemeyecektir; ancak eser sahibinin mali haklarının kullanılması devredilebilecektir. Bu çözüm, monist teorinin mutlak bir anlam taşımadığı, istisnalara tabi olduğu veya pratik ihtiyaçlar karşısında aşılabilir olduğu gibi çok çeşitli yorumları davet eder. Gerçekten de, Alman Kanunkoyucu Alm.ESHK md.29 f.1’de, eser sahibinin haklarının devredilemezliği ilkesini koyarken, hemen akabinde f.2’de lisans hakkı tahsisinin, mali haklara ilişkin anlaşmaların ve izinlerin hukuka uygunluğunu kabul eder. Ayrıca, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına; manevi hakka ilişkin olarak lisans hakkı sahibiyle yapılacak hukuki işlemlerin hukuka uygunluğunu ilan eder. Hükümde geçen, devredilemezlik mutlak anlamda yorumlanmayıp, eser sahibinin haklarının üzerinde yapacağı tasarrufun, devrin hak geçiren, hak kaybettiren –translative Übertragung- nitelikte olmadığı, ancak hak oluşturan, doğuran lisansa -konstitutive Lizenzierung- olarak tanıyacak şekilde yorumlanması gerektiği savunulabilir. Reh binder, Monist teoriye ilişkin açıklamalarında, eser sahibinin haklarının ne malvarlığı ne de kişilik hakları niteliğinde olduğu; aksine bu iki hakkın karışımı olduğu noktasını vurgular. Buradan hareketle de malvarlığa haklarına ilişkin hükümlerin, eser sahibinin hakları bakımından kısmen uygulama alanı bulacağını belirtir⁵⁰.

Alm.ESHK mali ve manevi haklar arasında ayırım yapmadan; md.64’de eser sahibinin haklarının ölümünden 70 yıl sonra sona ereceğini öngörür. Yine aynı şekilde, Alm.ESHK md. 28’de, mali-manevi hak ayırımı yapılmaksızın, eser sahibinin haklarının miras yoluyla intika edeceği öngörülür. FSEK de md.26 f.1 c.1’de, eser sahibine tanınan mali hakların zamanla mukayyet oldukları düzenlenmiş ve md.27 f.1 c.1’de, koruma süresinin eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl süreyle devam edeceği öngörülmüştür. Manevi haklara ilişkin bir koruma süresi öngörülmemiştir. Eser sahibinin manevi haklarının ölümünden sonra kullanılması konusunda ise, FSEK md.19’da her bir manevi hak bakımından ayrıntılı sayılabilecek bir düzenlemeye gidilmiştir.

⁵⁰ REHBINDER, Urheberrecht, Kn.21.

Tek cephe teorisi, bugün için sadece eser sahibinin haklarıyla ilgili bir teori olma özelliğini aşmış ve ticarileştirilebilir kişilik haklarının hukuki niteliğini açıklamada kullanılan bir teori olmuştur. Kişiliği oluşturan, isim, resim, ses gibi değerlerin ticari anlamda kullanılabilir kişilik hakları olarak görülmesi, özellikle ünlü kişiler bakımından bu değerlerin ürünleştirme-pazarlama –Merchandising- haklarına konu olması kişilik haklarının korunmasını bireysellik korumasına indirgeyen görüşten ayrılıp, kişilik haklarının mali ve manevi menfaatlerden oluştuğunun kabulüyle mümkün olacaktır. Kişinin sesi, resmi ve ismi üzerinde hem mali hem de menfaatleri vardır⁵¹. Kişinin, kişiliğini oluşturan bu değerleri ürünleştirme-pazarlama konusunda yapacağı sözleşmeler kişilik hakkının devri şeklinde yorumlanamayacak, hakkın kullanılmasının devri olarak görülebilecektir⁵².

Eser sahibinin haklarını md.29’da devredilemezlik özelliğine tabi tutan Alm. ESHK’den farklı olarak, dualist teorinin etkisinde değerlendirilen İsv.ESHK md.16 f.1’de eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğu öngörülür. Ancak, İsv.ESHK md.16 f.1’de öngörülen bu devredilebilirlik özelliği, doktrin tarafından farklı bir yoruma tabi tutulur⁵³. İsviçre Hukukunda, eser sahibinin haklarının devri konusunda, hakkın tamamen değil hakkın kullanımının devri mali ve manevi haklar bakımından ortak bir sonuç olarak belirir. Başka bir deyişle, eser sahibinin mali haklarının devri eser sahibinin eser üzerindeki hakkının tamamen kaybı olarak değerlendirilmez; hakkın kullanımının devri olarak algılanır. Öte yandan, manevi haklar bakımından da, manevi hakların eser sahibinin kişiliğine bağlılığından dolayı ancak kullanımının devrinden bahsedilir. Dolayısıyla, monist teorinin temsilcisi Alman Hukukuyla,

⁵¹ **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.21.

⁵² Bu bağlamda, Amerikan Hukukunda ünlü kişilerin kişilik haklarının korunması konusunda ortaya çıkan –right of privacy- ve right of publicity- kavramlarının Avrupa Hukukunda uygulama alanı bulması gerektiği de savunulur. Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. **SEEMANN**, Bruno, Prominenz als Eigentum, Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz, Diss. Zürich 1996, Baden-Baden 1996; **GOTTING**, Horst-Peter Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Habil.-Schrift München 1995, Tübingen 1995; **FREITAG**, Andreas, Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeits des ausübenden Künstlers, Baden-Baden 1993.

⁵³ Hilty, Alman Hukuku tarafından karakterize edilmiş “nutzungrechte”-yararlanma hakları kavramının doktrinde Rehbieter tarafından İsv.ESHK md.16 f.1’in yorumunda büyük önem arzettiğini ifade eder. Öyle ki, İsv.ESHK md.16 f.1’de ifade edilen eser sahibinin haklarının devredilebilir olması demek, bu hakların yararlanma hakkı olarak devredilmesi –lisans sözleşmesine konu olabilmesi- şeklinde anlaşılmalıdır. **HILTY**, s.259. Bu şekilde bir yorum, eser sahibinin manevi haklarının kişilik haklarıyla olan bağlantısı gözönünde tutularak yapılmış bir yorumdur. Eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğunun mutlak anlamda kabulü; manevi hakların da hukuki işlemler yoluyla eser sahibinin hakimiyet alanından çıkması sonucunu doğurur.

dualist teorinin örneklerinden biri olarak gösterilen İsv.ESHK, uygulamada benzer sonuçlara ulaşırlar.

E.Dualist-Çift Cephe Teorisi

Çift cephe teorisine göre, eser sahibinin manevi hakları, eser sahibinin mali haklarından kaynaklanan yetkilerinden tamamen farklı özellikler taşır. Bu teori, ilk olarak, eser sahibinin haklarını, kişilik hakkı kavramıyla açıklayan Gierke'ye⁵⁴ karşı, Kohler in, eser sahibinin haklarını kişilik hakkı unsuru taşımayan gayrimaddi mallar olarak değerlendiren görüşüyle ortaya çıkmıştır. Kohler, eser sahipliğinin tanınması ve eserin bütünlüğü üzerindeki hakları (werkintegrität), genel kişilik hakları çerçevesinde değerlendirirken, eser sahibinin mali haklarını gayrimaddi mallar olarak nitelendirdi. Böylece, eser sahibinin eseri meydana getirmesiyle birlikte, birbirinden bağımsız kişilik hakkı yönü olan yetkilerle, malvarlıksal yönü olan yetkilerin ortaya çıkacağı kabul edilmiş oldu⁵⁵. Eser sahibinin mali ve manevi nitelikli bu yetkileri ayrı hukuki kadere sahip hukuki kavramlar olarak değerlendirildi⁵⁶. Çift cephe teorisi ışığında, eser sahibinin haklarından malvarlıksal yönü olan yetkiler tamamıyla devredilebilir bir özellik taşıırken, tek cephe teorisi etkisinde düzenlenmiş eser sahibinin haklarından malvarlıksal yönü olan yetkiler, kişilik hakkı yönü olan yetkilerle sıkı bir şekilde bağlantı içinde olduğundan, eser sahibinden ayrılamazlar. Başka bir deyişle, mali hakların devri sözkonusu olmaz⁵⁷.

F.Fransız Hukukunda Değişikliğe Uğramış Çift Cephe Teorisi

Klasik çift cephe teorisinin, mali ve manevi yetkileri keskin bir şekilde birbirinden ayırdetmesi, çift cephe teorisi etkisi altında hazırlanmış Fransız Eser Sahipleri Hakkında Kanununda (Fr.ESHK), değişik bir şekilde karşımıza çıkar. Fr. ESHK md.111-1 hükmünün lafzından açıkça anlaşılmasa da, eser sahibinin haklarının, malvarlıksal yönü olan yetkilerle, manevi yetkileri içeren çift cepheli hak olduğu

⁵⁴ **GIERKE**, Otto von, Deutsches Privatrecht Band I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, Nachdruck von Kapitel 4, Titel 3, "Persönlichkeitsrechte", s. 748-848, in: UFITA 125 (1994), s.103-200.

⁵⁵ **ASMUS**, s.123.

⁵⁶ **DOUTRELEPONT**, Carine:Das droit moral in der Europaeischen Union, GRUR Int.1997, s.295; **SCHOLZ**, Jochen:Die Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts (Droit Moral) im französischen und deutschen internationalen Privatrecht, Berlin 1998, s.13.

⁵⁷ **ASMUS**, s.123.

kanunun amacından anlaşılmaktadır. Eser sahibinin mali ve manevi yetkileri, birbirinden bağımsız ancak yanyana varlıklarını sürdüren; farklı hukuki akıbetlere tabi olan yetkiler olarak değerlendirilir⁵⁸. Fr.ESHK md.111-1 f.2 hükmünde, eser sahibinin haklarının ekonomik niteliğinin yanında, düşünsel ve manevi niteliğe sahip olduğu öngörülmüştür.

Fr. ESHK tarafından korunan bir eserin meydana getirilmesiyle, eser sahipliğine ilişkin tüm yetkiler kendiliğinden, ipso iure, doğmaz. Yararlanma haklarının; başka bir deyişle mali hakların ortaya çıkışı, eserin kamuya sunulması hakkının icra edilmesine bağlıdır⁵⁹. Fr. ESHK md.121 f.1 uyarınca manevi haklar süre bakımından süresiz bir korumaya tabii iken, eser sahibinin mali haklarına ilişkin koruma süresi, Avrupa Birliğinin Eser Sahibinin Haklarını Koruma Süresi'ne ilişkin Yönergesinin iç hukuka aktarılmasıyla birlikte, Fr. ESHK md.123 f. 1 de eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl süreyle sınırlanmıştır Fr. ESHK md.122 f.7 ve md. 131 f. 4 hükümleri uyarınca, mali haklar devredilebilirken, md.121 f.1 manevi hakların vazgeçilemez, devredilemez, rehnedilemez ve ölüm halinde malvarlığı haklarından farklı bir akıbeta sahip olduğunu açıklar⁶⁰.

Eser sahibinin manevi hakları, ESHK md. 121-1 ila 121-9 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Eser sahibinin hakları, çift-cephe teorisi çerçevesinde düzenlenmiş olmasına rağmen (Fr.ESHK md.111-1), bazı yazarlar bu değerlendirmeye karşı çıkarlar⁶¹. Mali ve manevi hakların ayrı rejimler tarafından yönetilmesi anlamına gelen çift-cephe teorisinin hakim olduğu Fransız Hukukunda, manevi hakların kanunda mali haklardan önce düzenlenmiş olmasından hareketle, manevi hakların mali haklara olan üstün olduğu ifade edilmektedir⁶². Klasik dualist teori modeli çerçevesinde mali haklarla manevi hakların farklı hukuki akıbetlere tabi olması gerekliliği Fransız Hukukunda tam manasıyla gerçekleşmez. Manevi hakların mali haklardan üstün görülmesi, dualist modelin birbirini asgari derecede etkileyen mali hak manevi hak ayrımını zedeler.

⁵⁸ ASMUS, s.123.

⁵⁹ DIETZ, Das Droit Moral, s.40,41.

⁶⁰ ASMUS, s.124.

⁶¹ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.24.

⁶² SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.25.

Manevi hakların kişisel, emredici ve evrensel karakteri dikkati çeker. Manevi hakların evrensel özelliğiyle kastedilen, yabancı uyruklu kişilerin manevi haklara ilişkin ülke rejimlerini gözönünde bulundurmaksızın, manevi hak korumasından faydalandırılmasıdır. Karşılıklı koşulu olmadan manevi hakların ileri sürülebileceğine ilişkin olarak, “Turner Entertainment co v. Huston” kararı örnek gösterilir⁶³. Öte yandan, manevi haklar ebedilik, feragat edilemezlik ve el koymadan muaf olma özelliklerine de sahiptir⁶⁴.

Fransız Hukukunda, eser sahibinin haklarına ilişkin gelişmeler, Alman Hukukunda dikkatle takip edilmektedir. Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin olarak her iki hukuk sisteminde paralel gelişmeler ve karşılıklı etkilenmelere rastlanmaktadır⁶⁵. Ayrıca, eser sahibinin haklarının korunması bakımından her iki hukuk sisteminde ortak olan temel ilkeler de, bu iki hukuk sistem arasındaki düşünce ve yaklaşım alışverişini ortaya koymaktadır. Herşeyden önce, her iki hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuku sisteminin bir özelliği olarak, “eser sahibinin hakları” author’s right; Droit D’Auteur-System, sisteminin temsilcisidirler⁶⁶. Başka bir deyişle, eser sahibinin manevi haklarını, Anglo-Amerikan hukuku sisteminden –copyright system- daha ayrıntılı ve etkin bir şekilde korurlar. Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemleri konu alan Fransız mahkeme kararları, zaman içinde, Alman Hukukunda da, herhangi bir sistem sapmasına neden olmadan kullanılır hale gelmiştir. Eser sahibinin haklarına ilişkin Fransız Hukuku uygulaması, Alman Hukukunda, manevi hakların sıkı ve daha çok eser sahibi lehine korunduğu bir hukuk çevresi olarak ün yapmıştır⁶⁷. Fransız Hukukunda kullanılan manevi hak kavramı –droit moral- latince kökenli moralis kelimesinden türetilmiş olup, ahlak kavramına vurgu yapar. Manevi hak kavramı, Fransız Hukukunda mahkemeler tarafından 1841 yılından itibaren

⁶³ **STERLING**, J.A.L., World copyright law : Protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts, and published editions in national, international, and regional law, Sweet and Maxwell, London 1998 s.284.

⁶⁴ **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.26.

⁶⁵ Örneğin, Alman Hukukunda, yazılı bir eserin çoğaltılması konusundaki tartışmaların Fransız Hukuku öğretisince dikkatle izlendiği ve 1791 ve 1793 tarihli eser sahibinin haklarına ilişkin düzenlemelerde gözönünde tutulduğu belirtilmektedir. **METZGER**, Axel, Rechtsgeschäfte über das Droit Moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002 s.130, (Stromholm, Stig, Le droit moral de l’auteur en droit Allemand, Français et Scandinave, étude en droit comparé I, Stockholm 1967, s.256’ dan naklen); **KELLERHALS**, Miriam, Die europäischen Wurzeln des Droit moral, GRUR Int.2001, s.443.

⁶⁶ **POULLAUD-Dulian Frèdèric**, Die neuere Entwicklung des Urheberrechts in Frankreich, GRUR Int. 1995, s.361.

⁶⁷ **ALTENBURG**, Dorothee, Die neuere Entwicklung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Deutschland und Frankreich, München 1993, s.187.

kullanılmaktadır. Ancak, o günkü manevi hak kavramının, bugün kullanılan manevi hak kavramından farklı olduğu da belirtilmektedir⁶⁸.

Fransız Hukukunda, eser sahibinin kamuya sunma hakkı –droit de divulgation- Fr.ESHK md.121-2 hükmünde düzenlenmiş olup, temel olarak Alm.ESHK md.12’de düzenlenmiş olan kamuya sunma hakkıyla aynıdır⁶⁹. Fr.ESHK md.121-2 hükmü eser sahibine eserini kamuya sunup sunmama konusunda münhasır bir yetki tanır⁷⁰. Eser sahibinin arzusuna uygun olarak, eserin kamuya sunulması eylemi geri dönülemez sonuçlar doğurur. Başka bir deyişle, eserin bir defa kamuya sunulması, kamuya sunma hakkının tükenmesi sonucunu doğurur. Fr. ESHK md.121-2 hükmünün ilk fıkrasının ikinci cümlesi, eser sahibinin kamuya sunma hakkının ne şekilde gerçekleşeceği konusunda karar verme hakkı olduğunu öngörür⁷¹. Kamuya sunma hakkını, kısıtlayan hükümlerden biri olarak Fr.ESHK md.121-5’de, film eserlerinin kamuya sunulmasına karar verme yetkisi sadece filmi meydana getiren eser sahiplerine değil, filmin yapımcısına da tanınmıştır. Film eserinin, kamuya sunulmasında yeterli olgunluğa ulaşıp ulaşmadığı noktasında eser sahipleriyle film yapımcısının iradesi uyusmalıdır⁷². Ancak, eser sahiplerinin filmin ana kopyasını – master copy; Nullkopie- vermekten kaçınarak, film yapımcısının eseri kamuya sunmasını engellemeleri mümkündür. Fr. ESHK md.121-5 f.5 eser sahibinin gerek mali gerekse manevi hakların kullanılmasını ancak tamamlanmış eserler için

⁶⁸ **METZGER**, Das Droit Moral s.130, (Stromholm, s.17’den naklen)

⁶⁹ **METZGER**, Das Droit Moral, s.131,

⁷⁰ Eser sahibinin kamuya sunma hakkı, 1956 yılında yasal düzenlemeye kavuşmadan önce içtihat hukukunca ve doktrin tarafından tanınan bir haktır. İlgili karar ve doktrindeki görüşler için **METZGER**, Das Droit Moral, s.131 dn.406’da anılan mahkeme kararı: Tirb. Civ. De la Seine d 1947, s.98-Roault/Vollard ve Poulliet, s.257’den naklen.

⁷¹ Eser sahibinin kamuya sunma hakkının tükenmesi, bu cümle eşliğinde yorumlanmaktadır. Ünlü psikoanalizci Fransız Lacan’ın öğrencileriyle yaptığı derslerin yazılı hale getirilip, çoğaltılıp, yayılması eser sahibinin kamuya sunma hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Çünkü, eser sahibinin Fr.ESHK md.121-2 hükmüne uygun olarak, eserini kamuya sunma hakkının biçimi ihlal edilmişti. Dolayısıyla, Lacan’ın öğrencileri önünde yaptığı dersler ve ileri sürdüğü tezler, Lacan’ın fikirlerinin yazılı ortamda basılıp, çoğaltılmasına meşruiyet kazandıracak şekilde kamuya sunma hakkının tükenmesine neden olmuyordu. Karar için bkz. **METZGER**, Das Droit Moral, s.131 dn.407; TGI Paris D 1987, Somm 155-Lacan. Bu karar eşliğinde, eser sahibinin kamuya sunma hakkının mükerred eden kullanımı tartışmaya açıldı. O halde, eser sahibinin fikirlerini öğrencileri önünde paylaşması, bir kamuya sunma olarak değerlendirilirse de, bu eser sahibinin eserini yazılı bir şekilde kamuya sunulması hakkını kullandığı anlamına gelmeyecekti.

⁷² **ALTENBURG**, s.96. Yazar, film yapımcısının bu konumunu “söz sahibi olma hakkı” - mitspracherecht- olarak değerlendirmektedir.

öngördüğüne göre, eser sahiplerinin film yapımcısı karşısında haklarının korunması teorik olarak mümkündür⁷³.

Fr.ESHK md121-1 f.1 hükmünde eser sahibinin isminin ve eser sahibi olarak nitelendirilmesinin korunması ayrı bir şekilde düzenlenmiş olsa da, Fransız hukuku doktrininde bu iki hak eser sahibinin eseri üzerindeki sahipliğinin tanınması hakkı olarak, tek bir hak olarak görülür⁷⁴. Eser sahipliğinin tanınması hakkı, Fransız ve Alman hukuklarında aynı içerik ve kapsama sahiptir⁷⁵. Alm.ESHK md. 13 c.1'e paralel bir şekilde, Fr.ESHK 121-1 f.1 hükmü, eser sahibine her zaman için eser sahipliğinin tanınması konusunda bir yetki verir. Bu yetki, özellikle eserin ilk olarak anonim veya takma isimle kamuya sunulması durumunda önem taşır. Öyle ki, eser sahibi ilk önce isimsiz veya takma isimle kamuya sunduğu eser üzerinde sonradan eser sahibi olarak isminin belirtilmesini talep edebilir⁷⁶. Ayrıca, eser sahipliğinin gasbı olarak nitelendirilen, başkasının kendi ismi altında gerçek eser sahibinin eserini kamuya sunması durumunda, eser sahibinin Fr.ESHK md.121-1 f.1 hükmüne dayanarak bu duruma son vermesi mümkün olacaktır⁷⁷. Fr.ESHK md.121-1 f.1 eser sahibine, ismine saygı gösterilmesi konusunda üçüncü kişilere karşı talepte bulunma hakkı verir. Hükümde geçen isim kavramının, Fr.ESHK md.113-6 hükmüyle birlikte incelendiğinde, eser sahibinin sadece yasal ismini (bürgerlicher Name) değil takma ismini ve kendisi tarafından tercih edilmiş isimsizlik halini de kapsadığını belirtmek

⁷³ Film yapımcısının, eser sahipleri karşısında eserin kamuya sunulması hakkı konusunda yetkin bir konuma getirilmesi, film eserin yaratım sürecini ve manevi hakların varlığını gözden kaçıran bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Konuyla ilgili bir mahkeme kararında, film yönetmeninin film yapımcısıyla yaptığı sözleşmenin geçerliliği incelenmekteydi. Film yönetmeni, film yapımcısıyla eserin tamamlanmış olması konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, film yapımcısına filmi kamuya sunma konusunda karar verme yetkisi tanımıştı. Mahkeme, bu tür bir sözleşmeyi, film yönetmeninin manevi hakkının devredilemezliği ilkesine aykırı görerek geçersiz ilan etmiştir. Ancak, bu karar, daha eser tamamlanmadan önce eser sahibinin haklarının ve dolayısıyla manevi haklarının kullanımından bahsedilemeyeceğini öngören Fr.ESHK md.121-5 f.5 hükmünün gözardı edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.131 dn.410'da anılan mahkeme kararı: Cass.D 1973, Jur. S.363- Fox Europa/Luntz ve karar eleştirisi için; Edelman D 1973, Jur, s.363.

⁷⁴ Fransız Hukukunda, bu duruma ilişkin olarak "paternité" kavramı kullanılır. Bu kavramın muadili olarak, Alman Hukuku doktrininde "Vaterschaft" kavramına yer verilir. **ALTENBURG**, s.97 ve **METZGER**, Das Droit Moral, s.132 dn.411'de anılan yazarlar: Gautier, s.180; Plaisant, Kn.142.

⁷⁵ **DIETZ**, Das Droit Moral, s.116 vd; **ALTENBURG**, s.97.

⁷⁶ **METZGER**, Das Droit Moral, s.132 dn.415'de anılan mahkeme kararları: Cass. RIDA octobre 1990, s.125-Boyer/Béart; CA Paris D 1993, Jur.442- Villiers/Soton; TGI Paris JCP 1970 II, Nr.16415-Jeanneau/La France continue; CA Paris D 1967, Jur. s.284-Guille/Colmant; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.175.

⁷⁷ **ALTENBURG**, s.98 ve **METZGER**, Das Droit Moral, s.132 dn.416'da anılan mahkeme kararları: TGI Paris RIDA avril 1970, s.217-Guino/Renoir; CA Paris RIDA juillet 1987, s.193-Montpezat/Flammarion.

gerekir. Böylece, Fransız Hukukunda eser sahibinin eserini kamuya sunup sunmama; sunacaksa zamanını belirleme hakkının yanında, eser sahipliğini tanıtıcı hangi işaretin kullanılacağı konusunda karar vermede hak sahibi olduğu ortaya çıkar⁷⁸. Lisans hakkı sahibi de, eser sahibinin tercihleri ve talimatlarıyla bağlıdır⁷⁹. Eserin, anonim olarak yayınlanması durumunda, lisans hakkı sahibinin susma yükümlülüğü mevcutken, eserin eser sahibinin ismiyle veya takma ismiyle yayınlanması durumunda, lisans hakkı sahibi kural olarak her kullanımda bu isimleri belirtmek zorundadır⁸⁰. Eser sahibini tanıtıcı işaret, kitabın başlığında, filmin ilk ve son jeneriğinde, güzel sanat eserinin sergilenmesinde veya mimari bir eserin ön yüzünde görünür olmalıdır⁸¹. Fransız Hukukunda, eser sahibinin isminin belirtilmesi hakkı, kural olarak, eserin reklamda kullanılması durumunda da varlığını korur. Eserin reklamında, eser sahipliği de belirtilmelidir⁸².

Fr.ESHK md.121-1 f.1 hükmü, eser sahibini eserine saygı gösterilmesi konusunda hak sahibi⁸³ kılınıştır. Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı Fransız Hukukunda bu şekilde bir sadelikte düzenlenirken, Alman Hukukunda eser sahibinin haklarıyla eserden yararlanan kişiler veya eserin Eşya Hukuku anlamındaki maliki arasındaki menfaatlerin dengelenmesini gözeterek tarzda düzenlenmiştir. Alm.ESHK md.14 e göre, eser sahibi eseri üzerinde düşünsel ve kişisel menfaatlerini tehlikeye

⁷⁸ Bu hak, 1957 tarihli Fr.ESHK dan önce de içtihat hukuku ve doktrin tarafından tanınmış bir haktır. **METZGER**, Das Droit Moral, s.132 dn.418 de anılan yazarlar: Pouillet, s.357; Le Tarnec, s.39.

⁷⁹ **ALTENBURG**, s.98; **METZGER**, Das Droit Moral, s.133'de anılan yazarlar: Gautier, s.180; Colombet, Kn.140; Plaisant, Kn.142; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.175, Dumas, s.208.

⁸⁰ Fransız içtihat hukuku, eser sahibinin isminin belirtilmesi hakkını sınırlayan sektörel uygulamayı – branchenübung; usages de la profession- reddetme eğilimindedir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.133 dn.420'de anılan karar: TGI Paris JCP 1970 II, Nr.16415-Jeanneau/La France continue. Buna karşılık, örneğin, reklamlarda eser sahibinin isminin belirtilmesini, alışılmamış ve işin mahiyetinden kaynaklanan engel nedeniyle, kabul edilmez. Bkz. Gautier, s.181.

⁸¹ **METZGER**, Das Droit Moral, s.133, dn.421'de anılan mahkeme kararları ve yazarlar: CA Paris D 1997, Somm. S.89-Gemini/Mimouni; CA Paris D 1997, Somm. s.94-Larousse/Garcia Pelayo; CA Paris D 1969, Jur.s.703-Soc. Edition Diffusion Presse/Aguiraud; CA Paris RIDA juillet 1987, s.193-Montzepat/Flammarion. Gautier, s.180; Colombet, Kn.140; Le Tarnec, s.93; Plaisant, Kn.142.

⁸² **ALTENBURG**, s.97; **METZGER** Das Droit Moral, s.133, dn.422'de anılan yazarlar: Gautier, s.180; Plaisant, Droit des auteurs, Kn.138; Colombet, Kn.140.

⁸³ Bu hak, 1957 yılında kanuni bir zemine kavuşmadan önce, Fransız Hukukunca tanınmış bulunuyordu. Fransız mahkemeleri önünde, eser üzerindeki korumanın ilk defa ileri sürüldüğü tarih olarak 1814 yılı gösterilmektedir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.133 dn.423'de anılan yazarlar: Pouillet, s.363; Srömholm I, s.124; Lucas/Lucas, s.15. Fr.ESHK md.121-1 f.1 hükmü şu şekildedir: "L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre." Hükmün, Metzger tarafından, Almanca çevirisi şu şekilde yapılmıştır: Der Urheber hat das Recht auf Achtung seines Namens, seiner Urheberschaft und seines Werkes. Açık ki, hükümde geçen saygı -respect;achtung- sözcüğü, sosyal ve ahlaki yükümlülük olmaktan sıyrılıp, hukuki, kanuni bir yükümlülük anlamında kullanılmıştır. Hükmün kaleme alınışı, eser sahibinin bu haklarının mutlak, üçüncü kişiye yönelik karakterini de ortaya koyar.

sokan değişiklikleri; eserin orjinaliyle olan bağlantısına sona verecek tarzda bozmaları veya diğer zarar vermeleri yasaklayabilecektir⁸⁴. Öte yandan, Fr.ESHK md.132-11 f.2’de, yayın sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Hükme göre, “yayıncı eseri hiçbir şekilde değiştiremez; meğer ki, eser sahibi yazılı olarak izin vermiş olsun”. Fr.ESHK md.121-7 hükmündeysen, bilgisayar programı üzerindeki eser koruması azaltılmıştır. Bilgisayar yazılımı üzerinde, lisans hakkı sahibi tarafından yapılacak değişikliklere eser sahibi, şeref ve itibarını zedelediği müddetçe, itiraz edemeyecektir. Kanunda, yayın sözleşmesine ilişkin özel hükümden hareket ederek, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını sadece yayıncıya karşı ileri sürülecek bir hakka indirgemek, gerek içtihat hukukunun gerekse doktrindeki görüşlerin Fr.ESHK md.121-1 f.1 genel hükmünün tüm diğer alanlarda uygulama alanı bulacağı yönündeki saptamalarını yadsımak anlamına gelir⁸⁵.

Eser üzerinde değişiklik yapılması konusunda, özellikle eser sahibi ile lisans hakkı sahibi arasında önem arzeder. Lisans hakkı sahibinin, eser üzerinde değişiklik konusunda hareket alanı Fransız Hukukunda oldukça kısıtlanmıştır. Lisans hakkı sahibinin eseri değiştirme, esere eklemelerde bulunma, eserde kısaltmalar yapma ve eserin kamu tarafından yanlış bir şekilde algılanmasına ve değerlendirilmesine yol açacak bir ortamda sunmasını hukuka aykırı olarak gören birçok mahkeme kararı vardır⁸⁶. Türk FSEK md.16 f.1 ile bu durumu, “eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz” şeklinde açık bir hükümlerle düzenlemiştir.

Eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını genişletme işlevini üstlenen Fransız içtihat hukuku, tiyatro yönetmeninden metne sadık kalmasını talep etmekte⁸⁷, filmlerde kısaltma yapılmasını⁸⁸, filmlerin televizyondaki

⁸⁴ **METZGER**, Das Droit Moral, s.133.

⁸⁵ **ALTENBURG**, s.99; **METZGER**, Das Droit Moral, s.134 dn.426’da anılan yazarlar: Gautier, s.181; Colombet, Kn.147; Dumas, s.218 vd.; Le Tarnec, s.49; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.191.

⁸⁶ **METZGER**, Das Droit Moral, s.134, dn.428’de anılan mahkeme kararları ve yazarlar: CA Paris RIDA avril 1998, s.416-Editions de la Seine/Chancel; TGI Paris JCP 1988 II, Nr.21062-Moritz/Denoel; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.193. Dumas, s.218 vd.; Plaisant, Droit des auteurs, Kn.144; Colombet, Kn.148.

⁸⁷ **METZGER**, Das Droit Moral, s.134, dn.429’da anılan mahkeme kararları ve yazarlar: TGI Paris RIDA juillet 1986, s.166-Zorine/Le Lucernaire; TGI Paris RIDA janvier 1993, s.225-Lindon La Compaigne Brut Beton. Gautier, s.203; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.207.

gösterimlerinde yayıncı kuruluşun logosunun ekranda yer işgal etmesini veya reklamlarla kesilmesini Fr.ESHK md.121-1 f.1 hükmüne aykırı addetmektedir⁸⁹. Bir müzik parçasının reklam yayınında kullanılması, bestenin tamamı kullanılmadığı için, müzik eseri sahibi bakımından bir manevi hak ihlali olarak değerlendirilebilecektir⁹⁰. Fransız Hukukunda, eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin kararlarda, eser sahibi lehine varılan çözümler, eserden yararlananların eserde değişiklik yapamayacağı anlamına gelmez. Örneğin, yayıncı, kendisine bırakılan eserdeki gramer ve yazım yanlışlarını düzeltmeye yetkilidir⁹¹. Öte yandan, mahkemeler, eser sahibinin hakkını, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacak şekilde kullanımına izin vermemektedirler⁹². Eser sahibinin, Eşya Hukuku anlamında eserin malikiyle olan ilişkisinde de, eser üzerinde her türlü değişiklik yapılması yasağı mutlak şekilde sözkonusu olmayacaktır. Eserin işlevini yerine getirmesine hizmet eden değişiklikler, (örneğin binanın daha ısıtma sisteminin iyileştirilmesi için yapılan değişiklikler veya binanın eskiyen yerlerinin onarıma tabi tutulması gibi) özellikle mimari eserler bakımından, doktrinde ve içtihatlarda eserin malikinin bir hakkı olarak görülmektedir. Eserin işlevini yerine getirmesinin yanında, ekonomik açıdan değer arzetmesi bakımından yapılan değişiklikler de olumlu karşılanmaktadır⁹³.

⁸⁸ **METZGER**, Das Droit Moral, s.134, dn.430'da anılan mahkeme kararları ve yazarlar: CA Paris RIDA octobre 1988, s.299-Antenne 2/ Kopiloff; CA Paris D 1951, Jur.s.9-Gaumont/Blanchar. Gautier, s.204; Plaisant, Droit des auteurs, Kn.144.

⁸⁹ **METZGER**, Das Droit Moral, s.134, dn.431'de anılan mahkeme kararları ve yazarlar: TGI Paris JCP 1990 I, Nr.3478- Giovanni/M6; TGI Paris RIDA octobre 1990, s.320- Misserly/La Cing; TGI Paris RIDA octobre 1988, s.328-Marchand/La Cing.; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.197; Gautier, s.205.

⁹⁰ **METZGER**, Das Droit Moral,s.134 dn.432'de anılan mahkeme kararları: TGI Paris RIDA juillet 1992, s.205-Brel/Warner; CA Paris D 1992, Somm.s.75-SA Films/di Fusco; TGI Paris JCP 1992 II, Nr.21919-Bessand-Massanet/Foxtrot Productions.

⁹¹ **ALTENBERG**, s.100; **METZGER**, Das Droit Moral, s.134.

⁹² **METZGER**, Das Droit Moral, s.135, dn.435'de anılan mahkeme kararı: CA Paris D 1957, Jur. s.108-Prévert/Soc. Les Gémeaux. Kararda, filmin prodüksiyonundan ayrılan eser sahiplerinin buldukları katkılarının film şirketince değiştirilmesine karşı talepleri, mahkemece reddedildi. Mahkemenin görüşüne göre, manevi haklar "mutlak ve koşulsuz" bir şekilde kullanılamayıp; makul ölçüler çerçevesinde kullanılabilir. Filmin yapımında artık ortak çalışmada bulunmayacak olan eser sahipleri, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına başvuramazlardı. 1957 tarihli Fr.ESHK ve kanunun 16.maddesi –bugünkü Fr.ESHK md.121-5 hükmü- somut olay bakımından uygulama alanı bulmadı.

⁹³ **METZGER**, Das Droit Moral, s.135 dn.436'da anılan mahkeme kararı ve yazar: CA Paris JCP 1990 I, Nr.3478-Bonnier/Bull. Gautier, s.208; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.213. Eser sahibinin, eseri üzerinde yapılacak değişikliklere ilişkin, eserinin dokunulmazlığı –untastbarkeit; intangibilité- savunmasında bulunması, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde bir değer arzetmez. Metzger, s.135, dn.440 da anılan mahkeme kararları ve yazarlar: CA Paris D 1995, Somm. s.56-Tissinier/Frankoparis; TGI Paris RIDA juillet 1990, s.386-Perret/Conseil. Le Tarnec, s.54; Dumas, s.217.

Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının kısıtlandığı durumlardan biri de, eserin uyarlanmasıdır. Eserin, başka bir türe aktarılması, örneğin bir kitabın filminin çekilmesi ister istemez kitapla birebir örtüşemeyecek yeni bir eserin –işleme eserin- ortaya çıkmasına neden olacaktır. Eser sahibi, film tekniğinin gerektirdiği bu tür değişikliklere itirazda bulunamayacaktır⁹⁴. İşleme eser sahibinin; film eseri sahibinin yaratım özgürlüğünün sınırı ise, orjinal eserin özünü deęiştirmemektir⁹⁵. Örneğin, filmde öykünün sonunu değiştirmek veya filmde öyküdeki bir kahramanın karakter özelliğini değiştirmek, eserin özünü değiştiren müdahaleler arasında sayılacaktır. Fr.ESHK md.122-4 hükmüne göre, işleme eserin hukuka uygun olarak kamuya sunulması, işlenen eser sahibinin rızasının alınmasına bağlıdır.

Eser sahibinin cayma hakkı, Fransız hukuku uygulamasında Alman Hukukuyla mukayese edildiğinde önemli bir yer kaplamaz⁹⁶. Bunun nedeni olarak, cayma hakkının kullanılabilmesi için Fr.ESHK md.121-4’de öngörülen sıkı koşullar gösterilir.

Alman Hukukundan farklı olmayan bir şekilde, Fransız Hukukunda da cayma hakkının kullanılabilmesi için öncelikle, lisans hakkı sahibinin zararı karşılanmalıdır. Doktrin ve uygulama, lisans hakkı sahibinin tazminat talebinin, eserden yararlanmasından neticesinde elde edeceği kazancı; beklenen menfaatlerin giderimini kapsadığı noktasında fikir birliğindedir⁹⁷. Yine, Alman Hukukuna benzer bir şekilde, eser sahibi cayma hakkını kullandıktan sonra eserini tekrar kullanmak istediğinde önceki sözleşmenin tarafına teklifte bulunmalıdır. Alman Hukukundan farklı olarak, Fr.ESHK md.121-4 hükmünün lafzına göre, eser sahibi “değişen kanaati” nedeniyle veya benzer nedenlerle keyfi olarak cayma hakkına sahip değildir. Bununla beraber, gerek doktrinde gerekse uygulamada, eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma

⁹⁴ **METZGER**, Das Droit Moral, s.135.

⁹⁵ İşleme eser sahibinin orjinal eserden uzaklaşmasının makul görülmemesi biçimi, “verfälschung-dénaturation” sözcükleriyle açıklanır. **METZGER**, Das Droit Moral, s.136 dn.442 de anılan yazarlar: Gautier, s.213; Le Tarnec, s.54; Plaisant, Droit des auteurs, Kn.144.

⁹⁶ Eser sahibinin cayma hakkı, 1957 tarihli Fr.ESHK’den önce uygulamada tanınmış bir kurum değildi. Bugünkü hukuk uygulaması bakımından da, cayma hakkının kullanılması seyrek karşılaşılan bir durumdur. Bu konudaki sınırlı sayıdaki örnekler için **METZGER**, Das Droit Moral, s.136, dn.444 de anılan mahkeme kararları: Cass. JCP 1991 II, Nr.21760-Chiavarino/SPE; Cass. RTD Com.1980, s.549-Masmondet/Thre du Gymnase Marie Bell; TGI RIDA janvier 1970, s.235- Sartre/Nagel.

⁹⁷ **ALTENBURG**, s.102 ve **METZGER**, Das Droit Moral, s.136, dn.449’da anılan mahkeme kararı ve yazarlar: TGI Seine RIDA janvier 1970, s.235-Sartre/Nagel. Gautier, s.182; Le Tarnec, s.46; Colombet, Kn.167.

hakkı bir dereceye kadar savunulmaktadır. Eser sahibinin pişmanlığı, sanatsal veya manevi kaynaklı değilse, cayma hakkının kötüye kullanılmış olacağı ifade edilmektedir⁹⁸. Alman Hukukuyla uyumlu bir biçimde, Fr.ESHK md.121-4 hükmü eser üzerindeki tüm mali haklar bakımından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Açık olmayan nokta, cayma hakkı aracılığıyla eserin Eşya Hukuku anlamındaki malikinin mülkiyet hakkına son verilip verilemeyeceğidir⁹⁹.

Fransız Hukukunda, genel olarak, manevi hakların kötüye kullanılması kavramı kabul görür. Gerek doktrin gerekse içtihat hukuku, manevi hakların sınırsız ve mutlak olmasına karşı çıkarlar. Bunun yanında, manevi hakların mali hakları korumak için kullanılmasına da karşı çıkılır. Örneğin, ekonomik amaçlı bir cayma hakkı kabul görmez. Çünkü ekonomik menfaatlerin düşünülerek cayma hakkının kullanılması, manevi haklarla ilişkili değildir. Buna karşılık bazı yazarlar, özellikle eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı bakımından, manevi hakların takdire bağlı olduğunu savunurlar¹⁰⁰.

Mali hakların manevi haklarla ilişkisi bakımından, eser sahibinin işleme hakkını devretmesine rağmen, işleyen kişinin eser sahibinin eserin bütünlüğü üzerindeki hakka dikkat etmesi gerekliliği önemle vurgulanır. İşleyen kişi, eserin karakterini bozmadan eserin ardındaki düşüncenin yeni bir ifadesini bulmalıdır. Elbette, mahkemeler işleme hakkının devri durumunda, bu devrin işleyen kişiye karşı açılacak davaları engelleyeceği veya sınırlandıracağını da gözönünde tutmaktadırlar¹⁰¹.

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin koruma, eser türlerine göre farklılık gösterebilir. Yazılım –software- eserler bakımından ele alındığında, işveren mali hakların sahibidir. Bu konuyu düzenleyen Fr. ESHK md. 113-9’da manevi haklara

⁹⁸ **METZGER**, Das Droit Moral, s.137, dn.452’de anılan mahkeme kararı ve yazarlar: Cass. JCP 1991 II, Nr.21760-Chiavarino/SPE; Colombet, Kn.166; Poullaud-Dulian JCP 1991 I Nr.2170; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.183.

⁹⁹ Bu konuda Fransız Hukukunda farklı görüşler mevcuttur. **METZGER**, Das Droit Moral, s.137, dn.454’de anılan yazarlar: Plaisant, bu konuda olumlu görüş bildirir; Plaisant, Droit des auteurs, Kn.141. Dumas, bu soruyu yanıtızsız bırakır; Dumas, s.223. Poullaud-Dulian, kıyasen uygulamaya karşı çıkarlar; Poullaud-Dulian RIDA juillet 1990, s.183. Gautier, Fr.ESHK md.121-4 hükmünün dar yorumlanması gerektiğini savunur; Gautier, s.194.

¹⁰⁰ **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.42.

¹⁰¹ **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.43.

ilişkin bir düzenleme olmadığından hareketle, manevi hakların işçi-eser sahibinde kaldığı şeklinde bir yorum yapılmaktadır. Ancak, yazılım eserlerinin işlenmesi bakımından bir istisna kabul edilmektedir¹⁰². Yazılım eserini meydana getiren, işçi-eser sahibi kamuya sunma hakkının sahibi olarak kalır. Eserin üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı bakımından, işçi-eser sahibinin yetkisi sınırlanmıştır. İşçi-eser sahibi, eser üzerinde değişiklik yapılmasını, şeref ve itibarını zedelediği müddetçe engelleyemeyecektir. Bu husus Fr.ESHK md.121-7 bent 1’de düzenlenmiştir. Eser sahibi, şeref ve itibarının, eserde yapılan değişikliklerle bozulduğunu ispat edecektir. Ayrıca, eser sahibinin, yazılımın işlenmesine engel olamayacağından hareketle, eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkının; eserin bütünlüğü üzerindeki hakka saygı gösterilmesini talep etme hakkının, tam bir koruma altında olduğundan bahsedilemeyecektir¹⁰³. Yazılım eserler bakımından, Fr. ESHK md.121-7 bent 2 uyarınca, cayma hakkının varlığından bahsedilemez.

Görsel-işitsel eserler bakımından manevi hakların durumu, bu eserlerin işbirliği sonucunda ortaya çıkan eserler olması nedeniyle özellik arzeder. Fr.ESHK md. 121-5 uyarınca, eser sahipleri, eser sahipliğinden doğan hakları, ancak eser tamamlandığında kullanılabilirler. Eser, son şeklini almadan, eser sahipleri manevi haklarını kullanamazlar. Eserin tamamlanmış olduğuna bir tarafta başta yönetmen olmak üzere diğer eser sahipleri, diğer tarafta yapımcı arasında ortaklaşa karar vereceklerdir. Ortak eser sahiplerinden biri, eserin meydana getirilmesi sürecinde, kendi kontrolü dışında kalan koşullardan ötürü –force majeure- esere katkıda bulunmayacak duruma gelirse veya artık esere kendi isteğiyle katkıda bulunmak istemezse bu durumda yapımcı eserin tamamlanması için başka bir kişiyi görevlendirebilir. Ayrıca, yapımcı, artık esere katkıda bulunmayacak ortak eser sahibinin o ana kadar ki esere olan katkısını, kullanma hakkına sahiptir. Ortak eser sahibi kullanılan bu katkısı bakımından, eser sahibi sayılmaya devam eder. Bu husus, Fr.ESHK md.121-6’da düzenlenmiştir. Eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkına ilişkin birçok mahkeme kararı vardır. Bu kararlardan birinde, görsel-işitsel eseri meydana getiren eser sahiplerinin manevi haklarını diğerlerinin manevi haklarına zarar verecek ölçüde kullanamayacaklarına

¹⁰² MICHAU,E., ‘France’ in, Copyright Software Protection in the European Community (Ed. Herald Jongen- Bryde Andersen), Deventer-Boston, Kluwer Law Publishing, 1993, Kn.1.6; STERLING, s.286.

¹⁰³ MICHAU,E., Kn.1.6.

hükmedilmiştir. Benzer bir şekilde, ortak eser sahiplerinden birinin, diğer ortak eser sahibinin katkısını bozamayacağına karar verilmiştir¹⁰⁴.

İcracı sanatçıların, manevi hakları eser sahibinin manevi haklarından daha dardır. İcracı sanatçılar, icracı sanatçı olarak anılma ve icralarının değiştirilmesini engelleme hakkına sahipken, icranın kamuya sunulması hakkına ve cayma hakkına sahip değildirler. Fr. ESHK md.212-2 hükmüne göre, icracı sanatçı performansına, kapasitesine ve ismine saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir.

Manevi hakların devredilebilirliği ve feragat edilebilirliği konusunda, ilk belirtilmesi gereken hüküm Fr.ESHK md.121-1 hükmüdür. Hükümde, manevi hakların devredilemezliği öngörülür. Diğer bir anlatımla, manevi hakların sözleşmeyle bir başkasına devri mümkün değildir. Manevi hakların devredilemezliği ilkesi, yasalasmadan önce içtihat hukukunca tanınmış bir ilkeydi¹⁰⁵. Bu ilkeye rağmen, feragate ilişkin olarak, mutlak bir engelden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Fr.ESHK md.132-11 hükmü, eserin tamamlanması anına kadar önceden feragate müsaade etmezken, sonradan feragate izin vermektedir. Buna karşılık doktrinde farklı görüşler olduğunu da belirtmek gerekir. Bazı yazarlar, önceden feragati mümkün görürler¹⁰⁶. Eser sahibinin feragatin sonuçlarının bilincinde olması halinde, sonradan feragatin hukuka uygunluğu konusunda, doktrinde tüm yazarlar fikir birliği halindedir. Feragat yazılı olmalıdır. Somut olaya ilişkin koşullardan da, feragate izin verilmiş sayılacağı sonucuna varılabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷. Kamuya sunma hakkından feragate ilişkin olarak, yönetmene danışmadan yapımcıya esere son halini verebilme hakkı veren kaydın geçersiz olacağını belirtmek gerekir. Böyle bir kayıt, eser sahibini kamuya sunma hakkından önceden feragat etmeye zorlayacağından, hüküm doğurmayacaktır¹⁰⁸. Eserde isminin belirtilmesi hakkı devredilemez olmasına rağmen, eser sahibinin bu hakkını kullanmamayı taahhüt etmesi mümkündür. Ancak, eser sahibi feragat işlemi gereğince hareket etmeyip, isminin belirtilmesini talep edebilir. Başka bir deyişle, eser sahibinin feragat işlemi ihlal etmesi mümkündür. Bu durumda, eser sahibi sözleşmenin diğer tarafının zararını

¹⁰⁴ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.47 dn.264'de yer alan kararlar.

¹⁰⁵ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.51.

¹⁰⁶ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.51, dn.290'da adı geçen yazarlar.

¹⁰⁷ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.51.

¹⁰⁸ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.51 dn.294'de anılan karar: Cass. Jan.7, 1973, Eduard Luntz v. Fox Europa, D., 1973, J 376.

karşılama ile yükümlü olacaktır¹⁰⁹. Eser sahibi, Fr. ESHK md.113-6 hükmü doğrultusunda eserini isimsiz bir şekilde veya takma isim kullanmak suretiyle kamuya sunabilir. Bu durumda, Fr. ESHK md.113-6 hüküm uyarınca, eser sahibi gerçek kimliğini açıklayıncaya ve eser sahipliğini ispat edinceye kadar, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı editor veya yayıncı tarafından kullanılabilecektir. Ancak, bu hüküm bir feragat olarak değerlendirilmemektedir. Yayıncı veya editör, bu hakkın kullanılması bakımından, eser sahibini temsil edecektir¹¹⁰. Dolayısıyla, bir feragatten değil temsilden bahsetmek mümkündür. Fr.ESHK md. 121-1 hükmü çerçevesinde, devredilemezlik yasağının sonucu, buna ilişkin hükmün baştan itibaren geçersizliği olmasına rağmen, Fr.ESHK md.113-6 hükmü çerçevesinde eser sahibinin eser sahibi olarak belirtilmesi hakkına ilişkin yaptığı sözleşme geçerli sayılmakta, ancak bu sözleşmeyi geleceğe etkili olarak sona erdirebilmektedir. Böylece, gölge-yazarlık sözleşmesi gereği eser sahipliğini açıklamama konusunda yükümlülük altına girmiş olan eser sahibi, bu sözleşmeyi ileriye yönelik olarak sona erdirip, eser sahipliğini açıklayabilecektir¹¹¹. Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkına ilişkin olarak önceden yapılan feragati konu alan sözleşme hükmü, birçok mahkeme kararında¹¹² da teyit edildiği üzere, geçersiz olacaktır. Sonradan yapılan feragatlerinse, geçerli olacağı savunulmaktadır. Çünkü, bu tür durumlarda, eser sahibi eserinde meydana gelen değişikliklerin farkında olacaktır¹¹³.

Feragat sıklıkla, devirle aynı sonuçları doğurur. Gerçekten de, eser sahibi, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkından feragat ettiğinde, eseri üzerinde yapılan değişikliklere itiraz etme imkanını kaybedecektir. Görsel-işitsel bir eserin siparişini konu olan bir mahkeme kararında, eser sahibinin manevi haklarından peşinen feragat etmesi hukuka uygun bulunmuştu. Ancak, karar büyük çaplı eleştirilere maruz kaldı. Mahkemenin, yaratma özgürlüğü ile manevi hakları birbirine karıştırdığı iddia edildi. Bu karardan sonra, aksi yönde verilen birçok kararın varlığı bu iddiayı desteklemiş oldu¹¹⁴. Örneğin, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılmak

¹⁰⁹ **STROWEL**, Alain, Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature, in of Authors and Origins, Sherman, Brad/Strowel, Alain (Hg.) Oxford 1994, s.235. Bu bakımdan, eser sahibinin, eserde isminin belirtilmesi hakkında feragatinin geçici olduğu, çünkü eser sahibinin sonradan eser sahipliğini açıklayabileceği ifade edilmektedir.

¹¹⁰ **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.51.

¹¹¹ **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.52.

¹¹² **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.52 dn.299'da anılan mahkeme kararları.

¹¹³ **SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE**, s.52.

¹¹⁴ **POULLAUD**-Dulian F., "Moral Rights in France through recent case law, RIDA 1990, s.135.

hakkını kullanmasını engelleyen anlaşma geçersiz olarak kabul edilmiştir¹¹⁵. Paris Yüksek Mahkemesi, bir eser meydana getirmiş Amerikan uyruklu işçinin, gölge yazarlık sözleşmesi kapsamında, Amerikan Hukukuna göre, eserde isminin belirtilmesi hakkından vazgeçmesini Fransız Hukuku bakımından etki doğurmayacağını, eser sahibinin eserde isminin belirtilmesi hakkını Fransa’ da kulanabileceğini, belirtmiştir. Mahkemeye göre, olayda, eser sahibinin hakkından feragat Fransız kamu düzenine aykırılık teşkil etmekteydi. Diğer bir ifadeyle, yabancı unsurlu devir sözleşmesi Fransız topraklarında hüküm doğurmayacaktır¹¹⁶.

Eser sahibinin manevi haklarının koruma süresine gelince, bu noktada ilk olarak Fr. ESHK md.121-1 f.3 gereği, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ve eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının sürekli olduğunu belirtmek gerekir. Eser sahibinin cayma hakkının sürekli olup olmadığı noktasında bir hükme rastlanmadığından, bu hakkın eser sahibinin ömrüyle kısıtlı olduğu ifade edilmektedir. Eser sahibinin ölümünden sonra, düşüncelerinde bir değişiklikten bahsedilemeyeceğine göre, bu bakımdan cayma hakkının olmayacağını savunulması doğaldır¹¹⁷. Manevi hakların koruma süresine ilişkin kararların birinde, eser sahibinin mirasçılarının ölen eser sahibinin şeref ve itibarının ihlal edilmesi durumunda hak ve yetki sahibi olduğu üzerinde durulmuştur¹¹⁸. Hayatta olmayan eser sahiplerinin, eser sahibi olarak tanıtılma hakkına uyulması gerekliliği ise bir başka mahkeme kararının konusu olmuştur. Bu bağlamda, ressam Deveria’nın tek mirasçısının, ressamın bir resminin bir dergide renk eklenmek suretiyle ve isminin belirtilmeden kullanılması nedeniyle açtığı dava kabul görmüştür¹¹⁹. Ayrıca, mirasçılar, eser sahibinin bitmemiş veya yetersiz bir şekilde hazırlanmış eserinin kamuya sunulmasını önleme hakkına sahiptirler¹²⁰.

¹¹⁵ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.53 dn.306: Cass. Civ.I, Apr.4, 1991, Boyer v Béart, RIDA 1991.

¹¹⁶ Cass. 1st civ., Feb.7, 1973, D.,1973, s.363; TGI Paris May 30, 1984, RIDA Oct. 1984, s.220.

¹¹⁷ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE s.53. Dolayısıyla cayma hakkı, eser sahibinin sağlığında kullanılabilen bir hak olarak değerlendirilir. **STERLING**, s.286.

¹¹⁸ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.53, dn.311’de atf yapılan Rachmaninoff kararı.

¹¹⁹ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.53 dn.313 ve 314’de anılan kararlar. Court of Appeals of Paris, June 14, 1972, Féval, RIDA Oct.1972, s.164; Court of Appeals of Paris, Oct.31, 1988, Cahiers du droit d’auteur, Apr.1989, s.22.

¹²⁰ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.53’de dn.315 de atf yapılan mahkeme kararı. Court of Appeals of Paris, Feb.17, 1988, Staél, JCP, 1989-3376.

Eser sahibinin ölümünden sonra manevi haklara yapılan tecavüzlerde mirasçılarının hareketsiz kalması durumunda, ölen eser sahibinin manevi haklarına saygı gösterilmesinde menfaati olan herhangi bir kişinin dava açabileceği hükme bağlanmıştır¹²¹. Buna karşılık, ne meslek birliklerinin ne de kültürel organizasyonların eser sahibinin manevi haklarını korumada yetkili olmadıkları da ifade edilmiştir¹²².

Eser sahibinin, ölümü nedeniyle kamuya sunamadığı eserler bakımından, Fr. ESHK md.121-2 hükmü şu şekilde bir çözüm getirmiştir. Eser sahibinin kamuya sunma hakkı, tayin ettiği vasiyeti tenfiz memuru tarafından kullanılabilir. Eğer böyle bir kişi tayin edilmemişse, kanundaki sıra dahilinde tesbit edilmiş kişilerin eseri kamuya sunma hakkını kullanabilecekleri öngörülmüştür. Fr. ESHK md.121-3 hükmü ise, Fr.ESHK md.121-2'nin devamı olarak, ölen eser sahibinin temsilcilerinin kamuya sunma hakkını açık bir şekilde kötüye kullanmaları olasılığı gözönünde tutularak düzenlenmiştir. Kamuya sunma hakkının gerek kötüye kullanımı gerekse hiç kullanılmaması durumlarında, mahkeme bu duruma son vermek için gerekli önlemler alma yetkisine sahiptir. Bu olasılıklarda, Kültür Bakanlığı sorunu mahkeme önüne taşıyabilecektir. Öte yandan mirasçılarının yayınlanmamış eserin kamuya sunulmasını makul olmayan bir şekilde reddetmeleri durumunda, ilgili kişilerin meseleyi mahkeme önüne getirerek gerekli izni almaları düşünülebilir¹²³.

Eser sahibinin ölümünden sonra, eser sahibinin haleflerince; aile üyeleri ve kanun tarafından belirlenen diğer kişilerce korunan manevi haklar bu kişilerin ellerinde tamamen farklı bir niteliğe bürünürler. Eser sahibinin hukuki halefleri manevi hakları, eser sahibinin kişiliğini ve eserini korumak amacıyla devralırlar. Bu kişiler, manevi hakları kendi menfaatlerine kullanamazlar. Bu nedenle, manevi haklar eser sahibinin ölümünden sonra işlevsel bir hak –droit-function – olarak nitelendirilirler. Bu kavram, ayrıca neden cayma hakkının eser sahibinin ölümüyle birlikte sona erdiğini de açıklar. Ayrıca, eser sahibinin hukuki haleflerinin eser sahibinin ismini

¹²¹ SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.54, dn.316 da anılan “Les misérables” kararı.

¹²² Ancak, bu görüş doktrinde eleştirilere uğramıştır. Bkz. POLLAUD- Dulian F., 1990, s.243. Meslek birliklerinin eser sahibinin ölüm sonrası manevi haklarının korunması konusunda hak sahibi olmaları gerektiği savunulur. Bu konuda atıf yapılan mahkeme kararı için SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, s.54, dn.317. TGI Paris, March 5, 1997, Cinemathèque française, RIDA n 172, 1997, s.297.

¹²³ STERLING, s.285.

ve eserini korumada görevlerini yerine getirmemeleri şeklinde ortaya çıkan hakkın kötüye kullanılması durumunda, Fr.ESHK md.121-3 hükmünde öngörülen yargısal denetim ve müdahale devreye girer¹²⁴.

Fransız Hukukunda, dikkati çeken bir nokta da, hakkın kötüye kullanılması doktrinin eser sahibinin haklarına ilişkin olaylarda, menfaatlerin dengelenmesi bakımından oynadığı roldür. Eser sahibiyle, eserin Eşya Hukuku anlamındaki maliki arasında eser üzerinde değişiklik yapılmasına yönelik uyuşmazlıklarda “hakkın kötüye kullanılması” kavramı, taraflar arasındaki menfaatlerin dengelenmesinde bir işlev sahibi olmaktadır. Aynı şekilde, eser sahibi ile lisans sahibi arasında eser üzerinde değişiklik yapılması konusundaki uyuşmazlıklarda veya eser sahibinin cayma hakkını kullanmasında menfaatlerin dengelenmesi adına “hakkın kötüye kullanılması” kavramı çözüm getiren bir hukuki enstrüman olarak kullanılmaktadır¹²⁵.

Özel hukuk olaylarında, hakkaniyet kontrolünün bir aracı olarak hakkın kötüye kullanılması kavramı sayesinde, bir kişinin sahip olduğu hakkın başkasına zarar verecek biçimde kullanımı engellenmiş olmaktadır¹²⁶. Fransız Hukukundaki, hakim düşünce, özel hukukun genel prensiplerinden biri olan “hakkın kötüye kullanılması” doktrininin kural olarak eser sahibinin haklarına ve dolayısıyla eser sahibinin manevi haklarına uygulanması gerektiği yönündedir¹²⁷.

¹²⁴ **DIETZ**, “The Moral Right of the Author: Moral Rights and Civil Law Countries, (Ed.Goldstein Paul) International Copyright Law: Cases and Materials, 2001, s.287,288.

¹²⁵ **METZGER**, Das Droit Moral, s.136 dn.455’de yer alan mahkeme kararı. Fransız Yüksek Mahkemesi, mahkemesi “hakkın kötüye kullanılması” öğretisini taraflar arasında bir denge bulmak konusunda araç olarak kullanmaktadır. Cass.D 1993, Jur. S.552-Bonnier/Bull.

¹²⁶ **FERID**, Murad/**SONNENBERGER**, Hans Jürgen: Das französische Zivilrecht, Bd.1 Erster Teil, Allgemeine Lehren des französischen Zivilrechts, 2.Auflage, Heidelberg 1994, s.243. Caron RIDA avril 1998, S.3, s.67. “Hak”ın, kavramsallaştırma sürecinde gerçeklikten uzaklaşabileceği; bu nedenle gerçeklikle kavramsal olanı uyumlu hale getirmek için “hakkın kötüye kullanılması” öğretisinden yararlanabileceği belirtilmiştir. Hak ve realite, hakkın kötüye kullanılması öğretisi aracılığıyla dengelenmiş olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması kavramının, sistematik açıdan konumunu belirlemede çeşitli görüşlere rastlanmaktadır. Yazarların çoğunluğu, bu kavramın subjektif haklara ilişkin genel öğretisi içinde yer verilmesini savunurken; bazı yazarlar bu kavramın sorumluluk hukuku –haftungsrecht- başlığı altında sınıflandırılmasını önerirler. **FERID/SONNENBERGER** I/1, s.241. Sözleşme hukukunda, hakkın kötüye kullanılması öğretisi önemli bir rol oynamaktadır; öyle ki, sözleşme taraflarından birinin hakkını kötüye kullanması sözleşmenin iyiniyet eşliğinde yürütülmesi –exécution de bonne foi- kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu kural, Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Caron, Christophe, Abus de droit et droit d’auteur Paris 1988, Kn.255 den aktaran **METZGER**, Das Droit Moral, s.138.

¹²⁷ **LUCAS-SCHOETTER**, FS Dietz, s.133; Gautier RIDA janvier 1989, s.65 vd; Gautier, s.185; Colombet, Kn.134; Sirinelli, s.307; Dumas, s.209; Plaisant, Kn.140; Bertrand, s.262; Caron, Kn.252.

Kanun koyucu, eser sahibinin manevi haklarını kötüye kullanabileceği olasılığını dikkate alarak, bazı hükümleri eser sahibinin manevi haklarının kötüye kullanılması ihtimaline karşı başvurulacak hukuki imkanlarla donatmıştır. Fr.ESHK md.121-3, eser sahibinin ölümünden sonra, kamuya sunma hakkını kullanmaya yetkili kişilerin bu haklarını kötüye kullanmaları olasılığında mahkeme tarafından hukuki önlem alınabilmesini öngörmüştür¹²⁸. Fr.ESHK md.121-4 hükmü de, eser sahibinin cayma hakkını kullanması durumunda, karşı tarafın menfaatlerinin korunmasına yönelik bir düzenleme getirmiştir.

Eser sahibinin manevi haklarını, eser sahibinin salt ve serbest takdir hakkıyla işleyen bir hak olarak görmenin mümkün olmadığı savunulmuştur¹²⁹. Hak sahibinin, hakkını hakkın işlevine aykırı kullanılması, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte¹³⁰ ve bu bakış açısı, eser sahibinin haklarına ilişkin uygulama bakımından da geçerlilik arz etmektedir¹³¹. Ekonomik menfaat kaygısıyla, manevi haklara başvurmak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir¹³².

¹²⁸ Doktrinde, bilhassa, Fr.ESHK md.121-3 hükmünden hareketle, argumentum a contraio yorumla eser sahibinin manevi haklarının kötüye kullanılmasının eser sahibinin sağlığında gerçekleşecek bir olgu olmadığı, aksine sadece eser sahibinin mirasçılarını kapsamaması gereken ve açıkça kötüye kullanım hallerinde uygulanması gerektiği de savunulmuştur. **METZGER**, Das Droit Moral, s.138, dn.465, (Poullaud-Dulians, D 1993,Chr. S. 97,99'an naklen).

¹²⁹ **FERID/SONNENBERGER I/1**, s.244'de, takdir hakkı –droit discrétionnaire- kavramının hakkın kötüye kullanılmasının bir istisnası olarak görülmesine karşı çıkmıştır. Hakkın kötüye kullanılması kavramının, içtihat hukukunda, yeknesak bir tanımına rastlamamakla birlikte; doktrinde genel olarak, hak sahibinin hakkını zarar verme niyetiyle kullanması durumunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedileceği savunulmuştur. Hak sahibinin hakkını kullanırken, Fransız sorumluluk hukuku anlamında, hukuka aykırı ve kusurlu davranması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Aynı koşullarda dikkatli ve makul bir kişinin davranmayacağı şekilde davranan hak sahibi, hakkını kötüye kullanmış sayılacaktır.

¹³⁰ **FERID/SONNENBERGER I/1**, s.246.

¹³¹ Gautier RIDA janvier 1989, s.97; Caron RIDA avril 1998, s.63; Huet-Weiller RIDA janvier 1966, s.127; **METZGER**, Das Droit Moral, s.139, dn.472'de anılan yazarlar.

¹³² **METZGER**, Das Droit Moral, s.139, dn.473'de anılan karar: Cas. JCP 1991 II, Nr.21760-Chiavarino/SPE. Fransız Yüksek Mahkemesi, eserin Eşya Hukuku anlamındaki malikiyle eser sahibi arasında eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak ortaya çıkan uyumsuzlukta, somut olayda hakkın kötüye kullanılmasının sözkonusu olup olmadığını incelerken; eserin kullanım amacına ve eserde yapılan tahrifatın ağırlığına bakmıştır. Dolayısıyla eserin kullanım amacı gerektiriyorsa ve yapılan tahrifat –beeinträchtigung- ağır değilse, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.139 dn. 474 de anılan kararlar: Cass. D 1993, Jur. S.522-Bonnier/Bull. Doktrinde Caron, RIDA avril 1998 S.3 s.31 vd. da hakkın kötüye kullanılmasının bu ölçütlerle sınırının çizilmesini onaylarken, Françon RTD Com.1992, s.376 vd.da; Edelman D 1993, Jur. s.523 vd.da böyle bir sınırlandırmaya karşı çıkmaktadırlar.

Hakkın kötüye kullanılmasının sonucunda, hak sahibi tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalabilir¹³³. Eski hale iadenin –natural restitution- sağlanması için kötüye kullanılan hakla ulaşılmak istenen amaç engellenmelidir. Her ne kadar hakkı düzenleyen hükmün lafzına göre gerekli koşullar yerine getirilmiş olsa bile, hakkı kötüye kullanan hak sahibine, elde etmek istediği menfaat tanınmamalıdır¹³⁴. Öte yandan, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını olarak, para edimine de hükmedilebilir¹³⁵. Doktrinde, hakkın kötüye kullanılması kavramının uygulanmasında, dikkatli olunması gerektiği, hakkın kötüye kullanılmasının hakkaniyet kontrolüne hizmet ettiği¹³⁶ ve istisnai durumlarla sınırlanması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması öğretisinin, eser sahibinin manevi haklarının kullanılmasını zorlaştıracak derecede yaygınlaştırılmaması önerilmektedir¹³⁷.

G.İngiliz Hukukundaki Ayrıkçı Çift Cephe Teorisi

İngiliz Hukukunda, manevi haklar ilk olarak, İngiliz Telif Hakları, Tasarımlar ve Patent Kanununda (TTPK) 1988 yılında yapılan değişiklikle düzenlenmiş oldu. Bundan önce, eser sahibinin manevi hakları kavramı olmadığından, eser sahibinin bu alandaki hakları sözleşme hukukuyla veya kişilik hakkını koruyan hukuki araçlarla korunmaktaydı¹³⁸.

1988 tarihli TTPK, 1956 tarihli kanuna göre, daha açık ve sistematik bir düzenleme olarak nitelendirilmektedir. Eskiden eser sahibi kavramı tüm eser türleri için

¹³³ Fransız Hukukunda bu sonuca, genel sorumluluk normu olan FMK md.1382 aracılığıyla ulaşılır. **FERID/SONNENBERGER** I/1, s.248. Eser sahibinin haklarına ilişkin olarak açıklamalar için Gautier RIDA janvier 1989, s.97 vd. Bizim hukukumuzda böyle bir sonuca ulaşmak, ancak kötüye kullanmanın bir haksız fiil veya bir borca aykırılık sayılması ile mümkündür.

¹³⁴ **FERID/SONNENBERGER** I/1, s.248. **METZGER**, Das Droit Moral, s.139 dn.476'de anılan kararlar: Cass. D 1993, Jur. S.522- Bonnier/Bull; Cass. JCP 1991 II, Nr.2170-Chiavarino/SPE; CA Paris D 1957, Jur. S.108- Grimaud et Prévert/Les Gemaux. Bu kararlarda, mahkeme, hakkın kötüye kullanılmasının sonucu olarak, eser sahibinin somut olay bakımından manevi haklarından kaynaklanan yetkilere başvuramayacağına hükmetmiştir.

¹³⁵ **FERID/SONNENBERGER** I/1, s.248.

¹³⁶ **FERID/SONNENBERGER** I/1, s.246; CARON RIDA avril 1998, S.3, s.29 vd.

¹³⁷ **METZGER**, Das Droit Moral, s.140.

¹³⁸ **STROWEL/SALOKANNEL/DERCLAYE**, s. 138.

kullanılmazken, yeni düzenlemeyle eser sahibi kavramı –author- tüm eser türlerinde kullanılır hale gelmiştir¹³⁹.

Manevi haklar, İngiliz eser sahipleri hukukuna hakim olan telif hakları (copyright) kavramından tamamen farklı bir kavram olup, ihlal edilmesi durumunda telif hakları ihlali (copyright infringement) değil, TTPK md.103 f.1’de düzenlenmiş bir yasal yükümlülüğün ihlali (breach of statutory) sözkonusu olacaktır¹⁴⁰. Manevi hakların İngiliz Hukukunda izlediği tarihi gelişim, klasik dualist modelden ayrı düşen bir gelişim olarak değerlendirilmekte ve sonuç olarak İngiliz Hukuku kendine özgü ve ayrıksı bir dualist model olarak nitelendirilmektedir.

İngiliz Hukuku, Kıta Avrupası Hukukuna hakim olan eser sahibinin hakları –droit d’auteur- sisteminden ayrı bir şekilde gelişmiş olmasına rağmen, Avrupa Birliği çerçevesinde gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleri doğrultusunda belli bir dereceye kadar, Amerikan Hukukundan ayrılmaktadır¹⁴¹. Başka bir deyişle, eser sahibinin hakları bakımından İngiliz Hukuku, Avrupa Birliği düzenlemelerinin gerektirdiği ölçüde, Kıta Avrupası Hukukuna yaklaşmaktadır¹⁴².

İng.TTPK’da manevi hak başlığı altında düzenlenen manevi haklardan eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı ve eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı Bern Konvansiyonu’ndan kaynaklanan yükümlülüklerin bir gereği olarak, İngiliz Hukukunda yasal bir zemine kavuşmuştur¹⁴³.

¹³⁹ İng.TTPK da düzenlenen manevi haklar şu şekildedir. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı –right to be identified; md.77-79-, eseri bozmaya yönelik değişiklikleri engelleme hakkı -right against derogatory treatment; md.80-82-, eser sahibi olmadığı halde eser sahibi olarak tanıtılmayı engelleme hakkı –false attribution; md.84-, filme ve fotoğraflara ilişkin özel alanın korunması hakkı –right of privacy in photographs and films; md.85. Kıta Avrupası Hukuku sisteminden farklı olarak bu haklardan, İng.TTPK md.87 f.2 hükmü uyarınca, yazılı olmak kaydıyla feragat etmek mümkündür.

¹⁴⁰ **ASMUS**, s.124; **CORNISH**, William R.: Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts nach dem neuen britischen Urheberrechtsgesetz von 1988, GRUR Int. 1990, s.500; **FLINT**, Michael F./**THORNE**, Clive D.: A User’s Guide to Copyright, 4. ed., London, Edinburgh, Dublin 1997, s.111; **WALL**, Raymond A.: Copyright Made Easier, 2.ed., London 1998, s.278.

¹⁴¹ **STERLING**, s.442.

¹⁴² Eser sahibinin haklarına ilişkin olarak, iki sistemden bahsedilir. Birincisi, İngiliz ve Amerikan hukuklarının temsilciliğini üstlendikleri “copyright” telif hakkı sistemi, ikincisi Kıta Avrupası Hukukunda hakim olan “author’s right” eser sahibinin hakkı anlayışıdır. Telif hakkı kavramı, eser sahibinin bütün haklarını kapsayan bir kavram olmayıp, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını ticari açıdan kullanmaya indirgeme gibi tehlikeli bir sonuca yol açabilecek niteliktedir. Kıta Avrupası Hukukunda, eser sahibinin manevi hakları ayrıntılı düzenlemelerle koruma altına alınmışken; Anglo-Amerikan Hukuku sisteminde manevi hakların tanınması süreci yavaş işlemiştir. **STERLING**, s.443.

¹⁴³ **LENDVAI**, s.134.

İng.TTPK md.77 f.1 uyarınca, edebi eserlerde, sahne eserlerinde, müzik ve sanat eserlerinde eser sahibinin, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı vardır. Bununla birlikte, bu hükmün birçok istisnası da mevcuttur. Bilgisayar programlarında ve bilgisayar tarafından üretilmiş eserlerde, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının uygulama alanı bulmayacağı md.79 f.2 hükmünde öngörülmüşken, iş ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserlerde telif haklarının ilk sahibi olarak işveren, eser sahibini belirtmek yükümlülüğünde değildir. Öte yandan, gazete, dergi, ansiklopedi ve benzeri eserlerde de bu hakkın uygulanmayacağı md.79 f.6'da kaleme alınmıştır.

Eser sahibi, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkını eserin ticari olarak kamuya sunulduğu her halde talep etme hakkına sahiptir¹⁴⁴. Eser sahibi, film veya ses kayıtlarının kopyalarının kamuya arzedilmesi veya kamu önünde sergilenmesi, gösterilmesi veya yayınlanması durumlarında da, eser sahibi olarak tanıtılmak talebinde bulunabilecektir¹⁴⁵.

Eser sahibi, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkını saklı tutmalıdır. Başka bir deyişle, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının kullanılması için, eserin meydana getirilmiş olması yetmez. Eserin meydana getirilmesinin yanında, İng.TTPK md.78 f.1'de öngörülen saklı tutma -vorbehalt; assertion- şartına bağlıdır¹⁴⁶.

¹⁴⁴ İng.TTPK md.175'de ticari açıdan kamuya sunma –commercial publication; kommerzielle Veröffentlichung- kavramından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin, İng.TTPK md.175 f.2'ye göre, eserin kopyalarının önceden verilen sipariş üzerine kamuya sunulması, ticari bir sunum olarak değerlendirilmektedir.

¹⁴⁵ İng.TTPK md.77 f.2 ve f.3'de, müzik eserleri veya müzik eşliğinde söylenen metinlerin kamu önünde sahnelenmesi ve kamuya yayını esnasında eser sahibi olarak tanıtılmak talebinde bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, bu istisnai durum, müzik etkinliklerinde müzik seçimi ve sunumu işini gören kişilere atfen, disk-jockey istisnası olarak değerlendirilmiştir. Bkz. **CORNISH**, Intellectual Property, Kn.11-72.

¹⁴⁶ Kanun tasarısının Parlamento'da tartışılması sırasında, böyle bir koşulun eser sahibi olarak tanıtılmak hakkını önemli ölçüde zayıflatacağı ileri sürülmüştü. İng.TTPK'da yer alan böyle bir koşul, Bern Konvansiyonunun md. 5 f.2'de öngörülen, hakların kullanımının herhangi bir formaliteye bağlı kılınmaması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. **CORNISH**, Intellectual Property, Kn.11-70. İng.TTPK md.78'de öngörülen koşul, eser sahibinin eserin her bir kopyasında eser sahibi olarak belirtilmesi arzusunun yazılı şekilde açıklamasıdır. Eser sahibi, eserin ilk kez kamuya sunulmasından sonra da bu açıklamayı yapabilir. Ancak, bu durumda, kopyalanmış eserleri ticari açıdan değerlendiren, örneğin satılmak üzere paketlenmiş kopyalarını dağıtımına çıkarmış kişi zor durumda kalacaktır. Bu nedenle yasa, md.78 f.5 ile menfaatlerin dengelenmesi açısından da önem taşıyan bir düzenleme öngörmüştür. Hükme göre, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının ihlali iddiasıyla başvuru hukuki yollarda, mahkeme “saklı tutma” açıklamasının geç yapıldığını gözönünde

İng.TTPK md.80 f.1, esere zarar verici kullanımları –derogatory treatment; beeinträchtigende Behandlung- yasaklar. Eser üzerinde yapılan eklemelerin, kısaltmaların, değiştirmelerin, uyarlamaların gerekli olması aranır¹⁴⁷. Eser sahibi, eser üzerindeki hakkının ihlal edildiği iddiasını, öncelikle eser üzerinde bir değişiklik yapıldığını ispatlayıp; ardından bu değişikliğin esere zarar veren bir değişiklik olduğunu ispatlayarak, başarıya kavuşturabilir¹⁴⁸.

İng.TTPK md. 80 f.2'den, eserde eklemeler yapma veya eserde eksiltmelerde bulunma, eserin uyarlanması veya başka türlü değişikliklerde bulunmanın, eserin mahiyet ve hususiyetini bozacak bir şekil alması halinde veya eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyecek dereceye varması halinde esere zarar verici değişiklik olarak nitelendirileceği anlaşılmaktadır. Şeref ve haysiyetin ne zaman zedelenmiş sayılacağına ilişkin olarak, kanunda herhangi bir açıklık olmadığından bu hususta, teamüllere bakılması gerektiği üzerinde durulmaktadır¹⁴⁹.

İng.TTPK md.84'de, başkasının eserinde eser sahibi olarak ismi anılan kişiye hukuki bir koruma sağlanmıştır. Alman, Fransız ve Türk hukuklarında ismin haksız yere kullanılması bağlamında isim hakkı veya genel kişilik hakları çerçevesinde çözülen bu sorun, İngiliz Hukukunda bir manevi hak ihlali olarak düzenlenmiştir. Bern Konvansiyonunda öngörülen asgari manevi hakların dışında, Konvansiyona taraf ülkeler başka manevi hakları düzenleyebileceklerine göre, bu durum İngiliz Kanun koyucusunun bir tercihi olarak görülebilir. Ancak, esere herhangi bir katkısı olmayan kişinin sadece eserde isminin kullanılması, eser sahibinin haklarına ilişkin bir sorun olmayıp, genel kişilik haklarına ilişkin bir ihlali gündeme getirir. Dolayısıyla, İng.TTPK'da manevi haklar başlığı altında düzenlenen bu haklar olsa olsa atipik manevi haklar olarak başlığı altında, Fikri Hukuk literatürünün ihtiyaç duymadığı bir kategori olarak, manevi haklarla ilişkilendirilebilir. Başka bir bakış

bulunduracaktır. **LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE**, Modern Law of Copyright, 3.ed., London 2000, Cilt 1. Cilt 1.,Kn.13.11.

¹⁴⁷ **LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE**, Cilt 1., Kn.13-18.

¹⁴⁸ **GARNET**, Kevin/**JAMES**, Jonathan Rayner/ **DAVIES** Gillian, Copinger and Skone James on Copyright, London Sweet & Maxwell 1999; Kn.11-39.

¹⁴⁹ **LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE** Cilt 1., Kn.13.19. Alm. ESHK md.14'de, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı bakımından şeref ve haysiyetin zedelenmesi kavramı kullanılmamışken; Türk FSEK md.16 f.3'de eser sahibinin daha önceden izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen her türlü değiştirmeleri menedebileceği öngörülmüştür.

açısı da, eser sahibinin manevi haklarının genel kişilik haklarına olan yakınlığından ötürü İngiliz Kanun koyucunun genel kişilik haklarına ilişkin bir hususun manevi hak olarak düzenlemesinde sakınca görmemesi olabilir. İng.TTPK md.84’de düzenlenen bu hakla, kişi başkası tarafından meydana getirilen eserde, izni olmadan eser sahibi olarak belirtilmesine karşı korunmuş olup, eser sahipliği konusundaki sahte ve yanlış bu atfı yasaklayabilir. Kişiye, eser sahipliğinin atfedilmesi açık bir şekilde olmak zorunda da değildir.

İng.TTPK md.88 f.4’de, birden fazla kişinin eser sahipliği olması durumunda, eser sahibi olmadığı halde kendisini ortak eser sahiplerinden biriymiş gibi göstermenin, İng.TTPK md. 84’de düzenlenen kendi meydana getirdiği eserde başkasının ismini kullanma yasağının ihlaline yol açacağı; bir manevi hak ihlalinin gerçekleşeceği öngörülmüştür. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu durumda, Kıta Avrupası hukuk çevresinde; Alman, Fransız, Türk hukuklarında, ismi haksız yere bir eserde kullanılan kişi manevi hak ihlalinden değil, isim hakkı ihlalinden veya genel kişilik hakları hükümlerinin ihlalinden hareketle bu tür bir hukuka aykırı duruma son verebilecektir.

İng. TTPK md.85’de düzenlenen “özel alanının korunmasına” (right to privacy) ilişkin hüküm ise, dar anlamda eser sahibinin manevi haklarından biri olarak değerlendirilemez. Hükümlerle, özel amaçlarla sipariş edilen ve meydana getirilen resim ve filmlerin ticari amaçlarla kullanılması engellenmek istenmiştir. Özellikle, kamu önünde özel davetler esnasında fotoğrafları çekilen ünlü kişiler koruma altına alınmıştır¹⁵⁰.

İng.TTPK md.86’ya göre eser sahibinin manevi hakları, eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl daha geçerliliğini korur. Ancak, isminin başkasının eserinde kullanılması durumunda, bu hukuka aykırı durumu yasaklama isim sahibinin ölümünden 20 yıl sonra sona erer.

¹⁵⁰ LENDVAI, s.140. 1956 tarihli kanunda, filmi veya fotoğrafı sipariş eden, filmin veya fotoğrafın maliki sayılıyor, dolayısıyla filmin veya fotoğrafın eser sahibinin izni olmadan kamuya sunulması karşısında filmi veya fotoğrafı çekilen eser sahibi dava açma hakkına sahip oluyordu. 1988 tarihli TTPK, bu düzenlemeyi kaldırmış; yerine fotoğraf çekenin fotoğraf üzerinde eser sahipliğini tanımış; fotoğraf çekilen kişiyi fotoğrafının ticari amaçlarla kullanımını engelleme konusunda yetkilendirmiştir. LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE, Cilt 1. Kn.13.38.

İng. TTPK md.94'e göre, eser sahibinin manevi hakları sağlararası işlemle devre konu olamaz. Ne eser sahibi ne de eser sahibinin ölümünden sonra herhangi bir kişi manevi hakları devre konu edebilir. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, esere zarar verecek değişikliklerde bulunulmasını yasaklama hakkı ve fotoğraf ve film eserlerine ilişkin özel alanın korunması hakkı, vasiyetname yoluyla ölümden sonra hüküm doğuracak şekilde devre konu olabilir¹⁵¹. Vasiyetname yoluyla bir belirleme yoluna gidilmemişse, İng.TTPK md. 95 f.1 bent b uyarınca bu haklar, eser sahibinin ölümü nedeniyle ekonomik hakların intikal ettiği kişilere geçecektir¹⁵². İng.TTPK md.95 f.4 hükmü uyarınca, eser sahibinin manevi haklara ilişkin yaptığı feragat veya verdiği izinle, eser sahibinin ölümüyle manevi hakların intikal ettiği kişiler bağlıdır.

Eser sahibinin manevi haklarının feragat edilemediği Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak, İng.TTPK eser sahibine yazılı olmak kaydıyla feragat etme imkanı tanır. Bu imkan, İng.TTPK md.87 f.2'de düzenlenmiştir. İng.TTPK md.87 f.3 bent a'ya göre, feragat belli bir eseri kapsayabileceği gibi, genel olarak tüm eserleri de kapsayabilir. Öte yandan, feragat var olan eserlere ilişkin olabileceği gibi, gelecekteki eserlere yönelik de olabilir. İng. TTPK md. 87 f.3 bent b ise, feragatin koşula bağlı veya koşulsuz yapılabileceğini öngördüğü gibi, feragatin geri dönme imkanını içerecek şekilde yapılabilmesine de olanak tanır¹⁵³.

H.Hukukların Uyumlaştırılmasında Manevi Haklara İlişkin Teorilerin Önemi

Avrupa Birliği Üye Devletleri Fikri Hukuk düzenlemelerinin uyumlaştırılması sürecinde, yukarıda bahsettiğimiz teorilerin ve sistemlerin farklılığının, eser korumasına sahip malların ve bununla bağlantılı olarak hizmetlerin serbest

¹⁵¹ İng.TTPK md.95 f.1 bent a'da düzenlenen bu imkan, eser sahibinin manevi haklarının ekonomik haklarından bağımsız olarak miras yoluyla devredilebileceği anlamına gelmektedir. Bkz. **LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE**, Cilt 1.,13.40., dn.2.

¹⁵² İng.TTPK md.95 f.5' de, eser sahibinin ölümünden sonra TTPK md.84 hükmünde düzenlenen hakkın ihlali halinde, hak ihlalinin tereke yönetimini üstlenen ve kişisel temsilciler –personal representatives- adı olarak nitelendirilen kişiler tarafından dava edilebileceği öngörülmüştür. TTPK 84 hükmü, eser sahibinin isminin haksız yere başka bir eserde kullanılmasını –false attribution- önleme hakkını düzenlemektedir.

¹⁵³ İngiliz Hukuku uygulamasında, özellikle reklam sektöründe ve grafik tasarım alanında çoğunlukla serbest çalışan kişilere verilen işleri konu olan sözleşmelerde feragat kayıtlarının sıklığından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, çoğu zaman sözleşmenin zayıf tarafının feragate ilişkin kayıtları kabule zorlanabileceğinden hareket edilerek, bu düzenleme Kıta Avrupası hukuk çevresinde eleştirilmektedir. Bkz. **LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE**, Cilt. 1., Kn.13.41.

dolaşımında bir engel teşkil edip etmediğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Herşeyden önce, Üye Devlet hukuklarında, eser korumasına ilişkin sürelerde olası ve sürekli bir farklılık Avrupa Birliğinin ekonomik temelini teşkil eden malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını; Fikri Hukuk korumasına sahip eserler üzerindeki hukuki işlemleri olumsuz etkileyebilecektir¹⁵⁴.

Çift cephe teorisi, eser sahibinin haklarını bütünüyle tek bir elde toplamadığından, eser üzerindeki hakların hukuki işleme konu olabilirliliği bakımından eleştiriye uğramaktadır¹⁵⁵. Tek cephe teorisi ise, Alm. ESHK md.29 f. 1’den de anlaşıldığı üzere, eser sahibinin mali haklarının manevi hakları gibi, sağlar arasında devre konu olamayacağını öngörür. Devir bakımından, eser sahibinin ölümünden sonra da mali ve manevi haklar temel olarak aynı hukuki yolu izlerler¹⁵⁶. Buna karşılık, Fransız Hukuku, İngiltere ve İrlanda hukuklarında olduğu gibi, mali hakların devrini (translative übertragung) kabul eder¹⁵⁷. Dolayısıyla eser sahibinin sağlığında, eseri üzerindeki mali haklarını bir üçüncü kişiye devretme imkanı vardır. Fr. ESHK md.121-2’de, eserin kamuya arzedilmesi hakkına ilişkin olarak eser sahibinin hukuki haleflerine tanınmış özel hak sayesinde, eser sahibinin ölümünden sonra, mali ve manevi hakların çift cephe teorisinin ruhuna uygun bir şekilde farklı kişilerin tasarrufunda olması mümkündür¹⁵⁸. Bununla beraber, çift cephe teorisinin, eser olarak korunan şeylerin hukuki işleme konu olabilirliliğini engelleyen veya zorlaştıran bir etkiye sahip olduğunu söylemek doğru değildir. Aynı şekilde, tek cephe teorisinin hakim olduğu Fikri Hukuk düzenlemeleri açısından da, eser sahibinin eseriyle ilgili olarak üçüncü kişiye lisans hakkı (nutzungsrechte) tanınması

¹⁵⁴ ASMUS, s.124.

¹⁵⁵ SCHACK, Haimo: “Urheber-und Urhebervertragsrecht, 4.Auflage, Tübingen 2007, Kn.307, MUSSE, Hans Gabriel: Das Urheberpersönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Veröffentlichung und der Inhaltsmitteilung, Freiburg 1999, s.37,38.

¹⁵⁶ WANDTKE, Artur-Axel/BULLINGER, Winfried (Hrsg): Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, München 2006, UrhG, § 30 Kn.2; SCHRICKER, Gerhard/BASTIAN, Eva Marina/DIETZ, Adolf (Hrsg): Konturen eines europaischen Urheberrechts, Baden-Baden 1996, UrhG, § 12 Kn.30; REHBINDER, Urheberrecht, Kn.296; FROMM/NORDEMANN/HERTIN, UrhG, § 30 Kn.1.

¹⁵⁷ ALTENBURG, s.6, dn.19; ASMUS, s. 125.

¹⁵⁸ SCHACK, Haimo: Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode, GRUR 1985, s.354,355; ASMUS, s.125.

mümkündür¹⁵⁹. Eser sahibinin manevi haklarının devri ise, bu hakların kişiye olan sıkı bağılılığı nedeniyle, mümkün değildir¹⁶⁰.

Tek cephe teorisinde, eser sahibi-miras bırakan, manevi haklarının, eser sahipliği hukuku anlamında, hukuki haleflerince kullanılmasını engelleme imkanına sahiptir. Eser sahibi, manevi haklarının kullanılmasını, kanunda hukuki halef olarak sayılan kişilere değil de, tayin edeceği vasiyeti tenfiz memuruna bırakabilecektir¹⁶¹. Öte yandan, eser sahibi, eseri üzerindeki hakların kullanılması konusunda bir emin kişi (treuhänder) belirleyerek sadece malvarlıksal menfaatlerinin değil, eseri üzerindeki manevi menfaatlerinin de, ölüm sonrasını da kapsamak üzere, koruma altına alınmasını sağlayabilir¹⁶².

Tek cephe teorisinde, eser sahibi tarafından tahsis edilen lisans hakkı, bu teori çerçevesinde bağılı yararlanma hakkı (gebundene Nutzungsrechte) olarak isimlendirilir. Devredilen hakkın kendisi değil, hakkın kullanılma yetkisinin devridir. Çift cephe teorisindeyse, yararlanma hakkının tamamen devrinden bahsedilir. İki teorinin, eser sahibinin haklarını devretmesi üzerine ilişkin farklı bakış açısı, eserden yararlanma ve eser üzerindeki hakların hukuki işleme konu olabilirliliği bakımından olumsuz bir etkide bulunmaz. Eser sahibinin manevi hakları bakımından daha çok önem arzeden husus, sözleşme hükümleridir¹⁶³.

AB Üye Devletleri hukuklarında, manevi hakların koruma sürelerine ilişkin farklılığın, Birlik ülkeleri arasında manevi haklara ilişkin hukuki işlemlere ne şekilde etki edeceği, yanıtlandırılması gereken başka bir sorundur. Fr. ESHK md.121-1 hükmü manevi hakların koruma süresine ilişkin bir sınırlama getirilmemişken, Alm. ESHK md.64, bu haklara ilişkin bir koruma süresi öngörmüştür.

¹⁵⁹ ASMUS, s.125.

¹⁶⁰ Tek cephe teorisi açısından bakıldığında, mali hakların ve manevi hakların devrine veya bu haklara ilişkin lisans sözleşmeleri yapılmasına ilişkin olarak aynı sonuca varılması mümkündür. Eser sahibinin mali haklarıyla ilgili olarak üçüncü kişiye lisans hakkı tanınması demek; hakkın kendisinin değil hakkın kullanılmasının devri anlamına gelir. Manevi hakların devri nasıl mümkün değilse, eser sahibinin mali haklarının özünün devri de aynı şekilde kabul görmez.

¹⁶¹ SCHRICKER/DIETZ, UrhG, § 12, Kn.29; ULMER, § 82 III, s.357; ASMUS, s.125

¹⁶² ASMUS, s.125,126. Ayrıca bkz. BGH 26.11.1954- I ZR 266/52, "Cosima Wagner", BGHZ 15, s.259.

¹⁶³ ASMUS, s.126.

Tek cephe teorisinin eser sahibinin mali ve manevi menfaatlerini ayrılmaz bir şekilde birbirine bağılı gören anlayışı, eser sahipliğine ilişkin hukuki düzenlemelerde eser sahibinin her bir menfaatinin aynı koruma süresine tabii olmasını gerektirmez¹⁶⁴. Tek cephe teorisini benimsemiş ülkelerin kanunlarında, yasal bir süre sınırlamasına rastlanmaması veya çift cephe teorisini dikkate alan ülke hukuklarında mali ve manevi hakların koruma süreleri bakımından aynı hukuki kaderi paylaşmaları, bu teorilerin zorunlu bir sonucu olmayıp, bilakis Kanunkoyucuların bir tercihidir¹⁶⁵.

Avrupa Birliği'nde manevi haklara ilişkin kuralların uyumlaştırılması, tek cephe veya çift cephe teorilerinden birinin benimsenmesini zorunlu kılmaz. Birlik, hangi teorisinin benimseneceğini her bir üye ülkeye bırakabilir. Üye Devletlerin benimseyecekleri teoriler, eser korumasına sahip olan ürünlerin hukuki işleme konu olabilirdiğini engellemeyecek, dolayısıyla iç pazara hakim ilkelere biri olan malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını zora sokmayacaktır¹⁶⁶.

I.Eser Sahipliği Teorisi

FSEK'te, fikir babalığını Prof. Hirsch'ın yaptığı "eser sahipliği" teorisinin egemen olduğu belirtilmiştir¹⁶⁷. Hirsch, eser üzerindeki hakka ilişkin teorilerin, bu hakkın mahiyetini tamamen açıklamada yetersiz kaldığı düşüncesinden hareketle, eser sahipliği teorisini geliştirmiştir. Hirsch eser sahipliği teorisiyle, hukuk felsefesi açısından teorisinin hukuki açıdan tanınabilirliği, hukuk politikası bakımından hakkın kapsamı, hukuk dogmatikliği bakımından hakkın pozitif hukuk sistemi içindeki yeri ve hukuk tekniği bakımından amaca uygun terim seçimi meselelerine açıklık getirmeye

¹⁶⁴ Örneğin, Alman kanun koyucu, Eser Sahibi Haklarının Koruma Sürelerine İlişkin Yönergenin müsaade ettiği ölçüde, eser sahibinin her bir hakkına ilişkin farklı koruma süreleri öngörebilirdi. Başka bir olasılık olarak, Alm. ESHK nun 12 ila 14. maddelerinde düzenlenmiş her bir manevi hakka ilişkin olarak süresiz bir korumayı güvence altına alabilirdi. Fransız kanun koyucu da, manevi hakları, mali hakların koruma süresine tabii kılabilirdi. **ASMUS**, s.126.

¹⁶⁵ **DIETZ**, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978, Kn.164, s. 106; **DIETZ**, Legal Principles of Moral Rights (Civil Law), General Report, in ALAI (Hrsg), Le droit moral de l' auteur, ALAI-Congres d' Anvers, 19-24 septembre 1993, Paris 1994, s. 67-69; **ASMUS**, s.126. Örneğin, manevi hakları 1988 tarihli Telif Hakları, Tasarım ve Patent Kanununda düzenleyen ve ayrıksı bir çift cephe teorisini benimseyen İngiliz kanun koyucu, manevi haklara ilişkin koruma süresini yasanın 86.maddesinin 1.fikrasındaki telif haklarına (copyright) ilişkin koruma süresine tabii kılmiştir.

¹⁶⁶ **ASMUS**, s.127.

¹⁶⁷ **EREL**, s.13; **TEKINALP**,s.84, **NAL**, Temel, das Türkische Urheberrecht-Grundlagen und gegenwaertiger Entwicklungsstand, GRUR Int.2000, s.6 .

çalışmıştır¹⁶⁸. Bu kapsamda, Hirsch, hukuk dogmatığı açısından, eser üzerindeki hakkın pozitif hukuk sistemi içindeki yeriyle ilgili olarak, her bir eser sahibine ilişkin yetkiyi birbirinden bağımsız olarak gören ve sübjektif haklar olarak değerlendiren çift cephe teorisinin, eser üzerindeki hakkın mali yönüyle kişiliğe ilişkin yönü arasındaki sıkı bağılılığı gözardı ettiğini vurgulamıştır¹⁶⁹. Hirsch, eser üzerindeki hakkın eser sahibine mali ve manevi mahiyette yetkiler veren objektif bir hukuki durum olduğunu tespit etmiştir¹⁷⁰. Böylelikle, eser sahipliği hakkının, tek bir sübjektif hak olmayıp, birçok sübjektif hak ve yetkinin kaynağı olduğu ifade edilmiş oldu¹⁷¹.

Hukuk tekniği bakımından, amaca uygun terim seçim konusunda, Hirsch, eser sahibinin hakları (Urheberrechts) kavramının sübjektif anlamda kullanılmasının yanlışlığına dikkat çekti ve kavramın objektif anlamda kullanılması gerektiğini savundu. Kavramın, tıpkı Aile Hukuku, Eşya Hukuku ve Miras Hukukunda olduğu gibi ayrı bir hukuki alanı açıklamada kullanılması gerektiğini ileri sürdü. Bu meyanda, “telif hakkı” teriminin kullanılmasının, bu terimin sadece bir sübjektif hakkın varlığına işaret etmesi nedeniyle yanlışlığı üzerinde durarak, objektif hukuki durumu ifade etmek için “eser sahipliği” teriminin amaca uygun olduğunu belirtti¹⁷². Hirsch tarafından savunulan bu görüşün FSEK’in temelini oluşturduğu ifade edilmesine rağmen, FSEK’te bu “eser sahipliği” kavramı kullanılmamıştır¹⁷³.

Eser sahipliği teorisi, tek cephe teorisinde olduğu gibi, hakların biraradalığı üzerine temellendirilmiş bir ilkenin ifadesidir. Her iki teori, farklı açıklamalara rağmen aynı hukuki sonuca varmaktadır. Başka bir deyişle, eser üzerindeki hakkı, hakkı oluşturan unsurların aralarındaki sıkı bağılılık nedeniyle, sadece malvarlıksal haklara veya kişilik haklarına indirgemek doğru olmayacak, aksine eser üzerindeki hakkı bu iki hak kategorisi arasında yer alan hak olarak görmek isabetli olacaktır¹⁷⁴. Öyle ki, Ulmer’in eser üzerindeki hakkı açıklarken kullandığı “ağaç teorisi” de tıpkı eser sahipliği teorisinde olduğu gibi, eser üzerindeki haktan doğan yetkileri sırf mali veya

¹⁶⁸ **HIRSCH**, Die Werkherrschaft-Ein Beitrag zur Lehre von der Natur der Rechte an Geisteswerken, UFITA 36 (1962), s.36.

¹⁶⁹ **HIRSCH**, Die Werkherrschaft, s.45.

¹⁷⁰ **HIRSCH**, Die Werkherrschaft, s.47.

¹⁷¹ **TEKINALP**, s.84.

¹⁷² **HIRSCH**, Fikri Say, s.127.

¹⁷³ **TEKINALP**, s.84.

¹⁷⁴ **NAL**, Das Türkische Urheberrecht, s.7.

manevi yetkiler olarak nitelendirilmesinin zorluğuna dikkat çekerek, her iki unsurun farklı ölçülerde ilgili hakta kendisini belli ettiğini açıklar¹⁷⁵.

Eser sahipliği teorisinin, monist teoriyle benzer yönleri olmasına rağmen, bazı belirgin farklılıklar da dikkat çekmektedir. En azından, FSEK'in eser sahipliği teorisini yansıttığı kabul edildiğinde, bu teoriye bazı istisnalar teşkil eden hükümlerin varlığını hatırdan çıkarmamak gerekecektir¹⁷⁶. FSEK md.8'de, eser sahibi onu meydana getirendir şeklinde açıkça belirlenmişken, FSEK md.18 f.2 uyarınca eser sahibi olmayan işveren gerçek ve tüzel kişilerin, eser üzerindeki mali haklara sahip olmaları; FSEK md.48'de mali haklarda sadece kullanma yetkisinin devrine değil, hakkın tamamının da devrine imkan tanınmış olması, FSEK'in Alman hukuku anlamında klasik monist teoriden ayrıldığı özellikler olarak kendini gösterir. Bu hükümler, eser sahipliği teorisinin kanunda mutlak anlamda hakim olmadığı anlamına gelir.

Doktrinde, FSEK md.48'de, mali hakların tamamen devredilebilir bir özelliklerle donatılması ve FSEK md.19'daki düzenlemenin yakınların hakları denilen bir hak türünü ortaya koymasından hareketle, kanunda monist teorinin değil, düalist teorisinin kendini hissettirdiği de savunulmaktadır¹⁷⁷.

FSEK2de benimsenmiş teori veya teorilerin belirlenmesine ilişkin olarak, teorik dayanağı bakımından farklı, fakat sonuçları itibariyle birinci çözüme; monist teoriye daha yakın bir üçüncü çözümden de bahsedilmektedir. Ayiter'in ifade ettiği bu teori, eser üzerindeki mali hakların devri açısından ileri sürülmüştür. Kanunda, mali yetkilerin devri için iki imkan öngörülmüştür. İlk olasılık, hakkı eser sahibinin malvarlığından çıkararak ve devralanın malvarlığına geçiren bir tasarruf işlemi olarak devir, ikinci olasılık ise karşı tarafa sadece hakkın kullanılmasını talep imkanı veren

¹⁷⁵ HIRSCH, Die Werkherrschaft, s. 25; NAL, Das Türkische Urheberrecht, s.7.

¹⁷⁶ EREL, s.15. FSEK md. 8 hükmü uyarınca, 4110 sayılı kanunla 1995 yılında yapılan değişikliğe kadar, yayımlayan ve sinema eseri yapımcısı (prodüktör) eseri bizzat meydana getirmedikleri halde eser sahibi sayılmaktaydı ki; eser sahipliği teorisine getirilmiş bir istisna olarak görülen bu durum, yeni FSEK md.8'de yer almadı. Eski hükmü göre, işveren ve tüzel kişiler eserin yaratıcısı olmadıkları halde, tıpkı eser sahibi gibi eser üzerindeki mali haklara baştan sahip sayılıyordu.

¹⁷⁷ TEKINALP, Fikri Mülkiyet, s.89. Tekinalp, açıklamalarında düalist teori kavramı yerine, çift çephe teorisi sözcüğünü kullanmaktadır. Böylece, kanunda, eser sahipliği teorisinin hakim olduğu ısrar edilecek olursa, bu teorisinin tek cepheli bir yaklaşım etkisinde değil de, çift cepheli yaklaşımın etkisinde kaldığı ifade edilebilecektir.

bir borçlandırıcı işlemdir¹⁷⁸. Böylece Ayiter, mali haklara ilişkin düzenlemeler bakımından, kanunun ne monist ne de düalist teoriyi benimsediğini savunmuş olmakta, bu iki teoriyi uzlaştıran¹⁷⁹ ve birlikte barındıran bir yapı arzettiğini savunmuş olmaktadır.

Eser sahipliği (Werkherrschaft) kavramı, eser sahibinin eseri üzerindeki hakimiyetine işaret ettiğinden, benimsenen sistem ne olursa olsun eser sahibinin haklarına ilişkin açıklamalarda hatırı sayılır derecede kullanılan bir kavramdır. Öyle ki, eser sahibinin haklarına ilişkin hukuki düzenlemeler, ister tek cephe teorisine isterse çift cephe teorisine dayansın, eser sahibinin eseri üzerindeki hakimiyetini ele almaktadırlar. Bazen bu hakimiyet eser sahibinin mali haklarını devredememesine yol açarken; bazen de örneğin İngiliz Hukukunda olduğu gibi manevi haklarından feragat edebilmesine olanak tanımaktadır¹⁸⁰.

III.ESER SAHİBİNİN DAR ANLAMDA MANEVİ HAKLARI

A.Genel Olarak

Eser sahibinin dar anlamda manevi hakları kavramından, Kanun'da açıkça eser sahibinin manevi hakları olarak sayılan yetkileri anlamaktayız. Eser sahibinin manevi hakları, eser sahibinin hukukça korunmuş manevi menfaatleri olarak değerlendirilirse, Kanun'da açıkça ne manevi ne de mali haklar arasında sayılmış diğer haklardan eser sahibinin daha çok manevi menfaatlerini korumaya hizmet eden hakları da (örneğin cayma hakkı), eser sahibinin manevi hakları olarak nitelendirmek

¹⁷⁸ **AYİTER**, s.189. Ayiter'in bu görüşünden, Kanunun mali haklara ilişkin olarak tasarrufi anlamda devir işlemiyle düalist teoriyi, borçlandırıcı işlem anlamında lisans sözleşmesi-ruhsat düzenlemesiyle de monist teoriyi benimsediği sonucu çıkarılır. Ayiter, eser sahibinin şahsında, yaratma dolayısıyla gerçekleşen ve eser sahipliği olarak nitelendirilen hukuki durumun başkalarına devredilemeyen ve miras yoluyla intikal etmeyen bir durum olduğunu belirterek, manevi hakların devredilemeyeceği sonucunu kabul etmiş olur. Üçüncü kişilerin, devraldıkları mali hakları ise, devredilme amacına uygun biçimde kullanmaları gerektiğini ifade ederek, ileri sürdüğü teorinin monist teoriye daha yakın durduğunu teyit etmiş olur. Çünkü eser sahibi eser üzerinde mali haklarını devretmiş bile olsa, devredilen eser sahipliği olmayıp, ayrıca eserle olan manevi bağımlı devam ettirir.

¹⁷⁹ **AYDINCIK**, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayıncılık 2006, s.22.

¹⁸⁰ Örneğin, Rehbinden eser sahibinin haklarının içeriği kapsamında yaptığı açıklamalara, eser sahibinin bir gayrimaddi mal üzerindeki eser sahipliğini, (Werkherrschaft) yani eser üzerindeki münhasır hakkını bir başkasına bırakabileceğini şeklindeki sözlerle başlar. Eser sahipliğinin kapsamının yasa tarafından belirlendiğini ifade eder. **REHBINDER**, Urheberrecht, s.117.

yanlış olmaz. Bu bağlamda, eser sahibinin dar anlamda-geniş anlamda manevi hakları şeklindeki ayırım gerekçelendirilmiş olur.

B.Eseri Umuma Arzetme Hakkı (Yetkisi)

1.Hakkın Mali ve Manevi Haklar Bakımından Önemi

Umuma arzetme hakkı, eser sahipliği hukukunun temel normu olarak kabul edilir. Eserin, eser sahibinin kişisel gizlilik alanından veya özel alanından çıkarak fikir ve sanat dünyasına mâl olması ve Fikri Hukuk tarafından korunur hale gelmesi, eserini kamuya sunma hakkının kullanmasıyla mümkündür¹⁸¹.

Eseri umuma arz hakkı, eser sahibinin hem manevi hem de mali menfaatlerini koruduğu için çifte nitelik gösterir. Gerçekten de, manevi özelliğinin yanında, eserin kamuya sunulması, ekonomik bakımdan değerlendirilmesi yönünden önşart işlevini görür¹⁸². Bu hak, eser sahibine, eserinin kaderini belirleme hakkı verir. Eser sahibi, eserini yayınlayıp yayınlamayacağına, yayınlıyacaksa hangi şekilde yayınlıyacağına veya eserin umuma arzından önce eseri hakkında bilgi verme yetkisine bu hak sayesinde kavuşur¹⁸³. Eser sahibi, eseri umuma arzetmekle birlikte, düşünsel, estetik, sanatsal, bilimsel, politik vb. bakış açısını ve yeteneklerini kamunun bilgisine ve eleştirisine sunmuş olur. Eser, umuma arzedilmekle kültürel iletişim sisteminin bir parçası haline gelir¹⁸⁴. Eser sahibinin, eserini umuma arzettikten sonra görüşlerindeki değişiklik nedeniyle kamunun kullanımından geri çekmesi, umuma arzetme hakkının bir parçası değildir. Bu durumda, geniş anlamda manevi haklardan biri olarak kabul edilen değişen kanaat nedeniyle eser sahibinin cayma hakkı gündeme gelir.

¹⁸¹ **SCHRICKER/DIETZ**, § 12, Kn.1; **EREL**, s.115 Umuma arzedilmemiş eserler, kişilik hukuku korumasından yararlanmakla birlikte, FSEK da istisnaen umuma arzedilmemiş eserlerin korunmasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Bu meyanda, kanunlar ihtilafına ilişkin bir düzenleme olarak kanunda yer alan FSEK md.88 deki hükümler zikredilebilir. FSEK md. 88 b.3 uyarınca, Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir andlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla, yabancıların henüz umuma arzedilmemiş eserlerine FSEK hükümleri uygulanacaktır.

¹⁸² **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.326,; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.143.

¹⁸³ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12, Kn.3.

¹⁸⁴ **SCHRICKER/DIETZ**, § 12, Kn.1.

2.Umuma Arzetme Hakkının Sahibi ve Devredilemezliği

Üçüncü kişinin, bir eseri umuma arzetmesi, ancak sözleşmesel yükümlülüğün ifası şeklinde gerçekleşir¹⁸⁵. Eser sahibi, bir manevi hak olarak, eseri umuma arz hakkını bir başkasına devredemez¹⁸⁶. Bununla birlikte, eserin yayınlanmasını üçüncü bir kişiye bırakabilir. Umuma arz hakkının icra edilmesiyle, eserin umuma arzı birbirinden ayıredilmelidir. Umuma arz hakkının kullanılması umuma arza karar verilmesi demektir. Umuma arz ise eserin fiilen ortaya çıkarılmasıdır. Umuma arz hakkının kullanılması, eserin umuma arzı olgusuyla eş zamanlı gerçekleşmeyebilir. Eser sahibi, eserinden yararlan(dır)mak amacıyla lisans hakkı tanıdığı kişiye eseri umuma arz etme yetkisini verdiğiğinde, eserin umuma arzının ne zaman gerçekleşeceğini, lisans hakkı sahibine bırakabilir¹⁸⁷.

Eser sahibi, eserini umuma arzedip etmeme konusunda, başka bir deyişle, eserini kişisel gizlilik çevresinden çıkarma konusunda tek söz sahibidir. FSEK md. 14 f.1 , bu durumu “bir eserin umuma arzedilip edilmemesini... münhasıran eser sahibi tayin eder” şeklinde formüle etmiştir. Doktrinde, FSEK md. 19 f.1’de eser sahibinin ölümünden sonra bu yetkinin belli şahıslara intikal edeceği belirtilmiş olmasına rağmen, bu hükmün eser sahibi dışındaki kişileri eseri umuma arzetme konusunda yetkili kılmadığı ileri sürülmektedir. O halde, eser sahibi, henüz eserini umuma arzetmeden önce ölmüşse, eser ancak sahibinin bu yolda açık veya örtülü bir iradesi mevcutsa kamuya sunulabilecektir. Eserin umuma arzedilmesi, eser sahibi tarafından men edilmişse, eser hiç kimse tarafından kamuya sunulamayacaktır¹⁸⁸. FSEK md. 40 f.2’de, güzel sanat eserlerinin umuma arzedilmesi bakımından kanun eser sahibinin rızasını karene olarak kabul etmiş, üzerlerine açıkça menedici bir kayıt konulmuş olmadıkça malik veya onun rızasıyla başkaları tarafından umumi yerlerde teşhir edilebileceği öngörülmüştür.

¹⁸⁵ WANDTKE/BULLINGER, § 12 Kn.3; SCHRICKER/DIETZ § 12 Kn.1; SCHACK, Urheberrecht, § 12 Kn.330, KG GRUR 1981, 742,743- Totenmaske.

¹⁸⁶ LG München I ZUM 2000, 415,417- Rechte des Regisseurs gegenüber dem Produzenten.

¹⁸⁷ WANDTKE/BULLINGER, § 12, Kn.3.

¹⁸⁸ EREL, s.117. O halde, eserin sosyal ve kültürel gelişime katkısı gözönünde bulundurulduğunda kamu yararı gerekçesiyle, eser sahibi aksini öngörmemişse, FSEK md. 19. f.1’deki kişilerin eserin umuma arzedilmesine karar verebilmeleri sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

3.Umuma Arz Hakkına Konu Olan Şeyler

a. Her Türlü Eserler

Umuma arz hakkı, Fikri Hukuk korumasından yararlanan ve cisimleşmiş olan her türlü eserler için uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁹. Hak, tamamlanmış eserler gibi tamamlanmamış eserler bakımından da geçerlidir¹⁹⁰. Doktrinde, umuma arz hakkının, sadece tamamlanmış eserler için uygulanabileceğini savunan görüşün yanlışlığına dikkat çekilmekte, eser sahibinin bir sergide kullanmak üzere tamamlanmamış eserini sergilenecek eserleri arasına alması, bu görüşün haklı olmadığını belirtmek için örnek olarak gösterilmektedir. Kuşkusuz, tamamlanmamış bu eserin, kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olması gerekmektedir¹⁹¹. Bir eserin tamamlanmış olup olmadığı son derece tartışmaya açık bir noktadır. Eser sahibinin sergilemeyi uygun gördüğü bir eser, kanaatimizce tamamlanmış bir eser olarak değerlendirilebilir. Eser sahibi, sözkonusu eser sergilemeye elverişli görmüşse eserin tamamlandığından bahsedilebilir. Kaldı ki, eser sahibi eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi sayesinde eser üzerinde sonradan eklemelerde ve değişikliklerde de bulunabilecektir.

b.Mevcut Eserler

Umuma arz hakkı, hakkın kullanılacağı zamanda varolan eserlere uygulanır. Eserin hukuken korunması, eser sahibince eserin meydana getirilmesiyle başladığından, ilerde meydana getirilecek eserler üzerinde doğmuş bir umuma arz hakkından bahsedilemez¹⁹². Özellikle, durum eser siparişi sözleşmeleri bakımından değerlendirildiğinde, eser sahibinin eseri meydana getirdikten sonra, onu kamuyla paylaşıp paylaşmama, aleniyete kavuşturma konusunda karar verme yetkisine sahip olduğu ifade edilmelidir¹⁹³. Eser sahibi, eserinin siparişe uygun olup olmadığına

¹⁸⁹ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.4; **DREIER**, Thomas/**SCHULZE**, Gernot, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz; Kommentar, 2. Auflage, Beck Verlag, München 2006, § 12 Kn.1.

¹⁹⁰ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.4.

¹⁹¹ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.4.

¹⁹² Bu konuda borçlandırıcı bir yükümlülük altına girmek, eser sahibinin umuma arz hakkından; manevi hakkından feragat anlamına geleceğinden, hukukça kabul görmeyecektir. **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.4.

¹⁹³ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 12 Kn.5; **SCHRICKER/DIETZ** § 12 Kn. 20, **REUPERT**, Christine, Der Film im Urheberrecht: neue Perspektiven nach hundert Jahren Film, Nomos Verlag, Freiburg 1995, s.119.

kendi takdir yetkisi çerçevesinde karar verecektir¹⁹⁴. Kuşkusuz eser siparişinin vadesinde tamamlanıp ifa edilmemesinden doğacak borca aykırılık sorumluluğu ayrıdır.

c. İşleme Eserler

Bir eserin işlenmesi durumunda, ortaya çıkan işleme eser bakımından, umuma arz hakkının doğacağı kuşkusuzdur. İşleme eser, ancak eser sahibinin rızasıyla umuma arzedilebilecektir. Eser sahipliği hukuku bakımından bir anlam ifade eden ve bu münasebetle korunan her türlü edim, yeni bir umuma arz hakkının doğumuna neden olacaktır. Bu nedenle, işleme eser sahibi, kendi açısından uygun görmediği eserini, kamuyla paylaşmaktan kaçınabilecektir. Herhangi eser üzerindeki, düşünsel bir yaratı içermeyen basit değiştirmelerse, yeni bir umuma arz hakkına mazhar olmayacaktır¹⁹⁵. FSEK md.21 ve Alm. ESHK md. 23'den de anlaşılacağı üzere bir başkasının eserini işleyen kişi, işleme eseri, ancak orjinal eserin sahibinin rızasıyla umuma arzedilecektir.

4.Umuma Arz Kavramının Alenileşme ve Yayımlama Kavramlarıyla İlişkisi

FSEK md. 14'de geçen "umuma arz" dan ya eserin yayınlanması ya da diğer yoldan alenîyete kavuşturulması anlaşılmalıdır¹⁹⁶. Daha geniş bir anlatımla, umuma arz, eserin ülkenin bütününde veya bir bölümünde, dar veya geniş üçüncü kişiler çerçevesinde, alenîyete kavuşturulması, herhangi bir şekilde tanıtılması veya hakkında bilgi verilmesi demektir¹⁹⁷.

Doktrinde, maddede geçen "Umum" kelimesinin dar yorumlanması gerektiği ifade edilir. Buna göre, eser, yayımlanarak, sahneye konularak, ekrana getirilerek, mikrofonda seslendirilerek, umumun görebileceği bir yerde sergilenerek, seslendirilerek, banda alınarak, internete konularak, yani online terimi altında içerik veya içeriğin bir parçası haline getirilerek veya sahibinin –eşi ve çocukları gibi- özel

¹⁹⁴ WANDTKE/BULLINGER, s.198, Kn.5.

¹⁹⁵ WANDTKE/BULLINGER, s.198, Kn.6.

¹⁹⁶ EREL, s.115.

¹⁹⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.142.

çevresi dışındaki kişilere sunularak “umuma arz” edilebilir. Buna karşılık, eserin, basım için yayınevine yollanması veya bir editöre verilmesi gibi durumlar umuma arz olmayıp, umuma arz teşebbüsü olarak nitelendirilir¹⁹⁸.

Eserin umuma arzı, eser sahibinin menfaatleri bakımından büyük bir önem arzettiğinden, eserin umuma arz edilmiş olup olmadığını saptarken eser sahibi lehine yorum yapmak faydalı olacaktır. Aksi bir eğilim, eser sahibinin eserini tanıtmaktan kaçınmasına yol açacaktır. Bir yönetmen, eserini, henüz umuma arzetmeden, sınırlı bir çevreye sunup, alacağı tepkiler doğrultusunda eserinde değişikliklere gidebilir. Başka bir anlatımla, eser sahibinin, test amacıyla, eserini belli bir çevrenin beğenisine sunması, umuma arz olarak anlaşılmamalıdır¹⁹⁹. Öte yandan alenîleşme, ancak sahibinin rızasıyla olur; rıza yoksa umuma arz sahibi aleyhine hüküm doğurmaz. FSEK md. 7 f. 1’de ifade edildiği gibi, hak sahibinin rızasıyla umuma arzedilen bir eser alenîleşmiş sayılır. FSEK md.61 uyarınca, alenîleşmemiş bir eser kanunî veya sözleşmesel rehne, hapis hakkına ve hacze konu yapılamaz.

Eserin umuma arzı, “yayımlama” kavramından farklıdır. Yayımlama, umuma arza kıyasen dar bir anlam taşır. FSEK md. 7 f.2’de öngörüldüğü üzere, yayımlama, bir eserin çoğaltma ile elde edilen nüshalarının hak sahibinin rızasıyla ticaret mevkiine konulması demektir²⁰⁰. Yayımlama duruma göre umuma arzın bir biçimi olabilir. Fakat bir eserin umuma arz edildikten sonra yayımlanması da mümkündür. Örneğin bir şiirin umuma açık bir gösteride sahnede okunmasından sonra basılması böyledir.

5.Umuma Arz Hakkının Tükenmesi

Eser sahibinin, eser üzerindeki umuma arz hakkını sadece bir kere kullanabileceğinden hareketle, bu hak bir kerelik hak olarak nitelendirilmiştir. Umuma arz hakkının bir defa kullanılmakla sona erdiği ifade edilmiştir²⁰¹. Karşı

¹⁹⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.142,143.

¹⁹⁹ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.7.

²⁰⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.143. Yayımlama kavramı, mali haklardan biri olan yayma hakkını çağırır. FSEK md.7 son fıkrada Basın Kanununda yer alan neşir (yayım) kavramı saklı tutulmuştur. Basın Kanununun (RG, 26.6.2004, S.25504) 2.maddesinin (b) bendine göre, “yayım, basılmış bir eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır.

²⁰¹ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.9; **DREYER**, Gunda/**KOTTHOFF**, Jost/**MECKEL**, Astrid, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Müller Verlag, 2004. § 12 Kn.12. OLG München NJW-RR 1997, 493,494- Ausgleich Nichtvermögensschaden.

görüş ise, umuma arz hakkının, kullanıldığı alan ve biçim bakımından tükendiğini, eser sahibinin menfaatlerinin böyle bir yorumu zorunlu kıldığını ileri sürer. Buna göre, eserin ilk önce bir sergide kullanılmak suretiyle umuma arzına müsaade etmiş eser sahibinin umuma arz hakkı, eserini bir radyo programında umuma arzetmesi bakımından tükenmiş sayılmaz²⁰². Bu görüşe, Alm. ESHK md.12’de, ilk umuma arzetme hakkının düzenlendiği, daha sonraki umuma arzların biçim ve türlerini kapsamadığı şeklindeki bir yorumla haklılık kazandırılacağı ifade edilmektedir²⁰³.

FSEK md.14’te düzenlenen umuma arz hakkını, ilk (ve de son) umuma arzla tükenen bir hak olarak yorumlamak kanaatimizce doğru olmaz. Eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmesi eserin sadece ilk kez umuma arzında değil, sonraki umuma arzlarında da gerçekleşebilir. Eğer, umuma arz etme hakkı ilk kez umuma arzla tükenen bir hak olarak değerlendirilirse FSEK md.14 f.3 anlamsız kalır²⁰⁴.

Eserin, bir üçüncü kişi tarafından hukuka aykırı bir şekilde kamuya sunulması hakkın tükenmesi sonucunu doğurmaz. Eser sahibince henüz umuma arzedilmemiş bir eser, haksız bir şekilde başkası tarafından aleniyete kavuşturulmuşsa, umuma arz etme hakkı halen eser sahibinin tasarrufuna açıktır²⁰⁵. Gerçekten de, eser kamu tarafından

Umuma arz yetkisinin etkin bir şekilde korunması amacı gerekçe gösterilerek umuma arz hakkının tükenmemesi gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, eserin eser sahibinin izni ile bir kez kamuya sunulması alenileşmesi nedeniyle, aynı eserin daha sonra korsan yayın yoluyla izinsiz olarak çoğaltılması ve ticaretinin yapılması hallerinde, eğer korsan baskılarda eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyen bir durum da yoksa, artık eser sahibinin FSEK’in 14. f.1’deki manevi hakkının tükendiğini ve korsan yayın yapan kişilere karşı taleplerinin sadece mali haklar ile sınırlı olduğunun benimsenmesi, eser sahibinin etkin korunması ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. **YAVUZ**, Levent, Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması, Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Ocak-Nisan 2007, S.1-2, s.63.

²⁰² **MOHRING/NICOLINI/KROITZCH** § 12 Kn.2c.

²⁰³ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.9.

²⁰⁴ Kaldı ki, izinsiz kopya ve korsan eser üretiminin önlenmesi için mali haklara ilişkin yaptırımların yanında (örneğin FSEK md.68’e göre üç katı tazminat), tükenmeyen umuma arz yetkisine ilişkin yaptırım da, eser sahibinin haklarına tecavüzde bulunacak potansiyel mütecavizler bakımından caydırıcılık unsurunu daha da kuvvetlendirecektir.

Ulaş, çeviri eserde kamuya sunma hakkını incelediği makalesinde, kamuya sunma hakkının tükenmesi konusunda genel bir değerlendirmede bulunarak, bir eserin, sahibince kamuya sunulmasından sonra artık bu hakkın ihlalinin sözkonusu olamayacağı; çünkü eser sahibince kamuya sunma hakkının kullanılması anı ile birlikte hukuki fiilin tamamlandığı ve bu konuda kullanılan manevi hakkın işlevini yerine getirerek son bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, sadece eserin izinsiz olarak bir yeni baskısının yapılmış olması örneğinde umuma arz hakkının ihlalinden sözedilemeyeceğini; ancak kamuya sunma biçiminin eser sahibinin onur ve saygınlığını zedeleyecek şekilde olması halinde eser sahibine bunu men ettirebilme hakkı tanınmış bulunduğunu söylemektedir. **ULAŞ**, Işıl, İşlenme Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı, **BATİDER**, C.XXIV, S.1, 2007, s.70,72.

²⁰⁵ **OLG Köln GRUR-RR 2005, 337.**

tanınmış olsa da, Alm. ESHK md.6 f.1 uyarınca eser sahibinin rızası olmadığı için, halen umuma arzedilmemiş vasfını korur. FSEK md. 7'deki, "hak sahibinin rızasıyla umuma arzedilen bir eser alenileşmiş sayılır" hükmünce de, eser sahibi lehine bir sonuca ulaşmak mümkündür. Haksız da olsa eserin kamunun bilgisine sunulmuş olması, eserin muhtevası hakkında bilgi verme veya eserden alıntı yapma konusunda diğer kişilere hak bahşetmez²⁰⁶.

6.Umuma Arzın Hukuki Niteliği

Eseri umuma arzın hukuki niteliği, doktrinde, bir anda vukubulan bir defalık hukuki fiil olarak nitelendirilir²⁰⁷. Alenîyet gerçekleşikten sonra artık geri alınamaz. Buna karşılık, eser sahibinin rızası olmadan umuma arz halinde, somut olayın özelliği bir engel oluşturmuyorsa, umuma arzın geri alınmasından bahsedilebilir²⁰⁸. Bu noktada, eserden yararlanan kişilerin bu yararlanmalarının yasaklanması akla gelebilir. Hatta, eserden alıntı yapmış olan kişilerin bu alıntıları kullanması yasaklanabilir.

7.Umuma Arz Hakkının Kullanılma Biçimi

Umuma arz hakkı eser sahibi tarafından açık bir şekilde kullanılır. Uygulamada, umuma arz hakkının çoğunlukla lisans hakkı tahsis etmek şeklinde veya somut olayın koşullarından anlaşılacak suretiyle, zımni bir şekilde kullanıldığına tanık olunmaktadır²⁰⁹. Bunun yanısıra, özellikle eser sahibi tarafından eserin elden çıkarıldığı durumlarda, umuma arz hakkının kullanılmasının mevcudiyetine ilişkin kuşku halinde, amaçla sınırlı devir teorisini uygulamak son derece yararlı olacaktır²¹⁰. Eser sahibi, yayınevine çoğaltma ve yayma hakkını devrettiğinde, eseri umuma arzetme hakkının kullanılmasını da devretmiş sayılır²¹¹.

²⁰⁶ OLG Zweibrücken GRUR 1997, 363,364- Jüdische Friedhöfe.

²⁰⁷ **SCHACK**, Urheberrecht, s.156, Kn.328; **HIRSCH**, Fikri Say, Kn.298; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.143.

²⁰⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.143.

²⁰⁹ **DREIER/SCHULZE** § 12 Kn.9; **WEGNER**,Konstantin/**WALLENFELS**, Dieter/**KABOTH**, Daniel/**HAUPT**, Stefan, Recht im Verlag, Beck Verlag, 2004, Kn.92; **WANDTKE/BULLINGER**, s.200, Kn.10.

²¹⁰ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 31 Kn.41; BGHZ 15, 249, 255; GRUR 1977, 551,554 – Textdichtermanmeldung.

²¹¹ **WEGNER/WALLENFELS/KABOTH/HAUPT**, Kn.92; **WANDTKE/BULLINGER**, s.200, Kn.11. Aynı şekilde, bir güzel sanat eserinin veya bir fotoğraf çalışmasının aslının satılması, kural

Alm. ESHK md.44 f.2 uyarınca, bir güzel sanat eserinin veya fotoğraf ve benzeri eserlerin aslının satılması, satın alan kişiye, eser sahibince aksi öngörülmemiş olmadıkça, kamuya sunma hakkını da verir²¹². Türk hukuku bakımından, FSEK md. 57’de bir yorum kaidesi olarak düzenlenmiş, “asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça , fikri hakların devrini ihtiva etmez” hükmü karşısında aynı sonuca varmak pek mümkün gözükmemektedir. Ancak, bu noktada kanunda, hususi menfaat mülahazasıyla eser sahibinin haklarını sınırlayan istisnai bir hüküm olarak düzenlenmiş FSEK md.40 f.2 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, güzel sanat eserlerinin umuma arzedilmesi bakımından, kanun eser sahibinin rızasını karine olarak kabul etmiş ve bunların üzerine eser sahibi tarafından aksine bir kayıt konulmuş olmadıkça, malik veya onun muvafakatıyla başkaları tarafından umumi yerlerde teşhir edilebileceği öngörülmüştür.

8.Umuma Arzın Kullanılması

Eseri, umuma arzetme hakkının kullanılmasını devralan mali hak sahipleri, bu yetkiyi FSEK md.14 f.3 uyarınca, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanamazlar. Bu takdirde eser sahibi, eserin kamuya tanıtılmasını veya yayımını men edebilir. Aynı hüküm gereğince, bu korumadan sözleşmeyle vazgeçmek hükümsüzdür. Bu düzenlemenin, Türk Medeni Kanununun kişiliğin içe karşı korunması hükümlerinin özel bir uygulaması olduğunu belirtmek gerekir²¹³.

Umuma arz yetkisini kullanacak üçüncü kişi, eseri kamuya uygun olmayan bir zamanda sunarsa veya gecikerek sunarsa, umum arz hakkının ihlalden bahsedilecektir. Kaldı ki, FSEK md.58 uyarınca, mali hak sahibinin hakkını, kararlaştırılan süre içinde kullanmaması ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre munasip bir zaman içinde kullanmaması, bu durumun eser sahibinin

olarak umuma arz hakkının kullanılmasının devrini de içerir. Satım kavramının yanında, takas veya bağışlama da aynı sonuçları doğuracaktır. **FROMM/NORDEMANN/HERTIN**, § 12 s.151, Kn.3.

²¹² Ancak, bir mimarın çizdiği planı veya yaptığı modeli bir yarışmaya sokması, yarışma kurallarında aksine düzenleme olmadıkça, umuma arzetme hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanamaz. **FROMM/NORDEMANN/HERTIN**, § 12 s.151, Kn.4.

²¹³ **EREL**, s.76; **AYİTER**, s.116.

menfaatlerini esaslı surette ihlal etmesi koşuluyla, eser sahibine sözleşmeden cayma hakkı verecektir.

Eserin umuma arzında, umuma arzın yeri ve şekli de önemli bir rol oynar. Bu yetkiyi kullanan üçüncü kişinin, eseri çirkin bir kapak altında basılarak işportada satması veya kötü şöhrete sahip bir yerde temsil ve icrası halinde, eser sahibi umuma arzı men etme hakkına sahiptir²¹⁴.

FSEK md.14 f.3, eser sahibinin, şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda gerçekleşen umuma arzı önleme veya bu şekilde devam eden umuma arza son verme yetkisini düzenlemiştir. Ancak, bu tür bir durumda, diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır. O halde, eser sahibi, kendi şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda bir umuma arzın gerçekleşmesinde kusuru varsa, tazminat yükümlülüğü altına girecektir. Eser sahibinin umuma arz hakkı, şeref ve itibarını zedeleyecek bir şekilde ihlal edilebileceği gibi, şeref ve itibarını zedelemeyen tarzda da ihlal edilebilir.²¹⁵

9.Umuma Arzın Kanundan Doğan Sınırlamalara Etkisi

Umuma arzın tespiti, eser üzerinde kanun tarafından getirilen sınırlamaların uygulanması bakımından önem taşır. Umuma arz ile birlikte, eser FSEK md.30'da düzenlendiği üzere kamu düzeni; FSEK md. 31 vd. maddelerinde düzenlendiği üzere

²¹⁴ **EREL**, s.117-118; **TOPÇUOĞLU**, s.70. Eser sahibinin men hakkı, eserin umuma arzetme hakkının, aynı zamanda bir savunma hakkı özelliği taşıdığına da işarettir. Alm. ESHK md.41 uyarınca eser kendisine lisans hakkı tanınmış kişi tarafından hiç veya yeteri kadar kullanılmıyorsa eser sahibi cayma hakkını kullanabilecektir. Aynı şekilde, eser sahibi değişen kanaati nedeniyle tahsis ettiği umuma arz hakkının kullanılmasında yetkisinden cayabilecektir. **MOHRING/NICOLINI/KROITZCH**, § 12 s.255, Kn.20.

²¹⁵ Hirş, eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemeyecek tarzda umuma arz hakkının ihlali halinde, FSEK md. 67'nin; şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda ihlal halinde ise FSEK md.14 ün uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Hirş, konuyla ilgili şu açıklamalarda bulunmaktadır. "İlk halde, hukuka aykırılık, mücerret, haksız "umuma arz" keyfiyetinden ileri gelirken, Öntasarının 15'inci (FSEK md.14) maddesinde sözkonusu olan hallerde, hukuka aykırılık, eser sahibinin haysiyet ve şerefının ihlal edilmiş olmasından kaynaklanmakta ve failin eseri 'umuma arz' hususunda selahiyetli bulunmuş olup olmaması meselesi, rol oynamamaktadır. Öntasarının 15.maddesinin 3.fıkrası, Medeni Kanunun 24'üncü maddesindeki umumi esasın Projedeki hususi hükümlere rağmen önemini koruduğunu belirtmek amacıyla sevk edilmiş ve adı geçen esasın sadece tekrarından ibaret olan bir hüküm olduğu halde, Öntasarının 112'inci ve ardı sıra gelen maddeleri (FSEK md.66 vd. hükümleri), Meden Kanunun 24'üncü maddesinden anlaşılabilir nitelikte olmayan özel hükümlerdir. İşte bu hükümlerin gaye ve şartlar itibarı ile farklı bulunması, bizi; umuma arz keyfiyetinin, eser sahibinin şeref ve haysiyetini haleldar edecek surette vukuu halinde tanınan men hakkını, fikri haklara karşı yapılan tecavüzlerin müeyyidelerini ihtiva eden 5'inci bölümün içine almağa değil, bilakis bu hükmü, hususi mahiyeti dolayısıyla bütün diğer müeyyidelerden ayırmağa sevk etmiştir. **HIRSCH**, Fikri Say, s.136.

genel menfaat ve FSEK md.38 vd. maddelerinde de öngörüldüğü üzere özel menfaat mülâhazalarıyla bazı sınırlamalara konu olur. Ayrıca, FSEK md.61 ve 62 uyarınca, umuma arz edilmiş eser, artık rehin, hapis hakkı ve haciz gibi kısıtlamalara da tabi olabilecektir. FSEK md. 16 f. 2 doğrultusunda, belli ölçüler içinde kalmak ve teknik sebeplerin gerektirmesi şartıyla çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimsenin, eser sahibinin izni olmadan değişikliğe gidebilmesi yetkisi de, sınırlamalardan biri olarak zikredilmelidir. Aynı şekilde, Alm. ESHK md. 44 vd. maddelerinde, umuma arzla birlikte kanundan doğan sınırlamaların uygulama alanı bulunduğu görülür.

Umuma arz edilmeden önce, kişiliğinin bir parçası olarak eseri üzerinde mutlak hakka sahip olan eser sahibi, eserinin alenileşmesiyle; rıza ile umuma arzıyla eseri üzerinde mutlak hak sahibi olmaya devam eder. Ancak, eser sahibinin mutlak hakkı bir takım sınırlamalara tabi tutulur ki, bunun nedeni, eserin toplumun kültürel varlığının, fikri servetinin parçası haline gelmiş olmasıdır²¹⁶.

10.Umuma Arz Hakkının Mali Haklarla İlişkisi

Umuma arz, bağımsız bir hak olmasına rağmen, FSEK md.48 vd. uyarınca mali hakların devrini konu olan sözleşme veya bir tasarruf işlemlerinde umuma arz etme yetkisinin de devri sözkonusu olur. Ancak, eser sahibi, mali hakların devriyle umuma arz etme yetkisini birbirinden ayırarak, devre konu edebilir²¹⁷.

Eserin, eser sahibinin rızası olmadan umuma arzedildiği durumların çoğunluğunda, FSEK md.20 vd. maddelerinde düzenlenmiş mali hakların ihlaline de rastlanacaktır. Böyle hallerde, mali hakların ihlalden doğan maddi tazminatın yanında, FSEK md.

²¹⁶ **HIRSCH**, Fikri Say, s.59. Eser sahibinin haklarının, kamu lehine, kamu yararına bir takım sınırlamalara tabi tutulması, cemiyete bağlı telif hakkı nazariyesi ile açıklanır. Eser sahibinin haklarının “cemiyete mal edilmesi” ne dayanan bu teori, aslında eser sahibinin haklarının hukuki mahiyetini açıklamamakta, yalnızca, hak ve yetkilerini kullanmak hususunda eser sahibinin marzu kaldığı müdahale ve sınırlamaların, nedenini oluşturmaktadır. **HIRSCH**, Fikri Say, s.119.

²¹⁷ Bu konuda, doktrinde, bir romancının son romanının bütün mali haklarını bir tasarruf işlemi ile bir yayınevine bırakmış olmasına rağmen, eseri bir konferansla takdim etme yetkisini bir eleştirmene vermiş olması örnek olarak gösterilmektedir. Bazı durumlarda ise, eserin mülkiyetinin devredilerek bir başkasına satılması, umuma arz anlamını taşıyacaktır. Eser sahibinin, eseri üzerindeki umuma arz etme yetkisinin kullanılmasını bir başkasına devretmesi, eser üzerindeki mali hakları da o kişiye devrettiği anlamına gelmez. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.143.

70 f.1 gereği manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık, manevi tazminat davası açabilecektir²¹⁸.

Umuma arz hakkı, eser sahibinin arzusu hilafına eserinin kamuya açıklandığı ve mali hakların ihlaline ilişkin hükümlerin uygulanmadığı durumlarda pratik bir öneme sahip olacaktır. Özellikle, henüz umuma arzedilmemiş edebiyat ve müzik eserleri gibi eserlerin üçüncü kişi tarafından izinsiz bir şekilde alenileştirilmesi durumunda eser sahibi, umuma arzetme hakkına başvurabilecektir²¹⁹.

11.Eser Hakkında Bilgi Verme

Umuma arzetme hakkı, eser sahibi ve haleflerine, eseri umuma arzedip etmeme konusunda karar verme yetkisi, eseri umuma arzetme zamanını belirleme yetkisi, eserin umuma arzedilme tarzını belirleme yetkilerinin yanında ayrıca, eserin muhtevası hakkında bilgi verme yetkisini de tanır.

FSEK md.14 f. 2 ‘ye göre, “bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir. Alman ESHK md.12 f.2’de de, eser sahibine tanınan bu yetki, aslında eser sahibinin eser sunulana kadar eseri gizli tutmaktaki menfaatini korumaktadır²²⁰.

FSEK md. 14 f. 2’de, eserin muhtevası hakkında malumat verme şeklinde düzenlenen bu hak, Alm. ESHK 12 f. 2’de, eserin esaslı içeriği veya eserin tarifi

²¹⁸ Alm. ESHK md. 15 vd. hükümlerinde düzenlenmiş manevi hakların ihlali halinde Alm. ESHK md.97 f.2 gereği dava açılabilmesi için, ihlalin ağır olması koşulu aranmıştır.

²¹⁹ Alm. ESHK md.18’de henüz umuma arzedilmemiş eserlerden sadece güzel sanat eserleri ile fotoğraf ve benzeri eserlerin teşhirine müsaade edilmiş, bilim ve edebiyat eserleri bu kapsamda sayılmamıştır. Henüz umuma arzedilmemiş bilim ve edebiyat eserlerinin teşhiri, herhangi bir mali hakkın ihlaline değil sadece umuma arz hakkının ihlaline yol açacaktır. **FROMM/NORDEMANN/HERTIN**, §12, s.153, Kn.9.

²²⁰ **WANDTKE/BULLINGER**, § 12 Kn.19; **EREL**, s.118; **AYİTER**, s.117, **ARSLANLI**, s.81. Yarsuvat, umuma arz etme hakkını, “eseri kamu oyuna sunma hakkı” başlığı altında incelerken, eserin sahibinden başkası, yardımcısı, matbaacı vs. gibi kimselerin eseri açıklayamayacakları alt başlığı altında, henüz açıklanmamış bir eser hakkında kamuya bilgi vermek yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu; aksine hareket edenlerin FSEK md.14 f.1 hükmüne aykırı davranmış; bir sırrı ifşa etmiş olabileceklerini belirtmektedir. **YARSUVAT**, s.118. İsviçre Federal Mahkemesi, bir işçinin görevi nedeniyle öğrendiği sırrı, işi terk etmesinden sonra dahi ifşa edemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu tür durumlarda, Türk Ceza Kanununun 198 maddesinde yer alan sırrın masuniyeti ile ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. **BELGESAY**, Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1955, s.51.

şeklinde iki farklı kavramla açıklanmıştır. Eserin esaslı içeriğinden, eserin bütünlüğünü sağlayan unsurların açıklanması anlaşılmalıdır. İçerik hakkında boşluklar içeren detaylı açıklamalar ve eserin konusundan bahsetme, eserin esaslı içeriğinin umuma arzına yetmeyecektir. Eserin esaslı içeriği, daha çok roman gibi eserlerle ilgili bir kavramken, eserin tarifi güzel sanat eserleri, müzik veya bilimsel anlatılar için kullanılan bir kavramdır. Bu anlamda, bir güzel sanat eserinin fotoğrafının çekilip, fotoğrafın kamuya sunulması eser hakkında bilgi verme hakkının kullanılmasıdır²²¹. Eser hakkında bilgi vermenin, uygulamada en sık karşılaşılan örneklerinden biri de, sinema filmlerinin vizyona girmeden önce tanıtım amaçlı fragmanlarıdır²²².

Eserin bütünü veya özelliğini yansıtacak derecede önemli bir kısmı kamuya tanıtılmışsa bu yetki son bulur. İçerik hakkında bilgi verme, eserin üçüncü şahıslar tarafından açıklanmasına, eleştirilmesine ve alıntı yapılmasına imkan vermeyecek derecede olmalıdır. Bu doğrultuda, bir güzel sanat eseri sahibi, henüz umuma arz gerçekleşmeden önce, eseri hakkında bir gazetede, renk kullanımı, tema seçimi ve eserin yapısı hakkında bir değerlendirme yazısını engelleyeceği gibi, bir roman yazarı da, daha romanı yayımlanmadan eserinin içeriği ve eserindeki sürpriz unsurları açıklayan bir değerlendirme yazısına haklı bir şekilde itiraz edebilecektir²²³.

²²¹ DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, § 12 Kn.22-23.

²²² SCHACK, Urheberrecht, s.157, Kn.330.

²²³ FROMM/NORDEMANN/HERTIN § 12 Kn.11; WANDTKE/BULLINGER, § 12 Kn.20.

C. Adın Belirtilmesi Yetkisi (Hakkı)

1.Hakkın Amacı

FSEK md. 15’de adın belirtilmesi salâhiyeti²²⁴ başlığı altında düzenlenmiş olan bu hak, Alm. ESHK md. 13’de²²⁵ olduğu gibi eser sahibine, eser sahibi olarak tanıtılması konusunda mutlak bir hak verir. Bu hak, eser sahipliğine ilişkin karineler ve eser üzerindeki tasarruf yetkisinin isbatı bakımından önem taşır²²⁶. Eser sahibinin adının belirtilmesi salâhiyeti, Bern Sözleşmesi uyarınca asgari haklar arasında yer alır²²⁷. Eser sahibinin, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, FSEK’te düzenlenmiş olmasaydı, uygulamada ortaya çıkan sorunların bir kısmı, yetersiz olacaksa da, MK md.26’da “adın korunması” hükmüyle giderilmeye çalışılacaktı²²⁸.

Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, eser sahibinin manevi menfaatlerine hizmet etmenin yanında, mali menfaatleri bakımından da önemli bir rol oynar. Bu hakkın

²²⁴ Kanunda adın belirtilmesi salâhiyeti başlığı altında düzenlenen bu yetki, doktrinde” eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı” şeklinde de isimlendirilmektedir.

Tekinalp’e göre, bu hak 15.maddenin kenar başlığında ve metninde yeteri açıklıkla tanıtılmamış, kastedilmek istenen, eser sahibinin bu sıfatının yani eser sahibi olduğunun belirtilmesidir. Yoksa, sadece eser sahibinin adının eserinde zikredilmesi ifade edilmek istenmemektedir. Hak, eser sahibinin adının eserinde yer alması yanında, eser sahipliğinin eserin kullanıldığı her yerde ve halde yeteri açıklıkla (büyüklükte) anılmasını da kapsar. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.156. Adın belirtilmesi yerine adın açıklanması kavramı tercih edildiği gibi (bkz. **BEŞİROĞLU**, Akın, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, 3.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.218) eser sahipliğinin tanınmasını isteme hakkı (**ERDİL**, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.165.) kavramı da kullanılabilir.

Kanaatimizce, adın belirtilmesi yetkisi ve eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı kavramları birbirlerinin yerine ikame edilebilecek kavramlardır. FSEK md.15’in kenar başlığı adın belirtilmesi salâhiyeti yerine eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı şeklinde olsaydı dahi, FSEK md.15’in uygulama alanı değişmeyecekti.

²²⁵ Alman Hukukunda, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, Alm. ESHK md. 13’de düzenlenen ve doktrin tarafından isimlendirme hakkı -namensennungsrecht- olarak da nitelenen hükmün yanında, eser sahibinin izni olmadan eser üzerindeki değişiklik yapmayı yasaklayan md. 39 ve 63’de düzenlenen kaynak bildirme yükümlülüğü hükümlerinde de zikredilir. Elbette, bu son iki hüküm, eser sahipliğinin tanınması bakımından tamamlayıcı rol oynayan hükümlerdir. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.240.

²²⁶ **EREL**, s.119.

²²⁷ Bern Sözleşmesi md.6 (mükerrer) f.1 hükmüne göre, eser sahibi mali haklardan bağımsız olarak ve hatta bu hakların devrinden sonra dahi, eserin kendi eseri olduğunu beyan etmek hakkını korur.

²²⁸ Doktrinde, kişinin adının çeşitleri; öfad, soyadı, müstear ad, lakap, ticaret ünvanı, tüzel kişilerin adları şeklinde sıralanmaktadır. Kanunda her ne kadar kişinin adı kapsamına nelerin girmesi gerektiği sayılmamışsa da, bu görev doktrine düşmüştür. Ancak, müstear ad teriminin genel anlamda Kanuna yabancı bir terim olmadığı, çünkü FSEK hükümlerinde zikredildiği ifade edilmiştir. Bkz. **ARPACI**, A.,Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2.bası Beta İstanbul 2000, s.167; **ATAAY**, A., Şahıslar Hukuku, s.162; **ÖZSUNAY**, E. Gerçek Kişiler, s.188. **DURAL,M/ÖĞÜZ**,T., Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s.115 vd. Ancak, dikkatten kaçırılmamalıdır ki, eğer FSEK md.15 hükmü olmasaydı bu hükmün eksikliğini MK md.26 hükmüyle doldurmak pek kolay olmayacaktı. Eser sahibi olarak tanıtılmak, eser sahibinin Medeni Kanun anlamındaki adından daha geniş bir hukuki olgular dizisini kapsamaktadır. Eser sahibi, ismiyle tanınacağı gibi isim dışında kalan diğer tanıtıcı işaretlerle, şekille de tanıtılmak hakkını kullanmak isteyebilir veya eserin isimsiz bir şekilde umuma arzını tercih edebilir.

kullanılması sayesinde, eser sahibinin eserinde adının belirtilmesi, kendisine sağladığı prestijle birlikte reklam işlevini görüp, potansiyel eser siparişleri anlamını taşır²²⁹. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına ilişkin, kanunda, birçok yan hükme rastlamak mümkündür. Bu hak sadece FSEK md. 15’de değil, ayrıca md. 16 f.1’de de düzenlenmiştir. Söz konusu bu hükme göre; eser sahibinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.

Eser sahibinin adının belirtilmesi, her eser türü için o eser türüne özgü özelliklere göre olur. Bilim ve edebiyat eserlerinde adın çoğaltılmış nüshalar üzerinde zikredilmesi, müzik eserlerinde uygun vasıtalarla dinleyicilere duyurulması ve plak, kaset vb üzerine konulması, sinema eserlerinde filmimn jeneriğinde yer alması, parça halindeki diğer eserle ve güzel sanat eserlerinde, eserin uygun bir yerine imza atılmış olması gerekir²³⁰.

2.Hak Sahipliği

Eser sahibinin adını belirtme hakkını kullanmaya yetkili olan kişi, herşeyden önce, gerçek kişi eser sahibi veya onun hukuki halefleridir²³¹. Eserde, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı eser sahibi tarafından bizzat kullanılabilceği gibi, bu hakkı kullanma yetkisi başka bir kişiye, özellikle mali hakları devralmış olanlara da bırakılabilecektir. Eser sahibinin ölümünden sonra ise bu yetki FSEK md. 19 f.1’de belirtilen kişiler tarafından kullanılabilir²³².

Sipariş veren veya bir filmin yapımcısı, eser sahibi olarak isimlerinin belirtilmesi taleplerinde bulunamayacaklardır²³³. Eser sahibi, sadece gerçek kişi olabilir. Firmalar, kurumlar, teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri gibi tüzel kişiler, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkından yararlanamazlar. Belli bilimsel teoriler geliştirmiş bilim

²²⁹ **WANDTKE/BULLINGER** § 13 Kn.1; BGH WRP 1982, 85,86- Architektenwerbung; LG München I Schulze LGZ 173, 15- Branislav Nusic.

²³⁰ **EREL**, s.119.

²³¹ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 13 Kn.3; OLG Frankfurt NJW 1991, 1839; **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn. 13; Elbette hukuki halef, kendi admın değil, eser sahibinin adının belirtilmesi talebinde bulunacaktır.

²³² **EREL**, s.119.

²³³ **DREIER/SCHULZE**, § 13 Kn.14. Alm. ESHK md.13 ve Türk FSEK md.15 hükümleri, belli eserleri yayınlamak amacıyla tasarruflarına bırakılmış müze gibi kurumlara da, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı sağlamayacaktır. Alman Hukuku bakımından bkz. **WANDTKE/BULLINGER**, § 13 Kn.3.

adamları da, bu teorilerin kendi adlarıyla anılması talebinde bulunamazlar²³⁴. Aynı şekilde, bir uydu operatörü de, uydu kayıtlarıyla ilgili olarak, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına sahip değildir²³⁵. Bu kişiler veya kurumlar, isterlerse, elde ettikleri verileri kullanmalarına tahsis ettikleri kulanıcılardan, sözleşmesel yolla, isimlerinin belirtilmesini isteyebilirler. Yayımcı-editörün de, eser sahibi olarak tanıtılmak konusunda haklı bir talebe sahip olmadığı belirtilmektedir²³⁶.

Bir eserin meydana getirilmesinde, Fikri Hukukça anlam ifade eden bir katkıda bulunan her kişi, eserde isminin belirtilmesine ilişkin olarak, diğer kişilerden bağımsız bir talep hakkına sahip olacaktır. Bu bağlamda, ortak eser sahiplerinden herbiri, kendisinin esere olan yaratıcı katkısının gözardı edilerek, isminin eserde belirtilmemesi üzerine, diğer eser sahiplerine karşı bu durumun düzeltilmesine ilişkin zorlayıcı bir talepte bulunabilecektir²³⁷. Farklı eser sahiplerinin, Fikri Hukuk korumasına sahip eserlerinin biraraya getirilmesi suretiyle oluşan eserlerde, örneğin multimedya eserlerde, her eser sahibi, eserde isminin belirtilmesini talep etmeye yetkilidir. Çeviri eserlerde, çevirmenin yanında, çevrilen-asıl eserin sahibinin ismi de anılmalıdır²³⁸.

Eser sahibi, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına dayanarak, eserin oluşmasında Fikri Hukukça korunan bir katkıda bulunmayan kişilerin isimlerinin, eser üzerinde geçmesine engel olur. Aksi takdirde, eser sahibi olmadıkları halde eserde bu vasıfla anılan kişiler, kamuoyunda yanlış bir izlenim uyanmasına neden olurlar ki, bu durum eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının “ratio legis”inden biri olan, üçüncü kişilere yanıltıcı bilgi vermemeye aykırılık teşkil eder²³⁹.

²³⁴ BGH GRUR 1981, 352 vd.- Staatsexamensarbeit.

²³⁵ LG Berlin GRUR 1990, 270,271-Satellitenfoto.

²³⁶ Uygulamada, alışılmış bir şekilde, yayımcı-editörlerin farklı makalelerin biraraya getirildiği yazılı eserlerde isimlerinin belirtilmesi, Alm. ESHK md.13 veya Türk FSEK md.15'deki adın belirtilmesi selahiyetine dayanmaz. Alman Hukuku bakımından bkz. **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 13 Kn.12; **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn.11; Yayımcı editörün katkısının, yaratıcılık özelliği taşıması halinde, eser sahibi olarak tanıtılması haklı bir sebebe dayanacaktır.

²³⁷ **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL** § 14 Kn.49; **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn.1; OLG Karlsruhe GRUR 1984, 812-Egarlandbuch.

²³⁸ **WANDTKE/BULLINGER**; s.206, Kn.4.

²³⁹ **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL** § 13 Kn.39, 41; **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.16; BGH GRUR 1963, 40,43 –Straßen-gestern und morgen. Bu hak kapsamında, bilimsel bir makalenin yazarı, bağlı bulunduğu bilimsel kürsü başkanının yazar olarak tanıtılmasını engelleyebilecektir. **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL** § 13 Kn. 34; Birlikte çalıştığı asistanından, kendi menfaatine, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkından feragat etmesi yönünde talepte bulunan profesörün bu davranışı, ahlaka aykırılık yaptırımına tabi tutulacaktır.

3.Hakkın Konusu Olan Şeyler

Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının konusu, bir nesne üzerinde somutlaşmış ya da somutlaşmamış her türlü eserin yanında, eserin aslı ve kopyalarıdır²⁴⁰. Dolayısıyla, kamuya sunulma biçimi ne olursa olsun; ister eserin aslı ister kopyası olsun, eser sahibi adının belirtilmesi hakkına sahiptir²⁴¹.

İşleme eserler bakımından, işleme esere kaynaklık eden eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı vardır. Elbette, eseri işleyen kişi de, ortaya çıkardığı bu yeni fikri ürün münasabıyla, kendisinin de isminin belirtilmesi hakkına sahiptir. Eserde, işleme niteliğinde olmayan basit değişikliklerse, eser sahibi olarak tanıtılma hakkını doğurmaz²⁴². Yargıtay uygulamasında da, işleme eserde, işleyen kişinin adının belirtilmemesi, hak ihlali olarak nitelendirilmektedir²⁴³.

²⁴⁰ **LOEWENHEIM/DIETZ** § 16 Kn.72, BGH GRUR 95, 671,672-Namensnennungsrecht des Architekten.

²⁴¹ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 13 Kn.6; **MOHRING/NICOLINI/KROITZSCH** § 13 Kn.23; **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn.20; **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.12; BGH GRUR 1995, 671,672- Namensnennungsrecht des Architekten. Buna karşılık, doktrinde, bu hakkın sadece eserin aslına uygulanması gerektiğini savunan görüş, (Hock, 48 vd.) yasanın gerek lafzı gerekse ruhu bakımından dayanaktan yoksun bulunur. Yasa tarafından korunan, eserin içerdiği düşünsel yaratıdır. Bu özellik, eserin kopyasında da devamlılığını korur. Bkz. **WANDTKE/BULLINGER**, s.206, Kn.7.

²⁴² **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn.11; **WANDTKE/BULLINGER**, s.206-207 § 13 Kn.8; BGH GRUR 2002, 607,608-Stadtbahnfahrzeug.

²⁴³ Ancak, Yargıtay'ın bir kararında, tercüme eser sahibinin adının kullanılmaması, adın belirtilmesi salahiyetinin değil de, eserde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisinin ihlali şeklinde değerlendirilmiştir. Dava konusu olayda, davacı kişi, Prof. Dr. Paul Kennedy'nin "Preparing for the 21.st Century" isimli kitabını Türkçeye "Yirmibirinci Yüzyıla Hazırlık" adı altında yorumlayıp, özetleyerek kazandırmıştır. Davacı vekili, müvekkilinin, İstanbul'da verilen bir konferansta, önceden yapmış olduğu bu çevirinin kitapçık haline getirilip, katılımcılara dağıtılması konusunda izin vermiş olmasına rağmen, kitapçıkta isminin belirtilmediğini ve bu durumun FSEK md.6 ve 23. maddelere aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Yargıtay tarafından da onanan ilk derece mahkemesinin kararına göre, davacının tercüme ettiği eserin ismi yazılmaksızın kitapçık şeklinde basılarak dağıtılması ve eserin davacı tarafından tercüme edildiğine dair bir açıklamanın yapılmaması FSEK md.16 f.3 hükmüne aykırılık teşkil edip ve de kişilik haklarına saldırı niteliği oluşturmakta ve davacı manevi tazminata hak kazanmıştır. 11.HD,26.02.2001, E.2000/10536, K.2001/1632. **SULUK/ORHAN** s.334,335. Kararda, çeviri eser sahibinin isminin belirtilmemesinin, FSEK md.15 de düzenlenen adın belirtilmesi salahiyetine aykırılık oluşturduğunun açıkça belirtilmesi daha isabetli olurdu. Çünkü, kararın hukuki dayanak olarak FSEK md.16 da düzenlenmiş eser sahibinin şerefe ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menetmek yetkisine dayandırılmış olması, adın belirtilmesi salahiyetinin ihlalinin de bu madde kapsamında değerlendirilebileceği şeklinde yanlış bir izlenim uyandırmaktadır.

4.Hakkın Eser Sahibine Tanıdığı İmkanlar

FSEK md. 15’de, eser sahibine eserini, adının veya takma adının yanısıra adsız olarak²⁴⁴ da umuma arzetme ve yayımlama imkanı tanınmıştır²⁴⁵. Adın belirtilmesi yetkisi olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şekilde kullanılabilir. Eser sahibinin adını olumlu tarzda kullanması demek, eser üzerinde ve eserin kullanıldığı her yerde isminden bahsedilmesini sağlar. Bazen eser sahibi eser sahipliğinin gizli kalmasını isteyerek, adın belirtilmesi yetkisini olumsuz bir tarzda da kullanabilir. Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkını olumsuz bir tarzda kullanması²⁴⁶, sadece eserin kendisini kapsar. Başka bir deyişle, eser sahibi, eserini değerlendiren bir yazıda isminin açıklanması durumunda, adının belirtilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri süremez. Bu durumda, eser sahibi, özel alanının ihlal edildiğini ileri sürerek genel kişilik hukuku hükümlerinden yararlanabilir²⁴⁷. Buna karşılık, takma adla yayınlanmak üzere basımevine verdiği kitabının gerçek adı ile yayınlanması, bestecisi belirtilmeden bir konserde çalınmasına izin verdiği şarkısının adı belirtilerek çalınması; eser sahibi için bu manevi hakkının ihlalidir.

FSEK md.15’de, eser sahibinin eserini adsız-anonim olarak umuma arz edebileceği ve yayımlayabileceği, Alman hukukunun aksine kanunda açıkça düzenlendiğinden hareketle, Alman Hukukundan farklı bir çözüme varmak doğru olmayacaktır. Alman Hukukunda, yukarıda da açıkladığımız üzere, eserin umuma isimsiz-anonim bir

²⁴⁴ Bir eserin anonim olarak yayınlanmış olması, eser hırsızlığına hak kazandırmadığı gibi, eser hırsızına hukuki ve cezai yaptırımların uygulanmasına da engel olmayacaktır. Ancak bu durumda, herhangi bir hukuki yola başvuran kimse, önce eser sahibi olduğunu kanıtlamalıdır. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.146.

²⁴⁵ Alm. ESHK md. 13 de, eser sahibine eserini kendisini tanıtıcı işaretle sunup sunmama bakımından tanınan imkan, eserin anonim şekilde umuma arzının ve yayımlanmasının mümkün olduğu anlamına gelir. **FROMM/NORDEMAN/HERTIN** § 13 Kn.14; **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn.32; **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL** § 13 Kn.20; **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.10; **WEGNER/WALLENFELS/KABOTH/HAUPT**, Kn.95. Alm. ESHK md 24 de düzenlenmiş, serbest kullanım istisnası durumunda, kullanılan eserin sahibinin adının belirtilmesine gerek yoktur. Eserden serbest kullanım kanalıyla yararlanıp, yeni bir eser meydana getiren eser sahibinin, eski eser sahibinin ismini eseri meydana getirmiş kişilerden biri olarak belirtmesi, eski eser sahibinin kişilik hakkının ihlaline yol açacaktır. Böyle bir olasılıkta, Alman ESHK md.13 ve Türk FSEK md.15’de düzenlenmiş eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlali değil, kişilik haklarından biri olan isim üzerindeki hakkın ihlalinden söz edilecektir. **BULLINGER**, Winfried, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht: der Schutz des bildenden Künstlers gegenüber der Fälschung seiner Werke, Schmidt Verlag, 1997, s. 131, 160.

²⁴⁶ PatKHK ve EndTasKHK’ da buluş ve tasarım sahibine sadece olumlu bir hak tanınmış; adının gösterilmemesini isteme yetkisi tanınmamıştır. Bkz. PatKHK md.15; EndTasKHK md.18.

²⁴⁷ Alman Hukuku bakımından, bu olasılıkta, AMK md.823 f.1, ve AMKmd.1004, Temel Haklar Yasası md.2 f.1 ve md.1 f.1 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.14; **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 13 Kn.14; **BULLINGER**, s. 58.

şekilde arzı olasılığı, 13.maddenin formüle ediliş biçiminden –zımnen-anlaşılmaktadır. Sorun, yani eser sahibinin gizli tutmak istediği anonimlik hususunun eser sahibinin eserlerini değerlendiren bir yazı suretiyle kamuoyuna açıklanması, Türk Hukukunda da, Alman Hukukuna benzer bir şekilde, eser hukuku hükümleriyle değil, genel kişilik hukuk hükümleriyle yaptırıma bağlanarak çözümlenmelidir.

Bir eserin, eser sahibinin adı olmaksızın-anonim yayınlanması, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılmasından feragat olarak yorumlanamayacağı gibi, adsız esere kendi adını koyarak yayımlayan üçüncü kişiye de, mağdurun rızası gibi nedenlere dayanarak ne fiilin hukuken aykırılığını ortadan kaldırmak ne de birlikte kusur gerekçesiyle sorumluluğu azaltmak şeklinde hukuken geçerli bir savunma imkanı vermez²⁴⁸.

Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı bakımından, takma isim ve sanatçının eserlerinde kullandığı isim de hukuki koruma altındadır. FSEK md. 15, bu hususu açıkça, “müstear ad” şeklinde belirterek düzenlemişken; Alman Hukukunda eser sahibinin takma isim veya sanatçı ismi kullanabileceğine, yorum yoluyla varılmaktadır²⁴⁹. Sanatçı ismi (Künstlername), takma ismin (pseudonym) özel bir türüdür²⁵⁰. Eser sahibinin, isminin bir eleştiri yazısında açıklanması, hakkın koruma kapsamında değildir. Bu nedenle, takma isim hukuki koruma bakımından, güvenli bir tercih sayılmaz. Ancak, eser sahibi, eseri üzerinde yararlanma hakkı tanıdığı lisans sahibi kişileri, takma ismini korumaya zorlayabilir²⁵¹.

Adın belirtilmesi salahiyeti, olumlu bir tarzda kullanılması bakımından eser sahibinin adının sadece eserin üzerinde değil, eserin kullanıldığı her yerde belirtilmesi yetkisini içerir. Bu konuda, bir film romana dayanıyorsa, eser sahibinin filmin jeneriğinde,

²⁴⁸ FSEK md.15’de belirtilmemiş olmakla beraber, eser sahibinin, eser sahibinin belirtilmesi hakkından sözleşme ile vazgeçemeyeceği.; aynı sonuca, Anayasanın 17.maddesi gereğince de ulaşmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.147. Adın belirtilmesi salahiyetine ilişkin hüküm emredici hukuk kuralı olarak kabul edildiğinde, bu yetkiden neden sözleşme ile vazgeçilemeyeceği Anayasa hükmüne gitmeden hukuki açıdan temellendirilmiş olur. MK’da düzenlenmiş kişilik hakkı korumasına gitmek suretiyle de, aynı sonuca ulaşılabilir.

²⁴⁹ Alm. ESHK md.13 gereği, eser sahibi, eserlerinde hangi şekilde isminin belirtileceğine karar verme yetkisine sahiptir. **SCHACK** Urheberrecht, Kn.336; **WEGNER/WALLENFALLS/KABOTH/HAUPT**, Kn.95.

²⁵⁰ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.13.

²⁵¹ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.13.

ilanlar ve reklamlar dahil her türlü tanıtma araçlarında, eserinin ve adının birlikte ve yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde yer almasını talep edebileceği vurgulanmaktadır²⁵². Eserin, sahibinin adı olmadan, yani adsız, takma adla veya soyadın baş harfleri altında yayımlanması, eserin mali hakları devredilmiş olsa bile, sahibinin o eserin kendi eseri olduğunu açıklamasına engel teşkil etmez²⁵³.

Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, kendisinin olmayan eseri kendisininmiş gibi gösteren kişiye karşı talepte bulunmak imkanı verir. Eser hırsızlığı olarak da adlandırılan, başkasının eserini kendisinin eseri gibi gösterme durumu, başkasının eserinin tamamen kopyalanması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi asıl eserin bazı değişiklikler yapılarak sunulması şeklinde de ortaya çıkabilir. İlk durum, çoğaltma hakkının²⁵⁴ ikinci olasılıksa işleme hakkının²⁵⁵ ihlaline de yol açar. Eserinin bu şekilde kullanılması karşısında, eser sahibi veya hukuki halefleri, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına dayanarak, eser üzerindeki bu aldatıcı dış görünüşün, yanıltıcı ismin ortadan kaldırılmasını sağlayabileceklerdir²⁵⁶.

Gerek Türk Hukukunda gerekse Alman Hukukunda, eser sahibinin izni olmadan değişiklik yapılan eserlerde, eser sahibinin isminin yer almaya devam etmesi, eserin değiştirilmemesini isteme hakkını ihlalinin yanında, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının da ihlallerinden biridir. Eser sahibi, böyle bir durumda, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının kapsamı içinde yer alan, “isimlendirilmeme” menfaatinin ihlal edildiğini de ileri sürebilecektir²⁵⁷. Değiştirilmiş eserin, eser sahibinin ismiyle yayımlanması durumu, kamuoyunda eser sahibinin bu değişiklikleri kendisinin yaptığı yönünde yanlış bir kanaatin uyanmasına neden olacaktır. Böyle bir durum, eser sahibinin manevi menfaatinin ağır ihlali olarak nitelendirilmek gerekir²⁵⁸.

²⁵² Öte yandan, bir filmde bir şiirin iki mısraı veya bir kıt’ası okunuyorsa, şair eserinin ve kendi adının zikredilmesini isteyebilir. Bu noktada, eser sahibine, eserinin kullanılması için mali bir menfaat sağlanmış olması, eser sahibinin sözü edilen manevi hakkının kullanılmasına engel oluşturmayacaktır. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.146.

²⁵³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.147.

²⁵⁴ FSEK md.22; Alm. ESHK md.16.

²⁵⁵ FSEK md.21; Alm.ESHK md.23.

²⁵⁶ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, s.209, Kn.15.

²⁵⁷ **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL** § 13 Kn.46; OLG Saarbrücken OLGZ 176-Politische Geschichte des Saarlandes.

²⁵⁸ **WANDTKE/BULLINGER**, §13 s.209, Kn.17. Ünlü bir portre fotoğrafçısının çekmiş olduğu fotoğraflardan birinin korku hikayelerinin yer aldığı bir kitabın cildinde kendi adıyla izni olmadan sunulması, kamuoyunda, eser sahibince bu fotoğrafın kullanılmasına izin verdiği yönünde bir intiba uyandıracaktır. Eser sahibi, böylelikle, sözkonusu kitapta adının anılmaması halinden daha ağır bir

FSEK md. 15’de ayrıca, güzel sanat eserlerinin kopyalarıyla, işleme eserlere ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, özellikle ticari dolaşıma konulmuş güzel sanat eserlerinin kopyalarını satın alacak kişilerin, bunların birer kopya olduğu hususunda uyarılmaları konusunda önemli bir işleve sahip olacaktır. Öte yandan, orijinalinde sahibinin adı belirtilmiş bir güzel sanat eserinin kopyası, adsız olarak veya başka bir ad altında kamuya sunulmuş olabilir. İlk olasılık, eser sahibinin ad belirtme hakkını ihlal edeceği gibi, ikinci olasılıkta bu duruma bir de intihal-eser hırsızlığı olgusu eklenecektir²⁵⁹.

5.Kendi Eserini Başkasının Eseri Olarak Gösterme

Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, bir kişinin kendi eserini başkasının adıyla yayımlanması durumunda hukuki bir koruma sağlamaktan yoksundur. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, herşeyden önce eser hukukuna hakim olan “yaratıcı edim ilkesi” nin etkisi altında olan bir haktır. Dolayısıyla, adı haksız yere kendisinin yaratıcı katkıda bulunmadığı bir eserde kullanılan bir sanatçı, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı kapsamında değil, genel kişilik hakları kapsamında korunacaktır²⁶⁰. Bu tür, eser hırsızlığından ziyade isim hırsızlığı olarak nitelendirilebilecek durumlarda, sanatçının ölümünden sonra eser sahibinin yakınları ölüm sonrası genel kişilik hukuk koruması çerçevesinde, hukuka aykırılığın giderilmesi konusunda talep sahibi olabileceklerdir²⁶¹. Bu bağlamdaki, yakınlar kavramı içinde sanatçının ana-babası ve alt soyu yer alır²⁶².

manevi rahatsızlığa maruz kalacaktır. Adının belirtilmemesi durumunda, kamuoyunda daha az kişi, bu fotoğrafın eser sahibine ait olduğunu farkedecek ve ihlalin derecesi azalmış olacaktır. BGH GRUR 1971, 525-Petite Jacqueline.

²⁵⁹ **EREL**, s.120. Çoğaltılmış bir güzel sanat eseri nüshasının veya işlenmiş bir güzel sanat eserinin, kopya olduğunun veya işleme eser olduğunun belirtilmesi hususu, Alman Hukukunda, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkını düzenleyen md.13 de değil de, uyulmaması halinde hapis cezası veya para cezasına neden olan cezai hükümler arasında –Alm. ESHK md.107- düzenlenmiştir. Güzel sanat eserinin kopyasında yer alan imza veya diğer tanıtıcı işaret, Alm. ESHK md.10’da düzenlenen eser sahipliği karinelerinden de biridir. **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, s.210, Kn.18.

²⁶⁰ **BULLINGER**, s.160; BGHZ 107, 384,392-Emil Nolde; KG UFITA 48 (1966) 274,275-Die goldene Stimme.

²⁶¹ **BULLINGER**, s.213.

²⁶² **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, s.209, Kn.16. Alman Yüksek Mahkemesi, Emil Nolde kararında, sanatçının ölümünden 35 yıl geçmiş olmasına rağmen ölüm sonrası kişilik hakkı korumasından yararlanacağına hükmetmiştir. BGH GRUR 1995, 668-Emil Nolde.

Türk Hukukunda, Alman Hukukuna ilişkin yukarıdaki açıklamalara paralel bir şekilde, adın belirtilmesi salahiyeti, eser sahibine ait olmayan bir eserin, eser sahibinin adı ile tanıtılmasına engel olacak şekilde, geniş yorumlanamaz. Bu hak bir kişinin bir eserin kendisine ait olmadığını iddia etmesi ve o eserin kendi adı ile tanıtılmasına engel olması hakkını kapsamaz. Bu halde, kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümlerin (MK md. 23 vd.) uygulanacağı ifade edilmelidir²⁶³.

6.Adın Belirtilmesi Yetkisinin Sınırlandığı Durumlar

Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, ilke olarak, eser sahibinin başkasına lisans hakkı vermesinden etkilenmez. Aynı şekilde, eser sahibinin, eserini sipariş üzerine, iş ilişkisi veya başka bir bağımlılık arzeden çerçevede yapmış olması, eserde adının belirtilmesi hakkını örselemez²⁶⁴.

Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının kapsamı ve türü bakımından kanun koyucu ayrıntılı bir düzenleme getirmediğinden, her somut olayda ilgililerin menfaatlerinin tartılarak, anlamlı bir sonuca varılması gerekir. Bu konuda, sinema sektörüyle ilgili olarak, ön ve son jenerikte gündeme gelecek isimlendirme hakkının uygulanması örnek gösterilebilir. Sinema eseriyle ilgili olan kişilerin hepsinin isminin belirtilmesi haklı bir düşünce olarak gözükse de, her ilgiliye böyle bir hak tanımak kuşkuyla karşılanmalıdır. Öyle ki, seyircilerin film bakımından çok önemli bulduğu kişilerin isimlerinin yanında, uzun bir isim listesi seyirciyi rahatsız edecek ve reklam

²⁶³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.146. Bu olasılıkta, uygulanan kişiliği koruyan hükümler “droit de paternité” nin karşıt kavramıyla “droit de non paternité” şeklinde adlandırılır. **SCHACK**, Urheberrecht., Kn.323. Kendisine ait olmayan bir eserde, isminin kullanılması durumunda kişi FSEK hükümlerine değil, MK’da düzenlenen kişilik hakkına aykırılık olacaktır. Böyle bir durum, kişilik hakkının unsurlarından biri olan ismin tecavüze uğraması demektir. Yargıtay’ın önüne gelen dava konusu bir olayda, Mimar Sinan Üniversitesi Devlet Konservatuarında profesör ünvanıyla öğretim üyesi olarak çalışan klasik keman sanatçısı, AF adlı bir pop müzik grubunun çıkardığı albümün kaset ve CD’sinde, ismi kullanılan kişilerden biri olmuştur. Davacı, isminin izinsiz olarak kullanılmasının kişilik hakları ve sanat anlayışına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek, tecavüzünün önlenmesi, manevi ve maddi tazminat taleplerinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, davacının pop müziği kasetinde sıradan kemancılar arasında yer almasından davacının büyük üzüntü duyduğunu, sanatçıların bu tür hususlarda daha duyarlı insanlar olduklarından hareketle, sanatçılara daha duyarlı davranmak gerektiğini ifade ederek manevi tazminata hükmetmiş ve karar Yargıtay tarafından da onanmıştır. 11.HD, 12.3.1998, E.1997/9368, K 1998/1667. **SULUK/ORHAN**, s.330,331.

²⁶⁴ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 13 Kn.3; RGZ 110, 393, 397; **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, s.210, Kn.19.

kesimlerinde olduğu gibi seyirci bilgisel bir çevre kirlenmesiyle karşı karşıya bırakılacaktır²⁶⁵.

Eserde değişiklik yapılmasını menetmek hakkını düzenleyen FSEK md.16'da, eser sahibinin izni olmadıkça, eser sahibinin adında değiştirme yapılamayacağı da öngörülmüştür²⁶⁶. Eserden yararlanan kişi, eser sahibinin eser üzerindeki adının değiştirilmesine rıza göstermesi konusunda, dürüstlük kuralını dayanak göstererek talepte bulunamaz. Bu konuda, taraflar arasında bir anlaşmanın varlığı aranır²⁶⁷.

Eser sahibinin, eserde adının belirtilmesi hakkından feragat etmesinin geçerliliğine ilişkin olarak iki olasılık birbirinden ayırılmalıdır. Eser sahibi, adının belirtilmesinden sadece belli bir kullanım bakımından vazgeçebileceği gibi, sessiz kalma suretiyle eser sahibi olarak tanıtılmaktan sürekli bir şekilde de vazgeçmiş olabilir²⁶⁸. Bir fotoğrafçı, çektiği fotoğrafın bir gazetede ismi belirtilmeden kullanılmasına açıkça veya zımnen izin vermiş olabilir. Böyle bir hukuki işlem, eser sahibinin adını belirtme hakkının özünü uyumlu olup, hukuken geçerlilik taşır.

Eser sahibi, her zaman için, eserinin sonraki kullanımlarında eser sahibi olarak tanıtılmak talebinde bulunabilecektir. Örneğin, yukarıdaki örnek bakımından, fotoğrafçı çektiği fotoğrafın bir kitapta adının belirtilerek yayınlanmasına karar verebilecektir²⁶⁹. Eser sahibi bazen, sessiz kalma suretiyle, eser sahibi olarak tanıtılma hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Uygulamada bu durumun en sık örneği, gölge-yazar (Ghost writer)²⁷⁰ sözleşmelerinde karşımıza çıkar. Eser sahibinin, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkından mutlak ve kesin bir surette vazgeçmesini konu alan her türlü sözleşme, eser sahibinin manevi haklarının özünden vazgeçilemezlik duvarına çarpacak ve hukuken geçersiz sayılacaktır. Fakat, bu

²⁶⁵ **REHBINDER**, Urheberrecht, s.199. Bu değerlendirmeye rağmen, icracı sanatçılar, jenerikte isimlerinin belirtilmesi hakkına sahiptirler.

²⁶⁶ Eser sahibi, eseri üzerinde lisans hakkı tahsis etmesi durumunda, Alm. ESHK md. 13'ün yanında, md.39'da uygulama alanı bulacaktır. Alm. ESHK md. 39 f. 2 uyarınca, lisans hakkı sahibi, eser sahibinin adında, aksi eser sahibince kararlaştırılmış olmadıkça, değişiklik yapamayacaktır.

²⁶⁷ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.19; **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.17; **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § Kn.7; **MOHRING/NICOLINI/KROITZSCH** § 13 Kn. 24.

²⁶⁸ **MOHRING/NICOLINI/KROITZSCH** § 13 Kn. 22; **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.22; **HOCK**, s.127; OLG Hamburg GRUR 1967, 260-Irene von Velchen.

²⁶⁹ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.21.

²⁷⁰ Gölge yazarlık (ghostwriter) kurumuyla ilgili açıklamalar için bkz. 8.Adın Belirtilmesi Yetkisi Bakımından Gölge Yazarlık Sözleşmesi isimli başlık.

dogmatik yaklaşım, gölge-yazar sözleşmelerini dışlamaz. Bu tür sözleşmelerde, tarafların uyuştuğu nokta, gölge yazar diye nitelendirilen gerçek eser sahibinin sessiz kalmak suretiyle, adını kamuya açıklamaması oluşturur. Hakkın, devredilemez özü, gerçek eser sahibinde, yani gölge yazarda kalır²⁷¹.

Gölge-yazarlık olgusuna, daha çok politik konuşmalarda ve diğer sunumlarda rastlanır. Fikri Hukuk açısından bakıldığında, bu durum başkasının eserini kendi eseri olarak gösterme anlamına gelen eser hırsızlığı (intihal) olarak görülmemelidir²⁷². Pratik ihtiyaçlar bu alandaki sözleşmelerin geçerliliğini, borçlandırıcı etkiye sahip olması koşuluyla, kabul ettirmiştir²⁷³.

Gölge-yazar sözleşmesinin geçerliliğiyle ilgili olarak bu saptamaların yanında, sözleşmenin temelini oluşturan sessiz kalma yükümlülüğünün ne kadar süreceği ve fesih konularındaki düşüncelere de değinmek gerekir. Sessiz kalma konusunda taahhütte bulunmuş gölge yazar, bu yükümlülüğünden, belli bir süre sonra²⁷⁴, sözleşmeyi fesih suretiyle kurtulur.

Eser sahibi öldükten sonra, eser sahipliğinin kimliği konusunda sessiz kalma yükümlülüğü, eser sahibinin mirasçılarını bağlamaz. Bunun nedeni, eser sahipliği konusunda susma yükümlülüğünün kişiye bağlı bir yükümlülük olması olması ve ölümle sona ermesiyle açıklanır²⁷⁵. Tarafların kişiliği gözönünde bulundurularak kurulan bir sözleşmeden doğan nisbi bir borcun, taahhüdün mirasçıları bağlamaması gerekir.

²⁷¹ MOHRING/NICOLINI/KROITZSCH § 13 Kn.16; WEGNER/WALLENFELS/KABOTH/HAUPT, Kn.97.

²⁷² Hak sahibinin rızası ile hakka müdahale eden veya hakta tasarrufta bulunana hırsız denilmemelidir.

²⁷³ SCHRICKER/DIETZ § 13 Kn.9; DREIER/SCHULZE § 13 Kn.31; DREYER/KOTTHOFF/MECKEL § 13 Kn.41; FROMM/NORDEMANN/HERTIN § 13 Kn.16; STOLZ, s.81; OSENBERG, 139 vd.; LOEWENHEIM/DIETZ § 16 Kn.80.

²⁷⁴ Doktrin, bu süreyi beş yıl olarak belirlerken, iki hükümden yararlanmıştı. Alm. ESHK md.40 f.1 c.2 uyarınca, ileride vücuda getirilecek eserleri konu alan lisans sözleşmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra beş yıl sonra, her iki tarafça, feshedilebilir. Taraflar isterlerse, daha kısa bir süre kararlaştırabilirler. Lisans hakkı sahibinin, hakkını kullanmamasından dolayı eser sahibinin cayma hakkını düzenleyen 41.maddesi, eser sahibinin bu hakkından önceden feragat edemeyeceğini, cayma hakkını kullanmaktan önceden feragatin ise, beş yıldan fazla olamayacağını öngörmektedir. FROMM/NORDEMANN/HERTIN § 13 Kn.16; DREIER/SCHULZE § 13 Kn.31; SCHRICKER/DIETZ § 13 Kn.29; LOEWENHEIM/DIETZ § 16 Kn.81; SCHACK, Urheberrecht, Kn.339; benzer şekilde LG München I ZUM 2003, 66 vd.

²⁷⁵ FROMM/NORDEMANN/HERTIN § 13 Kn.16.

Eser sahibinin, eser sahibi olarak tanıtılmayacağı durumlardan hatırı sayılır önemli bir kısmı da, mesleki teamüllerde ortaya çıkar. Özellikle, büyük ölçüde yaratıcılık içermeyen eserlerde, küçük katkılı eserlerde, eser sahibi olarak tanıtılmak prensibinin gözardı edilebileceği doktrin tarafından ifade edilmiştir²⁷⁶.

Seri üretim mallarının, makineler yoluyla, eser sahipliğini belirtici işaretle donatılmaları mümkündür. Kaldı ki, eser sahipliğinin bildirilmesinin reklam işlevi de gördüğü hatırdan çıkarılmamalı, eser sahibine olan olası talepler, siparişler engellenmemelidir²⁷⁷. Aynı düşünce tarzı, sözleşmeli işçi sıfatıyla eser meydana getirmiş, eser sahibi açısından da geçerlidir²⁷⁸. Ancak, bazı durumlarda iş sözleşmesinin amacı kapsamında, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına riayet edilmemiş olabilir²⁷⁹. Bir ürünün kullanma kılavuzunu yazan kişinin adının yerine, bu ürünü üreten firmanın adının yazılması bu konuda örnek olarak gösterilebilir²⁸⁰. Bunun yanısıra, sektörel teamüllere bakıldığında, mimari yapılarda, mimari yapının uygun bir yerine yerleştirilecek levhaya mimarın isminin yazılması²⁸¹, bir filmi meydana getiren, özellikle yönetmen ve kameramanın ön ve son jenerikte isimlerinin belirtilmesi²⁸², kopyalanmış eserlerin (reprodüksiyon) fotoğraflarında, hangi edimin kimin tarafından meydana getirildiği konusunda karışıklığa yol açmamak için, bir yandan fotoğrafçının, diğer yandan kopyalanmış eserin sahibinin ismi ayrı ayrı belirtilmelidir²⁸³.

²⁷⁶ Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının küçük katkılı (Kleine Münze) eserler bakımından uygulanmasına ilişkin olarak bkz. **MOHRING/NICOLINI/KROITZSCH** § 13, Kn.20; **SCHRICKER/DIETZ** § 13 Kn.24; **von GAMM**, Otto Frederich, Urheberrechtsgesetz: Kommentar, München 1968, § 13 Kn.14; **von GAMM**, Otto Frederich, die Urheberbenennung in Rechtsprechung und Praxis, NJW 1959, s.318. Bu görüşe karşılık, örneğin endüstriyel sanat ürünlerinde veya standart tüketim mallarının üretiminde teknik nedenlerden dolayı, eser sahibini tanıttıcı işaretlerin konulmasının pratik olmadığı yönündeki iddiaların doğru olmadığı savunulmuştur. Eser niteliğine sahip, gündelik hayatta kullanılan ürünlerde, eser sahipliğinin belirtilmesi mümkün olup, eser sahipliğinin belirtilmesi ayrıca, Alm. ESHK md.13'ün de gereğidir. **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.24.

²⁷⁷ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 13 Kn.9.

²⁷⁸ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.24.

²⁷⁹ **MOHRING/NICOLINI/KROITZSCH** § 13 Kn.28; **DREIER/SCHULZE** § 13 Kn.29; **KRABER**, Rudolf, Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragverhältnissen, in FS. Schrickler, München 1995, s.94.

²⁸⁰ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.24.

²⁸¹ BGH ZUM 1995, 40,42- Namensnennungsrecht des Architekten.

²⁸² OLG München 200, 61,63- Das kalte Herz.

²⁸³ **WANDTKE/BULLINGER**, § 13, Kn.25.

FSEK bakımından, mimari yapıların üzerinde eser sahibinin ad belirtme hakkının, sadece eser niteliği taşıyan yapılar için sözkonusu olacağı açıktır. Eser niteliğinin tesbitinde mimarın tek taraflı ve öznel takdirinin yeterli olmadığı, yapı malikinin de bu hususa muvafakat göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Öyle ki, ilerde mimari yapının tadili gerektiğinde, onun eser niteliği taşıdığı malik tarafından da kabul edilmiş olması, mimarla malik arasında doğabilecek uyuşmazlıkların baştan engellenmesine yarayacaktır²⁸⁴. Kanaatimizce, eser niteliğinin belirlenmesinde gerek mimarın tek taraflı ve öznel takdiri gerekse yapı malikinin görüşü dikkate alınmamalıdır. Bir yapının, bir ürünün FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ne eser sahibinin ne de eserden yararlanan kişinin görüşüne ihtiyaç gösterir. Önemli olan nokta meydana getirilen şeyin, çabanın, ürünün eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığıdır.

Kanun bazı hallerde eserde sahibinden başka, eserde emeği geçen diğer şahısların adlarının da belirtilmesini aramıştır. FSEK md.80 de düzenlendiği üzere, icracı sanatçılar, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını talep etme hakkına sahiptirler.

Eserde ad belirtme hakkına kanun tarafından getirilen istisnalarda, eser sahibinin adının belirtilmesi zorunlu değildir. FSEK md.32 f.2 uyarınca, hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir. FSEK 40 f.1 'e göre, umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salahiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, açık artırma ile satılacak eserler umuma teşhir olunabilir. Umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltma ve yayma caizdir. FSEK 40 f.4 gereğince, tüm bu hallerde, aksine yerleşmiş adet yoksa, eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilebilir²⁸⁵.

²⁸⁴ EREL, s.120.

²⁸⁵ Tekinalp, karşılaştırmalı hukuk başlığı altında, adın belirtilmesi salahiyetinin istisnalarının kanunda belirtilmemiş olduğunu ifade ederken, FSEK md.15 içinde istisna hükümlerinin olmadığını kastetmiş olmalıdır. Çünkü, bu hakka getirilen istisnalara, yukarıda örneklerini verdiğimiz üzere, kanunun çeşitli

Öte yandan mali hakların kanun tarafından sınırlandırıldığı, ancak manevi haklara riayet etme yükümlülüğünün devam ettiği hükümlere rastlamak da mümkündür. FSEK md. 33'e göre, yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir. Aynı şekilde, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler başlığını taşıyan 34.maddenin son fıkrası uyarınca, bütün bu hallerde eser ve eser sahibinin adı mutad şekilde zikredilmek icap eder. İktibas serbestisini düzenleyen FSEK md. 35'in son fıkrasıyla, gazete münderecatına ilişkin FSEK md.36'nın son fıkrası da eser sahibinin adının belirtilmesine ilişkin hükümler içerir.²⁸⁶.

7.Adın Belirtilmesi Yetkisi Bakımından Gölge-Yazarlık Sözleşmesi

a.Genel Olarak

Gölge-yazarlık²⁸⁷ olgusu, günümüzde o kadar yaygınlık kazanmıştır ki, Amerika Birleşik Devletlerinde, çok satanlar (bestseller) listesinde yer alan kitapların neredeyse %80 i, gölge-yazarlar tarafından yazılmış eserlerdir²⁸⁸. Gölge-yazar kavramının, kavramsal gelişimine bakıldığında, Fransızca, “négre”, İspanyolca

maddelerinde rastlamak mümkündür. Tekinalp'in konuya ilişkin değerlendirmesi için bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.147,

²⁸⁶ Karşılaştırmalı hukukta, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı bakımından bazı istisnaların varlığı dikkat çeker. İngiliz Hukukunda, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına (right to be identified as author or director) birçok alanda istisna getirildiğini görmek mümkündür. 1998 tarihli İngiliz TTPK uyarınca, bilgisayar programlarında, topografik yazı işaretleri modelinde, bilgisayar programlarından geliştirilen eserlerde, iş ilişkisi çerçevesinde meydana getirilen işlerde (ki bu hallerde eser sahibi olarak eser sahibinin veya film yönetmenin işvereni görülür ve eseri meydana getiren değil, eseri yaptıran isminin belirtilmesini isteyebilir), günlük olayların aktarımında, sınav sorularında, parlamenter ve yargısal süreçlere ilişkin haber aktarımlarında, gazete, magazin ve dönemsel yayınlarda, ansiklopedilerde, sözlüklerde ve yıllıklarda-almanaklarda eser sahibinin adının belirtilmesine gerek yoktur.

²⁸⁷ Gölge-yazarlık konusunda, diğer Fikri Hukuk meselelerine kıyasla çok fazla kaynağa ulaşmak mümkün değilse de, uzun yıllardan beri incelenen bir konu olarak ve sözleşme hukuku, tüketici hukuku gibi alanlarla ilişkisiyle dikkat çekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.**REHBINDER**, Verbraucherschützendes Bemerkungen zum Urheberrecht des Ghostwriters, FS Pedrazzini, Bern 1990, s.651; **STOLZ** Hansjörg, Der Ghostwriter im deutschen Recht, München 1971, s.3; **ÖSENBERG** Ralph, Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts, Diss. München 1979, s.114; **DIESELHORST** Jochen, Was bringt das Urheberpersönlichkeitsrecht? Urheberpersönlichkeitsschutz im Vergleich: Deutschland-USA, Frankfurt a.M. 1995, s.154; **RUDLINGER** Katharina, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, Basel 1994, s.169; **MIELKE**, Ulrike, Der Schatten und sein Autor, eine Untersuchung zur Bedeutung des Ghostwriters, Diss. Heidelberg 1993,s.4,20; **PLANTA**, Alessandra, Ghostwriter, Stämpfli Verlag AG Bern, 1998.

²⁸⁸ **HITT** Jack, The writer is dead. But his ghost is thriving, “The New York Times Magazine”, 25.5.1997, s.38 vd.

“negro” kavramlarının sözkonusu olguyu açıklamada kullanıldığını belirtmek gerekir²⁸⁹.

Gölge-yazarlık sözleşmesi, eseri meydana getiren kişiyle, eserin ismiyle yayımlandığı kişi-görünür yazar²⁹⁰ arasında kurulur. Gölge yazarın ismi, kimi zaman, kitabın önsözünde teşekkür edilen kişiler listesinde yer alabileceği gibi, çeşitli sıfatlarla da açığa vurulmuş olabilir²⁹¹. Kavram, isminin çağrıştırdığı üzere, yayın sektöründe kullanılmasına rağmen, gölge eser sahipliği, film, müzik gibi diğer sektörler bakımından da rağbet gören bir uygulamadır²⁹². Gölge-yazarlık olgusunun en sık görünüm biçimleri, konuşma-nutuk yazarlığı, otobiyografi yazarlığı, bağımsız roman veya seri roman yazarlığıdır²⁹³. Bilim dünyasında da, özellikle üniversite öğretim üyelerinin, şerh, bilimsel mütala veya diğer yayınların kaleme alınmasında, zaman azlığından ötürü, az ya da çok yardımını aldıkları asistanlarının isimlerinin bu çalışmalarda isimlerinin anılmadığına rastlanmaktadır²⁹⁴.

b.Gölge Yazarlık Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi

Gölge-yazarlık, takma isim olgusuyla, eserin, yazarının ismi dışında başka bir isimle yayınlanması bakımından benzerlik gösterir. Ancak, takma isim, eserin yazarı tarafından serbestçe seçilirken, gölge yazarlıkta eser sahibi, eserinin gerçekten mevcut bir başkasının (görünür yazarın) ismiyle, yayınlanmasını kabul eder²⁹⁵. Eserini takma isimle umuma arzeden eser sahibi, ismi üzerinde halen tasarruf hakkına sahiptir ve bu nedenle, eserini sonradan başka bir isimle de yayımlayabilir. Gölge yazarlık durumunda ise, eser sahibi görünür yazarla yaptığı anlaşma üzerine, eser üzerinde kendi ismiyle tasarrufta bulunma imkanını kaybetmiştir²⁹⁶. Gölge yazar

²⁸⁹ MIELKE, s.26 vd.

²⁹⁰ Almanca karşılığı olarak, “namensträger” sözcüğü kullanılmaktadır. Bkz. PLANTA, s.2.

²⁹¹ Önsözde, co-authors, collaborators gibi sıfatlarla anılan kişilerin, gölge-yazar olabileceği belirtilmektedir. PLANTA, s.3.

²⁹² MIELKE, s.65. Bu bağlamda, ghost-director, ghost-composer, ghost-painter kavramları da kullanılmaktadır.

²⁹³ Yayıncılık sektöründe, yayınevi takma ismi (verlagspseudonym) altında, birçok yazara yayınevini yönlendirmesi neticesinde ucuz roman (trivalliteratur- pulp fiction) olarak nitelendirilen seri romanlar yazdırılmaktadır. PLANTA, s.8.

²⁹⁴ PLANTA, s.8.

²⁹⁵ STOLZ, s.5; MIELKE, s.14.

²⁹⁶ PLANTA, s.9.

eserin görünür yazarın takma ismiyle yayımlanmasını kabul etmiş de olabilir. Bu durum ilişkiyi gölge yazarlık sözleşmesi olmaktan çıkarmaz.

Gölge yazarlık, intihal, eser hırsızlığı demek değildir. İntihalde, Fikri Hukuk korumasına sahip bir düşünsel ürünün yetkisiz ve eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına tecavüz edecek bir şekilde kullanımı sözkonusudur²⁹⁷. Oysa, gölge yazarlıkta, görünür yazar, gerçek yazarın izniyle, eseri kendi ismiyle umuma arz eder²⁹⁸.

Kendi eserini başkasının eseri olarak gösterme durumu, gölge-yazarlık kavramından farklıdır. Kişi, bu durumda yaptığı esere başkasının ismini vermekte ve bu durumdan ismi verilen sanatçı haberdar olmamaktadır. Bu durumda da eser sahibinin yanlış tanıtılması varsa da, ortada gölge yazarlık sözleşmesi ve gerçek yazar – gölge yazar ilişkisi yoktur. Bu tür olaylarda, ismi kullanılan sanatçı eser sahipliği hukukuna göre değil, genel kişilik hukuk hükümlerine dayanarak bu durumun sona erdirilmesini ve varsa uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Oysa gölge yazarlıkta, gölge yazar, kendisine teslim edilen eseri kendi ismiyle umuma arz etmektedir²⁹⁹.

c.Gölge Yazarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken, sözleşmenin kurulduğu esnada, eserin hazır olmasıyla, sözleşmenin kurulmasından sonra eserin meydana getirilmesi birbirinden ayırılmamalıdır³⁰⁰.

(1)Sözleşmenin Kurulması Esnasında Eserin Varolması

Sözleşmenin kurulduğu esnada eserin varlığı halinde, sui generis devir sözleşmesi, yayın sözleşmesi ve lisans sözleşmesi olasılıklarının incelenmesi gerekir.

²⁹⁷ **FISCHER**, Florian, Das Literaturplagiat- Tatbestand und Rechtsfolgen, Frankfurt a.M. 1996, s.3; **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn. 110; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.232; **TROLLER**, Alois, Immaterialgüterrecht, Band II, 3.Auflage, Basel und Frankfurt a.M., 1985, s. 690.

²⁹⁸ **FISCHER**, s.25, **STOLZ**, s.4; **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.97,110.

²⁹⁹ **STOLZ**, s.4.

³⁰⁰ **STOLZ**, s.3; **PLANTA**, s.11. Karşı görüşte **MIELKE**, s.18. Eserin, sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanmış olması durumunda, gölge yazarlık sözleşmesinden bahsedilemeyeceği düşüncesindedir.

(a) Sui generis Devir Sözleşmesi

Daha önceden hazırlanmış bir eserin, yazarı tarafından üçüncü kişinin ismi altında umuma arzedilmesine ve kullanmasına müsaade edilmesi, buna karşılık yazarın eserden yararlanmama yükümlülüğünün sözkonusu olduğu durumda, satım sözleşmesi olasılığı akla gelir³⁰¹. Satım sözleşmesinden, bir edim karşılığında bir şeyin veya bir hakkın devri anlaşılır³⁰². Satım sözleşmesinde edim olarak, emek değil, satıma konu olan şeyin teslimi ön plandadır. Gölge-yazarlık sözleşmesinde, satım sözleşmesinin aksine, kişinin malvarlığından temlik edilen şeyden çok, kişiliğine ilişkin bir unsurun başkasının kullanımına bırakılması sözkonusu olur³⁰³. Gölge yazarlık sözleşmesinin konusu, hazır hale getirilmiş eserin nüshasını ve ilgili eser sahipliği haklarının görünür yazarın kullanımına bırakılmasıdır. Sözleşmenin merkezinde, gölge yazarın çalışma edimi, yarattığı sonuç, eser yer alır. Kaldı ki, görünür yazar da, eserin ortaya çıkarılış biçimiyle değil, eserin kalitesiyle ilgilenir³⁰⁴. Bu açıdan bakıldığında, satım sözleşmesine ilişkin hükümler, gölge yazarlık sözleşmesi için adeta biçilmiş kaftandır. Buna karşılık, gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturan eser sahipliği haklarının devri bakımından, satım sözleşmesi hükümlerinin uygun olmadığını söylemek gerekir. Bu bağlamda, gölge yazarlık sözleşmesi açısından özellikle, alacağın temlikinde tekeffül hükümlerinin, şey satımına ilişkin satım hukuku kurallarından daha uygulanabilir olduğunu vurgulamak gerekir³⁰⁵. Ayrıca, eser sahibinin haklarının borçlandırıcı işlem temeline dayalı olarak devri, satım sözleşmesi değil eser sahipliği sözleşmesi hükümleri

³⁰¹ PLANTA, s.12.

³⁰² HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 4.Auflage, Bern 1997, OR 184 I.; KOLLER, Alfred, Komm. Zu Art. 184-215 OR. in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I-529 OR) 2.Auflage, Basel 1996, md. 184, Kn.1.

³⁰³ GUHL Teo/MERZ Hans/KOLLER Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8.Auflage, Zürich 1991, s.480; FELLMAN Walter, Berner Kommentar, Bd. VI 2/4, Der Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992, Art.394, Kn.91; ZINDEL Gaudenz G./PULVER Urs, Komm. zu Art. 363-379 OR, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I- 529 OR), 2.Auflage, Basel 1996, Kn.9.

³⁰⁴ PLANTA, s.12.

³⁰⁵ Bu konuda bkz. HILTY Reto, "Recht dogmatisches zur Übertragung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten, insbesondere zur Frage des Gutgläubenschutzes obligatorisch Berechtigter, in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht, 1992, s.218; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn. 132; HAMM Michael, Die vertragsrechtliche Stellung freier Mitarbeiter in den Massenmedien, Bern 1994, s.176, dn.4.

çerçevesinde gerçekleşir³⁰⁶. Gölge yazarın önceden hazırlamış olduğu eseri konu alan gölge yazarlık sözleşmesi, satım sözleşmesinin kanuni unsurlarından olan bir şeyin teslimini de içerse de, Fikri Hukuka ait karakteri nedeniyle, tam olarak satım sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, sözleşme, devri konu alan sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilebilir. Satım sözleşmesi hükümleri, gölge yazarlık sözleşmesinin içeriğine aykırı düşmediği ölçüde kıyasen uygulanabilecektir³⁰⁷. Buna göre, örneğin, satımda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin burada işin niteliği gereği uygulanabilmesi çok kuşku olacaktı. Zira bu hükümler satım konusu şeyin niteliğinin yeterli olup olmadığının saptanmasını gerektirir ki, eser için bu çok zor ve tartışmalıdır.

(b)Yayın Sözleşmesi

Gölge yazarın, görünür yazara, daha önceden hazırlamış olduğu eseri sunması, akla yayın sözleşmesini getirir. Yayın sözleşmesi, edebi veya sanatsal bir eserin, yayınlanması amacıyla devrini konu alır. Yayıncının yükümlülüğü, eseri çoğaltmak ve ticari dolaşıma koymaktır. Tarafların, BK md.2 f.1 anlamında sözleşmenin esaslı noktasını oluşturan bu hususlarda anlaşması suretiyle yayın sözleşmesi kurulmuş olur³⁰⁸.

Gölge yazarlık sözleşmesi, olayların küçük bir kısmında, yayın sözleşmesi şeklini alır. Gölge yazar, görünür yazar vasıtasıyla eserinin umuma arzına izin vermişse de, kural olarak, görünür yazar bakımından, eserin çoğaltma ve ticari dolaşıma koyulması yükümlülüğünden bahsedilemez. Hatta, gölge yazarın, yayınlananın aksine eserin yayılması ve dağıtılmasında herhangi bir çıkarı yoktur³⁰⁹. Aynı şekilde, gölge yazarlık sözleşmesinde, değiştirme ve kısaltma hakkının görünür yazara devredildiğinin kabulü, yayın sözleşmesinin karakteristik özelliğine ters düşer³¹⁰. Her ne kadar, yayın sözleşmesi çerçevesinde, eser üzerinde değişiklik yapma hakkının

³⁰⁶ PLANTA, s.12.

³⁰⁷ GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4.Auflage, 1996, Kn.325; HAMM, s.196.

³⁰⁸ HILTY, Verlagsvertrag, Komm. zu. Art. 380-393 OR, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I- 529 OR), 2.Auflage, Basel 1996, Art.380 Kn.10; HILTY, Der Verlagsvertrag, in SIWR II / 1, Basel und Frankfurt a.M., 1995, 532; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, s.136; TROLLER, A., IGR II, s.791.

³⁰⁹ PLANTA, s.14.

³¹⁰ HILTY, OR 384 I, SIWR, 532 vd.; benzer şekilde REHBINDER, Manfred/GROSSENBACHER, Roland Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Bern 1979, s. 24.

devri mümkünse de³¹¹ bu gibi durumlarda daha çok, yayınlanması için yayımlayana bırakılan eser nüshasının düzeltilmesinde yayınlatana haber verileceği veya yayınlatanın rızasının alınacağı kararlaştırılmaktadır³¹². Ayrıca, gölge-yazarlık sözleşmesinde, eser sahibinin haklarının zamansal açıdan herhangi bir sınır olmaksızın devri, yayın sözleşmesi çerçevesinde eser sahibinin haklarının devrini süreye tabi kulan hükümlerle³¹³ çelişir. Tüm bu farklılıklar gözönünde tutulduğunda, gölge-yazar sözleşmesini, yayın sözleşmesi şeklinde nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Fakat yayıncının aynı zamanda gölge yazarlık sözleşmesi ile görünür yazar tayini mümkündür. Bu durumda yayıncılık sözleşmesi ve gölge yazarlık sözleşmesi birlikte “bağlı sözleşmeler” (Verbundeneverträge) olarak var olacaktır.

(c) Lisans Sözleşmesi

Lisans sözleşmesi, hukukça korunan gayrimaddi bir malın kullanılmasının devri karşılığında, devreden belli bir kazanım elde ettiği hukuki ilişki olarak nitelendirilir³¹⁴. Lisans sözleşmesinde, lisans alan, tıpkı yayın sözleşmesinde olduğu üzere, devraldığı şey üzerinde mutlak hak sahibi olur³¹⁵. Lisans sözleşmesi, isimsiz bir sözleşme olarak, sui generis sözleşme şeklinde sınıflandırılır ve Borçlar Kanununda yer alan hükümler kıyasen uygulanır³¹⁶.

Lisans sözleşmesinde, hakkın kullanılmasının devrinin süreyle kısıtlanması, gölge yazarlık sözleşmesindeki durumdan farklıdır. Daha önce belirtildiği üzere, gölge yazarlık sözleşmesinde eser sahibinin hakkının süre kısıtlaması olmadan, görünen

³¹¹ **REHBINDER/GROSSENBACHER**, s.18; **HILTY**, Verlagsvertrag, Art 384, Kn.3; **HILTY**, Verlagsvertrag 2006, 532

³¹² **HILTY**, Verlagsvertrag 2006, 534; **REHBINDER/GROSSENBACHER**, 19, 31; **HAMM**, 187.

³¹³ İBK md. 381 f.1 hükmüne paralel bir şekilde, Türk Borçlar Kanunu md.373 f.1'e göre, “Neşir mukavelesi, müellifin haklarını, mukavelenin ifasının icap ettirdiği miktar ve zaman için neşire nakleyley”. **HILTY**, Verlagsvertrag, 1996, Art. 381 N 4; Bununla birlikte, uygulamada yayın sözleşmesine konu olan eser sahibi haklarının süresiz olarak devredildiğine tanık olunur. Buradaki, süresiz devirden kasıt, yasa da eser sahibinin hakları açısından düzenlenmiş maksimum koruma süresidir. **REHBINDER/GROSSENBACHER**, s.20.

³¹⁴ **WEINMANN**, Conrad, Die Rechtsnatur der Lizenz, Bern 1996, s. 4, 31.

³¹⁵ Doktrinde, lisans alanın hakkını aynı etkiye sahip mutlak hak olarak değerlendiren yazarlar olduğu gibi; lisans alanın hakkını sadece borçlar hukuksal bir işlem mahiyetinde gören yazarlar da vardır. Birinci görüşü savunan yazarlara örnek olarak; **WEINMANN**, s.274; **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, 127; ikinci görüşü savunan yazarlara örnek olarak **PEDRAZZINI**, Mario M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/1, Basel und Stuttgart 1977, 559; **TROLLER**, A. IGR II, 821; **BARRELET**, Denis/**EGLOFF**, Willi, Das neue Urheberrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000 Art 62 N 2 gösterilebilir.

³¹⁶ **WEINMANN**, s.10 vd.; **PEDRAZZINI**, SPR, s.602.

yazarın tasarrufuna bırakılması sözkonusudur. Öte yandan, bir diğer ayırdedici özellik, lisans sözleşmesinin konusunu mali haklar oluştururken, gölge-yazarlık sözleşmesi esas olarak eser sahibinin manevi haklarını konu alır³¹⁷.

(2)Sözleşmenin Kurulması Esnasında Eserin Henüz Varolmaması

Gölge yazarın, daha önceden hazırlamış olduğu eseri, görünen yazara, kendi adıyla kamuya sunması konusunda bir teklifte bulunması, uygulamada istisnai olarak görülen bir durumdur. Olayların büyük çoğunluğunda, görünen yazar, ya zaman ya da yetenek kısıtlılığından dolayı, gölge yazara ilgili eseri hazırlaması teklifinde bulunur³¹⁸. Bu şekilde beliren gölge-yazarlık sözleşmesi, geniş anlamda bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir. Gölge yazar, bir bedel karşılığında, eserin meydana getirilmesi yükümlülüğünü üstlenmiş olacaktır. Somut olayın özelliklerine göre, böyle bir ilişki eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi veya yayın sözleşmelerini oluşturan bir veya birkaç unsurun biraraya gelmesiyle isimsiz sözleşme şeklini alacaktır³¹⁹.

Gölge yazarın, bir işçi olarak çalıştığı durumla, bağımsız olarak çalıştığı durum birbirinden ayırdedilmelidir.

³¹⁷ WEINMANN, s.483 vd.; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, s.126.

³¹⁸ PLANTA, s.16.

³¹⁹ Buna karşılık, taraflar arasındaki ilişkinin, adi ortaklık hükümlerine tabi kılınmayacağı savunulmaktadır. Birden fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için emek veya araçlarını biraraya getirdikleri adi ortaklık ilişkisi, gölge yazarlık sözleşmesine karakterini veremeyecektir. Planta, bunun nedeni olarak, gölge yazarlık sözleşmesinde tarafların farklı menfaatlere sahip olduğunu göstermektedir. PLANTA, s.17.

d.İş İlişkisi Çerçevesinde Gölge Yazarlık

(1) Genel Olarak

İş sözleşmesinin karakteristik özelliği olarak, gerek doktrinde³²⁰ gerekse mahkeme kararlarında³²¹ emir altında çalışma gösterilir. Gölge yazarın, işverenin hizmetinde olması ve işveren-görünen yazara bağımlı olması durumunda, iş sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulur³²². İş sözleşmesini, diğer sözleşmelerden ayırdetmede kullanılan bir başka önemli ölçüt, gerek doktrin gerekse uygulama tarafından da, belirtildiği üzere sürekli bir borç ilişkisinin varlığı ve işverene bağımlı olarak çalışmaktır.

(2)Emir Altında Çalışma

İş ilişkisi çerçevesinde, işçinin işverene bağımlı bir şekilde çalışması; kişisel, işletmesel, zamansal ve ekonomik olmak üzere, dört ayrı şekilde gerçekleşir³²³. Kişisel olarak bağımlı olmakla kastedilen, işçinin, kanuni sınırlamalar gözetilmek kaydıyla, işverenin talimatları doğrultusunda ve denetiminde çalışmasıdır³²⁴. Söz konusu sınırlamalar, kişilik haklarına ilişkin hükümler, dürüstlük kuralı temel hükmü ve işçinin işvereni gözetme borcu ve eşit muamalede bulunma

³²⁰ **REHBINDER**, Berner Kommentar, Bd.VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-362), Bern 1992, Art 319 Kn. 27 vd.; **REHBINDER**, Der Arbeitsvertrag, in: , Komm. zu Art. 319-362 OR, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I- 529 OR), Arbeitsrecht Kommentar, 2.Auflage, Basel 1996, Art, 319 Kn. 2; **REHBINDER**, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13.Auflage, Bern 1997, s.34; **STAEHELIN**, Adrian, Zürcher Kommentar, Bd.V/2c, der Einzelarbeitsvertrag (Art.319-362), 3.Auflage, Zürich 1996, Art 319 Kn. 31; **VISCHER**, Frank, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/1, III, 2. Auflage, Basel und Frankfurt a.M. 1994, s. 29, 32; **STREIFF**, Ullin/V.KAENEL, Adrian, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht 5.Auflage, 1992, Art 319 Kn. 6; **BRUHWILER**,Jürg, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, Art 319 Kn. 5b; **BRAND**, Daniel/**DURR**, Luzius, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Bern 1991, Art 319 Kn. 9, **ZINDEL/PULVER**, Art 363-379 Kn.7; **GAUCH**, Kn.22.

³²¹ BGH 112 II 46; Oger. ZH JAR 1983 70 vd.; Oger. ZH ZR 1981 Nr.2. Emir altında çalışma kavramı, unterordnung sözcüğüyle karşlanır.

³²² **REHBINDER**, Berner Kommentar, Art 319 Kn.27 vd.; **REHBINDER**, Arbeitsrecht Kommentar, Art. 319 Kn. 2; **REHBINDER**, Arbeitsrecht, s.34; **HAMM**, s.60; **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 Kn.38 ve 49; **BRAND/DURR** Art. 319 Kn.17.

³²³ **REHBINDER**, Berner Kommentar, Art 319 Kn. 27; **REHBINDER**, Arbeitsrecht Kommentar, Art 319 Kn. 2; **REHBINDER**, Arbeitsrecht, 34; **BRUHWILER**, Art. 319 Kn. 5c; **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art.319 Kn.27.

³²⁴ **REHBINDER**, Arbeitsrecht, 35; **BRUHWILER**, Art 319 Kn. 5c; İşverenin talimat verme hakkıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **RUDLINGER**, Katharina, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, Basel, Frankfurt a.M.,1995, 119 vd.

yükümlülükleri şeklinde sıralanabilir³²⁵. İşverenin talimatları, işçinin işini icra etmesinde etkin bir rol oynadığında ve de eser sahibine kontrol etme yetkisi tanıdığına, iş sözleşmesi kapsamında bir bağımlılık ilişkisinden bahsedilir. Bu bağlamda, gölge yazar tarafından üstlenilen iş, görünür yazarın talimatları doğrultusunda şekillenmişse, iş sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir. Çünkü bu durumda, gölge yazar belli bir eseri değil, aksine belli bir iş faaliyetinde bulunmayı borçlanmış olmaktadır³²⁶. Gölge yazar, eser oluşturmak amacıyla, iş gücünü, görünür yazarın denetim ve kullanımına bıraktığında; ikisi arasındaki hukuki ilişkiye iş hukuku hükümleri uygulanacaktır. Görünür yazarın, eserin oluşturulmasında doğrudan kontrolünün olmadığı, gölge yazara karşı sadece eserin özellikleri veya eserin tamamlanma zamanı hakkında belirlemelere gittiği, buna karşın eseri bağımsız bir şekilde meydana getirme yetkisinin gölge yazarda kaldığı durumlarda, eser sözleşmesi³²⁷ veya vekalet sözleşmesinden bahsedilir³²⁸.

İşletmesel bağımlılık kavramından, işçinin, işveren tarafından iş organizasyonu kapsamında ilgili iş bölümüne yerleştirilmesi anlaşılır³²⁹. Gölge yazarın, görünür yazar tarafından belirlenen bir iş yerinde, belirli çalışma saatlerinde, diğer çalışanlarla birlikte çalışmaya zorlandığında, bu ilişkiye hiç kuşkusuz iş sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır³³⁰.

Son olarak, işçinin işverene ekonomik ve zamansal bağıllığından bahsetmek gerekir. İşçi, geçimini sağlamak üzere bir taraftan işveren tarafından kendisine ödenecek ücrete bağılıyken³³¹, diğer taraftan başka bir işte çalışmak bakımından zamansal bir özgürlüğe sahip değildir³³². Gölge yazarın, sadece bir görünür yazar için çalıştığı

³²⁵ **BRUHWILER**, Art 319 Kn. 5a; **RUDLINGER**, 119. Mehaz Kanun İBK md.328 de düzenlenen ve Borçlar Kanunumuzun 321.maddesini oluşturan hüküm şu şekildedir: İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimam derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir.

³²⁶ **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art.319 Kn.28; **STREIFF/V. KAENEL**, Art 319 Kn. 4.

³²⁷ **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art 319 Kn. 38, 50; **STREIFF/V. KAENEL**, Art. 319 Kn. 6; **BRAND/DURR**, Art.319 Kn. 17; **VISCHER**, s. 29.

³²⁸ **PLANTA**, s.19.

³²⁹ **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art.319 Kn. 29; **BRUHWILER**, Art 319 Kn. 5c.

³³⁰ **REHBINDER**, Berner Kommentar, Art.319 Kn. 29; **REHBINDER**, Arbeitsrecht, 35; **BRUHWILER**, Art. 319 Kn. 5c.

³³¹ **BGE** 97 II 150; **REHBINDER**, Berner Kommentar, Art 319 Kn. 29; **BRAND/DURR.**; Art 319 Kn. 9; **BRUHWILER**, Art 319 Kn. 5c; **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art.319 Kn. 30.

³³² **BRAND/DURR**, Art 319 Kn. 9.

durumlarda bir iş sözleşmesinin varlığından bahsedilecekken; birden fazla görünür yazar için faaliyette bulunduğu durumlarda ise vekalet sözleşmesi veya eser sözleşmesi hükümleri etkin olacaktır³³³.

(3)Uzun Süreli Borç İlişkisi

Sözleşmenin ifası, sayılı değil de, süreklilik arzeden bir çalışmayla meydana geliyorsa, bu takdirde uzun süreli borç ilişkisinden bahsetmek doğru olacaktır. Belli bir edimin sunulmasından çok, belirlenmiş süre içinde iş ediminde bulunmak, uzun süreli borç ilişkisi karakteri taşır³³⁴. Uzun süreli borç ilişkisinin son bulması, sürenin sona ermesi, fesih, ölüm, karşılıklı anlaşma veya belirlenen amaca ulaşmakla gerçekleşir³³⁵.

BK md.355 ilâ md.371’de düzenlenen istisna sözleşmesi bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, “uzun süreli borç ilişkisi” kavramının baskın görüş doğrultusunda eser sözleşmesine uzak düşeceğini belirtmek gerekir. Zira istisna sözleşmesi baskın görüşe göre “ani edimli” borç ilişkisidir³³⁶.

³³³ **REHBINDER**, Arbeitsrecht, s.35; **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art.319 Kn. 45; **STREIFF/V.KAENEL**, Art.319 Kn. 6.

³³⁴**GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter R./**SCHMID**, Jörg/**REY**, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, Zurich 2000 s.21, Kn. 94; **HAMM**, s.63; **STAEHELIN**, Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 Kn. 16; **REHBINDER**, Arbeitsrecht, s.35; **REHBINDER**, Berner Kommentar, Art.319 Kn. 16; **STREIFF/V.KAENEL**, Art. 319 Kn. 4.

³³⁵ **HAMM**, s.63; **BRAND/DURR**, Art 319 Kn. 4; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Kn. 94.

³³⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZ**, s.16 vd. **ÖZ**, kural olarak eser sözleşmelerinin ani edimli olduğunu belirtmekte ve istisnaen sürekli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmelerine de rastlanabileceğini ifade etmektedir. Bu tür sürekli eser sözleşmeleri özellikle ard arda eser teslimi borcunu içeren sözleşmelerde ortaya çıkar. Gölge yazarlık sözleşmesi de bu şekilde ortaya çıkabilir. Bir gazetede veya yayınevinde işçi sıfatıyla çalışan gölge yazar bir zaman süresi boyunca yazı, makale, öykü veya roman yazma borcu üstlenebilir. Elbette, gölge yazarın çalışmasının “eser (istisna) sözleşmesi” kapsamında görülüp görülmeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, bu tip sözleşmeleri hizmet sözleşmesine yakın görmek de mümkündür. Sonuç olarak, tek bir sözleşmenin unsurlarını taşımayan atipik sözleşmeler kategorisi de, gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlemede oluşan gölgeyi giderebilir.

e.Bağımsız Gölge Yazarlık

(1) Genel Olarak

Gölge yazarın işçi statüsünde olmadığı durumlarda, hukuki ilişkiye uygulanacak kuralların belirlenmesinde aşağıdaki sözleşme tipleri ve bunlara ilişkin hükümler belirleyici olabilecektir³³⁷.

(2) Yayın Sözleşmesi

Yayın sözleşmesi, sadece mevcut eserler için değil, ilerde meydana getirilecek eserler bakımından da uygulama alanı bulur³³⁸. Daha önce belirttiğimiz nedenlerden ötürü, bağımsız gölge yazarlık durumunda, gölge yazarla görünür yazar arasındaki ilişkiye yayın sözleşmesi hükümlerinin uygulanması olayların büyük çoğunluğunda, saf dışı kalacaktır³³⁹.

(3) Eser (İstisna) Sözleşmesi

(a) Genel Olarak

Gölge yazarın, belirli bir bedel karşılığında bir eser meydana getirme ve bu eser üzerindeki mülkiyeti görünür yazara devretme yükümlülüğü altında bulunduğu durumlarda, eser sözleşmesi hükümleri (BK md.355-371) uygulama alanı bulabilecektir³⁴⁰.

Borçlar Kanununun bir sözleşme tipi olarak düzenlediği “eser sözleşmesi”nde müteahhidinn edimi anlamında “eser” ile Fikri Hukuk ve bu arada FSEK anlamında

³³⁷ PLANTA, s.21.

³³⁸ HILTY, Verlagsvertrag, Art. 380 Kn. 2; PEDRAZZINI, SPR, 562, 572; BARRELET/EGLOFF, Art. 16 Kn. 9; TROLLER A.; IGR II, s.788; REHBINDER/GROSSENBACHER, s.24.

³³⁹ PLANTA, s.22.

³⁴⁰ Alman Yüksek Mahkemesi, son kararlarında, eski yaklaşımına dönerek, somutlaşmış eserler kadar, somut olmayan eserlerin de, eser sözleşmesine konu olabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca karş. BGE 119 II 428; 119 II 45; 115 II 54; 114 II 56; 109 II 465; 80 II 34. BUHLER, Theodor, Zürcher Kommentar, Bd. V/2d, Der Werkvertrag (Art.363-379OR), 3.Auflage, Zürich 1998, Art. 363 Kn. 45; GUHL/MERZ/KOLLER, 478; FELLMANN, Art. 394 Kn. 312, 330; HOFSTETTER, Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel und Stuttgart, 1979, s.20. Farklı görüşte GAUCH, N 33 vd.; ZINDEL/PULVER, Vorbem. Zu Art. 363-379 Kn. 1 ve Kn. 4; GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar, Bd. VI/2/3, Der Werkvertrag (Art. 363-379 OR), Bern 1967, Art. 394 Kn. 63.

eserin farklı kavramlar olduğu da savunulmaktadır: Birincisi çoğu kez inşa edilecek maddi bir varlık iken, ikincisi fikri bir varlıktır. Fakat, öğretilerde bir görüş, eser sözleşmesinin konusu anlamında eserin de fikri bir varlık (örneğin mimari bir proje gibi) olabileceği doğrultusundadır. Bu durumda eser sözleşmesi anlamında eserle fikri hakka konu değer anlamında eser aynı şeyde birleşebilir. Fakat hemen belirtelim ki, sanatsal eserlerin (FSEK anlamında), BK anlamında eser sözleşmesine değil ancak vekalet sözleşmesine konu olabileceği de öne sürülmektedir³⁴¹. Baskın görüşe göre³⁴² eser sözleşmesine konu olan maddi/somut olmayan eserler de vardır. Somut olmayan eserler, örneğin sanatsal bir icra, performans gibi eserler gayrimaddi eserlerdir³⁴³. Eser sözleşmesinin temel özelliği, belirli bir sonucun meydana getirilmesidir. Vekalet sözleşmesinin aksine, bir uğraşı, bir edim değil; ölçülebilir bir iş sonucu ön plandadır³⁴⁴. Belli bir olayda, bir uğraşının mı yoksa belli bir sonucun mu borçlandığının belirlenmesinde, tarafların arzularına bakılacaktır. Sözleşmenin amacı, belli bir sonuç meydana getirmeye yönelik olduğunda ve bu sonuca ulaşılması iş faaliyetinde bulunan kişinin iktidar alanında kaldığında, eser sözleşmesinden bahsedilecektir³⁴⁵.

³⁴¹ **ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1989, s.7,8. **Öz**'e göre, ne olacağı önceden objektif ve net bir şekilde ortaya konulamayan ve tamamlandıktan sonra da önceki tasarıya uygunluğu tam olarak kontrol edilemeyen sonuçlar eser sayılmamalıdır. Örneğin, bütün sanat etkinlikleri böyledir.

³⁴² Bkz. **ÖZ**, s.5 ve 6'da anılan yazarlar.

Tandoğan, "fikri istisna" kavramının sınırlarının belirlenmesinde iki noktaya dikkat çeker: "Herşeyden önce, maddi olmayan bir sonuç, ancak mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaad edilebilmeye elverişli olduğu takdirde bir istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. İkinci sınırlama, istisna sözleşmesine ait kuralların (özellikle eserin teslimine ve muayenesine ilişkin kuralların) maddi olmayan sonucun belli ölçüde bir maddi biçimlenmesini gerektirmesinden çıkar; örneğin ihale şartnamesi hazırlanmasında olduğu gibi bir kağıtta veya bir müzik eserinde olduğu gibi bir ses bandında veya başka bazı fikri eserlerde olduğu gibi elektronik bilgisayar kaydında kendini gösteren ve devamlılık taşıyan maddi bir biçimlenme karşısında bulunulmalıdır". **TANDOĞAN,H.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 2.Bası, Ankara 1982, s.21 vd.; **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.455 vd.

³⁴³ **GAUCH**, Kn. 25 vd, 33 vd; **PEDRAZZINI**, SPR, 499. Alman Hukukunda, maddi olmayan varlıkları da eser sayan hakim görüş, İsviçre-Türk Hukuku çevrelerinde de, etkisini kabul ettirmiştir. İsviçre-Türk Hukuku bakımından bu görüşün savunulmasında, kanunun ifadesi etkili olmuştur. Öyle ki, kanunun ifadesinden eser kavramının mutlaka maddi varlıklar için geçerli olduğu anlamı çıkmamaktadır. Her ne kadar eser sözleşmesini düzenleyen bazı hükümler, sadece maddi eserler dikkate alınarak öngörülmüş olsa da, bu tür bir düzenleme tarzı maddi sonuçların dahi eser sözleşmesine konu olamayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, insan emeği sonucu olan her bağımsız ve ekonomik değer taşıyan varlık BK md.355 anlamında bir eser sayılacaktır. Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ÖZ**, s.6 vd.

³⁴⁴ **BUHLER**, Art.363 Kn. 159; **WEBER**, Rolf H. Komm. Zu Art. 394-406 OR, in: **HONSELL/VOGT/WIEGAND** (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2. Auflage, Basel 1996, Art.394 Kn. 28; **ZINDEL/PULVER**, Vorbem. Zu Art. 363-379 Kn. 8; **GAUCH**, Kn. 18; **PEDRAZZINI**, SPR, 500.

³⁴⁵ BGE 109 II 36; Tercier, contrats, Kn. 3950. **PLANTA**, s.23'den naklen.

Eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına yol açacak elde edilen sonucun, objektif olarak ölçülebilir olması gerekmektedir³⁴⁶. Aksi takdirde, vekalet sözleşmesi hükümleri ön plana çıkacaktır. Bazı yazarlar, bilimsel ve sanatsal eserler bakımından, bir kesinlik ve objektif olarak ölçülebilir bir sonucun tesbit edilmesinin zorluğunu gerekçe göstererek, bu tür fikir ürünlerinde, eser sözleşmesinin varlığını kabul etmemektedirler³⁴⁷. Bu görüşe karşı, sanatsal eserlerin çoğunlukla objektif kriterlere göre ölçülebilir olduğu, gölge yazarlık sözleşmesi bakımından ele alındığında ortaya çıkan dil ile ifade olunan (sprachwerke) içerik ve biçim açısından sözleşmede belirlenen kriterlere göre objektif olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir³⁴⁸. Bu durumda, görünür yazarın, nasıl bir eser istediği konusunda gölge yazara ayrıntılı açıklamalarda bulunması, genel geçer özelliklerin yanında esere orjinallik katacak hususları aktarması faydalı olacaktır. Gölge yazarca borçlanılan sonucun istisnisi olarak objektif ölçüme konu olmadığı veya ortaya çıkarılacak sonucun önceden tam olarak tarif edilmediği hallerde, eser sözleşmesi hükümlerinden değil, vekalet sözleşmesi hükümlerinden hareket edilecektir³⁴⁹.

Gölge yazarın edim borçlarından biri de, meydana getirdiği eser üzerindeki hakların devri olacaktır. Buna karşılık, eser sözleşmesinde, eser üzerindeki hakların devri değil, meydana getirilen eserin maddi mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi, karakteristik bir özellik taşır³⁵⁰. Sözleşmenin içeriğinin bu denli genişletilmesinin, sözleşmenin nitelendirilmesinde bir değişikliğe yol açıp açmayacağı; başka bir deyişle, eser sözleşmesinden çok, isimsiz bir sözleşmenin varlığının gündeme gelip gelmeyeceği tartışılması gereken noktalardan biridir. Bu tür bir isimsiz sözleşme, bir eserin meydana getirmesini konu olan hukuki ilişki bakımından eser sözleşmesini içinde barındırırken; eserin devri bakımından Fikri Hukuk sözleşmesinin hakim

³⁴⁶ GAUCH, Kn. 43; GUHL/MERZ/KOLLER, 478; FELLMANN, Art.394 Kn. 327; WEBER, Art.394 Kn. 29.

³⁴⁷ GUHL/MERZ/KOLLER, s.478; ZIMMERMANN, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Diss. Basel 1984, s.131.

³⁴⁸ PLANTA, s.24. Çoğunlukla, görünür yazarın girişimi üzerine başlatılan gölge yazarlık sürecinde, eserin içeriği sözleşmede açıkça belirlenir. Hatta sözleşmede, uyulacak imla ve gramatik kurallarına ilişkin bir düzenleme de yapılmış olabilir. Dilsel eserler (sprachwerke) için aynı görüşte. Bkz. HAMM, s.179.

³⁴⁹ PLANTA, s.24,25.

³⁵⁰ PLANTA, s.25.

olduğu bir kısımdan oluşur³⁵¹. Buna karşılık, iş sözleşmesi kapsamında, eser sahibine fikri hak devrinin, sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak ele alınmasını zorunlu kılmadığı savunulmaktadır. Bu bakımdan gölge yazarın, bağımsız veya işçi olarak çalışması da, gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki niteliğini isimsiz sözleşme olarak belirlemeyi haklı göstermeyecektir³⁵².

Bağımsız çalışan gölge yazarlar kanımca da daha çok, eser sözleşmesi kapsamında faaliyette bulunurlar. Görünür yazar için önemli olan istenilen sonucun, yani eserin bir an önce tamamlanması ve ardından ondan yararlanılmasıdır³⁵³.

(b) Sipariş Sözleşmesi

Sipariş sözleşmesi, kural olarak, eser sözleşmesi hükümlerinin sözkonusu olduğu bir sözleşme tipidir³⁵⁴. Sözleşmenin merkezinde, iş sonucunun teslimi yer alır³⁵⁵. Görünür yazar, işin yürütülmesiyle veya yönetilmesiyle değil, işin sonucuyla ilgilenir³⁵⁶. Sipariş sözleşmesi, istisnaen, vekalet sözleşmesi benzeri bir özellik de taşıyabilir. Bu bağlamda, elde edilen sonucun, objektif ölçülere göre değerlendirilemediği durumlar örnek olarak gösterilebilir³⁵⁷.

(4)Vekalet Sözleşmesi

Gölge yazarlık sözleşmesinde, belli bir sonucun meydana getirilmesi değil de, belli bir çaba üstlenilmişse, vekalet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı

³⁵¹ **PLANTA**, s.25.Ayrıca bkz. **HAMM**, s.181; **RECHER**, Bernard, Der Arbeitnehmer als Urheber und das Recht des Arbeitgebers am urheberrechtsschutzfähigen Arbeitsergebnis, Diss. Zürich 1975, s.135.

³⁵² **PLANTA**, s.25, **HAMM**, s.181.

³⁵³ **PLANTA**, s.25,26.

³⁵⁴ **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, s.138; **TROLLER**,A. Bd. II, s.702, **V.GAMM**, s.532; **HAMM**, s.183; **HILTY** Vorbem zu Art. 380-393 Kn..7. Farklı görüş için bkz. **PEDRAZZINI**, SPR, s.558. Sipariş sözleşmesinin, isimsiz sözleşme olduğunu savunur. Tekinalp, eser siparişi sözleşmesini BK md.355 anlamında bir eser sözleşmesi olarak değerlendirir. Bu sözleşme ile aynı zamanda eser sahibi sıfatını taşıyan müteahhit, ismarlayanın vermeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir şey imalini taahhüt etmiştir. Bu durumda, eser sahibi sıfatını taşıyan müteahhit manevi ve hatta kullanmasa da mali hakların sahibi sayılmalıdır. Eser sahibi, malike ve zilyede karşı, eserin aslına ulaşma hakkını ileri sürebilecektir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.227.

³⁵⁵ **PEDRAZZINI**, SPR, s.558; **HAMM**, s.183.

³⁵⁶ **PLANTA**, s.27.

³⁵⁷ **TROLLER**, K. Bd. II, 702; **HAMM**, s.183; **PEDRAZZINI**, SPR, 558. Ayrıca bkz. **HILTY**, Vorbem. Zu Art. 380-393 Kn. 7.

bulabilecektir³⁵⁸. Gölge yazar, eserin oluşturulmasıyla ilgili olarak geniş bir hareket alanına ve yetkiye sahipse ve de meydana getirilecek eserin içeriği, sözleşmenin kurulduğu esnada ayrıntılı bir şekilde belirlenmemişse, sözkonusu hukuki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümleri, karakterini verecektir. Böyle bir durumda, gölge yazar bir sonucun değil, belli bir kalitedeki hizmetin borçlusudur³⁵⁹.

Vekalet sözleşmesi, kısa süreli hizmet edimleriyle sınırlı olmayıp, bilakis, eser sözleşmesinin de aksine, uzun süreli bir borç ilişkisi olarak meydana getirilebilir³⁶⁰. Gölge yazarın, bir veya birden çok kişiye karşı, belli bir sonucu değil de, düzenli bir şekilde eser meydana getirmeyi üstlendiği durumlarda, vekalet sözleşmesi hükümlerinden hareket edilecektir³⁶¹. Ayrıca, özel bir yaratıcı edimin sözkonusu olduğu, ortaya çıkan sonucun ölçülebilir, kesin olmadığı durumlar da, vekalet sözleşmesi hükümleri ön plana çıkacaktır³⁶². Vekalet sözleşmesindeki uğraşın bir bedel karşılığında yapılmayışına dikkat çekilmekle beraber³⁶³, vekalet sözleşmesinin bedel karşılığında da yapılabileceği, dolayısıyla bedel karşılığı olmamanın vekaletin tanıtıcı vasfı olmadığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Gölge yazarlık sözleşmesi, ancak istisnai durumlarda, vekalet sözleşmesinin unsurlarını içerir. Çünkü, sözleşme tarafları, kanımca kural olarak, bağımsız bir yazarın çabasını, emeğini değil, ortaya çıkacak sonucu ön plana alırlar³⁶⁴.

(5) İsimsiz Sözleşme

³⁵⁸ WEBER, Art. 394 Kn. 6; HOFSTETTER, 19; GAUCH, Kn.19.

³⁵⁹ FELLMANN, Art. 394 Kn. 97.

³⁶⁰ FELLMANN, Art. 394 Kn. 130; WEBER, Art.394 Kn. 4; VISCHER, s.34; HOFSTETTER, s.17; Farklı görüş LEUENBERGER, Christoph, Dienstleistungsverträge, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 106 (1987) II, s.24.

³⁶¹ PLANTA, s.28.

³⁶² GUHL/MERZ/KOLLER, s.478, HOFSTETTER, s.19; WEBER, Art. 394 Kn. 29.

³⁶³ WEBER, Art. 394 Kn. 29; PEDRAZZINI, SPR, 533; HOFSTETTER, 19; GAUCH Kn. 115.

³⁶⁴ PLANTA, s.29.

Buna karşılık, ancak tamamlandığında sözleşmedeki tasarıya uygun olup olmadığı objektif olarak denetlenebilen sonuçların eser (istisna) sözleşmesine konu olabileceği de savunulmaktadır. Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinde “ayıplı eserin onarımı” ve “bedelin ayıbın yarattığı değer düşüklüğü oranında indirilmesi” haklarının varlığı bu görüşe dayanak olarak gösterilmektedir. Bu sebeple, hiçbir “sanat eseri hazırlama taahhüdü”nün eser sözleşmesine konu olamayacağı, ancak vekalet sözleşmesine (sanatçının yetenekleri çerçevesinde elinden geleni yapması borcundan ibaret bir yükümlülük şeklinde) uygun olacağı dile getirilmektedir.

Eser sözleşmesinin, mahiyeti gereği uzun süreli borç ilişkisine uzak oluşundan³⁶⁵ hareketle, gölge yazarın sonuca yönelmiş edim yükümlülüğü, eser sözleşmesi hükümlerinin ancak kıyasen uygulanabileceği sui generis bir sözleşme içinde yer alabilir³⁶⁶. Gölge yazarın yükümlülüğü, belirli veya belirsiz bir süre için kurulmuş gölge yazarlık sözleşmesi devam ettiği müddetçe, bir çabanın anlık bir sonuca bağlanması olmayıp; daha ziyade sürekli ve tekrarlayan bir şekilde belirli bir çabanın bir neticeye varmasıdır³⁶⁷.

