

MÜZİK ESERLERİNDE VE İCRASINDA CAYMA HAKKI

Mustafa TOPALOĞLU*

I. Müzik Eserleri Üzerindeki Haklar ve İcracı Sanatçıların Hakları

A. Müzik Eserleri

FSEK m. 3’te müzik eserleri ya da musiki eserler, “*her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bern Sözleşmesinden alınan bu tanım son derece yetersizdir¹. Müzik eserleri bir düşünceyi, bir duyguyu, sesle ifade eden ve duyma yoluyla algılanan ürünlerdir².

Müzik eserleri, ses sanatı alanında yaratıcı insan ruhunun, sesler vasıtasıyla olarak dışa vurulmasıdır. Seslerin nasıl elde edildiği önemli değildir. Sadece insan sesinden, aletlerden, elektronik olarak üretilen seslerden ve tabiattaki seslerden yararlanılarak müzik eseri oluşturulabilir. Seslerin melodi, ritim veya harmoniye sahip olması önemli olmadığı gibi, bir nota

* Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Mustafa ATEŞ, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s. 63.

² Azra ARKAN, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s. 23; Gürsel ÖNGÖREN, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Açısından Müzik Eserleri, İstanbul 2010, s. 24.

üzerinde tespit edilmesi de şart değildir. Ancak seslerin dizilişinde mutlaka insan ruhundan kaynaklanan bir yaratıcılık bulunmalıdır³.

Dünyada yaygın müzik eseri türleri, şarkılar, operalar, operetler, senfoniler, oda müzikleri, eğlendirici müzik parçaları, ilahiler, türküler, caz müziği, blues, rock, klasik müzik, pop müzik, soundtrack, R&B, heavy metal müzik, punk, rap gibi müziklerdir. Piyano veya keman üzerine yazılan parçalar müzik eseri sayılırken, piyano ve müzik ekolleri ve nota kitapları dil ile ifade edilen eser sayılır.

Genellikle müzik eserlerinde melodi, harmoni ve ritim olmak üzere üç ana unsur bulunur⁴. Melodi; müzik eserinin temelini oluşturan birbirini takip eden seslerden meydana gelen ezgidir. Bu ezgi hem duyguya hem düşünceye hitap etmektedir. Ritim ise müzik cümlesinde kuvvetli zamanlar ile zayıf zamanların tekrar edilmesidir. Armoni, sesler arasında kulağa hoş gelen uyum olarak tanımlanmaktadır. Ritim ve armoni tek başına korunmazlar, ancak melodi ile yan yana gelirlerse Kanun tarafından korunan eser niteliğine bürünürler⁵. Tartışmalı olmakla beraber, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, melodin tek başına korunabileceğine hükmetmiştir⁶.

Bir müzik ürününün eser sayılabilmesi için melodide mevcut ses dizisinde ferdi yaratma ve hususiyetin ölçüsüne bakılır.

³ Şafak N.EREL, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, s. 63; Fırat ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 128, 129.

⁴ Ayşenur ŞAHİN, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 38.

⁵ ÖNGÖREN, s. 25; ŞAHİN, s. 38.

⁶ Yargıtay 11. HD, 03.07.2000 gün ve E.2000/4764, K.2007/6252, İlhami GÜNEŞ, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 74, 75, Dipnot: 52.

Parçanın kendine has olma özelliği düşük ise melodinin korunması daralır ve bestecilerin benzer melodileri kullanma imkanı artar⁷.

Sözlü müzik eserleri beste ve güfteden oluşur. Güftede ayrıca edebi özellik varsa FSEK m. 2/Bent 1 uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak da korunması mümkündür⁸. Güfte ve beste aynı eserde birleşir, sahipleri farklı ise ayrı ayrı korunur. Müzik eserlerinde korunan müziğin kendisi olup, icrası değildir. Müziğin icrası icracı sanatçı hakkı denilen fikri haklardan ayrı bir hakkın konusunu oluşturur⁹.

1. İnternet ve Müzik Eserleri

MP3 teknolojisinin gelişmesi ile müzik eserlerinin internete aktarılması oldukça kolaylaşmıştır. MP3 aslında ses için düzenlenmiş bir dosya formatıdır. Bu format, Real Audio ve Quick Time gibi uygulamaların içinde ve çoğunlukla müzik parçaları için kullanılmaktadır. Sıkıştırma (compression) tekniği kullanılarak, ses CD'sinden wav veya Aiff dosyasından orijinal boyutundan 1/10 oranında kısaltmak suretiyle çok az bir ses kaybıyla dijital veri elde edilmektedir¹⁰.

İnternet müzikle ilgili birçok yeni iş modeli de ortaya çıkarmıştır. Bundan böyle plak kayıt stüdyoları, konser organizatörleri ve sanatçı ajansları internet üzerinde ses örneklerini

⁷ ÖZTAN, s. 130.

⁸ Nazif KAÇAK, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara 2004, s. 54.

⁹ Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 123.

¹⁰ Lesley Ellen HARRIS, Digital Property – Currency of the 21 Century, Ontario 1997, s. 23.

olabilmektedir. Uzunluğu genellikle 30 saniye ile sınırlı bu ses örnekleri de fikri hukuk konusu olabilmektedir¹¹.

İnternet teknolojisinin gelişmesiyle canlı müzik konserleri simultane olarak internet üzerinden dağıtılabilmektedir. Yine birçok radyo istasyonu programlarını internet kanallarını kullanarak yayınlamaktadır¹².

Bununla beraber en fazla müzikle ilgili internet kullanımı, talep üzerine müzikte (music on demand) olmaktadır. Müzik eserleri, dijital hale dönüştürülmekte ve sonra webserverde saklanmaktadır. Sunucuda saklanan bu eserler, kullanıcılar tarafından çoğunlukla bedava veya çok az ücret ödenerek indirilebilmektedir (downloading)¹³.

İnternet dünyasında MP3 siteleri ile ilgili olarak Amerika Plak Sanayicileri Birliği (RIAA) ile Napster firması ile ilgili dava oldukça fazla yankı uyandırmıştır. Napster firması kendisine ait napster.com adresinde MP3 dosyalarının değiş tokuşuna imkan sağlamaktadır. RIAA bünyesindeki müzik kayıt şirketleri, Napster'ın bu yolla telif haklarını ihlal ettiğini ve bu ihlal neticesinde satış kaybına uğradıkları iddiası ile Napster'e karşı dava açmışlardır. San Francisco Bölge Mahkemesi, Napster'in bu eyleminin şarkıların ve müzik bestelerinin kopyalanması ve dağıtılması anlamına geldiğini kabul ederek, web sitesinden online müzik dağıtımının yasaklanmasına karar vermiştir. ABD Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi yasaklama kararının tedbiren kaldırılmış ve temyiz incelemesi sonunda da Napster'ın telif hakkını ihlal ettiğini ancak Yerel Mahkemenin yasaklama kararının da biraz

¹¹ Rolf Auf der MOUR, Internet Distribution of Music Performances, 27IBL (1999), s. 166.

¹² MOUR, s. 167.

¹³ 2205 (9th Cir. Feb. 12, 2001)

hafifletilmesi gerekçesiyle bozma kararı vermişti. Bozma kararı üzerine Bölge Mahkemesi, telif hakkı davacı şirketlere ait müzik eserlerinin indirilmesine engel olacak şekilde filtre koymak şartıyla Napster'in online müzik dağıtımına devam edebileceğine karar vermiştir¹⁴.

Gerçekten de dosya paylaşım sistemi (P2P- Peer-to-Peer) teknolojisi ile internette müzik eserlerinin paylaşımı çok yaygınlaşmış ve fikri hukukun önemli bir sorunu haline gelmiştir. P2P dosya paylaşımı sunan programların başlıcaları *Napster*'den başka *Gnutella*, *Kazaa*, *Bearshare*, *Limewire*, *BitTorrent* olarak sayılabilir. Kullanıcıların dosya paylaşım ağına katılabilmeleri için müzik eserlerini internette başkalarının kullanımına sunmak üzere dijitalize etmeleri gerekir. Müzik eserleri MP3, sinema filmleri DivX, yazılımlar ise “.nrg” gibi formatlara dönüştürülerek dijitalize edilebilir. Kullanıcılar, bu dönüştürme işleminden sonra müzik eserini başka kullanıcıların indirmesine imkan tanımadan yalnızca kendi bilgisayarının sabit diskine kaydedebileceği gibi, MP3 formatına dönüştürülerek dijitalize edilen müzik eserini veri paylaşım programları aracılığı ile diğer kullanıcıların da bilgisayarlarına indirmesine imkan tanıyabilir. Eserin yalnızca şahsi olarak kullanıldığı ilk halde pasif (kapalı) kullanım söz konusu olur. Buna karşılık diğer kullanıcıların da esere erişiminin mümkün olduğu ikinci hal ise aktif (açık) kullanım olarak nitelendirilmektedir.¹⁵

¹⁴ Tekin MEMİŞ, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s. 89.

¹⁵ Savaş BOZBEL, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015, s. 312, 313.

2. Müzik Eserleri Üzerindeki Haklar ve Türleri

FSEK, eser sahibinin haklarını, mali haklar ve manevi haklar olarak iki türe ayırmış ve bu hakları sınırlayıcı şekilde saymıştır. Bu suretle, Kanunda sayılan hak ve yetkilerin kapsamı açık olarak belirlenebilmekte ve bunlara yapılan tecavüzlerin tespiti kolaylıkla mümkün olmaktadır. Sayma sisteminin sakıncalı yönü ise, teknik gelişmeler sonucu eserden kanunda sayılan şekiller dışında ortaya çıkan yeni yararlanma usullerini eser sahibinin kullanamamasıdır¹⁶. Bu olumsuzluğu ortadan kaldırmak için Fransız ve Alman Fikir ve sanat Eserleri kanunu gibi modern kanunlar eser sahibinin yetkilerini sınırlayıcı şekilde sayma yönteminden vazgeçmişlerdir. Bunun yerine, eser sahibinin tek ve kapsamlı bir hakkı olduğunu kabul etmişlerdir¹⁷.

a. Manevi Haklar

Manevi haklar, eser sahibinin kişisel ve manevi haklarını korumak için öngörülmüştür. Manevi haklar kişiye sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle temyiz kudretine sahip küçük ve kısıtlılar dahi kanuni temsilcilerinin rıza veya iznine gerek olmaksızın eser üzerindeki manevi haklarını kullanabilirler¹⁸.

FSEK'te eseri kamuya sunma hakkı, eserde sahibinin adını belirtme hakkı, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı ve eser sahibinin eserin üzerinde cisimlendiği malın malik ve

¹⁶ Doktrinde, manevi haklar sınırlı sayıda sayılmadığı için buna yetkiler eklenebileceği ileri sürülmüşse de; bu görüşe katılmak FSEK'in sistematığı ve kesin anlatımı karşısında mümkün değildir, Aynı görüşte EREL, Fikir, s. 135; Aksi görüşte: ARSLANLI, s. 79.