Aslında, vekalet sözleşmesi de uzun süreli bir borç ilişkisi biçiminde kurulabilir olmasına rağmen³⁶⁸, tek bir görevle, gölge yazarın görünür yazara ekonomik anlamda bağımlılığına yol açacak sürekli bir bağlılık, vekalet sözleşmesinin mahiyetine uygun düşmeyecektir³⁶⁹. Kaldı ki, vekalet sözleşmesi, görünür yazara ekonomik bağımlılığı olan gölge yazara yeterli bir koruma da sağlayamayacaktır³⁷⁰. Gölge yazarın, görünür yazar için sürekli bir şekilde edimde bulunması ve görünür yazara olan ekonomik bağımlılığı, her ikisi arasındaki sözleşmeye sui generis özelliğini kazandıracaktır³⁷¹.

f.Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Sonuç

Gölge yazarla, görünür yazar arasındaki ilişkiyi, götürü bir şekilde tek bir sözleşme tipine indirgeyerek tanımlamak mümkün değildir. Bu konuda, somut olayın özelliği dikkate alınarak, sözleşme taraflarının niyetleri gözönünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan, sözleşmenin meydana geldiği sırada, sözleşme konusu eserin var olup olmaması önemlidir. Gölge yazarın, görünür yazara, daha önceden hazırlamış olduğu eseri sunması durumunda, yayın, satım veya devir sözleşmeleri uygulama alanı bulabilecektir. Gölge yazarın, sözleşmenin kurulmasından sonra, eseri meydana getirmesi durumunda ise, iki olasılık birbirinden ayırdedilmelidir. Eğer, gölge yazar, kişisel, işletmesel, ekonomik veya zamansal bakımdan görünür yazara bağımlıysa ve öte yandan bu bağımlılık uzun süreli bir borç ilişkisi biçiminde ortaya çıkıyorsa,

³⁶⁵ GAUCH, Kn. 9.; GUHL/MERZ/KOLLER, s.479.

³⁶⁶ BUHLER, Art. 377 Kn. 16; GAUCH, Kn. 323 vd. ; GUHL/MERZ/KOLLER, s.479.

³⁶⁷ PLANTA, s.29,30; GAUCH, Kn. 322.

³⁶⁸ FELLMANN, Art.394 Kn. 131; WEBER, Art.394 Kn. 4; VISCHER, s.309.

³⁶⁹ HAMM, s.189. Farklı görüşte FELLMANN, Art.394 Kn. 131.

³⁷⁰ PLANTA, s.30.

³⁷¹ HAMM, s.189, 198.

hukuki ilişkiyi iş sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekecektir. Buna karşılık, bağımsız gölge yazar, çoğunlukla eser sözleşmesinin uygulama alanı bulacağı bir hukuki ilişkinin tarafı olur. Bu noktada, gölge yazarın açıkça, belirli bir eser meydana getirme borcunu üstlenmediği, aksine bir eserin meydana getirilmesi sürecinde çabasını ortaya koyacağı durumlarda, vekalet sözleşmesi kendini belli edecektir. Bağımsız yazarın, sürekli bir borç ilişkisinde tekrar eden bir şekilde eser meydana getirme borcu üstlendiği durumda, gölge yazarın belirli bir sonucu yani belirli bir eseri meydana getirme borcu olup olmadığına göre, eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi benzeri karakter taşıyan bir sui generis sözleşme gündeme gelecektir³⁷².

g.Gölge Yazarlık Sözleşmesinin Hukuki Geçerliliği

İsviçre hukuku bakımından bakıldığında, bu sözleşmenin geçerliliği sorunuyla ilgili olarak, Rehbinder dışında, bu meseleyle pek de ayrıntılı bir şekilde ilgilenilmediğine tanık olunur³⁷³. Alman Hukukunda, doktrinde baskın görüş, gölge yazarın eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının icrasından, borçlandırıcı etkiye sahip vazgeçmesini ve dolayısıyla görünür yazarın borçlandırıcı bir hukuki işlem şeklinde tezahür eden hukuki ilişki sonucunda, eseri kendi adıyla kamuya sunmasını, temel olarak, hukuka uygun görmektedir³⁷⁴. Buna rağmen, gölge yazar, üçüncü bir kişinin eser sahipliğini ihlaline karşı, bu saldırıyı veya gaspı ortadan kaldırma konusunda bir savunma hakkının sahibi olarak kalmaya devam etmektedir³⁷⁵.

Stolz, Alman eser sahipliği hukukunda hakim olan monist teori nedeniyle, eser sahibinin manevi haklarının devredilemezliğinden ve feragat edilemezliğinden

³⁷² PLANTA, s.30,31.

³⁷³ Bkz. REHBINDER, Ghostwriter, s.651 vd. Gölge yazarlıkla ilgili ayrıntılı olarak değerlendirilemeyecek açıklamalar için bkz. BARRELET/EGLOFF, Art 9 Kn. 15; Art. 16 Kn. 14; Art. 29 Kn. 9; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, s.110, 131,156; TROLLER, K. Bd. II, 515; RUDLINGER, s.169 vd.; UHL, s.87; REHBINDER/GROSSENBACHER, s.18.

³⁷⁴ ULMER, s.135, 216; REHBINDER Urheberrecht, s.176, 256; DIESELHORST, s.139, 155 vd.; HABERSTUMPF, Helmut, Handbuch des Urheberrechts, 2.Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin 2000, Kn. 134, 136; ROJAHN, Sabine, Der Arbeitnehmerheber in Presse, Funk und Fernsehen, München 1978, s.110; SCHRICKER/ROJAHN, § 43 Kn. 77.

³⁷⁵ REHBINDER, Urheberrecht, s.176, 256. Karş. SCHRICKER/LOEWENHEIM, § 7 N 4; ULMER, s.216 Alman Hukukunda, gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği konusuyla ilgili olarak, özellikle Stolz (STOLZ, s.3 vd.) ve Osenberg (OSENBERG, s.86 vd.) ayrıntılı bir şekilde görüş üretmişlerdir.

hareket etmiştir³⁷⁶. Bu noktada, borçlandırıcı etkiye sahip bir feragatin geçerli olduğunun altını çizmiştir³⁷⁷. Böyle bir feragat, ne pozitif hukuka ne de ahlak kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu tür borçlandırıcı bir işlem, Stolz'a göre, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmez. Bu görüşünü desteklemek için, isim konusunda yapılan anlaşmaların geçersizliği ilkesinden sapmayı konu alan, Alm. ESHK ve içtihatların sözkonusu olduğu, üç farklı olaya dikkat çekmiştir³⁷⁸.

İlk olarak, Alman Hukukuna göre, birlikte eser sahibi, eser üzerinde isminin belirtilmesinden vazgeçebilir. Böyle bir vazgeçme, eserin sadece ismi belirtilen diğer birlikte eser sahibince meydana getirildiği noktasında, kamuyu yanıltıcı bir sonuç doğurur³⁷⁹. Birlikte eser sahiplerinden birinin, eser üzerinde isminin belirtilmesinden feragati, isim konusunda yapılan bir anlaşma demektir ve öyle ki feragatta bulunan eser sahibi, diğer birlikte eser sahibinin tek eser sahibi olarak görünmesine karşı, feragatin bir gereği olarak, herhangi bir itirazda bulunamayacaktır³⁸⁰.

İkinci olarak, Alm. ESHK md. 5'e bakıldığında, resmi kurumların eserlerinde, eseri meydana getirenin değil de, resmi kurumun ya da organın eserin sahibi olduğu düzenlenmiştir. Son olarak, Stolz, yayınevi takma ismi örneğiyle ilgili açıklamalarla, görüşünü destekler. Hamburg Yüksek Mahkemesi³⁸¹, eser sahibinin, sözleşmenin sona ermesinden beş yıl geçmiş olmasına rağmen yayınevinde kullandığı takma ismi kullanmaması konusundaki bir yükümlülüğü hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme, yayınevinin kullandığı takma isme, bir isim işlevi yüklememiştir. Yayınevi takma ismi, eser sahibinin bireyselliğini gösterme amacına yönelik olmayıp; daha çok belirli bir eser çeşidine ilişkin olarak kullanılan bir tür ürün etiketi olarak değerlendirilebilir³⁸². Stolz, bu gerekçelendirmeyi, yayınevi takma isminin kamu nezdinde bir isim gibi aynı etkiyi uyandıracığından hareketle, yanlış bulmaktadır. Yazar mahkemenin gerekçesini yanlış bulmasına rağmen, eser sahibinin kendi ismini

³⁷⁶ STOLZ, s.60.

³⁷⁷ STOLZ, s.60.

³⁷⁸ PLANTA, s.76.

³⁷⁹ STOLZ, s.64.

³⁸⁰ STOLZ, s.64.

³⁸¹ OLG Hamm GRUR, 1967, s.260 (Irene van Velden).

³⁸² OLG Hamm GRUR, 1967, s.261.

kullanmasından vazgeçerek başka bir isim kullanmasının hukuka uygunluğu bakımından vardığı sonucu doğru bulmaktadır³⁸³.

Stolz'a göre, her üç olay, eser sahibinin eserini kamuya sunarken kendi ismiyle değil de, yabancı bir isimle tanıtımda bulunması bakımından ortak özelliklere sahiptir³⁸⁴. Eseri meydana getirenin, eserin yayınlanması aşamasında isminin belirtilmemesi suretiyle, eserine yabancılaşması sağlanır. Normalde, eser sahibi, eseri aracılığıyla kamu önünde bir kimlik sahibiyken, gölge yazarlıkta kamu, eseri gerçek sahibiyile ilişkilendiremeyecektir. Eserin içeriğinden dolayı, kamuya karşı olan sorumluluğu görünür yazar sahibi taşıyacaktır³⁸⁵. Alm. ESHK md. 13, Bern Konvansiyonu md.6 ve AMK md.134 gözönünde bulundurulduğunda, isim konusunda yapılan bir anlaşmanın hukuka uygunluğu sonucuna varılmalıdır³⁸⁶.

Eser üzerinde ad belirtme hakkının (namensnennungsrecht) sınırlandırılması, Stolz'a göre, AMK md.138'de düzenlenen ahlaka aykırılık yaptırımının uygulanmasına da neden olmaz. Eser üzerinde ad belirtme hakkı, eser sahibiyile eseri arasındaki düşünsel bağı korur. Eser sahibinin bir nevi eserine yabancılaştırılmasına neden olan gölge yazarlık sözleşmesinde, bu düşünsel bağı gevşemesi, yasanın amaçladığı bağı ahlaka aykırı bir şekilde çiğnenmesi sonucunu doğurmaz³⁸⁷.

Gölge yazarlık sözleşmesi, kamunun, rekabete aykırı bir şekilde aldatılması anlamına da gelmez. Başka bir deyişle, isim konusunda yapılan anlaşma, Alm. Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 1 ve 3. maddelerine bir aykırılık oluşturmaz. Stolz' a göre, basit edebiyat eseri (trivalliteratur) olarak nitelendirilen eserlerin satın alınmasında, eser sahibinin kişiliği bir rol oynamaz. Tüketici için önemli olan, belli karakterlerle ve belli bir stille oluşturulan bu seri eserlerin varlığıdır. Yoksa, eserin kimin tarafından yazıldığı önemli değildir. Otobiyografiler bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Eseri yazan kişinin varlığından

³⁸³ STOLZ, s.65,66.

³⁸⁴ STOLZ, s.66 vd., 81.

³⁸⁵ STOLZ, s.67.

³⁸⁶ PLANTA, s.79.

³⁸⁷ STOLZ, s.68,69

çok, hayatı anlatılan kişiye ilişkin bilgiler, başka bir deyişle kitabın içeriği tüketicinin ilgisini uyandırır³⁸⁸.

Gölge yazarlık sözleşmesinin sözkonusu olduğu durumda, eserin kamuya sunulması veya eserin bitip bitmediği noktasında karar verme yetkisi, görünür yazarın takdir yetkisindedir. Çünkü eserin içeriğinden dolayı, sorumluluk görünür yazara ait olacaktır³⁸⁹. Öte yandan, görünür yazar, eser üzerinde geniş kapsamlı değişiklik yapma yetkisinin de sahibidir³⁹⁰. Aynı şekilde, görünür yazar, üçüncü kişiler tarafından eser üzerindeki bütünlük hakkını ihlal eden davranışları da engelleme yetkisine sahiptir. Ancak, Stolz'a göre, görünür yazarın bu hakkı, borçlandırıcı hukuki işlem şeklinde tezahür eden isim sözleşmesinin sonucu olarak, bir manevi hak olarak değil, genel kişilik hakları çerçevesinde bir temel bulur³⁹¹. Stolz, gölge yazarlık sözleşmesi çerçevesinde, görünür yazarın sessiz kalma yükümlülüğünün, kamunun gölge yazarın kim olduğunu bildiği veya gölge yazarın ekonomik geleceği açısından önem taşıyan başvurularda –bu konuda iş başvurusu akla gelir- ortadan kalkacağını ileri sürer. Bu olasılıklara rağmen, gölge yazarın halen eserinin başka bir kişinin ismiyle, görünür yazarın ismiyle kamuya sunulmasına rıza göstermesi yükümlülüğü devam eder³⁹².

Doktrinde, Osenberg ise, gölge yazarlık sözleşmesini, siyasi konuşmalar ve adi edebiyat eserleri (trivialliteratur) istisnaları dışında, hukuka uygun bulmaz. Osenberg de, tıpkı Stolz gibi, monist-tekçi teori üzerinden hareket ederek, eser sahibinin haklarının devredilemezliği ve özellikle eser sahibinin ismi üzerindeki hakkının devredilmezliği üzerinde durur³⁹³. İstisnalar dışında, Stolz'un ileri sürdüğü borçlandırıcı hukuki işlem niteliğindeki gölge yazarlık sözleşmesini onaylamaz. Görünür yazarın, olayların büyük çoğunluğunda, eserin meydana gelmesindeki rolü, yaratıcı katkıda bulunmamasından ötürü birlikte eser sahibi seviyesine erişmediğinden, eser sahibi olarak anılmasının hukuken mümkün değildir³⁹⁴.

³⁸⁸ STOLZ, s.78

³⁸⁹ STOLZ, s.87 vd.

³⁹⁰ STOLZ, s.89 vd

³⁹¹ STOLZ, s.92.

³⁹² STOLZ, s.83-94.

³⁹³ OSENBURG, s.18 vd., 88 vd.,99.

³⁹⁴ OSENBURG, s.96 vd.

Gölge yazarlık sözleşmesi, eser sahibinin manevi menfaatlerini ağır bir şekilde zarara uğratar. Gölge yazarın, kendisinin yazdığı bir eserin görünür yazarın ismiyle kamuya sunulmasına izin vermesi, gölge yazarın eser üzerindeki eser sahibi olarak tanıtılmak hakkından de facto devri anlamına gelir. Dolayısıyla, eser sahibinin hakkının kullanılmasının devri, hakkın kendisinin devriyle aynı anlama gelir. Osenberg, bu durumu, “devir benzeri” işlem olarak nitelendirir. Sonuç olarak, böyle bir devir, eser sahibinin manevi menfaatleri bakımından büyük sakıncalar taşır³⁹⁵. Eser sahibinin, yani gölge yazarın da, sözleşmeye aykırı bir şekilde, eser sahipliğini açıklaması olgusu da bu durumu değiştirmez. Herşeyden önce, birçok eser sahibi, gölge yazarlık kimliğini açıkladığı takdirde ödeyeceği tazminatı düşünerek, böyle bir ifşadan vazgeçeceği gibi, gölge yazar tarafında olası bir ifşa girişimi veya ifşa da, - teorik de olsa- görünür yazar tarafından açılacak tecavüzün önlenmesi veya duruma göre tecavüzün giderilmesi davasıyla engellenebilecektir³⁹⁶.

Birden fazla eser sahibinin olduğu durumlarda, bunlardan birinin birlikte eser sahipliğinden vazgeçerek, gölge yazar konumunu alması, Osenberg’e göre hukuka uygun değildir. Çünkü, bu durumda, gerçeğe uygun olmayan bir durum kamuya aktarılmış olur³⁹⁷. Son olarak, Osenberg, gölge yazarın sessiz kalma yükümlülüğü şart koşulmaksızın, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının devrini konu alan “sınırlandırılmış gölge yazarlık sözleşmesi³⁹⁸”ni de, hukuka uygun bulmaz. Bu tür gölge yazarlık sözleşmesinde, gölge yazar eser sahipliğini, kendi yakın çevresinde açıklama yetkisine sahip olmasına rağmen, kendisi ve eseri arasında kamu nezdinde yanlış veya eksik bir bağlantı kurulacağından, yine bir manevi zarardan bahsetmek gerekir³⁹⁹. Buradaki manevi zarar, eser sahibinin eser sahipliğini, sözleşme ihlaline neden olacağı gerekçesiyle, açıklamasından kaçınmasından kaynaklanacaktır. Osenberg, eser sahipliğinin, gölge yazarlık sözleşmesinde, eser sahipliğini saklamasını, takma isim kullanılmasından farklı görmektedir. Takma isim kullanan bir yazar, bu ismi kullanmaktan vazgeçmek konusunda herhangi bir hukuki engelle karşılaşmaz. Takma isimle eserlerini yayımlayan bir yazar, kendisinin kullandığı bu takma ismi kullanmaktan kaçınmakla, herhangi bir sözleşme ihlaline neden olmaz.

³⁹⁵ OSENBURG, s.99.

³⁹⁶ OSENBURG, s.98 vd.

³⁹⁷ OSENBURG, s.118.

³⁹⁸ Böyle bir gölge yazarlık sözleşmesine, gerçek olmayan gölge yazarlık sözleşmesi adı da verilmektedir. PLANTA, s.84

³⁹⁹ OSENBURG, s.107 vd.

Ancak, gölge yazarlık sözleşmesinde, gölge yazarın kimliğini açıklaması bir sözleşme ihlaline neden olacaktır; eser sahibini kimliğini açıklamaktan alı koyan bir sözleşme, ahlaka aykırı olarak nitelendirilmelidir⁴⁰⁰. Eser sahibinin, yayınevince birçok yazara kullandığı takma isim konusunda, eser sahibinin bu ismi ifşa etme yükümlülüğü ise hukuka uygun sayılmalıdır.

Osenberg, gölge yazarlık sözleşmesinin kamuyu aldatıcı, haksız rekabete yol açıcı bir sonuç doğurduğunu, Köhnlechner kararına⁴⁰¹ gönderme yaparak açıklamaktadır. Kararda, bir cep kitabı serisinin, başka yazarlar tarafından yazılmasına rağmen, ünlü doğal tedavi pratisyeni Manfred Köhnlechner tarafından yazılmışçasına, kitap ciltlerinde yazar olarak bu kişinin adının belirtilmesinin hukuka uygunluğu konusunda bir tartışma yapılmıştır. Her ne kadar kitabın içeriğinin oluşmasında, Manfred Köhnlechner'in katkısı olmasına ve kitabın içindeki başlıkta kitabı yazan başka yazarın ismi belirtilmiş olmasına rağmen, kitabın cildinde Manfred Köhnlechner'in isminin yazarmış gibi sunulmasının, kitapları satan alan kişilerin iradelerinin oluşumunda etki sahibi olmasından hareketle, kamuyu aldatıcı, haksız rekabete neden olduğu vurgulanmıştır. Her ne kadar, takma isim kullanılmasında, nasıl medeni hukuk hükümleri uyarınca, kitabı satan alanların, tüketicilerin eserin kimliğini bilmeleri konusunda bir hak sahibi olmadıkları düşünülüyorsa da, gölge yazarlık bakımından bakıldığında, eser sahipliği konusunda yanlış bir bilgi verilmesi, satın alma iradesini hukuka aykırı bir şekilde sakatlayan bir durum olarak değerlendirilebilmektedir⁴⁰². Osenberg'in bu görüşü karşısında şu saptamda bulunmak mümkündür. Eser sahibinin takma isim kullanma hakkı, kanundan doğan bir haktır. Dolayısıyla, takma isim kullanılmasının, eseri satan alanlarını iradesini bozduğundan hareketle, olumsuz bir hukuki sonuçla karşı karşıya bırakılması düşünülemez. En azından, bir hukuka uygunluk sebebi, olduğundan sözedilebilir. Ancak gölge yazarlık durumunda, bir kişinin yazdığı eseri isim hakkı çerçevesinde başka bir isimle yayınlaması değil, bir kişinin yazdığı bir eserin başka bir kişi tarafından yazılmış gibi gösterilmesi sözkonusudur. Böyle bir durumu, götürü bir yaklaşımla ahlaka aykırılık yaptırımına tabi tutmaktansa, somut olayın özelliklerine bakarak veya bir mesleki bir teamül olup olmadığı incelenerek bir sonuca varmak

⁴⁰⁰ OSENBURG, s.103 vd.

⁴⁰¹ KG Berlin UFITA 80 (1997), s.368 vd.

⁴⁰² OSENBURG, s.113.

daha doğru olur. Öyle ki, Osenberg, bu konuda sıradan romanların yazımını konu alan gölge yazarlıkta, haksız rekabete neden olan, kamuyu aldatıcı bir ahlaka aykırılık olmadığını savunur. Çünkü, eseri satan alanlar bakımından, eser sahibinin kimliği bir önem taşımaz⁴⁰³. Osenberg, siyasi konuşmalar ve benzeri açıklamalar hususundaki, gölge yazarlık anlaşmasını ise tamamen hukuka uygun olarak görür. Buna gerekçe olarak, kamu nezdinde, gölge yazarlığın alışagelmış olduğunu gösterir. Osenberg, başka bir deyişle, kamunun, bu tür konuşmaların, başkası tarafından hazırlanmış metinler veya çalışmalar olduğu konusunda bilinçli olduğunu iddia etmektedir⁴⁰⁴.

Doktrinde Rehbinder ise, genel kişilik haklarından hareketle, eser sahibinin manevi haklarının devredilemezliğini vurgulayıp, gölge yazarlık sözleşmesiyle ilgili olarak sonuçlara varmıştır. Stolz ve Osenberg'in aksine, eserden yararlanan kişileri destekleyen bir eser sahipliği hukuku anlayışından harekete eder. Günümüz kültür endüstrisinde, eserlerin kişisel olmaktan çok kolektif ve kişilikle bağlantısı aza indirgenmiş olduğu belirtilmektedir. Eser sahipliğinin belirtilmesi, eseri meydana getirenin kişiliğinden çok, satışı yükselten bir marka olarak algılanır hale gelmiştir. Dolayısıyla, kültür kavramının endüstri kavramıyla birlikte kullanılmasındaki alışkanlık, bu alanda eseri meydana getiren kadar hatta ondan daha da çok, ekonomik riziko üstlenen kişilerin dikkate alınmasını gerektirmiştir⁴⁰⁵. Rehbinder, gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki geçerliliğiyle ilgili tartışmaların, tüketici hukuku noktasından hareketle yapılması gerektiğini savunur. Gölge yazarlık olgusunun, kural olarak, tek başına, kamuyu aldatıcı bir işleve sahip olmadığını ve bu bakımdan götürü bir çözümlerle geçersiz olduğunu savunmanın yanlış olduğunu ifade eder⁴⁰⁶. Stolz ve Osenberg gibi, sıradan romanların satışında, alıcının, eser sahibinin kişiliğine önem vermediğini ve bu nedenle bu tür romanları konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin hukuken geçerli olduğunu savunur. Görünür yazarın düşünce dünyasına ve onunla yapılan konuşmalara dayandığı müddetçe, otobiyografilerin yazımında gölge yazarlığın kamuyu aldatıcı bir sonuç doğurmadığı düşüncesindedir.

⁴⁰³ OSENBURG, s.114.

⁴⁰⁴ OSENBURG, s.126, 127. Yazara göre, Bu konudaki bir gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği, Alm.ESHK md. 41 f.4 e kıyasen , beş yıllık bir süre sınırlamasına sahiptir. Gölge yazar, gerçek eser sahibi sıfatıyla, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının kullanılmaktan beş yıldan fazla bir süreyle vazgeçemez.

⁴⁰⁵ REHBINDER, Ghostwriter, s.658; 662 vd.

⁴⁰⁶ REHBINDER, Ghostwriter, s.666.

Alıcının satın alma iradesinin oluşumunda etken olan, kitabın içindekilerin doğru olduğuna ilişkin kanaatidir. Aynı şekilde, mesleki kitapların, entellektüel düzeyi yüksek yazılı eserlerin gölge yazarlık sözleşmesi kapsamında yazımının da hukuka uygunluğundan bahseder⁴⁰⁷.

Kamu nezdinde, genel olarak eser sahibinin ismiyle, belli bir kalite düşüncesi uyanacağından, Rehbinden, eser sahibinin, aksini öngören açık sözleşme hükmü olmadıkça, eser sahipliği konusunda sessiz kalma yükümlülüğünün var olmadığını ileri sürer⁴⁰⁸. Gölge yazar, eser sahipliğini açıklamadığı sürece, eser sahipliği karinesi nedeniyle, görünür yazar kendi adına manevi hakları ileri sürmeye, üçüncü kişiler tarafından eser üzerindeki hakkın gasbı veya tecavüzü durumlarına karşı gereken hukuki yollara başvurmaya yetkili sayılacaktır⁴⁰⁹. Gölge yazarın, manevi hak ihlali durumlarında, iddiada bulunmak amacıyla kimliğini açıklaması, görünür yazar tarafından, kendisine karşı, sır saklama yükümlülüğünün ihlaline dayanarak, bir tazminat davası açmasını engellemeyecektir⁴¹⁰. Sonuç olarak, gölge yazarlık sözleşmesinde eser sahipliğinin açıklanmaması konusunda bir hükme rağmen, manevi haklar eser sahibinde, yani gölge yazarda kalır.

Osenberg, Stolz ve Rehbinden'in gölge yazarlık sözleşmesi konusundaki düşünceleriyle ilgili olarak, yapılan ilk eleştiri gölge yazarın menfaatlerinin gereğinden az dikkate alındığı noktasındadır⁴¹¹. Gölge yazarlık sözleşmesi, Stolz ve Osenberg'e göre, çoğunlukla uygulanabilir olmaktan uzaktır⁴¹².

Gölge yazarlık sözleşmesinin, geçersiz olduğunun kabulü yönündeki bir düşünce, eser sahipliği hukuku normlarınca korunması gereken gölge yazar açısından, son

⁴⁰⁷ **REHBINDER**, Ghostwriter, s.666.

⁴⁰⁸ **REHBINDER**, Ghostwriter, s.667.

⁴⁰⁹ **REHBINDER**, Ghostwriter, s.668. Rehbinden, eser sahibinin manevi haklarının devredilemeyeceği prensibini gözönünde tutarak, aslında görünür yazarın tüm taleplerinin eser sahibinin manevi haklarından değil, kendisinin genel kişilik haklarından hareketle gerekçelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Eser sahipliği karinesinden yararlanan görünür yazarın, eser sahibinin manevi haklarından hareketle değil de, genel kişilik haklarından hareketle bir savunmada bulunması, genel kişilik haklarının tamamlayıcı işleviyle açıklanmalıdır.

⁴¹⁰ **REHBINDER**, Ghostwriter, s.668.

⁴¹¹ **PLANTA**, s. 91.

⁴¹² **STOLZ**, s.81 vd.; **OSENBERG**, s.88 vd. Rehbinden'e göre, kural olarak, sözleşme uygulanma kabiliyetine sahiptir. **REHBINDER**, Ghostwriter, s.667; **REHBINDER**, Urheberrecht, s.131. Ancak, Rehbinden/Grossenbacher tarafından yazılan eserde, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının devredilemezliğinden ötürü –Bren Konvansiyonu md. 6-, sözleşme geçersiz olarak ele alınır. **REHBINDER/GROSSENBACHER**, s.18.

derece olumsuz sonuçlar doğurmaya yatkındır. Bir sözleşmenin, kısmen hükümsüz olması durumunda, hükümsüz olan kısım olmasaydı, sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilebiliyorsa, bu hükümsüzlük durumu sözleşmenin tamamına sirayet edecektir⁴¹³. Ayrıca, gölge yazarlık sözleşmesinin, görünür yazar bakımından, özellikle otobiyografi yazımının sözkonusu olduğu durumlarda, büyük bir önem arzettiği de hatırdan çıkarılmamalıdır⁴¹⁴. Gölge yazarlık sözleşmesinin, hukuka aykırı bir içerik sahip olduğundan yola çıkıldığında, görünür yazar herhangi bir nedenden ötürü eserle menfaati kalmadığında, tüm gölge yazarlık sözleşmesinin geçersizliğini iddia edebilecektir⁴¹⁵. Bu durumda, görünür yazar, eserin oluşumu için gerekli materyalleri göndermek veya kararlaştırılan ücreti ödemekten kaçınma imkanına sahip olurken, gölge yazar, göndermiş olduğu eser nüshasını, görünür yazardan istihkak davası yoluyla talep edebilecek veya sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında geri isteyebilecektir⁴¹⁶. Ancak gölge yazar, hükümsüz bir sözleşmenin varlığı durumunda ne çalışmış olduğu, hazırlamış olduğu iş veya kısım için tazminat ne de sözleşmenin ifası talebinde bulunabilecektir⁴¹⁷. Gene işaret eldim ki, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, geçerli olmayan bir borcu bilerek ifa edenin iade isteyemeyeceğine dair BK m.82 hükmünün de burada uygulama alanı bulabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

⁴¹³İBK md.20 bağlamında bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Kn.681 vd. Kısmi hükümsüzlük konusunda, gölge yazarın eserin meydana getirilmesine başladığı ve gölge yazarın iyiniyetli olduğu durumlarda, uzun süreli borç ilişkisi bakımından bir istisnadan bahsetmek mümkün olacaktır. Böyle bir durumda, taraflar arasında yıllardan beri devam eden kişisel sözleşme ilişkisinin varlığına rağmen, tarafları sözleşme dışında bir çözüm aramaya zorlamak, sözleşme dışı taleplerde bulunmaya yöneltmek, hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Uzun süreli borç ilişkisi sadece ileriye dönük olarak ortadan kalkacak, sözleşme ilişkisinin geçmişi hukuka uygun olarak kabul edilecektir. İş sözleşmesi bakımından da aynı yorumları ifade etmek mümkündür. **REHBINDER**, Berner Kommentar, Art. 320 Kn. 31 vd. Buna karşın, hükümsüzlüğün, yasada açıkça öngörüldüğü veya ihlal edilen normun anlam ve amacından anlaşıldığı zaman sözkonusu olacağı da vurgulanmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak, bkz. **HUGUENIN** Jacobs Claire, Komm. Zu Art. 19-21 OR, in: **HONSELL/VOGT/WIEGAND**, (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2. Auflage Basel 1996, Art. 19/20 Kn. 55 vd., 61 vd. Hükümsüzlük kavramının özelliklerinin, genel olarak değil, ihlal edilen norm bağlamında belirleneceği ifade edilmektedir.

⁴¹⁴ **PLANTA**, s.92.

⁴¹⁵ **PLANTA**, s.92; **DIESELHORST**, s.157. Bu noktada ifade etmeliyiz ki, görünür yazarın, eserden faydalanmak istememesi üzerine, gölge yazarlık sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi, butlan hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilip, hukuken kabul görmeyecektir.

⁴¹⁶ Bkz. İMK 641 II ve İBK 62 vd.

⁴¹⁷ **PLANTA**, s.92; **DIESELHORST**, s.157.

Yukarıda bahsettiğimiz yazarlar⁴¹⁸, eser sahibinin manevi haklarının devri kadar, bu haklardan feragati de, kabul etmemektedirler. Bu yazarlara göre, eser sahibi manevi hakkının tamamından belli bir bedel karşılığında vazgeçemeyecek, devredilemeyen manevi hakkı kendisinde kalacaktır. Böylece, gölge yazar, teorik olarak, her zaman için, eseri üzerinde eser sahipliği talebinde bulunabilecektir⁴¹⁹. Bu yaklaşımın, gölge yazarın ekonomik açıdan zararına sonuç doğuracağı doğaldır. Çünkü, görünür yazar, gölge yazarın her zaman kendi ismiyle eseri yayınlama hakkını gözönünde tuttuğunda, bu riziko karşılığında, gölge yazara eserin hazırlanması için daha düşük fiyat teklifinde bulunacaktır. Uygulamada gölge yazarlık konusunda yapılan sözleşmelerin çokluğuna rağmen, mahkeme kararlarına rastlamak mümkün değildir. Bunun nedeni olarak, gölge yazar eser sahibinin, sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmenin yanında⁴²⁰, olası ihlal durumunda gölge yazar olarak diğer işlerden kazanabileceği ekonomik değeri riske atmak istememesi de gösterilebilir.

Gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği konusundaki görüşlerle ilgili getirilebilecek bir eleştiri de, objektif ölçütlerin eksikliğidir. Örneğin Osenberg, gölge yazarın meşgul olduğu faaliyet alanının sözleşmenin geçerliliğinde oynadığı rolden bahsederken; Rehbinder, sözleşmenin geçerli olup olmadığının değerlendirilmesinde, esas olarak tüketicinin menfaatlerinin ön planda tutulması gerekliliğine dikkat çeker⁴²¹. Gölge yazarlık sözleşmesindeki bir riziko da, sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacın, gölge yazar tarafından tek taraflı olarak engellenebilmesi ihtimalidir. Eseri, kendi adıyla yayınlayan ve kamu önünde eserin yazarı olarak tanınmak isteyen görünür yazarın bu beklentisi, gölge yazarın kamuya eser sahipliğini açıklaması suretiyle boşa çıkacaktır⁴²².

Gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde, eser sahipliği haklarının ikili işlevi; hem mali hem de manevi menfaatleri korumaya yönelik işlevi⁴²³ olmasının da bir rol oynayacağı belirtilmelidir⁴²⁴. Eseri tek başına meydana

⁴¹⁸ STOLZ, s.60; OSENBERG, s.101; REHBINDER, Ghostwriter, s.655.

⁴¹⁹ REHBINDER, Ghostwriter, s.688; REHBINDER, Urheberrecht, s.110; OSENBERG, s.101,121; STOLZ, s.60.

⁴²⁰ PLANTA, s.93; DIESELHORST, s.157.

⁴²¹ PLANTA, s.94.

⁴²² PLANTA, s.97.

⁴²³ TROLLER, A., IGR I, s.66 vd., 94, Schweizerisches Urheberrecht, s.106; BARRELET/EGLOFF, Art.9 Kn.3; BGE 117 II 470.

⁴²⁴ PLANTA, s.99.

getiren, tek eser sahibi sıfatına sahip gölge yazarın, görünür yazarla akdettiği sözleşmenin amacına, ancak gölge yazarın manevi haklarının devri yoluyla ulaşabileceği söylenebilir⁴²⁵. Bu aşamada, karşılaştırmalı hukuk bakımından, İsviçre hukukunun bu soruna ne gibi çözümler önerdiğini incelemek faydalı olacaktır. Doktrinin bir kısmı, eser sahibinin manevi haklarının devri görüşünü reddeder⁴²⁶.

Eser sahibinin manevi haklarının, kişiliğinden ayrılmaz özelliği, manevi haklara ilişkin olarak borçlar hukuksal etkili işlem yapılması sonucunu doğurur. Buna göre, eser sahibi hakkının kullanımını bir başka kişiye bırakabilir. Ancak, doktrinde, İsv.ESHK md.16 f.1 de eser sahibinin haklarının devredilebilirliğini açıklayan hüküm gerekçe gösterilerek itirazda bulunmaktadır⁴²⁷. Bu noktada çözüm olarak, eser sahibinin manevi haklarının devrinin, genel kişilik haklarına dokunmadığı ölçüde geçerli olduğu önerilmektedir. Çünkü, genel kişilik hakları devredilemez niteliktedir. Bu noktada bir ayırım yapılabilmesi için de, manevi hakların öz alanı ile dış alanı (Kernbereich-Aussenbereich) kavramları teklif edilmektedir⁴²⁸. O halde, manevi hakların öz alanı genel kişilik haklarına tekabül etmektedir şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. Gölge yazarlık konusunda yapılan anlaşmalar, bu açıdan bakıldığında manevi hakların öz alanına veya genel kişilik haklarına dokunduğunda geçersiz kabul edilecektir. Bu konuda, MK md.28 kapsamında kişinin şeref ve itibarının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesiyle, gölge yazarlık sözleşmesinin geçerli olup olmadığına karar verilecektir. Gölge yazarın hazırladığı

⁴²⁵ **PLANTA**, s.106.

⁴²⁶ **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, s.130; **REHBINDER**, Ghostwriter, 655; **BARRELET/EGLOFF**, Art.9 Kn.7, böyle bir talebin münhasıran şahsa bağlı bir hak mahiyeti taşıdığından hareket ederek, manevi hakların devrini reddeder. Art. 16 Kn.6; **PEDRAZZINI**, neure Entwicklungen, s.5; **TROLLER**, A. IGR II, s.776 vd.; **LUTZ**, Martin J., Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1964, s.98; Cherpillod, eser sahibinin manevi haklarını, genel kişilik haklarına göre özel hüküm –lex specialis- olarak görür ve manevi hakların devri konusunda genel bir ifadeye bulunmaktansa, somut olayın özelliklerine devrin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesi yönünde bir yaklaşım önerir. . **PLANTA**, s.106 dn.452 (CHERPILLOD, nouvelle loi, s.559’dan naklen) Alman Hukuku bakımından; **RINTELEN**, Max, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht, Wien 1958, s.161 vd.; **FROMM/NORDEMANN**, § 11 Kn.1 vd.; **ULMER**, s.34; **REHBINDER**, Urheberrecht, s.220; **SCHRICKER/DIETZ**, Vorbem. §§ 12 Kn.26 vd.

⁴²⁷ **HOSLY**, Balz, Das urheberrechtlich scützbare Rechtssubjekt, Bern 1987, s.90 vd.; **UHL**, Markus, Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweizerischen Urheberrecht , Bern 1987, s.144 vd. **HAFNER**, Peter, Das Verhältnis urheberrechtlicher Befugnisse zum eigentum am Werkexemplar, Bern 1994, s.32 vd.

⁴²⁸ **HAFNER**, s.34; **EFFENBERGER**, Julius, Urheberrechte von Angehörigen öffentlicher Hochschulen, Basel 1995, s.32; **UHL**, s.95; **HOSLY**, s.89. Öte yandan, eser sahibinin manevi haklarının devredilmezliğini genel kişilik haklarından yola çıkarak savunmanın gerçeklikten uzak, yanlış bir yaklaşım olduğu da karşı görüş olarak savunulur. **PETER**, Wilhelm, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das “droit moral”, Baden-Baden 1962, s.150.

eserin görünür yazarın ismiyle kamuya sunmasının genel kişilik haklarının; bu bağlamda şeref ve itibarını zedeleyecek ölçüde bir eylem olmadığı, bu bakımdan gölge yazarlık sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴²⁹.

Gölge yazarlık sözleşmesindeki ilişki ve durumun, kitap-makale dışında, müzik eserleri, mimari eserler, güzel sanat eserleri vb. bakımından da sözkonusu olabileceğini vurgulamak gerekir. Örneğin, bir besteci bestesinin, bir heykeltıraş heykelinin bir başkası tarafından sahibi olarak gösterilmesi hususunda sözleşme yapılabilir. Bu durumlarda da, gölge yazarlık sözleşmesine ilişkin olarak yukarıda yapılan tartışmalar ve kurumlar kural olarak geçerliliğini koruyacaktır.

D.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi

1.Hakkın Anlam ve Amacı

Eserin umuma arzedilmesi hakkı, eser sahibine eserini kamuya hangi şekilde sunma hakkı tanır. Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı⁴³⁰, eserin kamuya

⁴²⁹ PLANTA, s.121.

⁴³⁰ Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının veya başka bir deyişle eser bütünlüğü hakkının korunmasını ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak gören görüş, bu hakka müdahalede bulunan kişilerin de dayandığı bir araç olabilmektedir. Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı çıkış noktası olmak üzere, fikri mülkiyet korumasına kuşkuyla bakanların verdiği örneklerden biri de,, Hans Christian Andersen'in masallarının geçirdiği süreçtir. Birçok değişik versiyonda izleyicinin veya okuyucunun karşısına çıkan bu hikayelerden,, “Küçük Deniz Kızı” hikayesi, Andersen'in masalı olmaktan çıkmış, video filmi, yap-boz oyuncağı ve sonunda da Walt Disney şirketinin klasik haline gelmiş bir çizgi filmi oluvermiştir. Hans Christian Andersen'in eserleri, birçok yazar ve diğer eser sahiplerince, değişikliğe uğratılmak suretiyle kullanılmıştır. Hans Christian Andersen de, bu eserlerini yazarken, hiç kuşkusuz varolan hikayelerden istifade etmiştir. Babası tarafından kendisine okunan hikayeler, büyükannesinden dinlediği Danimarka Halk masalları, Alman ve diğer halk masalları, Andersen'in eserlerini oluştururken yararlandığı kaynaklar arasındadır. Her sanatçının, daha önce var olan eserleri değiştirmek suretiyle eserlerini meydana getirdiğini savunan bu görüş, eser meydana getirmenin çok da zor olmadığını, görsel sanatlara ilişkin bir örnekle resmetmeye çalışır: Marcel Duchamp'ın, Mona Lisa resmi üzerine yaptığı bıyık, Da Vinci'nin eserinde hareketle yeni bir eser meydana getirilmesi anlamını taşır. Bkz. **TREIGER-BAR-AM**, Leslie Kim, Adaptations with Integrity, in Helle Porsdam (ed) Copyright and Other Fairy Tales: Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity, Oxford University Press 2006, s.61,63.

Postmodernist veya postyapısalcılar, orjinal eser sahipliğini bir efsane olarak görmekteirler. Bu görüş sahipleri, eser sahibinin (orjinal) eseri üzerindeki hakimiyetini eleştirirler. Bu görüş, sözde orjinal eserlerin, birer kopyadan başka birşey olmadığını ileri sürer. **FOUCAULT**, Michel; “What is an Author?”, in J.V. Harari (ed.), Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism, London 1980,London, s.141 vd.

Bir eser, kendisinden önce var olan bir eserin değiştirilmiş halidir. Bu anlayış, doğal olarak, eser korumasını kabul etmez. Postmodernist düşünürlerin, bu yaklaşımları, aslında köklerini geçmiş felsefi düşüncelerde bulur. Başka bir deyişle, ironik bir biçimde, postmodernistler yeni bir yaklaşım getirmekten çok, düşünce tarihinde daha önceleri ifade edilmiş fikirleri seslendirirler. Örneğin,

sunulduğu şekliyle korunmasını sağlar. Eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek, eser sahibince tercih edilen kamuya sunma biçimi bakımından, kamuya sunma hakkının devamı olarak da görülebilir. Eserin, kamuya sunulduğu estetik ve düşünsel ifade bütünlüğünün devamı sağlanır⁴³¹.

Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, örneğin kamu menfaatinin ağır bastığı anıt eserlerin korunmasından farklı olarak eser sahibinin kişisel menfaatlerini ön plana koyar. Öyle ki, bu hakla korunan eser sahibinin eserinin bütünlüğü üzerindeki kişisel veya düşünsel menfaatleridir. Hüküm, sadece eser sahibinin sübjektif manevi menfaatlerini korur. Bireyüstü kültürel menfaatlerin korunması, hükmün, tartışmalı olmakla beraber, kapsamında değildir⁴³².

Eserde değişiklik yapılmaması ve eserin tahrip ve imha edilmemesine ilişkin hükümler, çoğaltılmış nüshalara, hatta özel ve sınırlı sayıdaki basılara uygulanamayacaktır⁴³³.

2.Hakkı Konu Alan Hükümler ve Birbirleriyle Olan İlişkisi:

FSEK md.16 f.1'e göre, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. Kanunkoyucu, eser sahibinin adında değişiklikler yapılmasına ilişkin düzenlemeyi, adın belirtilmesi

Romantik dönemde önemli bir yere sahip, yansıma görüşü (mimetic), eserleri doğanın veya gerçekliğin birer kopyası olarak ele almaktaydı. Daha da geriye gidip, Platon'un sanat eserlerinin dünyadaki nesnelere birer yansımasından başka bir şey olmadığını dile getiren görüşünü anmak mümkündür. Sanatsal süreçteki yaratı, ödünç alma, dönüştürme veya kopyalamaya dayalıdır. Değiştirme (Modification), yaratıcı sürecin önemli bir kısmını oluşturur. Bkz. **TREIGER-BAR-AM**, s.65,66.

Eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi başta olmak üzere eser sahibinin haklarının etkisiz kalmasına veya büyük ölçüde sınırlanmasına yol açacak bu aşırı radikal görüş, pozitif hukuk nazarında itibar görmemiştir.

⁴³¹ **V.GAMM** § 15 Kn.10; **DREIER/SCHULZE** § 14, Kn.1.

⁴³² FSEK de, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi olarak nitelendirilen korumaya Alman hukukunda tekabül eden Alm. ESHK md.14 hükmü, doktrinde, "eser koruması" şeklinde de nitelendirilebilmektedir. Gerçekten de, Dietz, tarafından bu madde, eser koruması –werkschutz-başlığıyla anılır olmuştur. **DIETZ**, *Werkänderungen durch die Regie*, FuR 1976, s.816-829. Ancak böyle bir nitelendirmenin, yanlış bir izlenim uyandırdığı ifade edilmektedir.. Hüküm daha çok, eser sahibinin eserinin bütünlüğü üzerindeki menfaatini konu alır. Schack'ın tercih ettiği "integritätschutz" kavramı, kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını çağırıştırır. Hukuk terminolojisi açısından yapılan bu seçim, eser sahibinin manevi haklarının genel kişilik haklarıyla olan etkileşim sürecinin bir sonucu olarak da görülebilir. **SCHACK**, *Urheberrecht*, Kn.341.

⁴³³ **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet*, s.149,150

salahiyeti başlığı taşıyan FSEK md.15 hükmüne koymamıştır⁴³⁴. Öte yandan, eserin içeriğinde yapılacak değişiklik doğrudan, eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin bir ihlali olmakla beraber, aslında eser sahibinin umuma arz etme yetkisinin de ihlali sonucunu doğuracaktır. Elbette bu sonuca, eserin umuma arz tarzının geniş şekilde yorumlanmasıyla ulaşılabilecektir. FSEK md.16'da düzenlenen, eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi, FSEK md 21'de bir mali hak olarak düzenlenmiş işleme hakkıyla da yakından ilgilidir. Öyle ki, bu iki hüküm arasındaki ilişki mali haklar üzerinde yapılacak tasarrufların manevi haklar üzerindeki etkisini göstermesi bakımından dikkat çeker⁴³⁵. Bu noktada, bir mali hak olarak düzenlenmiş

⁴³⁴ Oysa kategorik açıdan düşünüldüğünde; eserin ismi üzerinde yapılacak bir değişiklik, eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisinin uygulama alanına girecek bir değişiklik olacakken, eser sahibinin isminin değişikliğe uğratılması ise adın belirtilmesi yetkisinin ihlali olarak ortaya çıkması gerekirdi. FSEK md.15 f.1 ve 16f.1 hükümlerini birlikte değerlendirdiğimizde bazı sorular ortaya çıkar. FSEK md.16 f.1 de, sadece eser sahibinin adında değişiklik yapılamayacağı belirtilmiştir. O halde, hükmün lafzı yorumundan çıkan sonuç, müstear adda yapılacak değişiklik, bu hükmün kapsamında olmayacak; böyle bir değişiklik FSEK md.15 f.1'in uygulama alanına girecektir. Bu yorum kabul edilmeyip, eser sahibinin adının dar değil de, müstear adı da kapsayacak şekilde yorumlanması da mümkündür. Bu yorum çerçevesinde, eser sahibinin eserini adsız olarak umuma arz etmek istemesine rağmen, örneğin yayınevi tarafından isminin yazılması durumunda da, FSEK md.16 f.1 deki menfaati ihlal edilmiş sayılacaktır. Ancak, bu tür bir çözüm, FSEK md.15 f.1 ile FSEK md.16 f.1'in bazı olaylar bakımından, ortak uygulama alanı olduğu anlamına gelecektir. Oysa, ideal olan, her iki hükmün farklı hukuki menfaatleri koruması olurdu. Bu amacı gerçekleştirmek için her iki hükmün uygulama alanını şu şekilde saptamak mümkündür. Eser sahibi, eseriyle birlikte tanıtılmak bakımından üç imkana sahiptir. Eseri ya kendi adıyla ya müstear adıyla ya da isimsiz olarak umuma arz edebilecektir. Bunlardan birini seçtikten sonra, örneğin eserini kendi adıyla umuma arz etmeyi tercih etmesine rağmen, yayınevi tarafından eserin eser sahibinin müstear adıyla çoğaltılması FSEK md.15 f.1'in ihlali anlamına gelecektir. Eser sahibinin eserini kendi adıyla umuma arz etmeyi tercih etmesine rağmen, yayınevini eser eser sahibinin isminin kısaltarak, soyadını kullanmaksızın çoğaltması durumunda da, FSEK md.16 f.1 ihlal edilmiş olacaktır.

⁴³⁵ Alman Hukukunda, eser sahibinin eserin bütünlüğü üzerindeki hakkı, başka bir deyişle eserde değişiklik yapılmasını menetmek hakkı, birçok hüküm tarafından korunmaktadır. **DIESELHORST**, s.119. Bu konuda, esas norm Alm. ESHK md.14'dür. Alm.ESHK md.14, lisans hakkı sahibinin, eser sahibinin izni olmadan eser üzerinde dürüstlük kuralı çerçevesinde değişikliğe gidebilmesine olanak tanıyan Alm.ESHK md.39. ile tamamlanır. Aynı şekilde, Alm. ESHK md.62 ile Alm.ESHK md.45 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş hükümler de, Alm. ESHK md.14'ü tamamlayan hükümler olarak ele alınmalıdır.

Alm. ESHK md.14'ün bu hükümlerle ilişkisi bakımından doktrinde farklı görüşler olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. İçtihatlar ve doktrindeki yazarların bir bölümüne göre, Alm ESHK md. 14' deki bozma yasağı (Entstellungsverbot), değiştirme yasağından (Änderungsverbot) ayırılmamalıdır. Bu bakış açısına göre, her ne kadar değiştirme yasağı, kanunda açıkça bir norm olarak düzenlenmiş olmasa da sözkonusu hak, eser sahibinin haklarının içeriğinden ve özelliğinden çıkarılabilecek, yasaca zımnen şart koşulmuş bir norm olarak görülmelidir. **DIESELHORST**, s.119, dn. 36 de anılan kararlar: Kirchen-Innenraumgestaltung, Schulerweiterung ve Maske in Blau. Yasaya içkin genel değiştirme yasağı ile Alm. ESHK md.14 de yeralan bozma yasağı arasındaki fark değiştirme yasağının ihlal edilmesi için eserin özüne, kendisine, ilişkin bir müdahale gerekirken, bozma yasağı kuralının ihlalinde eserin kendisine bir zarar verilmemekle beraber, eserin eser sahibinin manevi (ideelle) menfaatlerini ihlal edecek şekilde sunumuna tanık olunur. **DIESELHORST**, s.120, dn.37 de anılan karar: Kirchen-Innenraumgestaltung. O halde, ilk önce, araştırılacak olan nokta eserin kendisinde bir değişiklik yapıp yapılmadığı olacaktır. Eserde bir değişiklik sözkonusu değilse, bu sefer, Alm. ESHK md. 142e başvurulacaktır. Başka bir görüşe göre, Alm. ESHK md.39. ve md 62 değiştirme yasağının temel normlarıdır. Öyle ki, kural eserin değiştirilmesidir. Alm.ESHK md. 14, sadece değiştirme yetkisi sahibinin bu yetkisini aştığı zamanda uygulama alanı bularak anlam kazanır. Bu

işleme hakkı, eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkının malvarlıksal-ekonomik yönünü ortaya koyar⁴³⁶.

Daha önce umuma arzedilmiş bir eserin, eser sahibinin izni olmadan ve parçalara bölünerek çoğaltılması ve yayılması, mali hak ihlallerinin yanında, eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisinin de ihlal edilmesi anlamına gelecektir⁴³⁷.

Eser sahipliğinin tanınması başlığını taşıyan İsv. ESHK md.9 hükmünün ikinci fıkrasında, eser sahibi, eserin ilk kez umuma arz edilip edilmemesi, edilecekse zamanı, tarzı ve hangi eser sahipliğini tanıtıcı işareti kullanacağını belirleme konusunda münhasır hak sahibi kılınmıştır. Dolayısıyla, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının kapsamı içinde, eserin umuma arz yetkisi de düzenlenmiş olmaktadır. Eser bütünlüğü başlığını taşıyan İsv.ESHK md. 11 f.1 bent a'da ise eser sahibinin eserde değişiklik yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa zamanı ve tarzını belirleme konusunda münhasır hak sahibi olduğu öngörülmüştür. İsv.ESHK'da, eser sahibinin manevi haklarını kullanmasında tercih edilen kanuni ifade şekli, "hakkın kullanılıp kullanılması, kullanılacaksa zamanı ve tarzı" na ilişkin olmak üzere ortak bir ifade şeklini almıştır. Yine aynı şekilde, İsv.ESHK md.11 f.1 bent b'de, eser sahibinin, eserinin başka bir eserin meydana getirilmesinde veya bir seçme ve toplama eserde (sammelwerk) kullanılıp kullanılmayacağı, kullanılacaksa zamanını ve tarzını belirleme konularında münhasır hak sahibi olduğu düzenlenmiştir. Böylece, özellikle

durumda, eser sahibi eseri değiştirme hakkının kötüye kullanılmasını 14. maddeye dayanarak engelleme imkanına sahip olur. **DIESELHORST**, s.120, dn 39'da zikredilen yazarlar. Üçüncü görüşe göre ise, Alm.ESHK md.14 esas norm olarak varlığını sürdürürken, Alm. ESHK md.39, md.62 ve md.93 hükümleri bu normu somutlaştıran, tamamlayan normlar olarak işlev görürler. **DIESELHORST**, s.120

⁴³⁶ **DIESELHORST**, s.119.

⁴³⁷ Yargıtay bir kararında, eserin bütünlüğüne dikkat edilmeksizin, bozularak, izinsiz bir şekilde bir gazetede parçalara bölünerek yeniden yayınlanmasını FSEK md.16'ya aykırı görmüştür. Somut olayda, bir yazara ait eser, bir gazetenin, değişik yıllara ait sayılarında izin alınmadan, parçalara ayrılarak yayınlanmıştır. Karar için bkz. 11. HD, 20.02.2004, E.2004/836, K.2004/1534. **SULUK/ORHAN**, s.338,339.

Çoğaltma ve yayma haklarına ilişkin bir sözleşme yapılmış olsa ve bu sözleşmeye uygun olarak eser gazetede yazı dizisi halinde yayınlanmış olsa FSEK md.16'ya aykırılık teşkil etmeyecekti. Oysa, eserin çoğaltma ve yayma hakkı alınmadan gazetede parçalara bölünerek yayınlanması eser sahibine mali hakların ihlali yanında FSEK md.16'dan kaynaklanan menetme yetkisinin de ihlal edildiği iddiasında bulunma imkanı vermektedir. Böylece, eser sahibi, eseri üzerinde çoğaltma ve yayma hakkı tanımış olsaydı itiraz edemeyeceği değişikliklere, çoğaltma ve yayma hakkı olmadan yapılan bir yayında itiraz etme olanağına kavuşmaktadır. Çünkü böyle bir halde, yayıncının, "eser sahibinden çoğaltma ve yayma hakkı devralınmış olsaydı dahi bu şekilde parçalara ayrılarak yayınlanacaktı; dolayısıyla eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkı ihlalinin yanında ayrıca eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının ihlal edildiğinden hareketle bir tazminat talep etmesi haksızdır" şeklinde bir iddiada bulunması ve bunu ispat etmesi mümkün değildir.

işleme eserler ve bu bağlamda parodi eserlere ilişkin düzenlemeler de, eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin yetkiyle ortak özellikleri olmaları nedeniyle, aynı başlık altında kaleme alınmıştır.

Bir manevi hak olarak “eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi”nin, mali haklarla ilişkisinin yanında, FSEK dışındaki düzenlemelerle de ilişkisi mevcuttur. Bu konuda akla gelen ilk düzenleme, Borçlar Kanununun yayın sözleşmesine ilişkin ilgili hükümleridir.

3.Bozma ve Zarar Verme Kavramları

FSEK md.16 f.1’de, eser sahibinin menedebileceği “değiştirmeler”; ile esere veya eser sahibinin adına ilişkin “kısaltma”, “ekleme” veya bunlar dışında kalan “başka değiştirmeler” olarak sıralanmıştır. İkinci fıkradan ise, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeler dışında kalan değiştirmelerin, eser sahibi tarafından menedilebileceği anlaşılmaktadır. Eser sahibi vereceği “izin”le, gerek eserde gerekse kendi adında kısaltma, ekleme veya başka değiştirmeler yapılmasını meşru kılabilmesi gibi, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeler dışında kalan değiştirmelere de isterse müsaade edebilecektir. Ancak, üçüncü fıkrada, eser sahibinin eserde ve hatta eserde kullandığı adına ilişkin olarak vereceği değiştirmelerin hukuki açıdan sınırlandırılması yapılmıştır. Buna göre, eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını yahut eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere karşı muhalefet hakkını muhafaza edecektir.

Kişilik hukukundan ödünç alınmış, “şeref ve itibar” kavramlarının kapsamını belirlemek ne kadar güçse, aynı güçlüğü eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değiştirmeleri saptarken de tecrübe etmek mümkündür. Bir eser sahibinin eser üzerindeki bir değişikliği eserin mahiyet ve hususiyetini bozan bir değişiklik olarak görmesi mümkünken, başka bir eser sahibinin bir değişikliği bu şekilde değerlendirmeyeceği karşılaşılabilecek bir durumdur. Başka bir deyişle, standart bir sanat eseri olmadıkça “mahiyet ve hususiyet bozan değiştirmeler” ölçütünün içini doldurmak pek kolay olmayacaktır. Standart olma ise fikir ve sanat eseri olmanın “özgünlük” niteliği ile çelişir. O halde, izlenecek yol, somut olay adaletinin

sağlanması olacaktır. Öznellik ağırlıklı ve kişiliğin yansıması olarak görülen bir eserdeki değiştirmenin eserin mahiyet ve hususiyetini bozup bozmadığının tesbitinde ne bilirkişi ne de hakim kesin kriterlere sahip olacaktır. İşlevsel bir amaç taşımayan, estetik kaygılarla meydana getirilmiş bir eserin, “mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmelerin” tesbiti, işlevsel amaç taşıyan bir ürünün “mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmelerden çok daha titiz bir incelemeyi gerektirecektir.

FSEK’te, eser sahibi, şeref ve itibarını veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere karşı güvence altına alınmıştır. Hükümde geçen “bozma” sözcüğünün, zarar vermenin bir türü olduğu kabul edilirse, bozma dışında kalan zarar vermelerin hukuki akıbeti ne olacaktır? Hükümde “bozma” kelimesi geçtiğine göre, bozma dışında kalan zarar vermelerin hukuka uygun olabileceği savunulabilir. Başka bir bakış açısıyla, hükümde geçen “bozma” kelimesinin zarar verme ile eşanlı kullanıldığı sonucuna varılıp, doğabilecek soru işaretleri daha başında bir kenara bırakılabilir.

FSEK md. 16 f.3 uyarınca “eser sahibi kayıtsız şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile, şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Bu hüküm, eser ile sahibi arasındaki itibar ve şeref ilişkisini gösterdiği gibi aynı zamanda esere “dolaylı müdahale” kavramını gündeme getirir. Bu konuda, doktrinde Tekinalp, üç şiirinin bir aşk şiirleri antolojisine konulması konusunda derleyici ile sözleşen şair (A)’nın, bu şiirlerin porno resimlerle bezenmiş bir kitaba konulduğunu tesbit edince FSEK md.16 f.3’e dayanarak yayını menedebileceğini belirtmektedir. Gerçekten de, bu örnekte, eser maddi anlamda değiştirilmemiştir; ancak esere “mahiyet ve hususiyetini bozan” bir müdahale yapılmıştır⁴³⁸.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, Alm.ESHK md.14’in yasakladığı eylemler, eserin bozulması veya diğer zarar vermeler olduğunu görürüz. Hükümün, seçilen bu sözcükler itibariyle, “bozma, anlaşılmaz hale getirme ve diğer

⁴³⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.148. Yargıtay, eseri bozar şekilde yorumlamayı da eserde değişiklik olarak değerlendirmiştir. Yargıtay “çile bülbülüm çile” şarkısının usulüne uygun olmayan tarzda okunmasını eserde değişiklik olarak kabul etmiştir. HGK’nın 11.2.1983 tarihli ve E. 1981/4-70, K. 1983/123 sayılı kararı, **EGEMEN**, Ercan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları (1975-1984), Ankara 1985, s.682-694

değişiklikler veya esere zarar verilmesi” sözcüklerinin kullanıldığı Bern Konvansiyonu Değişik md.6 ile benzer ve uyumlu olduğu belirtilmelidir. Kanun, zarar kavramını üst kavram olarak kullanır; bozma zarar vermenin özel bir hali olarak anlaşılmalıdır. Eser sahibi, meşru menfaatlerini tehlikeye düşüren bozma eylemlerini yasaklayabilir⁴³⁹.

FSEK md. 16’da eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına müdahalelerin sınırı olarak kullanılan şeref ve itibar sözcükleri Alm.ESHK md.14’de yer almaz. Bu noktada hükmün, eser sahibinin şeref ve itibarını koruyan Bern Konvansiyonu Değişik md. 6 ile tamamlanması gerektiği akla gelse de, bu düşünceye şu nedenle karşı çıkılır: Bern Konvansiyonu Değişik md.6’da öngörülen şeref ve itibar kavramlarının genel kişilik haklarını korumayı amaçladığı; oysa Alm. ESHK’nın ve dolayısıyla Alm.ESHK md.14’ün daha kapsamlı bir şekilde eser sahibinin eseriyle olan düşünsel ve kişisel bağını korumayı amaçladığı ifade edilmiştir. Bern Konvansiyonunda öngörülen minimum korumanın ötesine geçen bu düşünce, Alm.ESHK md. 14’in gerekçesinde yer almaktadır⁴⁴⁰. Bu doğrultuda, FSEK’te eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına yapılacak müdahalelere verilecek iznin sınırı olarak görülen, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozma kavramı, Alman Hukukunda yorumla elde edilecek bir sonuç olabilir.

Eserin iyileştirilmesi veya kötüleştirilmesi, hakkın ihlali bakımından aynı rolü oynarlar. Eser sahibi, eserinin hangi biçimde kamuya sunulacağına karar vereceğine göre, eseri iyileştirme adına yapılacak müdahaleler, eser üzerindeki bütünlük hakkının ihlaline neden olacaktır⁴⁴¹. Başka bir ifadeyle, değişikliğin olumlu veya olumsuz olması eserde değişiklik yapılamaz kuralını etkilemez. Değişikliğe ilişkin karar verme yetkisi sadece eser sahibine aittir⁴⁴². Bu nedenle, bir yağlı boya tablodaki çirkin bir figürün, bir dekoltenin, gereksiz görülen bir nesnenin –olumlu

⁴³⁹ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.342. Ancak Hertin karşı görüştedir. **FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN**, § 14 UrhG Kn.5.

⁴⁴⁰ **DREIER/SCHULZE**, § 14, Kn.3.

⁴⁴¹ **FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN** § 14 Kn. 8 ve 11, **DREIER/SCHULZE** § 14 Kn. 7; OLG München ZUM 1992, 307,310-Christoph Columbus; BGH GRUR 1989, 106,107-Oberammergauer Passionsspiele II.

⁴⁴² **EREL**, s.123. Eser sahibinin eserinde zorunlu olanlar dışındaki değişikliklere izin verme yetkisi miras yoluyla devre veya üçüncü kişilere devredilmeye uygun olmayıp, sadece eser sahibi tarafından kullanılabilir.

olacağı gerekçesiyle- boyanması ya da bir roman veya piyesin herkesi gözyaşlarına boğan acıklı sonunun mutlu sona bağlanması kabul edilemez. Kaldı ki, bu tür değişikliklerin eserin mülkiyet hakkı sahibince de yapılamayacağı FSEK md.17 f.2’de “aslın maliki... eseri bozamaz” şeklinde ifade bulmuştur⁴⁴³.

Bir tablonun çoğaltılarak, üçüncü bir kişi tarafından yapılmış bir resme uyumunun sağlanması⁴⁴⁴ veya bir müzik eserinin, tek bir tonda çalınarak telefon zili sesi haline indirgenmesi eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını menetmek hakkının bir ihlali olarak görülür⁴⁴⁵.

Alm. ESHK md.14’de geçen bozma kavramı (Entstellung), zarar vermenin (Beeinträchtigung) özel bir hali olarak değerlendirilir. Bozma, eserin estetik ve düşünsel açıdan bütünselliğini bozan her türlü değişiklik olarak algılanır. Bu bakımdan, eserin objektif açıdan kötüleştirilmiş olması gibi bir koşul aranmaz. Bozma kavramı, eserin kendisine yönelen doğrudan müdahaleleri içine aldığı gibi, eserin kendisinde değişiklik yapmayan ancak sunulma biçimiyle eserin ifade bütünselliğini bozan dolaylı müdahaleleri de kapsar⁴⁴⁶. Dolaylı müdahaleler konusunda verilen klasik örnekler arasında, bir müzik eserinin estetik ve düşünsel ifade bütünlüğüyle bağdaşmayan ticari bir reklamda kullanılması veya bir müzik parçasının pornografik bir filmde kullanılması yahut bir tablonun siyasi eğilimli bir kışkırtma amacıyla kötüye kullanılması yer almaktadır⁴⁴⁷.

Eserin bütünlüğüne yönelmiş müdahaleler, doğrudan veya dolaylı yoldan gerçekleşebilir. Doğrudan veya dolaylı olmasına bakılmaksızın, müdahale esere zarar verme veya onun daha ağır bir hali olan bozma şeklinde de ortaya çıkabilir. Eserin düşünsel içeriğine yönelmiş müdahaleler, dolaylı müdahaleler olarak nitelendirilir. Buradaki müdahale, eserin ait olduğu ortamdan, konumdan alınması şeklinde de belirebilir. Eser, ait olduğu ortam ve konumla sıkı ilişki içinde olduğundan, eserin bu tür konumuna müdahale onun eserin ifade etmek istediği anlamı, eserin fikri özünü

⁴⁴³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.148,149.

⁴⁴⁴ BGH GRUR 2002, s.532-534.

⁴⁴⁵ **LOEWENHEIM/DIETZ**, § 14, s.227. Parodilerin, bu hakkı ihlal edip etmediği tesbit edilirken serbest kullanım hakkı bakımından Alm.ESHK md. 23 ve md. 24 hükümleri hesaba katılacak ve menfaatlerin dengelenmesi ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Bkz. **LOEWENHEIM/DIETZ**, § 14, s.227,228.

⁴⁴⁶ **DIESELHORST**, s.122,123.

⁴⁴⁷ **DIESELHORST**, s.123.

(geistige Substanz) örsleyebilir.⁴⁴⁸ Eserin sadece bir kısmının kullanılması, eserin kısaltılması veya esere eklemelerde bulunulması eserin bütünlüğünü bozan ve eser sahibini manevi menfaatlerini zedeleyen değışikliklerdendir.⁴⁴⁹

Tahrifat kelimesiyle de ifade edebileceğimiz bozma, zarar vermenin ağır ve özel bir biçimi olarak yasada yer alır⁴⁵⁰. Kavramın önemi, özellikle eser sahibinin menfaatlerinin ne derece ihlal edilmiş olduğu tespit edilirken, başka bir deyişle eserin bütünlüğünü bozan zarar verenin menfaatleriyle, eser sahibinin menfaatlerinin ele alınmasında ortaya çıkar. Ağır bir zarar verme durumu olarak tahrifat, zarar verenin eseri degistirme hakkını ileri sürmesini zorlaştırabilecektir⁴⁵¹.

Eserde yapılan değıştirmelerin “bozma” derecesine varması, her türlü fikir ve sanat eserleri için ortaya çıkabilecek bir sonuçtur. Bir bilim ve edebiyat eserinin, ifade biçiminin veya içeriğinin değıştirilmesi, bu değışikliğin eserin bozulması olarak yorumlanmasına neden olabilecektir. Filme alınan bir romandaki birkaç sahnede değışikliğe gidilmesi romandaki karakterlerin biçimini bozmaya yol açıyorsa bu tür bir değışiklik “bozma” olarak kabul edilebilecektir⁴⁵².

Doktrinde tartışmalı olan mesele, eseri imha etmenin bozma kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir⁴⁵³. Eseri üzerinde Eşya Hukuku anlamında mülkiyetini devreden eser sahibi, malikin sanat eserinin tamamıyla imha etmesini hesaba katmış olmalıdır⁴⁵⁴. Malike eseri imha etme yetkisi tanınmış olsa bile, eserin imhasının aslında sınırlı bir anlam taşıyacağı ifade edilmektedir. Bu bakış açısına göre, kural olarak, ancak eserin nüshası; somutlaşmış hali imha edilebilir; yoksa (düşünsel) eser varlığını sürdürür. İmha edilen bir yapı eseri, örneğin eserin fotoğrafında veya hafızada varlığını sürdürür. Söz konusu bu yapı eseri, lisans hakkı

⁴⁴⁸ **DREIER/SCHULZE**, § 14, Kn.11.

⁴⁴⁹ Carmina Burana adlı bir müzik eserinin, bir kısmının boks karşılaşmasına ilişkin bir gösteride kullanılması, eserin bütünlüğüne yönelmiş bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.

⁴⁵⁰ **DIESELHORST**, s.123.

⁴⁵¹ **DIESELHORST**, S.124, dn:58.

⁴⁵² **WANDTKE/BULLINGER**, § 14, s.228.

⁴⁵³ Alm.ESHK md.14, eser nüshalarının imhasını kapsamaz. Alm.ESHK md.14’ün eserin imhasını kapsamadığına ilişkin olarak; LG Hamburg GRUR 2005, s.674- Astra-Hochhaus; KG GRUR 1981, s.743-Totenmaske I.

⁴⁵⁴ LG München FuR 1982, s.514. Mahkeme kararında, “Felseneiland mit Sirenen” kararını dayanak noktası yapmıştır. Ancak, bu kararda eserin ortadan kaldırılması değil, eser üzerinde değışiklik dava konusu olmuştu. Bunun yanısıra, mahkeme Eşya Hukuku anlamında mülkiyet hakkı sahibine eseri imha etmenin yasaklanamayacağını belirtmişti. RGZ 79, s.401-Felseneiland mit Sirenen.

olmaksızın, başka bir yerde yeniden inşa edildiğinde eser sahibinin manevi hak ihlalinin bahsetmek gerekecektir⁴⁵⁵.

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre⁴⁵⁶, eser sahibi eserin malikine karşı eserin imha edilmesini yasaklama hakkına sahip değildir⁴⁵⁷. Bu doğrultuda sözkonusu yazarlar, “zarar verme” kavramının, eserin varlığının devam etmesini şart kıldığını ifade ederler. Oysa, eserin imhasında eser maliki eserin sanatsal hususiyetini değil, eserin maddi varlığını ortadan kaldıracak ve bu eylem eserin sanatsal hususiyetine zarar verme olarak anlaşılmayacaktır.⁴⁵⁸ Buna karşın, doktrinde hakim görüş, eserin imhasının 14. maddenin uygulama alanı içinde olduğu yönündedir. Bu yazarlara göre, eserin imhası ağır derecede bir zarar verme olarak değerlendirilir. İmha kavramının zarar verme kapsamında değerlendirilerek, eser sahibinin Alm.ESHK md.14’deki yasaklama hakkına dahil edilmesi orjinal sanat eserlerinin korunmasına hizmet eder⁴⁵⁹.

Bullinger, bu görüşün zarar verme kavramını fazlasıyla genişlettiğini belirtir⁴⁶⁰. Orjinal eserin imhasının eser sahibinin kişisel alanına ağır müdahale halini aldığı durumlarda, sözkonusu müdahale genel kişilik haklarına dayanılarak yasaklanabilir⁴⁶¹.

Eserin imhasının, eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisinin kapsamında olup olmadığı bir yorum sorunudur. FSEK md.16 f.3’de, eserin malikine yönelik bir “imha etmeme” yükümlülüğü açıkça yüklenmediği ve Eşya Hukuku

⁴⁵⁵ SCHULZE, Gernot, Vernichtung von Bauwerken, FS Dietz 2001, s.187.

⁴⁵⁶ WANDTKE/BULLINGER § 14 Kn.24; V.GAMM § 14, Kn.11; MOHRING/NICOLINI § 14, Kn. 4b; GERSTENBERG, Ekkehard, die Urheberrechte an Werken der Kunst, der Architektur und der Photographie, München 1968, s.73; GROHMANN, Hans, Das Recht des Urhebers, Entstellungen und Änderungen seines Werkes zu verhindern, Erlangen 1971, s.123 vd.

⁴⁵⁷ Bu fikir, kaynağını sadece Alm.ESHK hükümet taslağı gerekçesinde değil, aynı zamanda 14.maddenin lafzının yorumunda bulur. Hükümet gerekçesi şu şekildedir. Güzel sanat eserlerinin imha edilmesi yasağı bu kanun kapsamına alınmamıştır. Meğer ki, kamusal bir menfaatin varlığı sözkonusu olsun. Kültürel açıdan değerli sanat eserlerinin muhafaza edilmesi, -örneğin anıtların korunması gibi- özel hukuka ait eser sahipleri hukukunun konusu olmayıp kamu hukuku alanına ait bir meseledir. BT-Drucks.IV/270, s.45 den aktaran DIESELHORST, s.124 dn.62.

⁴⁵⁸ DIESELHORST, s.124.

⁴⁵⁹ SCHRICKER/DIETZ § 14, Kn.38; FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN § 14 Kn.18; DREIER/SCHULZE § 14, Kn.27; SCHACK, Urheberrecht, Kn.56 ve 359.

⁴⁶⁰ WANDTKE/BULLINGER § 14, Kn.24.

⁴⁶¹ WANDTKE/ BULLINGER § 14, Kn.24. Binaların yıkımında, genel kişilik hakkının ihlaline neden olan bir durum görmeyen anayasa mahkemesi kararı için bkz. BverfG ZUM-RD 2005, s.169,170.

anlamında da maddi mülkiyet sahibinin mülkiyet konusu şey üzerinde kural olarak serbestçe tasarrufta bulunabileceği noktalarından hareketle, maddi mülkiyet sahibinin imha yetkisi savunulabilir. Başka bir yorum tarzına göre ise, “İmha”, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan bir değişiklik olduğuna göre, maddi mülkiyet sahibinin eseri imha yetkisinin olmadığı kabul edilebilir. Alman Hukukunda Kanunkoyucu, eserin imhasının esere zarar verici etkisine rağmen Alm.ESHK md.14’e eserin imhası yasağını dahil etmek istememiştir⁴⁶². Maddi mülkiyet sahibinin eseri imha etmesi, eserin somutlaştığı hali ortadan kaldırması demektir; eser düşünsel düzlemde varlığını sürdürecektir.

Eseri imha etmenin eserde değişiklik yapmanın aksine, eserin düşünsel ve estetik açıdan bütünselliğini değiştirmediği, imhanın eserin kamu nezdinden ilelebet çekilmesi olarak yorumlandığı; eserin imhasında eser sahibinin şeref ve itibarının kural olarak zarara uğramadığının vurgulandığı görüşlerin⁴⁶³ doğru olmadığı ifade edilmiştir.

Mülkiyet hakkı sahibinin, mülkiyet hakkına müdahale şeklinde ortaya çıkan eserlerin imhası konusunda, mülkiyet hakkı sahibinin menfaatlerinin ağır basacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁴.

⁴⁶² Alman hukuku bakımından, Alm.ESHK md.14’den, eserin Eşya Hukuku anlamındaki malikine yönelik eseri muhafaza etme veya restore etme gibi bir yükümlülük çıkmaz. Gerek Alm.ESHK md.14’deki yasaklama hakkının eseri imha etmeyi zikretmemesi, gerekse AMK md.903’ün Eşya Hukuku anlamındaki mülkiyet sahibine eser üzerinde istediği anlamda tasarrufta bulunma yetkisi tanınması, eser sahibinin eserin imhasına karşı Eşya Hukuku anlamındaki mülkiyet hakkı sahibinin engelleyemeyeceği sonucunu doğurur. **WANDTKE/BULLINGER** § 14, Kn.22. Kaldı ki, hazırladığı plana göre inşa edilmiş bir binaların mimarı, binaların yıkılmasının genel kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiği yönündeki savunmasıyla başarıya ulaşamamıştır. BverfG ZUM-RD 2005, s.169,170.

⁴⁶³ Dieselhorst, bu yöndeki yargı kararlarını eleştirmiştir. **DIESELHORST**, s.125. Yazara göre, eserin imhası olgusunun 14.maddenin uygulama alanına girmediğini peşinen kabul eden bir bakış açısı doğru değildir. Çünkü, imha, bir esere zarar vermenin en ağır biçimlerinden biridir. Bu nedenle, imha kavramı gerek lafız gerekse amaç açısından Alm. md.14’ün kapsamı içindedir.

⁴⁶⁴ Bu konuda, Alman Hukukunda, doktrin ve içtihatlarda bir fikir birliği olduğunu söylemek mümkündür. Duvar üzerine yapılan resim niteliğindeki şekillerin silinmesi bu konuda örnek olarak gösterilebilir. GRUR 1983, 60 –Sprayers von Zürich; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.360; **WANDTKE/BULLINGER** § 14 Kn.45; **SCHRICKER/DIETZ**, § 14 Kn.37a; **MULLER**, Lothar, Das Urheberpersönlichkeit des Architekten im deutschen und österreichischen Recht, München 2004, s.173. Eserin maliki, eser sahibinin adını ve adresi biliyorsa, eserin aslı imha edilmeden önce eser sahibine eseri geri almasını teklif etmelidir. Eserin imhasına ilişkin eylemden önce, eser sahibine iade imkanı olup olmadığı menfaatlerin karşılaştırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olacaktır. Eserin malikinin, eser sahibine ulaşmasının mümkün olmadığı; eser sahibine eseri geri almasını teklif edecek imkanın olmadığı durumda, eserin malikinin eserin sahibine oranla menfaatinin ön plana alınacağı ifade edilmektedir. Doktrinde, menfaatlerin dengelenmesinde kullanılan bu ölçüte “Eserin imhası durumunda, eser sahibine iade imkanı” denilmektedir. **DIESELHORST**, s.129.

Kişilik hakkıyla ilgili ve eser niteliğindeki mektup, fotoğraf gibi eşyaların imhasında eser sahibinin menfaatlerinin, Eşya Hukuku anlamındaki malikin menfaatlerine üstün geldiği kabul edilir⁴⁶⁵. Eserin imhasına ilişkin olarak, Eşya Hukuku anlamındaki malikin eser sahibinin iznine dayanması mümkündür. Eser sahibinin bu konuda vereceği izin yanısıra, taraflar tersine; eserin imha edilmeyeceği konusunda bir anlaşmaya da varabilirler⁴⁶⁶.

Lafzi yorumla, FSEK md.16'da eser üzerindeki değişikliklerin sınırı olarak, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeler kabul edildiğinde, eseri ortadan kaldırmanın bu hüküm kapsamına girmeyeceği sonucuna ulaşmak doğru olacak mıdır? Bu noktada, kısmi imha, eserin tamamen imhasından farklı bir rejime mi tabi tutulmalıdır? Eserin bütünseliğinin bozulmasını tam imha ve kısmi imha şeklinde bir ayırımla anlamak isteyenler, bu kavramlar konusunda şu açıklamalarda bulunurlar: Tam imhadan farklı olarak, eser sahibinin, eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi kapsamında, eserinin kısmen imha edilmesine karşı korunacağı ileri sürülebilir. Çünkü, kısmi imhada eserin bir bölümü var olmaya devam eder ve geride kalan bu bölüm orjinal eserin estetik açıdan zarara uğratılmış, bozulmuş kısımdır⁴⁶⁷. Eserin kalan kısmı, yapısal özellikleri nedeniyle ilk eseri hatırlatıyorsa, ilk eser kısmi imha yoluyla değişikliğe uğratılmış; bozulmuştur⁴⁶⁸. Bu aşamada, eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisinin uygulanabilmesi için kalan kısmın eser sahibi korumasını hak edecek bir yaratıcılık derecesine sahip olması gerekmez⁴⁶⁹. İmha edilen eserden geriye kalan kısım, eser koşullarını karşılamıyorsa bile, eserin bozulduğu kabul edilip, hükmün uygulanması sağlanmalıdır⁴⁷⁰. Çünkü, geride kalan kısım eser sahibinin eseriyle olan düşünsel ve kişisel ilişkisinin ne denli ihlal edildiğini göstermesi bakımından önemlidir⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ JÄNECKE, A., Das urheberrechtliche Zerstörungsverbot gegenüber dem Sacheigentümer, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2003,s.164 vd.

⁴⁶⁶ JÄNECKE, s.220.

⁴⁶⁷ Alman hukukunda, Alm.ESHK md.14, eser sahibini eserinin kısmi imhasına karşı korur. OLG München ZUM 2001, s.344- Abriss eines Kirchenschiffs.

⁴⁶⁸ Dolayısıyla, Alm.ESHK md.14 ün kapsamına giren "bozma" gerçekleşmiş demektir. OLG München ZUM 2001, s.344 –Abriss eines Kirchenschiffs.

⁴⁶⁹ DREIER/SCHULZE § 14 Kn.29; DREYER/KOTTHOFF/MECKEL § 14 Kn.40; Ancak Schulze, ilk eserden geriye kalan kısmın tek başına eser korumasını hakedecek bir konumda olmasına gerek duyulmaması yönündeki görüşü olumlu karşılamamaktadır. SCHULZE, FS Dietz, s.188 vd.

⁴⁷⁰ WANDTKE/BULLINGER § 14, Kn.25.

⁴⁷¹ OLG München ZUM 2001, s.344 –Abriss eines Kirchenschiffs.

Kanaatimizce, imha kavramı kısmi ve tam şeklinde ayrıma tabi tutulsa da, her iki fiil grubu da, FSEK md.16'da düzenlenen eseri değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. “Çoğun içinde azı da vardır.” Bir hukuk kuralının yasakladığı fiilin yarattığından daha ağır sonuç doğuran fiiller de öncelikle -a fortiori- yasaklanmış sayılır. Eserin değiştirilmesini -üstelik düzeltme olumlu düşüncesi ile dahi yapılsa- yasaklayan hüküm, eserin fiziki varlığını tamamen veya kısmen yok etmeyi öncelikle yasaklar şeklinde bir sonuca varmak doğru olur.

4.Hakkın İhlalinin Tespitinde Üç Aşamalı Test

Eser sahibinin mali hakkı üzerinde tasarrufta bulunması üzerine, eserden yararlanan kişilerin eserden azami fayda elde etmek istemeleri, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmaması menfaatiyle çatışacaktır. Eserin bütünlüğüne ilişkin olarak, eser sahibinin menfaatleriyle, eserden yararlananların menfaatlerini nasıl dengelenecektir? Eserden yararlanan kişinin, eser üzerinde değiştirmelerde bulunması hangi hallerde hukuka uygun sayılacak ve ortaya bir haksız fiilin çıkmasını engelleyecektir? FSEK md.16 f.2, bu noktada “teknik icabı zaruri görülen değiştirmeler”i hukuka uygun görmektedir. Bu sınırları aşan, ancak menfaatler dengelenmesi neticesinde, eser sahibinin itirazının haklı görülmeyeceği veya aşırı görüleceği durumlar da olabilecektir.

Alm.ESHK md.14, md.39, md.62 ve film eserleriyle ilgili md. 93 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, farklı uygulama alanlarına sahip bu hükümlerin uygulanmasında ortak olan nokta, hükümlerin muhatap aldığı kişiler arasında menfaatlerin dengelenmesinde izlenen üç aşamalı süreçtir⁴⁷². İlk olarak, objektif açıdan, eser sahibinin değerlendirmesine bakılmaksızın, bir zarar verme veya bozma olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Bir bozma veya zarardan bahsedilebiliyorsa, bu takdirde bu olgunun eser sahibinin menfaatlerini tehlikeye koyup koymadığı ele alınır. Bu soruya olumlu cevap verilirse, son olarak, eser sahibinin örselenen menfaatleriyle, karşı tarafın haklı menfaatlerinin tartılmasında, hangi menfaatin ağır geldiğine bakılır. Görüldüğü üzere, eserin bozulması veya başka türlü zarara uğratılması durumlarında, doğrudan Alm.ESHK md. 14'den doğan

⁴⁷² **SCHRICKER/DIETZ**, § 14, Kn.14.

değiştirme yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmaz. Bu durumda, menfaatlerin dengelenmesi mekanizması devreye sokulur ve hak ihlalinin var olup olmadığına buna göre karar verilir⁴⁷³. Öte yandan, doktrinde, özel nedenlerden ötürü korunmaya değer karşı ekonomik menfaatler olmadıkça, bu üç aşamalı sürecin uygulanmasına karşı çıkmaktadır⁴⁷⁴. Ayrıca, Alm.ESHK md. 14'e ilişkin olarak yapılan menfaatlerin dengelenmesi süreci, Alm.ESHK md. 39 f.2'deki menfaatlerin dengelenmesi sürecinden ayırdedilir. Alm.ESHK md. 39 f. 2' de, dürüstlük kuralı açısından bir değerlendirme yapılır⁴⁷⁵. Kanaatimizce, böyle bir değerlendirme, menfaatlerin dengelenmesi kavramının dürüstlük kuralından kaynaklanan bir kavram olduğunu gözardı eder.

Eser üzerindeki mali hak veya hakları devralmış veya bu haklar üzerinde kendisine lisans hakkı tanınmış olan kişi, bu hakların gerektirdiği ölçüde eserde değişiklik yapmaya yetkili sayılmalıdır. Böyle bir yorum, MK 2'de düzenlenmiş dürüstlük kuralının bir gereğidir. FSEK'e, dürüstlük kuralı icabı eser sahibinin katlanması gerekli değişiklikler şeklinde bir ifade konulmaması, genel hukuk kuralı niteliğindeki dürüstlük kuralının uygulanmasını engellemeyecektir. Eser sahibi ile eserden yararlanma hakkına sahip kişi arasındaki ilişkiyi ele alan Alm.ESHK md.39'un ilk fıkrasına göre; lisans hakkı sahibi eserden yararlanırken değişiklik yapmaya yetkili değildir. Fakat ikinci fıkrada bu kuralın bir istisnası vardır. Bu da dürüstlük kuralıdır⁴⁷⁶.

⁴⁷³ **SCHRICKER/DIETZ**, §14, Kn.14.

⁴⁷⁴ **RIEKERT**,Stephan, Multimedia und das Urheberpersönlichkeitsrecht, in Götting [Hrsg.], Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1998, s.131.

⁴⁷⁵ **JÄNECKE**, s.80; **SCHRICKER/DIETZ**, 2006.

⁴⁷⁶ Eserde değişiklik yapmanın uygunluğu konusunda, 14üncü maddede belirlenen menfaatler dengesi kavramına başvurmak gerekir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.9. Fransız hukukunda, üç aşamalı sürecin uygulanmasında menfaatler dengelenmesi kavramı konusunda tartışmalar olmakla birlikte, mahkemeler tarafından kavramın kullanıldığı belirtilmektedir. **LUCAS-SCHLOETTER**, Agnès, Die Interessenabwägung bei der Ausübung des Urheberpersönlichkeitsrechts, GRUR Int. 2002, s.2 vd. Alm.ESHK md.14'de düzenlenen yasaklama hakkının, kanunda yazılmamış menfaatler dengelenmesi ilkesinin etkisi altında olduğu belirtilir. Menfaatlerin dengelenmesi kökenini, insanın başkalarından soyutlanmış bir varlık olmadığı, sosyal bir varlık olduğu kabulüne dayanan Anayasada bulur. Başkalarının hakkı, menfaatlerin dengelenmesinde dikkate alınır ve menfaatlerin dengelenmesi ilkesinin düzeltici işlevi olmadan, Alm.ESHK md.14'deki yasaklama hakkı yanlış sonuçların doğmasına yol açar. Genele yönelik mutlak bir yasaklama hakkı, eserin kullanım amacına hizmet eden gerekli değişikliklerin yapılmasını engelleyecektir. **WANDTKE/BULLINGER**, Kn.10. Öyle ki, kanunda düzenlenmiş hakların uygulanabilmesi, menfaatlerin dengelenmesi ilkesine ihtiyaç gösterir. Aksi takdirde, Alm.ESHK md.24'de düzenlenen işleme eser doğası gereği orjinal eserde bir değişiklik meydana getirdiği için, Alm.ESHK md.14'e dayanarak eser sahibi tarafından yasaklanabilecekti. Ya da Alm.ESHK md.51'de tanınmış alıntı hakkının kullanılmasında eserin alıntı yapılan kısmı ister

5.Menfaatlerin Değerlendirilmesinde Kullanılacak Ölçütler

a.Genel Olarak

Eser sahibi, eserini başkalarına kullandırma konusunda işlemlerde bulunduktan sonra, eseri üzerindeki mutlak ve sınırsız hakimiyetini kaybeder. Eserden yararlanan kişiler tarafından, bazı değişikliklerin yapılmasına katlanmak durumundadır. Eser sahibinin, manevi menfaatlerinin ihlal edildiğini ortaya atarak, her türlü değişikliğe karşı çıkma imkanı yoktur. Eser sahibinin karşı çıkabileceği değişiklikler, FSEK md.16'da belirtilmiştir⁴⁷⁷.

Eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı sınırlamalara tabidir. Eser sahibinin her türlü değişikliği yasaklama hakkı, kendisinin menfaatleriyle eseri değiştiren kişinin menfaatleri arasındaki dengeye bağlıdır⁴⁷⁸. Menfaatlerin dengelenmesi açısından tüm hukuksal ve olgusal koşullar dikkate alınacaktır. Bu noktada, herhangi bir tarafın da menfaati ilkesel bir önceliğe sahip değildir⁴⁷⁹. Menfaatlerin değerlendirilmesi ve dengelenmesi sürecinde kullanılacak aşağıda açıklanacak ölçütler, tüm eser türleri bakımından geçerli olacaktır⁴⁸⁰.

Menfaatlerin karşılaştırılmasında kullanılacak ölçütleri, eser sahibi lehine ve eserden yararlanan kişi lehine ölçütler olmak üzere ikiye ayırdığımızda, eserden yararlanan ve manevi hak ihlal eden konumunda gözüken kişi bakımından “iş ve hizmet ilişkisinin varlığı”, “lisans hakkının kullanılması”, “eserin kullanım amacı”, “eser

istememez değişikliğe uğradığından, Alm.ESHK md.14'deki yasaklama hakkına dayanılarak etkisiz hale getirilebilecektir. **WANDTKE/BULLINGER**, Kn.11.

⁴⁷⁷ FSEK md.16 f.3'e göre, eser sahibi yazılı izin vermiş olsa bile eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan veya eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen değişiklikleri engelleyebilecektir.

Hükümde “hususiyet” kavramının kullanılması dikkat çekicidir. FSEK md.1/B'de geçen eser tanımındaki “hususiyet” kavramını akla getirir: “Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musikî, güzel sanatlar ve sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini, ifade eder”.

Alm. ESHK md.14 ise, eserde bozma veya zarar verme şeklinde yapılacak değişikliklerin eser sahibinin eseri üzerindeki kişisel ve düşünsel menfaatlerini tehlikeye düşürmesi durumunda uygulama alanı bulacaktır.

⁴⁷⁸ **DIESELHORST**, s.126.

⁴⁷⁹ **DIESELHORST**, s.126,127.

⁴⁸⁰ **DIETZ**, Adolf, Das Urheberpersönlichkeitsrecht vor dem Hintergrund der Harmonisierungspläne der EG-Kommission, ZUM 1993, s.317.

bütünlüğü hakkının sağlanmasının getirdiği masraflar⁴⁸¹”, “eser sahibinin stili”, “kamu menfaati, gibi noktalar yararlı olabilir. Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi de dahil olmak üzere eser üzerinde değişiklik yapma yetkisinin ihlal edildiğini ileri süren eser sahibi bakımından ise, “eserin özelliği”, “eserin sanatsal konumu”, “değişikliklerin kamu tarafından öğrenilme olanağı” gibi hususlar önem taşıyabilir. Ancak, tüm bu ölçütler somut olayın özelliklerine göre hakkı ihlal eden-edilen dengesinde her iki tarafın lehine olabileceği gibi aleyhine de olabilecektir.

b.Eserin Özelliği

Esere yapılan müdahalenin değerlendirilmesinde en önemli ölçütlerden biri de, eserin özgünlük derecesidir⁴⁸². Eserin, bireysellik (individualität) özelliğinin yüksekliği, eser sahibinin manevi haklarının ihlalinin daha ağır zararlar doğurmasına yol açacağı doktrinde sıklıkla vurgulanmaktadır⁴⁸³.

Eserin özelliği kavramı yerine, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi menfaatlerinin yoğunluğu ve türü kavramı da kullanılmaktadır. Özellikle uzun yıllar uğraşıldıktan sonra meydana getirilen sanat değeri yüksek bir eserdeki değişikliklerle, fazla bir emek harcanmamış, günlük kullanımda rutin bir işlev gören eserdeki değişiklik arasında bir fark gözetilecektir⁴⁸⁴. Eserdeki yaratıcılık derecesinin yüksekliği (gestaltungshöhe), menfaatlerin değerlendirilmesi sürecinde eser sahibi lehine sonuca ulaşmayı kolaylaştıracaktır⁴⁸⁵.

c.Eserin Sanatsal Konumu

⁴⁸¹ Bu ölçüt, değerlerin korunması prensibini çağrıştırmaktadır. Bu prensibin Eşya Hukukundaki görünümü için bkz. MK md.722.

⁴⁸² **LOEWENHEIM/DIETZ** § 16 Kn.112; **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL** § 14 Kn.26; **V.WELSER** s.43.

⁴⁸³ **DREIER/SCHULZE** § 14, Kn.31; **DIETZ**, Das UPR Harmonisierung, s.315; **HEIDMEIER**, Sandra, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und der Film, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M 1996, s. 88; **GROHMANN**, s.44, **SCHILCHER**, Theresia, Der Schutz des Urhebers gegen Werkänderungen, München 1989, s.108; **BULLINGER**, s.78.

⁴⁸⁴ **DIESELHORST**, s.127.

⁴⁸⁵ **SCHRICKER/DIETZ** § 14, Kn.31.

Eserdeki özgünlük, yaratıcılık özelliğinin derecesi ile eserin sanatsal konumu birbirinden ayırılmamalıdır. Eserin sanatsal konumu, gerek eserin gerekse eser sahibinin sanat tarihi içindeki yerini ifade etmektedir. Böyle bir ölçütün, hukuki bir ölçüt olabileceği noktasında doktrinde ciddi kuşku vardır⁴⁸⁶. Bir eserin sanatsal değerini, mahkeme değerlendiremez⁴⁸⁷. Buna rağmen, menfaatlerin değerlendirilmesi sürecinde bu kavramın bir ölçüt olarak kullanılabilmesi savunulur⁴⁸⁸. Bu noktada, tanınmış bir sanatçının eserinin tanınmamış bir sanatçının eserine göre daha kapsamlı bir korumaya sahip kılınmasından kaçınılmalıdır. Bu uygulama anayasanın eşitlik ilkesine ters düşer. Eser sahibinin sanatsal saygınlığı –künstlerisches Ansehen- somut eserin özgünlük derecesinin belirlenmesinde rol oynamamalıdır⁴⁸⁹.

Doktrinde, eser sahibinin tanınmışlığının önemi vurgulanarak, eser sahibi ne kadar tanınmışsa, eserdeki izinsiz değişikliğin o ölçüde hak ihlaline neden olacaktır tesbitinde de bulunmaktadır⁴⁹⁰.

d.Eserin Kullanım Amacı

Eserin kullanım amacı, eserde değişiklik yapılmasını zorunlu kılacaktır⁴⁹¹. Eser korumasına sahip bir yapı meydana getiren kişi, bu yapının işlevini yerine getirmesi yapılacak değişiklikleri hesaba katmış olmalıdır⁴⁹². Gündelik kullanım –gebrauchskunst- için meydana getirilmiş ancak eser korumasına sahip taşınır veya taşınmaz eşyaların ve bu bağlamda yaratıcılık değeri düşük -kleine Münze- olan eserlerde, eser sahibinin eseriyle olan düşünsel ve kişisel ilişkisi müzik, film, edebiyat eserlerindeki orana göre daha düşük olacaktır⁴⁹³.

⁴⁸⁶ WANDTKE/BULLINGER, § 14, Kn.17.

⁴⁸⁷ BULLINGER, s.78. Ancak, eserin sanatsal değerine ilişkin değerlendirmeler içeren mahkeme kararlarına da rastlanmaktadır: BGH GRUR 1989, s.106, 107-Oberammergauer Passionspiele II; BGH GRUR 1982, s.107 vd.-Kirchenraumgestaltung.

⁴⁸⁸ LOEWENHEIM/DIETZ § 16 Kn.112.

⁴⁸⁹ WANDTKE/BULLINGER, § 14, Kn.17. “Passionspiele” kararında, ilgili eserin konumunun değerlendirilmesinde eser sahibinin sanatsal saygınlığının oynadığı rol eleştirilmiştir. Mahkeme, eserin sanatsal konumunu eser sahibinin sanatsal saygınlığının azlığına dayandırarak, değerlendirdi. Oysa, Alm.ESHK md.14 eser sahibini, eseri dolayısıyla korumaktadır; yoksa sahip olduğu saygınlık veya sanat tarihindeki konumu nedeniyle ek bir koruma sağlamamaktadır.

⁴⁹⁰ DIESELHORST, s.128.

⁴⁹¹ Bu durum, Alm.ESHK md.39 ve md.62 hükümlerince gözetiminde bulundurulmuştur.

⁴⁹² BGH GRUR 1974, s.675 –Schulerweiterung.

⁴⁹³ JÄNECKE, s.157.

Eserin reklam amacıyla kullanımına izin verilmesi durumunda, eser sahibi reklamdan kaynaklanan değişikliklere katlanmak durumunda kalacaktır. Burada, eserin kendisinde bir değişiklik olmamakta, eser yeni bir ortamda kullanılmaktadır. Bu ortamın, eser üzerinde meydana getireceği değişiklikler meşru görülecektir⁴⁹⁴. Reklam senaryosu gereği, eser normalde eser sahibi tarafından kabul edilemeyecek değişikliklere uğrayabilir.

Bu noktada özetlemek gerekirse, birçok eserin sadece estetik değil, aynı zamanda işlevsel bir amaca da hizmet ettiği gözönünde bulundurulmalıdır⁴⁹⁵. Bu doğrultuda, estetik amaçlı değiştirmelere müsaade edilmezken, teknik ve kullanım amaçlı değiştirmelere müsaade edilir⁴⁹⁶.

e.Müdahalenin Giderilebilmesi

Eserdeki değişikliğin ortadan kaldırılması ne ölçüde zorsa, ihlalin ağırlığı o derece yüksek olacaktır⁴⁹⁷. Örneğin el yazması bir eserin veya bir heykelin tahrip edilmesinde olduğu gibi, eserin, orijinal haline geri getirilmesi mümkün olmayacağından, menfaatlerin dengelenmesi sürecinde eser sahibi lehine karar verilecektir⁴⁹⁸.

Bu bağlamda, esere müdahalenin yoğunluğu ve türü de ele alınabilir. Eserin bütünsel ifadesinde meydana gelen değişikliğin yoğunluğunun azlığı, eser sahibinin menfaatlerinin eserde izinsiz değişiklik yapan kişinin menfaatleri karşısında öncelik

⁴⁹⁴ DREIER/SCHULZE, § 14, Kn.20.

⁴⁹⁵ AMK md.903 tarafından güvence altına alınan mülkiyet hakkı sahibinin menfaatleriyle, eser sahibinin 14. madde tarafından korunan eseri üzerindeki bütünlük hakkının karşılaştırılmasında doktrindeki hakim görüş herhangi birinin bir diğerine karşı öncelik hakkına sahip olmadığı yönündedir. DIESELHORST, s.129. Eser sahibi-malik ilişkisinde, doktrindeki hakim görüş, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesinde, Alm. ESHK md.39 f.2'nin kıyasen uygulanmasıdır. MOHRING/NICOLINI § 39, Kn.11; SCHRICKER/DIETZ § 39, Kn.25; GROHMANN, s.118; HUBMANN Urheberrecht, § 29 III 1, c; SCHOFER, Nicola, Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Urheber eines Werkes der bildenden Kunst und dem Eigentümer des Originalwerkes, München 1984, s.124vd. Karşı görüş için bkz. BIELENBERG, Eduard, Das Urheberrechtlich schützbare Werk und das Urheberpersönlichkeitsrecht, GRUR 1974, s.589, Ayrıca bkz. Anmerkung zu BGH GRUR 1974, s.675- Schulerweiterung GRUR 1974, s.678.

Eser sahibi ile lisans hakkı sahibi arasındaki ilişkiyi temel alan Alm.ESHK md. 39 f.2 aracılığıyla, bir taraftan eser üzerindeki manevi hakların tek hakimi eser sahibi ile eser üzerinde maddi anlamda münhasır hakların tek hakimi olan mülkiyet hakkı sahibinin menfaatleri dürüstlük kuralı ilkesine göre dengelenir. DIESELHORST, s.130.

⁴⁹⁶ DIESELHORST, s.130.

⁴⁹⁷ DIESELHORST, s.128.

⁴⁹⁸ WANDTKE/BULLINGER § 14, Kn.19.

kazanacaktır⁴⁹⁹. Eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin verilen izin kapsamının aşılmasında da, eser üzerindeki zarar vermenin veya bozmanın derecesi önemsizse, değişiklik yapan lehine hüküm verilecektir⁵⁰⁰. İktisap edilen eserlerin sunum tarzı ve türü bakımından malikin serbestçe karar verme yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Eserin sergi veya sergi konsepti bağlamında, sergi kuratörünce çeşitli değişikliklere maruz kalabileceği, düşünce ve sanat özgürlüğü çerçevesinde, menfaatlerin değerlendirilmesinde sergi kuratörünün menfaatlerinin ağır basacağı ifade edilmektedir⁵⁰¹.

Değiştirilen eserin mevcut kopyaları az sayıda ise, bu halde eser sahibinin menfaatleri daha büyük ölçüde ihlal edilmiş olacaktır⁵⁰².

f.Değişikliklerin Kamu Tarafından Öğrenilme Olanığı

FSEK md.16, eser sahibini sadece şeref ve itibarı bakımından korumayıp, eserindeki bütünlüğün bozulmaması bakımından da korumaktadır. Eser üzerindeki değişikliklerin, eser sahibinin ünü bakımından doğuracağı etkiler menfaatlerin dengelenmesinde dikkate alınacaktır⁵⁰³. Eserin, eser sahibinin istediği şekilde değil de, üzerinde değişiklikler yapılmak suretiyle umuma arzedilmesi durumunda, eserin, eser sahibince bu şekilde meydana getirilmiş olduğu noktasında kamuoyu nezdinde bir izlenim oluşacaktır. Bir yayınevının, korku hikayelerinin yer aldığı bir kitabın kapağında izin almadan bir fotoğraf sanatçısının buna uygun olmayan fotoğraflarından birini kullanması durumunda, manevi hak ihlali gündeme gelecektir. Eser sahibinin manevi hakkının ihlalinin ağırlığı, kitabın yayımı, dolayısıyla yaygınlığı ölçüsünde az ya da çok olacaktır. Hukuka aykırı değişikliklere

⁴⁹⁹ **DIESELHORST**, s.127.

⁵⁰⁰ Müzik alanında, özellikle eski müzik parçalarının yeniden yorumunda yapılan değişikliklerle ilgili olarak birçok örneğe rastlanmaktadır. **SCHILCHER**, s.105 vd. Sanatçı ile galeri sahibi arasındaki ilişki bakımından da bu konuda örneklere rastlanmaktadır. **MUES**, s.132; **HEGEMANN**, Der Schutz des bildenden Künstlers vor Entstellung und sonstigen Beeinträchtigungen seines Werkes durch direkte und indirekte Eingriffe, in: FS Hertin, 2000, s.87-99.

⁵⁰¹ **SCHRICKE/DIETZ**, § 14, Kn.30.

⁵⁰² **DIESELHORST**, s.128. Örneğin, Picasso'nun bir tablosunun bir poster olarak reproduksiyonunda değişikliğe gidilmesi, eserin aslında değişikliğe gidilmiş olması olasılığına oranla, hak ihlalinde bulunan açısından, daha lehte bir durum arzedecektir.

⁵⁰³ **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 14, Kn.11.

maruz kalmış eserin ulaştığı kitle ne kadar büyükse, eser sahibinin saygınlığı o denli zedelenecektir⁵⁰⁴.

g.İş-Hizmet İlişkisinin Varlığı

Yukarıda belirttiğimiz bu beş ölçütün yanına iş ve hizmet ilişkisinin kendine özgü özellikleri de, ek bir ölçüt olarak ortaya çıkabilir. Başka bir anlatımla, iş ve hizmet ilişkisi de, eser sahibinin eseri üzerinde değişikliklere katlanma yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde; işveren ile işçi-eser sahibi arasındaki karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekli bir özelliktir. Eser sahibi, eserin meydana getiriliş amacına hizmet eden değişikliklere çoğunlukla zımnen rıza göstermiş sayılır. Otomobil üreten bir şirkette çalışan tasarımcı, tasarımını yaptığı karoserin teknik gelişmeler veya piyasadaki taleplerle uyumlu hale getirilmesi için yapılacak geliştirme çalışmalarına tabi tutulacağını, kural olarak, kabul etmiş sayılır⁵⁰⁵. Bu hususta, elbette eser sahibinin haklarının feragat edilemez özü, eser sahibinin katlanması gerekli değişikliklerin sınırını çizecektir⁵⁰⁶.

h.Lisans Hakkının Kullanılması

Lisans hakkı kapsamında eserde değişiklik yapılması hukuka uygundur. Bu bağlamda, eser sahibinin manevi haklarının kullanılmasından feragat etmesi konusu da gündeme gelir.

Eser üzerinde tahsis edilen lisans hakkı, işleme hakkı gibi eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin hususlar içeriyorsa, bu hakkın müsaade ettiği sınırlar içinde, eser üzerinde değişiklikte bulunmak hukuka uygundur. İşleme hakkı dışında kalan mali haklar bakımından da aynı yorum geçerli olmalıdır.

ı.Kamu Menfaati

⁵⁰⁴ BGH GRUR 1971, s.38- Maske in Blau; BGH UFITA 60, (1971), s.317- Petite Jaqueline.

⁵⁰⁵ DREIER/SCHULZE § 14, Kn.21.

⁵⁰⁶ Bilgisayar programları bakımından, Alm.ESHK md.69 b f.1 hükmü işverene, işçisinin meydana getirdiği bilgisayar programı üzerindeki mali hakların kullanma yetkisini tanımıştır. İşverenin, program üzerinde değişiklikler yapabileceği de, doktrin tarafından kabul edilmektedir. DREIER/SCHULZE § 14, Kn.21.

Üstün nitelikte bir kamu menfaatinin gerekli kıldığı halde, eserde değişiklik yapmak hukuka uygundur⁵⁰⁷.

j.Eser Bütünlüğü Hakkının Sağlanması Getirdiği Masraflar

Mülkiyet hakkı sahibi veya eserden yararlanan kişi bakımından, eseri orijinal durumunda muhafaza etmek mali açıdan katlanılmaz ise veya eserde değişiklik yapılmasını yasaklamak katlanılmaz derecede yüksek zararlara yol açıyorsa, gerekli değişikliklere müsaade edilir⁵⁰⁸. Örneğin, yapay bir bitki figürünün orijinal halinde muhafaza edilmesi büyük masraflar gerektiriyorsa bu takdirde bu eserde gerektiği ölçüde değişiklik yapılmasında hiçbir sakınca yoktur⁵⁰⁹.

k.Eser Sahibinin Stili

Eser sahibinin stili, eserde değişiklik yapılmasını zorunlu kılabilir. Örneğin, bir yazar romanını filme uyarlanmayı güçleştirecek derecede yazmışsa, eserin filme alınmasına müsaade etmesi durumunda, eserde değişiklik yapılmasına o ölçüde tahammül edecektir⁵¹⁰.

Tiyatro eserleriyle ilgili olarak menfaatler çatışmasına sahne olan olayların bir kısmı, eserin sahneye aktarılmasındaki zorluktur. Eserin yapısının soyutluğu, eserin sahneye aktarılırken yapılacak değişiklikleri meşru kılabilir. Aynı şekilde, sahnelemenin doğasından kaynaklanan mekansal sınırlamalarda, tiyatro yönetmenin eseri değiştirmesinde meşru bir hareket alanı sağlar. Ancak, eserin kamunun ihtiyaçlarına veya zevkine uygun hale getirme gerekçesi, sahne eserinde yapılacak değişikliklerde kabul görececek bir gerekçe değildir. Anlaşılması zor eserler, eserde değişiklik yapılmasını meşru kılmaz⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Almanya’da, özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında binaların yeniden inşa edilmesi sürecinde eser üzerinde değişiklik yapmak kamu menfaatinin gerekli kıldığı durumdur.

⁵⁰⁸ DIESELHORST, s.130,131.

⁵⁰⁹ DIESELHORST, s.131; Grünsulptur kararı; OLG Düsseldorf GRUR 1990, 189.

⁵¹⁰ DIESELHORST, s.131. Bu konuda dava konusu olmuş bir olaydaysa, filme çekilmesi bakımından uygun olmayan bir son barındıran romanda değişiklik yapılması tartışılmıştı. OLG München GRUR 1986, s.460,463- die unendliche Geschichte.

⁵¹¹ OLG Frankfurt NJW 1976, s.678- Götterdämmerung.

I.Malikin Menfaatlerinin Gözetilmesi Gereği

Eserin aslının maliki, eserin kullanılmasının gerektirdiği ölçüde eserin aslında değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Bu anlamda, estetik amaçlı değişiklik yapma yetkisi yoktur⁵¹². Bir başka deyişle esere Eşya Hukuku anlamında malik olan bir kimse, eser sahibinin eseri meydana getirdiği ve kendisine teslim ettiği şekliyle kullanmalıdır. Ancak, eser maliki eserin işlevini yerine getirebilmesi ve devam ettirebilmesi için değişiklikler noktasında yetkili olacaktır. Örneğin, eser sahibinin özgün sayılabilecek bir şekilde tasarladığı ve meydana getirdiği bir yapının çatısının herhangi bir nedenle hasar alması durumunda, eser (yapı) maliki bu hasarı eser sahibine sormadan giderebilmelidir⁵¹³. Ancak, yapı maliki bu hasarı giderme ve eski hale iade sürecinde, eserde eklemeler, eksiltmeler yaparak dış görünüşünde eser sahibinin eseri yaparken düşünmediği veya arzu etmediği değişiklikler yapacaksa, bu eylemler için eser sahibinin iznini almalıdır. Sonuç olarak yapı malikinin eser üzerinde yapacağı değişiklikleri işlevsel değişiklik ve estetik değişiklik şeklinde bir ayrıma tabi tutup, işlevsel değişikliklere yetkili olduğu ancak estetik değişikliklere yetkili olmadığı şeklinde genel bir çözüm getirmek yerine, somut olayın özelliğine göre bir değerlendirmede bulunmak daha doğru olur. Çünkü, işlevsel değişiklik de bir bakıma estetik değişiklik olarak nitelendirilebilir. Bu önermeyi tersten okumak da mümkündür. Bu noktada FSEK md.16f.2’de geçen “... icabı zaruri görülen değiştirmeler” ifadesinden esinlenerek, yapı malikine, kullanım icabı zaruri görülen

Klişe ama klasik bir ayırım eşliğinde ifade etmek gerekirse, “sanat için sanat” kokan bir eser, “toplum için sanat” kıvamında sunulamaz. Böyle bir indirgeme, eserin “mahiyet ve hususiyetini” bozar.

⁵¹² Alman hukuku bakımından, Dieselhorst, esere malik olanla eser sahibi arasındaki menfaatlerin dengelenmesi konusunda şu tespitlerde bulunmuştur:

-Eseri aslını elinde bulunduran mülkiyet hakkı sahibi, eğer eser sahibine ulaşmak mümkün değilse, eseri imha etme hakkına sahiptir. Eserin maliki, eseri imha etmeden önce, eser sahibine eserin mülkiyetini tekrar elde etme konusunda bir teklifte bulunmalıdır.

-Eserin çoğaltılmış nüshasına sahip eser maliki imha etme veya değişiklikte bulunmaya, özel alan kapsamında kalmak kaydıyla, yetkilidir. **DIESELHORST**, s.131.

⁵¹³ Eser niteliğindeki bir fabrika binasında üretim artırmak amacıyla bina maliki değişiklik (tadilat) yapabilecektir. Buna karşılık binanın kullanım amacını tamamen değiştiren tadilatlar, örneğin fabrika binasının eve dönüştürülmesinde olduğu gibi, eser sahibinin menfaatleri üstün tutulacaktır. Başka bir deyişle, eser sahibi bu tür değişiklikleri yasaklayabilecektir. Bkz. **GOLDMANN**, Bettina C., “Das Urheberrecht an Bauwerken- Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten im Konflikt mit Umbauvorhaben, GRUR 2005 Heft 8, s.643.

(işlevsel) değişiklikleri yakıştırmak, keyfi (estetik) değişiklikleri de yasaklamak gerekecektir.

6.Menfaatlerin Değerlendirilmesi Sonucunda Haksız Bulunan Eser Sahibinin Kullanabileceği İmkan

Eser sahibinin, menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesi sonucunda, eseri üzerindeki değişiklik yapılmasını önlemesi haklı görülüyorsa,, en azından değiştirilmiş eserde eser sahibi olarak isminin belirtilmemesini isteme hakkına sahiptir. Böylece, eser sahibi FSEK md.16'da düzenlenmiş eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini kullanmadığı olaylarda, FSEK md.15'de düzenlenen adın belirtilmesi salahiyyetine dayanarak, değiştirilen eserde eser sahibi olarak anılmayı engelleyip, manevi menfaatini tatmin etmiş olur.

7.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi Bakımından Eser Sahibinin Diğer Hak Sahipleriyle İlişkisi

a.Genel Olarak

Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, sadece üçüncü kişilere yönelmiş bir hak olmayıp; eser sahibinin gerek kanundan gerekse sözleşmeden kaynaklanan ilişkilerinde rol oynar. İlk olarak, eser sahibinin lisans hakkı sahibiyle ilişkisi, ardından yasa tarafından yetkilendirilmiş kullanma hakkı sahipleriyle ilişkisi, eserin nüshasının zilyedi veya malikiyle ilişkisi ve son olarak yayın sözleşmesi kapsamında yayımlayan ile ilişkisi ele alınacaktır.

b.Eser Sahibinin Mali Hak veya Lisans Hakkı Sahibiyle İlişkisi

FSEK'te, lisans hakkına ilişkin hükümlerde eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanmaz. FSEK md.16 f.2 ise, kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayın yapan kimsenin; işleme, çoğaltma, temsil veya

yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabileceğini düzenlemiřtir⁵¹⁴. Türk Hukukunda, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasına izin vermemesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda, değişiklik yapılmasının hukuka uygun olacağı noktasında Alman Kanunkoyucunun yaptığı saptama uygulama alanı bulacaktır. Çünkü, her hakkın kullanımında olduğu gibi, eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkının sınırını, hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Kaldı ki, eser sahibinin yaptığı lisans sözleşmesinin amacına ulaşması bakımından değişiklik yapılması zorunluluk gerektiriyorsa, bu durumda eser sahibinin itirazı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Tarafların sözleşmeyle elde edilmek istenen amaca ulaşılması konusunda, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülükleri vardır.

Alm.ESHK md. 39 f. 1'e göre, lisans hakkı sahibi, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eser üzerinde değişiklikler yapamayacağı gibi, eserin ismini ve eser sahipliğini tanıtıcı işareti de değiştiremez. Hükmün ikinci fıkrası, eser sahibinin eseri üzerinde ve eserin başlığında dürüstlük kuralına göre izin vermekten kaçınamayacağı değişikliklerin hukuka uygun olduğunu öngörmüřtür⁵¹⁵.

Uygulamada, en sık karşılaşılan menfaatler çatışmalarından biri, işleme hakkı sahibi ve eser sahibi arasında gerçektelecektir. Bu konuda, FSEK 16 f.2 hükmünden çıkan

⁵¹⁴ Gerçekten de, eser sahibi mali hakları devrettiği kimselere eserde değişiklik yapma yetkisini de tanımış olabilir. Öyle ki, fikir ve sanat eserlerinden yararlanma bazen bunlarda değişiklik yapılmasını gerektirir. Örneğin, bir romanın tiyatro piyesi haline getirilmesi veya bir piyesin sahneye konulması yahut bir edebi eserin başka bir dile tercümesi, zorunlu bazı değiştirmeler olmadan mümkün değildir. Bu nedenle, eseri işleme, çoğaltma, temsil veya yayım hakkını devralmış olanlar, bu hakların kullanılması için zorunlu görülen değiştirmeleri eser sahibinin özel izni olmadan da yapmak yetkisine sahiptirler. Ancak yapılan bu değişikliğin, objektif olarak, eser sahibinin şeref ve itibarını düşürecek veya eserin nitelik ve özelliğini bozacak derecede olmaması gerekir. Aksi takdirde, eser sahibi bu tür değişikliklere engel olabilecek ve eserin kamuya sunulmasını kabul etmeyecektir. Eser sahibinin bu konudaki yetkisinde feragat etmesi de FSEK md.16 f.3 gereğince hükümsüzdür. **EREL**, s.123. Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında şu saptamalarda bulunmuştur: "... yapılarak davalıya teslim edilen projelerin sahibi davalı bankadır. (...) sözleşmeye ekli proje yayım şartnamesinde.... projeler idarece tasdik edildikten sonra idarenin malı olacağından, idare gerekli gördüğu her türlü tadilatı işin seyrine göre proje müellifinin muvafakatını almadan yapabilecektir denmekle beraber, eser sahibi kayıtsız şartsız izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını yahut eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalafet hakkını muhafaza eder. Yasanın açık hükmü gözetilerek davacın manevi tazminat isteği yönünden (...) projelerin uygulama projesine dönüştürülmesi sebebiyle, (...) eserin manevi tazminatı gerektirecek nitelikte mahiyet ve hususiyetinin bozulup bozulmadığı hususunda rapor alınması...". Yargıtay 15. HD. E. 1992/490, K.1992/1984, T.15.4.1992; Y.K.D. Cilt 18, sayı 10, Ekim 1992, s.1585-6. **EREL**, s.123, dn.91'den naklen.

⁵¹⁵ Alm.ESHK md.39 eserdeki değişiklikler başlığını taşırken, Alm.ESHK md.14 eserin bozulması başlığını taşır. Alm.ESHK md.39, lisans hakkı alt bölümü başlığı altında düzenlenen hükümlerinden biridir.

anlam şu olmalıdır: Eser sahibi, işleme hakkı sahibinin hakkını kullanabilmesi için zaruri görülen değişikliklere katlanmalıdır. Eser sahibinin bu “katlanma yükümlülüğü”, hukuki işlemlerden biri olan “zımnî izin” kılığında belirir. Eser sahibi, işleme hakkının gerektirdiği ölçüde, eserinde değişiklik yapılmasına “zımnî izin” vermiş sayılacaktır⁵¹⁶.

Eğer, lisans hakkı tanıyan sözleşme, değişikliklere ilişkin yetkide genelgeçer ve götürü bir hüküm içeriyorsa, bu takdirde değişiklik yetkisinin kapsamı dürüstlük kuralına göre tayin edilebilir. Eser üzerinde yapılan değişikliklerin, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını ihlal edip etmediği noktada çıkan uyuşmazlıklarda, dürüstlük kuralına başvurulacaktır⁵¹⁷.

Eser sahibi, belli bir mali hakka ilişkin lisans hakkı tahsis ettiğinde, sıklıkla, eser üzerinde değişiklik yapılması konusunda da bir anlaşmaya varmıştır. Eser sahibi, manevi haklarını sözleşmenin amacını tehlikeye sokacak bir şekilde kullanamaz⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Alman doktrininde, lisans hakkı sahibinin eser sahibiyle ilişkisi ağırlıklı olarak işleme hakkı bakımından incelenir. Eser sahibinin lisans hakkı sahibiyle ilişkisi bakımından, işleme hakkı yetkisini içeren lisans ile işleme hakkı tanınmamış lisans arasındaki farklara dikkat çekilir. İşleme hakkı içermeyen lisanslarda, esere müdahaleler Alm.ESHK md. 39 f.1 ve f.2 uyarınca dürüstlük kuralına uygun olduğu ölçüde ve Alm.ESHK md.14 uyarınca tarafların menfaatleri saptanarak, menfaatlerin dengelenmesi ilkesi çerçevesinde hukuka uygun addedilebilecektir. İşleme hakkı içeren lisans hakkındaysa, eser sahibi, bu hakkın gerektirdiği ölçüde değişiklik yapılmasına en azından zımnî olarak izin vermiş kabul edilecektir. Eser sahibinden işleme hakkı özellikli lisans alan hak sahibi, zımnî veya açık bir şekilde eser üzerinde değişiklik yapma yetkisinin sahibi olacaktır. **LOEWENHEIM/DIETZ**, s.227.

⁵¹⁷ Alman Hukuku bakımından, eser üzerinde yapılan değişikliklere ilişkin menfaatlerin karşılaştırılmasında dürüstlük kuralına başvurmak, Alm.ESHK md.39 f. 2 uyarınca, kanun gereğidir. Somut olarak belirlenmiş olması kaydıyla, eser üzerinde bozucu değişikliklerin de –entstellung-tarafların anlaşmalarına konu olabileceği savunulur. **SCHRICKER/DIETZ** § 14 Kn. 8; **METZGER**, Axel, Rechtsgeschäfte über das Urheberpersönlichkeitsrecht nach dem neuen Urhebervertragsrecht, GRUR Int.2003, s.9,12; **SCHRICKER**, Gerhard, Die Einwilligung des Urhebers in einstellende Änderungen des Werks, FS. für Hubmann, 1985. s.417; **WELSER**, Marcus, Die Wahrnehmung urheberpersönlichkeitlicher Befugnisse durch Dritte, Berliner Hochschulschriften zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Band 41, Berlin 2000, 70.

Başka bir yaklaşım ise, eser sahibinin, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını bertaraf etmesinin sınırının, manevi hakların feragat edilemez özü olduğunu vurgular. İşleme hakkı olmadan, eser üzerinde değişiklik yapılması, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının ihlaline yol açacaktır. **LOEWENHEIM/DIETZ**, s.227. İşleme hakkı olmamasına rağmen, eser üzerinde değişiklik yapılması dürüstlük kuralının bir gereği ise bu durumda da hukuka aykırıktan bahsedilemeyecektir. Manevi hakların vazgeçilemez özünün belirlenmesi, kişilik hakkının özünü belirlemek kadar zor ve somut olaydan somut olaya farklılık gösterebilecek bir süreç olup, tesbit edilen sözde “hakkın özü” kavramının dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ölçütleri eşliğinde bir sağlaması yapılmalıdır.

⁵¹⁸ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 351. Dürüstlük kuralının önemli bir rol üstlendiği Alm.ESHK md.39 f.2, AMK md.157 hükmüne dayanan bir yorum kuralı olarak değerlendirilir. Alm.ESHK md.39 bakımından, lisans hakkı sahibine aynı zamanda Alm.ESHK md.23 uyarınca bir işleme hakkı tahsis edilmiş veya edilmemiş olması bir rol oynamaz. Alm.ESHK md.39 f.2 hükmünün

Lisans sözleşmesinin amacına ulaşmasında gerekli değişiklikler yapılmasına imkan tanıyan uygulamadan şu örnekleri vermek mümkündür: Eser niteliğini taşıdığı ve gazete ile aralarında zımni bir sözleşmenin olduğu kabul edildiğinde, okuyucu mektuplarının, anlamını kaybetmediği müddetçe, alışlageldiği üzere kısaltılması, hukuka uygun sayılacaktır⁵¹⁹. Eser sahibiyle lisans sahibinin menfaatlerinin çatıştığı, en sık olay gruplarından biri de, tiyatro yönetmeninin ele aldığı eseri modernleştirme çabalarında, başka bir deyişle zamanın ve seyircinin zevkine uyarlama çabalarında ortaya çıkmaktadır. Eser sahibi, yazdığı esere yönetmence sadık kalınmasını isterken yönetmen eserin başarılı bir şekilde uyarlanması için yaratma özgürlüğünü kullanmak istemektedir. Bu nedenle, sahneye koyma sözleşmelerinde eserde değişiklik yapılmasına ilişkin açıkça düzenlenmiş kayıtlara, sıklıkla, rastlanmaktadır⁵²⁰.

Menfaatlerin dengelenmesinde, eserin kullanım amacı, değişikliklerin gerekliliği ve ölçüsü, eserden yararlanmak isteyen kişinin üstlendiği finansal riziko ve eserin sanatsal açıdan arzettiği önem dikkate alınacaktır⁵²¹.

izin verdiği değişiklikleri yapabilen lisans hakkı sahibinin eserden yararlanma menfaati, işleme hakkından bağımsız olarak korunur. Hükmün imkan tanıdığı değişikliklerin “işleme” düzeyine varması bu bakımdan önem taşımaz. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.352.

⁵¹⁹ RGZ 119, s.404; Yayın sözleşmesiyle ilgili olarak AYK md.44; ayrıca bkz. **BOCK**, Urheberrechtliche Probleme beim Leserbrief, GRUR 2001, s.400.

⁵²⁰ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.353.

⁵²¹ Eserin bütünlüğüne zarar veren eğilim değişiklikleri, Alm.ESHK md.39 f.2'nin değil, bozma niteliğinde bir değiştirme olarak Alm.ESHK md.14 in kapsamına girer. BGHZ 55, s.3-Maske in Blau; Schack, Brecht, der Theaterregisseur und sein Publikum: Wer verletzt wen?, GRUR 1983, s.556. Eser sahibinin, eserinin sahnelenmesinde, eğilim değişikliklerine –tendenzveränderungen- karşı çıkmasıyla ilgili olarak zikredilmesi gereken bir olayda, İrlandalı yazar Samuel Beckett'in “Godot yu Beklerken” adlı oyununun sahnelenmesinde yaşananlardır. Yönetmen, Samuel Beckett'in arzusuna aykırı bir biçimde, oyunu kadın oyunculara oynatmıştı. Bu konuda, Fransız mahkemesi eser sahibinin manevi hakkının açıkça ihlal edildiğine hükmederken, Hollanda da açılan davada, hakim varoluşsal, genel insan problemlerinin kadınlar tarafından aynı şekilde iyi canlandırılacağını gerekçe göstererek, eser sahibinin manevi hak ihlalinin gerçekleşmediğine hükmetti. Sözkonusu kararlar için bkz. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.354, dn.107 ve 108.

Alm.ESHK md 39, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapmasını önleme hakkı bakımından Alm.ESHK md.14 den bağımsız, başlı başına bir hüküm değildir. Aksine, Alm.ESHK md.14 ü açıklayan bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.351; **SCHRICKER/DIETZ** § 39 Kn.1; **WALLNER**, s.72 vd. Ancak, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, eserin maddi varlığına ilişkin müdahalelerin Alm.ESHK md.39 kapsamına girdiği, maddi olmayan zarar vermelerince Alm.ESHK md.14 kapsamında düzenlendiği yönünde içtihadına rastlanmaktadır. BGH GRUR 1982, s.109 -Kirchen-Innenraumgestaltung. Bu görüş, yapı eserleri bakımından Alm.ESHK md.39 anlamında eser üzerindeki değişiklikleri, eserin maddi varlığına yapılmış müdahale olarak anlar. Oysa, Alm.ESHK md.39, Alm.ESHK md.14 ile, yapı eserlerini, müzik eserlerinde veya tiyatro eserlerinde olduğu gibi fikri eser bakımından korur. Yoksa, fikri eserin

FSEK'te, film eserlerinde değişikliklere ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Film eserinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak verilecek iznin sınırını FSEK md.16 f.3 hükmü oluşturacaktır. Mevcut düzenleme karşısında, film eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan veya eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen her türlü değiştirmeler, filme eser sahibi sıfatıyla katkıda bulunanlarca yasaklanabilecektir. Kanunun lafzı karşısında, film eseri sahiplerinin filmin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değişikliklere önceden izin verip, sonradan karşı çıkmaları çelişkili davranış yasağı çerçevesinde değerlendirilip etkisiz bırakılamayacak mıdır? Her türlü sözleşmesel kayda rağmen eser sahipleri, filmin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeleri yasaklayabilecekler midir? Kanun eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmenin hükümsüz olduğunu beyan etmektedir. Fakat üzerinde fikir birliğine varılan çok somut değişikliklerde, örneğin bir diyalogun kelime kelime belirlenen tarzda değiştirilmesinde, bu hususta anlaşıldıktan sonra eser sahibinin itiraz etmesi engellenmelidir. Aksi takdirde, eser sahibinin kendi tasarrufundaki eserini dilediği gibi değiştirme hakkına ters düşen bir durum olur: Eser sahibi bir yandan eser üzerinde değişiklik yapmasına izin verecek, diğer yandan eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu ve eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikleri yasaklama yetkisinden sözleşme ile vazgeçmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek değişiklik yapılmasını önleyecektir. Öyle ki, eser sahibinin lisans veren veya mali hak devreden sıfatıyla eser üzerinde yapılacak değişiklikleri ayrıntılı ve somut bir şekilde sözleşmenin karşı tarafıyla birlikte belirlemesinden sonra ölmesi durumunda, FSEK md.19'da sayılan kişilerin FSEK md.16'dan doğan yasaklama hakkını kötüye kullanabilmeleri de mümkün olacaktır. Sonuç olarak, eser sahibinin eseri üzerinde yapılacak değişiklikleri somut olarak belirleyen iradesine öncelik tanınmalı ve belirlenen değişiklikler eser sahibinin şeref ve itibarını zedelediği müddetçe sözleşmenin gereği olarak hukuka uygun görülebilmelidir.

cisimleştiği maddi varlığın korumaz. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.351. Eserin cisimleştiği şeyi, maddi varlığı Eşya Hukuku hükümleri korur.

FSEK'te, film eserinde yapılacak bir değişlikle, müzik veya diğer tür eserlerde yapılacak değişiklikler aynı rejime tabi tutulmuştur⁵²². Oysa Alman Hukukunda, eserde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak, film yapımcısı lehine bir düzenleme mevcuttur. Alm.ESHK'nın 3.Bölümünde filmler için özel hükümler başlığını taşıyan hükümlerde hakim olan düşünce, filmin meydana getirilmesi sürecinde büyük ekonomik katkıda bulunan filmin yapımcısının, ortaya çıkan filmde mümkün olduğunca yararlandırılıp, ekonomik katkısının karşılığını alabilmesidir. Bu bakımdan, gerek eseri filmde kullanılan eser sahipleri gerekse filme performanslarıyla katılan icracı sanatçılar, eser veya icraları üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına, ancak "ağır bozma" veya diğer "ağır zarar verme" durumlarında başvurabilirler.

Film veya televizyon eserlerinin üretiminde, esere yaratıcı katkıda bulunanların katkılarında belli ölçüde zarar verilmediğine pek az tanık olunur. Örneğin, filmin üretim sürecinde, çekilen birçok sahne, kesilen veya filmde çıkarılan sahne olabilecektir. Bu sahnede katkıda bulunanların, katkılarında zarar verilmediği söylenemez. Elbette, Fikri Hukuk tek taraflı olarak sadece eser sahibi veya icracı sanatçı lehine çalışan, onlara mutlak koruma sağlayan bunun karşısında eserden ekonomik fayda elde etmek isteyen kişilerin menfaatlerini bir kenara koyan bir yapıya sahip değildir. Aksi halde, eser sahibinin eserinden ekonomik fayda elde etmesi sektöre uğratılmış olurdu. Bu bakımdan, eser sahibi veya icracı sanatçı eserinde veya icrasında meydana gelen değişiklikleri belli bir dereceye kadar kabul etmek zorunluluğundadır. Ancak, eser sahibinin katlanmakla yükümlü olduğu değişikliklerin, eseri üzerindeki bozmalarda da bir sınırı vardır. Film eserinin üretilmesinden daha iyi pazarlanabilmesi için yapılan değişikliklerde, film yapımcısı veya lisans hakkı sahibi yapılan değişikliğin açıkça film eserinin sanatsal amacından

⁵²² Alman Hukukunda, film alanında ise özel bir düzenleme olarak Alm.ESHK md. 88 f.1 dikkate alınacaktır. Bu hüküm, sadece işlemleri konu olan Alm.ESHK md.23 maddenin film alanında somutlaşmış hali olarak değil, ayrıca filme alınmış eserlerin işlenmesi veya film üretiminin gerektirdiği değişiklikleri de kapsamına alan Alm.ESHK md.39 f.1 hükmünü de akla getirir. Ayrıca, Alm.ESHK md. 93 f.1 eser sahibini, Alm. ESHK md.14 ve Alm. ESHK md.39 çerçevesinde gündeme gelen menfaatlerin dengelenmesi açısından, esere karşı ağır bozmalara veya diğer ağır zarar vermeye karşı korur. Eser yapımcısı kadar eserin oluşumuna katılan diğer kişilerin veya icracı sanatçıların korunması da aynı ölçüde dikkate alınmak suretiyle, eser veya icra üzerinde gerçekleşen ağır bozmalara veya diğer ağır zarar vermeye karşı güvence altına alınır. **SCHRICKER/DIETZ** § 14, Kn.12.

saptığı noktada korunmayabilecektir. Siyah-beyaz bir filmin renklendirilmesi⁵²³, filmin süresinin kesmeler veya eklemeler⁵²⁴ yoluyla gereğinden fazla⁵²⁵ değiştirilmesi, filmin akış hızının algılanabilir ölçüde değiştirilmesi⁵²⁶ veya bu bağlamda filmin yayını esnasında daha çok reklam sunabilmek için amacıyla yapılan değişiklikler eserde ağır bozma olarak değerlendirilebilecektir. Reklam kesintilerinin aşırı olması ağır bir bozma niteliğindedir⁵²⁷.

Eser üzerinde değişiklik yapılmasının önleme hakkının korunmasında, ağır bozma kavramı eser sahibinin lehine yorumlanmaktadır. Öyle ki, bir filmin altyazıyla sunumu bile ağır bozma çatısı altında değerlendirilebilmektedir. Bazen, yayıncı kuruluşun renkli logosu dahi ağır bozma olarak kabul edilmektedir. Ancak, film eseri sahiplerinin bu şekliyle eserlerinin ağır bozmaya (gröbliche Entstellung) maruz kalabileceklerine izin verebilecekleri de ifade edilmektedir⁵²⁸.

FSEK’ de ve doktrinde, eserde değişiklik yapılmasını menetmeye ilişkin olarak bozma ve ağır bozma şeklinde bir ayırım yapılmaz. “Bozma” sözcüğü, eser sahibinin şeref ve itibarını veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeler bağlamında kullanılır. Ancak, Alman Hukukunda “ağır bozma” kavramı altında verilen örnekler, bizim hukukumuz bakımından da dikkate alınmalıdır. Çünkü verilen örneklerde ortaya çıkan değişiklikler, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikler kapsamında yorumlanmaya uygundur.

⁵²³ **PLATHO**, Rolf, Colorization- und die Möglichkeiten ihrer Verhinderung durch die Mitwirkenden am Filmwerk, GRUR 1987, s.426; **V. LEWINSKI**, Silke/**DREIER**, Thomas, Kolorierung von Filmen, Laufzeitänderung und Formatanpassung, GRUR Int. 1989, s.646.

⁵²⁴ Örneğin filmde, seyircinin daha iyi anlaması için olabilecek geriye dönüşlere yer verilmesi, eklemeler olarak nitelendirilir.

⁵²⁵ Filmin televizyon gösterimi sırasında kimi sahnelerin yayını, ilgili televizyon kanalının RTÜK tarafından cezalandırılmasına yol açacağı düşünülüyorsa sözkonusu sahnelerin kesilerek filmin gösterilmesi durumunda, eser sahiplerinin bu duruma itiraz edemeyeceği söylenebilir. Eser sahipleri filmin televizyon yayını sırasında bu tür bir kesintiye uğrayacağını öngörmüş ve dolayısıyla izin vermiş sayılmalıdırlar.

⁵²⁶ Filmin akış hızındaki değişiklikler, insanın göz ve kulağıyla algılayabileceği şekilde değilse, bu takdirde “ağır bozma”dan bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. **HARTLIEB**, Horst von, Aufblasbare Gummi-Filme ZUM 1994, s.242; **V.LEWINSKI/DREIER** GRUR 1989, s.646.

⁵²⁷ **PEIFER**, Karl-Nikolaus, Werbeunterbrechungen in Spielfilmen, Baden-Baden 1994, s.234; **HUBER**, Heidrun, Zulässigkeit von Veränderungen am fertiggestellten Filmwerk im Hinblick auf das Urheberpersönlichkeitsrecht des Filmregisseurs, Diss., Konstanz 1993, s.86-93; **WALLNER**, s.167 vd.; **HEIDMEIER**, s.163 vd. Bir İtalyan kanalında yayınlanan Serafino adlı film, sekiz kez olmak üzere toplam 66 reklam filmiyle kesintiye uğramıştır. Trib.Roma GRUR Int. 1985, s.588- Serafino. Kararda, reklam kesintilerinin, filmin anlatım ritmini, tamamıyla bozduğu vurgulanmıştır.

⁵²⁸ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.364, **HUBER**, s.94-97, **WALLNER**, 176; **HEIDMEIER**, s.184-190. Yayın kanalının renkli logosunun filmin yayınında kullanılmasını manevi hak ihlali olarak gören ve von Lewinski tarafından analiz edilen Fransız mahkemesi kararı için GRUR Int. 1989, La Cinq, s.936.

Eser sahibinin izni olmadan, eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve değiştirmeler yapılması, eser sahibinin manevi hakkını doğrudan doğruya ihlal eder. Eser sahibinin ayrıca, bundan dolayı bir rahatsızlık duyduğunun, dūřünsel ve kişisel menfaatlerinin örselendiğinin araştırılmasına gerek yoktur. FSEK md.16 f.1’de böyle bir ek řart getirilmemiştir. Aynı şekilde, eser sahibinin mali hak devrettiği veya lisans hakkı tanıdığı kişilerin bu haklarını kullanırken yapmaları zaruri görölen değiştirmeler dışında kalan değiştirmeler de, ek bir menfaat ihlaline gerek kalmadan hukuka aykırı sayılır. Son olarak FSEK md.16 f.3 uyarınca, eser sahibi, şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmelerle karşı karşıya kaldığında da ek bir menfaat ihlali aranmaz. Dolayısıyla, FSEK md.16 kapsamında eser sahibinin manevi hakkının ihlali üç farklı olasılıkta gündeme gelir. Ya eser sahibinin izni olmadan bir değişiklik yapılmıştır; ya eser sahibi izin vermiş olsa da yapılan değişiklik eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemektedir; ya da eserin mahiyet ve hususiyetini bozmaktadır. Tüm bu olasılıklarda, ayrıca eser sahibinin dūřünsel ve kişisel menfaatlerinin tehlikeye girmiş olması veya ihlal edilmiş olması şeklinde ek bir araştırma yapılmaz. Kanunun kapsadığı bu olasılıklarda, zaten eser sahibinin kanun tarafından güvence altına alınan manevi menfaatleri ihlal edilmiş demektir.

Alm.ESHK md.14 anlamında, eser sahibinin manevi hakkının ihlal edildiğinden bahsedebilmek için, değişikliğin bozma veya zarar verme olarak nitelendirilmesinin yanında ikinci olarak, eser sahibinin dūřünsel ve kişisel menfaatlerinin tehlikeye girmiş olması aranır⁵²⁹.

Eser sahibinin, eser üzerindeki değişikliklere katlanma durumu, özellikle film sektöründe kendini belli etmektedir. Film yapımcısı, filmin reklamlarla kesilmesine izin verilmesine ilişkin olarak filmin üretimine katkıda bulunanlarla sözleşme yapabilir. Bu noktada, film yönetmeni başta gelenlerdendir. Ancak, böyle bir sözleşmesel kayıt veya izin manevi hakkın feragat edilemez özüne dokunduğu anda

⁵²⁹ Ancak, eser sahibi Alm.ESHK md.39 uyarınca lisans hakkı sahibine eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak izin vermişse ya da Alm.ESHK md.23’e göre, bir işleme hakkı tahsis edilmişse bu takdirde, eser sahibinin eserine yapılan müdahaleyi kabullenmesi gerekir. Eser sahibinin değişiklik konusunda verdiği iznin, Alm.ESHK md.14’deki ihlalin gerçekleşmesi için aranan unsurları bertaraf ettiği belirtilir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.347.

devre dışı kalacaktır⁵³⁰. Başka bir deyişle, film eseri üzerinde yapılmasına önceden izin verilmiş bozma niteliğindeki değişikliklerin sınırını, hakkın feragat edilemez özü oluşturacaktır. Türk Hukukunda, “hakkın özü” ölçütünün benimsenmesi durumunda, “hakkın özü”, eser sahibinin şeref ve itibarı ile eserin mahiyet ve hususiyeti dikkate alınarak belirlenecektir.

Eser sahibiyle film yapımcısı arasındaki menfaatler çatışmasında birçok unsur dikkate alınarak hakkaniyete uygun çözüme ulaşılabilecektir⁵³¹.

Eser sahibi, izin verdiği ancak memnun kalmadığı değişiklikler karşısında, FSEK md.15’de düzenlenen adın belirtilmesi salahiyetine dayanarak, değişiklik yapılmış eserden isminin çıkartılmasını isteyebilecek midir? Bu konuda verilecek yanıt, eser

⁵³⁰ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.364. Eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak verilen sözleşmesel izinler, bazen seyircinin sözde ahlak anlayışının gözönünde tutulmasına dayanmaktadır. Öyle ki, bazı sahneler iki kere çekilmekte, filmin Amerikadaki gösteriminde kullanılmayan bu sahneler, Avrupa gösteriminde kullanılabilir. Schack, bu konuda, 22.12.1986 tarihli Time dergisinde, Casanova filmindeki bazı erotik sahnelerin sadece Avrupa gösteriminde kullanıldığı haberine atıf yapmaktadır.

⁵³¹ Alm.ESHK md.14 uyarınca eser üzerindeki değişikliklerin eser sahibinin düşünsel ve kişisel menfaatlerini tehlikeye düşürmediğine bakılacak; Alm.ESHK md.39 gereğince, eser sahibinin bu konuda film yapımcısına izin verip vermediği araştırılacak, eser sahibinin film yapımcısıyla yaptığı sözleşmenin amacına ulaşması için dürüstlük kuralı uyarınca vermektен kaçınamayacağı veya katlanmakla yükümlü olduğu değişikliklerin sınırı saptanacak ve son olarak Alm.ESHK md.93 ışığında, eser sahibi diğer eser kategorilerinden farklı bir şekilde ancak eseri üzerindeki “ağır bozmalara” karşı itirazda bulunabilecektir. Tüm bu etmenlerden sonra, karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi sürecinde, bir de film yapımcısının ekonomik menfaatlerinin gereğinden fazla dikkate alınması, uyuşmazlığı eser sahibinin baştan kaybedeceği bir dava öyküsüne dönüştürebilecektir. Münih Yüksek Mahkemesi, “Unendliche Geschichte” kararında romanı arzu etmediği bir kapanış sekansıyla filme alınan yazar Micheal Ende ile film yapımcısının menfaatlerinin değerlendirilmesinde, filmin gösteriminin durdurulması halinde o zamanki değeriyle 20 milyon Alman markı tutarında bir zarara girileceği noktasını gerekçelerinden biri yaparak, film yapımcısı lehine karar vermiştir. OLG München GRUR 1986, s.464- Die unendliche Geschichte.

Mahkeme, çatışan menfaatlerin dengelenmesi sürecinde Alm.ESHK md.93’ de bozma kavramının da önünde yer alan istisnai ve film yapımcısının menfaatini temin edici “ağır” kavramının gözardı edilmesi yönündeki görüşe katılmamıştır. OLG München GRUR 1986, s.461- Die unendliche Geschichte. Doktrinde, Hertin’e göre kişinin şeref ve itibarı genel nitelikte olup, kişinin eseri veya fikri veya sanatsal performansı anayasaca garanti edilmiş insan onurunun bir parçası olarak ayrıca özel bir düzenlemeye gerek olmaksızın korunur. Dolayısıyla, kanun koyucu eser sahibinin ve icracı sanatçıların hakkını koruyan bir kanunla eser sahibini veya icracı sanatçıyı sadece ağır ihlallere (Yazar, bu noktada ağır bozma –gröbliche Entstellung- yerine ağır ihlal –gröbliche Verletzung- kavramını tercih etmiştir.) karşı korumayı amaçlayıp, temel bir hakkı görmezlikten gelmiş veya sınırlamak istemiş olamaz. Kanun koyucu, Alm.ESHK md.93 aracılığıyla ne anayasayı ne de uluslararası hukuk kurallarını –Bern Konvansiyonu md.6- saf dışı bırakmayı hedefleyemez. Bu bağlamda, Hertin, Anayasa ve Konvansiyon uyumlu bir yorumla, hükümde geçen “ağır” sözcüğünün gözardı edilmesini teklif eder. Mahkeme, eser sahibinin film sözleşmesinin kurulması esnasında bu emredici olmayan hüküm sözleşmenin uygulamaya alanından çıkarabileceğini, eserinde yapılacak bozma niteliğindeki değişikliklere karşı konumunu güçlendirebileceğini tesbit etmiştir. Bu tür bir sözleşmesel düzenleme, tarafların probleme baştan vâkıf olmaları ve hazırlıklı olmaları meziyeti taşır. OLG München GRUR 1986, s.461- Die unendliche Geschichte.

sahibinin değişikliklere önceden izni olduğuna, adın belirtilmesi salahiyyetinin kapsamına giren eser sahibi olarak tanıtılmama hakkını kullanamayacaktır. Eser sahibi, kimliğini gizleyerek, daha önceden vermiş olduğu iznin sonuçlarından kurtulamayacaktır. Eser sahibi, yapılan değişikliğin şeref ve itibarını zedelediği veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozduğu durumlarda ise, bu tür değişiklikleri menedebileceği gibi, bu yetkisini kullanmayıp, örneğin mahiyeti ve hususiyeti bozulan eserden kendi isminin çıkartılmasını talep edebilecektir.

Alman Hukukunda, film alanındaki özel düzenleme ışığında varılması gereken sonuç şu olacaktır: Alm.ESHK md.93 uyarınca eserinde bozma niteliğindeki değişikliklere katlanması gereken eser sahibi, Alm.ESHK md.13 c.2 ‘deki hakkını kullanmak yoluyla, bozma niteliğinde değişikliğe uğramış eserinde isminin kullanılmasını yasaklayamaz⁵³². Alm.ESHK md.13 c.2 de, eser sahibinin eserini eser sahipliğini tanıtıcı işaret kullanıp kullanmama, kullanacaksa ne şekilde kullanılmasına karar verme yetkisi düzenlenmiştir. Kanunda, eser sahibinin eserinde meydana gelecek bozmalara karşı katlanma yükümlülüğü düzenlendiğine göre, eser sahibi başka bir manevi hakkını kullanarak bu yükümlülüğten kaçamayacaktır. Böyle bir çözüm, manevi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile açıklanabileceği gibi, kanunun arzu etmediği bir sonuca, amaca kanunda düzenlenmiş bir araçla ulaşma yasağı; kanunun dolanılması yasağıyla açıklanabilir.

Eser sahibinin, eser üzerinde arzu etmediği ve kanuna aykırı değişikliklerin ortadan kaldırılması hususu, FSEK’in hukuk ve ceza davaları başlığı altında yer alan hükümle düzenlenmiştir. FSEK md.67 f.1 uyarınca, başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüz sebebiyle açılacak “tecavüzün ref’i” davasıyla, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsiline, radyo ile yayınının men edilmesi ve tecavüz edenin tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesi veya bunları eski hale getirmesi talep edilir. Değişiklik eserin gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilan yoluyla düzeltilmesi istenebilir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar, manevi hak ihlallerinin hukuki sonuçları bölümünde yapılacaktır.

⁵³² **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.365; **SCHRICKER/DIETZ** § 93, Kn.13. Bu konuda, OLG Saarbrücken UFITA 79 (1977) kararına atf yapılmıştır.

c.Eser Sahibinin Yasa Tarafından Yetkilendirilmiş Kullanma Hakkı Sahipleriyle İlişkisi

Eser sahibinin hakları, gerek kamu düzeni, gerek kamu yararı gerekse özel menfaat nedeniyle bazı sınırlamalara tabi tutulur⁵³³. Bu sınırlamalardan, FSEK md.16'da düzenlenen “eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisi” de payına düşeni alır. FSEK’te “genel menfaat mülâhazasıyla” başlığını taşıyan kısıtlamalar yedi maddeye dağıtılmıştır⁵³⁴. FSEK md.33’e göre, yayınlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili eser sahibinin ve eserin adının mutad bir şekilde açıklanması şartıyla serbesttir⁵³⁵. FSEK md.33’de, böylece FSEK md.15’de düzenlenen adın belirtilmesi salahiyeti ile bir bağlantı kurulmuştur. Öyle ki, temsil serbestisi, ancak eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına riayet edilmesi koşuluyla kullanılacaktır. Hükümde, “temsil serbestisi” kapsamında kullanılan eserde yapılacak değişikliklerin sınırı konusunda herhangi bir ifadeye rastlanmadığından, bu hususta FSEK md.16’ya bakmak gerekecektir. FSEK md.16 f.3, eser üzerinde değişikliklerin sınırı olarak eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmemesini veya eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulmamasını belirlemiştir. Eser sahibi, bu dereceye varan değişikliklere sözleşme ile izin vermiş olsa bile, böyle bir vazgeçme hükümsüz sayılacaktır. FSEK md.16 f.3 kanuni sınırlamalarla ilgili özel bir söz sarfetmiş değildir. O halde, şu soru sorulmalıdır: Eser sahibinin haklarına getirilmiş kanuni bir sınırlama olan “temsil serbestisi” kapsamında bir eser pedagojik amaçlarla, örneğin

⁵³³ Eser sahibinin haklarının sınırlandırılması, FSEK’te dört başlık altında gruplandırılmıştır. İlk başlık, md.30’da “amme intizamı mülâhazasıyla”, ikinci başlık md.31 ila 37.maddeleri kapsayan “genel menfaat mülâhazasıyla”, üçüncü başlık, md.38 ile 41.maddeleri kapsayan “hususî menfaat mülâhazasıyla” ve son başlık da md.42 ila 47. maddeleri kapsayan “Hükümete tanınan yetkiler”dir.

Alman hukuku da, bu tür sınırlamalara yabancı değildir. Eser sahibinin haklarının yasal sınırlamalarını konu alan 45 vd. maddeleri arasında yer alan 62. madde, 39. maddeye yollamada bulunur ve böylece 14. madde ve 39.maddenin konu aldığı menfaatlerin dengelenmesi sözkonusu olur. Alm. ESHK md.62’nin 2-4 bentleri eserden yararlanma hakkı sahiplerine dürüstlük kuralı sınırları içinde kalmak kaydıyla ek bir kolaylık sağlar. Eser sahibinin haklarının sınırlandırılması, kullanılan eserlerin değiştirilmesini, örneğin kısaltılmasını haklı kılar. Alm.ESHK md. 51 gereğince alıntı yapmak, yasa tarafından eserin bir ölçüde değiştirilmesine verilen izin olarak yorumlanabilir. Aynı şekilde, bir güzel sanat eserinin 58.madde sınırları kapsamında bir eser kataloguna alınmak suretiyle boyut değişikliğine maruz bırakılması yasa tarafından müsaade edilmiş bir bozma (verstümmelung-anlaşılmasız hale getirme) olarak kabul edilir. **LOEWENHEIM/DIETZ**, § 14, s.228.

⁵³⁴ 31.madde “Mevzuat ve içtihatlar”, 32. madde “Nutuklar”, 33.madde “Temsil serbestisi”, 34.madde “Eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler”, 35.madde “İktibas serbestisi”, 36.madde “Gazete münderecatı”, 37.madde “Haber” başlığını taşımaktadır.

⁵³⁵ Alm. ESHK md.46, bilim, edebiyat, müzik ve artistik eserler ile fotoğrafların eğitim amacıyla kullanılabilme serbestisi tanımaktadır.

öğrencilerin anlaması için bazı değişikliklere maruz kılınarak sahnelenmişse bu durumda ne olacaktır?. Eserin mahiyet ve hususiyetini bozacak derecede yapılan bu değiştirmeler, FSEK md.33 aracılığıyla hukuka uygun sayılacak mıdır? Kanaatimizce, örneğin ilkokul öğrencilerinin anlaması nedeniyle değiştirilen yahut bazı aşırı erotik veya aşırı siyasi içerikli sahnelerin değiştirilerek sunulduğu bir eserde, eser sahibinin eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu iddiasıyla bir itirazda bulunması haklı görülmemelidir. Değişiklik, ancak eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde gerçekleştirilmişse, eser sahibinin itirazı kabul görmelidir.

Eser sahibinin haklarının kamu yararı düşüncesiyle sınırlandığı hallerden biri de “iktibas (alıntı) serbestisi”dir. FSEK md.35’de iktibas serbestisi, “ilim ve edebiyat eserleri”, “musiki eserler” ve “güzel sanat eserleri” bakımından ele alınmıştır. FSEK md.35 bent 1’e göre, alenileşmiş bir eserin ancak bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması hukuka uygundur. Alıntı yapılan ifadelerin çokluğu ve alıntı yapılan eserin ve eser sahibinin adının belirtilmemesi, ortaya çıkan eserin “intihal” eser olması sonucuna yol açacak ve FSEK md.15’de düzenlenmiş “adın belirtilmesi salâhiyeti” ihlal edilmiş olacaktır. Eleştiride bulunmak için alıntı yapılan bölümlerin yanlış anlaşılacak bir şekilde sunumu, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklik olarak değerlendirilebilecek ve FSEK md.16’nın ihlalden bahsedilebilecektir.

FSEK md.35 b.2, yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının bağımsız bir müzik eserine alınabileceğini öngörür. Öngörülen sınırın aşılması, yapılan kullanımı “iktibas”tan ayırıp, izinsiz işleme haline getirip, işleme hakkının ihlaline yol açabilir. Bir müzik eserinin, önemli bir kısmının alınıp, başka bir parça adı altında sunulması, o müzik eserinin bir anlamda mahiyet ve hususiyetinin bozulması demektir. İktibas serbestisi aşılarak kullanılan müzik eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulmadığı iddia edilse bile, ortada eser sahibinin izni olmadan yapılmış bir değişiklik olduğu inkar edilemeyecek ve FSEK md.16’nın ihlalden bahsedilecektir.

FSEK md.35 b.3 uyarınca, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, amacın haklı göstereceği oran dahilinde ve içeriğini aydınlatmak amacıyla

bilim eserine konulması mümkündür. Alıntılanan bir güzel sanat eserinin çekilmiş bir fotoğrafının, çok kötü şekilde basılıp bir bilim eserine konulması, sözkonusu güzel sanat eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan bir değişiklik olarak yorumlanabilecektir.

Eser sahibinin, eserini üzerinde somutlaştırdığı eşyanın zilyedi veya malikiyle ilişkisi de bir başka önemli noktadır.

d.Eser Sahibinin, Zilyed ve Malikle Olan İlişkisi

(1) Genel Olarak

Eser sahibinin, zilyed ve malike karşı hakları, FSEK'te dördüncü manevi hak olarak md.17'de düzenlenir. Üç fıkradan oluşan maddenin ikinci fıkrası, aslın malikinin eser üzerindeki değişiklik yapılmasını önleme hakkına ilişkindir. Bu bakımdan, bu fıkranın eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının düzenlendiği md.16'da yer alması gerektiği savunulabilir. Alman Hukukunda, eser sahibinin zilyed ve malike karşı olan hakları manevi haklar başlığı altında değil de, diğer haklar başlığı altında düzenlenen haklar arasında yer almıştır. Bu açıdan, hakkın mali ve manevi yönlerinden hangisinin ağır bastığı noktada kanunkoyucunun kararsız kaldığı bir hak olarak nitelendirilebilir. Böyle bir tercih, Alman Hukukuna hakim olan ve eser sahibinin haklarındaki mali ve manevi içerikleri bir bütün olarak gören monist teori sayesinde meşru görülebilir. Alman Hukuku doktrininde, eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları gerek ayrı başlık altında gerekse eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına ilişkin açıklamalarda incelenmektedir. Türk Hukuku literatüründe de aynı eğilimi gözlemlemek mümkündür. Kaldı ki, özelde manevi hakların genelde eser sahibinin haklarının aynı amaca hizmet ettiği düşünüldüğünde, hakların incelenmesini sert bir kategorik ayrıma mahkum etmek doğru olmayacaktır. Eser sahibinin zilyed ve malik ile olan menfaatlerinin çatışmasının en sık ortaya çıktığı eser türleri, mimari eserlerdir.

(2)Mimari Eserler Bakımından Değerlendirme

(a) Genel Olarak

Eser sahibinin, zilyet ve malike karşı hakları denilince, ilk akla gelen mimar ile yapı malikinin arasındaki ilişkidir. Mimar, yapının çizdiği projeye uygun olarak kalmasını arzu ederken, yapı maliki bazen kendi arzusu, bazense yapının ihtiyacı nedeniyle, yapıda esaslı veya esaslı olmayan değişiklikler yapmak isteyebilir. Bu istekler ve ihtiyaçlar silsilesi, mimar ile yapı maliki arasındaki gerilimi tırmandırır. Mimar-eser sahibi ile yapı maliki arasında çıkacak uyuşmazlıklar özellikle “eserde değişiklik yapılmasını menetmek” yetkisini ilgilendirir⁵³⁶.

FSEK md. 4/3 gereği mimari eserler Fikri Hukuk açısından korunan güzel sanat eserlerinden sayılmıştır. Bu hükümle korunanın, mimari plan, proje, kroki, maketler değil, doğrudan doğruya mimari yapının kendisi olduğu ifade edilmektedir. Plan, proje, kroki ve maketler, “eser “ sayılmak için gerekli şartları taşımak kaydıyla FSEK md. 2/3 hükmüne göre “ilim ve edebiyat eserleri” olarak korunacaktır. Mimari eserlerde, anıtlar ve benzerleri bir yana bırakılırsa, estetik olmanın yanısıra fonksiyonel olma zorunluluğu da vardır. Fonksiyonel olma, yani sanatla ve fikirle ilgili olmayan kullanım ve ihtiyaçlara yanıt verme unsurunun, mimari eserleri diğer güzel sanat eserlerinden ayıran en önemli özellik olduğuna işaret edilir. Öyle ki, bu unsur nedeniyle eser sahibi olarak mimarın eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkının, diğer güzel sanat eserlerine oranla önemli ölçüde kısıtlanmış ve bu

⁵³⁶ Mimari eserlerde, umuma arz yetkisinin kullanımı ilginç bir durum arzeder. Mimari eser, genellikle umuma açık yerlerde inşa edileceğinden, umuma arz yetkisi daha baştan kullanılmaktadır. Özellikle, mimari eserin tadilat sürecinde, eserin dışını gizleme veya kapatma çabaları, umuma arz yetkisine yönelik olmaktan çok, çevre güvenliğini amaçlar. Mimari eserdeki değişiklikler, ortaya çıkan yeni yapının işleme eser olarak dahi değerlendirilmesine yol açabilir. Bu bakımdan, ortaya çıkan yeni eserin, işleme eserin umuma arzından bahsedilir.

Mimari eserlerde, adın belirtilmesi salahiyetinin kullanılmasına ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. FSEK md.15 f.3’e göre, “eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine görülen bir yerine, eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adı yazılır.” Hükümde, eser sahibinin bu yetkisini kullanmak bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen, doktrinde bu talep, bir süre kısıtlanmasıyla baş başa bırakılır. Kılıçoğlu’na göre, FSEK md.15 f.3’den kaynaklanan talep, ancak mimari eser tamamlanıncaya kadar ileri sürülebilir. Çünkü, mimari eser tamamlanıp kullanılmaya başladıktan sonra artık eser sahibinin böyle bir talebi ileri sürmesinde yararı yoktur. **KILIÇOĞLU**, FSEK Değişikliği, s.11.

Kanunun lafzı karşısında, bu görüşe karşı çıkan anlayış ise, somut olaya bakılmasını önererek, hak sahibinin sessiz kalması halinde hakkını sonradan ileri sürmesinin MK 2’ye aykırı olabileceği iddiasını seslendirir. **SULUK/ORHAN**, s.351.

Kanaatimizce, eser sahibine mimari eser tamamlandıktan sonraya uzanan zaman diliminde de, adın belirtilmesi salahiyetini kullanması yetkisi tanımak yerinde olur. Genel olarak, eser sahibi isimsiz veya müstear isimle yayınladığı bir eserin sonradan kendi ismiyle anılması konusunda bir hak sahibiyse, özel mimari eserlerde de, kanunun aradığı yazılı istem koşulunu yerine getirmek kaydıyla, ismi belirtilmeden umuma arzedilmiş sayılan eserin uygun bir yerine isminin yazılmasını isteme hakkına sahiptir. Her hak ve yetkinin kullanılmasında olduğu üzere, “somut olay adaleti” ışığında, “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, sahneye girebilecektir.

durumun Fikri Hukuka ilişkin doktrin ve yargı kararlarında ittifakla kabul edildiğinin altı çizilmektedir⁵³⁷.

Bu noktada, eser sahibi olarak mimarın menfaatleriyle yapı malikinin menfaatleri çatışabilecektir. Bu bakımdan, konunun ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmesi yerinde olur.

(b)Mimar-Eser Sahibinin Hakları Bakımından Değerlendirme

Medeni Kanun md.683 uyarınca malik, mülkü üzerinde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahipken, FSEK kapsamında mimar diğer güzel sanat eserleri sahipleri gibi eserde her türlü değişikliği yasaklayamayacak; sadece mesleki şeref ve itibarını yahut eserin mahiyet ve özelliğini bozan değişikliklere karşı çıkma hakkına sahip olacaktır.

Mimarın hazırladığı proje neticesinde ortaya çıkan mimari eser üzerindeki manevi haklarının kullanımı konusunda şu değerlendirmelerde bulunmak mümkündür. Meseleye FSEK md. 14 açısından bakıldığında, mimari eser kural olarak daima umuma açık bir yerde inşa edilmiş olacağından, yapının tamamlanmasıyla birlikte “eseri umuma arz selahiyeti” de kullanılmış ve tüketilmiş olacaktır sonucuna varılmak gerekir. Eser sahibinin malik ve zilyede karşı FSEK md.17’de düzenlenen eserden faydalanmayı istemek hakkı ise, mimari eserlerin içeriğiyle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, mimarın eser sahibi sıfatıyla sahip olduğu manevi haklar, sadece eserde adının belirtilmesini isteme (FSEK md.15) ve değişiklik yapılmasını men etme (FSEK md.16) haklarından ibaret olacaktır. Bu noktada, mimarın daha proje aşamasında, malike mülkiyet hakkı ve imar mevzuatı çerçevesinde ileride o yapıyı tadil etmek hususunda, mesleki şeref ve itibarını gözetmek kaydıyla yetki vermiş olduğu düşüncesi savunulmaktadır. Öyle ki, bu düşünce, doktrin ve yargı içtihatlarında uzun zamandan beri kabul edildiği gibi, birçok Avrupa ülkesinin fikir ve sanat eserleri kanunlarında da yer etmiştir⁵³⁸.

⁵³⁷ EREL, s.125.

⁵³⁸ EREL, s.126.

Örneğin, yabancı öğretilerde kiliselerde veya okul binalarında işlevlerini yerine getirebilmeleri için değişiklikler yapılabileceği gibi, binanın sağlamlığını temin etmek amacıyla yapılacak değişiklikler de hukuka uygun sayılmaktadır⁵³⁹. Bu konularda, mimar-eser sahibi eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlal edildiğini ileri süremeyecektir.

FSEK md.16 f.2’de, eser sahibinin “zaruri görülen değiştirmeler”e katlanması öngörülmüştür. Eser sahibinin katlanma yükümlülüğü her ne kadar “işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeler”i kapsıyorsa da, burada zarurilik (zorunlu olma), binanın başka türlü kullanılmayacak veya korunamayacak olması şeklinde anlaşılmamaktadır. Değişikliğin mimarın katlanması beklenecek derecede gerekli olması yeterli sayılmaktadır. Öte yandan FSEK md.16 f.2 hükmünde izin verilen “zaruri değiştirmeler”in lafzi yorum doğrultusunda mimari eserler bakımından geçerlilik taşımayacağı; çünkü değişikliğin mimari eserin işlenmesinde, çoğaltılmasında, yayımında veya umuma arzında ortaya çıkmadığı, değişikliğin mimari eserin yapı maliki tarafından yaşam alanı haline getirilip ve bu çerçevede mimari eserden yararlanılması sürecinde gerçekleştiği bir an için savunulabilir. Ancak böyle bir durumda ve yorumda dahi, yapı malikinin eser üzerinde yapacağı kimi değişikliklere katlanma yükümlülüğü işin mahiyetinden ve dürüstlük kuralından hareketle kabul edilebilir⁵⁴⁰. Buna göre, menfaatlerin dengelenmesi amacıyla, yapı malikinin ihtiyaçları ve kamu yararı gerekçeleriyle, mimari eserde yapılması gerekli değiştirmeler hukuka uygun görülmelidir. İster FSEK md.16 f.2’deki zaruri değiştirmelerden ister kamu düzeni veya yapı malikinin ihtiyaçları nedeninden hareket edilsin, varılacak sonuç mimari eserin mutlak dokunulmazlığının olmadığıdır. Ancak, doktrinde, zaruri değişikliklerin izinsiz yapılabilmesi için, FSEK md.16 f.2’nin lafzına bağlı kalan yorum, işleme hakkının devralınmış olmasını vurgulamaktadır⁵⁴¹. Eğer, bu yoruma bağlı kılınırsa, yapı malikinin işleme hakkı olmadan mimari eserde değişikliğe gitmesi, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisine tecavüz teşkil edecektir.

⁵³⁹ LOEWENHEIM/DIETZ, § 14, s.229,230.

⁵⁴⁰ Hatta, FSEK md.16 f.2’ye geri dönülerek bu hükmün genel olarak eser sahibinin katlanma yükümlülüğünü düzenlediği ve her somut olay ve eser türü bakımından bu katlanma yükümlülüğünün değişiklik gösterebileceği ifade edilebilir.

⁵⁴¹ ÜSTÜN, G. Fikri Hukukta İşleme Eserler, Besam Yayınları İstanbul 2001, s.121. Yazarın ifadesiyle, “mimarlık eserinde çoğaltma, mimari projede öngörülen fiktif yapının (kuramsal olarak) cisimlendirilmesi (inşası) anlamına gelirken, işleme ise (kural olarak) tadilat projesi vasıtasıyla yapının tadil edilmesi” anlamındadır.

Yapı maliki, eser sahibinden izin almadan, herhangi bir tadilata başvuramayacak mıdır? Bu sorunun cevabı uygulamada büyük önem taşıyor gözükse de şu husus gözden kaçırılmamalıdır: Her şeyden önce her mimari yapının, mimari eser olmayacağı açıktır. Sadece eser niteliğindeki mimari yapılar; yani mimari eserler FSEK tarafından koruma altındadır. Mimari eser niteliğindeki yapılarda belli bir özgünlüğün, hususiyetin, estetik değerin aranacağı kabul edildiğinde, alelade yapıların mimari eser olarak korunmayacağı ortaya çıkacaktır. Elbette, bu noktada karşılaşılabilecek sorun hangi yapıların mimari eser sayılacağı, dolayısıyla bu açıdan korumaya tabi olacağıdır. Her somut olay, bizi farklı çözümlere götürebilecektir. Yapının işlevsel özelliğinin estetik özelliğine oranla ağır basması bir ölçüt olarak önerilse de; “işlevsellik” ve “estetik” kavramlarının göreceli olması net çözümleri engelleyebilecektir. Fakat daha iyi bir ölçüt de yoktur. Buna göre, konut olsun işyeri olsun resmi daire olsun, kentte olsun, köyde olsun, taşınmaz yapıların sadece küçük bir kısmının mimari eser sayılması mümkün olacaktır. Şayet hangi gruba girdiği (mimari yapı sayılıp sayılmayacağı) hususunda tereddüt edilen bir yapıyla karşılaşırsa; kanımızca mimari yapı sayılması asıl olmalıdır. O halde, mümkün mertebe mimari yapıları, mimari eser olarak kabul etmeme yönünde bir eğilime sahip olmaktansa, mimari eser sahibinin, yapı mülkiyeti nedeniyle katlanması gerekli yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmek kanaatimizce daha yerindedir. Bu anlayış, Fikri Hukukun genişleyen kapsamına, özgünlük ve orijinallik taşımayan fikri ürünlerin dahi “eser” korumasından yararlanabildiği günümüz gerçeğine uygun düşer.

Uygulamada, mimari eser sahibinin izni olmaksızın yapılan değişiklikler karşısında şöyle bir yol izlenmektedir: Mimari eserdeki değişikliğin eski hale iadesi mümkünse ve değişikliğin ortadan kaldırılması kamunun ve malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa, eser eski hale getirilir. Aksi takdirde, eser sahibine eserdeki değişikliğin kendisi tarafından tanıtılması veya eserdeki adının kaldırılması veya değiştirilmesi imkanı tanınır⁵⁴².

⁵⁴² 11. HD, 29.03.2001, E.2001/143, K.2001/2548. YKD, C.XVII, S.8/2001, s.1210 vd. Aynı yönde bir diğer karar: 11.HD, 6.7.1998, E. 1998/3202, K.1998/5147- YKD, C.19, S.4/1998, s.289,290.

Mimari eserin renginde değişikliğe gidilmesi, eserde yapılan izinsiz değişiklik olarak deęerlendirilebilir⁵⁴³.

(c)Yapı Malikinin Hakları Bakımından Değerlendirme

Yapı maliki, mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerin sahibidir. Ancak, yapı maliki, “mülkiyet hakkının kısıtlamaları” çerçevesinde mutlak bir tasarruf özgürlüğüne de sahip değildir. Yapı malikinin sahip olduğu hakların Fikri Hukuk açısından tabi olduğu sınırlama denilince, akla ilk gelen nokta, mimarın mimari eserde ifadesini bulan mesleki şeref ve itibarına riayet etme yükümlülüğüdür⁵⁴⁴.

Bu bağlamda, malik ile mimarın karşılıklı hak ve menfaatlerinin dengelenmesi hususuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmalıdır. Eserde yapılan tadilat ve değiştirmeler yapının önceki halinin yanısıra farklı bir mimari stili yansıtıyorsa, o takdirde bu ekleme ve değiştirmelerin de kendi başlarına “eser” niteliği taşımaları kaydıyla, ortaya “iştirak halinde eser sahipliği” veya “müşterek eser sahipliği” denilen durumların ortaya çıkacağı belirtilmelidir⁵⁴⁵.

Eser üçüncü kişi tarafından imha veya tahrip edilmişse haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. FSEK md.17 f.2’de aslın malikine eseri bozma, yok etme ve eser sahibinin haklarına zarar verme yasağı getirilmişse de, bu hükmün mimari eserlerde farklı bir yoruma, amaca uygun bir yoruma tabi tutulması gerektiği savunulmaktadır. Bu yoruma göre, mimari eserlerde, sahibinin yani mimarın iznine gerek olmaksızın haklı sebeplerle değişiklik yapılabilecektir. Örneğin, binaya kalorifer konulabilecek, eski art deco asansör değiştirilebilecek veya odalar birleştirilebilecektir. Öyle ki, bir banka, imaj tasarımı çerçevesinde bütün şubelerine aynı görünümü veriyorsa, buna

⁵⁴³ Dava konusu olayda, 88 Bloklu 1500 Konutluk Soyak Sitesinin dış kısmının, davalı yönetimce eserin orijinalitesini bozacak şekilde boyanması, hak ihlali olarak görülmüştür. Kararın metninden, açıkça hangi hakkın ihlal edildiği belirtilmemesine rağmen, burada ihlale konu olan hakkın FSEK md. 16’da düzenlenen “eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi” olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme, eserde yapılan değişikliğin eski hale getirilmesi amacıyla orijinal rengine boyatılması suretiyle tecavüzün önlenmesine ve manevi tazminata hükmetmiştir. 11. HD, 22.6.1998, E. 1998/3246, K.1998/4717. Bkz. **SULUK/ORHAN**, s.364, 365.

⁵⁴⁴ **EREL**, s.127

⁵⁴⁵ **EREL**, s.129

uymayan bir şubmesini yıkabilecektir. Bunun tek istisnasını toplum belleğinde yer etmiş binalar ile eski eser mevzuatına göre korunan eserler oluşturacaktır⁵⁴⁶.

Çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, eser malikinin ekonomik menfaatleri dikkate alınacaktır. Somut olayın özelliğine göre, eserin mimarı, daha önce öngörölmüş tutarları aşan maliyet nedenlerinden ötürü malikin yapacağı değişikliklere katlanmak durumundadır⁵⁴⁷. İtihat hukuku, eserin malikinin yapı eserinin bütünsel ifadesine az etkide bulunan ufak değişiklikleri hukuka uygun görmektedir⁵⁴⁸.

Yapı eserlerinin, kamuya sunulan dış yüzünde yapılan değişiklikler, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının uygulama alanı kapsamındadır. Bu bakımdan, eserde yapılacak tadilatlar, mimarın manevi hakkını tehdit edebilir. Yapı eserinin dış yüzeyindeki renk değişiklikleri, yüzey değişiklikleri, kullanılan materyal değişiklikleri FSEK md.16'nın uygulanmasına neden olacak zarar vermeler halini alabilir⁵⁴⁹.

Yapı eserlerine konulan ya da yerleştirilen reklamlar bakımından, eser korumasına sahip bir binanın; yapı eserinin dış yüzeyine eklenecek ışıklı bir reklamın esere ağır bir müdahale olarak ele alınabileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde, bir sanat eseri de yapı eserine eklenmekle sözkonusu yapı eserinin bütünlüğünü bozabilecektir⁵⁵⁰.

Mülkiyet hakkı sahibinin başka bir deyişle yapı eseri malikinin menfaatleriyle ilgili olarak, mimari planın değiştirilmesi sonucuna yol açacak, yapının güvenliğine ilişkin tedbirlerin hukuka uygun olduğu belirtilmelidir. Eser sahibinin ve yapı malikinin hakları birbirinden bağımsız bir biçimde ama birlikte, yanyana varlıklarını sürdürürler⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.149.

⁵⁴⁷ **WANDTKE/BULLINGER**, § 14, Kn.34.

⁵⁴⁸ Mimarın yassı çatılı planladığı bir binaya, malik tarafından, bakanın zor farkedemediği, çadır örtüsü tarzında eğimli bir yapı eklemesi mimarın manevi hakkının ihlali olarak görülmemiştir. LG Gera BauR 1995, s.866.

⁵⁴⁹ Örneğin, yapı maliki, kural olarak, doğal taş yüzey olarak planlanmış bir yapı eserinin yüzeyini yapma taşlarla değiştiremeyecektir.

⁵⁵⁰ Her iki ihtimalin bugüne kadar doktrinde tam olarak ele alınmadığı ve somut olayın özelliklerinin menfaatlerin dengelenmesinde önemli olduğu ifade edilmiştir. **WANDTKE/BULLINGER**, § 14, Kn.30.

⁵⁵¹ **WANDTKE/BULLINGER**, §14, Kn.34. Alman Federal Mahkemesi Kirchen-Innenraumgestaltung adli kararında, kilisenin içine sonradan hoparlör eklenmesinin olumsuz bir

Mülkiyet hakkına tecavüz edilerek ortaya çıkan eser Fikri Hukuk korumasından faydalanacak mıdır? Faydalanacaksa, yapı maliki ile eser sahibi arasındaki menfaatlerin karşılaştırılması ne şekilde sonuçlanacaktır? İlk bakışta burada “kimse kendi hukuka aykırı davranışı sayesinde bir hak kazanamaz” (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) kuralına göre bir fikri hak ileri sürülemeyeceği düşünülebilir. Fakat, bu prensibe istisna olarak, burada fikri hakların korunması prensibinin tercih edildiği görülmektedir. Bu çerçevede, güzel sanat eserinin konu olduğu bir olay eşliğinde değerlendirmede bulunmak yararlı olacaktır. Güzel sanat eseri olarak değerlendirilen grafiti eserler, fikri hak korumasından yararlanan bir eser kategorisine girmiş olur. Fikri Hukuk koruması, eser sahibinin eserini ortaya çıkarken mülkiyet hakkı sahibinin haklarını ihlal etmiş olmasıyla ilgilenmez. Dolayısıyla, eser üretilirken, başkasının mülkiyet hakkına tecavüz edilmiş olması o eserin Fikri Hukuk korumasına sahip olmasını etkilemez. Dolayısıyla, bir ressamın duvarlarına, evin duvarlarına veya başka bir yapıya izinsiz olarak yaptığı grafitiler ortada mülkiyete yönelmiş bir tecavüz olmasına rağmen korunacaktır. Başka bir deyişle, grafiti eser, “eser bütünlüğü” korumasından yararlanır. Buradaki “eser bütünlüğü”, esere dokunulmayacağı, hatta menfaatlerin tartılması sonucu yapı malikinin menfaati ağır basıyorsa ortadan kaldırılmayacağı anlamına gelmez. Öyle ki, grafiti eser ortadan kaldırılabilir; bu anlamda imha edilebilecek ama “bozma”ya (entstellung) uğratılamayacaktır⁵⁵².

İsv. ESHK md.12 f.3’de, yapı malikinin mimari eseri değiştirme yetkisi öngörülmüştür. Ancak, bu yetki, İsv.ESHK md.11 f.2’ye yapılan atıfla, eser sahibinin kişiliğini ihlal etmemek kaydıyla kullanılabilir⁵⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi, demirbaş niteliğindeki lambaların değiştirilmesi ve duvarların boyanmak suretiyle bir binanın iç dekorasyonunda meydana gelen değişimin, mimarın haklarını

intiba uyandırmasına rağmen, bunun sadece geçici bir çözüm olarak düşünülmüş olmasına binaen, hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir.

⁵⁵² **WANDTKE/BULLINGER**, § 14, Kn.35.. Bir mahkeme kararı, (LG Mannheim) bir heykelin siyasi parola ve sembollerle boyanmasını eserin bozulması, tahrifata uğratılması olarak değerlendirmiştir.

⁵⁵³ 1992 tarihli İsv.ESHK öncesinde de, yapı malikinin mimari eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi içtihatlarca desteklenmekteydi. Federal Mahkeme, Kanton mahkemesinin kararını bozarak, okul sahibinin tek katlı binaya ikinci bir kat çıkabileceğini, hatta eser sahibinin engellemeye çalışmasına rağmen, binanın stilini bozan çatı değişikliğinin yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Karar için bkz. ATF 117 II 466. Ayrıca bkz. ATF 120 II 65. Bu kararda ise, yapı malikinin menfaatlerinin, eser sahibinin manevi haklarından önce geldiği ve üstün tutulması gerektiği üzerinde durulmuştur.

zedelemediğine hükmetmiştir. Doktrinde, eser sahibinin binanın stiline aykırı olarak yapılacak değişikliklerin, Alman ve Fransız mahkemelerinin yaptığı gibi, İsviçre mahkemelerince de engellenebileceği savunulmaktadır. Elbette, böyle bir sonuca ulaşmak için, mimarın itibarının sarsılması gibi şahsi menfaatlerin ihlal edildiğinin ispatlanması gerekecektir⁵⁵⁴.

e.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin Yayın Sözleşmesi Bakımından Anlamı

FSEK hükümleriyle, BK'daki yayın sözleşmesi⁵⁵⁵ hükümleri birlikte değerlendirilir. FSEK'teki bazı hükümler BK'daki hükümlerin yerini almıştır ki; örnek olarak FSEK md.48'deki mali hakların devrine ait kurallar gösterilir. Ancak, temel olarak her iki kanunun birbirini tamamladığını vurgulamak gerekir⁵⁵⁶. FSEK ile BK hükümleri arasındaki ilişkideki amaç, FSEK'te yer almayan ancak eser sahibi lehine sonuçlar doğurabilecek bazı Neşir Mukavelesi hükümlerinin Fikri Hukuk uygulamasında geçerli sayılmasına yöneliktir⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ **DESSEMONTET**, François, International Copyright Law, Switzerland 2006, s.61.

⁵⁵⁵ Yayın sözleşmesi özelliği olan iki taraflı tasarrufi bir sözleşme olarak değerlendirilir. Özellikle, karşılıklı edimlerin varlığına rağmen, bunların birbirinin karşılığı olmamasından doğmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda yayın sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması için taraf iradelerinin birleşmesi yeterli olup, çoğaltılıp yayınlanacak eserin bir nüshasının yayıncıya bırakılması şart değildir. Tasarrufi nitelik taşıdığından, yayın hakkı yayınlamanın malvarlığından çıkıp yayınlamanın malvarlığına girmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.215.

Türk hukukundaki yayın sözleşmesi bakımından kaynak kanun niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanununda yayın sözleşmesi, eser sahibinin haklarına ilişkin, kanunda düzenlenmiş tek sözleşme olarak nitelendirilir. Sözleşmeyle eserden, çoğaltma ve yayma yoluyla yararlanmak amaçlanır. Kanunda, yayın sözleşmesine ilişkin hükümler emredici olmayıp, yayın sözleşmesinin boşluk içermesi durumunda, boşluk doldurucu işlev üstlenen tamamlayıcı nitelikte hükümlerdir. Yayın sözleşmeleri uygulamada sıklıkla, önceden formüle edilmiş tip sözleşmeler (musterverträge) olarak eser sahibinin önüne getirilir. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.164.

İBK md.381 f.2 de anlaşılacağı üzere, yayın sözleşmesinin konusu şeyin, eser korumasına sahip olması zorunlu değildir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, eser korumasına sahip olmayan şeylerin ancak gerçek olmayan yayın sözleşmesine konu olabileceğine ve yayın sözleşmesine hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceğine hükmetmiştir. BGE 101 II 104.

⁵⁵⁶ **YARSUVAT**, s.41.

⁵⁵⁷ **ÜSTÜN**, Gürsel, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Hükümleri ile Borçlar Kanunundaki Neşir Mukavelesi Arasındaki İlişkiler, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 1/2005, s.31. Doktrinde, FSEK hükümleriyle BK hükümleri arasında ilişki kurma çabaları, hükümlerde geçen kavramların uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiği sonucunu doğurmuştur.

Yayın sözleşmesinin konusu olarak BK md. 372 f.1'de, edebiyat ve sınai eserden bahsedilmektedir. Doktrinde, sınai kelimesinin "sanata ait" olarak anlaşılması gerektiği belirtilerek, kanuni tanımdaki terimlerin FSEK daki karşılıklarıyla anlamlandırılması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, BK'daki "edebi" kelimesi ile FSEK m.2 de yer alan "ilim ve edebiyat" eserleri ifade edilmek istenmiş,

BK md.373 f.1’de “Neşir mukavelesi, müellifin haklarını mukavelenin ifasının icap ettirdiği miktar ve zaman için naşire nakleyler” denilmektedir. Hükme göre, eser sahibinin haklarının devri, sınırlı bir şekilde gerçekleşir. Eser sahibi haklarını, ancak sözleşmenin gerektirdiği miktar ve zaman için devretmiş sayılır. Eser sahibinin devre konu hakları bakımından, hükümde “mali haklar”, “manevi haklar” şeklinde bir ayırım yapılmaması karşısında iki farklı yorum benimsenebilir. İlk yorum, hükümde geçen “müellifin hakların”dan mali haklarının anlaşılması gerektiğidir; çünkü, sadece mali hakların devrinden bahsetmek mümkündür. İkinci yorum ise, mali hakların tamamen manevi haklardan soyutlanamayacağı düşüncesinden hareketle geliştirilebilir. Devredilen mali hakların kullanımı, az ya da çok manevi haklara da etki edeceğinden, hükümde geçen “müellifin hakların”dan manevi hakları da anlamak gerekir. Ancak bu noktada, manevi haklar için “devir” kavramının ifade edeceği anlam olsa olsa hakkın kendisinin değil “kullanımının devri” olacaktır.

“Sözleşmenin amacı” kavramının Fikri Hukuk sahnesindeki adı olarak da nitelendirilebilecek “amaçla sınırlı devir teorisinin” (zweckübertragungstheorie) hukuki zemine kavuştuğu hüküm BK md.373’dür. Hüküm uyarınca, eser sahibi sıfatlı yayınlatanın hakları, yayıncıya sözleşmenin yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde geçer. Böylece, yayıncıya bir taraftan çoğaltma ve yayma hakkı tanınmış olurken, diğer taraftan bazı hakların eser sahibinden yayıncıya geçmesi engellenmiş olur. Bu bağlamda, bir romanın yayın hakkını devralan bir yayıncı, yayın sözleşmesi ile çeviri, filme çekme ve temsil hakkını da elde ettiğini ileri süremeyecektir. Buna karşın, yayıncı, sözleşmenin amacına ulaşması bakımından eser üzerinde değişiklik yapmaya yetkili sayılacaktır.

“sanat eseri” kavramı ise FSEK m. 4 anlamında güzel sanat eseriyle açıklanmıştır. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.214.

İlk bakışta yayın sözleşmesinin kapsamadığı sanılan eserler de, yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerin FSEK hükümleriyle birlikte yorumlanmasının sonucu olarak, bu sözleşmenin konusu olabilmektedirler.

BK’da müzik eserlerinin yayın sözleşmesine konu edilebileceklerine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde, çoğaltılmaya uygun olan müzik eserlerinin, örneğin notaların yayın sözleşmesinin konusu olabileceği savunulmuştur. Notalar FSEK m.2 anlamında edebi ve sınai eser olmamakla beraber müziğin yazılı hale gelmiş biçimi olarak yayın sözleşmesine konu yapılabilecektir. Öte yandan, ilim ve edebiyat eserleri arasında bulunan bilgisayar programlarının da çoğaltılabildikleri –FSEK md.22 f.2 ve yayılabildikleri –FSEK md.23- için yayın sözleşmesine konu edilebilecekleri ifade edilmiştir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.214.

“Yayın sözleşmesine” ilişkin hükümlerden, manevi haklar bakımından önem taşıyan bir hüküm de BK md.385’dir. Bu maddede “Bir veya müteaddit müellif, naşirin tayin eylediği plan⁵⁵⁸ dairesinde bir eser telif eylemeği taahhüt ederlerse, ancak mukavele edilen bedele müstahak olurlar. Bu takdirde telif hakkı naşire ait olur.” “Telif hakkının naşire ait olması”ndan anlaşılması gereken, mali hakların yayıncıya, manevi haklarınsa eser sahibine ait olmasıdır⁵⁵⁹.

Yayın sözleşmesi hükümlerinden BK md.374 f.1’e göre, yayıncının yapma hakkına sahip olduğu yayınlar tükenmedikçe, eser sahibi veya halefleri, yayıncının zararına ne tüm eserde ne de eserin bir kısmında tasarruf edebilirler⁵⁶⁰. Ancak, eser sahibinin FSEK md.14, md.15 ve md.16’da düzenlenmiş manevi haklarını kullanması, BK md.374 f.1’e aykırı olmayacaktır⁵⁶¹. Eser sahibinin kanundan kaynaklanan “rekabet etmeme borcunun” sınırını manevi haklar oluşturacaktır. Eser sahibi, umuma arz yetkisini kullanarak eseri hakkında tanıtıcı bilgiler verebilecektir. Eser sahibinin, BK md.374 f.1’deki yükümlülüğü bahane edilerek, eserini açıklamasına engel olmak, eser sahibinin manevi hakkının ihlali demek olacaktır⁵⁶². Aynı şekilde, eser sahibi “eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisinin” kendisine tanımış olduğu imkanlardan faydalanacaktır.

Yayınlayanın yükümleri bakımından bakıldığında, eser sahibinin manevi hakları bağlamında, yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümü önemli bir rol oynar. BK md.376 f.2 uyarınca, yayıncı hiç bir kısaltma, ekleme veya değiştirme yapmaksızın eseri –niteliğine uygun bir şekilde- çoğaltmakla yükümlüdür. Bu düzenleme, FSEK md.16’ya paralel bir düzenleme olmuştur⁵⁶³. Bu yükümlüğün ihlal edilmesi sonucunda yazar, FSEK 16’ya aykırılık halinde uygulanan yaptırımları talep etme hakkına sahip olur. Ancak, belirtilmelidir ki, bu yüküm, BK md.376 f.1 c.2

⁵⁵⁸ Bir ya da birden çok yazarın, yayıncının saptadığı plana göre bir eser vücuda getirmeleri halinde taraflar arasındaki ilişki yayın sözleşmesi olmayıp, somut olayın özelliklerine göre eser, vekalet ya da iş sözleşmesi olacaktır.

⁵⁵⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.214,215.

⁵⁶⁰ BK md. 374 f.1’de düzenlenen bu yükümlülük için doktrinde “rekabet etmeme borcu” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. **FRANKO**, Yayın Sözleşmesi, s.110 ve **ÜSTÜN**, Neşir Mukavelesi, s.47. Bu kavram yerine “kaçınma yükümü” de kullanılmaktadır. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.218.

⁵⁶¹ **ÜSTÜN**, Neşir Mukavelesi, s.47.

⁵⁶² **ULMER**, § 44, II.

⁵⁶³ Elbette BK md.376 hükmü, eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak FSEK md.16 kadar ayrıntılı düzenlenmemiştir. Örneğin, eserde yayın tekniği gereği yapılması zaruri değişiklikler BK md.376’da yer almamıştır.

uyarınca, yayınlayanın satışın başarısını sağlamak için alışıl gelmiş (olağan) önlemleri almasına engel değildir. Öyle ki, aksi sözleşmede öngörülmemişse eserin mizanpajına yayınlanan kural olarak karışamayacağı gibi özellikle yayınlayana, bu konuda talimat da veremeyecektir. Örneğin, bir seri içinde yayınlanan eserler, serinin genel tasarımına uymak zorundadırlar⁵⁶⁴. BK md.376'yı FSEK ile birlikte ele aldığımızda, yayıncının teknik gerekliliklerden kaynaklanan değişikliklerin yanında, satış politikası nedeniyle bazı değişikliklere yapmaya da yetkili olduğu sonucuna varırız. Ancak, satış politikası veya pazarlama tekniği gereği yapılacak değişikliklerin, FSEK md.16 ışığında, eser sahibinin şeref ve itibarını zedelememesi veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozmaması gerekir.

BK md.376 f.1 c.2'den kaynaklanan yayıncının pazarlama yükümlülüğü veya hakkı, BK md.373 f.1 tarafından da desteklenir. Yayın sözleşmesi, yayınlananın haklarını, sözleşmenin icap ettirdiği miktar ve zaman için yayıncıya geçirdiğine göre, pazarlama yükümlülüğü de yayıncının sözleşmenin amacına ulaşması bakımından gereklilik arzeder. Hatta, "amaçla sınırlı devir teorisinin" yayın sözleşmesi bakımından kapsamının belirlenmesinde, pazarlama yükümlülüğü (Vermarktungspflicht) de rol oynar. Kaynak kanun İsviçre Borçlar Kanununun ilgili hükmü bakımından da aynı sonuç savunulmaktadır. Yayın sözleşmesinde, yayıncı, sözleşmenin ifası için ilk önce çoğaltma eylemini gerçekleştirecektir. Ardından çoğaltılmış nüshaları dağıtımına çıkaracaktır⁵⁶⁵. Yayıncının, hareketsiz kalması durumunda yayına veren İBK md.380 ve İBK md.97 f.1 hükümlerine dayanarak yayıncıyı ifaya zorlayabilecektir. Eseri, kullanıcıya ulaştırma ve bu bağlamda pazarlama yükümlülüğü, yayın sözleşmesinin yegane amacıdır. Pazarlama yükümlülüğü ışığında, İBK md.381 f.1'de geçen gereklilik (erforderlichkeit) kavramı yorumlanacak, kapsamı belirlenecektir⁵⁶⁶.

Yayıncı, yayın sözleşmesinin amacına ulaşması için hangi hak ve yetkilerle donatılması gerekiyorsa o hak ve yetkilere sahip olacaktır. Yayıncının sahip olacağı hak ve yetkiler, sözleşmenin amacına ulaşmak bakımından ne bir eksik ne bir fazla

⁵⁶⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.221.

⁵⁶⁵ **HILTY**, Reto M., Verlagsvertrag, in BUREN/LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1 (SIWR II/1), Helbing und Lichtenhahn, 2. Auflage, Basel; Frankfurt a.M. 2006, s.578.

⁵⁶⁶ **LAUX**, Christian, Vertragsauslegung im Urheberrecht- Zur Kritik der Zweckübertragungstheorie im schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag AG Bern 2003, s.99.

olacaktır. “Ne bir eksik ne bir fazla” hak ve yetki devri hem yayıncıyı hem yayınlatanı korur. Yayınlatan eser sahibi, gerektiğinde “eser üzerinde değişiklik yapılmasını yetkisini”, şeref ve itibarını zedelediği müddetçe, devretmiş sayılacak, yayıncı ise sözleşmenin amacına ulaşmak için yetiyorsa eserde çoğaltma ve yayma tekniğinin gerektirdiği değişiklikler dışında hiçbir değişiklik yapmaya yetkili sayılmayacaktır.

Gerekli ve yeterli hak-yetki devrini, sözleşme taraflarının ihtiyaçları belirleyecektir. İBK md.381 f.1 gereğince⁵⁶⁷, eser sahibinin hakları yayıncıya sözleşmenin uygulanmasının gerektirdiği ölçüde ve buna uygun olarak belli bir zaman için devredilecektir. Amaçla sınırlı devir teorisi, hükmün lafzında açıkça geçmese de, hükmün yorumundan bu ilkeye varmak zor değildir. Burada geçen hakkın devri, sözleşme taraflarının ihtiyaçlarına bağlıdır. Öyle ki, hükümde geçen gereklilik (erforderlichkeit) kavramı yayıncıya tahsis edilmiş hakkın kapsamını belirleyecektir. Başka bir deyişle, eser sahibinden yayıncıya, haklar yayıncının ihtiyaç duyduğu kapsamda geçecektir. O halde, yayın sözleşmesinin amacı dışında kalan hakların devrinden bahsedilemeyecektir⁵⁶⁸.

Alman Hukukunda yayın sözleşmesi, ayrı bir yasayla (Yayın Kanunu-Verlagsgesetz) düzenlenmiştir. Alman Yayın Kanununun (AYK) 12.maddesi değiştirme hakkını konu alır. Değiştirme hakkı, eserin kamuya sunulması hakkının bir sonucu olarak görülmüştür. Gerçekten de, eser sahibi eserini yayınlayıp yayınlamama ya da hangi şekilde yayınlayacağına karar verme yetkisine sahiptir. Yazarın, yayıncıyla yayın sözleşmesi yaparak yazınsal eserinin yayınlanıp yayınlanması konusunda karara varmasından sonra, yayıncı, AYK md.1 uyarınca, sadece eseri yayınlamaya yetkili değil aynı zamanda eseri çoğaltmak ve yaymakla da yükümlü hale gelmiştir. Kamuya sunmanın nasıl, hangi şekilde gerçekleşeceği ise çoğaltmanın tamamlanmasına kadar eser sahibindedir. Alm.ESHK md.42’de düzenlenmiş değişen kanaat nedeniyle cayma hakkından farklı olarak, AYK md.12 eser sahibine, belirli bir zamana kadar; eserinin yayıncıya gönderilmesinden sonra dahi, eseri

⁵⁶⁷ İBK md.381 f.1 hükmü, yayına verenin yayın hakkının ve bu bağlamda eser sahibi haklarının sahibi olduğunda uygulama alanı bulabilecektir. Hakkın yokluğu, hakkın devredilemezliği demektir (nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet) Yayına veren, hak sahibi olmaksızın hak devrine söz vermesi durumunda, yayın sözleşmesi bakımından da geçerliliğini koruyan tekeffül hükümleri – rechtswahrleistung- uygulanacaktır. LAUX, s.9.

⁵⁶⁸ LAUX, s.98.

üzerinde müdahalede bulunma hakkı⁵⁶⁹ tanımaktadır. Eser, yayıncının çoğaltma işlemini tamamlamasına kadar, tamamiyle yararlanma hakkı sahibinin kullanma alanında değil bilakis eser sahibinin yaratı alanında, hakimiyet alanında olarak değerlendirilir. AYK'nın uygulama alanı dışındaki eserlerdeyse, 12. maddedeki değiştirme yetkisinin uygulanıp uygulanmayacağı veya ne ölçüde uygulanacağı somut olayın özellikleri ve kıyasen uygulama çerçevesinde değerlendirilecektir⁵⁷⁰.

Yayıncının çoğaltma ve yayma eylemleri, eser sahibinin haklarını ilgilendiren yükümlülükler olduğunu⁵⁷¹, yayınlanan, yayıncının pazarlama eylemlerini gerçekleştirmesine izin vermesi gerektiğini tesbit ettikten sonra, yayınlanan verdiği bu izin, hukuki niteliğini tesbit etmek gerekir. Bu manada, borçlar hukuksal etki doğuran bir izin yeterli olacaktır⁵⁷². Yayına verenin yayıncıyı, faaliyete geçmesi konusunda uyarması veya istekte bulunması, izin olarak değerlendirilecektir⁵⁷³. Yayın sözleşmesinin kurulmasıyla yayına veren sözleşme kapsamında koruma haklarını icra etmekten vazgeçmiş sayılacaktır. Bu hukuki durum, olumsuz lisans (negative Lizenz) olarak da değerlendirilmektedir⁵⁷⁴. İBK md.381 hükmünün lafzı doğrultusunda, sözleşmenin ifası için yayıncıya mutlak etki doğuracak şekilde bir hak devrinin gerekli olmadığı ifade edilir⁵⁷⁵.

Uygulamada, bir teşebbüs olarak yayıncının eserin umuma arz edilmesini; çoğaltılması ve dağıtımını, bir yükümlülük olarak üzerine alması, ekonomik bir yükün ve riskin altına girmiş olması nedeniyle, eser sahibinin haklarına borçlar hukuksal anlamda talebin ötesinde hakim olmasının gerekliliği vurgulanır. Eser sahibinin haklarını devrinin, borçlar hukuku anlamında alacak hakkı nitelikli bir talebe indirgenmeyip, tasarruf işlemi niteliğinde mutlak etkili bir devir olarak anlaşılması

⁵⁶⁹ Bu durum, madde metninde "Eingriff in die Werksubstanz" şeklinde ifade edilmektedir.

⁵⁷⁰ **LOEWENHEIM/BECKER**, § 14, s.216.

⁵⁷¹ Elbette, yayın konusu şeyin, eser korumasına sahip olmadığı durumda, eser sahibinin haklarıyla ilgili bir sorunla karşılaşılacaktır. **HILTY**, OR 380, Kn.5.

⁵⁷² **HILTY**, OR 381, Kn.2.

⁵⁷³ Ancak, bu durum ancak yayına verenin eser sahibi olması durumunda geçerli sayılacaktır. Yayına verenin eser sahibi olmadığı; buna rağmen eser sahibinin haklarıyla ilgili olduğu durumlarda İBK md.381 f.1 uygulama alanı bulmayacak; İBK md.381 f.2 hükmü uygulanacaktır. Böyle bir durumda hukuki ayıptan –rechtsmangels- bahsedilecektir.)

⁵⁷⁴ Buna rağmen açılacak bir ihlal davası İBK md.44 f.1 (volenti non fit iniuria) uyarınca reddedilecektir.

⁵⁷⁵ **LAUX**, s.100.

gerektiği savunulur. Hakkın devri, yayın hakkıyla sınırlı olacaktır. Bunun dışındaki haklar, eserin umuma arzı bakımından gereklilik arzetyemeyecektir⁵⁷⁶.

Hakkın devri, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin icra edilebilmesi amacıyla gerçekleşmişse; hakkı devralanın hakkı kullanmadaki sınırı sözleşmeden doğan yükümlülükleri olacaktır. Ancak, hakkı devralanın, mutlak hakka dayanan bu hukuki durumunu kötüye kullanma olasılığı da hatırdan çıkarılmamalıdır. Başka bir deyişle, hakkı devralan yeni hukuki pozisyonunu sözleşmeye aykırı bir şekilde kötüye kullanabilir. Bu durumda, eser sahibi doğaldır ki, devretmiş olduğu mutlak hakkına dayanamayacak; sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmenin karşı tarafını hukuka uygun davranmaya zorlayacaktır⁵⁷⁷. Hilty⁵⁷⁸, böyle bir durumda, inançlı işlem temeline dayalı hak devrinden – fiduziarischen Rechtsübertragung- hareket etmektedir.

Eser sahibinin hakları bağlamında, inançlı işlem temeline dayalı hak devri, eserin pazarlanması yükümlülüğü içeren sözleşmeler (verträge mit Vermarktungspflicht) ile menfaatleri koruma sözleşmesinde (wahrnehmungsverträge) ortaya çıkar. Eser sahibi, bakımından eserinin pazarlanması demek, eserinin mümkün olduğunca çok kullanıcıya ulaştırılmasını sağlamaktır. Kuşkusuz, bu amaç eser sahibinin mali menfaatlerini olduğunu kadar manevi menfaatlerini de tatmin etmeye yöneliktir. Eser sahibi, diğer kişiye hakkını devrederken, eserinin umuma arzedilmesini amaçlar. Bu tür sözleşmeler, yayın sözleşmelerinde, sahneleme sözleşmelerinde veya film gösterimi sözleşmeleri çerçevesinde ortaya çıkarlar. Eserin umuma arzı, eser sahibi adına gerçekleşir⁵⁷⁹.

Menfaatleri koruma sözleşmesinin (wahrnehmungsvertrag) amacı, eser sahibinin haklarının hukuka uygun bir şekilde başkaları tarafından kullanılmasını sağlamaktır. Öyle ki, eser, eser sahibinin hakları ihlal edilmeden, kullanıcı nezdinde ne kadar

⁵⁷⁶ LAUX, s.102.

⁵⁷⁷ LAUX, s.31.

⁵⁷⁸ HILTY, Reto M., Lizenzvertragsrecht, Stämpfli Verlag AG Bern 2001, s.97.

⁵⁷⁹ LUDIN, s.63. Yayın sözleşmesi, kanunun sistematüğinden de anlaşılacağı üzere istisna sözleşmesi –werkvertrag- ile vekalet sözleşmesi -auftrag- arasında yer alır. İstisna sözleşmesi olarak değerlendirilmemesinin nedeni, yayın sözleşmesine konu olan eserin içeriğidir. Eser kavramı, yayın sözleşmesinde farklı anlamda kullanılır. Ancak yayın sözleşmesindeki, istisna sözleşmesine yaklaşan unsur, belli bir sonucun elde edilmesidir. Buradaki sonuç, somutlaşmamış eser olarak “umuma arz”dır. Vekalet sözleşmesine ilişkin unursa, faaliyetin başkasının menfaatine görülmesidir.

yaygınlaştırılırsa eser sahibinin menfaatleri o derece tatmin edilmiş ve korunmuş olur⁵⁸⁰. Hak sahibi, meslek birliğini, eserinin üçüncü kişilerce dünya genelinde hukuka uygun olarak kullanılmasını temin etmesi ve üçüncü kişilerin kullanımlarının karşılığında yükümlü oldukları bedelin tahsilini takip etme konusunda görevlendirir⁵⁸¹. Meslek Birliği, eser sahibinin menfaatine uygun hareket etmek zorundadır⁵⁸². Menfaatleri koruma sözleşmesi, vekalet sözleşmesine yakın duran bir hukuki ilişki olarak isimsiz sözleşmeler kategorisinde görülür⁵⁸³. Eser sahibinin, Meslek Birliğine yaptığı hak devri amaca bağlı bir devirdir. İnançlı işlem temeline dayalı bu mutlak hak devriyle, Meslek Birliği eser sahibinin haklarının yöneticisi ve tek yetkilisi konumuna erişir⁵⁸⁴.

E.Ayrı Bir Manevi Hak Olarak Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları (FSEK md.17)

FSEK md. 17’de, eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları başlığı altında, eserin aslına ulaşma hakkı düzenlenmiştir⁵⁸⁵. FSEK md.17’nin asıl amacının, eser sahibinin aslına ulaşma hakkını düzenlemek olduğundan hareketle, maddenin kenar başlığının “eserin aslına ulaşma hakkı” şeklinde düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir⁵⁸⁶.

Mali hak ve manevi hak ayırımı bakımından, manevi haklar arasında sayılan esere ulaşma hakkı, Eşya Hukuku bakımından nasıl bir özelliğe sahiptir? Zilyet bakımından, eserin cisimlendiği malı eser sahibinin veya işleme ve çoğaltma hakkı

⁵⁸⁰ LAUX, s.32; MUTTENZER, Rene, Der Urheberrechtliche Lizenzvertrag, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart 1970, s.21; ULMER, s.383.

⁵⁸¹ HIESTAND, Thomas, Wahrnehmungsvertrag, Bern 1994, s.18.

⁵⁸² Laux, menfaatleri koruma sözleşmesinden, Meslek Birliğinin eserin kullanımının yaygınlaşması konusunda aktif destekte bulunması yükümlülüğü çıkarılamayacağını belirtir. LAUX, s.32. Laux’un bu açıklaması menfaatleri koruma sözleşmesinin, yayın sözleşmesinden farkını göstermekte kullanılabilir. Yayın sözleşmesinde, yayıncının eserin umuma arzı konusunda aktif davranması beklenirken, menfaatleri koruma sözleşmesinde Meslek Birliği, potansiyel lisans hakkı sahipleri tarafından başvurulması gerekli pasif ama yeddiemin nitelikli bir hukuki suje konumundadır. Meslek Birliğinin, aktif ve ısrarcı niteliği eserin umuma arzından sonra, hak ihlallerini takip etme veya lisans bedellerini tahsil etme noktasında ortaya çıkar.

⁵⁸³ HIESTAND, s.118.

⁵⁸⁴ BGE 117 II s.464, HIESTAND, s.263.

⁵⁸⁵ Doktrinde, “eserin aslına ulaşma hakkı” ifadesi yerine, eserin aslına erişim hakkı (right of access to original work)- ifadeside kullanılmaktadır. ATEŞ, s.152. Öte yandan, “esere varma yetkisi” kavramına da yer verilmektedir. AYİTER, s.124,125; EREL, s.131. Ancak, bu yetkiyi ifade etmek amacıyla “esere kavuşma” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı savunulmuştur. GÖKYAYLA, s.158.

⁵⁸⁶ ATEŞ, s.153, dn.294.

sahiplerinin istifadesine hazır durumda bulundurma borcunun, kanunen zilyedliğe bağlanmış bir borç; eşyaya bağlı borç olduğu belirtilmektedir. Zilyed bu borcunu objektif iyiniyet kurallarına (MK. md.2) göre, eser sahibiyle mali hak sahiplerinin eserden yararlanma taleplerini haklı gösterecek şartların varlığı halinde yerine getirmekle yükümlüdür. Zilyed bu borcunu yerine getirmemezse, yapılacak bir ihtarla temerrüde düşürülüp, aleyhinde tazminat davası açılabilecektir⁵⁸⁷. Özellikle, güzel sanat eserleri bakımından uygulama alanı bulabilecek FSEK md.17 f.3 uyarınca, “eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla, koruma şartlarını yerine getirerek iade edilmek üzere eseri isteyebilir”. Eserin Fikri Hukuk anlamında sahibiyle, Eşya Hukuku anlamındaki maliki veya zilyedi arasındaki ilişki hangi hukuki rejime tabi olmalıdır? Malik veya zilyed ile eser sahibi arasındaki hukuki ilişkiye, Borçlar Kanunundaki âriyet sözleşmesine ilişkin hükümlerin (BK. md.299-305) nitelikleri elverdiği ölçüde kıyasen uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁸⁸.

Zilyedin kanundan doğan bu yükümlülüğü haklı zilyet olmasına bağlı değildir. Haksız zilyet de aynı borçla yükümlü sayılmalıdır. Böylece, örneğin, eser sahibinden başkasının mülkiyetinde olan bir eseri (örneğin bir tablo veya heykeli) fiziki anlamda çalan bir hırsız, mülkiyet hakkına sahip olmayan eser sahibi tarafından FSEK m.17 hükmünden doğan yükümlülüklerine uymaya zorlanabilecektir.

FSEK md.17 f.2 uyarınca, aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre, eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez. Görülüyor ki, FSEK md.17 “eserin aslına ulaşma hakkı”nı düzenlemiş olsa da, bu hak kapsamında f.2 aracılığıyla “eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisine” ilişkin bir düzenleme de öngörmüş bulunmaktadır. Başka bir deyişle, FSEK md.17, sadece eserin aslına ulaşma hakkını değil, eserin bütünlüğünün korunmasını da kapsar bir şekilde

⁵⁸⁷ EREL, s.131.

⁵⁸⁸ EREL, s.132. Öte yandan, eser sahibinin emaneten teslim aldığı esere gereken özeni gösterme yükümlülüğünü sağlama bakımından, eser sahibinin eserin aslına gelecek zararlardan dolayı kusursuz sorumlu tutulması gerektiği önerilmekte ve bu konuda bir kanun değişikliği tavsiye edilmektedir. Bkz. ATEŞ, s.156. Ateş, bu önerisini İsv.ESHK md. 14’ün son fıkrasına dayandırmaktadır. Hükme göre, eser iyi şartlarda iade edilmediği takdirde, eser sahibi kusuru olmasa dahi sorumludur.

düzenlenmiştir . Bu tür bir düzenleme tarzı, Kanunkoyucunun tercihi olmasının yanında, manevi hakların birbiriyle olan sıkı ilişkisini göstermesi bakımından dikkate değerdir. Eser sahibinin adında değişiklik yapılmasını önleme yetkisi, FSEK md.15’de, adın belirtilmesi salahiyeti başlığı altında düzenlenmek yerine, FSEK md.16’da “eserde değişiklik yapılmasını menetmek” başlığı altında düzenlenmiştir. Oysa, eser sahibinin adında değişiklik yapılmayacağına ilişkin kural, “adın belirtilmesi salahiyeti” başlığı altında da düzenlenebilirdi. Aynı şekilde, FSEK md.17 f.2’de, aslın malikinin eseri bozamayacağı, yok edemeyeceği şeklinde düzenleme de, FSEK md.16’da “eserde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisi” başlığı altında düzenlenebilirdi⁵⁸⁹. Böyle bir tercihin altında yatan neden olarak, FSEK md.17 f.2’de, aslın malikine yükletilen yükümlülüğün sadece eserin bütünlüğüne yönelik olmadığı, aksine “eser sahibinin tüm haklarına zarar vermeme” olduğu söylenebilir. Gerçekten de, FSEK md.17 f.2’ye göre, aslın maliki eseri bozamayacağı ve yok edemeyeceği gibi “eser sahibinin haklarına zarar veremez” de. Böylece, aslın malikine, eser sahibinin eseri üzerindeki bütünlük hakkına riayet etme borcunun yanında, umuma arz ve adın belirtilmesi salahiyetlerini de ihlal etmeyecek tarzda davranması yükümlülüğü hatırlatılmıştır.

FSEK md.17’nin ilk fıkrası 4630 sayılı Kanunla değişmeden önce “Çoğaltma veya işleme hakkının sahibi bu hakların kullanılması için gerekli olan nispette eserden faydalanmayı, aslın zilyedinden talep edebilir. Şu kadar ki, hak sahibi eserin kendisine tevdiini isteyemez” şeklinde bir düzenleme içermekteydi⁵⁹⁰. Bu eski

⁵⁸⁹ Eserin bütünlüğünün korunması yetkisini düzenleyen 17. maddenin ikinci fıkrasının, FSEK md. 16 da düzenlenmiş manevi hakkın özel bir uygulaması olduğu ifade edilmektedir. **EREL**, s132. Yazar, ayrıca, eserin bütünlüğünü koruma yetkisinin, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan “abusus” yetkisini kısıtladığını ve eserin cisimlendiği malın tahrip veya imha edilemeyeceğini belirtmektedir.

⁵⁹⁰ Kanunun bu hükmünde, sadece işleme ve çoğaltma hakkı sahiplerinden bahsedilmekle birlikte, eser sahibinin de aynı yetkiye sahip olacağı doktrinde, yorum yoluyla, kabul edilmekteydi. **ARSLANLI**, s.85; **ÖZTRAK**, s.53; **EREL**, s.130. Eser sahibi, eser üzerindeki tüm mali haklarını kullanmış olsa bile, eser ile olan koparılamaz manevi bağının etkisiyle, bazı durumlarda eserine ulaşabilmeli ve ondan yararlanabilmeliydi.

Kanun koyucu, FSEK md.17 f.1’in yeni metninde, işleme ve çoğaltma hakkı sahiplerine yer vermeyerek, “eserin aslına ulaşma” imkanını sadece eser sahibine hasrederek, “eserin aslına ulaşma hakkı”nın ağırlıklı olarak eser sahibinin manevi menfaatlerini tatmin etmeye yönelik bir hak olduğunu vurgulamayı amaçlamış olabilir. Her ne kadar, sözkonusu hak, eski metinde de, manevi haklar başlığı altında düzenlenmiş olsa da, çoğaltma ve işleme hakkı sahipleri gibi mali hak sahiplerinin menfaatlerini dikkate alması, hakkın manevi hak niteliğini görünürde örselemektedir. En azından “eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları”nın daha çok manevi menfaatleri korumaya yönelik bir hak olduğunu göstermek bakımından, yapılan değişiklik önem taşımaktadır.

düzenleme, mer'i Alm. ESHK md. 25'e benzemektedir⁵⁹¹. Alman Hukukundaki düzenleniş şekliyle, eser sahibi, eserin çoğaltılmış nüshasına veya aslına, eserin işlenmesi veya eserin çoğaltılması gerektiğinde, eserin sahibinin menfaatlerine de aykırı düşmediği müddetçe, ulaşma hakkına sahip olur.

Eser sahibinin esere ulaşma hakkını kullanmasıyla, eser sahibinin düşünsel ve kişisel menfaatlerinin korunması yanında malvarlığı menfaatleri elde etmesi, bu hakkın eser sahibinin manevi hakları çerçevesinde değerlendirilmesi açısından bir sıkıntı yaratmaz. Öyle ki, böyle bir bağlantı, monist teorinin ifadesi ve onayı olarak yorumlanır⁵⁹².

FSEK md.17 f.1'e göre, eser sahibi FSEK md.4 b.1 ve b.2'de sayılan güzel sanat eserleri ve FSEK md.2 b.1 ve FSEK md.3'de sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından geçici bir süre için yararlanmayı talep hakkına sahiptir⁵⁹³. Dolayısıyla, FSEK md.4 b.4'de sayılan el işleri, küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, b.5'de

⁵⁹¹ Alm.ESHK md.25, eserin aslına ulaşmanın yanında, eserin çoğaltılmış nüshalarına da ulaşma imkanı -Zugang zu den Werkstücken- tanınmaktadır. Alm.ESHK md.25 şu şekildedir: "1.Eser sahibi, eserin aslı ve kopyasına zilyet olanlardan, eserin çoğaltılması ve işlenmesinin gerektirdiği durumlarda ve zilyedin hukuki menfaatlerini haleldar etmemek kaydıyla, eserin aslına veya kopyasına varmak için izin verilmesi talebinde bulunabilir. 2. Ancak zilyedin eserin aslı veya kopyasını eser sahibine teslim etme zorunluluğu yoktur."

Alm.ESHK'da, eser sahibinin hakları "mali haklar", "manevi haklar" ve "diğer haklar" olmak üzere üçlü bir ayırım eşliğinde gruplandırılmıştır. "Diğer Haklar (Sonstigen Rechte)" başlığı altında, md.25'de öngörülen "esere ulaşma hakkı", md.26'da düzenlenen "takip hakkı" ve md.27'de düzenlenen "kiralama ve ödünç verme hakkı" bulunmaktadır.

Doktrinde, eser sahibinin esere ulaşma hakkının eser sahibinin manevi hakları içine yerleştirilmesi konusunda fikir birliği vardır. **ULMER**, § 42 II, s.222; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.366; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.249; **FROMM/NORDEMANN**, § 25, Kn.1; **V.GAMM**, Kn.1.4. Bu görüş, eser sahibiyle eseri arasındaki düşünsel (geistiges Band- manevi bağ) bağın varlığının, eserin satılmasından sonra da devam ettiğinin bir göstergesidir.

Alman hukukunda esere ulaşım hakkı, 1951 tarihli bir Alman Federal Mahkemesi kararında – Krankenhauskartei- eser sahibinin devredilemeyen kişilik haklarından -unveraeusserlichen Persönlichkeitsrecht des Urhebers) hareket edilerek türetilmiştir. **ASMUS**, s.167.

⁵⁹² **METZGER**, Das Droit Moral, s.17.

Eser sahibinin esere ulaşma hakkı manevi menfaatinin, eser sahibine esere zarar veren veya eseri bozan değişikliklerin olup olmadığını kontrol etme, denetleme hakkı vermeyeceği kabul edilir. Başka bir deyişle, 25. madde, eser sahibine eseri üzerinde denetleme hakkı tanımaz. **METZGER**, Das Droit Moral, s.17, dn.87.

⁵⁹³ FSEK md.2 b.1'de sayılan eserler; herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımlarıdır. FSEK md.3 ise, musiki eserleri başlığını taşımakta olup, hükümde musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz besteler olarak tanımlanmıştır. Güzel sanat eserleri başlığını taşıyan FSEKmd.4'ün birinci bendinde sayılan eserler ise, estetik değere sahip olan yağlıboya ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafilerdir. FSEK md.4. b.2'de ise, heykeller, kabartmalar ve oymalar sayılmıştır.

sayılan slaytlar ve sınırlı sayıda basılan fotoğraflar, b.6'da geçen grafikler, b.7'de düzenlenen karikatür eserleri ve son olarak b.8'de düzenlenen tiplerin asılları bakımından, eser sahibi eser ulaşma hakkından yoksun bırakılmıştır⁵⁹⁴. Bu bentlerde geçen eserlere ilişkin olarak, eser sahiplerinin eserlerinin asıllarından geçici bir süre için yararlandırılmaları, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde sağlanabilir. Eserin aslı elinde bulunduranların, eser sahibinin eserinin aslından geçici bir süre için yararlanmayı talep etmesini haklı bir gerekçe olmaksızın reddi korunmayıp, eser sahibinin eserinin aslına ulaşma imkanı tanınabilir. Aslında burada bu yükümü, dürüstlük kuralından doğan bir borç ilişkisi olarak nitelemek de mümkündür.

Eserin aslına ulaşım hakkının tüm eser türleri bakımından tanınması doğru olurdu. Nitekim, Alman Hukukunda eserinin aslına veya kopyasına ulaşma hakkı, kural olarak, tüm eser çeşitleri bakımından uygulama alanı bulur⁵⁹⁵. Esere ulaşma hakkı özellikle mimari ve güzel sanat eserleri⁵⁹⁶ alanında büyük bir öneme sahiptir. Bununla beraber, dil ile ifade olunan eserlerde (sprachwerke) ve müzik alanında asıl nüshaya ya da asıl nota yazımına (originalpartitur) ulaşmak açısından da önem taşır⁵⁹⁷. Fakat, dürüstlük kuralının niteliği gereği, burada sadece reddin haklı gerekçeye dayanmaması değil, ayrıca bu geçici yararlanmanın eser sahibi bakımından maddi veya manevi bakımdan büyük bir önem taşıması, aksi halde ağır bir zarara uğrayacak olması da aranmalıdır.

Eser sahibinin ölümünden sonra, FSEK md.19'da belirtilen kişilerce kullanılacak haklar arasında FSEK md.17'den doğan haklar sayılmamıştır. Ancak, belirtilen bu kişilerin eserinin aslına malik veya zilyed olan kişilere karşı, FSEK md.14 ve md.15 ve md.16'da düzenlenen manevi hakları kullanabilecekleri açıktır. FSEK md.19'da,

⁵⁹⁴ Doktrinde, 17. maddenin koruma alanı bakımından güzel sanat eserleriyle ilgili olarak yaptığı sınırlama eleştirilmiş, bu haktan yoksun bırakılmalarının haklı bir gerekçesi olmadığı ifade edilmiştir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s..151.

⁵⁹⁵ Doktrinde, yaratıcılık-bireysellik-orjinallik unsuru az olan (Kleine Münze) eserler bakımından, esere ulaşım hakkının tanınmaması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **V.GAMM** § 25, Kn.5.

⁵⁹⁶ Herşeyden önce yapı eserlerinde, 25. maddedeki hakkın yanında, uygulamada sıklıkla, mimara sözleşmesel bir ulaşım hakkı tanınmaktadır. Sözleşmeye dayalı ulaşım hakları, genel işlem şartları içinde de düzenlenebilir. Sözleşmesel ulaşım hakları mimarı daha geniş yetkilerle donatabilmesine rağmen, eseri devralan kişiye ileri sürülememesi nedeniyle güvenli bir koruma sağlama açısından eksiklik içerir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.17 dn.89. Ayrıca bkz. **SCHRICKER/VOGEL** § 25, Kn.20; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.369.

⁵⁹⁷ **METZGER**, Das Droit Moral, s.17.

FSEK md.17'nin yer almamasının sebebi olarak, bu maddede koruma altına menfaatlerin diğer hükümler aracılığıyla korunması gösterilebilir⁵⁹⁸.

Bu talebi yerine getirmekle yükümlü olansa, eserin zilyedir veya malikidir. Zilyedin türü konusunda, hükümde herhangi bir açıklama olmadığından, bu konuda Medeni Kanun hükümlerine uygun bir yorum yapmak gerekecektir⁵⁹⁹. Yukarıda haksız zilyedin de aynı yüküm altında olacağını örnekleyerek belirtmiştik. Eserin aslının fer'i zilyetten talep edilmesi halinde, eserin verilmesi için fer'i zilyedin asli zilyedin onayını alması gerekecek midir⁶⁰⁰? Böyle bir onayın aranması gerektiği bir an için savunulsa bile, burada asli dolaylı zilyet (çoğu kez eseri kiraya veren veya ödünç veren yahut intifa hakkı tanıyan malikdir) aynı yüküm altında olduğuna göre, fer'i dolaysız zilyet (kiracı, ödünç alan, intifa hakkı sahibi) bu yükümü izinsiz yerine getirdi diye –kural olarak- sorumlu tutulmamalıdır. Ancak, fer'i zilyedin eseri kendini eser sahibi olarak tanıtan ancak gerçekte eserin sahibi olmayan bir kişiye teslim etmesi durumunda doğacak zarardan sorumlu olacaktır; bu bakımdan fer'i zilyedin asli zilyedin bilgisi dahilinde ve birlikte hareket etmesi yararına olacaktır.

FSEK md. 17 f.1'de, eser sahibinin eserinin aslından geçici süre için “yararlanma” talebi, “gerekli durumlara” hasredilmiştir. Hükümde geçen “yararlanma” dan ne anlaşılacak gerektiği tartışmaya açıktır. Gerek ticari gerekse ticari olmayan yararlanmanın, hükmün kapsamına girdiğini savunmak mümkündür. Yararlanmanın ticari olamayacağı konusunda sınırlayıcı bir ifade yoktur. Bu noktada, doktrinde, ticari amacın hükmün ratio legis'ine aykırı olmayacağı belirtilir. Ancak, ticari amacın malik ve zilyedin haklarına zarar vermemesi gerekir. Ticari yararlanma amacı konusunda örnek olarak, çoğaltmayla ilgili olarak yağlı boya tablonun veya hattın yılbaşı kartı olarak bastırılması, işlemeye ilgili olarak bir tezhip motifinin, çini haline getirilmesi gösterilir. Ticari olmayan amaca ilişkin olarak da hazırlanan doktora tezi veya tanıtma kataloğu örnek olarak verilir⁶⁰¹. FSEK md.17 f.1, eser sahibine, eserin aslına ulaşma hakkını gerekli durumlarda, koruma şartlarını da

⁵⁹⁸ Eser sahibi ve eser sahibinin mirasçıları, Alm. ESHK md. 30 uyarınca, esere ulaşma hakkını kullanmaya yetkilidirler.

⁵⁹⁹ Alman hukukunda da, hükümde geçen zilyet (Besitzer des Werkstücks) kavramıyla, AMK 854 vd hükümlerinin kastedildiği kabul edilmektedir.

⁶⁰⁰ Bu konuda, eseri kiralamış kişinin –fer'i zilyedin-, eseri kiralayandan –asli zilyedden- onay alması gerekliliği örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.151.

⁶⁰¹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.151.

yerine getirmek koşuluyla, geçici bir süre yararlanmak kapsamında tanıdığına göre, eser sahibi eserini onarma, güncelleştirme hatta kendisine satılmasını isteme gibi başka amaçlarla talep edemeyecektir⁶⁰².

“Yararlanma”nın, özellikle ticari açıdan yararlanmanın, malikin ve zilyedlerine ters düşmemesi gerekir. Her ne kadar, böyle bir şart FSEK md.17’de öngörülmüş olmasa da, Alman Hukukuna atıfla bu tür bir şartın FSEK md.17 uygulanmasında dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁶⁰³.

Malikin veya zilyedin menfaatlerinin belirlenmesinde, menfaatler dengesi ölçütüne başvurulacaktır. Esere ulaşma hakkının kullanılması, örneğin sipariş üzerine yapılan bir aile portresine ulaşmak istenmesi gibi, özellikle eserin (malikin veya) zilyedinin özel alanının korunması menfaatini zedeleyecek derecedeysse, hukukça kabul görmeyecektir. Eserin zilyedinin korunmaya değer bir başka menfaati de, eserin bütünlüğünün korunması yönündeki endişeleridir. Eserin zilyedi, eserin zarara uğraması konusunda ciddi ve haklı bir şüphe duyması durumunda, eser sahibinin esere ulaşma menfaati ve eserin bir nüshasının çıkarılması menfaati ortadan kalkacaktır. Eser sahibinin esere ulaşmasının koşulları ve zamanı, eserin zilyedine katlanması güç yükler getirmemelidir⁶⁰⁴.

Bir kez daha vurgulanması gereken nokta, eser sahibinin, eserin aslına ulaşma hakkının, eser sahibi için eserini elde etmenin gereklilik arz ettiği ve bu talebinin eserin zilyedinin menfaatlerini zedelediği durumlarda sözkonusu olduğudur. FSEK md.17 f.1, ancak “gerekli durumlarda“, eser sahibinin eserden yararlanmayı talep etmesine izin verir. “Gereklilik” koşulu, eser sahibinin esere ulaşma dışında, başka bir şekilde menfaatlerini temin etmesinin imkansız ya da beklenemez-çekilmez derecede zor olması durumunda yerine getirilmiş sayılacaktır⁶⁰⁵. Baştan itibaren eserin sadece aslının olduğu veya eserin son nüshasının kaldığı durumlarda, eser sahibinin menfaatlerini sağlamada başka bir imkanın kalmadığı sonucuna varmak mümkündür. Eserin birden çok nüshasının olduğu durumlarda, sadece birine ulaşmak mümkün görünüyor, diğerlerine ulaşmak beklenilmeyecek derecede zorluk

⁶⁰² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.150.

⁶⁰³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.151.

⁶⁰⁴ **METZGER**, Das Droit Moral, s.19.

⁶⁰⁵ **METZGER**, Das Droit Moral, s.18.

taşıyorsa veya başka bir kıtada bulunuyorsa, bu hallerde de “gereklilik” koşulunun yerine getirildiği sonucuna varılmalıdır. Birçok nüshaya ulaşmak, katlanılabilir-beklenebilir mümkün görülüyorsa, bu durumda seçimlik esere ulaşma hakkından bahsetmek gerekecektir⁶⁰⁶.

Güvenli taşımanın, muhafazanın bulunmadığı, sigortanın veya MK 2’ye göre haklı görülen sigortaların yapılmadığı veya eserin uzaklara götürüleceği durumlarda malik veya zilyet talebi reddedebileceği ifade edilmektedir. Öte yandan, eser sahibiyle malikin menfaatlerinin çatışması durumunda da talep reddedilebilir. Bu konuda, ressamın malikten yağlı boya resmini posta kartı halinde çoğaltma istemiyle talepte bulunması, buna karşın malikin pay talep etmesinin reddolunması üzerine izin vermeme, örnek olarak gösterilebilir⁶⁰⁷.

FSEK md.17 f.3’de, eser sahibine eserinin tek ve özgün olması durumunda, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde “kullanmak” amacıyla, koruma şartlarını yerine getirmek şartıyla ve iade edilmek üzere eseri isteme yetkisi tanınmıştır. Hükümden, “Kullanma” amacının, ticari olmayacağı sonucunu çıkarmak mümkün müdür? Doktrinde, Tekinalp , hükmün ticari olmayan kullanmaları kapsadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır: Kullanma amacı ticari olamayacağı gibi, kullanma eser sahibinin bütün dönemlerini kapsayan nitelikte olmalıdır⁶⁰⁸. Kanaatimizce, kullanma amacının ticari olmayacağı noktasında bir şart getirilecekse bu şartın yorumlanmasına dikkat etmek gerekecektir. Eser sahibi tüm eserlerini bir galeride sergilerken galeri sahibi veya organizatörden para almışsa, bu para veren taraf için ticari olacak böylece TTK uyarınca ticari midir denilecek ve eser sahibi de eseri ticari amaçla mı kullanmış sayılacaktır? Bu noktada FSEK md.57 f.1 de gözönünde tutulmalıdır. FSEK md.57 f.1’e göre, “Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez”. O halde, eser sahibi ayrıca mali haklara ilişkin bir devir sözleşmesi yapmamışsa asıl veya çoğaltılmış nüshaların Eşya Hukuku anlamındaki maliki karşısında eserden ticari anlamda faydalanma konusunda hak sahibidir. Sorun, eser sahibinin eserin mülkiyetiyle birlikte eser üzerindeki mali

⁶⁰⁶ Doktrinde “gereklilik” kapsamında eser sahibinin seçim hakkı sahibi konumunda olduğuna dikkat çekilir. Bkz. FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN, § 25, Kn.4.

⁶⁰⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.152.

⁶⁰⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.151.

hakları da devretmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Eğer eser sahibi, eseri üzerindeki mali hakları da devretmişse, bu takdirde eserden ticari anlamda da yararlanmak istemiş ve aldığı bedel karşılığında da bu yararlanma gerçekleşmiş demektir. Bu noktadan sonra eser sahibinin eserinden ticari açıdan yararlanmasına, güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi başlığını taşıyan FSEK md.45 dışında imkan tanınmaması gerektiği düşünülebilir. Başka bir deyişle, eser üzerindeki mali haklarını devretmiş eser sahibi, galeri sahipleri veya organizatörlerle anlaşarak ve FSEK md.17 f.3'ü göstererek hem eserden ekonomik değer olarak yararlanmaya devam edememeli hem de eserin Eşya Hukuku anlamındaki malikinin eseri kullanmasını zorlaştırmamalıdır. Bu noktada, eser sahibi elbette kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla eseri isteyebilecek ve bu serginin düzenlenmesi karşılığında galeri sahiplerinden de para alabilecektir. Bu paranın, mali hak sahibine ödenmesi akla gelebilir. Sonuç olarak, eser sahibinin FSEK md.17 f.3 hükmünü, eserinden veya eserlerinden ekonomik anlamda yararlanmaya devam ettirecek bir kazanç kapısı haline getirmesi önlenmelidir. Bu bağlamda, eser sahibinin bu tür çalışma ve sergileri düzenleme sıklığı ve şekline de dikkat edilebilir.

İsviçre Hukukunda, eser sahibi, eserin aslını geçici olarak kendi hakimiyetinde bulundurduğu sırada meydana gelen zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur. İsv.ESHK md.14 f.3'de düzenlenen bu sorumluluk rejimi tercihi, doktrin tarafından da olumlu karşılanmaktadır. Eser sahibine, eserin aslını talep ettiğinde, koruma şartlarını yerine getirme yükümlülüğü yüklenmesinin bu noktada önemi ortaya çıkar. Eser sahibi, eserin aslını sigortalamak yoluyla, kusursuz sorumluluk rejimi yüzünden zor durumda kalmaktan kurtulabilir. Ayrıca, hakkaniyet düşüncesi de, eserin aslını ödünç vermekle kanunen yükümlü kılınmış maddi mülkiyet sahibinin kaybının giderilmesini gerektirir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ **DESSEMONTET**, François, Werke Zweiter Hand, in BUREN/LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht II/1 (SWR II/1), Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2.Auflage, Basel 2006, s.212. Kusursuz sorumluluk rejimine ilişkin açıklamalar, eser sahibinin sergileme hakkı (ausstellungsrecht) alt başlığı altında yapılmıştır. Yazar, manevi hak kapsamına giren diğer talepler başlığı altında, esere ulaşma hakkı (Zutrittsrecht) ve sergileme haklarını (Ausstellungsrecht) ele almıştır.

Eserin aslına ulaşma hakkı, manevi hak olması nedeniyle, eser sahibi ile eser arasındaki kopmaz bağ nedeniyle ne devre ne de vazgeçmeye konu olacaktır⁶¹⁰.

Eser sahibinin ulaşma hakkının, şartlar yerine getirilmiş olmasına rağmen haksız yere reddi halinde, manevi haklara ilişkin dava yollarına başvurmak mümkündür⁶¹¹.

IV.ESER SAHİBİNİN GENİŞ ANLAMDA MANEVİ HAKLARI

A.Geniş Anlamda Manevi Hak Kavramı

Dar anlamda manevi hak-Geniş anlamda manevi hak ayırımı, Alman Hukukunda sıklıkla başvurulmuş bir ayırım olmasına rağmen, bu ayırma Türk Hukukunda açıkça yer veren kaynak yoktur. Alman Hukukundaki bu ayırım, temellerini bir bakıma monist teoride bulur. Mali ve manevi menfaatlerin ayrılmazlığı, mali hak olarak nitelendirilen hakların manevi menfaatlere de hizmet etmesini veya tam tersi bir durumu doğurmaktadır. Monist teorinin benimsenmediği durumlarda da, aynı düşüncenin kabulü yanlış olmayacaktır. Düalist teori, mali hakları ve manevi hakları birbirinden ayrı hukuki rejime tabi tutarken dahi, her iki hakkın birbirine hizmet ettiğini gözardı etmez. Kanunda, ne mali hak ne de manevi hak kategorisinde bulunmayan eser sahibinin menfaatlerini bu iki grupta açıklamak mümkündür. Eser sahibinin menfaati ya malidir ya da manevidir. Elbette, bu iki menfaatin birbirine olan yakınlığı nedeniyle manevi hakta mali menfaat, mali hakta da manevi menfaat görmek mümkündür. Kanunda açıkça ne mali hak ne de manevi hak olarak nitelendirilmiş, ancak eser sahibinin mali menfaatlerinden çok manevi menfaatlere hizmet ettiği iddia edilen hakların varlığı, en azından hakkın içerdiği manevi menfaatleri tesbit etmek bakımından “dar anlamda- geniş anlamda hak” ayırımını haklı göstermektedir. O halde, kanunda manevi hak ve mali hak kategorilerinden birinde yer almayan hakları bu iki hak açısından nitelendirmeye kalkıştığımızda, bu çabayı manevi haklar bakımından dar anlamda- geniş anlamda manevi hak ayırımıyla sonuçlandırmak mümkündür.

⁶¹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.152.

⁶¹¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.152.

“Geniş anlamda manevi hak” kavramı, son derede zor bir görevi üstlenmeye yönelik bir çaba olarak nitelendirilebilir. Kanunda manevi hak olarak sayılan haklar dışında kalan hakların, eser sahibinin manevi menfaatine ne ölçüde hizmet ettiğini belirlemeye de yarar. Bir bakıma, kanun tarafından eser sahibine tanınmış yetkilerdeki manevi menfaat yoğunluğunu vurgulama çabasının bir başka adıdır “geniş anlamda manevi hak”. Kanunun mali hak veya manevi hak şeklinde nitelendirdiği yetkiler dışında kalan hakları, illa ki bir kategori altında toplamak çabası, “karma haklar” veya “diğer haklar” gibi kavramlarla sonuçlandırılabilir. Hakların, mali hak-manevi hak gruplarına dahil olmamış olması, akla bu hakların hem mali hem de manevi menfaatleri birlikte koruduğu düşüncesini akla getirir. Dolayısıyla, mali hak-manevi hak kategorisi dışında kalan haklar, bakış açısına göre mali hak olarak nitelendirilebileceği gibi manevi hak olarak da değerlendirilebilir. Şu unutulmamalıdır ki, Kanunkoyucunun mali hak olarak nitelendirdiği haklar dahi eser sahibinin manevi menfaatlerini etkiler. O halde, manevi menfaati manevi hakka indirgemek, eser sahibinin kanundan kaynaklanan diğer yetkilerindeki manevi menfaati değerlendirmeye engel olur. Bu noktada “geniş anlamda manevi hak” kavramı, eser sahibinin manevi haklar dışında kalan hak ve yetkilerindeki manevi menfaatlere dikkat çekmeye yarar.

Eser sahibinin mali ve manevi menfaatlerinin birlikteliği, özellikle Alm. ESHK’da kendini belli eder. Eser sahibinin manevi hakları sadece Alm. ESHK md. 12 ila md 14 arasında sayılan yetkilerden ibaret değildir⁶¹². Alm.ESHK’nın taşıdığı monist karakter nedeniyle, bu kanunda eser sahibine tanınmış olan haklar birbiriyle bağlantı içerisindedir. Geniş anlamıyla eser sahibinin manevi haklarından anlaşılan, açıkça eser sahibinin kişilik hakları etkisi, karakteri taşıyan eser sahibinin tüm ayrı yetkileridir⁶¹³.

⁶¹² **METZGER**, Das Droit Moral, s.13.

⁶¹³ **METZGER**, Das Droit Moral, s.13,14. Kanun koyucu, eser sahibinin haklarını diğer haklar ya da yararlanma hakları (nutzungsrechte) başlığı altında düzenlemiş olsa da, eser sahibinin kişilik hakları karakteri taşıyan her türlü yetki, “geniş anlamda manevi hak” kapsamında değerlendirilebilecektir. Manevi hak karakteri taşıyan yetkilere örnek olarak ilk planda, Alm.ESHK md. 42’de düzenlenmiş eser sahibinin değişen kanaati dolayısıyla cayma hakkı ve Alm.ESHK md. 25’de düzenlenmiş eser sahibinin esere ulaşma hakkı zikredilebilir. Bu hak, kanunda, “diğer haklar” kategorisi içinde düzenlenmiş olmasına rağmen, manevi hak karakteri taşıyan bir hak olarak değerlendirilir.

Öte yandan, Alm.ESHK md. 29’da öngörölmüş devredilemezlik temel ilkesi, Alm.ESHK md.113 ve devamında düzenlenmiş icra koruması hükümleri de eser sahibinin manevi haklarına isabet eden düzenlemeleri konu alırlar. Alm.ESHK md. 41’de düzenlenen eser sahibinin, lisans hakkı sahibinin lisans hakkını hiç icra etmemesinde kaynaklanan cayma hakkı, Alm.ESHK md. 26’da öngörölmüş

Geniş anlamda manevi hak kategorisi içinde özellikle eser sahibinin cayma hakkı dikkat çeker. Eser sahibi, cayma hakkını üç nedenden ötürü kullanabilir. Eser sahibi, devretmiş olduğu veya ruhsat vermiş olduğu hakkının hiç veya gereği gibi kullanılmaması (FSEK md.58) nedeniyle devir veya lisans sözleşmesinden cayabileceği gibi, değişen kanaati nedeniyle (Alm.ESHK md.41) veya eserlerini çoğaltıp yayınlayan yayınevinin el değiştirmesi halinde de, cayma hakkından (Alm.ESHK md.34) yararlanma imkanı elde edebilir. FSEK de, bu son iki olasılığa ilişkin cayma hakkının işletilmesini sağlayacak açık bir hüküm öngörülmemesine rağmen, eser sahibine bu tür durumlarda da cayma hakkını tanıyıp tanımamak doktrin ve uygulamada rağbet gören meselelerden biri haline gelmemiştir. İsviçre Hukukunda ise, FSEK md.58'i karşılayan bir hüküm dahi yoktur. Başka bir deyişle, eser sahibinin cayma hakkına ilişkin yukarıda belirttiğimiz nedenler, İsv.ESHK'da düzenlenmemiştir.

B.Mali Hakkın Hiç veya Gereği Gibi Kullanılmamasından Doğan Cayma Hakkı

1.Cayma Hakkının Amacı

Eser sahibinin eseriyle kişisel ilişkisinden ötürü, eseri üzerinde bir mali haklarına ilişkin bir tasarrufta bulunmuş olsa bile, eser sahibinin manevi haklarının korunması adına gerekiyorsa, tanıdığı haktan caymanın mümkün olacağı kabul edilmektedir⁶¹⁴.

Manevi haklardan biri olan eserin umuma arzedilmesi, kural olarak, onun neşir mukavelesine konu olması veya eserin özelliğine göre, onun hakkında bir ruhsat verilerek gerçekleştirilir⁶¹⁵. Eser sahibi, böylece, eserinden ekonomik açıdan

takip hakkı, eser sahibinin, münhasır hak sahibinin bir üçüncü kişiye basit lisans hakkı tanımamasını yasaklayabilmesini hakkını konu alan Alm. ESHK md.34'de yer alan düzenlemeler, hep eser sahibinin manevi haklarından etkiler taşıyan hükümler olarak sıralanabilir. Son olarak, Alm.ESHK md. 97 f.2'de yer alan eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesinden doğan manevi tazminat hakkı da bu başlık altında zikredilebilir.

⁶¹⁴ **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.316. Bununla birlikte, bazı olaylarda caymanın ekonomik menfaatleri korumaya yönelik olduğu da kabul edilmektedir. Alman Hukukunda, bu hakkın ağırlıklı olarak manevi menfaatleri konu aldığı düşüncesi hakimdir. Cayma hakkının uygulanması bakımından, Alm.ESHK md. 90'da yer alan film eserleri ve hareketli resimleri kapsayan bir istisna vardır.

⁶¹⁵ **FRANKO**, Nisim, Eser Sahibinin Cayma Hakkı, Ernst E.Hirsch'in Hatrasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1986, s.393.

faydalanmak imkanı bulduğu gibi; hak kazanan kişinin o eseri kullanmak ve ondan yararlanmak yoluyla, eserinin tanıtılmasını da gerçekleştirmiş olur. Bu itibarla, eserin tanıtılmasının ve bu yöndeki manevi hakkının görünümünün “sine qua non şartı” hakkı iktisab eden kişinin, bu hakkı kullanmasıdır. Eğer, hakkı kazanan kişi, bu hakkı kullanmazsa, bu takdirde, eser sahibinin, eserinin tanıtılması mümkün olmaz. İşte FSEK md.58’in düzenleniş amacı, müktesibin iktisap etmiş olduğu hakkı kullanmasını temin etmektir. Müktesip bu hakkını kullanmadığı takdirde, kendisine intikal etmiş olan mali hak “cayma hakkı” mekanizmasıyla, tekrar eser sahibine avdet eder⁶¹⁶. FSEK md.58 ile kabul edilmiş bulunan cayma hakkı kurumunun isabetliliği hakkında kuşklar ortaya çıkmış ve bu düzenlemenin akitlerin bağlayıcılığı prensibini ihlal edeceği ileri sürülmüştür. Buna rağmen, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi hakları ile yakın alakası dolayısıyla, bu kurum başta Alman ve Fransız hukukları olmak üzere birçok hukuklarda kabul edilmiştir⁶¹⁷.

2.Cayma Hakkının Uygulama Alanı ve Diğer Hükümlerle İlişkisi

FSEK’te cayma hakkı, md.58’de düzenlenmiştir. Mali hakkın veya ruhsatın kullanılması, devralan bakımından sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülük de oluşturur. Nitekim bu yükümlülük Borçlar Kanununun yayım

FSEK md.58’de, kendisinden cayılması sözkonusu olan sözleşmenin, “yayın sözleşmesi” olduğu belirtilmektedir. **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.144. Buna ek olarak, Serozan, FSEK md.58 kuralında yayım ve yayım lisansı sözleşmeleri için öngörölmüş bulunan cayma yetkisinin, örneksene yoluyla ihtira ve markalara ilişkin “tam hak devri sözleşmeleri” ile “lisans sözleşmeleri” ne de uygulanması gerektiğini ifade eder. **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.148.

⁶¹⁶ **FRANKO**, Cayma Hakkı, s.393, 394.

⁶¹⁷ **AYİTER**, s.219.

Alm. ESHK md. 41 uyarınca, eser sahibi, sahibi olduğu hakkı münhasır lisansla devrettiği kişinin Alm. ESHK md. 41 f.2’de belirtilen süre içinde hakkı kullanmaması ya da yeterli ölçüde kullanmaması üzerine sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Münhasır hak tahsisinde, kuşku halinde, eser sahibinin eseri kullanma veya bir başkasına kullandırtma imkanının var olmadığı kabul edilir. Eser sahibi, lisans hakkının bir üçüncü kişiye devrini düzenleyen Alm.ESHK md. 34’e göre eser üzerinde hak kazanmış alt lisans sahiplerine karşı da dönme hakkını kullanabilecektir. Alm.ESHK md.41 f.4 c.1’e göre, cayma hakkından önceden feragat etmek mümkün değildir. Alm. ESHK md.41 f.4 c.2 de ise cayma hakkının kullanılmasından önceden, beş yıldan daha fazla süre için feragat etmenin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.316.

Münhasır lisansla hak elde eden kişinin menfaatlerinin korunması için, kanun koyucu f.3’de, eser sahibinin ilke olarak hukuka uygun, ölçülü bir süre vermek şartıyla cayma hakkı bildiriminde bulunabileceğini düzenlemiştir. Alm.ESHK md.41 f.5’e göre, cayma hakkının etki doğurmasıyla lisans hakkı ortadan kalkacaktır. Bu hükmü takiben, f. 6’da ise, eser sahibinin, hakkaniyet gerektirdiği ölçüde, ilgilinin zararlarını karşılayacağını hükme bağlanmıştır. Somut olayın özellikleri doğrultusunda tespit edilecek ilgililerin menfaatlerine göre, gerekirse eser sahibi almış olduğu ücreti (honorar) geri verecek veya eseri kullanan kişinin yapmış olduğu masrafları tamamen veya kısmen karşılamakla yükümlü olacaktır. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.316.

sözleşmesini düzenleyen md. 372 vd. hükümlerinde, naşirin devraldığı çoğaltma ve yayma haklarını kullanması bakımından özel olarak belirtilmiştir⁶¹⁸.

FSEK md. 58 cayma hakkının kullanılabilmesini eser sahibinin menfaatlerinin esaslı bir surette ihlal edilmesi koşuluna bağlarken, menfaatlerin neler olduğunu açıklanmamıştır. Doktrin, buradaki menfaatin mali menfaatlardan çok manevi menfaatleri içine aldığı konusunda bir görüşe sahiptir. Bu görüşe göre, hak veya ruhsatı kullanmama sebebiyle sözleşmeye aykırılık sadece mali menfaatleri ihlal etseydi, bunun Borçlar Kanunundaki yaptırımlarla karşılanması mümkün olup, FSEK md. 58' e gerek kalmazdı. Bu yüzden cayma hakkı daha ziyade manevi menfaatlerin ihlali durumunda kullanılabilir⁶¹⁹.

Doktrinde ayrıca, FSEK md. 58 hükmünün, eserin kamuya sunulma ve yayımını men hususundaki FSEK md. 14.f.3 ve mali hakkın eser sahibine dönmesine ait FSEK md.59 hükümleriyle bağlantılı olduğu kabul edilmektedir⁶²⁰. Bu bağlamda, FSEK md.14 f.3 hükmünün, eser sahibinin ileri sürdüğü görüşleri değiştirmesi nedeniyle eserin yayımından vazgeçmesi halinde de yararlanabileceği ve sözleşmeden cayılabileceği ifade edilmektedir⁶²¹.

FSEK md. 59'a göre, mali hak veya ruhsat bunlardan gerektiği gibi yararlanmak amacıyla ve belli bir süre için devredileceğinden, kararlaştırılan biçimde yahut uygun bir süre içinde kullanılmazsa devir amacı ortadan kalkacak, mali hak sahibine geri dönecek ve böylece ruhsat da son bulacaktır. Böylelikle, cayma ile aynı hukuki sonuçlar doğmuş olmaktadır. Cayma hakkı ile hakkın eser sahibine avdeti arasındaki farksa; geri dönmenin kendiliğinden "ipso jure" hüküm doğurmasına rağmen, caymada eser sahibinin bazı usul işlemlerinde bulunması gerekliliğidir⁶²².

⁶¹⁸ **EREL**, s.256.

Alm.ESHK md.41'in son fıkrasına göre, ilgililerin diğer yasa hükümlerinden doğan hak ve talepleri saklıdır. Bu bakımdan, özellikle Alman Yayın Kanununun md.17, md.32 ve md.45 hükümlerinden ve AMK md. 323 ila 326 hükümlerinden kaynaklanan dönme hakları (Rücktrittsrechte) önemli bir rol oynayacaktır.

⁶¹⁹ **ARSLANLI**, s.194,195; **AYİTER**, s.219, **EREL**, s.256. Yazar, ayrıca, haklı olarak, mali menfaatlerin ihlali halinde de Borçlar Kanununa göre eser sahibini daha iyi koruyan bu hükümlerden yararlanmaya engel bir durum olmadığını vurgulamaktadır.

⁶²⁰ **EREL**, s.256.

⁶²¹ **AYİTER**, s.219; **EREL**, s.257.

⁶²² **EREL**, s.257.

Kanunda cayma hakkının eser sahibi tarafından kullanılacağı belirtilmektedir. Ancak onun ölümü halinde, FSEK md. 19 f.1 hükmü doğrultusunda bu hakkın manevi hakların intikal ettiği kişiler tarafından da kullanılmasının kabulü doğru olur. Doktrinde, öte yandan, mali hak, FSEK md. 49 uyarınca devren iktisap olunmuşsa, devreden hak sahibinin de, iktisap edene karşı FSEK md. 19 f.3 hükmünde belirtilen durumlarda cayma hakkını kullanabileceği vurgulanmaktadır⁶²³.

Şekle ilişkin olarak, FSEK, Borçlar Kanunu md. 106 ve 107 hükümlerine paralel bir düzenleme getirmiştir⁶²⁴. FSEK md. 58 gereğince, cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi noter vasıtasıyla diğer tarafa münasip bir mehil vermeğe mecburdur. Ancak, kanun üç ihtimalde, mehil tayinine gerek duymamıştır. Ayrıca Borçlar Kanunu md.107'ye kıyasen hak veya ruhsatın kullanılması için kesin bir vade tesbit edilmişse yine mehil verilmesi gerekmeyecektir⁶²⁵.

FSEK md. 58 f.5 uyarınca cayma hakkından önceden vazgeçmek mümkün değildir. Başka bir deyişle, önceden feragat batıldır. Ancak, cayma hakkının doğumundan sonra, bunun kullanılmasından vazgeçmek elbette mümkündür⁶²⁶. Kanun, ayrıca, hakkın ileri sürülmesini, kullanılmasını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitlerin hükümsüz olduğunu düzenlemektedir.

3.Cayma Hakkının Hukuki Niteliği

Cayma hakkının hukuki niteliği denildiğinde, sözleşmenin sona erme hallerinden biri olarak, dönme veya fesih gibi diğer sona erme halleriyle olan ilişkisi ve eser sahibinin hakları bakımından da mali ve/veya manevi hak olarak değerlendirilemeyeceği meseleleri ele alınmalıdır. FSEK'te, mali haklar veya manevi haklar arasında cayma hakkının sayılmaması, bu hakkın geniş anlamda/dar anlamda kategorisinin oluşturularak, geniş anlamda bir manevi hak ve/veya mali hak olarak yorumlanması sonucunu doğurabilir. Öte yandan, mali ve manevi haklar arasında sayılmayan eser sahibinin hakları, "diğer haklar" başlığı altında da değerlendirilebilir.

⁶²³ ARSLANLI, s.195; EREL, s.257.

⁶²⁴ EREL, s.257.

⁶²⁵ ARSLANLI, s.196; EREL, s.258.

⁶²⁶ EREL, s.257.

Hirş'e göre, mali haklarda manevi unsurlar da vardır. Örneğin, bir eser sahibi neşir, yayım, tercüme, temsil veya buna benzer bir hakkı başkasına devrettiği zaman bu işten yalnız maddi bir karşılık beklemez, eserinin umuma arzedilmesini de arzu eder. Başka bir deyişle, eser sahibinin yalnız karşı bedelin ödenmesi hususunda değil, aynı zamanda ve herşeyden evvel, hakkı iktisap eden kimsenin bu hakkı kullanarak eseri tatbik mevkiine koyması hususunda da büyük menfaati vardır. Örneğin, bir şair, tiyatro piyesi üzerindeki temsil hakkını maktu bir bedel karşılığında bir tiyatro müessesine devrettiği takdirde, parayı aldıktan sonra dahi, onun başlıca menfaati eserinin temsil edilmesidir⁶²⁷. Hirş, hem eser sahiplerinin meşru menfaatlerini, hem de diğer âkidin müktesep haklarının mümkün olduğu kadar korunması amacıyla; eser sahibine bir fesih hakkı tanınması gerekliliği üzerinde durmuştur⁶²⁸. Yarsuvat'a göre, FSEK'teki bu hüküm, adeta borçlunun temerrüdü halini düzenlemektedir. Gerçekte maddede "ruhsat iktisap eden kimse" den sözedilmiş olmasına rağmen bunun da bir lisans sözleşmesi ile gerçekleştiğini düşünürsek, yine borçlunun temerrüdünden sözedebiliriz⁶²⁹.

Cayma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak, hakkın kullanılması ise bozucu yenilik doğuran bir işlemdir⁶³⁰. Cayma, geniş anlamda borç ilişkisini tek taraflı irade bildirimini ile sona erdirme yollarından biridir⁶³¹. Ancak, dönme, fesih, iptal, geri alma, cayma şeklinde isimlendirilen bu tür benzer terimlerin bugün dahi kavram karışıklığına yol açacak şekilde birbirinin yerine kullanıldığına rastlanmaktadır⁶³². Aynı özensizliğin, yasa hükümlerinde de görüldüğü belirtilmektedir⁶³³. Öz'e göre, cayma hakkı (Rückrufsrecht), bazı hukukçularca bağımsız bir hukuki kurum olarak

⁶²⁷ **HİRŞ**, Hukuki Bakımdan Fikri Say İkinci Cilt Fikri Haklar (Telif Hukuku), İstanbul 1943, s.232,233. Hirş, bu durumu hizmet sözleşmesindeki bir durumla karşılaştırmıştır. Hizmet eden kimse ücretin verilmesinden başka bazı hallerde "iş istemek hakkı"na da sahiptir. Bkz. BK md.324.

⁶²⁸ **HİRŞ**, s.233. Hirş, Öntasarıdaki eser sahibinin fesih hakkına ilişkin hükmü, Borçlar Kanununun, borcun ifa edilmemesi hakkındaki hükümlerden esinlenerek hazırladığını ifade etmiştir.

⁶²⁹ **YARSUVAT**, s.119.Giritlioğlu ise, yayım hakkından farklı olarak, yetki veren ruhsatlardan gereği gibi yararlanılmaması da fıkranın kapsamına girdiğine işaret ederek ortada bir "yararlanma yükü" nün söz konusu olduğunu bildirmektedir. **GİRİTLİOĞLU**, Necla, Yayın Sözleşmesi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 78 not 13c.

⁶³⁰ **GÖKYAYLA**, s.308.

⁶³¹ **ÖZ**, s.24 vd.

⁶³² Bu tür yanlış kullanımlara ilişkin örnekler için bkz. **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.119 ve orada dn.1.

⁶³³ **ÖZ**, 1989, s.25.

nitelenmekteyse de⁶³⁴, aslında geçmişe etkili sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemine olan doğrudan etkisini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır⁶³⁵. Bu bağlamda, FSEK md.58 bu açıklamanın örneği olmaktadır⁶³⁶.

Tekinalp, cayma hakkından bahsederken, bu hakkın özel bir fesih ve dönme hakkı olduğunu ifade etmektedir. Caymada, hakkın doğmasının temelinde özel bir ihlal vardır. Buradaki özel ihlal; eser sahibinden hak veya ruhsat iktisap eden kişinin bu hak veya ruhsattan gereği gibi yararlanmayarak, eser sahibinin menfaatlerini ihlal etmesidir. Dolayısıyla bu özel ihlalin dışındaki ihlallerde ve borçlunun temerrüdünde BK hükümleri uygulanır; yani cayma, BK'nın fesih ve dönmeye ilişkin hükümlerini bertaraf etmiş olmaz⁶³⁷. Cayma hakkının hukuki niteliğiyle ilgili olarak, somut olayın özelliklerine göre ya fesih ya da sözleşmeden dönme olarak ortaya çıkacağı şeklinde bir değerlendirmede bulunmak yanlış olmaz⁶³⁸.

Kanunda geçen hak ve salahiyet kavramının geniş yorumlanması gerektiği, sadece mali hakkın hiç uygulanmamasını değil (kitabın basılmaması, oyunun sahnelenmemesi, TV'de temsil edilmemesi, senfoninin seslendirilmemesi, kitabın, plağın, kasedin, CD'nin piyasaya verilmemesi) aynı zamanda hakkın gereği gibi kullanılmaması (kitabın, kasedin, CD'nin yetersiz dağıtımı, oyunun haftada bir gün oynanması) ihtimalini ve hatta eserin eser sahibinin FSEK m. 14 f.3 anlamında şeref ve itibarını düşürecek şekilde umuma arz ve yayımını da kapsamı gerektiği vurgulanmaktadır⁶³⁹.

Cayma hakkı bakımından, FSEK ile Alm. ESHK arasındaki benzerlik ve paralelliklere gelince; şu noktaları ifade etmek gerekir: Alm. ESHK md. 42'de düzenlenen "Kanaat değişmesi dolayısıyla cayma" hakkı, bizim kanunumuza ayrıca

⁶³⁴ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.144.

⁶³⁵ **AYİTER**, s.210; **GİRİTLİOĞLU**, s.79,81.

⁶³⁶ **ÖZ**, s.25 dn.6.

⁶³⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.200.

Cayma hakkı, Hırş'ın hazırladığı Tasarıda, fesih hakkı olarak yer almıştır. **FRANKO**, Cayma Hakkı s.394. Hırş'ın hazırlamış olduğu Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 64. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "Mali bir hak iktisap eden veya bir ruhsat istihlal eden kimse; kararlaştırılan bu müddet dahilinde ve bir müddet tayin edilmemişse, icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerinden layığı ile istifade etmek ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse, eser sahibi akdi feshedebilir."

⁶³⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet 201.

⁶³⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet s.200,201.

alınmamıştır. Oysa, eser sahibinin, eserine yansıtmiş olduğu düşüncelerinde değişiklik olması durumunda, eseriyle olan ilişkisinde bir değişikliğe gitmesi, başka bir deyişle, eserinin çoğaltılması ve yayımlanmasına ilişkin hakları tekrar gözden geçirmesi ihtiyacını karşılayan bir hüküm, FSEK kapsamında gereksiz karşılanmayacak bir hükümdür. Lisans vermiş olan eser sahibi daha lisans kullanılmadan eserinin değeri hakkındaki kanaatlerini veya eseri içinde savunduğu görüşleri değiştirmiş olabilir.. Örneğin belli bir politik akımın savunucusu olan bir yazar, eser daha yayımlanmadan önce politik görüşlerini değiştirmiş olabilir. Bu halde, eser sahibine yayım sözleşmesinden cayabilme imkanı tanınmalıdır⁶⁴⁰. Alman Kanununda, kanaat değişmesi dolayısıyla cayma hakkı açık bir şekilde düzenlenmişken, Türk Hukuku bakımından bu tür bir cayma hakkına, umuma arz etme yetkisini konu alan FSEK md.14 f.3 deki düzenlemeyle ulaşmak mümkündür. Ayiter'e göre, Alman Kanununun 42. maddesini karşılayan bir hüküm, FSEK içinde manevi haklara ilişkin 14. maddenin son fıkrasıdır. Bu hükümde sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek bir yayımlamayı men etme yetkisi sözkonusudur⁶⁴¹. Cayma hakkı, eser sahibinin manevi haklarından biri olarak kabul edilmekte ve bunun hakları kullanma yetkisinin geri alınması hususundaki FSEK md.14 f.3'e paralel bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴².

Kanaatimizce, ilk bakışta Alm.ESHK md.42'nin FSEK md.14 f.3'e denk düşen bir hüküm olarak görülmesi doğru olmayacaktır. Çünkü FSEK md.14'ün son fıkrasında şeref ve itibarın zedelenmesinden söz edilmektedir. Oysa, Alm.ESHK md.42'de kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının doğması için şeref ve itibarın zedelenmesi şartı aranmamaktadır. Ancak, bu değerlendirme Türk Hukukunda eser sahibinin kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının tanınmamasına yol açmaz. Eser sahibinin kanaat değişikliği dolayısıyla cayma hakkına kanunen dayanak bulmak için FSEK md.14 f.3 seçilebilir. Bu durumda, eser sahibi artık kendi düşüncelerini yansıtmadığını düşündüğü eserinin kamunun erişiminde olmasının şeref ve itibarını zedelediğini ileri sürerek cayma hakkını kullanabilir.

⁶⁴⁰ **AYİTER**, s.209,210.

⁶⁴¹ **AYİTER**, s.210.

⁶⁴² **EREL**, s.130. Nitekim cayma hakkı, 1987 tarihli İspanya ESHK'nın manevi hakları düzenleyen 17'nci maddesinde yedi bent halinde gösterilen haklar arasında açıkça yer almıştır.

4.Cayma Hakkının Koşulları

a. Hiç veya Yeteri Kadar Kullanmama

Eser sahibinin tahsis ettiği hakkın, yeteri kadar kullanılmadığını tayin ederken, sözleşmenin amacına bakılmalıdır⁶⁴³. Eser sahibinden hak iktisap eden kimsenin eseri yeteri kadar kullanması konusunda; cayma hakkını bertaraf eden kullanım hususunda, bir yükümlülüğü olmadığı düşünülür. FSEK md. 58, cayma hakkını doğuran şartlardan biri olarak, mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin hak ve selâhiyetlerden gereği gibi faydalanmaması durumunu öngörmüştür. Bu noktada şu soru tekrar sorulmalıdır: Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin hak ve selâhiyetlerden gereği gibi faydalanması borcu var mıdır? Sorunun Alman Hukukundaki yanıtı; Alm.ESHK md.41’de münhasır lisans hakkı (ausschließliches nutzungsrechts) sahibinin bir kullanım borcu olmadığı yönündedir. Kullanım, daha ziyade, eserden yararlanma hakkına sahip olan kişinin bir yükümü/külfeti⁶⁴⁴ olarak görülür⁶⁴⁵.

Lisans hakkı sahibi kişinin kullanma külfetini (ausübungslast) yeteri ölçüde yerine getirip getirmediği her bir somut olay bakımından, sözleşmenin amacı çerçevesinde, iş adetlerinin dikkate alınması suretiyle ve dürüstlük kuralı eşliğinde yapılacak

⁶⁴³ **SCHRICKER**, § 41, Kn.13; **WANDTKE**, § 41, Kn.12.

⁶⁴⁴ Alacaklının, borç ilişkisinden doğması mümkün olan bazı hakları elde etmesi ya da zaten elde etmiş bulunduğu hakları muhafaza edebilmesi için bazı davranışlarda bulunması, bazı tedbirler alması gerekebilir. Alman Hukuk dilinde “Obiegenheit” denen bu türlü davranış ve tedbirler “alacaklıya düşen külfetler” deyimi ile ifade edilebilir. “Yükümlülük” ve “külfet” kavramları birbirinden ayırılmemelidir. Yükümlülüğün ihlali, borçlu açısından sözkonusu olur ve bunun sonucu ya hukuki sorumluluktur; ya da mevcut hukuki sorumluluğun genişlemesidir. Külfetin yerine getirilmemesi, alacaklı açısından sözkonusu olur; ve bunun sonucu bir hakkın elde edilememesinden veya kaybindan ibarettir. Örneğin, alacaklının kendisine, kanunun ifadesiyle usulü dairesinde teklif edilen bir edimi kabul etmesi de onun için bir yükümlülük değil, bir külfettir. Eğer alacaklı edimi kabul etmezse temerrüde düşer ve sonuç olarak da borçluya karşı olan bazı haklarını kaybeder. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.31,32.

⁶⁴⁵ **ULMER** § 87 II 1; **FORKEL**,Hans, Gebundene Rechtsübertragungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, s.153. Lisans hakkı sahibinin bu yükümü için “Last” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. **SCHRICKER**, § 41 Kn.13.

Yayın sözleşmesi gibi, kullanma yükümlülüğünü içeren ve yararlanma hakkı veren sözleşmelerde ise, Alm.ESHK md.41 anlamında yetersiz bir kullanımın olup olmadığının incelenmesi, hak sahibinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği noktasındaki araştırmayla çakışır. **SCHRICKER** § 32 Kn.9; **DREIER/SCHULZE** Kn.14.

menfaatlerin değerlendirilmesi nedeniyle özellik arzedecektir⁶⁴⁶. Planlama safhasında kalan bir iş, bir kullanım, kural olarak yetersiz kullanma olarak değerlendirilecektir. Yetersiz kullanımın tesbitinde, somut olayın arzedeceği özellik ve bu bağlamda olaya konu olan eserin türü önem arzedecektir. Öyle ki, eserin türü diğer eser türlerine göre göreceli olarak, daha uzun bir hazırlık süresini gerektirebilecektir⁶⁴⁷. Yayın sözleşmesinin konu olduğu bir olayda, sadece çoğaltma gerçekleşmiş, buna mukabil eserin dağıtımını gerçekleştirilmemişse, tahsis edilen hakkın yetersiz kullanımından bahsedilebilecektir. Yan haklardan (nebenrechten), aktif bir şekilde yararlanılmaması, ağır kapsamlı hak ihlallerine karşı lisans hakkı sahibinin sessiz kalması durumları da, hak sahibinin kendisine tahsis edilmiş hak ve yetkileri yeteri kadar kullan(a)madığı sonucuna yol açacaktır. Müzik sektöründe faaliyet gösteren müzik yayıncısının (Musikverleger), band kayıtlarının veya notaların dağıtımında, gerekli bağlantıların kurulmasında veya reklam yapılmasında pasif kalışı, kendisine tahsis edilmiş olan haklardan yeteri kadar yararlanmadığı anlamına gelebilecektir⁶⁴⁸.

Hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanma konusunda, ispat yükü, genel ispat kurallarınca, eser sahibindedir. Başka bir deyişle, eser sahibi, hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanılmadığını ispat etmek durumundadır⁶⁴⁹.

b.Menfaatlerin Esaslı Surette İhlali

Mali hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmamasının eser sahibinin menfaatlerini esaslı surette ihlal etmesi gerekir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ **SCHRICKER**, § 41 Kn.14; **MOHRING/NICOLINI/SPAUTZ**, Kn.3; **WANDTKE**, Kn.13; **DREIER/SCHULZE**, Kn.15/16.

⁶⁴⁷ Bir ressamın, eser kataloğuna ilişkin olarak çalışmasını konu olan bir Alman Mahkemesi kararı için OLG Frankfurt/M ZUM 1992, s.143,145.

İş sahibinin bir mimara, proje hazırlatıp sonradan sözleşme yapmaktan vazgeçmesi, culpa in contrahendo sorumluluk alanını ilgilendirebilecekken, mimarın sözleşme ilişkisi çerçevesinde hazırlamış olduğu projenin uzunca bir süre uygulamaya geçirilememesi, cayma hakkını kullanmasına yol açacaktır. Bu örnek bakımından, buradaki sözleşmenin bir sipariş sözleşmesi olduğundan hareketle ve sipariş sözleşmelerinin FSEK md.58'in uygulama alanı dışında kaldığını savunmak mümkünse de, bu sav iki karşı savla savuşturulabilir: Birincisi, FSEK md.58'in, konusu Fikri Hukuk korumasına sahip tüm ürünler; eserleri kapsamına aldığıdır. FSEK md. 58, yayın sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi sözleşmeleri dikkate alınarak düzenlenmiş olabilir. Böyle bir tercih, bu hükmün, konusu eser olan diğer sözleşmelere kıyasen uygulanmasına engel olmamalıdır. İkincisi, genel hükümlere başvurmak yoluyla, ısmarlanan kişi sözleşmeden dönme imkanını kullanabilir.

⁶⁴⁸ **SCHRICKER** § 41, Kn.14.

⁶⁴⁹ **SCHRICKER** § 41, Kn.14.

⁶⁵⁰ Alm.ESHK md.41 uyarınca da, cayma hakkının kullanılabilmesi için eser sahibinin meşru menfaatlerinin esaslı surette (erheblich) ihlal edilmiş olması aranır.

Eser sahibinin esaslı surette ihlal edilen menfaatleri, kişilik hakkına yönelik veya malvarlığına yönelik menfaatleri olabilir⁶⁵¹. İhlalin, esaslı surette olmasından ne anlaşılmalı gerekir? Uygulamada, eser sahibince tahsis edilen hakların hiç veya gereği gibi kullanılmamasının, esaslı surette ihlal olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir⁶⁵². Eser sahibinin, herhangi bir ücret beklentisi olmadan hareket ettiği durumlarda dahi, menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş olması mümkündür. Eser sahibinin (meşru) menfaatlerinin ihlal edilmiş olmasının, cayma hakkının bir şartı olarak düzenlenmesi, cayma hakkının kötüye kullanılmasını engellemek bakımından bir güvence teşkil eder⁶⁵³. Dolayısıyla, cayma hakkının doğumu için aranan diğer şartlarla birlikte düşünüldüğünde, eser sahibinin cayma hakkını kötüye kullanması tehlikesi daha başlangıçta engellenmiş olur. Yaratıcılık düzeyi düşük eserler bakımından da eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, eserdeki yaratıcılık düzeyinin düşüklüğünün, eser sahibinin cayma hakkını bertaraf edeceği şeklinde götürü bir yaklaşımda bulunmak doğru olmaz⁶⁵⁴.

Cayma hakkının kullanılabilmesi için esasa ilişkin şartlardan biri olan, “eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlaline” ilişkin olarak, burada geçen menfaatlerin daha ziyade manevi menfaatler olduğunu savunmak mümkündür. Erel’e göre, hak veya ruhsatı kullanmama nedeniyle sözleşmeye aykırılık sadece mali menfaatleri ihlal etmiş olsaydı; bunun BK’daki yaptırımlarla karşılanması mümkün olup, FSEK md.58 hükmüne ihtiyaç kalmazdı⁶⁵⁵. Doktrinde, Arslanlı⁶⁵⁶ da, konuya ilişkin yaptığı açıklamalarda, buradaki menfaat ihlallerinin daha ziyade manevi sahada gerçekleşeceğinin kabul edilebileceğini savunmaktadır.

c.Katlanılmazlık

⁶⁵¹ **SCHRICKER** § 41, Kn.15.

⁶⁵² **SCHRICKER**, § 41, Kn.15, **BUDDE**, Rolf, Das Rückrufsrecht des Urhebers wegen Nichtausübung in der Musik, Berlin 1997, s.65.

⁶⁵³ Alman ESHK’na ilişkin Kanun Tasarısı Gerekçesi, **HAERTEL**, Kurt/**SCHIEFLER**, Kurt, Urheberrechtsgesetz und Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, Textausgabe mit Verweisungen und Materialien, Köln/Berlin/Bonn/München, 1967, s.201.

⁶⁵⁴ **SCHRICKER** § 41, Kn.15; **WANDTKE**, § 41,Kn.15; **DREIER/SCHULZE** § 41,Kn.17.

⁶⁵⁵ **EREL**, s.256.

⁶⁵⁶ **ARSLANLI**, s.194,195.

Eser sahibi, eserinin değişen koşullara uyarlanmasına katlanmalıdır⁶⁵⁷. Bir ders kitabının g¼ncel gelişmelere uygun hale getirilmesi veya bir kanun şerhinin y¼r¼rl¼kteki hukuka uygun hale getirilmesi eser sahibinin katlanması gereken durumlar olarak deęerlendirilir⁶⁵⁸. Eserin s¼zleřmeye aykırı ¼zellikler taşıması veya yayına elverişli olmaması durumlarında, lisans hakkı sahibinin bu olumsuz durumlardan kaynaklanan hakları, eser sahibinin cayma hakkını kullanmasıyla elinden alınamaz. Başka bir anlatımla, lisans hakkı sahibi, eser sahibinin borcunu gereği gibi ifa etmedikçe, s¼zleřmeye konu eserden hiç veya gereği gibi yararlanmama konusunda haklı bir nedene sahiptir. Eser sahibinin, eserin s¼zleřmeye uygun hale getirilmesinde, katkıda bulunması beklenen bir y¼k¼ml¼l¼kt¼r⁶⁵⁹. Eserin, kamunun zevkine ve anlayışına uygun hale getirilmesi ise, eser sahibinin katlanması gerekli bir durum olarak g¼r¼lmez. Anlaşılması g¼ç, belli bir d¼zey gerektiren eserler meydana getirme, eser sahibinin tercihi olup, korunması gerekli menfaati olarak g¼r¼l¼r⁶⁶⁰.

Eserden yararlanma hakkı olan kişinin, eser ¼zerindeki mali hakkı devralanın veya lisans sahibinin, eser sahibinin cayma hakkını kullanması karşısında, ortada katlanılamaz bir durum olmadığını savunması m¼mk¼n g¼r¼lebilir. FSEK md.58 de “katlanılmazlık” unsuru a¼ıkça d¼zenlenmemiřtir. Ancak, cayma hakkının kullanılabilmesi bakımından eser sahibinin “menfaatlerinin esaslı surette ihlali” nden “katlanılmazlık” unsurunun da dahil olacak şekilde bir anlam ¼ıkarmak m¼mk¼nd¼r. Cayma hakkı, salt eser sahibinin menfaati g¼z¼n¼ne alınarak d¼zenlenmiř bir kurum olmadığından, eserden yararlanan kişinin de menfaatlerini g¼zetmek gerektiğinden b¼yle bir yorum h¼km¼n amacıylle ¼eliřmeyecek; eser sahibi lehine yorum ilkesini de eser sahibi lehine aşırı yorum tehlikesiyle başbaşa bırakmayacaktır. B¼ylece menfaatler değerlendirilip, adil bir ¼z¼me ulaşmak m¼mk¼n olacaktır. Alman Hukukunda da, “katlanılmazlık” unsuru menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesini gerektiren hukuki bir araç olarak g¼r¼lmektedir⁶⁶¹. Lisans hakkının hiç veya gereği

⁶⁵⁷ Alm. ESHK md. 41’e ilişkin gerekçede, eser sahibinin eserinin değişen koşullara uyarlanmasının eser sahibince katlanabilir bir durum olduğu belirtilmiştir.

⁶⁵⁸ V.GAMM, § 41, Kn.11.

⁶⁵⁹ SCHRICKER, § 41, Kn.16.

⁶⁶⁰ BUDDE, s.68 vd.; WANDTKE, § 41,Kn.18

⁶⁶¹ SCHRICKER, § 41, Kn.16.

gibi kullanılmaması, eser sahibince hesaba katılması ve katlanması gerekli durumlara ilişkinse, cayma hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır⁶⁶².

d.Süre

FSEK md.58 f.1'e göre, cayma hakkının kullanılabilmesi için, mali hak veya ruhsatı iktisap eden kimsenin kararlaştırılan süre içinde; süre kararlaştırılmamışsa icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmamış olması gerekir. O halde, cayma hakkının kullanılması bakımından "müddete bağlılık şartı" iki şekilde gerçekleşebilecektir. Süre, ya mali hakkın devrine ilişkin sözleşmede kararlaştırılmış olabilir veya süre kararlaştırılmamıştır. Bu durumda, kullanılmanın bağlı olacak olduğu müddet, icabı hale göre belirlenecektir. Bu sürenin uygun bir süre olması gerekir⁶⁶³.

FSEK md.58 f.2'ye göre, cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi, noter vasıtasıyla diğer tarafa münasip bir mehil vermelidir⁶⁶⁴. Hükümün üçüncü fıkrasında, verilen mehilin neticesiz geçmesi veya mehil tayinine lüzum olmaması durumunda noter vasıtasıyla yapılacak ihbarla caymanın tamam olacağı düzenlenmiştir. Kanunkoyucu, mehil tayinine lüzum bırakmayan halleri de öngörmüştür: Hakkın kullanılmasının iktisap eden kimse için imkansız olması veya iktisap eden tarafından reddedilmesi yahut mehil verilmesinin eser sahibinin menfaatlerini esaslı surette tehlikeye düşürmesi, mehil tayinine lüzum bırakmayan haller olarak kanun tarafından sayılmıştır.

⁶⁶² **LOEWENHEIM/ V.BECKER**, § 16 Kn.42. Alm. ESHK md.41 f.1'de, bu olasılık ağırlıklı olarak eser sahibince katlanması gerekli durumlar şeklinde ifade edilmiştir. Bu tür olaylarda eser sahibinin lisans hakkı sahibinin eserden hiç veya gereği faydalanmamasına dayanarak cayma hakkını kullanması sözkonusu olmayacaktır.

⁶⁶³ **FRANKO**, Cayma Hakkı, s.402.

⁶⁶⁴ Alm.ESHK md.41 f.3'e göre, cayma ancak eser sahibince uygun bir mehil verildikten sonra geçerli bir şekilde hüküm doğurabilecektir. Eser sahibi, cayma bildiriminde (ankündigung) bulunarak lisans hakkı sahibinden eserden gereği gibi yararlanmasını isteyecektir. Verilecek mehil, 2.fıkarda tesbit edilmiş sürelerden (örneğin gazetede çıkacak yazılar bakımından teslim tarihinden üç ay geçmeden) önce işlemeye başlamayacaktır. Verilecek mehil, münasip olmalı; bu meyanda tarafların menfaatleri ve aralarındaki ilişki değerlendirilerek, bir taraftan lisans hakkı sahibine, sahip olduğu hakkı kullanması için bir şans daha tanınmış olmalı, diğer taraftan eser sahibine katlanamayacağı bir gecikme yüklenmemelidir. Sürenin tayininde, somut olayın özellikleri doğrultusunda ilgili sektördeki teamüller gözönünde tutulabilecektir. Ancak, bu ölçüt taraflar arasındaki ilişkinin özelliğini gözönünde tutmayı engelleyecek tarzda öne geçmemelidir. **SCHRICKER**, § 41 Kn.20.

FSEK md.58 tarafından sayılan hallerde, Ticaret ve Borçlar Kanunu⁶⁶⁵ da alacaklıyı mehil tayininden varestede tutmuştur. Bu nedenle, doktrinde, aynı hükümler tekrar edileceği yerde, Borçlar Kanununa atıf yapmakla yetinmenin daha uygun olacağı noktasında eleştiride bulunulmuştur. Zira, mehil tayinine lüzum bırakmayan haller bakımından sayım usulü ne kadar tamam gözükmüşse gözüksün boşluklar içerir. Örneğin, taraflar hakkın kullanımı için kat'î bir vade tayin etmişlerse mehil verilmesine gerek olup olmadığı Kanundan anlaşılmamaktadır. Bu halde, BK md.107. inci maddesine uygun olarak mehil verilmeden de caymanın mümkün olacağı kabul edilmelidir⁶⁶⁶.

FSEK md.58 f.5, cayma hakkından önceden feragati yasaklamakla beraber, tarafların cayma hakkını ileri sürmek konusunda iki yıla kadar bir sınırlama getirilebileceklerini öngörür. Hakkın kendisinden feragat mümkün değildir, ancak doğan hakkın iki yıl süreyle kullanılmasını engellemek mümkündür ve caizdir⁶⁶⁷.

Lisans hakkı sahibinin, eserden faydalanma konusunda bir yükümlülüğü olduğu kabul edildiğinde; eser sahibinin ifa talebi, sürekli ifa imkansızlığı halinde, sona ermiş olacaktır. Başka bir deyişle, eserden yararlanmak lisans hakkı sahibi bakımından geçici değil de sürekli bir imkansızlık arz ediyorsa, lisans hakkı son bulacağından cayma hakkının da kullanılması mümkün olmayacaktır⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ BK m.107'deki istisnalardan "borcun gecikmiş ifasının alacaklı için anlamını kaybetmesi" hali, buradaki "mehil verilmesinin eser sahibinin menfaatlerini esaslı suretle tehlikeye düşürmesi" halinden farkı gözükmektedir.

⁶⁶⁶ ARSLANLI, s.195. Arslanlı, cayma sözcüğü kullanarak başladığı açıklamaları, rücu sözcüğüyle bitirmeyi tercih etmiştir.

⁶⁶⁷ Alm.ESHK md.41 f.2'ye göre, cayma hakkı lisans hakkının devrinden veya lisans hakkı tahsis edilmesinden iki yıl geçmedikçe kullanılamayacaktır. Eğer eser hakkın devrinden veya tahsis edilmesinden sonra teslim edilmişse, bu durumda süre teslim tarihinden itibaren başlayacaktır. Yayın hakkı bakımından ise, AYK md.9 f.1 de uyarınca hak tahsisi ancak teslimle gerçekleşeceğinden, süre hak tahsisiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. **LOEWENEIM/V.BECKER** § 16 Kn.45.

Gazetede çıkacak yayınlar bakımından süre üç ay olarak öngörülmüşken; dergide çıkacak yayınlar bakımından şöyle bir ayırım yapılmıştır: Aylık veya daha kısa süreli dergiler bakımından altı ay; diğer dergiler bakımından bir yıl geçmiş olmadıkça, cayma hakkı kullanılamayacaktır. Elbette, yedek hukuk kuralı niteliğindeki bu sürelerin taraflar arasındaki sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün olabilecektir. Kaldı ki, dürüstlük kuralı aracılığıyla, cayma hakkının kanunda belirtilen bu sürelerden önce kullanılması da mümkündür. Lisans hakkı sahibinin, eserden faydalanmama konusundaki kesin tutumu, yukarıda belirtilen süreleri beklemeye gerek kalmadan cayma hakkının işletilmesini meşru kılacaktır. **SCHRICKER**, § 41 Kn.19; **DREIER/SCHULZE**, § 41, Kn.24. Bu olasılıkta, önemli nedenlerden dolayı fesih kurumuna da atıf yapılmaktadır.

⁶⁶⁸ Bu sonuca, ifa imkansızlığına ilişkin AMK md.275 ve md.326 hükümlerinin uygulanmasıyla ulaşılmaktadır. Sürekli ifa imkansızlığına ilişkin olarak, iflas örnek olarak gösterilebilir. **SCHRICKER**, § 41, Kn.19.

5.Caymanın Hukuki Sonuçları

Cayma, yenilik doğuran bir hakkın icrası olarak ortaya çıkar⁶⁶⁹. Cayma beyanı, tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklamasıdır⁶⁷⁰. Cayma beyanının hükümlerini doğurabilmesi için, genel hükümler uyarınca karşı tarafa ulaşması gerektiği açıktır⁶⁷¹. Cayma hakkının şartlarının eksik olması halinde, cayma beyanı geçersiz addedilecektir⁶⁷². Cayma beyanı, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın geçerli; ispat meselesi nedeniyle en azından yazılı olması tavsiye edilmektedir⁶⁷³.

Birden fazla mali hakkın tahsis edildiği lisans sözleşmeleri bakımından hakların münferit bir şekilde kısmi caymaya konu olup olmayacağı meselesi tartışmasız değildir⁶⁷⁴. Birden fazla eserin sözleşme konusu olduğu durumda her bir eser bakımından cayma hakkının olacağı açıktır⁶⁷⁵. Birden fazla eserin varlığı durumunda, bunlardan sadece birinden hiç veya gereği gibi yararlanılmamışsa, yalnızca bu eser üzerindeki haklardan cayılabilir. Diğer eserler üzerindeki haklar, etkilenmemelidir⁶⁷⁶. Fakat yararlanılmayan eser olmaksızın diğer eserler için lisans verilmeyecek olduğu hususunda taraflar hemfikir sayılabiliyorsa, BK m.20/2 hükmüne kıyasen, tüm eserler bakımından cayma hakkı kullanılabilir.

Birlikte eser sahipliği (Miturheberschaft) durumunda, cayma, ancak tüm eser sahiplerince beyan edilebilir. Şarkı gibi, bağlı eserlerde⁶⁷⁷, her bir eser sahibi eser bakımından adi şirket ortağı olarak görülür. Ortaklığa ilişkin işlerin idaresinde, elbirliği (iştirak halinde) hak sahipliği asıl olduğundan her bir ortağın rızası aranır⁶⁷⁸.

⁶⁶⁹ V.GAMM, § 41, Kn.7.

⁶⁷⁰ DREIER/SCHULZE, § 41, Kn.2, 31.

⁶⁷¹ SCHRICKER, § 41, Kn.22. Beyanın, hüküm doğurabilmesi için karşı tarafa ulaşması gerekliliği, AMK md.130'un bir gereğidir.

⁶⁷² BGH GRUR 1986, s.613-Ligäa.

⁶⁷³ SCHRICKER, § 41, Kn.22.

⁶⁷⁴ Genel eğilim, kısmi cayma hakkının mümkün olabileceğini ifade eder. FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN, § 41, Kn.2; WANDTKE, § 41, Kn.3; BUDDE, s.28 vd.; DREIER/SCHULZE, § 41 Kn.10. Doktrinde, kısmi cayma hakkının sınırlı bir şekilde uygulanmasına taraftar olan görüş de mevcuttur. V.GAMM, § 41, Kn.12.

⁶⁷⁵ FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN, § 41, Kn.3.

⁶⁷⁶ BGH GRUR 1973, s.328/330- Musikverleger II.

⁶⁷⁷ Şarkının güftesi ve bestesi ayrı ayrı eser korumasına sahiptir.

⁶⁷⁸ Bu, AMK md. 709 f.1'in bir gereğidir. BK md.524 c.1'e göre, şirketin kararları bütün şeriklerin ittifakiyle ittihaz olunur."

O halde, cayma tüm ortakların birlikteliğiyle gerçekleştirilebilir⁶⁷⁹. Ortaklık bağının yokluğunda, her bir kişi cayma hakkını ayrıca kullanabilir⁶⁸⁰.

Bir eser üzerinde, birden fazla mali hak tanınmışsa, cayma hakkı her bir mali hak bakımından kullanılabilir ve hüküm ifade eder⁶⁸¹. Cayma hakkı, hukuka uygun bir şekilde kullanıldığında, hukuki işlemin geri kalan kısmının kaderi, kısmi butlan hükümlerine (BK m.20/2) kıyasen tayin edilecektir⁶⁸². Buna göre, mali hakları devralmış veya bu haklar üzerinde lisans hakkı elde etmiş olan kişi açısından, cayılan mali hak, sözleşme ilişkisine girmediği olmazsa olmaz unsur teşkil etmişse, bu durumda tahsis edilmiş geri kalan haklar bakımından da cayılmış sayılacaktır.

Cayma hakkının hüküm doğurmasıyla birlikte, ayrıca başka bir işleme gerek kalmadan, tahsis edilen lisans hakkı sona erer. Diğer deyişle cayma hakkı iade borcu doğurmaz, bozucu yenilik doğuran bir etkiyle lisans hakkını ortadan kaldırır. Böylelikle, eser sahibi, eser üzerindeki hakları kullanmakta katlanmakla yükümlü olduğu lisans haklarından kurtulmuş olacaktır⁶⁸³. Eser sahibince tahsis edilen lisans hakkı, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkını sınırlandırır, eksiltir. Lisans hakkının son bulmasıyla birlikte, eser sahibi eseri üzerinde ileriye etkili olarak, ex nunc, tam hakka kavuşur⁶⁸⁴. Tahsis edilen lisans hakkına temel teşkil eden borçlandırıcı sözleşmenin geçmişe yönelik olarak mı yoksa geleceğe yönelik olarak mı sona ereceği meselesi, hukuk güvenliği açısından ileriye yönelik sona erme tercihinin yapılmasına yol açmıştır⁶⁸⁵. Böylece, cayma hakkının kullanıldığı ana kadar lisans alanın eseri kullanması geçerli kalır ve bu şekilde elde ettiği menfaatler eser sahibine verilmesi gereken bir sebepsiz zenginleşme oluşturmaz.

C.Eser Sahibinin Değişen Kanaati Nedeniyle Cayma Hakkı

⁶⁷⁹ BGH GRUR 1973, s.328/329- Musikverleger.

⁶⁸⁰ DREIER/SCHULZE, § 41, Kn.33.

⁶⁸¹ SCHRICKER, § 41, Kn.23.

⁶⁸² SCHRICKER, § 41, Kn.23.

⁶⁸³ Alman hukukunda, eser sahibinin haklarının mutlak anlamda devrinin mümkün görülmemesi, sadece hakkın kullanımının devrine müsaade edilmesi durumu, ana-kız Mutter-Tochter metaforuna başvuru olarak da açıklanmaktadır. Eser sahibinin eser üzerindeki hakkı ana hak olarak nitelendirilip, bu haktan doğan, türetilen ve başkası tarafından yararlanılan haklarsa kız çocuğu metaforuyla somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bkz. SCHRICKER, § 41, Kn.24.

⁶⁸⁴ SCHRICKER, § 41, Kn.22; WANDTKE, § 41, Kn.28; BUDDE, s.89.

⁶⁸⁵ SCHRICKER, § 41, Kn.24.

Eser sahibine değişen kanaati nedeniyle tanınan cayma hakkı, eser sahibinin kişisel ve düşünsel menfaatlerinin tatmin edilmesine hizmet eder⁶⁸⁶.

FSEK'te, eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkı düzenlenmemiştir. İsviçre Hukukunda, kanunda öngörülmemiş değişen kanaat nedeniyle cayma hakkının genel kişilik haklarından hareketle varedilmeye çalışılması, Türk Hukuku bakımından da takip edilmeye değer bir çabadır. İsviçre Hukukunda, eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğunu öngören İsv.ESHK md.16 f.1 hükmünün⁶⁸⁷ varlığı karşısında, eser sahibinin isteğine göre işleyecek bir cayma hakkına kaynaklık edecek bir hükmü İsv.ESHK'da bulmak mümkün değildir. Ancak, değişen kanaat nedeniyle cayma hakkı, İsviçre Hukukunda, doktrin tarafından arzu edilen bir düzenlemedir. Değişen kanaat nedeniyle cayma hakkı sıklıkla genel kişilik haklarına veya sözleşmeler hukukuna ait kurumlara yapılan atıflarla temellendirilmektedir⁶⁸⁸. Bu konuda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması –clausula rebus sic stantibus-kavramının ağır koşulları nedeniyle borçlar hukuksal araçlardan çok, genel kişilik hukuku hükümlerine başvurmak, Alm.ESHK md.42 ile ulaşılmak istenen amaca ulaştırmada kolaylık sağlayacaktır. İsv. ESHK'da, cayma hakkına ilişkin spesifik bir manevi hak normu olmamasına rağmen, İsv.ESHK md.11 f.2 hükmünden yararlanmak mümkündür. Bu hüküm, eser sahibinin İsv.ESHK md. 16'da kendisine tanınmış haklarını devretmesinde aşırıya gitmesi durumunda, eser sahibini kendisine karşı koruyan bir hüküm işlevi görmektedir. Eser sahibinin tasarruf özgürlüğü, bu hüküm kanalıyla dengelenmiş olmaktadır. İsv. ESHK md.11 f.2 hükmüne göre, üçüncü kişi yasal veya sözleşmeye dayalı olarak eseri değiştirmeye veya işlemeye yetkili olsa bile, eser sahibi eser üzerinde kişiliğine zarar veren bozmaları engelleme

⁶⁸⁶ Alm. ESHK md. 42 f.2'de, eser sahibine tanınmış olan, artık düşünceleriyle uyuşmayan ve bu yüzden kullanılması kendisi açısından katlanılamaz olan eseri, tekrar kendi hakimiyet alanına dahil etme imkanı, eser sahibinin manevi hakkının değişik bir şekilde ifade edilmiş halidir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.14.

⁶⁸⁷ Eser sahibinin haklarını devredilebilir olduğunu kabul eden sistemle, eser sahibinin haklarının kendisinin değil ancak kullanımının devrini kabul eden düzenlemeler, eser sahibiyle eser arasındaki bağa farklı bir önem atfedebilirler. İsviçre Hukukunda, eser sahibinin haklarının devredilebilir olması demek, eser sahibinin devir işlemiyle eseriyle olan manevi bağı koparır anlamında anlaşılmaz. Kuşkusuz manevi bağın varlığı devam eder. İsv. ESHK'da eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğu ilkesinin varlığına karşın, Alman Hukukunda eser sahibinin haklarının devredilmezliği – ancak kullanımının devredilebilirliği- ilkesinin varlığı, ister istemez Alman Hukukunda eser sahibiyle eseri arasındaki manevi bağın daha sıkı olduğunu ima eder. Dolayısıyla, İsviçre Hukukunda eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkına İsv.ESHK sınırlarında bir gerekçe bulmak güçleşir.

⁶⁸⁸ **BARRELET/EGLOFF**, URG 9 Kn.5 ve URG 16 Kn.17; **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht,Kn.159; **CHERPILLOD**, Verhältnis zu anderen Gesetzen, SIWR II/1, Basel 2006, s.35.

hakkına sahiptir. Eser sahibinin tasarruf özgürlüğünde aşırıya gitmesi durumunda uygulama alanı bulan ve temelinde genel kişilik hukuku bulunan bu hüküm, eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkı bakımından da uygulama alanı bulabilir⁶⁸⁹. Eser sahibinin yaptığı hukuki işlemler, eser sahibinin genel kişilik hukukundan kaynaklanan haklarını, konumunu etkilemez.

FSEK md. 16 f.4'de ,eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasına izin verme hakkının sınırlarından biri olarak eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmesi öngörülmüştür. İsv.ESHK da, eser üzerinde değişiklik yapılmasının sınırı kişiliğe zarar verme ile tayin edilmişken; Türk Hukukunda şeref ve itibarın zedelenmesi kavramı tercih edilmiştir. Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkının kanunda düzenlenmediği her iki hukuk bakımından, manevi haklarla genel kişilik hakları arasındaki sıkı bağlantı, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkına ilişkin düzenlemelerde -İsv.ESHK md.11 f.2, Türk FSEK md.16.f.4-kendini daha da belli etmektedir. Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle, artık eserinin bir başkası tarafından kullanılmasına katlanamaması halinde cayma hakkı, genel kişilik hukukundan hareketle kendisine tanınabilir. Ancak, bu noktada, her iki kanunda kullanılan terminoloji farklılığı bir itirazın dayanağını teşkil edebilir. İsviçre Hukukunda, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasına izin verme hakkının sınırı olarak, eser üzerindeki değişikliğin kişiliğini zedeleyecek bir bozma halini alması gösterilirken, Türk Hukukunda kişilik değil, şeref ve itibar kelimeleri tercih edilmiştir. Eser sahibinin, değişen kanaati nedeniyle bir başkası tarafından kullanılmasına katlanamaması hali, geniş bir kavram olan kişiliğini zedeleyen bir hal alabileceken, özel olarak şeref ve itibarını zedeleyecek dereceye ulaşamayabilecektir. Başka bir itiraz noktası, kanunda öngörülmeleyen bir manevi hakkın yaratılması olabilir. Bu itiraz, iki şekilde aşılabılır. Birinci olarak, eser sahibine değişen kanaati nedeniyle tanınacak cayma hakkı kaynağını genel kişilik hukuku hükümlerinde bulacağından, eser sahibine tanınan cayma hakkı manevi hak olarak nitelendirilmeyebilir. İkinci olarak, bu konuda bir kanun boşluğunun olduğu kabul edilip, hakim in hukuk yaratmasıyla -İMK md. 1f.2 ve TMK md.1 f.2- bu boşluğun tamamlanacağı savunulabilir.

⁶⁸⁹ HILTY,Reto M., Urhebervertragsrecht: Schweiz im Zugzwang, Sonderdruck aus Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI, Heft 59: Urheberrecht am Scheideweg,HILTY/BERGER (Hrsg.) Stämpfli Verlag, Bern 2002, s.115.

Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkının kullanma bakımından, diğer tarafa tanınmış lisans hakkının niteliği; lisansın basit veya münhasır olması, önem taşımaz⁶⁹⁰.

Eser sahibi, cayma hakkından yararlanabilmek için kanaatindeki değişikliği açıklamak zorundadır. İspat yükü, eser sahibi üzerindedir. Çünkü, içsel bir olgu, sözkonusudur. Buna rağmen, eser sahibi nadiren ispat zorluğuyla karşılaşacaktır. Eser sahibinin değiştiiğini iddia ettiği kanaatinin aksini ispat etmek nerdeyse imkansız olacaktır. Kanaat kavramı⁶⁹¹, eser sahibinin sanatsal görüşlerini kapsayacak şekilde, geniş yorumlanmalıdır. Eser sahibinin sadece bilimsel, dinsel veya siyasi görüşlerindeki değişim değil, sanatsal üslubundaki değişim de, kanaat değişimi-dönüşümü (überzeugungswandel) kapsamında deęerlendirilmelidir⁶⁹². Eser sahibinin olası kaprislerine karşı lisans hakkı sahibini korumak amacıyla, cayma hakkının kullanılmasını çekilmezlik-katlanılmazlık şartının da gerçekleşmiş olmasına bağlamak doğru olur. Eserin kullanılmaya devam edilmesi, eser sahibi açısından katlanılmaz bir durum yaratmalıdır. Başka bir deyişle, cayma hakkının kullanılmasında eser sahibinin, eseri yeniden kendi hakimiyet alanına dahil etme menfaatinin, lisans hakkı sahibinin eseri kullanma menfaatine üstün gelmesi aranacaktır⁶⁹³. Yasada açık hüküm yok iken kişilik haklarından sözederek eser sahibinin sanat anlayışının değişmesi gibi sübjektif bir gerekçe ile cayma hakkı

⁶⁹⁰ Eser sahibi, Alm. ESHK md 42' nin yanısıra, Alman Yayın Kanunu –AYK- md. 12, md.17, md.35 ve md.45, AMK md. 323 ve md.326 veya önemli nedenlerden ötürü fesih gibi genel hükümler yoluyla da eserini tekrar kendi hakimiyet alanına dahil etme imkanına sahiptir. Eser sahibinin yukarıda sayılan hükümlerden yararlanma imkanı, Alm. ESHK md. 42 f. 5'in yollamasıyla md. 41 f. 7 hükmünce tanınmıştır. Ayrıca eser sahibi, Alm.ESHK md. 13 c.2 (namensnennungsverbot) hükmünden de istifade edebilir. Alm. ESHK md. 90 ise, film alanında, eser sahibinin cayma hakkını sınırlayan bir hüküm olarak işlev görür. **METZGER**, Das Droit Moral, s.15. Eser sahibinin, kendi düşüncelerini yansıtmadığı bir eser üzerinde artık isminin kullanılmasını yasaklaması, cayma hakkını kullanmasıyla elde edeceği sonuca ulaşmasını sağlayabilir.

⁶⁹¹ Alman hukukunda, "Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung" olarak geçen kavram, doktrinde "değişen kanaat nedeniyle cayma hakkı"şeklinde kullanılmagelmıştır. Überzeugung, sözcüğünün karşılığı olarak "inanç, kanı, düşünce, kanaat" gibi kelimelerden "kanaat" in seçilip, zaman içinde Türk doktrininde yerleşmiş olması nedeniyle, çalışmamızda bu kavramı kullanmayı tercih ediyoruz.

⁶⁹² **METZGER**, Das Droit Moral, s.15. Ancak, doktrinde, eser sahibinin, sanatsal üslubundaki değişimi bahane ederek cayma hakkını kullanmasına eleştirel sesler yükselir. Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkının kapsamı bu denli genişletilmemelidir. Bkz. **VON GAMM** § 42, Kn.5, **SCHULZE**, Gernot, Meine Rechte als Urheber, 3.Auflage, München 1998, s.76; **SCHRICKER**, Gerhard, Verlagsrecht, Kommentar, 3.Auflage, München 2001, § 35, Kn. 27.

⁶⁹³ **METZGER**, Das Droit Moral, s.15. Nitekim, Alm.ESHK md.42, menfaatlerin dengelenmesi ilkesi ışığında, eserden yararlanan kişiyi de gözeterek, eser sahibi açısından katlanılmazlık şartını getirmiştir.

tanınması eleştiriye açık olsa da, FSEK md.14 f.3'ün eser sahibinin değişen kanaat dolayısıyla cayma hakkına bir kapı araladığı da gözden uzak tutulmamalıdır. FSEK md.14 f.3'de geçen “eserin umuma arz edilmesi... sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması ve yayınlanmasını menedebilir”. Hükümde geçen “yazılı izin” ifadesinin lisans sözleşmesini de kapsadığı ve yine hükümde yer alan “menetme”nin sözleşmeden cayma olarak yorumlanabileceğini savunmak mümkündür. Bu noktada değişen kanaat kavramının subjektif bir ölçüt olduğu son derece doğru olsa da, şeref ve itibar kavramlarının da keskin hatlara sahip olmayan kurumlar olduğunu hatırlatmak yerinde olur. Başka bir deyişle, bir kişinin dolayısıyla eser sahibinin artık arzu etmediği işleriyle; eserleriyle kamu tarafından erişilebilir olması bu kişinin, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek bir düzeye gelebilir.

Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkını kullanmasının etki doğurması, lisans hakkı sahibinin uygun bir şekilde zararının karşılanmasına bağlıdır⁶⁹⁴. Karşılanacak zarar, en azından cayma hakkının kullanılmasına kadar yapılmış olan masrafları kapsayacaktır⁶⁹⁵. Eser sahibinin, lisans hakkı sahibinin zararını karşılanması yükümlülüğüne bağlanmış hak kullanımı, İsviçre Hukukunda, İBK md.377'de eser sözleşmesinden dönme durumunda karşı tarafın zararını karşılamasına benzetilmiştir⁶⁹⁶. Bu hükmün değerlendirme biçimi, lisans sözleşmesi

⁶⁹⁴ Bu şart nedeniyle, Alm.ESHK md. 42 den kaynaklanan cayma hakkının uygulamada çok kullanılmadığı ifade edilmektedir. **METZGER**, s.15. Gerçekten de, Alm. ESHK md. 42 mahreçli içtihatlar yok denecek kadar azdır. Alman Federal Mahkemesinin “Dissertationsexemplare” kararında, Alm.ESHK md.42 hükmünün somut olaya uygulanamayacağı tesbit edilmiştir. Doktora tezini teslim etmiş ve tüm doktora sınavlarını geçmiş bir öğrenci, 42. maddeye dayanarak, üniversiteye teslim edilmiş 140 adet tez nüshasının kendisine tekrar verilmesini talep etmiştir. Davalı, talebini Max Reinhardt hakkında yazmış olduğu eserindeki düşüncelerinin aradan geçen zaman içinde değişmesine dayandırmıştır. OLG, davalının talebini Alm.ESHK md.17 ‘ye, yayma hakkının tükenmesine dayanarak, reddetmiştir.

⁶⁹⁵ **METZGER**, Das Droit Moral, s.15,16.

⁶⁹⁶ **HILTY**, Urhebervertragsrecht, s.114. Lisans hakkı sahibinin zararının giderilmesine ilişkin hükümlerle benzerlik kurulan İBK md.377, Türk Borçlar Kanununun 369.maddesine denk düşmektedir. BK md.369’a göre, “yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baligan mabelâğ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir.” Yazarın, eser sahibinin değişen kanaati dolayısıyla cayma hakkını, istisna sözleşmelerine ilişkin olarak düzenlenmiş iş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkıyla benzerlik kurması, özellikle “keyfilik” unsuru bakımından dikkate değerdir. Eser sahibine, değişen kanaatini bahane ederek sözleşmeden cayma hakkı tanınması keyfi sonuçlara yol açabilecektir. İş sahibinin tazminat karşılığında, hiçbir özel koşul yerine getirmeksizin ve hiçbir objektif sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshedebilmesi, eser sahibinin objektif bir sebep göstermeksizin sadece değişen kanaatini gerekçe kılarak cayma hakkına sahip olmasına benzer. Doktrinde Öz, BK md.369 hükmündeki fesih hakkını

gibi uzun süreli borç ilişkilerine İMK md.1 f.2 kanalıyla hakim hukuk yaratması neticesinde uygulama alanı bulabilecektir. Hüküm, lisans sözleşmelerine uygulanmasında, daima menfaatlerin dengelenmesi ilkesi akılda tutulmalıdır. Çünkü, lisans sözleşmesinin bir tarafı olarak eser sahibi, sözleşmeye adeta değişen ruh hali, kaptisleri nedeniyle son veriyor gözükmektedir. Ancak, bu tür bakış açısının, eser sahibini iki özel durumda, sürekli bir şekilde sözleşmeyle bağlı olmasına karşı korumak isteyen Alman Kanunkoyucunun niyetiyle örtüşmediği de savunulabilir. Her ne kadar, Alm.ESHK md.42 uygun bir tazminatdan bahsetmiş olsa da, hükümün sözleşme ilişkisinin sürdürülmesinde eser sahibi açısından aradığı katlanılmazlık ölçütü eser sahibinin içsel durumunun lisans hakkı sahibinin menfaati karşısında öncelik kazandığının bir delilidir⁶⁹⁷.

Cayma hakkının etki doğurmasıyla, lisans hakkı sahibinin sözkonusu hakkı ortadan kalkar. Lisans hakkı sahibine tanınmış eserden yararlanma hakkının eski sahibine intikali⁶⁹⁸ (heimfall), daha önce açıkladığımız üzere, ex-nunc (geleceğe yönelik) bir etkiye sahiptir⁶⁹⁹. Cayma hakkının kullanılmasıyla, yararlanma hakkı sahibi artık, hakimiyetindeki eserleri cayma hakkından yoksun kalır. Stoklarda bulunan mallar ise, eser sahibinin zarar karşılama yükümlülüğü bakımından bir anlam taşır⁷⁰⁰.

FSEK md.58 f.5'e göre, cayma hakkından önceden vazgeçme hukuka uygun değildir⁷⁰¹. Her ne kadar, hüküm eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkını ele almasa da, cayma hakkından feragat ilişkin bu sonucun, şayet varlığı

“diğer sözleşmeden dönme hallerinden farklı olarak, eserin tamamlanmamış olması ve bildirimde bulunulması dışında hiçbir özel koşul aranmaksızın, iş sahibinin adeta keyfi şekilde kullanabileceği bir hak” olarak tanımlar. Bkz. **ÖZ**, s.138

⁶⁹⁷ **HILTY**, Urhebervertragsrecht, s.114.

⁶⁹⁸ Doktrinde, cayma hakkının kullanılıp, etki doğurmasıyla eser sahibinin tahsis ettiği hakların, tekrar eser sahibinin hakimiyet alanına girmesi “heimfall” sözcüğüyle betimlenir. Böylece, eser ile eser sahibi arasındaki ilişkiyi özellikle isim hakkı bakımından, “babalık –paternite” metaforuyla açıklama girişimine paralel olarak, eser sahibinin, lisans hakkı sahibine tahsis etmiş olduğu haklar, babaevine dönmüş olur.

⁶⁹⁹ **METZGER**, Das Droit Moral, s.16.

⁷⁰⁰ **METZGER**, Das Droit Moral, s.16, dn.81. Cayma hakkını kullanan eser sahibi, lisans hakkı sahibinin zararlarını, Alm.ESHK md. 42 f. 3 uyarınca karşılamak yükümlülüğündedir.

⁷⁰¹ Alm. ESHK md. 42 f. 3'ün açık ifadesi karşısından cayma hakkından önceden feragat etmek mümkün değildir. Cayma hakkının, eser sahibinin hukuki halefleri tarafından kullanılması, Alm.ESHK md. 42 f.1 c.2 uyarınca, ağırlaşmış koşullara bağlanmıştır. Alm.ESHK md.42'den kaynaklanan cayma hakkı kapsamında, yalnızca eser sahibinin düşünce değişiminin dikkate alınacağı hatırdan çıkarılmamalıdır. Hukuki haleflerin görüşlerine ters düşen eserlerin, maddenin uygulama alanı dışında kaldığı açıktır. **METZGER**, Das Droit Moral, s.16.

kabul edilirse, “değişen kanaat dolayısıyla cayma hakkı” bakımından da geçerli olması gerekir.

D.Teşebbüsün El Değiştirmesi Halinde Eser Sahibinin Cayma Hakkı

FSEK md.58’de, cayma hakkına neden olabilecek durumlar, mali hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin hak ve yetkilerinden gereği gibi faydalanmaması olarak belirlenmiştir. Eser sahibinin mali haklarını devretmiş olduğu veya ruhsat verdiği bir teşebbüsün bir başka teşebbüsle birleşmesi durumunda, eser sahibinin cayma hakkı FSEK md.58’in uygulama alanının dışına düşer.

FSEK md.49 uyarınca, eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir⁷⁰². Eser sahibi veya mirasçılarının devren iktisaba muvafakat etmelerine gerek duyulmayan durumlar da vardır. Doktrinde, külli halefiyet durumlarında, eser sahibinin veya mirasçılarının muvafakatlarına ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmiştir⁷⁰³. O halde, bir işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devredilmesi veya başka bir işletmeyle birleşmesi halinde BK md.179 ve md.180 hükümleri uyarınca mali hak veya ruhsat da, muvafakat alınmadan devredilmiş olacaktır.

FSEK md.49, külli intikal değil cüzi intikal durumlarını kapsar. Eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak iktisap etmiş olan kimsenin ölümü halinde, ölen kişinin malvarlığına dahil olan bu haklar mirasçılara intikal eder. Başka bir deyişle, mali hak sahibinin ölümü halinde sahip olunan hak eser sahibine veya onun mirasçılara avdet etmez. Bu yoruma, FSEK md.59 ışığında varılır. FSEK md.59’ın birinci fıkrasının ilk cümlesine göre, eser sahibi veya mirasçılarını mali bir hakkı muayyen bir gaye için yahut muayyen bir süre için devretmişlerse gayenin ortadan kalkması veya sürenin geçmesiyle ilgili hak, sahibine avdet eder. Hükmün devamında, “başkasına devrine sözleşmede müsaade edilmemiş olan mali bir hakkı iktisap eden kimsenin ölümü yahut iflası halinde” fıkranın ilk cümlesinin geçerli olmadığı belirtilir. Demek

⁷⁰² Alm. ESHK md.35 f.1 c.1’de münhasır lisans hakkı sahibinin, lisans hakkı tahsis etmesi eser sahibinin iznine bağlı kılınmıştır.

⁷⁰³ ARSLANLI, s.185; EREL, s.271.

ki, mali hakkı devralmış bulunan kişinin ölümü halinde, devralınmış olan hak ölen kişinin mirasçılara intikal eder. Yoksa, devralanın ölümü, devralınan mali hakkı, devredene geri döndürmez. Ancak, işin mahiyeti gereği, hakkın kullanılması iktisap edenin şahsına bağlıysa bu takdirde, iktisap edenin ölümüyle hak, eser sahibine veya mirasçılara geri döner. Kanun bu durumu, fıkranın son cümlesiyle ortaya koymuştur: “Meğer ki, işin mahiyeti icabı, hakkın kullanılması , iktisap edenin şahsına bağlı bulunsun.” O halde, devir sözleşmesinin kurulmasında, devralan şahsın varlığı önemliyse, bu şahsın ölümü sözleşmeyi sona erdirecek ve mali hak FSEK md.59 gereği, ipso iure, eser sahibine veya mirasçılara intikal edecektir. Eser sahipleri veya mirasçıları, mali hakkı devralmış kişinin mirasçılara bu hakkı geçirmek istiyorlarsa, yeniden devir sözleşmesi yapmak durumundadırlar; yazılı muvafakatle hakkın mirasçılarda kalmalarını sağlayamazlar. Çünkü, ortada muvafakat edilecek bir sözleşme kalmamıştır.

Eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarını devralmış teşebbüsün başka bir teşebbüsle birleşmesi⁷⁰⁴ durumunda, mali haklar doğrudan yeni teşebbüse intikal edecektir. Külli intikal prensibinin gereğidir bu. Eser sahibi, mali haklarına ilişkin devir sözleşmesinin kurulmasında ilgili teşebbüsün varlığının önemli olduğunu ileri sürüp, FSEK md.59’un uygulamasını talep edebilecek midir? FSEK md.59 uyarınca, işin mahiyeti icabı, hakkın kullanılması, iktisap edenin şahsına bağlı bulunuyorsa ve

⁷⁰⁴ Birleşme bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanması şeklinde tanımlanır. Birleşme, “yeni kuruluş” veya “devralma” şeklinde gerçekleşir. “Yeni kuruluş”ta birden çok ticaret ortaklığı, birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı oluştururlar. “Devralma”da ise, birinci ortaklık, bünyesinde birleşme gerçekleşecek olandır. İkinci ise iltihak edecek ortaklıktır. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8.bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.106 vd. “Devralma” da, eser sahibinin hakları bakımından önem taşıyan husus, mali haklarının devralınacak, iltihak edecek ortaklıkta bulunmasıdır. Mali hakların devralacak ortaklıkta bulunması, kural olarak eser sahibinin katılan ortaklığın varlığını bahane ederek, cayma hakkını harekete geçirecek bir neden olarak görülmemelidir. Teşebbüs (unternehmen) kavramının, ortaklık (gesellschaft) kavramından daha geniş olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır. Bu anlamda, teşebbüs kavramı, adi ortaklık ve ticari ortaklıklarını da içine alan bir kavramdır. Elbette yayıncılık sektöründe, rastlanılan teşebbüs türü,limited ortaklık veya anonim ortaklık gibi ortaklık türleridir.

Teşebbüs kavramının, ne denli geniş bir kavram olduğunu anlamak için sözkonusu kavrama, özellikle rekabet hukukunda verilen anlamı bakmak faydalı olabilir. “Teşebbüs” mal veya hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da pazarlanmasına aracılık veya danışmanlık eden bütün gerçek veya tüzel kişilerle, tüzel kişiliği olmayan bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimlerdir. Teşebbüsün, özel ya da kamu hukukuna tabi olması, kar amacı güdüp gütmemesi, ideal gayeli veya destekleme ve kollama ya da işçi/işvereni koruma amaçlı olup olmaması önem taşımaz. Görülüyor ki, teşebbüs, TK anlamında ticari işletmeden farklıdır. **TEKİNALP/TEKİNALP**, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s.334.

bu şahıs ölmüşse hak eser sahibine geri dönecektir. Hüküm, gerçek kişiler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, mali hakkı devralmış teşebbüsün başka bir teşebbüsle birleşmesi halinde, eser sahibi sırf birleşme nedeniyle devretmiş olduğu hakların kendine döndüğünü iddia edemeyecektir. Ancak birleşme sonrasında, teşebbüsün uygulamaları eser sahibini rahatsız ediyor ve bu durum eser sahibi açısından katlanılmaz bir durum yaratıyorsa, bu takdirde sözleşme ilişkisine son vermek mümkün olacaktır. Böyle bir durumda, akla gelen ilk çözüm genel hükümler aracılığıyla “haklı nedenle fesih” imkanıdır. FSEK’te, teşebbüs birleşmeleri halinde eser sahibinin cayma hakkına ilişkin bir düzenleme olmadığından, eser sahibine ancak haklı nedenle fesih imkanını kullanmak doğru olur. Zorlama bir yorumla, yeni teşebbüsün yayın politikalarının –ispatlanması şartıyla- eser sahibinin şeref ve itibarını zedelediğinden hareketle, FSEK md.14 f.3’den yararlanma imkanı önerilebilir.

Lisans hakkı sahibinin hakkını hiç veya gereği gibi kullanmamasından rahatsız olan veya geçmişinde savunduğu ve takip ettiği fikirlerden cayıp, eserindeki kanaatlerinin artık yayılmasını istemeyen eser sahibine tanınan cayma hakkı gerekçelerinin yanına, bir de lisans hakkını kullanacak kişide değişiklik de eklenmiştir. Alman Hukukunda kanuni norma bağlanmış bu cayma gerekçesi, sözleşmenin tarafında değişiklik şeklinde formüle edilebilecek kadar geniş kapsamlı değildir; cayma nedeni “teşebbüs birleşmeleri veya teşebbüsteki pay sahiplerinin değişmesine” odaklanır. Bunlar dışında kalan cayma nedenleri, genel hükümler kanalıyla türetilebilir. Örneğin, kişinin şahsı dikkate alınarak yapılmış bir lisans sözleşmesinde, ilgili şahsın sözleşme veya hak devriyle ortadan çekilmesi, eser sahibine tarafından fikir ve sanat eserleri düzenlemelerinde tanınmış bir cayma hakkı vermez.

Alman Hukukunda, teşebbüs birleşmeleri durumunda eser sahibinin konumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Lisans hakkına sahip bir teşebbüsün tamamen veya kısmen devrinde eserden yararlanma hakkının intikali için, eser sahibinin onayı aranmaz. Bununla beraber, teşebbüsün yeni malikince lisans hakkına konu olan hakların kullanılması, eser sahibi açısından dürüstlük kuralı uyarınca katlanılmaz bir hal alıyorsa, eser sahibi Alm.ESHK md.34. f.3 c.2 uyarınca tahsis etmiş olduğu hakları, geri alabilir. Aynı şekilde, Alm.ESHK md. 34 f.3 c.3 uyarınca, lisans hakkı

sahibinin teşebbüsteki katılma payı önemli ölçüde bir değişiklik meydana gelmişse de cayma hakkı uygulama alanı bulur⁷⁰⁵.

Fakat bu düzenleme bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Getirilen bu düzenlemeyle, ünlü bir eser sahibince kendisine lisans hakkı tanınmış ve bu yönüyle ün kazanmış bir yayınevinin işletme değerinin azalabileceği, çünkü alıcının eser sahibinin cayma rizikosunu üstlenmeyeceği ifade edilmistir. Öte yandan, cayma hakkının kullanılmasının katlanılabilirlik ve dürüstlük kuralı gibi tam da içeriği belli olmayan hukuk kavramlarına bağlı kılınmasının hukuk güvenliğini örseleyeceği vurgulanmıştır⁷⁰⁶.

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre, teşebbüsün satımı halinde doğan cayma hakkı, önemli nedenlerden dolayı fesih (kündigung) olarak değerlendirilir⁷⁰⁷. Buna karşılık, önemli nedenlerden dolayı fesihte, lisans haklarının geri devredilmesi bakımından borçlandırıcı bir talebin doğduğu ifade edilir. Oysa, Alm. ESHK md. 34 f.3 c.2’de, eser sahibine, devretmiş olduğu lisans hakkını doğrudan mutlak etkili olarak geri kazanabilme imkanı tanındığı vurgulanmıştır⁷⁰⁸. Bu hükümle, Alm. ESHK md.41 ve md.42’deki cayma hakkının yanına yeni bir cayma hakkının daha katıldığı açıktır. Cayma hakkı, önemli nedenlerden kaynaklanan bir fesih olarak değil, sözleşmeyi çözücü sui generis bir irade açıklaması olarak ve eser sahibinin manevi haklarının etkisinde kalan bir hak olarak değerlendirilmelidir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Eser sahibinin, lisans hakkı tanıdığı teşebbüsün satılması durumunda ortaya çıkan böyle bir cayma hakkı 2002 yılındaki yasa değişikliğine kadar, Alman Eser Sahipliği Kanununda düzenlenmemiştir.

⁷⁰⁶ **KOCH-SEMBDNER** Richard, Das Rückrufsrecht des Urhebers bei Unternehmensveräußerungen V&R unipress Göttingen 2004, s.20.

⁷⁰⁷ **HAAS**, Lothar, Das neue Urhebervertragsrecht, München 2002, Kn.107; **PARTSCH**, Christoph/**REICH**, Änderungen im Unternehmenskaufvertragsrecht durch die Urhebervertragsrechtsreform, NJW 2002, s.3287 vd.. Hükümet tasarısı da, burada sözkonusu olan cayma hakkını, önemli nedenden dolayı fesih olarak değerlendirmiştir. Tasarı için Bkz. **HUCKO**, Elmar, Das neue Urhebervertragsrecht, Halle 2002.

⁷⁰⁸ **VON GAMM**, § 34, Kn.79; bununla beraber Alman Yayın Kanununun 9. maddesine dikkat edilmesi gerektiği ifade edilir.

⁷⁰⁹ **KOCH-SEMBDNER**, s.96; **ULMER**, s.375; **FROMM/NORDEMANN**, & 41, Kn.1; **NORDEMANN**, Urhebervertragsrecht, s.110; diğer hükümlerden farklılığı bakımından **SCHRICKER**, § 41, Kn.12; eser sahibinin manevi hakkı karakteriyle ilgili olarak **SCHRICKER/DIETZ**, § 42, Kn.1.

Sürekli borç ilişkilerinin feshinde genel bir norm olan AMK md.314'de yer alan kriterlerin, cayma hakkı için de kullanılabilmesini savunanlar vardır⁷¹⁰. Bu görüşe karşı, bu hükmün uygulama alanı bulmayacağını savunanlara göre, aksi bir yorumun kabulü halinde Alm. ESHK md. 34 f.3 c.2'nin, gereksiz bir düzenleme olarak yasada yer almış sayılacaktır. Kaldı ki, bu maddenin getirdiği cayma koşulları AMK md.314'ün aradığı koşullara oranla daha hafiftir⁷¹¹. Bu doğrultuda, cayma hakkı AMK md. 314'ün alt kategorisi olarak, özel bir düzenleme olarak görülmelidir⁷¹². Her iki hükmün kullandığı ifade biçimlerine bakılarak bu düşünceyi haklı çıkarmak zor değildir⁷¹³.

Alm. ESHK md.34 f.3 hükmü cayma hakkının kullanılmasında süreye ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Doktrinde, cayma hakkının kullanılma süresi bakımından iki farklı çözüm teklif edilmiştir⁷¹⁴. Bir görüş, AMK md.314 f.3'ün dikkate alınabileceğini teklif etmiş ve bu doğrultuda eser sahibinin cayma hakkını doğuran olayı öğrenmesinden sonra, makul bir süre içinde hakkını kullanacağı savunulmuştur⁷¹⁵. Hangi sürenin makul süre olarak kabul göreceği noktasında her olaydan olaya değişik sonuçlara varmak mümkün olacaktır. Fakat her ihtimalde, bu sürenin en çok iki ay olacağı ifade edilmektedir. Cayma hakkı, AMK md.314'ün özel bir hali olmadığından, AMK md. 314 f.3 burada uygulama alanı bulmayacaktır. Diğer görüşse, AMK md.613a'dan hareketle, eser sahibinin teşebbüsteki değişikliği öğrenmesinden itibaren bir ay içinde cayma hakkını kullanması gerektiğini savunmaktadır⁷¹⁶.

⁷¹⁰ HAAS, Kn.109; PARTSCH/REICH, NJW 2002, s.3287. 1 Ocak 2002 tarihli Borçlar Hukukunu Modernize Eden Reformdan itibaren AMK md.314 (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) sürekli borç ilişkileri bakımından, genel norm olmuştur.

⁷¹¹ KOCH-SEMBDNER, s.97.

⁷¹² KOCH-SEMBDNER, s.97. Sonuç olarak aynı fikirde WANDTKE/BULLINGER, &34, Kn.23. Önemli nedenlerden dolayı feshin eser sahibi için zayıf bir imkan olarak durduğunu ifade etmektedir.

⁷¹³ AMK md.314 f.1 c.2, açıkça her iki tarafın karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesinden (Abwägung der beiderseitigen Interessen) söz ederken, Alm. ESHK md. 34 f.3 c.2 sözleşmenin devamına yönelik olarak, bir taraf bakımından katlanılmazlık şartını aramasıyla farklılık arz etmektedir. KOCH-SEMBDNER, s.99.

⁷¹⁴ Bkz. AMK md.314 f.3 ve AMK md.613a hükümleri.

⁷¹⁵ HAAS, Kn.112.

⁷¹⁶ KOCH-SEMBDNER, s.101, 102.

Öte yandan, AMK 626 f.2'deki (Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund) iki haftalık süre ise kısalığı nedeniyle, cayma hakkının kullanılma süresinin tesbitinde belirleyici bir rol oynamayacaktır. Koch, s.102; dn.342: PALANDT/HEINRICH, & 314, Kn.10; Önemli nedenlerden dolayı yayın sözleşmesinden dönülmesinde, AMK md.626 f.2 hükmünün uygulanabilirliği, Alman Federal Mahkemesinin bir kararında açıkça reddedilmiştir. Bu olayda, Alm.

Cayma hakkı, diğer nedenlere dayalı cayma hakkında olduğu gibi, cayma açıklamasının, lisans hakkı sahibine varmasıyla hüküm doğuracaktır. Cayma bildirimının varmasıyla birlikte yararlanma hakkı son bulacaktır. Bu durum, yararlanma hakkının (nutzungsrecht) eser sahibine geri dönmesi, hatta yuvaya dönüşü (heimfall des nutzungsrechtes) ifadeleriyle de betimlenmektedir⁷¹⁷. Eser ile eser sahipliği arasındaki ilişkiyi kimi zaman çocuk-baba metaforuyla da açıklayan bir anlayışın mecâzı devam ettirmek bakımından yuvaya dönüş kelimesini tercih etmesi şaşırtıcı değildir. Bu noktada haklı olarak, lisans hakkının yuvaya (geriye) dönmesi ifadesinin yerindeliği tartışılabilir. Zira eser sahibinin sahip olup da başkasına devrettiği bir lisans hakkı olmayıp, eser sahibinin fikri hakkının verdiği yetki ile başkasında tesis ettiği bir lisans hakkının olduğu vurgulanabilir. Bu bakımdan, lisans hakkı geri dönmekte, sona ermektedir⁷¹⁸.

Eser sahibinin tahsis ettiği haklardan gereği gibi yararlanılmaması veya değişen kanaati dolayısıyla cayma hakkının kullanılmasında, eser sahibinin karşı tarafın zararlarını karşılama yükümlülüğünün olması, Alm. ESHK md.34 f.3 hükmünde de buna benzer bir düzenlemeyi aramayı haklı kılar gibi görünse de, hükümlerin ele aldığı durumların farklılığı gözönünde bulundurulduğunda, değişik bir sonuca varılması şaşırtıcı olmamalıdır. Alm. ESHK md.42’de eser sahibinin hakimiyet alanı içinde değerlendirilebilecek “kanaat değişikliği” durumu sözkonusudur. Oysa, Alm. ESHK md.34 f.3 hükmü, tamamen eser sahibinin hukuk çevresi dışında kalan, lisans hakkı sahibinin hukuk çevresinde meydana gelen koşulların değişmesiyle uygulama alanı bulur. Bu nedenden ötürü, Alm. ESHK md.42 uygun bir kıyas imkanı sunmaz. Eser sahibinin, lisans hakkının hiç veya gereği gibi kullanılmaması durumlarından doğan cayma hakkında ise, giderim yükümlülüğü ancak hakkaniyet gerektiriyorsa gündeme gelir. Bu bağlamda, eser sahibinin tazminat yükümlülüğü lisans hakkı sahibinin haktan gereği gibi yararlanamamada, mücbir sebep veya kusurunun

ESHK md.9’de düzenlenmiş bağlı eser –verbundenes Werk- hakkında yapılmış bir müzik eserini konu alan bir yayın sözleşmesi sözkonusuydu. BGH GRUR 1982, 41,43- Musikverleger III.

⁷¹⁷ KOCH-SEMBDNER, s.105.

⁷¹⁸ Bu bağlamda devredilen bir hakka ilişkin olarak geri dönme kavramının uygun düşeceği kabul edilirse, FSEK md.59’da kullanılan “hakkın eser sahibine avdeti” ifadesi de anlam kazanmış olur. FSEK md.59’da “eser sahibi veya mirasçıları mali bir hakkı muayyen bir gaye zımında yahut muayyen bir süre için devretmişlerse gayenin ortadan kalkması veya sürenin geçmesiyle ilgili hak, sahibine avdet eder.” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir

olmadığı diğer durumlarla sınırlanır⁷¹⁹. Lisans hakkı sahibi teşebbüsün başka bir şirkete katılarak birleşmesi veya teşebbüsteki payların önemli bir oranının satışı, sözkonusu teşebbüsün isteğiyle meydana geldiğine göre, bu tür bir davranışla, eserden gereği gibi yararlanmayan lisan hakkı sahibinin durumu arasında bir benzerlik kurulabilir. Teşebbüste meydana gelen değişiklik eser sahibi açısından katlanılmaz bir durum arz ediyorsa, bu durumun oluşmasında lisans hakkı sahibi teşebbüsün de kararı rol oynamış demektir. Teşebbüste meydana gelen değişiklik olmasaydı, eser sahibi açısından katlanılmaz olan durum oluşmayacaktı. Bu yolda ilerleyen bir yorumun varacağı nokta, eser sahibinin kullanacağı cayma hakkı nedeniyle bir tazminat ödeme yükümlülüğünün olmayacağıdır.

V. İCRACI SANATÇIYA TANINAN MANEVİ HAKLAR

A. İcracı Sanatçıya Tanınan Manevi Hakların Özellikleri ve Kapsamı

FSEK’te, eser sahibinin manevi hakları ve mali hakları açıkça ve kategorik bir şekilde sayılmışken, icracı sanatının manevi hakları ve mali hakları için bu tür bir açık ve kategorik bir hak sayımına yer yerilmemiştir.

İcracı sanatçının manevi hakları, eser sahibinin manevi haklarıyla ilişkilendirilir. O kadar ki, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin tanım, icracı sanatçının manevi haklarına ilişkin tanımın içeriğini oluşturur adeta: “Manevi haklar, icracının, icrası ile olan kişisel ve manevi ilişkisini koruma amacına hizmet eder⁷²⁰ .”

İcracı sanatçının manevi haklarının, eser sahibinin manevi haklarıyla olan ilişkisi sadece kavramsal açıklamada değil, hakkın sınırlarının çizilmesi çalışmasında da kendini belli eder. FSEK md.80/1, icracı sanatçının haklarını ilan ederken, “eser sahibinin *manevi* ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla” vurgusunu yapar. Bir tarafta, eser sahibinin yaratıcı edim olarak ortaya çıkan “eser”, diğer tarafta eser kadar yaratıcılık değeri taşımadığına inanılan bir verim, bir emek olarak görülen “icra”. Bu bakış açısı, “eser”in “icra”ya olan varsayımsal üstünlüğü, icracı sanatçının (manevi) haklarının, eser sahibinin (manevi) haklarına zarar vermeme şartına bağlı

⁷¹⁹ FROMM/NORDEMANN, § 41, Kn.12.

⁷²⁰ ARKAN, s.64. Yazar, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin aynı yöndeki tanım için Ayiter’e göndermede bulunur. Bkz. AYİTER, s.113.

olarak varolduğunun kabul edilmesi demektir. Bu bağımlılık ilişkisi yadırgatıcı da değildir. Çünkü, icra, eseri aşır yeni bir eser⁷²¹ olsa da, eseri aşamayır eserin bir tür özgün kullanılması olsa da, varlığını esere borçludur.

İcracı sanatçının manevi haklarının genel olarak tanımlanmasında, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin tanımdan geniş ölçüde esinlenme, hatta süje dışında birebir aynılık, icracı sanatçının manevi haklarının sayımında da devam ettirilmeye çalışılır. Eser sahibinin umuma arz etme yetkisi, adın belirtilmesi salahlıyeti, (eserde) değişiklik yapılmasını menetme yetkisi ve son olarak zilyet ve malike karşı hakları, icracı sanatçının manevi haklarının belirlenmesinde bir model olabilmelidir. İcracı sanatçının haklarının eser sahibinin haklarıyla olan eski kanuni deyimle “komşu”luğu, yeni deyimle “bağlantılı” olması boşuna değildir. Ancak, kanun koyucu, icracı sanatçının manevi haklarını belirlerken, eser sahibinin manevi haklarını karbon kağıdıyla icracı sanatçının manevi haklarına geçirmiş değildir. kanun koyucunun bu tutumu bilinçli bir eğilim midir? “Eser”in mahiyeti ile “icra”nın mahiyetinin birbirinden farklı olduğunu varsayıp, eser sahibine ve icracıya tanınacak (manevi) haklar konusunda keskin ve doğru bir ayırım mı yapmıştır? Doktrin, kanun koyucunun, icracı sanatçıya “umuma arz etme yetkisi” tanımadığını tesbit ederken, bunu önemli bir eksiklik olarak kanun koyucunun hanesine eksi olarak kaydeder⁷²². Bir başka eleştiri noktası, icra üzerinde yapılacak değişikliği menetme yetkisinin düzenleniş biçimidir⁷²³. Sadece Fikri Hukukun değil, diğer hukuk dallarının da nasibini aldığı bu zararlı alışkanlık, kanunla düzenlenmesi gereken bir hususun yönetmelikle normlaştırılmaya çalışılmasıdır.

Eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları, icracı sanatçı bakımından da bir anlam taşıyabilir. Başka bir deyişle, icracı sanatçının da zilyet ve malike karşı herhangi bir hakkı olduğundan bahsedilebilir mi? İcracı sanatçının, adın belirtilmesi salahlıyeti başta olmak üzere, icra üzerinde itibarını zedeleyecek derecede değişiklik yapılmasını veya sanatçı kişiliğine zarar verecek şekilde kullanılmasını yasaklama

⁷²¹ İcracı sanatçının eylemleri FSEK md.80 1’de, “eseri özgün biçimde yorumlamak, tanıtmak, anlatmak, söylemek, çalmak ve çeşitli biçimlerde icra etmek” şeklinde sıralanmıştır. İcracı sanatçının eylemi, icra ettiği eserden, yeni bir eser meydana getirmek şeklinde de tezahür edebilir. Bu durumda, işleme eser, birlikte eser veya iktibas serbestisi kapsamında bağımsız eser meydana getirme gibi çeşitli olasılıklar akla gelir.

⁷²² Örneğin bkz. **ARKAN**, s.65.

⁷²³ Bkz. **DURAL**, Ali, İcracı Sanatçıların Hakları ve Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi), İstanbul 1998, s.37, **ARKAN**, s.65.

yetkisi kabul edilmelidir. Hatta, icranın tek bir yerde kaydının olması durumunda, aslın maliki veya zilyedinden icracı sanatçının bu kaydı isteyebilmesi FSEK md.17'den ilham alınarak tanınabilir.

Eser sahibinin manevi haklarında sınırlı sayı ilkesinin kabulü, icracı sanatçıların manevi hakları bakımından da önem taşır. İcracı sanatçıların manevi hakları bakımından sınırlı sayı ilkesi, eser sahibinin manevi hakları çerçevesinde, onunla bağımlı mı yoksa başlıbaşına ayrıca mı ele alınacaktır? Kanunda icracı sanatçının manevi hakları arasında umuma arz etme yetkisi sayılmadığına göre, bu hak tanınmayacak mıdır? Kanaatimizce, icracı sanatçının manevi haklarının eser sahibinin manevi haklarına zarar vermemesi kanuni şartı, icracı sanatçıların kanunda kendilerine tanınmamış umuma arz etme yetkisinin, kıyas yoluyla tanınmasına engel teşkil etmez. İcracı sanatçıların da, icralarını umuma arz etme yetkisine sahip oldukları kabul edilmeli, ancak bu yetkilerini, eser sahibinin umuma arz etme yetkisine zarar vermeyecek tarzda kullanmalıdırlar. İcracı sanatçının aksi bir tutumu, yetki aşımı sayılarak eser sahibinin umuma arz yetkisi karşısında etkisiz kalacak ve hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Eser sahibinin umuma arz etme yetkisi, icracının umuma arz etme yetkisinden önce gelir.

B.İcranın Sahibi Olarak Tanıtılmayı Talep Etme Hakkı

FSEK md.80/1A-1'de, icracı sanatçıların icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını talep etme hakkı düzenlenmiştir. FSEK md.15, eser sahibine ilişkin olarak adın belirtilmesi yetkisini düzenlerken daha kesin ve kapsamlı bir düzenleme getirmiştir: "Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek yetkisi münhasıran eser sahibine aittir." Hükümler yan yana koyulup, aralarındaki farkın bulunması uğraşına girildiğinde, ilk belirgin farklılık, FSEK md.80/1A-1'de, müstear ad veya adsız olarak tanıtılma(ma) imkanına yer verilmeyişidir. Doktrin bunu, bilinçsiz bir eksiklik olarak nitelendirir. Bu eksiklik, FSEK md.15'in kıyas yoluyla uygulanmasıyla giderilmelidir⁷²⁴. Başka bir deyişle, icracı sanatçıların da, icralarını müstear adla veya adsız olarak umuma arz etme yetkilerinin varlığı kabul edilmelidir. Aynı kapıya

⁷²⁴ ARKAN, s.67.

çıkacak başka bir çözüm, kişinin adı üzerindeki hakkının, müstear ad veya lakabı da kapsadığı düşünülerek bulunulabilir. Genel kişilik haklarının, Fikri Hukukun giriş kapısında “tamamlayıcı” işlevine hazır olmasının sonucudur bu. Ancak, bu kadar uzağa gitmektense, FSEK’in kendi içindeki bir hükümden kuvvet alıp, kıyas yapmak daha makuldür. Böylelikle, kişinin adı üzerindeki hakkının, icracının icrasını isimsiz olarak umuma arz etmeye kalkışması durumunda yeterli olup olmayacağı tartışması, daha kapının önünde bırakılmış olur. İcracı sanatçının müstear adla veya adsız olarak icrasını umuma arz etme yetkisine ilişkin olarak son değerlendirme ise, pozitif hukukun hükümlerindeki açıkların kıyas yoluyla kapatılması yerine, olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda), açık kanun hükümleriyle tamamlanmasının daha yerinde olacağıdır. Yorum yoluyla yamamak yerine, yasalaştırma yoluyla yapmak.

FSEK md.80/1A-1’de, icracı sanatçıların icralarının sahibi olarak “tanıtılmaları hakkı” ifadesini değil de, “tanıtılmalarını *talep* hakkı” ifadesini kullanılmıştır. Komşu Haklar Yönetmeliğinin (KHY) 10 maddesiyle de, “icracı sanatçılar, koro ve orkestralarda şef ve solistler, tiyatro gruplarında şeflik yapan veya başrol oynayan aktörler ve aktrisler işaret, resim ve ses nakline yarayan araçlarda adlarının belirtilmesini *isteme* hakkına sahiptirler” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. İcracı sanatçının adın belirtilmesine salahiyetine ilişkin hükümlerde “talep hakkı”, “isteme hakkı” ifadeleri kullanılırken, eser sahibine ilişkin FSEK md.15’de adın belirtilmesi salahiyeti, “münhasıran eser sahibine aittir” şeklinde daha keskin bir tonda ifade edilince, doktrin bu lafız farklılığından bir tartışma noktası daha çıkarmıştır. Lafzi yorum, FSEK md.80/1A-1 ve KHY md.10 hükümleri kapsamı içinde kalan kimselerin isimlerinin ancak talep etmeleri halinde belirtileceğidir. Doktrin, lafzi yorumdan çok, icracı sanatçı lehine amaçsal bir yorumu tercih etmiştir. Bu iki hükmün, işaret, resim ve ses nakline yarayan araçlar ile icrayı kamuya yayanlar için bir yüküm getirdiğini kabul etmenin doğru olacağı savunulmuş; ancak buna rağmen bu hükümlerde sayılan kişilerin dilerlerse adlarının belirtilmesini istemediklerini beyan etme imkanını da kullanabilecekleri belirtilmiştir. Aksi bir yorum halinde, bu yönde yapılmayan talepler gerekçe gösterilerek icracı sanatçıların adlarının belirtilmesinden rahatlıkla kaçınmak mümkün olacaktır⁷²⁵. Bu noktada, icracı

⁷²⁵ DURAL, s. 36.

sanatçıların isimlerinin belirtilmesi yükümünün neden icranın kullanıldığı her yerde kabul edilmeyip, işaret, resim ve ses nakline yarayan araçlara özgülendiği sorulmuş ve sorgulanmış; sonuçta canlı olarak sunulan icralara da uygulanması gerektiği savunulmuştur⁷²⁶. Öte yandan, FSEK md.80’de açık bir ifadenin yokluğuna rağmen, doktrinde icracı sanatçıya canlı icralar için adın belirtilmesi salahiyyetini tanımayan bir görüş⁷²⁷ de vardır. Canlı olarak sunulan ses icralarında da, icracı sanatçının isminin belirtilmesini gerektiğini açıkça ifade eden WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması’nın 5.maddesi karşısında bu görüş, inandırıcılığını kaybeder.

Nasıl ki, FSEK md.16 uyarınca, eser sahibinin adında teknik icabı zaruri görülen değiştirmeler (örneğin kısaltmalar) hukuka uygun görülebiliyorsa, FSEK md.80/1A-1 uyarınca icracı sanatçılar da tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerekleri nedeniyle, icralarının sahibi olarak tanıtılmaları menfaatinden yoksun bırakılabilmektedirler. Burada geçen “uygulama şartları” ifadesi teknik düzenlemeleri hedef olsa da, sektörel teamüller nedeniyle adın belirtilmesi salahiyyetinin kullanılmadığı durumları da kapsayacak şekilde yorumlanabilir. Doktrinde, bir web sayfasının açılış müziğinin sunumunda icracı sanatçının (icra sahibinin) tanıtılmaması⁷²⁸ teknik koşulların zorladığı bir örnek olarak verilse de, aslında “sektörel teamül” nedeniyle yapılan, alışılacak (miş)ecek bir uygulama olarak düşünülebilir. “Sektörel teamül” denilen olgu özellikle, teknoloji timsali internet ağında kendine yer bulmakta zorlanmayan, eser sahibinin hakları kadar icracı sanatçının haklarını da ilgilendiren bir durumdur. İhlal olarak değerlendirilebilecek bir eylem, “sektörel teamül” kılıfı altında haksız bir korumaya kavuşturulacaktır ki, bu eser sahibinin ve icracı sanatçının haklarının erozyonu anlamına gelecektir. Çözüm, sektörel teamüllerin, son derece dar yorumlanması, hak ihlallerinin zorunluluk ve kaçınılmazlık nedenlerine bağlanarak genişletilmemesidir.

İcra sanatçıların icra sahibi olarak tanıtılmalarına ilişkin çıkacak ihtilaflarda izlenecek yol, eser sahipliğine ilişkin ihtilaflarda izlenen yolu takip ederek bulunabilir. FSEK’te, icranın kimin tarafından gerçekleştirildiği konusunda çıkacak ihtilafa doğrudan uygulanacak bir hüküm konulmamıştır. FSEK md.15 f.3’ün “ bir

⁷²⁶ ARKAN, s.68.

⁷²⁷ ATEŞ, s.217.

⁷²⁸ ARKAN, s.68.

eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilafli ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkın tespitini mahkemeden isteyebilir” şeklindeki ifadesinin, icracı sanatçıların tesbitine ilişkin ihtilaflarda kıyas yoluyla uygulanabileceği yönündeki görüşe⁷²⁹ katılmamak mümkün değildir. İcracı sanatçıların, isimlerinin hiç, yanlış veya eksik belirtilmesi durumlarında da, tecavüzün ref'i (FSEK md.67) ve/veya tazminat davaları (FSEK md.70) uygulama alanı bulacaktır⁷³⁰.

Alm.ESHK md. 74 hükmü ile, WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'nın 5.maddesine⁷³¹ uyum sağlamak için, icracı sanatçıya, eser sahibinin bu sıfatıyla tanıtılması hakkına paralel bir şekilde bir manevi hak tanınmıştır. Böylece Alman kanun koyucu icracı sanatçının manevi haklarına ilişkin olarak, bir taraftan uluslararası anlaşmayla uyumlu, diğer taraftan eser sahibinin manevi haklarından esinlenmiş bir yasal düzenleme amacına ulaşmıştır. Bu hükümle, icracı sanatçının icrasına ilişkin olarak tanıtılmak menfaati güvence altına alınmıştır. İcracı sanatçı, bu hakkını kullanırken geniş bir yetkiye sahiptir. Öyle ki, icranın sahibi olarak tanıtılıp tanıtılmayacağı noktasında bir takdir hakkına sahipken, hangi isimle anılacağı noktasında da karar verme yetkisine sahiptir.

Alman Hukukunda, icracı sanatçıya tanınan hakların eser sahibine tanınan manevi haklarla örtüşmediği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre⁷³², gerek icracı sanatçının icra sahibi olarak tanıtılma hakkı, gerekse icranın şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde değiştirilmesini menetmek hakkı, eser sahibinin manevi hakları gibi bir yapı arzmezler. Alman Hukukuna hakim olan monist teorinin mali ve manevi hakları birbiriyle bütünleştiren yapısının ortaya çıkardığı, eser sahibinin kapsamı geniş manevi haklarıyla, icracı sanatçıya tanınan Alm.ESHK md.74 ve 75'de tanınan

⁷²⁹ ARKAN, s.68.

⁷³⁰ DURAL, s.37, ARKAN, s.69.

⁷³¹ Uluslararası düzlemde, icracı sanatçının manevi haklarını düzenleyen tek anlaşma olan WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'nın 5.maddesi, icracı sanatçıya, canlı olarak sunulan ses icralarıyla, bir ses taşıyıcısına tespit edilmiş icralar üzerinde, icracı sanatçı olarak belirtilme imkanı tanır. Alm.ESHK md.74 özellikle iki açıdan daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. İlk olarak, Alm.ESHK md.74 pandomim gibi görsel icraları da kapsayacak şekilde yorumlanmaya uygundur. İkinci olarak, WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'nın 5.maddesinin lafzından çıkan sonuç, icracı sanatçının ancak isminin belirtilmesi (namensnennung) hakkına sahip olduğudur. Dolayısıyla, icracı sanatçının icrasını kendi ismini kullanmadan, isimsiz bir şekilde veya imza gibi diğer tanıtıcı işaretler kullanmak suretiyle tanıtması, md.5'in lafzının sunamadığı, buna karşın Alm.ESHK md.74'ün sunabildiği olanaklardandır. SCHRICKER/VOGEL, § 74, Kn.3.

⁷³² REHBINDER, Urheberrecht, Kn.407.

haklar yapısal farklılık arzeder. Bu hükümlerle icracı sanatçıya tanınan haklar, aslında genel kişilik haklarının yasal ve özel bir hali olarak görülmelidir.

İcracı sanatçının manevi hakkı yoktur, ancak özel bir yasayla düzenlemiş kişilik hakları vardır demek, icracı sanatçının sahip olacağı koruma imkanları bakımından bir fark yaratmaz. Ancak, devredilemezlik-feragat edilemezlik tartışmalarında manevi haklar ve kişilik hakları açısından ayrı sonuçlara varılması, Rehbinden'in yaptığı bu tercihi önemli kılabilecektir. Rehbinden, icracı sanatçıya Alm.ESHK md.74 ve md.75'de tanınan hakları kişilik hakkı olmasından hareketle en azından özü itibariyle (ağır ihlallere karşı) devredilemez ve feragat edilemez bulurken, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin devredilemezlik ve feragat edilemezlik tartışmalarında, farklı bir çözüm savunduğunu gösteren açık bir ifadeye yer vermemektedir⁷³³.

Alm.ESHK md.74 f.2 uyarınca, birden fazla kişinin katıldığı icralarda, icracıların isimlerinin tek tek belirtilmesinin çok zahmetli olması durumunda, sadece grubun adının belirtilmesi yeterli olacaktır⁷³⁴. İcracı sanatçının icrasının sahibi olarak tanıtılma hakkının sınırlanması hatta sönmesi sadece birden fazla icracının sözkonusu olduğu icralarda mı gündeme gelir? Alman Hukukunda icracı sanatçının manevi hakkının kısıtlanması birden fazla icracının olduğu icralara özgülenmişken, WIPO İcra ve Fonogramlar Anlaşması'nın 5.maddesi daha geniş bir uygulama alanına yönelmiştir. İcracı sanatçının birden fazla olup olmadığına bakılmaksızın, icradan yararlanma tarzının gerektirmesi durumunda, icracı sanatçının icrasının sahibi olarak tanıtılmasını talep hakkı sözkonusu olmayacaktır⁷³⁵.

⁷³³ Manevi hakkın kendisinin değil kullanımının devri, hakkın özüne zarar vermeyecek tarzda feragat edilebilirlik, manevi haklarda bağlı devir gibi tartışmalarda varılan çözüm, icracı sanatçıların kişilik haklarına ilişkin "devredilebilirlik" ve "feragat edilebilirlik" e ilişkin varılan sonuçtan belirgin bir farklılık göstermemektedir. Böylece Rehbinden, eser sahibinin manevi haklarının, Alm. ESHK md.29 uyarınca devredilememesi kuralı ışığında, özünün devredilemeyeceği sonucuna ulaşmış olmaktadır. Bkz. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn. 318-320

⁷³⁴ Kanun, her bir icracının isminin belirtilmesinden kaçınılmasında meşru neden olarak, bu tür bir tutumun -unverhaeltnismassige Aufwand- ölçüsüz derecede zahmetli olmasını göstermiştir. Rehbinden, meşru nedenin kamunun aşırı bilgiyle rahatsız edilmesi olması gerektiğini belirtmiştir. Her bir icracının isminin belirtilmesi, -bilgisel çevre kirlenmesi bağlamında- kamuya rahatsızlık veren bir durum oluşturuyorsa, hak bu şekilde kullanılmamalıdır. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.407.

Alman Hukukunda, birden fazla icracı sanatçının sözkonusu olduğu durumlarda icra sahibi olarak tanıtılma hakkına getirilmiş bir istisna da film eserlerine yöneliktir. Alm.ESHK md.93 f.2 uyarınca, filme katkısı olan her bir icracı sanatçının isminin belirtilmesi, aşırı zahmete yol açacaksa, böyle bir uygulama zorunlu olmayacaktır.

⁷³⁵ **SCHRICKER/VOGEL**, § 73, Kn.3.

C.İcra Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi

Eser sahibi, eserini kullanan kişilerin, eseri olduğu şekliyle kullanmalarını ister. Eserin, kitlelere ulaştırılmasını üstlenenlerden biri olan icracı sanatçı, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan veya eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen icradan kaçınma yükümlülüğü altındadır. İcra sanatçının da, eser sahibinin bu menfaatine benzer bir şekilde, icrasının itibarını zedeleyecek şekilde değiştirilmesini ve icradan doğan haklarının sanatçı kişiliğine zarar verecek şekilde kullanılmasını yasaklama hakkı vardır.

FSEK md. 80/1A-1’de, icracı sanatçıların icralarının kendi itibarlarını zedeleyecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkı düzenlenmiştir. KHY md.6’da ise, hakkın niteliği başlığı altında, “icracı sanatçının icra ettiği eser üzerindeki icradan doğan haklarının herhangi bir şekilde sanatçının topluma yansıyan kişiliğini zedeleyecek biçimde kullanılamayacağı” öngörülmüştür. Her iki düzenleme, icracı sanatçının “icrasının bütünlüğünü” korumaya yöneliktir. İcra sanatçı, kamuya sunduğu icrasıyla, adeta sanatçı kişiliğini belli etmiş; icrasının icra ettiği şekliyle kullanılmasını dilemiştir. Ancak, icra üzerinde değişiklikler yapılabileceğini öngören kanun koyucu, icra üzerinde yapılabilecek değişikliklerin sınır çizgisi olarak “icracının itibarı”nı belirlemiştir. Yönetmelik ise, sınır olarak “sanatçının topluma yansıyan kişiliğini” göstermiştir.

FSEK md.80/1A-1’de, icracı sanatçıların, icralarının kendi itibarlarını zedeleyecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakları düzenlenerek, icracı sanatçının itibarını zedelemeyen değişiklikler yapma serbestisi tanımak amaçlanmamıştır. FSEK md.16’nın eser sahibine tanıdığı değişiklikleri menetme yetkisi gözönünde tutularak, bu sonuca varmak mümkündür⁷³⁶. Bu hükme uygun olarak, icracı sanatçı icrası üzerinde değişiklik yapılmasına izin vermiş olsa bile, değişiklik itibarını zedeleyecek şekilde yapılamaz.

İcranın bütünlüğüne yönelik tecavüzler doğrudan veya dolaylı olarak yapılabilir. Canlı icralarda, kötü kayıt, nakil ve/veya arızalı ses düzeniyle yayınlama;

⁷³⁶ ARKAN, s.70.

kaydedilmiş ses icralarında kısaltma veya uzatma yapılması, ritmin değiştirilmesi, bir ses eklenmesi veya çıkarılması, çekilmiş filmlerde oyuncunun mimiklerinin, hareketlerinin, sesinin değiştirilmesi doğrudan tecavüzlere örnek olarak gösterilebilir. Canlı icraya eşlik eden ışık efektlerinin uygun olmaması ve/veya icranın sunumuyla uyuşmayan kamera hareketleri ve yönetimi ise dolaylı tecavüz olarak görülebilir. Bir ses kaydı içeren kaset veya CD nin kapağının aşırı cinsel içerikli olması veya farklı ses kayıtlarının küçültücü bir tarzda kombinasyonu veya kayıtların reklam amacıyla kullanılması da, sözkonusu icralara yapılmış dolaylı tecavüzler olarak değerlendirilebilir⁷³⁷.

Sesin, teknik açıdan kötü cihazlarla kaydının yapılması da bazı durumlarda tecavüz olarak değerlendirilebilir. Ancak, eski ses kayıtlarındaki kalite düşüklüğü, icra bütünlüğüne yönelik bir tecavüz olarak değerlendirilemez. Dinleyici, eski kayıtlardaki kalite düşüklüğünün, o zamanki teknikten kaynaklandığının bilincindedir. Ancak, yeni tarihli bir kaydın kötü olması durumunda, bu olumsuzluk dinleyici nezdinde icracı sanatçının başarısız yorumu olarak değerlendirilebilecek ve bu durum icracı sanatçının sanatçı kişiliğine zarar veren bir kullanım olarak görülebilecektir⁷³⁸.

Doktrinde, FSEK md.80/1A-1’de düzenlenen “icracı sanatçının icrasının itibarını zedeleyecek şekilde değiştirilmesini yasaklama hakkı” ve KHY md.6’da düzenlenen “icracı sanatçının icradan doğan haklarının sanatçı kişiliğine zarar verecek şekilde kullanılmasını yasaklama hakkı” iki ayrı manevi hak olarak ele alınmaktadır⁷³⁹. Bu iki hakkı, tek bir manevi hak çatısı altında, “icra üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi” veya “icra bütünlüğü üzerindeki hak” başlıkları altında düşünmek de mümkün olabilir. Böylece, Kanunla düzenlenmemiş bir manevi hakkın, Yönetmelikle tanınmış olduğu noktasında getirilen eleştiriler⁷⁴⁰ aşılmış olur. KHY md.6’yı, FSEK md. 80/1A-1’de düzenlenen hak çerçevesinde, bu hakkı açıklayan bir hüküm olarak görmek önerisi ortaya atılabilir. Ya da, KHY md.6’nın, sanatçı bir kişinin, Medeni Kanunca güvence altına alınmış kişilik değerleri, kişilik hakları bakımından açıklama veya tekrar işlevi taşıdığı da ileri sürülebilir.

⁷³⁷ SCHRICKER/VOGEL, § 75, Kn.25-30.

⁷³⁸ SCHRICKER/VOGEL, § 75, Kn.27.

⁷³⁹ ARKAN, s.69,70.

⁷⁴⁰ ARKAN, s.70.

KHY md.6'yı, "ıcracı sanatçının icrası üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi" çatısı altında görmenin tek sakıncası, bu hükmün dar bir çerçeveye sıkıştırılıp, sunabileceği geniş açılı görüntülerden mahrum kalmak olabilir. KHY md.6, "ıcracı sanatçının icra ettiği eser üzerindeki icradan doğan haklarının herhangi bir şekilde sanatçının topluma yansıyan kişiliğini zedeleyecek biçimde kullanılmayacağını" belirtirken, sadece icracı sanatçının icrası üzerinde değişiklik yapılmamasına ilişkin menfaatine yönelmiş gözükmez. Bu hükümden, icracı sanatçının, icrasını arzu ettiği biçimde umuma arzetme yetkisine sahip olduğu da çıkartılabilir. Madem ki, hükümlerle icracı sanatçının topluma yansıyan kişiliği korunmak istenmektedir;o halde icracı sanatçının icrasının topluma yansıyan kişiliğini zedeleyecek biçimde kullanılmasını da daha baştan engelleme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir. İcracı sanatçının, icrasının kötü kaydedildiği bir stüdyo kaydının albüm haline getirilip kamuya sunulmasını engelleme imkanına, bu hüküm aracılığıyla erişilebilir. En azından, icracı sanatçı kağıt üzerinde sahip gözükmediği "umuma arzetme" yetkisine sahip olsaydı elde edebileceği korunma imkanlarına bu hüküm aracılığıyla ulaşabilecektir. Bu noktada gelebilecek eleştiri, kanunla düzenlenmesi gereken bir hususun yönetmelikle düzenlenmemesi ilkesi eşliğinde ortaya çıkacaktır. Kanun hükmünün yorumuyla elde edilemeyen bir sonucun, yönetmelik hükmünün yorumuyla elde edilmesi. Kanaatimizce, yönetmelik hükmünün yorumuyla elde edilen sonuç, kanunun ruhuna ters düşmüyorsa, terslenip bir kenara bırakılmamalı, açık bir kanun hükmünün doğumuna kadar desteklenmelidir.

İcracı sanatçı, icrasının bütünlüğüne yönelik tecavüzlerde, tecavüzün itibarını zedelemesi şartıyla, tecavüzün ref'i, tecavüz tehlikesinin varlığı halinde tecavüzün men'i davaları ile şartları varsa tazminat davalarını açabilecektir.

Sonuç olarak, icracı sanatçının manevi haklarının dökümü, olan hukukta, bir kanun hükmü, bir yönetmelik hükmüdür. FSEK md.80/1A-1'de, icracı sanatçının "ıcrasının sahibi olarak tanıtılmasını talep hakkı" ve "ıcrasının itibarını zedeleyecek şekilde değiştirilmesini önlemeyi talep hakkı" ile KHY md.6'da düzenlenen "ıcradan doğan hakların sanatçı kişiliğine zarar verecek şekilde kullanılmasını önleme hakkı". Doktrinin, eksik kaldığını haklı olarak ileri sürdüğü bu döküme ilişkin çözümünü,

“umuma arz yetkisinin”, eser sahibinin konumuna kıyasen, icracı sanatçıya da tanınmasıdır. Bu kıyas kümesine, “eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları”na bakılarak bir eleman daha kazandırılabilir. İcracı sanatçının sahip olması gerekirken, açık kanun hükümleriyle kavuşamadığı hak ve yetkileri kıyas yoluyla türetmek yerine, olması gereken hukuk bakımından kanun koyucunun bu hak ve yetkileri tanıması daha yerinde olacaktır.

Alm. ESHK’da icracı sanatçının, icra sahibi olarak tanıtılma hakkı ve icrasının bütünlüğünü koruma hakkı düzenlenmişken, icrasını umuma arzetme yetkisine kanunda yer verilmeyişi, kanun koyucunun eksik düzenlemesi değil de, kasıtlı ve doğru bir tercihi olarak değerlendirilmiştir. İcracı sanatçının umuma arz yetkisinin genel kişilik haklarından çıkarılabileceği savunulmaktadır⁷⁴¹. En azından, umuma arz yetkisinin sağlayacağı imkanlar, genel kişilik haklarından yola çıkılarak elde edilebilecektir. İcracı sanatçının icrasının şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde değiştirilmesi Alm.ESHK md.75’de kendisine tanınmış icranın bütünlüğü üzerindeki hakkın ihlali olacakken, özel veya gizlilik alanını ilgilendiren ihlaller genel kişilik haklarının uygulama alanına düşecektir. Hatıra veya prova maksadlı yapılan icraların icracı sanatçının izni olmadan umuma arzedilmesi durumunda, icracı sanatçı genel kişilik hakkına dayanarak bir koruma elde edebilir. İcracı sanatçının icrasının izinsiz bir şekilde, bir seçim kampanyasında kullanılmak suretiyle umuma arzedilmesi halinde veya tüketim maddesinin reklamı için kullanılmasında şeref ve itibarının zedelenmesinden çok, icracı sanatçının ekonomik alanını, kişiliğini ilgilendiren bir ihlal vardır⁷⁴².

VI.MANEVİ HAKLARLA KİŞİLİK HAKLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A.Genel Olarak

Eser sahibinin haklarına ilişkin kanunlarda hakim olan monist veya düalist teoriler açısından bakıldığında, manevi haklarla kişilik hakları arasındaki ilişkinin sıklığı, varlığını korur. Hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin manevi haklar kaçınılmaz

⁷⁴¹ SCHRICKER/DIETZ, Vor § 12, Kn.18.

⁷⁴² SCHRICKER/KRÜGER, Vor § 73, Kn.21.

bir şekilde, kişilik hakkı kavramıyla bağlantı içindedir⁷⁴³. Genel kişilik hakları, bazen manevi hakların koruma kapsamını aşan alanlarda tamamlayıcı bir rol oynarken, bazı durumlarda genel kişilik haklarıyla çatışma içinde olabilir⁷⁴⁴.

Kişilik haklarıyla manevi haklar arasında ne gibi benzerlikler ve farklılıkların olduğunu tesbit etmek, birbirleriyle olan ilişkilerini belirlemek bakımından gereklilik arzeder. Kişilik hakkının nitelikleri, manevi hakların da niteliklerinden midir? Bu konuyu aşağıda ele alacağız.

B.Kişilik Hakları ve Manevi Hakların Özellikleri

1.Şahısvarlığı Hakkı Özelliği

Kişilik hakkının koruduğu hukuki değerlerin, para ile ölçülemediklerinden hareketle, kişilik hakkı, malvarlığı-şahısvarlığı hakkı ayırımında, şahısvarlığı haklarına dahil edilir.

Kişilik hakkının para ile ölçülememesine rağmen, malvarlığına ilişkin etkilerde bulunması kaçınılmazdır. Bu özellik, kişilik hakkına, “şahısvarlığı hakları” kategorisindeki konumunu kaybettirmez. Doktrinde, kişinin malvarlığına etkide bulunan kişilik hakkı ihlallerine ilişkin olarak birçok örnek bulmak mümkündür. Vücut bütünlüğüne yapılan hukuka aykırı bir müdahale sonucu, kişinin yaptığı tedavi masrafları, çalışmamasından doğan ücret kaybı; veya hakkında çıkartılan söylentilerin sonucunda, sarsılan ticari itibar yüzünden uğranılan zararlar hep para ile ölçülebilen zararlardır.

⁷⁴³ **STERLING**, s.38.

⁷⁴⁴ Örneğin, dövme, FSEK kapsamında bir eser olarak kabul edildiğinde, dövme uygulanan kişiye eser sahibinin manevi haklarının ileri sürülüp sürülmeyeceği sorunu ortaya çıkar. Anayasa madde 17 de, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ele alınmıştır. Maddeye göre, “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.” Dövmeyi yapan kişi, eser sahibi olarak eser sahipliğinden kaynaklanan manevi haklarıyla, dövme uygulanan kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı arasındaki çekişmede nasıl bir sonuca varılacaktır? Bu soruya, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı bakımından, eser sahibi aleyhine yanıt verilmiştir. **DİKİCİ**, Saim Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 7/2006, s.636. Yazar, eserin bozulmamasını, değiştirilmemesini veya silinmemesini istemek konusundan eser sahibi aleyhine bir sonuca varırken, adın belirtilmesini istemek hakkı bakımından eser sahibi lehine bir sonuca varmayı yeğlemiştir. Kanaatimizce, eser sahibinin adın belirtilmesini istemek hakkı bakımından da, sözkonusu diğer manevi hakka paralel şekilde bir sonuca varılması doğru olurdu.

Manevi hakların, eser sahibinin kişiliğine yönelik haklardan olması, bu hakların “şahısvarlığı hakkı” kategorisine doğru yolculuğunu müjdelir. FSEK’te, eser sahibinin haklarının “mali” ve “manevi” haklar olmak üzere bir ayrıma tabi tutulması, malvarlığı-şahısvarlığı hakları şeklinde yapılan ayırımı izleyecekleri ve varacakları noktalar bakımından bir rehber işlevi edinebilir. Mali haklar malvarlığı haklarından, manevi haklar şahısvarlığı haklarındadır.

2.Mutlak Hak Özelliği

Kişilik hakkı, herkes tarafından riayet edilmesi gereken mutlak bir haktır. Hakkın amacı, kişilere, kişiliklerini müdahaleden arınmış olarak geliştirme imkanını vermektir.

Manevi haklar da, herkes tarafından riayet edilmesi gereken ve yine herkes tarafından ihlal edilebilen mutlak haklardandır. Her mutlak hakta olduğu gibi, bu hak da birtakım sınırlamalarla karşı karşıya kalır. Bu sınırlamalar, sadece FSEK’te yer alanlardan ibaret olmayıp, başta diğer kanunlar olmak üzere Anayasadan da kaynaklanır. Örneğin, fikri hakkın kamu yararı gerekçesiyle kısıtlandığı haller de, manevi haklar da bu kısıtlamadan nasibini alır. Öte yandan, mülkiyet hakkı sahibinin mülkiyet hakkıyla eser sahibinin “eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi” çatıştığında, somut olayın özelliğine göre, mülkiyet hakkı üstün tutulabilir. Böyle bir sonuç, mülkiyet hakkının fikri hakkın (diğer terminoloji ile, maddi mülkiyetin fikri mülkiyetin) önüne geçeceği şeklinde bir değerlendirmeye yol açmamalıdır. Çünkü, “mutlak hak” türleri içinde, götürü bir şekilde, somut olayda menfaatler tartılıp hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmadan, biri lehine tespitle bulunmak hiçbir hukuki temele oturmaz. Anayasa’nın 35.maddesi, “herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” şeklindedir. Anayasada geçen “mülkiyet hakkı” kavramı maddi mallar üzerindeki mülkiyeti kapsadığı gibi maddi olmayan mallardaki mutlak hakları da kapsar⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ Anayasa md.35’in gerekçesinin 17. paragrafında “mülkiyetin anayasal güvence altına alınması tek tek menkul ve taşınmaz malları, para ile değerlendirilebilen hakları ve mal varlığını toplu olarak ve tabii olarak üretim araçlarını içeren bir teminatır” şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Eser sahibinin haklarından mali hakların gerekçede geçen “para ile değerlendirilebilen haklar”dan olduğu açıktır. Manevi hakların da, mali hakların layıkıyla kullanılabilmesi için ayrılmaz parçası olduğu kabul

3.Kişiye Bağlılık

Kişilik hakkı, kişinin insan olmasından kaynaklanan doğumla kazandığı ve devredemediği, feragat edemediği bir haktır. Doktrinde, kişilik hakkının kişiye sıkı surette bağlı haklardan olduğu belirtilip, bu nedenle başkalarına devredilemediği veya feragat edilemediği ifade edilmektedir. Ancak, kural bu olmakla beraber, istisnaen kişilik hakkının bazı kişi varlıkları yönünden kullanılmasından feragat edilebileceği de vurgulanır⁷⁴⁶. Bu yaklaşım, malvarlığı haklarının da gizli bir tanımını verir böylece. Kişiye sıkı surette bağlı olmayan haklar, malvarlığı haklarıdır.

Kişilik hakkının, çok çeşitli kişisel değerleri koruyan kişilik haklarından oluştuğu belirtilmekte ve her bir hakkın kişiye olan bağına göre, en azından “mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar” ve “nisbi surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar” şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. İlk gruba giren haklar, bizzat hak sahibi tarafından kullanılabilme ve başkalarına devredilememe özelliği gösterirler⁷⁴⁷. Bu ayırımın yaptığı çağrışımla, eser sahibinin manevi hakları arasında bir derecelendirme yapmak mümkün olabilir mi? “Mutlak surette eser sahibine bağlı manevi haklar” ve “nisbi surette eser sahibine bağlı manevi haklar” şeklinde bir sınıflandırma mümkün müdür? Eser sahibinin manevi haklarına bakıldığında, “umuma arzetme yetkisi”, mali hakların kullanılabilmesi için olmazsa olmaz bir hak; çift karakterli bir hak niteliğini taşıırken, “adın belirtilmesi salahiyeti”, genel kişilik değerlerinden bir olarak bilinen isim üzerindeki hakka yakın durmakta, “eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi” ise, mali haklardan biri olan işleme hakkıyla son derece yakın bir ilişki içinde bulunmaktadır. Eser sahibinin manevi haklarının her

edildiğinde, manevi hakların tamamıyla mülkiyet hakkının güvencesi kapsamında bir koruma gördüğü sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu görüş kabul edilmezse, manevi hakların anayasal dayanağını, Anayasanın 17.maddesinde bulmak zor olmayacaktır. “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığını taşıyan hükmün ilk fıkrası “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” şeklindedir.

⁷⁴⁶ DURAL, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4.bası, İstanbul 1995, s.11.

⁷⁴⁷ OĞUZMAN, s.113, ATAAY, Medeni Hukuk, s.394 vd. Mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda, kanuni temsil yolu kapalıyken, nispi olanlarda ise kanuni temsil olanağı bulunmaktadır. KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 2.bası, İstanbul 1984, s.65, dn.12. Dolayısıyla, “kişiye mutlak surette sıkı sıkıya bağlı haklar” da, kanuni temsil bakımından “temsil düşmanlığı” sözkonusudur. İradî temsil alanına ilişkin olarak Özsunay, şu açıklamalarda bulunmaktadır: “İradî temsil alanında kural olarak böyle bir yasak öngörülmemiştir. Ne var ki, “sıkı biçimde kişiye bağlı haklar”ın bir bölümü, iradî temsil yoluyla kullanılmaya elverişli olmadığı gibi (örneğin evlad edinme hakkında); bazılarında, iradî temsil, kesin olarak olanaksızdır da (örneğin nişanlanmada ve evlenmede).” ÖZSUNAY, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986, s.240.

birinin birbirinden belli ölçüde ayrı özellikler taşıması, konu olacakları hukuki işlemlerin sınırını belirlemede bir rol oynayabilir. Manevi hakların devre konu olup olamayacağı, olacaksa bu devrin niteliği ve sınırlarına ilişkin açıklamalar, ikinci bölümde ele alınacaktır.

Kişilik hakkının kişiye bağlı olması demek, kişinin kişilik hakkı üzerinde temel hukuk normlarının müsaade ettiği ölçüde hukuki işlemlerde bulunabilmesi anlamını da taşır. Kişiliği oluşturan değerlerden resim, isim gibi değerler bir lisans sözleşmesine konu olabilirler. Kişilik hakkının inhisari bir hak olmasının bir yansıması da bu noktada görülür. Kişi, bu kişisel değerler üzerinde isterse herhangi bir hukuki işlem yapma yoluna, bu kişisel değerlerden ekonomik açıdan faydalanma yoluna gitmeyebilir. Kişi, bu kişisel değerlerin değerlendirilmesi yönünde herhangi bir zorlamayla karşı karşıya bırakılamaz. Söz konusu kişisel değerlere yapılacak müdahaleler ancak “hukuka uygunluk sebepleri” ile gerçekleştirilebilir. Manevi haklara ilişkin olarak da benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. Hakkın, inhisari (tekelci) niteliğinin yanında başkalarının müdahalesine kapalı bir hakimiyet alanı veren mutlak hak olduğu da eklenebilir. Ancak, eser sahibinin manevi haklarının kendisine verdiği hakimiyet alanı da “hukuka uygunluk sebepleri” ile daraltılabilir. O kadar ki, özellikle patent meselelerine ilişkin olarak bildiğimiz “zorunlu lisans”ın teorik açıdan FSEK’te uygulanma olasılığı⁷⁴⁸ da, manevi hak niteliğine sahip “umuma arz yetkisi”nin kısıtlanabilmesi anlamına gelir.

Manevi hakların temel özelliği, eser sahibinin eseriyle olan bağı ve ilişkisinde bulunur⁷⁴⁹. Eser sahibinin manevi hakları, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi

⁷⁴⁸ Rekabet hukuku bakımından da önem taşıyan “zorunlu lisans”ın, FSEK’le olan bağlantısı, özellikle FSEK md.9 ve md.10’da bulunabilir. Arslanlı, mecburi ruhsat adını verdiği zorunlu lisansı şu şekilde tanımlamaktadır: “Telif hukukunda, eser sahibi bir ücret karşılığında mali hakların kullanılmasına müsaade etmek mecburiyetinde olup, müsaade etmediği durumlarda, müsaade yerine mahkemenin izni kaim oluyorsa, mecburi ruhsattan bahsedilir.” **ARSLANLI**, s.152. Arslanlı’nın zorunlu lisansa ilişkin olarak verdiği FSEK md.9 örneği, doktrinde FSEK md.10’la birlikte tamamlanır. **AYİTER**, s.170, **EREL**, s.265; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.215.

“Eser sahiplerinin birden fazla oluşu” başlığını taşıyan FSEK md.9’un ikinci fıkrasına göre, “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 mali hakların kullanılmasında da uygulanır.”

“Eser sahipleri arasındaki birlik” başlığını taşıyan FSEK md.10’nun ikinci fıkrasına göre, “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.”

⁷⁴⁹ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 41, s.19.

menfaatlerini güvence altına alır. Öyle ki, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, değişik bir ifade biçimiyle eser sahibinin, düşünsel çocuğunun babası olarak tanıtılması konusunda bir talep imkanı sağlar⁷⁵⁰. Bu nedenden ötürü, bir kişinin kendi yazdığı eseri, başkasının ismini kullanması suretiyle, kamuya sunması durumunda, ismi haksız yere kullanılan kişinin, eser sahibi olarak eser sahipliği hakları değil, genel kişilik hakları ihlal edilmiş olacaktır. İsmi haksız yere kullanılan kişi, genel kişilik hukuku hükümlerine dayanarak, kendisine mâl edilmeye çalışılan bu eserle bir ilişkisi olmadığını, eser babası olmadığını (droit de non-paternité), bir çözüme kavuşturacaktır. Bir tabloda, başka bir eser sahibinin imzasının taklit edilmesi de, eser sahipliği hukukunun koruma alanı kapsamında savuşturulacak bir tecavüz olmayıp, genel kişilik hukuku hükümlerinin uygulanmasını davet eden bir durumdur⁷⁵¹.

Manevi haklarla, kişilik hakları arasındaki ayrımı ortaya koyan, “eser ilişkisi” (werkbezug) kavramı, özellikle eser sahibinin ölümünden sonra kendini belli eder. Ölümle kişilik hakkı sona ererken, manevi haklar FSEK md.19 hükmü doğrultusunda eser sahibinin belirlediği veya kanunun belirlediği kişiler tarafından korunur⁷⁵².

4.Maddi/Manevi Menfaatleri Konu Alması

Kişilik hakkının amacı, kişinin sadece manevi menfaatlerini korumaya yönelik olmayıp, maddi, ekonomik menfaatlerini de korumayı amaçlar. MK md.23 f.2, “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” derken sadece “kişiliğin içe karşı korunması” şeklinde teorik bir saptamanın sözcülüğünü üstlenmez. Bununla birlikte, kişinin sözleşmeler hukuku pratiğinde özgürlüğünü kısıtlamaya çalışan kişilere karşı da bir savunma aracı olur. Kişi, maddi menfaatlerinin tatmin edilmesi için, gereğinde “kişilik hakkı”na dayanabilecektir. Uzun süreli sözleşme ilişkisinin hukuka uygun bir şekilde

⁷⁵⁰ SCHACK, Urheberrecht, Kn. 41, s.19.

⁷⁵¹ SCHACK, Urheberrecht, Kn. 41, s.19, Bkz.Emil Nolde kararı.

⁷⁵² Eser sahibinin haklarının ayrılmaz bir parçası olan manevi haklar, Alm. ESHK md.28 f.1 uyarınca mirasçılara geçerken, genel kişilik hakları ölüm sonrasında, ölen kişinin aile mensupları tarafından korunur. Bu iki hakkın korunmasındaki farklılık, koruma süresindedir. Alm. ESHK md.64 uyarınca, eser sahibinin ölüm sonrası korunması 70 yıl sürerken, genel kişilik haklarının koruma süresi, adeta kaypak bir kritere bağlanmıştır. Ölüm sonrası kişilik hakkı korunması, ölen kişinin hatırasının tedricen silinmesine kadar sürecektir. SCHACK, Urheberrecht, Kn. 43.

kısaltılması, ticari faaliyetleri hakkında asılsız söylentiler yayılan kişinin ticari kişiliğine dayanarak müdahalede bulunma olasılığı, kişilik hakkının maddi menfaatleri de korumaya yönelik bir hak olduğunun tipik göstergelerindedir. Manevi tazminata yönelik BK md.49'un taşıdığı başlığın "şahsi menfaatlerin haleldar olması" şeklinde düzenlenişi, şahsi menfaatlerin maddi menfaatleri dışlayıp, manevi menfaatleri kapsadığı şeklinde yorumlanamaz. Kişi, maddi menfaatlerinin zedelenmesi neticesinde manevi zarara uğraması halinde BK md.49'a göre manevi tazminat isteyebileceğine göre, şahsi menfaatlerin maddi-manevi kişinin tüm menfaatlerini kapsadığını söylemek doğru olur.

FSEK'te, kişilik hakkına paralel bir şekilde, eser sahibinin maddi ve manevi menfaatlerini korumaya yönelir. Ancak, burada korunan maddi ve manevi menfaat "eser sahibinin eseriyle olan ilişkisi" eksenine yerleştirilir. Bu ekseni ıskalayan tüm menfaatler, "diğer hükümlerle" özellikle kişilik hakkı koruması kapsamında savunulur. FSEK'te düzenlenen eser sahibinin mali ve manevi hakları, eser sahibinin maddi daha doğru bir ifadeyle mali ve manevi menfaatlerini korumaya yöneliktir. Eser sahibinin maddi menfaatlerini mali haklarla, manevi menfaatlerini ise manevi haklarla birebir şekilde eşdeğer görmek kanaatimizce yerinde olmaz. Böyle bir yaklaşım, manevi hakların eser sahibinin mali menfaatlerini de korumaya yönelmiş olduğu gerçeğini gözardı etmek olur.

FSEK'in ilk halinde, mesleki birlikler kurulması başlığını taşıyan 42.maddenin ilk fıkrasında, eser sahiplerinin maddi ve manevi menfaatlerinden bahsedilmekteydi. FSEK'in diğer hükümlerinde mali haklar ve manevi haklar ifadeleri kullanılmasına rağmen, sözkonusu bu hükümde, maddi ve manevi menfaat kelimelerinin tercih edilmesi mali hak-maddi menfaat ve manevi hak-manevi menfaat arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacını doğurmuştur. Tekinalp, "mali" ile "maddi" kelimeleri arasında anlam farkı bulunmadığını, bu iki kelimenin çoğu kez birbirinin yerine kullanıldığını kabul etmenin mümkün olabileceğini belirtmiş, ancak "hak" ile "menfaat" sözcüklerinde aynı özdeşliği görmenin mümkün olmadığını vurgulamıştır⁷⁵³. Yazara göre, manevi menfaatlerin manevi haklar ile doğrudan ilişkileri yoktur. Eser sahibinin, ününün oluşması devamı ve artmasından doğan ideal

⁷⁵³ **TEKİNALP**, Ünal, Eser Sahipleri Mesleki Birlikleri, BATİDER, 1979 Cilt X, s.83.

nitelikteki yararları manevi menfaatlerini oluşturur. Bu bağlamda, bir oyun yazarının eserinin çok kötü bir tiyatrodaki sahneye konması ve çok kötü oynanmasının etkileri sahip olduğu üne etki eder ve giderek ününü zedeleyici bir durum alabilir. Bu nedenle, mali hakların çeşitli hukuki sebeplerle, üçüncü kişilerce kullanılmasının tarzı ve niteliği eser sahibinin “manevi menfaatleri”ni zedeleyebilir. Ünlü bir şairin şiir kitabının, çoğaltma ve yayma hakkını almış olan bir yayınevi tarafından kötü olarak basılması, dağıtımının yetersiz olması; bir plakevinin büyük bir kompozitörün ve piyanistin son eserini plak haline getirmek için anlaşma yapmış olmasına rağmen eseri bir türlü plağa almaması, eksik teknikle ve eskimiş cihazlarla kayıt yapması ya da plağı uzun süre geçmiş olmasına rağmen satışa çıkarmaması gibi mali haklardan kaynaklanan bazı olaylar eser sahibinin ününün zedelenmesine yol açabilir⁷⁵⁴. Verilen bu örnekler de, eser sahibi FSEK md.14’de düzenlenmiş umuma arz yetkisine dayanarak, eserinin umuma arzının tarzına müdahalede bulunduğunu ileri sürerek veya FSEK md.16’da düzenlenmiş eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisini işleterek manevi menfaatlerinin manevi hak aracılığıyla korunmasını sağlayabilir. Öte yandan eser sahibi, FSEK md.58’in mali hak sahibi veya lisans sahibinin eserden hiç veya gereği gibi faydalanmamasını gerekçe göstererek de, cayma hakkı imkanını kullanıma sokabilir. FSEK md.58, bir anlamda eser sahibinin manevi hak çatısı altında düzenlenmemiş manevi menfaatlerinin tatmin edilmesine yönelik bir işlev üstlenir. FSEK md.42’nin bugünkü halinde, maddi-manevi menfaat deyimleri kullanılmamış, FSEK’teki diğer hükümlerle uyum sağlamak için “bu kanun ile tanınmış haklar” ile “ortak çıkarlar” deyimleri tercih edilmiştir.

C.Manevi Hak-Kişilik Hakkı İlişkisinde “Şeref ve İtibar”ın Rolü

Eser sahibinin manevi haklarıyla, genel kişilik haklarının bağlantısını göstermek bakımından “şeref ve itibar” kavramları öne çıkar. Öyle ki, manevi hakların ilk planda eser sahibinin manevi menfaatlerini korumaya yöneldiği kabul edildiğinde, “şeref ve itibar” ifadesi korunmak istenen manevi menfaatlerin merkezinde yer alır. FSEK md.14 f.3, eserin umuma arzedilmesi veya yayımlanma tarzının, eser sahibinin “şeref ve itibarını” düşürecek mahiyette olamayacağını ilan eder. FSEK md.16 f.3 ise, eser sahibinin, daha önceden izin vermiş olsa bile “şeref ve itibarını” zedeleyen

⁷⁵⁴ **TEKİNALP**, Meslek Birlikleri, s.84.

her türlü değişikliklere karşı çıkma hakkını düzenler. “Şeref ve itibar”, kişiliği oluşturan değerlerdendir. Kişiliği oluşturan değerlerin içeriğini kesin bir şekilde tanımlamaktaki güçlük bu kişilik değerleri bakımından da geçerlilik taşır. Kanunda, tanımı verilmemiş kavramlar olarak, doktrin ve mahkeme kararlarının geniş kapsamlı tespitleri önemli bir rol oynar. “Şeref ve itibar” ikilisi yerine daha çok “şeref ve haysiyet” in kullanıldığına tanık olunur. Hatta, “şeref” kavramını iç şeref- dış şeref şeklinde ayırma tabi tutan yazarlar dış şerefi itibar, iç şerefi ise haysiyet olarak anırlar⁷⁵⁵. Öte yandan, şeref ve haysiyetle ifade edilmek istenen şeyin, “dış şeref ve haysiyet” olduğu ve bu kavramın bir kimseye onun bulunduğu toplum tarafından verilen değer yargısı şeklinde tanımlanabileceği belirtilir⁷⁵⁶.

Şeref ve haysiyet tanımına ilişkin, doktrinde birçok ifade bulmak mümkündür. “Şeref ve haysiyet, dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için kişiye verilen değeri ifade eder⁷⁵⁷.”

Dış şeref ve itibar, ilgili kişinin hayatının çeşitli cephelerine göre kısımlara ayrılır: Şahsi ve ailevi şeref, mesleki şeref, siyasi şeref ve cinsi şeref. İç şeref veya haysiyet ise, bir kişinin bizzat kendisi hakkında beslediği iyi kanaat olarak tanımlanır⁷⁵⁸.

Şeref ve haysiyet kavramlarını açıklamada kullanılan bir ayırım da, genel şeref ve haysiyet ile özel şeref haysiyettir. Genel şeref ve haysiyette toplumsal değer ölçüsü herkes için aynıken, özel şeref ve haysiyette değer ölçüsü ilgilinin yaşı, cinsiyeti, medeni hali gibi şahsi haline veya onun mesleği, işi gibi sosyal durumuna göre

⁷⁵⁵ **FRANKO**, N. Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.3,7.

⁷⁵⁶ **KILIÇOĞLU**, A. Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982, s.64 vd. Yazar, şeref ve haysiyetin türleri olarak, iç şeref ve dış şeref; hukuksal ve ahlaksal şeref ve haysiyet; toplumsal şeref ve haysiyeti görür. Ahlaksal şeref ve haysiyet, hukuken yaptırma bağlı kılınmamış, fakat toplum tarafından kabul edilen bazı ahlak kurallarına uygun davranışlar sonucu elde edilen toplumsal değerler olarak tanımlanır. Bir kimseyi alkolik olmakla, dalkavuk olmakla veya jurnalcilikle vb. nedenlerle suçlama ahlaksal şeref ve haysiyetine saldırı teşkil eder. Kişinin, hukuksal yükümlülüklerini yerine getirmesinden ve hukuk kuralları karşısındaki davranışlarından doğan toplumsal değerleri ise, hukuksal şeref ve haysiyeti oluşturur. Bir kimseyi katillikle, dolandırıcılıkla, vergi kaçırmak vb nedenlerle itham etmek hukuksal şeref ve haysiyetine saldırı teşkil eder.

⁷⁵⁷ **DURAL**, M./**ÖĞÜZ**, T., s.118.

⁷⁵⁸ **FRANKO**, Şeref ve Haysiyet, s.7. Yazar, şeref ve haysiyeti iki ölçüte göre sınıflandırmayı uygun görür. İlk çıkış noktası, şeref ve haysiyetin ilgili bulunduğu sahalara göre yapılan ayırımdır. Bu ayırım, dış şeref (itibar) ve iç şeref (haysiyet) tir. İkinci ayırımsa, şeref ve haysiyetin ilgili bulunduğu kişilere göre yapılır. Bu ayırım, ferdi şeref ve haysiyet ile kollektif şeref ve haysiyettir.

değişiklik gösterir⁷⁵⁹. Bir kimsenin iş ve mesleğine ilişkin özel bir şeref ve haysiyeti vardır. Tüm bu şeref ve haysiyet türleri, kişilik hakkı ihlallerinde ihlalin varlığını ve ağırlığını belirlemek bakımından bir işleve sahiptir. Eser sahibinin de şeref ve itibarı da, kişilik hukukundan ödünç alınmış bir kavram olarak FSEK’te yerini bulur. Eser sahibinin şeref ve itibarının ihlali halinde FSEK hükümleri mi yoksa genel kişiliği koruyucu hükümler mi uygulanacaktır? Eğer, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen hukuka aykırı fiiller eser sahibinin umuma arz, adın belirtilmesi, eserin bütünlüğünü koruma yetkileri gibi manevi haklarına ilişkinse o takdirde, FSEK hükümleri uygulanacaktır. Aksi takdirde, genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Eser sahibinin, eserine yönelik olarak yapılan aşırı eleştirilerin şeref ve itibarını zedelemesi durumunda, başvurulacak kanun FSEK değil, MK olacaktır.

Eser sahibi, müsaade edilebilir eleştiri sınırını aşıp, onurunu hedef alan saldırıları, genel kişilik hukuku hükümlerine başvurarak sona erdirebilecektir. Eserinin içeriğine yönelmiş, eserinin değerini düşüren eleştiriler, eser sahibini küçük düşüren hakaret sınırlarına varmadıkça, eser sahibinin katlanması gereken durumlardan birisi olarak görülür⁷⁶⁰. Eserin maddesel varlığına yönelmiş bir saldırı da, genel hükümlerin uygulanmasına yol açabilecektir. Bir romanın yırtılması, bu konuda bir örnek olarak gösterilebilir⁷⁶¹. Dolayısıyla, somut bir eserin eleştirisinde, ihlal edilen hak, genel kişilik hakları olacaktır. Kural olarak, eserin düşünsel yapısıyla meşgul olan bir eleştiri, eserin bozulması veya izinsiz değiştirilmesi sonucuna varmayacaktır. Eleştiri, eseri somut olarak değiştirme amacını taşımadığı gibi böyle bir sonuç da doğurmaz⁷⁶². Esere yapılan eleştiri, eserin yapısını, bütünlüğünü

⁷⁵⁹ **KILIÇOĞLU**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam, s.66 vd. Bir çocuğu ahlaksızlıkla itham etmek, yetişkin kimseye yapılan ithamdan farklıdır. Kadınların cinsel şeref ve haysiyetlerinin erkeklerden daha duyarlı olduğu kabul edilir.

⁷⁶⁰ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.42, s.19, 20. Bu yaklaşım temelini, anayasaca güvence altına alınmış düşünce ve eleştiri özgürlüğünde bulur.

⁷⁶¹ Bkz. BverfG NJW 1993, 1462-Böll. Bu noktada bir ayırım yapılmalıdır. Eğer, yırtılan şey romanın tek ve asıl nüshası ise, bu takdirde ihlal, manevi hak ihlali hüviyetine bürünecektir. Heykele yapılan maddi bir saldırı, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlalidir. Eğer, yapılan maddi saldırı bir eserin çoğaltılmış nüshalarına yönelmişse, bu takdirde Eşya Hukuku anlamında mülkiyete yönelmiş bir saldırıdan bahsetmek mümkün olacaktır. Eserin maddesel varlığına yönelmiş saldırının genel kişilik hukuku hükümleri ihlaline yol açması, eserin aslının sözkonusu olmadığı ve eser sahibinin çoğaltılmış nüshayla manevi bağının olduğu durumlarda sözkonusu olacaktır.

⁷⁶² **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 42. Elbette, bu konuda fikir jimnastiği yapıp, eserin somutlaşmış halinde yapılacak bir değişiklik yoluyla da, eleştiri imkanının varlığı düşünülebilir. Bir eleştirmen, örneğin, bir tabloyu siyaha boyamak suretiyle, eleştirisini ifade edilebilir.

etkileyecek bir ortam değişikliği⁷⁶³ anlamına gelmeyip, olsa olsa eserin etki gücününün azalmasına neden olacaktır⁷⁶⁴. Eserinin, eleştirisi dolayısıyla, etkileme gücününün azalması nedeniyle eser sahibi, eser sahipliği hukukuna dayanarak herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Bu konuda, eser sahibine tanınacak bir hak, eleştirinin sınırlarını aşmış olması kaydıyla, olsa olsa genel kişilik hukuku hükümlerinden türetilen bir talep olacaktır⁷⁶⁵. Eserdeki ifade ediliş tarzına yönelmiş bir eleştiri, eser sahibinin ne umuma arz etme hakkını, ne eser sahibi olarak tanıtılmak hakkını ne de eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını ihlal eder. Eser sahibinin “aşırı eleştiriye önleme” şeklinde formüle edilebilecek bir manevi hakkı yoktur.

Eser sahibinin manevi haklarının, genel kişilik haklarının özel bir görünüm biçimi veya bir parçası olduğu şeklinde değerlendirmelere rastlamak mümkündür⁷⁶⁶. Bu görüşün temelinde yatan düşünce, genel kişilik haklarının bir genel hüküm, bir “kaynak hak” olarak görülmesidir⁷⁶⁷. Ancak bu düşünce, ne genel kişilik haklarının gelişimiyle ne de eser sahibinin manevi haklarının özel işleviyle örtüşür⁷⁶⁸.

Kişilik haklarıyla manevi haklar arasında genel-özel hüküm ilişkisi kurmak, her iki hakkın farklı hukuki menfaatleri ele aldığı kabul edildiğinde, doğru olmaz. Örneğin, eser sahibinin şeref ve itibarı genel kişilik hakkıyla korunurken, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi, “manevi hak” adı altında korunur. Bir ressamın çizdiği resmin aslını yırtıldığında eser sahibinin hem manevi hakkının hem de kişilik hakkının zedelenmesinden söz etmek mümkündür. Ancak, eser

⁷⁶³ Böyle bir değişiklik, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

⁷⁶⁴ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 42.

⁷⁶⁵ **SCHRICKER/DIETZ** § 12 Kn.16; **HUBMANN**, Urheberrecht, s.199.

⁷⁶⁶ Bu yönde değerlendirmelerde bulunan mahkeme kararları vardır. Örneğin; BGH GRUR 1971, s.525,526-Petite Jacqueline. Manevi haklar için “Kişilik haklarının özel görünüm biçimi” ifadesinin kullanıldığı ilk karar, “Leserbriefe” kararıdır. BGHZ 13, 334,339.

⁷⁶⁷ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.44; BGHZ 24,72,78-Krankenpapiere.

⁷⁶⁸ Öyle ki, genel kişilik hakları 1954 yılında BGH tarafından tanındığında, en önemli özel kişilik hakları halihazırda mevcuttu. AMK md. 12’de yer alan isim hakkı, resim üzerinde hakkı düzenleyen 1907 tarihli Sanat Eseri Sahipliği Kanununun 22.maddesi bu bağlamda örnek olarak sayılabilir. Eser sahibinin manevi hakları ise 1912 yılından beri, içtihatlarda (RGZ 79, 397-Felseiland mit Sirenen) yerini almıştı. Bu nedenle, genel kişilik haklarını kaynak hak veya genel hüküm olarak işlevinden bahsetmektense, tamamlayıcı işlevinden söz etmek daha doğru olacaktır. **HUBMANN**, Urheberrecht, s.172; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.44.

Genel kişilik haklarının keşfi, özel kişilik haklarını gereksiz kılmamıştır. Farklı görüş için bkz. **WRONKA** Das Verhältnis zwischen dem Allgemeines Persönlichkeitsrecht und den sogenannten besonderen Persönlichkeitsrechten, UFITA 69 (1973) s.75 vd., s.90,91. Tersine, özel kişilik haklarıyla karışmaması ve aralarına bir sınır çekilmesi bakımından ihtiyaç duyulur bir kavram olmuştur. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.44.

sahibinin sözkonusu tablosunun bir kopyasını kullanılamaz hale getirildiğinde, olsa olsa eser sahibinin genel kişilik hakkını ihlal edilmesinden sözedilebilir. Genel hüküm-özel hüküm ilişkisinde, her iki hükmün birlikte uygulanması teorik olarak mümkün olmamalıdır. Özel hükmün, genel hüküm karşısında önceliğe sahip olması temel prensibinin gereğidir bu. Ancak, manevi hakların kişilik haklarından türetildiği yönündeki yaklaşım, kişilik hakları ile manevi haklar arasında bir genel hüküm-özel hüküm bağı kurulmasına neden olmaktadır.

Genel kişilik haklarıyla, eser sahibinin manevi hakları arasındaki ilişki parçanın bütünüle olan ilişkisine benzetilmemelidir. Her iki hak grubu, birbirleriyle kısmen örtüşen bir alanda, eşit bir şekilde yanyana varlıklarını sürdürürler⁷⁶⁹.

Eser sahibinin manevi hakları, özel bir yasayla düzenlenmiş olması nedeniyle, genel kişilik hakları karşısında bir önceliğe sahip olacaktır. Ancak, somut olayda, eser sahibinin manevi menfaatleri manevi haklar aracılığıyla korunamadığında, kişilik haklarına ilişkin hükümler yardıma yetişebileceklerdir⁷⁷⁰. Ayrıca, aşağıda belirteceğimiz gibi, her iki hükmün şartları ayrı ayrı gerçekleştiğinde, fikri hakların ve manevi hakların korunmasına ilişkin taleplerin yarışması da mümkündür.

Ülkeler arasındaki eser sahipliğine ilişkin düzenlemelerdeki farklılığının adaletsiz sonuçlara yol açmaması için, genel kişilik haklarından hareketle bir çözüm getirmek

⁷⁶⁹ Her iki hakkın, birbirinden bağımsız bir şekilde aynı ortak kaynaktan, Alman Anayasasının 1. ve 2. maddelerinden doğmaları nedeniyle, büyük ölçüde benzerliklere sahip olduğunu belirtmek gerekir. **NEUMANN-DUESBERG**, Verwechslung des UPR mit dem APR, NJW 1971, s.1641; **SCHACK**, Persönlichkeitsrecht, 353. Anayasal kaynak bakımından bu ortaklık, medeni ve kamusal nitelikli kişilik haklarının farklı işlevleri sahip olduğunu bir kenara itmemelidir. Bu ayrım hakkında, ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BASTON-VOGT**, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen APR 1997, s.115 vd.

Genel kişilik hakları, temel hak olarak, devletin vesayetine karşı, kişinin gelişimini sağlayacak serbest alanı garanti eden bir savunma hakkıdır. Medeni veya özel hukuk nitelikli kişilik hakkı ise, kişinin gelişim özgürlüğünü, dolaylı yoldan, kişinin hukuk tarafından tanınmış kişilikle ilgili değerlerini tazminat, tecavüzün ortadan kaldırılması veya önlenmesi gibi taleplerle güvence altına almıştır. Bu konuda, AMK md.823, md.1004 ve Alm.ESHK md. 97 gibi kurallar örnek olarak verilmektedir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.44, s.21.

⁷⁷⁰ Eser sahibinin haklarını koruyan bir düzenlemeyle –Alm.ESHK- bir çözüme ulaşamadığında, Alman Anayasası md.1 f. 1 ve md.2 f.1 hükümlerindeki temel hakların korunması amacıyla, istisnai olarak genel kişilik hukuku hükümlerine başvurulacaktır. **VON GAMM**, Kn 93; **KRUGER-NIELAND**, Gerda, Das UPR, eine besondere Erscheinungsform des APR?, in FS Hauß, 1978, s.221 vd.; **SCHACK**, Persönlichkeitsrecht, s.354.

Genel kişilik haklarının, adeta boşluk doldurma işlevi üstlendiği bu duruma örnek olarak, Alm. ESHK'nın önceki halinde bulunan, kısa koruma sürelerine sahip hakların korunması gösterilebilir. Bkz. Eski Alm. ESHK md.68 ve md.83 f.3 c.1.

de mümkündür. Bir ülke hukukuna göre eser sahibi kabul edilmeyen kişi, başka bir ülke hukukunda genel kişilik haklarından hareketle eser sahibi olarak kabul edilebilir. Alm. ESHK md. 121 f.6, md.125 f.6 hükümlerinin varlığına rağmen, genel kişilik haklarının, anayasaca teminat altına alınmış kişiliğin geliştirilmesi işlevini üstlendiği bir başka durum, yabancı uyruklu eser sahipleri veya icracı sanatçıların yabancı kanunlar nedeniyle korumadan yoksun kalışlarını ortadan kaldırmaya çalışmasıdır. Böyle bir işlev, kanunlar ihtilafına ilişkin uygulamada sözkonusu olabilecektir. ABD Hukukuna göre, Alman Hukukunun aksine, bir filmin eser sahibi olarak sayılmayan film yönetmenini, eser sahibi sayılan filmin yapımcısı karşısında korumasız bırakmamak adına, genel kişilik hukuku hükümlerine göre korumak mümkündür. Başka bir deyişle, Alman Kanunlar ihtilafı kurallarına göre Amerikan Hukuku uygulanması gerektiği için, Amerikalı bir film yönetmeni, eser sahipliği korumasından yararlanamamasına rağmen, vazgeçilemez nitelikli kişilik hakkının özüne dayanarak, Alman Hukukuna göre korunabilir⁷⁷¹. Genel kişilik haklarının, olumsuz sonuçları aza indirgeyen, tedavi edici işlevi, eser niteliğinden yoksun günlüklerin veya mektupların eser korumasına sahip olamadıkları durumlarda da, devreye girer⁷⁷². Genel kişilik haklarının bu boşluk doldurucu, olumsuz sonuçları giderici işleviyle ilgili olarak şu husus dikkatlerden kaçmamalıdır. Kural olarak, genel kişilik haklarının ihlali durumlarında hoşgörü eşiği, eser sahibinin manevi haklarının ihlali durumlarındakinden daha geniştir⁷⁷³.

Manevi haklarla, kişilik haklarından doğan taleplerin yarışması da mümkündür. Fikri Hukukça korunan bir şeyin, genel kişilik haklarınca da korumaya sahip olduğu durumlarda, tazminat talepleri yarışabilecektir. Bir eserin tahrif edilmesi neticesinde ortaya çıkan şeref ihlali, Fikri Hukukun da koruması kapsamındadır. Çünkü, eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkının varlığı sözkonusudur. Eser sahibiyle özdeşleşmiş kurgusal bir karakterin, küçük düşürücü bir şekilde başka bir eserde kullanılması, hem kişilik haklarının hem de eser sahibinin manevi haklarının ihlaline neden olabilecektir⁷⁷⁴. Başka bir olasılık olarak, eser sahibinin eserini

⁷⁷¹ John Huston davası çerçevesinde Alman Hukuku ve ABD hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. **SCHACK**, Kolorierung von Spielfilmen: Das Persönlichkeitsrecht des Filmregisseurs im IPR, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1993, s.46,51.

⁷⁷² BGHZ 13, 334,339-Leserbriefe. Mahkeme, bu kararında, genel kişilik haklarını, mutlak hak olarak nitelendirmiştir.

⁷⁷³ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 46.

⁷⁷⁴ Bkz. BGH GRUR 1994, s.191, 203-Asterix-Persiflagen.

umuma arz etme hakkını ihlal eden bir fiilin, aynı zamanda eser sahibinin gizli alanını ihlal edebilmesi, akla gelir⁷⁷⁵.

D.Manevi Hakların Diğer Kişilik Haklarıyla İlişkisi

1.Genel Olarak

Eser sahibinin manevi hakları, sadece genel kişilik haklarıyla ilgili değil, kişilik hakkının özel görünüm biçimleriyle; başka bir deyişle özel kişilik haklarıyla da yakından ilişkilidir. Eser sahibi, başkasının ismini veya resmini izinsiz kullandığında, bu kişinin kişilik haklarıyla bir çatışma içine girmiş olur ki, bu durumlarda da, manevi haklarla kişilik hakları arasındaki bir ilişki ortaya çıkar.

2.Resim Üzerindeki Hak

Resim üzerindeki hak, eser sahipliğini değil kişilik hakkını ilgilendiren bir düzenlemeyi konu alır⁷⁷⁶. Nitekim, Türk Hukukunda, “resim üzerindeki hak” konusu Kişiler Hukukuna ilişkin kitaplarda incelenir. Hakkın öznesi, resmi yapılan kişidir. Ancak, resmin, eser niteliği taşıması durumunda, resmi yapan eser sahibi ile resmi yapılan kişi arasındaki ilişki fikri haklar ile kişilik hakları arasındaki ilişkiyi gerilim dolu veya mutlu sonlu bir mücadeleye dönüştürür.

Resim kavramı, dar değil, geniş yorumlanacaktır. Bu anlamda, resim sadece kişinin fotoğrafı olmayıp, kamera veya benzer cihazlar ile tespit edilmiş olan görüntüsünü, fırça, kalem yahut sair bir araçla yapılmış resmi ve karikatürünü de kapsayacaktır⁷⁷⁷. Hatta, heykel gibi, kişinin dış yaşama yansımalarını ve onu diğer kişilerden ayıran tüm

⁷⁷⁵ WANDTKE/BULLINGER, § 12, Kn.20.

⁷⁷⁶ Sistematik olarak düşünüldüğünde, bu düzenleme, Alm.ESHK md.141 f.5’le kaldırılan 9.1.1907 tarihli Alman Sanat Eseri Sahipliği Kanunundan (KUG) çok, AMK md. 12 ile olan akrabalık ilişkisi içindedir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 48, s.23. Yazarın vurgulamak istediği, resim üzerindeki hakkın AMK md.12’de düzenlenmiş isim hakkı gibi özel bir kişilik hakkı olduğudur.

Kişinin resmi, Alm.Sanat Eseri Sahipliği Kanunu md. 22 f.1 uyarınca, rıza şartına bağlı olarak kamuya sunulabilir veya çoğaltılabilir. Öyleyse, yasak olan kişinin resminin üretimi değildir. Öte yandan, kişinin resminin, kişinin verdiği izin sınırları dışında çoğaltılması, kamuya paylaşılması durumunda da, kişilik hakkının ihlalden bahsedilecektir. BGHZ 24, s.200,208-Spätheimkehrer; BGH JZ 1995, 1115,1116- Videoüberwachung.

⁷⁷⁷ **OĞUZMAN,SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.123; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı, KÜHFD, Yıl 1, S.1; Kasım 1997, s.373 vd.

görüntülerin resim üzerindeki hak kapsamına dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁷⁸.

FSEK md.86 f.1'e göre, eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19'uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakatı olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez. O halde, kişinin rızası olmadan, resminin kullanılması hukuka aykırıdır. Ancak, kamunun bilgilendirme özgürlüğü çerçevesinde, kişinin rızası olmadan resminin kullanılabilmesi durumları da vardır. FSEK md.86 f.2'de, bu istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, "memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; günlük hadiselere ilişkin resimlerle radyo ve film haberlerin" umuma arzında birinci fıkrada sayılan kimselerin rızalarının alınmasına gerek yoktur. Ancak, bu istisnaların da bir sınırı vardır ki, o da MK md.24'dür. FSEK md. 86 f.4, bu istisnayı şu şekilde ifade eder: "Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde de Medeni Kanununun 24'üncü maddesinin hükmü mahfuzdur". O halde, örneğin günlük hadiselere ilişkin resmi kullanılan bir kişinin, bu duruma itiraz hakkı FSEK md.86 f.2 b.3 gereği engellenebilecektir. Ancak, günlük hadiseye ilişkin olarak resmi kullanılan kimse, resmini yayınlayan kişinin bu hakkını aştığını, adeta kötüye kullandığını söyleyerek MK md.24'e başvurabilecektir. Sözkonusu kişi, günlük hadiseye ilişkin resminin kullanılmamasında örneğin daha üstün özel bir yararı olduğunu veya bu resmin kullanılmasında üstün bir nitelikte kamu yararı olmadığını iddia edebilecektir. Doktrinde⁷⁷⁹, haklı olarak ifade edildiği üzere, resmin yayınlanmasının, hukuka aykırı olmaması için sosyal uygunluğun da bulunması gerekir. Kamuya mal olmuş bir kişinin, toplum içindeki yeri ile ilgili olmayan bir resminin rızası olmadan yayınlanması, hukuka aykırı olduğu gibi, resmin haber verme amacını aşmış, şerefe ya da özel hayata tecavüz niteliğini alması, kişilik haklarının ihlaline neden olur.

⁷⁷⁸ HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.73; GÜMÜŞ, s.365,366.

⁷⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s.131.

Kişinin resminin, eser niteliğine sahip olması durumunda resmi yapılan kişinin kişilik haklarıyla, resmi yapan kişinin; eser sahibinin menfaatleri çatışabilir. Eğer, sanatçının meydana getirdiği resim, resmi yapılan kişinin rızası olmadan gerçekleştirilmişse sözkonusu kişi bu resmin umuma arzını kişilik haklarına dayanarak yasaklayabilecek midir? Burada, resmi yapan eser sahibinin hakları, resmi izinsiz yapılan kişinin kişilik haklarının önüne geçebilecek midir? Resmi yapılan kişi, memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynuyorsa, resminin yapılmış olmasına karşı çıkamayacak mıdır? Doktrinde, FSEK md.86 f.2’de yer alan istisnalar dışında da, bir kimsenin resminin özellikle de portresinin, sanat amacıyla yayınlanmasının hukuka aykırı olmadığı kabul edilmesi gerektiği savunulur. Ancak, portresi yapılan kişinin bunu açıkça yasaklaması hariç tutulur⁷⁸⁰. Demek ki, bir kimsenin portresinin, portreyi yapan kişice umuma arzında iki noktaya dikkat edilecektir. Portre, portreyi yapan kişice kar amacıyla değil, sanat amaçlı olarak umuma arzedilebilecek ve bu konuda portresi yapılan kişinin açıkça bir yasaklaması olmayacaktır. Görüldüğü üzere, bir portre ressamının ve hatta çektiği fotoğraf eser niteliğini taşıyorsa portre fotoğrafçısının eser üzerindeki mali ve manevi hakları, portreye konu olan kişinin genel kişilik hakları karşısında feda edilebilecektir. Portreyi yapan kişinin yani eser sahibinin eserdeki mali ve manevi haklarından faydalanmasında, portreye konu olan kişinin vereceği rıza etkili bir rol oynayacaktır. Üçüncü bir kişinin, eser niteliğindeki portreyi izinsiz kullanması durumunda, bu hukuka aykırılık karşısında, portreyi yapan eser sahipliğinden kaynaklanan hakları aracılığıyla, portresi yapılan kişi ise genel kişilik hakları aracılığıyla savunmaya geçebilecektir.

Diğer irade açıklamalarından farklı olarak, kişinin resminin yayılmasına ilişkin rıza belli koşullar altında, önemli nedenlerden ötürü –ex nunc- geri alınabilir. Özellikle, resmin kullanımına devam etme, resim sahibinin değişen kanaati nedeniyle, kişilik hakkını ihlal edici bir hal aldıysa ve yine resminin kullanımına rıza göstermiş olan kişinin önceden vermiş olduğu bu izniyle (Zustimmung) bağlı kalması katlanılmaz bir hal almışsa, rızanın geri alınabilmesi imkanı doğar. Bu noktada, değişen kanaat nedeniyle cayma hakkının kıyasen uygulanmasından bahsedilebilir⁷⁸¹. Rıza doğrultusunda hareket eden kişinin, rıza verenin rızasını geri alması karşısında,

⁷⁸⁰ HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, s.301; DURAL/ÖĞÜZ, s.131.

⁷⁸¹ LOEWENHEIM/SCHERTZ, § 18, Kn.10.

değişen kanaat dolayısıyla cayma hakkının bir sonucu olarak ortaya çıkan tazminat talebinde bulunma hakkının kıyasen uygulanmasına, doktrinde ağırlıklı olarak karşı çıkmaktadır. Buna gerekçe olarak, cayma hakkına sahip olan kişinin karar verme özgürlüğünün önemli bir şekilde sınırlanacağı gösterilmektedir⁷⁸².

Son olarak, kişinin filminin –hareketli görüntüsünün- de FSEK md.86 kapsamında bir değerlendirmeye konu olması mümkündür. Kişinin kaydedilen veya aktarılan görüntüsü eser mahiyetinde de olabilir. Bir kişinin alışveriş yaparken çekilen görüntüsü FSEK md.86 kapsamında değerlendirilecekken, bir pandomim sanatçısının gösterisinin kayda alınması eser koruması çerçevesinde yorumlanacak ve olayın özelliğine göre mali ve/veya manevi hak ihlalden söz edilebilecektir.

3.Söz Üzerindeki Hak

Sözlü eserlerin korunması, bu eserlerin yazılı bir hale getirilmesine veya kamuya açıklanmış olmasına bağlı değildir. Sözlü eserlerin korunmasındaki, bu genişliğe rağmen, eser niteliğine sahip olmayan konuşmalar, sözlü ifadeler, genel kişilik hukuku çerçevesinde korunabilecektir. Sözlü ifadelerin güvenilirliği, başka bir deyişle doğru olup olmadığı, veya eser sahipliğini koruma yasası kapsamında kişisel ve düşünsel bir yaratı düzeyine erişip erişmemesi, koruma bakımından bir rol oynamayacaktır⁷⁸³.

⁷⁸² Buradaki tazminat hakkı, eser sahibinin kanaat değişikliği dolayısıyla kendisine tanınan cayma hakkıyla ilişkili olarak Alm. ESHK md.42 f.2 c.1 de düzenlenmiş olan tazminat talebini konu almaktadır.

Bu tazminat talebi yerine, irade açıklamalarının iptalini konu alan AMK md.122 hükmünün kıyasen uygulanmak suretiyle, rıza alan kişinin güven zararını (Vertrauensschaden) tazmin ettirebileceği ifade edilmektedir. **SCHRICKER/GERSTENBERG/GOTTING**, § 60/ § 22 KUG, Kn.14.

Türk Hukukunda, AMK md.122'nin muadili olarak değerlendirilebilecek hüküm, BK md.26'da düzenlenen ihmal yüzünden hatadır.

İzin geri alınmasına ilişkin olarak, doktrinde şu örneklere rastlamak mümkündür: Bir hayat kadınının, resminin ilgili bağlamda umuma arz edilmesi yönünde verdiği rızanın, bu yaşam tarzını sürmekten tamamen çekilmesi üzerine geri alınabileceği belirtilmiştir. **HELLE**, Jürgen, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht*, Tübingen 1991, s.100.

Bir konser kemancısının, çingenelerden oluşan küçük bir orkestrada şef olarak vazife görürken çekilen fotoğrafının bir reklam broşüründe de kullanılması durumunda da, kişinin daha önce vermiş olduğu rızayı geri alabileceği kabul edilmiştir. **WENZEL**, Wort- und Bildberichterstattung, Kn.7.44. Dolayısıyla, çingenelerden oluşan bir orkestraya şeflik ederken çektiği fotoğrafın reklamda kullanılmasına izin vermiş olan bir kişinin, konserlerde kemancı olarak çalışmaya başlaması üzerine vermiş olduğu izni geri alabileceği haklı görülmektedir.

⁷⁸³ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.49, s.23.

Teknolojik gelişmelerin, sözün kayda alınmasını sağlayan araçların çokluğunu ve kolay işlemlerini sağlaması nedeniyle, sözün izinsiz tesbiti ve açıklanmasına karşı, eserse eser koruması, değilse kişilik hakları korumasından faydalanması noktasında bir ihtiyacın olduğu açıktır.

Doktrinde, söz üzerindeki hakkın korunmasına ilişkin olarak özellikle FSEK md.85'den yararlanılması konusundaki öneri dikkat çekicidir. FSEK md.85 f.1'de, "eser mahiyetinde olmasa bile mektup, hatıra ve buna benzer yazılar" a ilişkin olarak bir koruma öngörülmüştür. Her ne kadar hükmün lafzıyla örtüşmese de, "buna benzer" ibaresine odaklanılarak "söz"ün de bu hüküm korumasından faydalanması gerektiği savunulmaktadır. Görüş gerekçesini, "alışılmış biçim olan mektupların yerini bugün yavaş yavaş kasetlerin, ya da basit bir plak doldurma tekniği kullanılan kartların almaya başladığını ve bu nedenle FSEK md.85 hükmünü yazılı açıklamalara inhisar etmenin doğru olmadığı" şeklinde belirtmektedir⁷⁸⁴. Kanaatimizce de, böyle bir yorumu⁷⁸⁵, değiştirici ve genişletici bir yorumu benimsemek doğru olur. Resim ve portreler, mektuplar gibi kişisel değerlerin kullanımı, kişinin ölümünden sonra FSEK md.19'da belirtilmiş kişilerin 10 yıl süreyle korumasına bırakılırken, "söz"ü, bu korumadan yoksun bırakmak yerinde olmaz. "Söz"ün eser niteliği taşıması durumunda, eser sahibinin izni olmadan çoğaltılması ve yayılması, manevi hak cephesinde umuma arz etme yetkisinin ihlali olacakken, eser niteliği taşımayan "söz"lerin çoğaltılması ve yayılması kişinin özel veya gizli alanının ihlali olarak görülecektir.

4.Ses Üzerindeki Hak

Ses üzerindeki hak, sözlü ifadeler üzerindeki hakkı çağrışırsa da, bu hak bir ifade biçimi olarak değil, kişinin kimliğini tespit eden bir özellik olarak korunur. Ünlü bir kişinin sesi, yetkisiz bir şekilde, reklam amaçlı taklit edildiğinde, sesi üzerindeki

⁷⁸⁴ AYİTER, s.82.

⁷⁸⁵ Böyle bir yorum, zamana göre objektif yorum metodunun uygulanmasının bir sonucu olacaktır. "Zamana göre objektif yorum metodu"nda, yorumun kanun hükmünün uygulanacağı zamanın şartları içinde yapılması gerektiği savunulur. Kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü amaç değil, kanun koyucunun kanunun uygulanacağı sıradaki şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerektiği vurgulanır. OĞUZMAN,M.Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 13 Bası, Arıkan, İstanbul 2006, s.51.

hakkı değil, genel kişilik hakkı (şeref ve itibarı⁷⁸⁶) ihlal edilmiş olacaktır⁷⁸⁷. Öte yandan, ünlü bir şarkıcının veya müzisyenin sesinin bilgisayar ortamına aktarılıp üzerinde değişiklik yapılarak bir müzik çalışmasında kullanılması da, kişilik hakkı ihlali sonucunu doğurabilir⁷⁸⁸. Bu noktada, icracı sanatçının manevi hak korumasıyla genel kişilik hak korumasının yarışması veya ayrışması gündeme gelebilir. Eğer, şarkıcının sesi, Fikri Hukuk anlamında icra niteliği taşıyorsa, bu takdirde icracı sanatçının manevi hak ihlalinden, aksi takdirde kişilik hakkı ihlalinden bahsedilebilecektir.

“Ses”, kişilik hakkı koruması ve eser korumasından yararlanmakla birlikte, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de korunur. Öyle ki, “ad ve alametler” başlığını taşıyan FSEK md.83’ün ve “işaret, resim ve ses” başlığını taşıyan FSEK md.84, kanunda Haksız Rekabet üst başlığı altında yer almıştır. FSEK md.84 f.1’e göre, “bir işareti, resmi veya sesi bunları nakle yarayan bir alet üzerinde tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men edebilir.” Hükümün amacı, haksız faydalanmaları önlemektir. “Ses”in, bu hüküm kapsamında haksız rekabete karşı korunması için eser olma niteliğine sahip olması şart değildir. Korunma süresi geçmiş eser niteliğinde “ses” de, eser niteliğinde olmayan “ses” gibi⁷⁸⁹ haksız rekabet korumasından faydalanacaktır.

“Ses”in sahibi kişilik hakkı koruması veya eser korumasından faydalanacağı gibi bu iki tercihlili imkanın yanında, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de korunacaktır. FSEK md.84, “ses”in sahibi yanında “ses”i tesbit eden veya ticari amaçlarla çoğaltan veya yayan kimseyi de, müteşebbisi de korumaktadır.

⁷⁸⁶ Sesi , taklit edilerek reklama konu olan ünlü bir kişi şeref ve itibarının zedelendiği iddiasının yanısıra veya bu iddiası yerine, taklit edenin elde ettiği kazancın kendisine verilmesini isteyebilecektir. “Ses” sadece manevi yönü olan bir kişilik değeri olmayıp, malvarlığı yönü de olabilen bir değerdir.

⁷⁸⁷ OLG Hamburg GRUR 1989, s.666- Heinz Erhardt (postmortal). Buna benzer, ünlü başka bir örnek için bkz. Bette Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460 (9 th Cir. 1988); GRUR Int. 1989, s.338.

⁷⁸⁸ SCHACK, Urheberrecht, Kn.50.

⁷⁸⁹ Ayiter, kuş seslerinin plağa alınmasını örnek olarak vermektedir. AYİTER, s.76.

5.Mektuplar ve Günlükler Üzerindeki Hak

Günlükler ve mektuplar, kaleme alanı tarafından, sadece belli kişi ya da kişilere yöneltilmiş ve bu kişiler arasında kalması arzu edilmiş yazılı açıklamalardır. Öyle ki, izinsiz bir şekilde bu açıklamaların başkalarının bilgisine sunulması, cezai sorumluluğu⁷⁹⁰, dahi gündeme getirebilir. Günlüklerin ve mektupların kamuya açıklanmasına kimin karar vermeye yetkili olduğu, Fikri Hukuk korumasına sahip yazılı eserlerle, diğer yazılı çalışmalar arasında bir ayırım yapılarak yanıtlandırılmalıdır⁷⁹¹.

Mektupların maddi mülkiyeti, onlar üzerinde fiili egemenliğe sahip alıcıdadır. Ancak, yollayan tarafından, mektuplar üzerinde alıcı lehine bir lisans hakkı tanınmadığı da, dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, eser korumasına sahip günlük veya mektupların kamuya sunulması konusunda karar verme yetkisi, eser sahibine ve dolayısıyla onun hukuki haleflerine aittir⁷⁹². Maddi mülkiyet sahibi kişinin sahibi olduğu mektupları teslim etmekten kaçınması, eser sahibinin esere ulaşma hakkı karşısında etkisiz kalacaktır⁷⁹³. O halde, kural olarak, eser sahibinin eserine ulaşma hakkının, maddi mülkiyet sahibinin eser üzerindeki mülkiyet hakkının icrası karşısında bir önceliği olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Belirtilmesi gereken bir diğer nokta, mektup veya günlüğün içeriğinin kamuya duyurulması, gerek mektubu veya günlüğü yazan eser sahibinin, mektubun muhatabı olan kişinin veya bir üçüncü kişinin kişilik haklarını ihlal etmeye neden olacaksa, mektup veya günlüklerin umuma arz etme yetkisinin kullanılmayacağıdır⁷⁹⁴. En azından, bu hakkın kullanımı, mektup veya günlüklerin genel kişilik haklarını ihlal etmeyecek hale getirilmesine kadar ertelenecektir.

Olayların büyük çoğunluğunda, mektup ve günlük gibi yazılı açıklamalar, eser korumasını hak edecek derecede bir yaratıcılık unsuru taşımazlar. Bu durumda, bu yazılı kayıtların koruması genel kişilik hukuku hükümleri çerçevesinde gerçekleşir. Genel kişilik hukuku koruması, gerek içerik gerekse süre bakımından, eser sahipliği

⁷⁹⁰ TCK md.197 ve md.199 sırrın masuniyeti halinde cürüm. Bkz. Alm.Ceza Kanunu md.202.

⁷⁹¹ SCHACK, Urheberrecht, Kn.52, s.26.

⁷⁹² Alman hukukunda Alm.ESHK md.12 aracılığıyla ulaşılan bu çözüme, FSEK md.14 –umuma arz yetkisi- aracılığıyla varılır.

⁷⁹³ Alm. ESHK md.25’ de düzenlenmiş esere varma hakkının FSEK’teki izdüşümü, md.17’de bulunabilir.

⁷⁹⁴ SCHACK, Urheberrecht, Kn.53, s.26.

korumasından daha zayıf bir koruma olarak değerlendirilir. Gerçekten de, ölüm sonrası koruma bakımından ele alındığında, FSEK md.19 eşliğinde, eser niteliğinde mektup ve günlükler 70 yıllık bir korumaya sahiptir⁷⁹⁵. Oysa, eser niteliğinde olmayan mektuplar ve günlükler yazan kişinin ölümünden 10 yıl sonra, FSEK md.19'da sayılan kimselerin muvafakati olmadan yayınlanabilir. O halde, henüz umuma arzedilmemiş bir mektubun, eser olması durumunda FSEK md.19'da sayılan kişilerce eserin umuma arzı konusunda 70 yıl boyunca bir engelleme yetkileri mevcutken, eser niteliği olmayan mektuplar bakımından bu süre 10 yıl olmaktadır.

E.Manevi Hak-Kişilik Hakkı İlişkisinde “Devredilmezlik” Kuralının Rolü ve Kuralın Aşınması

Manevi hakların ihlalinde, kişilik hukuku kaynaklı kavramlar olarak, şeref ve itibar kavramları ağırlığını hissettirirken, manevi hakların devrine ilişkin tartışmalarda bakışlar yine kişilik haklarının devredilmezliği kuralına çevrilir.

Kişilik haklarının devrine ilişkin tartışmalar, manevi hakların devrine ilişkin tartışmalarda kalkış noktası olabileceği gibi varış noktası da olabilir. Manevi hakların, kişilik haklarına yakınlığının sonucu olarak, kişilik haklarının devrine ilişkin gerek teorik gerekse pratik çabalar ve yaklaşımlar, hemen manevi haklara uydurulmaya çalışılır. Elbette, manevi hakların devri tartışmasında kullanılan teoriler veya sonuçlar da kişilik haklarının devri olasılığına ilişkin düşünceler bakımından da bir anlam taşır. Böylelikle, manevi haklar-kişilik hakları arasındaki ilişki tek yönlü olmaktan çok, etkileşimli bir yapı olmanın zenginliğine kavuşur.

Kişiliğe ait değerlerin, kişinin özel alanından çıkarılıp, özellikle reklam amacıyla kamuya sunulmasında da kişilik hukukuna ait ihlallerle karşılaşılabilir. Ünlü müzisyenlerin, şarkıcıların ve sporcuların kişilik değerlerinin; isimlerinin, resimlerinin ve seslerinin reklam amaçlı kötüye kullanılmaları, sıkça rastlanan bir

⁷⁹⁵ Alman hukukunda da, Alm. ESHK md.16 ve 64 eşliğinde, 70 yıllık koruma geçerlidir.

Mektuba muhatap olan kişi bakımından, bazen özel düzenlemelere rastlamak mümkündür ki, bu noktada Polonya Eser Sahipliği Kanununun 82. maddesine 1994 yılında eklenen, mektupların kamuya açıklanmasında, mektubu yazan kişinin ölümünden sonra işlemeye başlayacak 20 yıl süre boyunca, yakınlarının iznini arayan kural dikkate değerdir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.54.

durumdur⁷⁹⁶. Kişilik değerlerinin ekonomik bir yöne sahip olduğu, sadece, üçüncü kişinin izinsiz bir şekilde bu kişilik değerlerinden ekonomik anlamda yararlanmaya kalkıştığında akla gelmemeli, bu değerlerden hukuki işlemler yoluyla bizzat hak sahibinin yararlanması da doğal karşılanmalıdır. Kişilik değerleri, sadece, bir üçüncü kişinin tecavüzüyle, uygulama alanı bulan haksız fiil hukukuna hapsedilebilecek bir alan olarak görülmemeli; bunun yanında kişinin arzu ettiğinde, bu değerleri sözleşmeler hukukuna açabileceği akılda tutulmalıdır.

ABD hukukunda, (bazı) kişilik değerlerinin sözleşmeler aracılığıyla malvarlığı değerlerinin tabi olduğu akışa bırakılması, Kıta Avrupası Hukukunca da izlenmiştir. Öyle ki, (bazı) kişilik değerlerinin pazarlanmasını konu olan özel bir sözleşme tipi de ortaya çıkmıştır: Ticarileştirme sözleşmesi (Merchandising contract). Kişilik değerlerinin ticarileştirilip, pazarlanması aşaması için kullanılan Merchandising kavramı ve Merchandising endüstrisi, kişinin bazı kişilik değerlerinin serbestçe bir başkasının (herkesin) hakimiyet alanına bırakabileceği değerleri kapsayan bir hakka (right of publicity) dayanmaktadır. Bu hakkın karşısında, kişinin istese de (belki de pazarlanabilir bir piyasa değerine sahip olmadığından ötürü) kendinden ayıramayacağı kişilik hakkı (right of privacy) gelmektedir. Bir tarafta, kişinin kamuya ekonomik değer olarak sunabileceği bazı kişilik değerleri, diğer tarafta kişinin manevi menfaatlerini koruyan, devredilemeyen ve özel alanında kalan kişilik değerleri yer almaktadır. Alman Hukukuna, kişilik haklarının ekonomik bir değere sahip olduğu yaklaşımı yabancı değildir. Öyle ki, ekonomik kişilik hakları kavramı, (wirtschaftliches Persönlichkeitsrechte)⁷⁹⁷ kişinin bazı kişisel değerlerinden ekonomik fayda elde edebilmesine zemin hazırlar.

Kişiliği oluşturan bazı değerlerin ticari hayata konu olması, dokunulmaz ve devredilmez dogmasıyla çevrili kişilik hakkı kavramıyla ne ölçüde örtüşür? Bazı kişilik değerlerinin hukuki işlemler yoluyla ticari dolaşıma konulması çabası

⁷⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SEEMANN**, Prominez als Eigentum 1996 [USA, D, CH] ve UFITA 131 (1996) 5-48; **GOTTING**, Persönlichkeitsrechte als Vermögenswerte 1995 [D, USA]; **REBER**, GRUR Int 1997, 884-892 [USA]; **PEUKERT**, Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte? ZUM 2000, 710-721; **BEUTHIEN/HIEKE**, Unerlaubte Werbung mit dem Abbild prominenter Personen, AfP 2001, 353-363; **MCCARTHY**, Thomas J., The Rights of Publicity and Privacy, Second Edition, Volume 2, Thomson/West 2006; **A.FREITAG**, Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers 1993.

⁷⁹⁷ Ekonomik kişilik hakları kavramı, ilk kez Fikentscher tarafından kullanılmıştır. Wirtschaftsrecht II 1983, s.112, 131 vd. Ayrıca bkz. **FORKEL**, FS Neumayer 1985, s..229-247.

karşısında bu uygulamaya hukuki bir çerçeve kazandırmak çabası ortaya çıkmıştır. Kişinin, kişiliğine ait değerlerden ekonomik anlamda yararlanması isteğinin önüne, kişilik hakkının hem dışa karşı hem de içe karşı dokunulmaz ve devredilmez olduğu iddiasıyla ve inadıyla geçilmesi yerine, bu uygulamayı hem sınırlayacak hem de hukuki açıdan nitelendirecek bir kavram bulunmuştur: Hakkın kendisinin değil, kullanılmasının devri. Hakkın özünün değil, çevresinin devri.

Kişiliğin aşırı düzeyde ticarileştirilmesinin, kişiliği yeni bir pazarlanabilir gayrimaddi mala indirgemenin, hukuk düzeninin hiçbir şekilde amacı olamayacağına vurgu yapan görüş⁷⁹⁸, bu bakımdan doğru olanın, kişinin kişilik haklarını serbest veya sınırlı bir şekilde devretmesi yerine, borçlandırıcı bir hukuki işlem hüviyetinde, merchandising faaliyetlerinde bulunanların belli bir biçimde kullanmalarına katlanması yükümlülüğü altına girmesidir. Bu doğrultuda, kabul edilen yol, kişilik haklarının kullanımının devridir⁷⁹⁹. Manevi haklara ilişkin olarak kabul edilebilecek bir “devir” anlayışı da, “kullanımın devri” olabilecektir. Hak sahibinin, kullanımına müsaade ettiği hak üzerinde böylece bir denetim yetkisi olacaktır.

Bir hakkın devredilemezliği, o hakkın ilgili süjeye olan sıkı bağıllığıyla açıklanabilir. Kişiye bağıllık, kimi zaman kişilik haklarında olduğu gibi doğumla ortaya çıkarken kimi zaman da sonradan bir hukuki işlemle ortaya çıkar. Hakkın kişiye bağlı olması demek, hakkın akıbetinin kişinin akıbetine bağlanması demektir bir anlamda. Tahsis edilen hak, kişi ölünce sona erer ancak kişi varoldukça, başka bir kişiye devredilemez. Kişiye bağıllık, elbette sadece kişilik haklarının konusunu oluşturan değerler bakımından değil, hukukun birçok farklı dalında örnekleri bulunan bir kavramdır. Eşya Hukukuna, “kişiye bağıllık” gözlüğüyle bakıldığında intifa hakkı, oturma hakkı gibi sınırlı aynı hakların oluşturduğu kişisel ama nispi olmayan, eşyaya bağlı sınırlı aynı haklar gibi herkese karşı ileri sürülebilen haklar topluluğunun varlığı farkedilir. O kadar ki, doktrinde hak sahibinin tayini açısından “kişisel irtifaklar” ve “eşyaya bağlı irtifaklar” şeklinde bir ayrımın ateşleyicisi olur “kişiye bağıllık” kavramı. İrtifak hakkı, ad olarak ferdileştirilmiş belirli bir kişiye tanınmışsa, bu tür irtifaklar “kişisel irtifaklar” adını alırlar. Kişisel irtifakların bir kısmı MK’da

⁷⁹⁸ SCHACK, Urheberrecht, s.41. Kişilik hakkını, esasen bir savunma hakkı olarak gören görüş için bkz. PEIFER, Karl Nikolaus, Eigenheit oder Eigentum: Was schützt das PersönlichkeitsR?, GRUR 2002, s.495-500, 499.

⁷⁹⁹ SCHACK, Urheberrecht, Kn.51.

mevcut olan hükümler gereğince zorunlu olarak “kişiyeye bağı hak” (kişiyeye kaim hak) şeklinde kurulacakken, diğere kişisel irtifaklar tercihe bağı olarak kişiyeye bağı veya kişiden bağımsız bir şekilde (düzensiz kişisel irtifaklar) kurulabilirler. Düzensiz kişisel irtifaklardan üst hakkı ve kaynak hakkı, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, devredilebilir ve mirasçılara geçebilir şekilde kurulmuş kabul edilirken, MK md.838’de öngörülen “diğere irtifaklar” ise, taraflar aksini kararlaştırmadıkça kişiyeye bağı olarak kurulmuş; devredilemen ve miras yoluyla geçemeyen bir özelliğe sahip olarak kabul edilir⁸⁰⁰.

Doktrinde, kişiyeye bağı aynı hak-eşyaya bağı aynı hak ayrımı yapılırken, “kişiyeye bağı hak” kavramının kullanımından mümkün olduğunca kaçınılması gerektiği önerilir. Bu öneriyeye göre, intifa ve oturma hakkı gibi başkasına devri ve intikali caiz olmayan hakları (MK md.797, md.806, md.823) “kişiyeye kaim haklar” olarak değerlendirmek daha uygundur. Böylece, bu hakların “kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklar”la karıştırılması engellenmiş olur. Ayırtetme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcilerinin izin ve icazetine bağı olmadan kullanabilecekleri bu hakların “kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklar” olarak değil de, “şahsen kullanılacak haklar” olarak nitelendirilmesi önerilir⁸⁰¹. Bu terminoloji titizliğinin sonucu şu olur: “Kişiyeye bağı hak” kavramı, hak sahibinin tayini konusunda, “kişiyeye kaim hak”, hakkın devir ve intikal kabiliyeti konusunda, “şahsen kullanılacak hak”, hakkın kullanılması konusunda, farklı yönlerden yola çıkılarak yapılmış bir sınıflandırmayla, kavram karışıklığı karşısında bir açıklık sağlayacaktır⁸⁰².

Kişiyeye kaim hak olarak nitelendirilen hakların devredilemezliği kuralı, mutlak bir şekilde, kelimesi kelimesine bir katılık içinde uygulama alanı bulmamaktadır. Örneğin, intifa hakkının başka bir kişiyeye devredilmesi mümkün değilken, intifa hakkının kullanımının bir başka kişiyeye bırakılması mümkündür. Hakkın kullanımının devri olarak değerlendirilebilecek bu sonuca, kira sözleşmesi aracılık edebilir. İntifa hakkının kullanılmasının devrinin de şartları vardır: MK md.806 f.1’e göre, “sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına

⁸⁰⁰ Ayrıntılı için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2006, s.596.

⁸⁰¹ OĞUZMAN/BARLAS, s.102, 109, 110.

⁸⁰² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.20, dn.64.

devredilebilir”⁸⁰³. İntifa hakkının kullanılmasının başkasına devredilmesi sadece borçlandırıcı etkiye sahiptir. Üçüncü kişi intifanın sağladığı yetkileri kullanırken intifa hakkı sahibi adına temsilci olarak davranır. İntifa hakkı sahibi ölür veya hakkından vazgeçerse yahut süreli intifa hakkında süre dolunca, üçüncü kişinin de hakkı sona erer.

Kişiyeye bağı mutlak hakların devredilemeyeceğı ancak kullanımının devrinin mümkün olduğunu ileri sürdüğümüzde, manevi hakları da bu kategori içine almak, düşünülebilir. Ancak, manevi hakları “kişiyeye kaim hak” olarak nitelendirmek ne derece doğru olur? İntifa hakkı ve süknâ hakkı gibi kişiyeye kaim hakların ölümle birlikte sona ermelerine rağmen, manevi hakların ölümle sona ermediğı gözönünde tutulduğunda, manevi haklar “kişiyeye kaim hak”kın sınırlarını aşmış olur. Bu noktada, manevi hakka “kişiyeye kaim hak” yakıştırmaları ancak “devredilememe” özelliğı bakımından bir doğruluk payı taşır. Ölüm sonrası (post mortal) durum ve koruma bakımından ise manevi haklar tamamiyeye farklı bir özellik gösterir. Bu özellik, eşya mülkiyeti ile fikri mülkiyet arasındaki farklılıklardan biri olarak yerini alır.

“Kişiyeye bağılılık”ın Borçlar Hukukundaki görünümüne ilişkin olarak, “alacağın temliki” kurumu akla gelebilir. BK md.162 f.1’e göre, alacağın temliki kanun ile menedilmiş olabilir. Kanunen temliki yasak edilmiş alacaklar listesi bir hayli geniştir. Temlik yasağı, borçlar hukukunda, “kişiyeye bağılılık” kavramı yerine daha çok ilgili kişiyeye duyulan güven ve daha geniş bir anlatımla “güven ilişkisi” deyimiyeye de gerekçelendirilmektedir. Temliki yasak talepler konusundaki örnekler, hasılat kiracısının kullanma hakkı (BK md.284 f.1); 6570 sayılı Kanun kapsamına giren kiralarda kiracının kullanma hakkı (6570 sayılı K. md.12); ariyet alanın kullanma hakkı (BK md.300 f.2); hizmet sözleşmesinde işverenin işin görülmesine ait hakkı (BK md.320 f.2); ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının

⁸⁰³ Durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gereken intifa haklarının belirlenmesi, haklı olarak kesin bir ölçüt kullanımına yabancıdır. Kaynak İsviçre Medeni Kanununun 758.maddesi, kişiyeye sıkı sıkıya bağılı intifadan söz etmektedir. Federal Mahkeme, ana-babanın çocuk mallarını kullanma (yararlanma) hakkını kişiyeye sıkı sıkıya bağılı intifa olarak değerlendirmiştir. MK md.806 f.2, malikin, haklarını, doğrudan doğruya intifa hakkının kullanılmasını kendisine devredilen üçüncü kişiyeye karşı kullanabileceğı öngörölmüştür. Bu durum, alt kira (BK md.259/ f.3, m.284/f.3) ve alt vekalet (BK md.391) benzetilmiştir. **OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.628.

hakkı, borçlunun muvafakati olmaksızın üçüncü kişiye temlik edilemez⁸⁰⁴. Söz konusu devir yasağı, borçlunun muvafakati ile etkisiz kalabilmektedir. Bu bağlamda, burada kişilik hakları ve manevi hakların devredil(me)mesi tartışmasındaki durumdan bir farklılık olduğu açıktır. Kişiye bağlı olduğu kabul edilen ve bu nedenle devredilmez görülen talepler, borçlunun muvafakatiyle devredilebilir hale gelmektedir. Benzer bir şekilde, MK md.25 hükmüne göre, “manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez”. Normatif zarar başlığı altında incelenen tatil süresinden ve boş zamandan yoksun kalmanın manevi zarar olduğu kabul edildiğinde, tazminat talebinin devri için karşı tarafın kabulüne ihtiyaç olduğu da unutulmamalıdır⁸⁰⁵. BK md.161 uyarınca, işin mahiyeti de alacağın temlikine engel olabilecektir. Nafaka alacaklarının, ancak nafaka alacaklısının ihtiyaçlarına tahsis edilmesi gerektiği belirtilir⁸⁰⁶. Çünkü nafaka alacağı kişiye bağlıdır⁸⁰⁷.

Kişilik hakkı-Manevi hak ilişkisinde devredilmezlik kuralının incelenmesinde, devredilmezlik kuralının Eşya Hukukunda ve borçlar hukukundaki görünümüne ilişkin örnekler, “kişiye bağlılık” kavramını öne çıkartmak için seçilmiştir. Kişilik hakları şahsen kullanılacak haklar olmasına rağmen, kimi zaman kullanımları bir başkasına bırakabilecektir. Hakkın kullanılmasının devri, “kişiye bağlılık” kavramının aşındığı ve aşıldığı bir durum olarak görülebileceği gibi, kişinin hakkın kullanımını devretmiş olmasına rağmen, hala hakkın kendisinin, özünün kendisinde kalması “kişiye bağlılık” kavramının güvencesi olarak da değerlendirilebilir. Manevi haklarda da, “kişiye bağlılık” kavramı varlığını korumakla beraber, “eser sahibinin eseriyle olan kişisel ve fikri bağı” öne çıkarılır. Başka bir deyişle, bir eserin varlığı

⁸⁰⁴ Örnekler için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.933 vd.

⁸⁰⁵ Alman hukukunda, tatilde yararlanamama durumunu başlıbaşına manevi alana ait bir zarar olarak gören görüş uyarınca, kişinin tatil keyfinin kaçması manevi zarardır. Kaybedilen zaman sıkıcı, sinir bozucudur ama, ne olursa olsun zamandır; insanın yaşam süresinin bir parçası para ile giderilemez, para karşılığı satın alınmaz, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir manevi değerdir. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.558 (Larenz § 29 II, s.400’den naklen).

Hakim düşünceye göre, bir malın kullanılmasından mahrum kalma veya bir tatil imkanından mahrum kalma, şartları varsa bir manevi tazminatı gerektirebilir. Maddi tazminatın söz konusu olabilmesi için mağdurun malvarlığında bir azalma olmalıdır. Örneğin, tatil için önceden alınan yolculuk bileti kullanılma zamanı haksız fiil sonucu kaçırılınca değersiz bir kağıt parçasına dönüşmesi nedeniyle, maddi zarar oluşturur. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.516.

Normatif zarar kavramı için ayrıntılı açıklamalar için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.548 vd.

⁸⁰⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.245.

⁸⁰⁷ **AKINTÜRK**, Turgut, Aile Hukuku, Sekizinci Bası Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.456.

Ancak, birikmiş nafaka alacaklarının şahsa bağlı niteliklerini kaybetmelerinden ötürü, devrinin caiz olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **TEKİNAY**, Türk Aile Hukuku, 4.Bası, 1982, s.617.

“kişiyeye bağlılık”a farklı bir boyut kazandırıp, eser sahibinin manevi haklarının ölüm sonrasında da korunmasına hizmet eder. En azından, eser üzerinde mali hakların devamının eser sahibinin ölümünden sonra belli bir süreye kadar devamı, manevi hakların ölüm sonrası bakımından da korunması fikrinin tohumlarını atar. Kişilik hakkı “şahsen kullanılacak hak” olarak nitelendirilmesine rağmen teorik düzeyde “kişiyeye mutlak anlamda sıkı sıkıya bağlı”, “kişiyeye nisbi anlamda sıkı sıkıya bağlı” hak ayrımları, uygulamada ise örneğin ayırtım gücüne sahip olmayan kişinin temsilcinin boşanma davası açabilmesi gibi hakkaniyet temeline dayalı düşüncelerle, tam bir “şahsen kullanılacak hak” olma özelliğine sahip olamamaktadır. Manevi haklar açısından da, bu hakkı sadece eser sahibi tarafından kullanılabilen hak düzeyine indirgemek, eser sahibinin menfaatine aykırı sonuçlar meydana getirecektir. Kanun koyucu da bu durumu gözardı etmeyerek, eser sahibinin manevi haklarının korunmasında başka gerçek ve tüzel kişilere rol oynama imkanı tanımıştır.

Alman Hukukunda, eser sahibinin manevi haklarının, kişilik haklarına kıyasla “kişiyeye sıkı sıkıya bağlılık” (höchstpersönlichkeitsrecht) özelliğinin zayıfladığı ifade edilmektedir⁸⁰⁸. Bunun sebebi, eser sahibinin manevi haklarının özel konumunda yatar. Eser sahibinin mali ve manevi menfaatlerinin birbirine bağlılığına vurgu yapan monist teorelin temsilcisi Alm.ESHK, eser sahibinin mali haklarını manevi haklardan tamamen ayrı düşünmemiş ve mali ve manevi hakları mümkün olduğunca ortak düzenlemelere tabi kılmaya çalışmıştır. Mali hak-Manevi hak kardeşliğinin sonucu olarak, ne mali haklar tamamen pür malvarlığı değerine indirgenip, sınırsız tasarruf işlemlerine konu olabilmiş, ne de manevi haklar, kişilik haklarının tipik bir örneğiymişçesine kişiyeye sıkı sıkıya bağlılık özelliğine sahip olabilmiştir.

⁸⁰⁸ Bu konuda bkz. **HUBMANN**, Persönlichkeitsrecht, s.132; **KRUGER-NIELAND**, FS Hauß, s.215/220. Krş. **SCHRICKER/DIETZ**, Vor §§ 12 Kn.17. Eser sahibinin manevi haklarının, icracı sanatçıların manevi haklarına ilişkin bir incelemede, Eser sahibinin manevi haklarının, “kişiyeye sıkı sıkıya bağlılık” özelliği taşımadığına ilişkin görüş için bkz. **RULL**, Axel, Allgemeiner und Urheberrechtlicher Persönlichkeitsrechtsschutz des ausübenden Künstlers, Nomos Verlag Baden-Baden 1998, s.77.

F.Ölümün Kişilik Hakkına ve Manevi Hakka Etkisi: Ölüm Sonrası (Post mortal) Koruma

1.Kişiliğin Ölüm Sonrası Korunması

a.Genel Olarak

Bir hakkı oluşturan kimi unsurların malvarlığı değeri taşıyıp, kimi unsurların malvarlığı değeri taşıyamaması mümkündür. Kişilik hakkına bakıldığında, kişilik hakkının oluşturan kimi unsurların, değerlerin malvarlığı değeri olması nedeniyle en azından kullanımının devri anlamında bir devre konu olduğu görülür. Demek ki, kişiliği oluşturan kimi değerler kişinin sağlığında bir devre (kullanımın devrine) konu olabilirler. Kişinin ölümünden sonra, malvarlığı değeri olan kişilik değerlerinin akıbeti ne olacaktır? Bu soruya, Alman Federal Mahkemesi, kişiliğin ölüm sonrası korunması bağlamında bir yanıt vermiştir. Alman Federal Mahkemesi, genel kişilik haklarının malvarlıksal unsurlarının miras yoluyla intikalinin mümkün olduğunu, mirasçılar tarafından, miras bırakanın ölümü sonrasında meydana gelen ihlallerin tazmin ettirilmesi bakımından, gerekli görmüştür⁸⁰⁹. Kişilik, ölümle birlikte sona erse de, kişiliği oluşturan kimi değerler ölüm sonrasında da varlığını korur. Kararda, ölüm sonrası genel kişilik hakkı mali ve manevi olmak üzere iki bölüme ayrılmıştır. Kararla, varlığını iyice hissettiren, “ekonomik kişisel değerler” (wirtschaftliches persöhnlichkeitsgüterrecht) kavramı eleştirilmiştir. Böyle bir kavrama ihtiyaç duyulmadığı, ölen kişi üzerinden para kazanmanın, manevi tazminatın geniş yorumlanması yoluyla engellenebileceği önerilmektedir⁸¹⁰.

Kişiliği oluşturan değerler arasında, ses, resim gibi malvarlığı değerlerinin olması kişiliğin ölüm sonrası korunması kavramı bakımından da önem taşımaktadır. Ses, resim gibi ölen kişiye ait değerleri tamamıyla ticari bir meta, malvarlığı değeri olarak

⁸⁰⁹ Bkz. **GOTTING**, NJW 2001, 585-Marlene Dietrich.

⁸¹⁰ Bu tür durumlarda ayrıca Alm. Ceza Kanunu md.73, Alm.Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraflara İlişkin Kanun md.33 ve Alm. ESHK md.106 ve 108 hükümlerinin de tamamlayıcı bir şekilde uygulanarak, tatminkar sonuçlar elde edilebileceği iddia edilmiştir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.51a; Ayrıca konuyla ilgili olarak bkz. **BEUTHIEN/SCHMOLZ**, Persöhnlichkeitschutz durch Persöhnlichkeitsgüterrechte:Erlöscherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld 1999; Persöhnlichkeitsgüterschutz vor und nach dem Tode 2002; **AHERNS**, Claus, Die Verwertung persöhnlichkeitsrechtlicher Positionen 2002; **BIENE**, Starkult, Individuum und PersöhnlichkeitsgüterR, Bern 2004, s.183; **GREGORITZA**, Die Kommerzialisierung von Persöhnlichkeitsrechten Verstorbenen 2003, s.111. Özellikle, kişilik hakkı değerlerinin ikiye ayrılmasına karşı çıkması bakımından **GOTTING**, Sanktionen bei Verletzung des postmortalen Persöhnlichkeitsrechts, GRUR 2004, s.801-808, 804.

görülmedikçe bu değerlerin mirasçılara intikal ettiğinin kabulü güçleşmektedir. Bu durumda, ölen kişiye ait bu değerlerin korunması nasıl gerçekleşecektir? Manevi hak korunması, kişiliğin ölüm sonrası korunması bakımından bir model oluşturabilir mi⁸¹¹?

Alman Hukukunda, ölenin kişiliğinin korunup korunmayacağı, korunacaksa kapsamının Medeni Hukuk sistemi içinde nereye yerleşeceği konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, radikal bir şekilde, ölen kişinin halen hak sahibi (rechtsträger) olacağını kabul ederken, bazı yazarlarsa ölen kişiyi konu olan fiillerin, ölen kişiyle yakınlığı olanlarca kendi onurlarına bir saldırıymışçasına engellenebileceğini ileri sürerler. Bu görüşlerin yanısıra, ölen kişiye saygı ve onun kişiliğini oluşturmuş değerlerin ölümünden sonra sömürülmemesi düşüncesiyle, ortada hak sahibi olmamasına rağmen, uyulması gerekli bir yükümlülük olduğunu savunan görüş de vardır⁸¹².

b.Ölüyü Hukuk Süjesi Olarak Kabul Eden Görüş

Kişinin ölümünden sonra da, kişiliğinin belli şekilde devam edeceğini savunan görüş, “postmortal kısmi hak ehliyeti”(postmortalen Teilrechtsfaehigkeit) kavramını gözler önüne serer⁸¹³. Bu görüşe göre, ölen kişinin artık fiil ehliyetinin olmaması, kısmi hak ehliyetinin kabulü için bir engel oluşturmamalıdır. Nasıl ki, cenin ve tüzel kişiler hak ve yükümlülüklerini kendileri değil de başka kişiler aracılığıyla kullanıyor ve yerine getiriyorlarsa, aynı bakış açısı ölen kişiler bakımından da devam ettirilmelidir. Buna karşılık, cenine ilişkin korumanın, ölüm sonrası kişilik korunması bakımından uygun bir model olmadığı ileri sürülmektedir. Ceninin sahip olduğu kabul edilen kısmi hak ehliyeti⁸¹⁴, gelecekte tam hak ehliyetine kavuşması beklenen kişinin geçiş evresinde

⁸¹¹ Veya kişiliğin ölüm sonrası korunmasından söz etmek mümkün müdür? Kişiliğin ölüm sonrasında hukuken korunmayacağı düşüncesinden hareket edilmesi manevi hakların da ölüm sonrası korunması veya korunmaması noktasında rol oynayacak mıdır? Bu noktada, eser sahibinin manevi haklarının ölüm sonrasında, eser sahibinin sağlığındaki özellikleriyle korunmadığı; eser sahibinin ölümü üzerine kanunun belirttiği haleflerin hakları olarak (onlara intikal ettiği için) korunduğu iddiası doğru mudur? Kişilik değerlerinin ölenin mirasçılarının veya yakınlarının kişilik unsuru olduğu düşüncesi ile (ölmüş eşin katil olarak tanıtılması eşin kişilik hakkını ihlal ettiği için) korunduğu kabul edilecek olursa, kişiliğin ölüm sonrası korunması veya kişiliğin ard etkisi kavramları ne derece isabetli olacaktır?

⁸¹² WESSEL, Lambert Schulze, “Die Vermarktung Verstorbener, Persönlichkeitsrechtliche Abwehr- und Ersatz Ansprüche, Berlin Verlag, 2001, s.49.

⁸¹³ GITTER, Mü-Ko., § 1, Kn.58.

⁸¹⁴ Alman Hukukunda, sağ doğmak şartıyla, ceninin sınırlı ya da kısmi hak ehliyetinin (beschraenkte Rechtsfaehigkeit, Teilrechtsfaehigkeit) bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. PALANDT, § 2 Bem 1.

korunmasına hizmet eder⁸¹⁵. Ceninin kendi yaşam alanına müdahale, yaşayan bir varlığa yönelmiş ihlal olup, ayrıca doğumla tam hak ehliyetine kavuşacak kişinin sağlığına zarar vermiş olmak anlamına gelir⁸¹⁶. Buschmann, kişi topluluklarının veya kişinin değerlerinin bir hukuk kuralınca korunmasını ve bu değerlerin “hukuk süjesi” olarak tanınmasını önerir. Alman Güzel Sanat ve Fotoğraf Eserlerine İlişkin Kanununun 22.maddesinin 3.fikrasında, hak sahibinin ölümünden 10 yıl sonrasına kadar, resminin kamuya sunulması veya yayılmasına yakınlarının izin verebileceği öngörülmüştür. Bu hüküm, bazı kişilik değerlerinin kişinin ölümünden sonra da varlığını sürdürdüğü bir göstergesi olup, kişinin bazı özelliklerine, değerlerine ayrı bir “hukuk süjeliği” tanındığının ispatı olarak gösterilmektedir⁸¹⁷. Ancak, hükmün lafzına bakıldığında görülmektedir ki, verilen izin ölen kişinin yakınları aracılığıyla verdiği bir izin olmayıp, tamamen yakınlarla tanınmış bir hak olarak, bizzat yakınların vermiş olduğu bir izindir⁸¹⁸. Bu bakış açısı, bir hukuki koruma talebini hukuki süjenin varlığına bağlı kılan anlayış, doktrinde eleştirilmektedir. Hak, bir hukuk süjesiyle eşdeğer kılınmaktadır. Ölü bir kişinin hak ehliyetinin kabulü, ölümle hak ve yükümlülükleri düşen kişiye ilişkin inkar edilemez olgunun yumuşatılma çalışması olarak görülür. Başka bir deyişle, ölen kişinin hak ehliyetinin kabulü, ölümle kişiliğin sona ermesi karşısında etkisiz bir iddiadır⁸¹⁹. Kaldı ki, ölüm sonrası koruma talebini belirli bir hukuk süjesine (ölen kişinin kişiliğinin sürdüğü varsayımına) bağlı kılmak da zorunlu değildir. Kişiliğin ölüm sonrası korunması, meşruiyetini, anayasaca güvence altına alınmış insan onurunun korunmasında bulur⁸²⁰. Bu da son tahlilde yaşayan kişiler için önemli olan değerlerin korunması anlamına gelir. Ya yaşayan kişilerin duygu dünyası kanalıyla onların manevi değerlerinin korunması; ya da , “tabiatın korunması”, “hayvanların korunması” gibi, özel hukuka ilişkin herhangi bir subjektif hakla ilgisiz kamusal nitelikli korumalardır.

⁸¹⁵ HELDRICH, Festchrift für Heinrich Lange, s.163, 164.

⁸¹⁶ WESTERMANN, FamRZ 1969, s.561,563.

⁸¹⁷ NJW 1970, s.2081,2087.

⁸¹⁸ STAUDINGER-SCHÄFER, 13.Auflage, § 823, Kn.270.

⁸¹⁹ WESTERMANN, FamRZ 1969, s.563.

⁸²⁰ WESSEL, s.50.

c.Ölünün, Yakınların Hakları Aracılığıyla Korunmasını Savunan Görüş

Bazı yazarlarsa⁸²¹, kişilik haklarının ölüm sonrası devamı düşüncesine karşı çıkarak, ölen kişinin kişiliğine yönelik tecavüzlere karşı, ölen kişinin yakınlarının kendi haklarına dayanarak hukuki yollara başvurabileceğini savunmaktadır. Bu görüş, İsviçre Hukukunda hakim olan, yakınların ölen kişiye olan duygusal bağlılığına dayanan “hatıra koruması” öğretisi (Andenkenschutzhre) ile de uyumludur⁸²². Türk Hukukunda da, ölen kişiye yönelik tecavüzlerin, ölen kişinin yakınlarının kendi adlarına başvuracakları hukuki yollarla ortadan kaldırılması mümkündür. Ölen kişinin hatırası, ölen kişiye duygusal bağı olan kişilerin kişiliklerinin bir parçası olmuştur.

Kişiliğin korunmasının, kişinin sağlığında serbestçe gelişimini sağlama işlevine sahip olduğu ileri sürülmektedir⁸²³. Kişinin, dinamik ve canlı kişiliğini geliştirmek için sahip olduğu haklar, ölümle birlikte ortadan kalkar. Ölümden sonra, kişiliğin korunmasına böylece gerek duyulmaz. Bu görüş, kişiliğin ölüm sonrasında da korunması imkanını sağlayan bir temel hakla bağdaşmaz. Bu temel hak, insan onurudur. Kişilik hakkı, sadece kişinin sağlığında kendini maddi ve manevi anlamda geliştirme imkanı tanıyan bir hak değildir. Kişinin ölümünden sonra, kişiliğin korunması düşüncesi temelini, insan onurunun korunmasında bulur.

Ölen kişinin yakınları, ölüye yapılan bir hukuka aykırı müdahaleden etkilenirler. Çünkü, ölen kişinin hatırası, artık yakınların kendi manevi bütünlüklerinin bir parçası haline gelmiştir⁸²⁴. Böylelikle, ölen kişinin kişiliği, geride kalan yakınlarının kişilikleri içine yerleştirilmiş olur. Ölen kişiyi, ölüm sonrası korumadan yararlandırmak için mutlaka onun kişiliğinin yakınların kişiliğinin bir parçası olduğunu savunmak zorunlu değildir. Ölü bir insanın maruz kaldığı bir tecavüz, insan onurunu ilgilendiren bir meseledir. Böyle bir durumda, ölen kişinin insan onuru ihlal edilmiştir. Ölen kişinin yakınları da, bu kişinin insan onuru ihlal edildiği için, kendi manevi bütünlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürebilirler. Burada, ölüye yapılan

⁸²¹ **KLIPPEL**, s.548 vd.; **SOERGEL-STEIN**, § 1922, Kn.25; **NIKOLETOPOULOS**, s.101 vd. **SCHWERDTNER**, s.101 vd; **SCHWERDTNER**, JuS 1978, s.289,292; **BIZER**, NJW 1993, s.653, 655; **WESTERMANN**, FamRZ 1969, s.561 vd.; **MAY**, NJW 1958, s.2101 vd.

⁸²² **KNELLWOLF**, ZUM 1997, s.785 vd.

⁸²³ **MAY**, NJW 1958, s.2101,2102.

⁸²⁴ **MAY**, s.2102,

tecavüzün başkalarının kişilikleri (yakınların kişilik hakları) üzerinde doğurduğu bir sonuç⁸²⁵ (folgewirkung) sözkonusudur.

Kişiliğin ölüm sonrası korunmasında çıkabilecek bir sorun da, zaman boyutudur. Ölüm sonrası korumanın zamansal bir sınırı olacak mıdır? İsviçre Hukuku kaynaklı “hatıra koruması” öğretisi bu konuda zamansal bir sınırın gerekliliğine inanmamaktadır. O kadar ki, hatıra korumasına dayanan talep, bir sonraki “geride kalan” (yakın) varoldukça ileri sürülebilecektir⁸²⁶. Bu bağlamda, hangi kişilerin ölüm sonrası koruma talebinde bulunabilecekler tespit etmek de sorun oluşturacaktır⁸²⁷. “Yakın” kavramı, içinin doldurulması zor bir kavramdır.

Yakın kavramının belirlenmesindeki güçlüğün yanında, duygusal incinme, ihlal (Gefühlsverletzung) kavramının kişilik hakkı koruması altında değerlendirilmesi, kişilik hakkının uçsuz bucaksız bir kavram haline getirebilecektir⁸²⁸. Bu noktada, hukukça dikkate alınması gerekli duygusal etkilenmelerin, “katlanılabılır sınırı aşan” ihlaller olması gerektiği önerilmektedir⁸²⁹. Örneğin, ölüye yapılan hakaret durumunda, davacının ölüyle gerçekten duygusal bir bağlılık içinde olup olmadığı, bu bağlılığın ölümden itibaren geçen zaman içinde hangi kapsamda devam ettiği, azalıp azalmadığı, ölüye yapılan tahkirin davacı yakınlarının manevi bütünlüğünü bozmaya uygun olup olmadığı ve davacının az ya da çok manevi bütünlüğü ihlal edilmiş biri olarak görünüp görünmediğinin belirlenmesi gerektiği söylenmektedir⁸³⁰.

⁸²⁵ Burada, bir yansıma zararının varlığından bahsedilebilir. Yansıma zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin de bu fiil yüzünden uğradığı zarar olarak tanımlanır. Bu konuda, “hukuka aykırı bir fiil sonucu ölen ses sanatçısının eşinin ve çocuklarının kendilerine sağladığı destekten mahrum kalmaları, ses sanatçısının çalıştığı gazinonun bir süre çalışmaması yüzünden gazino sahibinin zararı, ses sanatçısına bir miktar ödünç vermiş olup da tereke borca batık olduğu için parasını geri alamayacak olanın uğradığı zararlar” örnek olarak gösterilmektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.517.

Yansıma zarar kavramı, elbette sadece maddi zararlar için sözkonusu olmayıp, manevi zararlar için de uygulama alanı bulur. Bu konuda örnek olarak, cismani zarara uğrayan kimsenin ölmesi halinde ölünün ailesinin uğradığı manevi zarar gösterilebilir. Bkz. BK md.47.

⁸²⁶ **KNELLWOLF**, ZUM 1997, s.783,788.

⁸²⁷ **MAY**, s.2101,2102.

⁸²⁸ **WESSEL**, s.52,53.

⁸²⁹ **PETER**, s.221.

⁸³⁰ **PETER**, s.222. Yazara göre, önerdiği bu kriterler ünlü “Mephisto” kararında uygulanmış olsaydı, farklı sonuca ulaşılacaktı. Davacı, 40 yaşında, mesleki ve insani anlamda yaşamdaki yerini bulmuştu. Mephisto Romanlarının yayınlanması neticesinde, bu kişinin yakın sıfatıyla duygusal ve manevi bütünlüğünün bozulduğunu söylemek doğru olmaz. Davacı, ölen kişi Gustav Gründgen’in evlat edindiği oğlu olup, evlat edinildiği sırada yetişkin düzeyindeydi. Aralarında, gerçek bir baba-oğul ilişkisi kurulmamıştı. Bu nedenlerden ötürü, Davacının yakın sıfatıyla açtığı davanın reddi gerekirdi.

Yakınların, ölüye yapılan tahkir edici davranışlardan dolayı manevi açıdan etkilenmiş olmalarını, bu ruh hallerini mahkeme önünde göstermeye ve ispat etmeye zorlamak kabul edilebilir bir düşünce değildir. Üçüncü kişinin, yakınların duygusal açıdan maruz kaldıkları ihlalin katlanabilir olup olmadığı noktasında tespitite bulunması da uygun kabul edilmemektedir. Bu doğrultuda, bir davanın, yakınların duygusal açıdan yaşadıkları ihlalin katlanabilir sınırı aşmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, yakınlar açısından manevi bütünlüklerine yönelmiş yeni bir ihlal olarak değerlendirilebilecektir⁸³¹. Yakınların, ölüye olan duygusal bağlılıklarını, yoğunluklarını belirlemede zorluklar başta olmak üzere, yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü gerek teorik gerekse pratik açıdan, kişiliğin ölüm sonrası korunmasını yakınların haklarına dayandırmanın doğru bir tercih olmadığı ifade edilmektedir⁸³².

Ölünün, yakınların kişiliklerinin bir parçası olarak korunması düşüncesi, ölünün şeref ve itibarına veya cesede yönelik tecavüzleri ortadan kaldırmada yeterli bir araç olabilmektedir. Kişi, öldükten sonra, kişinin ticarileştirilmeye elverişli değerlerinin hiçbir yakınının izni olmadan bir başkası tarafından kullanılması durumunda, ölünün yakınlarının⁸³³ “hatıra koruması” çerçevesinde bu izinsiz kullanımı engellemesi

Bu noktada, dava aşamasında, bir psikoloji uzmanının da yer alması veya psikoloji uzmanının vereceği bilirkişi raporunun gerekliliği önerilmekte ve hakimın uzman kişinin tesbitleri doğrultusunda karar vereceği ifade edilmektedir. **NIKOLETOPOULOS**, s.117. Bunun dava ekonomisi açısından uygun olmadığı karşı sav olarak ileri sürülmektedir. **WESSEL**, s.53. Yakınların ölü kişiye olan duygusal bağlılıklarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekli olgular listesi bir hayli genişletilebilmektedir. O kadar ki, geride kalanlarca ölünün mezarına hala özen gösterilip gösterilmediği dahi dikkate alınması gerekli bir olgu olarak önerilmektedir. Bkz. **NIKOLETOPOULOS**, s.117.

⁸³¹ **WESSEL**, s.53.

⁸³² **WESSEL**, s.53.

Knellwolf ise, yakınların ölmüş kişiye karşı hissettikleri duygusal yoğunluğun her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilebileceğini savunur. Yazarın bu görüşü, duygusal yoğunluğun belirlenmesindeki zorluğu aşma bakımından fayda sağlamaz. Kişiler arasındaki duygusal bağlılığın yoğunluğunu belirlemede, evli çiftler bakımından, uzun süreden beri birlikte yaşayıp yaşamadıkları dikkate alınacaktır. Resmi düzeyde, evli gözükseler bile, çiftlerin uzun süreden beri birlikte yaşamamaları, aralarındaki duygusal bağlılığın zayıflığını gösterir. Evli olmayan çiftler bakımından, ilişkinin basit bir flört olmaktan öteye geçen derin bir ilişki olması gerekir. Bkz. **KNELLWOLF**, ZUM 1997, s.786.

⁸³³ Türk Hukukunda, FSEK md.85 f.1’de mektuplara ve FSEK md.86 f.1’de resim ve portrelere ilişkin olarak bu değerlerin, kişinin ölümünden teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilmek istenmesi durumunda, FSEK md.19’da sayılan kişilerin muvafakatinin alınması gerekliliği düzenlenmiştir. FSEK md.19’da sayılan kişilerden izin alma yükümlülüğü, kişinin ölümünden 10 yıl sonra ortadan kalkar.

FSEK md.19’da sayılan kişiler; “biri yoksa diğeri” şeklinde tayin edilmiştir.

mümkündür. Ancak, “hatıra koruması” sağlayabildiği bu imkanlara rağmen, ölüye yapılan tecavüzle ve ölünün bazı değerlerinin ticari alanda sömürülmeye kalkışmasıyla ortaya çıkan bir “savunma aracı” olma özelliğinden kurtulabilecek midir? Ölüye tecavüz olmadıkça, “hatıra koruması” devreye girmez. Ölünün, resim, ses, isim gibi değerlerinin ticari bir üründe kullanılması durumunda, bu ticari sömürü tecavüzün ortadan kaldırılması davasıyla savuşturulabilecektir. Tecavüzün ortadan kaldırılmasına kadar geçen sürede, üçüncü kişinin elde ettiği kazanç failin yanına kâr kalmamalıdır. Bu durumda, ölen kişinin yakınlarına “hatıra koruması” çerçevesinde, bu kazancın iadesine yönelik olarak gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (BK md.414) davası açma imkanı mı tanınmalıdır? Veya ölen kişinin yakınları, failin elde ettiği kazancı “manevi tazminat davası” açarak mı alacaklardır?

Kanaatimizce, “hatıra koruması” ölen kişinin yakınlarının manevi zarara uğraması halinde, bu kişilere kendi kişilikleri ihlal edilmişçesine bir manevi tazminat davası açma imkanı tanır. Ancak, bu manevi tazminatın kapsamını, failin elde ettiği kazancın iadesini de kapsayacak şekilde genişletmek mümkün gözükmez. Bu durumda, ölen kişiden haksız yere menfaat elde eden kişinin kazandığı menfaatleri isteme hakkını, FSEK md.85 ve 86 hükümleriyle, kişinin ölümünden 10 yıl geçinceye kadar mektup, resim ve portrelerinin kullanımına izin verme konusunda yetkili kılınan kişilere tanımak önerilebilir. Bu kişiler, açacakları vekaletsiz iş görme davasıyla, failin elde ettiği kazancı isteyebileceklerdir. Mektup, resim ve portre gibi kişisel değerler için FSEK md.85 ve 86’da öngörülen çözüm, kıyasen isim ve ses gibi diğer kişilik değerleri için de uygulanabilir. FSEK md.19’da sayılan kişilerin, tazminat ve menfaat devrine ilişkin taleplerde bulunabilme imkanı, malvarlığı değeri olan kişisel varlıkların mirasçılara intikalinin kabul edilmemesi durumunda büyük önem taşır. Eğer, bu tür kişisel varlıkların mirasçılara intikali kabul edilirse, bu

Ölen kişinin bu kişisel değerleri kullanması için sağlığında yaptığı tasarrufla belirlediği kişi yoksa, vasiyeti tenfiz memuru; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklara ve mansup mirasçılara, ana-babaya, kardeşler yetkili olacaktır.

Ölen kişinin, mektupları, resmi ve portresi için getirilmiş bu düzenlemelerin, kıyasen kişinin isim, ses gibi değerleri için de uygulanması savunulabilir.

FSEK md.19’da sayılan bu kişilerin, kişinin ölüm sonrası korumasına ilişkin meselesine ilişkin “yakınlar” kavramının içini tam doldurup doldurmayacağı tartışılabilir. “Hatıra koruması” çerçevesinde ölen kişinin yakınları, ölen kişiye olan duygusal bağlılıkla belirlenmeye çalışılır.

Ölümlerle birlikte, mirasbırakandan intikal eden değil de, doğrudan doğruya mirasçılara hatta yakınların şahsında doğan haklar da ortaya çıkar. Destekten yoksun kalma tazminatı (BK md.47) ve ölenin yakınlarına tanınmış bulunan manevi tazminat hakkı (BK md.49) bu konuda örnek olarak verilmektedir. **AKKANAT**, s.78.

takdirde mirasçılar bu malvarlığı değerlerinin izinsiz kullanımında tazminat ve menfaatlerin devri taleplerinde bulunabilecektir.

Ölünün isminin, resminin veya sesinin mirasçıları veya yakınları tarafından bir lisans sözleşmesine konu edilerek kullanılmak istenmesi durumunda ne olacaktır? Eğer, ölünün ismi, resmi ve sesi gibi ticari alanda kullanılabilir değerleri, terekede yer alacak malvarlığı değerleri olarak kabul edilirse, bu değerler için sözleşme yapma yetkisi mirasçıların olur⁸³⁴.

Ölenin resim, ses ve isim gibi kişilik değerlerinden yararlanmayı mirasçılara geçen malvarlığı değeri olarak kabul ettiğimizde, mirasçıların bu malvarlığı değerlerini hukuki işlemlere konu etmeleri aşamasında özellikle FSEK md.85'in konu aldığı mektuplar ve FSEK md.86'nın konu aldığı resim ve portreler bakımından bir sorun çıkabilir. Bu hükümlerde, ölümden 10 yıl sonraya kadar geçecek evre için, bu değerlerden yararlanmak isteyenlerin FSEK md.19'da sayılan kişilerin iznini almaları gerektiği öngörülmüştür. Malvarlığı değeri olan kimi kişisel varlıkların mirasçılara geçeceği kabul edilirse, FSEK md.19'da sayılan kişilerin izin verme işlevi, mirasçıların bu hakları ölen kişinin şeref ve itibarına aykırı kullanıp kullanmama konusunda denetim işlevine dönüşecektir. Başka bir deyişle, bu kişiler, bu değerlerin konu edildiği sözleşmelerin bedelinden bir pay talep edemeyeceklerdir.

Serozan, Alman Federal Mahkemesinin verdiği Marlene Dietrich kararına göndermede bulunarak, başta kişinin adı, resmi, sesi, el yazısı, imzası, parmak izi ve genetik malzemesi olmak üzere kimi manevi değerlerin artık piyasada para eden, alınıp satılabilen mallarla dönüşmüş bulunduğunu ifade etmektedir. Buna uygun olarak, bu tür değerlerin mirasçıya geçebilirliği ve buna bağlı olarak mirasçılar

⁸³⁴ Genel anlamda yakınlarınsa, -özel bir düzenleme olmadıkça- ölünün bu tür kişilik değerlerini hukuki işlemlere konu etmek konusunda yetkilerinin olmadığını kabul etmek doğru olur. Yakınlar, ölen kişiye yapılan tecavüzler nedeniyle kendi hukuk çevrelerinde meydana gelen zararları karşılayabilme konusunda, genel hükümlerden kaynaklanan bir korumaya sahiptirler. FSEK md.85 ve md.86, ölen kişinin bazı kişilik değerlerinin akabeti açısından özel bir düzenlemedir. FSEK md.85 ve md. 86'da belirtilen kişisel değerlerin, ölümden 10 yıl sonraya kadar FSEK md.19 tarafından sayılan kişilerin izniyle kullanılabilirliği düzenlenmiştir. 10 yıl sonrasında bu değerler, üçüncü kişilerce serbestçe kullanılabilir. Elbette bu serbest kullanımın, ölen kişinin yakınlarının kişiliklerini ihlal edecek tarzda olmaması gerekir.

tarafından –parasal tazminat ve menfaat devri istemleriyle- korunabileceğini ileri sürmektedir⁸³⁵.