¹⁷ Nuşin AYİTER, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 112.

¹⁸ Şafak N. EREL, Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, AÜSBFD İLHAN ÖZTRAK ARMAĞANI, C. 49, S. 1-2, Ocak- Haziran 1994, s. 113.

zilyetlerine karşı hakkı olarak dört ayrı manevi hak türü sayılmaktadır¹⁹.

aa. Eseri Kamuya Sunma Hakkı

Fikri emek mahsulü bir eseri kamuya sunma yetkisi münhasıran o eserin sahibine ait bir yetkidir. Eser ancak, sahibinin gizlilik alanından çıkarak kişilerin herhangi bir yolla fark edebileceği bir şekilde dış dünyaya yansır, fikri hukuk tarafından korunur hale gelir²⁰.

Eser sahibi tarafından başkasına devredilmiş olan mali hakların kullanılması eserin kamuoyuna sunulması yetkisini de kapsıyorsa, eser sahibinin eseri kamuoyuna sunma yetkisini mali haklarla birlikte devretmiş olduğu kabul edilir²¹. Örneğin bir şarkının yayım hakkını devretmiş olan kimse, onun kamuoyuna sunulması yetkisini de devretmiş sayılır. Eserin kamuoyuna sunulması eser sahibinin şeref ve itibarını düşürecek nitelikte ise, eser sahibi yayınlama hakkını devretmiş olsa bile sonradan verdiği bu izinden dönebilir²². Eser sahibinin yapacağı bir sözleşme ile bu haktan önceden vazgeçmesi geçerli değildir (FSEK m. 14/III). Eser sahibinin eseri korumaya sunma yetkisini geri alması halinde, karşı taraf, uğrayacağı zarar nedeniyle tazminat talep etme hakkına sahiptir²³.

¹⁹ Mustafa TOPALOĞLU, *Bilişim Hukuku*, Adana 2005, s. 146.

²⁰ EREL, *Fikir*, s. 137; AYİTER, s. 115.

²¹ Hüseyin ARSLANLI, *Fikri Hukuk Dersleri – Fikir ve Sanat Ürünleri*, C. 2, İstanbul 1954, s. 81; ÖZTRAK, s. 54.

²² ARSLANLI, s. 82; ÖZTRAK, s. 54; AYİTER, s. 116; David BAİNBIDGE, *Computers and Law*, London 1990, s. 15.

²³ EREL, eser sahibinin bu yetkiyi geri almakta bir kusuru varsa tazminat talep edebileceğini savunmaktadır. Bkz; s. 138.

Eser hakkında bilgi verme hakkı da münhasıran eser sahibine ait bir haktır. Bu suretle eser sahibinin eserini gizli tutmaktaki manevi çıkarı güvence altına alınmıştır²⁴. Eser sahibi, eseri kamuya sunma yetkisini devretmişse, ondan daha dar bir kavram olan eser hakkında bilgi verme hakkını da devrettiğini kabul etmek gerekir.

bb. Eser Sahibinin Adını Belirtme Hakkı

Eser sahibi, eseriyle kendi arasındaki ilişkiyi kamuya bildirip bildirmeme konusunda bir takdir hakkına sahiptir. Eser sahibi olarak tanınmakta bir sakınca görmüyorsa eserinde kendi adını belirtebilir. Adının tam olarak belirtilmesi zorunlu olmayıp, herkesçe bilinen bir kısaltma, bir rumuz veya takma ad kullanması da mümkündür²⁵. Yalnız, eser sahibinin izni olmadıkça adında değiştirme ve kısaltma yapılamaz.

Eserde adın belirtilmesi eser sahipliğine ilişkin bir karine oluşturması ve eser üzerindeki tasarruf yetkisinin ispatı bakımından önemlidir²⁶. Bir kimse başkasının eseri kendi adını koyup yayımlayabilir (aşırma - intihal) ya da kendine ait olan eseri, başkasının isminden yararlanmak için o kişinin adıyla piyasaya sürebilir. Bu gibi hallerde açılacak bir tespit davasıyla gerçek eser sahibi belirlenebilir (FSEK m. 15/III). Sahibinin adı belirtilen eserlerde, adı bulunan kimse aksi ispatlanıncaya kadar eserin sahibi sayılır (FSEK m. 11).

FSEK m. 8 hükmünde bir ekip çalışmasının ürünü olarak geliştirilen birden çok kişinin emeği geçtiği müzik eserlerinde kimin eser sahibi sayılması gerektiği hakkında kriterler

²⁴ AYİTER, s. 117; ARSLANLI, s. 81; EREL, Fikir, s. 140

²⁵ EREL, Fikir, s. 99.

²⁶ EREL, Fikir, s. 99.

öngörülmüştür. Bu maddeden hareketle eser sahibi olarak belirlenen kişinin adı müzik eserinde belirtilebilir²⁷.

cc. Eserde Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Hakkı

Bir eser, manevi haklara konu olmak bakımından, gerek muhtevası gerekse şekli ile bir bütün teşkil eder. Eser sahibinin, eserin değişmeden bozulmadan yaşamaya devam etmesinde, eseriyle manevi ilişkisinin devam etmesinde bir manevi çıkarı vardır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 16. maddesinde, eser sahibinin izni olmadıkça eserde kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacağı belirtilmektedir. Hatta aynı maddede, eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile, şeref ve itibarını yahut eserin nitelik ve özelliğini bozan her türlü değiştirmelere karşı çıkabileceği hükmü yer almaktadır. Yargıtay “mühür gözlüm” adlı türkünün şiir ve müzik formu değiştirilerek hafif müzik formatında kaset olarak piyasa sürülmesinin manevi hak ihlali olduğunu ve bu nedenle manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

b. Mali Haklar

Bir eserden ekonomik olarak faydalanma yetkisi, sadece eser sahibine tanınmıştır. Üçüncü kişiler ancak eser sahibinden alacakları izinle eserden yararlanabilirler. Mutlak ve tekeli nitelikteki bu yetkilere mali haklar denilmektedir²⁸.

FSEK’te mali haklar, 4630 sayılı Kanunla yapılan değişikle, irdeleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve

²⁷ TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku s. 34.

²⁸ ŞAHİN, s. 99.

işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı olarak beş kategoride sayılmıştır²⁹.

aa. İşleme Hakkı

İşleme, bir eserin yaratıcı bir çaba sonucu, özelliği olan başka bir esere dönüştürülmesidir. İşleme eser, değiştirilmiş bir biçimde de olsa orijinal eseri i ermektedir³⁰. Kanuna göre, bir eserden işlemek suretiyle yararlanma hakkı, münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 21). Bir klasik müzik eserin eser sahiplerden izin alınmadan pop veya R&B gibi müzik şeklini değiştirerek başka bir eser elde ederse, eser sahibinin işleme hakkını ihlal etmiş olur.

bb. Çoğaltma Hakkı

Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltmak, eser sahibine ait bir mali haktır (FSEK 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunla değişik 18. md.). Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret ses ve görüntü nakil ve yarayan her türlü araca kaydedilmesini de FSEK m. 18 çoğaltma saymıřtır³¹.

İnternet üzerinden bir müzik eserini indirmek, bir CD'ye kopyalamak veya bilgisayarın hardiskine kaydetmek bu anlamda  oğaltmadır. Bilgisayarın RAM (Random Access Memory)'ine geçici kaydetmenin çoğaltma sayılmayacağı bazı Avrupalı yazarlarca ileri sürülmüşse de, FSEK m. 18/I'deki "geçici veya sürekli" ifadesi

²⁹ EREL, Fikir, s. 158.

³⁰ AYİTER, s. 126; BAINBRIDGE, s. 20.

³¹ Mustafa TOPALOĞLU, Bilgisayar Programları  zerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997, s. 50.

karşısında bu durum dahi Türk hukuku açısından çoğaltma kavramına girer³².

FSEK m. 38'e göre "Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz." denilerek şahsi kullanım serbestisi getirilmiştir. Şahsi Kullanım için çoğaltma, günümüzde fikri hukukun en tartışmalı, çözülmesi bir hayli zor görünen sorunlarından biridir. Özel kullanım için çoğaltma serbestisi, önceleri ancak belirli sayıda çoğaltma yapabilen teknikler dikkate alınarak tanınmış ve giderek geleneksel bir hale gelmiştir. Oysa günümüzde, yeniden üretim (reproduction) alet ve imkanların gelişmesi, telif haklarında bir erozyon meydana getirmektedir³³. Bu itibarla, kanun koyucu eser sahiplerinin meşru menfaatlerini korumak maksadıyla dijital formda tespit edilebilen eserlerin teknolojik önlemler ile himaye edilmesine izin vermiştir³⁴.

cc. Yayma Hakkı

Yayma hakkı, eserin ya da eser kopyalarının kamuya sunulması veya bunların yayılması yoluyla eserden yararlanmayı ifade eder³⁵. Bu anlamda, eserin satılması, bağışlanması ya da kiraya veya ödünç verilmesi de yayma hakkının kullanılması sayılır.

³² Zehra ÖZKAN, Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi, Ankara 2008, s. 88.

³³ Sigrid Antonie DIETZ, Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?, UFITA, Bd. 110/1989 s. 61.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sefer OĞUZ, Eserleri Koruyan Teknolojik Önlemleri Himaye Eden Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Prof. M. İlhan Ulusarı'ya Armağan C. II, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 291-313.

³⁵ TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku, s. 40.

Eserin aslı ya da kopyalarının yayma hakkı kullanılarak piyasaya sunulmasından sonra, tekrar satışlar yönünden yayma hakkı tükenir³⁶. Hakkın tüketilmesi ilkesi denilen bu ilke, yayma hakkına bir istisna oluşturmaktadır. Yeni teknolojik gelişmeler yoluyla sunulan hizmetler, sınırsız sayıda tekrarlanmaya imkan vermektedir³⁷. Bu şekilde, ağlar üzerinden sunulan hizmetlere konu olan eserler bakımından hakkın tüketilmesi ilkesinin uygulanmayacağı görüşü egemendir. Nitekim Avrupa Topluluğu Adalet Divanının vermiş olduğu kararlarda (Coditel/Cine. Vog Aff. 62/79; Coditel/Cine. Vog Aff. 262/81; Warner Brothers and Metronom Video/Christiansen Aff. 156/86) hakkın tüketilmesi ilkesinin sadece mallara uygulanabileceği, özellikle ağlar üzerinden yapılan hizmet sunumlarının bu ilkenin kapsamı dışında olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla sadece fiziksel olarak dağıtımı yapılan eserlerden yayma hakkının tükendiği, buna karşılık internet yoluyla sanal aleme aktarılan eserler bakımından hak sahibinin yayma hakkının devam ettiği ve onun izni olmadan dağıtım yapılmayacağını kabul etmek gerekir.³⁸

³⁶ Adem ASLAN, *Türk ve ABD Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi*, İstanbul 2004, s. 204.