Kişinin ölüm sonrası korunması bakımından, kişiliğini oluşturan değerler bakımından ikili bir ayırım yapılarak sonuca ulaşmak doğru olur. Kişiliği oluşturan değerleri, mali ve manevi değerler bakımından ikili bir ayırma tabi tuttuğumuzda, kişinin ölümünden sonra şeref ve itibarı gibi ekonomik değeri olmayan değerlerine yapılan saldırılar, mirasçıları da kapsayan “yakınlar” aracılığıyla (yakınların kişilik hakkı aracılığıyla) ortadan kaldırılabilir. İsim, ses, resim gibi değerlerinse, malvarlığı değeri olduğu kabul edildiğinde, mirasçılara geçtiğini ve mirasçılar tarafından korunacağını belirtebiliriz. Bu yorumun kabulü, FSEK md.85 ve 86 hükümleri doğrultusunda, mektup, resim ve portreler bakımından mümkün gözükmeyebilir. Birincisi, FSEK md.85 ve 86’den mektup, resim ve portrelerin kişinin ölümünden 10 yıl sonra herkes tarafından kullanılabilir hale geleceği anlamı çıkmaktadır. İkincisi, 10 yıllık süre içinde bu kişisel değerlerden yararlanmak isteyenlerin izin almaları gereken kişiler, mirasçılık sıfatıyla ilgisi olmasa da (örneğin mirastan feragat sözkonusu olsa bile), FSEK md.19’da sayılanlardır. Bu hükümlerin varlığı karşısında, resim, portre ve mektuplardan ticari anlamda yararlanma noktasında hak sahibi mirasçılar kabul edilse bile, bu yararlanma on yıl süreyle FSEK md.19 f.1’de sayılanların iznine bağlı kalacaktır. Ticari anlamda bir fayda elde etmenin mirasçılara geçeceği kabul edildiğinde, bu sürenin FSEK md.86’daki on yıl süreyle sınırlı kalmaması gerekir. On yıllık süre, mirasçıların resim, portre gibi kişilik değerlerinin ticari açıdan kullanılmasında, FSEK 19 f.1’de sayılan kişilerden izin alınması gerekli süreç olarak yorumlanır. FSEK md.19 f.1’de sayılan kişiler, bu on yıllık süre içinde kişinin resim ve portre gibi kişilik değerlerinin, ölünün şeref ve itibarını ihlal etmeyecek tarzda kullanmalarını engelleme rolüne sahiplerdir. Ayrıca, resim ve portreler gibi kişisel değerlerin, resim ve portrenin markalaştırılmasının mümkün olduğu da söylenebilir. Koruma süresi, marka yenileme talebiyle istenildiğinde uzatılabilir.

Alman Hukukunda, kişiliğin mali ve manevi unsurlarının ölüm sonrası korunması bakımından önemli kararlardan biri olan “Klaus Kinski” kararında, Mahkeme ölen

⁸³⁵ SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.83.

kişinin kişilik değerlerinden malvarlıksal yönü olan değerlerinin korunmasına ilişkin olarak, resimlerin korunmasına ilişkin hükmü model almıştır. Buna göre, “Klaus Kinski” ismi, miras yoluyla intikal edebilen bir değer olmasına rağmen, ismin korunma süresi, resmin korunma süresi kadar -10 yıl- olmalıdır⁸³⁶. Böylece, ölümden 10 yıl sonra isim gibi kişilik değerinin, üçüncü kişiler tarafından serbestçe kullanılması engellenmek isteniyorsa, izlenecek yol bu ve diğer kişilik değerlerinin, “gayrimaddi mal”⁸³⁷ haline getirilmesi, örneğin marka korumasına başvurulmasıdır.

d.Ölünün Korunması, Herkese Yönelik Bir Hukuki Yükümlülük Olduğu Görüşü

Hukuk düzeni, ihlal edilme potansiyeli taşıyan hukuki değerlerin korunması için emirler ve yasaklar getirirken, bu hukuki değerlerin mutlaka bir hukuk süjesine bağlı olmasını aramaz⁸³⁸. O kadar ki, bir hakkı üzerinde taşıyan kişi ölümle hak ehliyetini kaybettiğinde bile, üçüncü kişilerin açacağı tecavüzün giderilmesi davasıyla bir (ölüm sonrası) korumadan faydalanabilir. Mephisto kararında⁸³⁹ ifadesini bulan bu düşünceler yine aynı karardaki ölen kişinin kişilik değerlerinin korunmasını “genel bir hukuki yükümlülüğünün ifade edilmiş şekli” olarak gören ifadelerle temel bir gerekçe özelliğine kavuşmuştur. Kişi, ölümle hak ve fiil ehliyetlerini kaybetmekle beraber, ölüm sonrasında korumasız da değildir. Bu koruma, doğumdan önceyi yaşamın tümünü ölümden öteyi gözeten “insan onuru” kavramıyla sağlanır⁸⁴⁰. Kişi, ölümden sonra hiçbir hakka ve kendisini koruma imkanına sahip olamadığı için, devlet belli bir şekilde, insan onurunu teminat altına alacak bir işlev üstlenmelidir.

Kişiliğin ölüm sonrası korunmasında, bu korumanın süjesiz hak⁸⁴¹, genel bir hukuki yükümlülük⁸⁴² veya davranış yükümlülüğü⁸⁴³ olarak nitelendirilmesi bir rol

⁸³⁶ BGH, Urteil vom 05.10.2006 - I ZR 277/03 (LG Berlin); GRUR 2007, s.168 vd.

⁸³⁷ **ROTHEL**, Anne, “Schutzdauer der vermögenswerten Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts- kinski-klaus.de”, Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (LMK) 2007/3 s.21345.

⁸³⁸ Bu takdirde özel hukuk kapsamından çıkılıp kamu hukuku kural ve sınırlamaları kapsamına girilecektir.

⁸³⁹ BGH 20.3.1968, NJW 1968, s.1773,1774.

⁸⁴⁰ **WESSEL**, s.54.

⁸⁴¹ Süjesiz hak (subjektloses Recht) kavramına doktrinde karşı çıkan görüşler için bkz. **WESTERMANN**, FamRZ 1969, s.565; **BUSCHMANN**, NW 1970, s.2087, **SCHWERDTNER**, s.108; **KLIPPEL**, s.551; **HELDRIICH**, FS Lange, s.168.

⁸⁴² **HELDRIICH**, FS Lange, s.169.

⁸⁴³ **LARENZ/CANARIS**, II/2, s.532.

oynamaz. Önemli olan nokta, hukuk düzenin, ölüm sonrası korumayı, korunana bir hak ve yetki vermeden de, herkese yönelik bir yükümlülük düzeyinde sağlamış olmasıdır⁸⁴⁴. Bu yorum, insan onuruna saygı ve riayet edilmesi yükümlülüğünü, hak sahibinin yaşamıyla sınırlı görmeyen anayasal yorumla da uyumludur⁸⁴⁵. Ölüm sonrası kişilik koruması için, ölünün “hukuk süjesi benzeri” (quasi-lebendes Rechtssubjekt) kavramıyla “kurgu-karakter”e kavuşturulması zorunlu değildir.

Ölüm sonrası korumanın, insan onurunun korunması düşüncesine dayandırılmasıyla birlikte, ölünün korunması, yakınların manevi bütünlüklerinin bozulmasına bağlı olmaktan çıkar. Ölüm sonrası korumanın tek şartı olarak, ölen kişinin insanlık onurunun ihlal edilmesi aranır. Öleni yakınlarının manevi bütünlüklerinin ihlali ek bir şart olarak aranmaz⁸⁴⁶.

Ölüm sonrası koruma, insan onurunu korunması düşüncesine dayandırılıp, yakınların hakları aracılığıyla koruma düşüncesinden uzaklaşılsa dahi, ölüm sonrası korumanın hukuki sonuçları bakımından, yakınların menfaatlerini dikkate almamak mümkün değildir. Hukuka aykırı fiillerden kaynaklanan yaptırım talepleri, sadece ölen kişinin varsayımsal menfaatlerine yönlendirilemez. Bu bağlamda, tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davaları sadece ölen kişinin korunmasına indirgenemez. Maddi tazminat davasının, ölen kişinin malvarlığı menfaati olmadığından hareketle veya telafi edilecek bir manevi bütünlüğü olmadığından hareketle manevi tazminat davasının reddi doğru bulunmamaktadır. Bu eleştirel düşünce, temelini Alman Güzel Sanat ve Fotoğraf Eserleri Kanunu md.23 f.2’de bulur. Bir kişinin resmini veya portresinin teşhir edilmesi veya yayılmasının ölen kişinin yakınlarının iznine ihtiyaç göstermediği durumlarda dahi yakınlarının menfaatlerinin ihlal edilmemesi gerekir⁸⁴⁷.

Bizde de buna benzer bir hüküm FSEK md.86’nın son fıkrasıdır: “Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde de Medeni Kanunun 24’üncü maddesinin hükmü mahfuzdur.” Dolayısıyla, ölen kişinin resim ve portrelerinin teşhir veya diğer suretle umuma arzında izin alınması gerekli FSEK md.19 f.1’de

⁸⁴⁴ HELDRICH, s.169.

⁸⁴⁵ WESSEL, s.54 ve özellikle s.15-18.

⁸⁴⁶ WESSEL, s.55.

⁸⁴⁷ WESSEL, s.56.

sayılan kişilerin de haklı menfaatlerinin gözetilmesi gerekir. Bu menfaatler manevi olabileceği gibi mali de olabilir. O halde, ölen bir kişinin üzerinden bir kazanç elde edilmesi durumunda, ölen kişinin resim ve portrelerinin teşhir veya diğer suretle umuma arzında izin alınması gerekli FSEK md.19 f.1’de sayılan kişilerin mali menfaatlerinin ihlal edildiği bir an için düşünülse bile, FSEK md.86 f.2 hükmü böyle bir yoruma müsaade etmez. Bu fıkra göre “Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49.maddesi ile Türk Ceza Kanununun 197 ve 199’uncu maddeleri hükümleri uygulanır”. Demek ki, FSEK md.19 f.1’de sayılanlar, kendilerinden izin alınmadığı ve bu suretle kendi menfaatlerinin ihlal edildikleri gerekçesiyle, maddi tazminat değil ancak manevi tazminat davası açabileceklerdir.

Alman Hukukunda ise, böyle bir durumda, yakınların haklı menfaatlerinin ihlalinden bahsedilirken, maddi veya manevi menfaatler arasında bir ayrım gözetilmediğine göre, ölen kişinin yakınlarının maddi veya manevi tazminat davası açabilmeleri mümkün görülebilir.

Ölüm Sonrası Korumanın Mirasçıların Malvarlığı Menfaatleri Üzerinden Sağlanması

Alman Hukukunda, Marlene Dietrich kararıyla kişilik hakkının manevi (ideel) ve maddi (vermögenswert) unsurlarının olduğu kesin bir şekilde karara bağlanmıştır. Bu ayrımın, Amerikan Hukukundaki ayrımın –right of privacy/right of publicity⁸⁴⁸-

⁸⁴⁸ Right of privacy kavramını, “gizlilik hakkı” şeklinde çevirmek mümkünken, aynı çeviri kolaylığını “right of publicity” de tecrübe etmek pek mümkün gözükmemektedir. “Publicity” kavramı, halk, reklam, tanıtma şeklinde türkçeye çevrilebilmektedir. Right of publicity de, bu durumda, “reklam hakkı”, “tanıtma hakkı” şeklinde bir anlama kavuşabilmektedir. Hatta, serbest çevirinin sınırlarında, “kamusallaştırma hakkı” “alenileştirme hakkı”, “tecimselleştirme (ticarileştirme) hakkı” dahi önerilebilir. “Kamusallaştırma hakkı”, kamulaştırma kavramını hatırlatması nedeniyle yadırgatıcı bulunabilir. Öte yandan, right of privacy’nin gizlilik alanı olarak çevrilmesi karşısında, kişinin gizli kalmasını istemediği, alenileştirip, ticari açıdan değerlendirmek istediği kimi değerleri açısından “kamusallaştırma hakkı” kamusal alan-özel alan ayırımına yaptığı vurguyla da ayrı bir dikkati hakedebilir. Ancak, kavramın Kıta Avrupası hukukunda muadilini bulma ve ona göre Türkçeye kazandırma çabası “right of publicity” nin ekonomik kişilik hakları (wirtschaftliches Persönlichkeitsrechte), kişilik hakkının malvarlığı unsuru (vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechte) gibi ifadelerle karşılanabileceği noktasında dayanak olabilmektedir. Soruna, devredilebilirlik açısından baktığımızda bir taraftan devredilemeyen right of privacy-gizlilik hakkı, diğer taraftan belli ölçüde devredilebilir dolayısıyla ticarileştirilebilir bulunan “kişiliğin malvarlığı unsurları üzerindeki hak”. Kişinin kişiliğini oluşturan isim, ses, resim gibi değerlerini bir ürün veya hizmet pazarlamaya (merchandising) yönelik olarak, reklam amaçlı kullanması, right of publicity’nin “reklam hakkı”, “pazarlama hakkı” olarak çevrilmesini de haklı göstermektedir. Her ne kadar, kişilik değerleriyle, reklam ve pazarlamayı aynı bağlamda telaffuz etmek, endişe verici gözükse de, right of publicity kavramının bugün için üstlendiği işlevin, reklam ve pazarlama olduğu gözardı edilemez. Bu

Alman Hukukundaki izdüşümü olduğu belirtilmektedir⁸⁴⁹. Gizlilik hakkı, kişinin, kamunun bilmesini arzu etmediği şeylerin alenileştirilmesi veya kişinin kamuda yanlış şekilde tanınmasını sağlayacak şekilde hareket edilmesine (entstellende Darstellungen) karşı korunmasını sağlar. Tanıtma hakkı ise, kişinin isminin, sesinin, resminin veya diğer kişiliğini oluşturan özelliklerinin yayılması ve ticari açıdan kullanılmasına imkan verir. ABD’de tanıtma hakkı, ya federe devletlerdeki yasal boşluklarını doldurma işlevini üstlenerek bir gelişim çizgisi izlemiştir ya da “Ortak Hukuk”un (Common Law) bir parçası olarak tanınmıştır.

ABD Hukukunda, tanıtma hakkı, özellikle eğlence ve medya endüstrisinin merkezi sayılan Kaliforniya eyaletinde geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu gelişime uygun olarak, Kaliforniya Medeni Kanununun 3344.1 maddesinin (g) bendine, Astaire Ünlülerin İmajlarının Korunması Kanunuyla (Astaire Celebrity Image Act) getirilen değişiklikle, ölüm sonrası tanıtma hakkı süresi, 50 yıldan 70 yıla çıkarılmıştır. Diğer eyaletlerde de, benzer şekilde uzun sürelerle rastlanmaktadır. Ölüm sonrası “tanıtma hakkı”, Oklahoma ve Indiana’da 100 yıl, Washington’da 75 yıl, Ohio’da 60 yıl, Kentucky, Illionis, Nevada ve Texas’da 50 yıl, Florida’da 40 yıl, Virginia’da 20 yıl olarak belirlenmiştir.

Tanıtma hakkının, ölüm sonrası koruma bakımından bir sonuca ulaştırılmasında, malvarlığı hakkı ve kişilik hakkından hangisine dahil olduğunun tespiti kilit bir rol oynar. Eğer tanıtma hakkı, bir malvarlığı hakkı (property right)⁸⁵⁰ olarak nitelendirilirse, ölümden sonra varlığını sürdürecektir, kişilik hakkı (personal right)

bakımdan, bu sert gerçeği yumuşatma adına “tanıtma hakkı” tercih edilebilir. Tanıtma hakkı, hem kişinin ses, isim, resim gibi değerleriyle kendisinin tanıtılması hem de ürünün veya hizmetin tanıtılması şeklinde birbiriyle etkileşimli ikili bir işlev görür.

⁸⁴⁹ **REBER**, Nikolaus, Die Schutzdauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts in Deutschland und den USA (von Marlene Dietrich über Klaus Kinski zu Marilyn Monroe)- ein Irrweg des Bundesgerichtshofs?, GRUR Int 2007/6, s.497.

⁸⁵⁰ Malvarlığı kavramının, zaman içinde gelişen, durağan bir kavram olmadığı ileri sürülmektedir. Bir mahkeme kararında, malvarlığı kavramının zaman içinde nasıl yeni biçimlerinin ortaya çıktığı ve bunun örneği olarak tanıtma hakkı üzerinde durulmuştur. Kararda, mülkiyet olarak nitelenen bir menfaatin belli özellikleri taşıması gerektiği ifade edilmiştir. Bu özellikler arasında, başkalarına devredilebilme, mirasçılara intikal etme, vasiyete konu olabilme, mahkeme kararıyla müsadere edilme, iflas prosedürüne tabi olma gibi özellikler sayılmıştır. Malvarlığı adıyla isimlendirilen kimi şeyler, bu özelliklerin hepsini birden taşımazlar. Örneğin bir işçinin işi üzerinde, malvarlığı menfaati (property interest) vardır, bu menfaati işten gerekli prosedürler izlenmeden çıkarılmasını engelleyen düzenlemelerce güvence altına alınır. Oysa, iş üzerindeki bu menfaati, devredilemez, miras yoluyla intikal edemez veya vasiyete konu olamaz. Mahkeme kararı için bkz. **MCCARTHY**, s.386.

olarak değerlendirilirse, ölümlerle birlikte son bulacaktır⁸⁵¹. Tanıtma hakkının malvarlığı hakkı olarak nitelendirilmesi, mirasçılara intikal edebilmesi sonucunu doğuracaktır. Gizlilik hakkı, insan onuruna yapılacak saldırıları ve bundan kaynaklanan zihinsel ve fiziksel sonuçların doğmasına engel olmaya çalışırken, tanıtma hakkı, insanın kimliğine içkin olan, kimliğinde var olan ticari değerlerin ihlal edilmesini engellemeye yönelik bir koruma sağlar. Tanıtma hakkı, ölümden sonra varlığını korur, devredilebilir ve lisansa konu olabilir. Başka bir deyişle, mirasçılar kendilerine intikal eden tanıtma hakkını devre konu yapabilecekleri gibi, bu hak üzerinde lisans hakkı da tanıyabileceklerdir⁸⁵².

Bir kişinin, kişiliğini oluşturan kimi varlıkların ekonomik değerinden sözedildiğinde, o kişinin tanınmışlık derecesi (Bekanntheitsgrad) önem taşır. Bu tanınmışlık derecesi, ölen kişiler bakımından da geçerlilik taşır. Popüler ve reklam gücü olan kişilerin, bu tanınmışlık derecelerinin ölümden on yıl gibi kısa sayılabilecek bir sürede ortadan kalkacağını savunmak doğru değildir. Bu noktada, ölüm sonrası korumada, eser niteliğinde olmayan resim ve portrelerin teşhiri veya umuma arzına ilişkin 10 yıllık koruma süresi kıyasen uygulanmamalıdır. “Tanınmışlık derecesi”, bu kadar süre içinde sönmez. Bu konuda şu örnekler verilebilir: 1955 yılında ölen James Dean halen yıllık 3.5 Milyon Dolar civarında bir lisans geliri elde etmektedir. Ölümünden 40 yıldan fazla bir süre geçen Marilyn Monroe’nun kişilik değerlerinin pazarlanmasından 2.5 Milyon Dolar ve 1977 yılında ölen Elvis Presley’in kişilik değerlerinin pazarlanmasından yıllık 100 milyon Dolar kazanıldığı bildirilmektedir⁸⁵³.

Amerikan Hukukundaki bu gelişmeler dikkate alınarak, Alman Hukukunda “tanıtma hakkı”nın ölüm sonrası korunmasında, 70 yıllık süre öngörülmektedir. Nasıl ki, eser sahibinin bıraktığı eserler üzerindeki mali haklar aracılığıyla mirasçılara, eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonrasına kadar bir malvarlığı menfaati elde

⁸⁵¹ Tanıtma hakkının ölüm sonrası korunması tartışmasında aslında üç temel nokta vardır. Birincisi, mülkiyet hakkı/kişilik hakkı ayrımıdır.

İkincisi, uygun kıyas noktasıdır. Tanıtma hakkı, gizlilik hakkı gibi başkasına intikali mümkün olmayan bir hak mıdır? Yoksa, eser sahibinin mali hakları veya markalar gibi devredilebilen haklardan mıdır?

Üçüncüsü, politika sorunudur. Tanıtma hakkının, ölüm sonrası korumaya kavuşturulması, kamu politikası (public policy) bakımından iyi midir kötü müdür? Bkz. MCCARTHY, s.382 vd.

⁸⁵² MCCARTHY, s.383.

⁸⁵³ SCHERTZ, Christian, Merchandising, Beck Verlag, München 1997, s.11

edebilmektedir. O halde, kişilik değerlerine ilişkin olarak da, “tanıtma hakkı”nın ölüm sonrası 70 yıl süreyle devamı sağlanarak mirasçılara bir malvarlığı menfaati bırakılabilmelidir. Bir sanatçının konu olduğu ve sadece bu nedenle önemli bir piyasa değeri olan fotoğraf eseri, eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonrasına kadar nasıl korunabiliyorsa, ölen kişinin kişiliğinin resim, portre gibi malvarlığı değeri taşıyan unsurlarının da 10 yıl değil, 70 yıllık bir ölüm sonrası korumadan faydalanması gerekmektedir⁸⁵⁴. 70 yıllık süreden sonra, ölen kişinin toplum nezdindeki hatırasının ortadan kalkmaya yüz tutacağını, adeta solacağını ve kişiliği oluşturan pazarlanabilir unsurların artık herkesin değeri (allgemeingut) haline geleceğini kabul etmek gerekir. Böyle bir yorum, ABD’de “tanıtma hakkı”nın korunmasına ilişkin düzenlemelerle de uyum içinde olacaktır⁸⁵⁵.

Kişiliğin ölüm sonrası korunmasındaki bu yaklaşımdan hareketle, manevi hakların mali haklarla birlikte mirasçılara intikal edebileceği savunulabilir. Nasıl ki, kişiliği oluşturan ama malvarlığı değeri de olan “değerler” devre konu olabiliyor ve mirasçılara intikal edebiliyorsa, kişilikle yakın bağlantı içinde bulunan manevi hakların da devre ve miras yoluyla intikal edebileceği söylenebilir. Bu yaklaşım, manevi hakların mali haklarmış gibi işlem görmesi ve adeta mali hak haline getirilmesi sakıncasını da beraberinde getirir⁸⁵⁶.

VII. SINAİ HAKLAR BAKIMINDAN MANEVİ HAKLAR

A.Genel Olarak

Kişilik haklarının “kişiye bağlılık” özelliği ile manevi hakların “eser sahibinin eseriyle olan bağı”, markalar, endüstriyel tasarımlar, patent gibi Fikri Hukukun diğer alanlarında, kayıplara karışırcaısına, varlık göstermezler. Kişiye bağlılık veya “eser sahibinin eseriyle olan bağı”na koşut bir şekilde, kişinin marka, patent veya endüstriyel tasarım gibi “gayrimaddi mal ile olan bağ”ı, manevi değerın önüne geçmiş malvarlığı değeriyle tanımlanır. Malvarlığı değeri haline gelmiş, bir fikri değer karşımızdadır bu türden koruma rejimlerinde.

⁸⁵⁴ GOTTING, 70 Jahre post mortem, GRUR 2007, s.171.

⁸⁵⁵ REBER, s.498.

⁸⁵⁶ Manevi hakların hangi tür hukuki işlemlere konu olabileceği ve özellikle miras yoluyla devre elverişli olup olmadığı noktasında açıklamalar için bkz. İKİNCİ BÖLÜM, Başlık II ve IV.

B.Marka Ve Manevi Haklar

Marka⁸⁵⁷ ile markayı yaratan kişi arasında ne kadar manevi bir bağ olursa olsun, kanun koyucu nezdinde marka, eser üzerindeki mali-manevi menfaat ayrımından farklı olarak, marka sahibinin mali menfaatlerine hizmet eden bir malvarlığı değeri olarak görülmüştür. Marka, hem işletme ile hem de işletmeden ayrı olarak devredilebilir⁸⁵⁸. Devirle birlikte, marka sahibinin markayla olan malvarlıksal bağı da sona erer⁸⁵⁹. Markanın, kişiden bağımsızlaşması, markanın itibarı kavramında da kendini belli eder. Markanın, markanın ününe zarar verecek şekilde pazarlanması, marka sahibi gerçek kişinin manevi menfaatlerine, ekonomik kişiliğine, itibarına yönelik bir ihlalden çok “markanın itibarı”na yönelik bir ihlal olarak değerlendirilmelidir. Ancak, Tekinalp, markanın marka hakkı sahibine malvarlıksal (maddi) menfaatler sağlamasının yanında “sınırlı manevi haklar” sağladığını ifade eder. Bu konuda, MarkKHK md.13 f.2 ve MarkKHK md.68 hükümlerini örnek gösterir. “Markanın itibarı” başlığını taşıyan 68.maddeye göre “Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir.” “Marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi” başlığını taşıyan 13.maddeye göre “Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne⁸⁶⁰ girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.”

Marka hakkı sahibinin, marka üzerinde manevi menfaati olması ve bu manevi menfaatini “manevi hak” olarak nitelendirmek, hukuk tekniği açısından doğruluk payı taşır. Hak, hukukça korunan menfaat olduğuna göre ve eğer markanın itibarının korunması bir manevi menfaat olarak düşünülürse, marka hakkı sahibinin manevi hakkının varlığından sözedilebilir. Ancak, ticari ve sınai karakteriyle öne çıkan,

⁸⁵⁷ MarkKHK md.5'e göre, “bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, her türlü işaret” markadır.

⁸⁵⁸ MarkKHK md.16 f.1 uyarınca “Marka, tescil edildiği mal ve hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir.” Hükmün, ikinci fıkrasının ilk cümlesi ise “Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa işletmeye ait markaların da devrini kapsar” şeklindedir.

⁸⁵⁹ Markanın, marka sahibinin malvarlığı içinde kalıp, kullanım hakkının devri ise marka lisansı ile olur.

⁸⁶⁰ Birinci fıkra hükmü şu şekildedir: “Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.”

kişiyeye değil ürüne veya hizmete bağıllıkla kendini belli eden markalar için kabul edilecek manevi hak kavramı, eser sahibinin manevi haklarına kapsamla daha zayıf ve dar olacaktır.

Markanın, marka sahibiyle MarkKHK tarafından açıkça tanınmış bir manevi bağı olmaması, marka sahibinin gerektiğinde, kişilik haklarına ilişkin hükümlere başvurmasına engel değildir. Kişilik hakkı koruması, markadan bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir. MarkKHK md.5 kişi adlarının dahi marka olarak tescil edilebileceği imkanını öngörmüştür. Bir kişinin kendi adını marka olarak tescil ettirmesi durumunda, artık MK hükümleri çerçevesinde “adın korunması”ndan faydalanamayacağı akla gelemez. Kişi adı, markaya ilişkin olarak markanın kapsadığı ürünler veya hizmetler kapsamında korunacağı gibi, kişiliği oluşturan değerler bağlamında kişilik hakkı çerçevesinde de korunacaktır. Öte yandan, üçüncü kişinin adının⁸⁶¹ marka olarak seçilmesinde, haklı olarak bu kişi veya bu kişinin mirasçılarının izninin alınması gerekmektedir. Aksi takdirde, adı marka olarak seçilen ve kullanılmak istenen kişi, kişilik hakkına dayanarak hukuki müdahalede bulunabilecektir⁸⁶².

Kişilik değerlerinden sadece kişi adları değil, kişinin resmi veya sesinin⁸⁶³ de marka olarak tescil edilebileceği düşünülürken, akla bu tür kişilik değerlerinin markalaşmasının, markalar bakımından da “kişiyeye bağıllık” unsurunu ortaya çıkaracağı bir anlık düşünülse bile, isim, resim, ses gibi kişilik değerlerinin, şeref ve itibar gibi kişilik değerlerinin aksine, malvarlıksal değeri olması ve ürün ve hizmetler aracılığıyla metalaşmaya elverişliliği, markalar hukukunda bu kişisel değerlerin

⁸⁶¹ Bu konuda, “Gorbotschow” votkaları , “Napoleon” konyakları ve “Mozart” likörleri gibi örnekler verilmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.345.

⁸⁶² Adı, izinsiz bir şekilde marka başvurusuna konu edinen kişinin bu başvuruyu etkisiz bırakması için MarkKHK md.8’de bir imkan tanınmıştır. Bu imkana göre “Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait *ismi*, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir.” Bu durum, marka tescilinde red için nisbi nedenlerden biridir.

⁸⁶³ Kişinin resminin marka konusu olabileceği sonucuna, “markanın içerebileceği işaretler” başlığını taşıyan MarKHK md. 5’de belirtilen “şekiller” ifadesinin yorumuyla ulaşılabilir.

Sesin, marka konusu olabileceği sonucuna ise yine aynı hükümde geçen “benzer biçimde ifade edilebilen” ibaresinin yorumuyla ulaşılabilir. Tekinalp, MarKHK md.5’de yer alan “benzer biçimde ifade edilebilen” ibaresinin içine ses ve melodinin de girdiğini ifade etmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.347. Yazarın, melodi niteliğini taşımayan seslere ilişkin olarak verdiği örnekler Metro Goldwyn Mayer’ın aslanının kükremesi, Harley Davidson motosikletlerinin motorlarının sesleri olmak üzere insan sesine ilişkin olmasa da, kişinin sesinin de marka olarak tescil edilmesine bir engel yoktur.

kişiyile olan bağının çözümlü, ticarileşmesi sonucunu doğurduğu akıldan çıkarılmamalıdır.

Markaya konu olan işaret, aynı zamanda eser niteliğine de sahip olabilir⁸⁶⁴. MarkKHK md.5’de, “her türlü işaretin” (ayrıtetme özelliğine sahip olması koşuluyla) marka olma niteliğine sahip olduğu belirtilmiştir. Benzer bir ifade, Alm.Markalar Kanununun 3.maddesinde yer alır. Böylece, marka korumasından yararlanan “tanıtıcı ve ayırtedici işaret”, eser korumasından yararlanırken üzerinde mali ve manevi hakların olduğu hukuki bir değer niteliğini kazanır. Film isimleri, kitap isimleri başta olmak üzere birçok eser isimleri de, hem eser korumasında hem de marka (Alm.MarkK md.5 f.3) korumasından yararlanabilirler. Film isimleri veya kitap isimlerinin tanıtıcı ve ayırtedici işaret olabilmesinin yanında, eser koruması bağlamında gerekli yaratıcılık düzeyine erişebilecekleri ifade edilir⁸⁶⁵. Çifte koruma (Doppelter Rechtsschutz) adı verilen, hem marka korumasında hem de eser korumasından yararlanma durumu, marka korumasının ve eser korumasının birbiriyle bütünleşmesi anlamına gelmez. Başka bir deyişle, eser sahibinin manevi hakları yine sadece eserin korunması için bir işlev görür, yoksa marka korumasında, eser sahibinin manevi haklarından yararlanılamaz. Gerek marka koruması gerekse eser koruması, varlıklarını birbirinden bağımsız şekilde devam ettirirler⁸⁶⁶. Bir hukuki değer, iki ayrı koruma rejimine, düzenlemeye tabi olması özel hukuka yabancı bir durum değildir⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ **LOEWENHEIM/MEES** § 3, Kn.19.

⁸⁶⁵ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.48.

Reklam sloganları ise, isim koruması (titelschutz) adı altında Alm.MarkK md.5 f.3 kapsamında marka olarak korunabilirse de, eser korumasından nadiren yararlanırlar. Bkz. **HEERMANN** WRP 2004, s.263,264.

⁸⁶⁶ Bir sanat eserinin aynı zamanda marka olarak marka korunmasından yararlandırılması, Marka Hukuku kaynaklı tekeli yetki sayesinde, belli bir zaman sonra kamuya mal olmasını engeller. Eserin koruma süresinden sonra, marka aracılığıyla korunmasının devam ettirilmesi “tekrar tekelleşme” (remonopolisierung) olarak nitelendirilmektedir. Marka koruması, eser korumasından daha uzun bir süreye yayılabilecektir. Eser koruması, 70 yıllık değişmez bir süreye tabiyken, marka koruması her 10 yılda bir devamlı şekilde (Alm.MarkK md.47 f.2) uzatılabilmektedir. Bkz. **SCHACK**, Kunst und Recht, Kn.210,211.

⁸⁶⁷ Durum kıymetli evrakta hem senede bağı soyut hakkın hemde buna vesile olan temel ilişkiadaki alacak hakkının birlikte var olmasına ve ilişkilerine benzetilebilir. Senede bağlanmakla alacak hakkı ortadan kalkmamakta ve değişmemekte, başka bir düzenleme ile korunan paralel bir hak doğmaktadır.

C.Patent ve Manevi Haklar

PatKHK md.86 uyarınca, patent başvurusu veya patent başkasına devredilebilir. Patent ve patent başvurusunu önceleyen aşamaya yönelik olan “patent isteme hakkı” ise PatKHK md.11’de düzenlenmiştir. PatKHK md.11’e göre, “patent isteme hakkı, buluşu yapana veya onun haleflerine ait olup, başkalarına devri mümkündür. Patentin konusunu oluşturan buluş üzerinde, buluş sahibinin manevi ve mali haklarının olduğu ifade edilmektedir. PatKHK’da buluş sahibinin, eser sahibinin haklarına paralel bir şekilde, manevi ve mali haklara sahip olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde, buluş sahibinin buluş hakkının bir bütün halinde manevi ve mali hakları içerdiği söylenirken⁸⁶⁸, ilk dayanak noktası PatKHK md.15’dir. “Buluş yapanın belirtilmesi” başlığını taşıyan PatKHK md.15’e göre, “Buluş yapanın adı patentte belirtilir. Buluşu yapanın başvuru sahibi veya patent sahibinden buluşu yapan olarak tanınmasını ve adının patentte belirtilmesini isteme hakkı vardır”. Buluş sahibinin buluş hakkının kendisine sağladığı diğer iki manevi yetki ise, PatKHK’den değil, genel hükümlerden yararlanılarak ifade edilmiştir. Bu iki manevi yetki “Buluşu kamuya açıklayıp açıklamama hakkı”, “Buluşun kötülenmesi halinde kişiliğin korunması davası”dır.

Buluşun kamuya açıklanıp açıklanmaması ve bunun zamanının belirlenmesinin bir kişilik hakkı olduğu ve konunun MK md.24 kapsamına girdiği belirtilmiştir. Aynı şekilde, buluşun kötülenmesi halinde de kişilik hakkının hukuka aykırı olarak tecavüze uğradığından hareketle MK md.24’de öngörülen davaların açılacağı söylenmiştir⁸⁶⁹. Buluş hakkının, buluş sahibine sadece mali menfaatlerini koruyan bir koruma sağlamadığı, manevi menfaatlerine de yöneldiği, en azından PatKHK md.15’in varlığı sayesinde açıktır. Ancak, buluş yapanın adının belirtilmesi hakkından yola çıkarak, eser sahibinin manevi haklarına paralel bir yapının varlığını iddia etmek veya ispatlamaya çalışmak, ancak kişilik hakkına ilişkin hükümlerin yardımıyla mümkün olabilir. Kişilik hakkından ve PatKHK md.15’den yola çıkılarak oluşturulacak mali hak ve manevi hak ayırımı kanuni bir ayırım değildir. Ayrıca buluş sahibinin buluşuyla olan manevi ve fikri bağı, kanaatimizce eser sahibinin eseriyle olan fikri ve manevi bağı kadar da kuvvetli değildir. Bu nedenle, buluş hakkı sahibinin buluşu üzerindeki manevi haklarından söz etmek, eser sahibinin eseri

⁸⁶⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.522.

⁸⁶⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.522, 523.

üzerindeki manevi haklarının kapsamıyla karıştırılmamak kaydıyla, akla yatkın görülebilir. Buluş sahibinin buluş üzerindeki hakkının devrinden bahsederken, devrolunan hakkın kapsamına “adın belirtilmesi yetkisi”ni almamak doğru olur.

D.Endüstriyel Tasarım ve Manevi Haklar

EndTasKHK md.18’in birinci fıkrasına göre, “Tasarımcı başvuru sahibine veya tasarım hakkı sahibine karşı, tasarım sicilinde, rüçhan belgelerinde ve yayınlama sırasında adını tasarımcı olarak gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.” Hükmün ikinci fıkrası ise “Ekip çalışması sonunda ortaya çıkan tasarımlarda bu husus açıkça vurgulanır. Bu hakkın devri ve haktan feragat hükümsüzdür” şeklindedir. EndTasKHK md.18, doktrinde tasarımcının tasarımı üzerinde manevi hakkı olduğunu göstermek bakımından bir işlev taşı⁸⁷⁰. “Adın belirtilmesi hakkı”nın devredilemezliği ve feragat edilemezliği ilkesi, doktrinde de haklı olarak ileri sürüldüğü üzere⁸⁷¹, sadece ekip çalışması sonucunda ortaya çıkan tasarımlara özgülenmemeli, geniş yorumla bireysel çalışma sonucu ortaya çıkan çalışmalar için de geçerli sayılmalıdır.

Manevi hakkın devredilmezliği kuralı, başka bir bakış açısıyla ancak kullanımının devri, fikri mülkiyet hukukunun diğer alanlarında da varlığını hissettirir. Markalar bakımından bir manevi hak kavramına rastlanmamakla beraber, patentler ve endüstriyel tasarımlar bakımından “adın belirtilmesi yetkisi” bir manevi hak olarak kabul edilebilir. Bu görüşe karşın, manevi hakkın ancak Kanunkoyucu tarafından açıkça ve kategorik olarak belirtilmesi şartıyla varlığının kabul edileceği ileri sürülürse, bu halde “adın belirtilmesi yetkisi” kişilik hakkının patentlerde ve endüstriyel tasarımlar bakımından özel bir hali olarak nitelendirilmek gerekir. İster manevi hak ister kişilik hakkının özel bir hali olarak kabul edilsin, patent ve endüstriyel tasarımlar bakımından “adın belirtilmesi yetkisi” ölümden sonra hüküm ifade etmez. Bu yönüyle, eser sahibinin ölümünden sonra da varlığını sürdüren manevi haklardan ayrılır.

⁸⁷⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.626.

⁸⁷¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.626.

Sınai mülkiyet haklarında manevi hak kavramına, eser sahibinin manevi hakları gözlüğüyle bakıldığında, geniş ve güçlü bir manevi hak resmi görülmez. KHK'ler tarafından manevi hak adı altında düzenlenmiş bir manevi hakka rastlanmaz. Ancak, manevi menfaatleri konu olan hükümlerden yola çıkılarak, sınai mülkiyet haklarına özgü manevi hakların varlığından bahsedilebilir. Kişiliği koruyan hükümlerden yola çıkılarak, bu manevi hak listesini genişletmek mümkündür. Bu yaklaşım ise, eser sahibinin manevi haklarını açık ama sınırlı sayıda düzenlemiş FSEK'in sistemine yabancı bir yorum tarzı olur. Elbette bu konuda FSEK'in izlediği sınırlı sayı sisteminin, sınai mülkiyet hakları için geçerli olmadığı ileri sürülerek bir çözüme ulaşılabilir.

Marka, patent ve endüstriyel tasarımlardaki "devredilebilirlik", eser sahibinin haklarından mali haklarının devredilebilirlik özelliğiyle benzer kabul edilebilir. Başka bir deyişle, Fikri Hukukta devredilebilirlik, hakkın malvarlığı yönü bakımındandır. "Devredilemezlik" ise, hakkın manevi yönüne göndermede bulunur.

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ HAKLARIN ÖZELLİKLERİ

I.SINIRLI SAYI (NUMERUS CLAUSUS) İLKESİ

A.Genel Olarak

Sınırlı sayı ilkesi, hukukun birçok dalında karşılaşılan bir kavramdır. Sadece, aynı haklara hakim olan prensiplerden biri olarak değil, Fikri Mülkiyet Hukuku gibi hukukun diğer dallarında da tartışılan bir kavram olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla kavram, sınırlı sayı ilkesinin olmadığı Borçlar Hukukundan, sınırlı sayı ilkesinin olduğu Aile Hukuku, Miras Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku gibi alanlarda kendinden sözettiren bir “hak” özelliği olarak konu edilmektedir. Sınırlı sayı ilkesi ve bu ilkeye eşlik eden tipe bağlılık kuralı, Eşya Hukukunda, katı bir kural olarak gözükmese de, uygulamanın zorlaması ve kanun koyucunun getirdiği kimi kurumlarla aşındırılmıştır⁸⁷². Eser sahibinin hakları bakımından da, teknik gelişmelerin sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesini etkileyen bir unsur olduğunu söylemek gerekir.

Eşya Hukuku, eşya üzerinde hakimiyeti konu olan bir kurallar bütünüyken, Fikri Mülkiyet Hukuku, fikir üzerindeki hakimiyeti konu alır. Bu farklılık, eşya hukukundaki sınırlı sayı ilkesi ve tipe bağlılık ilkesinin, Fikri Mülkiyet Hukukunda birebir aynı olmamasının nedeni olarak görülmelidir.

Eşya Hukukunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi, eşya üzerinde ancak kanun tarafından tanınmış hakların varlığına olanak tanır. Fikri haklarda ise üzerinde hakimiyet kurulan obje, gayrimaddi bir maldır. Bu bakımdan, gayrimaddi mallarda sadece belirli hakların var olup olmadığı incelenmelidir⁸⁷³. Eşya üzerindeki haklar

⁸⁷² Tip sınırlılığı ilkesiyle uyuşmayan kurumlar olarak, kanun tarafından öngörülmüş karma (özellikle düzensiz) irtifaklar, kat mülkiyeti, devre mülk gibi karmaşık aynı haklar, öğretici ve uygulama tarafından eklenen inanca teminat mülkiyeti, düzensiz rehin (depozito), aynı beklenen hak, “kaydan şayi fiilen müstakil paylı mülkiyet (gevşek paylı mülkiyet)” gibi kendine özgü aynı hak modellerinden sözedilmektedir. **SEROZAN**, Rona, Taşınır Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s.59.

⁸⁷³ **JÄNICH**, Volker, Geistiges Eigentum- eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002, s.237.

nasıl Kanun tarafından belirlenmiş sınırlı sayıdaki haklardan oluşuyorsa, gayrimaddi mallarda da Kanun tarafından sınırlı sayıda belirlenmiş hakların varlığından sözedebilir miyiz? Patent Hukuku bakımından bakıldığında, buluş üzerindeki hak, patent isteme hakkı ve patentten doğan hak şeklinde bir sayımın varlığından sözedebiliriz. Eser sahibinin hakları bakımından da, kanunda sayılan mali haklar ve manevi haklar, sınırlı sayı ilkesinin olduğu yönünde bir çıkış noktası olabilmektedir.

Fikri mülkiyette, sınırlı sayı ilkesinin konumunun belirlenmesi için öncelikle şu nokta akıldan çıkarılmamalıdır: “Fikirler serbesttir ve tek başlarına bir korumaya sahip değildir.” Fikirler değil, fikirlerin aktarım biçimi korunur. Patent ve Endüstriyel Tasarımlar açısından bakıldığında da, tek başına fikrin korunmadığı görülür. Fikrin, “teknik” bir düşünce olması gerekir⁸⁷⁴. PatKHK m.15, buluşun tekniğin bilinen durumunu aşması gerektiğini öngörür. Öte yandan her teknik düşünce de, patent korumasından faydalanamaz. PatKHK m.6’da, patent verilemeyecek konular ve buluşlar sıralanmıştır. FSEK açısından bakıldığında, yaratıcı gözükten her düşüncenin korunmadığını, FSEK korumasından yararlanmak için Kanunda sayılan eser türlerinden birine dahil olacak bir yaratımın varlığına ihtiyaç duyulur. Öylek görülüyor ki, sınırlı sayı ilkesi Kanun tarafından tercihe bağlı bir ilke olsa da, farklı koruma rejimlerinin birbirinden ayrılmasında sınır işlevi de görebilmektedir. Neyin patent, neyin endüstriyel tasarım, neyin eser olarak sayılabileceği noktasında “sınırlı sayı ilkesi” bir rol üstlenmektedir. Ancak, bu tür bir değerlendirme tarzı sınırlı sayı ilkesini, ilgili Kanunun veya KHK’nın konusu ve uygulama alanını saptayan bir hukuki kurum konumuna yerleştirdiği de açıktır.

B.Eşya Hukukunda Sınırlı Sayı İlkesi

Eşya Hukukunda sınırlı sayı ilkesi, Borçlar Hukukundaki sözleşme özgürlüğüyle karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılır. Bir yanda, tarafların kanunda öngörülen sözleşme tipleri dışında yepyeni sözleşmeler yapabilme veya kanunla düzenlenmiş bir sözleşme tipinde, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme yetkisi, diğer yanda tarafların sadece Kanunda öngörülen aynı hakları kurabilme yetkisi. Herkese karşı ileri sürülebilen hak kurma, kolay olmasa gerektir. Başka bir bakış açısıyla, şahsi hak yaratmada özgürlük hakimken, aynı hak yaratmada kısıtlama kol gezer.

⁸⁷⁴ JÄNICH, s.238.

Aynı hakların sınırlı sayı prensibine tabi olması, “yeterli (kamuya) açıklık ihtiyacı”nın bir sonucu olarak görülür. Aynı hak tipleri, mülkiyet, irtifak, rehin ve taşınmaz yükü olarak belirlenmiştir. Zilyetlik , sınırlı sayıda olan aynı haklar arasında sayılmamıştır. Aynı hakların sayısı sınırlandıktan sonra, her bir aynı hak tipinin içeriğinin belirlenmesinde de Borçlar Hukukundakine oranla, daha fazla bir sınırlama dikkati çeker⁸⁷⁵. Böylece, ortaya hem niceliksel hem de niteliksel bir sınırlama çıkar.

Sınırlı sayı ilkesi, tip sınırlılığı-sıklığı ilkesinin bir yönüdür. Serozan’ın ifadesiyle, tip sınırlılığı ilkesinin iki değişik boyutu bulunmaktadır. Birincisi, Kanunda öngörülmuş aynı hak tiplerinin dışında, yeni ve değişik bir aynı hak tipi yaratamama anlamını taşıyan sınırlı sayı ilkesidir. Kanunda aynı hak olarak sayılanlardan başka aynı haklar yaratılmaz. Örneğin, taşınmazdan yararlanma yetkisi veren ipotek yaratılamaz. İkincisi ise tipe bağlılıktır. Tipe bağlılık (typengebundenheit) Kanunda öngörülmuş aynı hak tiplerinin içeriklerine, ayrı bir içerik ekleyememe, başka bir içerikle düzenleyememe sonucunu doğurur. Örneğin, devredilemez nitelikli oturma (sükna) hakları devredilebilir kılınamaz⁸⁷⁶.

C.Mali Haklarda Sınırlı Sayı İlkesi

Eser sahibinin hakları, zaman içinde gelişen ve artan haklar olarak ortaya çıkmıştır. İlk aşamada, eser sahibinin hakları denilince, çoğaltma hakkı (vervielfältigungsrechte) akla gelmekteydi. Eser sahibinin mali haklarının, Kanunda tahdidi bir şekilde sayılması, teknik gelişmeler karşısında eser sahibini çaresiz

⁸⁷⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.22

⁸⁷⁶ Tip sınırlılığı ilkesi, kanunda açıkça söylenmese de kimi hükümlerde varlığını hissettirmektedir. “Taşınmaz rehninin türleri” başlığını taşıyan MK md.850’ye göre, “Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir”. Rehnin paraya çevrilmesi sürecinde, “Güvencenin kapsamı” başlığını taşıyan MK md.875’e göre “Taşınmaz rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına şunlar girer: 1.Ana para, 2. Takip giderleri ve gecikme faizi, 3.İflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccele olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz. Daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılmaz”.

Serozan, tip sınırlılığı ilkesinin sonucu olarak, teslimsiz rehin, yararlanmalı taşınmaz rehni, parasal nitelik taşımayan bir edimi güvence altına alan rehin, rehin-mülkiyet karmaşığı bir teminat hakkı olarak lex commissoria kaydı, el değiştirebilir intifa, bütünleyici parçada ayrı, bağımsız mülkiyet, asıl amacı olumlu edim olan irtifak hakkı gibi hak türlerinin yaratılamayacağını belirtmektedir. SEROZAN, Eşya Hukuku, s.58,59.

bırakabiliyordu. Eserden, özellikle mali açıdan yararlanma noktasında radyo yayını veya film gibi olanakların ortaya çıkması, eser sahibine yasal düzeyde bir fayda getirmiyordu. Mahkemeler, eserden yeni yararlanma türlerinin uygulanmasında ya ağır davranıyorlar ya da kıyas yolunda başarısız kalıyorlardı. Bu bakımdan, yeni teknik gelişmelerin de Kanun kapsamına giren yararlanma türleri olarak görülebilmesi için, genel hükümler tercih edilmeye başlandı. Başka bir deyişle, eserden yararlanma noktasında Kanunda örnek kâbilinden yararlanma biçimleri sayıldı. Böylece, yeni gelişmeleri de kapsayabilecek geniş kapsamlı hükümler aracılığıyla, eser sahibinin menfaatleri geleceğe yönelik olarak da gözetilmiş oldu. Bu konuda, 1941 tarihli İtalyan ESHK m.12 f.2 ve 1992 tarihli İsv. ESHK m.10 f.1 örnek gösterilmektedir. Her iki Kanun da, eserden mali açıdan yararlanmaya ilişkin yetkileri örnekleyici bir şekilde ayrı ayrı saymıştır⁸⁷⁷. İsv.ESHK m.10 f.1 hükmü, eser sahibinin umuma arz etme hakkını da içine almaktadır: “Eser sahibi, eserinin kullanılıp kullanılmayacağını, kullanılacaksa zamanını ve nasıl kullanılacağını belirleme konusunda münhasır bir hakka sahiptir”.

FSEK m.14 f.1 hükmü de, İsv.ESHK m.10 f.1 hükmüne benzer şekildedir: “Bir eserin umuma arzedilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve *tarzını* münhasıran eser sahibi tayin eder”. Mali hakların kullanılabilmesi için olmazsa olmaz bir yetki niteliğindeki umuma arz yetkisi, eserden yararlanma türleri bakımından eser sahibine geniş bir imkan sağlar. Alm.ESHK m.12’de, eser sahibine eserinin nasıl kullanılacağı konusunda bir münhasır hak sağlar. Eser sahibine, eserden yararlanma noktasında sağlanan bu özgürlük, Alm.ESHK m.15’de mali hakların örnekleyici bir şekilde sayılmasıyla varlığını korur. Mali hakların, “özellikle”, hükümde geçen hakları kapsadığı ifade edilmektedir. FSEK’te ise, mali haklar sayılırken, “özellikle” ibaresi kullanılmamıştır. Buna paralel olarak, FSEK m.20 f.1 c.2’de “Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir” şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Dolayısıyla, mali haklar bakımından sınırlı sayı ilkesi benimsenmiştir.

Tekinalp, sınırlı sayı ilkesinin hakların içeriklerine yönelik olduğunu, hakların kapsamlarının teknik ilerlemeler sonucu genişleyebileceğini savunmuştur. Bu

⁸⁷⁷ SCHACK, Urheberrecht, Kn.371.

görüşünü, çoğaltma hakkını düzenleyen FSEK m.22 f.2 ve yayma hakkını düzenleyen FSEK m.23 f.2'ye dayandırmaktadır⁸⁷⁸. FSEK m.22 f.2'ye göre “Eserin aslından ikinci bir kopyanın çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, *bilinen ya da ileride gerçekleştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi*, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltılması sayılır”. FSEK m.23 f.1 c.1 ise şu şekildedir: “Bir eseri, onun aslından veya işlenmesinden çoğaltma ile elde edilmiş nüshalarını dağıtmak, kiralamak veya satışa çıkarmak ya da *herhangi bir biçimde ticaret konusu yapmak* ve bu yoldan faydalanma hakkı yalnızca eser sahibinindir”.

Mali haklarda sınırlı sayı ilkesinin varolduğu benimsense dahi, eser sahibinin özellikle mali menfaatlerinin tehlikeye düşmeyeceği belirtilmelidir. FSEK'te mali haklar, sırasıyla FSEK md.21 İşleme hakkı, md.22 Çoğaltma hakkı, md.23 Yayma hakkı, md.24 Temsil hakkı ve md.25 Radyo ile yayım hakkı şeklinde sayılmıştır. Mali haklar sayılırken, “özellikle” veya bu sayımın örnekleyici olduğunu gösteren başka bir ibare kullanılmadığı için bu sayımın tüketici olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, sınırlı sayıda sıralanmış bu mali hakların, kapsamlarının yeni teknik gelişmelerle genişlediğini de belirtmek gerekir. Örneğin, kanunda açıkça internet üzerinden yayım hakkı şeklinde bir mali hak tesis edilmemiştir. Ancak, kanunda düzenlenmiş mevcut mali haklara ilişkin hükümlerde “bilinen veya ileride gerçekleştirilecek olan (FSEK md.22 f.2)”, “buna benzeyen diğer teknik tesislerle yaymak (FSEK md.25)” gibi ifadelerin yer alması, eser sahibinin yeni teknik gelişmelerle ortaya çıkan yeni yararlanma şekillerinden faydalanmasını mümkün kılacaktır.

D.Manevi Haklarda Sınırlı Sayı İlkesi

Doktrinde, manevi hakların FSEK'te öngörülenlerden ibaret olduğu belirtilmekle beraber, teknik gelişmelerin⁸⁷⁹ sınırlı sayı ilkesinden dönülmesi zorunluluğunu doğurduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.169,170.

⁸⁷⁹ Teknik gelişmelerin sınırlı sayı ilkesini güçleştirdiği alanlardan biri de, kişiliği oluşturan unsurlardır. Kişiliği oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün olmayıp, zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar dikkate alınabilmektedir. Doktrinde bu konuyla ilgili olarak, kişinin,

Arslanlı, manevi haklarda sınırlı sayı ilkesini reddederken, gerekçe olarak Medeni Kanunun kişiliğe ilişkin hükümlerinin varlığını gösterir. Bu görüşe göre, manevi haklar kişiliğe ilişkin hükümlerle her zaman için genişletilebilecektir. Böylece, manevi haklarda sınırlı sayı ilkesinin varlığını savunmaya gerek kalmamaktadır⁸⁸¹. Arslanlı'nın manevi haklarda sınırlı sayı ilkesinin olmadığını, Kişilik Hukukundan doğan hakların varlığıyla açıklaması, manevi hakların ve Kişilik Hukukundan doğan hakların farklı hukuki menfaatleri korumasından hareketle eleştirilmektedir⁸⁸². Gerçekten de, kişilik hakkına ilişkin hükümlerin sınırlı sayı ilkesine bağlı olmaması sayesinde bu hükümlere göre genişleme, eser üzerinde yeni bir manevi hakkın kabulü anlamına gelmez. Sadece kişilik hakkının korunması çerçevesinde bir imkân yaratır.

Yargıtay, manevi hakların sınırlı sayı ilkesine göre kanunda düzenlendiğine hükmetmiştir. Karara göre, FSEK'te mali ve manevi haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup, manevi haklar sınırlı olarak gösterilmiştir⁸⁸³.

Alman Hukukunda, sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi, eserden yararlanma türlerine ilişkin olarak ele alınan bir meseledir. Alm.ESHK md.15'de, mali haklar sayılırken "özellikle" ibaresi kullanılır. Eser sahibi eserden ekonomik anlamda faydalanırken, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, mekan, zaman ve içerik bakımından istediği

videoya alınmış görüntüsü ve kaydedilmiş sesi üzerinde de, tıpkı resmi üzerinde oldu gibi, kişilik hakkının olduğu belirtilmiştir. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.681, dn.20.

Ancak, kişilik haklarıyla manevi haklar arasında kanun koyucunun düzenleme tekniği bakımından farklılıklar olduğu da unutulmamalıdır. Kişilik haklarının neden ibaret olduğu konusunda, kanun koyucu herhangi bir sayıda bulunmamış, kişiliği oluşturan unsurlardan ad üzerindeki hakkı MK md.26 da düzenlemiş, diğer unsurları ya diğer kanunlarla (örneğin resim ve portre üzerindeki hak FSEK md.86 da öngörülmüştür) düzenlemeyi tercih etmiş ya da mahkeme içtihatlarına ve doktrine kişiliği oluşturan unsurları belirlemeyi bırakmıştır. Oysa, manevi haklar konusunda kanun koyucu bir sayım yapmak suretiyle son sözü söylemek niyetini belli etmiş gibidir. Doktrinde, kişilik hakkının içeriğine neler girdiğinin tesbitinde hakim rolü önemle vurgulanır. Hukukun korumaya değer gördüğü kişisel varlıkları hakim tesbit edecektir. Hakim, bir kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla karşılaştığında, ilk önce, böyle bir kişisel varlığın hukuk tarafından korunup korunmayacağını tespit edecektir. Hakim yapacağı bu çalışma, Özel Hukukla sınırlı kalmayacak, başta Anayasa olmak üzere tüm kanunları araştıracaktır. Özellikle, kişinin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerinden bahseden Anayasanın 12.maddesiyle kişinin hak ve ödevlerini düzenleyen 17-40. maddeleri, hakim yönünden, önemli ve bağlayıcı nitelikte yol gösterici hükümlerdir. Ayrıntılı için bkz. **DURAL**, 1995, s.99 vd.

⁸⁸⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.151.

⁸⁸¹ **ARSLANLI**, s.80.

⁸⁸² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.152.

⁸⁸³ 11.HD, 23.02.2004, E.2003/7032, K.2004/1586 sayılı karar. **SULUK/ORHAN**, s.321 den naklen.

şekilde bir yararlanma türü belirleyebilir. Bu bakımdan, Eşya Hukukuna egemen olan sınırlı sayısı ilkesi, eser sahibinin hakları bakımından geçerli değildir⁸⁸⁴. Eser sahibinin mali haklarına ilişkin düzenleme tarzından farklı olarak, eser sahibinin manevi hakları örnekleyici şekilde sayılmamıştır. Eser sahibinin manevi hakları başlığı altında, umuma arz etme hakkı, eser sahipliğinin tanınması ve eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi olmak üzere üç hak sayılmıştır. Ancak, eser sahibinin manevi haklarının, sadece manevi haklar başlığı altında sayılanlardan oluşmadığı açıktır. Doktrinde, “eser sahibinin diğer hakları” başlığı altında yer alan esere ulaşma hakkı da eser sahibinin manevi hakları arasında sayılmaktadır. Öte yandan, eser sahibinin manevi haklarını, dar anlamda-geniş anlamda manevi hak ayrımına tabi tutarak değerlendirdiğimizde, cayma hakkını da eser sahibinin manevi hakları arasında görebilmek mümkündür.

Manevi haklarda sınırlı sayı ilkesinin geçerli olması demek, kanunda öngörülme-yen bir yetkinin manevi hak olarak nitelendirilememesi demektir. Dolayısıyla, kanunda açıkça manevi haklar arasında sayılmamış bir yetkiyi manevi hak olarak nitelendirmek mümkün olabilir. Alm.ESHK’da, “eser sahibinin diğer hakları” arasında sayılan esere ulaşma hakkı doktrinde eser sahibinin manevi haklarından biri olarak görülebilmektedir. Buna karşılık, kanunda, örneğin, “aşırı eleştiriyi önleme yetkisi” şeklinde bir yetki tanınmamıştır. Böyle bir manevi hakkın varlığı kabul edilemez. Başka bir deyişle, Kanun kapsamında eser sahibinin menfaati olarak korunmayan bir hakkı, yorum yoluyla türetmek mümkün olmaz. Ancak, Kanunda eser sahibinin menfaatlerinden ve haklarından biri olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, açıkça ne mali haklar ne de manevi haklar arasında sayılmış hakları manevi hak olarak yorumlamak mümkün olabilir. Söz konusu hakkın, eser sahibinin mali menfaatlerinden çok manevi menfaatlerini korumak için düzenlenmiş bir hak olduğu tespit edilebiliyorsa, Kanunda düzenlenmiş, ancak mali hak ve manevi hak kategorisi dışında kalmış bu hak (geniş anlamda) manevi hak olarak değerlendirilebilecektir.

Monist teorisinin örneği olarak görülen Alm.ESHK kapsamında, yeni teknik gelişmelerin yeni yararlanma türleri doğurması, başka bir deyişle mali haklarının kapsamının genişlemesi, manevi hakların da uygulama alanının genişlemesine yol

⁸⁸⁴ **SCHRICKER**, Vor §§ 28, Kn.38,51,52.

açacaktır. Bu kaçınılmazdır. Örneğin, bir eserin internet ortamında sunumu veya multimedya eser olarak sunumu yeni bir yararlanma türü olarak, eser sahibinin bu ortamlarda da, manevi haklarının korunmasını beraberinde getirecektir. Düalist teorinin benimsendiği ülke hukuklarında bu sonuç değişmeyecektir.

II.MANEVİ HAKLARIN MİRASA KONU OLUP OLAMAMASI

A.Genel Olarak

Eser sahibinin haklarından mali haklar, bir malvarlığı değeri olarak mirasçılara intikal edebilirken, manevi hakların mirasçılara intikali konusu, tartışmalıdır. Manevi haklar, kişilik hakkına benzerlikler içerse de, ölüm sonrası koruma bakımından FSEK’te özel bir düzenleme konusu olmuş ve eser sahibinin ölümü sonrasında da varlığını devam ettiren hak olma özelliğine kavuşmuştur.

Manevi hakların eser sahibine sıkı sıkıya bağlı olması ve mirasla intikal edememesinin, bazı durumlarda eser sahibinin zararına sonuç doğurması mümkündür. Bu bakımdan, manevi yetkilerin sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla devri veya böyle devirler olmasa bile eserin korunması amacıyla, eser sahibinin yakınları ile bazı kurumlara ve mali hak sahiplerine bir kısım kullanma yetkilerinin tanınması gereklilik arzeder. Bu bakımdan kanunlar, bir taraftan, eser sahibinin sözkonusu haklarını kullanabilmesi için sağlığında veya ölümünden sonra görev ifa etmek üzere güvenilir kişileri yetkilendirmesine imkan verirken, diğer taraftan da eser sahiplerinin eşi, çocukları gibi “yakınlarına” kendi adlarına kullanabilecekleri, “yakınların hakları” diye adlandırılan haklar ve resmi makamlara istisnai yetkiler tanımıştır⁸⁸⁵.

Türk Hukukunda manevi haklarla mali hakların mirasla intikali meselesini ayrı ayrı incelenmek gerekir. Bunun nedenini, FSEK’in, Alman ESHK’nın aksine tek cephe teorisini benimsemeyip, mali hakların ve manevi hakların ölüm sonrası akıbetini farklı hukuki sonuçlara bağlamasında görebiliriz.

⁸⁸⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.166

B.Mali Hakların Miras Yoluyla İntikal Edebilme Özelliği

FSEK md. 63 f.1 uyarınca, eser sahibinin mali hakları, manevi haklardan farklı olarak, eser sahibinin ölümünden sonra Miras Hukuku kuralları uyarınca hukuki haleflere intikal edebileceği gibi, eser sahibi FSEK md. 63 f.2 gereği mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflarda da bulunabilecektir.

FSEK md. 64 müşterek eser sahiplerinden birinin ölümü başlığı altında, eseri birlikte vücuda getirenlerden birinin eserin tamamlanmasından veya alenileşmesinden önce veya sonra ölmesine göre, diğer eser sahiplerinin durumunu düzenlemektedir. Eserin eseri birlikte vücuda getirenlerden birinin eserin tamamlanmasından veya alenileşmesinden önce ölmesi durumunda, diğerlerinin payı artacağı düzenlemesinde bulunmuştur. Buna karşılık, bu kişiler ölenin mirasçılarına uygun bir bedel ödeme yükümlülüğü altına girmiş olacaktırlar.

FSEK md.64 f.2 hükmü, eseri birlikte vücuda getirenlerden birinin, eserin alenileşmesinden sonra ölmesi durumunda, diğerlerinin ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirip ettirmemekte serbest olduğunu öngörmektedir. FSEK md.64 f.4 gereği, eğer devama karar verilmezse, birinci fıkra hükümleri uygulanacak, ölen kişinin hissesi, diğerleri arasında taksime uğrayacaktır. Ölenin mirasçılarına münasip bir bedel ödenecektir.

FSEK'te, mali hakların ve manevi hakların ölüm sonrasındaki konumu, farklı düzenlenmiştir. Alm.ESHK ise, eser sahibinin haklarının miras yoluyla intikal edebilir olduğunu belirterek gerek mali haklar gerekse manevi haklar bakımından ortak bir rejim kabul etmiştir.

Eser sahibinin ölümüyle, eser sahibinin manevi haklarının sona ereceği yönündeki olası bir yaklaşım da, temel olarak, Bern Konvansiyonu'nun değişik 6. maddesine aykırı düşecektir. Çünkü, Konvansiyona göre, manevi haklar en azından mali hakların koruma süresince varlığını devam ettirmelidir. İsviçre Hukukunda da, eser sahibinin manevi haklarının miras yoluyla intikal edeceği ifade edilir⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.132.

C.Manevi Hakların Mirasla İntikal Etme(me) Sorunu

1.Genel Olarak

Eser sahibinin ölümüyle kişiliği sona ermiş olsa da, eser üzerindeki manevi haklar var olmaya devam ederler. FSEK md.19 eser sahibinin manevi haklarının ölümünden sonra da devam ettiğinin bir ispatıdır. Eser sahibinin ölümünden sonra, manevi haklar başkası tarafından sahip olunacak haklar olarak değil de başkası tarafından kullanılacak haklar olarak ortaya çıkarlar. Bu tür bir yorum, FSEK md.19'un düzenlendiği başlıktan çıkartılabilir.

FSEK md.18 ve md.19 “hakların kullanılması” başlığı altında düzenlenmiş maddelerdir. Öyle ki bu düzenleniş tarzı, hak sahibi ile hakkın kullanılmasının sahibi arasında bir fark gözetilmesi gerekliliği yönünde bir yorumu davet etmektedir. FSEK md.18, eser sahibinin ölüm sonrasındaki haklarını değil, sağlığındaki haklarına ilişkin bir düzenleme içerir. Mali hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu belirledikten sonra, ikinci fıkrada özellikle iş dünyasına yönelik olarak; örneğin işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların –hükümde mali veya manevi hak ayırımı yapılmamıştır- bunları çalıştıran ve tayin edenlerce kullanılacağını öngörür. İşçinin meydana getirdiği eser üzerinde eser sahibi olduğu ve dolayısıyla manevi hak sahibi olduğunun kabulü durumunda, işçi- eser sahibinin ölümü durumunda işverenin manevi hakları kullanma yetkisine sahip olup olamayacağı sorusunun çözümü ise, eser sahibinin ölümü sonrası haklarının akıbeti konusunda düzenlemeler öngören md.19'a bırakılmış gibidir.

FSEK md.19'da eser sahibinin ölümünden sonra eser sahibinin manevi haklarının yeni sahiplerinden mi, yoksa bu hakları kullanma yetkisine sahip olanlardan mı bahsetmek gerekecektir. Hükümün başlığı, “hakları kullanılacak kimseler” ibaresiyle bu soruya yanıtını verir. Hükümde hakları kullanılacak olan kimselere bakıldığında, hükümün klasik bir miras bırakan-mirasçı rollerini ve dizilişini dikkate almadığı göze çarpar. Öyle ki, eser sahibi umuma arz salahiyeti ve adın belirtilmesi salahiyeti kullanılış tarzlarını “herhangi bir kimseye” bırakmış olabileceği gibi, bırakmadığı durumda sözkonusu bu iki salahiyetin ölümden sonra kullanılması

“vasiyeti tenfiz memuruna⁸⁸⁷”; tayin edilmemişse “ sırasıyla “sağ kalan eşi” ile “çocuklarına” ve “mansup mirasçılarında”, “ana-babasına”, “kardeşlerine” aittir⁸⁸⁸. Üçüncü fıkrada bu kişilere, “mali hak iktisap eden kimse” de katılır.

Vasiyeti tenfiz memuru, ancak eser sahibi vasiyet türünde bir ölüme bağlı tasarruf yaparsa sözkonusu olacaktır. Aksi takdirde, vasiyeti tenfiz memurundan bahsedilemeyecektir. Bu bakımdan, doktrinde Kılıçoğlu⁸⁸⁹, Kanun koyucunun vasiyeti tenfiz memurunu her ölüm halinde varolan bir kişi olarak değerlendirmesini isabetli olmadığını belirtmektedir. Ancak, Kanunda vasiyeti tenfiz memuruna yer verilmesi, kanaatimizce sadece sıralama yapmak amacıyla. Yoksa Kanun koyucu vasiyeti tenfiz memurunu her ölüm halinde var olan kişi olarak değerlendirmemiştir.

Salahiyetli olan kimselerin salahiyetlerini kullanmamaları ve meşru bir menfaati bulunduğunu ispat etmek şartıyla, “mali hak iktisap eden kimse” , (ölmüş olan) eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette eserin umuma arzı veya yayımlanma tarzını; eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan veya eser sahibinin şeref

⁸⁸⁷ Vasiyeti tenfiz memuru, resmi bir memur değildir, sıfatı bir Özel Hukuk işlemi olan vasiyetnameye dayanır. Vasiyeti tenfiz memuru, mirasçılara ait bulunan tereke üzerinde idare ve tasarruf yetkilerini haizdir. Vasiyeti tenfiz memuru, bu yetkilerini mirasçılarının temsilcisi olarak değil, kanuna ve vasiyetçinin arzusuna dayanarak, mirasçılara tabi olmaksızın kullanır. Fakat yetkileri kendisine yükletilen görevleri yerine getirmesi için tanındığı cihetle, yetkilerini dilediği gibi değil, görevin icabına uygun şekilde kullanmak zorundadır. Vasiyeti tenfiz memurunun, mirasçılarının terekede tasarruf ederek görevlerini imkansızlaştırmalarını nasıl önleyebileceği tartışmalıdır. **OĞUZMAN**, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s.161.

Vasiyeti tenfiz memurunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Ortaya atılan en eski fikir, vasiyeti tenfiz memurunun temsilci olduğudur. Fakat bazılarına göre mirasçılarını, bazılarına göre miras bırakanını, bazılarına göre terekeyi temsil etmektedir. Bu noktada, ölümden sonra etkili vekaletten (mandatum post mortem) söz edilmektedir. JDT 1980 I 312. Fakat mirasçılar vasiyeti tenfiz memurunu azledemeyeceği, ona talimat veremeyeceği için, vasiyeti tenfiz memurunun mirasçılarının mümessili olduğunu savunmak; mirasbırakan hayatta olmadığı için onun temsil edildiğini, terekenin şahsiyeti bulunmadığı için terekenin temsil edildiğini savunmak güçtür. **OĞUZMAN**, s.162.

Öte yandan, vasiyeti tenfiz memurunun inançlı muamale ile tereke mallarında aynı hak sahibi kılınan bir kimse olduğu görüşü de bazen Roma Hukukundan gelen “fiducie”, bazen Cermen Hukukundan gelen “Treuhand” kavramlarına dayandırılmıştır. Buna karşı yapılan en önemli tenkit Medeni Kanunun böyle bir aynı hak tipi öngörmediğidir. Medeni Kanunda bu görüşlerden hangisinin hakim kılındığına ilişkin yeterli bir dayanağa rastlanmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle, bir yandan Medeni Kanunun resmi memurun görev ve yetkileri ile ilgili hükümlerinden, diğer yandan vekalet akdi hükümlerinden yararlanılacağı sonucu çıkarılmaktadır. Özellikle, vasiyeti tenfiz memurunun sorumluluğu konusunda vekalet akdi hükümlerine başvurulmaktadır. Bir tüzel kişinin de vasiyeti tenfiz memuru olabileceği savunulmaktadır. **OĞUZMAN**, s.163.

⁸⁸⁸ Bu kişilerden birinin ölümü halinde, fıkrada geçen manevi hakların kullanımı, bir sonraki sırada bulunan kişiye geçecektir. Başka bir deyişle, manevi hakları kullanma yetkisine sahip kişinin ölümü, bu yetkinin ölenin mirasçılarında geçmesi sonucunu doğurmayacaktır.

⁸⁸⁹ **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.370.

Aynı eleştiriyi, FSEK md.19’da geçen mansup mirasçılar bakımından da dile getirilmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Fikri Haklar, s.371.

ve itibarını zedeleyen değişiklikleri menetme haklarını kendi namına kullanabilecektir. Ayrıca, eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilafli ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakkın kime ait olduğunun tesbiti konusunda dava açabilecektir.

FSEK md.19’da sayılan kişilerden oluşan grubun son halkasını ise devlet oluşturur. Salahiyetli olanların bulunamaması veya bulunup da yetkilerini kullanmamalarının veya eserin koruma süresi bitmiş olmasına rağmen memleket kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde devlet, Kültür Bakanlığı aracılığıyla sahneye çıkar.

FSEK md.19’un bütün fıkralarına hakim olan “kullanma” sözcüğünün tercih edilmesi, elbette “hakkın kendisinin sahibidirler” türündeki ifadelerden farklı bir anlam taşır. Bu ifadeden hareketle, FSEK md.19’da sayılan kişilerin, eser sahibinin manevi haklarının sahibi kılınmaktansa, hakların koruyucusu kılındıkları sonucuna varmak mümkündür. Bu yorum, FSEK md.19’da sayılan kişilerin kendi menfaatlerinin takipçisi olmayıp eser sahibinin menfaatlerinin takipçisi olarak işlev gördükleri anlamına gelir. Genel kişilik haklarına yakınlığıyla dikkat çeken eser sahibinin manevi hakları, ölüm sonrası korunma bakımından, genel kişilik haklarının ölümden sonra sona ermesi ve kişinin yakınlarının ölen kişinin anısını ancak kendi menfaatleri üzerinden korumaya yetkili kılınması özelliklerinden farklı olarak, FSEK md.19’da belirlenen kişiler ve yetkiler aracılığıyla varlığını sürdürür.

Eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kimin kullanılacağı sorusuna, FSEK tarafından mirasçılar değil, “kanunda sayılan kişiler (yakınlar)” olarak yanıt verilmiştir. Eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları koruyacakların belirlenmesinde iki yaklaşım baskındır. Manevi haklar, ya mirasçılar tarafından ya da yakınlar tarafından kullanılır ve korunur. FSEK, manevi hakların ölüm sonrası korunması konusunda, mirasçı sıfatını gözönünde tutarak bir yetkilendirmede bulunmamış; bunun yerine yetkili olacak kişileri teker teker sayma yoluna gitmiştir.

FSEK md.19’un başlığında ve hükümlerinde geçen “kullanma” sözcüğü aşılmadığı takdirde, eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların sahibi olarak FSEK md.19’da sayılan kişileri görmek mümkün olmayacaktır. Bu kişiler, manevi hakların kendisinin değil kullanma yetkisinin sahibi olarak görülecekler ve hakkın sahibi

olmadığı halde hakkı kendi namlarına kullanan kişilerden sözedilecektir. Sahibi olmayan bir hakkın kullanıcısı hale gelme, hukukumuza yabancı bir durumdur. Bu nedenle, eser sahibinin ölümü üzerine manevi hakların azalarak (bazısının) ve ayrıca belirli kayıtlara tabi olarak kanunun belirttiği sıradaki kişilere geçtiği, şeklinde bir açıklama yapmak yerine olacaktır. Öte yandan, “intikal eder” yerine “kullanılır” sözcüğünün kullanılmış olması, kelimeye takılmadan yorum yoluyla aşılmalı; olağan ve yerleşik hukuki mekanizmalar yerine belirsiz ve kuşkulu hukuki kurumlar ve kavramlar yaratılmamaya çalışılmalıdır.

2.Manevi Hakların Mirasçılar Tarafından Kullanılması ve Korunması

Manevi hakların, eser sahibinin ölüm sonrasında kullanılması ve korunmasını Alm.ESHK, FSEK’ten farklı olarak, mirasçılara bırakmıştır. Alm.ESHK md.28.f.1 eser sahibinin haklarının miras yoluyla devredilebilir olduğunu öngörmüştür. Bu bakımdan, Alman Hukukunda, eser sahibinin manevi haklarının miras yoluyla intikal edip edemeyeceği noktasında bir tartışmaya gerek kalmamıştır. Oysa, FSEK’te, buna benzer bir hükmün olmayışı ve FSEK md.19’da mirasçılık sıfatına vurgu yapılmamasından ötürü, manevi hakların miras yoluyla intikal edip edemeyeceği tartışması ortaya çıkmıştır.

Eser sahibinin haklarının miras yoluyla intikali, ikili bir işleve sahiptir. Eser sahibi, aksini kararlaştırmamışsa, hukuki halef bir taraftan tabiri caizse düşünsel terekenin idaresini üstlenirken, diğer taraftan eserden ekonomik anlamda faydalanan konumundadır. Eser sahibinin manevi ve mali hakları arasındaki işlevsel farklılık, mirasın intikaliyle biraraya getirilir. Alman Hukuku ya da monist sistem dışındaki hukuklarda eser sahibinin ölümünde mali haklar mirasçılara geçerken, manevi haklar yakınlar (angehörigen) tarafından kullanılmaktadır. Böyle bir ayırım, mali hakların eserden sadece ekonomik yararlanmanın temin edilmesine değil, eserden yararlanma biçimi ve türüyle manevi menfaatlerin teminine de hizmet ettiğini görmezlikten gelme anlamına gelir. Eser sahibinin, manevi hakkına dayanarak, eserini ilk olarak umuma arzetmesine karar vermesi, eserinin işlenmesine, başka bir dile çevrilmesine veya filme alınmasına karar verirken gözettiği manevi menfaatler bakımından farklı değildir. Bu nedenle, eser sahibinin haklarının korunmasında ve

varlığının devam ettirilmesinde, bütünsel olarak; mali ve manevi hak ayırımı yapılmadan hukuki haleflere güvenilmelidir⁸⁹⁰.

Eser sahibinin manevi haklarını mirasa konu olup olmaması, olacaksa süreye bağlı olup olmadığı sorularını yanıtlamak bakımından ilk planda şu hükümler dikkate alınabilir. İlk olarak, Alm.ESHK md.28 f.1 eser sahibinin haklarını miras yoluyla devredilebilir olduğunu öngörmüş; ikinci fıkrada ise eser sahibinin ölümünden sonra haklarının kullanımı için vasiyeti tenfiz memuru (testamentsvollstrecker) tayin edebileceği düzenlenmiştir. İkinci olarak dikkate alınabilecek hüküm Alm.ESHK md.64 ise, eser sahibinin haklarının, eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonra, sona ereceğini öngörmüştür. Alm.ESHK md. 30’da eser sahibinin hukuki haleflerinin, aksi öngörülmüş olmadıkça, eser sahibine bu yasa tarafından tanınmış hakların sahibi olduğu düzenlenmiştir.

Bu hükümlerin varlığına rağmen Alm.ESHK’nın eser sahibinin haklarının ölüm sonrası akıbeti bakımından, Türk Hukukuna kıyasla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş olduğu ileri sürülebilir. FSEK’te beş fıkradan oluşan, eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların kullanabilecek kimseler başlığını taşıyan md.19’un yanısıra, sözleşme ve tasarruflar başlığını taşıyan dördüncü bölümünün miras başlığını taşıyan alt bölümünde üç hükme yer verilmiştir. Eser sahibinin mali ve manevi haklarının mirasa konu olup olmadığı noktasında işlev gören bu hükümlerden en azından lafzı itibarıyla sadece md.19 manevi haklara yöneliktir. FSEK md.63 mali hakların miras yoluyla intikal edeceğini ve bu haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflarda bulunulabileceğini düzenlerken, müşterek eser sahiplerinden birinin ölümü halinde neler olacağı sorusuna md.64 tatmin edici bir yanıt getirmeye çalışır. FSEK md.64 f.1’de eseri birlikte vücuda getirenlerden birinin, eserin tamamlanmasından yahut alenileşmesinden önce ölmesi durumunda hissesinin diğerleri arasında taksime uğrayacağı öngörülür. Hükümde geçen, “eserin tamamlanmasından yahut alenileşmesinden önce” kavramları, eser sahibinin manevi haklarından biri olan ve FSEK md.14 düzenlenmiş umuma arzetme hakkı bakımından son derece önemlidir. FSEK md.65 hükmünün ise, mali haklara yönelik bir hüküm olduğunu “eser sahibinin terekesinde bu kanunun tanıdığı mali haklar

⁸⁹⁰ ULMER, s.356,357.

mevcut olup da, Medeni Kanununun 581'inci madesi uyarınca bir temsilci tayin edilmişse, temsilcinin bu haklar üzerinde yapacağı muameleler için mirasçılarının kararını almaya mecbur olmadığını öngören ifadesiyle anlamak mümkündür.

Tek cephe teorisinin hakim olduğu Alman Hukukunda, Alm. ESHK md. 29 f.1 uyarınca, sağlararasıda eser sahipliği haklarının bütünü üzerinde tasarrufta bulunmak mümkün değildir. Eser sahibinin hakları, Alm.ESHK md.28 f.1 ve AMK md.1922 f.1 hükümleri doğrultusunda, miras yoluyla devredilebilir olduğundan; eser sahibi ölümden sonra hüküm doğuracak tasarruf işlemleri yapmak yoluyla; vasiyetname veya miras sözleşmesi düzenleyerek, hukuki haleflerini belirleme hakkına sahiptir. Böylelikle, eser sahibi tek bir mirasçı⁸⁹¹ belirleyeceği gibi, birden çok mirasçı arasındaki bir taksim düzeni de tespit edip, uygulanması için bir vasiyeti tenfiz memuru dahi atayabilir⁸⁹². Eser sahibi sıfatıyla miras bırakan, eser sahipliği haklarını⁸⁹³ vasiyetnamenin konusu yapabilir ve bu durumda vasiyet alacaklıları, mirasçılara karşı eser sahipliği haklarının devri konusunda Borçlar Hukuku anlamında bir talepte bulunabilirler⁸⁹⁴.

Alman Hukukunda, eser sahibinin haklarının zaman içinde etkisini yitirdiğinden bahsedilir. Eser sahibinin ölümünden sonra, eser sahibinin eseriyle olan manevi bağları çözülmeye başlar⁸⁹⁵. Doktrinde bu görüşün doğru olmadığını savunan karşı görüş gerekçe olarak, Alm. ESHK md.64'in ve Avusturya Hukuku bağlamında da Avs.ESHK md. 60'ın varlığını gösterir. Eser sahibi hakları için getirilen 70 yıllık koruma süresi ve eser sahibinin manevi haklarının miras yoluyla devredilebilir olduğunun kabul edilmesi, eser sahibinin manevi haklarının zaman içinde

⁸⁹¹ Örneğin, mirasbırakan isterse, Almanyada Uwe Johnson'ın Suhrkamp-Verlag'ı mirasçı atamasında olduğu gibi, bir yayınevini mirasçı olarak atayabilir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.574.

⁸⁹² İlgili hükümler için bkz. AMK md.2048 ve 2204.

⁸⁹³ İngiliz Hukukunda, TTPK md. 93'deki yorum kuralı uyarınca, vasiyetnamedeki eser sahibinin hakları, şüphe halinde, daha henüz yayımlanmamış eser asıllarını da kapsar.

⁸⁹⁴ İlgili hüküm için bkz. AMK md.2174.

⁸⁹⁵ BGH, 13.10.1988,GRUR 1989, s.106_Oberammergauer Passionspiele II; **CLEMENT**, Urheberrecht und Erbrecht, s.55; **V.GAMM** § 11 Kn.6, § 30 Kn.4; **SCHRICKER/DIETZ** Vor §§ 12 vd. Kn.31. Burada "manevi bağ", "manevi hak" anlamında kullanılsa gerektir. Zira, manevi hak, ya eser sahibinin ölümü ile sona erer ve bu durumda olsa kanunen belirtilen kişilerin veya mirasçılarının kendilerine ait manevi hakları doğar; ya da manevi hak ait olduğu eser sahibinin ölümü ile kanunda belirtilen kişilere veya mirasçılara geçer. Başka türlü bir açıklama, "hak" kavramı ile bağdaşmaz. Hakkın zayıflaması, çözülmesi gibi kavramlar hukuki olmayıp, olsa olsa benzetme amacıyla kullanılacak mecâzi ifadelerdir.

zayıflayacağı anlamında yorumlanmamalıdır⁸⁹⁶. Ayrıca, ancak eser sahibinin ölümünden sonra yayılan ve tanınan eserlerin varlığı ve eser sahibinin ölümünden sonra manevi hak ihlallerinin daha sık ortaya çıkabileceği olasılıkları da, hakim görüş tarafından pek dile getirilmemektedir. Dolayısıyla, eser sahibinin ölümüyle eser sahibiyle eseri arasındaki manevi bağın zayıflayacağı yönünde bir yaklaşımı savunmak, kanundaki hükümlerle bağdaşmadığı gibi eser sahibinin menfaatlerini de tehlikeye atmak olur⁸⁹⁷.

Eser sahibinin hukuki halefleri, Alm.ESHK md.30 uyarınca, kural olarak eser sahibinin sahip olduğu haklara sahip olurlar. Bu demektir ki, eser sahibinin hukuki halefleri eserin tamamlanması veya başka bir şekilde işlenmesi konusunda hak sahibidirler. Ancak, eser sahibinin hukuki halefleri, Alm. ESHK md. 42 f.1 c.2'de düzenlenen değişen kanaat nedeniyle sözleşmeden cayma hakkına sahip olmadıkları gibi, Alm.ESHK md.115 vd. maddelerinde düzenlenen cebri icra hükümleri bakımından da sınırlamalara tabidirler. Tek cephe teorisinin bir sonucu olarak, eser sahibinin mali hakları kadar manevi hakları da, bir bütün olarak miras yoluyla intikal eder⁸⁹⁸.

Eser sahibinin hukuki halefleri, kanundan kaynaklanan dar kapsamlı sınırlamalar bir tarafa bırakılırsa, eser sahibinin hukuki pozisyonu alırlar⁸⁹⁹. O kadar ki, eser sahibiymişçesine eseri işlemenin yanında Alm.ESHK md.14 anlamında bozma yetkisine dahi sahiptirler. Takma isim kullanan eser sahibinin kimliğini açıklayabilecekleri gibi, eser sahibinin ismiyle kamuya sunulmuş eseri artık isimsiz yayımlatabilirler⁹⁰⁰.

Bir diğer görüşe göre, ölüm sonrası manevi hak mirasçılarının kendi haklarına dönüşüverir. Ancak, mirasçılar başkasının, eser sahibinin menfaatine hareket etmelidirler. Mirasçılar, manevi hakların kullanılmasında eser sahibinin manevi

⁸⁹⁶ MULLER, s.92.

⁸⁹⁷ MULLER, s.92; Ayrıca bkz. BULLINGER, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht, s.206 vd.

⁸⁹⁸ SCHACK, Urheberrecht, Kn.575. Buna karşılık, ölüm sonrası genel kişilik hakları ise eser sahibinin mirasçıları tarafından değil, yakınları tarafından gözetilir. Bkz. SCHACK, Persönlichkeitsrecht, s.354, 360.

⁸⁹⁹ SCHULZE, § 30 Kn.1.

⁹⁰⁰ SCHULZE, § 30, Kn.3.

menfaatleriyle bağılırlar⁹⁰¹. Bu nedenle, eser sahibinin takma ismi ölümünden sonra ifşa edilemeyeceği gibi, eser üzerinde sadece gerekli değişiklikleri yapabilirler. Bu görüşe getirilen eleştiri, mirasçıların eser sahibinin menfaatine aykırı hareket etmeleri durumunda ne olacağıdır; mirasçılarını eser sahibinin manevi menfaatlerine uygun hareket etmeye kimin zorlayacağıdır. Bu nedenle –de lege ferenda- çözüm olarak bir denetim kurumunun gerekliliği ileri sürülmektedir⁹⁰².

Alman Hukuku doktrinde Dietz, Fransız Hukukuyla karşılaştırmalı incelemesinde Fransız yazarların ısrarla, manevi hakların mirasçılarının elinde eskisinden –eser sahibinin sağlığındakinden- daha başka bir duruma dönüştüğünü savunduklarına dikkat çeker⁹⁰³. Bu dönüşümün bir yönü, manevi hakların mirasçılarının elinde haktan çok, ölen eser sahibine karşı bir yükümlülük olmasındadır. Fransız Hukukunda, özellikle Desbois manevi hakların bu yükümlülük karakterini vurgular. Mirasçılar kendi menfaatlerini değil, aksine ölen eser sahibinin arzularını icra etmelidirler. Eser bağlamında kendi şereflerine olan değil, eser sahibinin şerefine olan saldırılara karşı bir koruma sağlamalıdır. Desbois’in öncülüğünü yaptığı bu görüş, Fransız Hukuku doktrinde birçok yazarca kabul görmüştür. Ancak, mirasçılarının eser sahibinin manevi haklarının korunması konusundaki yükümlülüklerini ifa etmemeleri veya eser sahibinin arzusuna aykırı hareket etmeleri durumunda ne olacağı konusundaki endişeler, eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların kullanılması (ausübung) konusunda eser sahibi birlikleri (urhebergesellschaft) veya akademilerin görevlendirilmesi önerisini doğurmuştur. Fransız Hukuku doktrininin, mirasçılarının eser sahibinin manevi haklarıyla ilişkisi ve bu bağlamda denetimi meselesiyle, manevi hakların üçüncü kişilere karşı korunması sorunuyla olduğu kadar önemli bir şekilde meşgul olduğu belirtilmiştir⁹⁰⁴.

Mirasçılarının eser sahibinin manevi hakları konusunda yükümlü konumunda görülmeleri, Alman Hukukuna yabancı olan bir yaklaşım değildir. Öyle ki, diğer hukuk alanlarında örneğin Aile Hukukunda bu tür bir yükümlülüğün varlığından

⁹⁰¹ CLEMENT, s.62 vd.

⁹⁰² CLEMENT, s.128.

⁹⁰³ Eser sahibinin ölümünden sonra manevi haklardaki bu değişiklik, Fransız Hukukunda “transformation du droit moral post mortem auctoris” şeklinde nitelendirilir. DIETZ, Das Droit Moral, s.174.

⁹⁰⁴ DIETZ, Das Droit Moral, s.175.

bahsedilebilir. Cosima Wagner kararında⁹⁰⁵, eser sahibinin lisans hakkı tahsis ederken, bu hak tahsisiyle birlikte eser üzerindeki kişilik hakkına ilişkin menfaatlerinin korunmasını da aynı kişiye bırakabileceği belirtilmiştir.

Eser sahibi sağlığında yapacağı bir tasarrufla eseri üzerindeki menfaatlerinin korunmasını ve eserin umuma arzını üçüncü bir kişiye bırakmışsa, eser sahibinin mirasçıları, bu kişinin eserin umuma arzı konusundaki tercihlerine karışamayacaklardır. Ancak, üçüncü kişinin kendisine devredilen yetkileri eser sahibinin manevi haklarının devredilemez özüne aykırılık teşkil edecek, eser sahibinin manevi haklarını zedeleyecek şekilde kullanımı mirasçılarca engellenebilecektir. Böylelikle, eser sahibinin menfaatlerinin korunmasında, mirasçıların, vasiyet alacaklısının veya eser sahibinin düşünsel mirasını korumaya yetkili diğer kişiler arasında karşılıklı bir kontrolün varlığı ortaya konulmak istenmiştir. Bu bakımdan, mirasçıların eser sahibinin manevi haklarını koruma konusunda (tek yetkili veya) yükümlü oldukları noktasında kesin bir sonuca ulaşmanın zorluğu ortaya çıkmıştır. Kararda, mirasçıların manevi hakların korunması konusunda açıkça yükümlü olduklarına ilişkin bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ayrıca, kararda Miras Hukukunun daha ziyade malvarlığına ilişkin bir hukuk alanı olduğu da dile getirilmiştir⁹⁰⁶. Birden çok mirasçının karşılıklı kontrolünün yanısıra, somut olayın gerektirmesi durumunda devlet kurumlarının, AMK md.2194 gereğince mükellefiyetin yerine getirilmesindeki işlevi de, eser sahibinin manevi haklarının korunmasında bir imkan olarak değerlendirilebilecektir. Başka bir çare, mirasbırakanın sağlığında Alm.ESHK md.28 uyarınca vasiyeti tenfiz memuru ataması olacaktır. Ancak tüm bu imkanların, yaptırım gücünden yoksun olduğu da belirtilmektedir⁹⁰⁷.

Fransız Hukukunda, eser sahibinin ölümünden sonra manevi haklarının mirasçıların elinde dönüşüme uğramasının ilk yönü, bir haktan ziyade yükümlülük olarak düşünülmesi gerekliliğiydi. Bu dönüşümün ikinci yönü ve mirasçıların manevi hakların korunması konusundaki yükümlü oldukları düşüncesinin mantıki sonucu, manevi hakların içerik değişimi ve kısıtlı hale gelişidir. Manevi haklardan

⁹⁰⁵ BGH 26.11.1954, BGHZ 15, 249.

⁹⁰⁶ Cosima Wagner, GRUR 1955 s.204.

⁹⁰⁷ DIETZ, Das Droit Moral, s.176.

kaynaklanan yetkileri, esere ve eserin kaderine doğrudan etkide bulunan pozitif yetkiler ve üçüncü kişilerden gelecek müdahaleleri engellemeye ilişkin negatif yetkiler olarak ikiye ayırma çabasının, eser sahibinin ölümüyle birlikte anlamını kaybedeceği savunulur⁹⁰⁸. Hakkın bu olumlu işleviyle, esere ismini koymak, değişikliklerde bulunmak veya eseri umuma arz etmek gibi eser sahibinin aktif davranışlarına dayanan yetkiler anlaşılır. Hakkın sağladığı olumsuz yetkilerse, eserin bütünlüğüne, dokunulmazlığına yönelik olarak üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere ve müdahalelere karşı bir anlam ifade eder. Yapılan bu ayırımı, eser sahibinin sağlığında pek önem taşımadığı, pratik olmayan ve de teorik açıdan da temelsiz olduğu iddia edilse de, eser sahibinin ölümünden sonra önem arzettiği vurgulanır. Mirasçılarının, eserin koruyucusu olduklarından hareketle, sadece olumsuz yetkilerin sahibi oldukları kabul edilir. Başka bir deyişle, eser sahibinin ölümüyle mirasçılara manevi haklardan kaynaklanan olumlu yetkiler ve olumsuz yetkiler bir bütün olarak intikal etmez; mirasçılara intikal eden sadece olumsuz yetkilere dir. Eser sahibinin yaşadığı müddetçe, eseri üzerinde değişiklik yapma hakkını kullanmasının tersine yorumuyla; eser sahibinin ölümüyle, eser artık son şeklini, değiştirilemez şeklini almış demektir. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının bir sonucu olarak, eser sahibinin kullandığı imza veya diğer tanıtıcı işaret korunacağı gibi, hatta eser sahibinin eseri umuma arzedip etmemesi meselesine ilişkin olarak eser sahibinin son arzusu doğrultusunda, eser umuma arzedilmeyebilecektir. Bu bağlamda, esere ilişkin sabitleşen bu durumu mirasçılarının değiştirmeye hakları yoktur. Mirasçılar, tüm imkanları kullanmak suretiyle eseri, bu durumla koruyacak ve savunacaklardır⁹⁰⁹. Bu düşünceler, kanuni temelde, eser sahibinin ölümünden sonra umuma arzedilecek eserler bakımından bir engelle karşılaşılır. Bu engelin, eserin, eser sahibinin arzusuna uygun bir şekilde umuma arzedilmesi gerektiği şeklinde yorumla aşılacağı ifade edilir⁹¹⁰. Mirasçılarının eser sahibinin arzusunun icracısı oldukları kabul edilmeli; mirasçılarının bağımsız bir şekilde karar veremeyecekleri düşünülmelidir. Ancak, kanunda böyle bir şart yoktur. Bu bakımdan böyle bir yorumda ısrarcı olmak doğru olmaz. Eser sahibinin eserinin umuma arzedilmesine ilişkin olarak ölümünden önce ne açık bir irade açıklamasına ne de başka imkanlarla iradesini varsaymaya, bilmeye imkan yoksa bu durumda ne olacağı doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına

⁹⁰⁸ DIETZ, Das Droit Moral, s.176, 177.

⁹⁰⁹ DIETZ, Das Droit Moral, s.177.

⁹¹⁰ DIETZ, Das Droit Moral, s.177 (Debois, Kn.627'den naklen).

neden olmuştur. Bir görüşe göre, hayatın normal akışında eserin izleyeceği yol gün ışığına çıkmak olduğuna göre, eserin umuma arzına ilişkin rıza noktasında bir karinenin varlığından bahsetmek gerekir. Diğer görüşse, eserin umuma arzını ancak, mirasçılarının bu yönde eser sahibinin bir arzusu olduğunu ispatlamaları şartıyla hukuka uygun görmektedir. Gavin, son yorumun kanunda yeri olmadığını belirtir⁹¹¹.

Doktrinde, görüş birliğinin olduğu nokta, eser sahibinin açıkça yasaklamasına rağmen eserin umuma arzedilmesinin hukuka aykırı olacağıdır. Eser sahibi bu yöndeki arzusunu, vasiyetname yoluyla belli edebileceği gibi, miras hukukunun şekle tabi irade açıklamaları dışındaki bir yolla da anlaşılır kılabilir. Eserin, eser sahibin arzusuna aykırı olarak, ölümünden sonra umuma arzı, mirasçılarının eser üzerinde sahip oldukları haklarının kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, eserin umuma arzı edilmesi talebini içeren bir davada, bu gerekçeyle eser sahibinin arzusu, menfaati lehine karar verilecektir⁹¹².

Bir mahkeme kararında⁹¹³, mirasçılarının tamamlanmamış bir eserin imhasına karar verebilecekleri yönünde bir sonuca varılmıştır. Ressam Rouault, hazırladığı tabloyu, rötüşlerini yapmak kaydıyla, sanat galericisine vermişti. Eser, henüz tamamlanmamıştı. Bu doğrultuda ressamın, ihtirazi kayıtla, galericiye teslim ettiği eserin mülkiyeti galericiye geçmemiş kabul edildi. Bu esnada, eser sahibi ölmüştü. Ancak, eser galericiye teslim edildikten sonra iyiniyetli üçüncü kişi bu tabloyu satın ve teslim almıştı. Ressamın mirasçılarının tablonun geri verilmesi yönündeki talepleri, mahkemece haklı görüldü. Böylelikle mahkeme, üçüncü kişinin iyiniyetli kazanımının eserin umuma arzedilmesi hakkı karşısında etkili olamayacağını tasdik

⁹¹¹ DIETZ, Das Droit Moral, s.178; (Gavin, Kn.124'den naklen).

⁹¹² DIETZ, Das Droit Moral, s.178. Yazar bu açıklamalarını şu kaynaklara dayandırmaktadır: Desbois, Kn.487; Savatier J.C.P. 1957.1398 Kn.46; Joubert, RIDA Nr. XXX, 1961, s.77; Gavin, Kn.124.

Gavin, vasiyetname yoluyla veya diğer açıklamalarla belli edilen arzuya örnek olarak, Anatole France, Sainte-Beuve, George Sand ve Barrés gibi yazarların mektuplaşmalarının ve belli el yazımı açıklamalarının umuma arzedilmemeleri noktasındaki isteklerini gösterir. Manevi hakların, süresiz korumadan istifade ettiği düşünüldüğünde, bu durum eserlerin yüzyıllardan sonra bile umuma arzedilemeyeceği anlamına gelir. Dolayısıyla, bugün için, Abälard ve Heloise in birbirlerine yazdıkları mektuplar, her ikisinin de bu mektupların ölümünden sonra umuma arzedilmemeleri veya imha edilmeleri arzusunu açıklayan bir vasiyetnameyle birlikte bulursa, Edebiyat ve Sanat için yetkili bakan, mahkemedan bu mektupların umuma arzedilmesinin yasaklanması veya imhasını isteyecektir. Ancak, böyle bir dava sürecinin bir amaca hizmet etmediği de söylenmelidir. Bu bakımdan, Fransız yazarların sonsuz bir manevi hak koruması ve eser sahibinin (son) arzularının dokunulmazlığı yönündeki düşüncede ısrarlarını bu şekilde bir sonuca yol açabilecektir. Bkz. DIETZ, Das Droit Moral, s.178.

⁹¹³ Orléans 17.03.1965, J.C.P 1965.14186.

etmiş oldu. Ancak, kararın tutarlılığı noktasında eleştiriler doğdu. Manevi hakları, iyiniyet koruması karşısında üstün görmek, eserin eser sahibinin kişiliğiyle olan yakın bağlantısı nedeniyle gerçekleşir. Olaydaki gibi bir durumda, ölmüş eser sahibi tarafından bitmemiş olarak görülen bir eserin, mirasçılarca iade talebi eserin imha edilmesine yönelik olacaktır. Aksi takdirde, mirasçıların, manevi haklar aracılığıyla eser üzerinde mali spekülasyonlar yapmasına neden olunur. Bir yandan eserin imhasının doğruluğu tartışılır, bir yandan eğer mirasçılara üçüncü kişiden eseri talep etmeleri imha etme şartına bağlanmazsa eser üzerinde haksız kazançlar sağlamalarının önü açılmış olur⁹¹⁴.

Uygulamada önem arzeden olay gruplarından birini de, eser sahibinin mirasçılarının eser üzerinde değişiklik yapılmasına, eserin işlenmesine ilişkin konumlarıdır⁹¹⁵. Özellikle, yazın eserlerinin filme alınmasında bu sorun sıklıkla ortaya çıkar. Mirasçılar, salt eser sahibinin arzularını icra eden ve eser sahibince son hali verilmiş; eser sahibinin ölümüyle sabitleşmiş değiştirilemez eserin koruyucuları olarak kabul edilirse, bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. İşlemeler; eser üzerindeki değişiklikler eser sahibinin iznine muhtaç eylemlerdir. Desbois'e göre, ölmüş eser sahibi eserinin işlenmesine açıkça izin vermemişse, bu takdirde işlemeler hukuka aykırı addedilecektir. Bir eserin işlenmesine müsaade etme, eserin korunmasından her halükarda farklı bir olguyu konu alır. Bir eserin umuma arzedilmesi, bir eserin doğal gelişim süreci olarak, hayatın-eserin olağan akışına uygun görülse de, eser üzerinde değişiklik yapılması keyfiyeti için aynı tesbitte bulunmak zordur. Sağlığında eserini umuma arzedememiş eser sahibinin, ölümü sonrasında eserinin umuma arzedilmesi konusunda varsayımsal iradesinden söz etmek mümkün görünse de, eserin üzerinde değişiklik yapılması, işlenmesi konusunda aynı varsayımsal iradede bahsetmek zordur. Doktrinde, Gavin bu tür bir yaklaşımın uygulama güçlüğünü gözönünde tutarak, farklı bir çözümün takipçisi olmuştur. Eser sahibi, ölümü sonrasında eserinin işlenmesine açıkça karşı çıkan bir irade açıklamasında bulunmuş olabilir. Bu durumda, eser sahibinin arzusuna uyulur ve eser üzerinde işleme yapılamaz. Ancak, bu tür açıklamaların yokluğu durumunda, eserin başka bir sanat

⁹¹⁴ **DIETZ**, Das Droit Moral, s.179.

⁹¹⁵ Eser sahibinin ölümü sonrasında, eser üzerindeki işlemelere farklı alanlardan örnek bulmak da mümkündür. Gustav Mahler'in eşi, eşinin hazırlamaya başladığı, ancak kaba hatlarıyla yazıya döktüğü onuncu senfonin bir başkasınca tamamlanmasına izin vermişti. **DIETZ**, Das Droit Moral, s.180, dn.137.

türüne aktarılması ve uyarlanması sürecinde geçireceği değişiklikler ve teknik zorunluluklar nedeniyle yapılan işlemler hukuka uygun kabul edilecektir.

Fransız Hukukunda süresiz manevi hakların mirasçılarının elinde sınırlı bir şekilde; olumsuz yetkilerin kullanılabilmesi bir manevi hak olarak ortaya çıkması, yani mirasçılara geçerken nitelik dönüşümü, Alman Hukukunda takip edilen bir görüş olmamıştır. Eser sahibinin kişisel yetkileri, mirasçılara o denli geniş ölçüde intikal eder ki; eser sahibinin kendisi mirasçıları bu hakların kullanımında sınırlayamaz. Öyle ki, mirasçılar kendilerine bırakılan bu haklar ve yetkilerle, eser üzerinde kendilerince değişiklikler yapmayı, başkaları tarafından eser üzerinde değişiklik yapılmasını önlemeyi veya henüz umuma arzedilmemiş eseri umuma arz etmeyi gerçekleştirebilirler. Mirasçılarının hak ve yetkilerindeki sınırlama, ancak dolaylı yoldan gerçekleşebilir: Eser sahibi, Miras Hukukunun öngördüğü hükümlere uygun olarak, kendi arzusuna uygun bir biçimde mirasçılarının hareket etmesini, mükellefiyet veya diğer hukuki işlemlerle sağlayabilir. Böylece, eser sahibinin haklarının mirasçılara, eser sahibinin arzu ettiği biçimde intikali sağlanmış olur⁹¹⁶.

Eser sahibinin hukuki halefleri veya eser sahibinin ölümünden sonra lisans hakkı sahibi olmuş kişiler, eserden yararlanmaları esnasında, üçüncü kişiler veya eser sahibinin yakınları tarafından, bilhassa manevi haklar açısından bir müdahale tehdidi altında kalmayacaklardır. Her şeyden önce, eser sahibinin yakınlarının, Alman Hukukuna göre, eser sahibinin ölümünden sonra herhangi bir hakkı yoktur. Ancak, çift cephe teorisinin hakim olduğu Fransa, İtalya gibi ülkelerin eser sahipliği hukuklarında, manevi haklar mirasçılar tarafından değil, yakınlar tarafından kullanılabilmesinden, mirasçılarının hukuki haleflerinin ve lisans hakkı sahiplerinin, manevi haklar bakımından çeşitli sorunlarla karşılaştıkları ifade edilmektedir⁹¹⁷. Monist teori, eser sahibinin haklarını sağlığında ve ölümü sonrasında tek bir elde toplamaya imkan verirken, düalist teori eser sahibinin haklarını gerek sağlığında gerekse ölümünde sonra farklı ellere bırakmaya eğilimlidir. Monist teoride, mali haklar ve manevi haklar ölüm sonrasında mirasçılarının elinde toplanabilirken, düalist

⁹¹⁶ DIETZ, Das Droit Moral, s.181; (Heckman s.57'den naklen).

⁹¹⁷ SCHACK, Urheberrecht, Kn.576.

Alman Hukukunda, eser sahibinin haklarından farklı olarak, icracı sanatçıların sahip oldukları (bağlantılı) haklar bakımından, tek cephe teorisi sözkonusu değildir. Bkz. Alm.ESHK md.76 f.4.

teoride, mali haklar malvarlığı değeri olarak mirasçılara kalırken, manevi haklar korunmaya muhtaç değerler olarak yakınlar tarafından gözetilir.

Eser sahibinin manevi hakları, hukuki haleflerinin elinde inançlı işlem temeline dayalı bağlı bir hak (treuhänderisch gebundenes Recht) olarak görülür ve bu kapsamda daima eser sahibinin menfaatlerine uygun bir biçimde kullanılmalıdır⁹¹⁸. Bu ilkeye rağmen, hukuki haleflerin, eser sahibinin rızası hilafına bir eseri kamuya sunmaları engellenemeyecektir⁹¹⁹. Bu noktada, eser sahibinin mirasçılarının kendi menfaatlerine mi yoksa eser sahibinin menfaatlerine mi hareket edeceğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, eser sahibinin mirasçuları, eser sahibinin manevi haklarını kendi yetkilerinden kaynaklanan menfaatlerine göre; eser sahibinin manevi menfaatlerine aykırı olacak şekilde kullanabilirler⁹²⁰. Bunun nedeni olarak eser sahibinin manevi haklarının miras yoluyla devredildiği gösterilir. Buradaki yaklaşım, terekeye giren ekonomik değerler, miras bırakan sağlığında aksini kararlaştırmamışsa, nasıl mirasçılar tarafından arzularına göre kullanılıyorsa, manevi hakların da bu şekilde kullanılabilmesi anlamına gelmektedir. Karşı görüşe göre, mirasçılar eser sahibinin manevi menfaatlerine bağlı olarak hareket etmelidirler⁹²¹. Buna gerekçe olarak, Alm. ESHK md.14, md.42 ve eser sahibinin manevi haklarının ölüm sonrası korunmasının varlığı, gösterilir. Bu görüşe göre, eser sahibinin ölüm sonrası manevi haklarının korunması, kendi adına fakat başkasının menfaatine hak kullanımı anlamına gelir. Başka bir deyişle, eser sahibinin mirasçılarının menfaatleri dikkate alınmamalıdır⁹²². Daha önce de belirttiğimiz üzere, buna rağmen, eser sahibinin mirasçılarının eser sahibinin menfaatlerine aykırı hareket etmeleri engellenemez. Fransız Hukukunda farklı olarak, eser sahibinin mirasçılarının, eser sahibinin manevi haklarını gözetme (Wahrnehmung)

⁹¹⁸ BGH GRUR 1989, 106,107- Oberammergauer Passionspiele II, **SCHACK**, Persönlichkeitsrecht, s.356; **CLÉMENT**, Urheberrecht und Erbrecht 1993, s.61 vd. 75.

⁹¹⁹ Örneğin, Avusturyalı yazar Franz Kafka'nın, 1883-1924, "Şato" ve "Amerika" adlı eserleri arkadaşı Max Brod tarafından kamuya sunulmuştur. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.577, dn.14.

⁹²⁰ **BULLINGER**, s.197 vd.; **SCHRICKER/DIETZ** vor §§ 12 vd. Kn.31; **FROMM/NORDEMANN/HERTIN** § 30 Kn.1; **MOHRING/NICOLINI**, 1. Auflage, § 30, Kn.1 a; Bu konuda Avusturya Hukukuna ilişkin açıklamalar için **BRIEM**, Ist die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten ein Kavaliersdelikt?, GRUR Int. 1999, s.936,938, İsviçre Hukukuna ilişkin açıklamalar için; **HUNZIKER**, Manfred, Immaterialgüterrechte nach dem Tode des Schöpfers, Diss., Zürich 1983, s.233.

⁹²¹ **RUZICKA**, Peter, Die Problematik eines ewigen Urheberpersönlichkeitsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes musikalischer Werke, Berlin 1979, s.73; **V. GAMM**, § 11 Kn.7, § 30 Kn.3; **SCHACK**, Persönlichkeitsrecht, s.356; **SCHILCHER**, s.43 vd.

⁹²² **SCHACK**, Persönlichkeitsrecht, s.357. Ayrıca bkz. **BAUM**, Alfred, Über das Dorit moral, seine Ausübung und seine Dauer, GRUR Int.1965, s.418,420.

yükümlülükleri yoktur⁹²³. Fakat, eser sahibinin, bu olasılıkları gözönünde bulundurup, sağlığında alacağı hukuki önlemler de yok değildir⁹²⁴. Ancak, eser sahibince alınan bu önlemin de çoğu zaman öğrenilmeyeceği veya görmezlikten gelineceği ifade edilmektedir⁹²⁵.

Alm.ESHK md.30'un lafzına uygun olarak, eser sahibine kanunca tanınmış hakların sahibi olacak hukuki halefler, manevi tazminat talebinde bulunmaya da yetkili sayılacaklardır. Eser sahibinin ölümünden sonra, eser sahibinin haklarına zarar veren kişiyi, Alm.ESHK md.97 f.2 uyarınca, manevi tazminat ödemekten kurtaracak bir gerekçe olamaz. Kaldı ki, uluslararası hukuk düzeyinde de TRIPS md.41 f.1 hükmü Üye Devletlerden üçüncü kişilerce eser sahibinin haklarının ihlal edilmesini caydıracak hukuk yolları talep eder. Bu gerekçelerle, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının veya diğer manevi hakların ihlali neticesinde eser sahibinin hukuki haleflerinin Alm.ESHK md.97 f.2 doğrultusunda manevi tazminat talep edebilecekleri ileri sürülür⁹²⁶.

Eser sahibinin mirasçılarının ölüm sonrası manevi hak ihlalinde manevi tazminat talebinde bulunma imkanı veren bu görüşün yanısıra, mirasçılarının aleyhine bir olasılıktan da bahsedilir. Eser sahibinin yakınlarının, istisnai olarak, mirasçılara karşı eser sahibinin genel kişilik hakkının ihlalinin dolayısı ile dava açmaları mümkündür. Mirasçılarının, eserde yapmış oldukları değişiklikler o denli ağır olabilir ki, eser sahibinin şerefini ve dolayısıyla yakınlarının da kişilik hakkını ağır derecede zedeleyebilir⁹²⁷.

⁹²³ MULLER, s.93.

⁹²⁴ Eser sahibi, AMK md.1940 ve md.1941 f.1, Avs.MK md.709 uyarınca bir mükellefiyet getirebilir. Öyle ki, özellikle yapı eserleri gibi kamu menfaatinin sözkonusu olduğu durumlarda, ilgili kamu kurumu AMK md.2194 c.2, Avs.MK md.709'a dayanarak yükümlülüğün icrasını talep edebilir. DIETZ, Das Droit Moral, s.150. Avusturya Hukuku bakımından, RUMMEL/V.WELSER § 709 Kn.5.

⁹²⁵ Örneğin, Thomas Bernhard, vasiyetname yoluyla eserlerinin Avusturya'da sahnelenmesini yasaklamış olmasına rağmen, tiyatro eserlerinin Avusturya da sahnelendiğine tanık olunmuştur. Tam tersi örnek olarak, Bertolt Brecht in "Die Maßnahme" isimli eserinin, mirasçıları tarafından 40 yıl boyunca sahnelenmesine engel olunması gösterilebilir. Mirasçılar, bu eserin, seyirciler için değil oyuncular için, onların bilgi eğitimine yönelik olarak yazıldığını gerekçe olarak göstermişlerdir. MULLER, s.94, Dn.552; Hecht, Bertolt Brecht, Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Bd.30, Brief Nr.2324'den naklen.

⁹²⁶ SCHULZE, § 30, Kn.5.

⁹²⁷ SCHRICKER, § 30, Kn.7.

3. Manevi Hakların Kanunda Belirtilen Kişiler Tarafından Kullanılması ve Korunması

a. Genel Olarak

FSEK, eser sahibinin manevi haklarının, kişilik hakkına ilişkin özelliğini gözönünde bulundurarak, eser sahibinin ölümünden sonra terekeye ait olamayacağını, ama buna rağmen de sona ermeyeceği ilkesinden hareket etmiştir⁹²⁸. Manevi hakların, kişilik hakkına ilişkin yönü nedeniyle, malvarlığı değerlerinin aksine mirasçılara aktarılamayacağı; ancak eser sahibinin kendisinin belirleyeceği biri tarafından korunacağı veya bu sözkonusu değilse FSEK md.19’da sınırlı sayıda belirtilmiş kişiler ve son aşamada Devlet aracılığıyla kendi adlarına kullanılacağı söylenmektedir⁹²⁹. Güvenilir kişiler (Treuhänder) olarak adlandırılan bu kişiler kendi menfaatlerine değil, eser sahibinin açık veya varsayılan iradesine göre manevi hakları kullanacaklardır⁹³⁰. Dolayısıyla, Hırş’e göre, eser sahibinin ölümünden sonra manevi haklarını kullanacak ve koruyacak kişiler; başka bir deyişle FSEK md.19’da sayılan kişiler “güvenilen kişi” sıfatına sahiptirler.

Kanaatimizce, yukarıda ifade edilen düşünceleri de değerlendirdikten sonra, manevi hakların özel yasa hükmü gereği (FSEK md.19) bazı sınırlamalar eşliğinde yasanın belirlediği kişilere geçtiğini söylemek doğru olacaktır. FSEK md.19’da sayılan kişiler bu hakları kendi adlarına kullanacaklardır.

Manevi haklar, mirasla intikal etmeyen bir hak olma özelliği gösterirler⁹³¹. Manevi haklar, mirasla intikal etmeme özelliği bakımından, mirasla intikal eden mali haklardan ayrılırlar. Tekinalp, FSEK md.19’da sayılan kişileri, Hırş’in güvenilen kişi sıfatını tercih etmeyerek “yakınlar” olarak değerlendirir. Hırş, güvenilen kişi (treuhänder) sıfatını tercih ederken, şahsiyet haklarının ölümünden sonra mirasçılar tarafından kullanılmasına ilişkin olarak, Fransız içtihatlarının geliştirdiği ve İsviçre doktrininde kabul edilen droit des proches –yakınların hakkı teorisi⁹³² nin manevi

⁹²⁸ HIRSCH, Urhebergesetz, s.51.

⁹²⁹ NAL, Temel, Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts, Verlag C.H. Beck München 2000, s.142.

⁹³⁰ HIRSCH, Urhebergesetz, s.51.

⁹³¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.152.

⁹³² AYİTER, s.190.

haklar bakımından uygulanamayacağını ifade etmektedir⁹³³. FSEK md.19’da sayılan kişiler “yakınlar” olarak nitelendirilse dahi, bu nitelendirme bu kişilerin güvenilen kişi olma özelliğini değiştirmez.

FSEK md.19’da sayılan yetkili kişiler ilk bakışta en yakın mirasçılar gibi görünse de manevi haklar tereke dışında kaldıklarından, bu kişiler bu yetkileri mirasçı sıfatıyla iktisap etmezler. Kanun, bu kişileri ölen eser sahibine en yakın bağlarla bağlı oldukları için en güvenilir kişiler saymıştır⁹³⁴. Dolayısıyla, bu kişiler, yetkilerini mirasçı sıfatından bağımsız olarak kanunen kazanırlar⁹³⁵.

Yeni bir hakkın sahibi olarak görülen bu kişilerin, hakkı mirasla değil kanunla kazandıkları ve kendi namlarına kullanacakları ifade edilmektedir. Mirası reddetseler bile FSEK m.19’daki hakların sahibi olmaya devam ederler. Bu hak, yakınların hakkı diye anılan bağımsız bir haktır. Bu kişiler, kanuni bir yetkilendirmeye bu hakkın sahibi olmuşlardır⁹³⁶. FSEK md.19’da sayılan kişiler, yeni bir hakkın sahibi olarak görülmek yerine, eser sahibinin ölümü üzerine özel yasa hükmü gereği onun bazı manevi haklarının halefi olarak sayılabilirler.

Mali hak sahipleriyle, Kültür Bakanlığı da aynı maddede yer almış bulunmalarına rağmen, “yakınlar”a dahil değildir. Mali hak sahiplerine tanınan hakların sebebi mali hak sahibinin menfaatinden, Kültür Bakanlığının menfaatinin kültür varlığının korunması olduğu vurgulanmıştır⁹³⁷. FSEK md.19’da sayılan kişilerin hepsini kapsamak üzere, “eser sahibinin hukuki halefleri” nitelendirmesinde bulunmak mümkündür.

Arslanlı’ya göre, şahsa bağlı haklar, diğer bir ifade ile manevi haklar devredilemez, başkası tarafından kullanılamaz. Ancak, tazminata ilişkin bir talep devredilebilir ve halefiyet yoluyla mirasçılara intikal eder⁹³⁸. Arslanlı, FSEK md.19’da sayılan hakların mirasçılar tarafından kendi namlarına kullanılacağını belirtir⁹³⁹. Arslanlı, bu

⁹³³ HIRSCH, Urhebergesetz, s.51.

⁹³⁴ AYİTER, s.192, 193.

⁹³⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.152.

⁹³⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.152.

⁹³⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.166.

⁹³⁸ ARSLANLI, s.88.

⁹³⁹ ARSLANLI, s.90.

ifadesiyle FSEK md.19’da sayılan kişileri mirasçı olarak görmektedir. Doktrinde, Tekinalp, manevi hakların mirasla geçtiğini savunan görüşe ilişkin olarak Arslanlı’yı örnek göstermektedir⁹⁴⁰.

FSEK md.19’da sayılan kişilerin kendilerine ait bir hakkı değil, mirasbırakana ait bir hakkı kullandıkları da ileri sürülmektedir⁹⁴¹. Akkanat’a göre, kural olarak ölümle sona eren şahsiyetin korunmasına yönelik hakların mirasın açılmasından sonra da varlıklarını devam ettirdikleri kabul edilen bu istisnai durumlarda, onlara itina gösterme görevinin mirasçılara değil, aynı defin işlemlerinin yapılmasına ilişkin ahlaki görevin ifası durumunda olduğu gibi, mirasbırakanın ailesine mensup kişilere terettüp edeceğini vurgulamaktadır⁹⁴². Zira bu hükümde (FSEK md.19) bu hakların kullanılması bakımından miras bırakanın iradesine öncelik tanınmış ve onun tarafından münhasıran bu manevi hakların korunması amacıyla yetkilendirilmiş bir şahıs mevcut ise, davanın öncelikle yetkilendirilmiş bu şahıs tarafından ikame edilmesi öngörülmüştür.. Böyle bir şahsın bulunmaması durumunda, yine ikinci sırada miras bırakanın ailesine mensup kişilerin değil, eser sahibi tarafından atanması sözkonusu olan vasiyeti tenfiz memurunun bu dava hakkını kullanması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak tüm bu şahısların bulunmaması durumunda mirasbırakanın ailesine mensup kişilerin dava hakkını kullanması öngörülmektedir.

Eser sahibinin manevi haklarının, eser sahibinin ölümü sonrasında devam ettiğini kabul etmek şu sonuca varmamıza neden olur: Ölmüş kişiye ait bir hak, ancak başkasına geçmiş olarak devam edebilir. Buna olsa olsa, Miras Hukukunun genel kurallarına göre değilse de; özel kanun hükmüne göre ölümle gerçekleşen bir halefiyet denebilir⁹⁴³.

⁹⁴⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.152. Tekinalp, Arslanlı’nın manevi hakların mirasla geçtiği şeklindeki görüşünü eserinin 88 ve 171. sayfalarında savunduğunu belirtmektedir. Oysa, bu sayfalarda manevi hakların mirasla intikal ettiğine ilişkin Arslanlı’nın bir ifadesine rastlanmamaktadır.

⁹⁴¹ **AYİTER**, s.200; **AKKANAT**, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.133 vd.

⁹⁴² **AKKANAT**, s.135.

⁹⁴³ Bu durum, sanki, 66 sayılı İstiklâl Madalyası Kanunu ve 2933 sayılı Madalya ve Nişanlar Kanunlarında düzenlendiği üzere, ölenin madalyaları üzerindeki hakkının Miras Hukuku kurallarından farklı olarak, sürekliliği en büyük erkek evlada ve onun yokluğu halinde en büyük kız evlada vb. kalmalarına dair özel yasa hükümlerine benzemektedir.

İstiklâl Madalyası Kanununun ek ikinci maddesi hükümlerine göre, İstiklâl Madalyası sahibi öldüğünde, madalya, bu ölüm anında sağ ve her ne kadar kanunda belirtilmemiş olsa da mirasçı sıfatına sahip olmaları şartıyla, ölenin büyük oğluna, yoksa büyük kızına, yoksa babasına, yoksa eşine verilecektir. Bunların ölümünde de aynı sıra uygulanacaktır. Şayet bir madalya sahibinin ölümünde,

Yargıtay'ın bir kararına⁹⁴⁴ göre, “5846 sayılı FSEK'nın 19.maddesinin düzenleme biçimi gözönüne alındığında, anılan maddenin birinci fıkrasında; sayılan kişilere sırasıyla FSEK'nın 14/1 ve 15/1. maddelerinde düzenlenen manevi hakların “kullanım tarzını tespit etme yetkisinin” verildiği, ikinci fıkrada ise, aynı Yasanın 14,15 ve 16. maddelerinin üçüncü fıkrasında sayılan manevi hakları 70 yıl için “kendi namlarına kullanma hakkının” verildiği anlaşılmaktadır. Böylece, 19.maddede ayrı ayrı hak ve yetkilerin niteliği, bu hakları kullanılabilecek kimseler ve sınırları belirterek eser sahibinin ölümünden sonra da bu maddede sayılan manevi haklar koruma altına alınmıştır.” Yargıtay, tazminat bakımından şu sonuca varmıştır: “FSEK'nın 19/1 maddesindeki hallerde ise adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkrada sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralardaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali halinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde; FSEK'nın 70/1. maddesine dayalı tazminat isteme hakkı vermez.”

Kararda, FSEK md.14 f.1 ve 15 f.1'de düzenlenmiş haklar bakımından FSEK md.19 f.1 de sayılan kişilere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmadığından hareketle, bu kişilerin sadece tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilecekleri, FSEK md.70 f.1'e dayalı manevi tazminat davası açamayacakları hükme bağlanmıştır. Mahkeme kararının bu değerlendirmesinin tersine yorumuyla, FSEK md.14 f.3, md.15 f.3 ve md.16 f.3 hükümlerinde düzenlenmiş manevi haklar bakımından, FSEK md.19 f.1 de sayılan kişilerin manevi tazminat davası açabilecekleri sonucuna varılabilir⁹⁴⁵.

Manevi haklardan kaynaklanan olumlu ve olumsuz yetkilerin, eser sahibinin ölümünden sonra da varlığını koruduğu tesbitinde bulunmak mümkündür. Eser

bu sırada belirtilen mirasçılardan kimse yoksa, madalya diğer kanuni mirasçılara intikal edecektir. Madalya ve Nişanlar Kanununun 5.maddesi aynı intikal kurallarını ve sırasını daha anlaşılır bir ifadeyle ve önceliğin mirasbırakanın vasiyetine verileceğini de belirterek, bu Kanunda tek tek sayılan tüm madalya ve nişanlar için getirmiştir. Bu maddeye göre de, şayet sırasıyla belirtilen kişilerden bir mirasçı yoksa, Medeni Kanunun diğer mirasçılara ilişkin hükümlerine göre madalya ve nişan intikal edecektir. Bkz. **DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Yenilenmiş Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s.484 vd.

⁹⁴⁴ Yarg.11.HD. 22.12.2005 tarihli, 14950/12769 sayılı kararı.

⁹⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm VI.B.7.

sahibinin ölümünden sonra manevi haklar, FSEK md.19 f.1’de sayılan kişilerce sadece savunulması gereken yetkiler olarak değil, bu haklardan yararlanma yetkisi veren haklar olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Örneğin, eserin eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde umuma arzı durumunda, olumsuz yetki anlamında önleme veya giderim davaları açılabilirken; eser sahibinin sağlığında tamamlayamadığı bir eserin, olumlu yetki anlamında, umuma arzına karar verilebilecektir.

b.Umuma Arz ve Adın Belirtilmesi Yetkileri Bakımından Değerlendirme

FSEK md.19 f.1’de sayılan kişiler, eğer eser sahibi FSEK md.14 f.1 ve md.15 f.1’de kendisine tanınan yetkilerin kullanılış tarzını tespit etmemişse veya bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa, eser sahibinin ölümünden sonra bu yetkileri kullanabilirler.

FSEK md.14 f.1, “eserin umuma arzedilip arzedilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder” şeklindedir. O halde, eser sahibi eserini henüz umuma arzetmeden ölmüşse, eserin umuma arzedilip edilmemesine, eser sahibinin hukuki halefleri karar verecektir. Öyle ki, eser sahibinin ölümünden önce umuma arzettiği bir eserin umuma arz tarzını da değiştirebileceklerdir. Ancak, bu noktada, eser sahibinin ölümünden önce üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmelerden doğacak sınırlamalar gözönünde tutulacaktır. Eser sahibinin hukuki halefleri, eser sahibinin ölümünden önce yaptığı sözleşmelerle bağlıdırlar.

Eser sahibinin hukuki haleflerinin eser sahibiymişçesine davranması tehlikesi doğabilecektir. Başka bir deyişle, eser sahibinin henüz tamamlanmış görmediği bir eserin umuma arzedilmesi veya umuma arzın, yaşamış olsaydı, hiç tercih etmeyeceği bir tarzda yapılması tehlikesi karşısında eser sahibinin, bu olasıkları önceden görüp, Miras Hukuku hükümleri çerçevesinde düzenlemeler yapması makul bir çözüm olarak gözükmektedir.

Akıldan çıkarılmaması gereken bir diğer nokta da, umuma arzetme hakkının mali menfaatlere hizmet eden yönüdür. Eser sahibinin mali hakları, miras yoluyla intikal ettiğine ve mirasçılarca üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabileceğine göre, eser

sahibinin umuma arzetme hakkının mirasçılarının mali haklarını kullanırken mirasçılarının menfaatleri doğrultusunda bir yön izleyeceği açıktır.

Eser sahibinin hukuki haleflerinin eseri eser sahibinin ismi yerine seçecekleri müstear adla, hatta seçtikleri müstear adın kendi isimleri olması durumunda; kendi isimleriyle umuma arzetme hakları olacak mıdır? Eser sahibi, bu gibi arzulanmadığı durumları engellemek için sağlığında herhangi bir önlem almamışsa, bu tür olasılıklar hukuka uygun görülmeli midir? Bu noktada, somut olayın özelliklikleri de dikkate alınarak bir sonuca varılması doğru olur. Örneğin sağlığında eserlerini hiçbir şekilde müstear adla umuma arzetmemiş kişinin eserinin, hukuki haleflerce kendi seçecekleri müstear bir adla, hatta kendi isimleri altında eseri umuma arzetmeleri hukukça uygun görülmeyecektir. Bu olasılıkta, FSEK md.19'da sayılan kişilerin kendi isimleriyle veya keyfi olarak seçecekleri başka bir isimle umuma arzetmeleri sözkonusudur. Başkasının eserini, kendi ismiyle umuma arzetme durumunun kişilik haklarının ihlali olduğu açıktır. Ölümle, eser sahibinin kişiliği sona erdiğine göre, eser sahibinin yakınlarının kendi kişilik haklarının korunması çerçevesinde bu tür hukuka aykırı duruma son verebilecekleri akla gelebilecektir. Bu varsayımda, hakkı ihlal edenle hakkı koruyacak olanın aynı olabilmesi gibi bir durumla karşılaşılabılır. Eser sahibinin genel kişilik haklarının korunmasında olduğu gibi, eser sahibinin manevi haklarının korunması bakımından da, mirasçılarının ve yakınların; geniş anlamıyla hukuki haleflerin birbirlerini denetleme mekanizmasına başvurulabilir. Böyle bir çözümün, zorlayıcı bir yönü olmadığı açıktır. Eser sahibinin manevi hakkına aykırı bir tasarrufta bulunan, eser sahibinin manevi hakkını gereği gibi korumayan bir hukuki halefe karşı, yakınların, mirasçılarının açacağı dava genel kişilik hakları hükümlerine dayandırılabilir.

Eser sahibinin ölüm sonrası (postmortal) korunması adına, eser sahibinin yakınlarının genel kişilik hakları ihlali üzerinden getirilen bu çözüm, eser sahibinin manevi hakları-eser sahibinin genel kişilik hakları-eser sahibinin yakınlarının genel kişilik hakları kurumları arasındaki bağlantı sayesinde savunulabilir.

FSEK md.19 f.1'de sayılan kişilerin, eser sahibinin ölümünden sonra FSEK md.14 f.1 ve md.15 f.1'de sayılan yetkilerin kullanım tarzını tesbit etmeye yetkili olduklarına dikkat çekilmesine rağmen, bu yetkilerin kullanımının herhangi bir

süreye bağlı olup olmadıkları bakımından bir değerlendirmeye gerek duyulmamıştır. Bu noktada iki görüş savunulabilir. Birincisi, FSEK md.19 f.1 de sayılan kişilerin, FSEK md.14,15 ve 16'ncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl içinde kendi namlarına kullanılabileceklerini öngören hüküm, FSEK md.14 f.1 ve 15 f.1 hükümleri için de, süre yönünden geçerli kabul edilebilir. İkinci olarak, 70 yıl süreyle sınırlı olan hakların sadece FSEK md.14 f.3, md.15 f.3 ve 16 f.3'de tanınan haklar olduğu, FSEK md.14 f.1 ve md.15 f.1'de sayılan manevi haklarınsa süreye bağlı olmaksızın kullanılabileceği ileri sürülebilir⁹⁴⁶.

c.Özellikle Şeref ve İtibar Bakımından Umuma Arz, Adın Belirtilmesi ve Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetmek Yetkilerinin Durumu

FSEK md.19 f.2'ye göre, "FSEK md.19 f.1'de sayılan kimseler, FSEK md.14 f.3, 15 f.3 ve 16 f.3 hükümlerinde tanınan hakları, eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl içinde kendi namlarına kullanabileceklerdir".

Böylece, FSEK md.19 f.1'de sayılan kişiler, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eserin gerek aslının gerekse işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menedebilir. Yine bu kişiler, eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflysa, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, eser sahipliğinin tesbiti davasını açabilecekler; ayrıca eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menetme yetkisine sahip olacaklardır.

FSEK md.19 f.1'de sayılan kişiler, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahipler midir? Eser, eser sahibinin bıraktığı şekliyle mi korunacaktır; ya da mali hakları miras yoluyla devralan kişiler mali haklarını kullanırken eser üzerinde değişiklik yapılması yetkisinin de sahibi sayılacaklar mıdır? Eser sahibinin mali haklarını devralan kişiler, bir üçüncü kişiye mali haklardan biri olan işleme hakkı tahsis edebileceklerdir. Böyle bir hak tahsis etme, eser sahibinin mali hakları miras yoluyla intikal etmiş kişilerin en doğal hakkıdır. Bu noktada, mali haklarla manevi hakların

⁹⁴⁶ SULUK/ORHAN, s.417.

birbirine olan bağılılık derecesi ve yakınlıkları ortaya çıkmaktadır. Mali hak sahipleri, mali hakkın kullanımının gerektirdiği ölçüde, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisinin de sahibi sayılmalıdırlar. Ancak, değişiklik yapma yetkilerinin sınırı, eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulmaması veya eser sahibinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmemesi olacaktır. Bu sınırı aşan değişiklikler karşısında, FSEK md.19 f.1’de sayılan kişilerin eser sahibinin menfaatine ancak kendi namlarına kullanabilecekleri eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı devreye girecektir.

Eser sahibinin mirasçılarının ve FSEK md.19’da eser sahibinin menfaatlerini korumaya yönelik bir rol üstlenen kişilerin (daha doğru bir ifadeyle “eser sahibinin manevi haklarına halef olan kişilerin”) menfaatinin çatıştığı durumlarda, kimin lehine karar verilmesi gerektiği de ayrıca incelenmesi gereken bir meseledir. Örneğin, eser sahibinin henüz umuma arz etme yetkisini kullanmadığı; herhangi bir kimseye eseri üzerindeki hakları devretmediği veya lisans hakkı tanımadığı bir durumu ele alalım. Eser sahibinin yasal mirasçıları, mali hakların sahibi olacaktır. Manevi hakların kullanılması ve korunması konusunda, eser sahibi bir temsilci (örneğin Meslek Birliği) veya vasiyeti tenfiz memuru tayin etmiş olsun. Eser sahibinin mirasçıları sahibi oldukları mali hakları kullanırken veya onlarda tasarrufta bulunurken, eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmemeye özen göstereceklerdir. Aksi takdirde, eser sahibinin sağlığında tayin etmiş olduğu Meslek Birliği veya vasiyeti tenfiz memuru, eser sahibinin mali hak sahibi olan mirasçılarına karşı FSEK md.19 f.1 vd f.2 kapsamında gerekli hukuki yollara başvurabileceklerdir.

III.MANEVİ HAKLARDA KORUMA SÜRESİ

A..Genel Olarak

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki koruma süresi incelenirken, mali haklara ve eser sahibinin haklarıyla bağlantılı haklara ilişkin koruma süreleriyle karşılaştırmada bulunmak faydalı olacaktır. Kaldı ki, meseleye Alman Hukuku gibi tek cephe teorisinin hakim olduğu düzenlemeler ışığında bakıldığında, mali haklarla manevi hakları bir bütün içinde ele alma zorunluluğu doğmaktadır. Öte yandan, diğer teorilerin etkisi altında kalan Fikri Hukuk düzenlemelerinde de koruma sürelerine

ilişkin açıklamaları bütüncül bir şekilde kavrayabilmek açısından, mali ve manevi haklara ilişkin koruma sürelerini birlikte incelemek gereksiz olmayacaktır.

Eser sahibinin hakları, kanun tarafından değişik sınırlamalara tabi tutulur. Bu sınırlamalar içeriğe yönelik olabileceği gibi, süreye yönelik de olabilir. Hakların süreyle sınırlı olmasına, sadece fikir ve sanat eserlerinde (geistige Werke) değil, buluşlarda, başka bir deyişle patentlerde de rastlamak mümkündür⁹⁴⁷. Eser sahibinin manevi hakları da, bu sınırlamalardan payına düşeni alır. Bir hakkın süreye bağlı olup olmaması, süreye bağlıysa sürenin tespiti Kanun koyucunun bir tercihidir. Bir hakkın süreye tabi tutulması, mülkiyet hakkının garantisi bakımından hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez. Elbette, bu konuda etkin sözü somut olayın kendisi söyleyecektir⁹⁴⁸. Fikri mülkiyet ve bu bağlamda eser üzerindeki mutlak haklar, sosyal ve kültürel nedenler başta olmak üzere birçok nedenden ötürü Eşya Hukuku anlamındaki mülkiyetin aksine süreyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla Eşya Hukuku anlamındaki mülkiyet ile Fikri Hukuk anlamındaki (fikri) mülkiyetin ayrı düzenlemelere tabi tutulması, bu hakların mahiyetinin gerektirdiği sonuçlardır.

⁹⁴⁷ SEIFERT, Fedor, Geistiges Eigentum und Schutzdauer, in: Ulrich Loewenheim, FS Nordemann, C.H. Beck, München 2004, s.399.

⁹⁴⁸ Alman Anayasa Mahkemesi, icracı sanatçıların korunmasının (Alman ESHK md.82 ve 135) zamansal açıdan sınırlanmasının, Anayasa'nın 14.maddesinde düzenlenen mülkiyet garantisi bakımından Anayasaya aykırı olup olmadığını ele aldığı kararında, (BverfGE 31, 275/287; Eser sahibinin haklarıyla ilgili olarak, ayrıca bkz. BverfGE 79, 29/42; BverfG GRUR 2001, 149/151-Germania 3) Anayasada düzenlenmiş mülkiyet garantisinin kanun koyucuyu süresiz bir eser sahibi hakkı veya icra hakkı tahsis etmesi konusunda yükümlü kılmadığını tespit etmiştir. Ayrıca, Anayasa md. 3'de yer alan eşitlik hükmünün kanun koyucuyu, fikri mülkiyetle eşya mülkiyetini eşit ele almaya zorlayamayacağını vurguladı. Bkz.SCHRICKER/KATZENBERGER, § 64 Kn.2.

Rousseau'nun toplum sözleşmesi kurgusuna gönderme yaparak belirtmek gerekirse, insanların devleti meydana getirmelerindeki en önemli nedenlerden biri sahibi oldukları şeyin hakimiyetleri altında kalması ve ilelebed korunması düşüncesi ve ihtiyacı olmuştur. Bu yaklaşım devlet var oldukça mülkiyet hakkının da var olduğu şeklinde bir çıkarıma neden olmuş ve öte yandan insanların zaman içinde kazandıklarının sadece zamanın geçmesiyle ellerinden alınmayacağı düşüncesi de işin niteliği gereği daha çok somut malvarlığı değerleri bakımından bir anlam ifade etmiştir. Eşya Hukuku bakımından bakıldığında salt zamanın geçmesi, mülkiyet hakkını sona erdirmeyecekken, Fikri Hukukta belli bir zamanın geçmesi fikri değer üzerindeki tekelleşmeye son vermekte, meydana getirildiğinden beri kültürün parçası olarak sayılan eser, kamu tarafından serbestçe kullanılabilir, yararlanılabilir hale gelmektedir.

B.Eser Sahibinin Haklarına İlişkin Koruma Süresinin Hukuk Düzeni İçindeki Yeri

Eser sahipliği haklarına ilişkin koruma süresi, alacağı ifa etmekten kaçınma imkanı veren zamanaşımının⁹⁴⁹ aksine, sürenin dolmasıyla hakkın sona ermesi bakımından, hakdüşürücü süreye⁹⁵⁰ (ausschlußfrist) benzer. Bu tür bir süre sınırlaması, gayrimaddi mallar bakımından alışagelmış bir düzenlemeyken, Eşya Hukukuna nerdeyse⁹⁵¹ yabancı bir durumdur⁹⁵². Bu duruma gerekçe olarak, Eşya Hukukunun konusu olan ekonomik değerler sahipleri tarafından yatırım amacıyla elde tutulduğu düşüncesinden hareketle, süreden bağımsız bir koruma tahsis edilmesi gerekliliği gösterilmiştir. Gayrimaddi mallar ise bir kez kamuya sunulduğunda, dünya üzerinde eş zamanlı ve geniş kapsamlı olarak kullanılmaya başlanır. Başka bir deyişle, kamuya sunulan eser, tedrici olarak, eser sahibinin hakimiyetinden çıkmış ve kamunun ortak kullanımına tahsis edilmiş bir değer haline gelmeye başlar.

Eserin herkesin kullanımına açık bir değer haline gelme sürecinde, eser sahibinin tekeli yetkisinin yarardan çok zarar getirmeye başlaması üzerine, yasa koyucunun sonucu belirleyici bir süre tespit etme gerekliliği doğar. Elbette bu noktada süreye ilişkin farklı düşüncelerin doğması mümkündür. Buna rağmen, Avrupa Birliği düzeyinde, 29.10.1993 tarihli Eser Sahibinin Haklarını Koruma Yönergesi ve uluslararası düzeyde düzenlemeler incelendiğinde, ortak bir sonuca varılabileceği anlaşılmaktadır⁹⁵³.

C.Koruma Süresindeki Tarihi Gelişim

Eser sahipliği haklarının, eserden lisans hakkı yoluyla yararlananlar bakımından, temelde bir yatırım korumasını hak ettiği düşünüldüğünde, eser sahipliği haklarına

⁹⁴⁹ Alman Hukuku bakımından bkz. AMK md.214 f.1

⁹⁵⁰ Alman Hukuku bakımından bkz. AMK md.124 f.1. Hüküm, irade sakatlığına maruz kalan kişinin sözleşmeyi iptal edebilmesi için tabi olduğu bir yıllık hak düşürücü süreyi düzenler.

⁹⁵¹ İstisna olarak şahsa bağlı aynı haklardan bahsedilebilir. Eşya üzerindeki intifa hakkı, TMK md. 797 (AMK md.1061) gereği, intifa hakkı-niessbrauch- sahibinin ölümüyle sona erer.

⁹⁵² SCHACK, Urheberrecht, Kn.467.

⁹⁵³ SCHACK, Urheberrecht, Kn.466.

ilişkin koruma süresinin eser sahibinin az ya da çok erken ölümünden bağımsız olması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁹⁵⁴.

Eser sahipliği hukuku, herşeyden önce eser sahibini ödüllendirici ve teşvik edici bir rol oynamalıdır. Bu yüzden, koruma süresi, en azından, eser sahibinin ölümünden önce son bulmamalıdır. Öte yandan, eser sahibinin, sahibi olduğu hakları kendisinin ölümünden sonra bırakma isteği de gözönünde tutulmalıdır. Bu kişilere, eser sahibine olan yakınlıklarına göre, eşi, çocukları veya diğer mirasçıları olmasına göre farklı koruma sürelerine sahip kılmak, hukuki işlem güvenliğince olumlu karşılanmayacak; eser sahibinin ölümünden sonra herkes bakımından aynı koruma süresi makul karşılanacaktır⁹⁵⁵.

Eser sahipliğine ilişkin koruma süresi, eser sahipliği hukukunun gelişimi sürecinde daima uzatılan bir süre niteliğinde olmuştur. 1837 tarihli Prusya Eser Sahipliği Hukuku 30 yıllık bir koruma süresi öngörmekteydi. 1866'da Fransa Eser Sahipliği Kanunu, uzatma imkanıyla birlikte, 50 yıllık bir koruma süresi öngörüyordu. Almanya, 50 yıllık koruma süresine ancak 1934 yılında kavuşuyordu. Bern Konvansiyonu, ilk olarak 1948 tarihli Brüksel versiyonunun 7.maddesinde, 50 yıllık bir minimum koruma süresi öngörmüştü. 1965 yılında ise, Alman Hukuku 70 yıllık koruma süresine sahip bir düzenlemeye sahip oldu. Aynı koruma süresine, Avusturya 1972, İsviçre⁹⁵⁶ ise 1992 yılı itibariyle yasal bir çerçeveye kazandırdılar. Avrupa Birliği (o zamanki Avrupa Topluluğu) 29.10.1993 tarihli 93/98 sayılı Eser Sahibi Haklarının Koruma Süresinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönergeyle, 70 yıllık süre öngörürken, ABD'de Ekim 1998 tarihi itibariyle 70 yıllık koruma süresine sahip ülkeler arasına katıldı⁹⁵⁷. İspanya, 1987'de koruma süresini 80 yıldan 60 yıla indirmiş, Portekiz ise

⁹⁵⁴ Buna uygun olarak, örneğin, ilk modern Eser Sahipliği Yasası olma özelliğine sahip 1710 tarihli İngiliz yasası (Statute of Anne), eserin ilk kez kamuya sunulmasından itibaren işlemeye başlayacak 14 yıllık bir koruma süresi öngörmüştür. Başka bir örnek olarak, 28 yıllık bir koruma süresi ve bir 28 yıl daha uzatma imkanını öngören ve 1.1.1978 tarihli Amerikan Telif Hakları Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulama alanı bulan kural zikredilebilir. Bu imkana rağmen, ABD'de 1960 yılında, eser sahiplerinin ancak %15'inin bu imkana başvurduğu tesbit edilmiştir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.467. Ayrıca bkz. **RICKETSON**, Sam, Copyright Term, IIC 23, 1992, s.765.

⁹⁵⁵ Eser sahibine yakınlık derecesine göre, farklı hukuki koruma sürelerini öngören kurallara, 19. yüzyıl Fransasında rastlanmaktaydı. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.467, dn.4.

⁹⁵⁶ Ancak, İsviçre Eser Sahipliği Kanununda, bilgisayar programları için koruma süresi 50 yıl olarak öngörülmüştür.

⁹⁵⁷ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.468.

eser sahibinin haklarının süre bakımından sınırsız korunmasından, 1966 yılında, o zamanlarda uluslararası anlamda alışılabilir 50 yıllık koruma süresi lehine vazgeçmiştir⁹⁵⁸.

FSEK'te 1995 yılında yapılan 4110 sayılı değişikliğe kadar, mali haklar için genel koruma süresi eser sahibinin ölümünden 50 yıl sonrayı kapsamaktaydı. Eser sahibinin yaşamı boyunca devam eden koruma, ölümünden 50 yıl sonrasına kadar da devam etmekteydi. Ancak, koruma sürelerinde tam bir birlik yoktu ve bazı istisnalara rastlanmaktaydı. 4110 sayılı Değişiklikle yürürlükten kaldırılan eski FSEK md.28'e göre, "İlk defa Türkçeden başka bir dilde yayımlanmış olan bir ilim ve edebiyat eseri yayımlandığı tarihten itibaren *10 yıl içinde* eser sahibi veya onun müsaadesi ile başka bir kimse tarafından Türkçe tercümesi yapılarak yayımlanmamış ise *10 yılın geçmesiyle* bu eserin Türkçeye tercümesi serbesttir". Yine 4110 sayılı Değişiklikle yürürlükten kaldırılan eski FSEK md.29'a göre, "El işleri, küçük sanat eserleri, fotoğraf ve sinema eserleri için koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren *20 yıldır*". Yine, Değişiklikten önceki FSEK md.27 f.4, eser sahibinin tüzel kişi olması durumunda, koruma süresinin aleniyet tarihinden itibaren *20 yıl* olduğunu öngörmekteydi.

FSEK'te yapılan 4110 sayılı değişiklikle, kimi eserler bakımından getirilen farklı koruma süreleri kaldırılarak, koruma sürelerinde bir birlik sağlamak amacıyla 70 yıllık bir koruma süresi getirilmiştir. FSEK md.28 ve 29 hükümleri yürürlükten kaldırılmış, FSEK md.27 f.4'de geçen 20 yıllık süre ise 70 yıla yükseltilmiştir.

Eser sahibinin haklarının koruma sürelerinin, ülkeden ülkeye değişmesi, eser sahibi lehine sonuçlar doğurabileceği gibi, aleyhine sonuçlar da doğurabilecektir⁹⁵⁹.

Günümüzde, daha uzun koruma sürelerine, birkaç Latin Amerika ülkesi dışında rastlamak pek mümkün değildir. Bkz. **BEIER**, Nils, Urheberrechtliche Schutzfrist 2001, s.45-47. Yazar, eser sahibinin haklarının süreye bağlı olmaksızın korunduğu tek hukuk olarak Nikaragua'yı örnek gösterir.⁹⁵⁸ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.469. Ayrıca bkz. **DIETZ**, Das Urheberrecht in Spanien und Portugal: Rechtsvergleichende Studie, Baden-Baden 1990, s.163.

⁹⁵⁹ Bu konuda şu kararlara bakılabilir. EUGHE 1999,3939- Butterfly Music/Carosello (İtalya); Ayrıca, ABD uyruklu bir ses kayıtçısının, İngiltere'de Alman Hukukuna göre Fikri Hukuk koruması süresinden daha fazla korunmasını konu alan karar için bkz. OLG Hamburg ZUM 1999, 853, 857 ve GRUR-RR 2001, s.73,78-Frank Sinatra. Fotoğrafçıların, eski İspanya Hukukuna göre ölüm sonrası 80 yıllık koruma süresinden yararlanmalarına ilişkin karar için bkz. **SCHULZE/BETTINGER**, GRUR 2000, 12-18; **KIESER**, AfP 2002, 391-393-Lewis Hine.

D.Avrupa Birliğinde Koruma Süresinin Uyumlaştırılması Sorunu

Eser sahibinin haklarının koruma süresinin Avrupa Birliği çapında, bir düzenlemeye tabi tutulması ihtiyacı, ilk olarak Avrupa Topluluğu Mahkemesinin 1989 tarihli kararında dile getirilmiştir⁹⁶⁰. Kararda, üye ülkeler arasındaki farklı hukuki koruma sürelerinin bir an önce, uyumlaştırılması gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Kararın verildiği tarihte, uluslararası düzenlemeler bakımından, sadece asgari koruma süresi öngörülmüştü. Bu nedenden ötürü, örneğin Almanyada korunmaya devam eden bir hak, Danimarkada koruma süresi dolmuş olduğundan, hukuki korumadan yoksun kalabiliyordu. Dava konusu olay, bağlantılı haklarla (leistungsschutzrechte) ilgili alandaki hukuki koruma sürelerinin farklılığına ilişkindi. Ancak, aynı problem, eser sahibinin hakları bakımından da varlığını sürdürüyordu. Mahkeme, kararında, mevcut Topluluk Hukukunda fikir ve sanat eserlerinin korunmasıyla ilgili hükümlerin uyumlaştırılması hususundaki eksiklik nedeniyle, her bir Üye Devletin, hakların koruma süresini serbestçe düzenleyebilme hakkına sahip olduğunu tespit etti. Bu doğrultuda, Üye Devlet düzenlemesinin, Topluluk Hukukundaki malların serbest dolaşımıyla ilgili hükümleri ihlal etmediği sonucuna vardı⁹⁶¹. Böylece, ses kayıtlarının, Avrupa Topluluğu Üye Ülkelerindeki farklı hukuki koruma süreleri nedeniyle, serbest dolaşımının mümkün olmadığı kabul edilmiş oldu. Bu kararlar birlikte, Topluluk çapında, koruma sürelerine ilişkin bir hukuki düzenleme ihtiyacı, 29 Ekim 1993 tarihli 93/81 sayılı Yönergeyle giderilmiş oldu. Yönerge, eser sahibinin haklarının yanında, bağlantılı hakların (verwandte Schutzrechte) koruma sürelerine ilişkin hükümler de öngörüyordu. Eser sahibinin ölüm sonrası haklarına ilişkin koruma süresi, mevcut 10 Üye Devletin hukuklarında 50 yıl olarak öngörülmüş olmasına rağmen, 70 yıl olarak tespit edildi⁹⁶².

Bu sürenin belirlenmesinde, ortalama yaşam süresinin yükselmesi eşliğinde, eser sahibinden sonra gelen iki jenerasyonun eser sahibinin eserlerinden faydalanmasının

⁹⁶⁰ EMI Electrola GmbH v. Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH ve diğerleri, 24.01.1989, 341/87, 1989 s.79.

⁹⁶¹ Karar gerekçesi, Kn.11.

⁹⁶² İspanya'daki, ölüm sonrası eser sahibinin haklarına ilişkin koruma süresi 60 yılken, Fransada müzik eserleri için ve Almanya'da tüm eserler için 70 yıl olarak öngörülmüştü. Ayrıca Bkz. Yönerge md.1 ve md 2 f.2 hükümleri. Farklı hukuki koruma süreleri için bkz. V.LEWINSKI, GRUR Int.1992, 725, Dn.9; JURANEK, s.20. Eser sahibinin hakları için ölüm sonrası 50 yıllık koruma süresinin geçerli olduğu ülkeler şunlardı: Belçika, Danimarka, Fransa (Müzik eserleri haricinde), Yunanistan, İngiltere, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz.

sağlanması düşüncesi etkili oldu⁹⁶³. Böylece, eser sahibinin haklarının koruma süresi iki kez yükseltilmiş oldu: Eser sahibinin sağlığındaki koruma süresinin yükseltilmesi ve eser sahibinin ölümü sonrası koruma süresinin artırılması⁹⁶⁴. Öte yandan, eser sahipliği hukukunun fikirsel bir yaratıya dayandığından ötürü, yüksek bir koruma düzeyine sahip olması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁶⁵. Koruma süresinin uzunluğu, bu bağlamda önemli bir işlev üstlenir. Ölüm sonrası 70 yıllık koruma süresinden, eser sahipleri kadar, kültür endüstrisi, tüketici olmak üzere tüm toplumun istifade ettiği vurgulanmıştır⁹⁶⁶. İlk bakışta, ölüm sonrası koruma süresinin uzunluğunun neden kültür endüstrisi ve tüketiciler lehine olduğu yadırganabilir. Bu noktada, eser sahibinin eser üzerindeki teknelci hakimiyeti ne kadar uzun olursa, eser meydana getirme arzu ve çabasının o kadar çok yoğun ve fazla olacağı varsayımından hareket edilmektedir. Böylece eser sahibi birçok eser meydana getirecek ve kültür ortamına katkısından uzun vadede tüketiciler de yararlanmış olacaktır. Daha çok eser hem tüketicinin/kullanıcının hem de bu eserlerden gelir elde edecek kültür endüstrisinin yararına olacaktır.

Yönerge, Topluluk içindeki ekonomik işlemleri kısıtlamaya ve rekabeti bozmaya yol açacak farklı hukuki koruma sürelerinin uyumlaştırılması konusunda dört önemli nokta tespit etti. Herşeyden önce, uyumlaştırma tam bir bütünlük göstermeliydi. Sadece koruma süreleri değil, koruma sürelerinin başlangıç anları da uyumlaştırılmalıydı. Bu hedefe tam olarak ulaşılamadı⁹⁶⁷.

İkinci olarak, Üye Devletlerdeki koruma sürelerinin birleştirilmesi, toplumdaki sanatsal ve edebi yaratıcılığın gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla, sanatçılardan tüketicilere kadar herkesin menfaatine karşılayacak şekilde olmalıydı; öyle ki Bern Konvansiyonunda eser sahibinin ölümünden sonraki 50 yıllık sürenin, ortalama

⁹⁶³ bkz. Yönergenin 5. maddesinin gerekçesi.

⁹⁶⁴ Bkz. **ELLINS**, Julia, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1997, s.294; **DIETZ**, Die Schutzdauer-Richtlinie der EU, GRUR Int.1995, s.670 vd.; **PARRINDER**, EIPR 1993, s.393. Krşlaş. **WALTER**, Michel M. (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Kommentar, Wien, New York 2001, Art. 1 Schutzdauer-RL Kn.6.

⁹⁶⁵ **SEIDEL**, Christian “Die Zeitliche Begrenzung des Urheberrechts”, Peter Lang Frankfurt 2002, s.44-45.

⁹⁶⁶ bkz. Yönerge'nin 10.maddesinin gerekçesi.

⁹⁶⁷ **DIETZ**, Die Schutzdauer, s.671,672,673,675,677,685; **SCHRICKER/BASTIAN/DIETZ**, [Hrsg], s.64,66,68,69,71,77; **JURANEK**, Harmonisierung der Urheberrechtlichen Schutzfristen in der EU, 1994, s.70; **JURANEK**, Ausgewählte Probleme der Schutzfristenverlängerung, in Dittrich [Hrsg.], Beiträge zum Urheberrecht, 1997, s.41,44.

yaşam süresi de dikkate alınarak, yönergede 70 yıl süreye çıkarılması eser sahibinin sadece ilk altsoyunu değil sonra gelen altsoyunu da, eserden yararlanma imkanına kavuşturmuş oluyordu⁹⁶⁸.

Üçüncü olarak, yeni süreler uyum sürecinde, geçiş sürecinde gerekli önlemler alınmalı ve kazanılmış haklara zarar verilmemeli; işlemeye başlamış süreler kısaltılmamalıydı.

Son olarak, eser sahibinin haklarıyla bağlantılı haklar arasındaki nazik denge korunmalıydı⁹⁶⁹.

Topluluk yönergesinde önerilen koruma süreleri şu şekilde sıralanabilir: Eser sahibinin mali hakları için 70 yıl (Yönerge md. 1 f.2;), icracı sanatçıların (Yönerge md.3 f.1); ses taşıyıcıları üreticilerinin (Yönerge md.3 f.2), film yapımcılarının (Yönerge md.3 f.3), yayıncıların (Yönerge md.3 f.4) bağlantılı hakları için 50 yıl; eser sahibinin ölümünden önce kamuya sunmadığı (postume-nachgelassene Werke) eserler için 25 yıl (Yönerge md.4), serbest hale gelmiş eserlere ilişkin bilimsel incelemeler (Wissenschaftliche Ausgaben) için en çok 30 yıl (Yönerge md.30) ve bu yönergeyle 15 yıllık süre biçilmiş olmasına rağmen Veri Bankaları Yönergesinin 10.maddesinin 1.ve 2. fıkralarıyla veri bankası üreticilerinin veri bankaları üzerindeki sui generis niteliğindeki haklarının korunması için 30 yıllık süre öngörülmüştür.

⁹⁶⁸ Bu noktayla ilgili eleştiriler için bkz. **DIETZ**, Die Schutzdauer, s.670 vd.; **SCHRICKER/BASTIAN/DIETZ**, [Hrsg.] s.64 vd.; Von **LEWINSKI**, Richtline 93/98 EWG des Rates vom 29 Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, Einführung, in **MOHRING/SCHULZE/ULMER/ZWEIGERT** [Hrsg.], Quellen des Urheberrechts, s.5; **WALTER**, in Walter [Hrsg.], Schutzdauer-RL Art.1 Kn.3.

⁹⁶⁹ Topluluk yönergesinin, koruma süresini uzatması yönündeki düzenlemesi ayrıca pratik bir açıklamaya da sahiptir. Yönergede, koruma süresinin kısaltılması, Üye Devletlerin yönergeyi iç hukuka aktarmalarında, kazanılmış hakları ihlal etmesi nedeniyle, anayasal problemlere neden olacaktı. **DIETZ**, Die Schutzdauer, s.670,671; **SCHRICKER/BASTIAN/DIETZ** [Hrsg.] s.64,65; von **LEWINSKI**, Der EG-Richtlinien-vorschlag zur Harmonisierung der Schutzdauer im Urheber- und Leistungsschutzrecht, GRUR Int. 1992, s.724,725; Richtline 93/98 EWG des Rates vom 29 Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, Einführung, in **MOHRING/SCHULZE/ULMER/ZWEIGERT** [Hrsg.], Quellen des Urheberrechts, s.5; **WALTER**, in Walter [Hrsg.], Schutzdauer-RL Art.1 Kn.4.

E.Koruma Süresinin Hesaplanması ve Bazı Özel Durumlar

1.Genel İlke

FSEK md.26 f.3 c.2'ye göre “Koruma süresi, eserin alenileşmesinden önce cerayana başlamaz”. Hükmün beşinci fıkrası ise “Aleniyet tarihinden başlayan süreler eserin ilk defa alenileştiği veya dördüncü fıkraya göre alenileşmiş sayıldığı yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunur”. Son fıkra ise, eser sahibinin ölümünden itibaren başlayan sürelerin hesabında eser sahibinin öldüğü seneyi takip eden yılın ilk gününü başlangıç tarihi sayar. Örneğin, 2006 Şubat ayında alenileşen bir müzik eseri için koruma süresinin hesaplanmasında başlangıç tarihi, 1 Ocak 2007 olacaktır.

FSEK md.27 f.1 c.1, koruma süresinin eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam edeceğini öngörür.

Koruma süresinin hesaplanmasında, FSEK md. 10'da düzenlenmiş eser sahipleri arasındaki birlik olasılığını dikkate alan bir düzenleme de öngörülmüştür. FSEK md.26 f.5'e göre, eser sahipleri arasındaki birlik durumunda, eser sahiplerinden son sağ kalanın ölüm tarihinin başlangıç tarihi olacaktır.

Alman Hukukunda, koruma süresinin hesaplanmasıyla ilgili olarak, Alm.ESHK md.64 ve md.69 hükümleri de, basit ve pratik düzenlemeler olarak karşımıza çıkar. Eserin kamuya sunulduğu andan bağımsız olarak, eser sahibinin tüm eserleri aynı anda, yani eser sahibinin ölümünü takip eden takvim yılından itibaren 70 yıl sonra koruma süresinden yoksun kalacaktır. Örneğin, 16.7.1985'de ölen yazar Heinrich Böll'ün eserleri, 31.12.2055 yılının dolmasıyla, herkesin yararlanmasına açık olacaktır. 70 yıllık koruma süresi, ancak eser sahibinin ölümünden sonra kamuya sunulan, geride bırakılan (nachgelassene Werke) eserler de dahil olmak üzere tüm eserler için geçerlidir⁹⁷⁰.

⁹⁷⁰ SCHACK, Urheberrecht, Kn.471.

2.Birden Çok Eser Sahibinin Varlığı Durumunda

FSEK md.27 f.1 c.2'ye göre, eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl devam eden koruma süresi, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren hesaplanacaktır.

Alm. ESHK md.65'e göre de, birlikte eser sahiplerince meydana getirilen eserlerde, koruma süresi, aralarında en uzun yaşayan kişinin ölümü üzerine, işlemeye başlayacaktır. Aynı düzenleme, Değiştirilmiş Bern Konvansiyonunun 7.maddesinde de mevcuttur. Bu yüzden, birlikte eser sahipleri arasında, genç bir eser sahibinin bulunması, normal koşullarda, eserin koruma süresinin uzamasına yol açabilecektir.

Alm. ESHK'ya 1995 değişikliğiyle giren md.65 f.2 uyarınca, bir film eseri üzerindeki hakların sona ermesi de, film eserini meydana getiren birlikte eser sahiplerinden en uzun yaşayan kişinin ölümünden itibaren 70 yıl sonra gerçekleşir. Hükümde belirtilen, dört birlikte eser sahibi, yönetmen⁹⁷¹, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve müzisyendir.

Bir filmde kimin eser sahibi olduğu konusu, Eser Sahibinin Haklarına İlişkin Koruma Süresini Konu Olan AT yönergesinin 2.maddesinin 2.fıkrasının da bir gereği olarak, Alman ESHK hükmü haline gelmiştir. Hukuk güvenliği açısından, filmin yönetmeni dışında, kimlerin eser sahibi sayılacağına ilişkin ihtiyaçtan dolayı, Topluluk çapında böyle bir düzenlemeye gidilmiştir⁹⁷². Alm.ESHK md.65 f.2'de kimlerin film eseri sahibi olacağına ilişkin bu sayım, örnek kabilinden olmayıp, aksine sınırlayıcı bir sayımdır. Aksi takdirde, yönergeyle ulaşılmak istenen amaca ulaşılması mümkün olmayacaktır⁹⁷³.

⁹⁷¹ Alman Hukukunda, film yönetmenini tanımlamak için, filmde adı yönetmen olarak geçen diğer alan yönetmenlerinden; görüntü yönetmeninden veya sanat yönetmeninden ayırdetmek için ana yönetmen- hauptregisseur kavramı kullanılmaktadır. Yönetmen, kelimesiyle kasettiğimiz, bu anlamda ana yönetmendir.

⁹⁷² **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.472, s.212, 213; Ayrıca bkz..**SCHRICKER/KATZENBERGER**, UrhR Kommentar, 3 Baskı, 2006, Kn.4.

⁹⁷³ **SCHRICKER/KATZENBERGER**, UrhR Kommentar, Kn.4, s.1303. Aynı sonuca ulaşan diğer yazarlar şunlardır: **VOGEL**, Die Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ZUM 1995, s.451/454; **WALTER**, , Art.2 Kn.4.

Alm.ESHK md.89, filmin yapımına katılan kişilerin katkılarının (mitwirkung) da, film eseri üzerinde fikri hak kazanmalarına yol açabileceğini öngörmüştür. Bu durumda, eser sahibinin haklarının korunma süresini düzenleyen Alm.ESHK md.65 f.2’de sayılanların dışında da bazı kişilerin eser sahibi sayılabilmek olasıdır. Hatta, Alm.ESHK md.65 f.2’de sayılan kişilerden, senaryo yazarı ve film müziklerinin bestecisinin film eseri bakımından birlikte eser sahibi (miturheber) sayılmaması gerektiği de ifade edilmektedir. Film müziği bestecisi, (filmkomponist), bestesini o filme yönelik olarak yaptıysa, birlikte eser sahibi sayılmalıdır. Varolan bir müziğin bir filmde kullanılarak, film müziği olarak sunulması, sözkonusu bestecinin birlikte eser sahibi olarak değerlendirilmesine yol açmamalıdır⁹⁷⁴.

Dolayısıyla, Alman Hukukuna göre, eser sahiplerinin arasında kameraman ve kurgucu da yer alabileceğinden, bu kişilerin, Topluluk Hukuku yönergesinde de belirtilen ve Alman ESHK md.65 f.2’de anılan kişilerden daha uzun yaşaması halinde koruma süresinin akıbetine nasıl etki edeceği, tartışma konusu olacaktır⁹⁷⁵.

Yönergeyle ulaşılmak istenen amaç, Üye Devletler arasında, eser sahibinin hakları kadar bağlantılı haklara da ilişkin yeknesak bir düzenleme getirilip, farklı koruma sürelerinin Topluluğun temel esaslarından biri olan malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına engel olmamasını sağlamaktır.

Hatırdan çıkarılmaması gereken bir nokta, Yönergenin eser sahipliği konusunda, kısmi bir uyumlaştırmayı sağlayacak (Yönerge md.2 f.2) kapsamda olmasıdır. Yönerge md.2 f.1, Kiralama ve Ödünç Verme Yönergesi (Vermiet-und Verleihrechtsrichtlinie md.2 f.2) ile Uydu ve Kablolü Yayın Yönergesini (Satelliten-und Kabelrichtlinie md.1 f.5) örnek olarak filmin veya görsel-işitsel eserlerin ana yönetmenini⁹⁷⁶, eser sahibi yahut eser sahiplerinden biri olarak kabul etmiştir. Ancak,

⁹⁷⁴ **LOEWENHEIM/NORDEMANN**, § 9, Kn.179.

⁹⁷⁵ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.472.

Dietz, bu konuda yönergenin bir uyumlaştırma boşluğu taşıdığını, film eseri konusundaki eser sahipleri hakkında düzenleme yapılırken konulu filmlerden hareket edildiği, belgesel, bilimsel, reklam, amatör ve çizgi filmlerin gözönünde tutulmadığını savunmuştur. **DIETZ**, Die Schutzdauer, s.670,676. Böylece, film eserinin oluşturulmasında, konulu filmler yanında diğer tür filmlerde eserin oluşturulmasında önemli etkiye sahip, kameraman, kurgucu gibi kişilerin konuları gözardı edilmiş olmaktadır.

⁹⁷⁶ Filmin ana yönetmeni (hauptregisseur) görüntü yönetmeni, oyuncu, set tasarımcısı, kostüm tasarımcısı ve teknik ekip olmak üzere filme katkıda bulunan tüm kişileri yöneten ve genelde “film

Koruma Süresi Yönergesi md.2 f.2, başka hangi kişilerin birlikte eser sahibi sayılacağı meselesini, Üye Devletlerin takdirine bırakmıştır. Bu bağlamda, girişimci işlevi gören film yapımcısı dahi, birlikte eser sahipleri arasında yer alabilir⁹⁷⁷.

Koruma Süresi Yönergesi, sürenin başlangıcı bakımından Bern Konvansiyonu'ndan ayrılır. Yönerge md.2 f.2'de, koruma süresinin başlangıcı olarak, Bern Konvansiyonu md.7 f.2'deki gibi film eserin kamuya sunulduğu veya meydana getirildiği zamanı değil, md.2 f.2'de eser sahibi olarak belirlenmiş kişilerden en uzun yaşayanının ölüm anını esas almıştır. Yönergede, birlikte eser sahibi olarak ana yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve film müziği bestecisinin tesbit edilmesi ise, Konvansiyonun md.14 f.3 c.1 hükmüne dayanmaktadır⁹⁷⁸.

Yönergenin, konuya ilişkin uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi, birlikte eser sahipliğinin (Miturheberschaft) tesbitine ilişkin olarak herhangi bir ölçüt getirmeyişi, Yönergenin, hukukları uyumlaştırma etkisinde bir boşluk olarak değerlendirilmektedir⁹⁷⁹. Özellikle, opera, operet, müzikal, şarkı gibi söz ve müziğin birlikte kullanıldığı eserler örneğin Fransız Hukukunda birlikte eser sahipliği tarafından meydana getirilmiş bir eser olarak kabul edilip, koruma süresi en uzun yaşayan eser sahibine göre belirlenir. Alman Hukukunda ise bu tür durumlarda söz ve müzik Alm. ESHK md.9 uyarınca, bağlı eser (verbundene Werke) olarak kabul edilir. Her bir eser kendi bağımsız koruma süresine sahip olur. Bu nedenle, Fransız Hukuku söz veya müziğin daha uzun süre korunmasını sağlar⁹⁸⁰.

Koruma Süresi Yönergesi md.2, multimedya eserin film eseri içermemesi halinde uygulama alanı bulmayacaktır⁹⁸¹.

yönetmeni" sıfatıyla anılan kişidir. Bu bağlamda, bir filmde görüntü yönetmeni olarak çalışan veya filmin kostüm ve mekan tasarımını yapan sanat yönetmeni, eser sahibi olarak sayılmayabilecektir.

⁹⁷⁷ **DIETZ**, Die Schutzdauer, s. 675; **REINBOTHE/von LEWINSKI**, The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, 1993, s.47; **WALTER**, Art.2, Kn.7.

⁹⁷⁸ von **LEWINSKI** in Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert [Hrsg.], s.8. Yönergede bu dört kişinin eser sahibi olarak seçilmesinde, Bern Konvansiyonunun yanında dikkate alınan ulusal hukuk örneği olarak Fransız Hukuku için bkz. **DIETZ**, Die Schutzdauer, s. 676; **SCHRICKER/BASTIAN/DIETZ** [Hrsg.] s.64,70.

⁹⁷⁹ **SCHRICKER/KATZENBERGER**, Kn.20,21.

⁹⁸⁰ Yönergenin konuyla ilgili yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DIETZ**, Die Schutzdauer, s.673; **SCHRICKER/BASTIAN/DIETZ**, [Hrsg.] s.64,68; konuyla ilgili eleştirel ve koruma süresi düzenlemesinde film eserleri odaklı bir reform önerisi için bkz. **SCHRICKER**, GRUR Int.2001, s.1015/1017; **WALTER**, Art.1 Kn.25vd./33.

⁹⁸¹ **WALTER**, Art.2 Kn.34,35.

Alman ESHK md.4’de düzenlenmiş toplama eserler (sammelwerke) bakımından, biraraya getirilmiş eserlere ait ayrı ayrı her bir koruma süresi ile toplama eserin kendisinin sahip olduğu koruma süresi, birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bağlı eserler (verbundene Werke) bakımından da, aynı noktaya dikkat edilmelidir. Örneğin, bir opera müziği, birlikte kullanıldığı libretto veya onun çevirisinden bağımsız bir şekilde, koruma süresinin dolması üzerine, herkes tarafından kullanılabilir hale gelecektir⁹⁸².

FSEK md.26 f.2 gereği, bir eserin aslı veya işlenmeleri için tanınan koruma süreleri birbirine bağlı değildir. Böylece, bir eserin aslı, koruma süresinin bitimiyle herkes tarafından bir bedel ödenmeksizin kullanılabilir hale geldiği sırada, bu esere dayanılarak meydana getirilmiş bir başka eser, işleme eser, işleme eser sahibinin izni olmaksızın kullanılmayacaktır. FSEK md.9’da düzenlenen, eser sahibinin birden fazla oluşu durumunda da, bu hükmün uygulanacağı öngörülmüştür. FSEK md. 9 f. 1 uyarınca, birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın eser sahibi sayılır. Koruma süresi, eserin alenileşmesinden önce işlemeye başlamaz.

3.Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Alenileşen Eserlerde Koruma Süresi

FSEK md.27 f.2 uyarınca, eser sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde de, koruma süresi ölüm tarihinden itibaren 70 yıldır.

4.Adsız veya Müstear Adla Umuma Arzedilen Eserlerde Koruma Süresi

FSEK md.27 f.4’de, sahibinin adı belirtilmeden yayımlanan eserler bakımından koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl olarak öngörülmüş; ancak sürenin bitiminden önce eser sahibinin adının açıklanması durumunda bu düzenlemeye istisna teşkil edeceği düzenlenmiştir.

⁹⁸² SCHACK, Urheberrecht, Kn.473.

İsimsiz veya takma isimle kamuya sunulan eserlerde, eser sahibinin kimliği bilinmediğinden, koruma süresini, eser sahibinin ölümü veya yaşam süresine bağlamak doğru olmayacaktır. Bu nedenle, Topluluk Yönergesi md.1 f.3 c.1’de bu tür eserlerde işleyecek 70 yıllık koruma süresini, eserin hukuka uygun bir şekilde kamuya sunulduğu andan itibaren başlatmıştır. Eser sahibinin kullandığı takma isim, kimliğini örtecek derecede güçlü değilse; kimliğini ele veriyorsa veya eser sahibi md.1 f.3 c.1’deki süre içinde kimliğini açıklamışsa, md.1 f.3 c.2 uyarınca, genel kural uygulama alanı bulacaktır. Yönergenin 1.maddesinin birinci fıkrasındaki genel kural, daha önce de belirttiğimiz üzere, koruma süresinin eser sahibinin ölümünden itibaren başlatılmaktadır. Topluluk yönergesinde, sahibinin adı belirtilmeyen veya müstear adla eserlerdeki koruma süresine ilişkin süre, Bern Konvansiyonu Değişik md.7 f.3 c.1-3 hükümleriyle de uyumludur.

5.Sürelî Eserlere İlişkin Koruma Süresi

Sürelî eserlerle kastettiğimiz, bütün bir içerik olarak bir defada kamuya sunulmayan, peyderpey ve sürekli bir şekilde kamuya arz edilen eserlerdir. Bu tür eserlerde (lieferungswerke) eser sahibinin veya sahiplerinin adına rastlanmayabileceği gibi, eserin başka bir isimle de kamuya sunulmasıyla karşılaşılabilir⁹⁸³. Alıcının, satıcı tarafından yollanılmasını beklediği bu tür eserlerde koruma süresi özellik arzeder.

FSEK md. 26 f. 4, forma veya fasikül halinde yayımlanan eserlerde, son forma veya fasikülün yayımlandığı tarihi, eserin aleniyet tarihi olarak düzenleme altına almıştır. FSEK md.26 f.5 gereği, koruma tarihi eserin ilk defa alenileştiği yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesaplanacaktır. Dolayısıyla, her bir fasikül veya forma bağımsız bir hukuki koruma süresine sahip olmayacak, oluşturmuş olduğu eserin bütün olarak korunmasından istifade edecektir.

Sürelî eserler, Alm.ESHK md.67’de içerik olarak bitirilmemiş, kısımlar halinde umuma arzedilen eserler olarak tanımlanmıştır⁹⁸⁴. Hükme göre, her bir kısım için koruma süresi ayrı hesaplanacaktır.

⁹⁸³ LOEWENHEIM/NORDEMANN, § 22, Kn.19.

⁹⁸⁴ Bu bakımdan, “sürelî eser” kavramı yerine “kısmî eser”, “süregiden eser”, “yollanan eser” gibi kavramlar da, tercih edilebilecektir.

Özellikle isimsiz veya müstear adla kamuya sunulan süreli eserlere ilişkin koruma süresinin hesaplanması, uygulama açısından önem taşır. Bilgisayar programları, bu tür eserlere örnek teşkil edebilecek şekilde kamuya sunulabilir. Bilgisayar programlarında, programı meydana getiren kişi genellikle anonim kalıp, program sonraki zamanlarda geliştirilmeye hazır bir şekilde meydana getirilir. Örneğin, metin işleme yazılım programı olan 1986 tarihli Microsoft Word programı, eseri meydana getiren kişi anonim kaldığı müddetçe 2056 yılına kadar korunacaktır⁹⁸⁵.

Koruma süresine ilişkin Topluluk Yönergesi md.1 f.5 uyarınca, süreli eserler, birden çok cilt, kısım, gönderi, sayı veya bölüm halinde kamuya sunulan eserler olarak tanımlanmıştır. Yönergeye göre, süreli eserlerde herbir yayın bir diğerinden ayrı koruma süresine sahiptir. Bu hüküm karşısında, koruma süresinin başlangıcını son yayının kamuya sunulduğu an olarak kabul eden Alm.eski ESHK md.67 hükmü değiştirildi⁹⁸⁶. Her bir kısım, ayrı koruma süresine kavuşturulmuş oldu. FSEK md.26 f.4 hükmü, bugünkü haliyle Alm.ESHK md.67'nin eski haline denk düşmektedir. Kanaatimizce, FSEK md.26 f.4 hükmü de, Topluluk Yönergesiyle uyumlu bir şekilde, her bir kısım için ayrı koruma süresini kabul eden bir değişikliğe tabi tutulmalıdır.

F.Koruma Süresinin Sona Ermesinin Sonuçları

FSEK md.26 f.1 uyarınca, eser sahibinin mali hakları, zamanla kayıtlıdır. Eser sahibinin yaşamı süresince ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eden mali haklar, sonunda eser sahibinin ve mirasçılarının hakimiyetinden çıkar; herkesin değeri olur.

Alm.ESHK md. 64 uyarınca da eser sahibinin hakları ölümünden 70 yıl sonra sona erer. Monist sistemi benimseyen Alman Hukuku, 70 yıllık koruma süresinde mali haklar veya manevi haklar bakımından bir ayırım yapmamıştır. Almanya gibi, diğer

⁹⁸⁵ Microsoft Word 1.0 sürümünün, kamuya ilk olarak sunulma tarihi 1986'dır. Eser sahibinin ismi belirtilmeden kamuya sunulan, süreli eser –lieferungswerke- niteliğindeki eserlerde koruma süresi, ilk umuma arzetmeden itibaren 70 yıldır. Bu durumda, ilk olarak 1996 yılında umuma arzedilen Microsoft Word 8.0- Word 97'in koruma süresi, 2066 yılında son bulacaktır.

⁹⁸⁶ von LEWINSKI, in Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert [Hrsg.], s.7; VOGEL, "Die Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ZUM 1995, s.451,454; SCHRICKER, § 67 Kn.1.

Avrupa Birliği Üye Devletleri hukuklarında da, eser sahibinin haklarının korunma süresi bakımından, aynı süreye rastlamak mümkündür.

Eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl devam eden haklarının sona ermesi demek, eserin herkes tarafından kullanılabilir hale gelmesi demektir. Bu andan itibaren, eser sahibinin mirasçılarının⁹⁸⁷ veya eser üzerinde lisans hakkı sahibi olanların, eserin başkaları tarafından kullanılmasına itirazları olamaz⁹⁸⁸. Başka bir deyişle, ne eser sahibi, mirasçıları ve lisans hakkı sahipleri, ne de bağlantılı hak sahipleri, eserin kendilerinden izin alınmadan ve bedel ödenmeden kullanılması karşısında, tecavüz tehlikesinin önlenmesi gibi koruyucu hukuk önlemlerine başvuramayacak, herhangi bir tazminat talebinde de bulunamayacaklardır⁹⁸⁹.

Bu tür hallerde, şartları varsa haksız rekabet hükümlerine (wettbewerbsrecht) veya kültür değerlerinin korunması bağlamında Kamu Hukuku hükümlerine⁹⁹⁰ başvurmak yoluyla, hukuki çözüm aramak gerekecektir⁹⁹¹. Öte yandan serbest eser haline gelmiş eserin kullanım şekli, eser sahibinin yakınlarının kişilik haklarını zedelemekteyse, yakınlar kendi kişilik haklarına dayanarak bu tür bir kullanıma son verebilirler.

Böylece eser sahipliği koruması, eser sahipliği haklarından feragatle veya korunan eserin gayrimaddi karakteri nedeniyle orjinalinin ortadan kalkmasıyla son bulmazken, kanunen belirlenen süre sonunda ortadan kalkacaktır. Bir eserin, hukuki korumasının sona ermesi demek eserin başka hukuki araçlarla korunmasına engel değildir. Eserin başlığının, markalar kanunu anlamında, ayırdedici bir özellik taşıması halinde marka korumasından yararlanmaya devam edeceği de

⁹⁸⁷ Eser sahibinin mirasçıları, o ana kadar kamuya sunulmamış eserin ilk defa umuma arzedilmesine (Alm. ESHK md.12), eser üzerinde tahrifatlarda bulunulmasına (Alm.ESHK md.14-Werkentstellungen), karşı dava açamayacağı gibi, eserin başkası tarafından isim belirtilmeden kullanılmasında da, eser sahibi olarak belirtilmek hakkına tecavüzde veya gasbta bulunulduğu iddiasıyla hukuki bir talepte bulunamayacaklardır. **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 64 Kn.7.

⁹⁸⁸ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn. 466.

⁹⁸⁹ **DREIER/SCHULZE**, Vor 64, Kn.2.

⁹⁹⁰ Bu bağlamda, Alman Hukukunda gündeme gelen koruma “öffenrechtlicher Denkmalschutz” şeklinde ifade edilmektedir.

⁹⁹¹ **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 64 Kn.7.

Koruma süresinin dolmasıyla birlikte mali haklar ve manevi hakların yanında, bir bütün olarak, Alm.ESHK md.25 ila md.27 arasında düzenlenmiş “eser sahibinin diğer hakları”da son bulacaktır. **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 64 Kn.8.

belirtilmelidir⁹⁹². Kullanımı serbest hale gelmiş bir eserin basımı, normal şartlarda, orjinal ismiyle yapılabilecekken, eserin başlığının marka korumasına sahip olması bu durumu engelleyebilecektir⁹⁹³.

Eser sahibinin haklarının süresel bir sınırlamaya tabi tutulmasıyla birlikte düşünölmeye başlanan bir kavram da, kamusal kullanım bedelidir⁹⁹⁴. Bu kavramla, dar anlamda, daha önceden fikri hukuk korumasına sahip ve koruma süresinin sona ermesiyle ortak kullanıma açılmış eserden yararlanma karşılığında bir bedel ödeme yükümlölüğü anlaşılmaktadır. Ödenen bedel, hazineye veya bu işe tahsis edilmiş bir fona aktarılır; eser sahibinin⁹⁹⁵ ve yakınlarının desteklenmesi ve teşvik edilmesi amacıyla kullanılır. Bu düşünce, ilk defa İtalya’da 1865 yılında uygulama şansı bulabilmiştir⁹⁹⁶. Bu uygulama, Fransa Hukukunda da yer bulmuş; ancak 1976 yılında yürürlükten kaldırılmış; yerine getirilen gelir vergisiyle yer değıştirmiştir⁹⁹⁷. Alman Kanun koyucu ise, uzun tartışmalardan sonra, bu tür bir kültür vergisi, harcı niteliğindeki ödentiye karşı çıkararak, 1965 tarihli kanuna, bu meyanda bir hüküm koymamıştır⁹⁹⁸. Gerçekten de, böyle bir kültür ödentisi bireysel korumayı esas alan eser sahipliğı hukukunun konusu olamazdı. Kaldı ki, kültür teşviğı olarak işlev görecek böyle bir ödentiye de, eser sahibinin haklarının ölüm sonrası 70 yıl daha korunması ve sosyal sigorta desteğı karşısında bir lüzum yoktu. Başka bir deyişle, sanatçı, eseri kullananlar tarafından üstlenilecek böyle bir ödenti olmaksızın da diğerk hukuki araçlarla yeterli bir güvenceye kavuşturulmuş oluyordu. Bu tür özel bir vergi, kültür yaşamına yarardan çok zarar getirebilirdi⁹⁹⁹.

⁹⁹² DREIER/SCHULZE, Kn.2. Bkz. Alm.Markalar Kanunu md.15

⁹⁹³ BGH NJW 2003, 1869- Winnetous Rückkehr, Schmidt-Hern ZUM 2003, 462; HACKER, MarkenR 2003, s.337; BGH GRUR 1980, s.227-Monumenta Germaniae Historica.

⁹⁹⁴ Fransızcada, “domaine public payant”; Almandaca “urhebernachfolgevergütung” olarak isimlendirilir. Kavram için bkz. DIETZ, FS. Für Roeber, 1982 s.45 vd.; DILLENZ, GRUR Int. 1983, s.820; die Beiträge in Dittrich [Hrsg.], Domaine Public Payant, 1993; KATZENBERGER, FS. für Roeber, 1982, s.193 vd.; ULMER, § 79/III.

⁹⁹⁵ FSEK md.27 f.3’e göre “12’inci maddenin birinci fıkrasındaki hallerde koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden sonra 70 yıldır; meğer ki eser sahibi bu sürenin bitmesinden önce adını açıklamış bulunsun”. FSEK md.12, sahibinin adı belirtilmeyen eserleri konu almaktadır. O halde, anonim-isimsiz olarak aleni kılınmış bir eserin koruma süresi teorik olarak, eser sahibinin ölümünden önce eser koruması kapsamından çıkabilecektir.

⁹⁹⁶ Bugün için 1941 tarihli İtalyan ESHK md.175 vd. maddelerine bakılabilir.

⁹⁹⁷ SCHACK, Urheberrecht, Kn.477; ULMER, s.351.

⁹⁹⁸ Eyaletler Meclisinde (Bundesrates) böyle bir ödentiye ilişkin hüküm önerisi, Anayasa’nın 73.maddesinin 9 numaralı bendine aykırı düşeceğinden hareket edilerek, sonuca ulaşmadı. Bkz. SCHACK, Urheberrecht, Kn.477.

⁹⁹⁹ SCHACK, Urheberrecht, Kn.477, 478.

Kamusal kullanım bedeli, Avrupa Birliği çapında uygulanmak üzere, Alman hukukçu Dietz tarafından tekrar gündeme getirildi. Söz konusu bedel, güzel sanatlar alanındaki eserlere ilişkin takip hakkını (folgerecht), -de lege ferenda- tamamlayacak nitelikte bir kurum olarak dşnld. Başka bir deyişle, bir güzel sanat eserinin sahibinin hakimiyetinden çıktıktan sonra, belli durumlarda eserin yaratıcısına ekonomik kazanç getiren takip hakkından esinlenerek, Avrupa Birliğinde Eser Sahibi Haklarının Korunma Süresi bağlamında 50 yıllık koruma süresinin yanında, kamusal kullanım bedelinin gerekliliği nerildi¹⁰⁰⁰. Ancak, bu neri, Eser Sahibinin Haklarının Korunmasına İlişkin Topluluk Yönergesinde getirilen 70 yıllık koruma süresiyle birlikte, kabul görmemiş oldu. Bu düzenlemeden sonra dahi, Alman Hukukunda bu tür bir bedelin, uygulamaya geçirilmesi konusunda görüşler ve karşı görüşler varlığını srdrd¹⁰⁰¹.

G.Manevi Hakların Korunma Süresi

1.Genel Olarak

Manevi haklar, ya mali haklar gibi belli bir koruma süresine tabi tutulurlar ya da süresiz olarak korunurlar. Kimi lkeler, mali haklara paralel şekilde süreli manevi hak korumasını; kimi lkelerse manevi hakların mali haklardan farklılığını ortaya koyacak bir şekilde süresiz-ebedi korumayı tercih etmişlerdir.

Manevi hakların korunmasında, süreli-süresiz koruma ayırımı ortaya çıkmasında, bölgesel ve uluslararası düzenlemelerin konuyu ye devletlerin takdirine bırakması önemli bir rol oynamıştır. Eser Sahibinin Haklarına İlişkin Topluluk Yönergesinin 9.maddesi, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin koruma süresini, ye devletlerin takdirine bırakmıştır.

¹⁰⁰⁰ **DIETZ**, Urheberrecht EG, Kn.453 vd.,496.

¹⁰⁰¹ **DIETZ**, Ein Neuer Vorstoß für das domaine public payant auf Grund einer Initiative der deutschen IG Medien, ZfrV 1999, s.81, **DIETZ**, Das Projekt Knstlergemeinschaftrecht der IG Medien, ZRP 2001, s.165; **ZIMMERMANN**, Neue Initiative zur Einführung des Goethegroschens gestartet!, ZUM 1996, s.862; Karşı grşler için bkz. **REHBINDER/KLINGER**, Die Urhebernachfolgevergtung-Ein aktuelles Bedürfnis, UFITA 137 [1998] s.5,18; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.477; Kavrama eleştirel açıdan bakan, **JEAN-RICHARD-dit-BRESSEL**, Ewiges Urheberrecht oder Urhebernachfolgevergtung (domaine public payant)?, 2000, s.130 vd., s166; **JEAN-RICHARD-BRESSEL**; Die Urhebernachfolgevergtung-Rechtsnatur und Verfassungsmaşigkeit, UFITA 2000 II s.353, 357 vd.,392 vd.

Uluslararası alandaki eğilim, ebedi korumadan ziyade, korumanın süreye bağlı kılınması yönündedir. Bern Konvansiyonu değişik md.6 f.2 hükmü, maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş eser sahibinin manevi haklarının, ölümden sonra hiç olmazsa mali hakların son bulmasına kadar yürürlükte kalmasını öngörmektedir.

Böyle bir düzenleme, özellikle güzel sanat eserlerinin orjinalleri veya orjinal el yazımları gibi ulusal değerler bakımından önem arzeden eserlerin süresiz korunması yönünde bir eğilime sahip ülkeler bakımından da bir hareket alanı bırakmış olmaktadır¹⁰⁰².

Düalist teorinin bir temsilcisi olan Fransız Hukukunda, eser sahibinin manevi hakları ebedi bir koruma süresine sahiptir. Monist teorinin temsilcisi konumunda olan Alman Hukukunda ise, eser sahibinin manevi hakları, mali haklarıyla aynı (70 yıllık) koruma süresine tabi kılınmıştır. Manevi haklar, süreye bağlı olarak korunuyorsa sürenin belirlenmesinde genel eğilim, mali haklarla paralellik kurmak şeklindedir.

2.Süreye Bağlı Manevi Hak Koruması ve Sonuçları

Manevi hakların da mali haklar gibi bir koruma süresine tabi kılınması, bu hakların kişilik hakkı yönüyle ve üstlendiği sosyal bir işlevle açıklanır¹⁰⁰³.

Eser sahibinin manevi hakları, eser sahibiyle eseri arasındaki manevi bağdan hareketle türetildiğine göre, bu bağ eser sahibinin ölümüyle birlikte etkisini kaybetmeye başlayacaktır. Bu bakımdan, eser sahibinin haklarının kişiliğine bakan yönü, içinde süresel bir sınır barındırır¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² **DREIER/SCHULZE**, Kn.9.

Fransa, Danimarka, Yunanistan, İtalya, Portekiz ve İspanya Hukuklarında, eser sahibinin manevi hakları süresiz bir korumaya sahiptir. ABD’de, Görsel Sanatçıların Haklarına İlişkin Kanununun (Visual Artists Rights Act) § 106A maddesi uyarınca, eser sahibinin ölümüyle birlikte eser sahibinin manevi haklarına ilişkin bazı talepler son bulmaktadır. **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 64 Kn.11.

¹⁰⁰³ **MULLER**, s.95. Eser sahibinin haklarının sosyal işleviyle, bağıyla ilgili olarak bkz. **PAHUD**, Eric, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Stämpfli, Bern 2000, s.149 vd. Tarihsel olarak bakıldığında, Almanya’da 1965 yılında, eser sahipliği hukukuna ilişkin reform sırasında, sınırsız bir eser sahipliği hakkı taraftar bulmuştu. Eser sahibinin manevi haklarının, özellikle müzik eserleri bakımından incelendiği ve süresiz bir manevi hak koruması konusundaki görüşler için bkz. **RUZICKA**, s.38 vd. Avusturya Hukuku bakımından konuyla ilgili olarak bkz. **DILLENZ**, Walter, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, Manz, Wien,1986 § 60, s.179.

¹⁰⁰⁴ **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.87.

Eser sahibinin manevi haklarının süreyle kısıtlanmasını, eserin sosyal işleviyle, bağıyla açıklamaya çalışan görüş, eserin sadece eser sahibiyle değil toplumla da bir bağı olduğunu ima eder. Başka bir deyişle, düşünsel yaratı bir toplumun, ulusal kültür değerlerinin bir parçası¹⁰⁰⁵ demektir. Bir eserin, belli bir zamandan sonra, herkes tarafından kullanılabilmesi gereklidir¹⁰⁰⁶. Eser, kamuya sunulmakla, toplumsal mekana girmiş olur ve zaman içinde düşünsel ve kültürel bir kamu malı haline gelir¹⁰⁰⁷.

Ulmer, Fikri Hukukun sadece konusu bakımından değil, ayrıca içeriği bakımından da, Eşya Hukukundan farklı olduğunu açıklarken, Fikri Hukukun toplumla olan bağına dikkat çekmiştir. Eser sahibinin eser üzerindeki hakları, öyle bir hakimiyet hakkıdır ki, Eşya Hukuku gibi sadece zilyetlik ve mülkiyet kavramlarıyla değil, çoğaltma, yayma, kamuya aktarma gibi geniş bir haklar kategorisiyle açıklığa kavuşur¹⁰⁰⁸. Kamunun, kültürel değerlere, bir engelle karşılaşmadan erişim menfaati, hak sahiplerinin menfaatlerinin sürekli bir şekilde korunması gerekliliğine üstün gelir¹⁰⁰⁹. Böyle bir anlayış, sadece Eşya Hukukunun değil, Özel Hukukun da sınırlarının dışına çıkılması, toplumsal menfaat sebebiyle bir tür Kamu Hukuku koruması sağlanması anlamına gelir.

Alman Hukukunda, eser sahibinin manevi haklarının ölüm sonrası korunma süresi, tek cephe teorisinin etkisi nedeniyle, eser sahibinin mali haklarına ilişkin koruma süresiyle eş değerde düzenlenmiştir. Kural olarak, eser sahibinin mali haklarının sona ermesiyle birlikte manevi hakları da sona erer. Başka bir deyişle, eser sahibinin mali

¹⁰⁰⁵ **REHBINDER**, “Otto Opet zur Sozialbindung des Urheberrechts, FS Nordemann, s.87,91. Yazar burada, Opet’in “Bir eseri kamuya sunan, bu eserle insanlığın düşünsel hazinesini zenginleştirir” sözünü alıntıyla, bu görüşe temas eder.

¹⁰⁰⁶ Uzun zamandan bu yana savunulan bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. **ELSTER**, Alexander, Die wettbewerbliche und die immanente Begrenzung des Urheberrechts, GRUR 1926, s.493; **ROCHOWANSKI**, Alfred/**KRASZNA**, Hermann/**BRAUN**, Karl, Künstlerrecht, Wien,1931 s.76; Begründung zum Entwurf der Deutschen Bundesregierung von 22.12.1983, BT Drs 10/837. Ayrıca bkz. **FECHNER**, Frank, “Geistiges Eigentum und Verfassung, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, s.405.

¹⁰⁰⁷ BverfGE 79, s.29,42,58,137,148.

¹⁰⁰⁸ **ULMER**, Urheber-und Verlagsrecht, s.91.

¹⁰⁰⁹ **DITTRICH**, Robert/**OHLINGER**, Theo, Verfassungsrechtlicher Schutz von geistigem Eigentum und passiver Informationsfreiheit, UFITA 135 (1997), s.31; Begründung zum Entwurf der Deutschen Bundesregierung von 23.03.1962, BT-Drs 4/270.

ve manevi menfaatlerinin birlikteliği, eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonra çözümlür¹⁰¹⁰.

Koruma süresinin dolmasıyla birlikte, eser en azından eser sahibinin fikri hakları bakımından korumasız; herkes tarafından kullanılabilir (gemeinfrei) hale gelir¹⁰¹¹. Eser, herkes tarafından bedelsiz ve keyfi bir şekilde değiştirilerek kullanılabilir konuma gelir¹⁰¹².

Eser sahibinin manevi haklarından geriye, eseri kullanan tarafından uyulması beklenen yükümlülük olarak sadece ahlaki bir yükümlülük kalır¹⁰¹³.

3. Süreye Bağlı Manevi Hak Korumasının Kamu Yararı Amacıyla Uzatılması

Manevi hak koruması belli bir süreyle sınırlanmış olsa da, bu sürenin bitmesinden sonra da eserin kamu yararı gerekçesiyle devlet tarafından korunması sağlanabilir. Devlet, ülke kültürü bakımından önemli gördüğü takdirde, bu eser üzerinden herkesin istediği şekilde faydalanmasını engelleyebilir¹⁰¹⁴. Bu andan itibaren Kamu Hukuku alanı ağırlığını hissettirir.

Devletin, eser sahibinin manevi haklarının korunmasında sahneye çıkışı, aslında bu görevi asil sıfatıyla üstlenmiş eser sahibinin mirasçılarının görevlerini icra etmemelerinden de kaynaklanabilir. Ancak, bu olasılıkta eser sahibinin manevi haklarının korunma süresi zaten sona ermiş değildir. Devlet burada, mirasçılara veya yakınlarla alternatif bir makam olarak karşımıza çıkar. Oysa, manevi hakların

¹⁰¹⁰ DREIER/SCHULZE, Vor § 12, Kn.8.

¹⁰¹¹ Bir yapı eseri –Werk der Baukunst- olarak anıtların, kamunun yararına korunması, eser sahibinin menfaatleriyle ilgili değildir. Alman doktrininde bir kısım yazarlar, -de lege ferenda- eserin kültür bakımından önemli görülmesi durumunda, eser sahipliğine ilişkin 70 yıllık süre sonunda da korunması gerekliliğini önermektedirler. Bu hususta, Alm.ESHK md.14'ün kıyasen uygulanabileceği önerisinin yanında, yeni bir düzenleme yapılması gerektiği de savunulmaktadır. İlk görüş için bkz. PAKUSCHER, Ernst Karl, Zum Rechtschutz vor Entstellungen gemeinfreier Werke, UFITA 93, 1982, s.42 vd. İkinci görüş için bkz. LEINVEBER, Gerhard, Urheberrechtlicher Denkmalschutz- ja oder nein?, GRUR 1964, s.364. Ayrıca bkz. NORDEMANN, Wilhelm, Das Recht der Bearbeitung gemeinfreier Werke, GRUR 1964, s.117,121.

¹⁰¹² SCHACK, Urheberrecht, Kn.320.

¹⁰¹³ Bu düşünce, Alman Hukukunda, veciz bir şekilde şöyle ifade edilmiştir. “Vom droit moral bleibt nur noch die Moral”. FROMM/NORDEMANN, § 64 Kn.3.

¹⁰¹⁴ Devletin, kamu yararı gerekçesiyle yaptığı bu müdahale sadece manevi hakkın koruma süresinin dolmasından sonra gerçekleşmek zorunda değildir. Devletin, kamu yararı gerekçeli müdahalesi daha eser üzerindeki hakların süresi dolmadan da gerçekleşebilir.

korunma süresi dolduktan sonra, eserin kamu yararı gerekçesiyle herkes tarafından istenildiği şekilde kullanılmasına engel olma konusunda, Devlet, alternatif değil, tek yetkili makam konumundadır.

Devlet tarafından bir eserin ülke kültürü bakımından değerli görülüp korunması, illa ki Fikri Hukuk rejimi altında yapılmak zorunda değildir. Örneğin bir eser, kültürel bir mirasın parçası olarak daha eser sahibinin sağlığında Kamu Hukuku kaynaklı bir korumaya tabi tutulabilir. Devlet tarafından korumaya değer bulunmuş bir eser üzerinde, yapılacak işlemler veya değişiklikler engellenebilecektir. O halde, böyle bir eserin sahibi ve hukuki halefleri de, koruma süresinin dolmasından sonra, eser üzerinde işlemede veya değişiklikte bulunma yetkisine sahip olamayacak; aksi bir hareket tarzı devlet tarafından engellenebilecektir¹⁰¹⁵.

Eser sahibinin haklarına ilişkin düzenlemeler ile geniş anlamda kültürel değerlerin, dar anlamda anıtların korunmasını konu olan düzenlemelerin farklı hukuki çıkarları koruduğu ifade edilmektedir. Kültürel değer korunması ya da anıt koruma (denkmalschutz), toplumun kültürel menfaatlerini, gerekirse eser sahibinin menfaatlerinin önüne koyan Kamu Hukukunun konusu iken, eser sahibinin manevi hakları sadece eser sahibinin menfaatini, eserle olan ilişkisi çervesinde konu olan bir hukuk dalıdır¹⁰¹⁶. Hatta bu konuda, eser sahibinin fikri haklarını konu olan düzenlemenin tam bir Özel Hukuk yasası olduğu dahi ifade edilmiştir¹⁰¹⁷. Ayrıca, kültürel değer veya anıt korumasının güzel sanat eserlerinde veya mimari eserler gibi bütün Fikri Hukuk ele alındığında, az sayıda alandaki orjinal eserleri konu aldığı, süresiz bir koruma düşünüldüğünde, bu korumanın kültür yaşamını oluşturan tüm eserleri kapsamı gerektiği de dile getirilebilir¹⁰¹⁸. Bu da, Fikri Hukuk bakımından açık bir kanun hükmüne ihtiyaç gösterir.

¹⁰¹⁵ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.322; **SCHACK**, Geistiges Eigentum contra Sacheigentum, GRUR 1983, s.56,59; **SCHACK**, s.360.

¹⁰¹⁶ **MULLER**, s.98.

¹⁰¹⁷ **DILLENZ**, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, s.82; **CIRESA**, Meinhard, Urheberrecht aktuell, Überreuter Verlag, Wien 1999, Kn.12.

¹⁰¹⁸ **MULLER**, s.98.

4.Süresiz Manevi Hak Koruması ve FSEK Açısından Değerlendirilmesi

Manevi hakların süresiz olarak korunması, ya Kanunda açıkça manevi hakların süresiz olduğuna ilişkin bir ibareyle ya da Kanun koyucunun bu konuda bıraktığı boşluğun yorum yoluyla tamamlanmasıyla pozitif hukuk temeline oturabilir. Ancak, yorum yoluyla ulaşılabilecek “süresiz manevi hak koruması” da tartışmaya açık olacaktır.

Fransız ESHK md.121-1 hükmünde, eser sahibinin manevi haklarının süresiz oldukları açıkça düzenlenmiştir. İspanya ESHK md.15 f.1 hükmünde de, eser sahibinin adının belirtilmesi ve eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkilerinin, süresiz olarak, mirasçılara geçebileceğini hükme bağlamıştır.

FSEK ise manevi hakların süreye bağlı olup olmadıkları noktasında, açık bir düzenleme içermemektedir. Bu noktada, Kanun koyucunun sessizliğini yorumlamak ve Türk Hukuku bakımından süresiz bir manevi hak korumasının olup olmadığını belirlemek için, mali haklara ilişkin koruma süresini konu olan FSEK md.26 ile, eser sahibinin ölümü sonrasında manevi haklarını kullanabilecek kişileri belirleyen FSEK md.19 hükümlerinin yorumlanması gerekir.

Eser sahibinin haklarının koruma süresiyle ilgili olarak Türk FSEK md.26 f.1’de eser sahibine tanınan mali hakların süreyle kısıtlı olduğu; md.46’da düzenlenen devletin faydalanma salâhiyeti ve md.47’de öngörülen kamuya maletme hükümleri istisna olmak üzere, koruma süresinin bitiminden itibaren herkesin mali haklardan faydalanabileceğini düzenlemiştir.

FSEK md.27 f.1’deki, koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam edeceği şeklindeki hükümle açıklığa kavuşturulmuştur. Bu süre, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulur. Ancak, buradaki koruma süresinin manevi ve/veya mali haklara ilişkin olup olmadığı açıkça anlaşılmamasına rağmen, FSEK md. 26’ya bakıldığında çözüme varmak son derece kolaydır. FSEK md. 26, sürelerle ilgili olarak, “Genel olarak” başlığı altında düzenlenmiş ve mali hakları dikkate alarak oluşturulmuştur. FSEK md. 27’nin kenar başlığı ise, “Sürelerin

devamı” şeklinde düzenlenerek, FSEK md. 26’nın içeriğinin devamı konumundadır. Ayrıca, her iki madde IV Mali Haklar başlığı altında düzenlenmiştir.

Mali haklara dair, FSEK md. 26 ve md.27’de öngörölmüş, ölümden sonra yetmiş yıllık koruma hükmünü, manevi haklara kıyasen uygulamak mümkün değildir. Türk Hukukunda, Tekinalp, bu görüşün dayanağını, fikir ve sanat eserlerinin kültür varlıkları olmalarına ve FSEK m.19 f.5’de Kültür Bakanlığına tanınan yetkilerde bulmaktadır¹⁰¹⁹. Böylece, manevi hakların 70 yılı da aşan süresiz bir korumaya sahip olduğu sonucuna varılmaktadır.

FSEK md.19 f.2’de geçen 70 yıllık süre, manevi haklara ilişkin bir koruma süresi olarak görölmemekte, hükümdede öngörölen kişilere tanınan yetkinin de süre yönünden sınırı olarak değerlendirilmektedir¹⁰²⁰. FSEK md.19 f.2’de, “eser sahibinin ölümünden sonra birinci fıkrada sayılan kimselerin eser sahibine 14,15, ve 16’ıncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl boyunca kendi namlarına kullanılabilecekleri” düzenlenmektedir. Kılıçoğlu, bu hükmün süresiz manevi hak koruması açısından zihinleri bulandırmasına rağmen, eser sahibinin manevi haklarının süresiz olduğu düşüncesini ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir¹⁰²¹.

FSEK md.19 f.1’de, eser sahibinin umuma arz ve adın belirtilmesi yetkilerinin hükmünde öngörölen kişilerce kullanımı konusunda herhangi bir süre öngörölmemiştir. O halde, hükümdede geçen kişilerin bu manevi hakları süresiz olarak kullanılabilecekleri kabul edilebilir¹⁰²². Ancak, burada şu nokta dikkatlerden kaçmamalıdır. FSEK md.19 f.1’de sayılan kişiler¹⁰²³, sınırlı sayıdadır. Sağ kalan eş ve çocuklar, ana-baba, kardeşlerin ölümünden sonra, eserin umuma arzı ve adın belirtilmesi yetkilerini kim kullanacaktır? Bu noktada, Kültür Bakanlığının devreye

¹⁰¹⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.141.

¹⁰²⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.165.

¹⁰²¹ **KILIÇOĞLU**, Fikri Haklar, s.357.

¹⁰²² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.165.

¹⁰²³ Eser sahibi 14 ve 15’inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan yetkilerin kullanılış tarzını bir tüzel kişiye de bırakabilir. Bu durumda, bu yetkiler tüzel kişi sona erene kadar, belki de yüzyıllar boyunca varlığını devam ettirecektir. Tüzel kişi, eseri umum arz etme yetkisini kullanmadıkça, eser alenileşemeyecek ve dolayısıyla eser için koruma süresi işlemeyecektir.

girmesinden bahsedilebilir. Kültür Bakanlığı bu noktada, eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonra mali haklar açısından koruma süresi bitmiş eserde, FSEK md.19 f.5'in kendisine verdiği yetkiyle, eserin eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda umuma arzını; yine eserde eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda değişiklikler yapılmasını veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikler yapılmasını engelleyebilecek; ayrıca eserin sahibinin kim olduğunun ihtifalı olması durumunda eser sahipliğinin tesbiti davasını açabilecektir. Ancak, Kültür Bakanlığı eseri memleket kültürü bakımından önemli görmediği takdirde bu yetkisini kullanmayabilecektir. Dolayısıyla, eser sahibinin manevi hakları, eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonra tamamen olmasa da bazı yetkiler bakımından ve ancak Kültür Bakanlığı aracılığıyla kullanılabilir haklar düzeyine inmiş olacaktır. Kültür Bakanlığının bu yetkiyi kullanması ise, bir süreye bağlı değildir.

Böylece FSEK, eser sahibinin manevi haklarına sunmuş olduğu bu süresiz korumayla, tek cephe teorisinin hakim olduğu Almanya olmak başta olmak üzere, bazı AB üye devletleri Fikri Hukuk düzenlemelerinde varılan 70 yıllık süreden ayrılmış olmaktadır. Bu durumda, bazı AB üye devletlerindeki, hem mali hem de manevi haklar için ortak süre olan 70 yıllık koruma süresinden sonra, bu bağlamda eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonra, herkesin kullanımına açık olan bir eser, Türkiyede bu statüye sadece mali haklar bakımından sahip olacak, manevi haklar bakımından hala korunmaya devam edecektir. Örneğin, koruma süresini tamamlamış bir kitap, sözkonusu AB ülkelerinde, kısaltılarak yayımlansa bile, eser sahibinin manevi haklarına bir tecavülden bahsedilemeyecekken, Türk Hukuku bakımından, eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkının ihlali gündeme gelebilecektir.

Görülüyor ki, Türk Hukukunda, Fransa ve İspanya Hukuklarına benzer bir şekilde, manevi haklara ilişkin koruma, süre bakımından bir sınırlamaya sahip değildir. Fransada tüm manevi haklar, İspanya'da ise kimi manevi haklar açısından, kanunda açık bir ifadeyle belirtilen ebedi koruma, Türk Hukukunda açık bir hükümlerle değil, ancak yorum yoluyla kabul edilebilmektedir¹⁰²⁴. Biz de, doktrinde yorum yoluyla

¹⁰²⁴ Bu nedenle, FSEK bakımından manevi hakların ebedi bir koruma süresine sahip olmadığı da ileri sürülebilir. Böyle bir karşı görüş, şu şekilde temellendirilebilir: FSEK md.19 f.1'de öngörülen kimselerin, 19 f.2'deki hakları kendi namına kullanma yetkisinin 70 yıl olarak belirlenmesinin nedeni,

kabul edilen manevi hakların süre bakımından sınırsız korunması gerektiği görüşüne katılmakla birlikte, yapılacak kanun değişikliğiyle, manevi hakların zamanla sınırlı olmadığını belirten açık bir ifadenin uygun bir maddeye (örneğin FSEK md.13'e veya FSEK md.19'a) eklenmesi gerektiğini öneriyoruz.

H.Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Hakların Koruma Süresi

1.Genel Olarak

Eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar, icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının, radyo/televizyon kuruluşlarının ve film yapımcılarının hakları şeklinde sıralanmaktadır. Bu kişilerden sadece, icracı sanatçıların manevi hakları vardır.

Eser sahibinin haklarına bağlantılı hakların koruma süresini açıklarken, sadece icracı sanatçının manevi haklarının koruma süresi incelenmeyecek, diğer bağlantılı hak sahiplerinin –her ne kadar manevi hakları olmasa da- haklarının koruma sürelerine de değinilecektir.

2.İcracı Sanatçıların Manevi Haklarına İlişkin Koruma Süresi

FSEK md.82 f. 5'de, icracı sanatçıların haklarının, icranın ilk tespitinin yapıldığı tarihten başlayarak, yetmiş yıl devam edeceği düzenlenmiştir. İcranın tespit edilmemiş olması halinde, sürenin icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁰²⁵.

aslında manevi hakların korunma süresinin Kanun koyucu tarafından 70 yıl olarak varsayılmasıdır. 19 f.5'de bu 70 yıllık sürenin bitiminden sonra Kültür Bakanlığının bu hakları kendi adına kullanılması ise, eserin memleket kültürü bakımından önemli görünmesine bağlı kılınmış, istisnai bir yetkidir.

Doktrinde, Erel, yukarıda belirttiğimiz varsayıma ihtiyaç duymadan, manevi hakların, eser sahibinin ölümünden sonra md.19 f.1'de sayılan kişilerden en son hayatta kalanın yaşamıyla sınırlı olduğunu belirterek, manevi hakların süresiz değil, süreli bir hak olduğunu savunmaktadır. Ancak, Erel, bu konuda, memleket kültürü bakımından önemli görülen eserler üzerindeki bazı manevi hakların, Kültür Bakanlığı tarafından bir süreyle sınırlı olmaksızın kullanılabileceğini bir istisna olarak göstermektedir. Bkz. **EREL**, s.98-99.

¹⁰²⁵ Hüküm bu şekline, 2001 yılında yapılan değişiklikle kavuşmuştur. 2001 değişikliğinden önce, FSEK md.82 f.5 hükmü şöyleydi: "İcracı sanatçıların hakları, icranın tespitinin ilk yayımlandığı tarihten başlayarak, yetmiş yıl devam eder. İcra yayınlanmamışsa bu süre icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlar". Yeni hükümle, icranın tespitinin ilk yayımlandığı tarih yerine, icranın ilk tespitinin yapıldığı tarih esas alınmıştır.

Hükümde, mali haklar ve manevi haklar ayırımı yapılmadan “icracı sanatçıların hakları”ndan bahsedilmiş olması, 70 yıllık koruma süresinin hem mali haklar hem de manevi haklar için geçerli olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu yaklaşımın benimsenmesi durumunda, icracı sanatçının icrası üzerinde manevi hakkı, ya ilk tesbitin yapıldığı tarihten itibaren veya ilk aleniyet tarihinden itibaren başlayacak 70 yıllık koruma süresine tabi olacaktır.

Dolayısıyla, icracı sanatçının, daha yaşarken, icrası üzerindeki manevi haklarını kaybetmesi olasılığı vardır¹⁰²⁶. Oysa, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin 70 yıllık koruma süresi, ancak eser sahibinin ölümünden itibaren başlamaktadır. Eser sahibinin manevi haklarıyla, icracı sanatçının manevi haklarının koruma süresindeki bu farklılık, eserin icradan daha üstün ve ayrıcalıklı tutulmasının bir sonucudur.

Alm. ESHK md.76 hükmü, icracı sanatçının manevi haklarının, ancak ölümüyle sona ereceğini düzenleme altına almıştır. Böylece, icrası sanatçı, yaşamı boyunca süren bir manevi hak korumasına kavuşmuş olmaktadır. İcra sanatçının manevi haklarının koruma süresi böylece sabit bir süreye bağlanmamış, icracı sanatçının yaşam süresine göre değişen, kişisel bir süre olma özelliğine bürünmüştür.

Alm.ESHK md.76 hükmü, icracı sanatçıların manevi hakların yaşamı süresince devam ettiğini öngörmekle beraber, icracı sanatçının manevi haklarının en azından icrasından¹⁰²⁷ itibaren 50 yıl korunacağını teminat altına almıştır¹⁰²⁸. Alman Kanun koyucu, ayrıca, icra üzerindeki manevi hakların korunmasının, mali hakların koruma süresi bitmeden sona ermeyeceğini de hüküm altına almıştır. Böylelikle de, icracı sanatçının mali haklarının koruma süresiyle bir paralellik sağlanmıştır. İcra sanatçıların mali haklarının koruma süresini düzenleyen Alm. ESHK md.82’de, icracı sanatçıların bir ses taşıyıcısı veya görüntü taşıyıcısı üzerine kaydedilen icralarının 50 yıl süreyle korunacağı öngörülmüştür. İcra üzerindeki mali haklar, ses veya görüntü taşıyıcılarının alenileştiği (Erscheinung) veya izin alınarak umuma

¹⁰²⁶ Ancak bu olasılık zayıf bir olasılık olarak görülebilir. Küçük yaşta icracı sanatçı olmuş kişiler bakımından karşılaşılabilecek bir durumdur. Örneğin Küçük Emrah’ın 15 yaşında yaptığı icra üzerindeki hakkı 85 yaşına geldiğinde son bulacaktır.

¹⁰²⁷ Koruma süresinin hesaplanmasında, icranın kaydedilmiş olması aranır. Kaydedilmemiş icralar bakımından koruma süresinin bir önemi yoktur. Kaydedilmiş icranın kamuya açık olarak veya bir sütte yolda gerçekleşmesi önem taşımaz. **SCHRICKER/VOGEL** § 76, Kn.4

¹⁰²⁸ İcra sanatçının, hayatın olağan akışı karşısında beklenmeyen (erken!) ölümü, icracı sanatçının icrası üzerindeki manevi haklarının sona ermesine yol açmayacaktır.

iletildiği (öffentliche Wiedergabe) seneyi takip eden 50 yıllık süreyle korunacaktır. Ancak bu zaman dilimi içinde icranın tespit edildiği ses veya görüntü taşıyıcıları alenileşmemiş veya icra hukuka uygun bir şekilde umuma iletilmemişse, koruma süresi icranın tespit edildiği senenin bitiminden itibaren 50 yıl olacaktır. O halde, örneğin bir ses taşıyıcısına kaydedilmiş ve 50 yıl boyunca alenileşmemiş veya hukuka uygun bir şekilde umuma iletilmemiş bir icra, aleniyet kazanırsa bir 50 yıl daha korunacaktır. Bu durumda, icracı sanatçının hem mali hem de manevi hakları 50 yıl daha uzayarak, 100 yıl boyunca koruma elde etmiş olur¹⁰²⁹.

Görülüyor ki, Alm. ESHK md.76 hükmü, icracı sanatçının manevi haklarının koruma süresinin başlangıç noktasını belirlerken üç olayı dikkate almakta ve bu olaylardan en uzun koruma süresini sağlayanını seçmektedir. İcradan itibaren işleyecek 50 yıl, icracı sanatçının mali haklarının korunma süresi ve icracı sanatçının yaşamı. İracı sanatçının icrası tespit edildikten sonra başlayacak 50 yıllık süre içinde, icracı sanatçının manevi hakları –bu süre bitmeden önce ölmüş olsa bile– korunacaktır. Eğer, icracı sanatçının mali haklarının koruma süresi bu süreyi aşıyorsa, mali hakların koruma süresi dikkate alınacaktır. Son olarak, bu süre, icracı sanatçının ölümünden sonrayı da kapsayabilir.

Alm.ESHK md.76 ayrıca, icranın birden fazla icracı sanatçı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, en son hayatta kalanın dikkate alınarak, koruma süresinin hesaplanacağını öngörmektedir.

Alm.ESHK md.76’da son olarak, icracı sanatçı öldüğünde, manevi hakların koruma süresi dolmamışsa, bu hakların korunması ve kullanılması hakkı yakınlarla (angehörigen) tanınmıştır. Yakınların kim olduğu, Alm.ESHK md.60’a atıf yapılarak belirlenmiştir. Eşler (ehegatte), yaşam arkadaşı (lebenspartner), çocuklar veya bu kişilerin yokluğu durumunda ana-baba, yakınlar olarak tespit edilmiştir. Böylece, eser sahibinin manevi hakları miras yoluyla intikal edip mirasçılara geçebilirken, icracı sanatçıların manevi hakları bakımından mirasçılara bir hak tanınmamıştır. İracı sanatçıların manevi haklarının ölüm sonrası korunması, genel kişilik haklarının

¹⁰²⁹ **SCHRICKER/VOGEL** § 76, Kn.7 vd.

ölüm sonrası korumasında olduğu gibi Kanun tarafından belirlenmiş “yakınlara” bırakılmıştır¹⁰³⁰.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında, icracı sanatçıların manevi haklarının koruma süresindeki genel eğilim, en az mali haklar kadar sürdürülmesidir. WIPO İcra ve Fonogramlar Anlaşması'nın 5.maddesinin 3.fıkrası bu yöndedir. Hükme göre, manevi haklara ilişkin koruma süresi icracı sanatçının yaşamı boyunca sürecektir. İcra sanatçı, mali hakların koruma süresi sona ermeden önce ölürse, manevi haklara ilişkin süre en az mali haklara ilişkin koruma süresinin sonuna kadar devam edecektir. Bu doğrultuda, Anlaşma'ya taraf olan devletlerin mevzuatlarında icracı sanatçıların manevi haklarının koruma süresi – en az icracı sanatçının yaşamı boyunca devam etmesi koşuluyla- ya mali haklara tanınan koruma süresi kadar olmakta ya da daha uzun bir süreye yayılmaktadır.

FSEK md.82'de icracı sanatçıların haklarına ilişkin koruma süresinde, icracı sanatçının yaşamı boyunca süreceği şeklinde bir ifadeye yer verilmemiş; bunun yerine “icranın ilk tespitinin yapıldığı tarih” veya “icranın ilk aleniyet kazandığı tarih”, ölçü olarak alınmıştır. FSEK md.82.f.'5'in mali haklar ve manevi hakların koruma sürelerine ilişkin ayırım yapmayan lafzına rağmen, doktrinde fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre, FSEK md.82 f.5, sadece mali haklara yöneliktir. İcra sanatçının manevi haklarına ilişkin koruma süresi, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin koruma süresi örnek alınarak belirlenmelidir. Başka bir deyişle, FSEK md.19 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁰³¹. Bu görüş, icracı sanatçının manevi haklarının ölüm sonrasında kimin tarafından korunacağını da yanıt vermiş olur.

¹⁰³⁰ **SCHRICKER/VOGEL** § 76, Kn.8; **DREIER/SCHULZE**, Kn.4; **WANDTKE/BULLINGER/BUSCHER** § 83 Kn.13; **ULMER** § 123 V 2; **SCHACK**, Persönlichkeitsrecht, s.354, dn.54.

¹⁰³¹ **EREL**, s.173.

Karşı görüşse, FSEK md.82 f.5'in lafzına bağlı kalarak, FSEK md.19'un kıyasen uygulanmasına karşı çıkar¹⁰³². Kanuna bağlı kalan bu görüş, icracı sanatçının manevi haklarının ölüm sonrası kim tarafından korunacağı konusunda bir yanıt getirmez.

İcracı sanatçının icrası üzerinde manevi haklarının henüz koruma süresi dolmadan önce ölmesi halinde, ölümünden sonra bu haklarının kimin tarafından gözetileceği konusunda FSEK'te herhangi bir düzenleme yoktur. İcracı sanatçının manevi haklarını ölüm sonrası koruyacak kişilerin belirlenmesinde ya mirasçılar ya da FSEK md.19'da sayılan kişiler tercih edilecektir. İcracı sanatçının mali hakları, bir malvarlığı değeri olarak mirasçılara geçecektir. Bu noktada, mali haklar ve manevi haklar arasında ilişki de gözönünde tutularak, her iki hak türünün tek elde toplanmasını sağlamak için, manevi hakların mirasçılar tarafından kullanılacağını ve korunacağını önermek mümkündür. Böyle bir önerinin kabulü, FSEK'te icracı sanatçıların hakları bakımından monist bir yaklaşımın olduğu yönünde başka bir değerlendirmeye de zemin hazırlar.

FSEK md.82 f.5'in varlığı karşısında, kanaatimizce, icracı sanatçının manevi hakları da mali hakları kadar koruma süresine sahiptir. İcracı sanatçının henüz koruma süresi dolmadan önce ölmesi halinde, manevi haklarının kullanılması ve gözetilmesi yetkisini ne mirasçılara ne de yakınlarla veren bir hüküm mevcut değildir. Başka bir deyişle, manevi haklar miras yoluyla geçer şeklinde bir genel ilke ve açık bir düzenleme yoktur. Bu durumda, FSEK md.19'da sayılan kişilerin, icracı sanatçının manevi haklarının geri kalan koruma süresinde yetkili kılınması, kıyasen kabul edilebilir. Ancak, burada kıyas aldığımız nokta manevi hakların ölüm sonrası korunmasındaki kişilerin tespit edilmesine yöneliktir, yoksa koruma süresine ilişkin değildir. Başka bir deyişle, icracı sanatçının manevi haklarına ilişkin koruma süresi yine "icranın ilk tespitinin yapıldığı" veya "icranın ilk aleniyet kazandığı" tarihten itibaren başlayarak 70 yıldır. Örneğin, icracı sanatçı, icrası üzerindeki koruma süresinin 50 yılında ölmüşse, geriye 20 yıllık koruma süresi kalacaktır. Yoksa, icracı sanatçının yakınları ölümünden itibaren 70 yıllık bir koruma yetkisine sahip olmayacaklardır.

¹⁰³² ARKAN, s.125.

Manevi haklara ilişkin koruma süresinin başlangıç ânını belirlemek bakımından ise, FSEK md.26 f.5 hükmü kıyasen uygulama alanı bulabilir. Hükme göre, “aleniyet tarihinden başlayan süreler eserin ilk defa alenileştiği veya dördüncü fıkraya göre alenileşmiş sayıldığı yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunur”. O halde, doktrinde de ifade edildiği üzere¹⁰³³, icranın ilk aleniyet kazanmasından itibaren başlayacak 70 yıllık süreyi, aleniyetin gerçekleştiği seneyi takip eden yılın ilk gününden itibaren başlatmak doğru olacaktır. Ancak, icra üzerindeki hakların koruma süresinin başlangıcı FSEK md.82’de düzenlendiği üzere sadece icranın ilk aleniyet kazandığı zamana özgülenmemiştir. Diğer olasılık, icranın ilk tespitinin yapıldığı tarihtir. İcranın ilk tespitinin yapıldığı tarih de, icranın ilk aleniyet kazandığı tarihte olduğu gibi, tespit yapıldığı tarihi izleyen yılın ilk gününden itibaren mi başlatılacaktır? FSEK md.26 f.5 hükmünde yer alan “alenileştiği yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren” ve FSEK md.26 f.6’da yer alan “öldüğü seneyi takip eden yılın ilk günü” ifadelerinden genel bir ilke çıkarmak mümkündür. Kanun koyucu koruma sürelerini, belirlediği olayların gerçekleştiği seneyi izleyen yılın ilk gününde başlatmayı uygun görmektedir. O halde, icracı sanatçıların hakların ve dolayısıyla manevi haklarının koruma süresinin başlangıcında da, aynı ilke kıyasen uygulamaya alanı bulabilir. Bu bakımdan, icranın ilk aleniyeti veya icranın ilk tespitiyle başlayan koruma sürelerinin başlangıcı bakımından farklı bir uygulama benimsenmemelidir.

3.İcracı Sanatçıların Mali Haklarına İlişkin Koruma Süresi

FSEK md.82 f.5 uyarınca, icracı sanatçının mali hakları, icranın ilk tesbitinin yapıldığı tarihten, tespit yapılmamışsa icranın ilk aleniyet kazanmasından itibaren 70 yıl süreyle korunacaktır.

Alm.ESHK md.82’ye göreyse, mali haklar için koruma süresi icranın (bir ses veya görüntü taşıyıcısına) tespit edildiği durumda, ses veya görüntü taşıyıcısının alenileştiği (Erscheinung)¹⁰³⁴ senenin sona ermesinden itibaren 50 yıldır. Ses veya

¹⁰³³ ARKAN, s.126.

¹⁰³⁴ Umuma arzedilmiş ve alenileşmiş eserler (Veröffentlichte und erschienene Werke) başlığını taşıyan Alm.ESHK’nun 6.maddesinin 2.fikrasında eserin ne zaman alenileştiği düzenlenir. Bir eserin çoğaltma ile elde edilen nüshalarının hak sahibinin rızasıyla umuma arzedilmesi veya ticari dolaşıma konulması alenileşme olarak kabul edilir. Alm.ESHK md.6 f.2’de düzenlenen alenileşme

görüntü taşıyıcıları, alenileşmeden önceki bir tarihte hukuka uygun olarak umuma iletimde (öffentliche Wiedergabe) kullanılmışsa, koruma süresi bu olayın gerçekleştiği senenin bitiminden itibaren başlayacaktır.

WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması md.17 f.1'e göre, icracı sanatçılara tanınan koruma süresi icranın bir ses taşıyıcısına tespit edildiği yılın sonundan başlayarak en az 50 yıl sürecektir.

İcracı sanatçının mali haklarına ilişkin koruma süresinin işleminde, bu haklardan yararlanıp yararlanmaması bir önem taşımaz. Örneğin icracı sanatçı, icrasının sadece tesbit edilmesine izin vermiş ve icrasının çoğaltılıp yayımlanması hakkında herhangi bir tasarrufta bulunmamış olmasına rağmen, icranın tesbitinden itibaren, kullanmadığı ve dolayısıyla âtil bıraktığı haklar bakımından da koruma süresi işlemeye başlayacaktır.

İcracı sanatçının, mali haklarına ilişkin koruma süresinin dolmadan önce ölmesi durumunda ise mali haklar varlığını devam ettirecektir. Bu hakların, geri kalan koruma süresi içinde, malvarlığı değeri olarak mirasçılar tarafından kullanılacağını belirtmek gerekir.

Ayiter ise, kanunda icranın ancak icracının rızası ile çoğaltılıp yayınlanabileceği öngörüldüğüne göre, icra üzerindeki hakkın da sanatçının ölümü ile sona ereceğini, mirasçılara intikal etmeyeceğini savunmaktadır¹⁰³⁵. Erel, bu noktada bir şöyle bir ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Eğer icracı sanatçı sağlığında, sadece icrasının tesbitine izin vermiş, fakat bu tesbitin çoğaltma ve yayınına izin vermemişse, ölümünden sonra bu hakların mirasçılar tarafından kullanılamayacağı kabul edilmelidir; çünkü "icracı sanatçının kişiliğine bağlı olan manevi yönü" buna engel oluşturur¹⁰³⁶. Oysa, icracı sanatçı sağlığında icranın tesbitinden başka çoğaltma

(Erscheinung) kavramı Alm.ESHK md.17'de düzenlenen yayma hakkıyla birlikte düşünülür. Uygulama açısından bakıldığında, eserin alenileşmesi ile eserin yayılması, yayımlanması (verbreitung) arasında bir fark gözetilmez.

¹⁰³⁵ Bkz. **AYİTER**, s.80.

¹⁰³⁶ **EREL**, s.173.

Kanaatimizce, Erel, "icracı sanatçının kişiliğine bağlı olan manevi yönü" ile, icracı sanatçının kanunda açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber yorum ve kıyas yoluyla varlığı kabul edilen umuma arz etme yetkisini ima etmektedir. Öyleyse, icracı sanatçı, umuma arz yetkisinin kapsamı dahilinde,

ve yayınına da izin vermişse, artık malvarlığı değerine dönüşmüş olan bir hakkın varlığından bahsetmek gereklidir¹⁰³⁷. Kanaatimizce, mesele eser sahibinin ölümünden sonraki duruma benzetilebilir. Eser sahibi eserini tamamlamış olmakla¹⁰³⁸ birlikte henüz umuma arzetmemiş olsa bile, bu eserden mirasçılar ekonomik açıdan yararlanabilecektir. Eğer eser sahibi sağlığında meydana getirdiği eserin umuma arzedilmesini açıkça yasaklamışsa, bu takdirde, eserin umuma arzedilmemesi ve dolayısıyla mirasçıların eserden ekonomik açıdan istifade edememeleri gerektiği savunulabilir. İcracı sanatçı bakımından değerlendirmek gerekirse, icracı sanatçının icrasını tespit ettirmiş olması icrasını tamamladığı şeklinde yorumlanabilir. İcracı sanatçı, tesbit edilmiş icrasını henüz çoğaltmadan ve yaymadan ölmüşse, icranın umuma arzedilmesi ve mirasçılarının bu icradan ekonomik açıdan yararlanmaları gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, icracı sanatçı sağlığında tesbit edilen bu icranın çoğaltılmasını ve yayılmasını açıkça yasaklamışsa¹⁰³⁹ bu takdirde icranın umuma arzedilmemesi gerektiği sonucuna varılabilecektir.

4.Diğer Bağlantılı Haklara İlişkin Koruma Süresi

İcracı sanatçılar dışında, diğer bağlantılı hak sahiplerinin manevi hakları olmadığından, bu başlık altında bu kişilerin sadece mali haklarına ilişkin koruma sürelerine, kısaca değinilecektir.

FSEK md.82 f.6 gereği, yapımcıların hakları, ilk tespitin yapıldığı tarihten başlayarak 70 yıl devam eder. Bu hükmün kapsamına, fonogram ve film yapımcıları girer.

icrasını yayınlamamayı tercih etmiş olmaktadır. Elbette, böyle bir durumda, eser sahibi eserinin icra edilmesini başka bir icracı sanatçıya izin vererek gerçekleştirme yoluna gidebilir.

¹⁰³⁷ EREL, s.173.

¹⁰³⁸ Eser sahibinin henüz eserini tamamlamadan ölmesi durumunda, eserin umuma arzı ve mali hakların kullanılması noktasında bir sorun çıkacaktır. Her bir eserin, umuma arzedilmek üzere meydana getirildiği düşünülecek olursa, tamamlanmamış olsa da bu eserin umuma arzedilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Eğer eser sahibi sağlığında açıkça yasaklamamışsa, eserin umuma arzedilmesi hukuka uygun görülmelidir.

¹⁰³⁹ Öte yandan icracı sanatçının tespit edilen icrası deneme amaçlı yapılmış olmakla birlikte henüz ham vaziyette ise açıkça yasaklama iradesi olmamasına rağmen umuma arzedilmemesi gerektiği de savunulabilir. Ancak bu noktada, icracı sanatçının mirasçılarının icranın bu haliyle dahi malvarlığı değerine sahip olduğunu düşünerek ve ileri sürerek icranın umuma arzedilmesi konusunda ısrarcı olabileceklerdir.

Alm.ESHK md. 85 f.3'e göre, fonogram yapımcılarının mali haklarına ilişkin koruma süresi, fonogramın (ses taşıyıcısının) alenileşmesinden (erscheinung) itibaren 50 yıl süreyle¹⁰⁴⁰ korunacaktır. Fonogram bu 50 yıllık süre içinde alenileşmemekle birlikte, hukuka uygun şekilde olmak kaydıyla kamuya iletilmişse (öffentliche Wiedergabe), bu durumda süre iletimin gerçekleştiği senenin sonundan itibaren 50 yıl sonra son bulacaktır. Son olarak, fonogram bu süre içinde ne alenileşmiş ne de hukuka uygun bir şekilde kamuya iletilmişse, bu durumda koruma süresi, fonogramın üretildiği senenin sonundan itibaren 50 yıl sonra sona erecektir.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde de, 50 yıllık süre benimsenmiştir¹⁰⁴¹.

WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması md.17 f.2 uyarınca, fonogram yapımcılarına ilişkin koruma süresi fonogramın alenileştiği senenin sonundan itibaren 50 yıldır. Eğer fonogramın tesbitinden itibaren 50 yıl içinde alenileşme gerçekleşmemişse, bu durumda süre tesbitin yapıldığı senenin sonundan itibaren 50 yıl sürecektir.

FSEK md.82 f.6'da geçen yapımcılar ifadesi, film yapımcılarını kapsar. Dolayısıyla, film yapımcılarının hakları da, ilk tesbitin yapıldığı tarihten başlayarak 70 yıl sürer.

Alm. ESHK md.94 f.3 uyarınca, film yapımcılarının hakları görüntü taşıyıcısı veya görüntü ve ses taşıyıcısının alenileşmesinden 50 yıl sonra sona erecektir¹⁰⁴². Eğer film taşıyıcılarının kamuya iletimi daha önce gerçekleşmişse, 50 yıllık süre bu olaydan itibaren başlayacaktır. Son olarak film taşıyıcısı bu süre içinde alenileşmediği gibi umuma da iletilmemişse, bu durumda koruma süresi film taşıyıcısının üretilmesinden itibaren 50 yıl sonra sona erecektir.

¹⁰⁴⁰ 50 yıllık süre, Alm. ESHK md.69'a yapılan yollamanın sonucu olarak, fonogramın alenileştiği senenin bitiminden itibaren başlayacaktır.

¹⁰⁴¹ Fonogram yapımcısının hakları tesbitin yapıldığı seneyi izleyen senenin ilk gününden itibaren 50 yıl süreyle korunacaktır. Bu süre içinde fonogram alenileşmiş ise süre alenileşmeyi takip eden senenin ilk gününden itibaren başlayarak 50 yıl süreyle korunacaktır. Bkz. 2001/29 Sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahiplerinin Haklarına ve Bağlantılı Haklara İlişkin Bazı Konuların Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönelik Yönerge md.11 f.2.

¹⁰⁴² Hükümde geçen, görüntü taşıyıcısı (bildträger) veya görüntü ve ses taşıyıcısı (bild-und tonträger) kavramları, film kelimesiyle yer değiştirebilir. Film sadece görüntüden oluşabileceği gibi, ses ve görüntünün birlikte kullanılmasından da meydana gelebilir.

Avrupa Birliğinde de, 50 yıllık koruma süresi benimsenmiştir¹⁰⁴³.

FSEK md.82 f.7 gereği, radyo-televizyon kuruluşlarının hakları, programın ilk yayınlandığı tarihten başlayarak 70 yıl devam eder¹⁰⁴⁴.

Alm. ESHK md.87 f.3'de, yayın kuruluşlarının haklarının ilk yayın tarihinden itibaren 50 yıl sonra sona ereceği öngörülmüştür. Bu süre, diğer sürelerin başlangıcında olduğu gibi, ilgili olayın gerçekleştiği senenin sonundan itibaren işlemeye başlayacaktır. Başka bir deyişle, yayın kuruluşlarının program üzerindeki haklarına ilişkin koruma süresi, programın ilk yayının gerçekleştiği senenin bitiminden itibaren başlayacaktır.

Uluslararası düzlemde, asgari bir koruma süresi olarak 20 yıl benimsenmiştir. TRIPS Anlaşması md.14 f.5 gereğince, yayın kuruluşlarının haklarına ilişkin koruma süresi yayının yapıldığı senenin sonundan başlayarak 20 yıldan az olamaz¹⁰⁴⁵.

Avrupa Birliğinde ise, 50 yıllık bir koruma süresi dikkat çekmektedir¹⁰⁴⁶.

Bağlantılı Hakların Koruma sürelerinde Türk Hukuku ve diğer hukuk sistemleri bakımından dikkat çeken nokta, FSEK'teki koruma süresinin gerek eser sahibinin haklarına gerekse bağlantılı haklara ilişkin olarak 70 yıllık sürenin belirlenmiş olmasıdır. Hatta, FSEK md.19 gözönünde tutulduğunda eser sahibinin manevi haklarının 70 yılı da aşan bir koruma süresine sahip olduğu görülür.

Alman Hukukunda, eser sahibinin hakları mali ve manevi hak ayrımı yapılmaksızın 70 yıllık bir koruma süresine tabi tutulmuş, bağlantılı haklarda ise koruma süresi daha kısa tutulmuştur. Bağlantılı hakların (verwandte Rechte), koruma süreleri eser sahibinin haklarına ilişkin koruma süresinden daha az olduğu gibi, birbiri arasında da

¹⁰⁴³ Film yapımcısının hakları tespiti yapıldığı seneyi izleyen senenin ilk gününden başlayarak 50 yıl sonra sona erecektir. Eğer bu süre içinde film tespiti alenileşmiş veya kamuya iletilmişse, süre ilk aleniyet veya ilk kamuya iletimden hangisi daha önce gerçekleşmişse bu olayı izleyen yılın ilk gününden başlamak üzere 50 yıl sonra sona erecektir. Bkz.93/98 sayılı Eser Sahibi Haklarının ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına Yönelik Yönerge md. 11/f.2 ve md.3/f.3.

¹⁰⁴⁴ Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 21.maddesinin son fıkrasında da aynı düzenleme yer almaktadır.

¹⁰⁴⁵ KATZENBERGER, Paul, TRIPs und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995/6, s.468.

¹⁰⁴⁶ 93/98 sayılı Eser Sahibi Haklarının ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına Yönelik Yönerge md.3 f.4 gereği 50 yıllık bir koruma süresi öngörülmüştür.

farklılık gösterir.. Alm. ESHK md.82’de, icracı sanatçılardan bir ses taşıyıcısı veya görüntülü resim üzerine kaydedilen icraların hukuken korunma süresi 50 yıl olarak tesbit edilmişken, icracı sanatçılardan performanslarını gösterecekleri etkinlikleri düzenleyenlerin (veranstalters) haklarının koruma süresi 25 yıl olarak belirlenmiştir¹⁰⁴⁷. Eser sahibinin haklarına ilişkin koruma süreleriyle, bağlantılı hakların koruma süreleri arasındaki bir farklılık da, başlangıç noktasına ilişkindir. Eser sahibinin haklarına ilişkin koruma süresi, eser sahibinin yaşam süresi ve buna ek olarak 70 yıldır. 70 yıllık bu sabit süre, ancak eser sahibinin ölümüyle başlar. Bağlantılı haklara ilişkin koruma süresinde ise, bağlantılı hak sahibinin yaşam süresi bu denli önem taşımaz. Bağlantılı haklara ilişkin koruma süresinde öne çıkan nokta, ses taşıyıcısına veya görüntü taşıyıcısına kayıt tarihi veya bu taşıyıcıların alenileşme tarihidir. Bağlantılı haklar bakımından yaşam süresi, icracı sanatçının manevi haklarına ilişkin koruma süresinde şu noktada önem kazanır: Alm.ESHK md.76 uyarınca, icracı sanatçının manevi hakları için koruma süresi, icracı sanatçının yaşamı boyunca devam eder. Ancak, manevi haklara ilişkin koruma süresi, en az Alm.ESHK md.82’de düzenlenen icracı sanatçının mali haklarına ilişkin koruma süresi kadar devam edecektir.

FSEK md.82, icracı sanatçının haklarının koruma süresi bakımından 70 yıllık koruma süresini, icranın ilk tespit veya aleniyet tarihinden itibaren başlatmıştır. Eser sahibinin mali hakları bakımından koruma süresi yaşam süresi ve ölümden itibaren 70 yıllık olarak belirlenmiştir. Manevi haklar bakımından da, ölümden itibaren 70 yıl boyunca kanunda sayılan kişilince koruma ve şartları varsa sonrasında Kültür Bakanlığı tarafından koruma öngörülmüştür.

¹⁰⁴⁷ 25 yıllık koruma süresine sahip bir diğer bağlantılı hak ise Alm. ESHK md. 70’de düzenlenmiştir. Önemli bir bilimsel faaliyet neticesinde ortaya çıkarılan bilimsel yayınlara (Wissenschaftliche Ausgaben) ilişkin, bu bilimsel sonucu gerçekleştiren kişiye bağlantılı hak niteliğinde bir hak tanınmıştır. Koruma süresi 25 yıl olarak belirlenmiştir. Örneğin, eser niteliğini taşıyacak bireysellikten (Individulität) yoksun mektupların veya günlüklerin bilimsel sayılabilecek bir faaliyet neticesinde bir araya getirilmesi çalışması, bu düzenleme ve düzeltme çalışması yapan kişiye Fikri Hukuk nezdinde bağlantılı hak sahibi kılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.**SCHRICKER/LOEWENHEIM** § 70, Kn.5 vd.

IV.MANEVİ HAKLARIN HUKUKİ İŞLEME KONUSU OLMASI VE SINIRLARI

A.Genel Olarak

Eser sahibinin uğraşı verdiği birçok alanda eser sahibinin manevi haklarının korunması kuraldan çok istisna olarak görülür. Başka bir deyişle, uygulamada eser sahibinin manevi hakları kolaylıkla ihlal edilebilmektedir. Örneğin, neredeyse bütün reklam sektöründe, radyo, televizyon, yazılı basın alanında, yazılım, mobilya tasarım endüstrilerinde ve mimaride eser sahibinin isminin belirtilmesi çok ender rastlanan bir olgudur. Bu durum, adın belirtilmesi salahiyetine aykırı bir görünümdür.

Öte yandan gazete makalesinin, sıklıkla eser sahibinin arzusuna aykırı bir biçimde redaktörce kısaltılması, eser korumasına tabi binalarda değişiklik yapılması, sahne eserinin yönetmen tarafından değiştirilmesi, reklam afişinin renginin yeni bir eşya serisine uydurulmak amacıyla değiştirilmesi gibi birçok olaylar eser sahibinin (eser bütünlüğü hakkının) manevi hakkının korunması ihtiyacı bakımından önemli örneklerdendir.

Günlük yaşamda karşılaşılan tüm bu uygulamaları, eser korumasına sahip fikri çalışmalar bakımından hukuka aykırı olarak görmek, gerçeklikten uzaklaşmak ve özellikle de bu olayların ardındaki ekonomik gereklilikleri görmezlikten gelme anlamına gelir¹⁰⁴⁸. Bu nedenle, eser sahibinin manevi haklarının üçüncü bir kişiye devredilip devredilemeyeceği, eser sahibinin bu hakları kullanmaktan sözleşme yoluyla feragat edip edemeyeceği, edecekse bu feragatin hangi ölçüde, sınırlar içinde gerçekleşeceği yanıtlanması gereken son derece önemli sorular olarak karşımıza çıkar. Böylece, Kanun koyucu tarafından konulan bir düzenlemenin, uygulama tarafından görmezlikten gelinip tanınmaması gibi hukuka aykırı uygulamalar engellenebilir. Manevi haklara ilişkin hukuki düzenlemeler uygulama bakımından hangi ihtiyaçlara yanıt verebilmekte, hangi noktalarda yetersiz kalmaktadır? Uygulamanın ihtiyaç duyduğu ve eser sahibinin menfaatlerine de uygun çözümler neler olabilir? Eser sahibinin manevi haklarının hukuki işlemlere konu olabilmesi ve bunun sınırlarını tesbit etmek, hem uygulama açısından hem de

¹⁰⁴⁸ DIESELHORST, s.133.

eser sahibinin menfaatlerinin etkin bir şekilde korunabilmesi açısından bir tartışma alanıdır.

Eser sahibinin haklarını konu olan işlemleri, her bir manevi hak açısından incelemenin yanısıra, bu hukuki işlemlerin niteliğini tesbit etmek de, eser sahibinin manevi haklarının hangi sınırlar dahilinde hukuki işlemlere konu olabileceğini belirlemede önemli bir rol oynar. Esas olarak, uygulamada manevi hakların “devir” ve “feragat-vazgeçme” işlemlerine konu olması sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Bu bağlamda, “devir” ve “feragat”ın manevi haklar açısından ne anlama geldiğini açıklamakla başlamak faydalı olacaktır.

B.Eser Sahibinin Haklarının Devrine İlişkin Kanuni Düzenleme

FSEK’te manevi hakların devrini konu olan bir düzenleme yoktur. “Devir” kelimesi, mali haklara özgü bir kurum olarak FSEK’te yerini almıştır. FSEK’te, manevi hakların devrine ilişkin bir düzenleme olmaması, MK md.23’de yer alan kişilik haklarının devredilemezliği ilkesine dayandırılabilir.

Alm. ESHK nın 5. bölümü, Alman Hukukunun monist karakteri paralelinde, eser sahibinin haklarıyla ilgili olarak hukuki işlemleri konu alır. Eser sahibinin, manevi hakları da dahil olmak üzere tüm haklarıyla ilgili hukuki işlemleri genel anlamda düzenleyen madde Alm. ESHK md.29’dur. Bu maddeye göre, eser sahibinin hakları devredilmezdir. Meğer ki, ölüme bağlı bir tasarrufun ifa edilmesi veya mirasın paylaşımında (Erbauseinandersetzung) eser sahibinin haklarının mirasçılardan birine¹⁰⁴⁹ devri sözkonusu olsun¹⁰⁵⁰. Alman Hukukunda monizm uğruna mali hakların devir imkanı manevi haklara uymak için feda edilmiştir.

¹⁰⁴⁹ Mirasçılar, eser sahibinin haklarının örneğin tüm edebiyat eserlerinin veya belirli mali hakların aralarından birine devri konusunda anlaşabilirler. **SCHULZE/DREIER**, § 29, Kn.7; Clement, s.37 vd. Miras bırakan, AMK md. 2048 gereği mirasın taksimine ilişkin kurallar koyarak da aynı sonucu sağlayabilir. Her olasılıkta devir, mirasçılar arasında gerçekleşecektir. Mirasçı olmayana, eser sahibinin haklarının devri sözkonusu olmayacaktır.

¹⁰⁵⁰ Doktrinde, eser sahibinin haklarının devredilemezliğine ilişkin getirilen bu istisnaları, eser sahibinin manevi haklarının eser sahibine olan devredilemezliği ve kişiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin çiğnenmesi olarak yorumlayan görüşler de vardır. Bu bağlamda, eser sahibinin hakları çifte karakterlidir. Eser sahibi yaşadığı müddetçe, kişiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin etkisi altındadır. Eser sahibi ölünce, bu özellik ortadan kaybolur. Bkz. **LEßMANN**, Herbert, Übertragbarkeit und Teilübertragung urheberrechtliche Befugnisse, Münster 1967, s.94.

Alm. ESHK md.29 f.2 uyarınca, lisans hakkı tahsis etme (Alm. ESHK md.31), borçlandırıcı işlem niteliğinde rıza (Einwilligung) verme, mali haklara ilişkin olduğu kadar manevi haklara ilişkin hukuki işlemler (Alm. ESHK md.39) olarak da hukuka uygundur.

Alm. ESHK'nun 2002 yılında, "Eser Sahipleri ve İcracı Sanatçıların Sözleşmesel Konumunun Güçlendirilmesine İlişkin Kanun"la uğradığı değişikliklerden biri de budur. Artık, Alm. ESHK nun 5. Bölümü, eser sahibinin manevi haklarına da yönelik bir bölüm olma özelliğini kazanmıştır. Alm. ESHK'nun eski 29. maddesi, eser sahibinin haklarının devredilmezliğini öngörüp, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hiçbir ifade içermiyor; ancak doktrinde Alman Hukukuna hakim olan tek cephe teorisine dayanılarak eser sahibinin manevi haklarının devredilmezliğinden bahsediliyordu¹⁰⁵¹.

Alm. ESHK md.29 ve 39'un lafzı ve yasal sistematik içinde yerine bakıldığında, her iki kural arasında kural-istisna ilişkisi olduğu görülür. Alm. ESHK md.29 f.2'deki yollama uyarınca, mali haklara ilişkin hukuki işlemlerin yanında, md.39'da manevi haklara ilişkin düzenlenmiş hukuki işlemler de hukuka uygun sayılacaktır. Alm. ESHK md. 39'da, maddedeki manevi haklara ilişkin sayımın örnek kabilinden olduğu yönünde herhangi bir belirtiyeye rastlanmadığından, burdaki sayımın sınırlayıcı bir sayım olduğundan hareketle sadece belirtilen manevi hakka ilişkin hukuki işlemlerde bulunulabileceğini savunmak mümkündür. Bu demek oluyor ki, potansiyel sözleşme tarafı herhangi bir mali hak üzerinde lisans hakkı sahibi olan kişidir. Ayrıca, Alm. ESHK md.29 f.2 değişiklik hakkının sadece karşılıklı anlaşmalar (vertragliche Vereinbarungen) şeklinde belireceğini öngörerek, tek taraflı işlemler yoluyla, örneğin rıza yoluyla, değişiklik hakkının devrinin sözkonusu olmayacağını düzenlemiş olmaktadır. Dolayısıyla, Alm. ESHK md.39 sadece değişiklik hakkı (Änderungsrecht) üzerinde ve karşılıklı anlaşma biçiminde gerçekleşecek hukuki işlemlere izin vermektedir. Başka bir deyişle, lafzi yorum eşliğinde hüküm, eser sahipliğini tanıtıcı işaretler veya umuma arz etme hakkı gibi

¹⁰⁵¹ MATANOVIÇ, s.77.

2002 yılındaki değişiklikle Alm. ESHK md.29 f.2'de, değiştirme hakkı başlığını taşıyan md.39'a yapılan atfın, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliği konusunda yapılan açıklamaları ne şekilde etkileyeceği tartışılması gereken konulardan biridir.

diğer manevi haklar üzerinde hukuki işlemlerde bulunma konusunda bir düzenleme içermemektedir¹⁰⁵².

Alm. ESHK md.39'da geçen, karşılıklı anlaşma sözcüğüne rağmen, tek taraflı işlemlerin de madde kapsamında düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵³.

Alm. ESHK md.39, aslında yürürlükte olan şeklinden daha geniş kapsamlı olabilirdi. Sözkonusu madde, sadece eser üzerindeki değişikliği değil, umuma arz etme, eser sahibini tanıtıcı işaret (Urheberbezeichnung) ve eser sahibi olarak tanıtılmak (Urhebernennung) haklarına ilişkin hukuki işlemleri içermekteydi. Böyle bir düzenlemeyle, uygulamanın ihtiyaçlarına uygun olarak, manevi hakların devredilemezliği temel ilkesini hukuki işlemlere ilişkin olarak tanınan açık müsaadeyle, zayıflatmak amaçlanmıştı¹⁰⁵⁴. Fakat yeni düzenleme, halihazırda mahkeme kararları ve uygulama tarafından zaten hukuka uygun görülen hukuki durumları formüle etmekten öteye geçemedi. Mevcut durumu onaylayan karakterdeki yeni düzenleme, fikir ve sanat eserlerini kullanan ve yararlanan çevrenin, kendi konularını tehlikeye düşürebilecek düzenlemelere karşı direnmelerinin bir sonucu olarak da görülebilir¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² MATANOVIĆ, s.78,79.

¹⁰⁵³ FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN, § 39 Kn.2; SCHRICKER/DIETZ, § 39 Kn.8.

Hükmün, tarihi gelişimine bakmak, bu tür bir görüşü destekleyecektir. Alm. ESHK'nun yapılmasına kadar ki süre içinde, Alman Yayın Kanununun 13.maddesinde, değişiklik yasağı (Änderungsverbot) öngörülmüştü. Değişiklik yasağı, herhangi bir kısıtlama sözkonusu olmaksızın yasada düzenlenmiş olsa da, izin alınmış veya onay verilmiş değişiklikler bakımından, bu yasağın uygulanmayacağı şüphesizdi. Bkz. SCHRICKER, Verlagsrecht § 13/§ 39 UrhG Kn.10.

Alman Yayın Kanunundaki bu hukuki konum, 1965 tarihli Alm.ESHK md.39 f.1 tarafından da takip edildi. Dolayısıyla md. 39, eser üzerindeki değişikliklere karşı izin (einwilligung) işleminin hukuka uygunluğundan hareket eder.

AMK md.183'de, Einwilligung kavramı, "Vorherige Zustimmung" olarak tanımlanır. AMK md.184'de ise "Nachträgliche Zustimmung" ibaresi "Genehmigung" olarak ele alınır. O halde, Einwilligung kavramı teknik anlamda izin olarak tanımlanabilir. Ancak, bu kavramın rıza yerine de kullanıldığına tanık olunmaktadır.

¹⁰⁵⁴ RegE, Bundesrat Drucksache 404/1, § 39, s.53.

¹⁰⁵⁵ HAAS, Kn.51; WANDTKE/GRUNERT, § 39 Kn.2; GEULEN/KLINGER, ZUM 2000, s.891,894. Özellikle film endüstrisinde, filmin pazarlanması bakımından önem taşıyan, örneğin gerekli kısaltmaların yapılmasında öne çıkan film için son sözü söyleme hakkının; -final cut- yapımcının elinde kalmasına özen gösterildi. Başka bir deyişle, yapımcının, eser üzerinde değişikliğe gidebilmesine ilişkin olarak, eser sahibinin manevi haklarından biri olan eser üzerinde değişiklik yapılması hakkı üzerinde hukuki işlemde bulunabilme imkanının devamı sağlandı.

Manevi haklar üzerinde yapılacak hukuki işlemlerin geçerliliği, bu işlemlerin mutlak surette lisans tahsisiyle birlikte yapılmasını gerektirmez¹⁰⁵⁶. Manevi haklara ilişkin hukuki işlemler, pekala herhangi bir mali hak üzerinde lisans tahsisi olmadan, bağımsız bir şekilde yapılabılır, hukuki geçerlilik kazanabilir. Örneğin, güven ilişkisine dayalı hak kazanımlarında (treuhänderische Wahrnehmung), bir yararlanma hakkı tahsisi (nutzungsrechtseinräumung) sözkonusu olmamasına rağmen, manevi hakkı konu alan bir hukuki işlem vardır.

C.Manevi Haklara İlişkin Hukuki İşlemlerde Devrin Anlamı

Mali hakların devrine ilişkin düzenlemeler arasında FSEK md.48, md.49 ve md.52 gibi hükümler yer alırken, FSEK’te manevi hakların devrine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaz. Manevi haklar, mali hakların aksine, devredilemeyen haklar olarak kabul görür. Manevi hakların devredilemeyeceği ifadesi mutlak bir anlam taşımaz. Başka bir deyişle, manevi hakların devredilememesi demek, bu hakları kullanma yetkisinin devredilemeyeceği anlamına gelmez. Doktrinde, kanunun bazı hallerde manevi hakların kendisinin değil, fakat bunları kullanma yetkisinin devrine imkan tanıdığı üzerinde durulmuştur¹⁰⁵⁷. Dolayısıyla manevi haklar mali haklar gibi malvarlığı değeri olarak görülmeyip ne miras yoluyla intikal ederler ne de sağlararası işlemlerle eser sahibinin tasarrufundan tamamen çıkarılıp başkasının malvarlığına ve tasarrufuna girerler.

Manevi hakların mali haklarla olan ilişkisi nedeniyle, mali hakları devralan kişilerin bu haklardan yararlanmanın gerektirdiği ölçüde manevi hakları kullanabilme yetkisine sahip oldukları ifade edilmelidir. Öte yandan, miras yoluyla mali hakları iktisap etmiş mirasçılarının da manevi hakları kullanma yetkisi olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ HAAS, Kn.53,57.

¹⁰⁵⁷ ARSLANLI, s.88, 171; EREL, s.113; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.153.

¹⁰⁵⁸ HGK. 11/2/1983, E.1981/4/70, K.1983, bkz. SULUK/ORHAN, s.418 vd. Kararda dikkat çeken ifadelerden biri de şu şekildedir: “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. Dolayısıyla, 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”.

Alm.ESHK md.29 eser sahibinin haklarının devredilemezliğini öngörür. “Devir” (Übertragung) kelimesinin tasarruf işlemlerine ilişkin teknik bir kavram olduğu kabul edildiğinde, maddenin lafzi yorumu, borçlandırıcı nitelikte anlaşmaların yapılması yasağını içermez. Aynı zamanda, maddenin ifade edilışinde sadece devir kelimesi kullanılmış, “vazgeçme” (verzicht) kelimesine yer verilmemiştir¹⁰⁵⁹.

Gerek doktrinde, gerekse mahkeme kararlarında eser sahibinin manevi haklarının veya manevi haklardan doğan yetkilerin herbirinin bütünüyle kaybına yol açan serbest devir (freie Übertragung) olarak da anılan devrin, Alm. ESHK md.29’da düzenlenen devir yasağına aykırı olduğu ve buna ilişkin anlaşmaların hukuken geçersiz olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁶⁰.

Devir işlemleri bakımından tartışma konusu olan noktalardan biri de, çoğunlukla tasarruf etkisine sahip (verfügungswirkung) “devir benzeri hukuki işlemler” akıbetidir. Bağlı devir¹⁰⁶¹ (gebundene Übertragung), hak oluşturan (konstitutive) devir gibi kavramlar kullanılarak açıklanmaya çalışılan bu hukuki işlem sonucunda, devreden tam bir hak bir kaybıyla karşılaşmaz¹⁰⁶².

“Devir” kavramının hukuk literatüründe açık ve tek anlamlı bir biçimde kullanıldığını söylemek zordur. Özellikle, yasal metinlere bakıldığında bu durumu gözlemek daha da kolay olacaktır. AMK md.1059 c.1’de¹⁰⁶³ geçen devir, hak

¹⁰⁵⁹ MATANOVIÇ, s.80.

¹⁰⁶⁰ Alm.ESHK md. 29, AMK md.134 ile birlikte düşünülmektedir. Bkz. Praxiskommentar-**BLOCK** § 29, Kn.7. AMK md. 134’e göre, kanuni bir yasağı aykırı olan bir hukuki işlem, kanundan aksi anlaşılmadıkça, geçersizdir.

¹⁰⁶¹ Kavram hakkında temel açıklamalar için bkz. **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.178; ayrıca **HABERSTUMPF**, Kn.386; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.320, s.280. Bu hukuki kurum, hakkın kesin kaybına neden olmayıp, kök hakkın-stammrecht devirde bulunan ilk kişide kalması anlamına gelmektedir.

¹⁰⁶² Alm. ESHK md. 97’de düzenlenen tazminat taleplerinin, tasarruf işlemlerindeki temlike – abtretung von Ansprüchen- konu olmaları durumu, örnek olarak gösterilebilir. Burada devir konusu olan, md. 97’de düzenlenmiş manevi tazminat hakkı olmayıp, bu haktan kaynaklanan manevi tazminat talebidir.

¹⁰⁶³ AMK md.1059 c.1 hükmüne göre, intifa hakkı devredilemez.

Örneğin taşınmaz malikinin, bir başkası lehine intifa hakkı tesis etmesi, mülkiyet hakkının sağladığı kullanma ve yararlanma yetkilerinin devri anlamına gelir. Mülkiyet hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde yaptığı bu aynı hak tesisi; kullanma ve yararlanma yetkilerinin devrinin yanında kendi mülkiyet hakkı da –her ne kadar çıplak mülkiyete dönmüş de olsa- varlığını sürdürür. İntifa hakkı sahibi, kullanma ve yararlanma yetkileri bakımından devralan olsa da, intifa hakkının sınırları içinde hareket edebilecektir. Tıpe bağlılık ilkesinin de etkisiyle, intifa hakkının kişiye bağlılık özelliği; diğer bir deyişle başka bir kişiye devredilemezliği ve ölümle intikal edemezliği varlığını koruyacaktır. Bizim hukumuzda buna,

kaybettiren (translative) ve hak oluşturan (konstitutive) devir kavramlarını içine alan üst kavram olarak kullanılmışken¹⁰⁶⁴; AMK md.873 f.1'deki¹⁰⁶⁵ devir kelimesi, sadece hak kaybettiren devir-translative anlamında kanunda yerini almıştır¹⁰⁶⁶. Alm. ESHK'ya bakıldığında, devir yasağının “ hak kaybettiren devir”i kapsadığını kabul etmek doğru olacaktır. Mali haklara ilişkin hukuki işlemler bağlamında, bağlı devre (gebundene Übertragung) müsaade edilmesi bu saptamayı doğrular. Ayrıca, Alm.ESHK md.31 uyarınca, üçüncü kişiye lisans hakkı tahsis edilmesi de, kanundaki devir yasağının, hak kaybettiren (translative) devri kapsadığına; hak oluşturan (konstitutive) devre izin verdiğine işaretir¹⁰⁶⁷.

Eser sahibinin mali haklarına ilişkin bu bulgunun, manevi haklar açısından geçerli olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Alman Hukukunda geçerli olan monist-tek cephe teorisi uyarınca mali haklar ve manevi hakların eşit ele alınması talebi bir an için düşünülse de, Alm. ESHK md.31 vd. hükümlerinin kıyasen manevi haklara da uygulanmasının sözkonusu olamayacağı savunulmaktadır. Tek cephe teorisi, eser sahibinin manevi hakları alanında bağlı devrin uygulanması için bir gerekçe olamaz¹⁰⁶⁸. Çünkü, Alm. ESHK md. 31 vd. hükümleri açıkça mali hakları konu almıştır. Sözkonusu düzenlemeler, manevi haklara uygulanmak bakımından, herhangi bir hüküm içermezler¹⁰⁶⁹.

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin olarak, bağlı devrin (gebundene Übertragung) geçerli olmadığını, Alm. ESHK md.29'un tarihi gelişimine bakmak suretiyle gerekçelendirmek mümkündür. Eser sahibinin hakları “Edebiyat ve Ses Sanatı Eserlerine İlişkin Eser Sahibi Hakları Kanunu-ESK” md.8 f.3 uyarınca ve “Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraf Eserlerine İlişkin Eser Sahibi Hakları Kanunu-GFK”

hakkı kazanan bakımından “tesisen iktisap” da denir: **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.615.

¹⁰⁶⁴ Bkz. MüKo-**POHLMANN** § 1059, Kn.1 ve 7.

¹⁰⁶⁵ AMK md. 873 f.1, taşınmazlara ilişkin devri düzenlemiştir.

¹⁰⁶⁶ Bkz. MüKo-**WACKE** § 873.

¹⁰⁶⁷ **MATANOVIÇ**, s.81.

¹⁰⁶⁸ **FORKEL**, Hans, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, s.491,496. Alm. ESHK md. 31 vd hükümlerinin manevi haklara uygulanıp uygulanmaması bakımından bir sonuca varılırken, her bir manevi hakkın ayrı ayrı incelemeye tabii tutulması gerektiği, bu noktada eser sahibinin haklarının devredilemeyen özü –kernbereich kavramından hareket edileceği belirtilmektedir. Böylece, götürü bir çözüm yerine, somut olay bakımından, daha doğrusu somut olayda sözkonusu olan manevi hak bakımından bir çözüm önerilmektedir.

¹⁰⁶⁹ **MATANOVIÇ**, s.82.

md.10 f.2 uyarınca, devredilebilirdi. Bu konuda, manevi haklar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemişti. Hatta, ESK md.9, GFK md.12 açıkça eser üzerinde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (Änderungsuntersagungsrecht) konusunda herhangi bir sözleşmesel düzenleme yapılmadığı halde, bu hakkın eser sahibinde kaldığını öngörmekteydi. Bu şekilde bir düzenlemenin lafzi yorumu, değişikliği yasaklama hakkının devredilebilirliği anlamına geliyordu. Ancak, manevi ve mali haklara ilişkin bu çıkarımlar, 1965 tarihli Alman ESHK md.29’la getirilen eser sahibinin haklarının devredilmezliği ilkesiyle anlamını kaybediyor; böylece eser sahibinin manevi haklarıyla birlikte bir bütün olarak tüm hakları üzerinde tasarrufta bulunma imkanı zayıflatılmış oluyordu. Ancak, o zamanlarda bile, gerek ESK gerekse GFK’daki eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğu yönündeki hükme rağmen, eser sahibinin manevi haklarının özünü devredemeyeceği kabul ediliyordu. Kural düzlemindeki ve uygulamadaki bu farklılıkları gidermek adına, Kanun koyucu 1965 tarihinde eski kuralların aksine, temel norm olarak eser sahibinin haklarının devredilmezliğini kabul etti¹⁰⁷⁰. 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinde ise, manevi hakların devredilemezliği temel ilkesinin, uygulamadaki ihtiyaçlara uygun olarak, açık bir düzenlemeyle yumuşatılması gerektiği, kanunun gerekçeleri arasında yer aldı¹⁰⁷¹. Bu bağlamda, Kanun koyucu Alm.ESHK md.39’u düzenlerken , md.29’da yer alan eser sahibinin haklarının devredilemezliği ilkesine karşı, eser sahibinin manevi hakları üzerine hukuki işlemde bulunabilmenin hukuka uygunluğu ve gerekliliğinden hareket etmiş oldu¹⁰⁷². Sonuç olarak, eser sahibinin hakları üzerine hukuki işlemleri düzenleyen md. 29’daki devredilmezlik ilkesinin dar yorumlanıp, manevi hakların tamamen kaybına yol açan serbest devri yasakladığı ifade edilmelidir. O halde, bağlı devir ve özellikle borçlandırıcı işlem niteliğindeki anlaşmalar olmak üzere tasarruf benzeri anlaşmalar, md.29 açısından per se hukuka aykırı görülmemelidir¹⁰⁷³.

¹⁰⁷⁰ MATANOVIÇ, s.82.

¹⁰⁷¹ RegE, Bundesrat Drucksache 404/01, Nr.7; § 39, Kn.53.

¹⁰⁷² MATANOVIÇ, s.82.

¹⁰⁷³ V. WELSER, s.88; FORKEL, Rechtsübertragungen, s.178 vd.; Farklı görüş için bkz. METZGER Das Droit Moral, s.32 vd. Metzger, devrin her biçimine karşı çıkar. MOHRING/NICOLINI-KROITSZSCH § 11, Kn.13; V.GAMM § 29, Kn.4; STOLZ, s.51.

D.Devir ile Vazgeçme Kavramları Arasındaki İlişki

FSEK’te mali hakların devri (FSEK md.48, md.49, md.52) ve mali haklardan vazgeçme (FSEK md.60) açıkça düzenlenmişken, manevi hakların devri ve manevi haklardan vazgeçme konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu düzenleme yokluğu, Kanun koyucunun “manevi haklar ne devredilebilen ne de vazgeçilebilen” haklardır şeklindeki düşüncesinin varlığı olarak yorumlanabilir.

Mali hakların devrine ilişkin işlemler manevi hakları da etkiler. FSEK md.52’ye göre eser sahibinden mali haklarını devralmış kimse, bu haklardan yararlanmanın gerektirdiği kadarıyla manevi hakları kullanma konusunda yetkili sayılmalıdır. Eser sahibi açısından bakıldığında, manevi haklarının kullanılmasına ilişkin olarak bir katlanma yükümlülüğü altına girmekten sözedilebilir. Öyle ki, FSEK md.14’de eserde teknik icabı yapılması gerekli değişiklikler, eser sahibinin manevi haklarının dokunulmaz olmadığı, bazı durumlarda eser sahibinin manevi haklarına ilişkin olarak hukuka uygun bir müdahalenin olabileceği varsayımından hareket etmiştir. Eser sahibinin manevi haklarına yapılan bu müdahale feragat olarak yorumlanamaz. Feragat (Vazgeçme) ayrı bir maddeyle; FSEK md.60’da düzenlenmiştir. Hüküm, FSEK md.52’de olduğu gibi sadece mali hakları gözönünde tutarak düzenlenmiştir. Hükümde manevi haklardan sözedilmemesi, manevi haklardan feragat edilemeyeceği anlamında yorumlanabilirse de, mali haklara ilişkin hükümlerin manevi hakların bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerektiği savunulabilir. Ancak, bu son görüş kabul edilse dahi, manevi haklar konusunda vazgeçme kanaatimizce hakkın kendisine değil hakkın kullanımına yönelik olabilir.

Alm. ESHK md.29’da eser sahibinin haklarının devredilmezliğine ilişkin düzenlemeye rağmen, vazgeçme konusunda herhangi bir karara varılmamıştır. Lafza göre yapılacak bir yorum, bir tasarruf işlemi olarak vazgeçmenin maddenin kapsamına girmediği sonucunu doğurur. Fakat, doktrinde, eser sahibinin haklarının devredilemezliği sorununa ilişkin varılan sonuçların, aynı zamanda vazgeçilemezlik konusunda da kullanıldığı görülür¹⁰⁷⁴. AMK md.1059 uyarınca, intifa hakkı

¹⁰⁷⁴ **KREILE/WALLNER** ZUM 1997, s.625, 628; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.301, s.261 ve ZUM 1986, s.365,366; **V.GAMM** § 29, Kn.5; Heidelberger Kommentar-**DREYER** Vor § 12, Kn.32.

devredilememesine rağmen, md.1064 uyarınca vazgeçmeye konu olabilir. Benzer bir şekilde, Kişilik Hukuku etkili bir kurum olan dernek üyeliği (hakkı), kişiye sıkı sıkıya bağlılığından dolayı AMK md. 38 gereği devredilemezken, md.39’da düzenlenen çıkma hakkı vasıtasıyla sona erdirilebilir. Doktrinde, manevi haklar bakımından devir ve vazgeçmenin daha ziyade aynı kurallara tabi olacağı konusunda görüşler olmasına rağmen¹⁰⁷⁵, böyle bir çıkarım zorunlu değildir¹⁰⁷⁶. Çünkü, tasarruf işlemi olarak vazgeçme eser sahibinin manevi haklarının tamamen sona ermesine yol açar.

Alm.ESHK md.23 vazgeçmeye ilişkin bir dayanak noktası olarak görülebilir. Hükme göre, eser sahibi eserinin işlenmesine ve bu işlemenin kamuya sunulmasına izin verebilir. Böylece, eser sahibi eseri üzerinde değişiklik yapılmasına müdahalede bulunamayacak ve Alm. ESHK md. 97 vd. hükümlerinde düzenlenen tecavüzün durdurulması gibi önlemlerden istifade edemeyecektir. Eserin işlenmesine izin verilmesi eser sahibinin manevi haklarından biri olan eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkından vazgeçmişçesine bir sonuç doğuracaktır. Başka bir deyişle, işleme hakkı, vazgeçmenin kanunen tanınması anlamına gelmektedir¹⁰⁷⁷. Alm.ESHK md.41 ve md.42’de, eser sahibinin manevi haklarında vazgeçebileceğine ilişkin maddelerdir. Kullanılmadan doğan cayma hakkı (rückrufsrecht) ve değişen kanaat nedeniyle cayma hakkına ilişkin düzenlemeler de göstermektedir ki, manevi haklara ilişkin vazgeçme, kanun tarafından -per se- saf dışı bırakılmış değildir. Söz konusu hükümler, sadece cayma hakkından önceden vazgeçmeyi hukuka aykırı görmektedir. Örneğin, md.41’de lisans hakkı sahibinin hakkını kullanmamasından doğan cayma hakkından vazgeçme, sadece lisans hakkı sahibine karşı etkisi olan ve yöneltilen, borçlandırıcı niteliğe sahip, sonradan ortaya çıkan bir vazgeçme olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, eser sahibinin cayma hakkından vazgeçmesi, kanunca kendisine tanınmış cayma hakkını tamamıyla sona erdiren bir tasarruf işlemi niteliğinde olmayıp; diğer potansiyel lisans hakkı sahiplerine karşı tamamiyle varlığını sürdürür¹⁰⁷⁸. Gerek uygulamada gerekse doktrinde, hukuki durumu

Kanundaki hükümlere bakıldığında, “devir” kavramının per se “feragat”la eş tutulmadığına tanık olunur. Bu görüş için bkz. **V. WELSER**, s.58; **OSENBERG**, s.9, **HOCK**, Martin, Das Namensnennungsrecht des Urhebers, Baden-Baden 1993, s.102.

¹⁰⁷⁵ **V. WELSER**, s.58; **OSENBERG**, s.9; **HOCK**, s.102.

¹⁰⁷⁶ **SCHRICKER**, Einwilligung, FS.Hubmann, s.409 vd.

¹⁰⁷⁷ **MATANOVIÇ**, s.85; **DIESELHORST**, s.138.

¹⁰⁷⁸ **HOCK**, s.103.

açıklamak için, eser sahibinin manevi haklarının kullanılmasından vazgeçme kavramı kullanılmakta; haktan vazgeçme kavramının kullanımından kaçınılmaktadır¹⁰⁷⁹. O halde, eser sahibi açısından ESHK md.29'a göre hukuka aykırı kabul edilen hakkın serbest devri gibi, hakkın tamamen ortadan kalkmasına yol açan, aynı etkili vazgeçme işlemi de hukuka uygun görülmez¹⁰⁸⁰.

Alm. ESHK md.29 dar yorumlanmalıdır. Tam ve serbest bir devir veya aynı sonuca yol açacak tasarrufi nitelikli vazgeçme hukuka aykırı sayılmalıdır. Manevi haklarla ilgili karşılıklı anlaşmaların yorumunda “devir” ve “vazgeçme” kelimelerinin, bağlı devir veya borçlandırııcı işlem şeklinde yorumlanıp, AMK md.140 bağlamında tahvil (umdeutung) yoluyla ayakta tutulması da sağlanabilir. Örneğin, bir sözleşmede eser sahibinin bütün haklarını devri anlamında bir ifade kullanılmışsa, bu ifadeyi sadece eser sahibinin yararlanma hakkı tahsis etmiş olduğu anlamında ele almak savunulabilir¹⁰⁸¹.

Eser sahibinin “bütün haklarımı devrettim” şeklindeki irade açıklamasının her ne kadar sadece mali haklar bakımından anlam ifade edeceği düşünülse de, devre konu olan, tüm mali haklar değil, sözleşmenin amacına uygun mali haklar olacaktır. Başka bir deyişle, amaçla sınırlı devir teorisi eşliğinde yapılacak bir değerlendirmeye “bütün haklarımı devrettim” ifadesi, “sözleşmenin amacına ulaştıracak bütün haklarımı devrettim” şeklinde anlaşılacaktır. Alman Hukukuna özgü bu yorumun FSEK md.52 karşısında bir anlamı olmayacaktır. FSEK md.52, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesini şart koşar. Bu nedenle, “bütün haklarımı devrettim” şeklindeki bir sözleşme hükümsüzlük yaptırımına maruz kalır. Alman Hukukunda, “bütün haklarımı devrettim” ibaresinin sözleşmenin amacı doğrultusunda yorumlanmasından sadece mali haklar değil, manevi haklar da payına düşeni almalıdır. Eser sahibi manevi haklarının, sözleşmenin amacı doğrultusunda kullanımına izin vermiş sayılmalıdır.

¹⁰⁷⁹ MATANOVIÇ, s.85.

¹⁰⁸⁰ MATANOVIÇ, s.86.

¹⁰⁸¹ SCHRICKER/SCHRICKER § 29 Kn.9.

E.Vazgeçme Anlamında Hukuki İşlemler

1.Genel Olarak

Genel olarak vazgeçme işlemi denilince, bir ayni hakkı, bir kişilik hakkını¹⁰⁸², bir mirasçılık hakkını, bir yenilik doğuran hakkı ya da bir defi hakkını tek yanlı bir irade bildirimini ile feda etme, gözden çıkarma anlaşılır. Vazgeçme, hakka doğrudan doğruya olumsuz etki yapan hakkı sona erdiren veya yok eden bir tasarruf işlemidir¹⁰⁸³.

Vazgeçme, konu olduğu hukuki işlemlere bağlı olarak isim değişikliğine uğrayabilir. Taşınır üzerindeki ayni haktan vazgeçme, “terk” işlemiyle gerçekleşirken, taşınmaz üzerindeki ayni haktan vazgeçme ise “terkin” işlemiyle meydana gelir¹⁰⁸⁴.

Ayni haklarda tek taraflı vazgeçme olmasına rağmen, alacak hakları bakımından vazgeçme farklı bir özellik gösterir. Alacak haktan vazgeçmek isteyen alacaklı, bu arzusuna tek taraflı bir hukuki işlemle değil, borçlunun da kabulüne ihtiyaç gösteren ibra sözleşmesiyle ulaşabilir¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² Kişilik hakkını da kapsar bir şekilde, “zorlayıcı, buyurucu bir kuraldan (ius cogens’den) kaynaklanmamak kaydıyla, açıkça hukukun veya ahlakın, özel olarak kişilik hakkının kişinin kendine karşı korunması ilkesinin, çerçevesini çatlatmamak kaydıyla, her yetkiden, tek yanlı bir irade bildiriminiyle feragat edilebileceği” ileri sürülmektedir. **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.439.

¹⁰⁸³ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.438. Yazar “veya hakkı doğmadan yok eden..” ifadesini de kullanmakla birlikte; bu ifadenin isabetli olup olmadığı kuşkuludur. Zira doğmamış hak yok edilemez. Ancak “doğumamasını sağlayacak bir beyanda bulunulabilir” Bu ise vazgeçme değildir.

¹⁰⁸⁴ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.438.

Terkin, bir tescilin çizilerek hükümsüz hale getirilmesi olarak tanımlanır. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.173 vd.

Doktrinde, “terk” kavramının taşınır için, “terkin” kavramının da taşınmazlar için kullanılması konusunda mutlak bir eğilime rastlanmaz. Taşınmaz mülkiyetine ilişkin olarak, “taşınmaz mülkiyetini terk” kavramı da kullanılmaktadır. Taşınmaz mülkiyetini terk kavramı, “malikin tek taraflı, yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile mülkiyet hakkından feragat etmesi hali” olarak tanımlanır. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.359.

¹⁰⁸⁵ Ancak, vasiyet alacaklısının, alacak haktan feragat edebilmesi tek taraflı bir beyanla mümkündür. **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.439, **OĞUZMAN**, Miras Hukuku, s.333.

İbra, alacaklının borçlu ile yaptığı bir sözleşme ile alacağından vazgeçerek borçluyu borcundan kurtarmasıdır¹⁰⁸⁶. Böylelikle ibra sözleşmesi, tek taraflı-iki taraflı vazgeçme işlemleri ayrımında, iki taraflı vazgeçme işlemi olarak yerini alır.

İbra sözleşmesiyle karşılaştırılan alacak hakkını kullanmama taahhüdü (pactum de non petendo) ise, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve alacaklının borçludan ifa isteyemeyeceği hususunda anlaşmalarını konu alan bir işlem olarak tanımlanır¹⁰⁸⁷.

Vazgeçme, haktan vazgeçme veya hakkı kullanmaktan vazgeçme şeklinde olabilir. Her ne kadar yenilik doğuran haklar bakımından vazgeçme incelenirken, haktan vazgeçme ile-hakkı kullanmaktan vazgeçme arasında bir ayrıma gitmenin genellikle bir anlam ifade etmeyeceği belirtilse de, böyle bir ayrımın yenilik doğuran hakkı kullanma imkanının bir kereye özgü değil de, belirli bir süre içinde birden fazla olduğu durumlarda önem taşıyacağı vurgulanır¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.431.

¹⁰⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.433.

Alacak hakkını kullanmama taahhüdü (pactum de non petendo) kurumu Roma Hukukunda şekilsiz bir ibra anlaşması olarak tanımlanmıştır. Alacak hakkını kullanmama taahhüdü, alacaklının, borçludan ifayı talep edemeyeceğine dair, her türlü şekilsiz bir anlaşma ve borçluya defî hakkı sağlayan bir kurum olarak tanımlanırken, İbra (acceptilatio- borcun ius civile'ye göre ibrası) sıkı şekil şartlarına bağlı, borcu hukuku (ipso iure) sona erdiren bir anlaşma olarak açıklanmaktaydı. **TAHİROĞLU, B.**, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005, s.96 ve 100.

İbra, bir tasarruf işlemi olarak karşımıza çıktığı halde, alacağı talep etmeme taahhüdü, bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. **TURANBOY, Nuri K.**, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.34.

Alacak hakkını kullanmama taahhüdü, bir borçlandırıcı işlem olarak kabul edildiğinde, tasarruf işlemi niteliği taşıyan feragat işlemi çatısı altında kendine bir yer bulamaz.

Alacağı talep etmeme taahhüdü, sürekli veya geçici bir şekilde olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bu durumda, sürekli olarak alacağı talep etmeme taahhüdü (pactum de non petendo in perpetuum) ve geçici olarak alacağı talep etmeme taahhüdü (pactum de non petendo in tempus) ortaya çıkar. Sürekli olarak alacağı talep etmeme taahhüdü, davadan feragat (klageverzicht) şeklini alırken, geçici olarak alacağı talep etmeme taahhüdü ise, erteleme (tecil) anlaşması (stundung) şeklini alır. **BUCHER, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2.Auflage, Schultess, Bern 1988, s.400.

Davadan feragat, davacının talep sonucundan vazgeçmesidir. (HUMK md.91) Davadan feragat, dava konusu olan talepten, dolayısıyla dava konusu haktan vazgeçmek anlamına gelir. Davadan feragat, dava konusu olan talebin bir daha dava edilmemesi sonucunu doğurur. **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5.Bası, Ankara 2006, s.494 vd. Davadan feragatin içeriği olan maddi hukuk işlemi (haktan vazgeçme) ile taraflar arasındaki (dava konusu yapılan) uyuşmazlık son bulur. **KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 15.Baskı, Ankara 2004, s.621.

Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan feragat davanın taraflarından birinin (davacının) neticesi talebinden vazgeçmesidir. Feragat ile yalnız mevcut davadan değil, o dava ile istenen haktan da vazgeçilebilir. Davadan feragat sonucunda feragate konu teşkil eden hak tamamen düşer ve artık bir daha dava konusu yapılamaz. 21.HD, 08.02.2005, 12344/816, YKD 2005/9, s.1431.

¹⁰⁸⁸ Bu tür yenilik doğuran hakların örneklerinden biri olarak, kanundan doğan önalım hakkı gösterilmektedir. **BUZ, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.401.

Hukuk düzenince yasaklanmadığı sürece her türlü haktan vazgeçmenin mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle, vazgeçmenin önündeki tek engel, bu imkanı yasaklayan bir hukuk normunun varlığıdır¹⁰⁸⁹. Açık bir yasaklayıcı hüküm olmamasına rağmen hakkın özelliği, feragate engel olabilir. MK md.23, kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini ve yine özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini düzenlerken kişiliği oluşturan değerlerden vazgeçip vazgeçemeyeceği noktasında açık bir ifade kullanmamıştır. Buna rağmen, kişinin, kişiliği oluşturan değerler üzerindeki hakkından vazgeçemeyeceği kabul edilmelidir¹⁰⁹⁰. Manevi hakların, kişilik hakkı olarak görülmesi durumunda da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Sadece hakkın kendisinden vazgeçmenin yasak olup, hakkın kullanılmasından vazgeçmenin serbest olduğu savunulduğunda, hakkın kullanımından vazgeçmenin tabi olacağı sınır ise BK md.19 ve md.20 olacaktır. Hakkın kendisinden vazgeçme ile aynı sonucu doğuracak durumlarda, hakkın kullanımından vazgeçme dahi hukuka aykırı görülebilir¹⁰⁹¹.

Vazgeçme için hak sahibinin tek taraflı bir işlemle vazgeçme beyanında bulunmasının yeterli olduğu durumlarda, vazgeçme sözleşme ile yapılmış olabilir. Vazgeçme işleminin bir sözleşme ile yapılması genellikle hak sahibinin hakkından bir edim karşılığında vazgeçmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Sözleşme yapılması durumunda, hak sahibinin bir tasarruf işlemi olan vazgeçme beyanında mı, yoksa (borçlandırıcı işlem olarak) vazgeçme taahhüdünde mi bulunduğu belirlenmesi

Kanundan doğan önalım hakkından feragat edildiğinde, bu işlem önalım hakkını belirli bir kişi veya satışla sınırlı olarak değil, tamamen sona erdirir. Bu tür feragat, doktrinde “önalım hakkından mutlak feragat”, “kök haktan feragat”, “genel feragat”, “hakkın zatından feragat” şeklinde de ifade edilmektedir. Kanundan doğan önalım hakkının (kendisinden değil) kullanılmasından feragat ise, hak sahibinin önalım hakkını sadece belirli kişi veya satış ile ilgili olarak kaldırılması anlamına gelmekte ve doktrinde “nisbi feragat” olarak ifade bulmaktadır. **ŞİPKA**, s.162 vd. Ayrıca bkz. **KIRCA**, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Yapılan Değişiklikler, s.1179 vd. MK md.733 f.2’ye göre “Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.

¹⁰⁸⁹ **BUZ**, s.404. Yazar, hakkı kullanma imkanından feragatin açıkça yasaklandığı durumlarını bir örneği olarak BK md.34 f.2’yi göstermektedir. Hüküm, temsil yetkisi veren kişinin bu yetkiyi geri alma hakkından önceden feragatini düzenlemektedir.

¹⁰⁹⁰ MK md.23’ün sadece ehliyetler ve özgürlüklere ilişkin hükümler içermesi, kişiliği oluşturan diğer değer ve olguların korunmadığı anlamına gelmez. Hükümde sayılanlar dışında kalan kişisel varlıkların korunması BK md.19 aracılığıyla olur. Kişisel değerleri ihlal edici nitelikteki sözleşmeler BK md.19 f.2’ye göre hükümsüz kabul edilir. **DURAL/ÖĞÜZ**, s.135,136.

¹⁰⁹¹ Kişinin, hakkını yaşamı boyunca veya çok uzun süre kullanmayacağı sonucunu doğuracak işlemler örnek olarak gösterilebilir.

zordur. Böyle bir sorun, taraf iradelerinin yorumuyla çözülecektir. Eğer hak sahibinin vazgeçme taahhüdünde bulunduğu sonucuna varılırsa, bu taahhüde rağmen hak sahibinin hakkını kullanması mümkün olacak; ancak taahhüde aykırı davranmasının sonucu olarak da tazminat ödeme yükümlülüğünden söz edilecektir¹⁰⁹².

Feragatin, kanun tarafından aksi öngörülmedikçe herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı ileri sürülebilir. O halde feragat, açık bir irade açıklaması ile olabileceği gibi, örtülü bir irade açıklaması¹⁰⁹³ ile de gerçekleşebilir¹⁰⁹⁴.

2.Mali Haklardan Vazgeçme

FSEK’te feragat sözcüğü yerine vazgeçme kelimesi tercih edilmiştir. Vazgeçme başlığı altında düzenlenen madde sadece mali hakları konu alır. FSEK md.60’a göre “Eser sahibi yahut mirasçıları, kendilerine tanınan mali haklardan, önceden vaki tasarruflarını ihlal etmemek şartıyla, bir resmi senet tanzimi ve bu hususun Resmi Gazetede ilanı suretiyle vazgeçebilirler. Vazgeçme, ilan tarihinden başlayarak koruma süresinin bitmesi halindeki hukuki neticeleri doğurur”.

FSEK md.60’da mali haklardan vazgeçme yetkisine sahip olan kişiler olarak, eser sahibi ve mirasçıları gösterilmiştir. O halde, mali hakları eser sahibinden veya mirasçılarından devralmış kişilerin bu haklardan vazgeçebilmesi mümkün değil midir? Kural olarak, malvarlığına giren haklardan vazgeçilebileceğine göre, mali haklardan da vazgeçilebilmesi gerekir. FSEK md.60’da bir kanun boşluğu olduğu

¹⁰⁹² **PETER**, H., Verzicht auf Rechte und Befugnisse insbesondere im Obligationenrecht, AcP 200, 2000, s.160.

¹⁰⁹³ Örtülü (zımni) irade açıklamaları, beyanlar veya davranışlar aracılığıyla gerçekleşir. Başka bir deyişle, örtülü irade açıklamaları, bazen açık (sarîh) bir beyana eş tutulamayan fiili davranışlarla, maddi fiillerle meydana gelir. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.64,65.

Kanuni önalım hakkını kullanmaktan feragatin eski Medeni Kanun’da herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutulmadığı dönemde Tekinay, bazı tavır ve hareketlerin hakkı kullanmadan feragate denk düşeceğini vurgulamıştır. Yazar, böyle hallerde çok defa, şuf’a hakkını kullanmaktan feragatin mi, yoksa dürüstlük kuralı ışığında şufa hakkının artık kullanılamayacağı mı sözkonusu olduğunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Şefin pay satışı bizzat teşvik etmiş veya kolaylaştırmış olmasının, şufa hakkını kullanmaktan feragate denk düşüğünü ileri sürmüştür. **TEKİNAY**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988,s.64,65.

¹⁰⁹⁴ Bu konuda örnek olarak, iptal hakkından feragat gösterilebilir. İradesi saklatılan tarafın açıkça işleme icazet vermesi gibi, onun bu anlama gelen davranışları da iptal hakkından feragat sonucunu doğurabilir. **BUZ**, s.417.

İcazetin (bestätigung) bir tür feragat olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. **BUZ**, s.417, dn.103’de anılan yazarlar.

kabul edilirse¹⁰⁹⁵, bu boşluğun mali hakların malvarlığına giren haklardan ve bu nedenle de devralmış kişilerce vazgeçmeye tabi olacağı şeklinde bir yorumla doldurulması akla gelebilir. Ancak, doktrinde Ayiter, mali hakların özelliklerinden birisi olarak, FSEK md.59'a göre, eser sahibine geri dönmesini gerekçe göstererek mali hakları devralanın, mali haklardan vazgeçmeyi de kapsayacak şekilde bir tasarruf yetkisinin olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, hakkın devredilmesinin amacı, hakkın devralan tarafından kullanılmasıdır. Devralan, bu hakkı kullanmamak istiyorsa, eseri serbest bir eser haline getirmek istiyorsa, artık hakkın onda bulunmasının amacı ortadan kalkmış demektir. Amaç ortadan kalkınca da eser sahibine geri döner¹⁰⁹⁶. Oysa vazgeçme, bu yorumda dahi sonuç doğurur ve vazgeçenin malvarlığından bu hakkı çıkarır. Fakat bunun sonucunda hakkın kendisinin sona ermeyip eser sahibi veya mirasçılara dönmesi başka bir konudur. Burada vazgeçme işleminin hakkı devralanın tasarruf yetkisinde olmadığını söylebilmesi için, hakkı usulüne göre anlaştığı bir kişiye devretmeden malvarlığından çıkaramaması gerekir ki, Ayiterin de böyle bir iddiada bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mali hakları devralan kişinin vazgeçme beyanı ancak kendisi bakımından sonuç doğurur; yoksa eserin serbest eser haline gelmesine yol açmaz.

Sonuç olarak, eser sahibinin mali haklarına ancak eser sahibi veya mirasçuları son verebilir. Mali hakları bu kişilerden devralmış üçüncü kişilerin mali hakları herkes için sona erdirme yetkileri yoktur. Bu kişiler, devralmış oldukları mali hakları ancak kendileri bakımından eser sahibi ve mirasçuları lehine sona erdirebilir ya da kullanmama veya yararlanmama suretiyle etkisizleştirebilirler. Eseri kullanmayan ve ondan yararlanmayan mali hak sahiplerine karşı izlenecek yol ise, FSEK md.58'de eser sahibine tanınmış cayma hakkının kendilerine karşı kullanılması olabilir.

Eser üzerindeki mali haklardan vazgeçme, koruma sürelerinin dolmasından önce bu haklara son veren tasarruf işlemi olarak tanımlanır. Eser, serbest hale gelir ve herkes mali bakımdan bu eserden yararlanma imkanına kavuşur. Bu noktada, mali haklardan vazgeçme ile Eşya Hukuku anlamında mülkiyet hakkından vazgeçme (terkin) arasındaki farklılık kendini belli eder. Vazgeçme sonrasında mülkiyet konusu taşınır veya taşınmaz mal başkaları tarafından iktisap edilip, üzerinde tekrar mülkiyet hakkı

¹⁰⁹⁵ Arslanlı, bu konuda bir kanun boşluğu olduğunu ileri sürmektedir. **ARSLANLI**, s.189.

¹⁰⁹⁶ **AYİTER**, s.223.

kurulabilmesine rağmen, eser bakımından böyle bir sonuç sözkonusu olmaz. Mali haklardan vazgeçme daha çok kamu yararına yapılan bir tasarruftur¹⁰⁹⁷.

Mali haklardan vazgeçme ile mali haklar üzerinde tasarruf yetkisinden vazgeçme arasındaki farklılığa da dikkat çekilmelidir. Tasarruf yetkisinden vazgeçme mali hakkı kullanmaktan bir şahıs lehine tamamen vazgeçme, yani tam ruhsat tanımak amacıyla yapılabilir. Bu amaç dışında tasarruf yetkisinden süresiz feragat eser sahibinin manevi haklarını ihlal eder ve bu nedenle hükümsüz kabul edilir. Fakat böyle bir beyanın bazen BK.18 uyarınca yorumla vazgeçme sayılması da mümkündür. Süreli feragat ise, FSEK md.58 son fıkraya kıyasen sadece iki yıl için geçerli kabul edilir¹⁰⁹⁸.

Mali haklardan vazgeçilince, manevi haklardan da vazgeçilmiş sayılacak mıdır? FSEK md.60'da düzenlenen vazgeçme sadece mali hakları konu alır. Eser sahibi veya mirasçılarının mali haklara ilişkin korumadan vazgeçmiş olmaları, manevi hak korumasını da sona erdirdikleri anlamına gelmeyecektir.

3.Manevi Haklardan Vazgeçme:

a.Genel Olarak

Vazgeçme kavramı, bir hakkın salt kendisinden vazgeçmek olarak anlaşılmayıp, hakkın kullanımına ve korunmasına ilişkin kimi imkanlardan vazgeçmek olarak anlaşıldığı takdirde, vazgeçmenin (feragatin) manevi haklar bakımından da bir anlam ifade ettiği sonucuna varılır. Manevi hakların hukuka uygun bir şekilde kısıtlanması, vazgeçme kavramı içinde kendine yer bulabilir. Vazgeçme, sadece hakkı sona erdiren değil de, hakkı sona erdirmeyip kısıtlayan işlemleri de içine alan bir kurum olarak düşünüldüğünde, manevi haklardan vazgeçme (feragat) kavramı hukuki bir değer taşır. Bu anlamıyla vazgeçme, olası manevi hak ihlallerine karşı önceden verilmiş bir rıza (izin), manevi hak ihlallerinden doğacak taleplerden kısmen veya tamamen vazgeçme olarak değerlendirilebilir.

¹⁰⁹⁷ EREL, s.265.

Ayiter, vazgeçmeyi, eser sahibi tarafından topluma yapılmış bir jest, gösterilmiş bir büyüklük olarak değerlendirir. Yazar, ayrıca vazgeçmeyi konusu mali bir hak olsa dahi manevi tarafı üstün bir tasarruf işlemi olarak görür. AYİTER, s.223.

¹⁰⁹⁸ EREL, s.266.

Eser sahibinin manevi haklarını sona erdirmesi mümkün değilse de, manevi haklarını kısıtlaması mümkündür. Eser sahibi, manevi haklarını kısıtlarken bir taraftan MK 23'ün sınırları dahilinde hareket edecek, diğer taraftan FSEK'te manevi haklara ilişkin kısıtlamaları konu olan düzenlemelere tabi olacaktır.

FSEK md.14 f.3'e göre, "Eser sahibi eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür". Demek oluyor ki, eser sahibi şeref ve itibarını zedelediği müddetçe, eserinin umuma tanıtılması ve yayımlanması konusunda her türlü tasarrufta bulunabilir. Eser sahibi, eserin umuma arzı ve yayımlanması tarzına ilişkin olarak, şeref ve itibarını zedeledikçe kendi aleyhine kısıtlamalar getirebilecektir.

FSEK md.16 f.3'e göre, "Eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür". Eser sahibinin, eser üzerinde değişiklik yapılması yetkisinden tamamen feragat etmesi mümkün değildir. Eser sahibi, kendisinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değiştirmeleri yasaklama yetkisi dışında kalan yetkilerini kullanmaktan vazgeçebilir.

FSEK md.58 son fıkraya göre, "Cayma hakkından önceden vazgeçme caiz olmadığı gibi bu hakkın dermeyanını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de hükümsüzdür". Cayma hakkından, ancak cayma hakkı doğduktan sonra vazgeçilebilir. Cayma hakkının kullanılmasından ise ancak iki yıl süreyle vazgeçilebilir.

Doktrinde, manevi haklar ve vazgeçme kavramı yan yana konulduğunda ortaya çıkan görüş, manevi haklardan vazgeçilemeyeceği olmaktadır: Manevi haklar, tasarruf işlemine konu olamayacaklarından vazgeçmeye de elverişli değildirler¹⁰⁹⁹.

Manevi haklara yapılan bir tecavüz, uzun süre hoş görülümüş, örneğin eserde değişiklik yapılmasına itiraz edilmemişse, fiili bir feragatten söz edilebilecek midir? Manevi haklara yapılan tecavüze uzun süre itiraz edilmemesini Arslanlı tarafından fiili feragat karinesi olarak değerlendirilmektedir¹¹⁰⁰. Erel bu görüşe karşı çıkmakta ve manevi hakların şahsiyete ilişkin yönleri nedeniyle MK 23'e kıyasen kısmi bir vazgeçmenin dahi mümkün olmadığını kabul etmektedir. Ayrıca, FSEK md.60 hükmünde vazgeçme için öngörülen şekil şartlarının da böyle bir vazgeçme karinesinin kabul edilmesine engel olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁰¹.

İsviçre Hukukunda, manevi hakların vazgeçmeye konu olamayacağı, ancak manevi hak ihlallerinden doğan taleplerden vazgeçmenin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Eser sahibinin kişiliğiyle olan bağı nedeniyle, manevi haklar vazgeçilemez haklar olarak nitelendirilmektedir¹¹⁰². Nitelim kişilik haklarında bile, bazı ölçüler dahilinde "mağdurun rızası" hukuka uygunluk sebebi sayılarak haksız fiil sorumluluğunu kaldırabilmektedir.

İsviçre Hukukunda, manevi haklardan vazgeçmenin mümkün olduğunu savunan görüş, kanunda bu konuda aksi bir düzenlemenin olmamasına dayanır¹¹⁰³. Öte yandan, eser sahibinin, kendi adını koymadan eserini umuma arz edebilmesi de, manevi hakların vazgeçmeye konu olabileceğinin bir ispatı olarak görülmektedir. Başka bir deyişle, eser sahibinin ismi belirtilmeyen anonim eserlerin korunması, adın belirtilmesi yetkisinden vazgeçilebildiği anlamına gelmektedir. Eser sahibi, kendisine tanınmış hakların kullanımından başka, eser üzerindeki hakların tümünden de vazgeçebilir. Böylece, eser sahibinin eser üzerindeki hakları son bulmuş olur. Vazgeçme işleminin sınırı olarak, İsviçre Medeni Kanununun kişiliği koruyan 27 vd.

¹⁰⁹⁹ ARSLANLI, s.193,194; AYİTER, s.222; EREL, s.266.

¹¹⁰⁰ ARSLANLI, s.194.

¹¹⁰¹ EREL, s.266.

¹¹⁰² REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.160.

¹¹⁰³ BARRELET/EGLOFF, s.104; UHL, s.112.

İsv.ESHK md.16 f.1, eser sahibinin haklarının devredilebilir ve miras yoluyla intikal edebilir olduğunu düzenlemiştir. Eser sahibinin gerek mali hakları gerekse manevi haklarından vazgeçmeye ilişkin olarak herhangi bir hüküm içermemektedir.

maddeleri gösterilir. Bir yazarın, gelecekte meydana getireceği tüm eserlerini başka isimle umuma arzetmesini veya adın belirtilmesi salahiyetinden tamamen vazgeçmesini konu olan hukuki işlemler İMK md.27'ye aykırı olacağından, İBK md.20 uyarınca hükümsüz sayılacaktır¹¹⁰⁴. Esasen tasarruf işlemine konu olan şey (eşya veya hak), bu işlem sırasında mevcut olmalıdır.

Vazgeçme, eser sahibinin münhasır haklarını kesin olarak sona erdirmeye yönelik bir tasarruf işlemi olarak tanımlanabilirse de, bu özelliğe uygulamada nadiren bir anlam taşır. Vazgeçme, daha çok, eser sahibinin belirli bir kişiye karşı eser sahipliğinden doğan yetkilerini ileri sürmememe anlamını taşır. Bu şekliyle vazgeçme, mutlak bir hakkın devri sözkonusu olmadıkça, eser sahibi bakımından borçlandırıcı nitelikte bir katlanma yükümlülüğü doğurur¹¹⁰⁵.

Alman Hukukunda, Alm.ESHK md.29 eser sahibinin haklarının devredilemez olduğunu öngörürken, vazgeçme işlemine konu olup olmayacağı konusunda sessiz kalır. Doktrinde, eser sahibinin haklarına ilişkin devredilemezlik özelliği, vazgeçilemezlik özelliğini de kapsayacak şekilde anlaşılır. Eser sahibinin manevi hakkı, geniş anlamıyla düşünüldüğünde, tasarruf işlemlerine konu olabilecek kesin ve somut bir özellik taşımaz. Ancak, manevi hak, dar anlamıyla, Kanunda düzenlenmiş her bir yetki açısından düşünüldüğünde, belli sınırlar dahilinde, tasarrufa konu olabilir¹¹⁰⁶.

Eser sahibinin manevi haklarını kullanmaktan, yasaca getirilen korumadan vazgeçme Alman Hukukunda kabul görmektedir. Manevi haktan vazgeçme, aslında manevi haklara yapılacak müdahalelerin hukuka uygunluğu ve bu bağlamda kanunca tanınan yasaklama haklarından (verbotsrechte) vazgeçme şeklinde düşünülür¹¹⁰⁷.

Vazgeçmenin hukuk düzeni içindeki yerine ilişkin olarak üç farklı görüş dikkati çeker. Bir görüşe göre, vazgeçme, bir İbra sözleşmesi¹¹⁰⁸ olarak kabul edilmelidir.

¹¹⁰⁴ **BARRELET/EGLOFF**, s.104

¹¹⁰⁵ **UHL**, s.112. Borçlandırıcı nitelikte bir katlanma yükümlülüğü doğuran vazgeçme, böylece asıl anlamından uzaklaşmış olur.

¹¹⁰⁶ **LOEWENHEIM/DIETZ**, § 15, Kn.17; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.299,319; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.17.

¹¹⁰⁷ **SCHRICKER**, Einwilligung, s.409,410.

¹¹⁰⁸ İbra sözleşmesi – Erlassvertrag- AMK md.397'de düzenlenmiştir.

Diğer bir görüş, vazgeçmeyi hak ihlaline karşı hukuka uygun bir rıza olarak görürken, başka bir görüş borçlandırıcı etkiye sahip dava etmeme anlaşması (pactum de non petendo) olarak değerlendirir¹¹⁰⁹.

İlk iki görüşe karşı şu eleştirilerde bulunmak mümkündür: Vazgeçmenin ibra sözleşmesi olarak kabulü, ibra edilecek, vazgeçilecek taleplerin varlığını zorunlu kılar. İbra alacak hakları için sözkonusudur ve bir “borcun sona erme sebebi”dir. Oysa, eser sahibinin manevi hakkı, bir alacak hakkı değil, mutlak sonuç doğuracak şekilde devredilemez bir hukuki durumdur. Bu hukuki durumdan somut talepler ortaya çıktığında, sadece bu somut taleplerden feragat edebilmek mümkündür. Yoksa, eser sahibinin manevi hakkının kendisinin ibra sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir¹¹¹⁰. Eser sahibinin, önceden, belli hakları ileri sürmekten vazgeçtiği durumlarda, vazgeçme (feragat) sözleşmesinin kurulması sözkonusu olmaz¹¹¹¹.

Vazgeçmeyi hak ihlaline karşı hukuka uygun bir rıza olarak değerlendiren görüşse, eser üzerinde değişiklik yapılmasının men edilmesi gibi savunma haklarının kullanılmasından vazgeçmeyi kapsamına rağmen, örneğin esere erişim hakkı gibi olumlu taleplerin ileri sürülmesinden feragati içine almadığından dolayı eleştiriye maruz kalır. Üstelik, hukuka uygun rıza somut bir tecavüz için hukuka uygunluk sebebidir. İlerideki muhtemel tecavüzlerin tümünü kapsayan bir niteliği yoktur. Gerçekten de, esere erişim hakkı gibi taleplerin sözkonusu olduğu durumlarda, eser sahibinin onayladığı hukuka aykırı bir müdahalenin varlığına rastlanmaz. Böylece, aynı zamanda eser sahibinin kişilik haklarının ihlaline hukuka uygun bir rıza olarak da ortaya çıkan borçlandırıcı bir etkiye sahip dava açmama anlaşmasının (pactum de non petendo) en uygun bir çözüm olduğu düşüncesine varılabilir¹¹¹².

Sonuç olarak, hakları kullanmaktan vazgeçmenin hukuken sonuç doğurması, eser sahibinin manevi haklarının taşıdığı kişilik hakkı karakteri nedeniyle her olayda AMK md. 107 çerçevesinde eser sahibinin fiil ehliyetiyle ilgili değil, bilakis temel

¹¹⁰⁹ DIESELHORST, s.140.

¹¹¹⁰ DIESELHORST, s.140, 141.

¹¹¹¹ DIESELHORST, s.141.

İlerde ortaya çıkacak taleplerden feragat, caiz değildir. Aktüel talepler, feragatin konusu olabilir.

¹¹¹² DIESELHORST, s.141.

haklara uygunluğuyla ilgili bir meseledir. Alman Hukukundaki bu anayasal yaklaşım Türk Hukuku bakımından, kanaatimizce, yerini MK md.23'e bırakır: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz." Bu noktada, vazgeçmenin hukuki mahiyeti pratik açıdan çok önem taşımaz. Pratik açıdan önemli olan husus, eser sahibinin manevi haklarından ne ölçüde, hangi kapsamda feragat edebileceği sorusuna verilecek yanıttır. Fakat bu konuda da, bir fikir birliğine rastlanmaz¹¹¹³.

Alm. ESHK, manevi haklardan vazgeçilebilirlik hakkında herhangi bir açık hüküm içermez. Öğreti ve içtihatlarda hakim düşünce, eser sahibinin, manevi haklarından geçerli bir biçimde vazgeçebileceği yönündedir. Buna karşılık, öğretilerde bazı yazarlar eser sahibinin manevi haklarının, kişilik hakkı karakterinin eser sahibinin haklarının icrasından geçerli bir biçimde vazgeçme yükümlülüğü altına girmesini yasakladığı görüşündedirler. Diğer bir deyişle, eser sahibinin manevi haklarından vazgeçme geçersizdir¹¹¹⁴.

Alman Hukukuna göre eser sahibinin manevi haklarından vazgeçemeyeceği düşüncesi, Alm.ESHK'da yer alan 23, 39 ve 41.maddeler gözönünde bulundurulduğunda ikna edici olmaktan uzak görülür¹¹¹⁵.

Alm.ESHK md.23'e göre, eser sahibi, eserinin üçüncü kişi tarafından işlenmesine izin verebilir. Her eser işleme, eserin değiştirilmesi sonucunu doğurur. Bu doğrultuda, işleme konusunda verilen bir izin ister istemez zorunlu bir şekilde Alm.ESHK md.14'de düzenlenmiş eserin bütünlüğü üzerindeki hakkın kısıtlanması sonucunu beraberinde getirir. Öyle ki, eser sahibi her defasında eser sahibinin manevi haklarının vazgeçilemezliğine dayanarak, taraflar arasında kararlaştırılmış eserin işlenmesi hakkını engelleyebilseydi, işleme hakkının yasa tarafından düzenlenmiş olması anlamsız olurdu. O halde, Alm.ESHK md.23 eser sahibinin manevi haklarının kullanılmasından vazgeçmeye ilişkin özel bir durumu düzenlemektedir. Yasanın eser sahibinin manevi haklarını korumaya ilişkin

¹¹¹³ DIESELHORST, s.141.

¹¹¹⁴ DIESELHORST, s.137.

¹¹¹⁵ DIESELHORST, s.137,138.

hükümleri değerlendirilirken, yasa koyucunun eser sahibinin bu haklarından vazgeçme olasılığını da düşündüğü akıldan çıkarılmamalıdır.

Alman Hukukuna göre, eser sahibinin manevi haklarını kullanmaktan vazgeçebileceği, ayrıca Alm.ESHK md.39'dan da anlaşılabilir. Bu hükmün ikinci fıkrasına göre, lisans hakkı sahibinin, eser sahibinin rızası olmaksızın, Alm.ESHK md.13. ve md.14'de düzenlenmiş manevi haklara yönelik yaptığı müdahaleleri, AMK md.242 kapsamına girdiği ölçüde hukuka uygun sayılacaktır. Alm.ESHK md.39 f.2, eser sahibinin manevi haklarına yönelik hukuka uygun ve hukuka aykırı müdahaleler arasındaki ayrımı değil, rıza verilmemiş hukuka uygun müdahaleler ile rıza verilmiş hukuka uygun müdahaleleri konu alır. Alm.ESHK md.39 f.1'de, eser üzerindeki değişiklik yapma yasağının aksinin kararlaştırabileceği açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, Alm.ESHK md.39'dan eser sahibinin müsaadesiyle eser sahibinin manevi haklarına yönelik müdahalelerin esas olarak caiz olduğu, eser sahibinin yasaca kendisine tanınmış talepleri ileri sürmekten vazgeçebileceği anlaşılır¹¹¹⁶.

Son olarak, eser sahibinin manevi haklarından vazgeçebileceği Alm.ESHK md.41 f.4 ve Alm.ESHK md.42 f.2 c.1 hükümlerinden, aksi yorum yoluyla, anlaşılır. Bu hükümler, eser sahibinin önceden cayma hakkından vazgeçemeyeceğini düzenler. En azından Alm.ESHK md.42'de düzenlenmiş eser sahibinin değişen kanaati dolayısıyla cayma hakkını konu olan hüküm, yasa koyucunun vazgeçilebilirlik olasılığını hesaba kattığı düşüncesinin bir yansıması olarak görülebilir. Kanun koyucu, eser sahibinin manevi hakkını mutlak bir şekilde vazgeçilemez olarak görseydi, bu hükmü fazla bir hüküm olarak görmek gerekirdi. Her iki hüküm, gerek Alm. ESHK md.41 f.4 c.1, gerekse md.42 f.2 c.1, esas olarak, eser sahibinin manevi haklarından vazgeçebileceğine ilişkin olarak Kanun koyucunun arzusunu ve de yasanın yapısını göstermesi açısından dikkate değerdir¹¹¹⁷.

Vazgeçme hakkın sona ermesine yol açmaz. Özellikle, insan onuruyla ilgili anayasal düzenleme, kişinin mülkiyet hakkından vazgeçer gibi kişilik hakkından vazgeçmesini yasaklar. Çünkü, eser sahibinin manevi haklarının konusu eser

¹¹¹⁶ DIESELHORST, s.138.

¹¹¹⁷ DIESELHORST, s.137,138.

sahibinin eseriyle düşünsel ve kişisel bağlantısıdır. Dolayısıyla, bu bağlantıya zarar verme veya bu bağlantıyı ortadan kaldırma düşünülemez. Eser sahibinin manevi hakkı, diğer kişilik haklarından farklı kabul edilmedikçe bu düşünce geçerliliğini korur. Eser sahibinin manevi hakkından vazgeçme daima borçlandırıcı bir etkiye (schuldrechtliche wirkung) sahiptir. Buradaki vazgeçme, haktan vazgeçme değil, hakkın kullanılmasından vazgeçmedir¹¹¹⁸.

Hakların kullanılmasından vazgeçme, eser sahibinin haklarının olumsuz kullanılmasından ayırdedilmelidir. Örneğin, bir kitabı yayınlamamak, kamuya sunmamak kamuya sunma hakkından vazgeçme anlamına gelmez; aksine böyle bir tutum eser sahibinin manevi hakkının olumsuz tarzda kullanılması olarak değerlendirilmelidir. Aynı bakış açısı, kitabın isimsiz, anonim olarak kamuya sunulması veya takma isimle kamuya sunulması durumlarında da geçerlidir¹¹¹⁹. Hakkın olumsuz kullanılmasında, eser sahibi gelecek için kararını yeniden gözden geçirme hakkını saklı tutarken, haktan vazgeçmede eser sahibi, başka bir kişiye karşı kural olarak bir karşı edimin yerine getirilmesi karşılığında, vazgeçmeyle yükümlüdür. Başka bir deyişle, iki taraflı vazgeçme, burada kastedildiği anlamıyla, eser sahibinin manevi hakkından vazgeçmeyi kapsar. Sonuç olarak, azınlıkta kaldığı belirtilen karşı görüşe rağmen, Alman Hukukunda eser sahibinin manevi haklarının kullanılmasından vazgeçme hukuken geçerlidir¹¹²⁰. O halde, manevi haktan vazgeçme denilince, manevi hakkın kendisinden, özünden vazgeçme ile hakkın kullanımından vazgeçme kurumlarının birbirinden ayırdedilmesi gerekecektir. Alman Hukukunda manevi hakkın kendisinden vazgeçme ile manevi hakkın kullanımından vazgeçme konusunda yapılan ayırım, Türk Hukuku bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Hakkın kullanımından vazgeçme, eser sahibinin hakkını kullanmama konusunda verdiği bir taahhüt ve katlanma yükümlülüğü doğuran borçlandırıcı nitelikte bir işlem olarak yorumlanabilir. Eser sahibi, manevi haklarından bu hakları sona erdirecek şekilde vazgeçmemelidir.

¹¹¹⁸ **DIESELHORST**, s.139.

¹¹¹⁹ **DIESELHORST**, s.140; Krşl. **SCHRICKER/DIETZ** § 13,23 ; **ULMER** § 89 III 1.

¹¹²⁰ **DIESELHORST**, s.140.

b.Tasarruf İşlemi Olarak Vazgeçme

Vazgeçme, bir tasarruf işlemi olarak, vazgeçmeye konu olan hakkın sona ermesine yol açar. Bu anlamıyla, vazgeçme, mutlak vazgeçmedir. Tarafların aralarındaki anlaşmaya göre, hakkın bir kısmı sona erdirebileceği gibi bütünü de sona erdirilebilir.

Eser sahibinin manevi haklarının tamamını veya bir kısmını sona erdirecek bir vazgeçme anlaşması hukuka uygun olarak görülmez¹¹²¹. Ancak, manevi haklara yapılmış müdahalelerden doğan somut taleplerden –ibra sözleşmesi aracılığıyla- vazgeçmek kabul görür¹¹²². Bu noktada, borç ilişkisinin sona ermesine yol açan, tasarrufi nitelikte bir sözleşme sözkonusudur¹¹²³.

Vazgeçmeye konu olan, manevi haklara ilişkin ihlallerden doğan taleplerden vazgeçmedir. Başka bir deyişle, manevi haklara ilişkin bir yetkinin, mutlak vazgeçme şeklinde kaybı sözkonusu değildir. Eser sahibinin manevi hakları, eskisi gibi varlığını sürdürmeye devam eder.

İbra sözleşmesi, ibraya konu olacak taleplerin varlığını şart koşar¹¹²⁴. Beklenen taleplerle ilgili olarak ibra sözleşmesinin yapılmasına eser sahibinin hakları bağlamında hiç kullanılmadan doğan cayma hakkı¹¹²⁵ ve değişen kanaat nedeniyle

¹¹²¹ MATANOVIÇ, s.116.

¹¹²² HEIDMEIER, s.96; SCHRICKER, Einwilligung, s.413; V.GAMM, § 14, Kn.7; HUBMANN, Urheberrecht, s.217; RIEDEL, § 11, Anmerk. B; SEETZEN, s.64.

¹¹²³ PALANDT-HEINRICHS § 397 BGB, Kn.11. Mali haklardan yararlanma yetkisi sahibinin, bu yetkisini üçüncü kişiye devretmesi ve bu kişinin manevi hak ihlalinde bulunması durumunda, eser sahibi ile mali haklardan yararlanma yetkisine sahip kişiyle yapılacak bu ibra sözleşmesi, sözkonusu üçüncü kişiyi etkilemez.

İbra sözleşmesi üçüncü kişi lehine olamaz. BGH NJW 94, 2483; KG OLGZ 78 s.67,71, PALANDT-HEINRICHS § 328 BGB, Kn. 8.

¹¹²⁴ RGZ 124, s.325,326 ve 148, 257,262; OLG München GRUR 1986, s.460,463-Die unendliche Geschichte; DIESELHORST, s.140; V.GAMM, § 14, Kn.7, DASCH, s.29; V.WELSER, s.59.

¹¹²⁵ Alm.ESHK md.41 f. 4 hükmüne göre cayma hakkından önceden vazgeçilemez. Cayma hakkının kullanılması, önceden yapılacak anlaşmalarla beş yıldan fazla süre için yasaklanamaz. FSEK md.58, beş yıllık süre yerine iki yıllık süreyi benimsemiş olmanın dışında, benzer bir düzenleme getirmiştir.

cayma hakkına¹¹²⁶ ilişkin hükümleri kıyasen engel oluşturabilirken, genel hükümler bağlamında sorumsuzluk anlaşması hükümleri¹¹²⁷ set çekebilir¹¹²⁸.

c.Borçlandırıcı İşlem Niteliğindeki Vazgeçme

Tasarruf işlemi niteliğindeki haktan vazgeçmenin aksine, borçlandırıcı vazgeçmede (obligatorischer Verzicht) borçlandırıcı bir işlem olarak, sadece hakkın kullanımından vazgeçme gündeme gelir¹¹²⁹.

Alacak hakkını kullanmama taahhüdü veya dava etmeme sözleşmesi¹¹³⁰, alacaklı ile borçlu arasında gerçekleşen ve alacaklının borçluya karşı alacak talebini ileri sürmeme yükümlülüğü altına girdiği karşılıklı bir anlaşma olarak açıklanır¹¹³¹. Sözleşme, talebin sükut etmesine yol açmaz. Borçluya edimden kaçınma hakkı, def'i (einrede) imkanı verir. Alacak hakkını kullanmama taahhüdü, süreli olabileceği gibi süresiz olarak da yapılabilir. Süresiz alacak hakkını kullanmama taahhüdü, sonucu itibariyle ibra sözleşmesine yaklaşır¹¹³². Borçlandırıcı sözleşme olarak, alacak hakkını kullanmama taahhüdü sadece taraflar arasında etkili ve bağlayıcıdır.

¹¹²⁶ Alm.ESHK md.42.f.2'ye göre, cayma hakkından önceden vazgeçilemez. Hakkın kullanımı yasaklanamaz.

¹¹²⁷ AMK 276 f.3' göre borçlu kastından (Vorsatz) doğan sorumluluğa ilişkin olarak önceden sorumluluktan kurtulamaz. Demek oluyor ki, borçlu kasti davranışlardan dolayı, (vorsätzliches Handeln) sorumsuzluk (haftungsausschluss) konusunda bir anlaşma yapamaz.

¹¹²⁸ Doktrinde, her ne kadar eser sahibi ile eserden yararlanan arasındaki menfaat durumu beklenen talepleri konu alan ibra sözleşmesini ihtiyaç olarak gösterse de, mevcut düzenlemeler karşısında, böyle bir çözümün, istekten öteye geçmeyeceği ifade edilmektedir. **SCHRICKER**, Einwilligung, s.409,416; **MATANOVIÇ**, s.117.

¹¹²⁹ **DIESELHORST**, s.139; **OSENBERG**, s.141.

¹¹³⁰ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.989; **OSENBERG**, s.44; **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.319, s.279. Rehbinder, bu noktada, manevi hakların ihlalden kaynaklanan taleplerin ileri sürülmesinin vazgeçilmesinden bahseder.

Bu kavramla, manevi haklara ilişkin yetkilerin kullanılmasından kaçınmayı konu alan borçlandırıcı nitelikte bir yükümlülüğten bahsedilir. **BULLINGER**, Praxiskommentar vor § 12 vd. Kn.7

Öte yandan, Dieselhorst, alacak hakkını kullanmama taahhüdünü, hukuka uygun şekilde verilmiş bir rıza olarak değerlendirir. **DIESELHORST**, s.141.

Bir mahkeme kararında (OLG München GRUR 1986, s.460,463-Die unendliche Geschichte), kullanılan rıza kavramı –einwilligung- manevi haklardan doğacak talepleri ileri sürmeme anlamında kullanılmıştır ki; bu bakımdan alacak hakkını kullanmama taahhüdünün başka bir şekilde ifade edilmiş tarzı olarak kabul edilebilir. Bu görüş, doktrinde v. Gamm tarafından ifade edilir. **V.GAMM**, § 14, Kn.7.

¹¹³¹ Alacaklı ile borçlunun ancak gelecekteki taleplere ilişkin böyle bir anlaşma yapılabileceği savunulur. **MATANOVIÇ**, s.118.

¹¹³² **LARENZ**, SR. AT., § 19 I, s.270.

Alacak hakkını kullanmama taahhüdü, üçüncü kişi yararına yapılabilir. Üçüncü kişi yararına yapılacak ibra kabul görmediğinden, üçüncü kişiyi ibraya yönelik olarak yapılmış anlaşmalar, alacak hakkını kullanmama taahhüdü olarak nitelendirilir. Böylece, yararına sözleşme yapılmış kişi, alacaklı tarafından yöneltilecek talepleri yerine getirmekten kaçınma imkanına kavuşur¹¹³³.

Manevi haklara ilişkin yetkilerin sınırlanmasına ilişkin olarak alacak hakkını kullanmama taahhüdü, sözleşmenin iki tarafı arasında nisbi bir etkiye sahiptir. Oysa, lisans hakkı sahibinin hakkını üçüncü bir kişiye devriyle ortaya çıkan üçlü ilişkide¹¹³⁴, yeni lisans hakkı sahibinin manevi haklara müdahalesi etmesi durumunda eser sahibine karşı olan sorumluluğu, alacak hakkını kullanma taahhüdünün uygulama alanı dışında kalır. Doktrinde, alacak hakkını kullanmama taahhüdünün tanıdığı defa hakkının devrinin mümkün olup olmadığı tartışılır¹¹³⁵. Bu

¹¹³³ MüKo-SCHLUTER, § 397 BGB, Kn.9; STAUDINGER-KADUK, 12.Aufl. § 328 BGB, Kn.29, 32.

¹¹³⁴ Bu olasılık Alm. ESHK md.34 kapsamına girer.

FSEK md.49'a göre, "Eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir".

¹¹³⁵ Bu konuda AMK md.413 ve md.398'in uygulama alanı tartışılır. MATANOVIÇ, s.118; V.WELSER, s.84 vd. AMK md. 398, alacağın temlikini –übertragung einer forderung- konu alır. AMK md.413 ise, diğer hakların devrini –übertragung anderer Rechte- düzenlemektedir.

Türk Borçlar Kanununun 162 ila 172 maddeleri arasında düzenlenen alacağın temlik hükümleri, alacak niteliği taşımayan hakların, aynı hakların ve yenilik doğuran hakların devrine uygulanmaz. Bazı aynı haklar (menkul rehni) ve bazı yenilik doğuran haklar (örnek olarak seçim hakkı) ancak bunların bağlı olduğu alacağın temlikleriyle birlikte intikal ederler.

Temlik engellerinden biri de, işin niteliğidir. Bir borç ilişkisinde alacak hakkı ile alacaklının kişisel özellikleri arasında yakın bağıllık bulunan hallerde, alacağın temlik alacağın içeriğinde değişikliğe yol açacağı için, işin niteliği temlike engel olur. OĞUZMAN/ÖZ, s.934.

Geniş anlamda bir borç ilişkisinde mesela sözleşmede taraf olma durumunun başkasına devri için alacağın temlik hükümleri yeterli değildir. Özel bir düzenleme bulunmadıkça, devretmek isteyen taraf için sözleşmeden doğan alacak ve borçran devri usulüne ayrı ayrı başvurmak gerekir. OĞUZMAN/ÖZ, s.921.

Borç ilişkileri, kural olarak devredilebilir özellik taşırlar. Borçlar Hukukunda kendi niteliği gereği devredilemeyen sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bir sözleşmenin şahsa bağlı olup olmamasının değerlendirilmesinde, tarafların iradeleri belirleyicidir. AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.93.

Sözleşme taraflarının, sözleşmeyi kurarken taraflardan birinin veya her ikisinin kişiliğini önemli olarak gördükleri durumlarda, "intuitus personae" (kişiliğin göz önünde tutuluşu) nın varlığından söz edilir. Bu unsur, yayın sözleşmesi bakımından ele alan Franko'ya göre, yayınlayanın, eserin bizzat eser sahibi tarafından meydana getirilmesinde menfaati vardır. Aynı unsur, eser sahibi bakımından da sözkonusu olabilir. Bu kişinin, eserin yayınlanacağı yayınevi konusunda menfaati vardır. Bu ilke, bir işin yapılmasını konu alan güven unsurunun önemli olduğu hukuki ilişkilerde görülür. FRANKO, Yayın Sözleşmesi, s.9.

"Intuitus personae", sadece geniş anlamda borç ilişkilerine özgü olmayıp, dar anlamda borçlar için de uygulama alanı bulur. Gerek dar anlamda borçların naklinde, gerek sözleşmenin devrinde, alacaklının veya kalan tarafın muvafakati ile, devri veya yüklenme mümkün olur. HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.316,317.

Eser sahibinin manevi hakları bakımından düşünüldüğünde, kanaatimizce, alacak hakkını kullanmama taahhüdüne dayanarak borçlunun ifadan kaçınma hakkı, gerek alacağın temlik hükümlerine kıyasen,

tartışmanın pratik açıdan önemi, manevi hakka müdahale konusundaki bir yetkinin, bir üçüncü kişinin kullanımına bırakılıp bırakılmayacağı veya bir üçüncü kişiye devredilip devredilemeyeceğidir. Bir mimarın, mimari eserin Eşya Hukuku anlamındaki malikine eser üzerinde değiştirme yetkisi tanınması durumunda, malik bu yapı eserini üçüncü bir kişiye devrederse, yeni malikin yapı eseri üzerinde değişiklikte bulunma hakkından bahsedilebilecek midir? Bir görüşe göre, Eşya Hukuku anlamındaki mülkiyet sahibiyle, eser sahibi arasında yapılmış alacak hakkını kullanmama taahhüdünden doğan savunma hakkına, yeni malikin de sahip olacağı ileri sürülmektedir¹¹³⁶.

Bu görüşe karşılık, kanaatimizce de haklı olarak¹¹³⁷, alacak hakkını kullanmama taahhüdünden doğan edimden kaçınma hakkının, alacağın temlik hükümlerine kıyasen üçüncü kişiye devrinin sözkonusu olamayacağı, çünkü def hakkının sadece eser sahibi ile alacak hakkını kullanmama sözleşmesinin karşı tarafı olan kişi arasında etkili olacağı ileri sürülmektedir. Bu nedenle, üçlü ilişkiler bakımından bir çözüm olarak “üçüncü kişi lehine alacak hakkını kullanmama taahhüdü” önerilmektedir¹¹³⁸. Üçüncü kişi lehine sözleşme (BK md.111), sözleşmenin etkisinin sözleşmenin kurulmasına katılmayan kişiye genişletilmesini sağlayan önemli bir yoldur. Bu imkanla, üçüncü kişi, dava etmeme sözleşmesinin kapsamında kalan ihlaller bakımından, eser sahibine karşı def’i hakkına sahip olur. Sözleşmenin kurulduğu esnada, üçüncü kişinin belli olmasına gerek yoktur. Kişisel veya nesnel

gerekse sözleşmede taraf olma durumunun veya sözleşmenin devrine ilişkin kurumlara dayanılarak üçüncü kişiye devredilemez. Eser sahibi, manevi haklarını konu olan alacak hakkını kullanmama taahhüdünde bulunurken, borçlunun kişiliğini gözönünde bulunduracaktır. Nasıl ki FSEK md.49 uyarınca eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebiliyorsa, manevi haklara ilişkin alacak hakkını kullanmama taahhüdü bakımından da benzer bir çözüm önerilebilir.

¹¹³⁶ V.WELSER, s.85.

AMK md. 413, md. 398’de düzenlenen alacağın temlikine ilişkin hükümlerin, kanunda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer hakların devrinde de, hakkın mahiyetine uygun düştüğü oranda, uygulanabileceğini öngörmektedir. Diğer haklar ile, Eşya Hukukundan Fikri Hukuka kadar alacak hakkı dışında kalan tüm haklar anlaşılır. Elbette Eşya Hukukuna ilişkin, kanunda ayrı düzenlemeler olduğundan, alacağın temlikine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Aile Hukukuna ilişkin talepler de mahiyeti gereği, alacağın temlik hükümlerine tabi olmayacaktır. Eser sahibinin haklarına ilişkin devir konusunda da özel hükümlerin –örneğin Alm. ESHK md.29- varlığı nedeniyle de AMK md.413’ün uygulama alanı bulmayacağı düşünülse de, eser sahibinin haklarının mali yönü gözönünde bulundurulduğunda, en azından kıyasen bir uygulama imkanının olduğunu kabul edilebilir. AMK md.413 ile kısa açıklamalar için bkz.Handkommentar-BGB SCHULZE, 3.Auflage, Nomos Verlag, 2003.

¹¹³⁷ Bkz. 263 no’lu dipnot.

¹¹³⁸ PALANDT-HEINRICHS, Einf v.§ 328 BGB, Kn.8; GERNHUBER, § 22 II 3 s.544; MüKo-GOTTWALD, § 328 BGB, Kn.22.

ölçütlere göre belirlenebilir olması gerekli ve yeterlidir¹¹³⁹. Ancak bu hükme göre üçüncü kişiye de eser sahibine karşı savunma hakkı tanımak için, BK md.111 f.2 uyarınca, ya sözleşmede bu savunmayı üçüncü kişinin de (örneğin, mimari eseri malikten satın ve devralan kişilerin de) yapabileceğine dair açık hüküm bulunmalı ya da örf ve adete göre üçüncü kişinin bu hakkı bizzat kullanması kabul ediliyor olmalıdır¹¹⁴⁰.

Alacak hakkını kullanmama taahhüdünün konusunu, beklenen talepler kadar mevcut talepler de oluşturabilir. Manevi haklara ilişkin olarak, alacak hakkını kullanmama taahhüdü iki işleve sahip olabilir. Birinci olarak, manevi hak ihlallerinden doğan taleplere, örneğin tazminat taleplerine ilişkin olarak alacak hakkını kullanmama taahhüdü akla gelebilir. İkinci olarak, manevi hakların kullanılmaması borcunu doğuran alacak hakkını kullanmama taahhüdü düşünülebilir. Eser sahibi, bazı yetkilerini kullanmama yönünde taahhütte¹¹⁴¹ bulunabilir. Örneğin, eser sahibi-lisans veren, lisans alanla yapacağı sözleşmede, sözleşme süresince eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisini kullanmayacağı taahhüdünde bulunabilir. Böyle bir taahhüd kanaatimizce hukuka uygundur¹¹⁴². Menetme yetkisini kullanmayacağı taahhüdünde bulunan eser sahibi, sözleşmeden doğan bu

¹¹³⁹ MüKo-GOTTWALD, § 328 BGB, Kn.24.

¹¹⁴⁰ Ancak belirtelim ki, öğretide artık doğrudan MK md.2'ye dayandırılan “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” teorisi ile, BK md.111 şartları aranmadan da üçüncü kişilerin taraf olmadıkları sözleşmelerden doğan hakları bizzat kullanabilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.796 vd.

¹¹⁴¹ Alacak hakkını kullanmama taahhüdü, nisbi nitelik taşıyan alacak hakkının ileri sürülmemesi için akla gelen bir kurum olsa da, mutlak hak niteliği taşıyan manevi hakların sözleşme ilişkisine konu olması durumunda da, kanaatimizce alacak hakkını kullanmama taahhüdünden bahsetmek mümkündür. Ancak, bu durumda, “alacak hakkını kullanmama taahhüdü” yerine “hak veya yetkiyi kullanmama taahhüdü” ifadesi uygun düşebilir. Teorik olarak düşünüldüğünde, mülkiyet hakkı sahibi yapacağı bir sözleşmeyle mülkiyet hakkını oluşturan kimi yetkileri –kullanma ve yararlanma gibi-kullanmayacağı şeklinde bir taahhüde bulunabilir. Ancak, böyle bir taahhüt borçlandırıcı işlem niteliğinde olacak, intifa ve süknâ hakkı gibi hakların varlığından bahsedilemeyecektir.

¹¹⁴² Eser sahibinin bulunacağı taahhüdün sınırlarını, eser sahibinin şeref ve itibarı oluşturacaktır. Şeref ve itibarı zedeleyen anlaşma, geçersiz sayılır. Bu sonuca, kişiliği koruyan MK md.23 aracılığıyla ulaşılabilir. FSEK md.16 f.3 gereği, eser sahibinin kayıtsız şartsız izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedebilecektir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür. Hüküm, eser sahibinin menetme yetkisinden vazgeçmesini hükümsüz saymaktadır. Eser sahibinin, menetme yetkisini kullanmayacağı şeklinde bir taahhütte bulunması bu hüküm kapsamında değildir. Dolayısıyla, eser sahibi eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerde bulunması durumunda menetme yetkisini kullanmayacağı taahhüdünde bulunabilir. Ancak her an için bu taahhüde aykırı davranıp, menetme yetkisini kullanmayı elinde tutmaktadır. Eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen değiştirmeler karşısında menetme yetkisini kullanmayacağı taahhüdünde bulunması ise kişiliği koruyan hükümlere aykırılık oluşturduğundan geçersiz sayılır.

yükümlülüğüne uymazsa sözleşmeye aykırı davranmış olur ve borca aykırılığın sonuçlarına katlanır. Ancak, eser sahibi, taahhüdünü ifaya zorlanamaz.

F.İzin (Einwilligung)

İzin, bir hukuki işlemde veya haksız fiilden önce yapılan irade açıklamasıdır. Manevi haklar bakımından izin, manevi haklara müdahale yapılmadan önce eser sahibinin müdahaleye müsaade etmesi şeklinde anlaşılabilir. İzin, yapılacak müdahaleyi hukuka uygun hale getirmekten başka, izin verilmemiş olsaydı talep edilebilecek tazminat taleplerini ortadan kaldırdığı için, vazgeçme olarak da değerlendirilmektedir¹¹⁴³. Ancak, böyle bir değerlendirmenin doğruluğu tartışmalı olacaktır. Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin olarak yapılacak müdahaleye izin vermesi (rıza göstermesi), iznin sınırları dahilinde yapılacak eylemleri hukuka uygun kılar. Bu durumda, eser sahibi müdahalenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek tazminat isteminde bulunamayacaktır. Haksız fiillerde karşımıza hukuka uygunluk nedeni olarak çıkan “mağdurun rızası” kavramını, “vazgeçme” olarak değerlendirmek en azından Türk Hukuku bakımından kabul edilmesi zor bir görüştür. Henüz doğmamış taleplerden vazgeçme, Türk Hukukunda kabul görmez.

Hukuki işlemlerin geçerliliğinde de kendine önemli bir yer bulan izin kavramı, haksız fiil hukukunda “mağdurun rızası” kavramı olarak karşımıza çıkar.

Mağdurun rızası, haksız fiil işlenmeden önce yapılmış irade açıklaması olarak tanımlandığında aslında mağdurun izni anlamına gelir. Ancak, doktrinde mağdurun izni kavramı yerine, mağdurun rızası kavramı kullanılmaktadır. Hukuki işlemler

¹¹⁴³ Gerek doktrinde, gerek mahkeme kararlarında eser sahibinin rızasının, manevi haklara müdahalelerin hukuka aykırı sayılmasını engelleyeceği ifade edilmekte; eser sahibinin rızası, kimi zaman devir kimi zaman vazgeçme olarak değerlendirilmektedir. **KREILER/WALLNER**, ZUM 1997, s.625,628; **SCHRICKER**, Einwilligung s.409. Schricker, burada Einwilligung kavramı yerine Gestattung kavramını kullanmaktadır. **HEIDMEIER**, s.97; **SCHRICKER/DIETZ**, vor § 12 Kn.28; **LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURGER**, ZUM 1996, s.631,634; **WEDEMEYER**, FS Piper, s.787, 797; **HABERSTUMPF**, Kn.419.

Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, kişinin bir hukuk normunun kendisine yönelik korumasından vazgeçmeye –kural olarak- yetkili olmasıyla açıklanır. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.500, dn.29.

Kanaatimizce, hakkın kendisinden vazgeçme ile hakkın sağladığı koruma imkanlarından vazgeçme farklılık arzeder. Ancak, hakkın koruma imkanlarından vazgeçmenin, hukukça yasaklanmamış olması gerekir. Şahıs varlığı hakları bakımından ve eser sahibinin manevi hakları bakımından böyle bir olasılık, ancak dava haklarını kullanamaya ilişkin bir taahhüt şeklinde belirebilir.

bakımından bakıldığında, rıza, iznin yanından icazeti de içine alacak şekilde daha geniş kapsamlı düşünülür.

Rıza, zararın doğumundan önce gösterilir. Haksız fiilin meydana gelmesinden sonra gösterilen rıza, işlenen fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmaz; tazminat talebinden vazgeçme olarak yorumlanır Rızanın, yasaklayıcı ve emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve özellikle kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Rızanın geçersiz sayılması durumunda, hukuka aykırılık ortadan kalkmamakla birlikte birlikte kusur olgusu gerçekleşir ve BK md.44'ün uygulanmasıyla zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarında indirim yapılır¹¹⁴⁴.

Kişilik haklarıyla ilgili olarak rızanın¹¹⁴⁵ etkisi ve hukuki niteliği konusunda tartışmalar, eser sahibinin manevi hakları bakımından da varlığını sürdürür. Verilen rızanın manevi hakka yapılan müdahalenin hukuka aykırı niteliğini¹¹⁴⁶ ortadan kaldıracığını belirtmek gerekir¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.502; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.490,491.

¹¹⁴⁵ Kişinin, kişilik hakkına yapılacak müdahalelere rıza göstermesi, kişilik hakkından vazgeçme değil olsa olsa kişilik hakkına ilişkin koruma imkanlarından vazgeçme olarak değerlendirilebilir.

Kişilik haklarından vazgeçme beyanı BK md.20 anlamında geçersizdir. Ancak, bu yasak, kişilik hakkının kapsamı içine giren münferit bazı maddi veya manevi varlıklardan vazgeçmeyi her zaman geçersiz kılmaz. OĞUZMAN/ÖZ, s.500, dn.30.

¹¹⁴⁶ Eser sahibi manevi haklarına müdahalede bulunulmasına rıza gösterdiğinde AMK md.97'de kendisine tanınmış hukuki koruma imkanlarını kullanamayacak ve aynı şekilde kişilik haklarının da ihlal edildiğini ileri sürerek AMK md.823'e başvuramayacaktır. Türk Hukuku bakımından da, eser sahibi manevi haklarına müdahale yapılmasına rıza göstermişse, FSEK'te kendisine tanınmış tazminat ve diğer koruma yollarına başvuramayacak ve yine aynı şekilde kişilik hakkının da ihlal edildiğini ileri sürerek MK'nun tanıdığı koruma yollarından yararlanmayacaktır;çünkü ortada hukuka aykırı bir durum olmayacaktır.

¹¹⁴⁷ Praxiskommentar- V.WOLFF, § 97, Kn.29; SCHRICKER, Einwilligung s.411; SCHRICKER-WILD, § 97, Kn.19; SCHILCHER, s.148; FEDERLE, Markus Alexander, Der Schutz der Werkintegrität gegenüber dem vertraglich Nutzungsberechtigten im deutschen und US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1998, s.78; METZGER, Das Droit Moral, s.40, dn.229. Metzger, AMK'nın haksız fiil hükümleriyle ilgili açıklamalarına yollama yaparak, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar, rızayı, hukuka uygunluk nedeni olmaktan çok, haksız fiilin meydana gelmesini engelleyen unsur olarak görmektedir. Öyle ki, rıza haksız fiilin olumsuz unsurlarından biridir. Bu konudaki dayanak noktası, Medeni Kanunda düzenlenmiş kişilik haklarıyla özel kanunlarda düzenlenmiş kişilik haklarına ilişkin düzenlemelerin karşılaştırılmasından çıkmaktadır. Örneğin, Alm. SEK md.22, kişinin resminin –bildnisse- kamuya sunulabilmesi için rıza şartını öngörmektedir. Bu anlamda rıza, meydana gelen haksız fiilden dolayı sorumluluğu ortadan bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp, haksız fiilin meydana gelmesini engelleyici bir unsurdur. WELSER, s.61, DASCH, s.35.

FSEK’te, manevi haklara ilişkin olarak rıza kavramı yerine daha çok izin kavramı kullanılmaktadır. FSEK’te geçen izin kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda, kanunda herhangi bir açıklama yoktur¹¹⁴⁸.

Eser sahibi, FSEK md. 14 gereği, umuma arz yetkisini kullanmayı başkasına bırakmış olabilir. Bu yetkinin başkası tarafından kullanılması, eser sahibinin izniyle olur.

FSEK md.16 f.2’de ise, kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmelerin eser sahibinin izni olmaksızın dahi yapılabileceği öngörülmektedir. Bu hüküm, mali hakkı devralmış veya mali hak üzerinde lisans hakkı elde etmiş bir kişi, mali haktan gereği gibi yararlanmak konusunda bir imkan sağlamaktadır. Ancak, mali hakkı kullanan kimse, teknik icabı zaruri görülen değiştirmeler dışında da, eser üzerinde değişiklik yapmak isteyebilir ki, bu durumda eser sahibinin iznini alması gerekir. Eser sahibinin izni olmadan, eser üzerinde değişiklik yapılması eser sahibinin mutlak hakkına; manevi hakkına tecavüz teşkil eder ve tecavüz eden haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat yükümlülüğüyle karşı karşıya kalır. Eser sahibi ile tecavüz eden arasında mali hakkın devri veya lisans anlaşması olması, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin de uygulanmasını mümkün kılar.

Öte yandan izin kavramı sadece manevi haklara ilişkin hükümlerde değil, mali haklara ilişkin hükümlerde de yer bulabilmektedir. Yayma hakkını düzenleyen FSEK md.23 f.2’de izin kavramına yer verilir.

FSEK’te, izin kavramı yerine rıza kavramının kullanıldığı hükümler de mevcuttur. FSEK md.7 uyarınca, hak sahibinin “rızasıyla” umuma arzedilen eser alenileşmiş sayılacaktır¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ İzin kavramı, mali haklara ilişkin ruhsat-lisans verilmesini de kapsayacak şekilde geniş anlaşılabilir. **BEŞİROĞLU**, s.573.

Lisans kavramının, latince izin vermek anlamı taşıdığı gözönünde bulundurulduğunda, ortaya çıkan sonuç dikkat çekicidir. Mali hakların kullanılmasına ilişkin olarak tercih edilen lisans kavramı, manevi hakların kullanılması konusunda da kendine yer bulabilecektir. Ancak, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerde lisans kavramı yerine izin kavramının tercih edilmesi, manevi hakların mali haklardan farklılığını vurgulamak bakımından daha doğru bir tercihtir.

FSEK md.80’de, “eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin *izniyle* bir eseri özgün biçimde yorumlayan...” ifadesi dikkat çeker.

Doktrinde manevi haklara ve hatta mali haklara ilişkin hükümlerde geçen izin kavramının hukuki niteliği üzerinde durulmamakla beraber, FSEK md.80’de geçen “izin”den ne anlaşılması gerektiği noktasında fikir yürütülmüştür. İcracı sanatçının, eser sahibinden, eserini icra etmek için izin istemesi, FSEK md.24’de eser sahibine tanınan doğrudan temsil hakkının devri veya kullanımının kendisine bırakılmasını istemek olarak yorumlanmıştır¹¹⁵⁰. Dolayısıyla izin ya hakkın devri ya da hakkın kullanılmasının devri şeklinde anlaşılabilir geniş bir kavramdır. İzin kavramının lisans kavramıyla ilişkisi de dikkat çekicidir.Eski Yunanca ve Latince’den gelen (licare) lisans kavramı izin vermek, yetkili kılmak anlamına gelmektedir¹¹⁵¹. Bu bakımdan mali haklara ilişkin hükümlerde izin kavramının kullanılması doğaldır. Burada da izin kavramı, hak devri veya kullanma yetkisinin devri anlamında kullanılmıştır. O halde, manevi haklara ilişkin hükümlerde kullanılan izin kavramıyla ne kastedilmektedir? İzin kavramı geniş ve üst kavram olduğuna göre izinle ne kastedildiğini anlayabilmek için tarafların iradesine ve manevi hakların mahiyetine dikkat etmek gerekecektir. Manevi hakların eser sahibinin kişiliğiyle olan bağı gözönünde bulundurulduğunda, manevi haklara ilişkin izin, manevi hakların devri olarak anlaşılacaktır. Dolayısıyla mali haklar bakımından izin kavramıyla hakkın devri, malvarlığından çıkışı anlaşılabilirken, manevi haklar bakımından izin hakkın devri anlamını taşımayacaktır. Bu noktada olsa olsa hakkın kullanımının devrinden veya katlanma yükümlülüğünden bahsedilecektir¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ Başka bir deyişle, hak sahibinin rızası olmadan, yayımlanan bir eser, çoğaltılan bir eser, alenilemiş sayılmayacaktır. Aleniyet kavramı, koruma sürelerinin başlangıcı bakımından önem taşır. FSEK md.26 f.3 c2 gereği, koruma süresi, eserin alenileşmesinden önce cereyana başlamaz.

Öte yandan, FSEK md.85 ve md.86’da ise, “muafakat” kelimesi tercih edilmiştir. Örneğin FSEK md.86 f.1’e göre, “Eser mahiyetinde olmsalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19’uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez.

¹¹⁵⁰ **ARKAN**, s.56; **DURAL**, s.20.

¹¹⁵¹ **ORTAN**, Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Doğan Basımevi, Ankara, 1979, s.9; **ÖZDEMİR**, Saibe Oktay, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.9

¹¹⁵² Günümüzde, lisans kavramı malvarlığı değeri olan bir fikri hakka yönelik işlemlerde kullanıldığından, manevi hakların lisans işlemine konu olması ilk bakışta yadırgatıcı bulunabilir. Ancak, lisans kavramı, izin anlamına da geldiğinden manevi hakların lisans sözleşmesine konu olmasında sakınca yoktur. Bu bağlamda manevi hak lisansından sözedildiğinde, eser sahibinin katlanma yükümlülüğü veya kullanımının devri anlaşılabilir.

İzin kavramının, birden çok hukuki kurumu içine alabilen ve değişken bir kavram olduğu Alman Hukuku bakımından da değerlendirilmiştir. Kavram, çeşitli açılardan ayrıma tabi tutulmuştur. Şahıs varlığına ilişkin izin-Malvarlığına ilişkin izin; Kendi yararına izin-başkası yararına izin; bir kerelik izin-sürekli izin; bir sonuca (Erfolg) yönelik izin-bir eyleme (Handlung) yönelik izin; geri alınabilir (widerruflich)- geri alınamaz izin; açık izin-zımnî izin şeklinde ayrımlar yapılmıştır¹¹⁵³. İzin kavramının değişken ve geniş bir kavram olmasından hareketle, dar anlamda izin-geniş anlamda izin ayrımı yapılmıştır. “Dar anlamda izin”, tek taraflı ve geri alınabilir bir irade beyanı olarak daha çok şahısvarlığına yönelmiş bir hukuki kurum olarak değerlendirilirken, “geniş anlamda izin” dar anlamda iznin yanında borçlandırıcı işlemleri ve tasarruf işlemlerini de kapsayacak şekilde ele alınmıştır¹¹⁵⁴. Bu bağlamda, savunma yetkilerinden (abwehrbefugnisse) doğacak taleplere ilişkin ibra sözleşmesi aracılığıyla, tasarrufî sonuç doğuracak şekilde vazgeçmek veya borçlandırıcı nitelikte alacak hakkını kullanmama taahhüdünde bulunmanın dahi, geniş anlamda izin kavramı içinde değerlendirildiğine rastlanmaktadır¹¹⁵⁵. İzin kavramının tasarruf işlemi olarak görülmesi doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü, izinden sonra dahi izin veren tasarruf yetkisi sahibi olmaya devam etmektedir. İzin veren, izni verdikten sonra dahi izne konu olan hukuki fiili (Handlung) yapabileceği gibi, bir başka kişiye de aynı konuda yeniden izin verebilir. Dolayısıyla izin, paralel yetkilerin varlığı anlamına gelmekte, yetkili olanda değişiklik (zuständigkeitsveränderung) değil, yetkili olanları artırma (zuständigkeitsserweiterung) sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan izin, bir yetkilendirme (ermächtigung) olarak yorumlanabilmektedir¹¹⁵⁶. Manevi haklarda izin kavramıyla ilgili olarak, Krüger, hakkın başkası tarafından kullanımına katlanmanın sözkonusu olduğu ve borçlandırıcı işlem çerçevesinde ortaya çıkan izinden bahsetmektedir¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ **OHLY**, Ansgar, “Volenti non fit iniuria”- Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck Verlag, 2002, s.23,24.

¹¹⁵⁴ **OHLY**, s.178.

¹¹⁵⁵ **V.GAMM**, Einf. Kn.109; **SCHRICKER/SCHRICKER**, § 29; Kn.17, **SEETZEN**, Kn.23 vd. Ayrıca bkz. **OHLY**, s.183’de anılan diğer yazarlar.

¹¹⁵⁶ Bkz. **OHLY**, s.186’da anılan yazarlar.

¹¹⁵⁷ **SCHRICKER/KRUGER**, § 74, Kn.7.

Alm.ESHK'da izin (einwilligung) kavramının geçtiği hükümler arasında Alm.ESHK md.6 ve md.23 yer alır. Alm. ESHK md.6, umuma arz etme ve alenileşme kavramlarıyla ilgilidir. Umuma arz, ancak eser sahibinin izniyle gerçekleşebilir. İzin, eser sahibinin manevi haklarından biri olan umuma arz yetkisinin bir başkası tarafından kullanılabilmesi için gerek ve yeter şart olarak karşımıza çıkar. Alm.ESHK md. 23 ise, mali haklardan biri olan işleme hakkını konu alır. Eser üzerinde bir başkası tarafından değişiklik yapılması, ancak eser sahibinin izniyle olacaktır. İzin kavramı, burada lisans sözleşmesiyle örtüşür.

İznin, manevi haklar açısından niteliğini belirlemede her bir manevi hak açısından ayrı bir inceleme yapmanın doğru olacağını savunmak mümkündür. Umuma arzetme yetkisi, olumlu bir belirleme hakkı (positives bestimmungsrecht) hakkı tanırken; eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı sadece bir savunma hakkı (abwehrrecht) olmayıp, ayrıca bir talep hakkı (forderungsrecht) da verir. Her bir manevi hakkın koruma ve kapsamı farklı olduğundan izin kavramının da, her bir manevi hakka göre, her bir somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir¹¹⁵⁸.

Eser sahibi, mali haklardan yararlanmayı konu alan lisans hakkı sözleşmesi kapsamında, lisans alana manevi haklarına müdahale etme konusunda izin vermiş olabilir. Lisans alan, lisansa konu olan hakkını, eser sahibinin izniyle¹¹⁵⁹ başkasına devrettiğinde bu devir, manevi haklara müdahale yapılmasına ilişkin izni de kapsayacak mıdır? Bu noktada, yukarıda alacak hakkını kullanmama taahhüdü konusundaki tartışmalar yeniden akla gelmelidir. Alman Hukukunda, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin somut bir şekilde tanımladığı müdahaleye ilişkin verdiği iznin (yetkinin) üçüncü kişiye devredilebileceği, temlik edilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁸ MATANOVIÇ, s.121, 122.

¹¹⁵⁹ Lisans hakkı sahibi yararlanma hakkını Alm.ESHK md.34 ve 35 hükümleri uyarınca üçüncü bir kişiye devredebilir. FSEK md.49 uyarınca da, eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya böyle bir kullanma hakkını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir.

¹¹⁶⁰ Bu sonuca, AMK md.413 ve 398 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla varılabileceği ifade edilmektedir. MATANOVIÇ, s.125. Ayrıca doktrinde Hock, rızanın etki alanının genişletilmesi bakımından, Alm.ESHK md.39 a gönderme yapmaktadır. Eser sahibi, eser üzerinde değişiklik yapılmasına, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde, izin vermekten kaçınmaz. HOCK, s.106.

Manevi haklara müdahale edilmesine izin verilmesi, eser sahibinin kendi kaderini belirleme hakkının¹¹⁶¹ bir ifadesi olup, eser sahibinin eserinden yararlanmasına hizmet eden, fer'i bir işleve (akzessorische Funktion) sahiptir¹¹⁶².

Eser sahibi dışında bir başkasının manevi haklara müdahale edilmesi konusunda izin verip veremeyeceği konusu da tartışmaya değer bir konudur. Eser sahibinin, manevi haklarına müdahalelere izin vermek konusunda bir başkasını yetkilendirebileceği savunulmaktadır. Eser sahibi, üçüncü kişiye “izin verme yetkisi” (einwilligungsermächtigung) tanıyabilir. Bu kurum aracılığıyla, yetkilendirilen kişi, kendi adına ve eser sahibine karşı ileri sürebilmek üzere üçüncü kişiye izin verme yetkisine sahip olur¹¹⁶³. Bu yetkilendirme türünde de, diğer yetkilendirme biçimlerine uygun olarak, yetki veren yetkilendirilenin yanında sözkonusu hakların sahibi olmaya devam eder. İzin verme yetkisi, özellikle kişisel değerlerin pazarlanması –personenmerchandising- alanında savunulmaktadır¹¹⁶⁴. Doktrinde, izin verme yetkisini hukuka uygun bulmayan görüşler de vardır: İzin verme yetkisi, eser sahibinin hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkanını engeller. Eser sahibinin haklarına hangi müdahalelerin yapılacağı konusunda karar verme yetkisini başkasına bırakması, savunulamaz. Böyle bir yetki kişiye sıkı sıkıya bağlı olup, vazgeçilemez bir özellik gösterir¹¹⁶⁵. Ancak, bu karşı görüşün doğru olmadığı; çünkü, eser sahibince böyle bir yetkilendirmenin hak kaybı değil aksine eser sahibinin hakları üzerindeki hakimiyetinin, kendi kaderini belirleme hakkının bir sonucu olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁶⁶. Unutulmamalıdır ki, yetkilendirilen kişinin yanında, eser sahibi de yetkili olmaya devam eder. Burada bir hak devri değil, adeta

¹¹⁶¹ Kendi kaderini belirleme hakkı (selbstbestimmungsrecht) kavramı, eser üzerindeki hakimiyet anlamına gelir ki, bu çıkarım bizi özellikle Hirsch'in savunduğu eser sahipliği teorisine – werkherrschaftstheorie- götürür. Alman Hukuku doktrininde birçok yazar tarafından manevi hakların hukuki işleme konu olmasıyla ilgili olarak - örneğin Matanoviç, Metzger- açıklamalarında bu kavrama başvurmuştur. Düalist teorisinin hakim olduğu hukuklarda kullanılan bu kavram; monist teoriyle düalist teori arasında bir köprü işlevi görüp, her iki sistemin birbirinden beslenmesine yardımcı olur.

¹¹⁶² **MATANOVIÇ**, s.127.

¹¹⁶³ **DASCH**, s.92.

Bu özel yetkilendirme hakkı, temelini AMK md.185 f. 1'in kıyasen uygulanmasında bulur. **MATANOVIÇ**, s.128. AMK md.185 f. 1'e göre, Hakkı olmadığı bir şey üzerinde tasarrufta bulunan kişinin tasarrufu, ancak hak sahibinin izni varsa (einwilligung) geçerli olur

¹¹⁶⁴ **FREITAG**, s.165 vd.; **DASCH**, s.92 vd.

Alman Federal Mahkemesi, NENA kararında, merchandising sözleşmesinde davacının sözleşmenin karşı tarafına, resminin bedel karşılığında üçüncü kişilerce ticari açıdan kullanılmasına izin vermesi konusunda yetki verdiğini –ermächtigung- tesbit etti. GRUR 1987, s.128,129.

¹¹⁶⁵ **WELSER**, s.105, **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.567.

¹¹⁶⁶ **DASCH**, s.94.

bir yetki paylaşımı vardır. Eser sahibi her zaman için, hakkı üzerinde hakimiyetini icra etme imkanına sahiptir¹¹⁶⁷.

Kanaatimizce, eser sahibinin manevi haklarına müdahale edilmesine izin verme yetkisini paylaşabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, eser sahibi Meslek Birliğine kendi adına sözleşmeler yapma yetkisi tanırken, manevi haklarına müdahale konusunda izin verme yetkisi tanıyabilir. Eser sahibinin, Meslek Birliğine tanıdığı izin verme yetkisi kendi yetkisini ortadan kaldırmayacağı gibi, bir güven kurumu olma özelliğine de sahip Meslek Birliğince de bu yetki kötüye kullanılmayacaktır. Yetkisini kötüye kullanan Meslek Birliği karşısında eser sahibi kendisinin devam eden yetkisi sayesinde korunacağı gibi, Meslek Birliğine de sözleşmeye aykırılıktan dolayı başvurma imkanına sahip olacaktır.

G.Manevi Hakların Korunması Amacına Dayalı Hukuki İşlemler

Manevi hakların kullanılmasını ve korunmasını konu olan sözleşmeler meslek birlikleriyle yapılabileceği gibi, bir üçüncü kişiyle de yapılabilir. Bu kişi, kendisine mali hak tahsis edilmiş lisans hakkı sahibi de olabilir. Eser sahibinin manevi haklarının kullanılması ve korunması bireysel olarak gerçekleştirilebileceği gibi, meslek birlikleri gibi kuruluşlar aracılığıyla kollektif şekilde de gerçekleştirilebilir.

Eser sahibinin meslek birlikleriyle yaptığı sözleşmeler, daha çok mali hakların kullanılması ve korunmasına yönelik olmakla birlikte, manevi hakların da meslek birliklerince kullanılması ve korunması konusunda, hukuken bir engel yoktur. Gerek FSEK'te gerekse meslek birliklerine ilişkin Tüzükte, eser sahibinin haklarından, çıkarlarından bahsedilmiş ve mali ve manevi hakların korunması bakımından bir ayrım, farklı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Güven kurumu olarak meslek birliklerinin gerek işleyiş ve örgütlenmedeki uzmanlık gerekse eser sahiplerinin mali

¹¹⁶⁷ NENA kararında mahkeme, merchandising yapmaya yetkili kişinin, NENA'nın hayran kitlesi için üretilmiş eşyaların üretimini haksız yere yapan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme talebini incelemiş, dava açmaya yetkili olduğuna ve talebin haklılığına hükmetmiştir. Ancak, lisans hakkına ilişkin bu karardan, manevi haklara ilişkin sonuçlar çıkarmanın doğru olmayacağı ifade edilmiştir. **MATANOVIÇ**, s.129. Bu doğrultuda, lisans hakkına ve alt lisansa ilişkin bu karardan, manevi haklara ilişkin sonuçlar çıkarmanın zorlama bir yorum olacağı savunulabilir.

Doktrinde Götting ise, manevi haklara müdahalelere ilişkin izin verme yetkisine ilişkin olarak karardan sonuç çıkarmanın mümkün olduğunu, ancak tasarruf etkisi doğuran izin vermenin sözkonusu olamayacağını savunmuştur. **GÖTTING**, s.143. vd.

haklarını korumada gösterdiği yetkinlik, manevi hakların korunmasında da en etkin rolü oynayabileceklerine işaret eder.

Meslek birliklerinin görev alanını sadece mali haklara özgülemek, mali haklarla manevi haklar arasındaki bağın da gözardı edilmesi anlamına gelir. Her ne kadar meslek birlikleriyle yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin konusunu mali haklar oluştursa da, mali hakların korunması dolaylı yoldan manevi hakların korunmasına da hizmet edecektir. Ancak, manevi hakların mutlaka mali haklar üzerinden korunması ne gereklidir ne de arzu edilen bir sonuçtur.

Doktrinde Tekinalp, meslek birlikleriyle yapılan sözleşmeleri “menfaatleri koruma sözleşmesi” olarak nitelendirmiş ve meslek birliklerinin bu sözleşmeyle kendisine bırakılan mali hakların yönetimi ile sorumlu tutulduğunu ifade etmiştir¹¹⁶⁸. Sözleşme özgürlüğü ve yasal düzenlemeler çerçevesinde, menfaatleri koruma sözleşmesinin konusunun sadece mali menfaatleri değil, bunun yanında manevi menfaatleri ve dolayısıyla manevi hakları konu almasında bir sakınca yoktur.

FSEK md.42/A/VIII hak takibi konusunda, eser sahibi veya bağlantılı hak sahiplerince meslek birliğine verilecek yetki belgesinden söz etmiştir. Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik md.3’den yetki belgesinin içeriğinin eser sahibinin mali menfaatlerini korumaya yönelik ifadelerden oluşacağı anlaşılrsa da, eser sahibinin manevi haklarının korunması konusunda ayrıca bir yetkilendirmede bulunmasına yasal bir engel yoktur. Kaldı ki, meslek birliği eser sahibinin mali menfaatlerinin korunmasına ilişkin çalışmalarda bulunurken eser sahibinin manevi menfaatlerinin ihlal edilip edilmediği bilgisine de rahatlıkla ulaşabilecektir. Eser sahibi, meslek birliğiyle yapacağı sözleşmede manevi haklarının korunması ve ihlali neticesinde dava açma konusunda yetkilendirebilecektir.

Eser sahibinin gerek mali haklarını gerekse manevi haklarını idare etme konusunda meslek birlikleriyle yapacakları sözleşmeler, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebilecektir. Uygulamada, eser sahibi veya hak sahibi meslek birliğiyle

¹¹⁶⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.253; **TEKİNALP**, Meslek Birlikleri, s.91,92.

üyelik sözleşmesi¹¹⁶⁹ yapmakta ve üyelik sözleşmesine eşlik edecek şekilde bir yetki belgesi¹¹⁷⁰ vermektedir. “Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik”in 3.maddesinin ilk fıkrasında meslek birliğine üye olan eser sahibi veya mali hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerin, bu yönetmelik esaslarına uygun olarak bir yetki belgesi vermek mecburiyetinde oldukları düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrası ise, meslek birliğinin, yetki belgesi vermiş üyelerinin temsilcisi durumunda olduğu öngörülmüştür. Eser sahibi veya hak sahibi vereceği yetki belgesinde hangi eserler üzerindeki hangi haklarını meslek birliğine devrettiğini beyan etmektedir. Eser sahibi veya hak sahibinin vereceği yetki belgesi¹¹⁷¹ tek taraflı

¹¹⁶⁹ Meslek Birlikleriyle yapılan üyelik sözleşmesi, dernek üyeliği sözleşmesini hatırlatırsa da, her iki üyelik sözleşmesinin birbirinden farklı amaçlar ve özellikler taşıdığı belirtilmek gerekir. Buna rağmen, en belirgin ortak özelliklerden biri olarak her iki sözleşmenin de kanunda düzenlenmeyen sözleşme özelliğidir. Ancak, bu noktada, doktrinde, üyeliği bir sözleşmenin değil de, koşulları önceden (tüzükle) belirlenmiş hukuki statüye girişin sonucu olarak görenler olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. **ENGİN**, Baki İlkay, Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1995, s.31 dn.42’de anılan yazarlar.

Üyeliği sözleşme olarak değil de hukuki statüye giriş olarak kabul eden görüş dahi, tıpkı dernek üyeliğini Kişiler Hukukuna özgü sözleşme olarak gören görüşte olduğu gibi, Borçlar Kanunu hükümlerinin kıyasen ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına imkan tanır. Böyle bir yorum, MK md.5’in sonucudur. Bkz. **ENGİN**, s.32; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.275.

¹¹⁷⁰ Yetki belgesi, mali hakların meslek birliğine devredildiğini belirten bir hukuki işlemdir. İsmine bakıldığında, yetki belgesini tek taraflı bir irade beyanı olarak yorumlamak mümkündür. Yetki belgesinde, eser sahibinin veya hak sahibinin mali hakları devrettiğine ilişkin ifadeler yer alması, bu belgenin sözleşme olarak yorumlanması zorunluluğunu doğuracak mıdır? Yetki belgesinde, eser sahibinin veya hak sahibinin mali hakları devre konu etmesi üyelik sözleşmesinden kaynaklanan mali hakları devretme yükümlülüğünün ifası olarak değerlendirilebilir. Böylece, mali hakların devredilmesini konu olan yetki belgesi verme (yetkilendirme), borçlandırıcı nitelikteki üyelik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğün ifası için yapılmış tek taraflı işlem olarak görülebilir.

Yetki belgesinin üyelik sözleşmesiyle bağlılığı kabul edildiğinde, üyelik sözleşmesinin, üyeliğin sona ermesi yetki belgesinin de hükmünü kaybetmesine yol açabilecektir. Çünkü, bu durumda üyelik sözleşmesi, yetki belgesi bakımından “işlem temeli” olarak değerlendirilebilecektir. Ancak, “Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Statüsü’nün üyeliğin sona ermesi ve ilişkilerin tasfiyesi başlığını taşıyan 19.maddesinin ikinci fıkrasında üyeliği sona erenler ile Birliğin karşılıklı yükümlülüklerinin, yetki belgelerinin sonuncusunun süresinin bitiminden itibaren bir yıl süre ile devam edeceği düzenlenmiştir. Üyelikten çekilme başlıklı 20.maddede ise, üyelerin yazılı başvuru ile Birlik üyeliğinden çekilme isteğinde bulunabilecekleri ve üyeliğin bu başvuruyla sona ereceği düzenlenmiştir. O halde, üyelik sona ermiş olsa bile yetki belgesi hüküm ifade etmeye devam edecektir. Aslında üyeliğe bağlı karşılıklı “tüm yükümlülükler” bir yıl daha sürecek ise, bunun anlamı, “üyelik sona erme sebebinin doğmasından (örneğin ayrılma beyanından) bir yıl sonra tüm sonuçları ile ortadan kalkar” demektir. Kanunun konuyu formüle edişi doğru olmamıştır.

Yetki belgesiyle ilgili olarak Borçlar Kanununun 34.maddesinin ilk iki fıkrası da gözönünde tutulmalıdır. “Bir hukuki muamale ile verilen temsil yetkisi, taraflar arasında mevcut hizmet, şirket, vekalet akitleri gibi diğer hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklı kalmak üzere, her zaman kısıtlanabilir veya kaldırılabilir. Temsil yetkisi veren kimsenin, bu haktan önceden feragat etmesi geçersizdir.

BK md.13 f.1’de belirtildiği üzere, yazılı şekle tabi bir sözleşmede yazılı metinde o sözleşmeyle borç altına giren(ler)in imzasının bulunması gerekir. Uygulamada yetki belgelerinde, meslek birliği için bir imza yeri açılmamakta, sadece eser sahibi-hak sahibi- mirasçılar için bir imza yeri bulunmaktadır. Yetki belgesinin tek taraflı bir işlem olarak kabul edilmesi durumunda, BK md.13 f.1 ile uyumlu olarak meslek birliği için imza yeri açılmaması normaldir.

¹¹⁷¹ Yetki belgesinde, eser sahibi veya hak sahibinin mali haklarını devrettiğine ilişkin ifadeler başta olmak üzere, kimi ifadelerden hareket edilerek, adı yetki belgesi olmasına rağmen burada aslında tek

bir hukuki işlem olarak, sadece eser sahibinin veya hak sahibinin imzasını taşısa da, eser sahibi veya hak sahibi meslek birliğine devretmiş oldukları haklarının gereği gibi takip edilmediği durumda, üyelik sözleşmesi ve Meslek Birliği Tüzüğüne aykırılıktan dolayı ihlal davası açabilecektir. Meslek birliğinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi durumunda eser sahibi veya hak sahibi üyelik sözleşmesine ve sözleşmenin içeriği haline gelmiş Tüzüğe aykırılık iddiasında bulunduğu, vekalet sözleşmesi hükümleri de kanaatimizce uygulama alanı bulacaktır. Çünkü, Meslek Birlikleriyle yapılan sözleşme ister sözleşmenin amacından hareket edilerek menfaatleri koruma sözleşmesi olarak adlandırılınsa isterse üyelik sözleşmesi olarak nitelendirilsin, her iki durumda da bu isimli sözleşmeye vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanabilecektir. Esasen BK m.386/2 uyarınca, hakkında özel hüküm bulunmayan her çeşit iş görme sözleşmelerine vekalet hükümleri uygulanır.

Eser sahibinin meslek birliğiyle yaptığı üyelik sözleşmesi ve mali hakların devrini konu olan yetki belgesinin yanında, eser sahibi ayrıca manevi haklarının korunmasına ilişkin olarak da meslek birliğini yetkili kılabilir¹¹⁷². Ancak, yetki belgesinde mali haklar için uygun düşen “devir” kavramı, manevi haklar bakımından doğru bir seçim olmayacaktır. Dolayısıyla, manevi hakların korunması amacıyla meslek birliğine verilecek belgede manevi hakların devrinden bahsedilmesi doğru olmayacak, ya bu beyanın geçersizliği ya da işlemi ayakta tutmak amacıyla manevi hakların mahiyetine uygun olarak çevirme (tahvil) yoluyla “temsil” şeklinde yorumlanması sonucuna varılacaktır. Manevi hakların korunması konusunda, meslek birliğiyle kurulan ilişki vekalet ilişkisi olarak nitelendirilebilecektir.

tarafı bir hukuki işlem değil de, bir sözleşme olduğu da savunulabilir. Bu takdirde dahi, karşılıklı yükümlülükler bakımından sözleşme sayılacak bu işlemin temsil yetkisi verilmesi yönü tek tarafı beyanla gerçekleşen işlem sayılacaktır.

Alman Hukukunda meslek birliğiyle yapılan menfaatleri koruma sözleşmesi “wahnemungsvertrag” ile ifade edildiği gibi, “berechtungsvertrag” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **SCHRICKER/REINBOTHE**, WahrnG § 6, Kn.3. Dolayısıyla, yetki belgesi veya yetkilendirme belgesi (berechtigungsschein) değil de, yetkilendirme sözleşmesi (berechtungsvertrag) kelimesinin tercih edilmesi tesadüfi olarak değerlendirilmezse, bizim uygulamamıza yetki belgesi şeklinde ifade edilen hukuki işlemin içeriğinin tek tarafı bir işlem değil, sözleşme olduğu ileri sürülebilir.

Alman Hukukunda, meslek birlikleri ve menfaatleri koruma sözleşmesine ilişkin düzenlemeler Türk-İsviçre Hukukundan farklı olarak özel bir kanunda yer almaktadır

¹¹⁷² Manevi hakların korunması amacıyla meslek birliğiyle hukuki ilişkiye geçebilecek kişi eser sahibi veya onun mirasçısı olabilecektir. Eser sahibinden mali hakları devralmış kişinin, meslek birliğiyle eser sahibinin manevi haklarının korunması konusunda bir sözleşme ilişkisine girememesi gerekir.

İsviçre Hukukunda meslek birliğiyle yapılan menfaatleri koruma sözleşmesinin (wahrnehmungsvertrag) üç görünüm biçimi olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda menfaatleri koruma sözleşmesi, gerçek anlamda menfaatleri koruma sözleşmesi¹¹⁷³ (reiner Wahrnehmungsvertrag), üyelik kaydı talebi içeren menfaatleri koruma sözleşmesi¹¹⁷⁴ (wahrnehmungsvertrag mit aufnahmeanspruch) ve üyelik statüsüyle bağlı menfaatleri koruma sözleşmesi¹¹⁷⁵ (wahrnehmungsvertrag verbunden mit Genossenschaftersstatus)¹¹⁷⁶ şeklinde ortaya çıkabilmektedir¹¹⁷⁷. Meslek birliklerinin tüzüklerinde ve hazırlamış oldukları tip sözleşmelerde her üç görünüm biçimine de rastlanmaktadır. Sonuç, her ne şekilde nitelendirme yapılırsa yapılsın, daha önce

¹¹⁷³ PROLITTERIS, SUISSIMAGE ve SSA isimli meslek birliklerinin tüzüklerinde ve sözleşme tiplerinde vekalet (auftrag) veya hakların idaresi amacına yönelik vekalet (Verwaltungsauftrag) kavramlarına rastlanmaktadır.

¹¹⁷⁴ SUIISA tüzüğünde (md.7), eser sahibinin vekalet veren olarak SUIISA'yı haklarını korumakla görevlendirmesinden söz edilmektedir. Böylece, vekalet ilişkisinin gereği olarak da SUIISA, koşulları yerine getirilmek şartıyla, vekalet vereni birliğe üye almakla yükümlü sayılmaktadır. Fakat, eser sahibi, her zaman için yapacağı bir bildirimle vekalet ilişkisini üyelik ilişkisine tercih edebilecektir. Bkz. SUIISA sözleşme örneği için bkz. **HIESTAND**, Thomas, Der Wahrnehmungsvertrag, Stämpfli Verlag, Bern 1994, s.286.

¹¹⁷⁵ Menfaatleri koruma sözleşmesi ile (wahrnehmungsvertrag) üyelik statüsü arasındaki ilişki konusunda özellikle şu soru sorulmaktadır: Menfaatleri koruma sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler, üyelik statüsünden kaynaklanan hak ve yükümlülükler midir? Bu noktada, menfaatleri koruma sözleşmesinin üyelik statüsüyle bütünleşmiş sayılabileceği, ancak karma bir sözleşmenin varlığından söz etmenin de uygun olmayacağı ileri sürülmektedir. Sonuç olarak üyelik sözleşmesi katılma, tasarruf, ve yetki verme işlemi (beitritt-, verfügung-, ermächtigungsgeschäft) olarak nitelendirilmektedir. **HIESTAND**, s.108,109,121.

İsviçre Hukukunda, meslek birliğine üye olmayan eser sahiplerinin de menfaatleri koruma sözleşmesi yapabilmesi mümkün görülmektedir. Öte yandan, meslek birliklerinin tüzüklerinde meslek birliğiyle hiçbir hukuki ilişkisi olmayan eser sahiplerinin de mali menfaatlerinin korunabileceği şeklinde düzenlemelere yer verilmekte ve bu konuda İBK md.419 vd hükümlerinde yer alan vekaletsiz iş görmeye gönderme yapılmaktadır. Örneğin, PRO LITTERIS tüzüğü md.3 f.2; SUIISA tüzüğü md.3 f.2.

Türk Hukuku bakımından da, meslek birliklerinin sadece üyelerinin menfaatlerini koruyacağı şeklinde bir sonuca varmamak gerekir. Menfaatlerini meslek birliği aracılığıyla korumak isteyen eser sahibinin mutlaka meslek birliğine üye olması zorunlu mudur? FSEK md.42 ve 42/A hükümleri başta olmak üzere, meslek birliklerine ilişkin tüzük ve yönetmelik hükümlerinde üyelik kavramından sıklıkla söz edilmesi, meslek birliği aracılığıyla haklarının korunmasını isteyen kişilerin üye olmaları gerektiği görüşünü desteklemektedir. Ancak, karşı görüş olarak, üyeliğin zorunlu olmadığı ancak üye olmanın kimi ek imkanlardan faydalanmak için yararlı olacağı savunulabilir. Örneğin, "Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü"nın 10.maddesinde meslek birliklerinin faaliyetleri arasında üyeler için sosyal tesisler kurmak, yardım sandığı kurmak ve diğer sosyal hizmetleri gerçekleştirmekten bahsedilmektedir.

¹¹⁷⁶ Meslek birliği üyeliği ile kooperatif üyeliği arasında bir benzerlik kurulmaktadır. İsviçreli yazar Hiestand, meslek birliğine üyelikle ilgili açıklamalarda bulunurken İsviçre Borçlar Kanununun 828 vd. hükümlerinde düzenlenmiş kooperatif kurumuna da atıf yapmaktadır.

Meslek birliği ile kooperatif arasında benzerlikler bulmak mümkündür. Özellikle uygulamada, meslek birliklerinin eser sahibinin mali menfaatlerini korumaya yönelik çalışmalarda bulunması Kooperatifler Kanununun birinci maddesinde yer alan "ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini.... sağlayıp koruma amacıyla" paralellik arz etmektedir. Kooperatiflerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, s.901 vd.

¹¹⁷⁷ **HIESTAND**, s.32.

belirttiğimiz gibi, menfaatleri koruma sözleşmesine hakim olan ve uygulama alanı bulan vekalet ilişkisi olmaktadır.

İsviçre Hukukunda meslek birliğiyle yapılan menfaatleri koruma sözleşmesinin göstereceği özelliklerden biri olarak dolaylı temsilden bahsedilmektedir¹¹⁷⁸. Mali haklar bakımından değerlendirildiğinde, meslek birliğine yapılan hak devrinin inancılı işleme dayalı bir devir olduğunu söylemek mümkündür¹¹⁷⁹. Buradaki inancılı işlem teminat amaçlı inancılı işlem (sicherungstreuhand- fiducia cum creditore contracta) olmayıp, idare amaçlı inancılı işlem (verwaltungstreuhand- fiducia cum amico creditore) olarak değerlendirilmektedir. Meslek birliği, inancılı işlem temeline dayalı olarak kendi adına hareket eder.

Devre elverişli olmayan hakların idaresi ise, inancılı işlem temeline dayalı olarak değil de yetkilendirmeye (ermächtigung), doğrudan temsille (BK m.31 vd.) sağlanır. İsviçre’de SSA adlı meslek birliğinin tip statüsünde devirle değil ancak yetki vermeye idare edilecek haklar olarak manevi haklar yer alır. Buradaki temsil, doğrudan temsildir. Meslek birliği manevi hakkı eser sahibi adına temsilcisi sıfatıyla kullanır. Mali haklar bakımından ise durum dolaylı temsil olarak nitelendirilir. Meslek birliği kendi adına ancak temsil olunan hesabına hareket edecektir¹¹⁸⁰.

Meslek birliğiyle yapılan sözleşmenin unsurları arasında vekalet sözleşmesinin olup olmadığı da tartışılabilir¹¹⁸¹. Vekalet sözleşmesinin varlığı için doğrudan veya dolaylı temsil durumu fark yaratmaz. Vekalet sözleşmesinde (auftrag) vekil vekalet verenin arzusu ve menfaatleri doğrultusunda hareket edecektir. Meslek birliği eser

¹¹⁷⁸ **HIESTAND**, , s.92,93.

¹¹⁷⁹ **HIESTAND**, s.93.

İsviçre uygulamasında meslek birliklerinin tip statüleri ve üyelik sözleşmelerinde, inancılı işlem temeline dayalı devir anlamına gelen ifadeler rastlanmaktadır. PRO LITTERIS ve SSA tip statülerinde, “anvertrauten Rechte” SUISSIMAGE ise üyelik sözleşmesinde “treuhänderischen Übertragung der Rechte” ifadelerine yer vermektedir.

Menfaatleri koruma sözleşmesinin (Wahrnehmungsvertrag) İBK md.394 vd. hükümlerinde düzenlenen vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği belirtilmekte ve burada inancılı temlikin (Fiduziarische Rechtsabtretung) varlığından bahsedilmektedir. **BARRELET/EGLOFF**, s.218.

Sözleşme ilişkisi devam ettikçe eser sahibi devretmiş olduğu hakları, doğrudan bir başkasına karşı ileri sürememektedir. BGE 117 II 465 Suisa-Nosferatu.

¹¹⁸⁰ **HIESTAND**, s.94.

¹¹⁸¹ Meslek birlikleri bir sonuç taahhüdünde bulunmadıklarından, eser sözleşmesi nitelendirmesi kabul edilemeyecektir. Eser sahibinin haklarını konu olan sözleşme tiplerinden yayın sözleşmesi de, menfaatleri koruma sözleşmesini açıklamakta veya unsuru olmakta yeterli olmaz. Yayın sözleşmesinde amaç, yayıncının eserden ekonomik fayda elde etmesidir. **HIESTAND**,s.99,100.

sahibinin menfaatleri doğrultusunda hareket etmesine rağmen, eser sahibinin eser hakkında karar verme özgürlüğünün kısıtlandığı savunulabilir. Eserden mali açıdan yararlanmanın bedeli, daha çok meslek birliği tarafından tarifelere dayalı olarak belirlenecektir. Ayrıca, eser sahibinin mali hakların meslek birliğine devri neticesinde eser sahibinin üçüncü bir kişiyi eserinden yararlanması konusunda bir yetkisi olmayacaktır. Ancak, manevi haklar bakımından devir kabul edilmediğinden eser sahibi manevi hakları aracılığıyla eserinin üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleyebilecek veya belli koşullar altında kullanıma izin verebilecektir¹¹⁸².

Alman Hukukunda, Türk-İsviçre Hukuku bakımından farklı olarak, manevi hakların inançlı işlem temeline dayalı olarak devredilebileceği savunulmaktadır. Bunun sebebi monist sistem gereği manevi hakların akibetini mali haklardan ayıramamak olsa gerektir. Karşı görüş ise, Türk-İsviçre Hukukuyla uyumlu olarak yetkilendirmeden (ermächtigung) sözetmektedir.

Alman Hukukunda, eser sahibinin meslek birlikleriyle yaptığı sözleşmeler inanç sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Ancak inanç sözleşmesinin bir hak devrini kapsamaması gerektiği konusunda bir fikir birliği yoktur. Tipik bir inanç sözleşmesi olmadığından¹¹⁸³, inanç sözleşmesinin tartışıldığı olaylarda, uzun süreli bir borç ilişkisi varolduğu müddetçe, hukuki ilişkiye bedel yoksa vekalet hükümleri¹¹⁸⁴, bedel kararlaştırılmışsa iş görme sözleşmeleri¹¹⁸⁵, örneğin hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir¹¹⁸⁶. Dolayısıyla, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa, inanç sözleşmesinin sona erdirilme imkanı ya vekaletin sona erdirilmesi¹¹⁸⁷ ya da hizmet sözleşmesine ilişkin sona erme hükümlerine göre gerçekleştirebilecektir¹¹⁸⁸. Eser sahibi ile inanılan kişi arasındaki sözleşmenin sona

¹¹⁸² **HIESTAND**, s.102.

¹¹⁸³ **PALANDT-BASSANGE**, § 903 BGB, Kn.36.

¹¹⁸⁴ Vekalet hükümleri (Auftragsrecht) AMK md.662 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Hukuku bakımından ise, vekaleti düzenleyen BK md.386 vd. hükümleri akla gelir.

¹¹⁸⁵ İş görme sözleşmesi (Geschäftsbesorgungsvertrag) başlığı altında düzenlenen AMK md.675 hükmü, ücret karşılıklı iş görmeyi (Entgeltliche Geschäftsbesorgung) ele almakta ve hüküm hizmet sözleşmesi (dienstvertrag) ve eser sözleşmesi (werkvertrag) hükümlerine yollamada bulunmaktadır. Vekalet sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olarak, ücretli de olabilecektir.

¹¹⁸⁶ Çünkü Alman Hukukunda yalın vekalet sözleşmesi ivazlı olmaz.

¹¹⁸⁷ AMK md.671, vekaletin geri alınması (widerruf) ve feshedilmesi (kündigung) meselelerini düzenlemektedir. Türk Hukukunda da, BK md.397 gereği, “Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir”.

¹¹⁸⁸ AMK md.621 hükmü hizmet ilişkisinde feshin ihbarı ve buna ilişkin süreleri düzenlemektedir. Türk Hukukunda BK md.340 hükmü, hizmet sözleşmesinde feshin ihbarı ve kanuni müddetleri

erdirilmesi durumunda, inanılan kişinin kullandığı manevi hakların kendiliğinden eser sahibine geri dönüp dönmeyeceği noktasına olumlu yanıt verilmektedir. Manevi hakların inançlı işlem temeline dayalı devrediliğini kabul eden görüş, sözleşmenin sona ermesiyle inanılan kişinin kullandığı hakların kendiliğinden eser sahibine geri döneceğini belirtmektedir. Manevi hakların inançlı işlem temeline dayalı devrini reddeden, ancak yetkilendirmenin olabileceğini ileri süren görüş bakımından ise manevi hakların eser sahibine geri dönmesi tartışması bir anlam taşımamaktadır¹¹⁸⁹.

Türk Hukukunda manevi hakların, inançlı işlem temeline dayalı bir devrini kabul etmek –en azından inançlı işlem temeline dayalı devir kavramına farklı bir anlam yüklenmedikçe- mümkün değildir. İnançlı işleme dayalı devir, bir malvarlığı değerinin belli bir amaç için ve sonradan tekrar geri almak üzere başkasına devretmeyi ifade eder. Bu yönüyle, manevi hakların inançlı işlem temeline dayalı devir ilişkisine konu olmasını savunmak güçtür. Çünkü manevi haklar, her ne kadar bir ölçüde eser sahibinin mali menfaatlerini tatmin etse de, eser sahibinin kişiliğine olan yakın bağlantısı nedeniyle klasik anlamıyla devir kurumuna yabancıdır.

H. Manevi Hakların Konu Olabileceği Hukuki İşlemlerin Her Bir Manevi Hak Açısından Ayrı İncelenmesi

1.Genel Olarak

Manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerle ilgili inceleme yapıldığında, her bir manevi hak açısından farklı görüşlerin ve dolayısıyla farklı hukuki çözümlerin önerilmesi mümkündür. Her bir manevi hak açısından müsaade edilen sınır değişebilir. Örneğin umuma arz yetkisinin devredilebileceği fikri, bu yetkinin mali menfaat yönünün daha baskın olduğu savunulabilirken, “devir” adın belirtilmesi yetkisi bakımından, eser sahibinin kişiliğiyle olan daha yakın bağılılığı nedeniyle savunulamayabilir.

düzenlemiştir. AMK md. 626 ise önemli nedenlerden dolayı ihbarsız fesih imkanını düzenlemektedir. Türk Hukukunda BK md.344, muhik sebeplerden dolayı fesih imkanını getirmiştir.

¹¹⁸⁹ MATANOVIÇ, s.242.

2.Eserin Umuma Arzedilmesine İlişkin Hukuki İşlemler

a. Genel Olarak

FSEK md.14'de umuma arz yetkisinin eser sahibinin izniyle başkaları tarafından kullanılmasının mümkün olduğu düzenlenmektedir. Umuma arz yetkisi bakımından verilecek izin, devir şeklini alabilir mi? Başka bir deyişle, umuma arz yetkisinin devri mümkün müdür? Eser sahibinin mali haklarını devrettiğinde veya mali haklarına ilişkin lisans sözleşmesi yaptığında, eserinin devralan veya lisans alan tarafından hakkın gerektirdiği ölçüde umuma arz edilebileceğini kabul etmiş olur. Nasıl ki FSEK md.16 f.2 gereğince eseri umuma arzeden, çoğaltan veya eseri işleyen bu yetkilerin kullanılabilmesi için gerekli olan değişiklik yapma yetkisine sahipse, mali hak devralan veya lisans alan da lisans sözleşmesinin amacının gerektirdiği ölçüde umuma arz etme yetkisine sahip sayılmalıdır. Ayrıca, umuma arz yetkisinin kullanılması, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek bir biçimde olmamalıdır. Eseri umuma arzeden kişinin bu yetkisi sözleşmeden kaynaklanan bir kullanma yetkisi ve eser sahibinin katlanma yükümlülüğüyle açıklanabilir. Başka bir bakış açısı ise Alman Hukukunda savunulduğu gibi umuma arzetme yetkisinin, olumlu ve olumsuz yetkileri içerdiği ve eser sahibinin olumlu umuma arzetme yetkisinin devredebileceği doğrultusunda olabilir. Bu ayrım esas alınıp, olumlu umuma arzetme yetkisinin devrinden söz edilse bile, burada geçen "devir" kelimesinden hareket edilerek sözkonusu yetkinin tamamen malvarlığı değeriymişçesine eser sahibinin hakimiyet alanından tamamen çıkması anlaşılmayacaktır. FSEK md.14 f.3 uyarınca, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeliyorsa umuma arz her zaman için yasaklanabilecektir.

Alman Hukukunda umuma arzetme hakkı üzerinde borçlandırıcı işlem yapılabileceği savunulduğu kadar, tasarruf işlemi de yapılabileceği savunulmaktadır. Doktrinde, eser sahibinin kamuya sunma hakkı üzerinde tasarruf etkisi doğuran hukuki işlemlerin geçersizliğini savunan görüş, bu konuda sadece borçlandırıcı bir hukuki işlemin mümkün olabileceğini savunur¹¹⁹⁰.

¹¹⁹⁰ FROMM/NORDEMANN/HERTIN, § 12 Kn.2; OSENBURG, s.75 vd. DIESELHORST, s.139.

Doktrinde çoğunluk görüşü¹¹⁹¹, olumlu kamuya sunma hakkına (positive Veröffentlichungsrecht)¹¹⁹² ilişkin işlemlerin, tasarruf etkisine sahip olduğunu savunmaktadır. Eser sahibi, lisans hakkı sahibine eserin kamuya sunulup sunulmaması, sunulucaksa biçimini ve zamanını belirleme yetkisi tanıdıysa, böyle bir anlaşma, eser sahibinin bu noktalarda sonradan araya girip bir talepte bulunmayacağı anlamına gelir¹¹⁹³. Yine de, eser sahibi değişen kanaat nedeniyle cayma hakkını kullanarak, eserinin kamuya sunul(ma)ması konusunda söz sahibi olur¹¹⁹⁴.

Alman Federal Mahkemesi “Textdichtersammlung” kararında, eser sahibinin yayıncıya tahsis etmiş olduğu umuma arz etme hakkının kapsamı belirlenirken, sözleşmenin amacına ulaştırarak kullanımın gözönünde tutulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, tahsis edilen hakkın doğurduğu sonuçlar hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Başka bir deyişle, dava konusu olayda örneğin borçlandırıcı nitelikte bir işlem mi yoksa tasarrufi nitelikte bir devir işlemi mi olduğu konusunda fikir yürütmemiştir¹¹⁹⁵.

¹¹⁹¹ **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.194; **METZGER**, Das Droit Moral, s.41

Rehbinder, bu noktada bağlı hak tahsisinden –gebundene Rechsteinräumung- bahsetmektedir. **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.320.

Seetzen, olumlu kamuya sunma hakkı bakımından tasarrufu mümkün görür. **SEETZEN**, s.51. Ancak, Seetzen, vazgeçme –verzicht- kavramını kullanıp, bu kavramla tasarruf etkisi doğuran bir işlem kasteder. Bkz. **SEETZEN**, s.48.

Schack da, burada tasarruf etkisi doğuran bir işlemde bahseder. Eser sahibi, kamuya sunma hakkına, ancak sözleşmede saklı tutmuşsa başvurabilir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.327. Benzer bir şekilde v.Gamm da aynı düşünceleri paylaşır. **V.GAMM**, § 12 Kn.6,

Stolz, gölge yazarlık sözleşmesine ilişkin olarak, kamuya sunma hakkının devrinden sözeder. **STOLZ**, s.87 vd.

¹¹⁹² Hak kavramının içeriğinde olumlu (aktif) ve olumsuz (pasif) yetkiler olması, umuma arz etmeye özgü bir durum değildir. Türk Hukukunda, örneğin mülkiyete ilişkin yapılan açıklamalarda, mülkiyetin sağladığı aktif yetkilere mülkiyetin olumlu içeriği, mülkiyetin koruyucu yetkilerine ise mülkiyetin olumsuz içeriği denilmektedir. MK md.683’de ifade edilen kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi mülkiyetin olumlu içeriği, malı haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası ve haksız elatmanın önlenmesi davası açabilme yetkileri ise mülkiyetin olumsuz içeriği olarak görülür. Bu taleplerin mülkiyet hakkına ayrılmaz bir biçimde bağlı olduğunu ve bu nedenle mülkiyetten ayrı olarak temlik edilebilmelerinin mümkün olup olmadığı noktası Türk Hukukunda olduğu kadar Alman Hukuku ve İsviçre Hukukunda da tartışmalıdır. Bkz. **ÖĞÜZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.223, dn.11’de anılan yazarlar.

¹¹⁹³ **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.194, **METZGER**, Das Droit Moral, s.41.

¹¹⁹⁴ Eser sahibinin eserini umuma arz etmesi konusunda bir başka kişiyi, kendisinin bir daha söz sahibi olamayacağı konusunda yetkili kılması, vazgeçme olarak değerlendirilmektedir. Eser sahibinin, eseri umuma arz etme hakkından vazgeçmesi, yine eser sahibi tarafından ancak başka bir hukuki araçla - cayma hakkını kullanmakla- mümkün olabilir. Alm. ESHK md.42 uyarınca, eser sahibi değişen kanaat nedeniyle lisans sözleşmesinden cayma hakkını kullanabilir.

¹¹⁹⁵ BGH GRUR 1977, s.551,554-Textdichtersammlung.

b.Umuma Arzetme Yetkisinin İnançlı İşlem Temeline Dayalı Devir Bakımından İncelenmesi

Umuma arzetme yetkisine ilişkin hukuki işlemler, eserden ekonomik anlamda yararlanılmasını sağlamak üzere maddi menfaat temeline değil, manevi menfaatlerin korunması temeline dayalı olarak da kurulabilir. Eser sahibi, eserinden maddi bir menfaat sağlamak üzere değil, eserine karşı yapılabilecek müdahaleleri engelleyebilmek için eserinin güvenilir bir kişinin hakimiyet alanına bırakabilir. Eser sahibinin savunma haklarının, bir üçüncü kişi aracılığıyla gözetilmesi, eser sahibinin mali haklarına ilişkin olarak kurduğu lisans sözleşmesi aracılığıyla da gerçekleştirilebilir¹¹⁹⁶.

Eser sahibinin mali haklarının inançlı işlem temeline dayalı devredilebileceği¹¹⁹⁷ düşüncesi manevi haklarda inançlı işleme dayalı devir kavramını tartışmaya açmıştır.

Türk-İsviçre Hukuku bakımından inançlı işlem temeline dayalı devir kavramı, malvarlığı haklarına ilişkin olabilir. Umuma arz etme yetkisi FSEK'te manevi haklardan biri olarak sayılmıştır. Manevi hakların, eser sahibinin sadece kişiliğine ilişkin haklar olduğu kabul edilirse, inanç ilişkisine dayalı devir kavramı manevi haklar ve umuma arz etme yetkisi bakımından bir anlam ifade etmeyecektir. Ancak, tüm manevi haklar bakımından genel bir sonuca varmak yerine, her bir manevi hakkın özelliği gözönünde tutularak ve bu bağlamda umuma arzetme yetkisi bakımından bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır. Umuma arzetme yetkisi, eser sahibinin sadece kişiliğiyle ilgili olan, manevi menfaatlerini tatmin eden bir yetki olmayıp, eser sahibinin mali açıdan menfaat elde etmesi için kullanılması gerekli bir yetkidir. Umuma arz etme yetkisi kullanılmadan, eser sahibi eser

¹¹⁹⁶ MATANOVIÇ, s.239.

Mali haklara ilişkin olarak tahsis edilen yararlanma hakkını konu olan lisans sözleşmesiyle, kamuya sunma hakkının yanında eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkının da gözetilmesinin sağlanabileceğine ilişkin olarak; **SCHRICKER**, Verlagsrecht, § 28, Kn.3.

Welser, manevi haklara ilişkin kullanmanın üçüncü kişiye bırakılmasından –Überlassung zur Ausübung- sözeder. **V.WELSER**, s.51 vd. Benzer bir şekilde, Metzger de, manevi hakların ihlaline karşı eser sahibinin savunma haklarının ileri sürülmesinin üçüncü kişiye bırakılabileceğini ileri sürer. Burada, üçüncü kişiye bırakılan, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin savunma hakkının kendisi değil, bu hakkın ileri sürülmesidir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.48 vd. ile s.227. Bu terminoloji farkına, Kellerhals da dikkat çeker. **KELLERHALS**,s.118.

¹¹⁹⁷ Güven ilişkisine dayalı bir hukuki işlemde, güvenen kişi –treuhandgeber- güvenilir kişiye –treuhänder- malvarlığı haklarını devreder. Bu tür güven ilişkisi “gerçek anlamda güven ilişkisi” olarak nitelendirilir. Gerçek olmayan güven ilişkisinde ise, bir yetki tahsisinde bulunulur. **PALANDT-BASSANGE**, § 903 BGB, Kn.33.

üzerindeki mali haklarından yararlanamaz. Umuma arz yetkisinin eser sahibinin mali menfaatlerini tatmin etmeye yönelik bu özellikleri, umuma arz yetkisinin devri için yeterli olabilir mi? Çoğaltma ve yayma hakkı konusunda eser sahibinden müsaade almış bir kişi, eserin umuma arzı konusunda da yetkili sayılmış demektir. Eşyanın tabiatı gereği, çoğaltma ve yayma hakkı içinde umuma arz etme yetkisini de içerecektir. Çoğaltma ve yayma hakkının gerektirdiği ölçüde mali hak sahibi veya lisans sahibi eseri umuma arzedecektir. Bu durumda, eser sahibi umuma arzetme yetkisini devretmiş mi sayılacaktır? Kanaatimizce, burada teknik anlamıyla bir devirden söz etmemek gerekir. Burada, eser sahibinin umuma arzetme yetkisinin başkası tarafından kullanılması konusunda verdiği yetki ve katlanma yükümlülüğü vardır.

Eser sahibinin umuma arz yetkisini kullanma konusunda yetkili olan kişi, koruma konusunda da yetkili kılınmış olabilir. Umuma arz yetkisinin ihlal edilmesi durumunda, bu ihlali gerçekleştiren kişiye karşı hak ihlalinin doğan taleplerde bulunabilir. Ancak, ihlal eden kişi bu talepleri yerine getirmekten kaçınırsa, umuma arz yetkisini koruma ve/veya kullanma konusunda yetkili olan kişi HUMK md.61 ve Avukatlık Kanunu md.35 gereğince avukat olmadıkça dava açamayacak ve takipte bulunamayacaktır. Umuma arz etme yetkisinin inançlı işlem temeline dayalı devri kabul edilirse, bu sakınca ortadan kalkacaktır. Çünkü, umuma arzetme yetkisini devralmış kişi, asil sıfatıyla hukuki yollara başvurabilecek ve elde ettiği değerleri aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde eser sahibine devretme yükümlülüğü altına girecektir. Ancak, eser sahibinin umuma arz yetkisinin korunması ve özellikle ihlalden kaynaklanan taleplerin takibi için inançlı işlem temeline dayalı devir tek çözüm değildir. Eser sahibi ihlali kendisi veya mali haklarını devretmiş olduğu Meslek Birliği aracılığıyla öğrendikten sonra, dava ve takipleri kendisi gerçekleştirebileceği gibi, avukatla temsil edilme yolunu seçebilir.

Eser sahibinin umuma arz yetkisinin başkası tarafından kullanılması ve/veya korunması devir işlemine ihtiyaç göstermeden başka hukuki kurumlar aracılığıyla sağlanabilir. Bu noktada umuma arz hususunda başkasını yetkilendirme bakımından temsil kurumu akla gelir. Ayrıca, vekalet sözleşmesi aracılığıyla da eser sahibi yetki verdiği kişiye yükümlülükler getirerek umuma arz yetkisinin korunmasını sağlayabilir. Dolayısıyla, Türk Hukukunda eser sahibinin umuma arz yetkisinin eser

sahibi dışında bir başka kişi tarafından korunması noktasında inançlı işlem kurumu yerine, temsil yetkisi ve temsilciyi yüküm altına sokup sorumluluğunu belirleyen vekalet sözleşmesi gibi kurumlardan yararlanmak daha doğru olur.

Alman Hukukunda umuma arz etme yetkisinin inançlı işlem temeline dayalı devri konusu önemli tartışmalara sahne olmuştur. Alman Federal Mahkemesi, Cosima Wagner kararında, mali haklardan yararlanma ile eserin kamuya sunulması hakkı arasındaki sıkı bağlantı üzerinde durmuştur. Kamuya sunma hakkının, tasarruf sözleşmesinin bir sonucu olarak, devrinden bahsedilmiştir¹¹⁹⁸. Ancak, bugün için, bu şekilde bir devir; kamuya sunma hakkının serbestçe devredilebilmesi, Alman Hukukunda kabul edilemez¹¹⁹⁹. Eser sahibinin kamuya sunma hakkını, hak sahipliğini sona erdirecek şekilde (translativ) devri savunulamaz. Bu bakımdan, “gerçek anlamda inanç ilişkisine” dayalı bir hukuki işlemle, eser sahibinin kamuya sunma hakkının devri kabul edilemeyecektir¹²⁰⁰.

Eser sahibinin, lisans hakkı tanıdığı kişiye, kamuya sunma hakkını ve bu hakkın ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan haklarını¹²⁰¹ güven ilişkisine dayalı olarak devretmesi durumunda, güvenilir kişinin lisans hakkından doğan menfaatlerinin eser sahibinin menfaatleriyle çatışabileceği rahatlıkla öngörülebilir. Güvenilir kişinin, eser sahibinin arzu ve düşüncelerine aykırı bir şekilde hareket edebilmesi, Kanun koyucunun eser sahibini korumaya yönelik temel amacıyla bağdaşmaz¹²⁰². Bu noktada, karşı görüş olarak, güvenilir kişinin girmiş olduğu finansal rizikolar nedeniyle tanınması gerekli düşünce ve menfaat önceliği ileri sürülmüştür. Çünkü, güvenilir kişinin, güven ilişkisi bağlamında eser sahibinin haklarını korumaya yönelik olarak üstlendiği görev, öngörülemeyen masrafların çıkmasına neden olabilecektir¹²⁰³. Ancak, bu görüş, güven ilişkisinden kaynaklı masrafların,

¹¹⁹⁸ Uygulamadaki bu görüş, o zamanki yasal durumun yorumlanmasını yansıtıyordu. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Alm.ESK ve Alm.GFK uyarınca eser sahibinin mali haklarının devri mümkündü. Kamuya sunma hakkının da, mali hakların kullanımını sağlama işlevi gözönünde tutularak, mahkemenin vardığı sonuç, bir manevi hak olarak kamuya sunma hakkının devredilebileceği anlamına geliyordu.

¹¹⁹⁹ Alm. ESHK md.29'daki eser sahibinin haklarının devredilemezliği ilkesi karşısında, eser sahibinin kamuya sunma hakkını başkasına geçiren bir hukuki işlemde –kural olarak- bahsedilemez.

¹²⁰⁰ MATANOVIÇ, s.240.

¹²⁰¹ Alm.ESHK md.12 ve md.97.

¹²⁰² MATANOVIÇ, s.241.

¹²⁰³ FORKEL, Rechtsübertragungen, s.195.

doğacak zararların karşılanacağına kanun tarafından güvence altına alınmış olduğu noktasını gözden kaçırmır¹²⁰⁴.

Doktrinde, manevi hakkın güven ilişkisine dayalı devrinin Forkel'in öncülüğünü yaptığı bağlı bağlı devir (gebundene Übertragung) kavramından¹²⁰⁵ hareket edilerek açıklanabileceğini savunanlar da vardır¹²⁰⁶. Kamuya sunma hakkının ihlali neticesinde ortaya çıkan tazminat alacakları gibi taleplerin de bağlı devir ilişkisinde, bağlı devralan tarafından takip edilmesi mümkün görülür¹²⁰⁷. Ancak, bağlı devir teorisi, savunma haklarının ileri sürülmesi noktasında güvenen kişiyle güvenilir kişi arasındaki olası düşünce farklılıklarını yeteri ölçüde dikkate almaz. Bağlı devir teorisinde, menfaatler çatışmasında öncelik, eser sahibinden hak kazanan kişiye verilir.

“Gerçek anlamda inanç ilişkisi”, bir hakkın devredilmesini konu alması itibariyle, manevi haklara ve dolayısıyla kamuya sunma hakkına ilişkin hukuki işlemlerden biri olmaya uygun değildir. Bağlı devir veya koruyucu yetkilerin temliki (abtretung von abwehrensprüchen) kurumları¹²⁰⁸, hakkın hak sahibinden tamamen çıkmasını konu

¹²⁰⁴ **MATANOVIÇ**, s.241. Güvenilir kişi, güven sözleşmesinin –treuhandvertrag- niteliğine göre, yapmış olduğu masrafların tazminini, sözleşmede bedel kararlaştırılmamışsa AMK md.670'e (auftrag-vekalet) göre, bedel kararlaştırılmışsa AMK md.675 (Entgeltliche Besorgungsvertrag- ücret karşılığı iş görme) ve md.680 hükümlerine (Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr- Vekaletsiz iş görmede tehlikenin önlenmesi) dayanarak isteyebilecektir.

¹²⁰⁵ Doktrinde Forkel'in öncülüğünü yaptığı bağlı devir teorisi, mali haklar üzerindeki hukuki işlemleri açıklamak için geliştirilmiş bir teoridir. Bu teoriye göre, hak tahsisinde bulunan kendi hak sahipliğini sona erdirmeyip (translativ), mevcut hakkın yanında yeni bir hak (konstitutiv) meydana getirir. Bu bakımdan, mülkiyet hakkı sahibinin intifa hakkı (AMK md.1030) veya rehin hakkı kurmasına (AMK md.1204) benzer. Malikin hak sahipliği devam eder, malik mülkiyet hakkını devretmemiştir. Ancak, malik yeni bir hak, intifa hakkı veya rehin hakkı oluşturmuştur.

Bağlı devir teorisi çerçevesinde eser sahibinin yükümlülüğünü, bir katlanma yükümlülüğü olarak değerlendirilebilir. Eser sahibinin, eseri meydana getirmekle ortaya çıkan hakların sahibi olmaya devam ettiği kuşkusuzdur. Bu teorinin, eser sahibi açısından olumlu yanı, yararlanma hakkı süreye bağlanmışsa sürenin sonunda veya lisans hakkı sahibi yararlanma hakkından vazgeçtiğinde, eser sahibinin katlanma yükümlülüğünün sona ermesidir. Yararlanma hakkı, özel bir hukuki işleme gerek olmadan eser sahibine geri döner. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.530, 531.

¹²⁰⁶ **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.192, 194. Yazar, açıkça güven ilişkisi kavramından bahsetmese de, bağlı devir kavramıyla, güven ilişkisine dayalı devri savunan görüşle aynı sonuca varır.

¹²⁰⁷ Alm.ESHK md.12, md.97 ve AMK md.398 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle, kamuya sunma hakkının ihlal edilmesinden doğan taleplerin devrinden –abtretung- bahsetmek de mümkündür. Güven ilişkisine dayalı devir de, mutlak surette, güvenilir kişinin güvenen kişi için hukuki işlemde bulunma şartı yoktur. Güvenilir kişinin, güvenen kişi için hukuki işlemde bulunmadığı, sadece hak ihlallerinden doğan talepleri takip etmesini amaçlayan güven ilişkisi de rastlanılır bir durumdur. **PALANDT-HEINRICH**S, § 104 BGB, Kn.25.

¹²⁰⁸ Alman Hukukunda alacak hakkının ve talep kavramlarının farklı olmasından hareket eden görüş, talep hakkının alacak hakkından ayrılarak alacaklıdan başkasına devredilebileceğini savunur. Bkz. **ÖĞÜZMAN/ÖZ**, s.12, dn.46'da anılan yazarlar.

olan hukuki işlemler değildir ve bu nedenle “gerçek anlamda inanç ilişkisi”ne konu olamazlar.

Kanun koyucunun eğilimi, eser sahibinin haklarını eser sahibinde bırakmak olduğuna göre, inançlı işlem temeline dayalı devir kavramı yerine başka bir çözüm bulmak gerekecektir¹²⁰⁹. Bu bakımdan, yetki vermeye dayalı bir inanç ilişkisi¹²¹⁰ önerilebilir¹²¹¹. Bu tür bir ilişkide, inanan kişi tam hak sahibi olarak kalmaya devam ederken, inanılan kişi gene kendisine verilen yetki çerçevesinde inanan kişinin haklarının gözetilmesine ilişkin olarak yetki verme hakkına sahip olur¹²¹². Durum, “başkasını yetkilendirme yetkisi” verilen temsilcinin bu yetkisini belirli bir şekilde kullanacağı hususunda sınırlandırılmasıdır. İnanan kişi, zaten kendisinde kalan haklarının kullanılmasında ve ileri sürülmesinde inanılan kişinin yanında yetki sahibi olarak kalmaya devam eder¹²¹³. İnanılan kişinin yetkisi, inanan kişinin hak sahipliğinin sona ermesiyle veya inanç sözleşmesinin sona ermesiyle¹²¹⁴ birlikte son bulur¹²¹⁵.

İnanç ilişkisine dayalı bir yetkilendirmeden sözedildiğine göre, eser sahibinin düşüncelerinin öncelik kazanacağı kabul edilmelidir¹²¹⁶. Eser sahibi ve inanılan kişi,

Alman Hukukunda eser sahibinin hakları bakımından da, alacak hakkı-talep ayırımının temelindeki düşünce bir anlam ifade etmektedir. Devredilemeyen nitelikte görülen manevi hakların, alacak hakkı-talep kavramlarından hareket edilerek devir işlemine konu edilebileceği ileri sürülmektedir. Elbette, manevi haklara bakımından açıkça bu terminoloji kullanılmamakla beraber, hakkın özü teorisi sayesinde manevi haklarda devredilebilecek bir alan görülmektedir.

¹²⁰⁹ MATANOVIÇ, s.241.

¹²¹⁰ Gerçek olmayan inanç ilişkisi (unechte Treuhand).

¹²¹¹ MATANOVIÇ, s.241. Doktrinde, Schack, tam hak devrine ilişkin probleme atıfta bulunarak, güven ilişkisine dayalı devir ilişkisini toptan reddetmektedir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.564. Oysa, Matanoviç, güven ilişkisinin mutlak surette tam hak devri sonucu doğurması gerektiğini ifade etmektedir. Hak devrini içermeyen güven ilişkisi de pekala olabilir.

¹²¹² Güvenilir kişinin, eser sahibinin haklarının korunmasını sağlamak için başkalarına yetki verme hakkı, AMK md.185’e dayandırılır.

¹²¹³ PALANDT-BASSENGE, § 903 BGB, Kn.34.

¹²¹⁴ Bkz. AMK md.168.

¹²¹⁵ Bu bağlamda, inanılan kişinin hak sahipliğinin sona ermesiyle, eser sahibinin kamuya sunma hakkının; daha çok ilk kamuya sunmanın gerçekleşmesiyle son bulması kastedilir. Bu yaklaşıma göre, eserin eser sahibinin rızasıyla kamuya sunulmasıyla birlikte, artık kamuya sunma hakkının varlığından bahsedemeyiz. MATANOVIÇ, s.241. Ancak, yazar bu noktada belki de şu tartışmayı gözden kaçırmış bulunmaktadır. Eserin, tiyatrodan sahnelenmesi, eserin televizyon aracılığıyla kamuya sunulması hakkının sona ermiş olması anlamına gelmez. Eser sahibi, iletişim araçları bakımından, kamuya sunma hakkının kullanılmasını aşamalara ayırmış olabilir. Dolayısıyla, inançlı işlem temeline dayalı

¹²¹⁶ MATANOVIÇ, s.242; ULMER, § 89, II., 1., s.380. Yazar, burada, yetkilendirmeden ve yetkinin her zaman için geri alınabilirliğinden –widerrufbarkeit- bahsetmektedir. Doktrinde, Löbl ise farklı görüştedir. Yazar, genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisi uyarınca, eser sahibince manevi hakların

gelecekteki taleplere yönelik olarak bir anlaşma yapabilirler. Bu durumda, eser sahibinin, inanılan kişiyi yetkili kıldığı durumlar, talepler açıkça belirlenebilir olmalıdır. İhlalde bulunacak kişi hakkında belirsizlik önem taşımaz¹²¹⁷.

Sonuç olarak, eser sahibi inanılan kişiye kamuya sunma hakkını devretmiş olmamakta, hakkının kullanılması ve ihlal durumunda doğacak talepleri takip etme konusunda yetki vermektedir. Amaç, eser sahibinin kamuya sunma hakkının kullanılması ve korunmasıdır. Eser sahibi, lisans hakkı tahsis ettiği kişiye kamuya sunma hakkının kullanılması ve korunması konusunda yetki vermiş olabilir¹²¹⁸.

Eser hakkında bilgi verme konusunda da, inanç ilişkisine dayalı bir sözleşme kurulabilir. Eser sahibi, eser hakkında bilgi verme yetkisini, kamuya sunma hakkından ayırarak kendinde tutabilir. Eser sahibi, eser hakkında bilgi verme yetkisini kamuya sunma hakkıyla birlikte inanılan kişinin kullanımına bırakmış olabilir. Bu noktada, hakkın kullanımı konusunda yetki vermeden sözedilecektir¹²¹⁹.

c.Umuma Arz etme Yetkisi Bakımından Meslek Birlikleriyle Yapılan Hukuki İşlemler

Genel olarak değerlendirildiğinde, manevi hakların meslek birlikleri aracılığıyla korunması özel kişiler aracılığıyla korunmasından farklılık arz eder. Korumanın inançlı işlem temeline dayalı bir devirle veya yetkilendirmeye sağlanmaya çalışılması önem taşımaz. Meslek birliklerince, eserden bizzat yararlanma sözkonusu olmazken, özel kişiler eserden yararlanma menfaatlerini ön planda tutarlar¹²²⁰.

ileri sürülmesinin kısıtlanmasını kabul eder. **LOßL**, Wolfgang, *Rechnachfolge in Verlagsverträgen*, Frankfurt a.M. 1997, s.15.

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin yetkilendirmede bulunması olayların büyük çoğunluğunda, AMK md.185'e kıyasen tahsil yetkilendirmesi –*einziehungsermächtigung*- biçiminde ortaya çıkacaktır. **MATANOVIÇ**, s.242.

¹²¹⁷ **MATANOVIÇ**, s.242; Ayrıca bkz. **STAUDINGER-BUSCHE**, § 398 BGB; Kn.64.

¹²¹⁸ Böyle bir olasılıkta, eser sahibinin kamuya sunma hakkını kullanan ve koruyan lisans hakkı sahibine, izin verilmiş sayılır. Başka bir deyişle, lisans hakkı sahibinin eser sahibinin kamuya sunma hakkına yaptığı müdahaleler hukuka uygun sayılır. Lisans hakkı sahibi hem kendi menfaatini hem de eser sahibinin menfaatini korumuş olacaktır. **MATANOVIÇ**, s.242.

¹²¹⁹ **MATANOVIÇ**, s.254.

¹²²⁰ **MATANOVIÇ**, s.243. Meslek birlikleriyle yapılan menfaatleri koruma sözleşmesi – *Wahrnehmungsvertrag*- sadece bir güven ilişkisi –*treuhänderverhältnis*- olarak tanımlanamaz. Menfaatleri koruma sözleşmesi, bu bağlamda, kendine özgü bir sözleşme olarak ortaya çıkar. Salt bir yararlanma sözleşmesi –*nutzungsvertrag*- olmaktan öte, güven ilişkisine dayalı bir hukuki işlem olarak, adi şirket, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin unsurlarını taşırlar. Dolayısıyla, sözleşmenin adı

Eser sahibi veya hak sahibi ile meslek birliği arasında yapılan sözleşmelere genel olarak mali haklar konu olur. Eser sahibinin manevi haklarının korunması ve kullanılması ise eser sahibine bırakılır. Bunun nedeni olarak, meslek birliklerinin eser sahibinden mali hakları devir yoluyla alabilirken, manevi haklarda devrin mümkün olmaması gösterilebilir. Ancak, eser sahibinin inançlı işlem temeline dayalı da olsa manevi haklarını tamamen veya kısmen devredemeyeceği kabul edilse bile, manevi haklar başka hukuki araçlarla meslek birlikleri tarafından korunabilir. Mali haklar inançlı işlem temeline dayalı devirle korunurken, manevi haklar temsil yetkisi ve vekalet sözleşmesi çerçevesinde korunabilir.

Mali hakları devralmış meslek birliklerinin bu hakları kullanabilmek ve korumak amacıyla hukuki işlemde ve takipte bulunurken, umuma arz yetkisini de koruması kaçınılmaz bir sonuç olacaktır. Mali hakların kullanılabilmesi, umuma arz yetkisinin kullanımına bağlıdır. Bu gerçek gözönünde bulundurularak eser sahipleri veya hak sahipleri tarafından verilen yetki belgelerinde, umuma arz yetkisinden bahsedilebilmektedir¹²²¹. Ancak, yetki belgesinde eser sahibinin umuma arz yetkisinden bahsedilmemiş olması de bir eksiklik içermez. Çünkü, eser sahibi mali haklarını meslek birliğine devrettiği zaman, bu devrin hakların kullanımının gerektirdiği ölçüde umuma arz yetkisini de etkilediğini bilmekte veya bildiği varsayılmaktadır. Ayrıca, umuma arz yetkisinin mali hakmış gibi devredilen yetkiler arasında sayılması da sakıncalı bulunabilir¹²²². Mali hakların devrine odaklanmış yetki belgelerindeki ifadelerden veya meslek birliğinin amaçlarından hareket edilerek, umuma arz yetkisinin korunabileceğini ileri sürmek zorlama bir yorum olacaktır. Bu konuda, yetki belgesine konulacak açık bir hükümlerle meslek birliklerine umuma arz yetkisine ilişkin bir koruma yetkisi tanınabilecektir. Ancak, uygulamada

menfaatleri koruma sözleşmesi olsun ya da yararlanma sözleşmesi veya lisans sözleşmesi olsun, eser sahibinin manevi haklarının korunması bakımından önemli olan sözleşmenin içeriğidir.

¹²²¹ SESAM'a verilen yetki belgelerinde "... işleme, çoğaltma, yayma, temsil, işaret ses ve görüntü nakline yarayan aletlerle *umuma arz suretiyle* kullanma- ve faydalanma, izin verme veya yasaklama haklarını, üyesi bulunduğum SESAM- Türkiye Sinema Eseri Sahipleri Meslek Birliği'ne devrediyorum." ifadesine yer verilmektedir.

¹²²² MESAM'a verilen yetki belgelerinde umuma arz yetkisinden bahsedilmez. MESAM'a devredilen mali haklara ilişkin ifade de, umuma arz yetkisi yer almaz. Söz konusu yetki belgesi hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır. "Eser sahipliğinden veya üzerinde hak sahipliğinden doğan mali hakkımı, Türk Kanun ve mevzuatının ve bütün uluslararası konvansiyonların bana tanıdığı çoğaltma, temsil, Radyo-Tv ile yayın suretiyle faydalanma, izin verme veya yasaklama haklarını münhasıran, üyesi bulunduğum MESAM- Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği'ne devrediyorum".

şu sorunla karşılaşılabilir. Meslek birlikleri, çoğaltma ve yayma hakkının ihlal edilmesi durumunda bu ihlalin bedeli yanında, ayrıca umuma arz yetkisinin ihlalinden dolayı bir bedel talep edebilecek midir? Umuma arz yetkisinin ihlali, aslında çoğaltma ve yayma hakkının ihlali olarak değerlendirilecek olursa, meslek birliklerinin umuma arz yetkisinin ihlaline özgü ek bir talepte bulunamayacakları sonucuna varmak mümkündür. Bu şekilde genel bir değerlendirme yapmak yerine somut olayın özelliklerine göre bir çözüme gitmek doğru olacaktır. Çoğaltma ve yayma hakkının ihlali yanında, umuma arz yetkisinin ihlali de bağımsız bir özellik arz edebilir. Eser sadece çoğaltılıp, yayılmamış; bu çoğaltma ve yayma normal şartlarda eser sahibinin arzu etmeyeceği bir şekilde gerçekleşmiş olursa ayrıca umuma arz yetkisinin ihlalinden hareketle meslek birliği sahip olduğu yetkiye dayanarak ihlal eden kişiden bir bedel talebinde bulunabilir. FSEK md.14 f.3'te dikkat çekildiği gibi eserin umuma arzı eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde gerçekleşmişse, bu durumda ne olacaktır? Meslek birliğinin eser sahibiyle aralarındaki sözleşme ilişkisi, örneğin vekalet ilişkisi gereğince, bu şekilde bir umuma arz gerçekleştiren faile karşı talepte bulunabileceği kabul edilebilecek midir? Eserin umuma arzı, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeliyorsa meslek birliğinin doğan zararı belirlemede eser sahibine başvurması ve onun talebi doğrultusunda harekete geçmesi düşünülebilir. O halde, umuma arz yetkisinin meslek birlikleri aracılığıyla korunması devre dayalı değil vekalet sözleşme ilişkisine dayalı olarak verilecek temsil yetkisi ile sağlanabilecektir. Meslek birlikleri, mali hakların takibi esnasında mali hakların ihlali yanında eser sahibinin umuma arz yetkisinin ihlalinin bağımsız bir özellik gösterdiği veya eser sahibinin şeref ve itibarını zedelediğini düşündükleri durumları eser sahibine bildirebilirler. Eser sahibi de bu durumda ihlal edenden zararın giderilmesini ya kendisi ya da meslek birliği aracılığıyla talepte bulunabilir. Eğer ihlal eden bu taleplere sessiz kalır veya olumsuz yanıt verirse, eser sahibi gerekli davaları açabilecektir. Umuma arz yetkisinin devredilemeyeceği, sadece eser sahibinde kalacağı kabul edilirse meslek birliği bu yetkiyi ancak vekalet ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine dayanarak koruyabilecek ve kullanabilecek, ancak eser sahibini mahkemeler önünde temsil edemeyecektir. Çünkü meslek birliklerinin eser sahiplerini veya hak sahiplerini davada temsil yetkileri yoktur. Meslek birliklerinin mali hakların ihlali durumunda dava açabilmeleri ise, bu hakları eser sahibinden veya hak sahibinden devralmış oldukları için temsilci sıfatıyla değil, asil (hak sahibi) sıfatıyla gerçekleşir.

3.Adın Belirtilmesi Yetkisine İlişkin Hukuki İşlemler

a.Genel Olarak

Adın belirtilmesi yetkisinin, umuma arz yetkisiyle karşılaştırıldığında eser sahibinin kişiliğiyle daha yakın ilişki içinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, adın belirtilmesi yetkisine ilişkin hukuki işlemlerin sınırını belirlemede, kişiliği oluşturan değerlerden ismi konu alan hukuki işlemlerden yararlanmak mümkündür. Eser sahibi adın belirtilmesi yetkisi konusunda borçlandırııcı nitelikte sözleşmeler yapabilecektir. FSEK md.15 f.1, eser sahibine meydana getirdiği eseri kendi adıyla veya müstear adıyla ya da adsız olarak, umuma arzetme veya yayımlama hususunda münhasır yetki tanımıştır. Eser sahibi bu yetkiyi kullanmayacağı yönünde bir taahhütte bulunabilir. Örneğin bir yazar, meydana getirdiği eserin kendi adıyla mı müstear adıyla mı yoksa adsız mı yayımlanacağı konusunda kendisinin değil yayınevinin karar vermesine ilişkin olarak bir taahhütte bulunabilir. Ancak, eser sahibi adın belirtilmesi yetkisinden bir daha kullanmamak üzere vazgeçemez.

Alman Hukukunda, adın belirtilmesi yetkisine ilişkin hukuki işlemlerde sınır olarak borçlandırııcı işlemi görenler olduğu gibi, tasarruf işlemlerinin de yapılabileceğini savunanlar vardır. Doktrinde, bir kısım yazarlar, adın belirtilmesi yetkisine¹²²³ ilişkin olarak tasarruf etkili hukuki işlemleri mümkün görür¹²²⁴. Diğer yazarlar ise, eser sahibinin borçlandırııcı bir işlemin sonucu olarak bir susma yükümlülüğü altında olduğunu söylerler. Eser sahibinin, eser sahipliğine ilişkin susma yükümlülüğünün ihlali, tazminat yükümlülüğüne dönüşür¹²²⁵.

¹²²³ Bkz.Alm.ESHK md.13 f.1: Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft.

¹²²⁴ Eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisine ilişkin olarak bir daha caymamak üzere tasarrufta bulunması hukuka uygun görülür. Bkz. **SCHRICKER**, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft –Von Thomas Dreier, Paul Katzenberger, Silke von Lewinski, Gerhard Schricker, Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, s.97; **GENTHE**, Barbara, Der Umfang der Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht, Frankfurt a.M. 1981. s.94; **STOLZ**, s.61; **HABERSTUMPF**, Kn.251; **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.212; **STEINBERG**, Katrin, Urheberrechtliche Klauseln in Tarifverträgen, Baden-Baden 1998, s.85; **WALLNER**, s.56, **ZOLLNER**, Die Reichweite des Urheberrechts im Arbeitsverhältnis untypischer Urheber, FS Hubmann, Frankfurt a.M. 1985, s.523,536. Yazar, iş sözleşmelerine ilişkin olarak, geri alınamaz vazgeçme kurumundan bahsetmektedir.

¹²²⁵ **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.336; **REHBINDER**, Ghostwriter, s.651,658; **SEETZEN**, s.54; **DUNNWALD**, Dirk, Der Urheber im öffentlichen Dienst, Baden-Baden 1999, s.110; **DIESELHORST**, s.139; **SCHMIDT**, Anette, Die Rechtsverhältnisse in einem Forscherteam-

Alman Federal Mahkemesi, bir kararında, eser sahibinin isim verme hakkının¹²²⁶ (namensnennugsrecht) sözleşme yoluyla sınırlanabileceğine hükmetmiştir¹²²⁷. Başka bir kararda, eser sahibinin sözleşmenin kurulmasıyla birlikte ilgili sektördeki teamülleri kabul etmiş olduğu ve isim verme hakkından sözleşmeyle vazgeçmiş olduğuna hükmetmiştir¹²²⁸.

b.Adın Belirtilmesi Yetkisinin Üçüncü Kişi Tarafından Korunması

Eser sahibi adın belirtilmesi yetkisini kendisi koruyabileceği gibi, başkası tarafından da korunmasını sağlayabilir.

Türk Hukuku bakımından adın belirtilmesi yetkisinin üçüncü kişiler tarafından korunması sınırlı bir şekilde anlam ifade edecektir. Eser sahibi adın belirtilmesi yetkisinin kullanılması konusunda bir başka kişiyi yetkilendirebilecektir. Örneğin, eserde kendi isminin yer alması veya takma isim kullanılması veya bir başkasının isminin kullanılmasına katlanma konusunda borçlandırııcı nitelikte bir yükümlülük altına girebilecektir. Bir yayınevi, eseri yayınevini kullandığı takma isimle umuma arz edebilecektir. Başka bir kişinin bu eseri kendisininmiş gibi kendi ismiyle yayınlanması durumunda, gerçek eser sahibi adın belirtilmesi yetkisine dayanarak dava açabilecektir. Söz konusu bu örnekte yayınevini bu ihlale sessiz kalması durumunda eser sahibi adın belirtilmesi yetkisine dayanarak gerekli hukuki yollara başvurabilecektir. Yayınevi, bu ihlale karşı açacağı davayı sahibi olduğu mali hakka dayandıracaktır. Yayınevi, çoğaltma ve yayma hakkı konusunda yetkili olduğunu ispat ederek ve eser sahibinin adını belirtmeden eseri kendi adıyla çoğaltan ve yayan kimseye karşı mali hak ihlali davası açacak ve bu tür kullanımı önleyecektir. Eser sahibine ait adın belirtilmesi yetkisi dolayısıyla korunmuş olacaktır.

Rechtsprobleme des Werkschaffens in der Gruppe, Baden-Baden 1998, s.111; **LEßMANN**, s.78; **MOHRING/NICOLINI-KROITZSCH**, § 13, Kn.17.

¹²²⁶ Alm.ESHK md.13 f.2: Das Namensnennungsrecht.

¹²²⁷ BGHZ 126, 245-Namensnennungsrecht des Architekten. Mahkemeye göre, sözleşmede eser sahibinin ismini kullanma hakkına ilişkin anlaşmanın, eser sahibinin eserde isminin anılması konusunda bir talepte bulunmasını engellediği sonucuna varmıştır.

¹²²⁸ KG WRP 1977, s.187- Köhnlechner.

Alman Hukukunda, adın belirtilmesi yetkisinin umuma arz yetkisinin korunmasında da savunulduğu gibi inançlı işlem temeline dayalı devir yoluyla korunabileceği ileri sürülmekle beraber, burada teknik anlamda bir devirden değil de yetkilendirmeden bahsetmek daha doğru olacaktır. Bu bağlamda, gerçek anlamda inanç ilişkisi değil, gerçek anlamda olmayan inanç ilişkisi kapsamında bir korumadan söz edilmektedir. Umuma arz yetkisinin korunmasında olduğu gibi, inanç ilişkisine dayalı devir değil, bir yetkilendirmeden bahsedilecektir¹²²⁹. Yetkinin konusu, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ihlalini önlemeye yönelik talepleri ileri sürme noktasındadır. Yetki sahibi olan kişi, eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ihlal edilmesini önleyecek, ihlal durumunda bu ihlali ortadan kaldıracaktır.

c.Adın Belirtilmesi Yetkisinin Meslek Birliklerince Korunması

Meslek birliği eser sahibinin mali haklarına ilişkin kullanma ve koruma konusunda hukuki işlemlerde ve takiplerde bulunurken, eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisinin ihlal edilip edilmediği noktasında da bilgi sahibi olabilecektir. Bu noktada, adın belirtilmesi yetkisinin ihlal edildiği durumlarda meslek birliği eser sahibine yapacağı bildirimle, eser sahibinin bu ihlal karşısında gerekli hukuki yollara başvurması imkanı doğacaktır. Öte yandan meslek birliği mali hakları devralmış bir kurum olarak üçüncü kişilerle sözleşmeler yapılırken eser sahibinin isminin belirtilmesine dikkat edecektir. Eser sahibinin isminin belirtilmemesi, eser sahibinin ününü ve dolayısıyla lisans almak isteyen kişilerin sayısını azaltabilecektir. MESAM, SESAM gibi meslek birliklerinin eser sahiplerinden veya hak sahiplerinden aldıkları yetki belgelerine bakıldığında, adın belirtilmesi yetkisinin korunması konusunda herhangi bir hükme veya ifadeye yer verilmediği dikkat çekmektedir.

FSEK uygulamasında meslek birlikleri adın belirtilmesi yetkisi açısından nasıl bir rol oynayabilirler? Herşeyden önce adın belirtilmesi yetkisinin mutlak bir hak olmasından hareketle, herkesin bu yetkiyi ihlal etmeme yükümlülüğü vardır. Eser sahibi, adın belirtilmesi yetkisinin korunmasını kendisi sağlayabileceği gibi, bu yetkinin meslek birlikleri aracılığıyla da korunmasını sağlayabilir. Eser sahibinin

¹²²⁹ MATANOVIÇ, s.278.

adın belirtilmesi yetkisinin korunması konusunda meslek birliğini yetkili ve yükümlü kılması vekalet ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Eser sahibinin meslek birliğini adın belirtilmesi yetkisinin ihlali durumunda doğan taleplere ilişkin olarak yetkili kılması, yargı yollarına başvurmada sorun oluşturabilecektir. Meslek birliği mali hakların ihlali halinde mali hakları devralan sıfatıyla kendi adına takipte bulunup, tahsil edilecek parayı eser sahibine aktarırken, manevi hakların devredilemezliği kabul edildiğinde temsilci sıfatıyla yargı yollarına başvuramayacak mıdır? Bu noktada, inançlı işleme dayalı devir kurumu kabul edilmediği takdirde, meslek birliği adın belirtilmesi yetkisinin ihlali durumunda ancak mali haklar üzerinden bir koruma ve yargı yollarına başvurma imkanı elde edecektir. Fakat buna rağmen şöyle bir çözüm getirilebilir: Meslek birliği vekalet sözleşmesi gereği adın belirtilmesi yetkisini koruma konusunda yetkili ve yükümlü olduğunu ileri sürüp, adın belirtilmesi yetkisinin ihlalinin kendisine devredilmiş olan mali hakları etkilediğini de belirterek yargısal takip ve başvuruda bulunabilecektir.

Adın belirtilmesi yetkisinin korunması konusunda Alman doktrininde, Avusturya Yüksek Mahkemesince verilen “Weihnachtslieder” kararına sıklıkla atıf yapılmaktadır¹²³⁰. Meslek Birliğinin, eser sahibinin menfaatlerini korumasının bir sonucu da, üçüncü kişilerle eser sahibinin mali haklarına ilişkin sözleşme yaparken ve sözleşmelerin ifasını takip ederken, eser sahibinin isminin kullanılmasını temin etmesidir¹²³¹. Karardan çıkan sonuç şudur: Eser sahibi olarak tanıtılmak, devredilebilir nitelikteki mali hakların kullanımıyla doğrudan ilgilidir. Meslek Birliği, eser sahibinin manevi hakkına tecavüz halinde, bu tecavüze son vermek konusunda yetkili sayılmalıdır. Meslek birliğinin bu konuda aktif dava ehliyetinin olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, yapacağı sözleşmelerde eser sahibinin isminin kullanılmasını şart koşabilmeli ve dolayısıyla adın belirtilmesi yetkisi konusunda sadece Usul Hukuku anlamında değil, maddi hukuk anlamında da yetki sahibi olarak görülmelidir.

Alman Hukukuna göre, eser sahibinin mali hakları serbest devre konu olamaz. Mali hak sahibi, sadece eserden yararlanma hakkına sahiptir; yoksa eser sahibinin manevi haklarını üçüncü kişilere karşı gözetmek hak ve yükümlülüğüne sahip değildir. Eser

¹²³⁰ GRUR Int.1997, s.262.

¹²³¹ GRUR Int.1997, s.264.

sahibinin manevi haklarından biri olan, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının ihlali, mali hak sahibinin eserden yararlanmasını ortadan kaldırmaz. Bu demektir ki, mali haklardan yararlanma manevi haklarla bağlantılı değildir. Bu nedenlerden ötürü, Avusturya Hukukunun çözümü, Alman Hukuku bakımından bir takım çekincelerle kabul edilebilir¹²³².

Menfaatleri koruma sözleşmesinde geçen devir kelimesinin, yetki verilmesi şeklinde anlaşılmasının daha doğru olacağı ileri sürülmektedir. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına yapılan bir müdahalede, eser sahibinin menfaatlerini koruma görevi üstlenmiş meslek birliği eser sahibine ait savunma haklarını kullanabilecektir¹²³³.

Sonuç olarak, meslek birliklerinin menfaatleri koruma sözleşmesine uygun olarak sadece mali haklar alanında lisans vermeye yetkili olduğu değil¹²³⁴, manevi haklar bakımından da yetki verebilme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Meslek birliği, lisans alana vereceği yetkiyle, lisans sahibi, eser sahibinin isminin belirtilmesi yetkisinin kullanılmasında gerek maddi hukuk anlamında gerekse ihlali

¹²³² MATANOVIÇ, s.279.

Ayrıca, yazara göre, eser sahibinin eserinde isminin kullanılması eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının bir gereği ve eserden yararlanmayla doğrudan bağlantılı olsa da, meslek birliğinin, bir üçüncü kişiyle eser sahibinin mali haklarına ilişkin olarak lisans sözleşmesi yapmış olması, eser sahibinin manevi haklarının korunmasının bu kişi tarafından üstlenileceği anlamına gelmez.

Her mali hak sahibi, eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisini koruyamaz. Eser sahibi meslek birliğiyle menfaatleri koruma sözleşmesi yaptığıda adın belirtilmesi yetkisinin de, meslek birliğince korunmasını sağlayabilir. Hatta eser sahibi adın belirtilmesi yetkisini korumakla yetkili ve yükümlü meslek birliğinin üçüncü kişileri de bu konuda yetkilendirebileceğini açık bir sözleşme hükmüyle düzenleyebilir. Bu durumda meslek birliği üçüncü kişiyle lisans sözleşmesi yaptığıda lisans alanı eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisi konusunda yetkili kılabilir.

Bild-Kunst meslek birliğince yapılan menfaatleri koruma sözleşmesinin 1.maddesinin son fıkrasına göre, hak sahibi (berechtigter) meslek birliğine yetki vermek suretiyle (ermächtigung) manevi tazminat talebi dahil olmak üzere Alm.ESHK md.13'de düzenlenmiş adın belirtilmesi yetkisinden doğan taleplerin meslek birliğince kendi adına ileri sürülmesini sağlayabilir.

Bild-Kunst menfaatleri koruma sözleşmesinin 4.maddesinde ise meslek birliğine devredilen hakların meslek birliğince üçüncü kişilere yeniden devredilebileceği öngörülmüştür. Bkz. www.bildkunst.de/vertäge.

Doktrinde, 4.maddeden hareketle meslek birliğine devredilen haklar nasıl yeniden devre konu olabiliyorsa, meslek birliğinin yetkilendirildiği konularda da yeniden yetkilendirmenin mümkün olacağı belirtilmektedir. MATANOVIÇ, s.280.

¹²³³ Bu noktada atıf yapılan hükümler Alm.ESHK md.97 ve md.13 olmakta ve bu hükümlerden kaynaklanan savunma haklarının kullanılması konusunda, AMK md.185'e kıyasen, Meslek Birliğine verilmiş bir yetkiden bahsedilmektedir. MATANOVIÇ, s.279.

Meslek birliği, eserin sayısallaştırılması (dijital ortama aktarılması) durumunda da eser sahibinin menfaatlerini koruyabilecektir. Bild-Kunst menfaatleri koruma sözleşmesinin 1 p bendinde "resim ve fotoğraf eserlerinin sayısal ortama aktarılmasının manevi hakları ihlal etmesi durumunda doğan taleplerin" de menfaatleri koruma sözleşmesi kapsamında meslek birliğince ileri sürüleceğini düzenlemektedir.

¹²³⁴ Alm.ESHK md.35.

durumunda Usul Hukuku bakımından takibinde yetkili sayılmalıdır¹²³⁵. Bu görüşe göre, meslek birliği adın belirtilmesi yetkisi konusunda menfaatleri koruma sözleşmesinde bu yetkinin korunmasını başkasına bırakabilme konusunda yetkili kılınmışsa, adın belirtilmesi yetkisinin korunması meslek birliği tarafından bir başkasına bırakılacaktır. Örneğin, meslek birliği ile lisans sözleşmesi yapan bir kimse aynı zamanda eser sahibine ait adın belirtilmesi yetkisi koruma ve hatta ihlal durumunda dava açma hakkına sahip olabilecektir.

4.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisine İlişkin Hukuki İşlemler

a.Genel Olarak

Eser sahibinin mali haklarına ilişkin olarak yaptığı işlemler FSEK md.16'da düzenlenmiş bulunan eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini de etkileyecektir. Eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkına ilişkin olarak borçlandırııcı nitelikte işlemin yanısıra tasarruf işleminde de bulunabilecek midir? Eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasına izin vermesi ne anlama gelecektir?

FSEK md. 16 f.3'de, eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak, şu düzenlemede bulunulmuştur. "Eser sahibi, kayıtsız şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile, şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür." Eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek işlemlerin hükümsüzlüğü, Kişilik Hukukuna ilişkin genel hükmün, FSEK'teki görünümüdür. Kişinin şeref ve haysiyetine ilişkin hükümler, kişiliğin korunması kapsamında geçersiz olup; BK md.19 ve md.20 hükümleri çerçevesinde butlanla batıldır. Dolayısıyla, FSEK'te, "menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür" hükmü olmasaydı bile, genel hükümler aracılığıyla eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek değişikliklere verdiği izin hükümsüz sayılacaktı.

¹²³⁵ MATANOVIÇ, s.281.

Eser sahibi, FSEK md.16 f.3 hükmüne göre, eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değiştirmelere ilişkin yazılı bir izin vermiş olabilir. Eser sahibi, yazılı olarak verdiği bu izne rağmen, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeler konusunda, son söz sahibi olmaya devam eder. Öyle ki, örneğin lisans hakkı sahibine eseri üzerinde eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikte bulunma konusunda izin vermiş olsa bile, bu değişiklikten memnun olmayıp, sözleşmedeki hükme rağmen lisans hakkı sahibinin eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikte bulunmasını engelleyebilir. Eser sahibi menetme yetkisinden, kanun hükmüne göre vazgeçemez. Eser sahibinin, önce lisans hakkı sahibine eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikte bulunmasına ilişkin izin verip, sonradan bundan vazgeçmesi, çelişkili davranış olarak görülse de, kanunen kendisine tanınmış bir haktır. Böyle bir durumda, lisans hakkı sahibi sözleşmeye aykırılıktan dolayı eser sahibinden tazminat talebinde bulunabilir.

Eser sahibinin, eseri üzerinde yapılan değişikliklere uzun süre ses çıkarmayıp hakkını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilir. Eser sahibinin eseri üzerinde yapılan değişikliklere uzun süre ses çıkarmaması¹²³⁶, sonradan yapacağı itirazı hakkın kötüye kullanılması haline getirebilir. Yargıtay'ın uzun süre bir hak ihlaline sessiz kalınıp, daha sonradan bu hakkın ileri sürülemeyeceği kuralı¹²³⁷ Fikri Hukuk bakımından da uygulama alanı bulur¹²³⁸.

FSEK md.16'da eser sahibine tanınmış eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme yetkisine ilişkin olarak "izin" kavramından bahsedilmektedir. Eser sahibinin bu yetkisi üzerinde yapabileceği hukuki işlem olarak ilk akla gelen kurum o halde, izin olacaktır. "İzin" den ne anlaşılması gerektiği noktasında bir açıklık yoktur.

¹²³⁶ Eser sahibinin vermiş olduğu rıza, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisini sona erdirmez. Başka bir deyişle, rıza hakkı düşürmez.

¹²³⁷ YİBK, 30.9.1988, E.1987/2, K.1988/2-YKD, C.XXV, s.5, s.644.

¹²³⁸ Örneğin, Yargıtay bir kararında, çevirmenin uzun yıllardır yaptığı çeviriler üzerinde yayıncı tarafından yapılan değişikliklere sessiz kalıp, sonradan FSEK'in 16. maddesine aykırılık itirazında bulunmasını iyiniyet kurallarıyla bağdaşır bulmamıştır. Mahkeme, redaksiyon kurulundan ekleme ve değişiklik görerek çeviri eser basımının taraflar arasında teamül niteliğinde bir uygulama ve hukuki işlem halini aldığını ve çevirmenin bu aşamalarda herhangi bir öneri veya ihbarda bulunmadığı, uzun yıllardır uygulanan bir durumun yasaya aykırılığının ileri sürülmesini hukuka uygun görmemiştir. Bkz. 11.HD, 16.6.1998, E.1998/2033; K.1998/4576-SULUK/ORHAN, s.340,341.

İzin kavramı, “hakkın kullanımının başkasına bırakılması” şeklinde de açıklanmaya çalışılmaktadır¹²³⁹. Manevi hakların devredilemeyeceği kabul edilirse, devir kavramını kullanmaktan kaçınmak haklı görülebilir. Ancak, bu noktada bir ayrım göze çarpar ki, o da hakkın kendisinin devri-hakkın kullanımının devri ayrımıdır. Manevi hakkın kullanımının başkasına bırakılması, izin kavramı çerçevesinde değerlendirilir ve hakkın kullanımın başkasına bırakılması hakkın kullanımının devri kavramıyla yer değiştirir¹²⁴⁰. Başka bir deyişle, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemlerle ilgili açıklamalarda “devir” kavramına da yer verilir. Ancak, burada devirle kastedilen, bir hakkın tamamen başkasına geçirilmesini sağlayan bir tasarruf işlemi değildir. Devirle kastedilen, hakkın eser sahibi dışında başka biri tarafından da kullanılabileceğidir.

FSEK md.16 kapsamında yapılan değerlendirmelerden biri de, eser sahibinin mali hakları devrettiği kimselere değişiklik yapmak yetkisini de tanıyabileceğidir¹²⁴¹. Dolayısıyla, FSEK md.16’da kullanılan izin kavramıyla, “yetki verme” kastedilmiş olmaktadır. Mali hak sahibinin eser üzerinde değişiklikte bulunması, sözleşmeden doğan hakkının kullanılması olacaktır. Eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapma yetkisini bir başka kişiye tanınması, eser sahibinin eser üzerinde değişiklikleri menetmek yetkisini sona erdirmesi anlamına gelmez. Eser sahibi şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değişikliklere karşı gelme hakkını korur.

Eser sahibinin mali haklardan biri olan işleme hakkını devretmesi durumunda ne olacaktır? Eser sahibi işleme hakkını devretmiş olmasına rağmen, FSEK md.16 f.3’de tanınan yasaklama yetkisi kanaatimizce devam eder. Eser sahibi şeref ve itibarını zedeleyen her türlü değişikliğe karşı çıkabilecektir. Bu yetkisinden vazgeçmesi hükümsüzdür. Eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklere gelince, eser sahibinin tanıdığı işleme hakkının eserin mahiyet ve hususiyetini bozması mümkündür. Bu durumda, eser sahibinin borçlandırıcı nitelikte bir katlanma yükümlülüğünden bahsedilir. Eğer, eser sahibi işleme hakkı tanıdığı kişiye eserin

¹²³⁹ SULUK/ORHAN, s.344,345.

¹²⁴⁰ Bkz. SULUK/ORHAN, s.345. Yazarlar, izin-hakkın kullanımının başkasına bırakılması ve hakkın kullanımının devrini, eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin açıklamalarda birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmaktadırlar.

¹²⁴¹ EREL, s.123.

mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu gerekçesiyle engel olursa, bu durumda sözleşmeye aykırı davranmasının sonuçlarına katlanmalıdır. Eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen değişikliklere izin verilemez. Böyle bir izin, kişilik hakkına aykırılıktan dolayı hükümsüzdür. Buna karşın eser sahibi, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikler yapılmasına izin verebilir. Kanunda böyle bir izni yasaklayan hüküm yoktur. FSEK md.16 f.3, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikler yapılmasını menetme yetkisinden vazgeçmeyi hükümsüz saymaktadır; yoksa bu yetkiyi kullanmama konusundaki bir taahhüdü geçersiz saymaz.

Eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine ilişkin vereceği izin şekle bağlı olup olmadığı noktasında kanun açık bir hüküm içermez. FSEK md.16 f.3, eser sahibinin yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebileceğini düzenler. Hüküm, eser sahibinin sadece yazılı izin verme değil sözlü izin verme yetkisine de sahip olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Ancak, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi “işleme hakkı” kapsamında veriliyorsa o takdirde, izin FSEK md.52 uyarınca yazılı olmalıdır.

Eser sahibinin, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi konusunda izin verirken, iznin konusunun ve sınırlarının belirlenmesi gerektiği üzerinde durulur¹²⁴². O halde, genel bir izin hüküm ifade etmeyecektir şeklinde sonuca varılabilir. Böyle bir sonuç, eser sahibinin korunması için benimsenmesi gereken bir çözümdür.

Eser sahibinin vereceği iznin yazılı olması gerektiği konusunda Yargıtay kararları da mevcuttur¹²⁴³.

¹²⁴² Bkz. **SULUK/ORHAN**, s.345.

¹²⁴³ Kararda “bazı hallerde manevi hakların kullanılmasına eser sahibinin yazılı izin vermesi ile muvafakat edebileceği öğretide bazı yazarlarca kabul edildiği gibi 11. Hukuk Dairesince bu husus benimsendiği” ifade edilmiştir”. Kararda, atıf yapılan eserlerdeki sayfalarda (AYİTER, s.181 ve EREL, s.98) bu konuda bir ifadeye rastlanmamıştır. Ancak, yine de bu karar içerdiği ifadelerle, eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılması konusunda yazılı iznin gerekli olduğu noktasında bir örnek teşkil eder. Kararda “ FSEK md.16 f.1’de, eserde eser sahibinin izni olmadan kısaltma ekleme ve değiştirme yapılamaz kuralı ile aynı yasanın 52.maddesinde yer alan yazılı sözleşme ve izin kuralının sıhhat şartı olması karşısında MK md.2’nin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı araştırılması gerekir” şeklinde bir değerlendirmede bulunulmuştur. Bkz. 11.HD, 29.1.1999, E.1998/10031, K.1999/250-**SULUK/ORHAN**, s.712; YKD, C.XXV, S.5/1999, s.644-647; **BEŞİROĞLU**, s.1077-1080.

Alman Hukukunda, doktrinde kullanılan terminolojideki farklılığa rağmen, çoğu yazar eser sahibinin eserin bütünlüğüne ilişkin koruma hakkı üzerinde tasarrufla eş tutulabilecek; tasarruf etkisi doğuran hukuki işlemlerin geçerliliğini kabul etmektedir¹²⁴⁴. Azınlıkta kalan görüşse, eser sahibinin bu manevi hakkına ilişkin olarak borçlandırıcı bir yükümlülük doğuran düzenlemede bulunabileceğini savunmaktadır¹²⁴⁵. Eser sahibinin, bu hakkına ilişkin olarak yapılacak müdahalelere vereceği rızanın hukuka uygun olacağını savunan görüş de, doktrinde yerini almıştır¹²⁴⁶. Öte yandan, eser sahibinin bu hakkına ilişkin hiçbir düzenlemede bulunamayacağını, ancak lisans sözleşmesine ilişkin olarak eser üzerinde değişiklik yapılmasına müsaade edebileceğini savunan yazarlar da vardır¹²⁴⁷.

Eser üzerinde değişiklik yapılması konusunda zımni bir anlaşma varsa, eserde yapılacak değişiklikler, eseri bozmaya (werkentstellungen) varmadıkça hukuka uygun görülecektir¹²⁴⁸.

Bir mahkeme kararında da tespit edildiği üzere eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkından vazgeçilemez¹²⁴⁹. Söz konusu mahkeme kararının

¹²⁴⁴ **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.94; **SCHRICKER**, Einwilligung s.410. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.563; **V. GAMM**, § 14, Kn.7; **HUBMANN**, Urheberrecht, s.223; **GERSTENBERG**, Anm. Zu OLG Celle; **SCHULZE** 295, s.8,10 –Architektenvertrag; **WALLNER**, s.56; **GROHMANN**, s.160; **GENTHE**, s.94; **PEIFER**, GRUR Int.1995, s.25,41; **JAHN**, Beatrix, Das Urheberpersönlichkeitsrecht im deutschen und britischen Recht, Münster 1994, s.92; **HABERSTUMPF**, Kn.251; **SCHMIDT**, A. s.113; **STEINBERG**, s.85; **FEDERLE**, s.79.

Erdmann'a göre, eser sahibi tasarruf etkisi doğuran bir işlem yapabilir. Eser sahibi, sözleşmenin karşı tarafıyla eserin bütünlüğünü bozan değişiklikler konusunda bir anlaşmaya varabilir. Böyle bir anlaşma, eser sahibinin sonradan vermiş olduğu iznin geçersiz olduğu iddiasına dayanmasını engeller. Çünkü, eser sahibi, eserin bütünlüğüne ilişkin korumadan vazgeçmiştir. **ERDMANN**, FS.Nirk, s.209, 211.

Seetzen, eser sahibinin tasarruf etkisi doğuran düzenlemelerine ilişkin olarak ikili bir ayırım yapar. Eser sahibi, eseri üzerindeki düşünsel –geistigen Interessen- menfaatleri üzerinde tasarrufla bulunabilirken, kişisel menfaatlerine ilişkin tasarrufla bulunamaz. **SEETZEN**, s.60.

Doktrinde, Osenberg de bu ayırmadan hareket ederek, eserin bütünlüğü üzerindeki hakka ilişkin tasarrufları değerlendirir. Osenberg'e göre, eserin bozulmasına yol açan değişikliklere karşı korumadan vazgeçmek mümkündür. Meğer ki, bu değişiklikler eser sahibinin şeref ve itibarına dokunsun. **OSENBERG**, s.195.

¹²⁴⁵ **SCHILCHER**, s.146 vd.; **DIESELHORST**, s.139; **LEßMANN**, s.78; **HOLLÄNDER**, Günther, Das Urheberpersönlichkeitsrecht des angestellten Programmierers, CR 1992, s.279; **DUNNWALD**, s.110.

¹²⁴⁶ **WEDEMEYER**, FS Piper, s.785,791.

¹²⁴⁷ **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.210, **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.319; **BLATZ**, Rolf, Das Recht des Arbeitgebers an literarischen Arbeitsergebnissen, Diss. Köln 1967, s.86.

Bu görüşe göre, eser sahibi eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin hukuki işlemi Alm. ESHK md.39 f.1 uyarınca lisans sözleşmesi kapsamında yapabilecektir.

¹²⁴⁸ **BGH GRUR** 1986, s.459-Oberammergauer Passionspiele; **BGH GRUR** 1999, s.232-Treppenhausgestaltung. Bu kararda, eserde değişiklik yapılmasına ilişkin verilen izin hukuka uygun görülüş; eserin bozulmasına ilişkin izin ise hukuka aykırı addedilmiştir.

gerekçesinde, doktrine yollamada bulunularak, gerektiğinde eser sahibinin bir tasarruf sözleşmesi olarak gelecekteki taleplerini kapsayan bir ibra sözleşmesinin tarafı olabileceği ifade edilmiştir¹²⁵⁰. Mahkeme, verilen izin kapsamında esere yapılan tecavüzlerden (beeinträchtigungen) ötürü herhangi bir talepte bulunulamayacağına hükmetmiştir. Böylece, eserin bütünlüğü üzerindeki hak üzerinde tasarrufta bulunabilme hukuka uygun görülmüştür. Aynı sonuca, başka bir mahkeme kararında da rastlamak mümkündür¹²⁵¹.

b.Eser Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin Üçüncü Kişiler Tarafından Korunması

Eser sahibi mali haklarına ilişkin olarak lisans hakkı tanıdığı kişiyi, eserinin bütünlüğüne karşı üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı da yetkili kılabilir.

Eser sahibi FSEK md.16'da düzenlenen yetkisini kural olarak kendisi kullanacaktır. Eser üzerinde izni olmadan yapılan değişiklikler hem işleme hakkının hem de eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlali olacaktır. Eser sahibiyle lisans sözleşmesi veya devir sözleşmesi yapan kişinin sözleşmenin sınırları dahilinde hareket etme yükümlülüğü vardır. Örneğin eser sahibi işleme hakkını konu olan bir lisans sözleşmesi yaptığında işleme lisans alan ancak sözleşmenin sınırları dahilinde bu hakkını kullanabilecektir. Aksi takdirde, eser sahibi bu aşırı kullanımı FSEK md.16'ya dayanarak yasaklayabilir. Öte yandan burada FSEK md.21'de düzenlenmiş işleme hakkının dahi ihlali vardır. Eser sahibi, sözleşmeye aykırılık hükümlerine de gidebilir.

¹²⁴⁹ OLG München GRUR 1986, s.460-Unendliche Geschichte.

¹²⁵⁰ Mahkeme, ibra sözleşmesini, izin kavramına –einwilligung- yakın görmüştür. Başka bir deyişle, eser sahibinin manevi haklarına müdahale yapılmasına ilişkin olarak verdiği izin, eser sahibinin tazminat taleplerinden vazgeçme olarak değerlendirilmiştir. Mahkemenin, Von Gamm'ın (Bkz. V.GAMM, § 14, Kn.7) açıklamalarına dayanan bu gerekçesi, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemlerden, izin, ibra sözleşmesi ve tasarruf sözleşmesi kavramlarını birarada kullanmasından ve karıştırmaktan ötürü eleştiriye açıktır.

¹²⁵¹ OLG Celle Schulze s.295-Architektenvertrag.

Dava konusu olayda, bir mimar, yapı eserinin inşaatı sırasında, hazırlamış olduğu projeden farklı uygulamalar yapılabileceğine, sözleşmeye konulan bir hükümlerle izin vermişti. Sözleşmede, Alm.ESHK md.14'den doğan hakların saklı tutulduğu da kararlaştırılmıştı. Mahkeme, eser sahibi mimarın yapı eserinde yapılan değişikliklere Alm.ESHK md. 14'e dayanarak itiraz etmesini haklı bulmadı ve mimarın bir katlanma yükümlülüğü (duldungspflicht) altında olduğuna dikkat çekti.

Eser üzerinde eser sahibinin izniyle işleme yetkisine sahip olan kişi, üçüncü kişilerin eser üzerinde eser sahibinin izni olmadan değişiklikler yapması karşısında kendi mali hakkına dayanarak bu tür hukuka aykırılıkları önleyebilir veya ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla eser sahibinin izniyle eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahip olan kişi (devralan veya lisans alan) başka bir deyişle işleme hakkını devralmış veya işleme hakkı üzerinde kullanma yetkisine sahip olan kişi kendi mali hakkını korumak suretiyle, eser sahibinin FSEK md.16'da düzenlenmiş manevi hakkını da korumuş olur. Sadece işleme hakkı bakımından değil, diğer mali haklar bakımından da somut olayın özelliklerine göre aynı sonuca ulaşılabilir.

Alman Hukukunda, eser sahibinin eser üzerinde değişiklikleri önleme yetkisi ve bununla bağlantılı olarak eserin bütünlüğüne yönelik tecavüzlerde başvurulacak hukuki yolların¹²⁵² başka bir kişi tarafından kullanılması konusunda, inançlı işlem temeline dayalı devirden (treuhänderische Wahrnehmung) sözedilmektedir. Bu devir, tam devir (reine Übertragung) olarak nitelendirilmektedir. Böyle bir inançlı işlem temeline dayalı devir, lisans sözleşmesinin bir parçası olarak da düşünülebilir¹²⁵³.

Alman Federal Mahkemesi, Alm.ESHK md.14 kapsamındaki savunma haklarının inançlı işlem temeline dayalı devrini hukuka uygun görmektedir¹²⁵⁴. Mahkeme, tiyatro eseri yayıncısının (Bühnenverlag), eser sahibinin Alm.ESHK md.14'de düzenlenen manevi hakkına ilişkin dava açabilmesini mali haklardan yararlanabilme yetkisine dayandırmıştı. Yayıncı, mali haklardan yararlanma hakkına sahip olarak, eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleyebilirdi. Mahkemenin bu yorumu, mali hakları kullanma yetkisine sahip bir kişinin, ilgili olduğu ölçüde, eser sahibinin manevi hakkına ilişkin olarak da dava açabileceği anlamına geliyordu¹²⁵⁵.

¹²⁵² Alm.ESHK md.14.ve md.97.

¹²⁵³ Doktrinde, bu konuda, yayın sözleşmesiyle ilgili olarak örnekler verilmektedir. Bkz. **SCHRICKER**, Verlagsrecht, § 8 VerlG, Kn.3; **ULMER**, § 89, II, 1., s.380.

¹²⁵⁴ GRUR 1971, s.35,37-Maske in Blau.

¹²⁵⁵ Yayıncının, manevi hak konusundaki aktif dava ehliyetinin, mali haklar üzerinde yararlanma hakkına sahip olmasına dayandırılması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. En azından, eser sahibinin manevi haklar konusunda yayıncıya –susma yoluyla- zimni yetki verdiğinin kabul edilmesi halinde hukuk tekniği açısından daha doğru gerekçe olacağı belirtilmiştir. Yayıncının, manevi haklar konusundaki yetkisi AMK md.185'e kıyasen tahsil yetkisi (einziehungsermächtigung) olarak nitelendirilebilirdi. Bkz. **MATANOVIÇ**, s.297.

c.Eser Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin Meslek Birliklerince Korunması

Meslek birliğinin eser sahibinden veya hak sahibinden devralmış olduğu mali haklar arasında işleme hakkı da vardır. Eserin, meslek birliğinin izni olmaksızın değişikliğe uğralıp, çoğaltmaya veya yaymaya konu edilmesi karşısında meslek birliği sahibi olduğu mali haklara dayanarak bu değişikliğin ortadan kaldırılmasını ve doğan zararın giderilmesini isteyebilecektir. Eserin mahiyetinin ve hususiyetinin bozulmasına yol açan değişiklikler de meslek birliğince işleme hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek ortadan kaldırılabilir. Eser sahibi de, FSEK md.16 f.3 gereği eserin mahiyet ve hususiyetini bozan veya şeref ve itibarını zedeleyen değişiklikleri önleyebilecektir.

FSEK md.16'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin meslek birliğine devri kabul edilmezse, meslek birliği sahibi olduğu mali haklara dayanarak eser sahibinin bu yetkisini koruyabilecektir. Eser sahibi tüm mali haklarını meslek birliğine devretmek suretiyle eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini de sınırlamış olmaktadır. Eser sahibi bu durumda kural olarak FSEK md.16 f.3'e dayanarak eserin mahiyet ve hususiyetini bozan veya şeref ve itibarını zedeleyen değişiklikleri önleme yetkisine sahip olacaktır¹²⁵⁶.

Alman meslek birliği GEMA'nın taraf olduğu menfaatleri koruma sözleşmesinin 1.maddesinin i) bendinde eser üzerinde değişikliklere ilişkin izin verme yetkisinin devrinden bahsedilir. Alm.ESHK md.23'e göre, eser üzerinde işlemede bulunma veya diğer değişikliklerde bulunma, işlenen veya değiştirilen eser sahibinin iznine bağlıdır. Menfaatleri koruma sözleşmesinde, bu konuda izin verme yetkisinin Meslek birliğine devrinden bahsedilir.

Meslek birliği tarafından devralınan şeyin aslında bir manevi hak değil de işleme hakkı olduğu da savunulabilir. Eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi, eser üzerinde yapılacak değişiklikleri önleme yetkisinden, olumlu bir yetki olma özelliğiyle ayrılır.

¹²⁵⁶ Ancak, eser sahibinin eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu iddiasıyla devretmiş olduğu işleme hakkını etkisiz hale getirmesine müsaade edilmemelidir. Bu noktada, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerin, ancak eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemesi durumunda hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak, bu çözüm FSEK md.16 f.3'ün lafzıyla çelişme sakıncasını beraberinde getirir.

Bu noktada, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi, olumu bir yetki olarak, mali hak-işleme hakkı şeklinde belirirken, izinsiz yapılan değişiklikleri önleme yetkisi olarak da olumsuz bir yetki ve manevi bir hak şeklinde ortaya çıkar.

Bild-Kunst isimli meslek birliğinin hazırlamış olduğu menfaatleri koruma sözleşmesinde, sayısallaştırma, sayısal işleme veya deęiştirmeler¹²⁵⁷ bağlamında, manevi hakların ihlalinden kaynaklanan talepler için hak tahsisini konu alan hükme rastlamak mümkündür. Ancak, menfaatleri koruma sözleşmesinin bu hükmünün, hak devri başlığı altında düzenlenmiş olması, yanlış anlamalara neden olacağı gerekçesiyle, eleştirilmiştir¹²⁵⁸. Devir kavramının kullanılmasını hukuk tekniği açısından yanlış bir seçimdir olduğu vurgulanmıştır¹²⁵⁹.

5.Eser Sahibinin Diğer Manevi Haklarını Konu Olan Hukuki İşlemler

Eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları başlığını taşıyan FSEK md.18 f.2'ye göre "Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak, eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez." Aslın maliki, eserin cisimleştiği eşyanın mülkiyet hakkı sahibi demektir. Aslın maliki eserden sınırlı bir ölçüde yararlanabilecektir. Eser sahibi, sözleşmeyle eserin aslını değiştirme konusunda aslın malikine izin vermiş olsa bile, kanundan doğan bu hakkını ileri sürerek malikin, eserin aslını değiştirmesini engelleyebilecektir. Bu bağlamda, eser sahibinin aslın malikiyle borçlandırıcı nitelikte sözleşme yapabilmesi mümkün görülmelidir¹²⁶⁰.

¹²⁵⁷ Bu kavramlar için bkz. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM, II.B.1.b.

¹²⁵⁸ MATANOVIÇ, s.278.

¹²⁵⁹ Eser sahibinin manevi hakları devredilemez. Bu sonuca Türk Hukuku bakımından, MK md.23 aracılığıyla ulaşılabilir. Alm.ESHK md.29'da,eser sahibinin haklarının –mali hak ve manevi hak ayrımı yapılmaksızın- devredilemeyeceği öngörülmüştür.

Menfaatleri koruma sözleşmesinde, eser sahibinin hakkının kaybına yol açan devir kelimesinin seçimi, yetki ve bağlı devir kavramlarını da dışlar. Bu noktada, doktrinde, amaca göre yorum yapılması gerektiği önerilmektedir. Meslek birliği taraf olduğu sözleşmeyle eser sahibinin menfaatlerini korumayı amaçladığına göre, sözleşmenin amacını gerektirecek ölçüde yetki sahibi olduğu kabul edilmelidir. MATANOVIÇ, s.278.

¹²⁶⁰ FSEK md.18 f.2 hükmünün ikinci cümlesi dar yorumlanırsa, aslın malikinin eser üzerindeki her hareketi eseri bozma veya eser sahibinin haklarına zarar verme olarak değerlendirilebilecektir. Eser sahibinin eserin bozulması, yok edilmesi veya eser sahibinin haklarına zarar vermesi konusunda aslın maliki lehine konulacak her türlü sözleşme hükmü geçersiz sayılırsa, eser sahibinin verdiği izin "mağdurun rızası" kapsamında dikkate alınabilecek, hukuka aykırılığı kaldırmasa dahi tazminatın takdirinde önemli bir unsur olarak değerlendirilecektir.

Cayma hakkı bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, FSEK md.58 f.1’de cayma hakkı sadece eser sahibine tanınmış bir haktır. Bu hükümde düzenlenen cayma hakkının bir başkası tarafından kullanılmasının kural olarak mümkün olmadığı savunulabilir. Bu doğrultuda, FSEK md.58’de düzenlenen cayma hakkının sadece eser sahibine tanınmış olması karşısında, eser sahibinin manevi hakları konusunda yetkili olan kişilerin sözleşme ilişkisine son verebilmesi genel hükümler aracılığıyla (Borçlar Kanununun sözleşmenin feshine ilişkin hükümleri gibi) mümkündür.

Alm. ESHK md.25’de düzenlenen eser sahibinin eserine ulaşma hakkına ilişkin olarak, doktrinde çoğunluk görüşü bu haktan sınırlı bir şekilde vazgeçilebileceğini ileri sürmektedir¹²⁶¹. Bu hakkın geri alınamaz bir şekilde sona erdirebileceğini savunan görüş de doktrindeki yerini almıştır¹²⁶².

I.Manevi Haklara İlişkin Hukuki İşlemlerin Sınırları

1. Genel Olarak

Manevi haklarda devir ve vazgeçme konusunda yapılan tartışmalar, hukuki işlemlerin sınırının tesbit edilmesine ilişkin görüşler çerçevesinde sürdürülmelidir. Manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin tabii olduğu sınırlar konusunda, “hakkın özü”, “amacın devri”, “öngörülebilirlik” teorilerinin yanında, ahlaka aykırılık yaptırımı ve Genel İşlem Koşulları da incelenmelidir.

Sözleşme özgürlüğü, şekil serbestiyle birlikte düşünüldüğünde FSEK’te sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı dikkat çeker. Kişinin dilediği kişiye, dilediği hakkı, dilediği şekilde devredebilmesi ilkesi ortada FSEK tarafından korunan bir eser olduğunda tam olarak uygulanamaz. Eser sahibinin mali haklar üzerinde tasarıfta bulunması yazılı şekle ve devre konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesine bağlı

¹²⁶¹ **SCHRICKER-VOGEL**, § 25 Kn.22; **GERSTENBERG**, Anm. Zu OLG Hamburg Schulze 174, 6,10-Zugangsrecht des Architekten; **SCHOFER**, s.182; **MOHRING/NICOLINI/SPAUTZ**, § 25, Kn.2. Yazarlar, maddede düzenlenen hakkın kullanımından vazgeçmenin, somut olayın özelliklerine göre, mümkün olabileceğini ileri sürmektedirler.

OLG Hamburg Schulze 174, 6 –Zugangsrecht des Architekten. Hamburg Eyalet Mahkemesince, eser sahibinin bu haktan tamamen vazgeçmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir. Diğer manevi haklara göre daha az bir uygulama alanı olduğu savunulan bu hakka ilişkin kısmi vazgeçmenin nasıl bir etki doğuracağı konusu kararda ele alınmamıştır. **METZGER**, Das Droit Moral, s.48.

¹²⁶² **SEETZEN**, s.53.

kılınmıştır. Manevi haklar konusunda ise eser sahibinin hareket alanı, mali haklara oranla daha da sınırlıdır. Eser sahibi FSEK'teki şartları yerine getirmek şartıyla mali haklar konusunda devir veya vazgeçme imkanlarına sahipken, manevi haklar bakımından bu tür düzenlemeler öngörülmemiştir.

Alman Hukukunda, eser sahibinin hakları bakımından sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalardan biri de “amaçla sınırlı devir teorisi”dir. Eser sahibi tüm haklarını devrettim şeklinde bir irade açıklamasında bulunsa bile, bu açıklaması tamamen geçerli sayılmayacak, ancak sözleşmenin amacına ulaştıracak ölçüde bir hak devrinden bahsedilecektir¹²⁶³. Eser sahibinin haklarının devredil(e)mezliği ilkesi de, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş kısıtlamalardan biri olarak dikkat çeker. Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkı her ne kadar mali haklara yönelmiş olsa da, manevi haklar bakımından kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır. Eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkının sözleşme özgürlüğü bakımından anlamı, eser sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için bazı şartları yerine getirme yükümlülüğüdür.¹²⁶⁴ Manevi haklara ilişkin sözleşme özgürlüğünün, genel hükümlere göre sınırlanması bağlamında da ahlaka aykırılık ve GİŞ'e ilişkin hükümler rol oynamaktadır. Böylece, manevi haklara ilişkin hukuki işlemler, hem Fikri Hukuk hem de Özel Hukukun genel hükümleri açısından sınırlamaya tabi tutulmaktadır.

Hakkın özü, amaçla sınırlı devir ve öngörülebilirlik teorileri, manevi haklara ilişkin hukuki işlemler bakımından geniş bir hareket alanı sağlayabilir. Manevi haklara ilişkin olarak hakkın mahiyeti de dikkate alınarak sözleşme özgürlüğü kapsamında yapılabilecek hukuki işlemleri belirleme bakımından bu teoriler önemli bir işlev üstlenirler.

¹²⁶³ Bkz. Alm.ESHK md.31 f. 4 ve 5.

Amaçla sınırlı devir teorisi, sadece mali haklarla sınırlı olmayıp manevi haklara ilişkin olarak da uygulama alanı bulmaktadır. **FROMM/NORDEMANN/HERTIN**, §§ 31/32, Kn.41; **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.195, dn.365; **GENTHE**, s.93; **LIEBRECHT**, Ehrhard E., Die Zweckübertragungslehre im ausländischen Urheberrecht –Deutschsprachige Länder und Europäische Gemeinschaft, München 1983, s.13.