³⁷ Dijital formdaki eserlerin internetten indirilmek suretiyle satın alınmasından sonra sabit bir taşıyıcıya tespit edilmeden ve üçüncü kişiye devredildiğinden tükenme hakkının söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir, Sefer OĞUZ, *İnternette Satın Alınıp İndirilen Bilgisayar Programlarını (Yazılımlarının) Tükenme İlkesi Çerçevesinde Edinen Kişinin Karşılaşabileceği Hukuki Sorunlar Üzerine Bazı Düşünceler*, Prof. Dr. Hamdi Yasaman Armağanı, İstanbul 2017, s. 446-494.

³⁸ TOPALOĞLU, *Bilişim Hukuku*, s. 148; Bu konudaki aksi görüş ve tartışmalar için bkz. Oğuz, *Tükenme hakkı*, 489.

dd. Temsil Hakkı

Temsil bir eserin, doğrudan doğruya duyulara hitap edecek şekilde kamuya sunulmasıdır³⁹. FSEK m. 24'te temsil kavramı, bir eserin umumi yerlerde okunması, çalınması, oynanması veya gösterilmesi şeklinde tanımlanmışsa da; buradaki sayma örnek kabilindendir ve sınırlayıcı değildir⁴⁰. Bu nedenle, bir eserin yeni geliştirilecek teknik veya şekillerle topluma sunulması da temsil kavramına dahil olabilecektir⁴¹.

FSEK m. 24'te temsil, doğrudan doğruya (vasitasız) temsil ve dolayısıyla (vasitalı) temsil olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan doğruya temsilde, bir eser, araya mekanik bir araç girmeksizin, okunarak, çalınarak veya temsil edilerek halka ulaştırılmaktadır⁴². Dolaylı temsilde ise, eser, önceden onu tespiti yarayan bir vasıtaya kaydedilerek, daha sonra da bu vasıta yardımıyla kamuya sunulmaktadır⁴³. Gerek doğrudan doğruya, gerek dolayısıyla temsil edilen bir eserin, temsil yerinden başka bir yere nakledilmesi hakkı da eser sahibine aittir⁴⁴.

Doğrudan doğruya ve dolayısıyla temsil ayrımı, temsil hakkının devri bakımından önem taşımaktadır. Temsil hakkının devri, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sadece doğrudan doğruya temsili kapsar⁴⁵.

³⁹ Christoph Wolfram BLOCHER, *Der Schutz von Software im Urheberrecht*, Wien 1989, s. 452.

⁴⁰ EREL, Fikir, s. 176.

⁴¹ EREL, Fikir, s. 176.

⁴² EREL, Fikir, s. 177; AYİTER, s. 137.

⁴³ ARSLANLI, s. 106.

⁴⁴ AYİTER, s. 137.

⁴⁵ ÖZTRAK, s. 56.

ee. Umuma İletim Hakkı

Eser sahibinin doğrudan veya fiziksel olamayan medya aracılığıyla eserin umuma iletimini kontrol etmek hakkı vardır. Bu hak aynı zamanda 27 Eylül 1993 tarihli 92/100 sayılı kablolu ve uydu yayınlarıyla ilgili Avrupa Birliği Yönergesiyle düzenlenmiştir⁴⁶.

Türk Hukukunda 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunla FSEK m. 25 in başlığı dahi değiştirilerek “İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” olarak yeniden düzenlenmiştir⁴⁷. Buna göre, “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması... suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir”.

Bizatihi bilgisayarda yaratılan bir müzik eserinin ve dijital hale dönüşmüş şeklinin internet ortamına aktarılması, dijital iletim hakkının kullanılması niteliğindedir. Bu nedenle mali hak türü olan dijital iletim hakkının kullanılması için eser sahibinden izin almak gerekir. Aynı şekilde Eserin internet üzerinden üçüncü kişilere sunulması yahut kullanıcının üçüncü kişilere kendi bilgisayarının sabit diskinde yer alan esere ulaşma imkanı tanınması da FSEK bağlamında gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimini sağlamak suretiyle umuma iletmeye anlamına gelir⁴⁸.

Dijital iletimle ilgili mali hak türünün madde başlığı umuma iletim olduğundan, aile içinde veya şirket bünyesiyle sınırlı kalmak

⁴⁶ Official Journal of European Community, 27 Nov. 1992, L. 346/61.

⁴⁷ TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku, s. 149.

⁴⁸ BOZBEL, s. 314.

şartıyla dijital iletim eylemi gerçekleştirilirse, bu hak ihlal edilmiş olmaz. İnternet aracılığıyla yapılacak dağıtımın kamuya yönelik olması şarttır.

Yayma hakkı ile umuma iletim hakkı arasındaki ayırımı yapmak çok güçtür. Aslında bu ayırım daha çok analog çağlara özgüdür⁴⁹. FSEK m. 25'in son fıkrasında, umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu, eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez denilerek, soruna çözüm getirilmiştir

B. İcracı Sanatçıların Hakları

1. İcracı Sanatçılar

İcracı sanatçı, kendisinin olmayan bir eseri, kendi sanatçılık becerisi ile yorumlayarak o esere ruh ve anlam kazandıran sanatçıdır. Kendi yarattığı eseri icra eden kimse örneğin bir bestesini çalan besteci o eserin sahibi sıfatıyla zaten korunduğundan dolayı icracı sanatçı olarak ayrıca korunmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır⁵⁰.

Bu bakımdan, icracı sanatçılar, eseri yorumlayarak, tanıtarak eser sahibi ile eserden yararlanacak olan kamuoyu arasında bir tür aracılık hizmeti görmektedirler. Bu aracılık daha çok sinema ve müzik sektöründe sahne, film, konser, radyo icracılığı ile veya günümüzde çok gelişmiş olan kaset veya CD doldurmak suretiyle gerçekleşmektedir⁵¹.

İcracı sanatçıların ürünleri eser niteliği taşımasa da bunların üzerinde sübjektif hak tanımak suretiyle koruma konusu haline

⁴⁹ Oliver HANCE, *Business and Law on the Internet*, Best of Editions 1996, s. 90.

⁵⁰ EREL, *Fikir*, s. 208; Mehmet KILIÇ, *İcracı Sanatçılar ve Hakları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998/2, s. 596.

⁵¹ KILIÇ, s. 596.

getirilmeleri gerekir. Orijinal bir eser yaratmamakla birlikte bir eseri icrası ile yorumlayarak onu geniş halk kitlelerine tanıtarak bilinilmesini sağlayan icracı sanatçının emeği ve verimi korunmaya hak kazanan bir değer olarak kabul edilmektedir. İşte bu emek ve katkının korunmasını sağlamak amacıyla günümüzün hemen hemen bütün telif hakkıyla ilgili kanunlarda yaratıcı eser sahibi sanatçının yanında icracı sanatçının da korunmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir⁵².

Ülkemizde icracı sanatçılar ve sahip olduğu haklar, asıl kaynağını 26.10.1961 tarihli Roma Sözleşmesinden alan 4110 sayılı kanunla değişik Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda ve Komşu Haklar Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, 1995 yılında 4110 Sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce, 81. ve 82. maddelerinde komşu hak kavramı kullanılmış olmamakla beraber, bu hakkın kapsamına giren kişilerle ilgili koruma hükümleri bulunmaktaydı. Ancak bu hükümlerin oldukça dar kapsamlı ve yetersiz olarak düzenlenmesi nedeniyle, 4110 sayılı kanunla, yapılan değişiklikle komşu haklara ilişkin hükümler genişletilmiş, özellikle icracı sanatçıların hakları daha da etkin hale getirilmiştir. Ayrıca Kanun'da yapılan düzenlemelerin uygulanması amacıyla 16 Kasım 1997 tarihinde yürürlüğe giren “Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği” hazırlanmış ve bu yönetmelikte komşu hakkın tanımı, komşu hak sahibinin yetkileri ve sahip oldukları hakkın sınırları düzenlenmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80. maddesinde yapılan değişiklik ile “*Eser sahibinin maddi-manevi haklarına halel*

⁵² ARKAN, s. 40 vd; Akın BEŞİROĞLU, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 676; François DESSEMONTET, Intellectual Property Law in Switzerland, Bern 2000, s. 65; Richard STIM, Patent, Copyright & Trademark, 12th ed., 2012 Berkeley, CA, s. 295.

getirmemek şartıyla, fikir ve sanat eserlerini özgün biçimde icra eden, yorumlayan icracı sanatçılarla, bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden ses taşıyıcıları yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarının, eser sahibinin haklarına komşu haklarının bulunduğu” hükme bağlanmıştır.

Komşu Haklar Yönetmeliği’nin 6. maddesinde ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun “Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar” başlığı altındaki 80. maddesinin 2. fıkrasında; eser sahibinin haklarına komşu haklara sahip icracı sanatçıların bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebileceği, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Buradaki haklara dikkat edildiğinde esas itibari ile asıl eser sahibinin haklarının korunmasına paralel bir korumanın komşu hak sahipleri için de getirildiği görülmektedir. Yasanın sağlamış olduğu bu düzenleme sonucunda; fonogramlara tespit edilmiş icraların ve filmlerin, her ne suretle olursa olsun umuma iletilmesi halinde, bunları kullananlar, eser sahiplerinin yanı sıra, icracı sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili alan meslek birliklerine de bu kullanımlara ilişkin uygun bir bedeli ödemekle yükümlü hale getirilmiştir.

2. İcracı Sanatçının Hakları

İcracı sanatçıların da icraları üzerindeki hakları mali ve manevi haklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

a. İcracı Sanatçıların Manevi Hakları

Manevi haklar, icracının icrası ile şahsi ve manevi ilişkisini korumayı amaçlar. Eser üzerindeki manevi haklar gibi icracının manevi hakları da mali haklardan bağımsızdır. Mali haklar devredilse bile icralar üzerindeki manevi haklar, devredilmez icracı sanatçı da kalmaya devam eder⁵³.

İcracı sanatçının manevi hakları, icra üzerinde adını belirtme hakkı ve icranın bütünlüğünü koruma hakkıdır. Özellikle bu son hak, icracının özgün şekilde icra ettiği icranın daha sonra başka biri tarafından tahrif edilmeyecek şekilde yorumlanmasını gerektirir⁵⁴.

b. İcracı Sanatçının Mali Hakları

Mali haklar icracı sanatçının icrasından maddi yarar sağlamasına yöneliktir. Bu nedenle mali hakların devri, intikali ve hukuki tasarruflara konu olması mümkündür.