¹²⁶⁴ **METZGER**, Das Droit Moral, s.200 vd.

2.Hakkın Özü Teorisi

Hukukumuzda hukuki işlemlerin sınırlarının belirlenmesinde, hakkın özü kavramı öne çıkan bir ölçüt değildir. En azından, hakkın özü kavramının Özel Hukuktan çok Kamu Hukukunda ve özellikle Anayasa Hukukunda -içeriği tartışmalı da olsa- kendine yer bulduğunu söylemek gerekir¹²⁶⁵.

¹²⁶⁵ “Hakkın özü” kavramına ilk kez 1961 Anayasasında yer verilmişti. 1961 Anayasasında, hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak “öze dokunmama” belirlenmişti (md.11 f.2). Bu ölçüt Anayasa Mahkemesi tarafından şöyle yorumlanmıştı: “... bir hak ve hürriyeti gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi olması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz edilebilir.” E. 1963/16, K. 1963/83, k.t. 8.4.1963 AMKD 1, s.166.

1982 Anayasasında yer yerilmeyen bu ölçüt 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle tekrar Anayasaya girmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13.maddeye göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” 2001 değişikliğinden önce de hakkın özü kavramı Anayasa Mahkemesine yabancı veya nostaljik kalmış bir kavram değildi. Hakkın özü kavramı doktrinde Anayasa Mahkemesinin her iki Anayasa döneminde de verdiği kararlar dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi yeni dönemde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını kullanırken , “öze dokunma yasağı”nı da bunun içinde ya da yanında bir destek ölçü norm olarak devreye sokmuştur. Fakat, Mahkemenin 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde öze dokunma kavramına verdiği anlamlar farklı olmuştur. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi öze dokunma kavramını, “temel hak ve özgürlüklerin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran”, bunları “örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu”, “ciddi surette güçleştirici”, “amacına ulaşmasını önleyici”, “etkisini ortadan kaldıracı” vb. ifadelerle tanımlamıştı. 1982 Anayasası döneminde ise Anayasa Mahkemesi, hakkın özüne dokunan sınırlamaları yalnız o hak ve özgürlüğü “tümüyle kullanılamaz hale getiren”, “belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıran” sınırlamalar olarak tanımlamıştır. Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası dönemindeki yaklaşımının 1961 Anayasası dönemindeki yaklaşımıyla karşılaştırıldığında geri ve güvencesiz olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi eski başkanlarından birinin sözüne göndermede bulunularak Anayasa Mahkemesi üyelerinin “Öz güvencesi” ile “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının eş anlamlı olarak kullanmalarının önemli olduğu belirtilmiştir. Böylece, “öze dokunma yasağı”nın aksine mutlak bir dokunulmazlık alanı sağlamayan, siyasal rejim ve demokrasi alanına giren ve bu yönüyle nispi ölçü olarak değerlendirilen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının sakıncaları giderilmeye çalışılmıştır. **TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı kredi Yayınları, İstanbul 2006, s.147,150.

Anayasa hukuku bakımından değerlendirildiğinde “hakkın özü” kavramının “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramına göre daha somut ve daha güvenceli bir ölçüt olduğu bir an için kabul edilse bile, “Öz” kavramının da içeriği belirlenmesi zor bir kavram olduğu açıktır. Gerçekten de, bir hakkın özünün nerede başlayıp nerede başlayacağını belirleyecek bir “öz-ölçer” mekanizmasının eksikliğini, her hakka ilişkin öz değerlendirmesinde bulunacak Anayasa Mahkemesi veya mahkemeler giderecektir!

Doktrinde “bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde sözkonusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir” şeklinde tanımlanan hakkın özü kavramının belirsizliği sıklıkla vurgulanmıştır. Bkz. **SOYSAL**, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi İstanbul 1999, s.132. Ayrıca bkz. **GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, Bursa 2008, s.102,103.

Öte yandan Avrupa Birliği Hukuku perspektifinden bakıldığında, Fikri Mülkiyet Hukukuyla ilgili kimi uyumsuzluklarda hakkın özü kavramına yer verildiğinden sözedilebilir. Ulusal hukuka dayanarak fikri mülkiyet hakkını kullananlarla, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı veya rekabet kurallarına dayananlar arasındaki uyumsuzluklarda karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi ve dengelenmesi amacıyla başvuru kavramı (specific subject matter; spezifischer Gegenstand) dilimize hakkın özü, özgül konusu veya cevheri olarak aktarılmıştır. Buna göre, bir fikri hakkın kullanılma biçimi, hakkın özüne aitse, malların veya hizmetlerin serbest dolaşımı ya da rekabete ilişkin Topluluk kuralları

Hakkın özü kavramı, “devir” kurumu çerçevesinde “hakkın kendisi” kavramıyla eş anlamlı da kullanılabilir. Başka bir deyişle, “hakkın özü” kavramı Fikri Hukuk literatüründe ve hatta yargı kararlarına tamamen yabancı olan bir kavram değildir. Doktrinde Erel, mali hakkı kullanma yetkisinin devrini (lisans-ruhsat verme) açıklarken, şu ifadeleri kullanmıştır: “Bu takdirde mali hak özü itibariyle eser sahibinin veya mirasçılarının malvarlığından kalmakla birlikte, maddi bir malın hasılat kirasına verilmesinde veya intifa hakkıyla kayıtlanmasında olduğu gibi, mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi karşı tarafa intikal etmiş olur¹²⁶⁶.” Burada “hakkın özü” ile kastedilen hakkın kendisidir. Bu bağlamda hakkın kendisinin devri (FSEK md.48 f.1) ile hakkın kullanım yetkisinin devri (FSEK md.48 f.2) arasındaki farka dikkat çekilmek için hakkın özü kavramı kullanılmıştır.

“Hakkın özü” kavramı “devir” bağlamında “hakkın kendisi” anlamında kullanıldığında mali haklar bakımından sınırlayıcı bir anlam taşımaz. Çünkü, mali hakkın kendisinin (özünün) dahi devredilebileceği kanun tarafından (FSEK md.48 f.1) öngörülmüştür. Oysa manevi haklar, kişilik hakkına olan yakın bağlantısı nedeniyle devredilemez haklar olarak düşünüldüğünde “hakkın özü” kavramı sınırlayıcı bir işlev görür. Manevi haklarda devir kurumu, hakkın kendisinin değil kullanım yetkisinin devri şartıyla kabul edilecekse bile, hakkın kullanım yetkisinin devrinin hakkın kendisinin devri sonucuna yol açmaması gerekir.

uygulama alanı bulmayacaktır. ATM, fikri mülkiyet haklarından hakkın özünün belirlenmesinde, her bir hak türünün özelliklerini dikkate alır. Bu bağlamda ATM kararları, somut olay bakımından hakkın özüne, özgül konusunda konusuna girmeyen “hak kullanım biçimlerini” belirler. Eser üzerinde yapılan değişiklikler eser sahibinin şeref ve itibarını zedeliyorsa, eser sahibi bu tür kullanım biçimlerini önleyebilir. Böyle bir durumda, eserin dağıtımı konusunda hak sahibi olanlar malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı gibi gerekçelere dayanarak eser sahibinin yasaklama hakkını etkisiz kılamazlar. Çünkü, eserin eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanımı ve dağıtımı “hakkın özü”ne müdahalede bulunan bir kullanım biçimi olarak görülür. Bkz. **TEKİNALP**, Ünal/**TEKİNALP**, Gülören/**ODER**, Bertil Emrah, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2001 § 41 Kn.28 vd.

¹²⁶⁶ **EREL**, s.260. Doktrinde Arslanlı da, kullanma yetkisinin devri durumunda eser veya hak sahibinin bu salâhiyetin özünü teşkil eden mali hakkı muhafaza ettiğini belirtir. **ARSLANLI**, s.175. Yargıtay’ın bir kararında da hakkın kendisinin devri ile hakkın kullanımın devri arasındaki farka dikkat çekmek için “hakkın özü” kavramına başvurulmuştur: ...FSEK md.48 f.2 uyarınca, eser sahibi veya mirasçılardan bir mali hakkın sadece kullanma yetkisini devredebilirler. Bu durumda mali hak özü itibariyle eser sahibinin malvarlığında kalmakla birlikte, maddi bir malın hasılat kirasına verilmesinde olduğu gibi, mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi ruhsat alana geçmiş olur...” Y.11.HD., E. 1999/594, K. 1999/3250, T.26.4.1999. Yasa Hukuk Dergisi, C. XIX, S.218/01, Ocak 2000, s.102 vd.

“Hakkın özü”nün belirlenmesinde kişilik hakkının ağır ihlali ve ahlaka aykırılık gibi ölçütlere başvurmak, içeriği belirli olmayan bir kavramı yine ne anlama geldiği olaydan olaya değişen kavramlarla açıklamaya çalışmak demektir. Böyle bir yaklaşım, kanaatimizce kısır-kavramsal döngüye neden olur. Bu bakımdan Özel Hukukta ve dolayısıyla manevi haklar alanında hukuki işlemlerin sınırlarını belirlerken “hakkın özü” kavramına başvurmak özel bir fayda getirmeyecektir. Manevi hakları konu olan işlemlerin ahlaka aykırı olmaması gerektiği ve eser sahibinin şeref ve itibarını zedelememesi gerektiği, hakkın özü teorisine gerek kalmaksızın, hem genel hükümlerden hem de manevi hakları düzenleyen hükümlerden anlaşılmaktadır.

Türk Hukukunun aksine Alman Hukukuna manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliğinde, gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında, “vazgeçilemez ve devredilemez öz alan” kavramından bahsedilmiştir¹²⁶⁷. Alman Hukukunda manevi haklara ilişkin hakkın özü teorisi, dayanağını Wilhelm-Busch kararında bulur¹²⁶⁸. Daha sonra, Cosima Wagner kararında manevi hakların vazgeçilemez öz kısmından¹²⁶⁹ bahsedilmiştir. Bu doğrultuda, “devredilemeyen ve kişilik hakkına ilişkin öz”e (unabtretbarer, persönlichkeitsrechtlicher Kern) sahip eser sahibinin hakları ortaya çıkmıştır¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ Bu konuda kullanılan terminolojinin çok da kesinlik arzettiğini söylemek zordur. Konuyla ilgili açıklamalarda “Kern”, “Stammrecht” ve “Kerngehalt” gibi sözcükler aynı anlamda kullanılmaktadır. Seçilen sözcük ne olursa olsun, temel düşüncenin fikri hukukta sözleşme özgürlüğüne –privatautonomie- getirilen bir kısıtlama olduğu söylenmektedir. **MATANOVIÇ**, s.310, dn.1749. Alman Anayasa Hukuku bağlamında “öz alan öğretisi” (Kernbereichlehre) sınırları belli olmayan bir kavram olarak görülmüştür. “Öz alan öğretisi”nin önceden sınırları belirlenmiş bir koruma alanı mı yoksa somut olayın özelliklerine göre değişen koruma alanı mı sağladığı yönünde kesin bir sonuca varılamamıştır. Bkz. **SACHS/ HOFLING**, Grundgesetz Kommentar, Beck Verlag,München 2007, § 9, Kn.72.

¹²⁶⁸ Karar, her ne kadar kişilik hukukuna ilişkin bir değerlendirmede bulunuyorsa da, manevi hakların gelişim ve etkileşim sürecinde kişilik haklarının oynadığı rolü hatırd tutmak gerekir. Söz konusu kararda, “kişilik hakkının devredilemezliği” –unveräußerliche Persönlichkeit- ve “kişilik hakkına ilişkin öz” -persönlichkeitsrechtlicher Kern- kavramları kullanılmıştır. Bkz. RGZ 123,312,320.

¹²⁶⁹ Kararda dikkat çeken kavram, “unverzichtbarer Kernbestandteil” olmuştur.

¹²⁷⁰ Tarihsel gelişime ilişkin olarak bkz. **EGGERSBERGER**, s.103 vd.; ayrıca bkz. BGH GRUR 1995, s.671,672.

HUBMANN, Urheberrecht, s.409,413. Kişilik hakkına müdahale açısından bakıldığında, kişilik hakkının ihlal edilmesi konusunda verilen rıza, ilgili kişilik hakkından feragat olarak anlaşılmayacaktır. Ancak, feragat ve rıza kavramları arasında bulunabilecek ortak noktalardan biri de, gerek rızanın gerekse feragatin ilgili hakkın özüne dokunamamasıdır. Kişilik hakkının ihlal edilmesine ilişkin bir rıza, hakkın dokunulmaz özünü hedef aldığıda, bağlayıcı değildir. Sadece kişinin kendisini konu olan, örneğin kişinin köleliğine yol açacak bir satım sözleşmesi ya da özgürlüğünü aşırı bir şekilde sınırlayan bir sözleşme ilişkisi ahlaka aykırı olup, bu nedenle hüküm doğurmayacaktır. Feragatin sınırı olarak, hakkın özünü görmek ancak bir ölçüde doğrudur. Kanunun feragat edilmesine izin verdiği haklardan, hakkın özüne aykırılık taşımasından hareketle feragat edilemezlik sonucu

Eser sahibinin manevi hakları genel kişilik haklarında olduğu gibi, çekirdek veya kök hak olarak (hakkın özü bakımından) feragat edilemez bulunur. Zira, manevi hakların taşıdığı kişilik hakkı karakteri, yapılacak bir feragatin anayasaca tanınmış kişilik hakkına uygunluğu açısından değerlendirilmesini zorunlu kılar. Böyle bir denetim-değerlendirme genel kişilik hakları kadar eser sahibinin manevi hakları açısından da geçerlidir¹²⁷¹.

Eser sahibinin, haklarının icrasından hukuken etkili bir biçimde vazgeçip vazgeçemeyeceği sorusu, somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Bu noktada Anayasaca tanınmış değerlere dikkat edilmelidir. Eser sahibi, bir taraftan özgür şekilde iradesini açıklayabilirken¹²⁷², diğer taraftan bu açıklamanın aşırı bir şekilde yapıp insan onuruna dokunmaması¹²⁷³ gerekir¹²⁷⁴.

Hakkın özü teorisinin, manevi hakların kişiden ayrılamaz, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmasından hareketle ortaya çıktığını savunmak mümkün olduğu gibi, eser sahibini koruma adına sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğunu ileri sürmek de olasıdır¹²⁷⁵.

çıkartılmaz. Örneğin FSEK'te 60'da mali haklardan feragat edilebileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan, mali haklarda, hakkın özünü ihlal edecek feragat gibi bir sınırlandırmadan sözetmek mümkün değildir. Sorun, Kanunda feragat edilebilirlik veya edilemezlik noktasında bir hüküm içermeyen manevi haklara ilişkindir.

¹²⁷¹ DIESELHORST, s.142.

¹²⁷² Alman Anayasası md.2 f.1.

¹²⁷³ Alman Anayasası md.1 f.1.

¹²⁷⁴ DIESELHORST, s.142,143.

¹²⁷⁵ MATANOVIÇ, s.310.

Tarihsel açıdan bakıldığında, manevi hakların kişilik hakkına bakan yönüne sıklıkla vurgu yapıldığı görülür. Alm.ESK ve GFK'da yer alan eser sahibinin haklarının devredilebilirliği kuralı mutlak ve kişilik hakkından bağımsız bir şekilde yorumlanmamıştır. Özellikle Alm. ESK md.12 ve Alm.GFK md.9'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapma hakkının, manevi hakların kişiye sıkı sıkıya bağlılık karakteri gözönünde tutularak yorumlanması neticesinde, hakkın özü kavramı ortaya çıkmıştır. ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. EGGERSBERGER, s.79 vd.

Alm. ESHK'da 2002 yılında yapılan değişikliklere ilişkin gerekçede, eser sahibinin haklarına ilişkin sözleşmelerde, mutlak anlamda sözleşme özgürlüğünün sakıncasına dikkat çekilmiştir. Bu tür sözleşmelerde sözleşmenin ekonomik açıdan zayıf tarafını korumaya yönelik hükümlerin azlığından bahsedilmiş ve eser sahibini korumaya yönelik hükümlerden biri olarak Alm.ESHK md.29'daki "eser sahibinin haklarının devredilemezliği" kuralı gösterilmiştir.

Gerekçede yer alan bu ifadelere dikkat çekilerek, hakkın özü teorisini açıklamada, manevi hakların kişiye sıkı sıkıya bağlılık özelliğine atıf yapılmasına gerek olmadığı savunulmuştur. Bkz.MATANOVIÇ, s.311.

Hakkın özünden ve “öz alan” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda, doktrinde çeşitli görüşler savunulmuştur. Doktrin ve mahkeme kararlarında, hakkın özü kavramı “kişilik alanının ağır ihlali” ile¹²⁷⁶ açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca, somut olayın özellikleri çerçevesinde menfaatler dengesinin temini ve özellikle sözkonusu işlemin amacı ve ihlal konusu olan eserin özelliği de dikkate alınmıştır.

Öte yandan, manevi hakların özünün belirlenmesinde, ahlaka aykırılık da kullanılan kavramlardan biri olmuştur¹²⁷⁷. Öyle ki, manevi hakların vazgeçilemez ve devredilemez özüne ilişkin hukuki işlemlerin ahlaka aykırılık yaptırımına tabi tutulması gerekliliğinden bahsedilmiştir.¹²⁷⁸

Hakkın özü ölçütü, eser sahibinin her bir manevi hakkına ilişkin olarak değişiklik gösterebileceğinden, “ihlalin ağırlığı” kavramının tanımlanmasındaki zorluk gibi, yeterli bir ölçüt olmaktan uzak görülmüştür¹²⁷⁹. Aynı şekilde, “değişen kanaat nedeniyle cayma hakkı”nın şartlarından biri olan çekilmezlik-katlanılmazlık kavramı sözkonusu cayma hakkının özünü belirlemede somut bir ölçüt olmaktan uzaktır¹²⁸⁰.

O halde, manevi hakların feragat edilemeyen kısmını oluşturan hakkın özü hangi ölçütlere göre belirlenecektir. Feragat edilebilen ve edilemeyen yetkilerin ayırımına ilişkin olarak somut öneri, Alm.ESHK md.11’de ifadesini bulan kişisel menfaatler ve düşünsel menfaatler ayırımına dayanır. Buna göre, düşünsel (geistige) menfaatler eserle ilgiliyken, kişisel (persönliche) menfaatler bizzat eser sahibiyle ilgilidir. Dolayısıyla, eserle özel bir bağlılık içinde bulunan düşünsel menfaatleri koruyan haklardan feragat etmek mümkündür. Genel kişilik haklarının, Alm.ESHK’daki görünüm biçimlerinden (bizzat eser sahibini korumayı amaçlayan haklardan) feragat

¹²⁷⁶ BGHZ 15 s.249,261- Cosima Wagner; **V.GAMM**, NJW 1959, s.318,319; **OSENBERG**, s.41; **DREYER**, Vor §§ 12 vd. Kn.6. Kısmen, **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.193; **FEDERLE**, s.70. Dietz ise, eser sahibinin manevi ve kişisel menfaatlerinin son derece ağır bir şekilde ihlal edilmesinden bahsetmiştir. **DIETZ**, Das UPR Harmonisierung, s.309, 315.

Hakkın özünün ihlal edilip edilmediğini belirlerken, ağır menfaat ihlalinin varlığına bakılması gerektiğini savunan görüş için ayrıca bkz. **DIESELHORST**, s.142.

¹²⁷⁷ Bkz. AMK md.138 ve Türk Hukuku bakımından bkz. BK md.19 ve md.20.

¹²⁷⁸ **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.319, s.280; Sonuç olarak **DIESELHORST**, s.145; açık olmasa da, AMK md.138 ilişkin açıklamaları hakkın özü kavramına ilişkin bölüm altında incelemesinden hareketle **V.WELSER**, s.70.

¹²⁷⁹ **MATANOVIÇ**, s.314.

¹²⁸⁰ **MATANOVIÇ**, s.314, dn.1771.

etmekse mümkün değildir¹²⁸¹. Kanunda, eser sahibinin kişisel menfaatlerine yönelik üç haktan bahsedilebilir: Alm.ESHK md.13'ün kısmen kapsamına giren, "Eser sahipliğinin gizlenmesi"¹²⁸², Alm. ESHK md.42'de düzenlenmiş değişen kanaat dolayısıyla cayma hakkı ve Alm. ESHK md.14'de karşımıza çıkan, eser üzerinde, eser sahibinin şeref ve itibarına zarar veren değişikliklerde bulunmayı yasaklama hakkı. Bu haklar dışındaki, diğer tüm haklardan feragat etmek hukuka uygundur¹²⁸³.

3.Amaçla Sınırlı Devir Teorisi

a. Genel Olarak

Lisans sözleşmelerinde, tahsis edilen lisans hakkının kapsamının belirlenmesinde amaçla sınırlı devir teorisine başvurulur. Bu teoriyi, bir ölçüde yorum kuralı olarak da değerlendirmek mümkündür. Teori, Fikri Hukukta olduğu kadar diğer hukuk alanlarında da uygulama alanı bulabilecek özelliktedir. Çünkü, amaçla sınırlı devir teorisi, sözleşmenin taraflarının iradelerini belirlemeye, sözleşmeyi yorumlamaya yönelmiştir.

Amaçla sınırlı devir teorisi, eser sahibinin mali hakları ve dolayısıyla manevi haklarını konu olan sözleşmelerin yazılı olması şartını içermeyen Alman Hukuku bakımından¹²⁸⁴ geniş bir uygulama alanına sahiptir. Sözleşmeye konu olan eser sahibinin haklarının yazılı ve ayrı ayrı gösterilmesi şartının aranmadığı bir hukuk sisteminde, sözleşmeye konu olan hakları belirlemede, sözleşmenin amacının ve bu doğrultuda devredilen hakların saptanması önemli bir ihtiyaçtır.

¹²⁸¹ **DIESELHORST**, s.143.

¹²⁸² Eser sahibi, adın belirtilmesi salahiyeti kapsamında eseri "müstear adla" veya "isimsiz-anonim" bir şekilde umuma arz edebilir.

¹²⁸³ **DIESELHORST**, s.144.

¹²⁸⁴ Amaçla sınırlı devir kavramındaki, devir sözcüğü hak kaybettiren -translative- devri değil, aksine yararlanma haklarının (nutzungsrechte) devrini ifade eder. Bu haliyle, hak oluşturan devrin -konstitutive- varlığından söz etmek gerekir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.547, dn.71.

Amaçla sınırlı devir ilkesi ilk olarak, Wenzel Goldbaun tarafından kullanılmıştır. Bkz. **GOLDBAUM**, UrhR und UrhVR, Berlin, 1927, s.75 vd. İlke Alm.ESHK md.31 f.5'de yasal bir zemine kavuşmuştur. Bu maddenin yanısıra, Alm.ESHK md.37, 44 ve 88 f.2 hükümlerinin de amaçla sınırlı devir ilkesinin bir yansıması olduğu ifade edilmiştir. Doktrinde, Metzger bu maddelerin yanında Alm.ESHK md.38 ve md.89'un da amaçla sınırlı devir teorisine ilgili hükümler olduğunu belirtir. Ayrıca bkz. **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.36; **SCHWEYER**, s.94; **MOVSESSIAN**, UFITA 79 (1977), s.213,219; **LIEBRECHT**, s.14.

Türk Hukukunda FSEK md.52, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şartını aramakla, amaçla sınırlı devir teorisinin uygulama alanını en azından Alman Hukukuyla karşılaştırdığımızda sınırlamış gözükmektedir. Ancak, amaçla sınırlı devir teorisi, mali hakları devralmış veya kullanma yetkisi kazanmış kişilerin eser sahibinin manevi haklarını kullanmada tabi olacakları sınırı belirlemede geniş bir rol üstlenebilir. Eser sahibinden mali hakkın kendisini veya kullanma yetkisini devralmış olan kişi bu hakların kullanılmasının gerektirdiği ölçüde manevi hakları kullanabilecek veya manevi haklara müdahale edebilecektir. İşleme hakkını devretmiş eser sahibi, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi konusunda işleme hakkının gerektirdiği ölçüde kısıtlandığını kabul etmiş demektir. Elbette, burada geçen devir teknik anlamda bir devir olarak anlaşılmalı, bir yetki tahsisi olarak görülmelidir. Dolayısıyla manevi haklarla devir kavramının birlikte anılması istenmiyorsa, bu noktada “amacın gerektirdiği ölçüde yetkilendirme” kavramı kullanılabilir.

Amaçla sınırlı devir teorisi, “tahsis edilmiş lisans hakkının kapsamıyla ilgili şüphe halinde, hakkın kapsamı işlemle ulaşılmak istenen amacın gerektirdiği kadardır” şeklinde yol gösterici bir işlev üstlenir. Bu temel yorum ilkesinden çıkan sonuç, eser sahibinin haklarını mümkün olduğunca, eser sahibinin kendisinde bırakmaktır. Eser sahibi, eserinden azami ölçüde faydalanabilmelidir. O halde, devre konu olan mali hakların açıkça belirlenmemiş olması halinde, eser sahibinin eserinde azami ölçüde faydalanmasını sağlamak için hukuki işleme konu olan mali hakların sayısı ve kapsamı dar yorumlanmalıdır. Mali haklar açısından bakıldığında, belirsizlik durumlarında eser sahibinin eseriyle olan bağına çözen, gevşeten yorumlarından kaçınılmalıdır. Eser sahibi ile eseri arasındaki bağ,bağlılık benzetmesi manevi haklar bakımından da bir anlam ifade eder. Eser sahibi mali hakları üzerinde, sözleşmenin diğer tarafına en geniş yetkiler tanımış olsa da, manevi hakları aracılığıyla eseriyle olan bağına devam ettirir.

Amaçla sınırlı devir teorisi, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını, bilgisizliğinden veya ekonomik sıkıntıda bulunmasından ötürü, toptan elden çıkarması tehlikesine karşı korunmasını sağlar. Eser sahibinin, eserinin kullanılmasıyla elde edilen

ekonomik meyvelerinden mümkün olduğunca yararlanması sağlanır¹²⁸⁵. Hukuki işlemin yorumunda, şüphe halinde, eser sahibi lehine yorum -in dubio pro auctore- yapılır. Ancak, lisans hakkı sahibinin karşı edimi çok yetersiz kalsa bile, sözleşmede yararlanma biçimi açık ve kesin bir şekilde belirtilmişse amaçla sınırlı devir teorisi durumu telafi edici bir işlev üstlenemeyecektir. Bu tür, aşırı durumlarda ahlaka aykırılık yaptırımından yararlanmak mümkündür¹²⁸⁶.

Türk Hukukunda mali haklara dair sözleşme ve tasarruflar bakımından getirilen yazılı şekil şartı, sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gereğini de içermektedir. Hukuki işleme konu olan hakları seçmede genel ifadelerden kaçınılıp, özel ifadelere yer vermek gerekecektir. Böylece, eser üzerinde hangi yararlanma biçimlerinin lisans sözleşmesi kapsamında olduğunu ispat etmek kolaylaşacaktır. Sözleşmeye konu olan mali haklar tek tek sayılmalıdır. Bu sayım eserden yararlanma biçimleriyle birlikte somut hale getirildiğinde eser sahibinin menfaatlerinin korunması bakımından daha isabetli olacaktır. Sadece, “eser üzerindeki tüm yayın haklarını devrettim” şeklinde bir ifade tarzına yer verilmemeli, bu yayın hakkının televizyon, video veya diğer iletişim alanlarından hangisi veya hangilerini kapsadığı da açıkça belirtilmelidir. Sözleşmede bu denli ayrıntılı ve somut düzenleme olmaması, kanaatimizce, sözleşmenin geçersizliğine yol açmamalıdır. FSEK md.52 sadece devredilen hakların sayımını aramış, bu hakların hangi şekilde kullanılacağına belirtilmesi şartını aramamıştır. Şekil şartı getiren kurallar istisnaidir. O halde kanunun açıkça aramadığı bir şekil şartı yorumla getirilememelidir. Sözleşmedeki hakların hangi şekilde kullanılacağına yönelik hüküm olsa olsa taraflara tavsiye edilebilecek bir düzenleme olabilir.

¹²⁸⁵ BGH GRUR 1974, s. 786,787 –Kassettenfilm; BGHZ 131, s.8, 12- Pauschale Rechtseinräumung; BGH GRUR 2000, s.144,145-Comic Übersetzungen II.

¹²⁸⁶ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.547. Yazar, bu konuda AMK md.138’de düzenlenen ahlaka aykırılık yaptırımından bahsetmektedir. Ancak, kabul edilmelidir ki bu tür durumlarda sadece ahlaka aykırılık değil, hukuka aykırılık, kamu düzenine aykırılık ve gabin gibi hukuki kurumlar da gündeme gelebilecektir.

Sözleşmenin mümkün olduğu ölçüde somut ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, başta mali hakkı devralan olmak üzere her iki taraf lehinedir. Aksi takdirde, açıkça belirtilmeyen konularda eser sahibinin tek söz sahibi olmaya devam ettiğinin kabulü gerekir.¹²⁸⁷

¹²⁸⁷ Yargıtay 11.HD'nin 18.11.1999, E.1999/2264, K.1999/9338 sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir. “Davalı Nejat Uygur ile davacı arasında yapılan sözleşmelerde Nejat Uygur ve ekibince oynanan tiyatro eserlerinin video çekimi ve yayın hakkının davacıya devredildiği satıldığı belirtilmiş, televizyonlarda gösterim hakkının da verildiğinden söz edilmemiştir. Şayet televizyonlarda gösterim (yayın) hakkı da devredilmiş olsaydı bunun sözleşmeye açıkça yazılması gerekirdi. Anılan yasa hükmü (FSEK md.52) karşısında sözleşmelerin televizyonda yayın hakkını da kapsadığı yolunda daha geniş bir yoruma tabi tutulması mümkün değildir. Davacının 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu uyarınca ilgili Bakanlıktan eser işletme belgesi almış olması dava konusu hakların davacıya devredildiğine dair yeterli kanıt olamaz”. Kararın ayrıntıları için bkz. **SULUK/ORHAN**, s.619,620.

FSEK md.52'ye göre, “malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.” Dolayısıyla, sözleşmede “tüm mali haklarımı devrettim” şeklinde yer alacak bir ifade hükümsüz sayılacaktır. Çünkü, sözleşmeye konu olan haklar ayrı ayrı gösterilmemiştir. Sözleşmede eser sahibinin “işleme hakkımı devrettim” veya “çoğaltma ve yayma hakkımı devrettim” demesi yeterli olacak mıdır?

Doktrinde Arslanlı'ya göre, mali haklara ilişkin işlemlerde işlem konularının ayrı ayrı gösterilmesi – kefalette olduğu gibi- bir geçerlilik şartı olduğundan, işlemler genişletici yoruma tabi tutulmamalıdır. Kuşku halinde işlemlerin amacı ve konusu dışında kalan bir hakkın devredilmediği kabul edilmelidir. **ARSLANLI**, s.183, aynı yönde **AYİTER**, s.217; **EREL**, s.277.

Tekinalp, “çoğaltma vs. haklarımı devrettim” şeklindeki sözleşme hükümlerinin FSEK md.52'ye göre geçerli olmadığını, devredilen mali hakların teker teker sayılması gerektiğini, “işleme haklarımı devrettim” tarzındaki bir ibarenin de geçerli kabul edilmemesi gerektiğini; çünkü kanunda (FSEK md.6) işlenmenin 11 kategori halinde gösterildiğini ifade etmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.217.

Doktrinde Üstün ise, “çoğaltma hakkı” ölçüğünde başladığı açıklamalarına tüm mali hakları içine alacak şekilde geniş bir çerçeveye son verir: “Eser sahibine ait “çoğaltma hakkı”nın devrinden söz edilebilmesi için, çoğaltmanın yapılacağı medya türünün mutlaka sınırlayıcı şekilde belirtilmesi gerekmektedir; örneğin, bir müzik eserinin müzik kaseti veya kompakt disk olarak çoğaltılması mümkün değildir; bunun yerine tüm çoğaltma hakları kastedilerek tüm haklarımı devrettim veya tüm çoğaltma haklarımı devrettim şeklindeki devir beyanı, yazılı olsa dahi FSEK md.52'deki devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi şeklindeki munzam şekil koşuluna uygun değildir. Her mali hak devrinde coğrafi alanın ülke-eyalet-ilçe veya benzeri şekilde sınırlanması zorunlu olup, nasıl tüm haklarımı devrettim beyanı geçersiz ise, tüm dünya ifadesiyle hiçbir coğrafi alan sınırlaması sözkonusu olmadığından böyle bir ifadeyle yapılan devir de geçersizdir.” **ÜSTÜN**, Gürsel, Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I, Besam Yayınları, İstanbul 2001, s.103. Yazar, devir işleminin geçerli olması için munzam şekil şartlarının arandığına ilişkin olarak Yargıtay'ın bir kararına göndermede bulunmaktadır. Kararda, özetle, “çoğaltılmasına izin verilen video kasetlerin miktarının da devir sözleşmesinde belirtilmesi gerektiği” sonucuna varılmıştır.11.HD. 1988/4812 E.,1989/1840 K. 21.031989. (**ÜSTÜN**, Bilirkişi Raporları I, s.103,104'den naklen)

Yargıtay başka bir kararında ise, “hak sahibinin mali hakkı herhangi bir sınırlama olmaksızın devredebileceği gibi, devri süre, yer ve içerik itibarıyla de sınırlandırabileceği” sonucuna varmıştır. 11.HD., E.2000/5403, K.2000/6334, T.3.7.2000 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Bu sonucun yanında, sözleşmenin amacı ve işin niteliği gibi ölçütlere yer verilen bir diğer kararda ise şu ifadeler kullanılmıştır: “Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporundaki sözleşme ile eserin çoğaltma vasıtası olan dia pozitiflerin mülkiyetinin de davalıya teslim edilmesi nedeniyle davacının çoğaltma ve yayma haklarını da tamamen davalıya devretmiş sayılacağı ve tanıtım kapsamına dergi ilanları ve internette yayımlamanın da dahil olacağı görüşüne itibar edilemez. Çünkü açıklandığı üzere mali hakların süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı veya sınırsız olarak eser sahibi tarafından devri mümkündür. Dia pozitiflerin davalıya teslimi fotoğrafların katalog vasıtasıyla çoğaltma ve yayma amacına yönelik olup, bu durum işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan çoğaltma vasıtalarının teslimi halinde mali hakların, sözleşmenin 4.maddesine aykırı olarak, herhangi bir sınırlama olmaksızın davalıya devredilmiş sayılacağı kabulü olanaksızdır. Ayrıca, fotoğrafların

Sözleşmede söz edilmeyen üzerinde eser sahibi söz sahibidir. Başka bir anlatımla, sözleşmede söz edilmeyen haklar üzerinde eser sahibinin hak sahipliğini koruyarak onu söz sahibi olarak bırakan FSEK md.52, eser sahibine ispat kolaylığı sağlar. Yazılı sözleşmede açıkça belirtilmemiş bir mali hak, lisans alan veya mali hakkı devralan tarafından kullanılamayacaktır.

Alman Hukukunda yazılı şekil şartının yokluğu, lisans sözleşmesine konu olan hakların belirlenmesinde tartışmaları kolayca tetikler. Lisans sözleşmesinde somut yararlanma biçiminin tahsis edilen hakkın kapsamı içinde olduğunu ispat yükü lisans alandadır¹²⁸⁸.

Sözleşmenin açık hüküm taşıyamaması halinde, eser sahibinin tahsis ettiği lisans hakkının kapsamını belirlemede eser sahibi lehine işleyen süreç, sinema sektöründe eser sahibi lehine değil film yapımcısı lehine işler. Alm.ESHK md.89 f.1 uyarınca¹²⁸⁹, sözleşmeden açıkça anlaşılmadığı durumlarda, filmi meydana getirenler, film yapımcısına, tüm bilindik yararlanma biçimlerine ilişkin olarak hak tahsis etmiş kabul edilirler. Bu yorum kuralı sayesinde, film yapımcıları özellikle

katalog için çekileceği sözleşmenin eki olan teklif sipariş formunda açıkça belirtilmiştir. Sözleşmede, katalog-tanıtım ibarelerinin yazılı olması katalogun tanıtım amacıyla hazırlandığını göstermekte olup, sözkonusu fotoğrafların ait oldukları ürünlerin katalog dışındaki dergi ilanlarıyla ve internet ortamında ticari amaçla piyasaya arz edilmesi için de kullanılması halini kapsamaz.” 11.HD., E.2004/11266, K.2005/10524, T.31.10.2005 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yargıtay’a göre, bir televizyon dizisinin ne kadar yayınlanacağı hususunda sözleşmede hüküm yoksa, makul süreyle yayın yapılacağı kabul edilmelidir. Aksi takdirde, iyiniyet kuralları çerçevesinde makul miktarı aşan yayın sayısı belirlenip, tazminata hükmedilecektir. 11.HD., 30.11.2004, E.2004/495, K.2004/11685. **SULUK/ORHAN**, s.677,678.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, FSEK md.52’deki geçerlilik şartının sağlanması için, sözleşmeye konu mali hakkın mutlaka yer, zaman ve içerik bakımından sınırlanması gerektiği sonucuna varılmamalı; sözleşmenin yorumlanmasına da imkan tanınmalıdır. Örneğin, sözleşmenin diğer tarafı bir yayınevi ise, işleme hakkı bakımından bu devrin sadece çeviriyi kapsadığı şeklinde bir yorum yapılabilir. Böyle bir yorum, amaçla sınırlı devir teorisinin bir sonucudur. “İşleme haklarımı devrettim” tarzındaki genel ifade, amaçla sınırlı devir teorisi eşliğinde, sözleşmenin amacına uygun olarak özel (istenilen, arzu edilen) anlamına kavuşur.

¹²⁸⁸ OLG Hamburg GRUR 1991, s.599,600-Rundfunkwerbung; OLG Hamburg MMR 1999, s.225,228-Zeitschriftenfotos auf CD-ROM; KG GRUR 2002, s.252,255 –Mantellieferung (Pressefoto). Alman Hukukunda, tahsis edilen lisans hakkının kapsamını belirlemede ispat yükünün lisans alanda olduğu değerlendirilmesi doğrudan bir yasa hükmüne değil, mahkeme kararlarına dayalıdır. Kararlarda, Alm. ESHK md.31.f.5 hükmü dikkat çekmektedir. Hüküm, sözleşmede eserden yararlanma türlerinin açıkça belirtilmemesi durumunda tarafların iradeleri doğrultusunda belirlenecek sözleşmenin amacı kavramına vurgu yapmaktadır.

¹²⁸⁹ Alm. ESHK md.89 hükmü, Alm. ESHK md.31 f.5’le birlikte değerlendirildiğinde, film yapımcısı lehine bir yorum kuralı içeren lex specialis-özel hüküm niteliğindedir.

filmlerin video piyasasında yararlanmaları konusunda hak sahibi sayılırlar¹²⁹⁰. Ancak, sinema eserlerine ilişkin olarak getirilen bu hükmün uygulama alanı mali haklara ilişkindir; yoksa film yapımcıları salt bu hükme dayanarak manevi haklar konusunda özel bir konum elde etmezler.

Sektör veya sanat türü bakımından FSEK md.52 hükmü herhangi bir istisna içermez. Dolayısıyla film yapımcısı, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmadıkça eser sahibi karşısında ayrıcalıklı bir konuma sahip değildir. Film yapımcısının hakkı, sözleşmede kendisine açıkça tanınan hak ve yetkiler alanıyla sınırlıdır. Bu sınırın dışında film yapımcısı, eser sahibinin hak ihlali talepleriyle karşılaşacaktır.

Eser sahibinin haklarını konu olan sözleşmeler hukukunun temel normu¹²⁹¹ ve ruhu¹²⁹² gibi nitelendirmelere layık görülen “amaçla sınırlı devir teorisi”, “öngörülebilirlik teorisi”nin oluşturulmasında da önemli bir rol oynamıştır¹²⁹³.

Amaçla sınırlı devir teorisinin uygulama alanı sadece mali haklar değildir. Her ne kadar, amaçla sınırlı devir teorisini açıklamada Alman Hukukunda mali haklara ilişkin hükümlere göndermede¹²⁹⁴ bulunulsa da, bir yorum kuralı olarak genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisi, mali haklara ilişkin uygulama alanını aşar. Bir yorum kuralı olarak, komşu haklar (verwandte Schutzrechte) ve yayın hukuku (verlagsrecht) olmak üzere geniş bir uygulama alanı bulur¹²⁹⁵. Manevi haklara ilişkin olarak, amaçla sınırlı devir teorisinin doğrudan olmasa da dolaylı olarak uygulama alanı bulabileceği savunulabilir.

Amaçla sınırlı devir teorisinin manevi haklara ilişkin uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu gerek Alman mahkeme kararlarında¹²⁹⁶, gerekse doktrinde¹²⁹⁷

¹²⁹⁰ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.549.

¹²⁹¹ **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.34.

¹²⁹² **GENTHE**, s.105.

¹²⁹³ **METZGER**, Das Droit Moral, s.200.

¹²⁹⁴ Bkz. Alm.ESHK md.31 f.4 ve f.5.

¹²⁹⁵ **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.36; **GENTHE**, s.89 vd.; **SCHWEYER**, s.100 vd.; **NORDEMANN**, UFITA 58 (1970), s.1 vd. Amaçla sınırlı devir teorisi, sadece eser sahibinin haklarına yönelik bir teori olmayıp, Fikri Hukukun diğer alanlarında da uygulama alanına sahiptir. Hatta, teknik-bilgi (know-how) sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur. Bkz. **LIEBRECHT**, s.27 vd.; **SCHWAIGER/KOCKLER**, UFITA 73 (1975) s.21,49 vd.

¹²⁹⁶ BGHZ 15, s.249, 255 –Cosima Wagner; BGH GRUR 1977, s.551, 554- Textdichtersammlung; OLG Hamburg Schulze OLGZ 174, 7- Zugangsrecht des Architekten.

olumlu yanıt bulur. Amaçla sınırlı devir teorisinin özü, bir yorum kuralı olmasıdır. Hak devrinin kapsamıyla ilgili şüphe halinde, tahsis edilen yetkileri belirlemek için sözleşmenin amacını açıklığa kavuşturur¹²⁹⁸. Sözleşmenin amacı ve tahsis edilen hakların kapsamının belirlenmesi, eser sahibinin manevi haklarını da etkileyecektir. Eser sahibi, tahsis ettiği mali hakların kullanılması esnasında manevi haklara müdahale yapılmasına izin vermiş demektir. Eser sahibi mali hakları üzerinde yararlanma hakkı tanıdığı kişiye, gerekli olduğu ölçüde manevi hakları kullanma yetkisi de tanımış sayılacaktır.

Amaçla sınırlı devir teorisi, “yorum” ile “düzeltme” arasında bir alanda yer almaktadır¹²⁹⁹. Bu doğrultuda, teoriyi “düzeltici yorum” kuralı olarak açıklamak yanlış olmaz. Alm. ESHK md. 31 f.5’e göre, tahsis edilen hakkın kapsamının belirlenmesinde, sözleşmenin amacının açığa çıkarılması, tahsis edilen yetkilerin tek tek belirtilmediği hallerde sözkonusu olur. Eser sahibinin haklarını götürü-toptan bir şekilde tahsis etmesi durumunda, hiç şüphesiz devir konusu hakkın kapsamı sözleşmenin lafzına göre değil amacına göre tayin edilecektir¹³⁰⁰.

Lisans sözleşmesinde lisans alan bakımından değerlendirildiğinde, amaçla sınırlı devir teorisinin varlığı lisans alanı sözleşmeye konu olan hakları ayrı ayrı belirtmeye

¹²⁹⁷ **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.37; **FROMM/NORDEMANN-HERTIN**, §§ 31/32, Kn.41; **FORKEL**, Rechtsübertragungen, s.195, dn.365; **GENTHE**, s.93 vd.; **LIEBRECHT**, s.13.

Doktrin ve mahkeme kararlarınca daha önce tanınan genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisi, Alm. ESHK md.31 f.4 ve f.5 ile özel bir kural olarak 1965 yılında yasal bir zemine kavuştu. Bu hükümler, genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisini sınırlamaktan çok, bilinmeyen yararlanma biçimleri – unbekannte Nutzungsarten- (f.4) ve ayrıntılı bir şekilde belirlenmemiş yararlanma biçimleri (f.5) ile ilgili olarak emredici bir norm getirme düşüncesinin bir sonucuydu. Toptan bir hak devrini konu alan sözleşmenin yapıldığı sırada henüz bilinmemiş yararlanma biçimlerini sözleşmenin kapsamında görmeme, Alm. ESHK md.31 f.4 yürürlüğe girmeden önce, amaçla sınırlı devir teorisinin en önemli uygulama alanıydı. RGZ 118, s.282, 285 vd.-Musikantenmädel ve RGZ 123, s.312, 317 vd.-Wilhelm Busch.

¹²⁹⁸ Bkz. **GOLDBAUM**, GRUR 1923, s.182; **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.31. Amaçla sınırlı devir teorisi, hukuki işlemle tahsis edilen yetkileri belirlemek bakımından özel bir hüküm olarak –lex specialis- genel hükümlerden önce uygulama alanı bulur. Bununla bağlantılı olarak, Alman Hukukunda amaçla sınırlı devir teorisini yansıtan Fikri Hukuk hükümlerinin AMK md.133 ve 157’de düzenlenmiş yorum kurallarından önce geldiği ileri sürülür. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **GENTHE**, s.86; **LIEBRECHT**, s.20; **NORDEMANN**, UFITA 58 (1970), s.1,4.

¹²⁹⁹ **ULMER**, GRUR 1957, s.163; **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.32. Yazar, amaçla sınırlı devir teorisini, yorum kuralının ötesine geçmiş temel bir norm olarak görür.

¹³⁰⁰ **BGH GRUR** 1996, s.121,122- Pauschale Rechtseinräumung. Bu kararın vardığı sonuçlar bakımından benzer ifadeler için bkz. **FROMM/NORDEMANN-HERTIN**, §§ 31/32, Kn. 19. Tabii bu noktada, sözleşmenin ne zaman yoruma ihtiyaç göstereceği önem taşır. Devri konu olan sözleşmede yer alan “tüm eser sahipliği haklarım” gibi açık, belli olmayan ifadelerin varlığı halinde, sözleşmenin yoruma ihtiyaç göstereceği açıktır. yoruma ihtiyaç gösteren ifadelerle formüle edilen sözleşmelerin yorumundan bahsetmek gerekir. **GOLDBAUM**, GRUR 1923, s.182, 183. Ayrıca bkz. **SCHWEYER**, s.8 vd.

yönlendirir. Aksi takdirde lisans alan istediği ve arzuladığı yetkileri almak yerine amaçla sınırlı devir teorisi yüzünden daha az yetkilere sahip olabilir. Bu bakımdan, lisans sözleşmesinde lisan alanın hak sahibi olmayı amaçladığı hakları ayrı ayrı belirtme yükümünün varlığından bahsedilebilir¹³⁰¹. Eser sahibinin haklarından yararlanmak isteyen kişi, yararlanmak istediği hakları yararlanma biçimleriyle birlikte ayrı ayrı belirtmeli ki, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkacak ihtilafları daha işin başında engelleyebilsin. Böylece, eser sahibinin haklarına ilişkin sözleşmelerde eser sahibinin haklarından yararlanmak isteyen kişi hukuki bir zorunluluk olmasa da, sözleşmeye konu olan hakları ve yararlanma biçimlerini teker teker ve yazılı bir şekilde belirlemeyi tercih edecektir. O halde, Alm.ESHK md.31 f.5 hükmü, nerdeyse şekil hükmüne eş değer bir hal alır¹³⁰².

Sözleşmenin tarafları, sözleşmenin kapsadığı hakları ayrı ayrı belirtmelidirler. Ayrı ayrı belirtme yükümü uygulamada, hak kazananın akla gelen her türlü yetkiyi sayfalar dolusu bir şekilde listelemesine yol açmaktadır¹³⁰³. Bu çeşit bir listeleme yöntemi¹³⁰⁴, amaçla sınırlı devir teorisi açısından değerlendirildiğinde geçerli sayılmaktadır¹³⁰⁵. Çünkü, Alm.ESHK md.31.f.5, lisans sözleşmesinde eserden yararlanma biçimleri konusunda tarafların açıkça ve ayrı ayrı bir belirleme yoluna gidebileceklerini öngörmüştür. Taraflar ayrıntılı bir liste yapmak yoluyla sözleşmenin amacını açıkça belirlemiş sayılacaklardır.

¹³⁰¹ **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn.34.

Hak kazanının, ayrı ayrı belirtme yükümü (spezifizierungslast) sadece Alm. ESHK md. 31 f. 5'e özgü olmayıp, genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisinin uygulama alanı bulduğu tüm durumları ilgilendirir. Alm. ESHK md.31 f.5, sadece lisans hakkı tahisisini konu alması nedeniyle, genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisinin özel bir hali olarak görülebilir. Ancak , içerik olarak bakıldığında genel anlamda amaçla sınırlı devir teorisi ile md.31 f. 5'de düzenlenen amaçla sınırlı devir teorisi arasında bir fark yoktur. Bkz. BGH GRUR 1996, s.121 (Leitsatz) ve 122- Pauschale Rechtseinräumung. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. **LIEBRECHT**, s.22; **FROMM/NORDEMANN-HERTIN**, §§ 31/32, Kn.19.

¹³⁰² Doktrinde Schricker, Alm. ESHK md.31 f.5'in bu yönüyle hafifletilmiş bir yaptırıma sahip şekil hükmü haline geldiğini ifade etmektedir. Öyle ki, şekil hükmüne aykırılık sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmamakta, sadece sözleşmenin, amacına göre yorumlanmasına neden olmaktadır. **SCHRICKER**, §§ 31/32, Kn. 34.

¹³⁰³ **KUCK**, Katja, Kontrolle von Musterverträgen im Urheberrecht, GRUR 2000, s.285.

¹³⁰⁴ Schricker, bu şekilde ayrıntılı bir listeyi "umgebungskataloge" ifadesiyle değerlendirmektedir. **SCHRICKER**, Verlagsrecht, § 8, Kn.5.

¹³⁰⁵ **FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN**, §§ 31/32, Kn.23; **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.547.

b.Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Manevi Haklar Alanında Uygulanması

(1) Genel Olarak

Amaçla sınırlı devir teorisinin manevi haklara uygulanmasına engel olacak temel bir ilke sözkonusu değildir¹³⁰⁶. Mali haklara ilişkin olarak yapılan hukuki işlemleri manevi hakları az ya da çok etkilemektedir. Alman Hukuku gibi monist sistemi benimseyen hukuk çevrelerinde mali haklarla manevi haklar hemen hemen aynı hukuki rejime tabi olurken, dualist veya karma sistemin temsilcisi sayılan hukuk çevrelerinde de mali haklar ve manevi haklar arasındaki ilişki varlığını korur.

Amaçla sınırlı devir teorisi bir yorum kuralı olarak değerlendirildiğinde bu yorum kuralının manevi haklar bakımından da bir izdüşümü olacağı kabul edilmelidir. FSEK md.52 mali haklara ilişkin hukuki işlemlerde getirmiş olduğu şekil kuralıyla amaçla sınırlı devir teorisinin uygulama alanını sınırlamış gözükmektedir. Sözleşmeye konu olan haklar ayrı ayrı gösterilmiş olacak ve böylece tarafların sözleşmeyle güttükleri amaç kolayca anlaşılacaktır. Ancak, mali hakları devralmış veya mali hak üzerinde kullanma yetkisi kazanmış kişinin eser sahibinin manevi hakları bakımından konumu ne olacaktır? Eser sahibinin manevi haklarına müdahalesi ne derece hukuka uygun görülecek ve eser sahibinin manevi haklarını sözleşmenin gerektirdiği ölçüde kullanmaya yetkili olacak mıdır? Bu soruların yanıtlanmasında amaçla sınırlı devir teorisi yardımcı olabilir¹³⁰⁷.

¹³⁰⁶ METZGER, Das Droit Moral, s.203.

¹³⁰⁷ Manevi hakların devredilmezliği ilkesi çerçevesinde, “amaçla sınırlı devir teorisi”nin manevi haklarla da ilişkilendirilmesi çelişkili gözükebilir. Burada geçen devir kelimesinin mali hakların kendisinin veya kullanma yetkisinin devrini anlattığı ileri sürülerek bu çelişki giderilebilir. Mali haklar veya mali hakları kullanma yetkisi devredildiğinde bu devrin manevi haklara etkisi de “amaçla sınırlı devir teorisi” bakımından bir anlam ifade eder.

Amaçla sınırlı devir teorisi bakımından Türk ve İsviçre Hukukunda yayın sözleşmesine ilişkin hükümler dikkat çekicidir. BK md.373 f.1 “neşir mukavelesi, müellifin haklarını, mukavelenin ifasının icap ettirdiği miktar ve zaman için naşire nakleyleyler” diyerek amaçla sınırlı devir teorisine yer vermiştir. Hükümde, müellifin hakları denilerek mali hak ve manevi hak arasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, eser sahibi-yayınlatan, yayıncıya sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde mali ve manevi hak ayırımı yapılmaksızın gerekli olan hakları devretmiş mi sayılacaktır? Devir kelimesi mali haklar bakımından uygun görülse de, manevi haklar bakımından burada teknik anlamda devir değil, “yetki”, “izin” gibi kurumların akla gelmesi doğru olacaktır.

(2) Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Umuma Arz Etme Yetkisi Bakımından Anlamı

Eser sahibi henüz umuma arz etmediği eseri üzerindeki mali haklarını bir başkasına devrettiğinde veya mali hakları üzerinde kullanma yetkisi tanıdığına bu kişilerin sözleşmenin amacı doğrultusunda, aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça, eseri umuma arz yetkisini kullanabilecekleri kabul edilmelidir.

FSEK md.14 f.1 uyarınca “bir eserin umuma arzedilip edilmemesini, yayınlama zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder”. Eser sahibi çoğaltma ve yayma hakkını bir başkasına devrederek veya bu haklara ilişkin lisans sözleşmesi yaparak, umuma arz yetkisini kullanabilir. Eser sahibi yaptığı devir ve lisans sözleşmelerinde, açıkça umuma arz yetkisine göndermede bulunmuş olmasa dahi, sözkonusu mali haklardan yararlanabilmek için umuma arz yetkisinin kullanılması gerektiği açıktır. Dolayısıyla çoğaltma ve yayma hakkını konu alan bir devir sözleşmesi veya lisans sözleşmesi umuma arz yetkisine ilişkin sonuçlar da doğurmuş olur. “Amaçla sınırlı devir teorisi” açısından bakıldığında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi için mali hakkı devralanın veya lisans alanın eseri umuma arz etmeye yetkisi olduğu açıktır. Burada eser sahibinin umuma arz etme yetkisi kendi hakimiyet alanından çıkmış değildir; sadece sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi için devralan veya lisans alana umuma arz yetkisi tanımış sayılacaktır. Öyle ki, FSEK md.14 f.3 gereği, “eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, yazılı izin vermiş olsa bile eserinin umuma tanıtılmasını ve yayımlanmasını menedebilir”.

Alman Hukukunda da, sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasa da sözleşmenin amacından hareket edilerek, umuma arz yetkisinin verildiği sonucuna varılabilmektedir¹³⁰⁸. Bu tür durumlarda sözleşmenin amacına ulaştıracak yetkilerin

¹³⁰⁸ BGHZ 15, s.249,255 –Cosima Wagner. Ayrıca bkz. BGH GRUR 1977, s.551,554-Textdichtersammlung.

Her iki dava konusu olayda da, hak kazanan kişinin eserin kamuya sunulup sunulmaması, sunulacaksa şekli konusuna ilişkin yetkilerine ilişkin açık bir sözleşme hükmü yoktu. Alman Yüksek Mahkemesi, her iki kararında, amaçla sınırlı devir teorisine yaptığı göndermeyle, umuma arz etme hakkının tahsis edildiği sonucuna vardı. Cosima Wagner kararı, umuma arz etme hakkının güvene dayalı devralınması konusu etrafında odaklanmış ve daha çok güvene dayalı devir konusuyla ilgili tartışmaları konu almıştı.

Textdichtersammlung kararında ise, doğrudan amaçla sınırlı devir teorisiyle ilgili değerlendirmelere yer verilmişti. Karara göre, açık sözleşme hükümlerinin yokluğu durumunda, eser sahibinin haklarına

lisan sahibine verildiği kabul edilse de, eser sahibine en az yükümlülük getiren yorum tercih edilmektedir.

Amaçla sınırlı devir teorisinin temsil hakkı ve umuma arz yetkisi bakımından oynadığı role ilişkin olarak tiyatro eserlerinin sahnelemesini konu alan sözleşmeler örnek gösterilebilir. Tiyatro eserinin yazarı ve eserden yararlanacak olan kişi kural olarak, eserin sahneleneceği yer, zaman vb. konularda somut koşullar kararlaştırabilirler. Bu konuda sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmaması halinde veya sözleşmenin sahneleme hakkının devrinden başka herhangi bir hüküm içermemesi halinde temsil hakkını devralmış veya bu konuda lisans almış kişinin umuma arz yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Ancak, umuma arz yetkisinin kullanılma biçimi nasıl olacaktır? Bu soruya verilecek yanıt, eserini sahnelemek isteyen yani kamuya sunmak isteyen eser sahibi varsayımından hareketle, sözleşmenin amacı doğrultusunda seanslar belirlenmesi olacaktır. Başka bir deyişle, seyircinin eserle buluşmasını sağlayacak bir zaman düzenlemesi yapılacaktır¹³⁰⁹. Amaçla sınırlı devir teorisi bu yönüyle sözleşmenin yorumlanmasına hizmet ettiği kadar sözleşmenin tamamlanmasına da hizmet etmektedir.

Alman Hukukunda amaçla sınırlı devir teorisiyle umuma arz yetkisi bakımından elde edilen sonuç, Türk Hukukunda sözleşmenin örtülü içeriği, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması gibi kurumlar aracılığıyla elde edilebilir. Başka bir deyişle, amaçla sınırlı devir teorisi, sözleşmenin örtülü içeriğinin tesbiti, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması işlevlerini üstlenir. Daha önce umuma arz edilmemiş bir tiyatro eserinin sahnelenmesi amacıyla eser sahibinin temsil hakkının devrini konu olan bir sözleşme yapıldığını düşünelim. Sözleşmede temsil hakkını devralana umuma arz yetkisi konusunda açıkça herhangi bir yetki tanınmış olmasa da, temsil hakkını devralanın umuma arz yetkisini kullanacağı için niteliğinden çıkar. Ancak, temsil hakkını devralan eseri temsil yoluyla umuma arzetme yetkisinden başka bir yetkiye sahip olamayacaktır. Sadece tiyatrodaki temsil konusunda hak sahibidir. Böyle bir durumda eser sahibinin tiyatro eserini örneğin video piyasasında

ilişkin düzenlemelere hakim olan temel ilkeye göre eser sahibinin mümkün olan en az ölçüde yükümlülük sahibi olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, eser sahiplerinin Alm.ESHK md.12 f. 1'den doğan haklarını yayıncıya tahsis etmeleri durumunda; tahsisin kapsamı sözleşmeye uygun yararlanmanın gerektirdiği kadardır.

¹³⁰⁹ SCHULZE, Urhebervertragsrecht, s.748 vd.

çoğaltma, yayma ve temsil hakları konusunda devralana herhangi bir hak veya yetki tahsisinde bulunduğundan söz edilemez. Sözleşmenin yorumundan aksi bir sonuç çıkarmak doğru olmaz¹³¹⁰. Sözleşmede tiyatro eserinin sahneleneceği yer ve zaman konusunda bir düzenleme olmaması da sözleşme boşluğu olarak değerlendirilip, sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilir. Tarafların sözleşme yapılırken üzerinde hiç durmadıkları bir konunun sözleşmeye dahil edilmesi, bu konuda bir kanun hükmü, örf ve adet hukuku kuralı bulunmadığı hallerde işin mahiyetine bakılarak gerçekleşecektir¹³¹¹.

(3) Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Adım Belirtilmesi Yetkisi Bakımından Anlamı

Eser sahibi mali haklarına ilişkin devir sözleşmesi veya lisans sözleşmesi yaparken, devralan veya lisans alan eser sahibini manevi haklarını kullanmak bakımından bazı kısıtlamalara tabi tutmak isteyebilir. Hatta eser sahibinin manevi haklarını kullanmaktan vazgeçmesine ilişkin bir irade beyanında bulunmaya yöneltebilir. Amaçla sınırlı devir teorisi açısından bakıldığında şu soru sorulmalıdır: Devralan veya lisans alan eser sahibinin manevi haklarına ilişkin kısıtlayıcı sözleşme hükümleri olmadan, sözleşmeye konu olan mali haklardan gereği gibi yararlanamaz mı? Amaçla sınırlı devir teorisi çerçevesinde, işin gerektirdiği ölçüden fazla hak kısıtlaması geçersiz kabul edilmelidir. Alman Hukukunda da benimsenen bu yaklaşım¹³¹², Türk Hukukunda da sonuç olarak benimsenebilir. Ancak, amaçla sınırlı

¹³¹⁰ Umuma arz yetkisi açısından değil de mali haklar açısından değerlendirildiğinde bu sonuca FSEK md.52 hükmü aracılığıyla ulaşılır. Sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.

¹³¹¹ Sözleşmedeki yer ve zaman düzenlemesine ilişkin boşluğun işin mahiyetine bakılarak doldurulacağı durumlarda dürüstlük kuralı ve (sektörel) adetler de belirleyici rol oynayacaktır. Akdın tamamlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.145 vd.

¹³¹² Bundeswehrplakat adlı davaya konu olayda, grafiker eser sahibi, iş sahibine, reklam grafiği üzerindeki tüm haklarını, işin gerektirdiği ölçüde, tahsis etmişti. Mahkeme, bu şekilde tüm hakların devrini konu olan bir işlemin, Alm.ESHK md.13 f.2'de düzenlenen isimlendirme hakkının (namensnennungsrecht) kullanılmasına engel olmadığı vardı. OLG München GRUR 1969, s.146-Bundeswehrplakat.

Amaçla sınırlı devir teorisinin eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı bakımından uygulanması gerektiği konusu doktrinde de savunulur. Hatta amaçla sınırlı devir teorisinden yola çıkılarak geliştirilen öngörüülebilirlik teorisinin kurucusu sayılan Schricker de, amaçla sınırlı devir teorisinin eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı bakımından uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. Bkz. **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.97.

Fransız Hukukunda, eser sahibinden hak kazanmak isteyen kişilerin, kazanmak istedikleri hak ve yetkileri sözleşmede ayrı ayrı belirtme yükümlülüğü –spezifizierungspflicht- vardır. Bu kanuni yükümlülüğe paralel olarak doktrinde, sözleşmeye yoluyla eser sahibinin isimlendirme hakkından –namensnennungsrecht- hak kazanan kişi lehine vazgeçmesinin, vazgeçmenin belirli kullanım

devir teorisiyle ulaşılan bu sonuca Türk Hukukunda hukuka, ahlaka aykırılık gibi kurumlar aracılığıyla ulaşmak daha kolay gözükür.

Alman Hukukunda amaçla sınırlı devir teorisinin uygulanmasıyla, eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisinden vazgeçmesi, sözleşmeyle ulaşılmak istenen amaç için zorunlu sayılmayacak ve bu nedenle bu tür vazgeçme kabul görmeyecektir. Konusu olan yararlanma biçimlerinin, mali hakların ayrı ayrı belirtilmediği sözleşmeler amaçla sınırlı devir teorisi çerçevesinde somut hale getirilmeye çalışılmaktadır. Eser sahibinin yapacağı sözleşmede devredildiği varsayılan hak ve yetkiler eserden sözleşmenin amaçladığı kadarıyla yararlanmayı kapsar. Bu yaklaşım manevi haklar bakımından da etkisini hissettirir. Sözleşmenin amacına ulaşmak bakımından manevi hakları devretmek veya manevi haklardan vazgeçmek gerekli midir? Bu soruya olumsuz yanıt verilir.

Türk Hukukunda ise adın belirtilmesi yetkisinden vazgeçmeye ilişkin bir hüküm, MK md.23 aracılığıyla kabul görmeyecektir. Aynı nedenle, eser sahibi adın belirtilmesi yetkisini bir başka kimseye devredemeyecektir.

Gölge yazarlık sözleşmelerine ilişkin hükümlerin de, amaçla sınırlı devir teorisi ışığında yorumlanmasıyla menfaatlere uygun çözümler elde etmek mümkündür. Tarafların, sözleşmede açıkça belirlememiş oldukları durumda, eserden hangi yararlanmalarda eser sahibinin isminin belirtilmeyeceği ve eser sahibinin hangi kapsamda eser sahipliğini gizlemeye mecbur olduğu, amaçla sınırlı devir teorisi yardımıyla aydınlığa kavuşacaktır. Gölge yazarlık sözleşmesi neticesinde meydana getirilen eserlerin başarıya ulaşması için gerçek eser sahibi olan gölge yazarın eser sahipliğini açıklamaması gerektiği durumlar sözleşmede ayrı ayrı sayılabilir. Örneğin, ünlü bir kişinin anılarının gölge yazar tarafından kaleme alınmasına ilişkin sözleşmede, bu durumun eserin reklamının yapıldığı etkinliklerde açıklanmaması şeklinde sözleşmesel bir yasak getirilebilir. Aynı şekilde, bir siyaset adamının konuşma metninin gölge yazar tarafından hazırlanması durumunda, siyasetçinin konuşmasını yaptığı gün eser sahipliğinin açıklanmaması gölge yazar bakımından sözleşmesel bir yükümlülük haline getirilebilir. Bu tür somuta indirgenmiş sözleşme

olanaklarıyla sınırlanması, belirsiz ve genel ifadeler içermemesi koşuluyla mümkün olacağı ileri sürülmektedir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.207, dn.45.

hükümleri amaçla sınırlı devir teorisiyle uyum içindedir¹³¹³. Bu tür sözleşme hükümleri, eser sahibinin manevi haklarını devredemeyeceği ve manevi haklarından vazgeçemeyeceği ilkesiyle de uyum içindedir. Eser sahibi, sözleşmeden doğan yükümlülüğüne aykırı davranıp eser sahipliğini açıklarsa bu durumda sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olur. Amaçla sınırlı devir teorisinin adın belirtilmesi yetkisi bakımından anlamı, adın belirtilmesi yetkisine ilişkin olarak ancak sözleşmesel bir yapmama (eser sahipliğini açıklamama) yükümlülüğüne müsaade etmesidir.

(4) Amaçla Sınırlı Devir Teorisinin Eser Üzerinde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisi Bakımından Anlamı

Eser sahibi eserini meydana getirdiği şekliyle koruma, kullanma ve kullanılmasına izin verme konusunda münhasır bir yetkiye sahiptir. Eser sahibi, eserinin meydana geldiği şekliyle varolmasını devam ettirebileceği gibi eser üzerinde değişiklikler yapılmasına da karar verebilir. Bir başkasının eser üzerinde değişiklik yapması bir yönüyle mali hakları bir yönüyle de manevi hakları ilgilendirir. Mali haklardan biri olan işleme hakkı, eser üzerinde değişiklik yapılmasına yönelik bir haktır. İşleme hakkı bir anlamda eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılması konusunda verdiği izindir. Eser sahibinin işleme hakkı tanımış olsun ya da olmasın herkese karşı ileri sürebileceği yetkisi veya hakkı da eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisidir. Hiç kimse eser sahibinin izni olmadan eser üzerinde değişiklik yapamaz.

Eser sahibinin işleme hakkını devretmesi veya bu hakka ilişkin bir lisans sözleşmesi yapması durumunda eser üzerinde değişiklik yapılmasına açıkça izin verdiği

¹³¹³ METZGER, Das Droit Moral, s.208.

Eser sahipliğinin açıklanmasıyla ilgili sözleşme hükmü ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmayıp, genel bir şekilde ifade edilmiş olabilir. Gölge yazarlık sözleşmesinin karşı tarafı olan görünür yazar, gerçek eser sahipliğinin saklı tutulmasını daha uzun süreye veya daha geniş bir çevreye yayılmasını isteyebilir. Sözleşmeye, “gölge yazar eser sahipliğini radyo ve televizyonda açıklamayacaktır” veya “gölge yazar eser sahipliğini 2010 yılından önce açıklamayacaktır.” şeklinde konulacak hükümler genel ifadeler olarak değerlendirilmektedir. Bu tür ifadeler de amaçla sınırlı devir teorisi çerçevesinde geçerli sayılabilirler. Bkz. METZGER, Das Droit Moral, s.208, 209.

Gölge yazarlık sözleşmesinin temelinde gerçek eser sahipliğinin en azından belli bir süre için açıklanmaması isteği vardır. Gerçek eser sahipliğinin belli bir süre açıklanmaması sözleşmenin amaçlarından biri olarak görülmelidir. Ancak, sürenin çok uzun olması durumunda makul bir seviyeye çekilmesi de gündeme gelebilecektir. Tüm bu değerlendirmelere bir yana, bu tür bir sözleşmesel yükümlülüğün basın ve haber alma özgürlüğü sayesinde etkisiz, imkansız hale gelebileceği de hatırdan çıkarılmamalıdır.

anlaşılır. Bunun yanısıra eser sahibinin zımnen izin vermiş sayıldığı haller de mevcuttur. FSEK md.14 f.2'ye göre, "Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir". Hükümde geçen teknik icabı yapılması gerekli değişiklikler, amaçla sınırlı devir teorisi bakımından bir anlam taşır. Eser sahibi sözleşmenin ifası için gerekli değişikliklere izin vermiş sayılır. Bu durum, sözleşmenin amacına ulaşması için lisans alanın veya devralanın esere müdahalede bulunma yetkisi olduğunu gösterir. Ancak, hükmün lafzından¹³¹⁴ sadece teknik icabı yapılması gerekli değişikliklere izin verildiği anlaşılır. Bunun dışında kalan değişiklikler için eser sahibinden ayrıca izin alınması gerekir ve bu iznin sınırları ise FSEK md.15 f.3'de düzenlenmiştir.

Alman Hukukunda amaçla sınırlı devir teorisi aracılığıyla, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını konu olan işlemlerde aşırıya kaçması önlenir. Eser sahibi, sözleşmenin karşı tarafına eseri üzerinde genel ve sınırsız bir değişiklik yapma özgürlüğü tanımaya kalkıştığında, amaçla sınırlı devir teorisi böyle bir yetkilendirmeyi makul seviyeye çeker. Başka bir deyişle, amaçla sınırlı devir teorisine göre sözleşmenin yorumu neticesinde, lisans alan sadece sözleşmenin amacına ulaştırıcı değişikliklere yetkili görülür¹³¹⁵.

Fransız Hukukunda eser sahibinin müsaade ettiği değişikliklerin açıkça belirlenmiş ve sınırlarının çizilmiş olması gerekir. Eser sahibi, verdiği iznin önemini ve kapsamını önceden bilebilmeli ve bu bağlamda eserinde meydana gelecek değişiklikleri hesap edebilmeli, öngörebilmelidir¹³¹⁶. Eser sahibinin, eser üzerinde

¹³¹⁴ Hükümde geçen teknik icabı yapılan zaruri değiştirmeler sadece yayım kelimesiyle ilişkilendirilip, işleme, çoğaltma ve temsil kavramlarının teknik kelimesinden bağımsız olarak daha genel bir ifade olan zaruri değiştirmelerle ilişkili olduğu kabul edilirse, hükmün lafzı daha geniş bir anlam ifade eder.

¹³¹⁵ **METZGER**, Das Droit Moral, s.204.

¹³¹⁶ Alman Hukukunda tüm hukuk dallarında olduğu gibi eser sahibinin haklarına ilişkin olarak da Fransız Hukukundaki gelişmelerden yararlanılması gerektiğini savunan yazarlar vardır. Bkz. **KOTZ/ZWEIGERT**, s.19. Bu bağlamda bir Fransız mahkeme kararına birine atıf yaparak, kararda varılan sonucun Alman Hukuku bakımından da bir değeri olduğu açıktır. Öyle ki, tarihi süreç ve karşılaştırmalı hukuk disiplini açısından eser sahibinin haklarıyla ilişkili olarak Fransız Hukukuyla etkileşim halinde bulunan Alman Hukukunda Fransız mahkeme kararlarına atıf yapılmasında sakınca görülmemelidir. Manevi haklar bakımından katı ve eser sahibi lehine hükümlere sahip Fransız hukuk uygulamasını takip etmek ve ordaki gelişmeleri Alman Hukukuna aktarmak Alman Hukukunda eser sahibinin haklarına ilişkin olarak benimsenmiş monist sistemin ortadan kalkması olarak değerlendirilmemelidir. **METZGER**, Das Droit Moral, s.128 vd.

sözleşmenin diğer tarafına sınırları belli olmayan bir değişiklikte bulunma özgürlüğü tanınması sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır¹³¹⁷. Alman Hukukunda ise eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak sınırları belli olmayan bir devir geçerlilik yaptırımından çok, amaçla sınırlı devir teorisi çerçevesinde düzeltici yoruma tabi tutulmaktadır¹³¹⁸.

Eser üzerinde değişikliklik yapılmasını gerektiren durumlardan biri de, film uyarlamalarıdır. Başta hikaye olmak üzere roman gibi edebiyat eserlerinin filme çekilmesi sürecinde kimi değişikliklere uğradığı bilinen bir gerçektir. Aynı şekilde bir müzik eserinin film müziği olarak kullanılması esnasında da bazı değişikliklere

¹³¹⁷ Fransız Hukukunda, eser sahibi eser üzerinde değişiklik yapılmasına izin verecekse, bu izin genel değil özel olmalıdır. İzne konu olan değişikliklerin ayrı ayrı belirtilmesi yükümlülüğü vardır. Başka bir deyişle, Alman Hukukunda amaçla sınırlı devir teorisiyle varılan devredilen hakların veya yetkilerin ayrı belirtilmesi yükümlülüğü, Fransız Hukukunda yasal bir yükümlülüktür. Fransız Hukukunda “spezifizierungspflicht” kavramı kullanılırken Alman doktrininde “spezifizierungslast” kavramı kullanılır. **METZGER**, Das Droit Moral, s.205.

Dolayısıyla Fransız Hukukunda, eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak devredilmek istenen yetkilerin açıkça belirtilmemesinin sonucu, Alman Hukukundakinden daha ağırdır. Fransız Hukukunda geçersizlik sözkonusu olurken, Alman Hukukunda amaçla sınırlı devir teorisi eşliğinde adeta sözleşmeyi düzelter, tedavi eden bir yorumlama faaliyetinden söz edilir. Bu bakımdan, Fransız Hukukunda Alman Hukukundaki amaçla sınırlı devir teorisine benzer bir yorum kuralının olmadığı sonucuna varılır. **LIEBRECHT**, s.157.

¹³¹⁸ Fransız ve Alman Hukuklarındaki bu farka rağmen, toptan hak tahsisine (pauschaler Rechtseinräumungen) ilişkin Fransız mahkeme kararlarındaki yaklaşımlar, Alman Hukukundaki amaçla sınırlı devir teorisi açısından da önem arz eder. 1950 tarihli bir Fransız mahkeme kararında eser sahibinin önceden her türlü değişikliğe izin veremeyeceğine hükmedilmiştir. Ancak, eser sahibi, ağırlığını, sayısını ve amaca uygunluğunu tam olarak hesap edebildiği, görebildiği ölçüde ve kapsamda eser üzerinde değişiklik yapılmasına müsaade edebilir. CA Paris D 1951, Jur. s.9,10 – Gaumont/Blanchar; **METZGER**, Das Droit Moral, s.205, dn.38’den naklen.

Somut olayda, aralarında besteci Arthur Honeggerin de bulunduğu, üç film eseri sahibinin, yapmış oldukları filmin, film şirketince esaslı bir şekilde kısaltılmasına itiraz etmeleri sözkonusuydu. Davada, eser sahiplerinin manevi haklarını kullanmaktan susma yoluyla feragat ettikleri iddiası kabul görmedi. Davada, olası bir amaçla sınırlı devir teorisini savunmak yoluyla da, film şirketinin başarıya ulaşması mümkün olmazdı. Sözleşmede öngörülen eser üzerinde değişiklik yapabilme hakkına dayanabilmek ve bu bağlamda genel olarak ifade edilmiş eser üzerinde değişiklik yapabilme yetkilerinin, sözleşmenin amacı çerçevesinde yorumlanması da, film şirketlerine davayı kazandıracak bir iddia olmaktan uzaktı. Çünkü, sözleşmeyle güdülen amaç belirlenirken, sadece bir tarafın değil her iki tarafın da, yani film şirketinin yanında eser sahiplerinin takip ettiği amaç dikkate alınacak, eserde esaslı bir değişiklikte bulunma tarafların ortak amacı olarak belirlenemeyecekti. **METZGER**, Das Droit Moral, s.206.

Daha yeni tarihli sayılabilecek başka bir Fransız mahkemesi kararında, iki bestecinin bir müzik şirketine, şarkıların reklam amacıyla kullanılması ve ayrıca başka sözler kullanılarak sadece müziklerinin kullanılması konusunda vermiş oldukları izin ele alınmıştı. Müzik şirketi, fast-food zinciri Flunch şirketine, şarkının melodisini reklam sloganı eşliğinde kullanmasına izin verdi. Bunun üzerine bestecilerin, esere saygısızlık; eserin bütünlüğünün ihlali gerekçesiyle açmış oldukları dava reddedildi. Mahkeme, eser sahibiyle eserden yararlanan arasında açık bir şekilde kararlaştırılan sözleşme hükmü olduğu ve bu sözleşme hükmünün yok sayılmasının hukuk güvenliğiyle bağdaşmayacağını ifade ederek davacılarına talebini reddetti. TGI Paris- RIDA janvier 1998, s.343,349. “Barbelivien/Agapes”. **METZGER**, s.205, dn.39’den naklen.

uğraması mümkündür. Daha önce bağımsız bir şekilde meydana getirilmiş eserlerin filmde kullanılması esnasında yapılacak değişikliklerin kapsamını, sözkonusu eserlerin sahipleri, somut bir şekilde ayrı ayrı belirtmiş olabilir. Bu durumda mevcut eserlerin filmde kullanılması esnasında yapılacak değişiklikler sözleşmede belirtildiği kadarıyla olacaktır.

Filmin yapımında kullanılan eserler üzerinde ne ölçüde, ne kadar değişiklik yapılacağı konusu sözleşmede açıklanmamışsa yapılacak değişikliklerin sınırının belirlenmesinde zorlukla karşılaşılacaktır. Bir romanın filme alınması, roman yazarının bu konuda işleme hakkını devretmesi veya işleme hakkına ilişkin bir lisans sözleşmesi yapması suretiyle gerçekleştiğinde, bu mali haktan filmi yapan kişilerin yararlanabilmesi için eser üzerinde gerekli olan değişiklikleri yapmaya yetkili oldukları söylenebilir mi? FSEK md.16 f.2'den hareketle, işleme hakkına sahip olanların işleme icabı zaruri görülen değişiklikleri yapmaya yetkili oldukları kabul edilmelidir. Bir romanın senaryo haline getirilmesi sürecinde başka bir deyişle görsel bir metin hale getirilmesinde romanın kimi bölümlerinden ve tarzından ayrılmak mümkün olacaktır. Roman senaryo haline getirilirken film tekniği icabı olarak yapılması zaruri değişikliklere maruz kalacaktır. Ancak romanın kısaltılması veya hikayenin genişletilmesi gibi senaryo yazım ve filme çekim sürecinde romanda ve hikayede meydana gelen değişikliklerin sınırı FSEK md.16 f.3'deki ifadeyle, eserin mahiyet ve hususiyeti veya eser sahibinin şeref ve itibarı olacaktır. Eser sahibi eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklere önceden izin vermiş olsa bile, bu tür değiştirmeleri menetme yetkisine sahip olmaya devam edecektir.

Alman Hukukunda da, daha önceden meydana getirilmiş bir eserin, örneğin romanın veya hikayenin filme alınmasında taraflar arasında yapılan sözleşmedeki hükümlere bakılmakta; bu konuda bir düzenleme yoksa amaçla sınırlı devir teorisine başvurulmaktadır. Dolayısıyla FSEK'te yer alan zaruri değişiklik kavramının işlevini, amaçla sınırlı devir teorisi görmektedir¹³¹⁹.

¹³¹⁹ Eser üzerindeki değişiklikler, somut ve tek tek belirtilmiş, sözkonusu değişikliklerin kapsamı ve önemi bu nedenle eser sahibince bilinmiş olması koşuluyla hukuka uygun kabul edilir. Münihli yazar Micheal Ende'nin "Unendliche Geschichte" isimli eserinin konu olduğu bir davada, mahkeme şu sonuca vardı. Film şirketinin, Alm.ESHK md.93'e dayanarak, filmde romanın sonundan farklı bir son kullanması, sözkonusu romanın büyük ölçüde tahrifatı (gröbliche Entstellung) olarak değerlendirilebilirse de, sözleşmedeki koşullardan romanın yazarı Michael Ende'nin filmde romanın sonundan farklı bir son kullanabileceğinin bilincinde olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmedeki

Oyun yazarı ile tiyatro kurumu¹³²⁰ arasında yapılan sözleşmelerde, oyun yazarı eseri üzerinde değişiklik yapılması konusunda izin verdiğinde, değişikliklerin sınırlarını belirlemek sözleşmenin yorumuna ve tamamlanmasına ilişkin bir sorun olacaktır. Sözleşmenin yorumunda ve tamamlanmasında dikkat edilmesi gereken, tarafların esere sadık (werktreue) kalma veya deneysel sahnelemeyi amaçlayıp amaçlamadıklarıdır¹³²¹. Bu konuda, benzeri sözleşmelere ilişkin uygulama (verkehrssitte) ve dürüstlük kuralı da gözönünde tutulmak suretiyle, sözleşmeyle devredilmek istenen yetkinin kapsamı belirlenebilecektir. Öte yandan, yönetmenin şimdiye kadar yapmış olduğu çalışmalarda hangi kapsamda değişikliklerde bulunduğu da, yardımcı bir unsur olabilir¹³²².

4.Öngörülebilirlik Teorisi

Eser sahibinin haklarını konu olan sözleşmelerde yer alan geniş ifadeler sözleşmenin yorumu ve tamamlanmasıyla somut hale getirilebilir. FSEK md.52, mali hakları konu olan sözleşmelerde, sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesini şart koşarak, genel ifadelerin kullanılmasından çok özel ve somuta indirgenmiş hükümlerin yer almasını istemiş gözükmektedir. Eser sahibinin manevi hakları bakımından da, sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesinin şart olduğunu savunmak mümkündür. Eser sahibi nasıl ki eseri üzerinde mali açıdan kendisinin ve başkasının ne ölçüde yararlanacağını FSEK md.52 aracılığıyla bilmekteyse, manevi haklar bakımından da aynı yolun izlenmesi mümkün olur. Eser sahibi, eserinden bir başkası devir veya lisans sözleşmesi aracılığıyla yararlanırken manevi haklarına yapılacak müdahaleleri öngörebilir ve bu doğrultuda açık ve yazılı şekilde öngörebildiği müdahalelere karşı önceden izin verebilir.

hükümlerden film şirketinin, ekonomik nedenlerden ötürü, eseri yazarın düşüncesine aykırı bir şekilde kullanabilmeye yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Eğer, değiştirme yetkisi, genel bir şekilde tanınmış olsaydı, mahkeme sözleşme özgürlüğünü de dikkate alarak tahsis edilen hakkın kapsamını sözleşmenin amacına göre tespit edecekti. OLG München GRUR 1986, s.460,463.

¹³²⁰ Eser üzerinde değişiklik yapacak olan tiyatro kurumu değil, tiyatro kurumunda çalışan yönetmen olacaktır. Bu konuda tiyatro kurumunun sorumluluğu bakımından BK md.100 ve BK md.55 uygulama alanı bulacaktır.

¹³²¹ ERDMANN,Willi, “Werktreue des Bühnenregisseurs aus Urheberrechtlicher Sicht, FS Nirk, München 1992, s.209 vd.

¹³²² SCHRICKER, §§ 31/32, Kn.40. Sözleşmenin amacının belirlenmesinde, taraflar arasındaki alışılmış iş seyri de dikkate alınmalıdır.

Alman Hukukunda “öngörülebilirlik teorisi”¹³²³ adı verilen teori, amaçla sınırlı devir teorisinden hareket edilerek oluşturulmuştur. Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemlerde eser sahibinin iradesine önem verilmeli ve eser sahibi bilinçli bir şekilde manevi haklarına ilişkin müdahaleleri ve sonuçları öngörebilip, müdahalelere gerektiğinde izin verebilmelidir¹³²⁴.

Hakkın özü teorisi gibi, öngörülebilirlik teorisi de eser sahibinin manevi haklarına müdahalelere ilişkin işlemleri mümkün görür¹³²⁵. Öngörülebilirlik teorisinde hukuka uygun işlemlerle hukuka uygun olmayan işlemler arasındaki sınır, amaçla sınırlı devir teorisine göre belirlenir. Buna göre, somut olarak belirlenen, öngörülebilir müdahaleler hukuka uygun sayılırken, genel ve toptan bir vazgeçme hukuka aykırı görülür¹³²⁶.

Öngörülebilirlik teorisi, büyük ölçüde, sözleşme özgürlüğüne (privatautonomie) vurgu yapar¹³²⁷. Anayasa tarafından da güvence altına alınmış sözleşme özgürlüğüne de uygun olarak, eser sahibinin yapabileceği hukuki işlem alanı vesayet altına alınmışçasına kısıtlanmamalıdır¹³²⁸. Öngörülebilirlik teorisi, eser sahibinin, manevi haklarına karşı yapılacak müdahaleleri öngörüp, ayrı ayrı belirterek izin vermesini hukuka uygun görür. Çünkü, eser sahibinin eseri üzerindeki tasarruflarını serbestçe belirleyebilmesi hakkına saygı duyulmalıdır. Eser sahibinin kendisine karşı korunmasının katı bir korumacılık yaklaşımı olduğu vurgulanır¹³²⁹. Bu nedenle,

¹³²³ Alman Hukukunda öngörülebilirlik teorisi özellikle Schricker ve Metzger tarafından tartışmaya açılmıştır.

¹³²⁴ Sözleşme özgürlüğünden hareket edilerek, Alm. ESHK md.31 f.4 ve f.5 hükümlerindeki hukuki düşüncelere de uygun olarak eser sahibinin manevi haklarıyla ilgili olarak yapacağı işlemlerin sınırlarının belirlenmesinde, eser sahibinin iradesinin ve bilinçliliğinin rol oynaması gerektiği savunulur. **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.93.

¹³²⁵ **SCHRICKER**, Einwilligung, s.419; **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.91 vd.; **ERDMANN**, FS. Nirk, s.209,221; **WEDEMEYER**, FS. Piper, s.787,792; **PEIFER**, GRUR Int. 1995, s.41, **HUBMANN**, Urheberrecht, s.224 ve **ULMER**, § 41 I 1, a.217. **SCHRICKER-DIETZ**, vor § 12, Kn.28. Böyle bir yaklaşımı, de lege ferenda, uygun görür.

¹³²⁶ **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.91.

¹³²⁷ **ERDMANN**, FS. Nirk, s.209,222; **SCHRICKER**, Einwilligung, s.417.

¹³²⁸ **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.93; **SCHRICKER**, Einwilligung, s.412.

¹³²⁹ **METZGER**, Das Droit Moral, s.196. Eser sahibinin kendine karşı korunması adına, eser sahibinin kimi hakları bakımından hukuki işlemleri yapamayacağıın ktarafından bir kural haline getirilmesi aşırı ve sert bir korumacı “hart-paternalistisch” anlayış olarak değerlendirilir. Bu anlayış, aynı zamanda kanun koyucunun bir tercihidir; bu bağlamda bir hukuk politikası sorundur. Eser sahibi için neyin doğru neyin yanlış olacağına koyacağı kurallar aracılığıyla Devlet mi karar vermeli yoksa eser sahibine bu konuda geniş bir özgürlük tanınmalı mıdır? Öngörülebilirlik teorisi bu konuda eser sahibinin iradesine bakılması gerektiğini savunurken, eser sahibinin dışı karşı, üçüncü kişilere karşı korunması bakımından da genel hükümlere başvurmayı gözardı etmez.

öngörülebilirlik teorisi, eser sahibine kendi menfaatlerinin hangi noktada tehlikeye gireceğini kendisinin belirlemesi imkanını tanıır¹³³⁰. Eser sahibi bu teoriyle, sadece eser sahibiyle ilgili sözleşmeler hukuku aracılığıyla, adeta vesayet altına alınmışçısına korumaya muhatap olmayacağı gibi, aşırı güçlü sözleşme tarafınca dikte edilecek sözleşme koşullarına karşı da koruma imkanı elde eder. Teorinin sunduğu çözüm “Eser sahibinin kendisine karşı değil, gerektiğinde sözleşme tarafına karşı korunması”dır¹³³¹.

Öngörülebilirlik teorisini tartışmaya açan yazarlar, eser sahibinin manevi haklarının devre konu olabileceğini savunur. Bu konuda, kişilik haklarının devredilmezliği bir engel oluşturmaz. Çünkü, kişiliği oluşturan kimi hukuki değerlerin devredilebilir nitelikte olması gibi manevi haklar da bu niteliğe sahip kabul edilmelidir. Kişilik hakkına ilişkin kimi değerleri konu alan devir sözleşmeleri nasıl hukuka uygun görülüyorsa, manevi haklara ilişkin bu tür işlemler de hukuka uygun sayılmalıdır¹³³².

Öngörülebilirlik teorisinin hakkın özü teorisiyle karşılaştırılmasında öngörülebilirlik teorisinin hukuki işlem güvenliği açısından daha yetkin olduğu savunulmaktadır. Tarafların, sözleşme özgürlüğünden güç alarak hazırlayacakları sözleşmelerde manevi haklara ilişkin açık ve somut hükümlerin getirmesi ve bu hükümlerin geçerli sayılması aynı zamanda hukuk uygulamasının duyduğu bir ihtiyaçtır¹³³³. Teorinin temel dayanaklarının Anayasa Hukuku, Fikri Hukuk ve Medeni Hukuk ilkeleriyle uyum içinde olduğu da ifade edilmelidir¹³³⁴.

Öngörülebilirlik teorisi, başlıbaşına bağımsız bir teori olmayıp, ancak diğer hukuk kurallarının tamamlayıcı bir rol üstlenmesiyle, eser sahibinin menfaatlerini

¹³³⁰ **ERDMANN**, FS Nirk, s.209,222.

¹³³¹ **METZGER**, Das Droit Moral, s.196.

¹³³² **METZGER**, Das Droit Moral, s.196; **SCHRICKER**, Einwilligung, s.412; **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.93.

¹³³³ **ERDMANN**, FS Nirk, s.209,222. Aynı doğrultuda, Avrupa Birliği Komisyonu da, hazırladığı Yeşil Kitap'ta şu tesbitte bulunmuştur. Modern, dijital ortam ve bu bağlamda multimedya teknğinde yaşanan gelişmelerin manevi haklarla ilgili ortaya çıkardığı problemler, tarafların yapacakları işlemlerle aşılabacaktır. Grünbuch der EG-Kommission, s.67.

Manevi hakların devredilmezliği kuralının, pratik ihtiyaçlar karşısından hafifletilmesi gerekliliği üzerinde duran ve bu konunun yasal bir zemine kavuşması yönündeki görüş için bkz. **DIETZ/LOEWENHEIM/NORDEMANN/SCHRICKER/VOGEL**, Entwurf. s.49.

¹³³⁴ **METZGER**, Das Droit Moral, s.197.

korumada yetkin olacaktır¹³³⁵. Eser sahibinin bozulan sözleşme dengesinde sözleşmenin karşı tarafına karşı korunmasında, ahlaka aykırılık yaptırımından yararlanmak akla gelebilir¹³³⁶. Öte yandan kişiliği koruyucu hükümlerden de yararlanmak mümkündür. Bu bağlamda, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır.

5. Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Olmama

Her hukuki işlemin tabi olduğu sınırlamalar olarak sayılabilecek emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmama manevi hakları konu alan hukuki işlemleri de etkiler.

FSEK md.14 ve md.16'da şeref ve itibarını zedeleme kavramı kullanılmış olmasaydı dahi manevi hakları konu olan hukuki işlemlerin eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemeyeceği ilkesi kişilik hakkına ilişkin kurallardan başka bir deyişle genel hükümlerden çıkartılabildi. Bir hukuki işlemin dolayısıyla sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırı olamaz.

Alman Hukukunda, manevi hakları konu olan hukuki işlemlere ilişkin olarak ahlaka aykırılık¹³³⁷ yaptırımına özel bir önem yüklenmiştir. Manevi haklara ilişkin hukuki

¹³³⁵ METZGER, Das Droit Moral, s.198.

¹³³⁶ Alman Hukukunda ahlaka aykırılık, Türk Hukukunda BK md.19 ve BK md.20'da olduğu gibi emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık halleriyle birlikte düzenlenmemiş olup, tek başına "sittenwidrigkeit" başlığı altında AMK md.138'de düzenlenmiştir. Alman Hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. SOERGEL-HEFERMEHL, § 138, Kn.45; MüKo-MAYER-MALY, § 138, Kn.28.

Sözleşme dengesinin bozulmasında, gabin hükümleri akla gelse de, manevi haklar bakımından gabin hükümlerinin uygulanması pek mümkün gözükmez. Gabinin şartlarından biri olan edimler arasındaki açık oransızlık, manevi haklar bakımından bir anlam ifade etmeyebilir. Manevi haklar her ne kadar mali haklarla ilişki içinde olsa da daha çok eser sahibinin manevi menfaatlerini koruyan haklardandır. Sözleşmeye konu olan manevi hakların, ekonomik açıdan bir değerlendirmeye konu olması ve bu değerlendirmede açık bir oransızlığın tesbit edebilmesi sık rastlanacak bir durum olmayacaktır. Kaldı ki, edim-karşı edim dengesi ve değerlendirmesinde manevi haklar temel edim olarak değil de, yan edim olarak değerlendirilirse, bu takdirde de gabin hükümleri uygulama alanı bulamayabilecektir.

¹³³⁷ Ahlak kavramı konusunda çok çeşitli tanımlamalar ve değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu tanımlamalardan birinde, ahlak, herkesçe hakkaniyete uygun ve adil olduğu düşünülen edep ve terbiye duygusu olarak anlatılmaktadır. Ancak, böyle bir tanımlama boş bir ifade (leerformel), sahte bir gerekçelendirme (scheinbegründung) olarak eleştirilere maruz kalmaktadır. Bkz. HABERSTUMPF, Anstandsformel, s.73; TEUBNER, s.23; OHLY, s.211; SCHRICKER, Gesetzverletzung, s.191. Toplumda hakim olan sosyal ve hukuk ahlakı (herrschenden Sozial und Rechtsmoral) kavramı da, ahlaka aykırılığın tespitinde dikkate alınmaktadır. ahlaka aykırılık halinde, ahlaka aykırılık

işlemlerin tabi olduğu genel sınırlamalardan sözedildiğinde emredici hukuk kaideleri ve kamu düzenine aykırı olmama ilkelerinden çok, ahlaka aykırılık yaptırımını ele alınır.

Ahlaka aykırılık yaptırımının manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliğinde gündeme gelmesi, hakkın özü teorisinin büyük ölçüde bu kavrama dayanmasına bağlanabilir. Ahlaka aykırılık yaptırımını hiç kuşkusuz sadece manevi haklar alanında değil mali haklar bakımından da uygulama alanı bulabilir. Mali hakkı konu alan bir sözleşmede, edim dengesi fahiş bedel nedeniyle bozulmuşsa, sözleşme geçersiz olabilecektir¹³³⁸. Türk Hukukunda böyle bir durumda ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizlikten çok gabin nedeniyle geçersiz hükümleri uygulanacaktır.

Ahlaka aykırılık kavramı, eser sahibinin yaratma özgürlüğünü¹³³⁹ kısıtlayan her türlü işlemi de kapsayacak şekilde anlaşılırsa geniş bir uygulama alanı bulur¹³⁴⁰. İleride meydana getirilecek eserler bakımından tasarruf işlemleri FSEK md.48 f.3 uyarınca geçersiz sayılırken¹³⁴¹, taahhüt işlemleri; sözleşmeler FSEK md.50 uyarınca geçerli sayılmaktadır. Henüz meydana getirilmemiş eserler bakımından yapılacak taahhüt işlemlerinin eser sahibinin yaratma özgürlüğüne ve bu nedenle ahlaka aykırı olduğu, kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiği bir an için düşünülse bile, FSEK md.50 f.1 ile bu tür taahhüt işlemlerinin yapılması hukuka uygun görülmüştür. Bu, kanunla düzenlenmiş bir “hukuka uygunluk sebebi” teşkil edecektir. Kaldı ki, FSEK md.50 f.2 ile yapılan bu taahhüt işleminin ihbar süresine uyularak feshedilebileceği de düzenlemiştir.

yaptırımının uygulanacağı da ifade edilmektedir. **PALANDT/HEINRICHS**, § 138, Kn.2. Bu kavramın eleştirisi için bkz. MüKo- **MAYER/MALY**, § 138, Kn.13.

Ahlaka aykırılık kavramının kimi zaman kamu düzeni kimi zaman hukuka aykırılık kavramı yerine de kullanıldığı, bu kavramların birbiriyle karıştırıldığı da belirtilmesi gereken diğer bir noktadır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **SIMITIS**, Konstantin, Gute Sitten und Ordre Public, Marburg, 1960, s.168 vd. ile s.195 vd.; **KRAFT**, Alfons, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963, s.118 vd.

¹³³⁸ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.956.

¹³³⁹ FSEK md.8 f.1’de yer alan “Bir eserin sahibi onu meydana getirendir” hükmü, Anayasanın 27.maddesinde yer alan bilim ve sanat hürriyeti ile birlikte okunduğunda, eser sahibinin meydana getirme-yaratma özgürlüğünden bahsedebiliriz.

¹³⁴⁰ Aksi takdirde ahlaka aykırılık kavramı daha çok hukuka aykırılık kavramının içinde yer alan bir kavram olacaktır.

¹³⁴¹ Bu, ileride imal edilecek mobilyanın mülkiyetinin şimdiden devri kadar olanaksızdır. Yani tasarruf işleminin niteliği sonucudur.

Alman Hukukunda, ileride meydana getirilecek eserleri konu olan sözleşmelerin¹³⁴², eser sahibinin meydana getireceği bütün eserlerini veya çok sayıda eserlerini konu alması durumunda, eser sahibinin yaratım özgürlüğünün kısıtlanmasından hareketle, ahlaka aykırılık yaptırımının uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır¹³⁴³.

Ahlaka aykırılık kavramıyla hakkın özü kavramı arasında bir ilişki olduğunu savunanların yanında, bu iki kavram arasında bir bağıllık olmadığını savunanlar da vardır¹³⁴⁴. Ahlak kavramı bir yandan temel hakların Özel Hukuk ilişkilerine uygulanmasına aracılık ederken¹³⁴⁵, diğer yandan hukuk alanı dışındaki normların, pozitif hukuka girmesini sağlamıştır¹³⁴⁶. Bu iki gelişmeyle ahlaka aykırılık kavramının pozitif hukukta önemi daha da artmıştır. Bu gelişmelere rağmen, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemler bakımından, ahlak kavramı henüz değerlendirme ve müdahale ölçütü olamamıştır¹³⁴⁷. Hukuk dışı alanlardaki normların ahlaka aykırılık yaptırımını düzenleyen hükümlerle pozitifleşmesi süreci, henüz manevi haklara ilişkin hukuki işlemleri kapsamadığı ileri sürülse de¹³⁴⁸, bu düşünceyi kanaatimizce, şu çekinceyle birlikte kısmen kabul etmek mümkün olur: Gerek Alman Hukukunda gerekse İsviçre-Türk Hukuklarında ahlaka aykırı konulu veya amaçlı işlemlerin geçersiz olacağına dair genel hüküm, tüm Özel Hukuk işlemleri gibi fikri haklara ilişkin işlemler bakımından da uygulanacak bir “pozitif

¹³⁴² Tarafların belli ihbar sürelerine uyararak daha eser meydana getirilmeden önce sözleşmeye son verebilme imkanına sahip olmasından hareketle, bu tür sözleşmelere “opsiyon sözleşmeleri” de denilmektedir.

¹³⁴³ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.973.

Alm. ESHK md.40'a göre, ileride meydana getirilecek eserler üzerinde yararlanma hakkı tanıyan sözleşmeler, yazılı şekil şartına bağlanmıştır.

¹³⁴⁴ Alman Medeni Kanunu BGB'ye ilişkin şerhlerde, ahlaka aykırılık kavramına ilişkin açıklamalar yapılırken, eser sahibinin manevi haklarının özü kavramına değinilmemektedir. Dolayısıyla, manevi hakkın özü kavramıyla ahlaka aykırılık arasında doğrudan bir ilişki kurulmasının yanlışlığına dikkat çekilmektedir. **SOERGEL/HEFERMEHL**, § 138 Kn. 159. 138.madde ile ilgili yapılan açıklamalarda, sanatçıların ve eser sahiplerinin kısıtlanması başlığı altında incelenen olay grupları arasında, manevi haklarda tasarruf ile ilgili herhangi bir örneğe rastlanmamaktadır.

¹³⁴⁵ Alman Hukukunda temel hakların, Medeni Hukuk alanında kullanımı ve öneminin artması AMK md.138'in aracılığıyla meydana gelmiştir. Bu bağlamda, temel hakların üçüncü kişiye etkisi doktrini, ahlak kavramının yorumunu değiştirmiştir. **MüKo-MAYER/MALY**, § 138, Kn.16; **STAUDINGER/SACK**, § 138, Kn.40; **PALANDT/HEINRICH**, § 138, Kn.4.

¹³⁴⁶ **METZGER**, Das Droit Moral, s.169. Gerek mahkeme kararlarına, gerekse doktrinindeki görüşlere bakıldığında, gündelik ahlak kavramı ve toplum görüşü bakımından “cinsel ahlak” (Bkz.**LARENZ/WOLF**, § 41, Kn.17, s.747; **SOERGEL-HEFERMEHL**, § 138, Kn.9), “hakkaniyete aykırı yararlanma” (**MüKo-MAYER-MALY**, § 138, Kn.32) ve ticaret hayatının çeşitli alanlarında geçerli adetlere (**TEUBNER**, s.92 vd.) gönderme yapılmaktadır.

¹³⁴⁷ Toplumsal ahlak anlayışının bir hukuki işlemin geçerliliğinde ölçüt olarak kullanılması; bir ahlak normunun hukuki norm haline getirilmesi için “Rezeption” kavramı kullanılmaktadır. Bu bakımdan ahlaka aykırılığı düzenleyen AMK md.138 hükmü ahlak normlarını hukuk normları haline getirme sürecinde bir işleve (rezeptionsfunktion) sahiptir.Bkz. **METZGER**, Das Droit Moral, s.168.

¹³⁴⁸ **METZGER**, Das Droit Moral, s.172.

hukuk kuralı”dır. Yani onları da kapsamaktadır. Burada, “pozitifleşmeme sürecinin Fikri Hukuk işlemlerini kapsamaması” değil, olsa olsa, uygulamada ve bir ölçüde öğretilerde henüz etkinleştirilmemiş bir hüküm olduğu söylenebilir.

Öte yandan duruma kültür ve sanat açısından bakıldığında, farklı estetik kavramların ve görüşlerin varlığı sabit bir kültürel kavrayış olmadığını gösterir. Uyulması gerekli ve korunan bir kültür kavrayışı yok demektir. Sanatsal görüşlerdeki, çoğulculuk (pluralizm) bunun göstergesidir. O halde, hukuk alanı dışındaki değerlerden sanatsal ve kültürel değer yargıları da, manevi hakların özüne ilişkin hukuki işlemlerin ahlaka aykırılığı konusunda bir dayanak noktası olamaz¹³⁴⁹. Bu açıdan değerlendirildiğinde, eser sahibi, eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklere izin verebilmelidir. Eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulması, toplumun ahlak anlayışına aykırı bir durum olmayacağı gibi sanatsal değer yargıları bakımından da normal görülebilir. En azından eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulmaması yönünde ne toplumsal bir değer yargısı ne de herkesçe kabul görmüş sanatsal bir değer yargısı vardır.

Hukuk dışı alanlardaki normlar ve temel haklardan beslenen ahlaka aykırılık kavramı, toplumdaki değişim, farklılık ve çoğulculuk gözönünde bulundurulduğunda, zamana göre değişen bir kavram olarak nitelendirilir¹³⁵⁰. Eser sahibinin, manevi haklarına ilişkin yapacağı bir tasarrufu şeref ve haysiyeti üzerinde tasarrufta bulunmasıyla eş değer gören görüş, bu tür işlemlerin toplumdaki ahlak anlayışına aykırı olacağını savunuyordu¹³⁵¹. Ancak, günümüzdeki toplumsal değişim ve ahlak anlayışı, bu bakış açısına destek olmaktan uzaktır. Kişilik haklarına ilişkin kimi değerleri konu olan hukuki işlemler bu konuda örnek teşkil eder. Kişinin, kendi ismini, uygun bir bedel karşılığında bir ürün reklamında kullandırması herhangi bir

¹³⁴⁹ METZGER, Das Droit Moral, s.174.

¹³⁵⁰ Ahlak anlayışının zaman içindeki değişimi veya potansiyel değişim gücü nedeniyle, ahlak kavramı “hareketli sistem” (bewegliches System) özelliğiyle de anılır. MüKo-MAYER/MALY/ARMBRUSTER, § 138 BGB, Kn.27 vd. Bu bakış açısı, bir hukuki işlemin hukuka aykırılığının değerlendirilmesinde ölçüt olarak alınacak “ahlak” kavramının tesbitindeki güçlüğü gösterir. Ahlaka aykırılık, hukuki işlemin içeriğine ilişkin (inhaltssittenwidrigkeit) olabileceği gibi, işlemin içeriği, motifi ve amacı gibi tüm unsurların değerlendirilmesi neticesinde varılacak bir ahlaka aykırılık (umstandssittenwidrigkeit) şeklinde de ortaya çıkabilir. PALANDT/HEINRICH, § 138, Kn.7,8. Alman Hukukundaki bu nitelendirmeye paralel olarak Türk Hukukunda, “konusu ahlaka aykırı akitler” ve “amacı ahlaka aykırı akitler” kavramları arasındaki farklılığa dikkat çekilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.76 vd.

¹³⁵¹ BAUM, GRUR Int. 1965, s.418, 420.

ahlaka aykırılık doğurmayacaktır¹³⁵². Ahlaka aykırılık kavramının eser sahibinin manevi hakları bakımından mutlak bir rol oynamadığı konusunda, eser sahibinin cayma hakkı da bir delil oluşturabilir.

FSEK md.58 uyarınca “eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kimse, hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir”. Eser sahibinin cayma hakkını kullanması, bir yükümlülük olarak değil sadece bir imkan olarak düzenlenmiştir. O halde, eserden yararlanma hakkına sahip kişi tarafından göreceli olarak ahlaka aykırı bir kullanım durumunda bile, eser sahibi bu durumu kabullenip, cayma hakkını kullanmayabilecektir. Dolayısıyla, hakkın kullanımının ahlaka aykırı olması değil eser sahibinin iradesi önem taşıyacaktır. Aynı şekilde, eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkını kullanmasında da, eser sahibinden hak iktisap etmiş olan kimsenin ahlaka aykırı kullanımda bulunup bulunmaması önem taşımayacak; eser sahibi isterse sözleşmeden cayabilecektir. Gerek eserin hiç ve gereği gibi yararlanılmamasından doğan cayma hakkında, gerekse değişen kanaat nedeniyle cayma hakkında eser sahibi ortada ahlaka aykırı bir kullanım olsa bile, cayma hakkını kullanmayabilecektir. Ancak, ahlaka aykırı kullanım her iki cayma hakkının doğumuna neden olabilecektir. Ahlaka aykırı kullanım eser sahibinin tahsis ettiği hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmamak sonucunu doğuracağı gibi, FSEK md.14 f.3’de belirtildiği üzere eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyerek değişen kanaat nedeniyle cayma hakkını kullanma imkanını da doğurur.

Eser sahibinin manevi hakları üzerinde “devir” veya “vazgeçme” işlemleri aracılığıyla tasarrufta bulunmasının ahlaka aykırı olacağı görüşünün yanında, Alman Hukukunda “devir” ve “vazgeçme” işlemlerinin eser sahibinin Anayasaca teminat alınmış irade özgürlüğünün bir sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu tür işlemlerin ahlaka aykırılık gerekçesiyle geçersiz kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁵³. Dolayısıyla “devir” ve “vazgeçme” işlemlerinde geçersizlikten bahsedilecekse, bunun nedeni olarak ahlaka aykırılık başka nedenler aranmalıdır.

¹³⁵² **RIEKERT**, in Götting: Multimedia, s.123; **RUNGE**, UFITA 54 (1969), s.1,9 vd. ve OLG Hamm UFITA 50 (1967), 1024, 1031 –Irene von Velden.

¹³⁵³ **MATANOVIĆ**, s.326.

“Devir” ve “vazgeçme” kavramları eser sahibinin hakları bakımından klasik anlamıyla kullanılmamaktadır.

Alman Hukukunda eser sahibinin manevi haklarının devredilmezliği, hakkın özü kavramına dayandırılrsa bile, devredilemezlik veya vazgeçilemezlik kurallarının nedenini ahlaka aykırılıkta bulmak yanlış olur. Manevi hakların özünü konu olan hukuki işlemler geçersizliğinin nedenini, ahlaka aykırılıkta değil Alm.ESHK md.29, Alm.ESHK md.41 f.4 ve md.42.f.2 gibi hükümlerin varlığına dayandırmak daha doğru olur¹³⁵⁴.

Manevi haklara ilişkin “devir” ve “vazgeçme” işlemlerinin, ahlaka aykırılığı konusunda, eserin eser sahibinin kişiliğini yansıttığı, onun izini taşıdığı dolayısıyla devre ve vazgeçmeye konu olamayacağı noktasından hareket edilebilir. Ancak, eserin eser sahibinin kişiliğinin bir parçası olarak görmek itirazlarla karşılaşacak bir savdır. Eser sahibinin kişiliğini yansıtmaması bakımından, ne “küçük katkı”lı

¹³⁵⁴ **MATANOVIÇ**, s.325. Bu görüşe rağmen, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerde ahlaka aykırılık yaptırımının da kullanıldığı olmaktadır. Bir mahkeme kararına konu olan olayda, film yönetmeni film prodüksiyonu sırasında ortaya çıkacak ihtilaflara ilişkin olarak müdahalenin menî talebinde bulunmaktan vazgeçtiğini belirten bir sözleşmeye imza atmıştı. Mahkeme, müdahalenin önlenmesi talebinde bulunmaktan vazgeçmenin ahlaka aykırı olduğunu ve bu nedenle böyle bir sözleşme hükmünün geçersiz olduğu sonucuna vardı. Mahkeme, eser sahibinin eserin kamuya arz edilip edilmemesi ve edilecekse şeklini ve tarzını belirleme konusunda karar verme hakkı olduğunu ve bundan vazgeçmenin mümkün olmadığını belirterek, hakkın özü teorisine uygun bir karar vermiş oldu. Karar için bkz. LG München I ZUM 2000, s.414,415.

Alman Hukukunda manevi hakların devredilemezliği, böyle bir devrin ahlaka aykırı olacağı düşüncesine değil, Alm.ESHK md.29’a dayandırılmaktadır. Eser sahibinin haklarının devrinden bahsedilecekse, bu devir eser sahibinin hakkını sona erdiren bir devir (translative Übertragung) değil, eser sahibinin de ilgili hakkının devam ettiği bir devir olarak anlaşılmalıdır. Alm. ESHK md.29 f.2’de düzenlendiği üzere, Alm.ESHK md.39’da düzenlenen manevi hakları konu olan hukuki işlemler, mali hakları konu olan anlaşmalar (Vereinbarungen), borçlandırıcı nitelikte izinler (schuldrechtliche Einwilligungen) ve yararlanma hakları tahsis etme (einräumung von Nutzungsrechten) hukuka uygun görülür. Alm.ESHK md.39, eser üzerinde değişiklik yapılmasını konu olan bir hükümdür. Alm.ESHK md.39’da izin (einwilligung) ve anlaşma (vereinbarung) kavramları geçmektedir. Bu noktada, manevi hakların izin ve anlaşma dışında kalan bir hukuki işleme konu edilmesi durumunda sözkonusu hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin olarak Kanunun sessiz kaldığı belirtilmektedir.**METZGER**, Das Droit Moral, s.177.

Eser sahibinin haklar devredilemez olduğuna göre, eser sahibinin manevi haklarının devrini amaçlayan bir hukuki işlem Alm.ESHK md.29 karşısında geçersiz kabul edilebilir. Geçersizlik, böylece bir kanun hükmüne dayandırılabilir. Eser sahibinin manevi haklarını devre konu etmeyen, ancak uzun süre kısıtlayan hukuki işlemler bakımından ise ahlaka aykırılık yaptırımından söz edilebilir.

Alm. ESHK md.41 f.4, hiç kullanılmadan doğan cayma hakkından önceden vazgeçilemeyeceği gibi, hakkın kullanımının da önceden yapılacak bir anlaşmayla beş yıldan fazla bir süre için engellenmeyeceğini öngörmüştür. Alm.ESHK 41 f.2 hükmü de, değişen kanaat nedeniyle cayma hakkından önceden vazgeçilemeyeceğini hükme bağlamış ve ayrıca hakkın kullanımından da vazgeçilemeyeceğini öngörmüştür.

eserler¹³⁵⁵ olarak değerlendirilen bilgisayar programları, veri bankaları, ne de klasik anlamdaki eserler, eser sahibinin kendi kişiliğinden izler taşımaktadır. Eser sahibi, eserin yaratım sürecinde kişiliğini geliştirmekle ve ortaya koymakla beraber eseri meydana getirmesiyle birlikte, eser eser sahibinin kişiliğinden çözülmüş sayılır. Eserin tamamlanmasıyla birlikte, eser sahibi eserine yabancılaşır¹³⁵⁶. Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlem yapması, kişilik hakkına ve değerlerine ilişkin işlem yapması demek değildir. Çünkü, eser sahibinin mali hakları gibi manevi hakları da, “eser”le bağlantılı haklardır. Bu doğrultuda, eser sahibinin manevi hakları denilince, onun kişiliğinin merkezindeki haklar anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, eserin eser sahibinin kişiliğini yansıtan bir değer olmasından hareket edilerek, eserin kişiliği oluşturan bir değer olarak anlaşılması doğru olmaz. Eser üzerindeki manevi hakların, kişilik haklarından farklı olması böyle bir yorumu gerektirmektedir. Bu nedenle, manevi hakların “devir” veya “vazgeçme” işlemine konu olmasında kişilik hakkının devredilmezliği veya vazgeçilmezliğinden hareket edilerek ahlaka aykırılık yaptırımını uygulamak doğru olmayacaktır.

Kişilik haklarının devredilmezliği ilkesinden hareket ederek, manevi hakların konu olduğu devir işlemlerinin ahlaka aykırılık yaptırımıyla etkisiz bırakılması önerisine karşı itiraz dayanağını devredilebilir nitelikte olan kimi kişilik değerlerinde bulur. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların ve değerlerin varlığı inkar edilemezse de, karşı örnek bulmak da mümkündür. Kişinin isminin ticaret ünvanı olarak kullanılması durumunda, işletmenin devriyle birlikte ticaret ünvanı da devredilmiş olacaktır¹³⁵⁷. Patent veya faydalı model gibi gayrimaddi malların hukuki işleme konu olmasında gayrimaddi malı devreden kişi, bu gayrimaddi mallara kendi ismini vermişse, isimle birlikte devir gerçekleşmiş olur¹³⁵⁸. Manevi haklar, devredilebilir nitelikte bu kişilik

¹³⁵⁵ Küçük katkılı eserler, (Werke der kleinen Münze) yaratıcılık düzeyi düşük olan eserler olarak değerlendirilmekte ve bu bakımdan bireysellik (individualität) özelliği son derece düşük olmaktadır.

¹³⁵⁶ METZGER, Das Droit Moral, s.177, 178.

¹³⁵⁷ Bkz. TTK md.43 vd ile md.51. Bu konuda Alman Hukukundaki benzer düzenleme için bkz. Alman Ticaret Kanunu md.17 ve md.22.

¹³⁵⁸ PatKHK md.15'e göre “Buluşu yapanın adı patentte belirtilir. Buluşu yapanın başvuru sahibi ve patent sahibinden buluşu yapan olarak tanınmasını veya patent sahibinden buluşu yapan olarak tanınmasını ve patentte belirtilmesini isteme hakkı vardır”. PatKHK md.20 f. 1'e göre, “İşveren hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması halinde bununla ilgili bildirim işçiye ulaşması ile buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçmiş olur.” Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi sonucunda, hizmet buluşlarında buluşu gerçekleştiren kişinin buluşu yapan kişi olarak tanınması ve patentte isminin belirtilmesi hakkının olmadığı, bu hakkın işverene geçmiş olduğu sonucuna varılabilir.

haklarıyla ortak özelliklere sahiptir. Manevi haklar, somut olayın özelliklerine göre malvarlıksal bir değer olarak ortaya çıkar. Eserle ilişkili olma (werkbezogenheit) özelliği nedeniyle eser sahibinin kişiliğinden önemli ölçüde bağımsız bir varlığa sahiptirler. Nesneyle ilişkili olmaları (objektbezogen), kişinin varlığından (personenseins) çözümlerini sağlar. Kişilik haklarının devredilemezliği ilkesi, kişilik haklarının didaktik açıdan sistematize edilmesinde yardımcı bir araç olup, manevi hakların özel mahiyeti gereği manevi haklar alanındaki hukuki işlemlerin geçerliliği meselesinde sözkonusu olmaz. Bu nedenle, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin, kişiye sıkı sıkıya bağlılıklarından ötürü ahlaka aykırı kabul edilen hukuki işlemler kategorisine¹³⁵⁹ sokulmaması gerekir¹³⁶⁰.

Sonuç olarak, ahlaka aykırılık yaptırımının gerek doktrindeki görüşler gerekse mahkeme kararları bakımından incelendiğinde, eser sahibinin haklarına ilişkin özel bir içerik taşımadığı, bu nedenle eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hukuki işlemlerin değerlendirilmesinde, somut olayın özelliklerine göre bir çözüme ulaşılabileceği söylenmelidir¹³⁶¹. Ahlaka aykırılık, hukuki işlemin bütün özelliklerinin değerlendirilmesi neticesinde gündeme gelecektir. Ölçsüz sözleşme koşulları veya eser sahibinden aşırı yararlanma bu konuda kullanılacak kriterler olabilir¹³⁶².

FSEK’te manevi hakların devredilemezliği veya vazgeçilemezliği üzerine açık bir hüküm olmadığından, manevi hakları konu olan devir ve vazgeçme işlemlerinin geçersizliği konusunda genel hükümlere gidilebilmektedir. Manevi hakların kişilik hakkına benzerliğinden hareketle, devir ve vazgeçme işlemleri kişilik hakkına aykırı bulunmakta ve bir hukuki işlemin şahsiyet haklarına aykırı olmaması kuralı uygulanmaktadır¹³⁶³. Kişilik haklarıyla manevi haklar arasındaki ilişki, FSEK md.14 ve md.16’da yer alan “eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmemesi” kuralıyla

İsmin bir marka olarak tescil edilmesi durumunda, kişiliği oluşturan değerlerden biri olan ismin varlığı markanın devredilmesine engel oluşturmayacaktır.

Patent ve endüstriyel tasarımlar (geschmackmuster) bakımından Alman Hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. **METZGER**, Das Droit Moral, s.106 vd. ile s.178.

¹³⁵⁹ Bu tür işlemler grubuyla ilgili olaylar için Bkz. **STAUDINGER/SACK**, § 138, Kn.463 vd.

¹³⁶⁰ **METZGER**, Das Droit Moral, s.178.

¹³⁶¹ Manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğine, çok nadir rastlanmaktadır. Gölge yazarlık anlaşmaları bakımından bkz. **STOLZ**, s.68 vd.; Eser üzerinde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı bakımından Bkz. **BULLINGER**, Winfried: Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht, Berlin 1997, s.87.

¹³⁶² **BULLINGER**, s.87.

¹³⁶³ “Şahsiyet haklarına aykırı olmama” kuralı, “emredici hukuk kaidelerine aykırı olmama” ve “kamu düzenine aykırı olmama” kurallarıyla birlikte “hukuka aykırı olmama” başlığı altında incelenir.

kurulmuştur. Bu bakımdan manevi hakları konu olan devir ve vazgeçme işlemleri emredici hukuk kaidelerine aykırı olmama ölçütüyle de değerlendirilebilir. FSEK md.14 ve md.16'da yer alan ifadelerden hareket ederek ve doktrinde yer alan “eser sahibinin devredilmezliği” ilkesini de gözönünde tutarak, “devir” ve “vazgeçme” işlemlerinde emredici hukuk kaidelerine aykırı olmama ölçütü de uygulama alanı bulabilir. Ahlaka aykırılık yaptırımı, FSEK'te yer almayan yazılı olmayan bir ilke olan “eser sahipliğinin devredilmezliği ve dolayısıyla vazgeçilmezliği” ifadesinden hareketle “devir” ve “vazgeçme” işlemlerinde uygulama alanı bulabilecektir. Gerçekten de, ahlaka aykırılık, bir taahhüdün süresinden veya yüklediği yükün aşırılığından kaynaklanabileceği gibi taahhüdün niteliğinden de ileri gelebilir¹³⁶⁴.

6. Genel İşlem Şartları

Genel İşlem Şartlarına ilişkin özel yasal düzenlemeler, kural olarak, eser sahibinin hakları bakımından da uygulama alanı bulur¹³⁶⁵. Özellikle film ve müzik

¹³⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.77.

¹³⁶⁵ DONLE, s.216; Praxiskommentar-WANDTKE/GRUNERT, Vor §§ 31 vd., Kn.88; METZGER, Das Droit Moral, s.216, SCHRICKER, vor §§ 28 vd. Kn.10; FROMM/NORDEMANN-HERTIN, vor § 31 Kn.30; ULMER, Gutachten zum Urhebervertragsrecht, s.13; BGH GRUR 1984, 45-Honorarbedingungen: Sendevertrag.

Türk Hukukunda mevcut Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 20 ila 25. maddeleri arasında “genel işlem koşulları” düzenlenmiştir. Bkz.Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005, s.33,34.

Türk Hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeye, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6.maddesinde yer verilmiştir. “Haksız şartlar” başlığını taşıyan bu hükümde her ne kadar genel işlem şartlarından bahsedilmiyorsa da, genel işlem şartıyla ilgili Avrupa Birliği Yönergesinden ve maddenin içeriğinden çıkan genel sonuçtan, genel işlem şartlarının varlığı çıkartılabilmektedir. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3 Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.159. Kaldı ki, 6.maddede “standart şart” ve “standart sözleşme” kavramları da kullanılmaktadır.

TKHK md.6, bir tarafının tüketici olduğu sözleşmeler için uygulanacaktır. Kanunun 1.maddesinde de belirtildiği üzere, Kanunun amacı tüketiciyi korumaktır. Bu bakımdan, Kanunun 3.maddesinde tanımlanan tüketici kapsamına girmeyen tacirlerin, işçilerin veya eser sahiplerinin bu Kanundaki elverişli hükümlerden faydalanması mümkün görülmemektedir. Bu noktada, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı yürürlüğe girinceye kadar, TKHK md.6 ve “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında 93/13 sayılı AB Konseyi Yönergesi”nin hukukumuzdaki yansımaları olan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”, hükümlerinin genel işlem şartları uygulamasında herkes bakımından kıyasen uygulanabileceği bir an için savunulsa bile, bu düşünce TKHK'nın 1.maddesiyle, amacıyla çelişki arz eder. Bu durumda, eser sahiplerinin genel işlem şartları karşısında korunması, dürüstlük kuralı aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Eser sahibinin genel işlem şartları karşısında dürüstlük kuralı ve genel hükümler aracılığıyla korunması, YBKT md.25'in tanıdığı korumaya benzer bir koruma sağlar. YBKT md.25'e göre, “Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersizdir”. Elbette MK md.2, dürüstlük kuralının uygulanmasıyla, yorumuyla YBKT md.25'in içeriğine ulaşmak mümkün gözükse de, doğru olan, bu tasarının bir an önce yürürlüğe girerek eser sahibinin daha açık bir kural eşliğinde korunmasıdır.

endüstrisinde çok sayıda önceden düzenlenmiş tip sözleşmelerde, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır¹³⁶⁶.

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin genel işlem şartları bakımından dikkat edilmesi gereken noktalardan biri, beklenmeyen (şaşırtıcı, olağan dışı) hükümlerdir¹³⁶⁷. Sözleşme müzakereleri ve yasayla çelişen hükümler beklenmeyen, alışılmadık şaşırtıcı hükümler olarak nitelendirilir¹³⁶⁸. Sözleşme müzakereleri esnasında eser üzerinde yapılacak değişikliklerin sınırı belirlenmiş olmasına rağmen, daha geniş kapsamlı değişiklik yetkisi tanıyan sözleşme hükmü beklenmeyen bir hüküm olarak değerlendirilecektir.

Genel işlem şartlarının içerik denetiminde yararlanabilecek hukuki olanaklar, emredici hukuk kurallarına aykırılık, ahlaka aykırılık, gabin, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık, sözleşmeye dayanan edimi tek taraflı belirleme yetkisinin sınırlandırılması, kamu düzenine aykırılık şeklinde sıralanabilir¹³⁶⁹. Genel işlem şartlarının içerik denetiminde, iki çeşit hüküm türü denetim dışı kalmaktadır. Bunlardan birincisi, ilgili düzenlemeyi tekrarlayan, aynen GİŞ içine aktaran kayıtlar olup, ikincisi de edim veya karşı edimi belirleyen; edim-karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtlardır¹³⁷⁰.

¹³⁶⁶ **METZGER**, Das Droit Moral, s.216; **MATANOVIÇ**, s.320.

¹³⁶⁷ Sözleşme hükmünün beklenmez, şaşırtıcı olması demek, hükmün somut olayda müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmez olması demektir. Bu objektif unsurun yanı sıra, genel olarak bir sözleşme tipinde karşılaşılmayacak hükümler kadar, özel olarak akdedilen sözleşmede hesaba katılmayacak hükümlerin de beklenmez olduğu (sübjektif unsur) kabul edilir. Bkz. **ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001, s.111 vd.

AMK md.305 c f.1’de beklenmeyen, şaşırtıcı hükümlerin sözleşme içeriğine dahil olmayacağı düzenlenmiştir.

¹³⁶⁸ **WANDTKE/GRUNERT**, Vor §§ 31 vd., Kn.91.

¹³⁶⁹ **ATAMER**, s.146 vd.

Sözleşmelerdeki genel geçersizlik sebepleri, hiç kuşkusuz, genel işlem şartlarında yer alan kayıtlar için de uygulanır. Burada esas sorun, genel işlem şartlarında yer alan bir kaydın, doğrudan doğruya hukuki işlemler hakkındaki yasaklayıcı ve emredici kuralları çiğnemediği hallerde, fakat yine de temelde yatan sakıncalar ve bu şartları bünyesinde bulunduran formüller sözleşmelerin klasik bireysel sözleşmelerden ayrı bir şekilde ele alınması gerekliliği nedeniyle, geçersiz sayılmaları için gösterilen nedenler ve öne sürülen çeşitli çözümlerde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, genel işlem şartlarının kuruluşunda ve yorumundaki denetlemeye ilişkin olarak, İsviçre ve Alman doktrin ve içtihatlarınca “açık olmama kuralı” diye adlandırılan esas gereğince, genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa, bunu hazırlayan müteşebbis aleyhine yorumlanır. Öte yandan genel işlem şartlarının sınırları hakkında önceleri ahlaka aykırılık kuralını uygulayan Alman Mahkemeleri, bu uygulamadan vazgeçerek, daha geniş ve esnek olan dürüstlük ve güven kuralını uygulamaya başladılar. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.161,162.

¹³⁷⁰ **ATAMER**, s.217.

Genel İşlem Şartlarına ilişkin içerik denetimi, şartları ve kapsamlarının tarafların beraberce uyuşmaları ile değil, taraflardan birinin daha önceden hazırladığı anlaşmanın denetimi anlamına geldiğine göre, tarafların üzerinde müzakere ettikleri ve bir sonuca vardıkları noktaların içerik denetimine tabii olmaması gerekir. Öyle ki, “asli edim”i düzenleyen, yani tarafların değiş tokuş konusu yapmak istedikleri şeyi saptayan ve bu şekilde kurulmak istenen sözleşmeye damgasını vuran hükümler denetim konusu olamazlar¹³⁷¹.

FSEK md.52’ye uygun olarak mali hakka ilişkin olarak yapılan bir devir veya lisans sözleşmesinde, manevi haklara ilişkin edimler yan edim olarak değerlendirilebilecektir.

Temel edimin kapsamını ve çeşidini belirten hükümler GİŞ kapsamında içerik denetimine tabi olmayacaktır. Temel edimin ayrıntılı bir şekilde tayin edilmiş olması, tarafların bu konuda müzakarede bulunmuş oldukları anlamına geldiğinden bu tür hükümler içerik denetimi dışında kalacaklardır¹³⁷².

GİŞ denetimi kapsamında eser sahibinin karşısında yer alan sözleşme tarafının dürüstlük kuralı açısından ölçüsüz sayılabilecek menfaatler elde etmesine imkan tanıyan hükümler geçersiz sayılacaktır¹³⁷³. Öyleyse mali hakka ilişkin bir devir veya lisans sözleşmesinde, devralan veya lisans alan kişinin manevi haklara yönelik olarak, dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçüsüz sayılabilecek menfaatler elde etmesini düzenleyen sözleşme hükümleri, içerik denetiminin bir sonucu olarak geçersiz sayılabilecektir.

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hükümler, mali haklara ilişkin sözleşmelerde temel edim olarak görülmeyebilir. Çoğaltma, yayma, temsil hakkı gibi mali haklara

¹³⁷¹ Aynı şekilde daha karmaşık edimlerin ifasında, örneğin bir mimarlık sözleşmesinde ne tür bir edimin taahhüt edildiği de denetim konusu olmayacaktır. Ancak bu edimin nasıl, ne zaman, nerede ifa edileceği gibi hususların, edimin tek taraflı olatac miktarını, niteliklerini veya konusunu değiştirme yetkileri denetime tabi olacaktır. Asli ve yan edimlerin karşılığını oluşturan para değeri de denetim dışı tutulacaktır. Bir malın fiyatı kadar, onun nakliyesi, sigortalanması, paketlenmesi, teslim edilmesi, gerekli yerde kurulması için ödenecekler ve KDV’si de denetim dışı kalacaktır. **ATAMER**, s.221.

¹³⁷² Alm.ESHK md.305 f.1 c.3’e göre, “Sözleşme şartlarının sözleşme tarafları arasında tek tek müzakere edilmiş olduğu hallerde genel işlem şartlarının varlığından bahsedilemez”.

¹³⁷³ AMK md.307 f.1’e göre, “Genel işlem şartları içinde yer alan ve kullanılan karşısındaki sözleşme tarafına dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz şekilde zarar veren kayıtlar geçersizdir”.

ilişkin sözleşmelerde, lisans alan kişinin eser üzerinde değişiklik yapmasına ilişkin hükümler, adın belirtilmesi yetkisine ilişkin hükümler vb. gibi manevi hakları konu olan hükümler, mali haklardan yararlanılmasına hizmet edecek hükümler olarak rol oynayacaklardır¹³⁷⁴.

Genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır¹³⁷⁵. Manevi haklara ilişkin bir genel işlem şartının içeriği tam olarak belli değilse, açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmemişse, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır .

Sözleşme tarafının hangi hallerde, dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz mağdur edildiğinin tesbiti, somut olayın özelliklerine göre değişmekle beraber, kolay bir süreç değildir¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ METZGER, Das Droit Moral, s.217.

¹³⁷⁵ YBKT md.23’de düzenlenen bu hususa, mevcut düzenlemeler bakımından MK md.2 aracılığıyla ulaşılabilir. Sözleşmelerin yorumlanmasında, lafzi yorum ve akdin yapıldığı şartların incelenmesi ile bir sonuca varılması mümkün bulunmayan hallerde doktrin ve mahkeme içtihatlarınca geliştirilmiş bazı yardımcı yorum kuralları uygulanır. Bu yardımcı kurallardan biri de, ihtilaf konusu sözleşme hükmünün yorumunda tereddüt halinde hükmü düzenleyen tarafın aleyhine yorumlanır. OĞUZMAN/ÖZ, s.152.

Alman Hukukunda, beklenmeyen (şaşırtıcı) ve çok anlamlı genel işlem şartları AMK md.305c uyarınca sözleşme kapsamına alınmaz. Öte yandan, AMK md. 307 f.1 c.2’ye göre, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem şartları ise sözleşmenin kapsamında sayılmakla beraber, geçersiz sayılır. AMK md.306 f.1’e göre, “Genel işlem şartları tamamen veya kısmen sözleşme içeriği haline gelmemişse veya geçersiz sayılmışsa, sözleşmenin geri kalan kısmı geçerliliğini korur.”

¹³⁷⁶ AMK md.307 f.2’ye göre, “Bir hükmün sapılan yasal düzenlemenin temelini oluşturan asli düşüncelerle bağdaştırılamaması halinde veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak veya yükümlülükleri, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak derecede kısıtlaması durumunda, kuşku halinde, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilir”. Yasal düzenlemelerle, maddi anlamdaki tüm yasaların yanında, kıyas yoluyla veya hukuk yaratmayla meydana çıkarılan temel ilkeleri de kapsayan içtihatlar anlaşılır. PALANDT/HEINRICH, § 307 BGB, Kn.26.

Alman Hukukunda, amaçla sınırlı devir teorisi, eser sahibinin haklarına ilişkin hukuki işlemlere hakim olan temel bir ilke olarak görülür. Doktrinde Alm.ESHK md.35 f.1 doğrultusunda amaçla sınırlı devir teorisinin AMK md.307 f.2 b.1’de zikredilen yasal düzenlemenin temelini oluşturan asli düşüncelerden –wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung- biri olarak uygulama alanı bulabileceği savunulmaktadır. SCHRICKER/SCHRICKER, Vor §§ 28 vd. Kn.14; WANDTKE/GRUNERT, Vor §§ 31 vd. Kn. 98. Alman Federal Mahkemesi ise, standart sözleşmelerin, lisans hakkına ilişkin kısımlarında içerik kontrolü yapılması konusunda karşı görüş bildirmiştir. Bkz. BGH GRUR 1984, s.45 vd.-Honorarbedingungen: Sendevertrag; GRUR 1984, s.509 vd. –Honorarbedingungen Urheber/Fernsehen; GRUR 1984, s.119 vd. Ancak, burada karşı çıkılan nokta eser sahibinin mali haklarına yönelik hükümlerin içerik denetimidir. Dolayısıyla, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin olarak amaçla sınırlı devir teorisinin uygulama alanı bulacağı kabul edilirse, standart sözleşmelerde yer alan manevi haklara ilişkin hükümler içerik denetimine tabi tutulabilecektir. DONLE, s.218 vd.; MATANOVIĆ, s.322.

İnançlı işlem kurumuna manevi haklar alanında uygulama alanı veren Alman Hukukunda, manevi hakların inançlı işlem temeline dayalı hak tahsisi başkasının menfaatinin devralınmasının bir şekli olarak görülür¹³⁷⁷.

Hak ve talep kavramlarının birbirinden ayrı kurumlar olduğu kabul edilirse, hakkın saklı tutulup, hakkın kendisinin değil ama haktan doğan taleplerin devredilebileceği sonucuna varılabilir. Eser sahibi, manevi hakların ihlali veya ihlal tehlikesi durumunda savunma haklarının Meslek Birliklerince takip edilmesini sağlayabilir. Eser sahibi, bu konuda Meslek Birliğiyle yapacağı sözleşme ile yetkilendirmede bulunabilir. Türk Hukuku bakımından, bu tür bir yetkilendirme, eser sahibinin manevi haklarının devri anlamına gelmez. Ancak Alman Hukukunda, eser sahibinin Meslek Birliğiyle savunma haklarının¹³⁷⁸ devrini konu olan ve inançlı işlem temeline dayalı bir sözleşme yapabilmesi mümkün görülür.

Eser sahibi Meslek Birliğini manevi haklarını korumada yetkili kılarken, GİŞ içeren sözleşmede genel ifadeler kullanabilir mi yoksa sözleşmeye konu olan korumayı ayrıntılı ve özel bir biçimde düzenlemeli midir? Gerek Türk Hukukunda gerekse Alman Hukukunda Meslek Birliğinin manevi hakları korumada hak sahibi kılınması hangi hukuki temele dayanırsa dayansın genel bir yetkilendirme hukuka aykırı görülmemelidir. Güven kurumu olan Meslek Birliğinin eser sahibinin manevi menfaatlerini daima gözeteyeceği varsayımından hareket edilmelidir. Türk Hukuku

¹³⁷⁷ Bu ilişkide (Treuhaenderische Rechtseinräumung), güvenilir kişi kendisine yabancı hakları; başkasının haklarını, kendi adına, fakat güvenen kişinin menfaatine devralır. Alman Federal Mahkemesinin verdiği “Cosima Wagner” ve “Maske in Blau” kararlarında temel ilke olarak, eser sahibinin manevi haklarından doğan yetkilerin güvenilir kişiye devredilebileceğinin mümkün olduğu tespit edilmiştir. Öyle ki, güvenilir kişi kendi hakkına dayanarak üçüncü kişinin hukuk ihlallerine karşı dava açabilecektir. Böyle bir devir ilişkisi, ister istemez, eser sahibiyle güvenilir kişinin yetkilerinin yarışmasına yol açacaktır. Şüphe halinde, elbette eser sahibinin son sözü söyleme hakkından önceden tamamen vazgeçtiği şeklinde bir sonuca varmak mümkün olmayacaktır. BGHZ 15, s.249,259- Cosima Wagner. Bununla birlikte, manevi hakların ölüm sonrası korunması için kurulan bir inançlı işlemde, eser sahibinin mirasçılarıyla güvenilir kişi arasındaki görüş ayrılıklarında güvenilir kişinin görüşüne öncelik tanınacaktır. **METZGER**, UPR, s.13.

Manevi haklar alanındaki devir veya vazgeçmenin hukuka uygunluğunun sınırlarını belirlerken, karşımıza çıkan kavramlardan biri, hakkın devredilemez ve vazgeçilemez özü olacaktır. Bu konuyla ilgili olarak doktrinde daha öncede açıkladığımız üzere amaçla sınırlı devir teorisinden beslenen önceden öngörülebilirlik öğretisi de önem arz eder. Manevi hakların özünden vazgeçmeyi konu olan hukuki işlemler, per se, ahlaka aykırı kabul edilmezler. Güvenilir kişinin hareket alanı, sözleşmeyle izlenen amaca bakılarak tayin edilecektir. Dolayısıyla, güvenilir kişi, manevi hakların ihlal edilmesi durumunda dava açıp açmama konusunda bir yetkiye sahip olacak ve bu konuda eser sahibinin dava açmasına gerek kalmayacak; böylelikle güvenilir kişi eser sahibini adeta bir yükten kurtarmış olacaktır. Eser sahibiyle güvenilir kişi arasında bozulmuş bir sözleşme dengesine de kural olarak rastlanmayacağından, ahlaka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. **METZGER**, UPR, s.19,24.

¹³⁷⁸ Bkz.Alm.ESHK md.97 vd. hükümleri.

bakımından, eser sahibinin Meslek Birliğini manevi hakları koruması konusunda yetkili kılması, eser sahibinin bu konuda artık söz sahibi olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Eser sahibi, Meslek Birliğinin yanında manevi haklarının korunması konusunda yetkili olmaya devam edecektir. Eğer Alman Hukukundaki gibi, inanlı işlem temeline dayalı devir kabul edilebilseydi, o zaman eser sahibinin Meslek Birliği yanında yetkili olmadığından; ancak Meslek Birliğinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi durumunda sözleşmeyi feshedilmesi imkanından söz edilebilirdi¹³⁷⁹.

Meslek birliklerinin GİŞ içeren bir sözleşmede genel bir ifadeyle bütün manevi haklar konusunda yetkili kılması durumunda, sözleşmenin diğer tarafının dürüstlük kuralına aykırı olacak bir biçimde ölçüsüz zarara uğratılmasından bahsedilemez¹³⁸⁰. Buna karşılık, genel bir ifadeyle bütün manevi haklar konusunda yetkili kılınmanın hukuka aykırı olduğunu savunan karşı görüş de doktrinde yerini almaktadır. İnanlı işlemi öngören şartta, (treuhandklausel) eser sahibinin mali haklarının devralınması temel edim olup, yan edim manevi hakların devri olabilir. Manevi hakların götürü bir şekilde -müzakere edilmeden- sözleşmeye konu olması, içerik denetimi sonucunda hukuka aykırı sayılır. Eğer, asli edim mali hakları konu alıyorsa, sözleşmenin amacına ulaşmak bakımından manevi hakların devrine yönelik bir işlem yapılmasına gerek yoktur¹³⁸¹. Bununla beraber, inanlı işleme dayalı devirde manevi hakların kullanılması ve korunması temel edim olarak belirlenmişse, bu konudaki genel işlem şartları içerik denetimine tabi olmazlar. Bu bakımdan, sözleşme

¹³⁷⁹ Alman hukuk literatüründe, eser sahibinin manevi haklarıyla ilgili yetkilerinin inanlı işlem şeklinde ve aynı sonuç doğuracak bir biçimde devri mümkün görülmektedir. Ancak, bu durumda dahi, manevi haklar bir malvarlığı değeri gibi görülmemekte ve manevi haklara ilişkin devir kavramı kendine özgü anlamını korumaktadır. Eser sahibi, güvenilir kişiyi, sahibi olduğu manevi haklarını kullanmakta ve gözetmekte (Wahrnehmung der Rechte) yetkili kılar. AMK md. 671'de düzenlenmiş geri alma hakkı (widerrufsrecht) ve bu bağlamda AMK md. 621, md.626, md.627 uyarınca ücret karşılığı iş görme sözleşmesine ilişkin olarak düzenlenmiş fesih hakkı her ihtimalde eser sahibinde kalır. Eser sahibinin cayma ve fesih haklarını kullanması durumunda, eser sahibinin yasaklama hakları (verbotsrechte) kendisine geri döner **METZGER**, UPR, s.23.

¹³⁸⁰ Aksine meslek birlikleri, faaliyet alanındaki endüstriye karşı eser sahibinin güçlü bir ortağı olarak rol olacaktır. Böyle bir konum, eser sahibinin korunması bakımından kanun koyucunun da arzu ettiği bir sonuçtur. **MATANOVİÇ**, s.324.

¹³⁸¹ **METZGER**, UPR, s.23. Amaçla sınırlı devir teorisi, yazılı olmayan bir hukuk ilkesi olarak, eser sahibini ilgilendiren tüm anlaşmalara hakim olan bir kuraldır. Mali hakları konu olan bir sözleşmede, manevi hakların genel bir ifadeyle sözleşmenin karşı tarafına devredilmesini öngören bir genel işlem şartı geçersiz sayılmalıdır. Ancak, Alman Federal Mahkemesi, amaçla sınırlı devir teorisi gibi yorum kurallarının AMK md. 307 f. 2 uyarınca yapılan içerik denetiminde bir ölçüt olarak alınmayacağı görüşündedir. Doktrinde, Hertin, AFM'nin bu görüşünü yerinde bulmaz.

taraflarınca temel edim-yan edim hükümleri sözleşmede açık bir şekilde düzenlenmelidir¹³⁸².

Alman Hukukunda, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin denetlenmesinde ve dolayısıyla sınırlanmasında GİŞ denetiminin oynadığı rol son derece önemlidir. GİŞ denetimiyle, manevi haklara ilişkin kayıtların açık, anlaşılır ve şaşırtıcı olmaması sağlanmakta, dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçsüz bir mağduriyete engel olunmaktadır.

Türk Hukukunda, her türlü sözleşmeyi kapsayabilecek ve dolayısıyla eser sahibinin de yararlanabileceği GİŞ denetimine ilişkin bir yasal düzenleme yoktur. TKHK kapsamındaki haksız şartlara ilişkin uygulama kimi farklılıklarıyla GİŞ denetimi olarak değerlendirilse bile, TKHK md.6 ve ilgili yönetmelik hükümlerinden tüketici sıfatına sahip olmayan birinin ve dolayısıyla eser sahibinin yararlandırılması hukuka uygun olmaz. Yürürlükteki hukuk bakımından, eser sahibinin GİŞ karşısında korunması elbette genel hükümler aracılığıyla gerçekleşecektir. Dürüstlük kuralından hareket edilerek tüketicinin elde ettiği korumaya benzer bir koruma eser sahibine sağlansa da, bu tür koruma yerine daha somut düzenlemeler içeren bir GİŞ denetiminin özel bir yasal düzenlemeyle gerçekleştirilmesi daha doğru olacaktır.

GİŞ'e ilişkin içerik denetiminde, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde irade özerkliğinin korunması düşüncesine dayalı olarak, asli edimler denetim dışı bırakılmaktadır¹³⁸³. Manevi hakkın asli edim olarak değerlendirildiği durumlarda¹³⁸⁴, manevi haklara ilişkin hükümlerin GİŞ denetimine tabi tutulmayacağı kabul edilse

¹³⁸² METZGER, UPR, s.23.

¹³⁸³ Doktrinde, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlara ilişkin olarak, tarafların temel edim yükümlülükleri konusunda her zaman titiz ve dürüstlük kuralına uygun davranmadıkları, bu nedenle tüketici bilincinin, tüketici örgütlerinin yeterince gelişmediği ortamlarda asli edimlerin denetim dışı bırakılmasının doğru olmadığı savunulmaktadır. Bu doğrultuda, yan edim yükümlülüklerinin yanısıra, ifa yeri, ifa zamanı, cezai şart, temerrüt faizi, muacceliyet şartları, sözleşmeden dönme, sorumluluk, tazminat, sözleşmeye aykırılığın sonuçları, yetkili mahkeme, tahkim şartı gibi sözleşme hükümlerinin içerik denetimine tabi olduğu ifade edilmektedir. ULUSAN, İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı, 1-2, Aralık 2004, s.40.

¹³⁸⁴ Mali hakka ilişkin devir ve lisans sözleşmesinin içeren bir GİŞ örneğinde, manevi haklara ilişkin yükümlülükler yan edim olarak değerlendirilebilir de, somut olayın özelliklerine göre farklı sonuca varmak mümkündür. Öyle ki, ikinci derecedeki noktaların (sübjektif) esaslı nokta haline dönüştürülmesi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkündür. Meslek Birlikleriyle yapılan menfaatleri koruma sözleşmesinde, eser sahibinin sözleşme müzakerelerinde manevi haklarının korunmasına özellikle önem atfederek bu noktayı sözleşmenin içeriğine dahil etmesi, bir anlamda manevi hakların korunmasını esaslı nokta; asli edim haline getirmesi demektir.

bile, eser sahibinin genel hükümler aracılığıyla manevi hak koruması devam eder. FSEK'te manevi haklara ilişkin hükümlerin yanında, genel hükümler de eser sahibinin manevi haklarının korunmasında uygulama alanı bulurlar. Sözleşmede manevi haklara ilişkin hükümler, açık olmayan ve anlaşılmayan bir şekilde kaleme alınmış olabilir. Bu durumda, sözleşmenin dürüstlük kuralı eşliğinde yorumu neticesinde, böyle bir hüküm düzenleyen aleyhine sonuç doğuracaktır. Öyle ki, açık ve anlaşılabilir tarzda kaleme alınmış bir sözleşme şartı sanki düzenlenmemişçesine yok sayılabilecektir.

V.İŞ VE HİZMET İLİŞKİLERİNDE ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARININ DURUMU

A. Genel Olarak

Eser sahibinin korunmaya muhtaç olduğu alanlardan birisi de, işçi veya hizmet veren olarak; genel anlamıyla çalışan sıfatıyla eserini meydana getirdiği iş alanlarıdır. Çalışanın meydana getirdiği eserin sahibi kim sayılacaktır? Esere hususiyetini ve emeğini koyan çalışan mı yoksa eserin meydana getirilmesinde, özellikle ekonomik anlamda uygun koşullar sağlayan çalıştıran mı? Öte yandan eser sahibinin çalışan olarak kabul edilmesi durumunda, eser sahibinin nasıl korunacağı da, bilgisayar programı (software) sektöründen sanat galerilerine kadar geniş bir spektrumda tartışmalar yaratan bir meseledir.

FSEK md.8 f.1, çalışan-çalıştıran ilişkisini de kapsayacak şekilde, genel olarak, “bir eserin sahibi onu meydana getirendir” şeklindeki düzenlemesiyle; meydana getireni istihdam edenin (meydana getirenin) eser sahibi olamayacağı şeklinde bir izlenim vermektedir. Ancak, FSEK'te yer alan kimi hükümler böyle bir genel değerlendirme yapmanın zorluğunu ortaya koyar. Bazı durumlarda, “eser sahibi onu meydana getirendir” ilkesine istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların kapsamı doktrinde de ifade edildiği üzere¹³⁸⁵ sadece mali haklarla ilgili olabilir. Eseri meydana getiren, eserin sahibi sayılacak, ancak eserden yararlanma konusunda sınırlamalara tabi tutulacaktır.

¹³⁸⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.125.

Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarında “eserin sahibi onu meydana getirendir” ilkesi uygulanır. Bu münasebetle, yapımcıların, yayıncıların ve tüzel kişilerin eser sahipliği kabul görmez. Bazı durumlarda, bu kişilere, kanuni mali haklar tanınır. Buna karşılık, ABD ve İngiltere Hukuklarında, hatta 4110 sayılı kanunla değişiklik yapılmasından önceki FSEK md.8 uyarınca, çalıştıranlara, yayıncılara, yapımcılara ve dolayısıyla (bunlar tüzel kişi olduğu takdirde) tüzel kişilere yayınladıkları eserler üzerinde eser sahipliği tanınmış idi¹³⁸⁶.

FSEK’e hakim olan eser sahibi onu meydana getirendir ilkesinin yayın sözleşmesine ilişkin bir hüküm olan BK md.385 karşısındaki konumu da tartışmalıdır. BK md.385 karşısında eser sahibi onu meydana getirendir ilkesinden taviz verilmeli midir yoksa BK md.385, bu ilke ışığında mı yorumlanmalıdır? FSEK ile BK hükümleri arasındaki bu karşılaştırmanın bir diğer önemi de, tüzel kişilerin eser sahibi olup olamayacağı noktasındadır. BK md.385’e göre, işverenin tayin ettiği plan dairesinde bir eser meydana getirilmişse, bu eser üzerindeki hak –telif hakkı- işverene ait olacaktır¹³⁸⁷. Doktrinde, hükümde geçen ifadelerle dayanılarak eser sahibinin yayıncı olacağı ileri sürülmektedir¹³⁸⁸. Bu görüşe karşı, eserin yayıncıya ait olacağını düzenleyen BK md.385 hükmünün, FSEK’teki eserin sahibi onu meydana getirendir ilkesine aykırı olduğu ve bu nedenle değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁸⁹. Bu

¹³⁸⁶ Eser sahibini, eseri meydana getiren değil de, meydana getiren olarak gören bu yaklaşım, “work made for hire” doktrini olarak anılır. Kavram serbest çeviriyle, Türk Hukukuna “adam tut, eser oluşturt, sahibi ol” şeklinde aktarılmıştır. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.126.

Eski FSEK md.8 f.2’ye göre, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdi. Fıkra 3’de ise, “yayımlayanın tayin ettiği plan dairesinde bir eser vücuda getirilmişse, bu eserin sahibi yayımlayandır” düzenlemesi getirilmişti. Bu doğrultuda, FSEK md.27 f.4 hükmünde, tüzel kişilere ilişkin bir hükme yer verilmişti. Eski FSEK md.8 f 2 ve 3 ile birlikte düşünülen bu hüküm, sözkonusu fıkra hükümleri değiştirilmesine rağmen, hiçbir değişikliğe uğramadan kanunda bırakılmış ve yeni yasal düzenleme karşısında tüzel kişilerin eser sahibi olup olamayacağı konusunda tartışmalara neden olmuştur.

İşçinin meydana getirdiği eserin sahibinin işveren olduğu yönündeki düzenlemenin gerekçesi olarak, BK md.385 hükmüyle uyum amacı da gösterilmiştir. **HIRSCH**, Fikri Say, s.81. BK md. 385 hükmü şu şekildedir: “Bir veya müteaddit müellif, naşirin tâyin eylediği plân dairesinde bir eser telif eylemeği taahhüt ederlerse, ancak mukavele edilen bedele müstahak olurlar. Bu takdirde telif hakkı naşire ait olur”.

¹³⁸⁷ Burada fikri veren işveren, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecektir. Bu doğrultuda, tüzel kişi de eser sahibi olabilecektir. Doktrinde, Üstün, özellikle büyük bilgisayar programlarında hak sahibinin tüzel kişilerin olmasının uygulamada bir ihtiyaç olduğunu, bu ihtiyacın da hukukumuzda BK md.385 ile karşılandığını savunmaktadır. Bkz. **ÜSTÜN**, Neşir Mukavelesi, s.57, dn.16.

¹³⁸⁸ **GİRİTLİOĞLU**, s.33; **FRANKO**, Yayın Sözleşmesi, s.14; **YARSUVAT**, s.195. Bu görüş sahiplerine göre, yayımlayanın tespit ettiği yönteme uygun olarak bir eser meydana getiren kimselerin, aslında yayımlayana ait bir düşüncenin gerçekleştirilmesine aracı, alet durumunda olan kişiler olduğundan eser sahibi olamayacaklardır.

¹³⁸⁹ **BAYGIN**, s.166. Yazar, temsil yoluyla eser meydana getirmenin mümkün olmadığını ve eser sahipliğinin yaratıcının kişiliğine bağlı olduğunu ileri sürerek BK md.385’in eser sahibi olarak

uyumsuzluk, BK md.385'e paralel olarak düzenlenen FSEK md.8'de yer alan ilgili fıkra hükmünün yürürlükten kaldırılması sonucunda ortaya çıkmıştır¹³⁹⁰. Kanaatimizce, BK md.385'de geçen telif hakkı ifadesinin sadece mali hakları kapsadığı şeklinde bir yorum yaparak, mali hakları kullanmaya yetkili¹³⁹¹ olarak işvereni manevi hakların sahibi olarak da eseri meydana getireni (çalışanı) görmek, manevi haklar açısından tatminkar bir çözüm olabilir¹³⁹². Böylece, yayınlayanın tayin eylediği plan, eserin oluşumunda yaratıcı katkı olarak değerlendirilemeyecek basit bir fikir olarak kabul görür¹³⁹³. Eseri meydana getirenler, sözleşmeyle kararlaştırılan bedele hak kazanırlar¹³⁹⁴.

Çalıştıranların ve dolayısıyla tüzel kişilerin eser sahibi sayılması gerektiğini savunan görüş, “bir eserin sahibi, onu meydana getirendir” hükmünün ifade edilmiş tarzından meydana getirenin mutlaka gerçek kişi olması gerektiği sonucunun çıkarılamayacağını savunmaktadır. FSEK'e göre, eser sahibi, eseri meydana getiren kişiyi ifade eder¹³⁹⁵. “Sürelerin devamı” başlığını taşıyan FSEK md.27 f.4'de “İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır.” düzenlemesinin varlığını koruması da tüzel kişilerin eser sahibi olabileceği görüşüne

yayımlayanı gören ifadesine karşı çıkar ve bu konuda olması gereken BK md.385 konusunda bir öneride bulunur: “Bir veya birden fazla kişinin ismarlayanın belirlediği plan dairesinde bir eser meydana getirmeyi taahhüt etmeleri halinde, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, eser üzerindeki mali haklar ismarlayan tarafından kullanılır.”

¹³⁹⁰ FSEK md.8 f.1'de yer alan “bir eserin sahibi onu meydana getirendir” hükmü ile BK md.385'de düzenlenen “Bir veya müteaddit müellif, naşirin tayin eylediği plan dairesinde bir eser telif eylemeği taahhüt ederlerse, ancak mukavele edilen bedele müstahik olurlar. Bu takdirde telif hakkı naşire ait olur” hükümleri genel hüküm- özel hüküm açısından değerlendirilmek gerekirse FSEK md.8'in BK md.385'in karşısında genel hüküm olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda, özel hüküm niteliğindeki BK md.385 uygulama önceliği (lex specialis derogat legi generali) kazanır. Ayrıca, sonraki genel bir yasa, önceki özel bir yasayı ortadan kaldırmaz (lex posterior generalis non derogat priori specialis).

Başka bir bakış açısı ise, her iki hükmün esas olarak aynı konuyu düzenlediklerinden ve aralarında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olmadığından hareketle, sonraki yasa olan FSEK md.8'in BK md.385 karşısında öncelikle uygulanacağı (lex posterior derogat legi priori) yönünde olabilir.

¹³⁹¹ Böyle bir yorum, FSEK md.18 f.2'de geçen kullanma yetkisi ifadesiyle de uyumlu olur.

¹³⁹² Ancak böyle bir durumda dahi, eser sahiplerinin manevi haklarına dayanarak yayınlayanın eserden yararlanmasını engelleyememeleri gerekir. Başka bir deyişle, yayımlayan mali hakların gerektirdiği ölçüde manevi hakları da etkileyecek hukuki işlemlerde bulunabilecektir.

¹³⁹³ Ancak, bu noktada somut olayın özelliklerine de dikkat edilmesi gerekir. Çünkü, yayınlayanın eserin oluşumuna etkisi fikri anlamda o denli yoğun ve önemli olabilir ki, bu durumda eseri meydana getiren kişilerden biri sayılır

¹³⁹⁴ Her ne kadar, BK md.385'de, çalışan kişinin ücrete hak kazanacağı belirlenmiş olsa da, bu ücret eser sahibine tanınan mali hakların sağladığı korumaya alternatif olarak görülmemelidir. Dolayısıyla buradaki ücret, eseri meydana getirenlerin eser üzerindeki mali haklarının tamamen yayınlayana geçmesinin bedeli olarak değil, gösterdikleri emeğin ve ortaya çıkan eserden ekonomik açıdan faydalanma konusunda yayınlayana izin vermeleri karşılığında aldıkları bedel olarak görülmelidir.

¹³⁹⁵ FSEK md. 1/B nin (b) bendinde yer alan “gerçek” ibaresi, 12.3.2004 tarih ve 25400 sayılı R.G.'de yayımlanan, 3..3.2004 tarih ve 5101 sayılı Kanunun 28.maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

dayanak olmuştur. Sonuç olarak FSEK'te yer alan bu hükümlere ve değişikliklere dikkat çekilerek kanun koyucunun, gerçek kişiler yanında tüzel kişilere de eser sahipliği tanıma amacı taşıdığı savunulmaktadır¹³⁹⁶. Ancak, Tekinalp, FSEK md.27 f.4'de geçen "ilk eser sahibi tüzel kişi ise" ibaresinin, FSEK'in eskiden benimsediği ilkenin kalıntısı olduğu ve mütesep haklara uygulanacağını savunmuştur. Yazara göre, "eserin sahibi onu meydana getiren kişidir" hükmü, yayımcıların, yapımcıların ve tüzel kişilerin eser sahibi olarak kabul edilmelerine engel oluşturur. Tüzel kişilerin fikri faaliyetleri olmadığı için fikri ürün (eser) vermeleri de mümkün olmayacaktır. Yazar bu bağlamda, FSEK md.1/B b) hükmünde geçen "kişi" kelimesinin tüzel kişileri kapsamadığını ifade etmiş olmaktadır¹³⁹⁷. Kanaatimizce de, tüzel kişiler eser sahibi olamazlar. FSEK md.27 f.4'de tüzel kişi ibaresinin bulunması ve FSEK md. 1/B b) hükmünde eser sahibinin "eseri meydana getiren kişi" olarak tanımlanması, tüzel kişilerin de eser sahibi olabilecekleri şeklinde yorumlanmamalıdır. FSEK md.1/B a) hükmünde eserin, sahibinin hususiyetini taşımasından söz edilmektedir. Bu yönüyle eser az ya da çok eser sahibinin kişiliğine yakın olan bir değerdir. Başka bir deyişle, eser, eser sahibinin kişiliğiyle bağlantılıdır. Tüzel kişi, bir gerçek kişi gibi düşünüp, yaratıcı düşünme ve sonuç meydana getirme sürecine ve dolayısıyla "eser sahibinin hususiyeti" unsuruna yabancıdır¹³⁹⁸.

Doktrinde, çalıştıranların eser sahibi oldukları ve oluşturulan eserler üzerinde, mali haklar yanında manevi yetkilere de sahip oldukları yorumunun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. FSEK md. 18 f.1, mali hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu düzenlemektedir. Hükmün ikinci fıkrasındaki düzenlemenin, ilk fıkraya getirilen bir istisna olarak görülmesi gerektiği savunulmaktadır. Dolayısıyla hüküm, sadece mali hakları kapsar şekilde

¹³⁹⁶ **SULUK/ORHAN**, s.298.

¹³⁹⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.134 vd.

Tüzel kişiler ve çalıştıranlar sadece kanunen mali hakların sahibidirler. Ancak, bu haklar da eser sahibine bırakılabilir ve işin niteliğinden böyle bir sonuç çıkabilir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.135; **EREL**, s.80-82.

¹³⁹⁸ Ancak bu görüşü de mutlak anlamda kusursuz görmek ve eleştiriden uzak tutmak mümkün değildir. Şöyle ki, eser meydana getirmeyi ve dolayısıyla eser sahipliğini sadece gerçek kişilerin yararlanıp tüzel kişilerin yararlanamayacağı bir hak veya hukuki durum olarak kabul edip etmemek noktasında, tüzel kişilerin de -tartışmalı da olsa- kişilik hakkına sahip olduğu ve hatta manevi tazminat talebinde dahi bulunabildikleri hatırlatılabilir. Nasıl ki, ilk bakışta gerçek kişiye özgü olduğu düşünülen manevi tazminat talebi, gerek varsayım teorisi gerekse gerçek kişilik teorisi açısından, tüzel kişiler bakımından da kabul ediliyorsa, eser meydana getirme ve dolayısıyla eser sahipliği de – zorlama da olsa- tüzel kişiler bakımından da geçerli görülebilir. Tüzel kişilerin hukuki niteliğine ilişkin teoriler için bkz. **DURAL/ÖĞÜZ**, s.206 vd.

değerlendirilmelidir. Çünkü hüküm, hiçbir şekilde manevi haklardan sözetmemektedir¹³⁹⁹. Yargıtay da, iş ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserler bakımından mali hakların işverene, manevi hakların ise eseri meydana getirene ait olduğunu ifade etmiştir. Bu yönüyle Yargıtay, işverenin sadece mali hakların kullanım yetkisine değil, hakkın kendisine de sahip olduğunu kabul etmiş gözükmemektedir¹⁴⁰⁰.

Doktrinde, FSEK md.18 f.2'nin aralarındaki sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılıyorsa, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin sahibi çalıştıranlardır şeklinde yorumunun doğru olmayacağı; böyle bir yorumun, eser sahipliğinin sözleşme ile çalıştıranlara verilmesi veya işin mahiyeti öyle gerektiriyorsa çalıştıranların sadece mali hak sahibi değil, eserin sahibi kabul edilmesi anlamına geleceği belirtilmektedir. Üstün tutulması gereken yorum, tarafların sözleşme ile çalıştıranların kanundan doğan mali hak sahipliğini de bertaraf edebilmeleri veya işin niteliği gereği böyle bir sonucun kabul edilebileceğidir¹⁴⁰¹.

Sonuç olarak, iş ve hizmet ilişkisinde eser sahipliği ve bununla bağlantılı olarak tüzel kişilerin eser sahibi olup olmayacağı noktasında doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır. Birinci görüş, eser sahipliğinin ve manevi hakların çalışanda kaldığını, mali haklarınsa çalıştırana ait olduğu görüşüdür¹⁴⁰². İkinci görüş ise işverenin eser sahibi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁰³. Eser sahipliğinin işverende olması demek, hem mali hem de manevi hakların işverende olduğu anlamına gelmektedir. Ancak, tarafların aralarında yapacakları sözleşme ile veya işin mahiyeti gereği bu durumun aksi kararlaştırılabilecektir. Kanaatimizce, iş ve hizmet

¹³⁹⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.136.

¹⁴⁰⁰ Kararda, aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahiplerinin bunları çalıştıran veya tayin edenler olduğu belirtilmiş ve şu sonuçlara varılmıştır: “Davacı şirket, davaya konu eserin mali hak sahibi olup, eserin manevi haklarının sahibi değildir. Anılan kanunda mali ve manevi haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup, manevi haklar sınırlı olarak gösterilmiştir. Sayılan bu haklardan dolayı manevi tazminat isteme hakkı da manevi hak sahibine aittir. O halde, davaya konu eserin mali hak sahibi olan davacı şirketin bu eserden dolayı manevi tazminat isteyemeyeceğinin kabul edilmesi gerekir”. 11.HD, 23.02.2004; E.2003/7032, K.2004/1586. Karar için bkz. **SULUK/ORHAN**, s.866.

¹⁴⁰¹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.135,136.

¹⁴⁰² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.129; **EREL**, s.80-82.

Doktrinde, Baygın ise mali hakların değil sadece mali hakları kullanma yetkisinin işverende kalacağını savunmaktadır. **BAYGIN**, s.150, 151.

¹⁴⁰³ **ERTAŞ/GÖKYAYLA**, s.417, 423.

Tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin işleri yürütürken gerçekleştirdikleri eserlerin sahibinin tüzel kişi olduğu da savunulmaktadır. **ATEŞ**, s.87.

ilişkisi kapsamında meydana gelen eserlerde, FSEK md.8 f.1 gözönünde tutularak eser sahipliğinin çalışanlara ait olduğu kabul edilmelidir. Ancak, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça veya işin mahiyeti de aksini göstermiyorsa, gerçek kişi veya tüzel kişi işverenin meydana gelen eser üzerindeki mali hakların sahibi olduğu ve hatta manevi hakları kullanmaya yetkili olduğu kabul edilmelidir. İşverenin manevi hakları kullanması, manevi hakların sahibi olduğu anlamına gelmez. Manevi hakların kullanılması, işverenin mali hakları kullanması bakımından zorunluluk arzettiği durumlarda kabul edilmelidir. Örneğin, işverenin eserden ekonomik açıdan yararlanabilmesi için olmazsa olmaz bir yetki olan eserin umuma arzı konusunda işçi-eser sahibinden izin almasına gerek yoktur.

İş ve hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserlerde, işverenin hak sahipliği kanun gereği, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın gerçekleşir. FSEK düzenlemesi bu bakımdan Pat.KHK'daki düzenlemeden ayrılır. Eser meydana getiren işçi-eser sahibinin işveren karşısındaki konumuyla, patente elverişli bir buluş gerçekleştiren işçi-buluş sahibinin işveren karşısındaki konumu farklıdır¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰⁴ Pat.KHK md.17 vd. hükümlerinde hizmet ve serbest buluş kavramları üzerinde durulmuştur. Pat.KHK md.18 f.1, c.1'e göre, işçi bir hizmet buluşu yaptığında, bu buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin işverene bildirmekle yükümlüdür. Pat. KHK md.19 f.1'e göre, işveren hizmet buluşu ile ilgili olarak tam veya kısmi hak talep edebilir. Pat.KHK md.20 f.1 ise, işverenin hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması halinde bununla ilgili bildirim işçiye ulaşması ile buluş üzerindeki tüm hakların işverene geçeceğini düzenler. Bu düzenlemelerden çıkarılması gereken sonuç, hizmet buluşunun ilk olarak işçinin kişiliğinde ve malvarlığında doğmuş olmasıdır. Doktrinde de, buluş üzerindeki hakkın buluş gerçekten yaratmış olan gerçek kişinin şahsında doğduğu, buluş üzerindeki hakkın doğumundan sonra, (özellikle patente yönelik hakkın) ölüm, hukuki işlem ya da hizmet sözleşmesi gereği üçüncü kişilere geçişi onlar açısından devren kazanım olarak değerlendirilir. **ORTAN**, Ali Necip, Çalışanların Buluşları, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi (Özel Dosya: Küreselleşme ve Fikri Sınai Haklar), Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s.191-198. Özellikle BK md.336 yönünden değerlendirmeler için Bkz. **ORTAN**, Ali Necip, İşçi Buluşları Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1987, s.91,92; **BAYGIN**, s.157.

Ancak, işverenin gerekli prosedürler yerine getirildikten sonra buluş üzerinde kazandığı hak sahipliğinin mali haklara yönelik olduğu da belirtilmektedir. Buna göre, buluş üzerinde buluşu yapanın manevi bir hakkı vardır. Buluş sahibi, buluşu yapan olarak tanıtılmasını ve adının patentte belirtilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hak, buluş sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır; devredilemez. **KAYA**, Arslan, Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar, İÜHFD., Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan, İstanbul 1997, s.174.

Görevsel buluşlar üzerinde işverenin hakkı, işçinin buluşu ile olan manevi bağının devam etmesine engel değildir. Başka bir deyişle, buluşunun kişisel hakkı (Erfinderpersönlichkeitsrecht) hizmet buluşları için de geçerlidir. (Paris Anlaşması md.ikinci mükerrer 4). Bu hakkın somut görünümü; işçinin patent sicilinde, patent izni işleminde ve patent belgesinde buluşçu olarak isminin belirtilmesidir. Buluşunun kişilik hakkı, buluş ile buluşçu arasındaki manevi bağı koruyan, genel şahsiyet hakkının sınai haklar alanındaki özel bir görünümü olup, devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve rehnedilemeyen bir haktır. Malvarlığına ilişkin yetkiler devredilmesine rağmen, patent belgesinde isminin belirtilmesini isteme hakkı buluşçu da kalacaktır. Hatta, gerçek buluşçudan başkasının patent başvurusunda bulunması ya da patent elde etmesi halinde, gerçek buluşçuya tanınmış olan iptal yetkisi

FSEK, iş ve hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserlerde mali ve manevi hakların kime ait olacağı meselesini, yapımcı ve yayımcının sözkonusu olduğu durumlardan ayırık tutmuştur. Başka bir deyişle, yapımcının ve yayımcının konumu işveren gibi düşünülmemiştir¹⁴⁰⁵. FSEK md.18 f.3'e göre, bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir¹⁴⁰⁶. Oysa FSEK md.18 f.2'de işveren aksi sözleşmeden veya işin mahiyetinden anlaşılmadıkça mali hakları kullanabilmektedir. Her iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun yapımcı ve yayımcının eser sahibiyle veya sahipleriyle olan ilişkisini karine olarak iş ve hizmet ilişkileri (sözleşmeleri) dışında gördüğü sonucuna varmak mümkündür. Örneğin, yapımcı veya yayımcı ile kurulacak ilişki iş veya hizmet sözleşmesinden çok vekalet ve eser sözleşmeleri¹⁴⁰⁷ kapsamında değerlendirilebilecektir. Öte yandan bu ilişkinin tamamıyla kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipiyle açıklanamayacağından hareketle, atipik bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir.

İsviçre Hukuku bakımından, İsv.ESHK md.16 f.1'de eser sahibinin haklarının devredilebilir olduğu şeklinde bir düzenlemeye rağmen, eser sahibinin manevi hakları bu kuraldan ayrı tutulmaya çalışılır ve diğer kişilik hakları gibi elden

mameleki bir yetki olduğu kadar, buluşunun kişilik hakkının bir uzantısı olarak da görülür. **ORTAN**, İşçi Buluşları, s.88,89,124.

Borçlar Kanununun işçi buluşlarına ilişkin 336.maddesinin Pat.KHK karşısında yürürlükte olup olmadığı noktasında şu değerlendirmeler yapılabilir. Kararnamenin daha sonra yürürlüğe girmiş olması ve özel nitelikli bir düzenleme olması, Borçlar Kanununun 336.maddesi karşısında uygulama önceliğine sahip olduğu anlamına gelir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **ORTAN**, Çalışanların Buluşları, s.190; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.510; **CANBOLAT**, Talat, İşçi Buluşları, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s.46.

¹⁴⁰⁵ Ancak, yapımcı ve yayımcının da FSEK md.18 f.2 anlamında çalıştıran olabilmesinde herhangi bir yasal engel yoktur.

¹⁴⁰⁶ Bu hükme, 4630 sayılı Kanun ile bir istisna getirilmiş olduğu da unutulmamalıdır. FSEK md.10 f.4'e göre, "Birden fazla kimsenin iştiraki ile meydana getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, bir sözleşme veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasa da aksi öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır".

¹⁴⁰⁷ Doktrinde Tekinalp, eser siparişi sözleşmesi başlığı altında yaptığı değerlendirmelerde ve verdiği örneklerde (A'nın, ressam B'den, kendisini kendi evindeki koltukta otururken resmetmesini veya heykeltraş H'den, bahçesindeki havuzun ortasına ağzından su akan bir kuğu heykeli yapmasını istemesi, film yapımcısı F'nin M'den filmin bir sahnesinde söylenecek, konusu askere giden sevgili olan, bir şarkı bestelemesi talebinde bulunması) eser siparişi sözleşmesini BK md.355 anlamında bir eser sözleşmesi olarak görmektedir. Ancak yazar, eser siparişi sözleşmesine, ikinci derecede, vekalet hükümlerinin de uygulanabileceğini belirtmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.250.

çıkarılamaz; başka bir deyişle devredilemez ve vazgeçilemez addedilir¹⁴⁰⁸. Ancak, işçi-eser sahibi, iş sözleşmesinden kaynaklanan bazı durumlar nedeniyle, mali ve manevi haklarında bazı sınırlamaların gerçekleşebileceğini de hesaba katmış olmalıdır¹⁴⁰⁹. Öte yandan İsv.ESHK md.17 bilgisayar programlarına ilişkin olarak ekonomik açıdan yararlanma yetkisinin işverende olduğunu düzenlemiştir. Ancak, eserden ekonomik açıdan yararlanırken bu yararlanmanın manevi hakları da etkileyeceği doğaldır. Özetlemek gerekirse, eser sahibinin manevi haklarının devredilmezliği ve vazgeçilmezliği ilkesi, iş ve hizmet ilişkisi kapsamında korunmakla beraber ve bu ilişkinin mahiyetinden veya sözleşmeden doğan sınırlamalarla işçi-eser sahibi ile işverenin menfaatleri arasında denge kurulmaya çalışılır.

Alman Hukukunda da, iş ve hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserler üzerinde ekonomik açıdan yararlanma yetkisi işverene tanınmıştır. İş ve hizmet ilişkilerinde eser sahibinin durumu, Alm. ESHK md.43'de düzenlenmiştir. Alm.ESHK md. 67b hükmüyle de, bilgisayar programlarına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Alm.ESHK md.43, Alm. ESHK md.31 ila 44.maddelerin dahil olduğu yararlanma hakları (nutzungsrechte) başlığı taşıyan alt bölüm içinde yer alır. Alm.ESHK md.43'e göre, maddenin dahil olduğu alt bölüme ilişkin bu hükümler, eserin iş veya hizmet ilişkisinden doğan yükümlülükler ifa edilirken meydana getirilmiş olması şartıyla uygulanacaktır¹⁴¹⁰. Ancak, işin mahiyetinden veya

¹⁴⁰⁸ Manevi hakların devredilmezliği ve vazgeçilmezliği ilkesi, manevi hakların hukuki işlemlere konu olmasını engelleyecek nitelikte uygulanmaz. Örneğin, manevi hakların korunması amacıyla dava açma yetkisinin (prozessstandschaft) borçlandırıcı işlem temeline dayalı olarak verilmesi veya manevi hakların korunması amacıyla aynı etkiye benzer mutlak etkili bir yetki verilerek (quasi dingliche Befugnis) katlanma yükümlülüğü oluşturulması gibi çözümlerle, uygulamadaki ihtiyaçlar giderilebilmektedir. Eser sahibinin kendi aleyhine aynı etkiye benzer etkili bir katlanma yükümlülüğü altına girmesi durumu, sözleşmenin karşı tarafının kendi menfaatine hareket edebilmesi anlamına gelse de, eser sahibi manevi haklarının sahibi kalmaya devam edecektir. Eser sahibi, aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde karşı tarafa başvurabilecektir. Çünkü, amaç manevi hakların korunmasıdır.

Manevi hakların vazgeçilemezliği ilkesi karşısında da çeşitli çözüm yolları kendini göstermektedir.Öte yandan hakkın özü kavramından hareket edilerek hakkın özüne dahil olmayan alanlarda (randbereichen des Urheberpersönlichkeitsrechts) yapılacak her türlü vazgeçme işlemi, İMK md.27 f.2'deki hukuka ve ahlaka aykırılık sözkonusu olmadıkça, geçerli sayılacaktır. Manevi haklara ilişkin taleplerin ileri sürülmemesi taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlem niteliğindeki alacak hakkını kullanmama taahhüdü (pactum de non petendo) de manevi hakların vazgeçilemezliği ilkesi karşısında önerilen başka bir çözümdür. **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.155-160 ile 186.

¹⁴⁰⁹ **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.186.

¹⁴¹⁰ İş ve hizmet ilişkisini düzenleyen bireysel veya toplu sözleşmede, meydana getirecek eserlerden yararlanmaya ilişkin bir hüküm yoksa, zımnı yararlanma yetkisi tahsis etmiş olmaktan bahsedilir. Başka bir deyişle, tarafların yaptıkları sözleşmede, meydana getirecek eserler üzerindeki mali

sözleşmenin içeriğinden bu hükümlerden ayrılmayı gerektirecek durumlar da çıkabilir. Bu doğrultuda, işçi-eser sahibinin manevi haklarına ilişkin olarak işveren tarafından müdahalelerde bulunulabilecektir.

B.İş-Hizmet İlişkisinin Umuma Arz Yetkisine Etkisi

FSEK md.18 f.2 kapsamında meydana getirilen eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran ve tayin edenlerce kullanılacaktır. Hükümde geçen hakların sadece mali haklara yönelik olduğunu ileri sürmek, hükmün sözüyle çeliştiği gibi mali hakların umuma arz yetkisiyle olan ilişkisiyle de bağdaşmaz. Çalıştıran kişinin manevi haklar konusunda hiçbir yetkisi olmadığını savunmak, mali haklardan hiç veya gereği gibi yararlanılmamasına yol açar. Mali hakların kullanılabilmesi için umuma arz yetkisinin kullanılması gerekecektir. Eseri meydana getiren işçi, eserin umuma arzedilip edilmemesine, yayımlanma zamanına ve tarzına tek başına kendisi mi karar verecek yoksa eserden bir an önce ekonomik fayda elde etmek isteyen çalıştıran bu konuda kendisinin kanun tarafından yetkili olduğunu savunarak umuma arzı tek başına gerçekleştirebilecek midir? Kanaatimizce, eser sahibinin, eserin kamuya sunulması bakımından yeterli olgunluğa ulaşmış olmadığı noktada karar verme yetkisi işveren tarafından işçinin elinden alınabilecektir¹⁴¹¹. Umuma arz yetkisi konusunda işverene söz hakkı tanımayıp, bu yetkinin tamamıyla işçi-eser sahibinde olduğu kabul edilirse, işçi-eser sahibinin her zaman için eserin henüz umuma arza elverişli olmadığını iddia ederek, işverenin eserden yararlanmasına engel olması (bunu pazarlık konusu yaparak işverene kanunun tanıdığı hakları kullanma imkanını

haklara ilişkin olarak susmayı tercih etmiş olmaları, aslında bu konuda zımnen bir düzenleme yapmış oldukları anlamına gelir. **SCHRICKER/ROJAHN**, § Kn.40; **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 43, Kn.3; **V.GAMM**, § 43, Kn.2; **HUBMANN**, Urheberrecht, § 19 III 1; **ULMER** § 95 II 1; **HONIG**, Der angestellte Urheber, Erlangen-Nürnberg 1962, s.45; **ROITHMAIER**, Das Recht des Arbeitsgebers am kunstschutzzfähigen Arbeitsergebnis nach geltendem und künftigem Recht, Diss. Köln 1962, s.97. **BGH GRUR** 1952, s.257- Krankenhauskartei; **BGH GRUR** 1960, s.612- Wagen und Wagen; **BGH GRUR** 1974, s.483- Hummelrechte; **KG GRUR** 1976, s.264- Gesicherte Spuren; **BAG GRUR** 1961, s.491- Nahverkehrschronik.

İş dolayısıyla meydana getirilen sonuç, işverene ait sayılır. **SCHAUB**, Arbeitsrecht-Hdb.10 §114 II 2. Bu ilke, eser korumasına sahip iş sonuçları bakımından da geçerliliğini korur. **BGH GRUR** 1952, s.257- Krankenhauskartei; **BAG GRUR** 1961, s.491-Nahverkehrschronik; **HUBMANN**, Fs. für A. Hueck, s.46. İş sonucunun, işverenin mülkiyetine girmesi, eser üzerindeki mali hakların işverene intikal ettiği anlamına gelmez. Bu konuda, işçinin işverene yararlanma hakkı tanıması gereklidir. İşçi-eser sahibinin ortaya çıkan iş sonucundan eser sahibini gereği gibi yararlandırması yükümlülüğü ve bunun karşılığında iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ücretini alma hakkı vardır. **SCHRICKER/ROJAHN**, § Kn.38.

¹⁴¹¹ Alman Hukukunda da, umuma arz etme yetkisinin işveren tarafından kullanılabilmesi savunulmaktadır. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.988.

adeta satması) mümkündür. Ancak menfaatler dengesini sağlamak bakımından işçi-eser sahibinin arzusuna aykırı olarak umuma arzedilen bir eserde, işçi-eser sahibinin isminin belirtilmemesi yoluna gidilebilir¹⁴¹².

Eseri umuma arz eden işveren, umuma arz yetkisinin sahibi mi yoksa sadece kullanma yetkisine sahip biri mi sayılmalıdır? Kanaatimizce, işverenin eseri umuma arz yetkisi, hak sahibi veya kullanma yetkisi sahibi sayıldığı mali haklardan yararlanabilmesinin gerektirdiği kadardır. İşveren, eseri işçi-eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda umuma arzetmiş ise veya yayımlanma tarzı işçi-eser sahibinin şeref ve itibarını zedeliyorsa, bu durumda işçi-eser sahibi FSEK md.14 f.3'e dayanarak, bu tür bir umuma arzı durdurabilecek veya engelleyebilecektir¹⁴¹³.

Alman Hukukunda, işverene tahsis edilen mali hakların kullanılmasının gerektirdiği ölçüde, umuma arz etme hakkının kullanımının işverene bırakıldığı kabul edilir¹⁴¹⁴. Umuma arz etme hakkının ne zaman kullanılacağı konusunda karar verme yetkisi ve umuma arzın biçimi konusunda işçi-eser sahibi ile işverenin menfaatlerinin çatışmasında, hakkaniyete uygun çözümler savunulur. Bir köşe yazarının yazısının, başyazı olarak gazetenin dikkat çeken bölümünde değil de, başka bir bölümünde umuma arzedilmesi, radyo programcısının programının yayın saati veya bir reklam grafikerinin meydana getirdiği çizgi kahramanın sürekli bir reklam kampanyasında mı yoksa arasıra verilecek ilanlarda mı kullanılacağı gibi hususlarda, işçi-eser sahibi ile işveren arasında uyuşmazlık çıkabilir. Bu tür olaylarda, işverenin dolayısıyla işletmenin menfaatlerinin ön planda tutulması gerektiği savunulur¹⁴¹⁵.

İsv. ESHK md.9 f.2'ye göre eser sahibi eserini kamuya sunup sunmama, sunacaksa hangi zaman ve biçimde sunma konusunda münhasır bir hakka sahiptir. İşverenle işçi

¹⁴¹² Alman Hukuku bakımından önerilen bu çözüm önerisi için bkz.. **SCHRICKER/ROJAHN**, § 43, Kn.74; **DREIER/SCHULZE**, § 43, Kn.35.

¹⁴¹³ Bu noktada karşı görüş olarak, umuma arz yetkisinin tamamen işverene geçtiği, dolayısıyla eseri meydana getiren kişinin, genel kişilik haklarından kaynaklanan şeref ve itibar korumasına da sahip olduğu savunulabilir.

¹⁴¹⁴ **DREIER/SCHULZE**, § 43, Kn.35; **WANDTKE/BULLINGER**, § 43, Kn.87; **V.GAMM**, § 11,Kn.56, § 12, Kn.3; **STOLZ**, s.88; **VINCK**, s.36,37; **BUBMANN**, FS. Bappert, s.13-21; **ZOLLNER**, FS. Hubmann, s.523-531.

¹⁴¹⁵ Eserin ilk kez umuma arzında da işçi-eser sahibinin umuma arzetmeme yönündeki iradesine rağmen işletmenin eserin umuma arzındaki iradesine öncelik tanınması gerektiği savunulur. Ancak bu noktada, işçi-eser sahibinin ismi belirtilmeyerek, umuma arzedilebilecek düzeye gelmediğini savunduğu eseriyle anılması önlenemez. **SCHRICKER/ROJAHN**, § 43, Kn.75.

arasındaki iş sözleşmesinde, işveren işçinin meydana getireceği eser üzerindeki mali haklarına ilişkin olarak hak sahibi kılındığında, mali haklara ilişki olarak yapılan bu tasarrufun umuma arz etme yetkisini de kapsayacağı ifade edilmektedir¹⁴¹⁶.

C. İş-Hizmet İlişkisinin Adın Belirtilmesi Yetkisine Etkisi

Memur, hizmetli ve işçilerin meydana getirdikleri eserler bakımından, mali hakları kullanma yetkisine sahip çalıştıranlar, mali haklardan yararlanmak istediklerinde manevi haklara müdahale etmek durumunda kalabileceklerdir. FSEK md.18 f.2 eser üzerindeki hakların çalıştıranlarca kullanılacağını düzenleyerek, çalıştıranların manevi haklar konusunda da yetki sahibi olduğu izlenimi vermektedir. Çalıştıran kişi, FSEK md.8 ile de uyumlu olarak, eser sahibi olarak görülmeyecektir. Eser sahibi, eseri meydana getiren işçi olacaktır. Ancak işçi-eser sahibi manevi haklarını kullanmak suretiyle, işverenin eserden ekonomik anlamda faydalanmasına engel oluşturmamalıdır. Bu bakımdan, işçi eser sahibinin manevi haklarının belli ölçüde sınırlandırılmasının kabul edilmesi gerekir. Eser üzerinde adın belirtilmesi yetkisi konusunda işçi-eser sahibi, işin mahiyeti gereği işverenin yapacağı müdahalelere katlanmak durumundadır.

FSEK md.18 f.2'ye ilişkin yorumlarda, adın belirtilmesi yetkisinin çalışanlara ait olduğu belirtilirken, bu yetkinin işin mahiyetinden kaynaklanan sınırlamalara tabi tutulabileceği noktasında açık ifadeler rastlanmamaktadır¹⁴¹⁷.

Alman Hukukunda, işçi-eser sahibinin konumu genel olarak Alm.ESHK md.43'de özel olarak md.69b'de düzenlenmiştir. Alm.ESHK md.69b'ye göre, iş ve hizmet ilişkisi kapsamında, işçinin görevini yerine getirirken veya işverenin talimatları doğrultusunda meydana getirdiği bilgisayar programları üzerindeki tüm malvarlıksal yetkilerin (vermögensrechtlichen Befugnisse) kullanımı münhasıran işverene aittir.

¹⁴¹⁶ REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.186.

¹⁴¹⁷ Örneğin, Tekinalp, eserin mali hakların bunları çalıştıranlara ait olduğu için diğer manevi haklarda olduğu gibi, adın belirtilmesi yetkisinin de çalışanlara ait olduğunu ifade etmektedir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmak suretiyle, mali hakların çalışanlara ait olabileceğini de vurgulamaktadır. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.147.

Hükmün lafzından çıkan anlam, doktrinde de savunulduğu üzere, manevi hakların işçi-eser sahibinde kaldığıdır¹⁴¹⁸.

Gerek Alm.ESHK md.43 gerekse Alm.ESHK md.69b hükümleri işverenin eser üzerinde mali haklar bakımından yetkili olduğunu ifade eder. Dolayısıyla, manevi haklar işçi-eser sahibinde kalır. Bununla beraber, uygulamada adın belirtilmesi yetkisinin iş ve hizmet ilişkilerinde çeşitli kısıtlamalara tabi olacağı savunulur. Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı devredilemeyen bir hak olarak görülür. İşçi-eser sahibi, bu hakkından aynı etki doğuracak şekilde vazgeçemez¹⁴¹⁹. İşçi-eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılması hakkına ilişkin olarak borçlandırıcı nitelikte sözleşmeler¹⁴²⁰ yapması hukuka uygun görülür. İşçi-eser sahibinin, sözleşmeden doğan yükümlülüğüne aykırı davranması, tazminat ödemesi sonucunu doğurur¹⁴²¹.

Eser sahibinin isminin belirtilmesi, eserin pazarlanmasında olumlu bir rol oynayacağı gibi, tersine bir durumla da karşılaşmak mümkündür. İşveren, eserin pazarlanmasına olumlu katkıda bulunmayacaksa, işçi-eser sahibinin isminin eserde geçmesini arzu etmeyecektir. İşverenin, eserde işçi-eser sahibinin isminin kullanılması konusunda yükümlülüğü aralarındaki sözleşmeye göre belirlenecektir. Sözleşmenin konusunu ilgilendiren sektördeki uygulamalar, sektörel teamüller tarafların böyle bir yükümlülük konusunda zımnî bir düzenlemeye gitmiş olacakları yönünde bir yorumu davet eder. Böylece, işçi-eser sahibinin eserde isminin kullanılmaması bir sektörel teamül (branchenübung) haline gelmişse, tarafların sözleşmeye bu konuda işçi-eser sahibi lehine bir hüküm koymamaları, zımnî işçi-eser sahibinin adın belirtilmesi konusundaki talebini bertaraf etmiş oldukları sonucunu doğurur¹⁴²². Adın belirtimesi yetkisi konusunda uygulamada birlik sağlamak bakımından toplu iş sözleşmeleri de önemli bir işlev üstlenebilir. Toplu iş sözleşmelerinde, örneğin bir filmin ön ve son

¹⁴¹⁸ LOEWENHEIM/LEHMANN, § 9, Kn. 53.

¹⁴¹⁹ SCHACK, Urheberrecht, Kn.989; SCHRICKER/ROJAHN, § 43 UrhG Kn.76; REHBINDER, Urheberrecht, Kn.336; Zöllner karşı görüştedir. ZOLLNER, s.536.

¹⁴²⁰ Gölge yazarlık sözleşmesine, gölge yazarın eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ihlal edilmesinden dolayı hukuki taleplerde bulunmayacağına ilişkin bir kayıt konulması bu konuda örnek olarak verilebilir.

¹⁴²¹ Öte yandan işveren, işçinin eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ihlali nedeniyle açacağı davada, işçinin yükümlülük altına girdiği alacak hakkını kullanmama taahhüdüne (pactum non petendo) dayanarak def'i (bkz. AMK md.242) ileri sürebilir. SCHACK, Urheberrecht, Kn.989.

¹⁴²² Sektörel teamüllerin, eserde eser sahibinin isminin belirtilmesi hakkına etkisine ilişkin olarak; RGZ 110; 393,397-Innenausstattung Riviera; SCHRICKER/ROJAHN, § 43 UrhG Kn.80 vd.; SCHWAB, NZA 1999, s.1258 ve SCHACK, Urheberrecht, Kn.338.

jeneriğinde kimlerinin isimlerinin belirtileceğine ilişkin olarak hükümlere yer verilebilmektedir¹⁴²³.

Sektörel teamüller ve işletmesel uygulamalar dayanak gösterilerek eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisinin etkisiz hale getirilebileceği de bir endişe ve eleştiri olarak ifade edilmektedir¹⁴²⁴. Gerçekten de, sektörel teamüller eser sahibinden çok ekonomik anlamda güçlü konuma sahip şirketleri veya kişileri korumaya ve eser sahibinin arzusuna aykırı sonuçların doğumuna yol açabilmektedir. Bu noktada, bir somut olayda eser sahibinin adının belirtilmemiş olması, ilgili sektöre ilişkin teamül olarak algılanmamalıdır. Örneğin, yayıncılık sektörüne ilişkin olarak gazete ve dergilerde, yazı sahipleri veya fotoğraf sahiplerinin isminin belirtilmesi yaygın bir uygulama olup, bunun aksinin sektörel bir teamül olmadığı ve eser sahibinin manevi haklarına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir¹⁴²⁵.

İsv. ESHK md.17’de bilgisayar programlarıyla ilgili olarak işçinin sözleşmeden kaynaklanan borcunu ifa ederken; görevini yerine getirirken meydana getirdiği eserler üzerinde yararlanma yetkisi işverene tanınmıştır. Yasal bir karine getiren bu hükmün emredici bir hüküm olmadığı ve taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir¹⁴²⁶.

İsv. ESHK md.9’da düzenlenen adın belirtilmesi salahiyeti, iş sözleşmesine konulacak kayıtlarla sınırlanabilir. İş sözleşmesine konulacak hükümler, işçi-eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisinden vazgeçmesi olarak yorumlanmayacak, sadece bu konuda sözleşmesel bir katlanma yükümlülüğü olarak değerlendirilecektir.

İş sözleşmesinde, gelecekte meydana getirilecek eserlere ilişkin olarak önceden tasarruf kaydının varlığı, işçinin adın belirtilmesi yetkisine üçüncü kişi tarafından tecavüz halinde sessiz kalacağı şeklinde yorumlanamaz. İşçi-eser sahibi eser sahipliğine ilişkin tecavüzde, örneğin eserinin başkası tarafından kendisinin

¹⁴²³ SCHACK, Urheberrecht, Kn.989.

¹⁴²⁴ LOEWENHEIM/NORDEMANN, § 63, Kn.60; SCHRICKER/DIETZ, §13, Kn.125.

¹⁴²⁵ LOEWENHEIM/NORDEMANN, § 63, Kn.61.

¹⁴²⁶ BARRELET/EGLOFF, s.112; EFFENBERGER, Urheberrechte von Angehörigen öffentlicher Hochschulen, s.64; FRÖHLICH/BLEULER, in: SJZ 1994, s.283; NEFF/ARN, s.278.

Bilgisayar programları dışında kalan eserler bakımından, işverenin işçi tarafından meydana getirilen eserler üzerinde yararlanma yetkisine sahip olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

eseriymiş gibi tanıtılması durumlarında, eser sahipliğinden doğan savunma imkanlarına başvurabilecektir. Öte yandan, işçi-eser sahibi isminin, bir başkası tarafından meydana getirilmiş eserde kullanılması durumunda da¹⁴²⁷, genel kişilik haklarına dayanarak kendini savunma imkanına sahiptir. İşçi-eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisinin korunmasında, işverenin işçinin kişilik haklarına dikkat etme borcu da rol oynayabilir¹⁴²⁸.

Tüm bu işçi-eser sahibinin korunmasına ilişkin hükümlerin varlığına rağmen, işçi-eser sahibinin yapmakla yükümlü olduğu iş gereği meydana getirdiği eserler bakımından, kuşku halinde, işçi-eser sahibi meydana getirdiği esere eser sahipliğini tanıtan bir işaret koyup koyamama hangi tanıtıcı işareti kullanma konusunda hak sahibi sayılmaz. Genellikle, bu konuda, bireysel veya toplu sözleşmelerde açık düzenlemelere rastlanır. İşçi-eser sahibinin, işletmesel uygulama veya sektörel teamül gereği zımnen eserde isminin geçmesinin (urheberbenennung) kararlaştırılmış olduğu savunmasında bulunması da mümkün değildir. İşçi-eser sahibi, meydana getirdiği eserde kendi isminin geçmesinin bir teamül olduğunu ispat etme yükümlülüğü altındadır. Çünkü, işçi-eser sahibinin yükümlülüğü gereği meydana getirdiği eserden (pflichtwerk) yararlanılırken eser sahibi olarak kimin belirtileceğine ilişkin kuşku halinde, işveren lehine bir çözüme varılacaktır. Eserin pazarlanması noktasında karar verme yetkisi, iş sahibinin olacaktır. Ünlü bir mimarla birlikte çalışan bir kişi, yönetiminde çalışmış olduğu kişinin eserde ortak eser sahibi olarak anılması bir yana, kendisinin eser sahibi olarak belirtilmeyebileceğini hesaba katmalıdır. Eser sahibi olarak, sadece mimar belirtilebilecektir. Elbette, bu konuda işçi-eser sahibi aksi bir sektörel teamülü, uygulamayı ispatladığı takdirde durum tersine dönecektir. Sadece birden çok kişinin meydana getirdiği eserlerde değil, küçük katkılı eserlerin¹⁴²⁹ sözkonusu olduğu iş ilişkilerinde, işçi-eser sahibinin, eser korumasına tabi bu seri üretim ürünlerinde isminin belirtilmesi hakkı uygulanamayabilecektir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda, kimin eser sahibi olarak belirtileceği noktasında kuşku halinde, işçi-eser sahibinin konumu pek de güvenli değildir. Bir reklam şirketi, çalıştırdığı reklam grafikerinin imzasının kullanılmasını

¹⁴²⁷ Bu durumda, Fransız Hukukundaki nitelendirmeye droit de non-paternite kurumundan bahsedilecektir.

¹⁴²⁸ **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.187.

¹⁴²⁹ Orjinalliğin ve bireyselliğin en az düzeyde olduğu eserler, küçük katkılı (kleine Münze) eserler olarak nitelendirilmektedir.

engelleyebilecektir. Bu noktada, işveren bakımından önem taşıyan ürünün pazarlanması olgusu ön planda tutulacaktır. Yatırımda bulunan işveren, eser sahipliği konusunda ürünün pazarlanmasına etkisine göre, istediği tanıtıcı işareti kullanabilecektir¹⁴³⁰. Eser korumasına tabi, seri üretim konusu ürünlerde, şirket isimlerine rastlamak olağandır. Öyle ki, bu noktada ürün üzerindeki şirket ismi, ticaret ünvanı ve marka rolünün yanında, eser sahipliğini tanıtıcı işaret rolünü de oynamaktadır¹⁴³¹.

D. İş-Hizmet İlişkisinin Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisine Etkisi

Eser sahibi mali haklara ilişkin lisans sözleşmesi yaptığında, lisans verenin sözleşme kapsamındaki haklarından gereği gibi yararlanabilmesi için eser üzerinde değişiklikler yapmasına müsaade etmiş sayılır. Bu sonuca, FSEK md.16 f.2'nin yorumuyla ulaşmak mümkündür. Nasıl ki eser sahibi lisans sözleşmesinin gereği gibi ifa edilebilmesi için eserinde bazı değişiklikler yapılmasına müsaade ediyorsa, iş ve hizmet ilişkisi çerçevesinden meydana getirilen eserlerde işçi-eser sahibi de, işverenin eserden mali açıdan gereği gibi yararlanabilmesi için değişiklikler yapmasına katlanmalıdır.

Alman Hukukunda, işverenin eser üzerinde değişiklik yapma özgürlüğünün, lisans hakkı sahiplerine sağlanan eser üzerinde değişiklik yapma özgürlüğünden¹⁴³² daha geniş olduğu savunulmaktadır¹⁴³³. Eserin meydana getirilmesinde ekonomik olarak katkıda bulunan ve eseri meydana getiren kişiyle astlık-üstlük ilişkisi olan bir kişinin; işverenin, eserin oluşturulmasına hiç bir katkısı olmamış, eserin meydana getirilmesinden sonra eserden mali açıdan yararlanmak isteyen kişiden daha olumlu bir konumda bulunması yadsınacak bir durum değildir. Elbette, sözleşmeye

¹⁴³⁰ Bu noktada sözleşme yorumlanırken, gölge yazarlık sözleşmesinin veya kaydının -karine olarak kabul edildiği ileri sürülebilir.

¹⁴³¹ **REHBINDER**, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.187.

¹⁴³² Alm. ESHK md.39 uyarınca, lisans hakkı sahibi eseri, eserin ismini ve eserde eser sahipliğine ilişkin kullanılan tanıtıcı işareti, değiştiremez. Meğer ki, taraflar arasında aksi kararlaştırılmış olsun. Madde, ayrıca, eserde ve eserin başlığında eser sahibinin izin vermekten kaçınmasının sınırı olarak dürüstlük kuralını öngörmüştür. O halde, lisans hakkı sahibinin sonradan eser sahibinden eserde değişiklik yapılmasına ilişkin izin istemesi ihtimalinde, eser sahibi izin vermekten ancak dürüstlük kuralının müsaade ettiği ölçüde kaçınabilecektir.

¹⁴³³ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.990.

konulacak hükümlerle lisans alanın eser üzerinde değişiklik yapma özgürlüğü daha da genişletilebilecektir.

İş ve hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserlerden mali açıdan işverenin yararlanma yetkisinin olduğunu kabul etmenin sonuçlarından biri de, işverenin eser üzerinde değişiklik yapabilmesidir. Eğer işveren eser üzerinde mali hakların sahibi veya mali hakları kullanma yetkisinin sahibi olarak değerlendiriliyorsa, mali haklardan biri olan işleme hakkının eser üzerinde değişiklik yapma anlamına geldiği hatırdan çıkarılmamalıdır. Dolayısıyla, işveren, ister istemez, işleme hakkını kullandığı müddetçe eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahip demektir. İşçi-eser sahibinin, manevi hakların kendisinde olduğunu ileri sürüp, işverenin eser üzerinde değişiklik yapmasını önlemesi sınırlandırılmış olacaktır. İşverenin eser üzerindeki değişiklik yapma özgürlüğü ile işçi-eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinden kaynaklanan menfaatler çatışması somut olayın özelliklerine göre çözülmekle beraber, eser türleri, esere yapılan yatırım ve eserdeki yaratıcılık düzeyi gibi etkenler de önemli bir işlev üstlenebilecektir. FSEK’te eser türleri bakımından bir ayırım olmamakla beraber, bu ayırımın yapılmasını engelleyecek bir kural da yoktur. Öyle ki, eser, eser sahibinin hususiyetini taşıyan bir değer olduğuna göre, bu hususiyetin az belli olduğu eserlerle çok belli olduğu eserler arasında bir ayırma gidilebilir. Hatta, bir eserin meydana getirilmesinde işverenin yapmış olduğu yatırımların yüksekliği, işçi-eser sahibinin meydana getireceği eser üzerinde değişiklik yapma yetkisinin mutlak anlamda kullanamaması şeklinde bir sonuca varmayı da gerektirebilir.

Alman Hukukunda, iş ve hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirilen eserler üzerinde işverenin, kural olarak, işlemede bulunma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir¹⁴³⁴. İşverenin eseri işleme yetkisinin olması, eser üzerinde sınırsız değişiklikler yapabileceği anlamına gelmez. Eseri bozmaya varan (entstellung) değişiklikler eser sahibince engellenebilecektir. Eser sahibi Alm.ESHK md.14’e dayanarak, bu tür değişikliklerin eser üzerinde fikri ve kişisel haklı menfaatlerini ihlal ettiğini savunabilecektir. Eğer meydana getirilen eser sinema eseriye, bu takdirde eser sahibinden izin alınmaksızın, eserin bütünlüğüne yönelik değişiklikler

¹⁴³⁴ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.990.

eserin mahiyetini ve hususiyetini büyük ölçüde bozmuyorsa, hukuka uygun sayılacaktır¹⁴³⁵. Bilgisayar programlarına ilişkin özel düzenleme de, işçi-eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini sınırlayacak şekilde yorumlanmaktadır. Alm.ESHK md.69b ile işverenin işçi-eser sahibi tarafından meydana getirilen bilgisayar programı üzerindeki malvarlıksal yetkilerin kullanımında münhasır hak sahibi kılınması dar yorumlanmamaktadır. Böylece işverenin sahip olduğu yararlanma yetkisi, işleme hakkını kapsayan, alt lisans verme konusunda işçi-eser sahibinin iznine gerek bırakmayan çok geniş bir yetkiyi içermektedir¹⁴³⁶. Bilgisayar programlarından mali açıdan yararlanılmak isteniyorsa, devamlı geliştirme ve diğer programlarla uyum sağlaması konusunda değişiklikler yapılması gereklilik arz eder. Bu konuda, eser niteliğindeki bilgisayar programında yapılacak değişiklik bozma (entstellung) sonucuna varabilir. Yazılım (software) endüstrisi alanında işçi-eser sahibinin meydana getirdiği yazılımla olan fikri ve kişisel bağının diğer alanlardaki eserlere oranla daha az olduğu kabul edilirse, bu takdirde eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin uygulama alanı daralacaktır¹⁴³⁷.

FSEK md.18’de belirtilen “işin mahiyeti” kavramı işçi-eser sahibinin manevi haklarını kullanmasında önemli bir rol oynayabilir. “İşin mahiyeti”, sözleşmelerin yorumunda da kullanılan bir hukuki araçtır. İşçi-eser sahibi ile işveren arasında yapılan sözleşmenin konusu, sözleşmenin ilgili olduğu sektördeki uygulamalar işçi-

¹⁴³⁵ Alm.ESHK md.93 f.1’e uygun olarak, film eserlerinde (filmwerke) eser üzerinde değişiklik ağır bir bozma (gröbliche Entstellung) veya ağır bir zedeleme (gröbliche Beeinträchtigung) olarak değerlendirilmedikçe, eser sahibinin katlanması gereken bir sınırlamadır.

¹⁴³⁶ **LOEWENHEIM/NORDEMANN**, § 63, Kn.55. Bu noktada, amaçla sınırlı devir teorisi uygulanmamakta ve işverenin bilgisayar programından mali açıdan yararlanması noktasında işletme amacı veya işletmesel gereklilikler bir sınır oluşturmamaktadır.

¹⁴³⁷ **LOEWENHEIM/NORDEMANN**, § 63, Kn.62.

Alm.ESHK md.69b’de bilgisayar programlarına ilişkin olarak işçi-eser sahibinin manevi haklarını sınırlayan veya ortadan kaldıran herhangi bir ifade olmamasına rağmen, meseleye işletmenin ekonomik menfaatleri açısından bakıldığında işçi-eser sahibinin manevi hakları kağıt üzerinde kalmakta ve uygulama kabiliyeti daralmaktadır. İşveren, bilgisayar programından ekonomik açıdan yararlanabilmek için bilgisayar programının yeni versiyonlarını üretmek istemekte ve bu isteğinin işçi-eser sahibinin manevi haklarına dayanarak engellenmesini arzu etmemektedir. Yazılım sektöründe, işçi-eser sahibinin meydana getirdiği bilgisayar programı üzerinde daha sonradan işveren tarafından değişiklikler yapılarak yeniden umuma arz etmenin bir teamül olduğundan hareket edilirse, işçi-eser sahibinin bu sektörel temâülü bilerek ürettiği bir bilgisayar programında sonradan işveren tarafından yapılacak değişikliklere engel olamaması gerekir. Bu çözüme, sadece bilgisayar programlarıyla sınırlansa bile kanun koyucunun en azından görünen arzusunun aykırı olacaktır: Eser sahibinin manevi haklarının sektörel teamül aracılığıyla etkisizleştirilmesi!. Oysa kanun koyucu, işverene sadece mali haklar üzerinde yetki tanımakta, manevi hakları işçi-eser sahibinde bırakmaktadır.

eser sahibinin manevi haklarının sınırlarının belirlenmesinde gözönünde tutulabilecektir. Her ne kadar sözleşmede işverenin eser üzerinde yapacağı değişiklikler konusunda açıkça bir düzenleme yapılmamış olsa da, işverenin eserden ekonomik açıdan yararlanabilmesi için gerekli olduğu ölçüde değişiklikler yapabilmesi kabul edilmeli, bu değişiklikleri işçi-eser sahibinin FSEK md.16'daki eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisine dayanarak engelleyememesi benimsenmelidir. Kaldı ki, işverenin kullanmaya yetkili olduğu mali haklardan biri olan işleme hakkı eser üzerinde değişiklik yapılmasını kapsar. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, işverenin eserden ekonomik açıdan yararlanmasına yönelik olarak yaptığı değişikliklerdir. Bu bağlamda, örneğin bir bilgisayar programının yeni çıkan programlarla uyumunun sağlanması ve daha da geliştirilmesi konusunda yapılan çalışmalara ve değişikliklere işçi-eser sahibinin müdahale edememesi gerekir¹⁴³⁸.

¹⁴³⁸ Bilgisayar programları, patent korumasından faydalanmış olsaydı işverenin işçi buluşu üzerinde, gerekli prosedürlerden sonra tam hak sahibi olması durumunda, işverenin buluş üzerinde değişiklikler yapması konusunda tam yetkisi olacaktı. Buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçecek ve buluş üzerinde istediği ölçüde değişiklikler yapabilecekti. Bu durumda, işveren, yürürlükteki hukuk bakımından işçi-eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisiyle karşılaşmayacak; işçi-eser sahibinin eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu iddiasına maruz kalmayacaktı.

Pat.KHK md.22'de işçilerin hizmet buluşlarındaki bedel talebine ilişkin düzenlemedeki sonuç da, işçi-eser sahibinin alması gerekli bedelin tesbiti bakımından dikkate değerdir: "İşveren hizmet buluşu üzerinde tam hak talep ederse; işçini kendisine uygun bir bedelin ödenmesini işverenden isteme hakkı doğar. Bedelin hesaplanmasında hizmet buluşunun ekonomik değerlendirilebilirliği, işçinin işletmedeki görevi ve işletmenin buluşun gerçekleştirilmesindeki payı özellikle gözönünde tutulur". Yürürlükte hukuk açısından bilgisayar programları FSEK kapsamında korunduğuna ve FSEK'te Pat.KHK md.22'deki düzenlemeye benzer bir düzenleme olmadığından hareketle işçi-eser sahibinin alacağı ücret çalışma bedeli olacaktır. İşçi-eser sahibinin meydana getirdiği eserin değeri ile iş sözleşmesi kapsamında alacağı ücret arasında bir dengesizlik olması karşısında, bu dengesizliği FSEK hükümleri aracılığıyla gidermek mümkün olmamaktadır. Özellikle yazılım endüstrisinde işçi-eser sahibinin meydana getirdiği bilgisayar programlarının işletme tarafından geliştirilerek büyük gelirler elde etmesi karşısında işçi-eser sahibinin bu gelirlerden herhangi bir bedel elde edebilmesi noktasında tek çare sözleşmeye bu hususa ilişkin olarak konulacak özel hükümler olacaktır. FSEK bu konuda rol oynamayıp, yerini sözleşme özgürlüğüne bırakır. Bu konuda işçi-eser sahibi meydana getireceği eserin işverene getireceği yüksek kazancı gözönünde bulundurarak, iş sözleşmesindeki ücret alacağını yüksek tutabilir.

Alm. ESHK md.32 ve 32a hükümleri, eser sahibini lisans sözleşmelerinde alacağı bedel konusunda korumayı amaçlarlar. Alm.ESHK md.32 hükmü, sözleşmede kararlaştırılan bedelin uygun bir bedel olmasını sağlamaya çalışırken, 32a hükmü sözleşmenin uygulanması neticesinde lisans alanın elde ettiği olanak ve gelirlerden pay almasını sağlamaya yöneliktir. Bu yönüyle md.32a ile sözleşmenin işleyişi kontrol (verlaufskontrolle) edilir. Bu hüküm, "bestseller paragraphen" (çok satan bir eserin getirdiği gelirden eser sahibinin de yararlandırılması gereğinden hareketle, hüküm bu şekilde nitelendirilmiştir) adıyla anılan eski Alm.ESHK md.36'nın geliştirilmiş halidir. Hükümün uygulama alanı elbette sadece kitaplara özgü olmayıp, filmleri, icracı sanatçıların icralarını da kapsar. İş ve hizmet ilişkileri kapsamında meydana getirilen eserler ve hatta bilgisayar programları için de uygulama alanı bulur. **SCHRICKER**, § 32a, Kn.11.

Alm.ESHK md.32a hükmü, eser sahibinin elde edilen kardan uygun bir şekilde pay almasına olanak sağlar. Bu konuda eser sahibinin talebi hukuki açıdan sözleşme değişikliği talebi olarak görülür. Eserden yararlanan lisans hakkı sahibinin elde ettiği kazanç (erträge) ve menfaatlerin (vorteile), eser

İsviçre Hukuku bakımından yapılan değerlendirmelerde de, sektörel teamüller üzerinde durulmakta ve iş sözleşmesinin gereği olarak işverenin talimat verme hakkının eser üzerinde değişiklik yapılmasını da kapsayabileceği vurgulanmaktadır. İsv.ESHK md.11 f.1’de eser sahibinin eserde değişiklik yapılıp yapılmayacağına; yapılacaksa ne zaman ve ne şekilde değişiklik yapılacağına karar verme konusunda münhasır bir hakka sahip olduğu düzenlenmektedir. İşçi-eser sahibi, eserini iş sözleşmesi kapsamında, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda gerçekleştirdiğinde, ister istemez iş sözleşmesinin gereklerine uygun hareket etmek durumunda kalacaktır. İşveren, eser üzerinde değişiklik yapma konusunda karşılaacağı sınırlamaları, emir ve talimatlarla, yönetim hakkı çerçevesinde aşabilecektir. Sözleşmede, işçi-eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının korunmasına yönelik açık hükümler olmadığı takdirde, işveren yönetim hakkı çerçevesinde, sektörel teamüllerin de yardımıyla eser üzerindeki değişiklik yapılmasını önleme hakkını kendi lehine çevirebilecektir. İşveren, eserden en etkin bir biçimde ekonomik açıdan faydalalanabilmek için işçiye talimatlar vererek eser üzerinde değişiklikler yapmak isteyecektir. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde sahip olduğu eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine bir sınır da çizmek gerekir.

sahibi için kararlaştırılan edimle karşılaştırıldığında açık bir nisbetsizlik (auffällige Missverhältnisse) oluşturması, sözleşmenin değiştirilmesi konusunda eser sahibine talepte bulunma imkanı sağlayacaktır. Bu noktada, işlem temeli (Geschäftsgrundlage) kavramı bakımından da değerlendirilmeler yapılmaktadır. Eski Alm.ESHK md.36, eserden yararlanan kişinin beklenmedik bir gelir elde etmesi ve bu gelirin eser sahibinin aldığı lisans bedeli karşısında açık bir nisbetsizlik oluşturması karşısında eser sahibinin bu gelirden pay almasına imkan tanıyordu. Yeni Alm.ESHK md.32a hükmü ise edimlerin arasındaki dengesizliğin öngörülememesi, beklenmemesi (unerwartetheit) noktasına subjektif işlem temeline önem vermemekte objektif işlem temeline; edimler arasındaki açık nisbetsizliğe önem vermektedir. Bu bakımdan, 32a hükmü hem öngörülememe hem de edimler arasındaki açık nisbetsizlik şartlarını gerektiren “işlem temeli” öğretisinin bir örneği olma noktasında tartışmalara neden olur. Sonradan ortaya çıkan sebeplerle edimler arasındaki nisbetsizlik işlem temelinin çökmesi kuramını davet etse de, bu konuda uygulama önceliği 32a hükmüne verilmeli, işlem temeline ilişkin genel hüküm olan AMK md.313 ikincil nitelikte uygulanmalıdır. **WANDTKE/BULLINGER**, § 32a,Kn.51; **DREIER/SCHULZE**, § 32a, Kn.8; **SCHRICKER**, § 32a, Kn.10. Doktrinde Schack, Alm.ESHK md.32a hükmünün sözleşmenin kurulmasından sonraki gelişmelerin öngörülebilir olup olmadığına bakmaksızın, sadece edimler arasındaki dengesizliğe önem verdiği ve bu nedenle işlem temeli kuramından sözedilemeyeceğini belirtmektedir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.968.

Türk Hukukunda, eser sahibinin sözleşmede kararlaştırılan bedelin (hakkaniyete) uygunluğu konusunda FSEK’te özel bir düzenleme getirilmemiştir. Başka bir deyişle, Alman Hukukuna benzer bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Eserden ekonomik açıdan yararlanma yetkisine sahip bir kişinin, bu yetki karşılığında eser sahibine ödediği bedelle, eserden yararlanması karşılığında elde ettiği bedelin açık bir nisbetsizlik oluşturması karşısında, sözleşmenin uyarlanmasına gidilebilmesi için ayrıca öngörülemezlik şartının gerçekleşmiş olması gerekir.

Eserin değerinin artması veya eserden beklenmedik gelir elde edilmesi, FSEK’te düzenlenmiş pay ve takip hakkını çağırır da, pay ve takip hakkını düzenleyen FSEK md.45, güzel sanat eserleri için düzenlenmiş istisnai bir hükümdür.

Buradaki ölçü, ilgili sektördeki uygulama olacaktır. Sonuç olarak, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılıp yapılmaması, yapılacaksa zamanını ve şeklini belirleme konusundaki münhasır hakkı, iş ilişkisi çerçevesinde sınırlamalara maruz kalabilecektir. Eser üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak sözleşmeden veya uygulamadan hareket edilerek açık ve net bir çözüme ulaşılmadığı takdirde; kuşku halinde, eserden yararlanılmasında ekonomik rizikoyu taşıyan işverene son sözü söyleme yetkisinin bırakılacağı yönünde bir eğilim vardır¹⁴³⁹.

İşverenin, iş sözleşmesinden kaynaklanan talimat verme hakkı, çalıştırdığı işçi tarafından başlanan eserin bir başkasınca sürdürülmesi konusunda karar verme yetkisini de kapsar¹⁴⁴⁰. Bir eserin başkası tarafından devam ettirilmesi ise, Fikri Hukuk bakımından eser sahibinin iznini gerektiren “eserin işlenmesi” demektir¹⁴⁴¹. Dolayısıyla, İsv.ESHK md.11 f.1 b.2’de düzenlenen eser sahibinin eserinin işlenip işlenmeyeceği, işlenecekse ne zaman ve ne ne şekilde işleneceği konusunda karar vermesine ilişkin münhasır hakkı İş Hukukunda sınırlamalara tabi tutulur. Başka bir deyişle, eserin işlenmesinde eser sahibinden izin alınması gerekliliğinden, İş Hukuku hükümleri çerçevesinde taviz verilir.

Eserde yapılan değişiklikler ve işlemler, eser sahibinin kişisel ve fikri menfaatlerini ihlal edecek derecede ağır olmamalıdır. Eserin bütünlüğüne yönelik ağır bir müdahaleyle eser sahibinin şeref ve itibarı tehlikeye girdiğinde, eser sahibi eserin kamuya sunulmasında kendi isminin eser sahibi olarak olarak belirtilmemesini talep edebilir. Ancak eser bütünlüğü üzerindeki hakka müdahalenin işçi-eser sahibinin şeref ve itibarını tehlikeye sokmadığı diğer durumlarda, işçi-eser sahibi esere isminin verilmesini engelleyemeyecektir. Eserde, işçi-eser sahibinin isminin kullanılması, eserin pazarlanması bakımından olumlu rol oynayabilir. Bu konuda, uyumsuzluk halinde, işverenin talebi ve tercihi dikkate alınır¹⁴⁴².

Bilgisayar programlarına ilişkin olarak İsv.ESHK md.17’de, işverene münhasır yararlanma yetkisi tanınmıştır. İşveren, burada mali hakların sahibi olmaktan çok mali hakları kullanma konusunda münhasır yetkili olarak kabul edilir. Bilgisayar

¹⁴³⁹ REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.188.

¹⁴⁴⁰ Bunun yanısıra, işveren baştan itibaren eserin üretilmesini birden çok çalışana bırakabilir.

¹⁴⁴¹ REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.188.

¹⁴⁴² REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.188.

programından yararlanma yetkisinin kapsamında değiştirme ve işleme hakkının olduğu da doktrinde ifade edilmektedir¹⁴⁴³. Değiştirme ve işleme hakkını kullanma konusunda yetkili olan işveren, işçi-eser sahibinin kişiliğini ihlal etmedikçe her turlü değişikliği yapmaya yetkili sayılacaktır. İsv.ESHK md.11 f.2 eser üzerinde değişiklik yapma yetkisinin sınırı olarak, kişiliğin ihlal edilmesini gormektedir. Ancak, bilgisayar programları üzerinde yapılacak işleme ve değiştirmelerin ne şekilde kişiliği ihlal edeceği de belli deęildir¹⁴⁴⁴.

E. İş-Hizmet İlişkisinin Cayma Hakkına Etkisi

FSEK md.18 f.2 uyarınca işverene tanınan mali hakları kullanma yetkisi, işveren tarafından hiç veya gereği gibi kullanılmazsa FSEK md.58 uygulama alanı bulabilir mi? FSEK md.58 f.1, mali hak veya ruhsat iktisap eden kimseden soretmektedir. Mali hakları kullanma yetkisine sahip olan işveren en azından “ruhsat iktisap eden” kişi olarak gorablebilir. Bu yorum kabul edilirse, işçi-eser sahibinin meydana getirdiği eserden işverenin eserden hiç veya gereği gibi faydalanmaması durumunda cayma hakkını kullanarak, eserden ekonomik açıdan kendisi faydalanabilir. Ancak FSEK md.58 gereği cayma hakkının kullanılabilmesi için işçi-eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiğini ispat etmesi gerekir. İş-hizmet ilişkisi gereği meydana getirilmiş bir sinema eserinin, bilgisayar programının işveren tarafından uzun bir süre geçmesine rağmen halen umuma arzedilmemiş ve bu bağlamda çoğaltma ve yayma gibi mali hakların kullanılmamış olması işçi-eser sahibi bakımından cayma hakkının uygulanmasına yol açabilir.

İş sözleşmesi kapsamında ortaya çıkarılan eserin işveren tarafından kullanılmaması durumunda, işçi-eser sahibinin Alm.ESHK md.41 uyarınca cayma hakkını

¹⁴⁴³ **BARRELET/EGLOFF**, s.112; **CHERPILLOD**, in: SMI 1993, s.56.

¹⁴⁴⁴ İsviçre Hukukunda eser üzerinde değişiklik yapılmasının sınırı kişiliğin korunmasıdır. Esere ilişkin yapılacak her turlü değişiklik, eser sahibinden izin alınmışsa, hukuka uygundur. Ancak, eser sahibi kişiliğinin ihlal edilmesine varacak derecedeki değişikliklere izin veremez. Böyle bir izin, kesin hkumsz sayılır.

İş ilişkisi kapsamında işçi-eser sahibinin işverenin talimat verme yetkisinin bir sonucu olarak eserde yapılacak katlanabilir değişikliklere izin verme yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilir. İşçi-eser sahibi meydana getirdiği eserin işveren tarafından değişikliklere uğratılmasına, talimatlar uyma yükümlülüğünün bir gereği olarak katlanmak yükümlülüğü altındadır. Buna karşılık, işverenin vereceği talimatların da işverenin “işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü (İBK md.328)” ne uygun olması gerekir. **BARRELET/EGLOFF**, s.72; **RICKENBACH**, Mathias, “Immaterialeguterrechtliche Nachwirkungen des Arbeitsverhltnisses”, UFITA 139 (1999), s.249 vd.

kullanmasının mümkün olduğundan bahsedilirken, bu konuda bir sınırlamanın varlığına da dikkat çekilir. İşçi-eser sahibinin, cayma hakkını kullanmasının, işverenin haklı menfaatlerini ihlal etmemesi gerekir¹⁴⁴⁵. Ancak, doktrinde bu görüşe karşı çıkmıştır¹⁴⁴⁶. İşçi-eser sahibinin manevi haklarının iş sözleşmesi kapsamında sınırlandırıldığı düşünülürse, bir de manevi nitelikli cayma hakkının işveren lehine sınırlamalara tabi kılınması, manevi hakların aşırı sınırlandırıldığı gerekçesiyle reddedilebilir.

VI.ESER KAVRAMININ MANEVİ HAKLARA ETKİSİ

Manevi hakların malvarlığı değeri (Vermögenswert des Urheberpersönlichkeitsrechts) ve nesneyle ilişkisi (Objektbezogenheit), manevi hakların hukuki işleme konu olmasını kolaylaştıran bir unsurdur. Alman Hukukunda, manevi haklarla birlikte anılan bu iki özellik sayesinde, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerde katı bir devredilmezlik ilkesi doğru görülmemekte ve kişilik haklarının devredilmezliği ilkesinin doğrudan manevi haklar için geçerli olmayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁴⁷. Türk Hukukunda da manevi hakların kişilik haklarından farklı olduğu doktrinde sıklıkla ifade edilen bir görüştür. Bununla beraber, manevi hakların kişilik hakkıyla olan benzerliği de gözardı edilmez. Eser sahibinin eseriyle kişisel bir bağı olduğu kabul edildiğinde, bu kişisel bağın yoğunluğu ve sıklığı eser nitelendirmesi bakımından önem taşımasa da, manevi hakların hukuki işleme konu olması bakımından ve hatta manevi hak ihlalleri bakımından önem taşıyabilir. Yüksek yaratıcılık düzeyi içeren eserlerin (göreceli) düşük yaratıcılık düzeyi içeren eserlere oranla eser sahibinin kişiliğine daha sıkı bir bağlılık içinde olduğu ileri sürülebilir. Böyle bir varsayım, manevi hakların hukuki işlemler yoluyla geniş ölçüde sınırlamalara konu olup olmayacağı noktasında da bir değer taşır. Düşük yaratıcılık düzeyi içeren eserler bakımından manevi hakların daha geniş sınırlamalara tabi tutulması gerektiği savunulabilir.

¹⁴⁴⁵ SCHACK, Urheberrecht, Kn.991.

¹⁴⁴⁶ KRABER, s.93.

¹⁴⁴⁷ METZGER, Das Droit Moral, s.117.

Alman Hukukunda yüksek yaratıcılık düzeyi gerektirmeyen eserlerin tanımlanmasında küçük katkı (kleine Münze) doktrini kullanılmaktadır. Eser korumasına sahip birçok yaratımın (schöpfung), büyük sanat eseri sıfatını hak etmekten çok, küçük (yaratıcı) katkılardan oluşan eserler olduğunu söylemek mümkündür. Küçük katkı (kleine Münze)¹⁴⁴⁸ kavramıyla bir anlamda, Alm.ESHK md.2 f.2’de geçen kişisel ve fikirsel yaratımlar (persönlichen geistigen schöpfungen) kastedilir. Öyle ki, minimum düzeyde bireysellik özelliği gösteren fikri çabalar eser korumasına mazhar olurlar¹⁴⁴⁹.

FSEK 1/B maddesinde eser tanımlanırken, eser sahibinin hususiyetini taşıma özelliğinden bahsedilir. Eser sahibinin hususiyeti kavramı, eser sahibinin yeteneğiyle, yaratıcılığıyla ilgili olduğu kadar kişiliğiyle de ilgili bir kavramdır. Çünkü, eser sahibi meydana getirdiği eserle düşüncesini açıklamış olur ve eserin mahiyetinin tanıdığı sınırlar dahilinde de kişiliğinden izler bırakmış olur¹⁴⁵⁰. Ancak, hususiyet noktasında eserden esere farklılık olabileceği de kabul edilmesi gereken bir gerçektir.

¹⁴⁴⁸ Kavramın kullanımı, tarihsel açıdan bakıldığında, Elster’e kadar uzanır. **ELSTER**, Gewerblicher Rechtsschutz, Berlin/Leipzig 1921, s.40. Kavramın geliştirilmesinde ise Thoms’un payı büyüktür. Thoms, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, 1980.

Kavram, Alman hukukçu Dietz tarafından İngilizceye “small change” olarak çevrilmiştir. Bkz. **RICKETSON/GINSBURG**, s.360; **DIETZ**, “Letter from the Federal Republic of Germany: Report on the Development of Copyright Between 1971 and 1979” (1980), Copyright, s.88-92.

Kavram, İsviçre Hukukunda da yankı bulmuştur. Adres rehberleri, uçuş planları, formüller dilekçeler, kullanım kılavuzları, kataloglar, yemek tarifleri, fiyat listeleri, prospektüsler veya oyun kurallarını açıklayan notlar gibi bireyselliği (Individualität) tartışmalı olan sonuçların ilim ve edebiyatı eseri olarak korunduğu, ancak bu tür eserlerin koruma kapsamının dar ve daha çok aynen çoğaltma yasağıyla (Nachdruckverbot) sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Bu tür fikri sonuçların bir yenilik (Innovation) olarak değil de bir yatırım (Investition) olarak görülmesinin ve bu doğrultuda Haksız Rekabet Hukuku çerçevesinde korunmasının daha yerinde olacağı savunulmuştur. **DAVID**, Lexikon, Kleine Münze başlığı, s.192.

¹⁴⁴⁹ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 2 Kn.38. Yazar, eserdeki minimum düzeydeki yaratıcılık özelliğinden (Minimum an Gestaltungshöhe) bahseder. Aynı şekilde, ABD Hukuku bakımından, bir fikri çabanın eser korumasından yararlanabilmesi için minimum düzeyde bir yaratıcılığın (minimal degree of creativity) yeterli olduğu belirtilir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.261 dn.275. Anglo-Amerikan tarzı bir ilkeye göre; kopyalamaya değer olan, karine olarak, korunmaya değerdir: What is worth copying is prima facie worth protecting.

¹⁴⁵⁰ Eserin eser sahibinin hususiyetini taşıması, eserin eser sahibinin kişiliğinin birebir yansıması veya birebir uzantısı olarak anlaşılmalıdır. Hususiyet, daha çok, eser sahibinin ilgili eser bakımından gösterdiği yaratıcılık düzeyi anlamına gelir. Ayrıca, eserin eser sahibinin bir düşünce açıklaması olduğu da aslında bir varsayımaya dayanır. O varsayım da, her bir fikir ve sanat eserinin temelinde bir düşünce olmasıdır. Eserin meydana getirilmesi, maddi fiil olarak kabul edilirse, temyiz kudretine sahip olmayan bir kişinin meydana getirdiği eser bakımından da bir düşünceden bahsedilebilir. Bu noktada, irade açıklamasıyla düşüncenin farklı kavramlar olduğu kabul edilmesi gerekir. Ortaya çıkan tablo, irade açıklaması geçersiz sayılan temyiz kudreti yoksun kişinin Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku nezdinde açıkladığı düşünceye hukuki sonuç bağlanmasıdır.

Hangi fikri çabanın eser korumasına sahip olacağı noktasında, son olarak hukuk politikası rol oynar. Kültürel açıdan önemli olan, yaratıcısının kişiliğinden izler taşıyan eserlerle, kitlelere yönelik kısa ömürlü, gündelik ürünler arasında eser koruması bakımından bir ayırım yapılmasında hukuk politikası belirleyici olacaktır¹⁴⁵¹.

Fikri bir çabanın eser korumasından yararlanması için, son derece önemsiz de olsa, bireysellik özelliği taşıması yeterli görülmüştür¹⁴⁵². Eser korumasına ilişkin rahat ve geniş sayılabilecek bu bakış açısı, kültürel açıdan tamamen önemsiz görülebilecek, ancak ekonomik açıdan bir değeri olan birçok ürünün eser hüviyetine kavuşmasına aracılık etmiştir¹⁴⁵³. Salt şematik olarak meydana getirilmiş olmadıkça, mütevazi ölçülerde de olsa herhangi bir fikirsel-yaratıcı uğraş eser korumasına sahip olabilecektir¹⁴⁵⁴. Buna göre, alfabetik düzene göre oluşturulmuş bir telefon fihristi ve kronolojik olarak program akışının gösterilmesi eser korumasından yararlanamamıştır¹⁴⁵⁵. Buna karşın, kullanım kılavuzları, kataloglar, dil ile ifade olunan eser (sprachwerk)¹⁴⁵⁶ olarak Fikri Hukuk korumasından istifade etmişlerdir. Öte yandan, bazı reklam sloganları da, eser olarak değerlendirilmişlerdir¹⁴⁵⁷.

“Küçük katkı” kavramıyla nitelendirilen eserlerin, eser korumasından yararlanmaması gerektiği de pekala ileri sürülebilir. Bu düşünceyi çürütmek amacıyla ileri sürülen görüşler, çağın sonucu olarak sayılabilecek ürün-eser kavramları arasındaki yakınlaşmadan hareket eder gözükmektedirler. Bu doğrultuda kimi yazarlar, eser korumasına ilişkin eşiği alta çekmenin doğru olacağını savunmaktadırlar. Böylelikle, Fikri Hukuk ekonomi odaklı bir koruma hukuku haline gelecektir. Sınai ürün üreticisi bakımından şekil zorunluluğu ve herhangi bir

¹⁴⁵¹ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.261.

¹⁴⁵² RGZ 81, s.120,123-Kochrezepte.

¹⁴⁵³ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.262.

¹⁴⁵⁴ Hamburg Yüksek Mahkemesi, cep telefonu logosunu, eser korumasına sahip olacak nitelikte görmüştür. BGHZ 116, s.136,144-Leitsätze, MMR 2004, s.407,408.

¹⁴⁵⁵ BGHZ 141, s.329,332-Tele-Info CD; RGZ 140, s.137-Rundfunkprogramme.

¹⁴⁵⁶ FSEK bakımından bu tür eserler, FSEK md.2 kapsamında, ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilecektir.

¹⁴⁵⁷ OLG Köln GRUR 1934, s.758,759; OLG Düsseldorf DB 1964, s.617; BGH GRUR 1966, s.691,692-Schlafsäcke. **ERDMANN**, GRUR 1996, s.550-558; **SCHRICKER**, GRUR 1996, s.815,820.

masraf gerektirmeyen bu tür bir koruma yönetimi tercih edilir olacaktır¹⁴⁵⁸. Diğer yazarlarsa, “küçük katkı” doktrininin Fikri Hukuk bakımından bir tarafa bırakılması ve eser korumasına ilişkin eşğin yükseltilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁴⁵⁹. Böylelikle, bu yazarlar, Fikri Hukukun geleneksel kültürel işlevine vurgu yapmış olmaktadır.

Öte yandan bir yaratının, günlük kullanım işlevine sahip olması eser olarak korunmasına engel oluşturmaz¹⁴⁶⁰. Ekonomik açıdan kullanım değeriyle öne çıkan, asgari derecede yaratıcılık unsuru içeren eserler, Fikri Hukuk korumasının yanında, de lege ferenda –olması gereken hukuk bakımından- bağlantılı hak (Leistungsschutzrechte) olarak korunabileceği gibi, mevcut hukukta –de lege lata- haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de¹⁴⁶¹ bir korumaya sahiptir. Bunun yanısıra, bir müzik eseri türü olarak kısa ve tanıtım amaçlı müzik parçaları (jingles), marka korumasından da yararlanabilirler¹⁴⁶². Fikri bir sonucun birden fazla koruma sistemi tarafından korunması, günümüzde tasarım alanında gündeme gelebilmektedir¹⁴⁶³. Bir fikri ürün, sonuç için birden fazla koruma sisteminin sözkonusu olduğu durumda, en geniş manevi hak korumasını “eser” koruması sağlayacaktır.

Küçük katkılı yaratımların eser korumasından yararlandırılması durumunda, bunun iki önemli hukuki sonucu olacaktır: Birincisi, eser olarak korunmaya değer yaratımlar konusunda, “yüksek yaratıcılık düzeyi”nin öneminin çağımızda azaldığı anlaşılmış olacaktır¹⁴⁶⁴. Az fikri katkı içeren eserle, çok fikri katkı içeren eser

¹⁴⁵⁸ **SCHRICKER**, Einl Kn.30; **FUCHS**, Ulrich, Der Werkbegriff im italienischen und deutschen UrhR, 1996, s.304; **LOEWENHEIM**, § 6 Kn.19; **LOEWENHEIM**, GRUR Int 2004, s.765-767.

¹⁴⁵⁹ **REHBINDER**, Urheberrecht, Kn.51; **THOMS**, s.271; **SCHULZE**, Gernot, s.279-281; **KOHN**, Die Technisierung der Popmusikproduktion –Probleme der Kleinen Münze in der Musik- ZUM 1994, 288.

¹⁴⁶⁰ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.264.

¹⁴⁶¹ Alman Haksız Rekabet Kanunu- UWG md.3.

¹⁴⁶² **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.264, dn.294.Bkz. Alman Marka Kanunu md.3.

¹⁴⁶³ Endüstriyel bir tasarım, hem tasarım, hem eser hem de Haksız Rekabet Hukuku koruması şeklinde üçlü korumadan yararlanabilecektir.

Küçük katkılı yaratımların, eser korumasına sahip olup olamayacağı meselesi, meslek birlikleri bakımından da önem taşıyacaktır. Öyle ki, eser korumasına sahip olamayan bir yaratım ile ilgili olarak, fikri hukukça korunan eserlerle ilgili olarak faaliyette bulunan meslek birliklerinin herhangi bir hareket alanından bahsedilemeyecektir. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.264.

¹⁴⁶⁴ Eserin kültürel gelişmeden çok ekonomik gelişmeye katılan bir ürün olarak görüldüğü zaman diliminde, zamanın ruhuyla (zeitgeist) uyumlu olarak, eser sahibi adeta fildişi kulesinden indirilmiş ve seri üretim bandına yaklaştırılmıştır. Yaşanan gelişmeler, teknolojik gelişmelerin fikir ve bilhassa sanat eserlerine etkisi olarak da görülür. Orjinalliğin kalmadığı, yapılmış olanın tekrarlanmaya başladığı ileri sürülen bu süreci “Yazar öldü” ilanı ile tanımlayanlar, yazarlığın-yaratıcılığın “kes-yapıştır” ile “yeniden-yorumlama” arasındaki bir alana sıkıştığını belirtmek isterler. Sanayileşmiş

arasında Fikri Hukuk korumasına sahip olup olamama bakımından bir fark olmayacaktır. İkincisi, küçük katkılı eserlerde, eser sahibinin eserle olan kişisel bağı, yaratıcılık düzeyi yüksek eserlere oranla daha az olduğundan, eser sahibinin manevi haklarının ihlali bakımından, yaratıcılık düzeyi yüksek eserler önem taşıyacaktır. Bir tablonun eser sahibinin kişiliğiyle olan bağıyla, kataloğun hatta fihristin eser sahibinin kişiliğiyle olan bağı arasında farklar olduğu açıktır¹⁴⁶⁵.

sanat. Sanatlaşmış sanayi. Bu değerlendirme, bir bakıma, Andy Warhol'un şahsında simgeleşen Pop-Art akımının felsefesine bir göndermedir.

¹⁴⁶⁵ BK md.49'da, tarafların işgal ettikleri sosyal ve ekonomik durum manevi tazminatın takdirinde – eleştirilere rağmen- nasıl bir rol oynuyorsa, eserin eser sahibinin kişiliğinde işgal ettiği rol de, manevi zararın tayininde de önemli bir unsur sayılacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ HAK İHLALLERİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I.GENEL OLARAK

Manevi haklara tecavüz halinde, hangi taleplerin gündeme geleceği FSEK md.66, md.67, md.68 ve md.70' de gösterilmiştir. Bu maddelerde öngörülen hukuk davaları; “tecavüzün ref'i davası”, “tecavüzün men'i davası” ve “tazminat davaları”dır. Tazminat davaları¹⁴⁶⁶ şartları varsa diğer iki davayla birlikte veya tek başına açılabilir¹⁴⁶⁷. Öte yandan, FSEK md.80'de eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanların da eser sahipleri gibi, tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından faydalanacakları hükme bağlanmıştır. Bir başka koruma hükmü de, ihtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak el koymayı öngören FSEK md. 77 hükmüdür. FSEK md. 78'de, hükmün ilanı da, eser sahibinin manevi haklarını koruyan hükümlerden biri olarak belirtilebilir. Öte yandan cezai nitelikli FSEK md.71 ve md.72 hükümlerinden söz edilmelidir¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁶ FSEK'te düzenlenmiş haklar bakımından tazminat davaları, klasik ayrımla maddi tazminat ve manevi tazminat şeklinde gruplandırılırken, markalar bakımından MarkHK md.68 bu iki tazminat davasının yanına “itibar tazminatı” adı altında bir üçüncü davayı da eklemiş bulunmaktadır. “Markanın İtibarı” başlığını taşıyan MarkHK md.68'e göre, “Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarar uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir.” PatKHK md.142'de ve EndKHK md.54'de de öngörülen bu tazminat türünün, maddi zararı mı yoksa manevi zararı mı ya da her ikisini birlikte mi kapsadığı veya dışladığı konusu önemli tartışmalara gebe dir. Marka sahibinin özel hukuka ilişkin talepleri bakımından bkz. **DİRİKKAN**, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.302 vd.

Tekinalpe göre, itibar zararı ne sadece buluş, marka veya tasarımın sahibinin malvarlığında meydana gelen imaj zararının karşılanması ne de itibarın zarara uğramış bulunmasından doğan üzüntünün ve rahatsızlığın markayı, buluşu, tasarımı kullanan işletmeye verdiği zarardır. Bununla birlikte itibar tazminatı hem manevi hem de maddi tazminatın unsurlarını taşır. **TEKİNALP**, İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.594.

Dirikkan, reklam amacıyla üretilen tişörtlerin üzerine Adidas markasının benzeri olan Adidasch markasının, uyuşturucu maddeleri çağrıştıracak biçimde kullanılmasında, malla bağlantılı olmaksızın, doğrudan doğruya markanın kötü biçimde kullanımının MarkHK md.68 kapsamında itibar tazminatı talep edilmesine imkan tanıyacağını ifade etmiştir. **DİRİKKAN**, s.309.

¹⁴⁶⁷ **ARSLANLI**, s.211,212; **AYİTER**, s.253; **ÖZTRAK**, s.74; **EREL**, s.292.

¹⁴⁶⁸ Bu hükümlerden FSEK md.68, md.71, md. 72, md.77 ve md. 80 hükümlerinde, 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, değişikliklere ilişkin Kanunun isminden de anlaşılacağı üzere cezai düzenlemelere odaklanmıştır.

Alm.ESHK’da, eser sahibinin haklarının, dolayısıyla manevi haklarının ihlalden kaynaklanan hukuki taleplerden bahsetmek gerekirse, Alm.ESHK md. 97’de düzenlenen tecavüzün ref’i, tecavüzün men’i ve tazminat davalarını, Alm.ESHK md.98’de öngörülen hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılmış eser nüshalarının eser sahibine bırakılması veya imhası, bunu takiben Alm.ESHK md. 99’da düzenlenmiş eseri çoğaltmaya yarayan araçların eser sahibine bırakılması veya imhası, Alm.ESHK’da koruma altına alınmış hakların çalıştırdığı işçi veya yetkili kişilerce ihlal edilmesi durumunda Alm.ESHK md.100 gereği teşebbüs sahiplerine başvuru imkanı ve Alm.ESHK md.101’de düzenlenen istisnai nitelikli talepler sıralanabilir. Alm. ESHK md. 103 ise, mahkeme kararının ilanı imkanını ele almıştır. Alm.ESHK md. 97 f.3 uyarınca diğer kanunlardan kaynaklanan talepler de saklı tutulmuştur. Bu durumda, haksız fiil, haksız rekabet, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hukuku hükümleri de, eser sahibinin korunması bakımından dikkate alınacaktır.

İsviçre Hukukunda ise, eser sahibinin haklarına, dolayısıyla manevi haklarına ilişkin talepler İsv.ESHK md.61 ila md.66 arasında öngörülmüştür. İsv. ESHK md.61, tesbit davasını düzenlemiştir. FSEK’te, tesbit davası md.15 f. 3’de “adın belirtilmesi salahiyeti”ne ilişkin olarak düzenlenmişken, İsv. ESHK’da bu konuda herhangi bir sınırlama getirmeyerek, Usul Hukuku içerikli genel bir tesbit davası öngörmüş bulunmaktadır. Hükme göre, haklı bir menfaati olduğunu kanıtlayan herkes, bu kanuna göre bir hakkın veya bir hukuki ilişkinin var olup olmadığını mahkemeden tesbitini isteyebilecektir. İsv. ESHK md.61’deki tesbit davasını (feststellungklage) takiben, md. 62’de ifa davaları (leistungsklagen) düzenlenmiştir. Hükümün ilk fıkrasına göre, eser sahibi veya eser sahibinin haklarıyla bağlantılı olan hak sahipleri kanundan doğan haklarının ihlali veya tehlikeye sokulduğu durumlarda mahkemeden, yaklaşmakta olan ihlali önlemesini, var olan ihlali bertaraf etmesini talep edebilirler. Ayrıca, mahkemeden, davalı kişinin, zilyedliğinde bulunan veya hukuka aykırı olarak üretilen veya dolaşıma konulan malların hukuka aykırı olarak üretildiği veya dolaşıma konulduğunu bildirmesi konusunda bir karar talebinde bulunulabilir. İsv.ESHK md.62 f.2’ de Borçlar Kanunundan kaynaklanan tazminat talebi, manevi giderim ve vekaletsiz iş görme hükümlerine göre elde edilen kazancın geri verilmesine ilişkin taleplerin saklı olduğu düzenlenmiştir. İsv.ESHK md.63 f.1’e göre, mahkeme hukuka aykırı bir şekilde üretilen veya kullanılan mallara el konulmasına, kullanılamaz hale getirilmesine veya imha edilmesine karar verebilir.

İkinci fıkrayla, yapı eserleri bakımından bir istisna getirilmiştir. Mahkeme, İsv.ESHK md.66 uyarınca, kazanan tarafın talebi üzerine, masrafları kaybeden tarafça karşılanmak üzere, mahkeme kararının ilanına karar verebilir. İlanın kapsamı ve çeşidine mahkeme karar verecektir.

Eser sahibi, manevi hakkına saldırı halinde, manevi giderimini İsv.ESHK md.62 f.2, İBK md.41 f.1 ve md.49 f.1 hükümlerine dayandıracaktır. İsviçre Federal Mahkemesinin de savunduğu üzere, eserin hukuka aykırı bir şekilde kullanımı neticesinde, hukuka aykırı hareket edenden, götürü bir şekilde fiktif bir lisans ücreti adı altında bir bedel istenemez. Çünkü, İsv. ESHK md.62 f.2 hükmü genel tazminat hükümlerine dayalı bir hüküm olup, tazminatın hesaplanmasını ön planda tutar, yoksa cezai nitelikli bir yaptırıma karşıdır¹⁴⁶⁹.

Bern Sözleşmesi md.16 f.1’de eser sahibinin haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin olarak; “eser sahibinin haklarını ihlal eden her eser, orijinal eserin kanuni himayeye mazhar olduğu Birlik memleketlerinden herbirinin yetkili makamları tarafından müsadere edilebilir” ve md.19’da ise “işbu sözleşmenin hükümleri, Birliğe dahil bir memleketin mevzuatındaki daha geniş hükümlerin tatbikini talep etmeye mani değildir” şeklinde düzenlemeler yapılmıştır. Manevi hak ihlalden söz edebilmek için “hukuka uygunluk sebeplerinin”¹⁴⁷⁰ olmaması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak sayılan “mağdurun rızası”, manevi haklar bakımından özel önem taşır. Eser sahibi, eserine yapılacak müdahaleye açıkça izin verebileceği gibi üstü örtülü bir şekilde izin vermiş sayılabilir. Mali haklar bakımından FSEK md.52’de öngörülen yazılı geçerlilik şartı, mali haklarda eser sahibinin örtülü izin verme imkanının üstünü örtüp, sönmesine yol açarken manevi hakları konu alan hukuki işlemlerde yasal bir geçerlilik rejimi öngörülmediğinden, zımni izin uygulama alanı bulabilir.

Manevi hak ihlalden söz edilecekse, somut olayda ortada bir eser olup olmadığı araştırılmalıdır. Bununla birlikte eserin koruma süresinin sona ermemiş olmaması

¹⁴⁶⁹ REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, Kn.215.

¹⁴⁷⁰ Genel olarak hukuka uygunluk sebepleri; “mağdurun rızası”, “Kamu Hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması”, “Özel Hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması”, “Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenen üç durum (Meşru müdafaa- İhtarar hali-Hakkını korumak için kuvvet kullanma)” ve “üstün kamu yararı veya üstün özel yarar bulunması” şeklinde sıralanabilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.484 vd.

gerekir. Ancak, manevi haklar bakımından ebedi koruma süresinin sözkonusu olduğu kabul edildiğinde, koruma süresinin tükenip tükenmediğine bakılmayacak, bu konuda takibatta bulunan kişinin yetkili olup olmadığına bakılacaktır.

Eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonrasına kadar, FSEK md.19’da sayılan kişiler söz sahibi olacakken, bu zamanın ötesine geçebilecek tek hukuk süjesi ise, FSEK md.19 çerçevesinde Kültür Bakanlığı olacaktır.

Bir eser birden fazla kişi tarafından meydana getirilebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından da eser sahibinin manevi hakları ihlal edilebilir. Eser sahibinin manevi haklarının birden fazla kişi tarafından ihlal edilmesi durumunda, bu kişilerin müteselsil sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁴⁷¹.

FSEK’te eser sahibinin haklarına ilişkin yasal sınırlamalar (örneğin iktibas serbestisi), mali haklar kadar manevi haklar için geçerli olduğu için “manevi haklara ilişkin sınırlamalar” şeklinde bir unsur da, manevi haklara ilişkin bir ihlalin sözkonusu olup olmadığının incelenmesine ışık tutacaktır. Eser sahibinin haklarına ilişkin sınırlamalara dayanılarak yapılan manevi haklara müdahale, hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Mali hak sahibinin, haktan gereği gibi yararlanabilmesi için eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi de, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin yasal sınırlama olarak değerlendirilecektir. Başka bir deyişle, FSEK md.16 f.2’den çıkartılacak bu sonuç, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine ilişkin müdahalenin hukuka uygun sayılmasına yol açmaktadır.

¹⁴⁷¹ Birden fazla kişinin manevi hak ihlalinde bulunması, eksik teselsül hükümlerinin de uygulanmasına yol açabilir. İstihdam eden kişinin sorumluluğunda, müstahdem BK md.41 ve istihdam eden BK md.55 çerçevesinde sorumlu olabilecek ve bu durumda eser sahibinin uğradığı zararı, birden çok kimse ayrı sebeplerle tazmin etme yükümlülüğü altında olacaktır. Eksik teselsül hakkında bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.710 vd. Bir sanat galerisinde çalışan kişinin, sergilenmek üzere teslim edilen tabloyu düşürüp, tahrip olmasına yol açması durumunda bu eylemi yapan kişi ile onu istihdam eden kişi eksik teselsül hükümlerine göre sorumlu olabilecektir. Tablonun tahrip olması, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapma hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Bir yayınevinde çalışan yazarın, başkasının çalışmasını onun izni olmaksızın kendi çalışması gibi sunup yayınlaması durumunda, yazar ve yazarı istihdam eden yayınevinin sorumlulukları açısından da eksik teselsül değerlendirmesinde bulunmak mümkün olacaktır.

Manevi hak ihlalleri çoğu zaman, mali hak ihlalleriyle birlikte meydana gelse de, salt manevi hak ihlalinin sözkonusu olduğu durumlar da vardır.

FSEK md.14 f.2'ye aykırı olarak eser sahibinin izni olmadan eserin içeriği hakkında bilgi verilmişse, bu durumda herhangi bir mali hak ihlali yoktur. Eser sahibi manevi hakkının ihlal edilmesi nedeniyle FSEK md.70 f.1'e dayanarak manevi tazminat davası açabilir. Öte yandan, esere olan ilginin ve talebin azaldığını ve bunun kazanç kaybına yol açtığını ispatlayarak maddi tazminat talebinde de bulunabilir. Eser sahibinin bu zararı, yoksun kalınan kâr olarak değerlendirilebilir.

Yayıncı, eserin pazarlama gücünü artırmak veya başka bir amaçla eseri eser sahibinin isteği dışında bir adla veya isimsiz olarak yayımlamışsa, bu durumda mali hak ihlalden değil, sadece manevi hak ihlalden söz edilecektir. Bu noktada, FSEK md.14 f.3 uygulama alanı bulacaktır.

Eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkı tanıdığı kişi, eseri sözleşmede kararlaştırılan sayıda çoğaltmasına ve yaymasına rağmen, çoğaltma ve yayma eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde ise burada mali hak ihlali değil ancak manevi hak ihlali olacaktır. Bu durumda, FSEK md.15 f.1'e aykırı hareket edilmiş olunacaktır.

FSEK md.15 f.2 uyarınca bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalar ile bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi gerekirken, bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması, kural olarak bir mali hak ihlali sayılmayacak iken, bu manevi hak ihlalden manevi zarar doğmasının yanında malvarlığı zararı da doğabilir. Nüshaların, asıl esere oranla kalitesinin farkedilebilir olduğu durumlarda, nüshayı elinde bulunduran kişinin bunun sadece nüsha olduğunu bilmesi, eser sahibinin ünü ve müşteri çevresi bakımından önem taşır. Öte yandan, işlenme bir eserde, orjinal eserin sahibinin isminin belirtilmesi, eser sahibine yeni eserler ısmarlama konusunda da bir müşteri çevresi oluşturabilecektir.

FSEK md.15 f.3'e göre, mimari eser niteliğini taşıyan yapılarda, yazılı istem üzerine yapının görülen bir yerine, eser sahibinin uygun göreceği bir malzeme ile

silinmeyecek bir şekilde eser sahibinin adının yazılmaması da bir manevi hak ihlali anlamına gelecektir.

Eserde yapılan değişiklik, “işleme eser” meydana getirecek şekilde yaratıcı bir katkıdan yoksunsa, bu durumda eser sahibinin FSEK md.21’de düzenlenen işleme hakkı ihlal edilmiş olmayacak, ancak eser sahibinin FSEK md.16’da düzenlenmiş eser üzerinde değişiklik yapma(ma) yetkisi ihlal edilmiş olacaktır. FSEK md.21 bir eserin işlenerek yeni bir eser meydana getirilmesine, “işleme hakkı”na ilişkin olduğuna göre, eser üzerinde yapılan basit değişiklikler, hususiyet taşımayan değişiklikler, “işleme eser” meydana getirmeyecektir.

Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, eser üzerinde yapılan her türlü değişiklik, değişiklik yapılan eserden yeni bir eser; işleme eser oluşturmaz¹⁴⁷².

Eser sahibi yazılı izin vermiş olsa bile, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen değişiklikte bulunmak ve hatta eserin mahiyet ve hususiyetini bozmak da, mali hak ihlaline yol açmamasına rağmen, sadece manevi hak ihlali olarak değerlendirilebilir.

Mali haklar ve manevi haklar ne kadar ayrı iki hak türü olarak görülürse görülsün, aralarında bir karşılıklık, etkileşim olduğu yadsınamaz. Mali hakların korunması, eser sahibinin manevi menfaatlerinin tatmin edilmesine hizmet edebileceği gibi, manevi hakların korunması da aynı tatmini eser sahibinin mali menfaatleri bakımından sağlayabilir. Ancak, mali ve manevi menfaatleri, bu menfaatlere kanun koyucu tarafından eşlik etmesi öngörülmüş mali haklar ve manevi haklar aracılığıyla korumak daha doğru ve doyurucu olacaktır. Her bir hakkın anatomisinde mali ve manevi menfaat görülmekle beraber, ilk bakışta eser sahibinin malvarlığını çoğaltmaya yarar gözükken menfaatler mali, diğerleri manevi haklar olarak nitelendirilmiştir. Mali haklar, önemli ölçüde eser sahibinin mali menfaatlerini,

¹⁴⁷² Bu bağlamda, “alelade işlenmeler” ile “işleme eserler” arasındaki farklılığa dikkat çekilmektedir. Alelade işlenmeler eser olarak korunmazken, işleyeninin ciddi fikri katkısını içeren işlenmeler FSEK md.6 f.2 çerçevesinde işleme eser olarak korunacaktır. ÜSTÜN, İşleme Eserler, s.87.

Öte yandan, asıl eserin kısaltılmasının, istisnalar dışında, bir işleme eser meydana getirmesinin kabulü açısından yeterli olmadığı, bir müzik eserinin sadece seslerinin değiştirilmesinin işleme faaliyeti olmadığı, bir güzel sanat eserinin ölçekli büyütülmesinin de işleme sayılmayacağı ifade edilmektedir. ÖZTAN, İşleme Eserler, s.227 vd.

manevi haklar ise eser sahibinin önemli ölçüde manevi menfaatlerini tatmin etmeye yönelmiştir.

Manevi haklar ve mali hakların, bir bütün olarak eser sahibinin eseri üzerindeki mali ve manevi menfaatleri bir bütün olarak koruduğu düşünüldüğünde, mali hak ihlalinin maddi zarar yanında manevi zarar; manevi hak ihlalinin de manevi zarar yanında maddi zarar doğurması mümkündür.

“Çapraz tazminat” olarak nitelendirmeyi uygun gördüğümüz bu durum, haksız yere çifte tazminat ödenmesine yol açmamalıdır. Aksi halde Borçlar Hukukunun tazminatın gerçek zararla sınırlı olması kuralına aykırı sonuçlar doğar. Eser sahibinin haklarına yapılacak tecavüzün doğurduğu mali zarar ve manevi zarar hesap ve takdir edilirken, aynı hak ihlalden iki kez aynı zararın doğduğu şeklinde bir yorum yapılmamalıdır. Örneğin, eser sahibi çoğaltma ve yayma hakkının ihlalinin aynı zamanda umuma arz yetkisinin ihlali olduğunu ileri sürerek, mali hak ihlali nedeniyle maddi tazminat ve manevi hak ihlali nedeniyle manevi tazminat isteyebilir. Hatta, manevi hak ihlalinin gelecekteki satışları etkilediğini düşünerek genel hükümlere dayanarak maddi tazminat talebinde de bulunabilir. Ancak, eser sahibi bir taraftan çoğaltma ve yayma hakkının umuma arz yetkisinin ihlal ettiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat, diğer taraftan umuma arz yetkisinin ihlalinin çoğaltma ve yayma hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek, adeta ilk iddasını ters çevirerek ikinci kez manevi ve maddi tazminat talebinde bulunamaz. Burada “yığışımli”(kümülatif) değil, olsa olsa, “yarışan” talepler sözkonusudur.

II.MANEVİ HAK İHLALİNDE “ESER” VEYA “İCRA”NIN VARLIĞI KOŞULU

A.Genel Olarak

Manevi hak ihlali, haksız fiil olarak değerlendirildiğinde haksız fiil bakımından aranan şartlar, manevi hak ihlali bakımından da geçerli olacaktır. Haksız fiilin konusu manevi hak ihlali olunca, eser¹⁴⁷³ veya icranın varlığı aranacaktır. FSEK’te manevi haklar, eser sahibine ve icracı sanatçılara tanınmıştır. Eğer ihlal edilen hukuki değer, FSEK kapsamında korunan “eser” türlerinden birine girmiyorsa veya icracı sanatçının icrasından sözedilemiyorsa, bu takdirde manevi hak ihlali olmayacaktır.

FSEK md.2 ilâ 6. maddeler arasında eser türleri sayılmıştır. Fikri bir çalışma, bu eser türlerinden birine girdiği takdirde eser olarak nitelendirilebilecek ve dolayısıyla eser sahipliği, manevi hak ihlali gibi kavramlar uygulama alanı bulabilecektir. İcra bakımından da, FSEK md.80/1A’da ve Komşu Haklar Yönetmeliği md.4b’de geçen “özgün” kelimesine dikkat edilmesi gereklidir. FSEK md.80/1A’da “eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri *özgün bir biçimde* yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların..” ifadesine yer verilmiştir. Doktrinde icracı sanatçının, bağlantılı hak sahibi olarak korunabilmesi için özgün bir icrada bulunması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁷⁴.

Eser sahibinin manevi hakları kural olarak, “eser”den esere değişmemekle birlikte bazı eserlere ilişkin olarak özel düzenlemeler yapılabilmektedir. Örneğin, FSEK md.17 f.1 c.1’e göre, “Eser sahibi, gerekli durumlarda, aslın maliki ve zilyedinden, koruma şartlarını yerine getirmek kaydıyla, 4’üncü maddenin 1’inci ve 2’inci bentlerinde sayılan güzel sanat eserlerinin ve 2’inci maddenin 1’inci bendinde ve

¹⁴⁷³ Yargıtay, “Avukat tarafından yazılan bir dilekçenin ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilmesi için, edinilen bilgi birikimi, mesleki tecrübe ve mevzuat incelemesi ile yazılabilecek mutad bir dilekçe olmanın üzerinde; hukuki görüşlerin ve vakıaların sunuluşu, düzenlenişi, bilgilerin derlenişi ve seçilmeleri itibarıyla sahibinin hususiyetlerini taşıması gerekeceği” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. 11.HD. E.2006/929, K.2007/8748, T.07.06.2007, sayılı karar, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 2008, s. 66 vd.

¹⁴⁷⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.258; **ARKAN**, s.51.

3'üncü maddede sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından geçici bir süre için yararlanmayı talep etme hakkına sahiptir.”

Manevi hak ihlalinin belirlenmesinde, eserin taşıdığı özellik de dikkate alınmalıdır. Esere yapılacak her türlü müdahale, eser sahibinin manevi hakkının ihlali sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin, FSEK md.16 f.2'de, işleme, çoğaltma, temsil ve yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmelerin eser sahibinin izni olmaksızın da yapılabileceği düzenlenmiştir.

Internet ortamı başta olmak üzere, dijital (sayısal) ortamın eser kullanımında artan rolü, manevi hak ihlallerini kolaylaştırdığı ölçüde, ihlalin tesbitini de güçleştirmiştir. Bilgisayar teknolojisinin, eser kavramı üzerindeki etkisi bakımından en önemli örneklerden birini de multimedya (çoklu ortamlı) eser oluşturmaktadır.

B.Multimedya Eser Kavramı ve Manevi Hak İhlalleri

1.Multimedya Eser

a.Genel Olarak

Birden çok eserin biraraya gelmesinin yeni bir eser olarak değerlendirilmesi için, bu eserleri biraraya getiren kişi veya kişilerin hususiyetini taşıması gerekecektir. Bu kişi veya kişiler, daha önceden mevcut eserleri biraraya getirme şekli ve sürecindeki katkıları ile, ortaya çıkan eserin sahibi olurlar. Bu bakımdan, daha önceden mevcut eserlerin sadece sayısal ortamda biraraya getirilmesiyle ortaya çıkan her sonuca, multimedya eser niteliği vermek mümkün olmaz.

Multimedya ürün ve multimedya eser kavramı birbiriyle eş anlamlı kullanılabilmektedir¹⁴⁷⁵. Özellikle, geleneksel eser kavramından farklılığını da vurgulamak, teknolojinin ürünün meydana getirilişindeki ağırlığı göstermek bakımından multimedya ürün kavramı tercih edilebilmektedir. Başka bir deyişle, multimedya ürünün gösterdiği özellikler, bu ürünün eser sayılmasına yetecek ölçüde görülmektedir. Multimedya ürün, sadece mevcut eserlerin biraraya getirilmesi

¹⁴⁷⁵ STAMATOUDI, Irini A., Copyright and Multimedia Works: A Comparative Analysis, Cambridge University Press 2002, s.16 dn.2.

anlamını taşımamakta, bu eserlerin biraraya getiriliş şekli ve getiriliş sürecinde uğradığı değişiklikler ve bu ürünün meydana getirilmesinde yeni fikri katkıları da içermektedir.

Multimedya eserler, farklı şekil ve kapsamlarda karşımıza çıkmaktadırlar. Bilgisayar oyunları, multimedya eserlerin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Öte yandan tek bir tema üzerine kurulu (örneğin Dünya Opera Tarihi gibi veya ünlü bir sanatçının yaşamı ve yapıtlarını konu alınması gibi), bilgi vermeyi amaçlayan CD-ROM ortamı gibi çeşitli ortamlarda sunulan çalışmalar da, multimedya eser olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁷⁶.

Doktrinde Tekinalp, multimedya eserlerin yeni bir eser türü oluşturmadığı, bilgisayar destekli ürünlerin de FSEK md.1/B (a) hükmü anlamında eser sayılması gerektiği; bunlardan bir kısmının eser, büyük bir bölümünün de işleme olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁴⁷⁷.

Multimedya ürünlerin, sayısallaştırma (sayısal ortama aktarma; digitalisierung), birleştirme ve etkileşimlilik ve şeklinde sıralanabilecek üç özelliği vardır.

b.Multimedya Eserin Özellikleri

(1) Sayısal Ortama Aktarma

Sayısal ortama aktarma¹⁴⁷⁸ bakımından, verilerin salt sayısal ortama aktarılmasıyla, verilerin sayısal ortama değiştirilerek aktarılması ayırdedilmelidir. Sayısallaştırma, tek başına, verilerin sayısal ortama naklini ve kaydedilmesini betimleyen bir süreçtir. Verilerin sayısal ortamda değiştirilmesi denilince ise, sayısal iyileştirme (digitales Remastering) ve sayısal işlemler (digitale Bearbeitungen) kavramlarının açıklanması gerekir¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁶ HEESCHEN, s. 96.

¹⁴⁷⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 123.

¹⁴⁷⁸ Sayısal ortama aktarma (sayısallaştırma; digitisation) hakkında açıklamalar için bkz. STAMATOUDI, s. 21 vd.

¹⁴⁷⁹ HEESCHEN, s.97, 98.

Sayısal iyileştirme, müzik endüstrisinde çok revaçta olan bir tekniktir. Geçmiş yıllara ait klasik, caz veya pop müzik kayıtlarını daha kaliteli ve iyi bir şekilde dinlenebilir hale getirmek için, sayısal iyileştirmeden faydalanılmaktadır. Kaset veya plağa kaydedilmiş eski kayıtlar, sayısal iyileştirme aracılığıyla CD ortamına kaydedilip, daha kaliteli ses tonuyla dinlenebilir hale getirilmektedir. Böylelikle dikkati dağıtan yan gürültüler ortadan kaldırılmış olmakta, yeni kayıt eski kayıttan çok daha iyi bir şekilde kullanıcının hizmetine sunulmaktadır. Bu sürece benzer bir şekilde resimlere, grafiklere, fotoğraflara ve filmlere uygun bir işlemden sonra, bu ürünler de, eski hallerinden daha iyi hale getirilmektedir. Yırtılmış, yıpranmış, lekelenmiş, kısmen sararmış bir fotoğrafın resim ve renk kalitesi sayısal kopyalama ve iyileştirme aracılığıyla, fotoğrafın net bir şekilde görünmesini engelleyen unsurlardan arındırılmış hale getirilmektedir¹⁴⁸⁰.

Sayısal ortama aktarılan eserlerin, orjinal kalitesini iyileştirme çalışmalarının yanında, eserin ifadesini ve kalitesini bilinçli olarak değiştirmeye yönelik sayısallaştırma süreçlerine ise sayısal işlemler adı verilir. Bu süreçteki amaç, iyileştirmekten çok, eseri değiştirmeye, modernize etmeye ve yeni kullanım alanlarına uyumlu hale getirmeye yöneliktir. Örneğin, film endüstrisinde, siyah beyaz filmlerin renklendirilmesi, eski filmlerin kullanım alanlarını genişletmeye yöneliktir; başka bir deyişle bu filmleri modern televizyon ve sinema seyircisinin beğenisine, zevkine uygun hale getirmeye yöneliktir¹⁴⁸¹. Sayısal işlemler, sadece film sektörüne özgün olmayıp müzik endüstrisinde de pek kolaylıkla istifade edilebilecek bir tekniktir. Bir müzik eserinin, nota uzunluğunun, ses renginin, ritminin, temposunun değiştirilmesi, sayısal işlemler çerçevesinde değerlendirilecektir¹⁴⁸².

¹⁴⁸⁰ HEESCHEN, s.98.

¹⁴⁸¹ HEESCHEN, s.98,99.

Kanaatimizce, eski siyah beyaz filmlerin sanatsal bir tercihle değil, renkli film formatı o zamanlarda henüz bulunmadığı için bu şekilde üretildiği de gözden kaçırılmamalıdır. Yoksa, sanatsal bir tercihle siyah beyaz çekilmiş bir filmin, renklendirilmesi tek başına filmin özüne bir müdahale olarak anlaşılacaktır. Bu bağlamda, film eser sahibinin henüz renkli film formatı bulunmadığı zamanda filmini siyah beyaz çekmiş olmasının, gerçekten teknik zorunluluktan mı yoksa sanatsal bir seçimden mi doğmuş olmasının tespiti kolay olmayacaktır.

¹⁴⁸² HEESCHEN, s.99.

(2) Birleştirme

Multimedya eserlerin bir diğere önemli özelliği de farklı anlatım araçlarından oluşan farklı eserlerin biraraya getirilmesidir. Resimlerin, seslerin, metinlerin biraraya getirilmesi, birbiriyle bütünleştirilmesiyle ortaya multimedya eserler çıkmaktadır.

Sayısal ortama aktarılarak, tek bir veri taşıyıcısında, örneğin CD-ROM'da, biraraya getirilen eserler, multimedyanın özelliklerinden biri olan birleştirmenin, kombinasyonun görünüm biçimlerinden biridir. Birbirinden farklı ifade araçlarından oluşan eserlerin bütün bir sanat eseri şeklinde ortaya çıkmasına en uygun örnek film eserleridir. Multimedya ürünler, teknolojinin bir sonucu olarak daha hızlı ve daha kolay bir şekilde birbirinden farklı ifade araçlarının biraraya getirilmesinden doğan ürünlerdir. Multimedya ürünlerdeki birleştirme unsuru iki değişik biçimde karşımıza çıkar. Multimedya ürünü oluşturan eserler ya hiçbir değişikliğe maruz kalmadan bütünüyle ya da belli bir parçasıyla veya katmanıyla, biraraya getirilirler. Eğer her bir bağımsız eser, herhangi bir kısaltılmaya, parçalanmaya, işlenmeye veya yeniden biçimlendirmeye maruz kalmadan birbiriyle bütünleşmişse, o halde “eserlerin bütünüyle birleşmesinden” sözedilmek gerekir. Bu durumda, multimedya üründe biraraya gelen her eser, eser sahibinin arzu ettiği; eser sahibinin eserini yarattığı biçimde varlığını sürdürür. Örneğin, bir yazarın tüm eserlerinin bir CD-ROM'da biraraya getirilmesinde, normal şartlarda eserlerde bir kısaltılmaya rastlanmayacak, yazarın hayat hikayesine ilişkin görüntülerin de (canlandırmaların) eklenmesiyle, “eserlerin bütünüyle birleştirilmesi”nden sözedilmesine yol açacaktır¹⁴⁸³. Bunun yanı sıra, eserlerin bütünüyle değil de, parçalarının veya katmanlarının kullanılmasıyla meydana getirilen bir multimedya üründen bahsetmek de mümkündür. Genellikle, multimedya ürünler, böyle bir yöntemle meydana getirilirler. Örneğin, photocomposing (fotoğraf birleştirme) adı verilen yöntemde, bir fotoğraf veya resim orjinal kompozisyonundan ayrılarak, kısmen veya tamamen değiştirilerek, diğere seçilmiş resim veya fotoğraf parçalarıyla birlikte yeni bir kompozisyon halinde sunulur. Müzik örnekleme (musiksampling) adı verilen

¹⁴⁸³ HEESCHEN, s.100.

yöntemdeyse, canlı çalınan veya daha önceden çalınmış ve kaydedilmiş bir ses yine daha önceden kaydedilmiş bir sesle biraraya getirilir¹⁴⁸⁴.

(3) Etkileşimlilik

Etkileşimlilik (Interaktivität), multimedya ürünlerin diğer önemli özelliklerinden biri olarak görülür¹⁴⁸⁵. Etkileşimlilik, multimedya ürün aracılığıyla hazır tutulan bilgilerin aktif bir biçimde kullanılması anlamına gelir. Başka bir anlatımla, kullanıcı veri kaynaklarıyla iletişimde bulunur. Kullanıcı, istediği bilgilere, arama kavramları yoluyla ulaşabilir, yaptığı aramalar neticesinde elde ettiği bilgilerden istediğini seçebilir ve hatta zaman zaman verilere müdahale edip, değişikliklerde bulunabilir¹⁴⁸⁶.

Etkileşimlilik kavramının farklı görünüm biçimlerinden bahsetmek gerekirse, ilk olarak “metinlerarası yapı aracılığıyla etkileşimlilik”i (interaktivitaet durch eine hypertextuelle Struktur) anmak gerekir. Metinlerarasılık kavramıyla, birbiriyle bağlantılı metin elemanlarının toplamı anlaşılır. Metinlerarasılık, sadece online kullanılan multimedya ürünlerle sınırlı olmayıp, CD-ROM’a kaydedilmiş veri bankası gibi offline çalışan multimedya ürünlerde de belirleyici olan bir kavramdır¹⁴⁸⁷. Bağlı etkileşimlilik (gebundener interaktivität) ve serbest etkileşimlilik (freier interaktivität) değinilmesi gereken diğer kavramlardır. Multimedya ürünlerin büyük bir bölümünde bağlı etkileşimlilik hakimdir. Buna göre, kullanıcı, multimedya üründe bulunan ve daha önceden öngörülmüş alternatifler

¹⁴⁸⁴ HEESCHEN , s.101.

Film sektöründe de buna benzer örnekleri, filmkolajı (filmcollagen) adı altında, bulmak mümkündür. Bu konuda, en sık verilen örnek, Forrest Gump filminde, oyuncu Tom Hanks in bir film sahnesinde, eski amerikan başkanlarından Richard Nixon’la tokalaştığı sahnedir. Bu sahne, Tom Hanks’in daha önceden çekilmiş sahnesinin, Richard Nixon’un belgesel formatındaki sahnesine sayısal ortamda eklenmesiyle meydana getirilmiştir. Daha önce başka filmlerde de kullanılmış, başka bir tarz ise, Alman yönetmen Tom Tykwer’in 1998 tarihli “Koş Lola Koş” (Run Lola Run) filminde gerçek film kayıtlarıyla çizgi film kayıtlarını biraraya getirdiği sahneler dizisidir. Bkz. HEESCHEN,s.192.

¹⁴⁸⁵ Multimedya üründeki “etkileşimlilik” özelliğinin düzeyi, sözkonusu multimedya ürünün kalitesini etkileyecektir. Etkileşimlilik özelliğinin az gelişmiş olduğu, elektronik ansiklopedi veya etkileşimli veribankaları (interactive databases) gibi ürünlerin mevcut eser türleri arasında kendine bir yer bulduğu ifade edilmektedir. Bu tür ürünleri ilk nesil multimedya ürünler (first generation of multimedia products) isimlendirilirler. Etkileşimlilik düzeyinin daha ileri olduğu multimedya ürünler ise ikinci nesil multimedya ürünler olarak değerlendirilir. STAMATOUDI, s.21.

¹⁴⁸⁶ HEESCHEN, s.102, 103. Etkileşimlilik sayesinde multimedya ürün kullanıcısı, televizyon izleyicisi ve radyo dinleyicisinin pasif durumunun aksine, sunulan veriyi aktif bir biçimde kullanır. Böylece, multimedya ürün, pasif algılanma özelliğiyle tanımlanan eserlerden ayrılır.

¹⁴⁸⁷ HEESCHEN, s.103.

arasında seçim yapar. Buna karşın, serbest etkileşimlilikteyse, kullanıcının multimedya üründeki verilere müdahale etme şansı vardır. Ancak, bu tür müdahale için kural olarak multimedya üründen ayrı olarak, bir bilgisayar programına ihtiyaç duyulur. Son olarak belirtilmelidir ki, bağlı ve serbest etkileşimlilik arasındaki sınır son derece esnektir¹⁴⁸⁸.

c.Multimedya Eserlerin Mevcut Eser Türleri Açısından Değerlendirilmesi

Multimedya eserler, ağırlıklı olarak bilgisayar teknolojisinin kullanıldığı eserler olarak değerlendirildiğinde mevcut eser türleri çerçevesinde yer edinebilirler. Geleneksel eser türlerinin meydana getirilmesinde dahi, bilgisayar teknolojisi kullanıldığına göre, bu teknolojinin kullanılmasıyla ortaya çıkan multimedya eserleri de, Kanun'da sayılan eser türleri açısından değerlendirmek mümkün olmalıdır. Multimedya kavramına ve dolayısıyla multimedya kavramına verilen değişik anlamlar, model sayılabilecek multimedya eser kavramının ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Bu bakımdan, multimedya eserleri Kanunda sayılan eser türlerinden sadece birine indirgemek yerine, çeşitli eser türleri açısından değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır.

FSEK md.1B'de, eser "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" şeklinde ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, multimedya eser için FSEK md.2 ilâ 6.maddeler arasında sayılan eser çeşitlerinden yararlanmak gerekecektir. Multimedya kavramına yüklenecek anlama göre, multimedya eserin korunmasında, sinema eserleri, işlenmeler ve derlemeler gibi eser türlerinden yararlanmak mümkün olacaktır.

Multimedya eserlerin korunmasında, multimedya eserin meydana getirilmesinde kullanılan eserlere ilişkin korumadan yararlanabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁸ HEESCHEN, s.104. Kullanıcının bilgisayar sistemiyle iletişimi, sadece maus veya klavye aracılığıyla gerçekleşmek zorunda olmayıp, insani iletişim formları olan konuşma, bakış ve jestler aracılığıyla da sağlanabilir. Bu noktada, dokunmaya duyarlı ekranlar veya sese duyarlı sistemler örnek olarak gösterilebilir.

¹⁴⁸⁹ LOEWENHEIM/HOEREN, § 9, Kn.263.

Multimedya eserlerin meydana getirilmesinde bilgisayar yazılımı kullanımının oynadığı rolden hareketle, multimedya ürünlerin bilgisayar programı olarak korunabileceği düşüncesi ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, multimedya ürünlerinin üretiminde ve bu ürünlerin kullanılmasında bilgisayar programları, yazılımları o derece etkindir ki, bu etkinlik multimedya ürünleri bilgisayar programları dışında başka bir eser kategorisi içinde değerlendirilmesine engel olur. Başka bir deyişle, multimedya ürünler, bu ürünleri oluşturan mevcut eserlerin, bilgisayar yazılımı tarafından yönlendirilen sayısallaştırılması, yeniden işlenmesi ve bütünleştirilmesi yoluyla ortaya çıktığından, bilgisayar programı olarak korunmalıdır¹⁴⁹⁰. Bu görüşe karşılık olarak baskın görüş¹⁴⁹¹, multimedya ürünlerin bilgisayar programı olarak korunamayacağını belirtir. Her ne kadar, multimedya ürünün üretiminde ve kullanımında bilgisayar programlarından da yararlanılıyorsa da, bu durum, bilgisayar programı olarak korunması için yeterli bir neden teşkil etmez. Çünkü, multimedya ürünlerdeki yaratıcı eylem dil, ses ve resim aracılığıyla aktarılan fikirsel ifadede kendini belli eder. Yoksa, bilgisayar programının multimedya üründeki işleyişi yaratıcı bir eylem değildir. Bu görüş, aynı zamanda, multimedya ürünlerin bilgisayar programlarının bir ifade biçimi olarak değerlendirilemeyeceğini savunur.

Multimedya eserlerin film eseri¹⁴⁹² (filmwerk) olarak korunması gerektiği görüşü, multimedya eserlerin de film eseri gibi birden çok eser türünün bir araya

¹⁴⁹⁰ **KOCH**, Frank, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia Anwendungen, GRUR 1995, s.462. Bilgisayar programları Alm.ESHK md.69a'da ayrıca düzenlenmiştir. Bu tür özel bir düzenleme 14 Mayıs 1991 tarihli "Bilgisayar Programlarının Hukuki Açından Korunması" adını taşıyan Avrupa Birliği Yönetmeliğinin (91/250/EWG) iç hukuka aktarılmasının bir sonucu olarak yasada yerini almıştır. Alman yasakoyucu, bu yönetmelikle uyumlu bir şekilde, bir bilgisayar programı tanımı vermektan kaçınmıştır. Böylece, hızlı bir şekilde seyreden teknik gelişmeler karşısında çok çabuk eskiyebilecek ve uygulamada güçlükler doğurabilecek bir tanımdan kaçınılmıştır. Bkz. **HEESCHEN**, s.110.

¹⁴⁹¹ **LOEWENHEIM**, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, s. 832; **SAACKE**, Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1998, s.26; **SCHRICKER**, Informationgesellschaft, s.44 vd.

¹⁴⁹² FSEK md.5'e göre, "Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili görüntüler dizisidir." Sinema eserleri, sinema filmlerini de kapsayan geniş bir kategoridir. Kanaatimizce, sinema eserleri yerine film eserleri demek daha uygun olurdu. Sinema eserleri, sinema filmini çağrıştıran bir kavramdır. Oysa, film eserleri denilince sinema filmi dışında kalan filmler de bu kategori içine rahatlıkla yerleştirilebilir.

"Film" sözcüğünün, film eserlerini ve hareketli resimleri kapsayan bir üst kavram olduğu belirtilmektedir. Hareketli resimler, kişisel-düşünsel yaratı derecesine varmayan, resim ve sesler dizisi olarak tanımlanır. **HEESCHEN**,s.114.

getirilmesinden oluştuğu noktasından hareket eder¹⁴⁹³. Bir film eseri, birden fazla kişinin, farklı kapsam ve türlerdeki fikri katkılarının birbiriyle bağlantılı ve bütünlük arzeden bir şekilde ortaya çıktığı eserler olarak tanımlanır¹⁴⁹⁴. Film yapımına özgü eylem, bir yandan mevcut eserlerin seçimi, toplanması ve biraraya getirilmesinde ortaya çıkarken, diğer taraftan bu eserlerin görselliğe hizmet edecek şekilde sunumu ve tek bir eser içinde kaynaştırılmasında kendini gösterir. Bir multimedya ürünü, daha önceden mevcut farklı eserlerin birbirleriyle bütünleşmesinden doğar. Kendisini meydana getiren eserlerden ayrı bir kompozisyona sahip film eserlerinde olduğu gibi, bağımsız bir varlığa sahip eserler anlamlı bir bütünsellik içinde, bir multimedya ürünü oluştururlar¹⁴⁹⁵.

Multimedya ürünlerin, film eserleri kategorisinde yer alması gerektiği görüşüne karşı çıkan görüş, multimedya ürünlerin temel özelliklerinden biri olan “etkileşimlilik” unsurunun film eserlerinde olmadığını ileri sürer¹⁴⁹⁶. Multimedya üründe bulunan metinlerarası yazılım aracılığıyla, kullanıcının, daha önceden belirlenmiş olasılıklar dahilinde de olsa, seçim özgürlüğünün olması ve bu seçimler doğrultusunda üründen yararlanması, film eserlerinde ve film benzeri eserlerde bulunmayan özelliklerdir. Multimedya ürünlerin önemli bir bölümünü oluşturan bilgisayar oyunlarının¹⁴⁹⁷, film eseri olarak veya film benzeri eserler olarak ya da hiç olmazsa hareketli resimler (laufbilder) olarak korunup korunamayacağı hususu, birçok mahkeme kararına konu olmuştur¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹³ Alman Hukukunda, yazarların çoğunluğu, multimedya ürünlerin film eserlerine benzerliğine vurgu yaparak, multimedya ürünlerin film eserleri veya film eserlerine benzeyen eserler kategorisi (Alm. ESHK md.2, b.6) içinde değerlendirilmesi gerektiğini dile getirirler. **SCHRICKER**, Informationsgesellschaft, s.42; **KREILE**, Johannes/**WESTPHAL**, Dietrich, Multimedia und das Filmbearbeitungsrecht, GRUR 1996, s.254,255; **WACHTER**, Thomas, Multimedia und Recht, GRUR 1995, s.860,873.

¹⁴⁹⁴ **HEESCHEN**, s.113.

Ekspoze, tretman, senaryo, film müziği gibi her biri ayrı ayrı Fikri Hukuk korumasına sahip birçok sayıdaki farklı eser, bir film eserinin oluşumuna, adeta hazırlayıcı malzeme olarak hizmet eder.

Senaryonun meydana getiriliş süreciyle ilgili olarak, “fikir”, “sinopsis”, film öyküsü (öyküleme)”, “öykülemenin geliştirimi”, “sahneleme (tretman), “senaryo”, “çekim senaryosu” kavramlarından bahsedilebilir. Bkz. www.senaryo.org.tr.

¹⁴⁹⁵ **HEESCHEN**, s.114.

¹⁴⁹⁶ **KOCH**, s.462.

¹⁴⁹⁷ Doktrinde ve uygulamada bilgisayar oyunları ve video oyunları kavramlarının eş anlamlı olarak kullanıldığı belirtilmelidir. **HEESCHEN**, s.115, dn.610.

¹⁴⁹⁸ Frankfurt Yüksek Mahkemesinin, “Pengo” adıyla anılan kararında, bilgisayar oyunları gerek film eseri olarak gerekse hareketli resim olarak korunmaya elverişli olmayan ürünler olarak değerlendirilmiştir. Karara göre, bilgisayar oyunu kullanıcı, oyuna müdahale eder etmez, bilgisayar ekranında bu müdahaleye uygun bir sonuç ortaya çıkar. Bilgisayar oyunun akışı ve dolayısıyla görüntü her oyuncunun yeteneği ve oyun içindeki reaksiyonları sonucunda bir değişikliğe uğrar. Bu

Bir multimedya ürünün, kendisini oluşturan eserlerin çeşitliliği nedeniyle, seçme ve toplama eser (sammelwerk) olarak korunması ve hatta veribankası olarak korunabileceği de ileri sürülebilir. Bu durumda, FSEK bakımından işlenmeler ve derlenmeler başlığını taşıyan 6.madde uygulama alanı bulabilecektir¹⁴⁹⁹. Eserlerin, verilerin veya diğer bağımsız unsurların biraraya getirilmesiyle ortaya çıkan çalışmalar, unsurların seçimi ve belli bir düzene koyulması yönüyle kişisel ve düşünsel bir yaratı (Schöpfung) olduğundan, birararaya getirilen eserlerden veya unsurlardan bağımsız bir eser olarak (sammelwerk) korunur¹⁵⁰⁰. Bilgi toplumunun

noktada, bir film gibi salt aktarılan görüntüler dizisinden değil, bilgisayar oyuncusunun oyun içindeki hareketlerinin sonucu olan görüntülerden sözedilebilir. Pengo, OLG Frankfurt 13.06.1983, GRUR 1983, s.753, 756.

Bu karardan kısa bir süre sonra 21.07.1983'de verilen "Donkey Kong Junior I" isimli mahkeme kararında da video oyunlarının, film eseri olarak korunamayacağı vurgulanmıştır. Kararda, oyunun sonucunun sabit olmadığı, bilakis oyuncunun her defasında farklı aşamalara ulaşabileceği ve bu meyanda farklı resimlerin ekranda belireceği vurgulanmıştır. Oyunun akışının çok farklı şekillerde değişikliğe uğratılmasının, sözkonusu oyunun film eseri olarak korunmasını bertaraf edeceği ifade edilmiştir. GRUR 1983, s.757, 758- Donkey King Junior.

Bu mahkeme kararlarına rağmen, doktrinde ve mahkeme kararlarındaki baskın görüş, bilgisayar oyunlarının film eseri veya film benzeri eserler olarak veya hiç olmazsa hareketli resimler olarak korunacağı yönündedir. Sözkonusu mahkeme kararlarında, bilgisayar oyuncusunun oyundaki olaylara müdahale etmesinin, oyunun film eseri olarak korunmasına engel teşkil etmediği üzerinde durulmuştur. Akla gelebilecek tüm değişiklikler önceden programlandığı için, oyuncunun müdahalesi her defasında ayrı bir filmin ortaya çıkmasına neden olmamakta, bilakis ekranda gözüken, daha önceden saptanmış bir oyun çeşitlemesinden öteye gitmemektedir. Bu bakımdan, "Pengo" ve "Donkey Kong Junior I" kararlarındaki bakış açısı, bilgisayar oyuncusunun oyunun akışına müdahale olasılıklarının daha önceden düşünülmüş ve bu ölçüde daha önceden programlanmış olduğunu gözden kaçırmıştır. Bu doğrultuda, multimedya ürünlerin film eseri olarak korunmasında, "etkileşimlilik" unsuru engel olarak görülmemiştir. **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 2 Kn.78; **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 95 Kn.7,12; **NORDEMANN**, Wilhelm, Bildschirmspiele-eine neue Werkart im Urheberrecht, GRUR 1981, s.891,893. Mahkeme kararları için bkz. OLG Hamburg 31.3.1983, GRUR 1983, s.436,437 –Puckman; OLG Hamburg 12.10.1989, GRUR 1990, s.127,128 –Super Mario III; OLG Karlsruhe 24.9.1986,s.723,725 –Videospiel; OLG Köln 18.10.1991, GRUR 1992, s.312,313- Amiga-Club.

Doktrinde haklı olarak, özellikle bilgisayar oyunları başta olmak üzere birçok multimedya ürünün film eseri olarak korunabileceği düşüncesi, mutlak görülmemiştir. Bu sonuç, her türlü multimedya ürüne uymayabilir. Bu bağlamda örneğin, online olarak sunulan ve veri aktarmasında bulunan multimedya ürünler ele alınabilir. Resim, müzik ve metinlerin biraraya getirilmesinden oluşan web sitelerinin korunmasında da başka hukuki yollar aranması gerekliliği açıktır. **HEESCHEN**,s.117,118.

¹⁴⁹⁹ FSEK md.6 b.6'da "Bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması", b.7'de "Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi" ve b.11'de "Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak, burada sağlanan koruma veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez)" nın bu bu Kanuna göre eser sayılacağı düzenlenmiştir.

¹⁵⁰⁰ Bkz. Alm.ESHK md.4 f.1. Hükmün ikinci fıkrasında, seçme ve toplama eserlerin, sistematik veya metodik biçimde düzenlenmiş, elektronik bir araçla veya başka bir şekilde erişilebilir unsurlardan oluştuğu açıklanmıştır. Daha önceden var olan eserlere veya herhangi bir hukuki korumaya mazhar olmayan unsurlara yeni bir form verme, eserlerin değiştirilmesi anlamına gelmeyip, her bir eserin seçilmesi, belli bir düzene konulması ve birbirine bağlanması faaliyetlerini barındıran ve Fikri Hukuk bakımından önemi olan bir süreç olarak düşünülmelidir. **HEESCHEN**,s.118.

vazgeçilmez unsuru olan bilgilerin seçimi ve seçilen bilgilerin belli bir düzen içinde biraraya getirilmesi, veribankası denilen eser türünün temel özelliğidir. Veri bankasında yer alan bilgilerin her birinin Fikri Hukuk korumasına sahip olması, online ya da offline kullanılması, veribankasının sahip olduğu Fikri Hukuk korumasının değişikliğine neden olmaz. Multimedya ürünlerde, verilerin toplanması bir unsur olmasına rağmen, bu durum sözkonusu ürünlerin veri bankası olarak korunması için yeterli görülmez¹⁵⁰¹. Kanaatimizce, multimedya ürünlerin veribankası veya geniş anlamda derlenme olarak korunup korunmayacağı noktasında yapılacak değerlendirme, somut olaya konu olacak ürün bakımından değişiklik gösterir.

Multimedya ürünlerde birden fazla eserin biraraya gelmesi FSEK md.9 f.1'i akla getirebilir¹⁵⁰². Birden fazla eser sahibinin eserlerini ortak kullanma amacıyla birbiriyle bağlantılı hale getirmeleri mümkündür. Yazılı bir eserin ve müzik eserinin operada kullanılmak veya bir şarkıda kullanılmak üzere biraraya getirilmesi örnek olarak verilebilir. Her bir eser, bağımsız varlığını korur¹⁵⁰³. Multimedya ürünlerin oluşumunda birden fazla eserin biraraya gelmesi sürecinde, eserler üzerinde değişiklikler yapılabilir. Öte yandan, multimedya ürünün meydana getirilmesi sürecinde birden fazla kişinin eser sahipliği aranan bir koşul değildir. Multimedya ürünü oluşturan eserler, eser sahipliği bakımından, tek kişiye ait olabilir.

Multimedya ürünlerin tek bir eser kategorisi içinde yerleştirmenin zorluğu ve bu ürünlerin farklı eser türleri aracılığıyla korunabilmesi düşüncesi, bunların isimsiz

Öte yandan, seçme ve toplama eserlerinin kapsamını geniş bir şekilde yorumlayan görüşlere de rastlamak mümkündür. O kadar ki, doktrinde Hoeren, film eserlerini seçme ve toplama eserlerin özel bir biçimi olarak görmektedir. Yazara göre, oyuncular, kameramanlar ve filme katkıda bulunan diğer kişilerin bütün bu edimlerini yönetmen biraraya getirerek, bir seçme ve toplama eser oluşturur. **HOEREN**, Computer und Recht 1994, s.390,393.

¹⁵⁰¹ **SCHRICKER**, Multimedia, Internet und Urheberrecht, s.41.

Veri bankalarında multimedya ürünlerin üç temel özelliğinden biri olan farklı ifade araçlarının birleştirilmesinin (kombination) eksik olduğu düşüncesine karşı, multimedya veri bankası (multimediatatenbanken) kavramından sözedilir. Bu tür veri bankaları, sadece sayılardan, metinlerden, grafiklerden oluşmayıp, resim, müzik parçaları, film ve bilgisayar programlarından oluşabilmektedir. Örneğin bir yazarın yaşamı ve yapıtları hakkında bilgi sunan bir CD-ROM sadece metinlerden oluşmayıp, müzik, film gibi farklı ifade araçlarını da biraraya getirir. **HOEREN**, Computer und Recht 1994, s.393; **HEESCHEN**, s.119, 120.

¹⁵⁰² FSEK md.9 f.1'e göre, "Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.

Alman Hukukunda, birden fazla eser sahibinin eserlerini ortak kullanma amacıyla birbiriyle bağlantılı hale getirmeleri durumunda bağlı eserler (verbundene Werke) kavramı kullanılır. Bkz. Alm.ESHK md.9

¹⁵⁰³ **HEESCHEN**, s.121.

eser (innominatwerke) olarak korunması yönünde bir teklifi beraberinde getirmiştir¹⁵⁰⁴. Kanunda açıkça ismi belirtilmemiş bir eser türü olmasına rağmen multimedya eserler, FSEK’te sayılmış eser türleri aracılığıyla eser korumasından yararlanacaktır. Eser korumasıyla birlikte, FSEK md.14 vd. maddelerinde düzenlenmiş manevi haklar da uygulama alanı bulacaktır.

2. Multimedya Eserler ve Manevi Hak İhlalleri

(a) Genel Olarak

Multimedya eserlerde, eser sahibinin eseri umuma arz yetkisi, adın belirtilmesi yetkisi ve eser üzerinde değişiklik yapma yetkiler arasında özellik arz eden, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisidir. Multimedya eserleri oluşturan eserlerin sayısal ortama aktarılması sürecinde uğrayabileceği değişikliklerin yanısıra, multimedya eser umuma arzedildikten sonra eserin özelliğine göre kullanıcılar tarafından da değişikliğe uğrayabilecektir.

(b)Eser Üzerinde Değişiklik Yapma Yetkisi Bakımından Değerlendirme

Sayısal ortama aktarılmış eser, analog ortamdaki eserden farklı olarak, cismi unsurdan yoksundur. Örneğin, bir fotoğraf analog ortamda bir kağıt üzerinde cisimleşmişken, tarayıcı (scanner) yoluyla sayısal ortama aktarıldıktan sonra ancak bilgisayar ekranı üzerinden algılanabilir ve kullanılabilir duruma getirilmiş olur.

Bununla beraber, analog ortamdaki bir eserin değiştirilmesi ve işlenmesi eserin sayısal ortama aktarılmasıyla bağlantılı değildir. Bir CD-ROM’da kullanılmak üzere veya bir internet sayfasına konulmak üzere, fotoğraflar, grafikler veya diğer resimlerin, tarayıcı vasıtasıyla sayısal ortama aktarılması kural olarak, FSEK anlamında bir değiştirme sayılmamalıdır. Aynı durum, müzik parçalarının veya filmlerin sayısal ortama aktarılması için de geçerlidir.

Eserin sayısal ortama aktarılması (digitalisierung), tekniğe bağlı istisnalar dışında, hiçbir surette mevcut eserlerin kalite kaybına yol açmaz. Üstelik sayısal ortama

¹⁵⁰⁴ HEESCHEN, s.122.

aktarılmış bir verinin kopyası, analog ortamda çoğaltılmış kopyaların aksine, daha sonraki kopyalamalar bakımından orjinal kalitede bir örnek teşkil eder. Eserlerin sayısal ortama aktarılması, eserin bütünlüğüne zarar vermeyen salt bir çoğaltma eylemi olarak tanımlanır¹⁵⁰⁵.

Sayısal iyileştirme (digitales Remastering), salt sayısal ortama aktarılma olmayıp, sayısal ortama aktarmanı sonraki aşaması (bir üst aşaması) olarak değerlendirilebilir. Bu süreç, mevcut eserlerin dinlenebilirlik, izlenebilirlik gibi özellikleri bakımından iyileştirilmesine hizmet eder. Kural olarak, iyileştirme adı altında da olsa bir eserin böyle bir sürece tabi tutulması bütünlüğüne zarar verme olarak anlaşılabilir. Ancak, sayısal iyileştirme yoluyla eserde meydana getirilen değişiklikler, eser sahibinin eserinde ortaya koyduğu estetik ve düşünsel ifade bütünlüğünü oluşturan unsurları etkilememektedir. Bir ses kaydında veya bir müzik eserinde arzu edilmeyen, rahatsız edici gürültüler, parazitler, cızırtılar, henüz yüksek teknolojiye ses kayıt imkanlarının olmadığı bir zamanda kaçınılmaz bir durumdur. Yine bir fotoğrafının çektiği fotoğrafların sonradan sararmaya başlaması, bu eserleri oluştururken tasarladığı bir sonuç değildir. Tüm bu olumsuz durumların giderilmesinde, sayısal iyileştirme önemli bir rol oynamaktadır. Dikkat edilmesi gereken başka bir nokta da, eser sahibinin bilinçli olarak eserini göreceli bir biçimde düşük kalitede meydana getirmesi halinde, esere hakim olan bu özelliğin sayısal iyileştirmeye tabi tutulması, doğrudan eserin bütünlüğü üzerindeki hakkın ihlali olacaktır. Örneğin bazı Danimarkalı film yönetmenlerince, Dogma 95 adı verilen bir sinema akımı ilkeleri ışığında çekilen filmlerdeki, bilinçli kusurların sayısal iyileştirme yoluyla giderilmeye çalışılması, eser sahibinin eserin bütünlüğü üzerindeki manevi hakkının ihlaline neden olacaktır¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰⁵ **REUTER**, Alexander, Digitale Bild und Filmbearbeitung im Licht des Urheberrechts, GRUR 1997, s.23,29; **GOEBEL**, Jürgen/**HACKEMANN**, Martin/**SCHNELLER**, Jürgen, Zum Begriff des Erscheinens beim Elektronischen Publizieren, GRUR 1986, s.355; Ayrıca bkz. **STAMATOUDI**, s.21 vd.

¹⁵⁰⁶ **HEESCHEN**, s.131.

1995 yılında Danimarka'nın Kopenhag kentinde ilkeleri ortaya atılan, Dogma 95 adlı bu sinema manifestosuna göre, bu akımın amacı modern sinemadaki belli eğilimlere karşı sinemanın kurtarılmasıdır. Toplam on ilkeden oluşan bu manifestoda, “filmler sette değil, dışarda, doğal ortamda çekilmelidir”, “ses kaydı, film çekilirken aynı anda gerçekleştirilmelidir”, “el kamerası kullanılmalıdır”, “film renkli çekilmeli, özel ışıklandırmadan kaçınılmalı; doğal ışık kullanılmalıdır”, “optik oyunlardan ve görüntü tekniklerinden biri olan filtrelemeden kaçınılmalıdır” gibi ilkeler yer almaktadır.

Sayısal işlemlerde (digitale Bearbeitungen), eserin ilk ortaya çıkan halinin, daha doğru bir ifadeyle orjinal halinin iyileştirilmesi ön planda olmayıp, amaç eserin ifadesinin ve kalitesinin –herhangi bir iyileştirme amacı olmaksızın- değiştirilmesidir. Eserlerin, salt sayısal iyileştirmenin ötesine geçen sayısal işlenmesi, eser sahibinin eserinde ortaya koyduğu düşünsel ve estetik bütünlük üzerinde herkesçe görülebilir bir değişiklik anlamına gelir¹⁵⁰⁷.

Fotoğrafların renklendirilmesi veya renklerinin değiştirilmesi, eser sahibinin renk kullanımının eserle vermek istediği anlama hizmet etmesi durumunda, eserin mahiyet veya hususiyetinin bozulması sonucuna yol açacaktır. Eser sahibi, kullandığı renklerle, belli bir etki yaratmak istemiş olabilir. Aynı şekilde filmlerde de, ışık ve karanlık kullanımı, gölge veya gri tonlara yer verilmesi, eser sahibinin sahneleme tercihiyle yakından ilişkili olduğundan, bu unsurlarda yapılacak değişiklikler, manevi hak ihlaline neden olacaktır. Renkli bir filmde yapılacak renk değişikliği veya siyah-beyaz olarak çekilmiş bir filmin renklendirilmesi, eser sahibinin sahneleme tercihini ve bu nedenle de eserin fikrîsel bütünlüğünü etkileyecek, eserin sanatsal gücünü zayıflatacak bir eylem olacaktır¹⁵⁰⁸. Aynı şekilde, multimedya bir üründe kullanılmak üzere seçilmiş film ve resimlerde yapılacak rötuşlamalar da, eserin anlatım biçimini etkileyecek eylemler arasında değerlendirilebilecektir¹⁵⁰⁹.

Sayısal ortama aktarma, tek başına ele alındığında, sayısal ortama aktarılmış eserin bütünlüğünü bozmayan, zararsız bir çoğaltma eylemidir. Sayısal iyileştirme ise, kural olarak, eser sahibinin eserine aktardığı veya eseriyle aktarmak istediği fikirlerin bütünselliğini, kural olarak, bozmayan bir faaliyet olarak değerlendirilmelidir. Ancak, eser sahibi gerek açık gerekse zımnî eserin sayısal iyileştirmeye tabi tutulmasına izin vermemiş olabilir. Buna karşın, sayısal işlemler ise, bir eserin estetik ve düşünsel bütünlüğünü değiştiren ve bu nedenden ötürü, FSEK md.16'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlal edilmesine yol açan bir süreçtir.

¹⁵⁰⁷ HEESCHEN, s.132.

¹⁵⁰⁸ PLATHO, Rolf, Colorization und die Möglichkeiten ihrer Verhinderung durch die Mitwirkenden am Filmwerk, GRUR 1987, s.425.

¹⁵⁰⁹ Örneğin 1989 yılına ait Berlin şehri fotoğraflarında, bazı binaların rötuşlama yoluyla fotoğraftan çıkarılması veya değişik bir şekilde gösterilmesi, sözkonusu fotoğraf eserlerinde önemli derecede bir değişiklik olarak nitelendirilecektir. HEESCHEN, s.132.

Eserinin sayısal ortama aktarılmasına ve multimedya üründe kullanılmasına izin veren eser sahibi, aynı zamanda eserinin sayısal işlenmesine de müsaade etmiş olabilir. Bir multimedya üründe, sayısal iyileştirmeye tabi tutularak kullanılan eserlerin varlığı halinde, multimedya ürün üreticisi, bu eserlerin sahiplerinden eserleri üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak izin almalıdır. Fotoğraflarda renk değişiklikleri için, müzik eserlerinde ritim değişiklikleri için yapılan teknik düzenlemeler sayısal iyileştirmeyi aşır, sayısal işleme olarak değerlendirilebilir¹⁵¹⁰.

Eser sahibi vermiş olduğu bu izne rağmen, FSEK md.16 f.3'ün lafzı doğrultusunda şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilecektir. Multimedya üründe eseri kullanılan eser sahibinin, multimedya ürün umuma arzedildikten sonra eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğunu ileri sürerek eserin umuma arzını menetmeye çalışması, çelişkili davranış yasağı ve sözleşmeye aykırılık çerçevesinde bir yaptırımla sonuçlandırılabilir. Multimedya ürünün yapımı aşamasında da, eser sahibi eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu gerekçesiyle eserinin kullanımına izni geri aldığı anda, sözleşmeye aykırı davranacaktır. Öte yandan bu davranışı çelişkili davranış yasağına aykırılık olarak da değerlendirilebilecektir. Eseri multimedya ürünün meydana getirilmesinde kullanılan eserin sahibinin menfaatleri ile multimedya ürün yapımcısının menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda şu çözüme ulaşılabilir. Multimedya ürün henüz umuma arzedilmeden bu ürünün meydana getirilmesinde eseri kullanılan eser sahibinin eserinin mahiyet ve hususiyetinin bozulduğu gerekçesiyle eserinin kullanılmasını menetmesi karşısında, multimedya ürün yapımcısı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabilir. Multimedya ürün umuma arzedildikten sonra eserinin kullanılmasını istemeyen eser sahibinin talebi, çelişkili davranış yasağı karşısında dikkate alınmayıp eserin multimedya üründe kullanımına devam edilebilir.

FSEK md.16'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini, eserin sayısal ortama aktarılmasının yanında multimedya ürünün ikinci özelliği olan birleştirme (kombination) özelliği bakımından incelemek gerekirse şu sonuca varmak

¹⁵¹⁰ HEESCHEN, s.133.

mümkün olur: Eğer multimedya üründe kullanılmasına izin verilmiş eserler herhangi bir kısaltmaya, eklemeye maruz kalmadan bütünüyle biraraya getiriliyorsa kural olarak bir manevi hak ihlalden söz edilemeyecektir¹⁵¹¹. Multimedya üründe bütünüyle kullanılmak üzere izin verilmiş eserin bir kısmı kullanılıyorsa eserde yapılan bu kısaltma ve değişiklik manevi hak ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Multimedya ürünü yapımcısının, eserin bütününe kullanmanın yanısıra bir kısmını da kullanabilme konusunda eser sahibinden izin almaması, her iki tarafın menfaatlerinin değerlendirilmesi sürecinde eser sahibi lehine sonuç doğuracaktır¹⁵¹². Gerçekten de “çoğun içinde az da vardır” ilkesi burada uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü, eser sahibinin eserin bütünüyle kullanılmasına izin vermesi, eseri üzerinde -FSEK md16 f.2’deki istisna saklı kalmak koşuluyla- değişiklik yapılmasını istemediğini gösterir. Oysa, eserin kısmen de olsa kullanılacağı konusunda verdiği izin, eser üzerinde değişiklik yapılmasına müsaade ettiği anlamına gelir. Ünlü bir yazarın hayat hikayesini konu alan bir belgesel yapmış yönetmen (ve varsa özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı gibi diğer eser sahipleri), bu belgesel filmin sözkonusu kişinin eserlerini de ihtiva eden multimedya eserde kısmen kullanılmasına izin verebileceği gibi, hiçbir ekleme, eksiltme, değiştirme olmaksızın da kullanılmasını şart koşabilir. Öte yandan belgesel filmin yönetmeni eserin, multimedya eserde kısmen mi tamamen mi kullanılacağı yönünde herhangi bir irade açıklamasında bulunmamışsa, bu durum eserin hiçbir değişikliğe uğratılmadan tamamen ve aynen kullanılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Eseri kısım kısım, parça parça kullanmak isteyen multimedya eser yapımcısı, bu konuda eser sahibinden ayrıca izin almış olmalıdır.

Multimedya ürünlerin meydana getirilmesi sürecinde kullanılan eserlerin sayısal ortama aktarılması ve sayısal ortamda biraraya getirilmesi bu eserlerin sahipleri ile multimedya ürün yapımcısının menfaatlerini karşı karşıya getirir. Multimedya

¹⁵¹¹ Bu noktada Alman Hukukunda, eserler bütünüyle biraraya getirilmiş olsa dahi, eserlerin bütünlüğünün ihlal edilebileceği durumların olabileceği söylenmektedir. Bu durum, dolaylı müdahale (indirekter Eingriff) olarak nitelendirilmektedir. **HEESCHEN**, s.144. Yazar bu konuda örnek olarak, biraraya gelmeleriyle birbirlerinin veya eserlerden birinin düşünce ve anlatım bütünlüğünün bozulacağı film sahnelerini göstermektedir.

Kanaatimizce, müzik ve görüntü gibi farklı ifade araçlarının biraraya getirilmesi de aynı sonucu doğurabilir. Türk Hukuku bakımından bu tür durumlarda dolaylı müdahale kavramına başvurmak yerine, eser sahibinin şeref ve itibarının zedelendiğinden söz edilebilir. Bir bilgisayar oyununda kullanılmak üzere bestesini veren bir müzisyen, oyunun aşırı şiddet veya ahlaka aykırılık içermesi nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürebilir.

¹⁵¹² **HEESCHEN**, s.158.

ürünün özelliklerinde biri olan “etkileşimlilik” unsuru bakımından ise, bu ürünü oluşturan eserlerin sahipleri ile kullanıcıların menfaatleri çatışabilir. Başka bir deyişle, multimedya ürün, kullanıcı tarafından değiştirilmeye açık bir şekilde tasarlanmış ve hazırlanmış ise eser üzerinde yapılacak değişikliklere eser sahibinin veya sahiplerinin izin vermiş olduğu kabul edilecektir. Bu değişikliklerin sınırının belirlenmesinde multimedya üründe eseri kullanılan eser sahibinin multimedya ürün yapıcısıyla yaptığı sözleşme ve FSEK md.16 f.3 hükümleri rol oynayacaktır.

Multimedya eserde yer alan “etkileşimlilik” unsuru, eseri meydana getiren kişi ve kişilerin eseri kullanacak olan kişilerin eser üzerinde değişiklik yapmasına olanak sağlar. Bu bakımdan eserdeki “etkileşimlilik” unsurunun gösterdiği özelliğe göre, eserde kullanıcılar tarafından yapılan değişiklikler FSEK md.16’ya aykırılık oluşturmazlar. “Etkileşimlilik”, eser sahibinin sınırlarını belirlediği bir şekilde (gebundene Interaktivität) değil de, eseri kullanacak ve eserden yararlanacak kişilerin esere yapacakları müdahaleyi neredeyse sınırsız hale getirecek şekilde (freie Interaktivität) tasarlanmışsa, bu takdirde ortaya çıkan durum sadece “eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini” ilgilendirmemekte, geleneksel eser kavramının sınırlarını zorlamaktadır. Ayrıca, eser sahipliği bakımından da eseri değiştiren kişilerin ortaya çıkacak yeni eserle birlikte eser sahipliği durumu da değişmektedir¹⁵¹³.

Multimedya eserlerin meydana getirilmesi sürecinde kullanılan teknolojinin eser sahibinin haklarının ihlal edilmesi sürecinde kullanılması üzerine, teknoloji eser sahibinin haklarının korunması amacıyla tekrar sayısal ortam sahnesine çağrılmaktadır. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, bu teknolojilerin ilk amacı

¹⁵¹³ İnternet ortamında herkesin katkısına açık bir senaryo veya roman gibi metinlerin yazımına yönelik bir proje, projeye katılan kişilerin birlikte eser sahibi sayılmaları sonucunu doğurabilecektir. Öte yandan bu projeyi yürüten kişilerin metin üzerinde çeşitli değişiklikler yapma hakkı, oluşmakta olan veya oluşan “eser üzerinde değişiklik yapma yetkisine yönelik bir müdahale olarak kabul edilebilecektir. İnternet ortamının sağladığı bu olanak, adeta eser sahibinin son sözü söylediği ve başkalarının müdahalesine kapattığı (kapalı) eser kavramının yanında açık eser kavramına da davetiye çıkartır. Metni okuyan kişinin tabiri caizse aynı zamanda (d)okuyan kişi de olabilmesi, tüketimin yanında üretimde de bulunabilmesi, eser-ürün; sanat-sanayii, gibi kavramların birbirlerini etkileyerek dönüşüm geçirdiği bir zamana da işaret eder

mali hakların kontrolü olsa da kısmen manevi hakları koruyucu etkisi de olmaktadır¹⁵¹⁴.

III.TESPİT DAVASI

A.Genel Olarak

FSEK’te tecavüzün tesbiti davası açılmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, tesbit davası olarak FSEK md.15 f.3’de “eser sahipliğinin tesbiti davası” açıkça düzenlenmiştir.

Tesbit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin tanımlandığında¹⁵¹⁵, bu tanım hukuka aykırı fiilleri (tecavüzleri) de kapsayacaktır. Tesbit davaları bir hukuki işlemin, sözleşmenin var olup olmadığının tesbitiyle sınırlı olmayıp, hukuka aykırılıkları da belirlemeye yönelik bir hukuki yoldur. Bir çalışmanın eser niteliğini taşıyıp taşımadığı, eserin sahibinin kim olduğu, eser üzerindeki haklara ilişkin sözleşmenin var olup olmadığı veya geçerli olmadığı, esere ve eser üzerinde yapılan haklara müdahalenin bir tecavüz oluşturup oluşturmadığı “tespit davası”na konu olmaya aday hukuki sorunlardır.

FSEK’in bir fiilin tecavüz oluşturup oluşturmayacağı belirlenmesine yönelik bir tesbit davasına yer vermemiş olması, tesbit davasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusunu beraberinde getirir.

Tesbit davaları HUMK’da açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, bazı tespit davalarını düzenleyen özel kanun hükümleri bulunmaktadır¹⁵¹⁶. Örneğin MK md.25 kişiliği saldırıya uğramış kişinin, sona ermiş olsa bile etikileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tesbitini isteyebileceğini düzenlenmiştir. TTK md.58 ise haksız rekabete ilişkin bir tespit davasını öngörmüştür.

¹⁵¹⁴ **BAYAMLIOĞLU**, İbrahim Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s.108 ve s.305 vd. Bu noktada örneğin şifreleme teknolojisi (encryption), içeriğe izinsiz erişimi veya eser sahibinin izin vermediği kullanım biçimlerini engeller. Ayrıca Bkz. **PARDO**, Julián Rodríguez, Copyright and Multimedia, Kluwer Law International 2003, s.131-133 ve 208-214; **ALEMDJRODE**, Richard, Das Urheberpersönlichkeitsrecht auf dem Prüfstand der Informationsgesellschaft, LIT Verlag, Münster 2005, s.174-183.

¹⁵¹⁵ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.326.

¹⁵¹⁶ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.326.

Doktrinde Tekinalp, bir fiilin FSEK kapsamında tecavüz oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi için tecavüzün tespiti davasının TTK md.58 f.1 bent a'ya ve MK md.25'e göre açılabilceğini ileri sürmektedir¹⁵¹⁷. Kanaatimizce, bir fiilin FSEK kapsamında tecavüz oluşturup oluşturmadığının tesbiti için, mutlaka TTK md.58 f.1 bent a'ya ve MK md.25'e dayanmak şart değildir. Özel tesbit davaları olarak düzenlenen bu hükümlere doğrudan veya dolaylı (kıyas yoluyla) olarak başvurmak, haksız rekabet ile mali haklar ve kişilik hakları ile manevi haklar arasında bir bağlantı kurmak şeklinde bir yorumu da davet eder. FSEK kapsamında tesbit davası açmak için, bu özel tespit davaları yerine genel tespit davası uygulamasına başvurmak da düşünülebilir.

Doktrinde tespit davasının açılabilmesi için, genel dava şartlarının yanısıra, hukuki ilişki (münasebet) ve hukuki yarar (menfaat) şartının aranacağı ifade edilmektedir. Davacının tesbit davası ile istediği hukuki koruma diğer dava çeşitlerinden biri ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının o konuda tespit davası açmasında hukuki yararı olmadığı belirtilir. Ancak, bir kanun hükmü ile açıkça düzenlenen tesbit davalarında hukuki yarar ve hukuki ilişki şartını aramaya kural olarak gerek yoktur. İlgili kanun hükmünün öngördüğü biçimde açılan tespit davasının dinlenme şartları varsayılır ve davanın esasının incelenmesine geçilir¹⁵¹⁸.

Eser sahibinin haklarına yönelik tecavüzlerde açılacak tesbit davasını, genel tesbit davası yerine MK md.25 ve TTK md.58'e dayandırmak, hakimin önüne gelen dava dosyasında hukuki yarar ve hukuki ilişki şartını incelemeyen davanın esasını incelemesine geçmesi için bir fayda sağlayabilir. Öte yandan FSEK md.15 f.3 hükmü geniş yorumlanarak, eser sahibinin haklarına yönelik tecavüzlerde de başvurulacak bir hüküm olabilir. Eser sahibinin izni olmadan eserini çoğaltan ve yayan kişi bir bakıma eserin sahibi olduğunu iddia eden bir kişi olarak yorumlanabilir. Bu doğrultuda eser sahibi FSEK md.15 f.3'de düzenlenen "herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tesbitini mahkemeden isteyebilir." şeklindeki hükümden istifade edebilir. Ancak, itiraf etmek

¹⁵¹⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.310.

¹⁵¹⁸ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.329.

gerekir ki, FSEK md.15 f.3'ün bu şekilde değerlendirilmesi zorlama bir yorum olup, kabul edilmesi güç bir düşüncedir.

FSEK kapsamında kendilerine hak tanınmış her kişinin dava açma imkanı vardır. Böylece, eser sahiplerinin yanısıra bağlantılı hak sahipleri de tespit davası açabileceklerdir. Ancak konu manevi haklar olduğunda, bağlantılı hak sak sahiplerinden sadece icracı sanatçılar manevi hak sahibi olduklarından tesbit davası açabileceklerdir.

FSEK md.19'da sayılan kişiler de, madde kapsamına giren konularda tesbit davası açabileceklerdir. Meslek birlikleri de, devralmış oldukları mali haklara ilişkin olarak tesbit davası açabilecekken, mali haklar konusundaki hak sahipliğine dayanarak manevi hak ihlallerinde dava açma konusunda yetkili sayılmayacaklardır. Ancak, mali haklara ilişkin tesbit davasında tesbit edilecek tecavüz, çoğu zaman manevi hak ihlalini de tesbit etmiş olacaktır.

Tesbit davası bir tecavüzün veya hukuki ilişkinin var olup olmadığına yönelik olacağına göre, müsbet tesbit davası olabileceği gibi menfi tesbit davası olarak da açılabilir. Eserden yararlanan kişilerin, kullanımlarının FSEK kapsamında haksız olmadığına tesbitini de istemeleri de, tesbit davasına konu olabilir. Hatta, eserden yararlanan kişilerin, kendilerine karşı FSEK kapsamında talepte bulunanların, böyle bir talepte bulunmaya yetkili olup olmadıklarının tesbitini isteyebilmeleri de mümkündür¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁹ Tesbit davasının eda davasının öncüsü olarak görülmesi, eda davasına konu olabilecek taleplerin tesbit davasında karara bağlanmasına engel olabilecektir.

Yargıtay bir kararında, FSEK kapsamındaki talebe ilişkin olarak, eda davasının açılacağı hallerde tespit davasının açılmayacağına sonucuna varmıştır: “Davacılar vekili, FSEK’teki düzenleme nedeniyle davalı birlik ile TÜROB arasında otellerde mekanik ve canlı müzik kullanılmasına ilişkin olarak protokol düzenlendiğini, müvekkillerin de meslek birlikleri ile görüşmeler yaptığını ancak taleplerin yasaya aykırı hükümler içermesi nedeniyle görüşmelerin sona erdirildiğini, meslek birliğinin tip sözleşmesinin tamamen davalı lehine olup, hakkaniyete uygun bir telif bedeli ödemek isteyen müvekkillerini güç durumda bıraktığını, davalının haklarının sınırlarının tespiti gerektiğini ileri sürerek, bu dava ile davalının üyelerinin kimler olduğunun ve hangi üyelerin hangi icraları bakımından davalıya yazılı mali hak yetki belgesi verdiğinin tespitini, telif ücreti ödenmesini isteme hakkı bulunup bulunmadığının tespitini, umumi mahallerde kullanım bandrolünün Kültür Bakanlığı tarafından çıkarılana kadar kaset ve CD dinlenimi nedeniyle ücret ödenmesini talep hakkı olup olmadığının tespitini, otellerdeki radyo ve TV yayınlarının izlenmesi halinde FSEK md.25’e göre ücret ödenmesini talep hakkı olmadığını, böyle bir talebin mükerrer tahsilat teşkil edeceğinin tespitini ve davalının talep haklarının sınırlarının tespiti ile hakkın ve hakim durumun kötüye kullanılması sureti ile rekabeti bozucu şartları oluşturmasını engellemesi suretiyle ile giderilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkeme, davacıların tespitini talep ettikleri hususların derhal tespiti gerekli

İsviçre Hukukunda, tesbit davası ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. Tesbit davası (feststellungsklage) başlığını taşıyan İsviçre ESHK md.61'e göre meşru menfaatini ispat eden her kişi bu Kanun kapsamına giren bir hukuki ilişkinin veya hakkın olup olmadığının belirlenmesini mahkemeden isteyebilir. Bu maddede öngörülen tesbit davası, Usul Hukuku uygulamasında genel tesbit davasından farklıdır. Bu tesbit davası, eda davasının karşısında ikincil bir nitelikte (subsidiär) görülmez. Eda davası açılmasını mümkün olduğu durumlarda, tesbit davasının açılması imkan dışı görülmez¹⁵²⁰. Tesbit davasının açılması için aranacak tek koşul olarak, "hukuki menfaat" gösterilir. Bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı konusunda şüphe varsa ve bu belirsizliğin etkileri devam ediyorsa hukuki menfaat şartının gerçekleşmiş olduğu savunulur¹⁵²¹. Bu bağlamda, bir eserin kullanımı, bir eserin icrası veya yayını gibi eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlal ediyorsa veya bu ihlallere ilişkin olarak eser nüshaları veya kayıtlar hala mevcutsa, hak sahiplerinin tesbit davası açmalarında menfaatleri olduğu kabul edilmelidir. Hukuka aykırı davranışta bulunan kişi, tesbit davasına konu olacak hususu, mahkeme dışında tam olarak tanımış, kabul etmişse, tesbit davası açılabilmesi için gerekli olan hukuki menfaat şartının varlığından sözedilemeyecektir¹⁵²².

B.Eser Sahipliğinin Tesbiti Davası

1.Davanın Konusu

FSEK md.15 f.3'de, eser sahibinin adını belirtme veya gizli tutma hakkına yapılacak saldırılar için kanundaki çeşitli hukuk¹⁵²³ ve ceza davaları yanında, bir de tesbit

hususlardan olmadığı, bunların açılacak bir eda davasında incelenecek ve değerlendirilecek konulardan olduğu ayrıca davalının üyelerinin zaman içinde değişebileceği, eda davasına konu olabilecek hususların tesbit davası ile mahkemeye getirilmesinin yerinde olmadığı sonucuna varmıştır". 11.HD., 4.4.2005, E.2004/6683, K.2005/3135; **SULUK/ORHAN**, s.780,781.

¹⁵²⁰ **BARRELET/EGLOFF**, s.291. Ancak, karşı ve klasik görüş olarak eda davasının açılabilmesi için yerde İsv.ESHK md.61'de düzenlenen tesbit davasının açılmayacağı da savunulmaktadır. Bkz. **VIANA**, Michale, Die Rechte der Tonträgerhersteller im schweizerischen, amerikanischen und internationalen Urheberrecht, Basel 1999, s.150.

¹⁵²¹ Hukukumuzda, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı konusunda şüphe olması ve bu belirsizliğin etkilerinin devam etmesi durumunda, eda davası açılabilirse tesbit davası açılmayacaktır. Oysa, İsviçre Hukuku bakımından bu tür durumlarda eda davası açılıp açılmayacağına bakılmaksızın tesbit davası açılacaktır. İsviçre ESHK md.61, bunu gerektirir.

¹⁵²² **BARRELET/EGLOFF**, s.291

¹⁵²³ Örneğin hukuk davaları olarak; manevi haklara tecavüz halinde FSEK md. 67 f.1 ve f.2 hükümleri ile, Tecavüzün men'i davasını düzenleyen FSEK md.69 hükmü zikredilebilir.

davası öngörölmüştür. FSEK md. 15 f.3'e göre, "Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi hakkının tesbitini mahkemeden isteyebilir"¹⁵²⁴.

FSEK md.15 f.3'de yer alan davayı, hükümde geçen "tesbit" sözcüğünü de gözönünde tutarak, tesbit davası olarak görenler olduğu gibi, bu davanın bir eda davası olduğu da savunulmaktadır. Doktrinde Ayiter'e göre, FSEK md.15 f.3'de öngörülen dava bir tesbit davası olup, öngörülen bu dava olayın mahiyetine göre müsbet ya da menfi tesbit davası olacaktır¹⁵²⁵. Erel de, bu davayı tesbit davası dışında herhangi bir dava çeşidiyle birlikte değerlendirmez¹⁵²⁶. Tekinalp ise, bu fıkra da geçen davanın bir tesbit davası olmayıp, eda davası olduğunu; çünkü mahkemenin kararıyla sadece kimin eser sahibi olduğu gibi bir hukuki olgunun tesbit edilmediği, eserin sahipliğinin davayı kazanan kişiye verildiğini ileri sürmektedir¹⁵²⁷. Doktrinde Arkan ise, haklı olarak bu görüşü eleştirmekte ve burada hakimin sadece hukuksal bir durumun tesbitinde bulunduğunu belirtmektedir. Yazara göre, söz konusu bu dava ile bir an için yeni bir durumun yaratıldığı ileri sürülse bile, bu durumda yenilik doğuran (inşai) davadan bahsedilmesi gerekirdi. Çünkü, eda davasının konusu bir şey vermeye, yapmaya veya yapmamaya ilişkin talep olup, eser sahipliğine ilişkin uyuşmazlıkta böyle bir özellik yoktur¹⁵²⁸. Kanaatimizce, FSEK 15 f.3'de öngörülen davanın hukuki niteliği, hükmün lafzına da uygun olarak, tesbit davası karakterini taşır. Hukukumuzda eser sahipliği herhangi bir karar veya başkaca bir işlemle hatta beyanla değil sadece eseri yaratmakla/meydana getirmekle gerçekleşir. Eser meydana getirme ise, maddi bir fiil olup, bu maddi fiilin kimin tarafından yapıldığının belirlenmesi, ancak tespit davasının konusu olabilir. Tesbit davasındaki amaç, eseri meydana getiren bu maddi fiilin kimin tarafından meydana getirilmiş olduğunun araştırılması ve bir karara bağlanmasıdır. Gerçek eser sahibinin tesbitiyle, davadan önce kendisinin eser sahibi olduğu iddia eden kişiden eser

¹⁵²⁴ Doktrinde Erel, Ayiter'e atfen, bu hükme göre tesbit davası açılmasının iki halde sözkonusu olduğunu belirterek, bu iki halin; başkasına ait bir esere sahip çıkılması (intihal) yahut bir şahsa vücuda getirmedeği bir eserin –şöhretinden yararlanmak veya onu kötülemek amacıyla- mâl edilmesi olduğunu ifade etmektedir. **EREL**,s.12. Kanaatimizce madde, Erel'in ifade ettiği biçimde ikinci hali kapsamına almaz. Erel'in ifade ettiği ikinci durumda genel kişilik hükümlerine başvurmak gereklidir. Başka bir deyişle, FSEK de yer alan maddelerin, bu maddelere tamamlayıcı hüküm işleviyle hizmet eden genel hükümleri dışlayacak şekilde yorumlanması doğru değildir.

¹⁵²⁵ **AYİTER**, s.119.

¹⁵²⁶ **EREL**, s.121.

¹⁵²⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.293.

¹⁵²⁸ **ARKAN**, s.273.

sahipliğini lehine karar verilen gerçek eser sahibine vermesi beklenmez. İşin doğası gereği “maddi fiilin” verilmesinden değil olsa olsa tesbitinden sözedilebilir. Böylece, “yaratma gerçeği” yeniden kurulmuş değil, tesbit edilmiş olur.

Eser sahipliğinin tespiti davasında, ihtilaf konusu husus eserin sahibinin kim olduğudur. Ancak, bu soruya yanıt vermek için ortada bir “eser” olup olmadığı da araştırılacaktır. “Eser” olmadıkça, FSEK md.15 f.3 uygulama alanı bulmayacaktır.

Eser sahipliğinin tesbiti davasının işlevi ve amacı, sadece adın belirtilmesi yetkisiyle de sınırlı değildir. Eser sahipliği hukuk nazarında kesinliğe kavuşan kişi, eser sahipliğine tanınan tüm hakların sahibi ve kullanıcısı olacaktır.

Adın belirtilmesi yetkisinin eser sahibine sağladığı koruma, olumlu ve olumsuz koruma şeklinde ikili bir ayrıma da tabi tutulabilir. Olumlu koruma olarak, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılması hakkında bahsedilirken, olumsuz korumaya ilişkin olarak eser sahipliğinin gaspedilmesine veya inkar edilmesine karşı eser sahibinin dava açma hakkından bahsedilir¹⁵²⁹.

Eser kimin adıyla umuma arzedilmişse, o şahsın eser sahibi olduğu yolunda bir karine doğar. Bu karine, FSEK md. 11 f.1’de¹⁵³⁰ düzenlenmiştir. Bu karine doğrultusunda, eseri gasbedilen kişi kendi eser sahipliğini kanıtlamak zorundadır¹⁵³¹.

¹⁵²⁹ DIESELHORST, s.116 vd.

¹⁵³⁰ Alman Hukukunda, eser sahipliğine ilişkin karine, Alm. ESHK md.10 da düzenlenmiştir.

¹⁵³¹ İnternet açısından bakıldığında da, adın belirtilmesi salahiyyetine tecavüzler, başkasının eserine kendi adını (intihal) veya kendi eserine başkasının adını koyarak eseri umuma arz etmek şeklinde ortaya çıkabilecektir. Özellikle, İnternetteki intihal kapsamında eserin ilk defa umuma arzedilmesi sözkonusuysa ortaya önemli bir sorun çıkacaktır. FSEK md. 11 f.1 uyarınca, yayınlanmış eser nüshalarında o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılacaktır. Maddenin ikinci fıkrası da, umumi yerlerde veya radyo-televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimsenin o eserin sahibi sayılacağını ifade etmektedir. Bu durumda, gerçek eser sahibinin eser sahipliğini ispat etmesi bakımından bir zorlukla karşı karşıya kalacağı ifade edilmektedir. Öte yandan, tecavüzde bulunan, fıkra 1’deki “nüsha” ifadesine dayanarak İnternette nüsha kavramının olmadığını ileri sürebilecektir. Bu bağlamda, doktrinde, İnterneti oluşturan zincirde yer alan bilgisayar bünyesindeki hard-diskin -izinsiz çoğaltılan eseri de içeren- bir nüsha olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. ÜSTÜN, Gürsel, İnternette Eser Sahibinin Manevi Hakları, Yayınlanmamış Tebliği, İnternet Çağında Güzel Sanatların ve Grafik Tasarımının Hukuksal Korunması Kollokyumu, İstanbul 1997, s.41,42.

Hard-diskin nüsha olarak kabul edilmesi, FSEK md. 11’ in uygulanması imkanı verecek, böylece gerçek eser sahibi, tecavüz eden kişinin eser sahipliği karinesini çürütmek şartıyla eserde adının belirtilmesi sonucuna kavuşacaktır. Bu durumda, gerçek eser sahibi FSEK md.15 f.3 uyarınca eser sahipliğinin tesbiti davası açabilecektir. Mimari yapılarla ilgili FSEK md 15 f.4’ün İnternet

Başkasının meydana getirdiği bir eseri, kendi ismiyle umuma arzeden kişi bu durumda FSEK md.11 doğrultusunda eser sahibi olarak kabul edilecektir. Ancak, gerçek eser sahibi bu karineyi çürütebilecektir.

Eser, üzerine sahibinin adı hiç konulmadan veya yanlış konularak yahut iltibasa yol açacak bir ad konulmak suretiyle umuma arz edilirse, eser sahibi FSEK md. 15 uyarınca, tespit davası açabileceği gibi tecavüzün kaldırılmasını da isteyebilecektir. Eserin, kanuna aykırı bir tarzda çoğaltılması, ticarete sunulması ya da ondan başka bir tarzda yararlanılması halinde, eser sahibin adının belirtilmemesi ayrıca kusur oluşturursa tecavüzde bulunan maddi ve manevi tazminata da mahkum edilebilir¹⁵³².

Eser sahipliğinin tesbiti davası, genel hükümlere göre açılacak tesbit davalarından ayırt edilmek gerekir. Bir yayınevinin, sözleşmeyle kararlaştırılmış olan sayıdan çok nüsha basması durumunda¹⁵³³ bu durumun tesbitine ilişkin dava, FSEK md.15 kapsamındaki dava olmayacaktır¹⁵³⁴.

Kanunda düzenlenmiş olmamakla beraber, bu dava hakkında önceden feragat etmek mümkün değildir¹⁵³⁵. Adın belirtilmesi yetkisinden vazgeçmek nasıl mümkün

bakımından doğrudan uygulanması, buradaki fiziki unsur nedeniyle mümkün olmayacaktır. Ancak, mimari eserin üzerinde eser sahibinin adı uygun göreceği bir malzemeyle ve silinmeyecek bir şekilde yazılmış olmasına rağmen bunun gizlenmesi yoluyla İnternette bir umuma arz edilme durumunda FSEK md. 15 f.4'ün dolaylı yoldan ihlal edileceği vurgulanmaktadır. ÜSTÜN, İnternet, s.44.

¹⁵³² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.148.

¹⁵³³ Yayıncının sözleşmeyle kararlaştırılan baskıdan fazla sayıda baskı yapması durumu, aşkın kullanım veya uygulamadaki yaygın ifadeyle yayıncı korsanlığı olarak nitelendirilmektedir. **SULUK/ORHAN**, s.763. Yayıncının basılan adedi gizleyerek, eser sahibine bildirmeden adeta “hiç tükenmeyen baskı” şeklinde bir uygulamada bulunması kötü niyetli yayıncı tarafından daha tercih edilir bir yol olacaktır. Aksi takdirde, yayıncının her hukuka aykırı baskıyı ikinci, üçüncü baskı şeklinde sıralaması tek bir baskı hakkı tanınmış yayıncının hukuka aykırı davranışının ispatında kolaylık sağlayacaktır. Ne şekilde belirlirse belirsin yayıncı korsanlığı durumunda açılacak tesbit davasının amacı, sözleşmeye aykırı bir biçimde basılan nüsha sayısını belirlemek olacaktır. Eser sahibinin bu tür durumlarda, çoğaltma ve yayma hakkının ihlal edildiğinden bahisle tazminat davası açması da mümkün olacaktır. Yayıncının, hukuka aykırı olarak addedilecek sonraki izinsiz baskıları aynı kalitede gerçekleştirmesi durumunda, manevi haklar alanında eser üzerinde değişiklik yapılmasını önlemek veya eser sahibi olarak tanıtılmak haklarının ihlalden değil, olsa olsa eserin umuma arz etme hakkının ihlalden sözedilebilecektir. Eser sahibinin, baskı sayısını belirlemesi, umuma arzın tarzına ilişkin bir seçim olarak değerlendirilip, aşan sayılar bakımından umuma arz hakkının ihlal edildiği şeklinde bir sonuca varılabilecektir.

¹⁵³⁴ Yayınevinin sözleşmeyle kararlaştırdığı sayıdan fazla nüsha basması durumunun FSEK md.15 f.3 kapsamında tesbit davasına konu olması, FSEK md.15 f.3'ün geniş ve zorlama yorumuyla mümkündür. Bu yorumun kabülü ise son derece güçtür. Şöyle ki, yayınevinin fazla nüsha basması, FSEK md.15 f.3'de yer alan “bir kimse eserin hakiki sahibi olduğunu iddia etmekteyse” ifadesi kapsamında değerlendirilmelidir ki, FSEK md.15 f.3'de düzenlenmiş dava açılabilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere FSEK md.15 f.3'ün bu şekilde yorumlanması son derece güç ve zordur.

¹⁵³⁵ **EREL**, s.122; **AYİTER**, s.84.

değilse, bu yetkiyi kullanmaya hakkı olan gerçek kişinin tesbitine yönelik davadan vazgeçmek de mümkün görülmemelidir.

2. İntihalin, Eser Sahipliğinin Tesbiti Davası Bakımından Değerlendirilmesi

Eser sahipliğinin tesbiti davasının intihali kapsayıp kapsamadığı konusu, doktrinde tartışmalıdır. Erel'e göre, başkasına ait bir esere sahip çıkılması olarak tanımlanan "intihal" durumunda FSEK md.15 f.3'e göre tesbit davası açılabilir¹⁵³⁶. Gerçek hak sahibi, eser sahibi olarak intihalde bulunanın değil kendisinin eser sahibi olduğunun tesbitini isteyebilecektir. Ayiter de, bir kimsenin başkasına ait bir eseri kendi eseri olarak umuma arzemesinin intihali (plagiat) de kapsayacağını ileri sürmektedir¹⁵³⁷.

Tekinalp'e göre, eser sahibinin tesbiti davası intihali (eser hırsızlığını) içermez. Yazara göre, intihal durumunda, ya sahipli olup, sahipliği çekişmesiz bulunan aleniyete kavuşmuş veya yayınlanmamış bir eserden, eser sahibinin adı zikredilmeden uygun görülmeyecek şekilde aktarma; çalma vardır; ya da intihalde bulunan kimse başkasının eserini kendi eseri olarak göstermiştir. Bu durumlarda, tecavüzün kaldırılması, önlenmesi veya tazminat davaları açılacak, eser sahibinin tesbiti davası açılmayacaktır. Çünkü, eser sahipliğinin tesbiti davasının konusu ve amacı, ya sahibinin adı belirtilmeden anonim olarak yayınlanmış eseri, eser sahibine bağlamak, yanlışlığı düzeltmek ya karıştırılmayı ortadan kaldırmak, mevcut eser sahipliği karinesinin aksini kanıtlamak ya da birden fazla kişinin katkısı bulunan bir eserin sahibini belirlemek veya birden fazla eser sahibine bağlamak sözkonusudur¹⁵³⁸.

¹⁵³⁶ EREL, s.121.

¹⁵³⁷ AYİTER, s.119.

Plagiat-İntihal kavramının kökeni Roma Hukukundaki çocuk ve köle hırsızlığı kavramına dayanır. Roma Hukukunda, çocuk ve köle hırsızlığı Plagium sözcüğüyle tanımlanmaktaydı. Kavramın, eser bağlamında ilk kullanımı şair Martial'a aittir. Martial, çocukları olarak nitelendirdiği şiirlerinin başka kişilerce kendi eserleriymişcesine sunumunun hırsızlık olduğunu belirtirken plagium kavramını kullanmıştı. DAVID, Lucas, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht I/3, Lexikon des Immaterialgüterrechts, Helbing und Lichtenhahn, Basel 2005, s.255.

¹⁵³⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.294.

İntihal kavramı, FSEK’te¹⁵³⁹ yer almamakla birlikte doktrinde ve içtihatda¹⁵⁴⁰ kendine yer bulmuş, eser sahibinin haklarına yapılan bir tecavüz çeşididir. İntihal, sadece adın belirtilmesi yetkisinin ihlaline yol açan bir eylem değildir. İntihal durumunda, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapma yetkisinin ihlalden sözedilebileceği gibi, mali hak ihlalleri de gerçekleşmiş olabilir. Alman Hukukunda da intihal (plagiat) kavramı Kanunda düzenlenmiş olmamakla birlikte doktrinde ve içtihatlarda ele alınmıştır. Kavramın temelinde, başkasının meydana getirdiği fikri değeri (Geistesgut) sahiplenme iddiasında bulunmak olduğu belirtilmiş ve bir kişinin kasten başkasının eser sahipliğinin inkarı (anmaßung) olarak yorumlanabilecek her türlü mali hak ve manevi hak ihlali “intihal” olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁴¹. Bir kişinin, bilinçli bir şekilde başkasının eser sahipliğini tanımayacak şekilde hareket etmesi, Alm.ESHK md.13’de düzenlenmiş eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ihlali anlamına gelecektir¹⁵⁴².

Kanaatimizce, bir başkasının eserini kendi eseri olarak sunmak şeklinde ortaya çıkacak intihal durumlarında, “eser sahipliğinin tespiti”nin gündeme gelmeyeceğini savunmak doğru olmaz. Başkasının eserini, kendi eseri olarak gösteren kişiye karşı gerçek eser sahibi, “eser sahipliğinin tesbitine” yönelik bir dava açmakla birlikte uğradığı zararları konu olan taleplerde de bulunabilecektir. Gerçek eser sahibi, sadece tazminat davası açmış olsa bile bu davada öncelikle eser sahipliğinin tesbit edilmesi gerekecektir. Ancak, bir başkasının eserini kendi eseri olarak sunmak şeklinde gerçekleşmeyen intihal durumunda, eser sahipliğinin tesbitine ihtiyaç duyulmayabilecektir. İktibas serbestisinin aşılması, gereğinden fazla yararlanılması durumunda meydana gelen intihalde, eser sahipliğinin tesbitine gerek kalmayacaktır.

¹⁵³⁹ Ancak, FSEK’te intihale ilişkin olarak uygulama alanı bulabilecek bir ceza hükmü vardır. FSEK md.71b.3’de “başkasının eserini kendi eseri olarak gösteren” ibaresine yer verilmiştir. FSEK md.15 f.3’de düzenlenen eser sahipliğinin tesbiti davasının intihali kapsayıp kapsamadığı ise tartışmalıdır.

¹⁵⁴⁰ 29.01. 2003 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “İntihal sözlük anlamı itibariyle aşırma, başkasına ait bir eseri kendisinin gibi gösterme (Ferit Develioğlu-Neval Kılıçkını, Osmanlıca-Türkçe Sözlük , Rafet Zaimler Kitabevii İstanbul 1983, s.161), kaynak göstermeksizin başkasının eserinden parça alma (Dr. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Doruk Yayınları Ankara 1976, s.72) anlamında olup, hukuk düzenince de bu anlam yüklenmiş ve yasaklanmıştır. (FSEK md.66 ve sonraki hükümler). İntihal tam veya kısmi nitelikte olabilir. Açık ki, ister tam, ister kısmi nitelikte olsun, intihalin (aşırmanın, çalıntının) varlığı halinde, buna maruz kalan eser sahibi, hukukun kendisine tanıdığı yasal yollara başvurma (şikayet) hakkına sahiptir”. HGK, 29.01.2003, E. 2003/4-47, K.2003/37. Karar için bkz. **DEMİRKIRAN**, İhsan, **DEMİR**, Aysel Cemile, **BİLGİN**, Çağlar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10 Yıllık Emsal Kararları (1995-2004), Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.868-873.

¹⁵⁴¹ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 23, Kn.22.

¹⁵⁴² **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 13, Kn.8; **FROMM/NORDEMANN/VINCK/HERTIN**, § 24, Kn.6.

Eserden iktibas serbestisini aşacak şekilde yararlanan kişi, yararlandığı eserin sahipliği konusunda herhangi bir iddiada bulunmamaktadır.

3.“Eş-Eser” (Doppelschöpfung) Kavramının Eser Sahipliğinin Tesbiti Davası Bakımından Değerlendirilmesi

Birden fazla eser sahibinin, birbirlerinin eserlerine başvurmadan, birbirinden bağımsız bir şekilde aynı sayılabilecek eser meydana getirmeleri durumu, eş-eser (çifte yaratım-doppelschöpfung) olarak nitelendirilmektedir. Meydana getirilen eserler arasında birebir aynılık, yaşam deneyimlerine göre neredeyse hiç sayılabilecek bir oranda, mümkün görülmez. Bununla birlikte, özellikle bireyselliğin sınırlı bir ölçüde ortaya çıkabileceği bir alan sözkonusu ise, bu alanda meydana getirilen eserler arasında benzerlikler kaçınılmaz olacaktır¹⁵⁴³. Eş-eserin belki de en çok karşılaşılabileceği durumlar, küçük katkılı eserler olacaktır. Prospektüs, çizelge ve hatta kolay meydana getirilebilen müzik parçaları gibi, yaratıcılık düzeyi göreceli düşük eserlerde, “eş-eser” (doppelschöpfung) olgusuna rastlamak mümkün olacaktır¹⁵⁴⁴.

Öte yandan herkesin kullanımına ve yararlanmasına açık, koruma süresi dolmuş eserlerin de bulunduğu ortak kültür mirasından yararlanılması durumunda, birden fazla eser sahibi kendi hususiyetlerini katmış olsalar da, birbirine benzeyen eserler meydana getirmiş olabilirler.

“Eş-eser” olgusuna ilişkin değerlendirmede, edebiyat ve sanat alanında bireysel yaratım olanaklarının çeşitliliği gözönünde tutulduğunda, meydana getirilmiş eserler arasında geniş kapsamlı bir benzerlik olması, yaşam deneyimlerine göre neredeyse hiç kabul görmeyecektir. Bu bakımdan, eserler arasında karşılaştırma yapıldığında geniş ölçüde özdeşlik, kural olarak yeni eserin eski eserden yararlanılarak oluşturulduğu saptamasını makul kılacaktır. Bu yöndeki ilk görünüş karinesinin

¹⁵⁴³ Hatta kötümser bir yaklaşımla değerlendirildiğinde, eserlerin birbirinin tekrarı haline geldiği, yaratımın sınırlı olduğu şeklindeki görüşlere kulak vermek de mümkündür. Ancak, sayılı temanın sayısız temasla (sanatçı dokunuşu:üslup) işlenebileceği de kulak kabartılması gereken karşı görüştür.

¹⁵⁴⁴ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 23, Kn.27; KG GRUR-RR 2002, s.49,50-Vaterland.

(*anscheinbeweis*; *prima facie*) aksi ispat edilebilecektir¹⁵⁴⁵. Yeni eserin eski esere dayanılarak oluşturulması şeklindeki “hayatın olağan akışı” iddiası, somut olayın özellikleri doğrultusunda çürütülebilir. Eserler arasındaki özdeşliğin, yeni eserin eski esere dayanılması ve başvurulmasından değil de başka bir nedenden ötürü gerçekleştiği ispatlanabilir¹⁵⁴⁶.

“Eş-eser” olgusu kabul edildiğinde, “eş-eser” sahipleri arasında eser sahibinin haklarına ilişkin herhangi bir hak ihlalden söz edilemeyecektir. Her iki eser sahibi de bir diğ erinin eş-eserden yararlanmasını yasaklayamayacaktır. Eser sahiplerinden her biri, eserin üçüncü kişi tarafından haksız kullanımını yasaklayabilecektir. Eser sahipliği hukuku eser sahibinin kişisel ve fikri menfaatlerini korumaktadır. Bu bakımdan, sınai haklardaki öncelik ilkesi burada geçerli olmayacaktır. Eser sahipliği hukuku, “yenilik” unsurunu sınai hakların aksine objektif açıdan değil subjektif açıdan değerlendirir¹⁵⁴⁷.

FSEK md.15 f.3’e göre, bir eserin kimin tarafından meydana getirildiği ihtilafı ise, hakiki hak sahibi, hakkının tesbitini mahkemeden isteyebileceğine göre, “eş-eser” durumunda iki eser sahibi olduğuna karar verilecektir.

Eş-eser olgusu, istisnaen karşılaşılabilecek bir durumdur. Olayların hemen hemen hepsinde, iki eser arasındaki bağlantı noktası, “eş-eser” olgusundan çok, “intihal” olgusu ile kurulacaktır.

4.Davacı

Eser sahipliği iddiasında bulunan kişi, bu davayı açabilecektir. Dava açma yetkisi, eser sahibinin ölümünden sonra FSEK md. 19 f.1’de belirtilen şahıslar, meşru menfaatini isbat eden mali hak sahipleri ve memleket kültürü bakımından önemli görülen eserlerde Kültür Bakanlığı tarafından kendi namlarına kullanılabilir.

¹⁵⁴⁵ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 23, Kn.28; **WANDTKE/BULLINGER**, § 23, Kn.6; BGH GRUR 1998, s.810, 811-Fantasy; BGH GRUR 1971, s.266-Magdenenarie; BGH GRUR 1991, s.533-Borwn Girl II.

¹⁵⁴⁶ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 23, Kn.28.

¹⁵⁴⁷ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 23, Kn.29.

Öte yandan, icracı sanatçılar bakımından da FSEK md.15 f.3 kıyasen uygulama alanı bulabilecektir. Aynı kıyas bağlantısı, icracı sanatçının ölümünden sonra FSEK md.19 f.3’de sayılan kişiler bakımından da kurulur¹⁵⁴⁸.

Bir eserin meydana getirilmesinde birden fazla kişinin katkısı olması durumunda, bu kişilerden kimlerin eser sahibi olduğu konusunda bir uyuşmazlık varsa, eser sahipliği iddiasında bulunan kişi, eser sahipliğinin tesbiti davası açabilecektir. Ancak, eserin kullanım tarzı konusunda bir uyuşmazlık varsa, bu durumda eser sahipliğinin tesbit davası açılmayacaktır.

5.Davalı

Dava, hasımlı açılacağı gibi, hasımsız olarak da açılabilir. Hasımlı davada, davalı veya davalılar, ihtilafa neden olan kişi veya kişilerdir¹⁵⁴⁹. Bir eser meydana getirilirken, katkıda bulunmuş kişi, katkısının kendisinin eser sahibi olacak derecede önemli olduğunu düşünmesine rağmen, bu düşüncesi eseri meydana getiren diğer kişi ve kişiler bakımından kabul görmüyorsa, eser sahipliğinin tesbiti davasını bu kişilere karşı açabilecektir.

6.Zamanaşımı Süresi

Dava, hukuki menfaat devam ettiği sürece açılacaktır. Tecavüz devam ettikçe, zamanaşımı süresi işlemeyecektir¹⁵⁵⁰. Herhangi bir kimsenin eserin sahibi olduğunu iddia ederek eseri kullanması, eserin gerçek sahibinin eser sahipliğinden doğan haklarına –FSEK md.15 bağlamında adın belirtilmesi yetkisine- tecavüz edilmesi anlamına gelecektir. Bu durumda FSEK’te zamanaşımına ilişkin bir düzenleme olmadığından, haksız fiillerde zamanaşımı konusunu düzenleyen BK md.60’a başvurulacaktır. Zarar ve failin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde fiilden itibaren on yıllık süre içinde dava açılması gerekecektir¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁸ ARKAN, s.273,274.

¹⁵⁴⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.294; ARKAN, s.274.

¹⁵⁵⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.295.

¹⁵⁵¹ Eser sahibi, eserde adının belirtilmemesini istemiş olabilir. Hatta, eser sahibi olarak başka bir kimsenin adının belirtilmesini istemiş olabilir. Bu durumda, gerçek eser sahibi görünürde eser sahibi olan kişinin adın belirtilmesi yetkisine veya diğer haklarına tecavüzde bulunduğundan söz edemez ve

7.Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görev ve ispat kenar başlığını taşıyan FSEK md.76'nın birinci fıkrasında, tesbit davasını da kapsayacak şekilde tüm hukuki ilişkilerden doğan davalar için görevli mahkeme olarak, ihtisas mahkemeleri belirlenmiştir. FSEK md.76 f.1'e göre, " Bu Kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda, davanın konusunun miktarına ve Kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetleri başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangisinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir¹⁵⁵²". Bu bağlamda, tespit davalarında görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olup, bu mahkemenin yokluğu halinde Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır.

Yetkili mahkeme konusunda, FSEK md.66'da tecavüzün kaldırılması ve tecavüzün önlenmesi davaları için getirilen özel ek imkan tesbit davaları bakımından uygulama

dolayısıyla ortada bir haksız fiil olmadığı gibi işlemeye başlayacak bir zamanaşımı süresi de sözkonusu değildir. Ancak, gerçek eser sahibi eserin gerçekte kendisi tarafından meydana getirildiğini ileri sürer de, görünür eser sahibi bu iddiayı kabul etmezse bu andan itibaren görünür eser sahibinin davranışı hukuka aykırılık teşkil eder ve BK md.60'daki bir yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Öte yandan, görünür eser sahibi gerçek eser sahibinin eser sahipliğini tanımakla birlikte, gerçek eser sahibi ileride doğacak ihtilafları önleme bakımından eser sahipliğinin tesbiti davası açabilir. Böylece gerçek eser sahibinin ölümünden sonra, manevi haklarının korunmasında devreye girecek kişiler (FSEK md.19'da sayılanlar), görünür eser sahibine göre değil, gerçek eser sahibine göre belirlenecektir. Bu olasılık kapsamında açılacak dava için bir zamanaşımı süresi yoktur.

¹⁵⁵² 04.04.2001 tarihli 24363 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 26.03.2001 tarihli, 335 sayılı kararına göre, "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı Kanunla değişik 76 ncı maddesi gereğince bu Kanunun düzenlediği hukukî ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve Kanunda gösterilen cezaların derecesine bakılmaksızın görevli ve yetkili mahkeme olarak,

İstanbul İlinde Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin bu Kanundan kaynaklanan hukuk davaları için, Fikrî ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin de bu Kanundan kaynaklanan ceza davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesi ve yargı çevresinin İstanbul İli mülkî hudutları olarak tespit edilmesine,

İstanbul dışındaki yerlerde ise Komisyonların bulunduğu ağır ceza merkezlerinde olmak üzere; Hukuk davalarına, asliye hukuk mahkemesinin, iki asliye hukuk mahkemesi varsa 1 nolu asliye hukuk mahkemesinin, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa 3 nolu asliye hukuk mahkemesinin, Ceza davalarına, asliye ceza mahkemesinin, iki asliye ceza mahkemesi varsa 1 nolu asliye ceza mahkemesinin, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi varsa 3 nolu asliye ceza mahkemesinin yetkilendirilmesine,

İlgili mahkemelerin yargı çevrelerinin ise adli yargı adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine karar verilmiştir."

alanı bulmayacaktır. FSEK md.66 f.5'e göre, eser sahibi, ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref'i ve men'i davası açabilir.

HUMK md.9'da düzenlenen genel yetki kuralınca, tesbit davası davalının ikametgahında açılabilir. Başka bir deyişle, tesbit davası bakımından genel yetki kuralları uygulama alanı bulacaktır. Tesbit davasının eda davasının öncüsü olduğuna göre, tesbit davası, eda davası nerede açılabilirse, tesbit davası da o yer mahkemesinde açılacaktır¹⁵⁵³.

IV.TECAVÜZÜN KALDIRILMASI (REF'İ) DAVASI

A.Genel Olarak

Bu dava, başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüzün kaldırılması amacıyla açılır. Tecavüz son bulmuşsa, dava artık amacı kalmadığından açılmaz; bu durumda sadece tazminat istenebilir. Bunun yanısıra yeni bir tecavüz tehlikesi sözkonusu ise, tecavüzün önlenmesi davası açılabilir.

Tecavüzün kaldırılması davasını açabilmek için tecavüzün hukuka aykırı olması gerekli ve yeterli koşuldur. Kusur aranmaz. FSEK md.66 f.2'ye göre "Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir". FSEK md.66 f.3 ise tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusurunun şart olmadığını düzenlemiştir.

FSEK md. 66 f.4'de her ne kadar mahkemenin failde kusur olup olmadığını, varsa ağırlığını takdir edeceği belirtilmişse de, bunun tesbitinin tecavüzün kaldırılması bakımından değil, çoğu kez onunla birlikte ve aynı mahkemede açılacak olan tazminat davaları bakımından önem taşıdığı belirtilmektedir¹⁵⁵⁴.

Alman Hukukunda bazı kaynaklarda, tecavüzün giderilmesi ve tecavüzün önlenmesi davaları, olumsuz davalar başlığı altında birarada incelenmektedir. Tecavüzün

¹⁵⁵³ ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.335

¹⁵⁵⁴ EREL, s.292.

önlenmesi davası (unterlassungsklage) başlamış bir hak ihlalinin tekrarlanması tehlikesine karşı kullanılabilir hukuki bir çare iken, tecavüzün giderilmesi veya kaldırılması davasında (beseitigungsklage) gerçekleşmiş bir hukuka aykırı müdahalenin sona erdirilmesi amaçlanır. Ancak, her iki hukuki çarenin bazen tecavüzün önlenmesi başlığı altında ele alındığına ve bu bakımdan yanlış anlaşılmalara yol açtığı ifade edilmektedir¹⁵⁵⁵.

Bu davayla, hukuka aykırı bir müdahalenin sonucu olarak ortaya çıkan ve devam eden rahatsız edici durumun giderilmesi amaçlanır¹⁵⁵⁶. Talep, tecavüz tehlikesinin önlenmesi talebinde olduğu gibi, kusur şartını gerektirmez. Bu taleple, somutlaşmış bir hukuka aykırı durum ortadan kaldırılır¹⁵⁵⁷. Dava neticesinde, zarar verenin katlanabileceği oranda, menfaatler dengesinin de gözetilmesi suretiyle bir önlem alınmalıdır¹⁵⁵⁸. Hukuka aykırı durumun giderilmesi için yapılacak masrafları, zarar veren üstlenecektir¹⁵⁵⁹.

Tecavüzün kaldırılması davası, tecavüzde bulunanın kusur şartına bağlı değildir. O halde, tecavüz edenin hiç bir kusurunun olmaması da mümkündür. Bu bakımdan, tecavüzün kaldırılması davasında tecavüzün kaldırılmasına yönelik bir hüküm verilirken, kusuru olmadan zarar verenle kasıt veya ihmal neticesinde zarar veren arasında bir fark gözetilmelidir. Tecavüzün giderilmesi, kusursuz zarar veren tarafından katlanması güç olabilir. O kadar ki, zarar veren eser sahibine verdiği zarara oranla, tecavüzün giderilmesi sürecinde ölçsüz sayılabilecek büyük zararlara uğrayabilir. Bu olasılıkta FSEK md.66 f.3 uygulama alanı bulabilirken, Alman Hukuku bakımından çözüm Alm.ESHK md.101 uyarınca gerçekleştirilir. Alm. ESHK md.101'e göre, kusuru olmadan tecavüz edenin tecavüzü ortadan kaldırması

¹⁵⁵⁵ LENDVAI, s.79; Ayrıca bkz. HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, s.357.

Alman Hukukunda eser sahiplerinin korunmasına ilişkin olarak bu iki dava, mahkemelerin AMK md.1004'ü kıyasen uygulamasıyla yer almış; ardından 1965 tarihli Alm.ESHK md.97 f.1 ile, eser sahiplerinin ve diğer ilgili kişilerin doğrudan başvurabileceği hukuki çare konumuna kavuşmuştur. LENDVAI, s.80.

¹⁵⁵⁶ SCHRICKER/WILD, § 97, Kn.45.

¹⁵⁵⁷ Bu talep, eski durumun yeniden inşası talebinden (eski hale iade, naturalrestitution) ayırdılmalıdır. Eski hale iadeyi amaçlayan talep, AMK md.249, hakkın kusurlu bir şekilde ihlal edilmesi durumunda gündeme gelir. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. REHBINDER, Die Rechtlichen Sanktionen bei Urheberrechtsverletzungen nach ihrer Neuordnung durch das Produktpirateriegesetz, ZUM 1990, s.463.

¹⁵⁵⁸ HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, s.358.

¹⁵⁵⁹ Tecavüz tehlikesinin önlenmesi davasında olduğu üzere, zarar veren Alm.ESHK md.101 uyarınca zararın giderimi için tazminat ödemek zorunda kalabilecektir.

zarara uğrayanın elde edeceği menfaatle karşılaştırıldığında aşırı bir zarara yol açıyorsa (unverhältnismäßig großer Schaden), mahkeme kusursuz zarar verenin para ödemesine karar verebilecektir. Tecavüzün giderilmesine ilişkin böyle bir uyarılama, kusursuz bir şekilde zarar verilen menfaatlerde önemsiz zararlar olması durumunda gündeme gelecektir. Tecavüzün giderilmesi, kusursuz zarar verenin örneğin bir film yapımcısının veya yayıncının ticari açıdan büyük zararlara uğramasına yol açacaksa ve manevi hakkı ihlal edilen eser sahibi açısından küçük zararlar doğurmuşsa, parasal tazmin yoluna gidilecektir. Bu durumda, filmin piyasadan çekilmesi veya kitabın toplatılması gibi bir yola gidilmeyecektir.

Tecavüzün kaldırılması konusunda klasik bir örnek haline gelmiş “Fresken-Urteil” adıyla anılan karara konu olan olayda, binanın maliki olan kişi duvardaki resimlerin üzerini kapatmış, eser sahibinin açtığı dava sonucunda eserlerin üzerinin kapatılmasının giderilmesine (resimlerin ortaya çıkarılmasına) karar verilmiştir. Burada, durumun parasal tazmin karşılığı tecavüze katlanmayı haklı göstermediği sonucuna varılmıştır.

Eser sahibinin manevi haklarıyla, kişilik hakları arasında farklılıklar olduğu kadar benzerlikler de vardır. Bu nedenle, kimi davalarda eser sahibinin manevi haklarının mı yoksa genel hükümlerden kaynaklanan kişilik haklarının mı ihlal edildiği noktasında tartışmalar yapılmaktadır¹⁵⁶⁰. Dikkat edilmesi gereken nokta, eser

¹⁵⁶⁰ Bu konuda, Alman doktrininde sıklıkla verilen örnek, “Emile Nolde” kararıdır. Bkz. BGHZ 107, 385 vom 8.Juni 1989.

Kararda, tecavüzün kaldırılması talebinin isim hakkı kapsamında gündeme gelip gelmeyeceği tartışılırken; eser sahibinin manevi haklarına ilişkin de sorunlar ele alındı. Dava, karşı dava şeklinde davalı vakıf tarafından açıldı. Vakıf, ressam Emil Nolde'nin ölümünden sonra ressamın kişilik haklarının gözetilmesini üstlenmişti. Vakıf, davacı tarafından kendisine incelenmesi için bırakılan Emil Nolde'ye ait olduğu iddia edilen iki sulu boya tablonun zilyedi konumundaydı. Vakıf, hazırladığı raporda bu iki tablonun Emil Nolde stilinde yapıldığını, ancak Emil Nolde'nin imzasının taklit edildiğini açıkladı. Vakıf, tabloları davacı- sahibine vermekten kaçındı. Bunun üzerine, tabloları incelenmesi için vakfa yollayan kişi tabloların iadesine yönelik bir dava açtı. Açılan bu davaya karşılık olarak, vakıf da karşı dava açtı.

Vakfın, açılan davada dava ehliyetine sahip olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmasına rağmen, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, gerek Emil Nolde'nin kişilik hakkına gerekse isim hakkına dayanılarak tecavüzün giderilmesi davası açılmasını hukuka uygun bulmadı. AMK md.12'de düzenlenen isim hakkından kaynaklanan bir tecavüzün giderilmesi talebi sözkonusu olamazdı; çünkü ölümlerle birlikte isim hakkı da son bulmuş oluyordu.

BGHZ 107, s.389.

Alm.ESHK md.13'de düzenlenmiş eser sahibi olarak tanıtılmak hakkına dayanmak da mümkün değildi. Alm.ESHK md. 11'de düzenlendiği üzere, diğer manevi haklar gibi bu hak da, eser sahibinin kendisi tarafından yapılmış eseriyle kişisel ve düşünsel ilişkilerini konu alıyordu. Somut olayda ise,

sahibinin manevi haklarının koruduğu menfaat ile genel kişilik korumasının konu aldığı menfaatler arasındaki ayrımdır. Bunun yanısıra, her iki hak türünün mutlak anlamda birbirini dışladığı şeklinde bir değerlendirmede bulunmak da doğru olmaz. Somut olayın özelliklerine göre, her iki menfaatin birlikte ihlal edilmiş olması mümkündür.

Öte yandan, yine somut olayın özelliğine göre, kişilik hakkı veya manevi hak ihlallerinden birine dayanılarak açılacak bir tecavüzün kaldırılması davasında verilecek hüküm, diğer hak ihlali bakımından da bir anlam taşıyabilecektir. Örneğin, eserin eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde umuma arz edilmesi karşısında, eser sahibinin FSEK md.14 f.3'e ve FSEK md.67'e dayanarak açacağı tecavüzün kaldırılması davasında, eser sahibinin hem manevi hakkına hem de kişilik hakkına yönelmiş ihlal ortadan kaldırılabilir¹⁵⁶¹.

eser sahibinin –Emil Nolde'nin- kendisinin yapmış olduğu bir eser sözkonusu değildi. BGHZ 107, s.390,391.

Bu noktada akla gelebilecek olasılık olarak, Emil Nolde'nin sanatçı kişiliğinin zedelenmesi nedeniyle tecavüzün giderilmesi davasının koşullarının oluşup oluşmadığı incelendi. Tabloların sahteliği, sanatçının saygınlığını ve kamuoyu nezdindeki değerine zarar verebilirdi. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için bu tabloların kamuya Emil Nolde'nin orjinal eserleriymiş gibi sunulması gerekirdi. BGHZ 107, s.392.

İsim hakkı korumasının aksine kişilik koruması (AMK md.823) ölümden sonra da varlığını devam ettirebilir. Ancak, bu korumanın süresi genel olarak tesbit edilemez. Mephisto kararında, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, ölen kişinin hatırasının kaybolmasıyla birlikte kişiliğinin korunması ihtiyacının da sona ereceği saptamasında bulunmuştur. Zaman içinde, bir resmin sahte olmamasına yönündeki menfaat azalacaktır. Emil Nolde derecesinde ünlü bir ressamın ölümünden 30 yıl sonra daha bu bakımdan korunma ihtiyacı vardır. BGHZ 107, 393.

Dolayısıyla davalının, Nolde'nin eserlerinden birinin sahteliğine karşı savunmada bulunması haklıdır. AMK md.823 f.1 ve AMK md.1004 uyarınca tecavüzün giderilmesi talebinde bulunması mümkündür. Ancak somut olay bakımından, zararın giderilmesi veya azaltılmasını amaçlayan tecavüzün giderilmesi talebi kabul edilemez. Dava konusu olayda, zarar verme resimlerin Nolde'nin imzasını taşıması ve bu eserlerin gerçek Nolde eserleri olarak sanat piyasasında kullanılmasıyla mümkün olabilirdi. Resimlerin Nolde'nin etkisinde ve tarzında yapılmasında herhangi bir zarar verme unsuru yoktur. Eserin bu tür soyut özellikleri genel sanatsal gelişim adına herkes tarafından kullanılabilen özelliklerdir. BGHZ 107, s.393.

Mahkeme, bu nedenlerden ötürü, eserlerdeki Nolde imzasının ortadan kaldırılması talebini yeterli görmedi. BGHZ 107, s.394. Mahkemenin verdiği bu karardan, eser sahibinin, isminin izinsiz kullanılması durumunda ancak AMK'de düzenlenmiş isim hakkına dayanarak bir koruma elde edebileceği sonucu çıkartılabilir. LENDVAI, s.83.

¹⁵⁶¹ Bu varsayımda, eser sahibi FSEK md.14 f.3 ve FSEK md.67 hükümlerine dayanmayıp, MK md.23'den hareket ederek kişilik hakkının ihlal edildiğini savunsa bile, HUMK md.76 gereği tarafların hukuki nitelendirmesiyle (tavsif) bağlı olmayan hakim hükmünü FSEK md.14 f.3 ve FSEK md.67 maddelerine dayanarak verebilecektir.

B.Davanın Konusu

1.Umuma Arz Yetkisinin İhlali

FSEK md. 14'de düzenlendiği üzere, bir eseri umuma arz etmek yetkisi sadece eser sahibine ve onun bu konuda yetki verdiği kişilere aittir. Dolayısıyla, eserin eser sahibinin rızası olmaksızın umuma arzı, manevi hakka tecavüz anlamına gelecektir.

FSEK md. 67 f.1 uyarınca, tecavüzün kaldırılması davası, kamuya sunmanın çoğaltılmış nüshaların yayımı yoluyla gerçekleşmesi halinde açılabilir. Eser, çoğaltılmış nüshaların yayımı dışında başka bir yolla örneğin teşhir veya temsil edilerek yahut radyo-tv ile yayınlamışsa, tecavüz bir seferde gerçekleştiği ve devamlılık arz etmediği görüşünden hareketle bu davanın açılmayacağı, yalnız tazminat istenebileceği ileri sürülmektedir¹⁵⁶². Çoğaltılmış nüshaların yayımı halinde, davanın konusu yayının durdurulması olacaktır¹⁵⁶³. Doktrinde Tekinalp ise, eserin çoğaltılma ve yayımlanma dışında mesela, sergileme, seslendirme, temsil, radyo-tv ile yayımlanma, umuma iletme (FSEK md.25) vs. yollarla kamuya sunulmasında, tecavüz devam ediyorsa, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın tecavüzün kaldırılması davasının açılabilceğini savunmaktadır¹⁵⁶⁴.

Umuma arz yetkisi açısından tecavüzün durdurulması davasının sadece “umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olması halinde” açılacağı kabul edilirse¹⁵⁶⁵, şu sonuca varmak gerekecektir: Eserin CD veya DVD formatındaki çoğaltılmış nüshaları hazır duruma getirilip depolanmış, ancak bunlar yayımlanmamışsa, kayda alma süreci devam ediyorsa, tecavüzün kaldırılması davası değil, tecavüzün önlenmesi davası sözkonusu olacaktır. Kamuya sunma, çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle değil de, eser hakkında bilgi vermek yoluyla

¹⁵⁶² **EREL**, s.296, **AYİTER**, s.254, **ARSLANLI**, s.212.

¹⁵⁶³ **EREL**, s.296. Doğaldır ki, yayının durdurulmasının yanısıra, zarar varsa, tazminat talebinde de bulunulabilecektir.

¹⁵⁶⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.297.

¹⁵⁶⁵ Doktrinde, tecavüzün ref'i davasının, FSEK md.67 f.1'de, “umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olması” haliyle sınırlandırılması, yayımlanmamış nüshaların hükmün uygulama alanı dışında kalması eleştirilmiş; ancak aynı maddenin dördüncü fıkrasında hakime tanınmış “tecavüzün ref'i için lüzumlu göreceği tedbirlerin tatbikına” karar verme yetkisi sayesinde, eser sahibinin gerekli ve yeterli korumaya kavuşabileceği ifade edilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, çoğaltılmış ürünlere ve çoğaltma araçlara el konularak bunların imhası yoluna gidilebilecektir. Ancak, yayımlanma halinde ürün dağılmış olduğundan, bu önlemin etkili olamayabileceği de vurgulanmıştır. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.297.

gerçekleşmişse, bu takdirde, tecavüzün kaldırılması davası açılmayacak, şartları varsa, men davası¹⁵⁶⁶ veya zarar mevcutsa tazminat davası açılacaktır.¹⁵⁶⁷

Yayınlanmamış bir eserden intihal halinde, intihalle meydana getirilen eser, intihale uğrayan eserin aynı zamanda umuma dolaylı arzı olduğundan, tecavüzün kaldırılması davası açılacaktır.¹⁵⁶⁸

Kanaatimizce, FSEK md.67 f.1’de tecavüzün kaldırılması davasının açılabilmesi umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanmasına bağlanmışsa da, bu olasılık dışında kalan durumlarda da tecavüzün kaldırılması davası açılacaktır. Ancak, bu durumda açılacak tecavüzün kaldırılması davası başka hakların ihlal edilmiş olmasına dayanacaktır. Örneğin, bir eserin henüz umuma arzedilmemişken eser sahibinden izin alınmaksızın “temsil”i, temsil hakkının ihlaline yol açacak ve eser sahibi temsil hakkının ihlaline dayanarak devam eden tecavüze karşı, tecavüzün durdurulması davası açılacaktır.

Umuma arz yetkisinin mali haklarla olan ilişkisi, tecavüzün durdurulması bakımından da özellik arzeder. FSEK md.67 f.1’de ifade edildiği üzere, “henüz alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak tecavüzün ref’i davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olması halinde açılabilir”. Sonuç olarak umuma arz yetkisinin ihlaliyle eser sahibinin mali hakları da ihlal edilmiş olacaktır. Eser sahibi mali hak ihlali nedeniyle, FSEK md.68’de¹⁵⁶⁹ düzenlenmiş maddi tazminat talebinde bulunabilecektir.

¹⁵⁶⁶ Burada men davasının konusu, ileride daha fazla bilgi verilmesinin önlenmesi olacaktır.

¹⁵⁶⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.296. Tekinalp bu konuda şu örneği vermektedir. Hiçbir yetkisi olmayan bir kişi, bir basın toplantısı yapıp A’nın yeni romanının konusu, karakterleri, geçtiği yer ve zaman dilimi hakkında bilgi verir ve yazılar yazarsa, bu olasılıkta, ref davası değil men davası veya zarar varsa tazminat davası açılacaktır.

¹⁵⁶⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.296.

¹⁵⁶⁹ 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesinde ve Komisyon Raporlarında FSEK md.68 değişikliğine ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir:

“Mali haklara tecavüz halinde tazminat sorumluluğunun düzenlendiği 68’inci maddenin birinci fıkrasındaki, mahkemelerce tazminat miktarının belirlenmesinde ilgili meslek birliklerinin görüşünün esas alınmasını amir cümle, metinden çıkarılmıştır. Çünkü, bu düzenleme, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ancak, mahkemeler, açılan tazminat davalarında somut olayda tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak unsurların belirlenmesi bakımından ilgili meslek birlikleri mensupları arasından bilirkişi görevlendirilebileceklerdir. Bu hususta Hukuk Usulü Muhakemeleri

Umuma arz yetkisinin ihlali neticesinde açılacak tecavüzün kaldırılması davasının yanında, mali hak ihlali nedeniyle maddi tazminat davası da açılabilirdiğine göre, eser sahibi FSEK md.68 f.1 gereği, eserinin izinsiz çoğaltılmış nüshalarının satılan kısmı üzerinden, rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın üç katını isteyebilecektir. FSEK md.68 f.1'e göre, "...izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir." Burada gerçek bir zarar gideriminden çok bir tür "medeni hukuk cezası" düzenlendiği söylenebilir.

Kanunundaki düzenlemelerin ihtiyaca cevap verebileceği düşüncesiyle, söz konusu fıkranın son cümlesi metinden çıkarılmıştır.

Bu Kanunun koruma altına aldığı manevi ve mali haklara tecavüz teşkil eden fiiller, aynı zamanda suç olarak tanımlanmıştır. Suç konusu eşyaya el konulması, elkonulmuş olan eşyanın ne suretle muhafaza edileceği, Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun için, ayrıca, bu Kanunda düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Aslında bu Kanunda tanımlanan suçların konusunu oluşturan veya bunların işlenmesinde araç olarak kullanılan eşya ile ilgili olarak yapılan bu düzenlemeler, Ceza Hukukundaki elkoyma ve müsadere hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Buradaki düzenlemelere göre başlatılan soruşturma ve kovuşturma sonuçlanmadan suç konusu veya suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan eşya elden çıkarılacak ve bu suretle, deliller kaybedilecek ve Türk Ceza Kanununun müsadereye ilişkin hükümleri uygulanamayacaktır. Belirtilene sakıncaları gidermek amacıyla maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları yürürlükten kaldırmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir an için söz konusu fiillerin suç oluşturmadığı düşünülse bile somut olayda HUMK'un, karşılanmak istenen ihtiyaca cevap verebilecek nitelikte olan ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilir."

"5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören kırküçüncü fıkranın (a) bendi, maddenin birinci fıkrası yeniden düzenlenerek, "eser" ibaresinin yanı sıra "icra, fonogram ve yapıım" ibarelerine de yer verilmiştir. Maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar olarak eklenen yeni fıkralarda, izinsiz olarak çoğaltılan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların özel hukuk hükümlerine göre nasıl bir işleme tabi tutulacağı hususuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Böylece hakkı ihlal edilen kişiye hak ihlalinin önlenmesi ve etkilerinin mümkün olduğunca azaltılması amacıyla yönelik olarak tercihte bulunma yetkisi tanınmaktadır. Maddeye eklenen dördüncü fıkrada, "ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır." hükmüne yer verilmiştir. Maddeye eklenen beşinci fıkra hükmüyle, ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbiri olarak elkoymaya bir sınırlama getirilmektedir. Buna göre şayet hak sahibi ikinci ve üçüncü fıkralardaki tercih yetkisini kullanmadığı takdirde, suçun konusunu oluşturan eşyanın tamamına elkonulabilecektir. Buna karşılık, hak sahibi ikinci ve üçüncü fıkralardaki tercih yetkisini kullanmışsa, sadece maddi gerçeğin araştırılmasına yönelik delil elde etmek amacıyla elkoyma koruma tedbiri uygulanabilecektir. Bu durumda, yürütülen soruşturma ve kovuşturma kapsamında suçun konusunu oluşturan izinsiz olarak çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların tamamına elkonulması yoluna gidilmeyecektir. 68 inci maddeye eklenen bu fıkralarla maddenin ikinci fıkrası altıncı fıkra olarak teselsül ettirilmiştir."

Bkz.http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=5496

Eser sahibi FSEK md.68 f.2 gereği, çoğaltılan kopyaların satışa çıkarılmamış olması durumunda da, bu kopyaların kendisine devri, imhası ya da sözleşme olsaydı isteyebileceği tutarın üç katı talebinde de bulunabilecektir¹⁵⁷⁰.

2. Adın Belirtilmesi Yetkisinin İhlali

Eser sahibi, adını gizli tutmak istediğinde eserinin müster adla kamuya sunulmasını veya anonim olarak yayınlanmasını isteyebilir. Eserin eser sahibinin isteğinin dışında, kendi adıyla yayınlanması, FSEK md.15 hükmünün ihlaline neden olacaktır. Eser sahibi, adını gizli tutmak istediği halde, esere onun arzusuna aykırı olarak ismi konulmuşsa, tecavüzün kaldırılması davasının konusu, eserden isminin silinmesi olacaktır. FSEK, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlalini, eser sahibinin rızası olmaksızın eserinin kamuya sunulması hakkındaki hükümlere tabi tutmuştur. Başka bir deyişle, bu durumda tecavüzün ref'i davası, FSEK md.67 f.1 son cümle uyarınca, sadece çoğaltılmış nüshaların yayımı halinde açılacaktır¹⁵⁷¹. Eserin aslının kamuya sunulduğu, örneğin bir güzel sanat eserinin eser sahibinin arzusuna aykırı bir biçimde ismi belirtilerek sergilenmesi durumunda da, FSEK md. 67 f.4 b.2 uyarınca bu dava açılacaktır.

Eser sahibi esere adının konulmasını istediği halde adı hiç konulmamış, yanlış konulmuş veya konulan ad iltibasa-karıştırmaya yol açıyorsa, bu durumda, davanın konusu bu adın eserin aslı ve tedavüldeki nüshaları üzerinde, eser sahibinin arzu ettiği şekilde, belirtilmesi olacaktır. Bu durumda, FSEK md.15 f.3'de düzenlenmiş eser sahipliğinin tespiti maksadıyla açılacak davayla birlikte tecavüzün kaldırılması talebinde bulunmak mümkündür. Davanın sonucuna göre, eser sahibi, FSEK md.67 f.2 uyarınca, tecavüz edenden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine kendi adını yazdıracak ve yine masrafı tecavüz edene ait olmak üzere hükmün en fazla üç gazetede ilanını talep edebilecektir.

Doktrinde Tekinalp, FSEK md.67 f.2 hükmündeki ifadelerden yola çıkarak, hükmün sadece bilim ve edebiyat eserleri düşünülerek kaleme alınmış izlenimini uyandırmasına rağmen, plak, kaset, CD, katalog, bina, maket, harita, karikatür gibi

¹⁵⁷⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.297.

¹⁵⁷¹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.297; **EREL**, s.296.

bütün eser kategorilerine uygulanacağını ve eser sahibinin bu eserlerin görünen yerlerine adının doğru ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde yazılmasını talep edebileceğini belirtmiştir¹⁵⁷².

3.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Yetkisinin İhlali

Eserde değişiklik yapma yetkisi, bir yanıyla mali hak bir yanıyla manevi hak olarak değerlendirilmeye uygun bir yetkidir. FSEK md.16'da eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi, manevi haklardan biri olarak sayılmıştır. Ancak, mali haklardan biri olan işleme hakkı da, eser sahibinin eserde değişiklik yapma yetkisi içinde değerlendirilebilir. Öyle ki, eser sahibinin izni olmaksızın eserde değişiklik yapılması, FSEK md.16'da düzenlenmiş manevi hakkın ihlaline neden olmakla birlikte, işleme hakkının ihlali olarak da değerlendirilebilir.

FSEK md.16 f.2 gereği, kanunun¹⁵⁷³ veya eser sahibinin izniyle bir eseri işleyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin özel bir izni olmaksızında yapabilir. Bu hüküm çerçevesinde, eser üzerinde yapılacak değişiklikler hukuka uygun olacak ve eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi ihlal edilmiş olmayacaktır.

FSEK md.67 f.4'de, eserin haksız olarak değiştirilmesi durumunda hak sahibinin ileri sürebileceği talepler, eserin güzel sanat eseri olup olmamasına göre farklı bir şekilde düzenlenmiştir.

¹⁵⁷² **TEKİNALP**, s.298.

¹⁵⁷³ FSEK md.31'e göre, "Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya herhangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir".

FSEK md.31'in konusunu teşil eden kanun, tüzük gibi çalışmaların eser olup olmadığı konusu ilginç bir tartışmaya aracılık edebilir. Eser, eser sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat , musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade ettiğine göre, FSEK md.31'de sayılan çalışmaların da eser olma olasılığı vardır. Bu noktada ortaya atılabilecek "FSEK , FSEK'e göre eser midir?" sorusu FSEK md.2, md.8, md.15, md.18 ve md.31 başta olmak üzere birçok hükmün değerlendirilmesini konu olan teorik bir tartışmayı ve çözümü davet eder.

FSEK md.34'de, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler meydana getirilmesinde, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisine kanundan tarafından getirilmiş bir istisna olma özelliğine sahiptir.

FSEK md.67 f.4 b.1 gereği, haksız (izinsiz) olarak değiştirilen eser güzel sanat eseri değilse, eser sahibi, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının menedilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini 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 ilanı yolu ile düzeltilmesini talep edebilir.

Hüküm her ne kadar tecavüzün kaldırılmasını (ref'ini) konu olan bir başlık altında düzenlenmiş olsa da, tecavüzün önlenmesini (men'ini) de düzenlemektedir. Eser sahibinin izni olmaksızın eser değiştirilmiş ve çoğaltılmış veya eser değiştirilmiş ve henüz çoğaltılmamış ise, eser sahibi eser henüz tedavüle çıkmadan müdahalede bulunabilecektir¹⁵⁷⁴. Demek oluyor ki 67 f.4 b.1 eserin henüz tedavüle çıkmamış olması ile tedavüle çıkmış olması olasılıklarını düzenlemektedir. Eser sahibinin izni olmaksızın değiştirilen eser henüz tedavüle çıkmamışsa, ya çoğaltılması önlenir veya çoğaltılmışsa tedavüle çıkması önlenir.

Eser sahibinin izni olmaksızın değiştirilen eser tedavüle çıkmışsa eser sahibi tecavüz edenden tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski hale getirilmesini isteyecektir. O halde, çoğaltılmış nüshalar toplanacak eserin orjinal halini bozan değişiklikler ortadan kaldırılacaktır. Burada, somut olayın özelliğine göre düzeltmenin ilan suretiyle de yapılması mümkün olabilir. Nitekim FSEK md.67 f.4 b.1 c.2'de, değişikliğin, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmış olması durumunda, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilan yolu ile düzeltilmesinin talep edilebileceği öngörülmüştür¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷⁴ Tecavüzün ref'i ve men'i arasındaki bu bağlantı, tecavüzün men'i davası başlığını taşıyan FSEK md.69'un ikinci fıkrasında açıkça vurgulanmıştır. FSEK md.69 f.2'ye göre, "66'ıncı maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının hükümleri burada da uygulanır".

¹⁵⁷⁵ Hüküm, doktrinde iki farkı şekilde yorumlanmaktadır. İlk yorum, hükümde, değişikliğin ilan yoluyla düzeltilmesinin öngörüldüğü, dolayısıyla eserin eski (özgün) hale getirilmesinin istenmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre, hem lafız dolayısıyla hem de FSEK md.78'de sadece md.67 f.2'den sözedilip, f.4'e yollama yapılmamış olması, kanunun düzeltmenin ilanla yapılmasını istediği şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz.**ARSLANLI**, s.214.

Doktrinde çoğunluk görüşü olan yorum ise, FSEK md.67 f.4 b.1'de geçen "tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini ve bunların eski hale getirilmesini talep edebilir" ifadesinden hareket ederek düzeltmenin ilanla yapılması yerine, değiştirilen eserin eski (özgün) haline

Haksız olarak değiştirilen eser güzel sanat eseri ise FSEK md.67 f.4 b.2’de eser sahibine üç imkan tanınmıştır: Eser sahibi ya asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığının açıklanmasını isteyecek, ya eserdeki adının kaldırılmasını veya değiştirilmesini talep edecek veya eserin eski hale getirilmesini isteyecektir.

Eser sahibinin asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığına ilişkin talebinin nasıl karşılanacağı konusunda kanunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Doktrinde, haklı olarak eser sahibinin asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığına ilişkin açıklamanın güzel sanat eserinin uygun bir yerine yazılarak veya ona bir ilavenin yapılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir¹⁵⁷⁶. Kanaatimizce, bu uygulamanın yanısıra FSEK md.66 f.3 uyarınca ve FSEK md.67 f.2’ye kıyasen hakim başka bir yolla da bu değişikliğin açıklanmasına karar verebilecektir. Güzel sanat eserine iliştirilen bu açıklamanın yanısıra, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, en fazla 3 gazetede ilanını talep edebilir.

Eser sahibinin izni olmaksızın değişikliğe uğratılan güzel sanat eserinin eski hale iadesi mümkünse, eser sahibinin eski hale iade talebi ancak değişikliğin giderilmesi kamunun veya malikin menfaatlerini önemli ölçüde zarara uğratmayacaksa başarıya ulaşacaktır. O halde, güzel sanat eserlerinde eser sahibinin izni olmadan yapılan değişikliklerde eski hale iade FSEK md.67 f.4 b.2 uyarınca iki şarta bağlanmıştır: İlk şart, eski hale iadenin mümkün olmasıdır¹⁵⁷⁷. İkinci şart ise menfaatler dengelenmesi sonucunda, eser sahibinin menfaatlerinin üstün gelmesidir. Menfaatlerin değerlendirilmesi sürecinde, bir yanda eser sahibinin menfaatleri öte yanda ise malikin veya kamunun menfaatleri yer alacaktır.

Doktrinde, malikin menfaatlerinin dar yorumlanması gerektiği, malikleri değişiklik yapmaya yönlendirmemek gerektiği, onlarda değişiklik yapmanın tehlikeli olmadığı

getirilmesinin de talep edilebileceği yönündedir. **AYİTER**, s.257; **EREL**, s.298; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.299.

¹⁵⁷⁶ **KILIÇOĞLU**, Fikri Haklar, s.391. Yazar şu örneği vermektedir: “Bir duvar kabartma resminde sonradan değişiklik yapılmışsa, eserin sahibi, adının yer aldığı, adı yer almamışsa, değişiklik yapılan kısımlarda “eserin sonradan sahibinin rızası dışında değiştirildiği”, “bu değişikliğin eser sahibine ait olmadığı” gibi ibareler eklenecektir”.

¹⁵⁷⁷ Tekinalp, bu konuda tabloya konulan yeni figürlerin veya renklerin değiştirilmesini örnek göstermekte ve bu değişikliklerin kaldırılmasının her zaman mümkün olmayabileceğini ifade etmektedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.300.

inancının yerleşmesine yol açmamak gerektiği savunulmakta ve bu bakımdan malik açısından değişikliğin çok masraflı olacağı savunmasına istisnai hallerde hak vermenin doğru olacağı vurgulanmaktadır¹⁵⁷⁸.

4.İktibas Serbestisinin Kötüye Kullanılması

Bir eserde veya eser niteliği olmayan bir çalışmada yararlanılan eserin kaynak olarak gösterilmemesi veya yanlış veya yetersiz bir şekilde belirtilmesi durumunda, eser sahibinin somut olayın özelliğine göre FSEK md.14, md.15 veya md.16 hükümlerine dayanarak, sözkonusu hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını sağlaması mümkündür.

FSEK'te, iktibas serbestisi başlığını taşıyan 35.maddenin yanısıra, birçok maddede iktibas serbestisine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

FSEK md.32 uyarınca nutukların haber ve bilgi vermek amacıyla çoğaltılmalarında, genel yerlerde okunmalarında, radyo aracılığıyla ve başka yollarla yayımlarında; FSEK md.33 uyarınca yayımlanmış bir eserin eğitim ve öğretim kurumlarında kar kasdı olmaksızın temsilinde; FSEK md. 34 uyarınca eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserlerin oluşturulmasında, FSEK md. 35 uyarınca bir eserden kanuna uygun iktibasta; FSEK md.36 uyarınca basın ve radyodaki haber ve makalelerin iktibasında bir serbesti tanınmıştır. Bu hallerde, eser sahibinin adı ve/veya yapılan iktibasın kaynağı yanlış veya yetersiz bir şekilde gösterilmiş veya hiç gösterilmemişse, tecavüzün ref'i davası açılacaktır. Davanın konusu eser sahibinin adının veya iktibasın kaynağının veya duruma göre her ikisinin birden gerektiği şekilde belirtilmesi talebinden oluşacaktır. Davacı, ayrıca, FSEK md.67 f.2 uyarınca, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, hükmün en fazla üç gazetede ilanını talep edebilecektir¹⁵⁷⁹.

Doktrinde yer alan açıklamalardan, iktibas serbestisinin kötüye kullanılmasında eser sahibinin başvurabileceği hüküm olarak FSEK md.15 gösterilse de, eser sahibinin somut olayın özelliğine göre FSEK md.14 ve md.16 hükümlerine ayrı ayrı veya

¹⁵⁷⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.300, 301.

¹⁵⁷⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.298, 299; **EREL**, s.297.

birlikte dayanması mümkündür. Eserden yararlanılırken, eser ve eser sahibinin adının belirtilmemesinin yanında eserden alıntı yapılan kısım eser sahibinin eser sahibinin arzu etmeyeceği bir şekilde değiştirilmiş, tahrif edilerek aktarılmış olabilir. Bu durumda eser sahibi FSEK md.15'in yanısıra FSEK md.14 ve md.16 hükümlerini de tecavüzün durdurulması talebine gerekçe yapabilecektir.

C.Davacı

Tecavüzün kaldırılması davasını, hayatta ise eser sahibi açacaktır. Eser sahibinin ölümü halinde, FSEK md. 19'da öngörülen kişiler; vasiyeti tenfiz memuru, şayet bu tayin edilmemişse sağ kalan eş ve çocuklar, mansup mirasçılar, ana-baba ve nihayet kardeşler bu davayı açabilecektir.

Mali hakları devralmış olanlar, kural olarak, manevi haklara tecavüz sebebiyle dava açamazlar. Ancak FSEK md.19 f.3 hükmünde, eser sahibi veya onun ölümü halinde FSEK md.19 f.1'de belirtilen kişilerin dava açmadıkları takdirde, istisnaen, mali hak sahibi olanların meşru menfaatlerini ispat etmeleri kaydıyla dava açabilecekleri düzenlenmiştir. Doktrinde, bu durumda mali hak sahiplerinin ilk önce bu şahıslara dava açmaları için ihtarda bulunmaları gerektiği; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde müşterek bir menfaati korumak için kendi başlarına harekete de yetkili sayılmaları gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁸⁰. Kültür Bakanlığı da, maddenin son fıkrasında belirtilen hallerde dava açabilecektir.

FSEK md. 10. f.2 gereği, iştirak halindeki eser sahipliği durumunda, eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir. FSEK md.9'da düzenlenen müşterek eser sahipliği bakımından, eser sahiplerinden her birinin kendi vücuda getirdiği kısım ile ilgili olarak dava açabileceği, eserin bütününe tecavüze uğradığı hallerde ise, her eser sahibinin diğerlerini temsilen dava açabileceği sonucuna varılmak gerekir.

¹⁵⁸⁰ EREL, s.293.

FSEK md. 80 uyarınca¹⁵⁸¹ icracı sanatçılar da, manevi haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle eser sahibi gibi tecavüzün kaldırılması davası açabileceklerdir.

D.Davalı

Tecavüzün kaldırılması davası kural olarak tecavüz edene karşı açılır. FSEK md.66 f.2'ye göre, tecavüz eden bir işletmenin müstahdemi veya bir tüzel kişinin organı (temsilcisi) ise, tecavüzün hizmeti ifası sırasında gerçekleşmesi şartıyla, istihdam eden işletme sahibi veya tüzel kişi hakkında da dava ikame edilebilir. Doktrinde, bu hükmün istihdam edenin müstahdemin fiilinden sorumluluğunu düzenleyen BK md.55 ve organın fiilinden tüzel kişinin sorumluluğunu düzenleyen MK md.50 (EMK md.48) hükümlerinin özel bir uygulamasından ibaret olduğu vurgulanmıştır¹⁵⁸². Tazminat sorumluluğu bakımından BK m.55'e göre sorumluluk kusursuz sorumluluk iken, MK m.50 uyarınca tüzel kişi, doğrudan kendisi sayılan organının kusuru halinde sorumludur.

Tecavüz edenle birlikte istihdam edeni veya tüzel kişiliği de sorumlu tutmak gerekir. Dolayısıyla hakkı tecavüze uğrayan, bunlara karşı birlikte veya ayrı ayrı dava

¹⁵⁸¹ 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesinde ve Komisyon Raporlarında FSEK md. 80'de yapılan değişikliklere ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir:

“Fıkranın (f) bendiyle 80'inci maddenin onuncu fıkrası değiştirilmiş ve bir fıkra eklenmiştir. Maddenin onuncu fıkrasında yapılan değişikliklerle, Kanunun değiştirilen 71'inci maddesine atıfta bulunulmuştur. Böylece 80'inci madde kapsamında koruma altına alınan manevi ve mali haklara ilişkin oldukları eserler açısından da aynı türden fiillerin işlenebileceği düşüncesiyle, ayrı bir suç tanımı yapılmaksızın 71'inci maddedeki bütün suç tanımlarının bu eserler bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Onuncu fıkradan sonra gelmek üzere maddeye son fıkra olarak onbirinci fıkra eklenmiştir. Böylece 80'inci maddenin konusunu oluşturan eserlerle ilgili olarak bu maddede belirlenen hakların kullanılabilmesi için, eser sahibinin rızası araştırılmaksızın, icracı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon yayıncısı veya film yapımcısının izninin varlığı yeterli görülmüştür.”

“5846 sayılı Kanunun 80 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (f) bendi, 5846 sayılı Kanunun diğer maddelerinde, 80 inci maddede yapılması öngörülen değişiklikleri kapsayacak nitelikte değişiklikler yapılması sebebiyle Tasarı metninden çıkarılması yönünde Alt Komisyonca yapılmış olan değişiklik, Komisyonumuzca da kabul edilmiştir.”

Bkz.http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=5496

¹⁵⁸² EREL, s.295; HIRSCH, Urbeherbergesetz, s.85; hükmün eleştirisi için bkz.ARSLANLI, s.210.

Doktrinde, FSEK md.66 f.2'de geçen “işletme” kavramının, TTK ve TS.Tüz. md.14 anlamında “ticari işletme” den daha geniş olup, iktisadi olmayan, kar elde etmeye yönelmemiş teşebbüsleri ve dolayısıyla bu nitelikteki tüzel kişileri (dernek, vakıf, sendika, kooperatif) de kapsadığı ifade edilmiştir. Buna gerekçe olarak, tecavüz fiillerinin gerçek ve tüzel kişi herkes tarafından işlenebileceği, gösterilmiştir. Hükümde geçen “temsilci” kavramıyla, tüzel kişiler bakımından MK md.50'de bahsedilen “organ”ın kastedildiği,. “temsilci” kavramının ticari işletmelerdeki görünüm biçiminin ise BK md.449'da öngörülen ticari mümessil ve vekiller olduğu vurgulanmıştır.. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.279.

açabilir¹⁵⁸³. Tecavüzün kaldırılması davasındaki davalı sıfatını belirleyen FSEK md. 66 f.1 ve f.2 hükümleri, FSEK m.69 f.2’de düzenlenmiş tecavüzün önlenmesi (men’i) ve FSEK m.70’de öngörülmüş tazminat davaları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak, tecavüzün kaldırılması ve önlenmesi davaları bakımından kusur şartı aranmazken, tazminat talepleri bakımından kusur şartı aranacaktır¹⁵⁸⁴.

İnternette, yayınlanan bir eserin içeriğinin başka bir eser üzerindeki manevi hakka tecavüz etmesi durumunda, bu eserin sadece internet ortamında yayınlanmasına aracılık etmiş olan hizmet verenlerin ve sadece hizmet için internet ortamında geçici depolama yapanların, başkasının eserinin içeriğinden “denetim yapmamaktan” dolayı sorumlu tutulamayacağı; çünkü FSEK’ de böyle bir tecavüz durumunun düzenlenmediği ifade edilmiştir¹⁵⁸⁵.

İnternette meydana gelen mali hak ihlallerinde olduğu gibi manevi hak ihlalleri bakımından da geçerli olan FSEK Ek md.4 f.3 dijital ortamda meydana gelen hak ihlallerinde, servis sağlayıcılarına ve bilgi içerik sağlayıcılarına yönelik düzenlemelerde bulunmuştur. Düzenleme, eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelik saldırılarda, bu saldırının servis ve bilgi içerik sağlayıcılarından bu saldırının giderilmesi yönünde aktif bir rol üstlenmelerini amaçlamıştır. Örneğin, internet ortamında manevi hakkına tecavüzde bulunduğu gören eser sahibi, bilgi içerik sağlayıcısından bu tecavüzün kaldırılması yönünde talepte bulunur. Bu talebin sonuçsuz kalması durumunda servis sağlayıcıya başvuruda bulunur. Eser sahibinin tecavüzün kaldırılmasına yönelik bu talebi dava dışı bir süreçtir. Bu sürecin başarısız kalması durumunda, eser sahibi tecavüzün kaldırılması davası açabilecektir. Eser sahibinin dava öncesinde, bilgi içerik sağlayıcısı ve servis sağlayıcısına başvurması dava açması için tüketilmesi gerekli bir

¹⁵⁸³ **EREL**, s.295; **ARSLANLI**, s.210.

Tekinalp’e göre, tüzel kişiler, organlarının haksız fiillerinden dolayı borç altına girdiklerinden bunun için FSEK md.66 f.2 uyarınca kusura gerek olmadığından (MK md.50 f.2: Bu hükme göre kusura gerek vardır), organlar kusurlarından dolayı ayrıca sorumlu olduklarında sorumluluk –kural olarak– müteselsil olmayıp; ancak somut olayın özellikleri gerekli kıldığında müteselsil sorumluluğun uygulanmasına gidilebilir! **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.279.

¹⁵⁸⁴ **ARSLANLI**, s.209,210; **EREL**, s.296,297; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.279.

Bir bestenin plağa alınması çoğaltma olduğuna göre, bir bestekar kendisinden müsaade alınmadan bestesinin plağa okunması ve bu plağın satışa çıkarılması halinde, hem bestesini plağa okuyan kişi aleyhine, hem de plak şirketi aleyhine FSEK md.66 vd. hükümlerine dayanarak tecavüzün kaldırılması ve tazminat davaları açabilecektir. 4.HD. 15/9/1962, E.961/11099, K.8799; **OLGAÇ**, Senai, Fikri Haklar ve Yayın Sözleşmeleri Ankara 1978, s.9-10, No.3’den naklen.

¹⁵⁸⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.279.

hukuki yol olarak değerlendirilmese dahi (ki böyle değerlendirme hükmün lafzına göre mümkün değildir), bu yola başvurmak, tecavüzün kaldırılması davası açıp, manevi haklarına tecavüzde bulunan içeriği internetten kaldırılması yönündeki bir kararı uygulatmasına kadar geçecek süre öncesinde başvurulabilecek pratik ve makul bir çözümdür.

FSEK Ek md.4 f.3'e göre, "Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline arayan araçlarla¹⁵⁸⁶ servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır..." FSEK Ek md.4 f.4'e göre ise, " Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında bu Kanunun 72.maddesinin¹⁵⁸⁷ 2 numaralı bendi uygulanır".

Bilgi içerik ve servis sağlayıcılarının sorumlulukları, sadece FSEK Ek md.4 f.3 ve f.4'e dayandırılmaz. Örneğin, bilgi içerik ve servis sağlayıcıları eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmişse, bu durumda sadece tecavüzün durdurulması ve cezai

¹⁵⁸⁶ Hükümde geçen ifadelerden, hükmün interneti de aşan geniş bir alanı kapsadığını söylemek mümkündür. Örneğin, mobil telefon operatörlerinin verdiği hizmetler arasında, müzik, fotoğraf eseri gibi eserlerin yüklenmesinin yer alması, bu işletmelerin de hükmün kapsamına girmelerine neden olmaktadır.

¹⁵⁸⁷ 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesinde ve Komisyon Raporlarında FSEKmd. 72'de yapılan değişikliklere ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

"FSEK md.72'nin mevcut metninde sadece mali haklar göz önünde bulundurularak suç tanımlaması yapılmıştır. 71'inci maddedeki değişiklik gerekçesinde açıklandığı üzere , suçlar tanımlanırken, salt manevi haklara tecavüz ve mali haklara tecavüz ayırımının esas alınması ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır."

"5846 sayılı Kanunun 72 nci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (c) bendinde, 72 nci maddede yer alan "ticarî amaçla" ibaresi uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmesi açısından "kişisel kullanım amacı dışında" olarak Alt Komisyonca değiştirilmiş ve bu değişiklik Komisyonumuz tarafından benimsenmiş ve söz konusu bent, 145 inci madde olarak kabul edilmiştir."

Bkz.http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=5496

yaptırımla karşı karşıya kalmayacaklardır. Eser sahibinin veya icracı sanatçıların manevi haklarının ihlal edilmesinden kaynaklanan tazminat davalarında, bilgi içerik ve servis sağlayıcıları da sorumlu olabilecektir. Bu noktada, doktrinde BK md.41 vd. maddelerinde düzenlenmiş genel haksız fiil sorumluluğuna dayanılacağı savunulduğu¹⁵⁸⁸ gibi, kanaatimizce de haklı olarak, FSEK hükümleri ve gereğinde genel hükümlere başvurmak gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁸⁹.

İnternet ortamındaki ihlallerin yaygınlığı ve kolaylığı, bu konuda birçok hukuk çevresinde özel düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmıştır. Örneğin ABD, 1998 tarihinde yürürlüğe giren Digital Millenium Copyright Act ile mevcut hukuk düzenlemelerine internetteki hak ihlallerine internet servis sağlayıcıları bakımından özel hükümler eklemiştir¹⁵⁹⁰. İnternet servis sağlayıcıları bir başkasının hazırlamış olduğu ve eser sahibinin haklarını ihlal eden içeriği biliyor veya bilmesi gerekiyorsa (aykırılık kendini belli edecek kadar açıksa), bu içeriği kendi sistemlerinde saklamak ve yayınlamaktan dolayı sorumlu tutulacaklardır. Başka bir deyişle, internet servis sağlayıcılarının bu noktadaki sorumluluğu, “biliyor veya bilmesi gerekiyor” şeklinde bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. İnternet servis sağlayıcının ihlali “bilmesinin gerekmesi” şartı geniş kapsamlı bir incelemede bulunmasına gerek bırakmamakta, ihlalin ilk bakışta anlaşılacak düzeyde açık, aşık olması yetmektedir. İnternet servis sağlayıcı, eser sahibinin haklarına yönelik tecavüze ilişkin olarak bildir ve kaldır (notice and takedown) adı verilen uygulamayla, sorumluluktan kurtulabilecektir. Servis sağlayıcı, ihlale ilişkin bilgi ve uyarıyı aldığı anda, ilgili içeriğe erişimi engellemelidir.

Avrupa Birliği düzleminde de, 2000/31 sayılı “Elektronik Ticarete İlişkin Yönerge” başta olmak üzere servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin sınırlamalar içeren düzenlemeler getirilmiştir¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁸ **MEMİŞ**, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.151 vd.

¹⁵⁸⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.331; **ARKAN**, s.284.

¹⁵⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **LERNER**, Ralph/ **BRESLER**, Judith, All About Rights For Visual Artists, Practising Law Institute, Newyork 2006, s.222-229. Servis sağlayıcıların “notice and take down” sürecinde, Kanunun belirlediği şekilde hareket etmesi, ortaya çıkan hak ihlallerinden sorumlu tutulmamasını sağlamakta ve bu koruma “safe harbor protection” olarak nitelendirilmektedir.

¹⁵⁹¹ Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **MEMİŞ**, s.146-148.

Alman Hukukunda ise, servis sağlayıcıların hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak Telehizmet Kanununun (Teledienstgesetz) 5.maddesi, başkaları tarafından hazırlanmış içeriği sunan servis sağlayıcının sorumluluğunu, hukuka aykırı içeriği bilmesi ve hukuka aykırı bilgileri teknik olarak engelleme imkanına sahip olması şartına bağlamıştır.

Sonuç olarak, internet ortamına konulan şey olarak tanımlanan “içerik”¹⁵⁹², davalıların tespitinde önemli bir işlev üstlenecektir. Kişi, internet ortamına koyduğu “içerik”le eser sahibinin veya icracı sanatçının manevi haklarını ihlal edebilecektir. Örneğin, kişisel bir web sayfasına konulan başkasına ait bir eserin sahibinin belirtilmemesi veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozacak şekilde veya eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanımı ve sunumu, eser sahibinin manevi haklarının ihlaline neden olacaktır. Bu olaylarda, kişi, kendi içeriğiyle manevi hak ihlalinde bulunmuştur. Diğer bir ihlal şekli ise, başkasının içeriğine müdahale etmek şeklinde olabilir. Bu konuda, web sayfasındaki içeriğin bir eser olması durumunda, eser sahibinin izni olmaksızın içeriğinin değiştirilmesi, örnek olarak verilebilir. Bu noktada internet servis sağlayıcıları da, FSEK Ek md.4 f.3 doğrultusunda eser sahibinin manevi haklarına yönelik bu tecavüzlerin durdurulmasında, bilgi içerik sağlayıcılara hizmet vermeyi keserek önemli bir rol oynarlar. Aksi halde, tecavüzün devamı halinde başkası tarafından yapılmış bu tecavüze haksız fiil hükümleri çerçevesinde katılmış olurlar.

E.Zamanaşımı Süresi

FSEK’te hukuk davalarına ilişkin özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu durumda, genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Haksız fiiler bakımından zamanaşımı süresi BK md.60’da mağdurun zararı ve faili öğrenmeden itibaren bir yıl ve herhalde fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıl olarak belirlenmiştir.

Manevi hak ihlali, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı davranışın sonucunda meydana gelmişse, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin zamanaşımı uygulanabilecektir. Sözleşmeden doğan borçlarda genel zamanaşımı süresi BK

¹⁵⁹² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.332. Yazar bu noktada, içerikle ilgili olarak “kendi içeriği” ve “başkasının içeriği” ayrımını yapmaktadır.

md.125 gereğince on yıldır. Manevi hak ihlali aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edeceğinden, burada hakların yarışmasından sözedilebilecektir.

Tecavüzün kaldırılması davası bakımından dikkat edilmesi gereken nokta, tecavüz devam ettikçe zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağıdır.

Haksız fiil sürekli olmayıp, aralıklarla tekrarlanıyorsa ve fail öğrenilmişse, her fiil ayrı bir haksız fiil teşkil edeceğinden, her fiile ilişkin zarar açısından o zararın öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işleyecektir¹⁵⁹³. Ancak, haksız fiilin aralıklarla tekrarlandığı durumlarda son fiile ilişkin zararın öğrenilmesinden sonra tek zamanaşımı süresinin işleyeceği görüşü de savunulmaktadır¹⁵⁹⁴. İlk görüş taraftarları, ikinci görüşün Ceza Kanunu bakımından (TCK md.66) geçerli olduğu ve haksız fiil tazminatı bakımından dayanağı olmadığını söylemekte, ancak haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ederse daha uzun olan ceza davası zamanaşımı uygulanırken TCK md.66'nın (Eski TCK md.103) dikkate alınabileceğini vurgulamaktadırlar. FSEK md.71'de manevi haklara yönelik hangi fiillerin suç oluşturacağı belirtilmiştir¹⁵⁹⁵. FSEK md.71'nin son fıkrasına göre, bu fiileri gerçekleştiren kişiler

¹⁵⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, s.525.

¹⁵⁹⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s.357.

¹⁵⁹⁵ FSEK md.71 hükmü son değişiklikten önce şu şekildeydi: "Bu kanunun hükümlerine aykırı olarak kasten: 1.Alenilemiş olsun veya olmasın, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arzeden veya yayımlayan, 2. Sahip veya halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koyan, 3.Başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15'inci maddenin ikinci fıkrasına aykırı hareket eden, 4.32,33,34,35,36,37,39 ve 40'inci maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren, 5.Eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştiren, kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur.

5728 sayılı, 23.01.2008 tarihli değişiklikle manevi haklara, mali haklara ve bağlantılı haklara tecavüz neticesinde oluşan suçlar tek bir hükümlerle (FSEK md.71) düzenlenmiştir.

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesinde ve Komisyon Raporlarında FSEK md. 71'de yapılan değişikliğe ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir:

"FSEK md.71'in mevcut metninde suçlar tanımlanırken, manevi haklara tecavüz ve mali haklara tecavüz ayırımı esas alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu Kanunun koruma altına aldığı mali ve manevi haklara tecavüz fiilleri iç içe bir mahiyet taşımaktadır. Bir fiile, bir kişinin sadece manevi hakkı veya mali hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Dikkat edilmelidir ki, maddede beş bent halinde sayılan fiiller, söz konusu fıkra kapsamında birer seçimlik hareketler değildir. Her ne kadar aynı cezai yaptırım öngörülmüş ise de; bu beş bentten her birinde yer alan hareketler ayrı ayrı suç oluşturmaktadır. Çünkü her bir bent kapsamına giren fiillerin konusu birbirinden farklıdır. Halbuki seçimlik hareketli suçtan söz edebilmek için, konunun aynı olması gerekir. Bu nedenlerin yanı sıra, 72'inci maddenin değiştirilmesine ilişkin aşağıdaki gerekçeler de göz önünde bulundurularak, suç tanımı yapılırken işbu Kanunun koruma altına aldığı manevi ve mali haklar bakımından bir ayırım

hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilebileceği öngörülmüştür. TCK

yapılmamıştır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu düzenlemeyle fikri haklarla ilgili olarak Kanunun benimsediği manevi ve mali hak ayrımı kaldırılmış değildir. Yapılan değişiklikle, madde kapsamında çeşitli suç tanımlarına yer verilmiştir. Bütün bu tanımların ortak özelliği, suç oluşturan fiillerin bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi ve mali hakları ihlal etmesidir. Maddenin (1) numaralı bendi altında seçimlik hareketli bir suç tanımı yapılmıştır. Söz konusu suçu oluşturan fiiller, bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir ticari faaliyet çerçevesinde işlemek, çoğaltmak, dağıtmak, yaymak, elektronik ortam da dahil olmak üzere yayımlamak ya da hukuka aykırı olarak işlenen ve çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, ticari amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, elinde bulundurmak ya da depolamak olarak gösterilmiştir. Suçun konusu bu Kanunla koruma altına alınan manevi veya mali hakların ilişkin olduğu fikri eserdir. Bu suçun oluşabilmesi için, söz konusu seçimlik hareketlerden birinin, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir. Maddenin (2) numaralı bendinde, ayrı bir suç tanımına yer verilmiştir. Bu suçu oluşturan fiiller, bir eserin bu Kanun hükümlerine aykırı olarak gösterime sunulması veya dinletilmesidir. Eserin gösterime sunulduğu veya dinletildiği yerin, eğlence hizmetinin verildiği bir ticari işletme olması gereklidir. Eğlence yeri kavramından neyin anlaşılması gerektiği 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa göre belirlenecektir. Bu bent hükmünde ayrı bir suç tanımına yer verilmiş olmakla birlikte, bu suçun karşılığı olanceza yaptırım bakımından (1) numaralı bende atıfta bulunulmuştur. Hak sahibi kişilerin izninin varlığı, maddenin (1) numaralı bendi kapsamındaki fiilleri hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak, söz konusu bent hükmünde bu rızanın yazılı olması şartı aranmıştır. İspat sorununun gereği olarak, rıza ile bu yazılılık koşuluna bent hükmünde yer verilmiştir. Ancak, bu koşulun, maddi gerçeğin araştırılması ereğinden hareket eden ceza muhakemesi hukukuna uygun olarak yumuşatılması amacıyla, maddenin (3) numaralı bendi formüle edilmiştir. Maddenin (4) ve (5) numaralı bentte bilimsel etik kurallarına aykırı olarak bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma fiili ceza yaptırımı altına alınmıştır. (6) numaralı bentte, içeriği ile ilgili olarak ayrıca açıklamaya gerek olmayan bağımsız bir suç tanımına yer verilmiştir. (7) numaralı bent altında, bu Kanunla koruma altına alınan manevi ve mali haklara tecavüz teşkil eden ve sözleşmeye aykırılık oluşturan belirli fiiller suç olarak tanımlanmıştır. Ancak bu suç tanımlaması yapılırken, yaptırım bakımından Anayasanın 38'inci maddesinin sekizinci fıkrasındaki "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." İlkesine riayet edilmiştir.

"5846 sayılı Kanunun 71 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (b) bendinde, maddenin başlığı madde metninde yapılan değişikliğe paralel olarak "1. Manevî, mali veya bağlantılı haklara tecavüz" şeklinde değiştirilmiştir. Keza, maddenin birinci fıkrasındaki "manevi ve malî hakları" ibaresi "manevi, mali veya bağlantılı hakları" olarak değiştirilmiştir. Birinci fıkranın (1) numaralı bendinde yapılan değişiklikle suçun konusu olarak "eser" ibaresinin yanı sıra "icra, fonogram ve yapım" ibarelerine de yer verilmiştir. "bir ticari faaliyet çerçevesinde" ibaresi bent metninden çıkarılmıştır. Suçu oluşturan seçimlik hareketlerle bağlantılı olarak, "işleyen" ibaresinden sonra gelmek üzere "temsil eden"; "elektronik ortam da dahil olmak üzere" ibaresi yerine, "dağıtan" ibaresinden sonra gelmek üzere "her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten"; "yayan" ibaresi yerine, "satan" ibaresinden sonra gelmek üzere "kiralamak, ödünç vermek veya sair şekilde yayan"; keza, "elinde bulunduran" ibaresinden önce gelmek üzere "kişisel kullanım amacı dışında" ibarelerine yer verilmiştir. Birinci fıkranın (1) numaralı bendine gerek suçun konusu gerek suçu oluşturan seçimlik hareketler bakımından yapılan eklemeler dolayısıyla fıkranın (2) ve (3) numaralı bentleri metinden çıkarılmış ve diğer bent numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir. Fıkranın (4) numaralı bent olarak teselsül ettirilen (6) numaralı bendinde yer alan "eser" ibaresinin yanı sıra "icra, fonogram ve yapım" ibarelerine de yer verilmiştir. Birinci fıkranın (1) numaralı bendindeki düzenleme karşısında fıkranın (7) numaralı bendi metinden çıkarılmıştır. 71 inci maddenin yapısının tamamen değişmesi dolayısıyla, Kanunun bu maddeye yollamada bulunan ek 4 üncü maddesindeki yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımını belirlemek amacıyla, 71 inci maddeye "Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklinde ikinci fıkra eklenmiştir. Maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen yeni fıkrada etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir."

md.66e bendi, beş yıla kadar hapis cezaları için sekiz yıllık bir ceza davası zamanaşımı süresi öngördüğüne göre, FSEK’te düzenlenmiş haklar için uygulama alanı bulacak BK md.60’da düzenlenmiş bir yıllık normal zamanaşımı süresinin sekiz yıla çıktığı ileri sürülebilir. Ancak, on yıllık azami süre bakımından bir değişiklik olmayacaktır. Böylece, manevi hak ihlalinin haksız fiil yanında suç teşkil etmesi ve suç için öngörülen ceza davası zamanaşımı süresinin haksız fiile ilişkin zararı ve faili öğrenmeden itibaren başlayacak bir yıllık süreden daha uzun olması, bir yıllık sürenin sekiz yıla çıkarılması sonucunu doğuracaktır.

FSEK md.71, “kasıt” unsurunu aramakta ve dolayısıyla tecavüzün kaldırılması davası bakımından daha uzun ceza davasının uygulanabilmesi için tecavüzde bulunanın kasten hareket etmiş olması aranacaktır. İhmal veya hiçbir kusuru olmaksızın eser sahibinin manevi haklarına tecavüz eden kimse bakımından tecavüzün kaldırılması davası açıldığında uygulanacak zamanaşımında FSEK md.71’den yararlanmak mümkün olmayacaktır. Ancak, uygulamada tecavüzün kaldırılması davasına, daha çok, kusur koşulunu gerektiren tazminat davaları eşlik etmekte, başka bir deyişle tecavüzün kaldırılması taleplerine konu olan davalarda, davalılar kusurlarıyla eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmiş kişi konumunda bulunmaktadır.

O halde, örneğin, bir müzik eserinin veya sinema eserinin veya başka tür bir eserin internet üzerinden eser sahibinin izni olmadan umuma arzı gerçekleştirilmiş, ardından eserin internet üzerinden erişimi bir süre sağlanmadıktan sonra esere tekrar erişim imkanı sağlanmışsa, her izinsiz umuma arz açısından o zararın öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı işlemeye başlayacağını savunmak yerine, kanaatimizce son umuma arzdan itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmek daha doğru olacaktır¹⁵⁹⁶. Ancak, eserin ikinci kez umuma arzı eser üzerinde değişiklikler yapılarak gerçekleştiriliyorsa bu takdirde, ayrı haksız

¹⁵⁹⁶ Haksız fiilin aralıklarla tekrarı halinde, her fiil açısından ayrı zamanaşımı süresi mi yoksa son fiilden itibaren başlayacak tek bir zamanaşımı süresi mi uygulanacağı konusunda doktrindeki iki farklı görüş bakımından şu değerlendirmede bulunmak gerekir. Eğer, manevi hakka yapılan tecavüz kasten gerçekleşmemişse; FSEK md.71 anlamında suç oluşturmuyorsa ilk görüş bakımından farklı bir sonuca ulaşılmayacaktır. İlk görüşe göre, aralıklarla tekrarlanan haksız fiillerde, haksız fiil suç teşkil etsin etmesin, son haksız fiilin gerçekleşme anı dikkate alınacaktır. İkinci görüş ise haksız fiil suç teşkil etmiyorsa her haksız fiil açısından ayrı zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını, ancak haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa daha uzun olan ceza davası zamanaşımı süresi uygulanırken, son fiilin dikkate alınacağını kabul etmiş bulunmaktadır.

fiillerin varlığından bahsetmek mümkün olabilecektir. Eser üzerinde eser sahibinin izni olmaksızın değişiklikler yapılması manevi haklar açısından bakıldığında FSEK md.16'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Böyle bir değerlendirmenin sonucu farklı zamanlarda gerçekleşen iki ayrı haksız fiilin varlığı ve her bir haksız fiil açısından zamanaşımı süresinin ayrı işlemesi olacaktır.

F. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görev konusunda, tesbit davası ile ilgili olarak yapılan açıklamalar, tecavüzün kaldırılması davası bakımından da geçerlilik taşır.

FSEK md.66 f.5 uyarınca, tecavüzün kaldırılması davası eser sahibinin ikamet ettiği yerde de açılabilir. Bu imkanın yanısıra, genel yetki kuralı HUMK md.9 uyarınca davalının ikametgahında da dava açılabilir. Haksız fiil sözkonusu olduğunda HUMK md.21 gereğince haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde de dava açılabilir.

III.TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ (MEN'İ MÜDAHALE) DAVASI

A.Genel Olarak

FSEK'te tecavüzün kaldırılması davası mali haklara ve manevi haklara ilişkin olarak ayrı ayrı düzenlenmişken, tecavüzün önlenmesi davası hem mali hem de manevi haklar bakımından birlikte düzenlenmiştir. FSEK md.69'a göre, "mali veya manevi hakları tecavüz tehlikesine maruz kalan eser sahibi muhtemel tecavüzün önlenmesini dava edebilir. Vaki olan tecavüzün devam veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de aynı hüküm caridir. 66'ncı maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının hükümleri burada da uygulanır".

Tecavüzün önlenmesi davasında tecavüzün kaldırılması davasında olduğu gibi kusur şartı aranmaz. Tecavüzün kaldırılması ve tecavüzün önlenmesi davalarının amaçları farklı olmakla birlikte, her iki dava birlikte açılabilir. Eser sahibi bir yandan varolan

tecavüzün giderilmesini talep ederken, diğer yandan gerçekleşmesi olası yeni bir tecavüzün önlenmesini talep edebilir.

Tecavüzün önlenmesi davasında, davacı davalının belli bir eylemde bulunmamasına hükmedilmesini isteyecektir. Bu doğrultuda, eser sahibi olası bir manevi hak ihlalinde bulunacak kişiye karşı açacağı davayla, sözkonusu kişinin o eylemi yapmamasını sağlayacaktır. Bir yönüyle davalının durumu, bir sözleşme ilişkisiyle yapmama borcu yüklenen borçlunun durumuna benzetilebilir¹⁵⁹⁷. Tecavüzün önlenmesi davasında davalıdan, belli bir eylemde bulunulmasının istendiği eda davalarında (Leistungsklage) olduğu gibi, bir edim, fakat yapma edimi yani, belli bir eylemde bulunmaması talep edilecektir. Bu bakımdan, tecavüzün önlenmesi davası açılırken, davalıdan yapmaması istenilen eylem somut olarak belirtilmelidir. Eser sahibinin manevi hakkını ihlal etmeye yönelik eylem somut olarak tanımlanmadığı takdirde, dava talebi belirli olmadığı ve dolayısıyla hukuki menfaat yokluğu gerekçesiyle başarıya ulaşamayacaktır¹⁵⁹⁸.

Tecavüzün önlenmesi davası, eser sahibinin gelecekte meydana gelebilecek zararlara karşı korunması amacına hizmet eder. Gerçekleşen bir tecavüzün tekrarlanması tehlikesinde bu hukuki yola başvurmak mümkün olduğu gibi, gerçekleşme olasılığı bulunan bir tecavüz tehlikesinin gerçekleşmesini önlemek için de bu davadan yararlanmak mümkündür. Bu davayı açabilmek için, karşı tarafın kusur şartı aranmaz¹⁵⁹⁹.

Tecavüzün önlenmesi davasının öncüsü sayılabilecek bir hukuki imkan olarak ihtiyati tedbirlerden söz etmek gerekir. Elbette, ihtiyati tedbir kurumu sadece tecavüzün önlenmesi davası bakımından değil, başka davalar bakımından da aciliyet arzeden durumlarda başvurulacak önleyici ve öncü bir hukuki yol olma özelliğine sahiptir. Tecavüz tehlikesinin tecavüze dönüşmesinin pek muhtemel olduğu durumlarda, dava açmak yerine ihtiyati tedbir yoluna da başvurmak mümkündür.

¹⁵⁹⁷ Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler başlığını taşıyan AMK md.241 f.1 c.2'de edimin (leistung) konusunun yapmama (Unterlassen) borcu da olabileceği ifade edilmektedir.

¹⁵⁹⁸ **SCHRICKER/VINCK**, § 81, Kn.18

¹⁵⁹⁹ **LENDVAI**, s.80.

Alm.ESHK md.97 f. 1'de bu davanın açılabilmesi için ihlalin tekrarlanma tehlikesinden bahsedilmesine rağmen, doktrinde ihlalin ilk kez gerçekleşme tehlikesi olduğu durumlarda da tecavüzün önlenmesi davası açılacağı savunulmaktadır. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.704, 705.

İhtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici el koyma başlığını taşıyan FSEK md. 77'nin ilk fıkrasına göre¹⁶⁰⁰ “Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin veya emrivakilerin önlenmesi için veya diğer herhangi bir sebepten dolayı zaruri veya bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse hukuk mahkemesi, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdiye maruz kalanların ya da meslek birliklerinin talebi üzerine davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yoluyla muhafaza altına alınmasını emredebilir.”

Alman Hukukunda da, tecavüzün önlenmesi davası ile ihtiyati tedbir arasındaki bağlantı vurgulanmıştır. Tecavüzün önlenmesi davası, aciliyet arzeden durumlarda Alm.HUMK md.935 ve 940 hükümleri aracılığıyla, ihtiyati tedbir şeklinde de ileri sürülebilir. Eser sahibinin haklarını koruma konusunda bu hızlı ve geçici yola sıklıkla başvurulur. Çünkü, hızlı bir şekilde müdahale edilmediğinde doğacak

¹⁶⁰⁰ FSEK md.77'nin eski hali şu şekildeydi: “Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin veya emrivakilerin önlenmesi için veya diğer herhangi bir sebepten dolayı zaruri veya bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse mahkeme, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdiye maruz kalanların veya şikayete salahiyyetli olanların talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yoluyla geçici olarak zaptına karar verebilir.”

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesinde ve Komisyon Raporlarında FSEK md.77'de yapılan değişikliklere ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir:

“FSEK md.77 şu şekilde değiştirilmiştir. HUMK'daki ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği olan hususlarla ilgili olarak işbu Kanunda ayrıca düzenleme yapılmasına gerek görülmediği için, madde metninde ihtiyati tedbirle ilgili olarak HUMK'daki hükümlere atıfta bulunulmakla yetinilmiştir. Ayrıca, adli kolluk görevlisi olan gümrük muhafaza memurlarının görevleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkan bir suç şüphesi karşısında nasıl muamelede bulunacakları, Ceza Muhakemesi Kanununun koruma tedbirlerine ilişkin hükümleriyle belirlenmiş olduğu için, bu Kanunda bu hususta ayrıca hükümlere yer vermeye gerek görülmemiştir. Dikkat edilmelidir ki, Kanunun mevcut metninde bir suç nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında başvuru koruma tedbirleriyle, bir özel hukuk uyuşmazlığı bağlamında HUMK'daki ihtiyati tedbir, birbirine karıştırılmıştır. Bunun ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek için, madde metninde değişiklik yapılmıştır.”

“5846 sayılı Kanunun 77 nci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (e) bendinde, maddenin birinci fıkrası yeniden değiştirilerek özel bir ihtiyati tedbir rejimi getirilmiştir. Keza, söz konusu maddenin Tasarıyla yürürlükten kaldırılması düşünülen üçüncü fıkrası uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmesi amacıyla Alt Komisyonca yeniden metne ilave edilmiş, Komisyonumuz bu madde üzerinde yapılan değişiklikleri yerinde görmüş ve söz konusu bent, 148 inci madde olarak kabul edilmiştir.”

zararlar telafi edilemez nitelikte görülür. Tahsis edilen ihtiyati tedbir, dava açılmasına kadar geçerlidir. Fakat çoğu zaman, alınan ihtiyati tedbir kararı karşı tarafça kesin olarak tanındığından dava açılmasına gerek kalmaz¹⁶⁰¹.

B.Davanın Konusu

Tecavüzün durdurulması davası bakımından yapılan açıklamalar, tecavüzün önlenmesi davası bakımından da anlam taşır. Umuma arz yetkisine, adın belirtilmesi yetkisine ve eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisine tecavüz halinde ve iktibas serbestisinin kötüye kullanılması durumunda tecavüz halen devam ediyorsa tecavüzün kaldırılması davası sözkonusu olacakken, henüz ihlalin olmadığı ancak tecavüz tehlikesinin olduğu durumlarda veya gerçekleşmiş tecavüzün devamı veya tekrarı muhtemel görülen durumlarda tecavüzün önlenmesi davası açılabilir.

C.Davacı

Tecavüzün kaldırılması davasının davacıları ve davalıları ile tecavüzün önlenmesi davasının davacıları ve davalıları arasında bir fark yoktur. FSEK md.69 f.1’de davacı olarak sadece eser sahibinden sözedilmesi doğru olmamıştır¹⁶⁰². O halde, tecavüzün kaldırılması davasının davacıları bakımından yaptığımız açıklamalar, tecavüzün önlenmesi davası açısından da geçerlidir.

D.Davalı

Tecavüzün önlenmesi davasında davalı sıfatı, tecavüzün kaldırılması davasındaki davalı sıfatıyla paralellik gösterir. FSEK md.69 f.2, FSEK md.66 f.2’ye göndermede bulunarak, tecavüz tehlikesinin hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından oluşturulması durumunda işletme sahibine karşı da tecavüzün önlenmesi davası açılabilirliğini öngörmektedir.

¹⁶⁰¹ MOVSESSIAN, Vera/SEIFERT, Fedor, Einführung in das Urheberrecht der Musik, Wilhelmshaven 1982, s.236.

¹⁶⁰² EREL, s.302; ÖZTRAK, s.80,81; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.310.

E.Zamanaşımı Süresi

Tecavüz olasılığı devam ettikçe, başka bir deyişle hukuki menfaat oldukça tecavüzün önlenmesi davası açılacaktır¹⁶⁰³.

F. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Gerek görev gerekse FSEK md.66 f.5 başta olmak üzere yetki konusunda, tecavüzün kaldırılması davası bakımından yapılan açıklamalar, tecavüzün önlenmesi davasında da geçerlidir.

IV.MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

A.Manevi Tazminatın Amacı ve İşlevi

Manevi tazminatın amacını belirlemek, tazminatın gerek takdirinde gerekse hak sahiplerinden başka kimselere hukuki işlem veya miras yoluyla intikal konusunda önemli görülmüştür¹⁶⁰⁴.

Manevi tazminatın amacı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde Saymen, manevi tazminatın hukuki mahiyetini açıklamada, “Özel ceza”, “Sembol” ve “tatmin edici” olma şeklinde üç görüşten söz etmiştir¹⁶⁰⁵. Franko ise, manevi tazminatın işlevi konusunda başlıca iki teorinin kabul edildiğini, bu iki teoriden birinin manevi tazminatın tatmin edici işleve sahip olduğunu ifade ettiğini, diğerinin ise manevi tazminatın cezai bir işlevi olduğunu ileri sürdüğünü belirtmiştir¹⁶⁰⁶. Kılıçoğlu da, manevi tazminatın hukuksal niteliğiyle ilgili olarak başlıca iki teori olduğunu belirtmekte ve ardından yaptığı açıklamalarda “ceza teorisi”nden söz etmekte ve bu teorinin büyük çoğunluk tarafından reddedilerek; manevi tazminatın “özel hukuk nitelikli bir yaptırım” olduğu düşüncesinin ortaya çıktığını

¹⁶⁰³ **ARKAN**, s.288; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.310. Tekinalp, tecavüz olasılığı devam ettikçe ifadesi yerine tecavüz devam ettikçe tecavüzün men’i davası açılacağını belirtmektedir. Kanaatimizce, tecavüzün tekrarı tehlikesi karşısında açılacak tecavüzün tehlikesi davası için bu ifade tercihi doğruluk taşırken, henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme olasılığı bulunan tecavüz için bu ifade tarzı doğru bir tercih değildir.

¹⁶⁰⁴ **FRANKO**, Şeref ve Haysiyet, s.123.

¹⁶⁰⁵ **SAYMEN**, Ferit, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940, s.83.

¹⁶⁰⁶ **FRANKO**, Şeref ve Haysiyet, s.123.

söylemekte¹⁶⁰⁷ ve ayrıca “manevi tazminatta ceza değil özel hukuk nitelikli bir tatmin ve tamir niteliği gören görüş üzerinde durmaktadır¹⁶⁰⁸. Belen ise, manevi tazminatın hukuksal niteliği konusundaki görüşleri, ceza görüşü, tatmin görüşü ve telafi görüşü olarak sıralamıştır¹⁶⁰⁹.

Manevi tazminatın hukuksal niteliği, amacı veya işlevi konusunda belirtilen ceza, tatmin, tamir, telafi, özel hukuk yaptırımı gibi kavramların yanına “caydırıcılık” kavramının da eklenmesi doğru olur.

Manevi tazminatın zarar vereni cezalandırma amacı taşıdığı görüşü, mağduru tatmin etmeyi değil, faili cezalandırmayı esas alır. Bu cezanın niteliği, diğer cezalardan farklı olup bundan yararlanacak olan devlet değil, mağdur olacaktır¹⁶¹⁰. Bu görüş, birçok eleştiri almıştır. Bu eleştirilerden biri de, bu görüşün Medeni Hukuk ile Ceza Hukukunun amaçları arasında fark gözetmediğidir. Öyle ki, Medeni Hukukun amacı zarar failini cezalandırmak değil, fakat bu zararı tamir etmektir. Başka bir eleştiri noktası da şudur: Manevi tazminat talebi şahsa bağlı haklardan biri olduğu için, mağdur faili takip hususunda bir dava açmadan ölürse, bu dava mirasçılara intikal etmeyecektir. Manevi tazminatın özel hukuk cezası olarak kabulü halinde, davanın mirasçılara intikal etmeyeceği açıklanamayacaktır. Manevi tazminat bir ceza olsa idi dava hakkının mirasçılara intikali gerekecekti. Zira mağdur olsa bile, fail cezasız bırakılmayacaktı. Fakat kanun koyucu çok açık olarak, mağduru tazminat talep edip etmemekte serbest bırakarak faili cezalandırmayı amaçlamamıştır¹⁶¹¹. Saymen, bir eleştiri olarak da “kanunsuz ceza olmaz” ilkesini göstermektedir. Ceza, kanunda daha fiil işlenmeden önce belirlenmiştir. Azami ve asgari sınırlarını kanunda tayin edilmiş bir tazminat sistemi ise çok zordur. Tazminat miktarı, mahiyeti itibariyle değişkendir. Çünkü, onu doğuran zararların mahiyeti ve kapsamı devamlı değişir. Bu nedenle, tazminatı tariflendirmek mümkün değildir. Cezayı ise azami ve asgari

¹⁶⁰⁷ Yazar, manevi tazminatın özel hukuk nitelikli bir yaptırım olduğu savunanlardan bazılarının manevi tazminatın amacının sevinçle ceza arasında bir denge kurmak olduğunu yani acı için sevinç düşüncesine (Lust für Leid Gedanke) dayandığını savunduklarını ve bu nedenle manevi zararın tazmininde ceza ile tazminat arasında bir tatmin (Satisfaktion) niteliği olduğunu belirtmiştir. Bu görüşün Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında ve bazı Yargıtay kararlarında da benimsendiğini vurgulamıştır. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam, s.243 dn.229,230 ve 231.

¹⁶⁰⁸ **KILIÇOĞLU**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam, s.244.

¹⁶⁰⁹ **BELEN**, s.50.

¹⁶¹⁰ **SAYMEN**, s.83.

¹⁶¹¹ **SAYMEN**, s.87.

sınırlar içine almamak adaletsizliğe yol açar. Öyleyse, manevi tazminatın –azami ve asgari sınırlar arasına alınamayacağına göre- cezai niteliği de yoktur¹⁶¹².

Manevi tazminatın maddi tazminat gibi gerçek bir giderim niteliği taşımadığı, çünkü para verilmekle parasal olmayan bir zararın gerçek anlamda giderilmesinden söz edilemeyeceği, manevi tazminatın zarar görenin manevi acısını azaltacak bir tatmin sağlamayı amaçladığı da savunulmaktadır¹⁶¹³. Manevi tazminat tamir edici değil, tatmin edici olmalıdır¹⁶¹⁴. Ancak, bu görüşü, kesin ve net bir şekilde “telafi” kavramını kullanmadan ifade etmek de zorluk taşır¹⁶¹⁵. Manevi tazminatın tatmin sağlamayı amaçladığı görüşünü savunanlardan Saymen, bu görüşün manevi tazminata ilişkin her türlü sorunu çözmesine de, diğer görüşlere nazaran daha ikna edici olduğunu belirtir¹⁶¹⁶. Manevi tazminatın amacının, zarar görenin manevi acısını azaltacak bir tatmin sağlama olduğunu ileri sürmek, manevi zararın kişilik hakları tecavüze uğrayanın psikolojik varlığındaki eksilme olarak tanımlanmasına yol açar¹⁶¹⁷.

Manevi tazminata ilişkin olarak kişi varlığındaki objektif bir eksilmenin parasal olarak ifade edilerek yerine konması görüşü; gerçek bir zararın giderilmesi (telafisi) görüşü¹⁶¹⁸, maddi tazminatın amacıyla benzerlik taşır. Maddi tazminat bakımından

¹⁶¹² SAYMEN, s.88.

¹⁶¹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.655 vd.; KILIÇOĞLU, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam, s.244.

¹⁶¹⁴ SAYMEN, s.92.

¹⁶¹⁵ Öyle ki, Saymen, “manevi tazminatın tatmin edici olduğu nazariyesi” başlıklı bölümde, şu ifadeye yer verir: “Bu nazariyeye göre, hakimin vazifesi acı ve ızdırağı tatmin ve *telafi etmeğe* kafi gelecek para miktarını takdir etmekten ibarettir”. Bkz. SAYMEN, s.93.

¹⁶¹⁶ Yazar, manevi tazminatın para olarak veya diğer hukuki araçlarla takdir edilmesine ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunur: “Para ile saadet olmaz, fakat yine şüphe yok ki, parasız hiç bir şey olmaz. Bu iki zıd düşüncenin ortasını alarak diyebiliriz ki para bilimum manevi zararları tamir edemezse de, büyük bir kısmını dolayısıyla tatmin eder; ve tatmin olunmayan manevi zararlar da, sair tazmin suretleri ile telafi olunur”. Bkz. SAYMEN, s.95, 96.

¹⁶¹⁷ Manevi zarar, ihlale uğrayan kişinin ruhsal varlığı üzerindeki etkisi olarak değerlendirilip, buna paralel olarak manevi tazminatın tatmin amacı taşıdığı savunulursa, tüzel kişilerin ve ayırtım gücü olmayan kimselerin manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacakları tartışmalı bir hale gelir. Bu tartışmalı noktalarda şu çözümler önerilmektedir: “Tecavüze uğrayan kimsenin ileride temyiz kudretine sahip olacağı ve bu acıyı hissedebileceği söyleniyorsa, manevi tazminata hükmedilebilir.” Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.657; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.689.

“Organları oluşturan kişilerin duyduğu elem ve ızdırıp tüzel kişinin elem ve ızdırabıdır. Tüzel kişinin farazi kişilik esasına dayandığı kabul edilirse, elem ve ızdırabı da farazi olarak kabul etmek, hakiki şahsiyet esasını kabul edilirse, organın duyduğu elem ve ızdırabın tüzel kişinin elem ve ızdırabı olduğunu kabul etmek gerekir”. OĞUZMAN/ÖZ, s.657; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.667.

¹⁶¹⁸ EREN, s.376 vd..

akla gelen zararın gideriminin aynen veya nakden olması, manevi tazminat bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Aynen giderimle, ihlal edilen hak ya da hukuksal değer karşılığı olan durumun yeniden kurulması amaçlanır. Malvarlığı zararı bakımından aynen tazmindeki kolaylık, manevi zararlar bakımından aynı derecede gerçekleşmez¹⁶¹⁹. Kişilik hakkı bakımından bozulan gerçekliğin yeniden ve aynen kurulması, kurgulanması mümkün veya yeterli görülmediğinde, “eski hale iade” yerine “para ile denkleştirme” tercih edilir. Hatta, hakim zararın kısmen nakden kısmen aynen tazminine de karar verebilir¹⁶²⁰. Manevi tazminata tanınan telafi işlevini maddi tazminatla birlikte değerlendiren Serozan, manevi tazminatın maddi tazminatın şu ya da bu nedenle somut olayda amacına ulaşamadığı durumlarda, maddi tazminatı tamamlayıp, düzeltici sosyal yardım işlevi üstlenebileceğini belirtir. Bu bakımdan, manevi tazminatın, hukukumuzun genel onarım (telafi) programının bütünleyici, tamamlayıcı bir parçası olduğu ve tüm hukuksal yollar tüketildikten sonra başvurulacak bir son çare olarak görülmesi gerektiğini vurgular¹⁶²¹.

Manevi tazminatın işlevi ve amacına yönelik telafi görüşünü savunanlar, diğer görüşleri öznel görüp, telafi görüşünü “nesnel” olarak nitelendirir. Maddi zararın tazmini ile manevi zararın tazmini şartlarının paralelliğine dikkat çekilir. Farkın,

Manevi tazminatın, zararı giderim (telafi) özelliğiyle maddi tazminata eşlik eden ve onu tamamlayıp bütünleyen bir kurum olduğu da söylenmektedir. **SEROZAN**, Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik bir Yaklaşım, Tandoğan’a Armağan, Ankara 1990, s.86.

¹⁶¹⁹ Malvarlığı zararları bakımından, yanan bir otomobilin yerine aynı model yeni bir otomobilin teslimi, yıkılan bir duvarın eski haline gelecek surette örülmesi, kırılan şişelerin yerine aynı şişelerin verilmesi, aynen tazmin örnekleri olarak gösterilebilir. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.581. Manevi zararlar bakımından, bir hakaret veya iftiranın faili tarafından aynen geri alınması, sağlığına zarar verilmesi durumunda ilgilinin bütünüyle iyileştirilmesi, izinsiz çekilen bir fotoğrafın negatifinin yok edilmesi veya geri verilmesi gibi durumlar, aynen tazmini amaçlar. **EREN**, s.376.

¹⁶²⁰ Maddi tazminat için belirtilen bu olasılığın, manevi tazminat bakımından da uygulama alanı bulmasında, herhangi bir yasal engel yoktur. BK md.43 f.1, hakimin, hal ve mevkiin icabına göre somut olay bakımından uygun bulunduğu tazmin tarzına hükmebileceğini öngörmektedir. BK md.49 f.3’de, hakimin manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebileceğini ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebileceğini öngörmektedir.

Doktrinde, kısmen nakden kısmen aynen tazmin şeklinde beliren karma tazmine, “Zarar veren hekimin zarar gören hastayı tekrar tedavi etmesi ve bu süre içindeki çalışma kayıplarını tazmin etmesi; basın yoluyla mağdurun ticari itibarına zarar veren gazetenin buna yol açan haberini tekzip etmesi ve bununla birlikte uğradığı kazan kaybını tazmin etmesi” örnek olarak gösterilmektedir. **EREN**, s.364,365; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.555.

¹⁶²¹ **SEROZAN**, Manevi Tazminat,, s.86. Serozan’ın bu değerlendirmesi, manevi tazminatın telafi işlevine çifte boyut kazandırır. Manevi tazminat kişilikteki eksilmenin telafisini amaç edinmenin yanında, gerekirse maddi tazminatın telafi açığını da telafi edecektir.

birinde maddi zararın diğesinde manevi zararın sözkonusu olduğu vurgulanır¹⁶²². Doktrinde, manevi tazminatta zarar görene ödenecek tazminatın onun zararı acı ve elem olarak hissedip hissetmediğine bakılmaksızın ödenmesi gerektiği, bu durumun maddi tazminatla aynı olduğu, aksi durumun kabulü halinde malvarlıksal değerlerin kişilik değerlerinden üstün tutulması anlamına geleceği belirtilerek, böyle bir farklılığı hukuk sistemimizce haklı kılacak bir hukuksal dayanak olmadığı ileri sürülmektedir¹⁶²³.

Manevi tazminatın sembolik bir işlev gördüğü de, manevi tazminatın amacına ilişkin olarak ifade edilen düşünceler tarihinde yerini almıştır. Bu görüşe göre, manevi zararın kapsamı takdir edilemeyeceğine göre tazminata da gerek yoktur. Acı ve elemelerin takdir edilmesinden vazgeçilmeli, bir şahsın haksız yere mağdur olduğu beyan edilmeli ve hakkın ihlal edildiği bildirilmelidir. Böylece, sözkonusu acı ve elem telafi edilecektir. Ancak, bu yaklaşım haklı olarak eleştirilmiş, fiilin haksız olduğunun mahkemece , resmi şekilde fakat platonik olarak beyanının zararı yeteri kadar telafi edemeyeceği ifade edilmiştir¹⁶²⁴. Manevi tazminatın sembolik bir işlev taşıdığı görüşü, diğer görüşler kadar taraftar toplamış değilse de, manevi tazminat davasında ödenmesi istenen paranın sembolik nitelikte olmasında hiç bir sakınca görülmemektedir¹⁶²⁵.

Manevi tazminatı tek bir amaca veya işleve indirgemek yerine, birden fazla amacı kapsayabileceği de ileri sürülebilir. Bu doğrultuda, doktrinde Hatemi, manevi tazminatın para ile gideriminde hem cezalandırma hem de zararı giderme işlevi olduğu görüşündedir¹⁶²⁶.

¹⁶²² OĞUZMAN/ÖZ, s.653.

¹⁶²³ EREN, s.377.

¹⁶²⁴ SAYMEN, s.90,91.

¹⁶²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.663.

¹⁶²⁶ HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, s.106.

Saymen, manevi tazminatın hukuki mahiyetine ilişkin görüşlerden “hususî ceza nazariyesi”ne ilişkin açıklamalarda bulunurken Belgesay’ın şu ifadesine yer verir: “Manevi tazminat hem kusuru olan için bir ceza hem de zarar gören kimse için bir tazminattır”. Bkz. SAYMEN, s.85.

Ertaş, manevi tazminatın bir ceza olmasa da cezai renkler taşıdığı, manevi tazminatın tatmin işlevinin toplum üzerindeki önleyici ve korkutucu etkisinin ceza etkisi olduğunu ifade etmektedir. ERTAŞ, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği ve Miktarının Tesbiti, İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s.82.

Tandoğan ise, manevi tazminatta cezai faktörün öneminin tamamen inkar edilemeyeceğini vurgulamaktadır. TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s.331.

Manevi tazminata ilişkin bu farklı bakış açılarının ortak noktası, hukuka aykırı fiilin yaptırımsız bırakılmamasıdır. Bu yaptırım kimine göre, faili cezalandırmaya; kimine göre zarar göreni tatmin etmeye, kimine göre ise kişi varlığında gerçek zarar olarak değerlendirilebilecek objektif eksilmenin giderimine (telafisine) yöneliktir. Bu farklı görüşlerin birbirinden kesin bir şekilde ayrıldığı savunmak, birbiriyle hiçbir şekilde kesişmediğini savunmak kanaatimizce doğru olmaz. Kişinin varlığındaki objektif eksilmenin tesbit edildiği varsayımıyla, bu eksilmenin telafisine yönelik olarak hükmedilmiş manevi tazminatın zarar göreni tatmin etmesi mümkündür. Öte yandan, zarar göreni tatmin etme amacıyla hükmedilen manevi tazminatın, faili cezalandırma amacıyla hükmedilecek manevi tazminatla aynı olma olasılığı da vardır.

Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda hangi görüş benimsenirse benimsensin, manevi tazminatın takdirinde caydırıcı olmasına dikkat edilmelidir. Manevi tazminatın cezalandırma amacı taşıdığı görüşü ileri sürüldüğünde, caydırıcılık da savunulmuş olur. Öte yandan, faili bir daha bu tür haksız fiillerde bulunmak konusunda caydırıcı nitelikte bir tazminat takdiri, zarar gören açısından bir tatmin sağlayacaktır. Manevi tazminatı, telafi görüşüyle veya işleviyle açıklayanlar bakımından da caydırıcılık önem taşır. Kişi varlığında objektif eksilme bir varsayım dayandığına göre, somut olayın özelliklerine göre bu eksilmenin para ile giderimine karar verilirken sembolik sayılabilecek miktarı aşan yüksek bir meblağa hükmedilmesi, telafi amacıyla çelişmeyecektir. İhlal edilmiş ve telafi edilecek kişilik değerlerinin herkesçe kabul gören bir tarifesi veya rayiç bedeli olmadığından, hakim somut olayın özellikleri ve takdir yetkisi çerçevesinde belirleyeceği (yüksek) bir meblağa hükmedebilecektir.

Hangi görüş benimsenirse benimsenin, manevi tazminatın üst sınırına ilişkin ortak bir görüş vardır ki, o da, somut olayda mağdurun “iyi ki böyle bir tecavüze uğradığımı –mümkünse bu tazminat için tekrar tekrar aynı tecavüze uğramayı tercih edeceğimi-” düşünmesine yol açmayacak bir miktara hükmedilmesidir.

Türk uygulamasında genel olarak, son zamanlardaki olumlu gelişmelere rağmen, batı ülkelerine özellikle ABD uygulamasına oranla bariz şekilde düşük manevi tazminat tutarlarına hükmedildiği söylenebilir.

B.Manevi Hakların İhlali Nedeniyle Açılacak Manevi Tazminat Davası

1.Genel Olarak

Manevi tazminat davası, FSEK md. 70’de, maddi tazminat davasıyla birlikte düzenlenmiştir. FSEK md.70 f.1’e göre, “Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat davası ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şeklinde de hükmedebilir¹⁶²⁷.”

Manevi tazminat davası maddi tazminat davasıyla birlikte, tecavüzün önlenmesi ve tecavüzün kaldırılması davalarından, kusur koşulunu gerektirmesi bakımından ayrılır.

Manevi tazminat davası açabilmek için, mutlaka manevi hakların ihlal edilmiş olması gerekmez. Mali hakların ihlali durumunda da, manevi zarar doğabilir ve bunun neticesi olarak manevi tazminat davası açılabilir. Gerçekten de, doktrinde haklı olarak vurgulandığı üzere, manevi hak bir hak türü iken, manevi tazminat zararları ilgili bir kavramdır¹⁶²⁸. O halde, mali hak ihlali pekala manevi zarara yol açabilir¹⁶²⁹. Buradaki manevi zarar, eser sahibinin genel kişilik haklarının ihlalinin kaynaklanan bir zarar olmayıp, eser sahibinin eseriyle olan ilişkisini, bağını koruyan ve FSEK tarafından güvence altına alınmış manevi hak ihlalinin kaynaklanan bir zarardır.

Yargıtay, manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olmasını koşul olarak aramamıştır. FSEK md.70’den doğan manevi tazminat talebi, kişilik haklarının ihlalinin bağımsız olarak hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, BK md.49 hükmünü, FSEK md.70’i tamamlayan bir hüküm olarak görmek, onun yerine ikame

¹⁶²⁷ FSEK md.70 f.1 hükmü 1995 tarihli 4110 sayılı değişiklikten önce şu şekildeydi: “Manevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir. Mahkeme bu para yerine veya buna ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir”.

¹⁶²⁸ KILIÇOĞLU, FSEK Değişikliği, s.28.

¹⁶²⁹ Manevi hak ihlali de maddi zarara yol açabilir.

edilebilecek bir hüküm olarak değerlendirmemek gerekir. Her iki hükmün yaptırımı bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır¹⁶³⁰.

Manevi haklara tecavüz halinde, doğal olarak ilk akla gelen tazminat türü olan manevi tazminat davasının, mali haklara tecavüz halinde de açılabilceğini belirtmek gerekir. Ayrıca, manevi hakkın tecavüzünün sözkonusu olduğu bir olayda, aynı zamanda genel kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması da olasılık dahilindedir.

FSEK md.70 f.1 manevi haklarda haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Bu nedenle, genel haksız fiil sorumluluğu için aranan hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı şartları manevi haklara tecavüz halinde açılacak manevi tazminat davası bakımından da aranır.

FSEK md.70 f.1, c.2’de, manevi tazminat olarak para ödenmesi yerine veya paraya ek olarak başka yaptırımların karara bağlanabileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, hükmün FSEK md. 78’e göre ilanı bu tür bir tazmin yolu olarak düşünebileceği gibi, failin özür dilemesi de mahkemece karara bağlanabilir¹⁶³¹.

Alm.ESHK md.97 f.2’ye göre, kasıt veya ihmâl sonucu eser sahibini manevi açıdan zarara uğratan kimseye karşı, manevi tazminat davasının açılabilmesi, ancak hakkaniyet gerektiriyorsa mümkündür. Manevi zararın tazmini manevi hak veya kişilik hakkı niteliği ağır basan hakların ihlali için sözkonusu olabilir¹⁶³². Bu tür hak ihlalleri, örneğin işleme hakkı ihlali olduğu gibi, çoğunlukla mali hak ihlalleriyle birlikte gerçekleşir ve bunun sonucu olarak maddi zararın yanında manevi zarar da tazmin edilmelidir¹⁶³³.

¹⁶³⁰ 11.HD, 02.03.2000, E.2000/864, K2000/1697, bkz. **SULUK/ORHAN**, s.814.

FSEK md.70’de düzenlenen manevi tazminat hükmünü, BK md.49’da düzenlenen manevi tazminat hükmünün bir tekrarı olarak görmemek gerekir. Manevi haklar kişilik haklarına benzemekle birlikte, kişilik haklarından önemli ölçüde ayrılan farklılıklar da içerir. Bu bakımdan, manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açabilmek için, eser sahibinin kişilik haklarının tecavüze uğramasının şart olmadığı doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. **AKIN**, Levent, Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları, Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s.141.

¹⁶³¹ **EREL**, s.305, **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.283.

¹⁶³² Alm.ESHK md.97 f.2 gereği manevi tazminatı gerektirecek ihlalleri konu olan haklar şu şekilde sıralanabilir: Alm.ESHK md.12, md.13, md.14, md.39 f.1, md.42, md.62, md.63 ve md.83.

¹⁶³³ **LOEWENHEIM/VINCK**, § 81, Kn.49.

Alm.ESHK md.97 f.2’de manevi zararın parasal tazmin yoluyla giderilmesi ancak hakkaniyet gerektiriyorsa mümkündür denilirken, ihlalin ağır olması (schwere Verletzung) ve zararın giderinin başka yollarla mümkün olmaması anlaşılmalıdır¹⁶³⁴. Bu fıkranın uygulanabilmesi için, hükümde yer almamış olmakla birlikte, Alman yargı kararlarında “ağır ihlal” (schwerwiegender Eingriff) şartının varlığının arandığı dikkat çekicidir¹⁶³⁵. Doktrinde de bu şartın üzerinde durulur¹⁶³⁶.

Manevi hakların, kişiliğe bakan yönünün de etkisiyle tazminat talebine ilişkin olarak hakkaniyet denetimi (Billigkeitsprüfung) yapılırken genel kişilik hakları ihlallerine yönelik olarak gelişmiş içtihat ve ilkelerden de yararlanır. Alm.ESHK md.97 f.2, hakkaniyetin müsaade ettiği ölçüde, manevi zararların giderilmesine ilişkin talepleri koruma altına alır¹⁶³⁷. Ayrıca, manevi zararın giderilmesine ilişkin bu talep ikincil (subsidiär) niteliktedir. Doğan zarar, başka bir şekilde giderilemiyorsa, bu hukuki çare gündeme gelecektir¹⁶³⁸. Eğer, tekzip veya cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasıyla veya tecavüzün refi yoluyla zarar ortadan kaldırılabiliyor, manevi tatmin ve giderim gerçekleşiyorsa, bu takdirde Alm.ESHK md. 97 f. 2 hükmüne dayanan bir talep uygulama alanı bulmayacaktır¹⁶³⁹.

Bu doğrultuda, zararın başka yollarla (cevap ve düzeltme gibi) giderilme imkanın olup olmadığının yanısıra, ihlalin süresi, yoğunluğu, ağırlığı, nedeni, kapsamı, önemi, kusurun derecesi, zarara uğrayan kişinin sanatsal konumu (tanınmışlık derecesi –Bekanntheitsgrad) gibi unsurlar dikkate alınacaktır¹⁶⁴⁰.

Ayrıca, hükmedilecek manevi tazminat bir yandan zarara uğrayan kişiyi tatmin etmeli, diğer yandan zarar veren kişiyi de olası ihlaller bakımından caydırabilmelidir¹⁶⁴¹. Alm. ESHK md. 97 f.2 hükmünde düzenlenen manevi

¹⁶³⁴ LOEWENHEIM/VINCK, § 81, Kn.51.

¹⁶³⁵ BGH GRUR 1971, 525,526- Petite Jacqueline.

“Ağır ihlal” kavramı “ağır kusur” kavramı ile karıştırmamalıdır.

¹⁶³⁶ SCHRICKER/WILD, § 97, Kn.79; MOHRING/NICOLINI/LUTJE, § 97, Kn.78.

¹⁶³⁷ LOEWENHEIM/VINCK, § 81, Kn.51.

¹⁶³⁸ BGH GRUR 1970, 370, 373 –Nachtigall.

¹⁶³⁹ DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/ZEISBERG, § 97, Kn.34.

¹⁶⁴⁰ BGH GRUR 1966, s.570- Eisrevue III; BGH GRUR 1971, s.525,526- Petite Jacqueline; BGH GRUR 1972, s.97- Pariser Liebesstropfen; BGHZ 128, 1/s.13 vd. –Caroline von Monaco; OLG Frankfurt GRUR 1964, s.561,562-Plexiglas; FROMM/NORDEMANN, § 97 Kn.47 vd.; MOHRING/NICOLINI/LUTJE, § 97, Kn.246 vd., SCHRICKER/WILD, § 97 Kn.78.

¹⁶⁴¹ LOEWENHEIM/VINCK, § 81, Kn.51.

tazminat, malvarlığına verilen zararın giderimini amaçlayan tazminattan farklı olarak aynen iade (natural restitution) amacını taşımaz. Bu tazminatın amacı, hakkaniyet ölçüsünde tesbit edilecek miktar çerçevesinde, ilerdeki zararları önlemeye yöneliktir¹⁶⁴². Öyle ki, tazminat tutarı, gelecekteki bu tür hukuka aykırı eylemleri çekici olmaktan uzak tutacak derecede yüksek olmalıdır¹⁶⁴³.

Zararın giderilmesi talebi, ayrıca kusurlu bir eylemi şart koşar. Kusurun derecesi, tazminatın tayininde gözönünde tutulur¹⁶⁴⁴.

İsviçre Hukukunda ise manevi hak ihlali durumunda hükmedilecek manevi tazminat bakımından, genel hükümlere yollama yapılmıştır. Böylece kişilik hakkı ihlali durumunda açılacak manevi tazminat ile eser sahibinin manevi hak ihlali durumunda açılacak manevi tazminat aynı düzenleme çatısı altında toplanmıştır. Bu yaklaşım, eser sahibinin manevi hakları ile genel kişilik haklarının aynı olduğu anlamına gelmemelidir. Çünkü, İsv. ESHK'da eser sahibinin manevi hakları özel olarak düzenlenmiş olup, her iki hak farklı menfaatleri düzenlenmektedir. Ancak, eser sahibinin manevi hakları ile genel kişilik hakkı arasında yakın bir bağlantı olduğu da gözardı edilemez. Bu bakımdan, İsviçre kanun koyucusu manevi hak ile kişilik hakkı arasındaki farklılığı ön planda tutmaktan çok, benzerliği dikkate alarak manevi haklara ilişkin manevi tazminatı genel hükümlere yollama yaparak düzenlemeyi tercih etmiştir.

2.Manevi Hakka Hukuka Aykırı Bir Şekilde Müdahale Edilmesi

Kanunda belirtilen manevi haklara, eser sahibinin izni olmaksızın ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmaksızın yapılan müdahaleler, bu şartı yerine getirmiş olurlar.

Manevi hakkın koruduğu değere, diğer bir ifadeyle, eser sahibinin o esere bağlı “fikri kişiliği”ne tecavüz halinde, manevi hakka tecavüzden bahsedilir¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴² DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/ZEISBERG, § 97, Kn.34.

¹⁶⁴³ BGHZ 128, 1,12- Caroline von Monaco.

¹⁶⁴⁴ BGH GRUR 1972, 97-Pariser Liebestropfen; From/Nordemann § 97 Kn. 51.

¹⁶⁴⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.282.

Manevi hak ihlalinden sözedebilmek için dikkat edilmesi gereken noktalardan biri de, eser sahibinin devretmiş olduğu veya lisans sözleşmesine konu ettiği mali hakların kullanılmasının gerektirdiği ölçüde manevi haklara müdahale yapılmasını kabullenmiş olduğudur. FSEK md.16 f.2’de eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi bakımından çıkartılabilecek bu sonuç, diğer manevi haklar bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.

Manevi tazminat davasında davacının hangi manevi hakların ihlal edildiğini belirtmesi aranır¹⁶⁴⁶. İhlal edilen manevi hakların sayısına göre, doğan manevi zarar ve hükmedilecek tazminat da farklı olacaktır.

Manevi haklara yapılan tecavüz, mali hak devralan veya lisans alanın menfaatlerini de ihlal etmiş olabilir. Ancak, mali hak devralanın veya lisans alanın eser üzerinde manevi hakları olmadığından, bu şahısların FSEK md.70 f.1’e dayanarak manevi tazminat talebinde bulunmaları mümkün değildir. Mali hakkı devralan veya lisans alan kimse, bu haklardan gereği gibi yararlanabilmesi için manevi hakları da kullanma yetkisine sahip olacaktır. Devralan veya lisans alanın mali haklardan gereği gibi yararlanabilmesi amacıyla manevi hakları kullanma yetkisinin olması, manevi hak ihlallerinden ötürü manevi tazminat davası açma hakkı oldukları anlamına gelmez. Manevi hak ihlalinden ötürü manevi tazminat davası açabilecek olan kimse eser sahibi olmalıdır. Eser sahibinin eseriyle olan kişisel ve manevi bağı, bunu gerektirir. O halde, kural olarak mali hakkı devralan veya lisans alan kimsenin

Plakların üstüne eser sahibinin adının yazılmaması (11.HD. 23.3.1978, 687/1437 YKD C. V 1979, 1012), bir şarkımın aslına ve usulüne uygun olarak okunmamasını (HGK. 11.2.1983, E.1981/4-70, K. 1983/123 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları, 1975-1984 Egemen ve diğer yargıçlar Ankara 1985, 682), bir müzik eserinin başkasına aitmiş gibi gösterilip plağa alınması (TD.14.2.1970, 2985/5092 Batider C.IV 1971, 220-221), yazarının adı zikredilmeden eserden aktarma yapılması (4 HD. 5.7.1968, 1981/2359 Son İçtihatlar, 608) manevi hak ihlali sayılmış ve manevi tazminata hükmedilmiştir.

¹⁶⁴⁶ 29.03.2001 tarihli ve 493/2537 sayılı yayınlanmamış Yargıtay kararı, **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.281’den naklen.

Yargıtay, FSEK md.70 f.1’e dayanarak davalı aleyhine manevi tazminata hükmettiği bir davada, hangi manevi hakların ihlal edildiği veya edilmediği konusunda, madde atfında bulunmamıştır. Davacının, 1961 yılında yayımladığı “Karpuz Dilimi” adlı şiir kitabında yer alan “Çal Emmoğlu Çal” adlı şiirin özü tamamen bozularak, kısaltılarak ve değiştirilerek adı belirtilmeksizin 9 kez TRT kurumunun radyo ve televizyonlarında yayınlandığı iddiası karşısında, davalının radyo ve televizyonda yayın yapılmadığı konusunda itirazında bulunmaması üzerine yapılan değerlendirmede, davalı aleyhine 10.000.000 TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Yargıtay 11. H.D. 02.03.1998 tarih ve 1998/1311 no’lu karar, (Kazancı Hukuk Otomasyon).

manevi hak ihlalden ötürü manevi tazminat talebinde bulunmayacağını savunmak mümkündür¹⁶⁴⁷.

3. Manevi Zarar

Manevi zarar kavramını açıklamada objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel teori, görüş dikkat çekmektedir. Alman Hukukunda Stoll'a dayandırılan bu görüşe göre, manevi zarar saldırıya uğrayan kişinin psikolojik varlığı üzerinde nasıl bir etki yaptığı gözönünde bulundurulmaksızın kişisel varlıklarda meydana gelen objektif bir eksilme olarak değerlendirilmekte ve saldırının doğurduğu psikolojik etkiler objektif görüşe göre zararı ağırlaştırıcı unsurlar olarak görülmektedir. Türk-İsviçre Hukukunda hakim olan sübjektif teori ise manevi zararı, kişilik haklarına saldırının yol açtığı, zarar görenin psikolojik varlığındaki eksilme olarak tanımlar ve saldırı sonucu manevi acı duyan, ruhsal dengesi bozulan, zevklerinde ve sevincinde azalma duyan kişi manevi zarara uğramış olarak kabul edilir¹⁶⁴⁸.

FSEK kapsamında “manevi zarar”, kişilik hakkının ihlal edilmesi ile ortaya çıkan manevi zarar ile aynı olguyu mu açıklamaktadır? Kişilik hakları ile manevi hakların farklı menfaatleri koruması bu hakların ihlali neticesinde ortaya çıkan “manevi zarar”ı farklılaştıracak mıdır? Bu noktada hak türlerinin farklı olmasının bu hakların ihlal edilmesinden doğacak zarar türlerini farklı kılmayacağı şeklinde bir yorum yapılabilir de, kişilik hakkını ihlal eden bir hareket manevi zarara yol açarken, aynı hareket eser sahibini manevi haklarını ihlal etmeyebilir. Aynı şekilde, manevi hakları ihlal eden bir hareket kişilik hakkını ihlal etmeyebilir ve buna rağmen manevi zarar

¹⁶⁴⁷ Mali hak devralmış olanların manevi haklara ilişkin olarak talepte bulunmalarına Kanun istisnai olarak imkan tanımıştır. FSEK md.19 f.3'e göre, “Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre yetkili olanlar, yetkilerini kullanmazlarsa; eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16'ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi adına kullanabilirler.” Mali hak sahipleri, mali haklarına tecavüz halinde başvurabilecekleri hukuki koruma ve giderim imkanlarıyla yeterince korunmuşlardır. Ancak eser sahibinin veya diğer yetkili kişilerin eser sahibinin manevi haklarını yeterince korumamaktan ötürü ortaya çıkan durum, mali hak sahiplerinin eserden mali açıdan yararlanmasını önüyor veya azaltıyorsa, mali hak sahiplerinin FSEK md.14, md.15 ve md.16 hükümlerinin üçüncü fıkralarından yararlanmalarında meşru menfaatleri olduğu kabul edilebilir. Bu durumlarda dahi amaç, mali hak sahibinin eserden ekonomik açıdan yararlanmasını sağlamak olduğuna göre, manevi tazminat davası değil de tecavüzün kaldırılması ve tecavüzün önlenmesi gibi taleplerden yararlandırılması düşünülebilir.

¹⁶⁴⁸ KILIÇOĞLU, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam, s.245.

doğurabilir¹⁶⁴⁹ O halde, kişilik hakkının ihlal edilmesi neticesinde manevi zarar doğuran örnekleri manevi hak ihlallerinde manevi zarar doğup doğmadığı tesbit edilirken birebir ve mutlak şekilde kullanmak doğru olmayacaktır.

FSEK md.70 f.1 kapsamında manevi tazminat davasının açılabilmesi için eser sahibi ek olarak “manevi zarar”a uğradığını ispat etmeli midir? Tekinalp’ e göre, eser sahibinin ayrıca manevi zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur. Çünkü, FSEK manevi bir hakkın haleldar olmasıyla doğrudan manevi zararın da oluştuğunu, tecavüz ile zarar arasında ayrıca ispatı gerektirmeyen, kanuni bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunduğunu varsaymıştır¹⁶⁵⁰. Oysa, Erel, FSEK md.70 f.1’de mütecevizin kusurundan sözedilmemekle birlikte, haksız fiil esasına dayanan bu davada gerek kusur unsurunun, gerekse diğer unsurların varlığının aranması gerektiğini ifade eder. Erel’e göre, manevi tazminat talebi bakımından FSEK md.70 ile BK. md.49 hükümleri arasındaki ilişki bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Başka bir deyişle, Erel, manevi tazminat davası açılabilmesi için, bir manevi zararın oluştuğunun ispat edilmesi gerekliliğini ileri sürmektedir. Zararın miktarını tayin hususunda mahkeme, BK. md. 42 f.2 hükmü uyarınca takdir yetkisine sahip olacaktır¹⁶⁵¹.

Kanaatimizce, soruna FSEK md.70 ile BK md.49’da geçen ifadeleri birlikte değerlendirerek ve koruduğu menfaatlere ilişkin farklılıkları da vurgulayarak yanıt vermek doğru olur.

FSEK md.70 f.1 BK md.49’un ifade biçimiyle paralellik arzeder. BK md.49’a göre, “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir”.

¹⁶⁴⁹ Yargıtay 11.H.D.’nin 06.03.2000 tarih ve 2000/1762 no’lu kararında, “Manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğraması şart değildir. Bu bakımdan BK’nın 49.madde hükmünü, FSEK’nın 70. maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Davacıya ait dört belgeselin konusunun, müziğinin, konuşma metinlerinin değiştirilip kısaltılarak başka isim altında yayınlandığı bilirkişi raporu ile sabittir. Yerel mahkemece, davacının manevi haklarının ihlal edildiği kabul edilerek bir miktar manevi tazminatın hüküm altına alınması gerekirken BK’nın 49. maddesinin koşulları oluşmadığından bahisle bu yöndeki talebin reddi doğru olmamış, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.” şeklinde değerlendirmelerde bulunulmuştur. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹⁶⁵⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.281.

¹⁶⁵¹ **EREL**, s.304.

Doktrinde, bir kimsenin şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüzde bulunmak ile uğranılan manevi zarar arasında şu şekilde bir ilişki kurulur: Şahsiyet hakkına vaki her tecavüz mutlaka manevi zarara yol açmaz. Bu bakış açısına göre, BK md.49 anlamında manevi zarardan sözedilecekse, şahsiyet haklarına vaki tecavüzden dolayı acı, elem ve ızdırap duyulmuş olmalıdır O halde, bir şahsın rızası olmadan resminin yayınlanması şahsiyetine hukuka aykırı bir tecavüz oluşturmakla beraber, resmin yayınlanması bir küçük düşürme durumu yaratmamışsa, manevi zarardan sözedilmemelidir¹⁶⁵².

Kişinin, acı, elem ve ızdırabı sübjektif bir ölçüt olduğundan kişinin gerçekten acı, elem ve ızdırap duymuş olmasa bile, hukuka aykırı eylemden dolayı acı, elem ve ızdırap duyduğunu ileri sürmesi mümkündür. Elbette, bu sakınca hakimnin takdir yetkisi çerçevesinde bir ölçüde aşılabilecektir. Öte yandan, manevi zararın tesbitinde objektif eksilme kavramına da başvurmak mümkündür¹⁶⁵³.

Kişilik hakkı ihlalinin manevi zarar doğurduğunu kabul edebilmek için acı, elem ve ızdırap kavramına başvurmak gerekliliği konusundaki yaklaşım, FSEK md.70 f.1 bakımından da uygulanacak mıdır? Başka bir deyişle, eser sahibinin manevi hak ihlaline dayanarak açacağı manevi tazminat davasında, manevi hakkının ihlal edilmiş olduğunu ispat etmesi manevi zarara uğramış olduğu anlamına gelecek midir? Kanaatimizce, eser sahibinin manevi hakkının ihlal edilmiş olduğunu ispat edince, manevi zarara uğramış olduğu da kabul edilmelidir. Ayrıca acı, elem ve ızdırap içinde olduğunu ve bu nedenle manevi zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur.

Eser sahibinin izni olmaksızın eserinin umuma arz edilmesi, eserinde adının belirtilmemesi veya eser üzerinde değişiklik yapılması, eser sahibinin arzu etmediği bir sonuç olup, bu tür durumlarda eser sahibinin yoğunluğu ne olursa olsun acı, elem

¹⁶⁵² OĞUZMAN/ÖZ, s.684.

Gerçekten de her hukuka aykırılık, hakkı ihlal edilenin mutlaka zarara uğradığı anlamına gelmez. Örneğin, bir kişinin mülkiyeti altında bulunan bir araziye izinsiz girip çıkma hukuka aykırı olacakken, böyle bu olayda mülkiyet hakkı ihlal edilen kişinin mutlaka zarara uğradığını söylemek mümkün değildir.

¹⁶⁵³ “Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Objektif eksilmeden anlaşılması gereken ise, sadece o kişi için değil, toplumdaki diğer bireylerin de aynı zarara (duruma) düşebileceklerinin kabul edilmesidir. ” Y.1.HD., 8.4.1996 T., E. 3713, K.4111. Karar için bkz. UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 41-50, C.2, Genişletilmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.2313.

ve ızdırap duyacağı bir gerçektir. Manevi hak ihlallerinde, duyulan bu acı, elem ve ızdırap konusunda herhangi bir araştırmaya girmeksizin manevi zararın varlığından sözedilirse, bu durumda “objektif eksilme” kavramı akla gelecektir.

Manevi hak ihlali eser sahibinin doğrudan kişiliğini hedef almak yerine, eser sahibiyle eser arasındaki bağı zedeleyen bir fiildir. Manevi haklarla kişilik hakları arasındaki farklardan biri de budur. Her ne kadar her iki hak türü benzerlik taşısa da, farklı hukuki menfaatleri korumaktadır. Eser sahibinin acı, elem ve ızdırap duymadığı müddetçe manevi zararından bahsedilemeyeceğini ileri sürmek doğru olmaz. Başka bir deyişle, manevi zarar gibi tanımı güç, hatta soyut sayılabilecek bir kavramı, acı, elem ve ızdırap üçlüsüne indirgememek gerekir. Örneğin, bir eserin eser sahibinin izni olmaksızın umuma arz edilmesi durumunda, eser sahibinin ihlal edildiği mali haklarına ilişkin maddi tazminat davasının yanında, umuma arz yetkisinin ihlaline dayalı manevi tazminat davasında, bu izinsiz umuma arzdan dolayı acı, elem ve ızdırap içinde olduğunu ispat etmesine gerek yoktur.