FSEK m. 80 icracı sanatçıların mali haklarını şu şekilde belirtmiştir: “...icracı sanatçı, *icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir.*”

C. Eser ve İcralar Üzerindeki Hakların Devri

1. Mali Haklar Üzerinde Yapılan Devir Sözleşmelerinin Niteliği

FSEK, eser sahibinin eseri üzerindeki hakları mali ve manevi hak olarak iki kategoriye ayırmakta olup bunlar da kendi içerisinde

⁵³ Engin ERDİL, Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 92.

⁵⁴ Veysel BAŞPINAR/Doğan KOCABEY, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007, s. 137; ERDİL, s. 92.

alt kategorilere ayrılmaktadırlar. Manevi Haklar, umuma arz salahiyeti, adın belirtilmesi salahiyeti, Eserde değışiklik yapılmasını menetmek hakkından oluşur.

Mali Haklar ise, işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve en son 2001 yılında eklenen İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı olarak FSEK’te sayılmıştır.

Eser sahipliğı devredilemediğı için manevi haklar hukuki işlemlere konu olmaz. Örneğın yazar A, yazdığı kitabı B’ye devredip istediğı isimle yayımlaması yetkisi veremez.

Buna karşılık mali haklar; teker teker veya bütün olarak devredilebilir. Mali hakların devri için yayın sözleşmesi, sahneleme, filme çekme, ısmarlama resim yapma ve meslek birlikleriyle yapılan sözleşmeler yapılmaktadır. Mali hakların tamamen devredilmesine *devir*, kullanma hakkının devrine de *lisans* denilmektedir. Bütün mali haklar devredilse bile manevi haklar ruhsat sahibinde kalır. Mali hakların devri, kullanımları için gerekli manevi hakların kullanılması yetkisini de içerir.

İcracı sanatçıların hakları da devir işlemine konu olabilir. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliğinin 8. maddesinde icracı sanatçıların haklarının bir başka kişiye devredilebileceğı öngörülmektedir. Ancak bunun için, sözleşmeyle çoğaltma, kiralama, icranın telli ve telsiz her türlü araçla yayınlanması ya da temsil yoluyla faydalanma hakkını uygun bedel karşılığında yapımcıya devreden icracı ve yorumcu sanatçılardan ayrıca yazılı izin almak gerekli değildir. Buna karşılık sayılan bu haklardan yapımcıya devredilmeyen hakların kullanımı için icracı sanatçı ve eser sahibinden yazılı devir ve kullanım izni alınması şarttır.

Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 23. maddesinde icralar üzerinde mali hakların devir ve intikaline fikri hakların devrine ilişkin FSEK m. 48 ve devamı maddelerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu suretle icracı sanatçıların haklarının devrinde eser sahibinin eser üzerindeki haklarının devrinde de FSEK'de eser üzerindeki hakların devrine ilişkin hükümlerin uygulanma imkanı sağlanmıştır⁵⁵.

FSEK m. 48/1'e göre, mali hakların devri sözleşmesinde eser üzerindeki hak, devredildikten sonra eser sahibinin ile hak arasındaki ilişkisi tamamen kesilmez sadece malî hak devralana intikal eder. Devralan, mali hakkı, mülkiyet hakkında olduğu gibi mutlak olarak değil de sözleşmede belirtilen şartlarla ve süre varsa bu süre ile sınırlı olmak üzere iktisap edebilir. Hatta devir konusu eserin koruma süresi üst sınırı oluşturur. Taraflar devri sözleşmesinde eserin koruma süresini gözeterek diledikleri gibi belirleyebilirler. Belirli ve belirlenebilir bir süre için akdedilen mali hakların devri sözleşmesinde tarafların hak ve borçları da kural olarak bu süre boyunca devam ettiğinden dolayı, sürekli borç doğuran bir sözleşme sayılır.⁵⁶

Mali hakların devri sözleşmesi ile eser sahibi, eseri üzerindeki malî haklarını devrederken, devralanın kişiliği de önem taşımaktadır. Çünkü malî hakkın devrindeki tek amaç, eser sahibinin sadece ekonomik yönden tatmin edilmesi değildir. Bunun yanında, eserin alenileşmesi ile eser sahibinin şöhret kazanması, itibarının artması da söz konusudur. Bu yüzden eser sahibi, kendi adının en iyi şekilde duyulmasını sağlamak için her hangi bir kimse ile değil, malî hakkı en iyi biçimde kullanabilecek olanlarla

⁵⁵ ARKAN, s. 227.

⁵⁶ Emre GÖKYAYLA, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 225.

sözleşme yapmayı isteyecektir. FSEK m. 49/1 hükmü uyarınca; hakkı devralan kişi ancak eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı onayı ile hakkını devredebilecektir. Bu hükümde öngörülen hakkı devralacak kişinin mali hak sahipleri tarafından onaylanması zorunluluğu, sözleşmenin kişiye bağlı olduğunu göstermektedir.⁵⁷

Benzer bir durum aynı gerekçelerle icracı sanatçılar için de geçerlidir. İracı sanatçılar, tespiti gerçekleştirmeden önce nasıl ki eser sahiplerinden izin alıyor ve eser sahibinin haklarını gözetiyorsa, icracı sanatçılardan maddi hakları devralan yapımcıların da sanatçının haklarını gözetmeleri beklenmelidir.

Mali hakların devri sözleşmeleri niteliği itibariyle Satım sözleşmelerinden de farklıdır. Satım sözleşmesi, sözleşmeye konu olan malın kesin olarak devrini içeren, devir amaçlı bir sözleşme olduğu halde mali hakların devri sözleşmesinde iş görme unsuru ön plandadır. Bunun sonucu olarak satım sözleşmesi ile satıma konu olan mal alıcıya geçtiğinde, alıcı mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu için, dilediği tasarrufta bulunabilir. Buna karşılık, mali hakların devri sözleşmesinde, hakkı devralan kişinin, satım sözleşmesinin tarafı olan alıcı gibi, devraldığı hak ve hakka konu olan eser üzerinde sınırlı bir tasarruf yetkisi vardır. Devralan, ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde hakkı kullanabilir, hatta devralan sözleşme ile devraldığı mali hakkı kullanırken, eser sahibinin manevi haklarına da zarar vermemek zorundadır⁵⁸.

Bu nedenle, mali hakların devri sözleşmesi ivazsız yapılsa bile tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden söz edilemez. Çünkü mali hakların devri sözleşmesinde devralanın tek asli edimi, kararlaştırılmışsa bedeli ödemekten ibaret değildir. Devralınan

⁵⁷ GÖKYAYLA, s. 226.

⁵⁸ GÖKYAYLA, s. 242, 243.

hakkın kullanılması; hakkı kararlaştırılan yer, süre ve nitelikte kullanma gibi başka bazı asli edimler de vardır. Sözleşme, karşılıklı veya karşılıksız kurulmuş olsa da hakkın gereği gibi kullanılması, devralan açısından asli edim niteliği taşır ve bu sebeple, mali hakların devri sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir nitelik taşımaz.⁵⁹

2. Devri Sözleşmelerinde Yazılı Şekil Şartları

Eser ve icralar üzerindeki mali hakların devri sözleşmesine ilişkin şekil esası, FSEK. m. 52’de bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. FSEK m. 52, “*mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*”. hükmünü içermektedir. Bu hükümde belirtilen sözleşmeden amaç, borçlanma işlemi niteliğindeki devri vaatleridir. Tasarruftan amaç ise, alacağın temliki gibi, mali hakların devri sonucunu doğuran, tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelerdir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun bu hükmü ruhsatları (lisans sözleşmeleri) açık bir biçimde ifade etmemiştir. Ancak bu hüküm lisans sözleşmeleri bakımından da emredici bir hükümdür. Çünkü hükümde geçen mali hak ifadesi bu hakları kullanma yetkisini de kapsamaktadır. Lisans verme mali hakka ait kullanma yetkisinin bir sözleşme ile devri anlamına geldiğinden yazılı şekil zorunluluğu ruhsatları (lisansları) da kapsamaktadır⁶⁰.

FSEK m. 52’de öngörülen yazılı şekil şartı hem sözleşme hem de tasarruf işlemlerinde geçerlilik şartıdır. Genellikle mali hak ve yetkilerin devrinde, gayrimenkullerde olduğu gibi taahhüt işlemi

⁵⁹ GÖKYAYLA, s. 227, 228.

⁶⁰ Şirin AYDINCIK, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 94, 95.

ile tasarruf işlemi aynı sözleşmede birleşir. Taahhüt ve tasarruf işlemleri birleştirilmişse bunların tek bir metin halinde yazılı bir şekilde düzenlenmesi şekil açısından yeterli olacaktır. BK. md. 163/II uyarınca alacağın temlik taahhüdü özel bir şekle tabi değilken, FSEK m. 52’de mali hakların devri taahhüdünde yazılı şekil şartı aranmaktadır⁶¹.

TBK m. 14/I göre, yazılı şekle tabi bir sözleşmede yazılı metinde sözleşme ile borç altına girenlerin tümünün imzalarının bulunması zorunludur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın beyanının da yazılı metinde yer alması ve metni iki tarafın da imzalaması gereklidir. Mali haklara ilişkin sözleşmelerde her iki taraf da borç altına giriyorsa yazılı metinde her iki tarafın da beyanının da bulunması ve ikisinin de metni imzalaması gerekir⁶².

Taraflar arasında yazılı bir sözleşme yapılmamışsa sözleşmenin geçersizliğini taraflar ileri sürebileceği gibi geçersizlik hâkim tarafından da re’sen göz önünde tutulur. Geçersizliğin ileri sürülmesi defi değil itiraz teşkil eder. Mali hakların devrini içeren sözleşmede şekle uyulmaması, mutlak butlan yaptırımına tâbi olup, tarafların geçersizliği ileri sürmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Ancak fikri hukukta da şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı istisnai haller vardır. Yargıtay’ın son kararlarında, tarafların edimlerini ifa etmelerinden sonra şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı kabul edilmektedir⁶³.

⁶¹ ARSLANLI, s. 77.

⁶² YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. II, İstanbul 2014, s. 1639.

⁶³ AYDINCIK, s. 104; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1646.

Nitelikleri gereği fikri haklara ve komşu haklara ilişkin devir sözleşmeleri her iki taraf için de hak ve yükümlülükleri tanımlayan ve sürekli borç doğuran sözleşmelerdir. Zaten bu nedenle sektördeki genel uygulama, sanatçı ile yapımcılar arasında yayınlara ilişkin paylaşımın detaylı belirtildiği ayrıca bir devir sözleşmesi yapılması şeklindedir. Ancak imzalanan devir sözleşmeleri dışında yalnızca bandrol alınabilmesi için sanatçılar tarafından tek taraflı olarak yayımcı ya da yapımcıya verilen muvafakatnameler geçerli bir devir belgesi niteliğinde değildir. Nitekim, Yargıtay benzer bir olayda fikri ve sinai bir hak türü olan marka hakkının devri için marka hakkı sahibinin tek taraflı olarak verdiği muvafakatı yazılı devir koşulunu içermediği için geçerli saymamıştır⁶⁴.

⁶⁴ “556 sayılı Karamamede, markanın veya kullanım hakkının ne şekilde devredileceği düzenlenmiş olup, tek taraflı bir muvafakatla marka kullanımına müsaade edilip, edilemeyeceği HUSUSUNDAN BAHSEDİLMEMİŞTİR. Anılan Karamamenin 16’ncı maddesinde marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği, 16’ncı maddesinde tescilli bir markanın başkasına yazılı bir devir sözleşmesiyle devir edilebileceği ve bunun koşulları, 20. maddesinde ise, marka kullanım hakkının lisans sözleşmesi konusu yapılabileceği ve bu sözleşmenin asli ve şekli ŞARTLARI BELİRTİLMİŞTİR.

Somut olayda, anılan KHK. nin 16’ncı maddesine uygun biçimde karşılıklı olarak yazılıp, imzalanmış bir sözleşmeye dayalı marka devri bahis KONUSU DEĞİLDİR. Keza taraflar arasında KHK’nın 20. ve müteakip maddelerde yazılı şekilde marka kullanım hakkının devrini içeren bir lisans sözleşmesi DE YAPILMAMIŞTIR. Bu bakımdan ihtilafın aynı zamanda genel hükümler çerçevesinde değerlendirilip, ÇÖZÜLMESİ GEREKLİDİR. Kural olarak, bir hak devredilmeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu müsadeyi geri almak hak ve yetkisi DE VARDIR. Zira, hakkın özü KENDİSİNE AİTTİR. Nitekim, 556 sayılı KHK’nın konuya en yakın düzenlemesi olan lisans sözleşmesi de, her sözleşme gibi feshedilebilir. Ancak, fesih için haklı nedenlerin, verilecek uygun mehillerin ve gerektiğinde karşılanması icap eden zararların nazara ALINACAĞI TABİDİR. Bu bakımdan mahkemece gerekli araştırma ve uygun değerlendirme yapılmadan, sırf marka kullanma hakkının süresiz ve koşulsuz devredildiği, davalı şirketin önce kurulup unvanı kullandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi DOĞRU BULUNMAMIŞTIR.”(Yargıtay 11. HD, 03.4.2001 gün ve E. 2001/752, K. 2001/3930).

D. Devir Süresin Dolması ve Eser/İcranın Hak Sahibine Geri Dönmesi

Fikri haklara ilişkin devir sözleşmeleri yasal koruma süresi içinde kalmak üzere süreli olarak akdedilebilir. FSEK m. 59/III “*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.*” hükmünü öngörmektedir. Buna göre eser veya icranın devrine ilişkin sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasıyla eser sahibine geri döner. Sözleşme süresinin sonunda hakkın sahibine geri dönüşü kendiliğinden gerçekleşir. Bunun için ayrıca bir talep veya ihtara gerek yoktur. Aynı şekilde doktrin ve Yargıtay uygulamasında kabul edildiği üzere sürenin dolmasından sonra devralanın eser veya icrayı kullanmaya devam etmesi, sona eren sözleşmeyi belirsiz süreli sözleşmeye döndürmez.⁶⁵

Eser veya icra devredilmiş olsa bile sahibi arasındaki manevi bağ devam eder. Bu nedenle eser veya icranın üçüncü kişilere devri halinde dahi sürenin dolması halinde sahibine geri döner. Ayrıca, eser veya icrayı sonradan devralan 3. kişi, eser sahibinin yaptığı ilk devir sözleşmesindeki kayıt ve kısıtlamalarla bağlıdır. Zira FSEK m. 49 uyarınca eserin üçüncü kişilere tekrar devredilmesi halinde de eser sahibinin izni gereklidir.⁶⁶ Dolayısıyla eseri sonradan devralan 3. kişi mali hakkı asli iktisap eden kişinin sahip olduğu kısıtlamalarla devralmıştır. Burada 3. kişinin iyi niyeti korunmaz. Eseri veya icrayı devralacak 3. kişi eser sahibi ile yapılan asli iktisapla devir sözleşmesini inceleme yükümlülüğü altındadır. FSEK m. 54 “*Mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyetli olmayan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa*

⁶⁵ AYDINCIK, s. 186.

⁶⁶ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1795.

bile himaye görmez.” demek suretiyle devralan kişinin iyi niyetinin korunmayacağını açıkça belirtmiştir. Bu nedenle eser ve icra sahibi ile yapılan sözleşmelerde bulunan süre şartı eseri sonradan devralan üçüncü kişileri de bağlayıcı niteliktedir.

Yukarıda belirtildiği gibi manevi hakların eser sahibinde kalması, fikri hakların devri sözleşmelerini alacağın temliki ve satış sözleşmelerinden farklı hükümlerle düzenlenmesini gerektirmiştir. Eser ve icra üzerinde hak sahibi olan kişi sonraki devirlerde bile eserle arasındaki bağı devam etmektedir. Bunun sonucu olarak eseri veya icrayı devralanlar FSEK’te öngörülen kanuni sınırlamalarla eseri devralmaktadırlar. Bu bakımdan eser veya icranın devrindeki süre sınırlamaları bunlara karşı da etkilidir.

Aynı çözüm tarzı eser üzerindeki mali hakkı, icrada yapılan satış ihalesinden veya iflas müdürlüğünün yaptığı ihaleden alan ihale alıcıları açısından da geçerlidir. Zira burada da kamusal bir satış veya devir söz konusudur. İcra ve İflas Müdürlüğü de dava konusu eser ve icraları sözleşmesel ve yasal sınırlamalarla ihale yoluyla satmaktadır. FSEK, bu konuda iflas veya icra ihale alıcısı hakkında ayırık bir hüküm öngörmemiştir.

E. Cayma

1. Cayma Hakkının Amaç ve Kapsamı

Eser sahipleri genellikle eserlerini kendi imkanlarıyla yayma imkanlarına sahip olmadıklarından ya da bu tür işlerle uğraşmak istemediklerinden devir veya lisans verme yolunu seçerler. Eser sahibinin kuşkusuz eserini devrederken birtakım mali ve manevi beklentileri de vardır. Mali beklentisi, eserinden ekonomik olarak bir gelir elde etmek iken manevi beklentisi ise eserin ve bazen de eser sahibi olarak kendisinin geniş halk kitleleri tarafından

tanınmış olmasıdır. Bazen tanınma şeklinde gerçekleşen manevi menfaat, tanınma dolayısıyla eserin daha fazla satış rakamları elde etmesine bağlı olarak gelir artışı da yaratır. Hatta eserin hit olması eski dönemlerde olduğu gibi altın plak ve benzeri ödüllerle eser sahibini taçlandırır.

Mali bir hakkı devralan kişi, aradaki anlaşmaya uymayabilir, devraldığı hakkı hiç ya da gereği gibi kullanmayabilir, gereken zamanda kullanmayabilir veya eser sahibinin haklarına zarar verecek şekilde kullanabilir⁶⁷. Bu durumlarda eser sahibi eseri devrettiğine pişman olur.

İşte FSEK, eserini devreden eser sahibinin oluşan bu mağduriyetini önlemek için cayma hakkını öngörmüştür. FSEK m. 58 “*Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.*” hükmünü içermektedir. Buna göre mali bir hak veya kullanma yetkisi elde eden kişinin bu hakkını gereği gibi kullanmamasından menfaatleri esaslı şekilde eser sahibi sözleşmeden cayma hakkını kullanabilir.

Cayma hakkı özellikle eser sahibinin hak üzerinde devir ya da tam lisans verme yoluyla tasarruf ettiği hallerde önem kazanmaktadır. Eserle ilgili aynı kullanım iznin başkalarına da verilebileceği basit lisans halinde eser sahibinin menfaatlerinde büyük bir zedelenme ortaya çıkmayabilir.⁶⁸

⁶⁷ ÖZTAN, s. 581.

⁶⁸ AYİTER, s. 219.

FSEK’te cayma hakkı, Alman Fikri Haklar Kanunundan esinlenilerek düzenlenmiştir. Ancak, Alman Kanununun özel bir cayma sebebi saydığı, § 42 de düzenlenen «*Kanaat değişmesi dolayısıyla cayma — Rückruf wegen gewandelter Überzeugung*» Türk Kanununa ayrıca alınmamıştır.⁶⁹

FSEK m. 58’de öngörülen cayma hakkı, fesihden farklıdır. Fesih, sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesini sağlayan bir haktır. Fesih sebepleri birden çok olabilen sona erme hali iken; caymanın sebebi eserin gereği gibi kullanılmamasının eser sahibinin menfaatlerinin esaslı şekilde ihlal edilmesidir.⁷⁰ Ayrıca haklı fesih halinde sözleşmeyi fesheden tarafın karşı tarafa bir tazminat ödemesi söz konusu değilken; FSEK m. 58/IV uyarınca sözleşmeden cayan eser sahibi, hakkaniyet gerektiriyorsa karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalabilir. Ancak doktrinde caymanın şartları oluşmasına rağmen sözleşmenin feshi yoluna da gidilebileceği kabul edilmektedir.⁷¹

Cayma hakkını düzenleyen FSEK hükümlerinde eser sahibinden söz edilmişse de, burada komşu haklar düşünülmemiştir. Zira FSEK m. 80’e göre icra üzerinde maddi hakları kullanmaya ve devir sözleşmesi yapmaya yetkili olan icracı sanatçının bu sözleşmeleri sona erdiremeyeceğini iddia etmek hukuken geçerli bir argüman olmayacaktır. Doktrinde de cayma hakkından komşu hak sahiplerinin de yararlanacağı kabul edilmektedir.⁷² Yargıtay uygulaması da icracı sanatçıların cayma

⁶⁹ AYİTER, s. 219.

⁷⁰ Başak BAK, Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma, Ankara 2016, s. 31.

⁷¹ BAK, s. 32.