Eser sahibinin manevi haklarının, eser ile eser sahibi arasındaki kişisel ve düşünsel bağı koruduğu kabul edildiğinde, bu bağa yönelik bir saldırı halinde doğacak manevi zararı eser sahibinin sadece kişiliğinde meydana gelen eksilmeyle değerlendirmeyip, eser ile eser sahibi arasındaki (düşünsel) bağın zarara uğratıldığı şeklinde de yorum yapılabilir. Kişilik hakkı kadar geniş bir içeriğe sahip olmayan manevi haklar kanunda sınırlı ve özel bir şekilde belirtilmesi, bu hakların ihlalinin doğrudan eser sahibinin manevi zarara uğradığı şeklinde bir yorum yapılmasını kolaylaştırabilir.

Manevi hak ihlalinde, eser sahibinin manevi tazminat talep edebilmesi için acı, elem ve ızdırap içine düşmesinin bir şart olarak aranmaması, FSEK md.70 f.1’de düzenlenmiş manevi tazminatın caydırıcı ve hatta cezai bir işlevi olan bir manevi tazminat olarak yorumlanmasında önemli bir adım olabilir. Manevi tazminat, eser sahibinin bozulan ruhi dengesinin yeniden eski hale gelmesini sağlama amacına yönelik, tatmin edici bir işleve sahip olmasının yanısıra, hak ihlalinde bulunan veya bulunacak kişiler bakımından caydırıcı bir rol oynayabilecektir. Elbette, tazminatın caydırıcı olabilmesi için hükmedilecek tazminatın yüksek olması gerekecektir. Manevi tazminatın yüksekliğinin belirlenmesinde ise, ihlalin ve kusurun ağırlığı önemli bir rol oynayabilecektir.

FSEK'te manevi haklar başlığı altında düzenlenmiş ve sayılmış her bir yetkiye tecavüzün kendiliğinden manevi zarar doğurduğu kabul edilsin veya manevi hak ihlalinin elem, acı, ızdıraba yol açmasıyla manevi zararın olduğu savunulsun her iki durumda da hükmedilecek tazminatın miktarı bakımından tecavüzün ağırlığı önem taşıyacaktır.

4.İlliyet Bağı

Eser sahibi uğradığı manevi zararı, FSEK'te belirtilen manevi hak ihlallerine değil de, genel kişilik haklarının ihlal edildiğine dayandırıyor ise bu takdirde genel hükümlere göre kişilik hakkının ihlalinin giderilmesi talebinde bulunacak demektir.

Birden fazla manevi hak ihlali sözkonusu olduğunda, bu manevi hakların farklı kişiler tarafından ihlal edilmesi de mümkündür. Eser sahibinin izni olmaksızın eseri umuma arzeden kişi ile bu eserde eser sahibinin izni olmadan değişiklikler yapan kişinin farklı kişiler olması mümkündür. Bu durumda eser sahibi, kendi izni olmaksızın eseri umuma arzeden kişiyi, eserinin izni olmadan değişiklik yapılmasından dolayı sorumlu tutamamalıdır. Eser sahibinin eserini izni olmaksızın umuma arzeden kişi, eser sahibinin umuma arz yetkisine tecavüzde bulunmuş demektir. Bu fiilden sonra, üçüncü bir şahsın fiiliyle eser sahibinin başka bir manevi hakkı ihlal edilerek manevi zarar doğmuşsa, bu ilave manevi zararlar başlangıçtaki tecavüz arasındaki uygun illiyet bağı kesilmiş olur.

Bir manevi hakkı ihlal eden, tüm manevi hakları ihlal etmiş demektir şeklinde bir ilke getirmek kanun koyucunun manevi hakları kategorik bir şekilde ayırma tabi tutma çabasıyla çeliştiği gibi, her bir hakkın farklı koruma alanları olduğunun inkar edilmesi demektir. Manevi hakların koruma alanlarındaki kimi kesişmeler, kimi ayrılıkları dışlamaz.

5.Kusur

FSEK md. 70'in 4110 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki metninde manevi tazminat davası “kusur ve tecavüzün ağırlığı icap ettirdiği takdirde” açılabilirken, maddenin yeni metninde¹⁶⁵⁴ kusurla ilgili bir açıklamaya yer verilmemiş olması, manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kusur şartına gerek olup olmadığı noktasında tartışmalara neden olmuştur.

BK md.49'un yeni metninde ne kusurdan ne de manevi zararın ağır olmasından sözedilmiştir. FSEK md.70 hükmünde de BK md.49 ile uyum sağlamak için yapılan değişiklik sonunda ne kusurdan ne de manevi zararın ağırlığından sözedilmiştir. Böylece her iki hükmün yeni metni, manevi tazminat açısından kusursuz sorumluluk esasının kabul edilip edilmediği yönünde bir tartışma başlatmıştır.

BK md.49 açısından doktrinde hakim görüş bir kusursuz sorumluluğun olmadığı yönündedir. Aksi bir yorumun, kanunun sistemi ve amacı ile bağdaşmadığı ileri sürülür¹⁶⁵⁵. BK md.49 açısından yapılan bu yorum FSEK md.70 bakımından da geçerli kabul edilir. Dolayısıyla, FSEK md.70 manevi tazminat davası bakımından kusur şartı aramayan, kusursuz sorumluluk esasına dayanan bir manevi tazminat davası olarak değerlendirilmemelidir¹⁶⁵⁶.

Tekinalp ise, BK'nın sisteminden ve hükmün amacından çıkardığı gerekçelerin FSEK yönünden geçerli olmadığını savunur. Ayrıca, FSEK md. 67 f.2'de eser sahibinin adı ile ilgili manevi hakkının ihlalinde ref davasının açılması için kusur şartının aranmadığını da gerekçe gösterir. Eser sahibinin adı ile ilgili manevi hakkın ihlalinde kusur şartı aranmamasının, diğer manevi haklara da, uyum açısından, uygulanması gerektiğini ileri sürer ve sonuç olarak manevi hakların zarara uğraması

¹⁶⁵⁴ Kanun değişikliği ile gerekçede “70. madde hükmüne dayanak oluşturan BK md.49 hükmü 3444 sayılı kanunla değiştirilmiş; eski maddedeki tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan ve kusurun ağırlığı oranında, manevi zarar adıyla bir paranın verilmesinin dava edilebileceğine ilişkin hüküm, yürürlükten kaldırılmış, hukuka aykırı bir tecavüz yeterli sayılmıştır. Maddede bu hükme uygun değişiklik yapılmıştır” denilmiştir.

¹⁶⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.652; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞL/ALTOP, 694; EREN, s.788.

¹⁶⁵⁶ EREL, s.304; YASAMAN, Hamdi, Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C 1, İstanbul 2002, s.812 vd.; ERDİL, s.578.

halinde manevi tazminat davası açılmasını, tecavüz edenin kusurlu olmasına bağlı olmadığını belirtir¹⁶⁵⁷.

Kanaatimizce, FSEK md.70'de kusur şartından sözedilmemiş olması manevi tazminatın kusursuz sorumluluk esasına dayandırmak için yeterli değildir. Tecavüzün refi davasında kusur şartının aranmaması, manevi tazminat bakımından da aynı sonuca ulaşmayı haklı kılmaz. Kaldı ki, tecavüzün refi davasını düzenleyen FSEK md.66 f.3'de açıkça kusurun aranmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, eğer tecavüzün refi davasından hareketle manevi tazminat için sonuç çıkartılacaksa, bu sonuç, Tekinalp'in savunduğunun aksine, manevi tazminat için kusur aranması gerektiğidir.

6. Manevi Tazminatın Takdirinde Dikkate Alınacak Özellikler

Eser sahibinin manevi haklarının ihlali sadece manevi zararlara değil, malvarlığı zararlarına da yol açabilir. Manevi hak ihlali, her iki zarar çeşidine yol açtığına, tazminat kümülatif olarak talep edilebilir¹⁶⁵⁸. Tazminatın hesaplanması¹⁶⁵⁹, her iki zarar çeşidinde farklılık gösterir.

¹⁶⁵⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.312.

¹⁶⁵⁸ **SCHRICKER/WILD**, § 97, Kn.77.

¹⁶⁵⁹ 3984 sayılı ve 13.04.1994 günlü Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Kanunu'nun cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen 28.maddesinin son fıkrasında, tazminat davası açma hakkı saklı tutulmakta ve tazminat davası haklı görüldüğü takdirde ödenecek tazminat miktarının yüz milyon TL'den az olamayacağı öngörülmekteydi. Maddi tazminat davası kadar manevi tazminat davasına da yönelik bu hüküm, cezai tazminat hükmü olarak değerlendirilmeye uygundur.

Doktrinde, hükümde geçen tazminat ifadesiyle maddi ve manevi tazminatın birlikte kastedilmiş olduğu savunulduğu gibi (bkz. **HATEMİ**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.107), bu hüküm maddi tazminata değil manevi tazminata ilişkin saymanın daha isabetli olacağı görüşü de ifade edilmiştir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.554, dn.334.

3984 sayılı yasanın 28.maddesinin son fıkrasında tazminat miktarına ilişkin ifade Anayasa Mahkemesi tarafından (E.2002/100, K.2004/109) iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesinde geçen ifadelerden biri de, "Bu davalarda hükmolunacak tazminat miktarının alt sınırının belirlenmesi, hakimin davanın niteliğini gözeterek tazminat miktarını serbestçe tayin etme olanağını ortadan kaldıracığı gibi, kimi durumlarda, zarar gören kişinin istemini aşan sonuçların doğmasına da yol açabilecektir. Böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ile Anayasa'nın 138.maddesinde öngörülen ilkelerle uyumlu olduğu söylenemez." şeklindedir. Karşı oy yazısı bulunanlar arasında yer alan Mehmet Erten ise, "Alt sınırın önceden belirlenmesi manevi tazminat miktarının her olayın özelliğine göre alt sınırdan daha çoğuna veya talep edilen miktara kadar hüküm verilmesine, dolayısıyla da hakimin bu sınırlar içinde takdir yetkisini kullanmasına mani değildir. Talepten fazlaya hükmedilemeyeceğine ilişkin genel hukuk kuralı uygulamada dikkate alınacaktır. Bu kural, hakimin tazminat miktarını takdir etme yetkisine aynen alt sınırdan olduğu gibi bir üst sınır getirmektedir. Hakim, yasalarla getirilen bu sınırlamaları dikkate almak suretiyle fiilin ağırlık derecesine göre tazminatın miktarını takdir edecektir. Öte yandan on milyarlık tazminat alt sınırı, yaptıkları yayınlarla geniş halk kitlelerine ulaşan ve onlar üzerinde sonradan düzeltilmesi zor, kalıcı etkiler bırakan yayın organlarına karşı kişilik haklarının korunması yönünden yapılacak mücadeleyi etkili kılmak ve böylece sorumlu yayıncılık anlayışını sağlayabilmek için getirilmiştir" şeklinde görüş bildirmiştir.

Manevi hak ihlalden dolayı manevi tazminat talebinde bulunulduğunda, hakim manevi tazminata para şeklinde hükmederken, tazminatın miktarını belirlemede güçlüklerle karşılaşacaktır. Manevi hakkın, mali hakların aksine piyasa değerinden, emsal veya rayiç bedelinden sözetmek mümkün değildir. Her ne kadar, manevi hakların eser sahibinin mali menfaatlerine hizmet ettiği kabul edilse bile, manevi haklara somut bir değer biçmek, hakkın niteliğine yabancılaşır. Eser sahibinin meydana getirdiği eserden ekonomik açıdan yararlanmak isteyen kişinin eser sahibinden mali hakları devralırken veya lisans sözleşmesi yaparken, manevi haklara ilişkin müdahalede bulunma özgürlüğünü genişleten sözleşme hükümleri konulması akla gelebilir. Eser sahibinin manevi haklarına yapılacak müdahaleler konusunda, sözleşme aracılığıyla lisans sahibine veya mali hak devralana tanınması durumunda, talep edebileceği bedel, normalden daha yüksek olabilir. Ancak, bu durumda dahi manevi hakların ekonomik açıdan değerlendirilme işlemine konu olması ve somut olarak ekonomik bedelinin takdirinden söz edilmeyecektir. Çünkü bu durumda dahi, eser sahibinin talep ettiği bedelin yüksekliği mali haklar yönünden değerlendirilecektir. Örneğin, eser sahibinin eseri üzerindeki işleme hakkını devrettiğini varsayalım. Eser sahibi devrettiği işleme hakkından yararlanmanın gerektirdiği ölçüde, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisine müdahale edilmesine katlanacaktır. Eser sahibinin işleme hakkını devrederken işleme hakkından yararlanmanın gerektirdiği ölçüyü de aşacak şekilde, eser üzerinde değişiklikler yapılmasına müsaade ettiğini ve sözleşmede işleme hakkını devralana sınırsız sayılabilecek bir değişiklik yapma yetkisi tanıdığını düşünelim. Böyle bir olasılıkta, eser sahibi işleme hakkını devralandan veya lisans alandan tanıdığı bu ek yetkiden dolayı daha fazla bedel talep edebilir. Eser sahibinin bu varsayımda daha fazla bedel talep etmesi, manevi hakkına yapılacak müdahalenin ekonomik karşılığı olarak değerlendirilmeyip, geniş kapsamlı işleme hakkının ekonomik karşılığı olarak değerlendirilebilecektir.

Manevi hak ihlalden dolayı manevi tazminat para olarak takdir edildiğinde, genel manevi tazminat hükmü olarak değerlendirilebilecek BK md.49 f.2 de dikkate

Anayasa Mahkemesi “özel hukuk cezası” olarak da nitelendirilebilecek bu düzenlemeyi iptal etmesine rağmen, yürürlükteki hukukun çeşitli dallarında “özel hukuk cezası” olarak işlev gören önemli hükümler vardır. Örneğin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 58.maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “...hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”. Ayrıca bkz. FSEK md.68.

alınacaktır. Gerçi, BK md.49 f.2’de yer alan ölçütler, hakimin takdir yetkisini kullanarak BK md.49 f.2’ye dayanmaksızın da varabileceği ölçütler olarak görülebilir. Öyle ki, BK md.49 f.2 hükmünün bulunmadığı dönemde dahi hakimin tazminatı tayin ederken bu unsurları dikkate alacağı doktrinde ve mahkeme içtihatlarında ifade edilmiştir¹⁶⁶⁰.

BK md.49 f.2 doğrultusunda hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ekonomik durumlarını da dikkate alacaktır. Hakim, tazminatın miktarını belirlemeye ilişkin değerlendirme sürecinde MK md.4’ün gereği olarak hukuka ve hakkaniyete uygun bir karar verecektir. Bu sürece, BK md.43 f.1’de ışık tutacaktır: “Hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumülünün derecesini tayin eyleyir”.

Manevi tazminatın takdirinde, manevi hakkı ihlal edilmiş bulunan kişinin, davacının varsa birlikte (müterafik) kusuru da dikkate alınacaktır¹⁶⁶¹.

Manevi tazminatın, parasal giderim yanında manevi tatmin işlevi de vardır. Bu nedenle, manevi tazminatın çifte işlevli olduğundan bahsedilir¹⁶⁶². Ön planda, malvarklıksal değerler dışında zarara uğrayanın, uğradığı zararın ölçülü bir şekilde

¹⁶⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.694; KILIÇOĞLU, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam, s.257; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.683 vd.; Yarg.9.HD. 27.12.1988, 12583/12585 (YKD 1989/8, s.1116).

TBKT md.72’de manevi tazminat düzenlenirken, BK md.49 f.2’de yer alan ifadeler hükmün kapsamından çıkarılmıştır.

¹⁶⁶¹ FSEK md.15’in ihlal edildiği iddiasına dayanan bir davada, davacı meydana getirmiş olduğu beş adet fotoroman senaryosunu senarist olarak çalıştığı davalı gazeteğe teslim ettiğini, davalı şirket tarafından bu fotoromanların isimsiz olarak gazetede yayımlanması safhasında, davalı tarafa ihtarnameler çekerek eser sahibi olarak isminin yayınlanmasını istemiş, ancak bu konuda talebine uygun bir uygulama gerçekleşmemiştir. Mahkemece, davacının hiçbir ihtirazi kayıt koymadan senaryo bedellerini almış olması halinin, isminin yayınlanmamasından doğan haklarından feragat anlamı taşımayacağı tesbitinde bulunulmuştur. Yargıtay, davacının, senaryoları davalı şirkete vermekte devam etmesi suretiyle zararın ağırlaşmasına neden olduğu ve bu tutumuyla olayda müterafik kusurlu sayılması gerektiği ve FSEK md.70 çerçevesinde manevi tazminat takdir edilirken müterafik kusurun ağırlığının dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Yarg.11. HD. 3.4.1979 tarih, 1978/1183 E. ve 1979/1704 sayılı karar. BEŞİROĞLU, s.1144 vd.

Kararda, gazetede çalışan fotoroman senaristinin, fotoromanların yayımında kendi isminin belirtilmemesine rağmen fotoroman senaryoları yazması ve bunları gazeteğe teslim etmesinin, “birlikte kusur” olarak değerlendirilmesi eleştiriyeye açıktır. Eser sahibinin, adın belirtilmesi konusunda gazeteğe birden fazla ihtarda bulunması, (birlikte) kusurunu ortadan kaldıran bir davranış olarak değerlendirilebilirdi.

¹⁶⁶² LENDVAI, s.66.

giderilmesi vardır. Bu ölçülü, uygun ve yerinde giderime¹⁶⁶³ ulaşılabilmesi için zararın kapsamı, müdahalenin sıklığı, süresi ve büyüklüğü gözönünde tutularak belirlenir. Kanun koyucu, hakkaniyete uygun bir giderimden bahsettiği için, dengeleme amacına ulaşılmasında, somut olayın tüm özelliklerinin hesaba katılıp, manevi tatmini sağlayacak bir giderime hükmedilmesi gereklidir.

Tazminatın, manevi tatmin işlevinin, cezai bir karakter taşıdığı da savunulmaktadır¹⁶⁶⁴. Manevi tazminat, bir tazminat talebi olmasına rağmen, zararın tamamen giderilmesi; maddi tazminattaki gibi eski hale iade seviyesine ulaşmaz. Çünkü, manevi zararlar, parayla açıkça ifade edilemez. Manevi tatmin işlevi, somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınmasını gerektirir.

Manevi tazminatın takdirinde, müdahalenin kapsamı ve önemi, ihlal edenin ihlalde bulunurken güttüğü amaç ve kusurun derecesi dikkate alınır¹⁶⁶⁵. Bu hukuki yolun önleme amacına hizmet etmesi savunulur¹⁶⁶⁶. Takdir edilen parasal giderim miktarı o denli hissedilir olsun ki, daha sonraki ihlallerin önünü kapasın; sonraki olası ihlal edecekler bakımından caydırıcılık işlevi görsün.

Manevi tazminatın cezai bir işleve sahip olduğu veya caydırıcı nitelikte olması gerektiği söylendiğinde, manevi hak ihlalinde bulunan kişinin ceza hükümleri aracılığıyla aldığı ceza da dikkate alınmalıdır. FSEK md.71'e göre manevi hak ihlalinde bulunan kişinin aldığı ceza, daha sonradan manevi hak ihlalinde bulunması konusunda caydırıcı bir rol oynayacaktır.

¹⁶⁶³ Yargıtay 11.HD.'nin 19.3.2002 tarih ve 2001/10702 no'lu kararında, “..davalı T... İlaç A.Ş. tarafından yaptırılan fabrika ana binasına ait projenin davacı Aydın B. Tarafından çizildiği, davalı şirkete ait binaların yetersiz gelmesi üzerine ek binalar yapılmasına karar verildiği ancak proje çizimini diğer davalıların üstlendiği, fakat ek projelerin davacı Aydın B'ce çizilen ana binaya ait proje kopyalanarak yaptırıldığı sabit olduğu, mimari eserin 5846 sayılı yasa uyarınca fikir ve sanat eseri niteliğinde olup, davalıların izinsiz kopyalama eyleminin eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüz oluşturduğu...” tespitlerinde bulunmuş ve manevi tazminata ilişkin olarak şu sonuca varılmıştır: “Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, dava konusu projenin önem ve değeri, kopyalama biçimi dikkate alınarak FSEK md.70/1-2 maddeleri karşısında uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekir.”

¹⁶⁶⁴ Manevi tazminatın –Schmerzensgeld- hukuk tarihi açısından incelendiğinde ceza hukukundan kaynaklandığı belirtilir. 1965 tarihli Alm.ESHK'da yer alan manevi tazminat hükmü, daha önce ceza davası prosedürüne ilişkin bir para cezası olarak uygulama alanı buluyordu. **SCHRICKER/WILD**, § 97 Kn.78.

¹⁶⁶⁵ BGH 15.11.1994, Caroline von Monaco, NJW 1995, s.864.

¹⁶⁶⁶ Caroline von Monaco, NJW 1995, s.865.

Eser sahibinin mali haklarının ihlali aynı zamanda manevi haklarını da ihlal etmiş sayılacağından, mali haklara ilişkin hükmedilecek tazminatın manevi haklara ilişkin hükmedilecek tazminat bakımından dikkate alınması da savunulabilir. Eser üzerinde eser sahibinin izni olmadan değişiklikte bulunmuş ve bunun neticesinde meydana gelen eser üzerinden menfaat elde etmiş olan kişi, eser sahibinin işleme hakkı yanında eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisini ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda, eser sahibi FSEK md.68 f.1'e göre, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin üç kat fazlasını talep ettikten sonra, FSEK md.16'nın ihlal edildiğini gerekçe göstererek manevi tazminat talebinde bulunduğu bu tazminatın caydırıcı olacak nitelikte yüksek olmasına gerek var mıdır? Kanaatimizce, bu soruya somut olayın özelliklerini dikkat ederek yanıt vermek gerekir. Eser sahibine mali hak tecavüzü nedeniyle caydırıcı nitelikte üç kat tazminat verilmesi, manevi tazminatın caydırıcı işlevini kaybedeceği anlamına gelmez. Başka bir deyişle, eser sahibinin mali hak tecavüzü nedeniyle üç kat tazminat alması, manevi hakkın sırf bu nedenden ötürü düşük tutulmasına imkan vermemelidir.

Kişilik haklarının ihlalinde hükmedilecek manevi tazminat miktarındaki yükseklik, eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hükmedilecek manevi tazminat miktarlarındaki artışa yol açabilir. En azından bir alanda, yüksek meblağlarda manevi tazminat takdiri diğer alanlar bakımından da örnek oluşturabilecektir. Alman Hukukunda, son yıllarda her ne kadar Amerikan Hukukundaki boyutlara kadar varmasa da, genel kişilik haklarının ihlal edilmesinden dolayı talep edilen ve karara bağlanan manevi tazminat miktarının önemli ölçüde yükseldiği vurgulanmaktadır¹⁶⁶⁷. Genel kişilik haklarının ihlal edilmesinin sonucu olarak hükmedilen manevi tazminat miktarlarının yüksekliğine rağmen, eser sahibinin manevi haklarının ihlali

¹⁶⁶⁷ "Caroline von Monaco" davasında, talep edilen 400 000 DM ve hükmedilen 180 000 DM tazminat tutarı kişilik hakkının ticarileştirilmesi bakımından emsal olarak da gösterilmektedir. Bu karara temel olan düşüncelerin, gayrimaddi mallar üzerindeki hakların ihlal edilmesi halinde de uygulanabileceği söylenmektedir. **SCHRICKER/WILD**, § 97, Kn.75. Kararda, davacının manevi zararının giderilmesi için davacının elde ettiği kazanç, tazminatın tutarının tesbitinde ölçü olarak alınmıştır.

Alman Hukukunda eser sahibinin manevi haklarına ilişkin gelişmeleri, genel kişilik haklarının etkisi altında kaldığından hareketle, genel kişilik haklarıyla ilgili temel içtihatların eser sahibinin manevi hakları için de geçerli olduğu ifade edilmektedir. **LOEWENHEIM**, § 97, Kn.51.

neticesinde açılan manevi tazminat davalarında hükmedilen manevi tazminatlarda ise bir yükselmeden sözetmek mümkün değildir¹⁶⁶⁸.

Tazminat tutarının belirlenmesinde rol oynayacak unsurlar arasında, ihlalin nedeni, kapsamı, süresi, yoğunluğu, kusurun derecesi, zarara uğrayan kişinin tanınmışlık derecesi ve daha önce de belirtildiği üzere zararı ortadan kaldırmanın cevap ve düzeltme hakkı, tekzip gibi başka hukuki çarelerle mümkün olmaması yer alır¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁸ **SCHORK**, s.228.

Manevi hakların ihlali nedeniyle doğan manevi zararların giderilmesine ilişkin manevi tazminat davasında yüksek meblağlar elde etmek bakımından, olayla ilişkisi olan ülke hukuklarından birine başvurulabilir. Başka bir deyişle, manevi hak ihlali de yabancılik unsuru (milletlerarası unsur) taşıyabilir. Bu noktada, MÖHUK md.25 uygulama alanı bulabilir: “Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkeler olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibat halinde olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir”.

Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz durumunda, eser sahibinin tazminat tutarlarının yüksek tutulduğu ABD Hukukuna başvurmak akla gelebilir. Ancak ABD Hukukunda telif hakları (copyright) koruması, eser sahibinin manevi zararlarının giderilmesini kapsamına almadığından, Amerikan Hukukunda genel kişilik haklarıyla ilgili davalarda hükmedilen manevi tazminat meblağlarının yüksekliğine, manevi hak ihlallerinde rastlanmamaktadır. Eser sahibinin manevi hak ihlallerinde davacılar bakımından, ABD Hukukuna başvurmak, genel manevi tazminat davalarının aksine, ilgi çekici değildir. Kaldı ki, ABD Hukukuna veya başka bir hukuka başvuru, o hukuk sisteminde alınacak karar iç hukukta doğrudan uygulanmayacaktır. Bu konuda tanıma ve tenfiz prosedürü uygulanacaktır. Yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tanınabilmesi veya tenfiz edilebilmesi için aranacak şartlardan biri de, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamasıdır. Bkz. MÖHUK md.38 ve md.42.

Alman doktrininde, yabancı unsurlu olaylarda daha yüksek tazminat talep ve elde edebilmek için ABD Hukukuna başvurma “dava turizmi” (klagetourismus) olarak nitelendirilmektedir. İlgili örnekler için bkz. **SCHORK**, s.217.

Bu konuda, Alman Hukuku bakımından şu değerlendirmeler yapılmaktadır: ABD’de açılan ve hükme bağlanan bir karar, Alman Hukukunda doğrudan uygulanamayacağından, başka bir deyişle, Alman Usul Hukuku kuralları uyarınca, kamu düzeni denetimine tabii tutulacağından, ABD’de dava açmanın kesin bir yarar sağlayacağını söylemek doğru olmayacaktır. Öyle ki, Alman Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 328. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yabancı mahkeme kararları, Alman Hukukunun temel prensipleriyle ters düştüğü, özellikle temel haklarla açıkça uyumsuzluk gösterdiği durumlarda, icra kabiliyetinden yoksun kalacaktır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) hukuka aykırı bir eylemden dolayı cezai sorumluluk doğuran bir olayı konu alan yabancı mahkeme kararıyla ilgili olarak, hükmedilen para cezasının zenginleştirici işleve değil, dengeleyici bir işleve sahip olması gerektiği saptamasında bulundu. BGHZ 118, s.312,338,344.

Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 40. maddesi haksız fiil davalarında, davacıya, dava yeri olarak, haksız fiilin vuku bulduğu yer ile zarara neden olan kişinin işlerini yürüttüğü yer (Tatort-Verwaltungsort) arasında bir seçim hakkı tanımış olsa da, aynı kanunun kamu düzeni başlığını taşıyan 6.maddesi Alman Hukukunun temel normlarına aykırı görülecek yabancı mahkeme kararlarının uygulamasını yasaklamıştır. **SCHORK**, s.223.

¹⁶⁶⁹ BGH GRUR 1966, 570- Eisrevue III; BGH GRUR 1971, 525/526- Petite Jacqueline; BGH GRUR 1972, 97-Pariser Liebesstopfen; BGHZ 128, 1/13 – Caroline von Monaco; OLG Frankfurt GRUR 1964, 561,562-Plexisglas.

Alm. ESHK m.97 f.2 hükmünün konu olduğu kararlara bakıldığında, bir fotoğraf eserinin önemli ölçüde değişikliğe uğratarak kullanılması¹⁶⁷⁰, bir televizyon filminin kısaltılarak umuma açık yerlerde gösterilmesi¹⁶⁷¹, bir fotoğrafçının isminin eksik bir şekilde belirtilmesi¹⁶⁷² veya ilk kez umuma arz etme hakkının¹⁶⁷³ ihlali gibi durumlarda, manevi tazminata hükmedilmiştir. Buna karşılık, bir sahne eserinde çıplak oynayan bale oyuncularının gösterilerinin televizyonda yayınlanması¹⁶⁷⁴, bir mimarın bir proje taslağının kullanılması¹⁶⁷⁵, isim zikredilmeden, ama hukuka uygun bir şekilde, bir eserin aktarılması¹⁶⁷⁶, düşük kaliteli bir müzik kaydının yayınlanması¹⁶⁷⁷, ve bir fotoğraf eserinin belli bir siyasi eğilimi olan dergide yayınlanması¹⁶⁷⁸, üzerine talep edilen manevi tazminat mahkemelerce reddedilmiştir.

7.Eser Sahibinin Ölümünden Sonraki Manevi Hak İhlallerinde Manevi Tazminat Talebi

Manevi hakların, kişilik haklarından farklılaştığı noktalardan biri de, manevi hakların eser sahibinin ölümünden sonra da korunmasıdır. Kural olarak ölümle kişilik sona ermesine rağmen, ölüm sonrası kişiliğin korunması konusunda dayanak noktası bulmaktaki güçlük, eser sahibinin manevi hakları bakımından geçerli olmaz. FSEK md.19, eser sahibinin manevi haklarının ölüm sonrası da korunacağı noktasında kanuni bir dayanak olur.

FSEK md.19, hükümde sayılan kişileri, eser sahibinin manevi haklarını kullanma konusunda yetkilendirmenin yanısıra, üçüncü kişilerin manevi haklara yaptıkları tecavüzlere karşı gerekli hukuki yollara başvurmalarında da dayanak noktası olur. Bu noktada, FSEK md.19'un “(manevi) hakları kullanabilecek kimseler” başlığı, manevi hakların korunması için gereğinde hukuki yollara başvurulmasını da kapsar.

¹⁶⁷⁰ BGH GRUR 1971, 525/526- Petite Jacqueline.

¹⁶⁷¹ OLG Frankfurt, GRUR 1989, 203/205- Wüstenflug.

¹⁶⁷² LG Berlin GRUR 1983, 761- Portraitbild.

¹⁶⁷³ LG München I ZUM 1995, 57/58.

¹⁶⁷⁴ OLG Hamburg Schulze OLGZ 149.

¹⁶⁷⁵ OLG Hamburg Schulze OLGZ 172.

¹⁶⁷⁶ OLG Hamburg GRUR 1974, 165/166- Gartentor.

¹⁶⁷⁷ OLG München GRUR, 1992, 512/513-Prince.

¹⁶⁷⁸ OLG München NJW-RR 1997, 493.

Eser sahibinin ölmeden önce, manevi hak ihlali nedeniyle açtığı manevi tazminat davasının hukuki akıbeti genel hükümlere göre çözülür. Hatta eser sahibi, manevi hak ihlalinden sonra ancak henüz dava açmadan önce ölmüş olsa bile, MK md.25 f.4'ün yorumuna ve somut olayın özelliğine göre manevi tazminat istemi mirasçılara geçebilir. MK md.25 f.4'e göre, "Manevi tazminat istemi, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez".

Eser sahibinin manevi hak ihlali nedeniyle ölmeden önce ileri sürdüğü manevi tazminat istemi, ölümünden sonra mirasçılara geçerken, eser sahibinin ölümünden sonra varlığını devam ettiren manevi hak ihlali nedeniyle FSEK md.19'da sayılan kişilerin manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı konusu tartışmalıdır. Eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen manevi hak ihlallerinde manevi tazminat talebinde bulunulabileceği kabul edilse bile, bu konuda yetkili olan şahıslar mirasçılar değil, FSEK md.19'da sayılan kişiler olacaktır. FSEK md.19'da sayılan kişiler, mirasçı sıfatına sahip olmak zorunda değildirler.

Mirasçıların FSEK md.70 hükmüne dayanarak manevi tazminat davası açıp açamayacakları noktasında doktrinde bir fikir birliği yoktur. Örneğin, Erel, manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibi ve FSEK md.19'da belirtilen haleflerinin manevi haklarının ihlali sebebiyle bir zarara uğramış olmaları gerektiğini belirtmekle, mirasçıların FSEK md. 70 hükmüne dayanarak manevi tazminat davası açılabileceğini kabul eder¹⁶⁷⁹. Hirsch ise, mirasçılara bu hakkı tanımaz¹⁶⁸⁰. Tekinalp ise, Erel'le aynı sonuca varmakla birlikte, yani mirasçıların manevi tazminat davası açabileceğini kabul etmekle birlikte farklı bir hukuki gerekçeden hareket eder. Erel, mirasçıların manevi tazminat hakkını terekeye dahil bir hak olarak kabul ederken, Tekinalp, manevi tazminat hakkının terekeye dahil bir hak değil FSEK md.19 tarafından aynı maddede sayılan kişilere; yakınlarla, kanun tarafından bahşedilmiş bağımsız bir hak olarak değerlendirir¹⁶⁸¹. Arkan ise, FSEK md.19'da sayılan kişilerin manevi hak ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açamayacağı görüşünü savunur¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁹ EREL, s.304.

¹⁶⁸⁰ HIRSCH, Fikri Say, Kn. 302.

¹⁶⁸¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.283.

¹⁶⁸² ARKAN, s.290.

Kanaatimizce, eser sahibinin ölümü sonrasında meydana gelen manevi hak ihlalleri bakımından FSEK md.19 f.2 uyarınca manevi tazminat davası açılabileceği kabul edilmelidir. FSEK md.19 f.2'ye göre, “Eser sahibinin ölümünden sonra birinci fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16'ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl içinde kendi namlarına kullanabilirler”. FSEK md.14 f.3, md.15 f.3 ve 16 f.3'de doğrudan doğruya manevi tazminat talebinden sözedilmemesi, manevi tazminat talebine engel oluşturmamalıdır. Eser sahibi sağlığında nasıl ki, bu hükümlerde açıkça manevi tazminattan sözedilmemesine rağmen FSEK md.70 f.1'e dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabiliyorsa, öldükten sonra da FSEK md.19'da sayılan kişiler FSEK md.70 f.1'e dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilirler. FSEK md.19 f.2'de geçen “kendi namlarına kullanabilirler” ifadesinin anlamı da bu olmalıdır. FSEK md.14 f.3'de eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette umuma arz veya yayımlanma tarzından, FSEK md.16 f.3'de ise eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerden sözedilir. Eser sahibi öldüğüne göre, eser sahibinin şeref ve itibarından nasıl sözedilecektir? Bu noktada, eser sahibi yaşamış olsaydı bu değişikliklerin onun için ifadeceği anlam konusunda bir araştırma yapmak ve sonuca varmak zordur. FSEK md.16 f.3'de ifade edilen eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikler bu konuda ölçü olarak alınabilir. Aynı şekilde, eserin mahiyet ve hususiyetini bozacak şekilde yapılan bir umuma arz da, manevi tazminata konu olabilecek bir zarar olarak değerlendirilebilir¹⁶⁸³.

¹⁶⁸³ Bkz. İKİNCİ BÖLÜM. II. C.3.a.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, eser sahibinin ölümü sonrasında manevi hak ihlallerinden dolayı manevi tazminat talebine ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur: “...kanun koyucu eser sahibinin ölümünden sonra kimlerin manevi tazminat isteyebileceklerini kanunun 19.maddesi hükmünde belirtmiş bulunmaktadır. Davacının, temellük eden bir kimse olarak, gerek BK'nın md.162 ve 168.maddeleri hükümlerine göre, kendisine yapılan temlik sonucu ve (işin mahiyeti) icabı olarak manevi tazminat talebine hakkı bulunduğu gibi, ayrıca FSEK'in 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. Yani, mali bir hakkı devralan kimsenin de eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kullanabilme yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. 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 FSEK'in 19 f.1 hükmünde sayılan kimseler, manevi hakları, sırf mirasçı sıfatını haiz oldukları için iktisap etmezler. Kanun koyucu, bunları ölen eser sahibine en yakın bağlarla bağlı oldukları için, (en güvenilen kişiler) olarak saymıştır. Eser sahibinin kendilerine güvenerek manevi hakları kullanma yetkisini terk ettiği bu kişiler FSEK md.14, 16. maddeleri hükümlerinde belirtilen hallerde ve özellikle eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozucu değişimlere maruz bırakılması veya eserin başka herhangi bir suretle mesela, müzik eserinin mahiyetine aykırı olarak, başka bir müzik aleti ile ve o eserin

Eser sahibinin sağlığında, eser sahibinin izni olmadan yapılan değişikliklerin ve umuma arz veya yayımlanma tarzının eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemiş olup olmadığı manevi tazminat miktarının takdirinde bir rol oynarken, eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen manevi hak ihlallerinde FSEK md.19’da sayılan kişilerin md.19 f.2’ye dayanarak açacakları manevi tazminat davasında eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmiş olması gibi bir unsur dikkate alınmayacaktır. FSEK md.19 f.2’de geçen “kendi namlarına kullanabilirler” ifadesinin FSEK md.19 f.1’de sayılan kişilerin şeref ve itibarını zedeleyecek umuma arz veya değişiklikleri kapsamadığı kabul edilirse, ölüm sonrası manevi haklara ilişkin koruma sadece eserin mahiyet ve hususiyetini zedeleyen değişiklikler ve umuma arz ile sınırlanırsa bu durumda, hükmedilecek manevi tazminat miktarı daha düşük olabilecektir.

Alman Hukukunda, eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen manevi ihlallerinden dolayı manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği sorunu, ölüm sonrası

hususiyetini bozacak tarzda icra edilmesi gibi, özelliğinin haleldar edilmesi, manevi tazminat talebine olanak sağlar. HGK’nın 11.2.1983 tarihli ve E. 1981/4-70, K. 1983/123 sayılı kararı, **EGEMEN**, s.684-685.

Doktrinde Serozan, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mirasçılara geçebilirliği konulu makalesinde, yukarıda geçen Çile Bülbülüm Çile ismiyle de anılabilecek bu karara atıf yaparak, manevi hakların mali haklar gibi mirasçılara intikal ettiğini ifade etmektedir. Alman Hukukunda manevi hakların mirasçılara intikal ettiğine dikkat çeken yazar, manevi haklara ilişkin bu intikal kuralına paralel bir şekilde ölen kişinin kimi kişilik değerlerinin mirasçılara intikal edebileceği noktasında Marlene Dietrich kararını değerlendirmekte ve bu kararın Türk-İsviçre Hukuku bakımından yol gösterici özelliğine dikkat çekmektedir. **SEROZAN**, Vererblichkeit höchstpersönlicher Rechte- Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Mirasçıya Geçebilirliği, Türk İsviçre Hukuku Haftası 20-21 Mayıs 2004, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.159 vd.

Yargıtay’ın FSEK md.19’u incelediği ve değerlendirdiği bir başka kararı şöyle özetlemek mümkündür: “Davacılar vekili, bestesi ve telif hakları müvekkillerinin murisi Necdet Koyutürk’e ait “Papatya” tangosunun, davalı tarafından üretilen “Ona” yağı reklamlarında izinsiz olarak ve özgün şekli dışında kullanıldığını ve bu reklamların tüm televizyon kanallarında yayınlandığını ileri sürerek...manevi tazminatın davalıda tahsilini talep ve dava etmiştir. Davacılar eser sahibinin FSEK md.19 f.1’de sayılan yakınlarından. FSEK md.16 f.3’de 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 bulunmuştur. FSEK md.19 f.2 ve md.19 f.1’de sayılan kimselerin, eser sahibinin ölümünden sonra, eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kullanabilecekleri öngörüldüğünden, manevi zararın giderilmesini isteme haklarının da bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Dairemizin de uygulanması bu yöndedir.. 11.HD, 03.07.2000, E. 2000/4764, K.2000/6252, BATİDER, C.XX, S.4, 2000, s.265-267.

Yavuz, FSEK md.19 f.2’de sayılan kişilerin md.14, 15 ve 16 .maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevi haklar bakımından manevi tazminat davası açabileceklerini ifade etmekte ve buna gerekçe olarak bu kişilere kanundan doğan bağımsız bir hak tanınmış olmasını göstermektedir. Yazar, FSEK md.19 f.1’de sayılan kişilere ise, bağımsız bir hak tanınmadığından hareketle md.14 f.1 ve 15 f.1’deki hakların ihlalden ötürü manevi tazminat davası açılmayacağını belirtmektedir. **YAVUZ**, Levent, s.68.

kişilik hakkı ihlallerine ilişkin manevi tazminat talebi tartışmalarına paralel bir şekilde ele alınmıştır.

Manevi hak ihlallerinde, manevi tazminat talebinin ölüm sonrası (postmortal) etkisi gerek genel kişilik hakları gerekse eser sahibinin manevi hakları bakımından, yargı kararlarının eşliğinde doktrinde kapsamlı tartışmalara neden olmuştur. Alm. ESHK md 28 f.1’de, eser sahibinin haklarının miras yoluyla intikali düzenlenmiştir. Buna paralel olarak, Alm. ESHK md.30’da eser sahibinin haleflerinin, aksi öngörülmüş olmadıkça, eser sahibine bu Kanun tarafından tanınmış haklara, sahip olduğu düzenlenmiştir. Ölüm sonrası hak ihlallerinde ayıredilmesi gereken bir nokta da, eser sahibinin manevi haklarına tecavüzün, eser sahibinin mirasçılarının kendilerine yönelik manevi menfaat ihlallerinden farklılığıdır¹⁶⁸⁴.

Alman Hukukunda ölüm sonrası kişilik hakkı korumasının ilk kez ele alındığı karar olarak “Mephisto” kararı dikkat çeker¹⁶⁸⁵. Bu kararda tazminat talebi sözkonusu olmamasına rağmen, kişinin yakınlarının tazminat talebinde bulunamayacağı noktasında bir değerlendirme de yapılmıştır. Alman Yüksek Mahkemesi başka bir kararında da¹⁶⁸⁶, yakınların tazminat taleplerini, bu tür taleplerin ölen kişinin yaşamıyla sınırlı olduğundan bahisle, reddetmiştir. Böylece, bu kararlardan hareketle, manevi tazminat talebinin sözkonusu olmadığı ancak tecavüzün kaldırılması davası gibi zararın başka bir şekilde giderilmesine yarayan hukuki çarelerden oluşan bir tablo ortaya çıkmıştır¹⁶⁸⁷. Başka bir mahkeme kararı ise, ölen kişinin resim üzerindeki kişilik hakkının ölüm sonrası korumasına ilişkin olarak getirilmiş on yıllık süreden¹⁶⁸⁸ farklı bir şekilde, ölen kişinin kişiliğinin korunması konusunda, ölen kişinin hatırasının zayıflaması ve kişiliğine olan ilginin azalması şeklinde, son derece göreceli bir ölçütü esas almıştır¹⁶⁸⁹.

Alman hukuk uygulamasında¹⁶⁹⁰, ölen kişinin kişilik haklarını gözetmeye ehil kişilerin, ölen kişinin manevi menfaatlerinin ihlal edilmesi yüzünden parasal tazmin

¹⁶⁸⁴ SCHORK, s.49.

¹⁶⁸⁵ BGH 20.3.1968, BGHZ 50, s.133-Mephisto.

¹⁶⁸⁶ BGH, GRUR 1974, s.797,800- Fiete Schulze.

¹⁶⁸⁷ SCHACK, Persönlichkeitsrecht., s.358.

¹⁶⁸⁸ Bkz. Alm.GFK md.22 f.2.

¹⁶⁸⁹ BGH 8.6.1989, BGHZ 107, s.384,392-Emil Nolde.

¹⁶⁹⁰ Bu konuda dikkat çeken karar, “Fiete-Schulze” kararı olmuştur. Bkz.dn.173.

talebinde bulunamayacağı görüşü uzun bir süre ve istikrarlı bir şekilde varlığını korudu. Ancak bu temel ilke, “Marlene Dietrich” kararıyla bozuldu¹⁶⁹¹. Karar doktrinde, ölen kişinin kişilik haklarının yakınları kanalıyla devam etmesi ve manevi tazminatın caydırıcılık işlevine hizmet etmesi bakımından olumlu karşılandı. Kaldı ki, ölen kişinin kişiliğinin ticari anlamda kötüye kullanılmasının da önlenmesi hakkaniyet bakımından son derece önemli bir noktaydı¹⁶⁹².

¹⁶⁹¹ OLG München, 6.6.1997, ZUM-RD 1997, 449; BGH, NJW 2000, s.2201- der blaue Engel.

Marlene Dietrich’in konu olduğu bir başka davadan ayırıldılması için “Der blaue Engel” adıyla da anılan bu davada, bir fotokopi makinesinin reklam ilanı sözkonusuydu. Reklam ilanı, Marlene Dietrich’in Mavi Melek adlı filmindeki ünlü bar sahnesine dayanıyordu. Oyuncunun bu sahnedeki duruşu, reklam şirketi tarafından yeniden başka bir oyuncuya oynatılarak, reklam ilanlarında kullanılmıştı. Münich Yüksek Mahkemesi, ölen oyuncunun mirasçısının, çıplaklık içeren bu sahnenin reklam ilanında kullanılması nedeniyle tazminat talebinde bulunmasını hukuka uygun buldu. Mirasçı, ölen annesinin ölüm sonrasında da korunması gereken onurunun ağır bir şekilde ihlal edildiğini ve bu nedenle 5000 Euro tutarında tazminat talebi yanında, tecavüzün refi talebinin de hükme bağlanması gerektiğini ileri sürmüştü. Mahkeme, davacının bu talebini uygun bularak, ölen kişinin menfaatlerinin devam ettiğini kabul etmiş oldu. Bu yönüyle korunan menfaatin, daha çok manevi menfaatler olduğunu belirtmek mümkündür.

“Marlene Dietrich” kararının davacısı Maria Riva, 6.5.1992 de Paris’te ölen ünlü oyuncu Marlene Dietrich’in tek çocuğu ve tek mirasçısıydı. Davalıysa, “Marlene” sözcüğünü marka olarak tescil ettirmişti. Öte yandan, davalı şirket, Marlene Dietrich’in hayatı üzerine ilk gösterimi 1993 yılının başlarında Berlin de yapılan bir müzikal hazırlamıştı. Müzikalın, reklamı için Marlene Dietrich’in resmi ve ismini içeren tişörtler, kol saatleri, posta kartları ve armalardan oluşan birçok ürünler (Merchandising-Artikel) yaptırmış ve bunları eserin kamuya sunulduğu tiyatro salonu önünde pazarlamaya başlamıştı. Ardından, otomobil üreticisi Fiat şirketine, yeni geliştirdiği Lancia model otomobillerinin pazarlanmasında Marlene Dietrich’in adının kullanılması konusunda izin de vermişti. Davalı, annesinin ölüm sonrası devam eden kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunarak, tecavüzün refi ve tazminat taleplerinde bulundu. Ancak mahkeme, ölen kişinin para ödenmesi suretiyle denkleştirilmesi gereken bir acıya maruz kalmadığını tespit ederek tazminat talebini reddetti. Kararın, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Alman Yüksek Mahkemesi, 1.12.1999 tarihli kararında, ölen kişinin mirasçısının tazminat talebini, AMK md. 823 f.1 doğrultusunda, haklı gördü. BGH, NJW 2000, 2195 vd.- Marlene Dietrich.

Karar, verilmiş olduğu tarih itibarıyla, doktrinde, Alman Yüksek Mahkemesince mirasçıya verilmiş bir yeni yıl hediyesi olarak da değerlendirildi. Kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Jung, Alexander, Die Vererblichkeit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Gardez! Verlag, Remscheid, 2005, s.17 vd.

Karardan çıkan sonuç, Alman Yüksek Mahkemesinin genel kişilik haklarında manevi ve malvarlıksal menfaatleri birbirinden ayırdetmesidir. Hak sahibinin ölümünden sonra da, kişilik haklarının malvarlıksal yönü, kişilik hakkının manevi kısmı korunduğu müddetçe varlığını korur. Buna uygun olarak hak sahibinin yetkileri mirasçılara geçer. Mirasçılar ölen kişinin açık ve varsayılan arzuları doğrultusunda bu haklardan istifade ederler. **MULLER, T**, Zur Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, Neueste Rechtsprechung des BGH GRUR 2003, s.31 vd.; **SCHRICKER/WILD**, § 9,7 Kn.76.

¹⁶⁹² **SCHRICKER/WILD**, § 97 Kn.76a.

Kişilik hakkına ilişkin ölüm sonrası korumanın ne kadar süreceği de tartışmalı bir konu olmuştur. Bu konuda, ölen kişinin resmi üzerindeki hakkının 10 yıl devam edeceği kuralının genel kişilik haklarına ilişkin ölüm sonrası koruma bakımından kıyasen uygulanabileceği düşüncesinin yanısıra, eser sahibinin haklarının ölüm sonrası koruma süresi olan 70 yılın uygulama alanı bulabileceği düşüncesi de akla gelen olasılıklardan biri olmuştur. Öte yandan ölen kişinin kişiliğinin etkisi, gücü veya hatırası devam ettiği müddetçe, kişilik hakkının korunması gerektiği görüşü de savunulabilmektedir.

Kişinin resmi üzerindeki hakkının ölüm sonrasında ne zamana kadar korunacağı noktasındaki bu tartışma, ölen kişinin isminin korunması bakımından da önemlidir. Her ne kadar, Hamburg Yüksek Mahkemesi, bir kararında, kişinin ölümüyle ismi üzerindeki hakkının sona ereceğine hükmetmiş olsa da, ismin kişilik hakkının bir parçası olmasından hareketle ve kişinin isim aracılığıyla geçmişte, şu

Genel kişilik haklarında malvarlığına ait menfaatlerin ve manevi menfaatlerin ayırılması gerektiği düşüncesi, eser sahibinin manevi hakları bakımından yapılan değerlendirmeleri de etkilemiştir. Bu ikili ayrımın, manevi hak ihlalleri bakımından da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁹³. Eser sahibinin ticari çıkarlarını etkileyen manevi hak ihlalleri olduğu gibi, eser sahibinin duygusal ve ruhsal alanını etkileyen manevi hak ihlallerine de rastlanır. Eser sahibinin ticari çıkarlarını etkileyen manevi hak ihlallerine örnek olarak, dava konusu olmuş şu olaylar gösterilir: Özellikle, mimarlık, grafikerlik ve fotoğrafçılık alanında sıklıkla karşılanan, kaynak gösterilmesinin (Quellenangabe) ihmal edilmesi ve bu nedenle atıf yapılmayan eser ve dolayısıyla eser sahibi bakımından potansiyel müşteri siparişlerinin engellenmesi durumu¹⁶⁹⁴, ortak yazılan bir eserde eser sahiplerinden birinin isminin belirtilmemesi¹⁶⁹⁵, bir çocuk kitabında kullanılan canlandırma karakterleri çizen eser sahibinin isminin belirtilmemesi¹⁶⁹⁶. Dava konusu olan bu olaylarda, sözkonusu talepler bir yandan malvarlıksal etkiye sahipken, diğer taraftan eser sahibinin kişiliğine yönelik etkiler de içermektedir. Buradaki maddi zararların Alm.ESHK md.97 f.1 kapsamında değerlendirilerek maddi tazminata konu olabileceği belirtilmiştir¹⁶⁹⁷.

Eser sahibinin ölümü sonrasında meydana gelen manevi hak ihlallerinden dolayı manevi tazminat talebinde bulunulup bulunulamayacağı sorusuna ilişkin olarak,

anda ve gelecekte bir değer arzetmesi nedeniyle bu kararın geçerliliği şüpheyle karşılanmıştır. Bu nedenden ötürü, Alman Eyalet Mahkemesi, Marlene Dietrich isminin marka olarak tescil edilmesini hukuka aykırı bulmuştur. LG München, ZUM 2000, s.526.

¹⁶⁹³ **SCHRICKER/WILD**, § 97, Kn.76a.

¹⁶⁹⁴ OLG München GRUR 1969, s.146,147.

¹⁶⁹⁵ OLG München NJW-RR 2000, s.1574.

¹⁶⁹⁶ OLG München NJW-RR 2003, s.1627-Pumuckl-Illustrationen.

¹⁶⁹⁷ **SCHRICKER/WILD**, § 97, Kn.77.

Manevi hak ihlallerinin eser sahibinin maddi menfaatini etkileyen manevi hak ihlalleri ile eser sahibinin ruhsal bütünlüğünü etkileyen manevi hak ihlalleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasının, eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelecek manevi hak ihlalleri bakımından etkisi ele alınmamıştır. Eser sahibinin ölümü ile birlikte kişiliği sona erdiğinden, eser sahibinin ruhsal bütünlüğüne yönelik manevi hak ihlalleri bakımından, eser sahibinin mirasçıları herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaklardır. Aynı yaklaşım, eser sahibinin mali menfaatlerini zedeleyen manevi hak ihlalleri bakımından da geçerli olabilecektir. Çünkü, ölmüş bulunan eser sahibinin potansiyel müşteri siparişlerinin engellenmesinden sözedilemez. Bu noktada, mirasçılar ancak kendi malvarlığı menfaatleri zedelenmişse (örneğin kendilerine miras yoluyla intikal etmiş bulunan mali hakların ihlal edilmiş olduğunu ileri sürerek), maddi tazminat davası açabileceklerdir.

doktrinde bir görüş¹⁶⁹⁸, mirasçılarının manevi tazminat talebinde bulunamayacağını savunur. Alm.ESHK md.97 f.2 hükmünün eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen hak ihlallerine uygulanamayacağını savunan bu görüş, genel kişilik haklarındaki ölüm sonrası koruma konusunda uzun bir süre geçerliliğini koruyan içtihadın, eser sahipliği hukukundaki görünüm biçimi olarak değerlendirilebilir¹⁶⁹⁹. Manevi tazminat talebi, eser sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olduğundan, ölümle birlikte bu hak sona erer. Doktrinde karşı görüş ise, eser sahibinin mirasçılarının manevi tazminat talebinde bulunabilme imkanının sağlanması gerektiğini savunur¹⁷⁰⁰. Bu konudaki dayanak noktası, Alm. ESHK md.28'dir. Hüküm, eser sahibinin haklarının miras yoluyla intikal ettiğini düzenlemiştir. Bu noktada yapılan çıkarım, eser sahibinin manevi hakları miras yoluyla intikal ediyorsa, bu haklara ilişkin taleplerin de intikal ettiği kabul edilmelidir. Eser sahibinin mirasçılarının, manevi hak ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açabilme imkanı tanımamak, eser sahibinin manevi haklarına tecavüzde bulunan kişiyi haksız yere aklamak anlamına gelirdi.

C.Kişilik Haklarının İhlali Halinde Manevi Tazminat Davası

Manevi haklar kişilik hakları arasında benzerlikler olmasına rağmen, bu haklar farklı hukuki menfaatleri korumaktadır. FSEK md.70 f.1'e göre manevi tazminat istenebilmesinde eser sahibinin kişilik haklarının ihlal edilmesi bir şart olarak aranmaz. Ancak, manevi haklara tecavüz aynı zamanda kişilik hakları bakımından da bir tecavüz oluşturabilir. Bu durumda, MK md.24 ve BK md.49 hükümleri çerçevesinde kişilik haklarının ihlali nedeniyle ayrıca manevi tazminat istenebilir¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁸ FROMM/NORDEMANN/ HERTIN, § 30, Kn.6; MOHRING/NICOLINI/SPAUTZ, § 30, Kn.4; WANDTKE/BULLINGER/WOLFF, § 97, Kn.76; REHBINDER, Urheberrecht, Kn.451. Ayrıca bkz. Maillol kararı. BGH, ZUM 1995, s.430,433-Maillol.

¹⁶⁹⁹ SCHORK, s.50.

¹⁷⁰⁰ SCHRICKER/SCHRICKER, § 30, Kn.3; SEIFERT, Fedor, Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadenersatz –Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1999, s.1889,1896; HEINIG, Gerrit, Die Wahrnehmung des Urheberpersönlichkeitsrecht durch den Erben – Sondererblast oder Rechtswahrung, ZUM 1999, s.291.

¹⁷⁰¹ EREL, s.305; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.314,315. İcracı sanatçılar bakımından da aynı sonuca varılmıştır. Bkz. ARKAN, s.289.

Yargıtay 11.H.D. 'nin 31.03.1997 tarih ve 1997/1850 no'lu kararında, "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, orjinallerinin bozulacak şekilde eserin tahrif edilerek basılıp dağıtılması sonucunda bilimsel değerinin azaldığı ve davacının bilimsel kariyerinin olumsuz şekilde

Yargıtay da, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarıyla, kişilik haklarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirten kararlar vermiştir¹⁷⁰². Biz de eser sahibinin manevi haklarının, kişilik haklarından farklı olarak, eseri ile arasındaki manevi bağı ifade ettiğini belirtmiştik.

D.Mali Hakların İhlali Halinde Manevi Tazminat Davası

FSEK md.70 f.2 uyarınca, “mali hakları ihlal edilen kişi, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere ilişkin hükümler çerçevesinde tazminat talep edebilir”. Haksız fiil maddi zarara yol açabileceği gibi, manevi zarara da neden olabilir.

Doktrinde mali hakların ihlali halinde manevi tazminat davası açılabileceği kabul edilmektedir. Tekinalp, mali hakların ihlalinin aynı zamanda manevi hak ihlaline de yol açacağını ve bu nedenle manevi tazminat davası açılabileceği sonucuna varmaktadır. Ancak, bu durumun istisnai olduğunu belirtmektedir¹⁷⁰³. Yazar, bu

etkilendiği, soyadının Kaboğlu yerine Kabaoğlu olarak yazıldığı, tüm bu hususların MK'nun 24/4, BK'nun 49 ve FSEK md.14-15-16 maddeleri uyarınca manevi hakların ağır ihlalinin oluşturduğu...” sonucuna varılmıştır. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹⁷⁰² 18.12.1981 tarih, E.1980/1 ve K.1981/2 sayılı YİBK kararı, YKD.C, VII 1981, s.536; 02.04.2003 tarih, E.2003/4-260 ve K.2003/271 sayılı YHGK kararı, (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yargıtay'ın manevi tazminatı konu alan kararlarında kişilik hakkı ile manevi hak arasındaki ayrıma dikkat etmesi ve manevi tazminata kişilik hakkı ihlali mi yoksa manevi hak ihlali mi nedeniyle hükmettiğini açıkça belirtmesi isabetli olur. Bu hususun ihmal edildiği karar için bkz. Yargıtay 4.H.D. 17.11.1998 tarih ve 1998/8994 no'lu karar. Bu kararda Yargıtay, yerel mahkemenin FSEK md.70'i konu olana kararının manevi tazminata ilişkin bölümünü onarken, maddi tazminata ilişkin kısmını bozmuştur. Yargıtay kararında, yerel mahkemenin kararı şu şekilde özetlenmiştir: “Dava, davacıya ait Periler Ülkesi adlı heykele (esere) davalılarca yapılan fiili ve sözlü tecavüzler nedeniyle uğranılan manevi ve maddi zararların tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece tecavüzün varlığı kabul edilerek manevi tazminata karar verilmiş, maddi tazminat talebi ise reddedilmiştir. Somut olayda davacıya ait heykel önceki belediye tarafından telif hakkı verilerek satın alınmış ve parkta halkın gösterisine sunulmuştur. Daha sonra belediye başkanı olan davalı ise eseri ahlaka aykırı bularak, “ben böyle sanatın içine tüküreyim, ahlaksızlığın adını sanat koymuşlar”, şeklinde beyanda bulunarak eseri bulunduğu yerden kaldırmıştır.” (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Manevi hak ihlali sözkonusu olmasına rağmen, kişilik hakkının ihlali gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilen ve bu nedenle bizce isabetli olmayan bir Yargıtay kararında, “davacının projesini üstlendiği inşaatın tanıtım levhasında davacı adı yer almadığı, ihtar üzerine yapılan ekleme ve düzeltilmenin, inşaatın tamamlanmak üzereyken ve mahkemenin tedbir kararı üzerine yapıldığı, FSEK'in 70/1. maddesi uyarınca MK'nun, BK'nun 49.maddeleri gereğince davacının manevi tazminat hakkı doğduğu gerekçesiyle...” ifadelerine yer verilmiştir. Yargıtay 11. H.D. 24.06.1999 tarih ve 1999/5726 no'lu karar, (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹⁷⁰³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.316. Yazara göre, mali hakların ihlali ile çoğunlukla sadece maddi zararın sözkonusu olmakla birlikte, bazı istisnai hallerde mali bir hakkın ihlali manevi bir hakka da dolayısıyla tecavüz oluşturabilecektir. Yazar, bu noktada şu örneği vermektedir: “Heykeltraş (A) ile röportaj yapmaya gelen gazeteci (B)'nin, stüdyodaki –henüz umuma arzedilmemiş bulunan- “Umut” adlı heykelin gizlice fotoğraflarını çekmesi ve bunları 16 sayfalık renkli bir pazar eki olarak gazetesi

sonuca FSEK md.70 f.1'e ilişkin yorumu ile varmaktadır. Manevi hak ihlali ile manevi zarar arasında ayrıca ispatı gerektirmeyen kanuni bir sebep sonuç bağı vardır. O halde, mali hak ihlali manevi hak ihlaline yol açmışsa, ayrıca manevi zarar ispat edilmeksizin, sadece manevi hakkın ihlal edilmiş olması manevi tazminat talebi için yeterli görülecektir.

Kılıçoğlu, mali hakları ihlal edilen kişinin manevi zararının talep edilebilmesi için BK md.49'daki koşulların gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır ki, bu koşullardan biri de manevi zarara uğramış olmasıdır¹⁷⁰⁴. BK md.49 açısından manevi zarar, eser sahibi veya haleflerinin mali hakka ilişkin saldırıdan dolayı acı, elem veya ızdırap duymaları anlamına gelmektedir.

Kanaatimizce, mali hakların ihlali halinde manevi tazminat davasından söz ederken bu dava ile manevi hak ihlalinden kaynaklanan manevi tazminat talebi ve genel kişilik hakkı ihlalinden kaynaklanan manevi tazminat talebi birbirleriyle karıştırılmamalıdır.

Çoğaltma veya yayma hakkı gibi bir mali hak ihlal edildiğinde, aynı zamanda bir manevi hak olan umuma arz yetkisi de ihlal edilmiş demektir. Bu varsayımı, tersinden ifade etmek de mümkündür: Umuma arz yetkisinin ihlal edilmesi durumunda, eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkı da ihlal edilmiş demektir. Aynı şekilde, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin ihlali, işleme hakkının ihlali sayılabilir. Eser sahibi FSEK md.70 çerçevesinde, örneğin çoğaltma ve yayma hakkının ihlal edildiğini gerekçe göstererek maddi tazminat ve umuma arz yetkisinin ihlal edildiğini gerekçe göstererek de manevi tazminat davası açabilecektir. Eser sahibinin buna ek olarak FSEK md.70 çerçevesinde, mali hak

ile dağıtması halinde (A)'nın mali hakları ve aynı zamanda dolayısıyla umuma arzdan doğan manevi hakkı tecavüze uğramıştır".

¹⁷⁰⁴ KILIÇOĞLU, .Fikri Haklar, s.415, 416.

Yazar, BK md.49'da geçen manevi zarara ilişkin açıklamalarda bulunurken, eser sahibi veya haleflerinin acı, elem veya ızdırap duymaları gerekip gerekmediğine ilişkin bir ifade kullanmamaktadır. Yazar, uygulamada çoğu zaman mali hakların ihlali nedeniyle davacının manevi zarara uğradığı konusunda bir kanıt istenmediği, bu ihlal nedeniyle davacının manevi zarara uğradığının bir karine olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, eserin kötü bir şekilde çoğaltılmış, yayılmış olması; eser sahibinin şöhretiyle uyumlu olmayan yerlerde dağıtılmış ya da işlenmiş olması, bir şairin şiirinin tamamen aksi görüşte olduğu bir siyasi partinin tanıtım broşürlerinde yayımlanması; bir eseri kendi eseriymiş gibi çoğaltıp dağıtması; bir eserden alıntı (iktibas) yaptığı eser sahibini ve eserini göstermemesi gibi durumların manevi tazminata konu olacak manevi zarar örnekleri olduğu söylenmektedir. KILIÇOĞLU, Fikri Haklar, s.416.

ihlalinin bir yönüyle manevi hak ihlali ve bu nedenle doğan manevi zarar nedeniyle manevi tazminat talep edebilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, manevi hak ihlalinin de bir yönüyle mali hak ihlali olduğunu ileri sürüp bunda dolayı doğan maddi zarar dolayısıyla maddi tazminat talebinde bulunması kabul görmeyecektir. Dolayısıyla, eser sahibi mali hak ihlali nedeniyle FSEK md.70 f.2'ye dayanarak maddi zararını ve manevi hak ihlali nedeniyle de FSEK md.70 f.1'e dayanarak manevi zararını karşılayacağı için, FSEK md.70 f.1'e bu sefer maddi zararını ve FSEK md.70 f.2'ye de manevi zararını karşılamak üzere tekrar başvuramaz. Aksi takdirde, FSEK md.70 hükmüyle eser sahibi ikişer kez maddi ve manevi tazminat kazanmış olur. Ne hükmün lafzı ne de amacı böyle bir yorum yapılmasına izin vermez.

Ancak, eser sahibinin mali haklarının ihlal edilmesi, manevi haklarını ihlal etmesinin yanında, genel kişilik haklarını da ihlal edecek bir şekilde gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda eser sahibinin, manevi haklarının koruma kapsamı dışında kalan genel kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek BK md.49 aracılığıyla manevi tazminat talebinde bulunması mümkündür. Bir yazarın meydana getirdiği ancak henüz umuma arz etmediği bir eserin önemli bölümlerinin eser sahibinin izni olmaksızın bir gazetede eser sahibinin kişiliğine yönelik ağır eleştiriler eşliğinde yayınlanması durumunda, çoğaltma, yayma hakkı ihlallerinin yanında umuma arz yetkisinin ihlali ve ölçüyü aşan eleştiri dolayısıyla da BK md.49'a dayandırılabilir kişilik hakkı ihlalinden sözedilecektir.

Sonuç olarak, mali hak ihlallerinin beraberinde manevi hak ihlallerini doğurduğunun kabul edilmesi durumunda, “mali hak ihlali halinde manevi tazminat davası” sınırlı bir anlam ifade edecektir. Haksız fiil sadece mali hakkın ihlali sonucunu doğurmuş, bunun yanında manevi hak ihlal edilmiş olmamalıdır. Manevi hak ihlaline yol açmayan, sadece mali hak ihlaline neden olmuş bu haksız fiil nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunmak ise, BK md.49 çerçevesinde eser sahibinin kişiliğini ihlal etmiş olması şartına bağlıdır.

E.Davacı

Herhangi bir manevi hakkı tecavüze uğrayan eser sahibi bu davayı açma hakkına sahiptir. Bağlantılı hak sahiplerinden icracı sanatçılar da, manevi hak ihlali durumunda FSEK md. 70 f.1'e dayanarak manevi tazminat davası açabilirler.

FSEK md.70 f.1'de düzenlenmiş manevi tazminat davasının, eser sahibinin ölümünden sonra, FSEK md.19'da sayılan kişiler tarafından açılıp açılmayacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁷⁰⁵.

Alm.ESHK'da, manevi tazminat talebi 97.maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Eser sahibinin yanısıra, icracı sanatçı, eser korumasına sahip olmayan çalışmaları bilimsel bir çalışma sonucu biraraya getiren yazar¹⁷⁰⁶ ve eser niteliğine sahip olmayan fotoğraf çeken kişi¹⁷⁰⁷ bu maddede düzenlenmiş manevi tazminat davasını açabilecektir.

İş veya hizmet ilişkisi çerçevesinde meydana getirilmiş eserlerde, işçi-eser sahibi (örneğin gölge-yazar) de manevi tazminat davası açabilecektir¹⁷⁰⁸.

Dava açmaya yetkili olan kişiler, kanunda sınırlı sayı ilkesince belirlenmiştir. Böylece diğer kişilerin Alm.ESHK md. 97 f.2'ye dayanarak dava açmaları mümkün değildir¹⁷⁰⁹. Dolayısıyla lisans alanın, bu hükme dayanarak manevi tazminat talebinde bulunması mümkün değildir¹⁷¹⁰.

Manevi tazminat talebi, her türlü manevi menfaatin ihlali halinde başvurulabilecek bir hukuki imkan olarak değerlendirilemeyecektir. Aksine, ancak dava açmaya

¹⁷⁰⁵ Bkz. "7.Eser Sahibinin Ölümünden Sonraki Manevi Hak İhlallerinde Manevi Tazminat Talebi" başlığı altında yapılan açıklamalar

¹⁷⁰⁶ Bkz. Alm.ESHK md. 70-Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben.

¹⁷⁰⁷ Bkz. Alm.ESHK md.72-Lichtbilder. Alman Hukukunda, fotoğraf (lichtbild) ile fotografik eser (lichtbildwerk) farklı hukuki korumaya sahiptir. Başka bir deyişle, her fotoğraf, eser korumasına sahip olmaz. Eser niteliğinde fotoğraf, gerçekliğin çoğaltılmasından daha fazlasını vermelidir. Fotoğrafçının, görsel anlamda düşüncesini veya kişisel ifadesini yansıtmalıdır. Başka bir deyişle, yaratıcı bir unsur taşımalıdır. Bu bağlamda, örneğin bilimsel veya tıbbi amaçla çekilen bir fotoğraf eser niteliğinden yoksundur. Eser niteliği olmayan fotoğrafları çeken kişiye, yine de belli ölçüde manevi hak koruması sağlanmıştır. Bkz. **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 72, Kn.1 vd.

¹⁷⁰⁸ Bu yorum, eser sahibi, onu meydana getirendir ilkesinin doğal sonucudur. Başka bir deyişle, işçi-eser sahibi Alm. ESHK'nın md.7'de düzenlenen yaratma ilkesi (eser, meydana getirene aittir) uyarınca, aktif dava ehliyetine sahiptir. **SCHORK**, s.19.

¹⁷⁰⁹ **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/ZEISBERG**, § 97, Kn.34.

¹⁷¹⁰ Bu doğrultuda, Hamburg Yüksek Mahkemesi, eser sahibinden lisans alan kişinin, Alm.ESHK md.97 f.2'de sayılan kişilerden olmadığından hareketle, bu hükme dayanarak manevi tazminat davası açamayacağı sonucuna varmıştır. OLG Hamburg UFITA 65, 284,287.

yetkili olan kişilerin Kanunca tanınmış haklarının ve menfaatlerinin ihlali halinde, bu hükme dayanmak mümkün olacaktır. Bu bağlamda, Alm.ESHK md.12'de düzenlenmiş eserin umuma arzedilmesi ve eser hakkında bilgilendirme hakkı, 13.maddede düzenlenmiş eser sahibinin adının konulmasını isteme hakkı ve 14.maddedeki eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, dava açmaya yetkili olan kişilerin md.97 f.2 hükmüne dayanarak dava konusu edebilecekleri haklar arasındadır. Bu hükme göre, manevi tazminat davası açamayan ancak, manevi menfaatleri zarara uğramış kişiler, genel kişilik hükümlerine dayanarak dava açabilecektir¹⁷¹¹.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta ancak gerçek kişilerin bu davayı açabileceğidir. O halde, tüzel kişiler eser sahibi olarak kabul edilmiş olsalar da, eser sahibinin manevi haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunabilecek davacı listesinde yer alamayacaklardır. Müşterek eser sahipliğinin sözkonusu olduğu durumlarda ise, her bir müşterek eser sahibi diğerlerinden bağımsız olarak dava açmaya yetkilidir. Manevi tazminat talebi, manevi zarar doğduktan sonra devredilebilir ve mirasa konu olabilir niteliktedir. Eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen (postmortal) manevi hak ihlallerinin ise, bu hüküm kapsamına girip girmediği tartışmalıdır.¹⁷¹²

Öte yandan, doktrinde, eser sahibinin malvarlıksal menfaatleriyle kişisel menfaatlerinin arasında keskin bir ayrım yapmanın zorluğu nedeniyle, eser sahibinin mali haklarının ihlal edilmesi durumlarının, manevi menfaat ihlali sonucunu doğurabileceği ve bu nedenle Alm.ESHK md.97 f.2 hükmünün uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir¹⁷¹³. Bu durumda da, lisans hakkı sahibinin, mali hak sahibinin bu hükme dayanarak manevi tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Çünkü, lisans hakkı sahibi, eserin sahibi olmayıp, sadece eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine sahiptir.

¹⁷¹¹ **LOEWENHEIM/VINCK**, Kn.50. Bu bağlamda, kişilik hakkı koruması AMK md.823 f.1 ve Alman Anayasası md.1 f.2 hükümlerine dayandırılmaktadır. Bkz. **SCHORK**, s.19; **MOHRING/NICOLINI/LUTJE**, § 97, Kn. 242.

¹⁷¹² Eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen manevi hak ihlalleri nedeniyle manevi tazminat davası açılmayacağı görüşünde **MOHRING/NICOLINI/SPAUTZ**, , § 30, Kn.4. Ölüm sonrası manevi hak ihlallerinde manevi tazminat davası açılmayacağı görüşünde, **SCHRICKER/SCHRICKER**, § 30 Kn.4;

¹⁷¹³ **DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/ZEISBERG**, § 97, Kn.35; **SCHRICKER/WILD**, § 97 Rn 79; **MOHRING/NICOLINI/LUTJE**, § 97, Kn.41.

F.Davalı

FSEK md.70 f.1'e göre açılacak manevi tazminat davasında davalı, eser sahibinin FSEK md.14, md.15, md.16 ve md.17'de sayılmış manevi haklarından en azından birisini ihlal eden kişidir¹⁷¹⁴.

Manevi tazminat talebi bakımından, manevi hak ihlalinde bulunan kişinin kusuru olmalıdır. Ayrıca, zarar, hukuka aykırılık ve uygun nedensellik bağı da bulunmalıdır. Başka bir deyişle, haksız fiillere ilişkin dört şartın varlığı FSEK md.70 f.1 bakımından da geçerliliğini korur.

Haksız fiil bakımından uygulama alanı bulacak bir kurum da, BK md.55'de düzenlenen istihdam edenin sorumluluğu olacaktır. İstihdam eden, müstahdemlerinin veya işçilerinin hizmet veya işlerine ait faaliyetlerinin icrası esnasında neden oldukları zarardan dolayı sorumlu olacaklardır. Bu zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zararı da kapsamaktadır. O halde, bir işletmede çalışan kişinin eser sahibinin manevi haklarına ilişkin tecavüzde bulunması durumunda, BK md.55'in şartları gerçekleşmiş ise, işletme sahibine karşı da manevi tazminat davası açılabilecektir.

FSEK'te haksız fiile ilişkin genel hükümler kimi yerde tekrar kaleme alınmış, kimi yerde ise genel hükümlerin tamamlayıcı işlevine güvenilerek tekrardan kaçınılmıştır. FSEK md.66 f.2'de, "tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir" hükmü kaleme alınmışken; tazminat hükmü olan FSEK md.70'e böyle bir

¹⁷¹⁴ Yargıtay 11. H.D.'nin 04.10.1999 tarih ve 1999/7434 no'lu kararında özetle şu ifadeler yer almıştır: "Davacılar, 'Bilgi Kitabı' isimli kitabın yayın hakkı sahibi olduklarını, davalıların bu kitabı FSEK'e aykırı bir şekilde izin olmadan ve kitabın çoğu bölümlerini aynen ve bazı pasajlarında da değişiklik yapmak suretiyle bastıklarını ileri sürmüşlerdir. Davacıların, 'Bilgi Kitabı'adlı eserin sahipleri olduğu, davalı Honaylı Matbaacılık Ltd.Şti'nin eser sahibinin ve yayımlatanın kimliğini araştırmadan bastığı, davalı El Tasarım Ltd.Şti'nin ise kitabın iç kapağında "ofset hazırlık işlerini" yapan olarak gözüktüğü, bu davalıların davacılar a ait kitabı izinsiz olarak bastıkları, kitapta 'eseri işleyen' olarak gösterilen Ayşenur isimli şahsın davalı Ayşenur Arman olduğunun kanıtlanamadığı, diğer davalı Ahmet'in de kitabın izinsiz basımına iştirakinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle 300.000.000 lira manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılar Honaylı Matbaacılık Ltd.Şti. ile El Tasarım Yayıncılık Baskı Hizmetleri Ltd. Şti'den mütessesilen alınıp davacılar a verilmesine, kitabın bu davalılarca basım, yayın ve dağıtılması eylemlerinin önlenmesine, karar kesinleştiğinde hüküm özetinin ilanına ilişkin verilen karar yerindedir." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

ifade konulmamıştır. Bu durumda, BK md.41 ve BK md.55 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı açıktır¹⁷¹⁵.

G. Zamanaşımı

Manevi hak ihlali, haksız fiil oluşturacağından zamanaşımı konusunda BK md.60 uygulama alanı bulacaktır¹⁷¹⁶.

H.Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görev bakımından diğer davalar bakımından yapılan açıklamalar bu dava bakımından da geçerliliğini korur. Yetkili mahkeme bakımından, tecavüzün kaldırılması ve önlenmesi davalarından farklı olarak FSEK md.66 f.5'in uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmelidir.

VII.MADDİ TAZMİNAT DAVASI

A.Genel Olarak

Hukukça korunan herhangi bir menfaatin ihlal edilmesi durumunda doğan malvarlığı zararının hesaplanması ve giderimine ilişkin kural olarak genel hükümler (Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri) uygulama alanı bulur.

Eser sahibinin manevi hak ihlallerinin yol açtığı maddi zararların giderilmesine ilişkin olarak FSEK'te herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuda, genel hükümler

¹⁷¹⁵ Bu noktada, Tekinalp, FSEK md.66 f.2'nin FSEK md.70 bakımından da kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir. Sonuç bakımından bir değişiklik olmasa da, kanaatimizce burada BK hükümlerinin ve dolayısıyla BK md.41 ve md.55'in doğrudan uygulama alanı bulacaktır. İcracı sanatçıların açacakları manevi tazminat bakımından aynı görüşte bkz. **ARKAN**, s.292.

¹⁷¹⁶ Yargıtay 11. HD.'nin 09.10.2000 tarih ve 2000/7566 numaralı kararından: “ Bir eserden çoğaltma yolu ile yararlanma hakkı sadece ve münhasıran eser sahibine ait olduğu gibi FSEK md.15 uyarınca eser sahibi olarak tanıtılma hakkı da eser sahibinin vazgeçemeyeceği manevi haklarından 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 md.71 ve 72'inci maddelerde yazılı suçları oluşturduğu ve haksız eylem sürdükçe ve haksız eyleme konu ürünler piyasada buldukça zamanaşımı işlemeyeceği anlaşıldığından..” Bkz. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan mali hak ihlallerinden doğan malvarlığı zararlarına ilişkin olarak da FSEK md.70 f.2 uyarınca yine genel hükümler devreye girer. Ancak, mali hak ihlalleri ile ilgili olarak FSEK'te düzenlenen özel hükümler de gözönünde tutulmalıdır. Bu noktada, FSEK md.68 hükmü dikkat çeker. Bu hüküm, her ne kadar tecavüzün kaldırılması davasına ilişkin olarak mali haklara tecavüzü esas alarak düzenlenmiş olsa da, sunduğu imkanlardan ötürü mali hak ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında sıklıkla başvurulmuş hüküm olmaktadır. Başka bir deyişle, eser sahibinin mali haklarını kusuruyla ihlal eden kişiye karşı açılan tazminat davaları, FSEK md.68 ve md.70 hükümlerine dayandırılmaktadır.

Mali hak ihlali nedeniyle açılan davalarda, davalının maruz kaldığı yaptırımların manevi hak ihlalden kaynaklanan maddi zararın giderimine yönelik maddi tazminat davaları bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusuna yanıt vermek için mali hak ihlali nedeniyle davalının maruz kalacağı yaptırımlar gözönünde bulundurmak yararlı olur. Kaldı ki karşılaştırmalı hukuk bakımından bir değerlendirme yapılırsa, Alman Hukukunda eser sahibinin haklarının ihlalden doğan malvarlığı zararları için, monist görüşün bir sonucu olarak, mali hak ihlali ile manevi hak ihlali arasında bir ayrım yapılmaz. Başka bir deyişle, eser sahibinin haklarının ihlalden kaynaklanan malvarlığı zararları ve bu zararların hesaplanması tarzına ilişkin açıklamalar, manevi hak ihlalleri bakımından da bir anlam taşır.

B.Maddi Zararın Hesaplanması

1.Genel Olarak

Maddi zarar, fiili zarar (damnum emergens) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yoksun kalınan kâr (lucrum cessans) şeklinde de ortaya çıkabilir. Fiili zarar ve yoksun kalınan kârın birlikte ortaya çıktığı durumlar da olabilir. Bu bağlamda maddi zararın giderimi, fiili zararın ve/veya yoksun kalınan kârın giderimi anlamını taşıyacaktır.

Maddi zararın giderimi konusunda akla gelebilecek ve tartışılabilir iki kavram da, lisans kıyaslaması ve elde edilen kazancın verilmesidir.

Alman Hukukunda eser sahibinin haklarının ihlal edilmesinden doğan malvarlığı zararlarının hesaplanmasında mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş üç yol izlenmektedir: 1.Fiili zarar (konkreter Schaden) ve yoksun kalınan kazanç (entgangener Gewinn),¹⁷¹⁷ 2. Lisans kıyaslaması, 3. Hakkı ihlal edenin elde ettiği kazancın iadesi¹⁷¹⁸. Hukuk politikası açısından bu taleplerin gerekçesi olarak, eser sahibinin haklarını da kapsayan gayrimaddi malların (immateriellgüter) kolaylıkla ihlal edilebilir nitelikte oluşları ve bu nedenle özel bir korumaya ihtiyaç duydukları gösterilmiştir¹⁷¹⁹. Hakkı ihlal edilen kişi, hangi hesaplama türünün kullanılacağı konusunda bir seçim hakkına sahiptir. Bu seçim, dava esnasında yapılabileceği gibi, davadan sonra da ifa edilene kadar yapılabilecektir¹⁷²⁰.

2.Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kâr

Tazminatın ilk ve asıl amacı olan eski hale iade (naturalrestitution); yani zarar verilmeden önceki durumun tekrar meydana getirilmesi mümkün değilse, parasal tazmin yoluyla, sözkonusu ihlal olmasaydı hakkı ihlal edilenin içinde bulunacağı konumun temini sağlanacaktır. Bunun için “fark teorisi” denilen ve mağdurun hukuka aykırı fiil gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı varsayımsal durum ile fiil sebebiyle içinde bulunduğu durumun karşılaştırılarak, ikisi arasındaki değer farkını zarar sayan bir teori uygulanır. Kullanılacak fark teorisinin (Differenztheorie) olumlu yanı, ihlalle uygun illiyet bağı içinde olan tüm kayıpların dikkate alınmasını sağlamasıdır. Buna karşın, teorinin olumsuz tarafı olarak ihlal olmasaydı kaybedilmeyecek menfaatlerin tesbit edilmesinin zorluğu gösterilmektedir¹⁷²¹. Öte yandan, gayrimaddi malların ihlalinde çoğunlukla ispat edilecek olumlu zarar (positiver Schaden) olmadığından zararın tesbitinde

¹⁷¹⁷ LENDVAI, s.68. Ayrıca bkz. AMK md.249 vd. hükümleri.

¹⁷¹⁸ Bu üç çeşit, tazminat hesaplama metodunun tarihi kökeni, 8 Temmuz 1895 tarihli Ariston kararına kadar uzanır. RGZ 35, s.67 vd.. İmparatorluk Mahkemesinin tazminatın hesaplanmasında izlediği bu içtihat, daha sonra Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından, Paul Dahlke kararıyla birlikte, müstakar içtihat olarak devralınmıştır. BGHZ 20, s.353.

¹⁷¹⁹ PREU, Albert, Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979, s.755.

¹⁷²⁰ KRAßER, Rudolf, Schadenersatz für Verletzung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR 1980, s.265. Gayrimaddi mal ihlallerinde, doğan zararı ispatlamak zor olduğundan, zarar gören zararın Alm.HUMK md.287 uyarınca hakim tarafından tesbit edilmesini isteyebilir. Zarar gören, bu imkanı her üç durumda da kullanabilir.

¹⁷²¹ MATSUKAWA, Minoru, Schadenersatz im Urheberrecht, Baden-Baden 1993, s.34.

kaybedilen kazançlara odaklanıldığı vurgulanmaktadır¹⁷²². Bu noktada, şu zorluklarla da karşılaşılabilir: İlk olarak, zarar verenin elde ettiği kazançların, zarar gören tarafından da kazanılabileceğinden hareket etmek kolay değildir¹⁷²³. İkinci olarak, hakkı ihlal edilenin malvarlığında farkın tesbit edilemeyeceği durumlar olabilir. Kaybedilen kazanç kavramı, hak sahibinin hakkı bizzat kullanmış olsaydı varsayımına ya da koşuluna dayanmaktadır. Ancak, her zaman için hak sahibinin hakkını kullanacağından bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Ayrıca, hakkı ihlal edilen kişinin hak ihlali neticesinde malvarlığının arttığına dahi tanık olunabilir¹⁷²⁴.

3.Lisans Kıyaslaması

Tazminatın hesaplanması yollarından lisans kıyaslamasının¹⁷²⁵ olumlu tarafı olarak, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatına gerek bırakmaması görülür. Hak ihlalinin ispatı yeterlidir. En basit zarar hesaplama türü olarak nitelendirilmesine rağmen, lisans kıyaslaması, mahkemeler tarafından düşük parasal giderimlere hükmedilen kararlarda kullanılmıştır¹⁷²⁶.

Alman Hukuku bakımından lisans kıyaslamasının kanuni bir dayanağı yoktur. Zarar hesaplama türü olarak lisans kıyaslaması, mahkemelerce hakkaniyet düşüncesiyle örf

¹⁷²² MATSUKAWA, s.35.

¹⁷²³ KRAßER, s.262.

¹⁷²⁴ İmparatorluk Mahkemesinin Ariston kararına konu olan olayda, eser sahibinin melodileri, izni olmadan müzik otomati üreticisine kullanılmıştı. Melodiler, bu ticari düşünce ve kanalla ünlenmiş ve ardından eser sahibi bu ün sayesinde önemli bir gelir elde etmişti. Bu olayda bir fark zararı olmadığından, mahkeme, tazminat talep edebilmek için somut zararın tek bir olasılık olmadığına hükmetmişti. RGZ 35, s.67.

¹⁷²⁵ Lisans kıyaslamasını belirtmek için kullanılan kavramlarda bir çeşitlilik dikkat çekmektedir. Bu konuda, tazminat lisansı kavramı da kullanılabilir. Öte yandan, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin “Kunststoffhohlprofil II” (BGHZ 82, 299) kararından itibaren tasarruf lisansı (ersparnislizenz) kavramını kullanmayı bıraktığı da ifade edilmelidir.

Zararın hesaplanması yöntemi olarak, bu işlevi çağrıştıran “hesaplama lisansı” kavramı da bir başka alternatiftir. **SCHRICKER/WILD** § 97, Kn.60. Öyle ki, lisans hakkı olmadan eserden faydalanan kişi, olağan ve ölçülü lisans bedelini hesaba katmış olmalı ve üstlenmelidir. BGHZ 17, s.376-Betriebsfeiern; BGH GRUR 1966, s.570- Eisrevue III; BGH GRUR 1962, s.401-Kreuzbodenventilsäcke III; BGHZ 44, s.372-Messmer Tee II; BGH GRUR 1975, s.323- Geflügelte Melodien; BGHZ 81, s.75-Carrera.

Lisanssız bir şekilde eserden faydalanan ve ardından bunun tesbiti ve hukuki prosedürün başlaması üzerine varsayımsal bir lisans sözleşmesine karşı çıkması, venire contra factum proprium yasağının uygulanmasıyla aklı getirebilecektir. **ULMER** § 131 II 2. Ulmer, eser sahibinin haklarına hukuka aykırı müdahalede bulunan kişinin, eser sahibinin talep etmesi durumunda lisans sözleşmesi koşullarının uygulanmasını kabullenmek zorunda olduğuna, buradaki tazminat talebinin içeriğinin hakkaniyet düşüncesi eşliğinde belirleneceğine ve bunun çelişkili davranış yasağına olan benzerliğine dikkat çekmiştir.

¹⁷²⁶ **PREU**, s.758.

ve adet kuralı haline getirilmiştir. Lisans kıyaslamasının temelinde yatan düşünce, hiç kimsenin haksız müdahaleyle, sözleşmeye dayalı lisans hakkı kazanmış herhangi bir kimseden -lisans alandan- daha iyi bir konuma sahip olmaması gerektiği düşüncesidir. Bu doğrultuda, lisans kıyaslamasına dayalı hesaplama, taraflar arasında olduğu varsayılan bir lisans sözleşmesi kurgusuna dayanır. Tarafların; gerek hakkı ihlal edenin, gerekse hakkı ihlal edilmiş olan eser sahibinin gerçekte bir lisans sözleşmesi yapıp yapmayacakları noktasındaki iradeleri önemli değildir¹⁷²⁷.

Tazminat olarak lisans bedelinin belirlenmesi, doktrinde tartışmalara yol açmıştır¹⁷²⁸. Mahkeme kararlarında, makul düzeyde hareket eden kişi kurgusundan hareket edilmekte ve buna uygun olarak sözleşme taraflarının kararlaştıracakları lisans bedeli dikkate alınmaktadır. Eleştiri noktalarından biri, varsayıma dayalı lisans sözleşmesinin kurulma zamanının belirlenmesidir. Mahkeme kararları bu noktada ihlalin başladığı zamanı, lisans sözleşmesinin inikad anı olarak kabul etmektedir. İhlalin başladığı anın sözleşmenin kurulduğu an olarak tayiniyle birlikte, bu andan itibaren ortaya çıkan teknolojik ve ekonomik gelişmelerin rizikosu böylelikle ihlal edilene yüklenmiş olmaktadır¹⁷²⁹. Federal Mahkemenin gelişen içtihatları sonucunda, hakkı ihlal eden bakımından kesin (maktu, götürü) bir bedel ödetilmesi yerine, ünün kötüye kullanılması, imaja zarar verme veya ihlal edenin elde ettiği diğer faydalar gibi bedeli yükselten unsurların da dikkate alınmasıyla belirlenen bedel ödetilmeye başlanmıştır¹⁷³⁰.

Lisans bedelinin belirlenmesi aşamasında dikkate alınan temel ilke, eser sahibinin hakkını ihlal eden sözleşmeyle lisans alan kişiye kıyasen ne daha elverişli ne de daha olumsuz bir konuma yerleştirmemektir. Bu bakımdan, hak ihlalinde bulunan kişinin, baştan itibaren hukuka uygun bir şekilde lisans alan kişiyle eşit muamaleye tabi tutulması amaçlanmaktadır. Bu düşünceye ilk bakışta itiraz edilebilirse de; sözkonusu görüş Özel Hukuktaki yaptırımların Ceza Hukukuna özgü özellikler

¹⁷²⁷ LENDVAI, s.70.

¹⁷²⁸ Lisans bedelinin hesaplanmasına ilişkin eleştiriler için bkz. PREU, s.759 vd.; PIETZCKER, Rolf, Schadenersatz durch Lizenzberechnung, GRUR 1975, s.55 vd.

¹⁷²⁹ Doktrinde gerek Preu, gerekse Pietzcker, hakkı ihlal edilenin varsayıma dayalı lisans sözleşmesinin kurulma anını belirleme konusunda bir seçim hakkına sahip olması gerektiğini savunmaktadırlar. Yazarlara göre, hakkı ihlal edilen, sözleşmenin kurulma anı olarak mahkemenin karar verdiği veya ihlalin vuku bulduğu zaman arasında bir seçim hakkına sahi olmalıdır. Bkz. PREU, s.759 vd.; PIETZCKER, s.55 vd.

¹⁷³⁰ SCHRICKER/WILD, § 97, Kn.71.

taşınamaması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır¹⁷³¹. Ancak, bu yaklaşım doktrinde sıklıkla eleştirilmiştir¹⁷³². Mahkeme kararlarında tazminatın Ceza Hukukuna ilişkin karakter taşınamaması yönündeki yaklaşımın aşıldığı tek örnek, Meslek Birliği GEMA'nın izinsiz eser kullananlardan çifte lisans bedeli talep etmesi durumu olmuştur. GEMA, eser sahibi üyelerinin eserlerini izinsiz kullananlardan çifte tarife bedeli talep etmektedir. Buna gerekçe olarak hak ihlallerini izleme organizasyonunun ve denetim işlerinin masraflarının karşılanması gösterilmektedir¹⁷³³. Ancak, diğer hak sahipleri GEMA'nın gerekçelendirdiği şekilde ve türde bir lisans bedeli elde edememişlerdir¹⁷³⁴. Burada kastedilen, bireysel olarak hak takibinde, çifte tarife bedeli gibi bir iddianın ileri sürülmesinin zor olmasıdır. Bu bakımdan, GEMA dışındaki meslek birliklerinin de, pekala bu tür bir talepte bulunmalarının mümkün olacağı doktrinde ifade edilmektedir¹⁷³⁵. GEMA'nın talep ettiği çifte lisans bedelinin gerekçelerinden biri de, hakkı ihlal edenlerden denetim masraflarının talep edilmemesi durumunda, bu masrafların bir yerden çıkarılması gerektiği; bu takdirde normal tarifelerde artırıma giderek yasaya sadık eser kullanıcısının zarara uğrama tehlikesidir¹⁷³⁶. GEMA'nın, eser sahibinin haklarının ihlali neticesinde zarara karşılık olarak talep ettiği çifte lisans bedelinin; bir anlamda ek tazminatın, diğer hukuk alanlarında örneğin en basitinden Eşya Hukuku alanında uygulama alanı bulamamasına gerekçe olarak, müzik eserleri üzerindeki hakların son derece kolay ihlal edilmesi ve buna karşılık ihlallerin takibinde ve tesbitinde yaşanan güçlükler gösterilmektedir¹⁷³⁷. Aynı derecede hak ihlali kolaylığı bakımından, bir başka örnek olarak ses taşıyıcısı üreticilerinin hakları gösterilmektedir¹⁷³⁸. Çifte lisans bedelini gerekçelendirmede, ihlaldeki aşırı kolaylık ve tesbitteki eşdeğer güçlük ölçütleri eser sahibinin haklarını ilgilendiren diğer alanlarda, örneğin sahneleme hakkının

¹⁷³¹ **LENDVAI**, s.70. Aynı yaklaşım, manevi tazminat bakımından da kullanılmaktadır. Alm.ESHK'da cezai işlev –pönal funktion- taşıyan hükümlere, bildirim ve benzeri yükümlülükleri uyulmaması noktasında rastlanmaktadır. Bu konuda, Alm.ESHK md.54 (f) f.3, md. 54 (g) f.3 hükümleri sayılabilir. Benzer düzenlemeye Avs.ESHK md.87 f.3'de de rastlanmaktadır. İsviçre Hukukunda ise cezalandırma işlevi içeren hükümler mevcut hukuk bakımından –de lege lata- reddedilmiştir.

¹⁷³² **KRAßER**, s.266, **PREU**, s.759, **PIETZCKER**, s.56.

¹⁷³³ BGHZ 17, 383; **SCHRICKER/WILD** § 97, Kn.64.

¹⁷³⁴ BGH GRUR 1966, 570/572-Eisrevue III.

¹⁷³⁵ **SCHRICKER/WILD** § 97, Kn.64.

¹⁷³⁶ BGHZ 59, s.292.

¹⁷³⁷ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.692. Self servis hizmet veren bir dükkandaki hırsızlıktan sonra, dükkanda yapılan işleme masraflarının talep edilemeyeceğine hükmedilmiştir. BGHZ 75, s.233.

¹⁷³⁸ **DIERKES**, s.71. Ashında, teknolojinin getirdiği kopyalama kolaylıkları sayesinde, sadece müzik değil film gibi diğer sektörler bakımından da aynı gerekçeler ileri sürülebilir.

ihlalinde¹⁷³⁹ veya ses taşıyıcılarının çoğaltılması¹⁷⁴⁰ olaylarında kullanılamamış, çifte lisans bedelinin cezai işlevine vurgu yapılarak hak sahipleri taleplerinde başarıya ulaşamamışlardır. Çifte lisans bedelini, belli eser kategorileri ile sınırlamaktansa, genel haksız fiil ilkelerine başvurmak suretiyle uygulama alanını genişletmek çabasında bulunmak mümkündür. Hakkaniyet düşüncesi eşliğinde normatif zarar kavramı, bu noktada bir çıkış ve çözüm noktası olabilir¹⁷⁴¹.

Lisans kıyaslaması, zararın hesaplanması türlerinden biridir. Eser sahibinin haklarını izinsiz bir şekilde kullanan kişi, mahkemece eser sahibi ile kendisi arasında kurulduğu varsayılan lisans sözleşmesini, zorunlu lisans sözleşmesi olarak değerlendiremeyeceği gibi, varsayıma dayalı lisans sözleşmesini tazminata mahkum olduktan sonra başkalarıyla lisans sözleşmesi kurma yetkisi tanıyan bir sözleşme olarak da yorumlayamaz¹⁷⁴². Bu sadece zararın hesaplanmasında kullanılan bir varsayımdır.

Hakkı ihlal eden, eserden yararlanması karşılığında bir kazanç elde etmediğini ileri sürerek, lisans kıyaslamasına itiraz edemez¹⁷⁴³. Her durumda, olağan lisans bedelini tamamiyle ödemek durumundadır. Eserden yararlanamama konusundaki rizikoyu, hakkı ihlal eden taşıyacaktır¹⁷⁴⁴. Eserden yararlanma eylemi, yasaca yasaklanmışsa bu takdirde, lisans kıyaslamasına gidilemeyecektir¹⁷⁴⁵. Eğer ilgili sektörde, sektöre özgü, alışlagelmiş bir lisans bedeli tesbit edilemiyorsa, bu takdirde de lisans kıyaslamasına başvurulamayacağı belirtilmektedir¹⁷⁴⁶.

Doktrinde, varsayımsal karakteri nedeniyle lisans kıyaslamasına karşı çıkıp, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekliliğini dogmatik açıdan daha doğru

¹⁷³⁹ BGH GRUR 1966, s.572-Eisrevue III.

¹⁷⁴⁰ BGHZ 97, s.50-Filmmusik.

¹⁷⁴¹ SCHACK, Urheberrecht, Kn.693.

¹⁷⁴² SCHRICKER/WILD, § 97, Kn.60.

¹⁷⁴³ BGH ZUM 1990, s.574-Lizenzanalogie; BverfG NJW 2003, s.1656.

¹⁷⁴⁴ Bu durum, bir dükkan kiracısının, gelir elde edememesine rağmen, kira ödeme zorunluluğuna benzetilerek açıklanmaya çalışılır. SCHACK, Urheberrecht, Kn.690.

Bir mahkeme kararında, hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılmış eser nüshalarının –korsan kopyaların- idarece müsadere edilmesine rağmen, çoğaltma ve yayma haklarına ilişkin olarak ihlalde bulunandan tam lisans bedeli alınmasına hükmedilmiştir. BGH GRUR 1990, s.355.

Başka bir mahkeme kararında, hukuka aykırı olarak üretilen tüm kopyalara ilişkin olarak değil, sadece satılmış olan kopyalara ilişkin olarak lisans bedeli ödenmesine hükmedilmiştir. OLG Hamburg ZUM 1995, s.432.

¹⁷⁴⁵ OLG Hamburg GRUR 1984, s.663- Video Intim.

¹⁷⁴⁶ SCHACK, Urheberrecht, Kn.690.

bulan görüş de mevcuttur¹⁷⁴⁷. Oysa sebepsiz zenginleşme bir zararın tazmini için uygulanabilecek hesap yöntemi değildir. Zira, sebepsiz zenginleşme talebi belirlenirken davacının zararı ne olursa olsun, talep davalının gerçek zenginleşmesi ile sınırlıdır (BK m.61 vd.).

Lisans kıyaslaması sadece fikri hak ihlallerinden doğan zararın hesaplanmasında kullanılmamış, malvarlığı değeri taşıyan kişilik değerlerinin ihlali durumunda doğan zararın hesaplanmasında da önerilen bir çözüm olmuştur. Kişilik hakları bakımından lisans kıyaslaması, kişilik değerlerinin hak sahibinin izni olmadan ekonomik bir çıkar elde etmek amacıyla kullanılmasında uygulama alanı bulmaktadır¹⁷⁴⁸.

Kişilik haklarının ihlalinde, hükmedilecek tazminatın belirlenmesi her zaman kolay olmayacaktır. Aynı zorluk, gayrimaddi mallara ilişkin hakların (immaterialgüterrechten) ihlalden doğan zararlara karşılık hükmedilecek tazminatın belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Patent, faydalı model ve eser sahibinin hakları gibi gayrimaddi mallara ilişkin hakların ihlal edilmesinden doğan zararın giderimine yönelik davalarda, tazminatın belirlenmesindeki zorluk, failin hak ihlali neticesinde elde ettiği gelirin hakkı ihlal edilen kişiye verilmesi ile aşılmaya çalışılmış, bunun yanı sıra birçok mahkeme kararlarında¹⁷⁴⁹ lisans kıyaslamasına

¹⁷⁴⁷ **SACK**, Rolf, Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts , FS. Hubmann, 1985, s.388 vd.

¹⁷⁴⁸ **HORT**, Andreas, der Finanzielle Ausgleich bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts in Deutschland und in der Schweiz, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2003, s.61.

¹⁷⁴⁹ Lisans kıyaslamasının eser sahibinin haklarına ilişkin uygulama bakımından ilk örnekleri için bkz. RGZ 35, s.63, 71 Urt. v.8.6.1895; RG GRUR 1934, s.627,630; Urt. v.16.7.1934. Patent bakımından bkz. RGZ 43, s.56,59, Urt. v.31.12.1898. Faydalı model bakımından bkz. RGZ 50, s.111, 115 Urt. v. 11.1.1902.

Alman Federal Mahkemesi, lisans kıyaslamasını, daha sonraki kararlarında Marka Hukukuna ve kısmen de Kişilik Hukukuna ilişkin davalarda da uyguladı. Lisans kıyaslamasının Marka Hukukuna ilişkin en eski örnekleri içinbkz. BGHZ 34, s.320,323 Urt. V.24.2.1961; BGHZ 44, s.372, 374, Urt. v. 12.1.1966.

Lisans kıyaslamasının kişilik hakları bakımından uygulama alanı bulduğu ilk dönem kararlar için bkz. BGHZ 20, s.345 vd. Urt. v. 8.5.1956; BGH GRUR 1961, s.138,140, Urt. v. 12.1.1966.

Bu konuda ilk gelişme, 1956 tarihli Paul Dahlke davasında yaşanmıştır. Dava konusu olay, ünlü bir oyuncunun resminin bir motorsiklet reklamında izinsiz kullanılmasıydı. Kararda, bir bedel karşılığında kullanımına izin verilen hakların ihlalinde, normal koşullarda sözleşme yapılmış olsaydı istenecek kullanım bedelinin, tazminat miktarını belirleyeceğine hükmedilmiştir. Kararda, kişinin resmi üzerindeki hakkın mali değeri olan bir münhasır hak olduğu belirtilmiş ve resim üzerindeki hak sahibinin istemiş olsaydı resmini bir ürün reklamında kullanabileceği vurgulanmıştır. BGHZ 20, s.353.

Mahkemenin kullanmış olduğu ölçüt, ihlal konusu eylemin normal şartlarda bir bedel karşılığı müsaade edilen bir eylem olmasına ilişkindi. Ancak kararda, açıkça, resim ve isim gibi kişiliği oluşturan belli unsurları, mali değeri olan bir kişilik hakları olarak sınıflandırmaktan kaçınılmıştır. Kararda, varsayımsal lisans ücretine hükmedildi. Bu kapsamda, eser sahibinin hak ihlallerindeki

başvurulmuştur¹⁷⁵⁰. Bu yöntem sayesinde, zarar gören (fikri) hak sahibi, zarar verenin hakkı ihlal ederek elde ettiği kazancını, varsayımsal lisans ücreti adı altında tazminat talebine konu ederek, uğradığı zararı ispat etme güçlüğünden kurtulmuş olmaktadır.

Alman Hukukunda gayrimaddi malların ihlalinden doğan davalarda kullanılan lisans kıyaslaması, İsviçre Hukukunda aynı ölçüde olumlu karşılanmamıştır. Öyle ki, bir mahkeme kararında, tazminatın saptanmasında varsayıma dayalı lisans sözleşmesi uygulaması cezalandırma amacı taşımadığından hareketle reddedilmiştir¹⁷⁵¹.

4.Kazancın Geri Verilmesi

Alman Hukukunda eser sahibinin haklarının ihlal edilmesiyle meydana gelen zararın hesaplanmasında başvurulabilecek imkanlardan biri de, temeli Ariston kararına kadar uzanan, eser sahibinin hakkını ihlal eden kişinin bu ihlalle elde ettiği kazanca bakılmasıdır. Kazancın geri verilmesi, lisans kıyaslamasının aksine, Alm.ESHK md.97 f.1 c.2’de düzenlenerek kanuni bir temele kavuşmuştur. Kanunda, tazminatın yerine kazancın geri verilmesi talebinde bulunulabileceği ifadesi geçmesine rağmen, kazancın geri verilmesi eser sahibinin haklarının ihlalinde tazminatın hesaplanması türü olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁵².

Hakkı ihlal edilen kişi, tazminat olarak ihlal edenin bu ihlal neticesinde elde ettiği; ihlalle uygun illiyet bağı olan kazançların kendisine verilmesini isteyebilecektir. Kazancın geri verilmesinde, hakkı ihlal edilen kişinin, hakkı kendisi kullanmış olsaydı bu kadar kazanç elde edip edemeyeceği bir rol oynamaz. Buna karşın, haktan

sebepsiz zenginleşme sorumluluğuna (bereicherungshaftung) paralel bir sonuca vardı. BGHZ 20, s.354.

Mahkeme, somut olaydaki, sebepsiz zenginleşme olgusunu, resim sahibinin resminden bir gelir elde edebilecekken, failin mağdurun resmini izinsiz kullanmasıyla ödemesi gerekli masraflardan kaçınarak zenginleştiği şeklinde bir çıkarım yaparak açıklamıştır. Bkz. **HORT**, s.62.

¹⁷⁵⁰ **HORT**, s.60.

¹⁷⁵¹ **HORT**, s.168.

¹⁷⁵² **V.GAMM**, Kn.35; **FROMM/NORDEMANN**, Kn.41; **ULMER**, § 131 II 3; **BEUTHIEN**, Volker/**WASMANN**, Dirk, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz- Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung, GRUR 1997, s.259. 1959 tarihli bir mahkeme kararında, eser sahibinin haklarına ilişkin olarak ileri sürülen kazancın geri verilmesi talebinin AMK md.687 ve 667 hükümlerinin doğrudan uygulaması olmadığı, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği, örf ve adet hukukuna dayalı özel bir tazminatın hesaplanması türünün sözkonusu olduğu belirtilmiştir.BGH 30.1.1959 GRUR 1959, s.383- Gasparone.

izinsiz şekilde yararlanan kişinin haktan yararlanırken yaptığı masraflar ve harcamalar, kazancın geri verilmesinde hesaptan düşülür. İade edilecek kazanç, masraflar çıktıktan sonra geriye kalan kazançtır¹⁷⁵³.

Kazancın geri verilmesi talebinin yapı eserleri bakımından, edebi eslere nazaran kısıtlı bir uygulama alanı bulacağı söylenmektedir¹⁷⁵⁴.

Eserin bir kısmı kullanılmışsa, bu durumda sadece bu kısmın kullanılmasıyla elde edilen kazancın devri talep edilecektir¹⁷⁵⁵. Bu hesaplama metodunun olumlu yanı olarak, somut zararların hesabında karşımıza çıkan varsayımsal kazancın –kaçırılan menfaatlerin- yerine gerçekleşmiş, somut kazancın dikkate alınması gösterilmektedir¹⁷⁵⁶.

Kazancın geri verilmesi talebinde bulunabilmek için eser sahibinin haklarının hafif ihmal neticesinde dahi ihlal edilmesi yeterlidir¹⁷⁵⁷. Bu Türk Hukukunda başkasının hukuk alanına tecavüz sayesinde elde edilen çıkarların mağdura verilmesini düzenleyen kurum olan “gerçek olmayan vekaletsiz işgörme”de (BK m.414) kasıt aranmasına bir istisna olarak düşünülebilir.

Alman Hukukunda, maddi zararın hesaplanması yöntemlerinden biri olarak da görülen kazancın devri talebi, FSEK uygulamasında daha çok gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle, eser sahibinin izni olmadan eser üzerinde elde edilen kazancın iadesi talebinde bulunmak, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme talebinde bulunmak olarak anlaşılmaktadır¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵³ **PREU**, s.757.

¹⁷⁵⁴ **MULLER**, 2004, s.203. Yazar, mimarın manevi hakları bakımından sınırladığı çalışmasında, Alm.ESHK md.97 f.1 kapsamında tazminat talebine ilişkin bir örnek olarak, mimarın yaptığı taslağın mimarın izni olmaksızın uygulanması durumunu göstermektedir. BGH 10.12.1987, GRUR 1988, s.533-Vorentwurf II. Hazırlanan taslağın mimarın izni olmaksızın kullanılması durumunda, manevi haklar bakımından, eserin umuma arz edilmesi hakkı ve eser sahibi olarak tanıtılmak hakkının ihlalinden bahsedilebilecektir.

¹⁷⁵⁵ BGH 30.1.1959 GRUR 1959, s.384- Gasparone.

¹⁷⁵⁶ **KRAßER**, s.264.

¹⁷⁵⁷ Oysa, AMK md.687 f.2, md.681 ve md.667 hükümleri doğrultusunda vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanmasında kasıt arananaktır. **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.691. İsviçre-Türk Hukuklarında gerçek olmayan vekaletsiz işgörme bakımından aynı şey sözkonusudur.

¹⁷⁵⁸ Bkz. VI.Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme.

Türk Hukukunda kazanç devri talebi, ne tazminat talebi ne de tazminat hesaplama yöntemi olarak değerlendirilmekte, buna gerekçe olarak tazminat talebi için bir zararın doğmuş olmasına ihtiyaç varken; kazanç devri talebi için haksız bir kazanç elde edilmiş olmasının yeterli olması gösterilmektedir. Böylelikle hak sahibi, zararını ve miktarını ispatlamak zorunda kalmaksızın kazanç devri talebinde bulunabilmektedir¹⁷⁵⁹.

Kuşkusuz, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (BK md.414) nedeniyle kazanç devrinde bulunabilmek için, iş sahibinin herhangi bir zarara uğraması gerekmemektedir. Ancak, eser sahibi eserinin izinsiz kullanılması nedeniyle bir zarara uğramışsa, bu zararın giderilmesine yönelik olarak açacağı tazminat davasında uğradığı zararın belirlenmesi aşamasında, “kazanç devri talebi” bir çözüm olabilir. Ancak, zararın hesaplanması yöntemi olarak kullanılacak “kazanç devri talebi” bu işleviyle FSEK uygulamasına yabancıdır. Öte yandan, FSEK md.70 f.3’de geçen ifade de, kazanç devri talebinin bir tazminat hesaplama yöntemi olarak değil de, başka bir kurumla –gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile- ilgili düşünülmesine yol açmaktadır. FSEK md.70 f.3’e göre: “Birinci ve ikinci fıkradaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68’inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir”.

Eser sahibinin haklarının ihlal edilmesinden kaynaklanan maddi zararların hesaplanmasına ilişkin olarak, tecavüzde bulunanın elde ettiği kazançta bakılması FSEK bakımından öngörülmemiş olmakla birlikte, sınai haklara ilişkin maddi tazminat davalarında, tecavüz edenin elde ettiği kazanç, zararın hesaplanması türlerinden biri olarak uygulama alanı bulmaktadır¹⁷⁶⁰. Bu noktada, FSEK

¹⁷⁵⁹ ARKAN, s.296.

¹⁷⁶⁰ Kazancın devri imkanı, yoksun kalınan kazancın belirlenmesi başlığı altında kendine yer bulmuştur. Mark.KHK md.66 f.2’ye göre. “Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir. a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre, b) *Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre*, c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre”. Ayrıca bkz. End.Tas. KHK md.52; Pat.KHK md.140.

bakımından da BK md.42 ve md.43 aracılığıyla¹⁷⁶¹ davalının elde ettiği kazanç, zararın hesaplanmasında dikkate alınabilir.

C.Manevi Hak İhlalinden Doğan Maddi Zarar

Maddi tazminat davasının malvarlığı zararlarını gidermeye yönelik olması ve mali hakların da ağırlıklı olarak eser sahibinin malvarlığı menfaatlerini korumayı amaçlamış olması, mali haklar ile maddi tazminat davasını birlikte düşünmeye yol açmaktadır. Ancak bu düşünce, maddi tazminat davasının sadece mali hak ihlallerinde açılabileceği şeklinde bir önermeye neden olmamalıdır.

Eser sahibinin mali hakları maddi menfaatlerinin yanında manevi menfaatlerini de tatmin edebilmekte, aynı şekilde eser sahibinin manevi hakları manevi menfaatlerinin yanında maddi menfaatlerini de etkileyebilmektedir. Dolayısıyla, eser sahibinin manevi haklarının ihlalinin manevi zarar yanında maddi zarara da yol açması mümkündür.

Manevi hak ihlali maddi zarar doğurmuşsa, bu maddi zararın belirlenmesi ve tazminata hükmedilmesi konusunda, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr, lisans kıyaslaması ve kazancı geri verilmesi gibi kavramlar da dikkate alınmalıdır. Maddi zarar, ihlal edilen hakkın türünden bağımsız bir şekilde ortaya çıkar.

Eser sahibinin manevi hak ihlalinin maddi zarara yol açması konusunda, eser sahibinin izni olmadan eserde yapılan değişikliğin esere olan ilgiyi ve eserin sürümünü azaltacak derecede kötü olması örnek olarak gösterilmektedir¹⁷⁶². Benzer bir şekilde, eserin umuma arzının esere olan ilgi ve eserin sürümünü azaltacak derecede kötü olması da akla gelebilir. Öte yandan, manevi hak ihlalinin sadece mevcut eserlere ilişkin ilgi ve sürümü azaltması değil, gelecekte meydana getirilecek eserler bakımından da ilgi ve sürümü azaltması düşünülebilir. Bu noktada, esere olan ilgi ve sürümde azalma, bir bakıma eser sahibinin sanatçı kişiliğine (ismine) duyulan

¹⁷⁶¹ BK md.42'ye göre, "Zararı ispat etmek müddeiye düşer. Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutada cereyanına ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazarı itibara alarak onu adalete tevfikan tayin eder". BK md.43 f.1'e göre, "Hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin eyler".

¹⁷⁶² KILIÇOĞLU, Fikri Haklar, s.409.

güvende azalmayı ifade eder. Eser sahibinin izni olmadan kötü bir şekilde umuma arz edilmiş veya değiştirilmiş eseri yüzünden, eser sahibinin sonradan meydana getireceği ve kendi ismiyle umuma arzedeceği eserlere olan istek ve talebi olumsuz etkileyebilecektir.

Eser sahibinin manevi hak ihlali nedeniyle, kaçırdığı sözleşme fırsatlarını tespit etmek kolay değildir. Eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesi, onun ilgili eserlere ilişkin sözleşme yapma imkanını sınırlıyor, daha önceden talep ettiği bedeli artık talep edemeyecek konuma getiriyorsa, bu noktada zararın hesaplanması bakımından “lisans kıyaslaması” metodunun uygulanması düşünülebilir. Bu noktada, FSEK md.68’in mali hak ihlallerinde ortaya çıkan “lisans bedelinin üç kat fazlası”nın talep edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Kanaatimizce, FSEK md.68’de yer alan ve mali hak ihlallerinde öngörülmüş lisans bedelinin üç kat fazlası talebi, manevi hak ihlallerinden doğan malvarlığı zararlarında uygulama alanı bulmaz.

FSEK md.68’de yer alan lisans bedelinin üç kat fazlası talebi, cezai nitelikte bir taleptir. Özel hukuk cezası niteliği taşır. Mali hakların ihlaline ilişkin olarak getirilmiş özel bir hükmün, kıyasen manevi haklara uygulanmaması gerekir. Esasen -kusursuz sorumluluğun da ötesinde- “zararsız sorumluluk” getiren bu çok istisnai hükümlerin yorum ve kıyasla genişletilmesi caiz değildir. Ancak, zararın hesaplanmasına ilişkin bir metod olarak, lisans bedelinin üç kat fazlası değil de sadece “lisans kıyaslaması” uygulama alanı bulabilir. O halde, manevi hak ihlallerinden kaynaklanan malvarlığı zararları için, mali haklarda olduğu gibi lisans bedelinin üç katı talebi gibi zararı aşan ve bu yönüyle cezalandırmaya yönelik bir talep değil de, kaybedilen sözleşme fırsatlarının meydana getirdiği zararı gidermeye yönelik yalın bir lisans bedeli talebinde bulunmak mümkündür¹⁷⁶³.

¹⁷⁶³ FSEK md.68’de yer alan lisans kıyaslaması ile karşılaştırıldığında aralarındaki farktan hareketle, manevi hak ihlalden doğan malvarlığı zararlarının hesaplanmasına ilişkin olarak önerdiğimiz lisans kıyaslamasını “adi lisans kıyaslaması ve FSEK md.68’de düzenlenen lisans kıyaslamasını ise “nitelikli lisans kıyaslaması” olarak, ismlendirmek mümkündür.

VIII. VEKALETSİZ İŞ GÖRMEYEN DOĞAN TALEPLER

FSEK md.70 f.3'e göre, "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." Birinci fıkrada manevi tazminat, ikinci fıkrada ise maddi tazminat düzenlenmiştir. Dolayısıyla manevi hakkı ihlal edilen eser sahibinin maddi tazminat talebinin yanısıra "temin edilen kârın" kendisine verilmesini talep etme imkanı vardır.

Hüküm, BK md.414'de düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin özel bir görünüm biçimi olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁶⁴. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, yetkisiz olarak hareket eden kişinin (işgörenin) başkasının haklarını kullanması konusunda kötünietinin aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Eser sahibinin hakları bakımından yapılan değerlendirmelerde, çoğunlukla¹⁷⁶⁵, başkasının hukuk alanına girip, kendi yararına menfaatler elde eden kişinin kusurunun aranmayacağı ifade edilmektedir. Buna karşılık, Arslanlı, kusur unsurunu aramaktadır¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶⁴ AYİTERs.263; ARKAN, s.295.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda, bir kimse bilerek veya bilmeyerek başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere görmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, s. 754. vd.

FSEK md.70 f.3 hükmü, BK md.414'ün yanısıra MK md.25 ve TTK md.58 hükümleriyle de benzerlikler taşımaktadır. MK md.25 f.3'e göre, "Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile birlikte bu saldırıdan elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır". TTK md.58 bent e, c.2'ye göre, " Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir". Hükmün atf yaptığı (d) bendi, "kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini" düzenlemektedir.

¹⁷⁶⁵ AYİTER, s.263; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.317,318; ARKAN, s.295.

¹⁷⁶⁶ Yazar şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "Mütecavizin kusuru varsa hak sahibi gerek 68'inci, gerek 70'inci maddedeki hükümlerden istifade hakkını haizdir. Tazminattan başka, temin edilen kârın da verilmesi istenmişse, 68'inci madde uyarınca talep edilen bedel tenzil olunur. Bu hükme tevfikan hak sahibi telif hakkına verilecek ücret ve bunun zammı ile iktifaya mecbur olmayıp haksız tecavüzde bulunan kimsenin, temin ettiği kârın tamamını talep hakkını haizdir, mesela naşir kitapların satışından telif hakkı da dahil olmak üzere masrafların tenzilinden sonra 1000 lira kâr sağlamışsa bunu da iadeye mecburdur. Bu şıkta hak sahibinin kâr mahrumiyetine düçar olması ve bunun ispatı şart değildir. Vekaleti olmadan başkası hesabına tasarrufta olduğu gibi eser sahibi temin edilen kârı temellük hakkını iktisap eder (BK md.414). Yalnız tecavüzde kusur şarttır. Kusur yoksa 68'inci madde hükmü cari olur." ARSLANLI, s.221.

Eser üzerindeki hakkı tecavüze uğrayan kimse, temin edilen kârın devrini istemekle gerçek zararın ispatı, tecavüzde bulunanın kusuru gibi tartışmalı ispat konularından kaçınmış olur¹⁷⁶⁷.

Kanaatimizce, doktrinde de çoğunluk görüşünün belirttiği gibi, FSEK md.70 f.3 kapsamında “temin edilen kârın” istenebilmesi için iş gören kişinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Buna ek olarak, hak sahibi zararını ve miktarını ispatlamasına gerek kalmaksızın “temin edilen kârın” devri talebinde bulunabilmelidir.

FSEK md.70 f.3’de geçen, “tazminattan başka temin edilen kârın da istenebileceği” ifadesinde geçen “başka” sözcüğü şu sorunun sorulmasına yol açar: Temin edilen kârın devri talebi, tazminat talebinin yerine mi yoksa yanına mı geçecektir? Diğer bir deyişle, temin edilen kârın devri talebiyle tazminat talepleri arasında yığılma mı yoksa yarışma mı sözkonusu olacaktır? Soruya, tazminat türleri arasındaki farklılık da gözetilerek yanıt verilmelidir. Bu doğrultuda doktrinde haklı olarak, manevi tazminat talebi ile temin edilen kârın devri talebinin yarışabileceği; çünkü bu iki talebin farklı amaçları olduğu ifade edilmiştir. Elemin hafifletilmesi amacına hizmet eden manevi tazminat talebi ile böyle bir amacı olmayan temin edilen kârın devri talebinin yarışması mümkündür. Maddi tazminat konusunda ise ikili bir ayırım yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Zarar, fiili zarar şeklinde ortaya çıkmışsa, maddi tazminat talebinin ve temin edilen kârın devri taleplerinin yığılacağı, birlikte talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak, zarar yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkmışsa bu takdirde maddi tazminat talebi ile temin edilen kârın devri taleplerinin yarışması gerektiği; aksi takdirde aynı zarar için iki kez tazminat istenmiş olacağı söylenmektedir¹⁷⁶⁸.

FSEK md.70 f.3 uyarınca, tazminattan başka temin edilen kârın da istenmesi durumunda FSEK md.68 uyarınca talep edilen bedel indirilir. FSEK md.68’de, hak sahibinin, çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp, benzeri gereçlerin kendisine verilmesi için ödeyeceği uygun bir bedelden sözedilmektedir. Bu durumda hak sahibinin kopya ve kalıplar için tecavüzde bulunana vereceği bedel, tecavüz edenden talep edeceği “temin edilen kârdan düşülür. Öte yandan FSEK

¹⁷⁶⁷ **AYİTER**, s.263; **EREL**, s.307.

¹⁷⁶⁸ **ARKAN**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, s.47-51; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.317.

md.68'de bedel olarak değerlendirilen diğer bir ifade de, hak sahibinin hakkına tecavüzde bulunan kişi ile aralarında sözleşme olsa idi isteyebileceği miktarın üç kat fazlası talebidir. Bu durumda, hak sahibi FSEK md.68 uyarınca "üç kat fazlaya" ilişkin bedel talebinde bulunmanın yanısıra tazminat ve temin edilen kârın devri talebinde de bulunmuşsa, sonuç olarak en yüksek miktartlı talebe hak kazanabilecektir¹⁷⁶⁹.

Mimari bir eserde, eser sahibinin izni olmadan yapılacak bir değişiklik sayesinde kazanç elde edilmiş veya mevcut kazanç artırılmışsa, eser sahibi manevi hak ihlali nedeniyle manevi tazminat davası açmanın yanısıra izni olmadan yapılan değişiklik sayesinde elde edilen kazancın geri verilmesini de isteyebilecektir. Bu örnek, BK md.414'ün uygulama alanı ile ilgili olarak doktrinde verilen örneklerin Fikri Hukuktaki görünümünden biridir¹⁷⁷⁰.

Eser sahibinin, hakkını ihlal eden zarar verenden elde ettiği kazancı talep etmesi Alm.ESHK md. 97 f. 1 c.2'de düzenlendiği gibi, aynı zamanda AMK md.687 f.2, md.681 ve md.667 hükümlerinin de; vekaletsiz iş görmenin de bir sonucudur. Vekaletsiz iş görmede aranan koşul, iş görenin kendi menfaatine kasten hareket emesidir. Oysa, Alm.ESHK md. 97'deki kazancın geri verilmesi talebine başvurulması için eser sahibinin hakkının kasten ihlal edilmesine gerek duyulmaz. Eser sahibinin hakkının hafif kusurla ihlal edilmesi dahi yeterlidir. Vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurmanın eser sahibi açısından çekici yönü, Alm.ESHK md.102 deki üç yıllık zamanaşımı süresinden sonra uygulama alanı bulmasıdır¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁹ FSEK md.70 f.3'de geçen "bedel" den ne anlaşılması gerektiği konusundaki tartışmalar için bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.318; **EREL**, s.307; **ARKAN**, s.296.

¹⁷⁷⁰ Doktrinde **Öz**, sebepsiz zenginleşme ile karşılaştırarak incelediği gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin olarak şu örnekleri vermiş ve değerlendirmelerde bulunmuştur: "Ünlü bir artistin resmini izinsiz olarak kullanmak suretiyle tirajını arttıran dergi, mağdurun bu işten maddi bir zararı olmadığı takdirde, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulamamakla birlikte, BK md.414 uyarınca bu sayede elde ettiği kazanç fazlasını artiste verme borcu altında olacaktır. Bir projeyi... değerlendirerek kâr elde eden kişi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bu projenin... kiralama ya da satın alma bedelini ödemekle yükümlü olacak iken (sahibinin fakirleşmesi bu kadardır) bundan elde ettiği tüm kazancı (masraflar çıkarılarak) BK md.414 uyarınca sahibine vermeye mecbur olacaktır. Aynı çözüm, bir yazarın kitabının izinsiz basılması gibi durumlarda da geçerli olacaktır. **ÖZ**, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s.42.

¹⁷⁷¹ **SCHACK**, Urheberrecht, Kn.712 ve 691.

IX.İHTİYATİ TEDBİRLER

FSEK tarafından koruma altına alınmış haklara ilişkin olarak gerek açılmış ve görülmekte olan davalarda gerekse bu davalar açılmadan önce hakim ihtiyati tedbire hükmedebilir¹⁷⁷².

FSEK md.77, HUMK md.101'den ayrı olarak ihtiyati tedbir kurumunu düzenlemiştir. Doktrinde, FSEK md.77'nin HUMK md.101'den daha geniş olduğu; çünkü FSEK md.77 kaynaklı ihtiyati tedbirlerin bir taraftan önleme diğer taraftan geçici olarak ref karakterli olduğu belirtilir¹⁷⁷³.

FSEK md.66 f.4, mahkemenin, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şümulunu, kusurun olup olmadığını varsa ağırlığını ve tecavüzün kaldırılması davasında veya tecavüzün önlenmesi davasında tecavüz edenin düçar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün kaldırılması veya FSEK md.69 f.2 yollama gereği tecavüzün önlenmesi için lüzumlu göreceği tedbirleri alabileceğini düzenlemektedir. FSEK md.77 bu doğrultuda, alınabilecek tedbirler bakımından somut örnekler getirmektedir. Örneğin hakim, işin yapıldığı yerin kapatılmasını emredebilecektir.

FSEK md.77'de hakim tarafından alınacak önlemlerin örnek olarak değil de sınırlayıcı bir şekilde sayıldığı savunulsa bile, bu sınırlama FSEK md.77'nin FSEK md.66 f.4'le birlikte yorumlanması neticesinde aşılabılır. Hakim, tecavüzün kaldırılması veya tecavüzün önlenmesi için gerekli gördüğü tedbirleri alabilir. Bu yorum HUMK md.103 ile de uyumludur.

¹⁷⁷² Doktrinde, FSEK md.77'de düzenlenen "ihtiyati tedbir kararları", FSEK md.78'de düzenlenen "hükümün ilanı" ve FSEK md.79'da düzenlenen "zapt, müsadere, imha" ile birlikte hukuk ve ceza davalarına ilişkin müşterek hükümler olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **ARKAN**, s.300,301. 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la FSEK md.77'deki değişiklikler için bkz. Üçüncü Bölüm. I. dn.2.

¹⁷⁷³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.326.

Kanaatimizce, FSEK'teki ihtiyati tedbirlerin HUMK kapsamında alınacak ihtiyati tedbirlerden daha geniş olup olmadığını saptamada, FSEK md.77 hükmünün sadece HUMK md.101 ile karşılaştırılması yapılmamalı HUMK md.103'de dikkate alınmalıdır. HUMK md.103'e göre "101 ve 102'inci maddelerde gösterilen hallerden başka tehirdinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir".

FSEK md.77, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yoluyla geçiçi olarak zaptına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Böylece, varolan tecavüz kaldırılmış ve varolacak tecavüz de önlenmiş olacaktır. El konulan çoğaltılmış nüshalar ve imalat araçları da açılacak davada delil olarak kullanılabilir.

FSEK tarafından tanınmış hakları korumak bakımından delil tespiti de başvurulabilecek hukuki imkanlardandır. Delillerin tesbiti bir dava olarak görülmeyp, deliller hakkında bir çeşit ihtiyati tedbir olarak değerlendirilir¹⁷⁷⁴.

Karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet ihlallerini önlemeye yönelik hukuki imkanlardan biri de genel olarak “Anton Piller Orders” adıyla anılan mahkeme emridir. İngiliz Temyiz Mahkemesinin 1976 tarihli bir kararına¹⁷⁷⁵ dayanan bu hukuki imkan sayesinde, davalı taraf dinlenmeksizin mahkemece verilen emir doğrultusunda davacının temsilcisine davalının iş mahalline girme imkanı ve davada kullanılmak üzere ispat araçlarından kopya alma imkanı tanınmıştır. Böyle bir hukuki önlem, İsviçre Hukukunda delil tespiti (Beweissicherung) kararıyla aynı etkiye sahip görülmüş ve İsviçre Hukuku bakımından da icra kabiliyetine sahip olarak değerlendirilmiştir. “Anton Piller Orders”ın sağladığı imkanların da ötesine geçen başka bir hukuki yol olarak “John Doe Orders” kavramından söz etmek gerekir. Bu hukuki imkan, icra memurunu, fikri mülkiyet ihlalinde bulunacağından şüphe edilen kişinin evinin aranması konusunda yetkili kılar¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.718 vd.

HUMK md.370'e göre, dava açılmadan önce delil tespiti, en seri ve en az masrafla delil tespitini yapabilecek mahkemen istenebilecektir.

¹⁷⁷⁵ Anton Piller K.G. vs.Manufacturing Ld.

¹⁷⁷⁶ **DAVID**, Lexikon, s.19. Ayrıca bkz. **STAUB**, Peter A, Englische Mareva Injunctions und Anton Piller Orders, SZIER 1992, s.525-550.

X.SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUK İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN YARIŞMASI

Manevi haklara ilişkin ihlaller, sözleşme kapsamında meydana gelmişse, haksız fiil hükümleri yanında sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmak da mümkündür. Sözleşmeye aykırılık mali hak ihlalinin yanında manevi hak ihlaline de yol açabilir. Mali ve manevi hak ihlallerine dayalı talepler, yarışma içinde olmayıp, birlikte istenebilirler. Öte yandan mali hak ihlalleri bakımından da sözleşmeye dayalı sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu yarışma içinde olabilir.

Lisans alan veya mali hakkı devralan kişinin eser sahibinin mutlak hak niteliğinde olan manevi haklarını ihlal etmeme yükümlülüğü vardır. Mali hak devralan veya lisans alan kişinin bu yükümlülüğü genel davranış yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe uyulmaması, haksız fiil sorumluluğuna yol açar. Öte yandan, eser sahibi mali hak devralan veya lisans alan kişinin sözleşmeye aykırı hareket etmesi manevi haklarını ihlal ettiği takdirde, sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmak imkanı vardır.

Lisans alanın veya mali hakkı devralanın sözleşmeye aykırı her davranışı, manevi hak ihlaline yol açmaz. Lisans alanın temel edim yükümlülüklerinden biri olan lisan bedeli (lizenzgebühr) ödeme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi, eser sahibinin manevi haklarını ihlal eden bir davranış değildir. Lisan alanın bedel ödeme yükümlülüğü dışında, kullanma yükümlülüğü (benutzungspflicht), lisansın kullanım şekli ve tarzına uygun davranma yükümlülüğünden söz etmek de mümkündür¹⁷⁷⁷. Lisans sözleşmesinden doğan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü şeklinde daha ayrıntılı bir şekilde de sıralanabilir. Bu bağlamda, lisans alan ile lisans veren arasında rekabet yasağı, satış işlemine ilişkin sınırlamalar, lisans alanın yan edim yükümlülükleri arasında yer alır¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁷ **MUTTENZER**, s.34-39. Yazar, eser sahibinin haklarını konu olan lisans sözleşmesini incelediği monografisinde lisans alanın yükümlülükleri başlığı altında, bedel ödeme yükümlülüğü (Vergütungspflicht), kullanma yükümlülüğü (Benutzungspflicht), hakkı kullanma yükümü- gerekli davranışı- (Obliegenheit der Rechtsausübung), Lisans ve lisansın kullanım şekli ve tarzına uyma yükümlülüklerini (Pflichten zur Einhaltung der Lizenz und hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung) ele almaktadır.

¹⁷⁷⁸ **BUREN**, Roland von, Der Lizenzvertrag, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd.1, Allgemeiner Teil, Helbing und Lichtenhahn, Basel 1995, s.286-293. Yazarların, asıl edim ve yan edim yükümlülükleri bağlamında yaptıkları açıklamalar, sadece eser sahibini haklarını konu olan lisans sözleşmelerini esas almaz. Eser sahibinin haklarının yanı sıra, patent ve marka gibi sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerini de konu alır. Hatta,

Mali hak devrine ve lisansına ilişkin sözleşmelerde, manevi haklara ilişkin yükümlülüklerin yan borç olduğu şeklinde bir düşünce ileri sürmek doğru olmaz. Eser sahibinin, çoğaltma ve yayma hakkını devrederken veya bu konuda lisans sözleşmesi yaparken, eserin ne zaman ve ne şekilde umuma arz edileceğini karşı tarafla anlaşarak kararlaştırması, yan borç olarak değerlendirilmemelidir. Devir veya lisans sözleşmelerinde, manevi haklara ilişkin noktaların yan borç¹⁷⁷⁹ olarak değerlendirilse bile, bu yan borçların bağımsız bir niteliğe sahip olduğunu, başka bir deyişle asli borçlardan ayrı olarak dava edilmeleleri mümkündür. Ancak, manevi hak ihlalleri çoğu zaman mali hak ihlallerini de beraberinde getirdiğinde, manevi hakların ayrı davaya konu olması sıklıkla karşılaşılabilecek bir olgu olmayacaktır.

Lisans sözleşmesinde, lisans veren lisansın kullanım şekline ve tarzına ilişkin olarak, sınırlamalar getirmiş olabilir. Lisans sözleşmesinin, lisansın kullanım tarzı ve şekli konusunda sessiz kalması, herhangi bir sınırlama içermemesi, sınırsız lisans kavramını akla getirir. Bu durumda lisans alan, lisans konusu eseri istediği zaman ve şekilde kullanabilir. Ancak, uygulamada daha çok lisans alanın bu konuda sınırlamalara tabi olduğu görülür¹⁷⁸⁰.

açıklamalar eser sahibinin haklarına ilişkin lisans sözleşmelerinden çok, patent ve markaya ilişkin lisans sözleşmelerine ilişkindir.

Lisans alanın asıl edim yükümlülükleri arasında, lisans bedeli (Lizenzgebühr) ödeme yükümlülüğü, kullanma yükümlülüğü (Benutzungspflicht), alım yükümlülüğü (Bezugspflicht), belli kaliteyi sağlama yükümlülüğü (Qualitätsvorschriften) gibi yükümlülükler yer alırken, yan edim yükümlülükleri arasında, saldırmazlık yükümlülüğü (Nichtangriffsklausel), üçüncü kişilerin hak ihlallerine karşı lisans vereni destekleme yükümlülüğü (Unterstützung gegen Schutzrechtsverletzungen durch Dritte), rekabet etmeme yükümlülüğü (Konkurrenzverbot), satım ve sürüme ilişkin sınırlamalara uyma yükümlülüğü (Einschränkungen beim Vertrieb), lisans ibaresi koyma yükümlülüğü (Lizenzvermerk) gibi yükümlülükler yer alır.

Lisans ibaresinin (Lizenzvermerk) konulması, lisans verenin hak sahibi olduğunu ifade eder. Lisans verenin prestiji, tanınmışlık derecesi ve bu bağlamda gelecekte alacağı işler bakımından önem taşır. Lisans ibaresi, lisan verenin ürünü ve dolayısıyla lisans verenin kendisi bakımından ücretsiz bir reklam (Gratiswerbung) olarak da değerlendirilir. Eser sahibinin haklarını konu alan lisans sözleşmelerinde, lisans ibaresinin üstlendiği işlevi, kanaatimizce FSEK md.15 -adın belirtilmesi yetkisi- üstlenebilecektir.

¹⁷⁷⁹ Bir borç ilişkisi asli borçlardan başka bazı yan borçların doğmasına da neden olacaktır. Yan borçlar, kanun tarafından öngörülmüş olabileceği gibi, dürüstlük kuralından da doğmuş olabilir. Yan borçların bir kısmı, asli borcun ifasına yardım edip, bağımsız nitelikleri yoktur ve bu nedenle asli borçtan ayrı olarak dava edilemezler. Bağımlı yan borçlar adı verilen bu yükümlülüklerle aykırı davranma, asli borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğururlar. **OGUZMAN/ÖZ**, s.318, dn.138.

¹⁷⁸⁰ **MUTTENZER**, s.37.

FSEK md.14 f.1 doğrultusunda, eser sahibi eserin ne zaman ve ne şekilde umuma arzedileceğini kendisi tayin edecektir. Eser sahibi, mali hak devri veya lisans sözleşmesinde bu konudaki tasarrufunu yazılı olarak sözleşme hükmü haline getirebilecektir. Eser sahibi, eserin ne zaman ve ne şekilde umuma arzedileceği konusundaki münhasır yetkisini kullanırken, sözleşme müzakereleri esnasında karşı tarafın talepleri doğrultusunda da hareket edebilecektir. Neticede, eserin ne zaman ve ne şekilde umuma arzedileceği kararlaştırıldıktan sonra, devralan veya lisans alan kişinin sözleşmeye aykırı olarak, eseri farlı bir zamanda veya uygun olmayan bir zamanda, sözleşmede kararlaştırıldığından farklı bir şekilde umuma arzetmesi, sözleşmeye aykırı bir davranış olacağı gibi, FSEK md.14’de düzenlenmiş (umuma arz yetkisinin) mutlak hakkın ihlali olarak da haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına neden olabilecektir.

Çoğaltma ve yayma hakkını devralan veya bu konuda lisans alan kişinin bu hakkını kullanırken FSEK md.16’da öngörülen zaruri değişikliklerin ötesine geçen değişikliklerde bulunması da hem devir veya lisans sözleşmesinin ihlali hem de bir haksız fiil olarak değerlendirilebilecektir.

Eser sahibinin devir veya lisans sözleşmesi aracılığıyla tanıdığı temsil hakkı çerçevesinde, bir eseri temsil edenlerin, manevi hakları zedeleyecek şekilde kötü bir temsilde bulunması da hem sözleşmeye aykırılık hükümlerinin hem de haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına neden olabilecektir. Eserin, eser sahibinin izni olmadan değişiklikler yapılarak temsil edilmesi durumunda, FSEK md.16 ihlal edilmiş olacaktır. Eserin temsil edilirken, -FSEK md.16 f.2 saklı kalmak kaydıyla- herhangi bir değişiklik yapılmaması sözleşmesel bir yükümlülük olduğu kadar, kanuni bir yükümlülüktür.

Manevi hak ihlallerinde, haksız fiil hükümlerine dayanıldığında zamanaşımına ilişkin olarak uygulanacak hüküm, BK md.60 olacaktır. Zararı ve faili öğrenmeden itibaren bir yıl, her halde zararı doğuran fiilden itibaren on yıllık süre uygulama alanı bulacaktır.

Manevi hak ihlallerinde, borca aykırılık hükümlerine dayanmak istendiğinde, zamanaşımı hangi hükme dayanılarak belirlenecektir? Bu noktada, ilk akla gelen

özüm FSEK md.56 f.3'ün devreye girmesi olacaktır. FSEK md.56 f.3'e göre, "basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır". O halde, sözleşmenin basit ruhsat mı yoksa tam ruhsat mı verdiği belirlenmelidir. Bu değerlendirme, FSEK md.56 f.1 doğrultusunda, ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsat vermesine mani değilse basit ruhsat, yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde tam ruhsat sayılacaktır şeklinde bir çözüme kavuşacaktır.

Hasılat kirasına ilişkin olarak uygulanacak zamanaşımı, BK md.126 b.1 uyarınca 5 yıldır. Ancak, buradaki zamanaşımı süresinin konusu, hasılat kirasını konu olan hukuki ilişkilerden doğan tüm talepler olmayıp, hasılat kirası (bedeli) dir. Hasılat kirasına konu olan şeyin, kötü kullanımı neticesinde kullanılamaz hale getirilmesi durumunda, BK md.125 uygulama alanı bulup, borca aykırı bu davranış için on yıllık zamanaşımı işlemeye başlar. Dolayısıyla basit ruhsatta hasılat kirasına ilişkin hükümlerin zamanaşımı bakımından uygulanması önerilse bile, lisans bedelinin ödenmemesi dışında kalan sözleşmeye aykırılık durumlarında uygulanacak zamanaşımı süresi, kanaatimizce 5 yıl değil genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl olacaktır. 5 yıllık zamanaşımı süresinin konusu basit ruhsata ilişkin lisans bedeli olacaktır. Dar anlamda borç ilişkisi- geniş anlamda borç ilişkisi ayırımına başvurmak suretiyle de, geniş anlamda borç ilişkisinden (lisans sözleşmesinden) doğacak borçların niteliğine göre, işleyecek zamanaşımı süresi de değişebilecektir.

Tam ruhsatlara ilişkin olarak, intifa hakkına dair hükümlere yollama yapılması zamanaşımı bakımından özel bir çözüm getirmez. Çünkü intifa hakkına ilişkin hükümlerde, bu ilişkiye özgü özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, genel zamanaşımı süresine (BK md.125) geri dönmekten başka çare yoktur. İntifa hakkı sahibinin, intifa hakkını konu olan bir sözleşmeye aykırı davranması halinde doğan alacak talepleri genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Sonuç olarak, manevi hak ihlallerinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulduğunda, uygulanacak zamanaşımı süresi BK md.125'e göre on yıl olacaktır.

XI.MANEVİ HAKLARIN KORUNMASINDA ALTERNATİF HUKUK YOLLARI MODELİ: ABD HUKUKU

ABD Hukukunda manevi hak koruması, Kıta Avrupası Hukukunda olduğu kadar geniş kapsamlı ve köklü değildir. Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin koruma, Kıta Avrupası Hukukuna kıyasen yeni olmakla birlikte geçmişten günümüze örf ve adet hukuku (Common Law) başta olmak üzere başka hukuki kurumlar aracılığıyla da sağlanmaktadır.

ABD Hukukunda eser sahibinin manevi haklarının mali haklar aracılığıyla korunması konusundaki yaklaşımlar veya kişilik hakkı üzerinden koruma çabaları, Kıta Avrupası Hukukunda manevi hak-mali hak ve manevi hak-kişilik hakkı karşılaştırması ve ilişkisi bakımından önemli veriler oluşturabilir.

1 Mart 1989'da Bern Konvansiyonu'na katılan ABD bir yıl sonra 1976 tarihli Telif Hakkı Kanununa (Copyright Act) manevi hakları konu olan bir düzenleme ekledi: VARA. ABD Hukukunda, manevi haklara ilişkin düzenleme ve uygulamaları tarihi süreç açısından ikiye ayıran olgu, Görsel Sanat Eseri Sahiplerinin Haklarına İlişkin Kanun (Visual Artists Right Act-VARA) 1990 tarihinde yürürlüğe girmesidir. ABD'nin Bern Konvansiyonu'na katılımından sonra yaptığı bu düzenlemeye kadar, ABD Hukukunda doğrudan olmasa da, dolaylı olarak manevi hak korumasına benzer korumalar federal ve eyalet düzeyinde yer bulmaktaydı. Birçok yazar, VARA'dan evvel eser sahibinin kişilik haklarının yeterince korunmadığını savunmaktaydı¹⁷⁸¹.

ABD Hukukunda, manevi hakların sağlam bir hukuki dayanağa kavuşmasındaki gecikmenin nedeni konusunda çeşitli yanıtlar verilebilir¹⁷⁸². İlk akla gelen sav, Anglo-Sakson hukuk geleneğinin ve dolayısıyla içtihatlarının daha ziyade ekonomik değeri olan haklara yönelmiş olmasıdır. ABD Hukukunda, eser sahibinin mali

¹⁷⁸¹ Bkz. **YONEVER**, Geri J., The Precarious Balance: Moral Rights, Parody, and Fair Use, *Cardozo Arts & Entertainment*, Vol.14:79, s.93.

¹⁷⁸² Kongrede, manevi haklara ilişkin özel bir düzenleme yapılması ve dolayısıyla Bern Konvansiyonu'na katılma konusunda karşı çıkılırken mevcut Amerikan Hukukunun Telif Hakları Yasası, Lanham Yasası, çeşitli eyalet düzenlemeleri ve bir kimsenin şeref ve haysiyetini hedef alan hakaret (defamation), basın yoluyla işlenen hakaret (libel), hile ve haksız rekabet (misrepresentation and unfair competition) gibi Örf ve Adet Hukukunda yaygın olan kurumlar aracılığıyla eser sahiplerinin "eser sahipliğinin tanınması" veya "eser üzerinde haksız değişikliklere karşı" itiraz etme hakkının sağlandığı üzerinde durulmuştur. Bkz.**YONEVER**, s.97.

haklarının manevi haklarından daha çok bir koruma elde etmesi, İngiliz Hukukuyla kıyas edildiğinde dikkat çeken bir noktadır¹⁷⁸³. ABD Hukukunda, manevi hakların öneminin geç teslim edilmesinde bir başka etken, sanat tarihindeki gelişmeler olabilir. Batıda sanatsal gelişimin merkezleri olarak, klasik dönem için Atina, yeni klasik dönem için Roma, Orta Çağ ve gotik Sanat için çeşitli Avrupa şehirleri, Rönesans için Floransa ve 19. yüzyıl sonlarında Empresyonizm akımı için Paris sıralanabilirken, New York ancak 20. yüzyılda özellikle Pop Art denilen bir sanat akımıyla büyük sanat merkezleri arasında yerini alabilmiştir¹⁷⁸⁴. Bugün ise, her türlü sanat etkinliği bakımından hiçbir Avrupa şehriyle kıyaslanamayacak bir merkez haline gelmiştir. Manevi hakların, ABD Hukukunda doğumunun gecikmesinde bir üçüncü etken olarak, ABD Anayasasında İlk Değişirme (First Amendment) ile ifade özgürlüğüne yapılan vurgu gösterilebilir. Kongrenin, ifade özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemelerde bulunamayacağı kuralı, manevi haklar konusunda yapılacak düzenlemelerin yavaş ilerlemesine yol açmış olabilir. Eserin bütünlüğü hakkı; eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, parodi şeklinde beliren eserlerin meydana getirilmesinde engel oluşturabilecektir. Parodi eserler, bir sanatçının şeref ve şöhretini zedeleyebilecek unsurlar içerebilecektir. Geleneksel Telif Hukuku, haklı kullanım (fair use) gerekçesine dayanarak eserin bir başkası tarafından eser sahibinin arzu etmediği bir şekilde kullanmasını hukuka uygun sayabilecek bir anlayışa sahiptir. Amerikan Hukuku, Kıta Avrupası Hukukunun aksine, eser sahibinin şeref ve itibarını doğrudan doğruya korumayıp, eser sahibinin mali haklarını korumaya odaklanır. Eser sahibinin şeref ve itibarı, Fikri Hukuk düzenlemeleriyle değil genel düzenlemelerle; başka bir deyişle kişinin şeref ve itibarını zedeleyen hakaretleri (defamation) yaptırıma bağlayan düzenlemelerle koruma altına alınmıştır¹⁷⁸⁵. Mevcut bir eserin belli bölümlerinin mizahi açıdan eleştirildiği yeni bir eserde kullanılması, ifade özgürlüğü kapsamında eser sahibinin iznine gerek olmayan bir uygulama sayılacaktır. Bu bakımdan eser sahibine eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi ile bu ifade özgürlüğünün kısıtlanacağından endişe duyulmuştur.

¹⁷⁸³ **YONEVER**, s.91; **KWALL**, Roberta R, “Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?”, 38 Vand. L. Rev.1- 1985, s.18 vd.

¹⁷⁸⁴ **MERRYMAN**, John H., The Refrigerator of Bernard Buffet, 27 Hastings L.J. 1976, s.1023. Pop Art akımı, Roy Lichtenstein ve Pop’un Papası lakabıyla da anılan Andy Warhol’un, sanatı kişisellikten uzaklaştırmaya çalışan ve tüketim nesnelerini sanat eseri olarak kullanan bir eğilimdir. Köklerini, Fransız sanatçı Marcel Duchamp’da bulur. Ayrıca bkz. **YONEVER**, s.92.

¹⁷⁸⁵ **YONEVER**, s.92, 93.

Eser sahibinin sözleşme ihlali, telif hakkı ihlali ve haksız rekabet gibi kurumlara başvurmak suretiyle sonuçları itibariyle Kıta Avrupası Hukukundaki manevi hak korumasına benzer bir koruma elde etmesi, manevi hakların ABD Hukukunda dolaylı yoldan (backdoor recognition of moral rights) tanınması olarak değerlendiriliyordu¹⁷⁸⁶. Çizgi film karakterlerinin yaratıcısının izni olmadan başka bir çizgi tarafında üstelik küçük düşürücü bir şekilde çizilmesi, kamunun aldatıldığı ve çizgi karakterlerinin ekonomik değerinin azaldığı gerekçesiyle haksız rekabet hükümleri çerçevesinde yaptırıma bağlanmıştır. Öte yandan hem hukukçu hem de yazar olan bir kişi, yazdığı kitabın izni olmaksızın yayıncısı tarafından gözden geçirilip, yanlış ve eksik düzeltmelerle isminin kullanılarak yayımlanması karşısında şeref ve itibarının ihlal edildiğini (defamation) ileri sürmüştür¹⁷⁸⁷.

Görsel Sanat Eseri Sahiplerinin Haklarına İlişkin Kanun (Visual Artists Rights Act- VARA) tüm eser türlerini kapsamaz¹⁷⁸⁸. Bu bakımdan edebi eserler, film eserleri gibi eserler üzerindeki manevi hakların korunması için VARA dışındaki hukuki koruma yollarına başvurmak gereklidir.

¹⁷⁸⁶ LERNER/BRESLER, s.180.

¹⁷⁸⁷ LERNER/BRESLER, s.181.

¹⁷⁸⁸ Herşeyden önce, bir madde üzerinde somutlaşmamış eserler (incorporeal creation) bakımından manevi hak koruması sözkonusu değildir. Öyle ki, bir eserin çoğaltılmış nüshası (reproduced image) üzerinde manevi hak korumasından söz edilemeyecektir. ABD Hukukundaki manevi hak korumasının bu denli sınırlı olması, Kıta Avrupası Hukukundaki manevi hak korumasından belirgin bir şekilde ayrılır. “Görsel sanat eseri” (work of visual art) kavramının ABD Hukukunda son derece tüketici ve dar kapsamlı olduğu vurgulanmaktadır. Amerikan Telif Hakkı Yasasınının 101.maddesinde tek bir nüsha halinde bulunan heykel, yazı, çizim veya resimden söz edilmiştir. Bu eserlerin eser sahibi tarafından imzalanması ve numara verilmesi suretiyle 200 adete kadar, manevi hak korumasından yararlanacak eserlerden olabileceği öngörülmüştür. Bkz. ADENEY, s.477, 478.

VARA'nın sınırlı bir alanda uygulama alanına sahip olduğunun kendini belli ettiği 1997 tarihli Hart v. Warner Brothers olayı da dikkat çekicidir. Frederick Hart isimli bir sanatçı 1982 yılında Washington Ulusal Katedrali'nin siparişi üzerine bir heykel yapmıştı. Heykelde, insanoğlunun yaradılışı, girdapsal bir boşluk içinden vücudunun, yüzünün ve ellerinin ortaya çıkması şeklinde tasvir edilmişti. “Ex Nihilo” ismin taşıyan bu eser Katedralin ana girişinde bulunuyor ve sayısı milyonlara varan Katedral ziyaretçisi tarafından takdir topluyordu. 1997 yılında film şirketi Warner Bros, küçük kasaba avukatının New York'daki bir hukuk bürosunun zengin ve güçlü yöneticisinin (John Milton) ısrarlı teklifiyle bu hukuk firmasında çalışmaya başlamasını ve şeytan olduğu anlaşılan bu yöneticiyle olan ilişkilerini konu alan, Şeytanın Avukatı (Devil's Advocate) adlı bir filmi piyasaya sürmüştü. Filmde, Milton'un çatı katındaki dairesinin duvarlarındaki kabartma, “Ex Nihilio” ile büyük ölçüde benzerlikler taşıyordu. Üstelik, filmin sonlarına doğru heykeldeki figürler canlanarak, filmin kötü karakteri Milton tarafından çocuklarını gayriahlaki bir ilişkiye teşvik ettiği erotik bir sahneye eşlik ediyorlardı. “Ex Nihilio”, içeriğinde olmadığı halde, filmde kötülüğü temsil eden figürler olarak sunulmuş oldu. Filmin gösteriminden kısa bir süre sonra Frederick Hart ve diğer hak sahipleri Warner Brothers'a karşı açmış oldukları davada VARA'da tanınan manevi haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüler. Dava tarafların sulh yoluyla anlaşmaları neticesinde düşmesine rağmen, sözkonusu olayda manevi hak ihlalinin olmadığı ileri sürülmüştür. Çünkü burada eserin orijinali, yani heykelin kendisi üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmamış idi. LERNER/BRESLER, s.193.

Manevi haklar ile mali haklar her ne kadar kanun koyucu tarafından kategorik bir şekilde ayrıma tabi tutulsa da, mali haklar ile manevi hakları kesin ve keskin bir şekilde birbirinden bağımsız hukuki kurumlar olarak sunmak doğru olmaz. Mali hakların, eser sahibinin manevi menfaatlerinin tatmin edilmesine bir ölçüde hizmet ettiği de yadsınmaz. Bu bakış açısının varacağı bir sonuç olarak, eser sahibinin manevi haklarının mali hakları aracılığı ile korunabileceği savunulabilir.

Öyle ki ABD Hukukunda, mali hakların manevi hak korumasında etkin bir rol oynayacağı düşüncesi hiç de yeni ve azınlıkta kalan bir görüş değildir. ABD Hukukunun, mali haklar aracılığıyla manevi hakları koruma çabası bir bakıma zorunluluktan kaynaklanır. Manevi hak korumasından yoksun gözüken eser türleri için, manevi hak korumasına eşdeğer bir koruma sağlamak amacıyla mevcut kurumlardan yardım alma yoluna gidilir. Bu yardım çağrısında ilk akla gelen ve en yakın hukuki kurum eser sahibinin mali hakları olabilmektedir. Böyle bir dolaylı ve dolambaçlı koruma yerine, Kıta Avrupası Hukuku manevi hak korumasını görünür kılarak, açıkça manevi hak düzenlemelerinde bulunmuştur.

Manevi haklar, mali haklar aracılığıyla korunabilir şeklinde bir varsayım, beraberinde sakıncalar da getirir. Bu varsayım bir adım daha ötede, manevi hakların mali haklara indirgenmesi endişesine yol açar. Mali hakların kaderine bağlanmış, kimi zaman zorlama yorumlarla elde edebilecek bu tür bir manevi hak koruması, kuşkusuz hukuk güvenliği açısından da tehlike oluşturabilir.

Manevi hakların mali haklar aracılığıyla, dolayısıyla korunmasında en çok üzerinde durulan manevi hak eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi veya başka bir deyişle eserin bütünlüğü üzerindeki haktır.

Eserin bütünlüğü üzerindeki hakkın, çoğaltma hakkı (right of reproduction) aracılığıyla korunabileceği ileri sürülür. İşleme hakkı da bu konuda etkin ve tamamlayıcı bir koruma sağlayabilir. Bu düşüncenin çıkış noktası şudur: Eser sahibinin eseri üzerinde arzu etmediği değişiklikler, eserin çoğaltılması aşamasında

meydana gelir. Aynı şekilde, eser sahibinin izni olmadan işleme eser meydana getirilirken de, eser sahibinin istemediği değişiklikler yapılmış demektir¹⁷⁸⁹.

İşleme hakkının manevi hak korumasında bir rol üstlenebilmesi için, eser üzerinde yapılan değişikliklerin yeni bir eser meydana getirmeye yetecek ölçüde özellik, hususiyet (a level of originality) taşıması gerekir¹⁷⁹⁰. Eser üzerinde yapılan değişiklik yeni bir eser ortaya çıkarmışsa, işlenen eser¹⁷⁹¹ sahibi izni alınmaksızın işleme eserin meydana getirilmesinde kendi eserinden yararlandıığını ileri sürebilir. Eser üzerinde yapılan değişiklikler, yeni bir eser meydana getirecek ölçüde değilse bu takdirde işleme hakkının ihlalinden sözedilemeyecek; dolayısıyla işleme hakkı aracılığıyla bir manevi hak koruması sağlanamayacaktır.

Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin mali haklara mündemiç bir hak (incentive theory) olduğu üzerinde de durulmuştur¹⁷⁹². Eser sahibinin eseri üzerinde bir denetim yetkisi olduğu ve bu yetkisinin izni olmaksızın eser üzerinde yapılan değişiklikleri de kapsayacağı vurgulanmıştır¹⁷⁹³.

Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin yanında Kıta Avrupası Hukukunda eser sahibinin manevi hakları arasında sayılan umuma arzetme yetkisi ABD Hukukunda manevi hak statüsünde değildir. Bununla beraber, eser sahibinin mali nitelikli yayma hakkının (the economic right to publish) bir ölçüde umuma arzetme hakkının yerini doldurabilir¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁸⁹ **ADENEY**, s.530.

¹⁷⁹⁰ *Peker v. Masters Collection* 96 F Supp 2d s.216 vd. (EDNY 2000); *Wojnarowicz v.American Family Association* 745 F Supps. 130 vd. (SDNY 1990)

¹⁷⁹¹ Yararlanılan esere “source-work” ismi verilmektedir. Source-work kavramı işleme eser kavramı çerçevesinde, işlenen eser olarak dilimize aktarılabilir. Kuşkusuz, bir eserden yararlanmak suretiyle meydana getirilen her eser işleme eser olmayacaktır. Bu takdirde yararlanılan eseri, kaynak eser “source work” olarak nitelendirmek isabetli olacaktır.

¹⁷⁹² **ADENEY**, s.533.

¹⁷⁹³ *Gilliam v. American Broadcasting Companies Inc* 538 F 2d 14 (2d Cir 1975). Dava konusu olayda, film eserinin yüzde otuz varan bir ölçüde kısaltılması sözkonusuydu.

¹⁷⁹⁴ Ancak, yayma hakkı devredilebilir (alienable) bir haktır. **ADENEY**, s.532.

Eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisine ilişkin olarak kişiliği koruyan hükümlerden ve hatta haksız rekabet hükümlerden¹⁷⁹⁵ yararlanabileceği üzerinde durulmaktadır¹⁷⁹⁶.

Öte yandan eser sahibinin umuma arz etmek istemediği bir eserin izni olmaksızın umuma arzedilmesi, eser sahibinin özel alanına yapılan haksız bir müdahale suretiyle kişilik hakkının (right of privacy) ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Eser sahibinin eserini kendi ismini koymadan veya takma bir isimle umuma arz etmesi konusundaki menfaati de kişilik hakkı çerçevesinde korunabilecektir¹⁷⁹⁷

¹⁷⁹⁵ ABD'nin marka kanunu olarak anılan Lanham Kanunu'nun 43 (a) hükmü, menşein yanlış gösterilmesi (false designation of origin) ölçütünden hareket etmektedir.

¹⁷⁹⁶ ADENEY, s.535.

¹⁷⁹⁷ ADENEY, s.538.

SONUÇ

Eser sahibinin haklarının mali haklar ve manevi haklar şeklinde bir ayrıma tabi tutulması, bu iki hak grubunun birbirinden tamamen bağımsız ve ayrı bir şekilde değerlendirilmesini haklı kılmaz. Her iki hak grubunun birbirini dışlamayıp, bir bütün olarak eser sahibinin menfaatlerini koruduğu düşüncesinden hareketle, mali hakların manevi menfaatleri manevi hakların da mali menfaatleri korumaya bir ölçüde hizmet ettiği de belirtilmelidir.

Eser sahibinin haklarını açıklamada kullanılan monist teori, dualist teori ve eser sahipliği teorisi gibi teoriler arasında, eser sahibinin menfaatlerinin korunması bakımından, bir derecelendirme yapmak mümkün değildir. Öte yandan aynı teoriyi benimsemiş gözükten ülke hukuklarında da önemli farklılıklara rastlanabilmektedir.

Eser sahibinin manevi haklarının, eser sahibinin kişiliğiyle olan ilişkisi “eser sahibinin manevi hakları” ile “eser sahibinin kişilik hakları” arasındaki ilişki konusunda değerlendirmeler yapılmasını gerektirmektedir. Kişilik hakkını oluşturan kimi değerlerin öne çıkan malvarlığı değeri ve bu değerlerin lisans sözleşmesine konu olması, “kişilik haklarının ticarileştirilmesi” olgusunu ortaya çıkarmıştır. Kişilik hakları alanındaki bu gelişmelerin eser sahibinin manevi hakları bakımından takip edilmesi gerekli bir örnek olduğu kabul edilse ve hatta “manevi hakların ticarileştirilmesi” kavramı ortaya atılsa dahi, gerek kişilik haklarının gerekse manevi hakların, bir kişinin malvarlığından tamamen çıkıp diğer kişinin malvarlığına geçmesinin mümkün olmadığı bilinmelidir. Başka bir deyişle, gerek kişilik haklarına gerekse manevi haklara ilişkin literatürde kullanılan “devir” kurumu hakkın kendisinin değil hakkın kullanımının devrini ifade eder. Kişilik hakları ve manevi haklar bakımından “Hakkın kullanımın devri” kurumu da, kişinin veya eser sahibinin borçlandırıcı nitelikte bir katlanma yükümlülüğü altına girmesi olarak yorumlanabilir.

Umuma arz yetkisi, manevi hak olma özelliğinin yanında, eserin ekonomik bakımdan değerlendirilmesi için önşart işlevini görür. Mali haklar, umuma arz yetkisinin kullanılmasıyla birlikte etkili hale gelir.

Adın belirtilmesi yetkisi, eser sahibine eserini, adının veya takma adının yanısıra adsız-anonim olarak da umuma arzetme ve yayımlama imkanı verir. Eser sahibi meydana getirdiği eserde kendi isminin değil de başkasının isminin geçmesine izin verir ve bu konuda sessiz kalma yükümlülüğü altına girerse, gölge yazarlık (ghost-writer) sözleşmesi kurulmuş olur. Bu tür sözleşmelerde tarafların anlaşığı nokta, gölge yazar diye nitelendirilen gerçek eser sahibinin sessiz kalmak suretiyle, adını kamuya açıklamamasıdır.

Eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi, sadece eser üzerinde değişiklikler yapılması karşısında savunma hakkı veren bir yetki olmayıp, eser üzerinde değişiklik yapılmasına izin vermeyi de kapsayan bir yetkidir. Bu yetkiyle, bir taraftan eserin bütünlüğüne yönelik tecavüzleri önleme, durdurma ve/veya giderme amaçlanırken, diğer taraftan eser sahibinin izniyle eserin bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin sınırı belirlenir.

Eserin bütünlüğüne yönelik müdahaleler, doğrudan müdahaleler ve dolaylı müdahaleler şeklinde ikiye ayrılabilir. Eserin kendisine yönelen müdahaleler, doğrudan; eserin kendisinde değişiklik yapmayan ancak sunulma biçimiyle eserin ifade bütünlüğünü, fikri özünü bozan müdahaleler de dolaylı müdahale olarak değerlendirilir. Dolaylı müdahale kavramı, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin geniş bir uygulama alanı bulmasını sağlar.

Eserin bütünlüğüne yönelik müdahalenin son noktası, eserin imhasıdır. Eserin imhası da, eseri değiştirme yasağı kapsamındadır. FSEK md.16'nın sözünde, eser sahibinin eserin yok edilmesi karşısında korunup korunmayacağı noktasında açık bir ifadeye rastlanmaması farklı bir yorumu haklı kılmaz. Çoğun içinde azı da vardır özdeyişi, hem FSEK' md.16'nın sözünü doğru bir şekilde yorumlatır hem de FSEK md.16'nın özünde (ruhunda), eserin yok edilmesine imkan verecek bir hüküm olamayacağını doğrular. Eserin değiştirilmesini -değişiklik eserin anlamını olumlu anlamda değiştirirse dahi- yasaklayan hüküm, eserin fiziki varlığını tamamen veya

kısmen yok etmeyi öncelikle yasaklar. Kaldı ki, FSEK md.16'nın bu konuda bıraktığı tartışma aralığını, FSEK md.17 hükmü kapatır. Eser sahibinin zilyed ve malike karşı haklarını düzenleyen FSEK md.17 f.3, aslın malikinin eseri bozamayacağı ve yok edemeyeceğini vurgular. Eseri eşya hukuku anlamında kazanmış bir kimsenin, eşya hukukunca kendisine tanınmış eşyayı yok etme yetkisi Fikri Hukuk alanında etkisiz kalabiliyor ve elinde alınabiliyorsa, eseri yok etme noktasında eser sahibinden başka hiç kimsenin hak sahibi olmadığı öncelikle – a fortiori- kabul görür.

Eser sahibinin eseri üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi kimi sınırlamalara tabidir. İşleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zorunlu görülen değiştirmeler eser sahibinin özel bir izni olmaksızın da yapılabilir. Eser üzerinde değişiklik yapılması eser sahibi ile eserden yararlanan kişinin menfaatlerini karşı karşıya getirir. Karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi ve varılacak sonuç bakımından çeşitli ölçütler kullanılabilir: “İş ve hizmet ilişkisinin varlığı”, “lisans hakkının kullanılması”, “eserin kullanım amacı”, “kamu menfaati”, “eserin özelliği”, “eserin sanatsal konumu” ve “değişikliklerin kamu tarafında öğrenilme olanağı” gibi noktalar, eser üzerinde değişiklik yapılması önleme yetkisinin ihlal edilip edilmediği ve edildiye bu ihlalin ağırlığını belirlemede önemli bir işlev üstlenirler.

Eser sahibi mali haklarına ilişkin olarak devir veya lisans sözleşmesi yaptığında, sözleşme konusu mali hakların kullanılmasının gerektirdiği ölçüde değişiklik yapılmasına katlanma yükümlülüğü altındadır. Eser sahibi, mali hakların kullanılmasının gerektirdiği ölçüde, eserinde değişiklik yapılmasına (zımni) izin vermiş sayılmalıdır. Mali haklara ilişkin devir veya lisans sözleşmesinde eser üzerinde değişiklik yapılması konusu, genelgeçer ve götürü bir hükümle geçirilmişse, değişiklik yetkisinin kapsamı amaçla sınırlı devir teorisi yardımıyla açıklığa kavuşur.

Eser sahibi eseri üzerinde yapılacak değişiklikleri somut olarak belirledikten sonra, eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisine dayanarak bu değişikliklere itiraz edememeli, yapılan değişiklikler sözleşmenin gereği olarak hukuka uygun görülebilmelidir. Eser sahibi manevi haklarını, sözleşmenin amacını tehlikeye sokacak bir şekilde kullanamamalıdır.

Eser sahibinin izni olmadan eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve değiştirmeler yapılması durumunda, eser sahibinin manevi hakkı ihlal edilmiş demektir. Eser sahibinin ayrıca, izinsiz yapılan bu değişikliklerden ötürü bir rahatsızlık duyduğunun, dūřünsel ve kişisel menfaatlerinin zedelendiğinin araştırılmasına gerek yoktur. FSEK md.16'da böyle bir ek řart getirilmemiştir. Aynı şekilde, eser sahibinin mali hak devrettiği veya lisans hakkı tanıdığı kişilerin bu haklarını kullanırken yapmaları zorunlu görülen değişilikler dışında kalan değişiklikler de ek bir menfaat ihlaline gerek kalmadan hukuka aykırı sayılırlar. Kanunun kapsadığı bu olasılıklarda, eser sahibinin kanun tarafından güvence altına alınmış manevi menfaatleri ihlal edilmiş demektir.

Eser sahibinin mali hakları gibi manevi hakları da kamu düzeni, kamu yararı ve özel menfaat gibi gerekçelerle sınırlamalara tabi tutulduğunda, bu sınırlamaların da bir sınırı olduğu unutulmamalıdır. Eser sahibinin haklarının sınırlandığı hallerden biri olan iktibas (alıntı) serbestisinin kötüye kullanılması hukuken korunmaz: Alıntı yapılan eserin bölümlerini, eserin bütününe yaygın anafikrin yanlış anlaşılacak bir şekilde sunumu, eser sahibinin manevi haklarını zedeleyen bir değişiklik olarak değerlendirilebilecek ve alıntı özgürlüğünün açılmasından, kötüye kullanılmasından söz edilebilecektir.

Mimari eserin sözkonusu olduğu durumlarda, eserin eşya hukuku anlamındaki maliki ile eser sahibinin menfaatleri kimi durumlarda çatışacaktır. Mimari eserin malikinin eser sahibinin izni olmaksızın yapı üzerinde değişiklikte bulunup bulunamayacağı noktasında FSEK md.16 f.2'de yer alan "zorunlu değişiklikler" istisnası yol gösterici olabilir: FSEK md.16 f.2'de izin verilen zorunlu değişikliklerin lafzi yorumu doğrultusunda mimari eserler lehine bir sonuç doğmayacağı; çünkü değişikliğin mimari eserin işlenmesinde, çoğaltılmasında, yayımında veya umuma arzında ortaya çıkmadığı, değişikliğin mimari eserin yapı maliki tarafından yaşam alanı haline getirilip, bu çerçevede mimari eserden yararlanılması sürecinde gerçekteşiği savunulsa bile, yapı malikinin eser üzerinde yapacağı kimi değişikliklere katlanma yükümlülüğü işin mahiyetinden ve dürüşlük kuralından hareketle kabul edilebilir. O halde, menfaatlerin dengelenmesi sürecinde, yapı malikinin ihtiyaçları ve kamu

yararı gibi gerekçelerle, mimari eserde yapılması gerekli değişiklikler hukuka uygun sayılmalıdır.

FSEK’te eser sahibine tanınmış cayma hakkının ne mali haklar ne de manevi haklar başlıkları altında yer almış olması bu hakkın “diğer haklar” başlığı altında değerlendirilmesini mümkün kılabilir. Öte yandan böyle bir kategori yerine, bu hakkın eser sahibinin daha çok manevi menfaatlerini tatmin etmede bir işlev üstlendiği görüşünü öne alarak, manevi haklar arasında sayılması düşünülebilir. Bu bağlamda, eser sahibinin dar anlamda manevi hakları ve geniş anlamda manevi hakları şeklinde bir ayırım ortaya çıkar.

Eser sahibi cayma hakkını mevcut FSEK düzenlemesi doğrultusunda, mali hakkın kendisini veya kullanma yetkisini devralan kişinin bu haktan gereği gibi yararlanmaması sonucunda kullanacaktır. Böyle bir düzenlemeyle, eser sahibinin eserini bir an önce kamuya sunması ve bu suretle ününün artırması ve bu bağlamda manevi bir tatmin sağlanması da amaçlanmış olmalıdır. Bu bakımdan, geniş anlamda manevi hak kavramı kabul edilecek olursa cayma hakkı bu ayırımı kendine yer bulacaktır.

Eser sahibinin izniyle eserden mali açıdan yararlanmak isteyen kişilerin bu konuda gereken özeni göstermeyip, eserden yararlanmamaları ve dolayısıyla eserin sınırlı ve yetersiz sayıda bir çevreye ulaşmış olması karşısında, eser sahibi cayma hakkını kullanabilir.

Eser sahibinin, eserinde yansıttığı ve eserine işlediği düşünceleri ve hatta eserindeki sanat anlayışını artık savunmaması nedeniyle; değişen kanaati nedeniyle cayma hakkı FSEK’te açıkça düzenlenmemiş bir cayma hakkı türüdür. Kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen kişilik haklarından söz ederek eser sahibinin sanat anlayışının değişmesi gibi sübjektif bir gerekçe ile cayma hakkı tanınması eleştiriye açık olsa da, FSEK md.14 f.3 eser sahibinin değişen kanaati dolayısıyla cayma hakkının tanınmasına yardımcı olabilir: “Eserin umuma arz edilmesi... sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması ve yayınlanmasını menedebilir” şeklinde düzenlenmiş FSEK md.14 f.3 hükmünde

geçen “yazılı izin” ifadesinin lisans sözleşmesini de kapsadığı ve yine hükümde yer alan “menetme”nin sözleşmeden caymayı da kapsayacak bir kurum olduğu ileri sürülebilir. Bu noktada değişen kanaat kavramının sübjektif bir ölçüt olduğu son derece doğru olsa da, şeref ve itibar kavramlarının da keskin hatlara sahip olmayan kurumlar olduğunu hatırlatmak yerinde olur. Başka bir deyişle, bir kişinin dolayısıyla eser sahibinin artık arzu etmediği işleriyle; eserleriyle kamu tarafından erişilebilir olması bu kişinin, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek bir düzeye gelebilir. Bu durumda, eser sahibinin değişen kanaati nedeniyle cayma hakkı, şeref ve itibarının zedelenmesi şartına bağlı olan bir cayma hakkı olarak, FSEK md.58’de düzenlenmiş cayma hakkından belirgin bir şekilde ayrılır.

Eser sahibinin manevi hakları sınırlı sayı ilkesine tabidir. Manevi hakların sınırlı sayı ilkesine tabi olmasından, kanunda öngörülmeleyen bir yetkinin manevi hak olarak nitelendirilememesi anlaşılmalıdır. Bu demek oluyor ki, kanunda eser sahibinin menfaatlerinden ve haklarından biri olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, açıkça ne mali haklar ne de manevi haklar arasında sayılmış hakları manevi hak olarak yorumlamak mümkün olabilir. Söz konusu hakkın, eser sahibinin mali menfaatlerinden çok manevi menfaatlerini korumak için düzenlenmiş bir hak olduğu tespit edilebiliyorsa, kanunda düzenlenmiş, ancak mali hak ve manevi hak kategorisi dışında kalmış bu hak (geniş anlamda) manevi hak olarak değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan, kanunda aşırı eleştiriyi önleme yetkisi şeklinde bir hak tanınmadığı için, böyle bir yetki manevi hak olarak kabul edilmeyecekken, kanunda düzenlenmiş cayma hakkı geniş anlamda manevi hak kategorisi içinde kendine yer bulabilecektir.

FSEK md.26, eser sahibine tanınan mali hakların zamanla sınırlı olduğunu öngörürken, hemen aradından FSEK md.27 bu sınırlamanın süresini belirler: Koruma süresi eser sahibinin yaşadığı ve ölümünden itibaren 70 yıl süredir. Manevi haklar bakımından her iki hükmün sessizliği, eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıllık süreyi sonsuza tamamlama tartışmalarını tetikler. FSEK md.19 f.5’de “...yahut ikinci fıkrada belirlenen süreler (70 yıl) bitmişse, eser memleket kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür Bakanlığı 14, 15, 16’ıncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir.” Bu hüküm, açık ve tartışmasız bir şekilde manevi hakları sonsuz bir koruma süresine kavuşturmaz. Ancak, şu tesbitin yapılmasını da zorlaştırmaz: Eser sahibinin manevi hakları, eser

sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl sonra tamamen olmasa da bazı yetkiler bakımından ve sadece Kültür Bakanlığı aracılığıyla korunabilecek haklar düzeyine iner. Kültür Bakanlığının bu yetkiyi kullanması ise, hükümde de belirtildiği üzere süreye bağlı değildir. Dolayısıyla manevi haklar bakımından kimi ülke hukuklarında açık bir kanun hükmüyle kabul edilen ebedi koruma, FSEK’te açık bir hükmün yokluğunda yorum yoluyla ve sınırlı bir şekilde kabul görebilir.

Eser sahibinin ölümü, sadece mali haklarına değil manevi haklarına da etki edecektir. Mali hakların tipik bir malvarlığı değeri olarak görülüp, eser sahibinin ölümü sonrasında mirasçılara intikali, manevi haklar bakımından geçerlilik taşımaz. Manevi hakların eser sahibinin kişiliğine bakan yönü bu bakımdan kanun koyucuyu özel bir düzenleme yapılmasına (FSEK md.19) götürmüştür. Eser sahibinin manevi hakları eser sahibinin genel kişilik hükümleri ile aynı görülmemiş ve kişilik hakkı ölümle son bulan, manevi hak ise ölüme rağmen korunmaya devam eden haklar olarak hukuk düzeni içinde yerini almıştır.

Eser sahibinin mali hakkını veya mali hakkını kullanma yetkisini devralan sözleşme tarafı, mali haklardan gereği gibi ve hatta istediği gibi yararlanabilmek için sözleşmeye kendi lehine olacak şekilde manevi haklara ilişkin hükümler de koymak istemektedir. Eser sahibi de bu isteğe ortak olabilmektedir. Eser sahibinin manevi haklarını konu olan hukuki işlemler sınırlamalara tabidir. Eser sahibi mali haklarını devre veya vazgeçmeye konu yaparak mali haklar üzerinde hakimiyetine son verebilirken, manevi haklar yapılan işlemin türü ve niteliği ne olursa olsun, eser sahibinin hakimiyetinden tamamen çıkmazlar.

Mali hakların korunması ve kullanılması konusunda yetkin ve etkin bir konumda bulunan meslek birlikleri, manevi hakların korunması bakımından aynı etkinlikte bulunamazlar. Meslek birlikleri, eser sahibinin mali haklarını koruma ve kullanmada “devir” kurumu eşliğinde çalışıp, mali hakkın sahibi olarak eser sahibinden farksız bir biçimde mali hakların korunmasını ve kullanılmasını sağlarlar. Mali haklar meslek birlikleri aracılığıyla kollektif olarak etkin bir şekilde korunabilirken, manevi hakların, mali haklar gibi devri sözkonusu olamayacağından, manevi hakların etkin korunma biçiminin eser sahibi aracılığıyla bireysel olarak sağlanabileceği düşüncesi ağır basmaktadır.

Mali haklara ilişkin sözleşmeler FSEK md.52 gereğince yazılı şekil şartına tabiiyken, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerde geçerlilik şartı olarak yazılı şekilden sözedilemez. FSEK md.14 f.3 ve FSEK md.16 f.3’de geçen yazılı izin ifadesi, mali haklardaki FSEK md.52’nin işlevini görmez. FSEK md.16 f.3, eser sahibinin yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmelerin menedebileceğini düzenler. Hüküm, eser sahibinin sadece yazılı izin verme değil sözlü izin verme yetkisine de sahip olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Ancak, eser üzerinde değişiklik yapma yetkisi “işleme hakkı” kapsamında veriliyorsa, o takdirde izin -bir mali hak sözkonusu olduğundan- FSEK md.52 uyarınca yazılı olmalıdır.

Bir hukuki işlem sadece manevi hakları da konu alabilir. Bu durumda, manevi haklara ilişkin hukuki işlemlerin yazılı olmaması gerektiği düşüncesi daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Eser sahibi eserinin kendi ismiyle değil de müstear adla yayınlanmasını istiyorsa, bunu sözlü olarak yapabilmelidir. Eser sahibi yayımcıya çoğaltma ve yayma hakkı verirken de bu isteğini belirtir. Bu durumda da yazılılık geçerlilik şartı değildir. Ancak, mali haklarına devrine ilişkin yapılan sözleşmeyle birlikte büyük bir olasılıkla manevi hakka ilişkin bu talep de yazılı hale getirilecektir. Buradaki yazılılık bir zorunluluktan değil, mali haklarla manevi haklara ilişkin işlemlerin birlikte yapılması ve mali haklara ilişkin işlemler yazılı hale getirilirken bundan manevi hakların da yararlandırılmasıdır.

Manevi hakları konu olan işlemler de, hangi manevi hakkın kullanımı konusunda açıkça bir hüküm yoksa, amaçla sınırlı devir teorisi eşliğinde, sözleşmenin amacı doğrultusunda sözleşme tarafının manevi hakları kullanabileceğini belirtmek gerekir. Burada kullanılan devir kelimesi, bir malvarlığı değerinin başka bir malvarlığına geçmesi olarak değerlendirilmemelidir. Burada, borçlandırıcı nitelikte bir katlanma yükümlülüğünden söz etmek gerekecektir. Amaçla sınırlı devir teorisinin sözleşmenin yorumlanmasında öne çıkan bir kurum olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Bu teorinin, aslında sözleşmenin yorumunda kullanılan araçlardan biri olduğunu, bu bakımdan tamamen fikri hukuka özgü olmadığını söylemek yanlış olmaz.

İş ve hizmet ilişkileri kapsamında meydana getirilen eserlerde, eserden ekonomik anlamda azami fayda elde etmek isteyen işveren karşısında, eser sahibi onu meydana getirendir ilkesi ile eser sahipliğini kazanmış ve bu yönüyle manevi hakların sahibi sayılan işçi kimi ödümler vermiş sayılacaktır. İşçi-eser sahibi, manevi hakları işverenin eserden ekonomik açıdan yararlanmasını önleyecek tarzda kullanmamalıdır. İşverenin manevi haklar konusunda hiçbir yetkisi olmadığını savunmak, mali haklardan hiç veya gereği gibi yararlanılmamasına neden olur. Mali hakların kullanılabilmesi için umuma arz yetkisinin kullanılmasının olmazsa olmaz bir şart olduğu açıktır. Eserin umuma arzı bakımından yeterli olgunluğa ulaşmış olmadığı noktada karar verme yetkisinin işçi-eser sahibine değil de işverene ait olduğunun kabulü haksız görülmemelidir. Umuma arz yetkisi konusunda çalıştırana söz hakkı tanımayıp, bu yetkinin tamamen işçi-eser sahibine ait olduğunu savunmak, işçi-eser sahibinin her zaman için eserin umuma arz edilmeye hazır olmadığını ileri sürerek, işverenin eserden mali açıdan yararlanmasına engel olma tehlikesini taşır. İşçi-eser sahibinin arzusuna aykırı olarak veya biçimde umuma arz edilen eserde, menfaatlerin dengelenmesi bakımından, işçi-eser sahibinin isminin belirtilmemesi yoluna gidilebilir. İşverenin, eseri umuma arz yetkisinin kapsamı ve sınırı, mali haklardan yararlanabilmesinin gerektiği kadar olmalıdır. İşveren, işçi-eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek tarzda eseri umuma arz etmişse, işçi-eser sahibinin umuma arzı durdurması FSEK md.14 f.3'ün gereğidir.

İşçi ile işveren arasında yapılan sözleşmede işverenin eser üzerinde yapacağı değişiklikler konusunda açıkça bir düzenleme yapılmamış olsa da, işverenin eserden ekonomik açıdan yararlanabilmesinin gerekli kıldığı ölçüde değişiklikler yapabilmesi kabul edilmeli, bu değişiklikler FSEK md.16'daki eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi gerekçe gösterilerek önlenememelidir.

Sözleşme ile manevi hakları kullanma konusunda yetki sahibi olan kişi, bir üçüncü kişinin müdahalesine maruz kalırsa şu üç olasılık ortaya çıkar: Birinci olasılıkta, manevi hakkı sözleşme ile kullanma yetkisine sahip olan kişi bu durumu eser sahibine bildirerek, bu tecavüzün son bulması için gerekli hukuki yollara başvurmasını isteyebilir. İkinci olasılık, manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişiye eser sahibini devreye sokmadan doğrudan kendisinin bu müdahaleye son vermesi imkanı tanınabilir. Ancak böyle bir imkanı savunan görüşün zayıf noktası şu

olur: Manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişinin hakkı, nisbi bir hak olarak değerlendirilecekse, sadece eser sahibine ileri sürülebilecektir. Üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek mutlak bir hakka sahip olmayacaktır. Fikri hukuk alanına ilişkin borçlandırıci nitelikte sözleşmelerin üçüncü kişilere ileri sürülmesini sağlayabilecek bir hukuki kurum olmadığına göre, üçüncü kişilerden gelebilecek ihlallere karşı manevi hakları kullanmaya yetkili olan kişi olsa olsa BK md.41 f.2'ye (ahlaka aykırı fiille kasten başkasına zarar verme) dayanarak dava açabilir.

Üçüncü bir olasılık, manevi haklara kullanmaya yetkili olan kişilerin aynı zamanda mali hak sahibi olmaları durumunda, mali haklarına dayanarak dava açmaları ve doğrudan olmasa da dolaylı yoldan manevi haklara ilişkin kullanma yetkilerinin korunması olabilir. Örneğin, eser sahibinden işleme hakkını devralmış kişi, işleme hakkı kapsamında kalmak üzere, eser üzerinde kendisinin izni olmadan değişiklik yapan kişiye mali (işleme) hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açarak, FSEK md.16'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapma yetkisini dolaylı da olsa korumuş olur. Ancak, bu durumlarda unutulmamalıdır ki, eser sahibi her zaman için manevi haklarını koruma konusunda yetkili olacaktır.

Mali hak devralmış olanların manevi haklara ilişkin olarak talepte bulunmalarına kanun istisnai olarak imkan tanımıştır. FSEK md.19 f.3'e göre, "Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyyetli olanlar, salahiyyetlerini kullanmazlarsa; eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16'ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilirler." Mali hak sahipleri, mali haklarına tecavüz halinde başvurabilecekleri hukuki koruma ve giderim imkanlarıyla yeterince korunmuşlardır. Ancak eser sahibinin veya diğer yetkili kişilerin eser sahibinin manevi haklarını yeterince korumamaktan ötürü ortaya çıkan durum, mali hak sahiplerinin eserden mali açıdan yararlanmasını önüyor veya azaltıyorsa, mali hak sahiplerinin FSEK md.14, md.15 ve md.16 hükümlerinin üçüncü fıkralarından yararlanmalarında meşru menfaatleri olduğu kabul edilebilir. Bu durumlarda dahi amaç, mali hak sahibinin eserden ekonomik açıdan yararlanmasını sağlamak olduğuna göre, onun manevi tazminat davası değil de tecavüzün kaldırılması ve tecavüzün önlenmesi gibi taleplerden yararlandırılması düşünülebilir.

Eser sahibinin ölümü sonrasında meydana gelen manevi hak ihlalleri bakımından FSEK md.19 f.2 uyarınca manevi tazminat davası açılabilmesi kabul edilmelidir. FSEK md.19 f.2'ye göre, "Eser sahibinin ölümünden sonra birinci fıkrada sayılan kişiler eser sahibine 14, 15 ve 16'ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl içinde kendi namlarına kullanabilirler". FSEK md.14 f.3, md.15 f.3 ve 16 f.3'de doğrudan doğruya manevi tazminat talebinden söz edilmemesi, manevi tazminat talebine engel oluşturmamalıdır. Eser sahibi sağlığında nasıl ki, bu hükümlerde açıkça manevi tazminattan söz edilmemesine rağmen FSEK md.70 f.1'e dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabiliyorsa, öldükten sonra da FSEK md.19'da sayılan kişiler FSEK md.70 f.1'e dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilirler. FSEK md.19 f.2'de geçen "kendi namlarına kullanabilirler" ifadesinin anlamı da bu olmalıdır. FSEK md.14 f.3'de eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette umuma arz veya yayımlanma tarzından, FSEK md.16 f.3'de ise eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerden söz edilir. Eser sahibi öldüğüne göre, eser sahibinin şeref ve itibarından nasıl söz edilecektir? Bu noktada, eser sahibi yaşamış olsaydı bu değişikliklerin onun için ifadeceği anlam konusunda bir araştırma yapmak ve sonuca varmak zordur. FSEK md.16 f.3'de ifade edilen eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişiklikler bu konuda ölçü olarak alınabilir. Aynı şekilde, eserin mahiyet ve hususiyetini bozacak şekilde yapılan bir umuma arz da, manevi tazminata konu olabilecek bir zarar olarak değerlendirilebilir.

Eser sahibinin sağlığında, eser sahibinin izni olmadan yapılan değişikliklerin ve umuma arz veya yayımlanma tarzının eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemiş olup olmadığı manevi tazminat miktarının takdirinde bir rol oynarken, eser sahibinin ölümünden sonra meydana gelen manevi hak ihlallerinde FSEK md.19'da sayılan kişilerin md.19 f.2'ye dayanarak açacakları manevi tazminat davasında eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmiş olması gibi bir unsur dikkate alınmayacaktır. FSEK md.19 f.2'de geçen "kendi namlarına kullanabilirler" ifadesinin FSEK md.19 f.1'de sayılan kişilerin şeref ve itibarını zedeleyecek umuma arz veya değişiklikleri kapsamadığı kabul edilirse, ölüm sonrası manevi haklara ilişkin koruma sadece eserin mahiyet ve hususiyetini zedeleyen değişiklikler ve umuma arz ile sınırlanırsa bu durumda, hükmedilecek manevi tazminat miktarı daha düşük olabilecektir.

FSEK md.68’de yer alan lisans bedelinin üç kat fazlası talebi, cezai nitelikte bir taleptir. Özel hukuk cezası niteliği taşır. Mali hakların ihlaline ilişkin olarak getirilmiş özel bir hükmün, kıyasen manevi haklara uygulanmaması gerekir. Esasen -kusursuz sorumluluğun da ötesinde- “zararsız sorumluluk” getiren bu çok istisnai hükümlerin yorum ve kıyasla genişletilmesi caiz değildir. Ancak, zararın hesaplanmasına ilişkin bir metod olarak, lisans bedelinin üç kat fazlası değil de sadece “lisans kıyaslaması” uygulama alanı bulabilir. O halde, manevi hak ihlallerinden kaynaklanan malvarlığı zararları için, mali haklarda olduğu gibi lisans bedelinin üç katı talebi gibi zararı aşan ve bu yönüyle cezalandırmaya yönelik bir talep değil de, kaybedilen sözleşme fırsatlarının meydana getirdiği zararı gidermeye yönelik yalın bir lisans bedeli talebinde bulunmak mümkündür.

Birden fazla manevi hak ihlali sözkonusu olduğunda, bu manevi hakların farklı kişiler tarafından ihlal edilmesi de mümkündür. Eser sahibinin izni olmaksızın eseri umuma arzeden kişi ile bu eserde eser sahibinin izni olmadan değişiklikler yapan kişinin farklı kişiler olması mümkündür. Bu durumda eser sahibi, kendi izni olmaksızın eseri umuma arzeden kişiyi, eserinin izni olmadan değişiklik yapılmasından dolayı sorumlu tutamamalıdır. Eser sahibinin eserini izni olmaksızın umuma arzeden kişi, eser sahibinin umuma arz yetkisine tecavüzde bulunmuş demektir. Bu fiilden sonra, üçüncü bir şahsın fiiliyle eser sahibinin başka bir manevi hakkı ihlal edilerek manevi zarar doğmuşsa, bu ilave manevi zararlar başlangıçtaki tecavüz arasındaki uygun illiyet bağı kesilmiş olur.

Bir manevi hakkı ihlal eden, tüm manevi hakları ihlal etmiş demektir şeklinde bir ilke getirmek kanun koyucunun manevi hakları kategorik bir şekilde ayırma tabi tutma çabasıyla çeliştiği gibi, her bir hakkın farklı koruma alanları olduğunun inkar edilmesi demektir. Manevi hakların koruma alanlarındaki kimi kesişmeler, kimi ayrılıkları dışlamaz.

Manevi hak ihlalleri çoğunlukla, mali hak ihlalleriyle birlikte meydana gelse de, sadece manevi hak ihlalinin sözkonusu olduğu durumlar da vardır. Eser sahibinin izni olmadan eserin içeriği hakkında bilgi verme durumunda, hiç bir mali hak ihlali yokken FSEK md.14 f.2 ihlal edilmiş olacaktır. Çoğaltma ve yayma hakkı sahibinin eseri eser sahibinin isteği dışında bir adla çoğaltması ve yayması durumunda, mali

hak ihlali olmamakla beraber FSEK md.16’da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi ihlal edilmiş olacaktır. Eserin adı da esere dahil olup, eser sahibinin izni olmadan değişiklik yapılamayacak bir eser unsurudur.

KAYNAKÇA

ADENEY,Elizabeth, The Moral Rights of Authors and Performers, Oxford University Press, 2006.

AKIN, Levent, Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları, Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s.105-146.

AKKANAT, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

AKBIYIK ARKAN, Azra, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Alfa Yayınları, İstanbul 1999.

ALEMDJRODE, Richard, Das Urheberpersönlichkeitsrecht auf dem Prüfstand der Informationsgesellschaft, LIT Verlag, Münster 2005.

ALFELD, P, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, München 1928.

ALTENBURG, Dorothee, Die neuere Entwicklung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Deutschland und Frankreich, München 1993.

ARKAN, Azra, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

ARMUS, Torben “Die Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Europa”, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2004.

ARPACI, A., Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2.bası Beta Yayınları, İstanbul 2000.

ARSLANLI, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1954.

ATAAY, A., Şahsın Hukuku: Giriş-Hakiki Şahıslar, İkinci bası, İstanbul 1969.

- ATAMER**, Yeşim, Sözleme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001.
- ATEŞ**, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.
- AYDINCIK**, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayıncılık 2006.
- AYİTER**, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.
- AYRANCI**, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- BAPPERT**, Walter, Wege zum Urheberrecht, Frankfurt am Main, 1962.
- BARRELET**, Denis/**EGLOFF**, Willi, Das neue Urheberrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000.
- BAYAMLIOĞLU**, İbrahim Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- BAYGIN**, Cem, Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s.145-174.
- BEITZ**, Charles R. "Moral Rights of Creators of Artistic and Literary Works", The Journal of Political Philosophy: Volume 13, Number, 2005, s.330-352.
- BELEN**, Herdem, Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- BEŞİROĞLU**, Akın, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar- Fikir Hukuku, Birinci Cilt Temel Kurallar, Ankara 2002.
- BAUM**, Alfred, Über das Dorit moral, seine Ausübung und seine Dauer, GRUR Int.1965, s.418 vd.
- BEIER**, Nils, Urheberrechtliche Schutzfrist, München 2001.
- BEUTHIEN**, Volker/**WASMANN**, Dirk, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz- Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung, GRUR 1997, s.255 vd.
- BIELLENBERG**, Eduard, Das Urhberrechtlich schützbares Werk und das Urheberpersönlichkeitsrecht, GRUR 1974, s.589-598.
- BLUNTSCHLI**, Johann Caspar, Deutsches Privatrecht, 3.A. München 1864.
- BOCK**, Urheberrechtliche Probleme beim Leserbrief, GRUR 2001, s.398-402.

- BRAND**, Daniel/**DURR**, Luzius, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Bern 1991.
- BRIEM**, Ist die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten ein Kavaliersdelikt?, GRUR Int. 1999.
- BRUHWILER**,Jürg, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996.
- BUCHER**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2.Auflage, Schulthess, Bern 1988.
- BUDDE**,Rolf, Das Rückrufsrecht des Urhebers wegen Nichtausübung in der Musik, Berlin 1997.
- BUHLER**, Theodor, Zürcher Kommentar, Bd. V/2d, Der Werkvertrag (Art.363-379OR), 3.Auflage, Zürich 1998.
- BULLINGER**, Winfried, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht: der Schutz des bildenden Künstlers gegenüber der Fälschung seiner Werke, Schmidt Verlag, 1997.
- BUREN**, Roland von, Der Lizenzvertrag, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd.1, Allgemeiner Teil, Helbing und Lichtenhahn, Basel 1995.
- BUZ**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- CANBOLAT**, Talat, İşçi Buluşları, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- CHERPILLOD**, Ivan, Verhältnis zu anderen Gesetzen, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1 (SIWR II/1), Helbing und Lichtenhahn, 2.Auflage, Basel; Frankfurt a.M. 2006.
- CIRESA**, Meinhard, Urheberrecht aktuell, Überreuter Verlag, Wien 1999.
- CLEMENT**, Christoph, Urheberrecht und Erbrecht, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- CORNISH**, William R., Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts nach dem neuen britischen Urheberrechtsgesetz von 1988, GRUR Int. 1990, s.500-513.
- CORNISH**, William R., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and allied rights, 3.edition, London 1996.
- DASCH**, Norbert, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München 1990.
- DAVID**, Lucas, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht I/3, Lexikon des Immaterialgüterrechts, Helbing und Lichtenhahn, Basel 2005.

DEMİRKIRAN, İhsan, **DEMİR**, Aysel Cemile, **BİLGİN**, Çağlar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10 Yıllık Emsal Kararları (1995-2004), Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

DESSEMONTET, François, Werke Zweiter Hand, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2006.

DESSEMONTET, François, International Copyright Law, Switzerland 2006.

DIESELHORST Jochen, Was bringt das Urheberpersönlichkeitsrecht? Urheberpersönlichkeitsschutz im Vergleich: Deutschland-USA, Frankfurt a.M. 1995.

DIETZ, Adolf, Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht, München, 1968 (Metin içerisinde "Das Droit Moral" şeklinde atıf yapılmıştır).

DIETZ, Adolf, Werkänderungen durch die Regie, Film und Recht 1976, s.816-829 (Metin içerisinde "Werkänderungen" şeklinde atıf yapılmıştır).

DIETZ, Adolf, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978 (Metin içerisinde "Urheberrecht EG" şeklinde atıf yapılmıştır).

DIETZ, Adolf, Das Urheberrecht in Spanien und Portugal: Rechtsvergleichende Studie, Baden-Baden 1990 (Metin içerisinde, "Spanien und Portugal" şeklinde atıf yapılmıştır).

DIETZ, Adolf, Das Urheberpersönlichkeitsrecht vor dem Hintergrund der Harmonisierungspläne der EG-Kommission, ZUM 1993, s.309-323 (Metin içerisinde "Das UPR Harmonisierung" şeklinde atıf yapılmıştır).

DIETZ, Adolf, Die Schutzdauer-Richtlinie der EU, GRUR Int.1995, s.670 vd. (Metin içerisinde "Die Schutzdauer" şeklinde atıf yapılmıştır).

DIETZ, Adolf, "The Moral Right of the Author: Moral Rights and Civil Law Countries, (Ed.Goldstein Paul) International Copyright Law: Cases and Materials, 2001, s.283-296 (Metin içerisinde " The Moral Right of the Author şeklinde atıf yapılmıştır).

DİKİCİ, Saim, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl 2, Sayı 7, 2006, s.625-636.

DILLENZ, Walter, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, Manz, Wien 1986.

DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

- DOUTRELEPONT**, Carine, Das droit moral in der Europaeischen Union, GRUR Int.1997, s.295-308.
- DREIER**,Thomas/**SCHULZE**,Gernot,Urheberrechtsgesetz,Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz; Kommentar, 2. Auflage, Beck Verlag, München 2006.
- DREYER**, Gunda/**KOTTHOFF**, Jost/**MECKEL**, Astrid, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Müller Verlag, 2004.
- DUNNWALD**, Dirk, Der Urheber im öffentlichen Dienst, Baden-Baden 1999.
- DURAL**, Ali, İcracı Sanatçıların Hakları ve Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi), İstanbul 1998.
- DURAL**, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4.bası, İstanbul 1995.
- DURAL**,Mustafa/**ÖĞÜZ**,Tufan, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku,Yenilenmiş Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- EFFENBERGER**, Julius, Urheberrechte von Angehörigen öffentlicher Hochschulen, Basel 1995.
- EGEMEN**, Ercan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları (1975-1984), Ankara 1985.
- EGGERSBERGER**, Michael, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, München 1991.
- ELLINS**, Julia, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1997.
- ENGİN**, Baki İlkey, Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995.
- ERDİL**, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- ERDMANN**, Willi, “Werktreue des Bühnenregisseurs aus Urheberrechtlicher Sicht, FS Nirk, München 1992, s.209 vd.
- EREL**, N. Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- ERTAŞ**, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği ve Miktarının Tesbiti, İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.65 vd.

- FABIANI**, Mario, Der Schutz der Persönlichkeit im Urheberrecht, in: Beitrage zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistung, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, s.84-96.
- FEDERLE**, Markus Alexander, Der Schutz der Werkintegrität gegenüber dem vertraglich Nutzungsberechtigten im deutschen und US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1998
- FELLMAN** Walter, Berner Kommentar, Bd. VI 2/4, Der Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992.
- FERID**, Murad/**SONNENBERGER**, Hans Jürgen: Das französische Zivilrecht, Bd.1 Erster Teil, Allgemeine Lehren des französischen Zivilrechts, 2.Auflage, Heidelberg 1994.
- FISCHER**, Florian, Das Literaturplagiat- Tatbestand und Rechtsfolgen, Frankfurt a.M. 1996.
- FLINT**, Michael F./**THORNE**, Clive D.: A User's Guide to Copyright, 4. ed., London, Edinburgh, Dublin 1997.
- FORKEL**, Hans, Gebundene Rechtsübertragungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, (Metin içerisinde "Rechtsübertragungen" şeklinde atıf yapılmıştır).
- FORKEL**, Hans, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, s.491 vd. (Metin içerisinde "Lizenzen" şeklinde atıf yapılmıştır).
- FRANKO**, Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, (Metin içerisinde "Şeref ve Haysiyet" şeklinde atıf yapılmıştır).
- FRANKO**, Nisim, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981 (Metin içerisinde "Yayın Sözleşmesi" şeklinde atıf yapılmıştır).
- FRANKO**, Nisim, Eser Sahibinin Cayma Hakkı, Ernst E.Hirsch'in Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1986, s.389-408 (Metin içerisinde "Cayma Hakkı" şeklinde atıf yapılmıştır).
- FREITAG**, Andreas, Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeits des ausübenden Künstlers, Baden-Baden 1993.
- FROMM**, Freidrich Karl/**NORDEMANN**, Wilhelm/**VINCK**, Kai/**HERTIN**, Paul W.: Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz, 9. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1998.
- FUCHS**, Ulrich, Der Werkbegriff im italienischen und deutschen UrhR, 1996.

- GAMM**, Otto Frederich von, die Urheberbenennung in Rechtsprechung und Praxis, NJW 1959, s.317-326.
- GAMM**, Otto Frederich von, Urheberrechtsgesetz: Kommentar, München 1968.
- GARNET**, Kevin/**JAMES**, Jonathan Rayner/ **DAVIES** Gillian, Copinger and Skone James on Copyright, London Sweet & Maxwell 1999.
- GAUCH** Peter, Der Werkvertrag, 4.Auflage, 1996.
- GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter R./**SCHMID**, Jörg/**REY**, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, Zurich 2000.
- GAUTSCHI**, Georg, Berner Kommentar, Bd. VI/2/3, Der Werkvertrag (Art. 363-379 OR), Bern 1967.
- GENTHE**, Barbara, Der Umfang der Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht, Frankfurt a.M. 1981.
- GERSTENBERG**, Ekkehard, die Urheberrechte an Werken der Kunst, der Architektur und der Photographie, München 1968.
- GIERKE**, Otto von, Deutsches Privatrecht Band I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, Nachdruck von Kapitel 4, Titel 3, "Persönlichkeitsrechte", s. 748-848, in: UFITA 125 (1994), s.103-200.
- GIESEKE**, Ludwig, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, Göttingen, 1957.
- GİRİTLİOĞLU**, Necla, Yayın Sözleşmesi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.
- GOEBEL**, Jürgen/**HACKEMANN**, Martin/**SCHNELLER**, Jürgen, Zum Begriff des Erscheinens beim Elektronischen Publizieren, GRUR 1986, s.355 vd.
- GOLDMANN**, Bettina C., "Das Urheberrecht an Bauwerken-Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten im Konflikt mit Umbauvorhaben, GRUR 2005 Heft 8, s..642-651.
- GOTTING**, Horst-Peter, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Habil.-Schrift München 1995, Tübingen 1995 (Metin içerisinde "Persönlichkeitsrechte" şeklinde atıf yapılmıştır).
- GOTTING**, Horst-Peter, Sanktionen bei Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts, GRUR 2004, s.801-808 (Metin içerisinde "Sanktionen" şeklinde atıf yapılmıştır).
- GOTTING**, Horst-Peter, 70 Jahre post mortem, GRUR 2007, s.171 vd. (Metin içerisinde "Post Mortem" şeklinde atıf yapılmıştır).
- GÖKYAYLA**, Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001

- GROHMANN**, Hans, Das Recht des Urhebers, Entstellungen und Änderungen seines Werkes zu verhindern, Erlangen 1971.
- GUHL** Teo/**MERZ** Hans/**KOLLER** Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8.Auflage, Zürich 1991.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı, KÜHFD, Yıl 1, S.1; Kasım 1997, s.373 vd.
- HAAS**, Lothar, Das neue Urhebervertragsrecht, München 2002.
- HABERSTUMPF**, Helmut, Handbuch des Urheberrechts, 2.Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin 2000.
- HAERTEL**, Kurt/**SCHIEFLER**, Kurt, Urheberrechtsgesetz und Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, Textausgabe mit Verweisungen und Materialien, Köln/Berlin/Bonn/München 1967.
- HAFNER**, Peter, Das Verhältnis urheberrechtlicher Befugnisse zum Eigentum am Werkexemplar, Bern 1994.
- HAMM** Michael, Die vertragsrechtliche Stellung freier Mitarbeiter in den Massenmedien, Bern 1994.
- HARTLIEB**, Horst von, Aufblasbare Gummi-Filme, ZUM 1994, s.239-243.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- HATEMİ**, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998.
- HEESCHEN**, Verena, Urheberpersönlichkeitsrecht und Multimedia, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2003.
- HEGEMANN**, Der Schutz des bildenden Künstlers vor Entstellung und sonstigen Beeinträchtigungen seines Werkes durch direkte und indirekte Eingriffe, in: FS Hertin, 2000, s.87-111.
- HEIDMEIER**, Sandra, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und der Film, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M 1996.
- HEINIG**, Gerrit, Die Wahrnehmung des Urheberpersönlichkeitsrecht durch den Erben – Sondererblast oder Rechtswahrung, ZUM 1999, s.291 vd.
- HELLE**, Jürgen, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991.
- HELVACI**, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- HIESTAND**, Thomas, Wahrnehmungsvertrag, Stämpfli Verlag, Bern 1994.

HILTY Reto M., “Rechtdogmatisches zur Übertragung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten, insbesondere zur Frage des Gutgläubenschutzes obligatorisch Berechtigter, in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht, 1992, s.211 vd. (Metin içerisinde “Übertragung von Urheberrechten” şeklinde atıf yapılmıştır).

HILTY, Reto M., Verlagsvertrag, Komm. zu. Art. 380-393 OR, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I- 529 OR), 2.Auflage, Basel 1996 (Metin içerisinde “Verlagsvertrag” şeklinde atıf yapılmıştır).

HILTY, Reto M., Lizenzvertragsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001 (Metin içerisinde “Lizenzvertragsrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

HILTY, Reto M., Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse: Schutz des Urhebers oder dogmatisches Ammenmärchen?, In: Recht im Wandel seines sozialen und technischen Umfeldes FS für Manfred Rehbinder, Beck/Stämpfli, München/Bern 2002, s.259-284 (Metin içerisinde “Unübertragbarkeit” şeklinde atıf yapılmıştır).

HILTY, Reto M., Urhebervertragsrecht: Schweiz im Zugszwang, Sonderdruck aus Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI, Heft 59: Urheberrecht am Scheideweg, HILTY/BERGER (Hrsg.), Stämpfli Verlag, Bern 2002, s.87-124 (Metin içerisinde “Urhebervertragsrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

HILTY, Reto M., Verlagsvertrag, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1 (SIWR II/1), Helbing und Lichtenhahn, 2.Auflage, Basel; Frankfurt a.M. 2006 (Metin içerisinde “Verlagsvertrag 2006” şeklinde atıf yapılmıştır).

HIRSCH, Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Say, İstanbul 1943 (Metin içerisinde “Fikri Say” şeklinde atıf yapılmıştır).

HIRSCH, Ernst E., Das neue Urheberbergesetz der Türkei, UFITA (1954), s.24 vd. (Metin içerisinde “Urhebergesetz” şeklinde atıf yapılmıştır).

HIRSCH, Ernst E., Die Werkherrschaft-Ein Beitrag zur Lehre von der Natur der Rechte an Geisteswerken, UFITA 36 (1962), s.36 vd. (Metin içerisinde “Die Werkherrschaft” şeklinde atıf yapılmıştır).

HITT Jack, The writer is dead. But his ghost is thriving, “The New York Times Magazine”, 25.5.1997, s.38-43.

HOCK, Martin, Das Namensnennungsrecht des Urhebers, Baden-Baden 1993.

- HOEREN**, Thomas, Multimedia = Multilegia, Computer und Recht 1994, s.390-393.
- HOFSTETTER**, Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel und Stuttgart, 1979.
- HOLLÄNDER**, Günther, Das Urheberpersönlichkeitsrecht des angestellten Programmierers, Computer und Recht, 1992, s.279, 284.
- HONSELL**, Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 4.Auflage, Bern 1997.
- HORT**, Andreas, der Finanzielle Ausgleich bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts in Deutschland und in der Schweiz, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2003.
- HOSLY**, Balz, Das urheberrechtlich schützbares Rechtssubjekt, Bern 1987.
- HUBER**, Heidrun, Zulässigkeit von Veränderungen am fertiggestellten Filmwerk im Hinblick auf das Urheberpersönlichkeitsrecht des Filmregisseurs, Diss., Konstanz 1993.
- HUBMANN**, Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2.Auflage, Köln/Graz 1967 (Metin içerisinde, "Persönlichkeitsrecht" şeklinde atıf yapılmıştır).
- HUBMANN**, Heinrich., Urheber- und Verlagsrecht, 6.Auflage, München 1987 (Metin içerisinde "Urheberrecht" şeklinde atıf yapılmıştır).
- HUBMANN**, Heinrich, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, UFITA 106 (1987), s.137-163 (Metin içerisinde "Büchernachdrucks" şeklinde atıf yapılmıştır).
- HUGUENIN** Jacobs Claire, Komm. Zu Art. 19-21 OR, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2. Auflage Basel 1996.
- HUNZIKER**, Manfred, Immaterialgüterrechte nach dem Tode des Schöpfers, Diss., Zürich 1983.
- JAHN**, Beatrix, Das Urheberpersönlichkeitsrecht im deutschen und britischen Recht, Münster 1994.
- JÄNECKE**, A., Das urheberrechtliche Zerstörungsverbot gegenüber dem Sacheigentümer, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2003.
- JÄNICH**, Volker, Geistiges Eigentum- eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002.

KATZENBERGER, Paul, TRIPs und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995/6, s.447-469.

KELLERHALLS, Miriam, Bemerkungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht, UFITA 2000/III, s.615-661 (Metin içerisinde “UPR” şeklinde atıf yapılmıştır).

KELLERHALS, Miriam, Die europäischen Wurzeln des Droit moral, GRUR Int.2001, s.438-448 (Metin içerisinde “Droit Moral” şeklinde atıf yapılmıştır).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982 (Metin içerisinde “Şeref Haysiyet ve Özel Yaşam” şeklinde atıf yapılmıştır).

KILIÇOĞLU, Ahmet, “5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini”, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001/3, s.23-29 (Metin içerisinde “FSEK Değişikliği” şeklinde atıf yapılmıştır).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2006 (Metin içerisinde “Fikri Haklar” şeklinde atıf yapılmıştır).

KOCH, Frank, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia Anwendungen, GRUR 1995, s.459 vd.

KOCH-SEMBDNER, Richard, Das Rückrufsrecht des Urhebers bei Unternehmensveräußerungen V&R Unipress, Göttingen 2004.

KOLLER, Alfred, Komm. Zu Art. 184-215 OR. in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I-529 OR) 2.Auflage, Basel 1996.

KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 2.bası, İstanbul 1984.

KRABER, Rudolf, Schadenersatz für Verletzung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR 1980, s.259-272 (Metin içerisinde “Schadenersatz” şeklinde atıf yapılmıştır).

KRABER, Rudolf, Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragverhältnissen, in FS. Schricker, München 1995. s.77-97 (Metin içerisinde, “Urheberrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

KREILE, Johannes/**WESTPHAL**, Dietrich, Multimedia und das Filmbearbeitungsrecht, GRUR 1996, s.254 vd.

KRUGER-NIELAND, Gerda, Das UPR, eine besondere Erscheinungsform des APR?, in FS Hauß, 1978, s.215-224.

- KUCK**, Katja, Kontrolle von Musterverträgen im Urheberrecht, GRUR 2000, s.285 vd.
- KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 15.Baskı, Ankara 2004.
- KWALL**, Roberta R, “Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?”, 38 Vand. L. Rev.1- 1985, s.1-69.
- LADDIE/PRESCOTT/VITORIA/SPECK/LANE**: Modern Law of Copyright, 3.ed., London 2000, Cilt 1.
- LARENZ**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 1.Band, Allgemeiner Teil, 14.Auflage, München 1987.
- LAUX**, Christian, Vertragsauslegung im Urheberrecht- Zur Kritik der Zweckübertragungstheorie im schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag AG Bern 2003.
- LENDVAI**, Zsofia, “Die Realisierung der Urheberpersönlichkeitsrechte in Deutschland und England, VVF Verlag, München 2003.
- LERNER**, Ralph/ **BRESLER**, Judith, All About Rights For Visual Artists, Practising Law Institute, Newyork 2006.
- LEBMANN**, Herbert, Übertragbarkeit und Teilübertragung urheberrechtliche Befugnisse, Münster 1967.
- LEUENBERGER**, Christoph, Dienstleistungsverträge, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 106 (1987) II, s.13 vd.
- LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER**, Sabine, Urheberrecht am Scheideweg?, ZUM 1996, s.631-636.
- LEWINSKI**, Silke von/**DREIER**,Thomas, Kolorierung von Filmen, Laufzeitänderung und Formatanpassung, GRUR Int. 1989, s.635-649.
- LIEBRECHT**, Ehrhard E., Die Zweckübertragungslehre im ausländischen Urheberrecht –Deutschsprachige Länder und Europäische Gemeinschaft, München 1983.
- LOEWENHEIM**, Ulrich, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, s. 830 vd. (Metin içerisinde “Multimedia” şeklinde atıf yapılmıştır).
- LOEWENHEIM**, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (Metin içerisinde “LOEWENHEIM/ilgili kısım yazarı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- LOßL**, Wolfgang, Rechtsnachfolge in Verlagsverträgen, Frankfurt a.M. 1997.

- LUCAS-SCHLOETTER**, Agnès, Die Interessenabwägung bei der Ausübung des Urheberpersönlichkeitsrechts, GRUR Int. 2002, s.2-14.
- LUTZ**, Martin J., Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1964.
- MATANOVIĆ** Stefanie, Rechtsgeschäftliche Dispositionen über urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse unter Berücksichtigung des französischen und US-amerikanischen Rechts, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2006.
- MATSUKAWA**, Minoru, Schadenersatz im Urheberrecht, Baden-Baden 1993.
- MCCARTHY**, Thomas J., The Rights of Publicity and Privacy, Second Edition, Volume 2, Thomson/West 2006.
- MEMİŞ**, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- MERRYMAN**, John H., The Refrigerator of Bernard Buffet, 27 Hastings L.J. 1976, s.1023 vd.
- METZGER**, Axel, Rechtsgeschäfte über das Droit Moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002 (Metin içerisinde “Das Droit Moral” şeklinde atıf yapılmıştır).
- METZGER**, Axel, Rechtsgeschäfte über das Urheberpersönlichkeitsrecht nach dem neuen Urhebervertragsrecht, GRUR Int.2003, s.9-22 (Metin içerisinde “UPR” şeklinde atıf yapılmıştır).
- MIELKE**, Ulrike, Der Schatten und sein Autor, eine Untersuchung zur Bedeutung des Ghostwriters, Diss. Heidelberg 1993.
- MICHAU**,E., ‘France’ in, Copyright Software Protection in the European Community (Ed. Herald Jongen- Bryde Andersen), Deventer-Boston, Kluwer Law Publishing, 1993.
- MOHRING**, Philipp/**NICOLINI**, Kaete/**AHLBERG**, Hartwig: Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2000.
- MOVSESSIAN**, Vera/**SEIFERT**, Fedor, Einführung in das Urheberrecht der Musik, Wilhelmshaven 1982.
- MULLER**, Lothar, Das Urheberpersönlichkeit des Architekten im deutschen und österreichischen Recht, München 2004.
- MULLER**,T, Zur Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, Neueste Rechtsprechung des BGH GRUR 2003, s.31 vd.

- MUNCHENER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz, 4.Auflage, Beck Verlag, München 2001 (Metin içerisinde “MüKo/İlgili kısmın yazarı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- MUSSE**, Hans Gabriel, Das Urheberpersönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Veröffentlichung und der Inhaltsmitteilung, Freiburg 1999.
- MUTTENZER**, Rene, Der Urheberrechtliche Lizenzvertrag, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart 1970.
- NAL**, Temel, Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts, Beck Verlag, München 2000 (Metin içerisinde “Urheberrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- NAL**, Temel, das Türkische Urheberrecht-Grundlagen und gegenwaertiger Entwicklungsstand, GRUR Int.2000, s.1-28 (Metin içerisinde, das Türkische Urheberrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- NEUMANN-DUESBERG**, Horst, Verwechslung des UPR mit dem APR, NJW 1971, s.1640-1642.
- NORDEMANN**, Wilhelm, Bildschirmspiele- eine neue Werkart im Urheberrecht, GRUR 1981, s.891-893.
- ODER**, Bertil Emrah/**TEKİNALP**, Ünal/**TEKİNALP**, Gülören, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2001 § 41 Kn.28 vd.
- OHLY**, Ansgar, “Volenti non fit iniuria”- Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck Verlag, 2002.
- OĞUZMAN**, M.Kemal, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/**BARLAS**, Nami Medeni Hukuk, 13 Bası, Arıkan, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN**, M.Kemal /**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Yayınları, İstanbul 2002
- ORTAN**, Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Doğan Basımevi, Ankara, 1979 (Metin içerisinde “Patent Lisansı” şeklinde atıf yapılmıştır).

- ORTAN**, Ali Necip, İşçi Buluşları Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1987 (Metin içerisinde “İşçi Buluşları” şeklinde atıf yapılmıştır).
- ORTAN**, Ali Necip, Çalışanların Buluşları, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi (Özel Dosya: Küreselleşme ve Fikri Sınai Haklar), Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s.191-198 (Metin içerisinde “Çalışanların Buluşları” şeklinde atıf yapılmıştır).
- OSENBERG** Ralph, Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts, Diss. München 1979.
- ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1989.
- ÖZSUNAY**, Ergun. Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4.bası, İstanbul 1979.
- ÖZTAN**, Fırat, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1999, s.221-242.
- ÖZTRAK**, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971.
- PAHUD**, Eric, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2000
- PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 66.Auflage, Beck Verlag, München 2007.
- PARDO**, Julián Rodríguez, Copyright and Multimedia, Kluwer Law International 2003.
- PARTSCH**, Christoph/**REICH**, Änderungen im Unternehmenskaufvertragsrecht durch die Urhebervertragsrechtreform, NJW 2002, s.3287 vd.
- PEDRAZZINI**, Mario M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/1, Basel und Stuttgart 1977, s.497 vd.
- PEIFER**, Karl-Nikolaus, Werbeunterbrechungen in Spielfilmen, Baden-Baden 1994 (Metin içerisinde “Werbeunterbrechungen” şeklinde atıf yapılmıştır).
- PEIFER**, Karl Nikolaus, Eigenheit oder Eigentum: Was schützt das Persönlichkeitsrecht?, GRUR 2002, s.495-500 (Metin içerisinde “Persönlichkeitsrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5.Bası, Ankara 2006.
- PETER**, Wilhelm, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das “droit moral”, Baden-Baden 1962.
- PETER**,H.,Verzicht auf Rechte und Befugnisse insbesondere im Obligationenrecht, AcP 200, 2000, s.158 vd.

PEUKERT, Alexander, Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte? ZUM 2000, 710-721.

PIETZCKER, Rolf, Schadenersatz durch Lizenzberechnung, GRUR 1975, s.55-57.

PLANTA, Alessandra, Ghostwriter, Stämpfli Verlag AG Bern, 1998.

PLATHO, Rolf, Colorization- und die Möglichkeiten ihrer Verhinderung durch die Mitwirkenden am Filmwerk, GRUR 1987, s.424-432.

POROY, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8.bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

POULLAUD-Dulian Frédéric, Die neuere Entwicklung des Urheberrechts in Frankreich, GRUR Int. 1995, s.361-367.

POULLAUD- Dulian Frédéric, “Moral Rights in France through recent case law, RIDA 1990, s.135.

PREU, Albert, Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979, s.753-762.

REBER, Nikolaus, Die Schutzdauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts in Deutschland und den USA (von Marlene Dietrich über Klaus Kinski zu Marilyn Monroe)- ein Irrweg des Bundesgerichtshofs?, GRUR Int 2007/6, s.497.

RECHER, Bernard, Der Arbeitnehmer als Urheber und das Recht des Arbeitgebers am urheberrechtsschutzfähigen Arbeitsergebnis, Diss. Zürich 1975.

REHBINDER, Manfred/**GROSSENBACHER**, Roland Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Bern 1979.

REHBINDER, Manfred, Verbraucherschützende Bemerkungen zum Urheberrecht des Ghostwriters, FS. Pedrazzini, Bern 1990, s.651-684 (Metin içerisinde “Ghostwriter” şeklinde atıf yapılmıştır).

REHBINDER, Die Rechtlichen Sanktionen bei Urheberrechtsverletzungen nach ihrer Neuordnung durch das Produktpirateriegesetz, ZUM 1990, s.462-466 (Metin içerisinde “Sanktionen” şeklinde atıf yapılmıştır).

REHBINDER, Manfred, Berner Kommentar, Bd.VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-362), Bern 1992 (Metin içerisinde “Berner Kommentar” şeklinde atıf yapılmıştır).

REHBINDER, Manfred, Der Arbeitsvertrag, in: , Komm. zu. Art. 319-362 OR, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I- 529 OR), Arbeitsrecht Kommentar,

2.Auflage, Basel 1996 (Metin içerisinde “Arbeitsrecht Kommentar” şeklinde atıf yapılmıştır).

REHBINDER, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13.Auflage, Bern 1997 (Metin içerisinde “Arbeitsrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

REHBINDER, Manfred, Schweizerisches Urheberrecht, 3.Auflage, Bern 2000 (Metin içerisinde “Schweizerisches Urheberrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

REHBINDER, Manfred, Urheberrecht, 13. Auflage, München 2004 (Metin içerisinde “Urheberrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

REUPERT, Christine, Der Film im Urheberrecht: neue Perspektiven nach hundert Jahren Film, Nomos Verlag, Freiburg 1995.

REUTER, Alexander, Digitale Bild und Filmbearbeitung im Licht des Urheberrechts, GRUR 1997, s.23-29.

RICKENBACH, Mathias, “Immaterialgüterrechtliche Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses”, UFITA 139 (1999), s.249 vd.

RICKETSON, Sam, Copyright Term, IIC 23, 1992, s.753-785.

RIEKERT,Stephan, Multimedia und das Urheberpersönlichkeitsrecht, in Götting [Hrsg.], Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1998.

RINTELEN, Max, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht, Wien 1958.

ROJAHN, Sabine, Der Arbeitnehmerurheber in Presse, Funk und Fernsehen, München 1978.

RUDLINGER, Katharina, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, Basel, Frankfurt a.M.,1995.

RULL, Axel, Allgemeiner und Urheberrechtlicher Persönlichkeitsrechtsschutz des ausübenden Künstlers, Nomos Verlag Baden-Baden 1998.

RUZICKA, Peter, Die Problematik eines ewigen Urheberpersönlichkeitsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes musikalischer Werke, Berlin 1979.

SAACKE, Astrid, Schutzgegenstand und Rechteinhaberschaft bei Multimediaprodukten, in: Götting (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1998, s.19 vd.

SACHS/ HOFLING, Grundgesetz Kommentar, Beck Verlag, München 2007.

SACK, Rolf, Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts , FS. Hubmann, 1985, s.373 vd.

- SAYMEN**, Ferit, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940.
- SCHACK**, Haimo, Geistiges Eigentum contra Sacheigentum, GRUR 1983, s.56 vd. (Metin içerisinde “Geistiges Eigentum” şeklinde atıf yapılmıştır).
- SCHACK**, Haimo, Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode, GRUR 1985, s.352-360 (Metin içerisinde “Persönlichkeitsrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- SCHACK**, Haimo, Kolorierung von Spielfilmen: Das Persönlichkeitsrecht des Filmregisseurs im IPR, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1993, s.46-51 (Metin içerisinde “Kolorierung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- SCHACK**, Haimo, “Urheber-und Urhebervertragsrecht, 4.Auflage, Tübingen 2007 (Metin içerisinde “Urheberrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- SCHERTZ**, Christian, Merchandising, Beck Verlag München 1997
- SCHILCHER**, Theresia, Der Schutz des Urhebers gegen Werkänderungen, München 1989.
- SCHMIDT**, Anette, Die Rechtsverhältnisse in einem Forscherteam- Rechtsprobleme des Werkschaffens in der Gruppe, Baden-Baden 1998.
- SCHOFER**, Nicola, Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Urheber eines Werkes der bildenden Kunst und dem Eigentümer des Originalwerkes, München 1984.
- SCHOLZ**, Jochen, Die Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts (Droit Moral) im französischen und deutschen internationalen Privatrecht, Berlin 1998.
- SCHORK**, Christoph, Die Entschädigung immaterieller Schäden im Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung aktueller Entwicklungen des Rechtsschutzes der Persönlichkeit, Ergon Verlag, Würzburg 2004.
- SCHULZE**, Gernot, Meine Rechte als Urheber, 3.Auflage, München 1998.
- SCHRICKER**, Gerhard, Die Einwilligung des Urhebers in einstellende Änderungen des Werks, FS. für Hubmann, 1985, s.409-419 (Metin içerisinde “Einwilligung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- SCHRICKER**, Gerhard/**BASTIAN**, Eva Marina/**DIETZ**, Adolf (Hrsg), Konturen eines europaischen Urheberrechts, Baden-Baden 1996.
- SCHRICKER**, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft –Von Thomas Dreier, Paul Katzenberger, Silke von Lewinski, Gerhard Schricker, Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997 (Metin içerisinde “Informationsgesellschaft” şeklinde atıf yapılmıştır).

SCHRICKER, Gerhard, Verlagsrecht, Kommentar, 3.Auflage, München 2001 (Metin içerisinde “Verlagsrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).

SCHRICKER, Gerhard, Urheberrecht Kommentar, Beck Verlag, München 2006. (Metin içerisinde “SHRICKER/ilgili kısım yazarı” şeklinde atıf yapılmıştır).

SCHULZE, Gernot, Vernichtung von Bauwerken, FS Dietz 2001, s.177-189.

SEEMANN, Bruno, Prominenz als Eigentum, Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz, Diss. Zürich 1996, Baden-Baden 1996.

SEIFERT, Fedor, Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadenersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1999, s.1889-1896 (Metin içerisinde “Postmortaler Schutz” şeklinde atıf yapılmıştır).

SEIFERT, Fedor, Geistiges Eigentum und Schutzdauer, FS Nordemann, Beck Verlag, München 2004, s.339 vd. (Metin içerisinde “Geistiges Eigentum” şeklinde atıf yapılmıştır).

SEIDEL, Christian “Die Zeitliche Begrenzung des Urheberrechts”, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2002.

SEETZEN, Uwe, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, Göttingen 1969.

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Metin içerisinde “Sözleşmeden Dönme” şeklinde atıf yapılmıştır).

SEROZAN, Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Armağan, Ankara 1990, s.67 vd. (Metin içerisinde “Manevi Tazminat” şeklinde atıf yapılmıştır)

SEROZAN, Rona, Taşınır Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002 (Metin içerisinde “Eşya Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).

SEROZAN, Rona, Vererblichkeit höchstpersönlicher Rechte- Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Mirasçıya Geçebilirliği, Türk İsviçre Hukuku Haftası 20-21 Mayıs 2004, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.153-163 (Metin içerisinde “Vererblichkeit” şeklinde atıf yapılmıştır).

SOERGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13.Auflage, Stuttgart 1999 (Metin içerisinde “SOERGEL/ilgili kısım yazarı” şeklinde atıf yapılmıştır).

SOERGEL,Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 21: Erbrecht 1, §§ 1922-2063, 13.Auflage, Stuttgart 2001 (Metin içerisinde “SOERGEL/ilgili kısım yazarı şeklinde atıf yapılmıştır).

STAEHELIN, Adrian, Zürcher Kommentar, Bd.V/2c, der Einzelarbeitsvertrag (Art.319-362), 3.Auflage, Zürich 1996.

STAMATOUDI, Irini A.,Copyright and Multimedia Works: A Comparative Analysis, Cambridge University Press, 2002.

STAUDINGER/HAGER, Johannes, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-825, 13. Bearbeitung, Berlin 1999.

STAUDINGER/KADUK, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-359, Berlin 2004.

STAUDINGER/BUSCHE, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Berlin 2005.

STEINBERG, Katrin, Urheberrechtliche Klauseln in Tarifverträgen, Baden-Baden 1998.

STERLING, J.A.L., World copyright law : Protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts, and published editions in national, international, and regional law, Sweet and Maxwell, London 1998.

STOLZ Hansjörg, Der Ghostwriter im deutschen Recht, München 1971.

STROWEL, Alain, Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature, in of Authors and Origins, Sherman, Brad/Strowel, Alain (Hg.) Oxford 1994.

STROWEL, Alain/**SALOKANNEL**, Marjut/**DERCLAYE**, Estelle: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology, Final Report, Study contract No. ETD/99B5-3000/E 28, Brüssel 2000.

STREIFF, Ullin/**V.KAENEL**, Adrian, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht 5.Auflage, 1992.

SULUK, Cahit/**ORHAN**, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan, İstanbul 2006.

TAHIROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Metin içerisinde “Mesuliyet Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).

- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 2.Bası, Ankara 1982 (Metin içerisinde “Borçlar Özel” şeklinde atıf yapılmıştır).
- TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı kredi Yayınları, İstanbul 2006.
- TEKİNALP**, Ünal, “Eser Sahipleri ve Meslek Birlikleri”, **BATİDER**, 1979, s.67-96 (Metin içerisinde “Meslek Birlikleri” şeklinde atıf yapılmıştır).
- TEKİNALP**, Ünal/**TEKİNALP**, Gülören, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997 (Metin içerisinde, “Avrupa Birliği” şeklinde atıf yapılmıştır)
- TEKİNALP**, İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.589-598 (Metin içerisinde “İtibar Tazminatı” şeklinde atıf yapılmıştır)
- TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2005 (Metin içerisinde “Fikri Mülkiyet” şeklinde atıf yapılmıştır).
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TOPÇUOĞLU**, Hamide, Fikri Haklar Ders Notları, Ankara 1964.
- TREIGER-BAR-AM**, Leslie Kim, Adaptations with Integrity, in Helle Porsdam (ed) Copyright and Other Fairy Tales: Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity, Oxford University Press 2006, s.61-82.
- TROLLER**, Alois, Immaterialgüterrecht, Band II, 3.Auflage, Basel und Frankfurt a.M., 1985.
- TURANBOY**, Nuri K., İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- ULAŞ**, Işıl, İşlenme Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı, **BATİDER**, C.XXIV, S.1, 2007, s.65-77.
- ULMER**, Eugen, Urheber und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin 1980.
- VOGEL**, Martin, Die Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, **ZUM** 1995, s.451-454.
- ULUSAN**, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı, 1-2, Aralık 2004, s.27-48.
- UYGUR**, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 41-50, C.2, Genişletilmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

ÜSTÜN, Gürsel, *İnternette Eser Sahibinin Manevi Hakları, Yayınlanmamış Tebliğ, İnternet Çağında Güzel Sanatların ve Grafik Tasarımının Hukuksal Korunması Kollokyumu, İstanbul 1997, s.32-59* (Metin içerisinde “İnternet” şeklinde atıf yapılmıştır).

ÜSTÜN, Gürsel: *Fikri Hukukta İşleme Eserler, Besam Yayınları, İstanbul 2001* (Metin içerisinde “İşleme Eserler” şeklinde atıf yapılmıştır).

ÜSTÜN, Gürsel, *Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I, Besam Yayınları, İstanbul 2001* (Metin içerisinde “Bilirkişi Raporları” şeklinde atıf yapılmıştır).

ÜSTÜN, Gürsel, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Hükümleri ile Borçlar Kanunundaki Neşir Mukavelesi Arasındaki İlişkiler, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 1/2005, s.31-76 (Metin içerisinde “Neşir Mukavelesi” şeklinde atıf yapılmıştır).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000.*

VISCHER, Frank, *Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/1, III, 2. Auflage, Basel und Frankfurt a.M. 1994.*

VOGEL, Martin, *Die Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ZUM 1995, s.451-454.*

YONEVER, Geri J., *The Precarious Balance: Moral Rights, Parody, and Fair Use, Cardozo Arts & Entertainment, Vol.14:79, s.93 vd.*

WACHTER, Thomas, *Multimedia und Recht, GRUR 1995, s.860-873.*

WALL, Raymond A., *Copyright Made Easier, 2.ed., London 1998.*

WALLNER, Christoph: *Der Schutz von Urheberwerken gegen Entstellungen unter besonderer Berücksichtigung der Verfilmung, Frankfurt am main 1995.*

WALTER, Michel M. (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht, Kommenntar, Wien, New York 2001.*

WANDTKE, Artur-Axel/**BULLINGER**, Winfried (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, München 2006.*

WEBER, Rolf H. *Komm. Zu Art. 394-406 OR, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2. Auflage, Basel 1996.*

WEDEMEYER, Ulrich, *Änderungen von Werken der Baukunst- zu Ansprüchen des Urhebers, in: FS Piper, 1996, s.787-797.*

- WEGNER**,Konstantin/**WALLENFELS**, Dieter/**KABOTH**, Daniel/**HAUPT**, Stefan, Recht im Verlag, Beck Verlag, 2004.
- WEINMANN**, Conrad, Die Rechtsnatur der Lizenz, Bern 1996.
- WELSER**, Marcus, Die Wahrnehmung urheberpersönlichkeitlicher Befugnisse durch Dritte, Berliner Hochschulschriften zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Band 41, Berlin 2000.
- WESSEL**, Lambert Schulze, “Die Vermarktung Verstorbener, Persönlichkeitsrechtliche Abwehr-und Ersatz Absprüche, Berlin Verlag, 2001.
- WRONKA**, Georg, Das Verhältnis zwischen dem Allgemeines Persönlichkeitsrecht und den sogenannten besonderen Persönlichkeitsrechten, UFITA 69 (1973), s.71-94.
- 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 C 1, İstanbul 2002, s.812 vd.
- YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- YAVUZ**, Levent, Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması, Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Ocak-Nisan 2007, S.1-2, s.59-70.
- ZIMMERMANN**, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Diss. Basel 1984.
- ZINDEL** Gaudenz G./**PULVER** Urs, Komm. zu. Art. 363-379 OR, in **HONSELL/VOGT/WIEGAND** (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. I- 529 OR), 2.Auflage, Basel 1996.
- ZOLLNER**, Die Reichweite des Urheberrechts im Arbeitsverhältnis untypischer Urheber, FS Hubmann, Frankfurt a.M. 1985, s.523-539.