⁷² ÖZTAN, 595; ARKAN, s. 237; Gökçen TÜRKER, İcracı Sanatçıların Hakları, Ankara 2016, s. 175.

hakkından yararlanabileceği yönündedir⁷³. İcracı sanatçılar dışında fonogram yapımcıları ve radyo televizyon yapımcılarının da bağlantılı hak sahibi olabilmektedirler. Bunlar icracı sanatçılar gibi manevi haklara değil de, mali haklara sahip olduklarından ancak çok istisnai mali hak ihlallerinde cayma hakkını kullanmaları söz konusu olabilir⁷⁴.

2. Caymanın Hakkının Kullanılma Şartları

Cayma hakkının kullanılması için FSEK m. 58’de esasa ve şekle ilişkin birtakım şartlar öngörülmüştür.

⁷³ “Dava konusu uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki 09.04.1992 tarihli albüm yapma sözleşmesi gereği 1994 tarihinde davalı icracı sanatçı tarafından icra edilen ve davacı tarafından da tespiti yapılarak piyasaya arz edilen musiki eserlerinin bulunduğu "LAL" adlı albümün satışlarının 300.000 adedi aşması halinde; aşan her bir kaset için KDV hariç toptan satış fiyatının %10’unun okuma suretiyle davacı şirketçe davalı sanatçıya ödeneceği ve pirsantaj ödemelerinin her aybaşı hesap görülmek suretiyle yapılacağı SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILMIŞTIR. Davalı tarafça Davacıya gönderilen 28.04.2004 tarihli ihtarnameyle anılan sözleşmedeki 300.000 adedi aşan albüm satışlarından kaynaklanan ek telif ücretinin ödenmesi istenmiş ve 05.08.2004 tarihli ihtarname ile de davacıya tanınan süre içerisinde söz konusu ödemelerin yapılmadığından bahisle sözleşmenin feshedildiği DAVACIYA BİLDİRİLMİŞTİR. Sözleşmenin yürürlüğünden sonraki bir tarihte açıklanan fesih iradesi bildiriminin, yukarıda izah edildiği şekilde FSEK’nun 58’inci maddesi anlamında cayma hakkının kullanılmasına ilişkin özel ihlal hallerinden biri olarak kabulü mümkün olamayacağından uyuşmazlığın BK. hükümleri çerçevesinde ÇÖZÜMLENMESİ GEREKİR. Bu bakımdan, icracı sanatçının FSEK’nun 58’inci maddesi uyarınca cayma hakkı kullanamayacağına ilişkin mahkeme kararındaki gerekçe yerinde değil ise de, neticeten uyuşmazlığın BK. hükümleri çerçevesinde çözümünü yoluna gidiğinden mahkemece varılan sonuç itibarıyla bu yön bozma nedeni sayılmayarak karar gerekçesindeki değerlendirme yanlışlığına işaret EDİLMEKLE YETİNİLMİŞTİR.” (Yargıtay 11. HD, 24.10.2008 gün ve E. 2008/10140, K. 2008/11805), Corpus Hukuk Yazılım Programı.

⁷⁴ BAK, s. 190.

a. Mali Bir Hak veya Kullanma Hakkının Hiç ya da Gereği Gibi Kullanılmaması

Mali hakkı veya kullanma hakkını devralan kişi bu hakkı üzerinde tasarruf hakkı elde etmektedir. Genel olarak gayri maddi hakları devir veya iktisap edenlerin bu haklarını kullanma yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu hakkı sonradan elde edenin kullanma yükümlülüğü bulunmasa bile, eser sahibi veya icracı sanatçının hakkın kullanılmasında hem ekonomik hem de tanınırlığından dolayı manevi menfaatleri vardır. FSEK m. 58 kullanılmama halinde bu menfaatlerin yerine gelmesini temin etmek için eser sahibine ve dolaylı olarak icracı sanatçıya bir hukuki çare olarak cayma hakkını tanımıştır.⁷⁵

FSEK m. 58, mali hak veya kullanma hakkı devralanın bu hakkını gereği gibi kullanamamasını da bir cayma sebebi saymaktadır. Gereği ya da yeterince kullanmama sözleşmenin yorumu yoluyla veya halin icabından anlaşılır⁷⁶. Yargıtay’a göre, devralanın eser sahibinin zararına kullanım durumu cayma hakkının kullanılması için yeterli bir sebep oluşturur⁷⁷.

Sözleşmeden veya icra ihalesinden bir müzik eserini ve icrasını devralan üçüncü bir kişinin kullanımının cayma hakkı kapsamında olup

⁷⁵ BAK, s. 141; Buna karşılık doktrinde FSEK m. 58 hükmüyle düzenlenen cayma hakkının, mali hakkı devralana kullanma borcu yüklediği söylenmektedir, Azra ARKAN SERİM, Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Taraflarının Yükümlükleri, İstanbul 2017, s. 38.

⁷⁶ BAK, s. 143.

⁷⁷ “Eser sahibi ve icracı sanatçının sahip olduğu eser ve icralarla ilgili devir ettiği mali hakların, eser sahibinin zararına yol açacak biçimde kullanılması veya gereği gibi kullanılmaması halinde FSEK’in 58. Maddesi uyarınca cayma hakkının kullanılabileceği, haklı gerekçeyle dayanan caymaya itiraz davasının reddedilmesinin gerektiği, cayma hakkının kullanılmasına rağmen çoğaltma ve yayma eylemlerinin sürdürülmesinin eser sahibine geri dönen mali ve manevi haklara tecavüz oluşturacağı” (Yargıtay 11. HD, 03.02.2011 gün ve E. 2010/13885, K. 2011/1127.), YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1787, 1788.

olmadığını belirlemek gerekir. Eser veya icra hakkını yasal yollarla sonradan elde eden üçüncü kişi eserdeki mali hakkı ve manevi hakla sınırlı olarak kazanmaktadır. Sonraki kazanımlar bile FSEK m. 49 hükmüne göre eser ya da icra sahibinin yazılı iznine dayanmaktadır. Bir bakıma eser ya da icra sahibi sonraki devirlerde sözleşmenin edata yasal bir zorunlu tarafı olmaktadır. Bu nedenle bizim de katıldığımız doktrinde çoğunluk görüşü, eseri yasal olarak sonradan elinde bulunduran 3. kişiye karşı da cayma hakkının kullanılabilceği yönündedir⁷⁸. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında eseri iflas ihalesinden alan üçüncü kişiye karşı sözleşmenin tarafı olmasa bile icracı sanatçının cayma hakkını kullanabileceğini kabul etmiştir.⁷⁹

b. Eser Sahibi ve İcracı Sanatçının Menfaatinin Esaslı İhlali

Cayma hakkının kullanılabilmesi için eser veya icranın gereği gibi ya da hiç kullanılmaması yetmez ayrıca bu nedenle eser ve icra sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi de şarttır.

⁷⁸ Mustafa Reşit BELGESAY, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, s. 111; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1764; Aksi görüşte: BAK, FSEK m. 58'in lafzında geçen sözleşme kelimesinin böyle yoruma müsait olmadığı düşüncesindedir, s. 150.

⁷⁹ "Somut olayda yapımı tamamlanmış müzik eserlerinde icracı sanatçı olan davacı, eserden doğan tüm haklar ile bağlantılı hakları ihale ile satın almış bulunan davalı şirkete noterden gönderdiği 18.02.2014 tarihli cayma ihbarında, cayma hakkını kullandığını ifade etmiş olmakla ve davalı tarafça dört haftalık hak düşürücü süre içerisinde caymaya itiraz davası açılmadığına göre, mahkemece caymanın haklı olup olmadığı veya kanuna uygun olup olmadığı tartışılmaksızın, devre konu icracı sanatçılıktan kaynaklanan tüm mali hakların davacıya dönmüş olduğunun ve davacının icracı sanatçılıktan doğan mali haklara tekrar sahip olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken, yerel mahkemece, caymanın haklı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bu sebeple davacı yararına bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 11.HD, 30.05.2017 gün ve 2015/15759, K. 2017/3200, yayınlanmamıştır).

Cayma hakkı daha çok devirden manevi menfaatlerin elde edilmemesi halinde kullanılabilirse de, mali menfaatler ihlal edilerek eserden parasal gelir elde edilememesi halinde de kullanılabileceği kabul edilmektedir⁸⁰. Kanun koyucu hangi menfaatlerin ihlalinin cayma hakkına vücut vereceğini açıklamamış sadece menfaat ihlalinin esaslı olmasını aramıştır. Menfaatlerin esaslı surette ihlal unsuru, cayma hakkının kötüye kullanılmasını önleyen bir sigorta fonksiyonu görmesi amacıyla konulmuştur. Bu suretle her kullanılmama vakiasında cayma hakkı kullanılarak eseri ve icrayı elinde bulunduranın bunlardan haklı yararlanmasına engel olunmasının önüne geçilmek istenmiştir⁸¹.

Genellikle eserden veya icranın hiç veya gereği gibi kullanılmaması doğal olarak eser sahibinin menfaatlerinde de esaslı ihlale yol açar. Özellikle müzik eserlerinde eserin veya icranın yurt içinde veya yurt dışında yayımlanmaması onun tanınmamasına yol açtığından doğrudan esaslı ihlal oluşturur⁸².

c. Mehil Verilmesi

Cayma hakkını kullanmadan önce sözleşmeden doğan hakların kullanılması için mali hakkı veya kullanım hakkını devir alana uygun bir süre vererek noterden ihtarname göndermelidir. Gönderilecek ihtar herhangi şart öngörmeksizin muhatabın

⁸⁰ AYİTER, s. 219; EREL, Fikir, s. 298; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1764; BAK, s. 156.

⁸¹ ÖZTAN, s. 586.

⁸² BAK, s. 157.

devraldığı hakkı kullanmaya davet içerikli olmalıdır⁸³. Yargıtay’a göre şarta bağlı ihtara dayanılarak cayma hakkı kullanılamaz⁸⁴.

FSEK m. 58/II hükmünde, mehil ihtarı için herhangi bir süre öngörülmemiş ancak mehilde uygun bir süre tanınması istenmiştir. Bu nedenle tanınacak uygun süre, mali hakkın veya kullanma hakkının verildiği alandaki uygulama, yerleşik teamüller ve gereklilikler dikkate alınarak objektif olarak belirlenmelidir⁸⁵. Her hâlükârda bu sürenin sözleşmeye göre yerine getirilmesi istenen ifayı mümkün kılacak uzunlukta olması gerekir⁸⁶.

FSEK m. 58/II uyarınca sözleşmeden doğan hakkın kullanılması, iktisap eden kimse için imkansız olur veya tarafından reddedilir yahut bir mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatleri esaslı surette tehlikeye düşmekte ise ihtar göndermeye gerek yoktur⁸⁷. Bu durumlar, tespiti yayımlayacak yapımcının akıl sağlığını kaybetmesi, yapımcının eseri dağıtamayacağını açıkça eser sahibine bildirmesi, hit olan bir parçanın yapımı için gelen sözleşme teklifinin mehil süresi beklenir ise kaçırılacak olması şeklinde somutlaştırılabilir⁸⁸. Yine, sözleşmede eserin veya icranın kullanılması için kesin bir vade kararlaştırılmışsa, TBK m. 124 kıyasen uygulanarak mehil verilmeden cayma hakkını kullanmak mümkündür⁸⁹.

⁸³ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1766.

⁸⁴ Yargıtay 11. HD., 15.10.2001 gün ve E. 2001/5026, K. 2001/7942, Cahit SULUK/Alı ORHAN, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku –Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, C. II, İstanbul 2005, s. 723.

⁸⁵ ÖZTAN, 587.

⁸⁶ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1766.

⁸⁷ EREL, Fikir, s. 301; TEKİNALP, s. 239.

⁸⁸ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1766; BAK, s. 165.

⁸⁹ EREL, Fikir, s. 301; ÖZTAN, s. 587; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1766; BAK, s. 167.

d. Noterden İhbar Gönderilmesi ve Caymanın Tamamlanması

FSEK m. 58/III hükmüne göre, ihtar gönderilerek sonuç alınamamışsa ya da ihtar gönderilmesine gerek yoksa, cayma hakkı noter aracılığıyla ihbar gönderilerek kullanılır. Cayma hakkının kullanılmasına ilişkin noter ihbarının karşı tarafa gönderilmesiyle cayma tamamlanır.

Doktrinde noterden gönderilen mehil tayini ihtarında “*belirlenen süre içinde kullanmama halinin devam etmesi durumunda sözleşmeden cayılmış sayılacağı*” gibi bir ifade yer alırsa daha sonra cayma hakkının kullanılması için ikinci ihbara gerek olmayacağı görüşü hakimdir. Başka bir ifadeyle mehil ihtarı ile cayma kullanım ihbarının tek bir noter ihtarında birleştirmek doktrinde kabul görmektedir⁹⁰. Bu durumda muhatap verilen mehil içinde kullanımda bulunmazsa, sürenin dolmasıyla birlikte cayma kendiliğinden hukuki etkisini gösterir⁹¹.

3. Caymaya İtiraz

FSEK m. 58/III’de caymaya karşı dava yoluyla itirazda bulunulabileceği belirtilmiştir. İtiraz hakkı doğrudan doğruya mahkemeye başvurmak suretiyle kullanılır, eser sahibine karşı yapılan itirazlar hüküm ifade etmez⁹².

Caymaya karşı itirazda bulunma süresi, cayma hakkını içeren ihbarın tebliğinden itibaren dört haftadır. Bu süre, kısalığı ve inşai bir hakka ilişkin olması nedeniyle hak düşürücü süre niteliğindedir.

⁹⁰ EREL, Fikir, s. 301; ÖZTAN, s. 587; BAK, s. 169, 170.

⁹¹ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1767.

⁹² ÖZTAN, s. 588.

Dört haftalık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan davayı hakim resen süre aşımı nedeniyle reddeder⁹³.

Süresi içinde açılan itiraz davasını mahkeme cayma şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında incelemeye tabi tutar. Mahkeme yargılama sonrasında caymanın kullanımına ilişkin maddi ve şekli şartların yerine geldiğini tespit ederse caymaya itiraz davasını reddeder. Davanın reddiyle birlikte cayma noter tarafından gönderilen ihbar tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna karşılık mahkeme caymanın haksız olarak kullanıldığını tespit ederse itiraz davasını kabul eder. Davanın kabulü kararı üzerine cayma hükümsüz hale gelir, eser veya icra davalı devralanda kalır ve devir sözleşmesi geçerliliğini devam ettirir⁹⁴. Ayrıca, son durumda, caymanın tamam olduğu düşüncesiyle eseri ya da icrayı kullanan eser sahibi, haksız caymadan dolayı eserin mali hakkı veya kullanım hakkı kendisinde kalmaya devam eden devralanın zararlarını karşılamak zorunda kalır⁹⁵.

Caymanın esasa ilişkin şartları oluşmadığı halde, hak dört haftalık süre içinde caymaya itiraz edilmemişse, caymanın oluştuğu kabul edilmelidir⁹⁶. Yargıtay önceki tarihli bir içtihadında, dört hafta içinde caymaya itiraz davası açılmamasının şartları oluşmayan haksız caymayı geçerli hale getirmeyeceğine karar vermişti⁹⁷. Yargıtay'ın daha sonraki bir içtihadında eserden

⁹³ BAK, s. 211.

⁹⁴ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1768; BAK, s. 211.

⁹⁵ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1769.

⁹⁶ ARSLANLI, s. 196; ÖZTAN, s. 588.

⁹⁷ “Ahmet Hamdi Tanpınar”ın eser sahibi olduğu ‘Şiirler ve Huzur’ isimli eserlerle ilgili mali hakları eser sahibinin mirasçıları ile yaptığı yazılı sözleşme ile devir alan davacı şirketin, cayma hakkının kullanılmasını gerektiren sebeplerin mevcut olmaması durumunda haklara sahip olmaya devam edeceği, mirasçıların cayma ihtarına karşı caymaya itiraz davası açmamasının bu durumu değiştirmeyeceği ve

ekonomik olarak yararlanılamadığı iddiasıyla mehil vermeden kullanılan davada cayma hakkına itiraz için dört haftalık süre geçtikten sonra caymanın geçersizliğinden söz edilemeyeceği yönündeki gerekçesinden eski görüşünden döndüğü anlaşılmaktadır⁹⁸.

anılan hakları ikinci kez devir alan şirkete karşı mali hakların ihlali vakiasına dayalı açtığı davanın kabul edilmesi gerektiği" (Yargıtay 11. HD. 13.04.2004 gün ve E. 2003/8990, K. 2004/4032), YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 1781.

⁹⁸

"Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının davadışı firmalardan devraldığı eserleri bir müddet sonra davalıdan da bir kez daha eser devir sözleşmeleriyle devraldığı, davalıya 1998 ve 1999 yılları itibarıyla telif bedelinin ödendiği, bu kapsamda davacının sözleşmede belirtilen edimlerini yerine getirerek 1999 yılı Haziran ayına kadar sözleşmeye uyulduğu, bu nedenle K. Plak firmasına yapılan devrin şekle aykırılığının davalı tarafından yaklaşık 8 yıl sessiz kalındıktan sonra ileri sürüldüğü, diğer taraftan bizzat davalı tarafından gönderilen 7.2.2003 tarihli ihtarnamede yapımların isimleri davacının isimlendirdiği şekilde belirtilerek, manevi hakların ihlal edildiği konusuna yer verilmediği, FSEK 58'inci maddesinde düzenlenen cayma hakkına göre, mali bir hakkı devralan kimsenin kararlaştırılan süre içinde veya bir süre tayin edilmemişse uygun bir sürede hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmaması ve eser sahibinin de bu yüzden menfaatinin esaslı surette ihlal edilmesi şartının oluşması gerektiği, olayda ise davacı kendisine devredilen hakları kullanmış, dava konusu eserleri çoğaltarak yaymış olduğundan cayma hakkına başvurulmasının hukuka aykırı olduğu, ihtarnamede davacıya herhangi bir süre de verilmediği, dosya içerisinde mevcut olan İdare Mahkemeleri kararları davalı idare tarafından tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmaması nedeniyle işlemin iptal edildiği, başka bir anlatımla elde edilen bu kararlarla eser işletme belgelerinin verilmesine ilişkin idare işlemi iptal edilmiş olup, eser işletme belgelerine konu olan eserlerin mali haklarının davalıya ait olduğu şeklinde yorumlanamayacağı, İstanbul 6 Asliye Ceza Mahkemesinin 2005/764 Esas ve 2006/112 sayılı kararında ise 10.05.1999 gün ve 8615 yevmiye no.lu muvafakatname ve taahhütname aslındaki imzanın davalı Erkin Koray'ın eli ürünü olduğu da saptanarak Noterlik görevlisi A.B.'nin beraatine karar verildiği ve dosyamızın konusuyla ilgili bulunmadığı, davalının 7 Mayıs 1996 gün ve 30372 sayılı feragatnameyle İstanbul 6 Asliye Ceza Mahkemesinin 1996/369 sayılı dosyasında dava konusu yapılan eserleri K.Plak-H.Z.'ya karşılığını alarak devrettiğini bildirdiği de dikkate alınarak asıl davanın kabulüne, caymanın hükümsüzlüğüne, davacının devredilen mali hakların sahibi olduğunun tespitiyle davalının muarazasının menine, 2.10.2007 tarihinde işlemten kaldırılan karşı davanın yenilenmediği anlaşılmakla açılmamış sayılmasına KARAR VERİLMİŞTİR.

4. Cayma Hakkını Kullanmanın Sonuçları

FSEK, caymanın sonuçlarını düzenlememiştir. Cayma ile FSEK hükümleri Türk Borçlar Kanunun 126. maddesinde düzenlenen sürekli edimli sözleşmelerin feshine paralel bir düzenleme getirdiği söylenebilir⁹⁹. Nitelikli bir fesih hali olan cayma ile sürekli bir borç ilişkisi yaratan mali hak devir sözleşmesi veya lisans sözleşmesinin feshi birbirine benzemektedir.

Cayma, aynı zamanda bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Caymanın tamamlanmasıyla eser ya da icra, başka herhangi bir tasarrufa gerek olmadan hak kanun gereği sahibine geri döner. Bu husus FSEK m. 58/III hükmünde yer alan “... *yapılacak ihbar ile cayma tamam olur*” ibaresinden anlaşılmaktadır. Ancak devir ya da lisans sözleşmesinin cayma dışında, temerrüt nedeniyle kanuni feshi ya da sözleşmesel fesih

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 58/3'üncü maddesi hükmüne göre, cayma ihbarının tebliğinden itibaren dört hafta geçtikten sonra caymaya karşı itiraz davası açılmaz.

Somut olayda, cayma hakkının kullanıldığı iddia edilen ve 14.04.2004 tarihinde notere verildiği anlaşılan ihtarnamenin davacıya hangi tarihte tebliğ edildiğine ilişkin dosyada her hangi bir kayıt ya da BELGE BULUNAMAMIŞTIR. İhtarnamenin notere verildiği tarihe ve APS yoluyla tebliği talep edildiğine göre, 13.05.2004 tarihinde açılan davanın dört haftalık yasal süre geçtikten sonra açılma ihtimali bulunmakta olup, bu husus dosya KAPSAMINDAN ANLAŞILAMAMAKTADIR.

Bu durumda, mahkemece, anılan ihtarnamenin tebliğine ilişkin kaydın Beyoğlu 15'inci Noterliğinden getirtilip, davanın süresinde açılıp açılmadığı tetkik edilerek, dava süresinde açılmış ise işin esasına girilmesi, süresinde değil ise anılan madde hükmü uyarınca davanın reddine karar verilmesi gerekirken, bu konuda inceleme yapılmaksızın yazılı şekilde esasa ilişkin hüküm tesisi DOĞRU OLMAMIŞTIR.” Yargıtay 11. HD., 01.07.2010 gün ve E. 2008/12702, K. 2010/7720.

⁹⁹

ÖZTAN, caymaya ilişkin FSEK m. 58 ile eski 818 sayılı Borçlar Kanunun rücuca ilişkin 106. maddesi ile paralel olduğu görüşünü ileri sürmüştür, s. 588.

hallerinden biri ile sona erdirilmesi halinde ayrıca devir ya da iade için tasarruf işlemine gerek vardır¹⁰⁰.

Cayma, kural olarak ihtarın tebliği tarihinden itibaren ileriye (*ex nunc*) etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Ancak istisnai hallerde henüz müzik eserinin tespit, prodüksiyonu ve yayımı için herhangi bir faaliyete başlanmamışsa, cayma geriye etkili (*ex tunc*) olarak hüküm ifade ettiği kabul edilebilir.¹⁰¹

Cayma hakkının kullanılması için kusur gerekli ve önemli değildir. Karşı tarafın kusuru olmasa da cayma hakkı kullanılabileceği gibi, eser sahibi kusurlu bulunmasına rağmen FSEK m. 58'deki cayma hakkından yararlanabilir¹⁰². Kusur, eser sahibinin ve karşı tarafın ödemek zorunda kalacağı tazminatta rol oynar.

FSEK m. 58 “*İktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap eden, münasip bir tazminat isteyebilir.*” hükmünü içermektedir. Buna göre mali hak veya kullanma hakkı sahibinin cayma hakkına sebep olan menfaatin esaslı ihlalinde bir kusur yoksa veya kusur bulunmakla birlikte eser sahibinin kusurundan daha az ise ve hakkaniyet de gerektiriyorsa eser sahibinden tazminat isteyebilir. Başka bir ifade ile, Kanun, cayma bayanına muhatap olan eseri veya icrayı iade etmek zorunda kalan kusursuz veya eser sahibinden az kusurlu mali hak sahibine hakkaniyet tazminatı almak hakkı tanımıştır. Kanun koyucunun bu düzenlemesinin tatmin edici olmadığı, eser sahibinin kusurlu

¹⁰⁰ ÖZTAN, s. 588.

¹⁰¹ TEKİNALP, s. 239; BAK, s. 26.

¹⁰² ÖZTAN, s. 589; BAK, s. 207; Aksi görüşte TEKİNALP'a göre kusurlu eser sahibi cayma hakkını kullanamaz, s. 239.

olması halinde cayma hakkının kullanılmasının çok güç olduğu yönüyle eleştirilmektedir¹⁰³.

Cayma hakkının kullanan eser veya icra sahibi, karşı tarafın kusuru varsa duruma göre TBK m. 49 hükmü uyarınca tazminat talebinde bulunabilir¹⁰⁴.

5. Cayma Hakkını Kullanabilecek Kişiler

FSEK m. 58 uyarınca cayma hakkından yararlanacak olan kişi gerçek kişi eser sahibidir. Eser sahibi cayma hakkını, esas itibarıyla mali hak devrettiği yahut lisans tanıdığı kişiye karşı kullanabilir.

Eser sahibi yada icracı sanatçı ya da icrayı sözleşmeye dayalı olarak veya icra yoluyla hukuken elinde bulunduran üçüncü kişilere de cayma beyanını yöneltebilir¹⁰⁵.

Türk Hukukunda Anglo Amerikan hukukundan farklı olarak eserin yaratılması beşeri bir irade gerektirdiğinden, tüzel kişiler eser sahibi olarak kabul edilmemektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla tüzel kişilerin hiçbir şekilde cayma hakkını kullanmaları söz konusu olamaz¹⁰⁷.

Birden fazla kişinin eser sahibi olduğu iştirak halinde veya müşterek eser sahipliği söz konusu ise, cayma hakkının eser sahiplerinin oybirliği ile alacakları karar ile ileri sürülmesi gerekir. Eser sahiplerinden birinin haklı bir sebep olmaksızın cayma

¹⁰³ AYİTER, s. 220.

¹⁰⁴ TEKİNALP, s. 239; ÖZTAN, s. 589; Aksi Görüşte: BAK, s. 206.

¹⁰⁵ Bkz.yukarıda dipnot: 78 ve 79'da yer alan yazarlar ve Yargıtay kararı.

¹⁰⁶ TOPALOĞLU, Bilgisayar Programları, s. 42.

¹⁰⁷ BAK, s. 174.

hakkının kullanılmasına onay vermemesi halinde bu onayın verilmesi mahkemeden talep edilebilir.¹⁰⁸

FSEK m. 19 uyarınca eser sahibinin ölümü üzerine, manevi haklar da dahil eser üzerindeki hakları kullanma yetkisi miras lara intikal eder¹⁰⁹. Bu nedenle, eser sahibinin ölümünden sonra bile cayma hakkı miras lar tarafından kullanılabilir¹¹⁰.

Eser sahiplerinin  ye olduğu meslek birlikleri, eser sahiplerinin haklarının takibini yapar ve eser sahibinin haklarına yönelik tecavüzlere karşı gerekli işlemleri gerçekleŐtirir. Sadece hak takibine yetkili olduklarından dolayı meslek birliklerinin eser sahibine ait cayma hakkını kullanmaları mümkün değildir. Meslek birlikleri ancak cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibinin temsilcisi sıfatı ile hareket edebilir.¹¹¹

6. Caymadan Vazgeçme ve Sınırlama

FESEK m. 58/V hükmüne göre, “Cayma hakkından önceden vazgeçme caiz olmadığı gibi bu hakkın dermeyeranını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de h k ms zdir.” Buna göre eser sahibi veya icra sahibinin cayma hakkından önceden sözleşmeyle feragat etmesi geçerli değildir. Önceden feragat yasağı emredici bir hükümle manevi hak görüntüsünde olan cayma hakkı için de eser sahibini koruma düşüncesiyle öngörülmüştür. Ancak, cayma hakkı kullanılması şartları oluŐtuktan sonra cayma hakkının

¹⁰⁸ BAK, s. 176 vd.

¹⁰⁹ ÖZTAN, s. 542.

¹¹⁰ BAK, s. 183.

¹¹¹ BAK, s. 194, 195.

kullanılmayacağına ilişkin sözleşme yapmakta hukuken bir engel yoktur.¹¹²

FSEK m. 58/V hükmü eser sahibinin sözleşme kurulurken cayma hakkından iki yıl süre ile kullanılmayacağına ilişkin kayıtları geçerli saymaktadır. Emredici olan bu hüküm nedeniyle iki yıldan fazla süreli örneğin beş yıl cayma hakkını sınırlayan kayıtlar sözleşmeye konamaz. Caymadan feragat gibi caymanın iki yıldan fazla sınırlamayacağı yasağı cayma hakkı doğmadan önceki durumları kapsamaktadır. Bir kere cayma hakkı ortaya çıktıktan sonra iki yıllık yasaklama söz konusu olamayacağından taraflar bu hakkın istedikleri süre kadar kullanılmayacağını kararlaştırabilirler.¹¹³

Fikri ve sinai mülkiyet hukukunda geçerli olan “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” kuralı cayma hakkı alanında uygulama bulamaz. Aradan uzun bir süre geçse bile cayma hakkını kullanmayan eser sahibinin bu hakkı son bulmaz. Ancak çok istisnai hallerde TMK m. 2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralları uyarınca eser sahibinin cayma hakkını kullanamayacağı durumlar ortaya çıkabilir.¹¹⁴

¹¹² ÖZTAN, s. 589; Mustafa TÜYSÜZ, *Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, Ankara 2007, s. 133.

¹¹³ ÖZTAN, s. 589, 590; BAK, s. 216, 217.

¹¹⁴ ÖZTAN, s. 590.

Kaynaklar

- ARKAN SERİM**, Azra, Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Taraflarının Yükümlükleri, İstanbul 2017.
- ARKAN**, Azra, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005.
- ARSLANLI**, Hüseyin, Fikri Hukuk Dersleri – Fikir ve Sanat Ürünleri, C. 2, İstanbul 1954.
- ASLAN**, Adem, Türk ve ABD Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi, İstanbul 2004.
- ATEŞ**, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.
- AYDINCIK**, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.
- AYİTER**, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.
- BAINBRIDGE**, David, Computers and Law, London 1990.
- BAK**, Başak, Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma, Ankara 2016.
- BAŞPINAR**, Veysel / **KOCABEY**, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- BESİROĞLU**, Akın, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, 3. Bası, İstanbul 2004.
- BLOCHER**, Christoph Wolfram, Der Schutz von Software im Urheberrecht, Wien 1989.
- BOZBEL**, Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.
- DESSEMONTET**, François, Intellectual Property Law in Switzerland, Bern 2000.
- DIETZ**, Sigrid Antonie, Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?, UFITA, Bd. 110/1989.

- ERDİL**, Engin, Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016.
- EREL**, Şafak N., Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, AÜSBFD İLHAN ÖZTRAK ARMAĞANI, C. 49, S. 1-2, Ocak-Haziran 1994.
- EREL**, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.
- GÖKYAYLA**, Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000.
- GÜNEŞ**, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015.
- HANCE**, Oliver, Business and Law on the Internet, Best of Editions 1996.
- HARRIS**, Lesley Ellen, Digital Property – Currency of the 21 Century, Ontario 1997.
- KAÇAK**, Nazif, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara 2004.
- KILIÇ**, Mehmet, İcracı Sanatçılar ve Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/2.
- MEMİŞ**, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002.
- MOUR, Rolf Auf der**, Internet Distribution of Music Performances, 27IBL (1999).
- Official Journal of European Community**, 27 Nov. 1992, L. 346/61.
- OĞUZ**, Sefer, Eserleri Koruyan Teknolojik Önlemleri Himaye Eden Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Prof. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. II, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Temmuz 2016.
- OĞUZ**, Sefer, İnternette Satın Alınıp İndirilen Bilgisayar Programlarını (Yazılımlarının) Tükenme İlkesi Çerçevesinde Edinen Kişinin Karşılaşabileceği Hukuki Sorunlar Üzerine Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Hamdi Yasaman Armağanı, İstanbul 2017.
- ÖNGÖREN**, Gürsel, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Açısından Müzik Eserleri, İstanbul 2010.

ÖZKAN, Zehra, Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi, Ankara 2008.

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

STIM, Richard, Patent, Copyright & Trademark, 12th ed., Berkeley, CA 2012.

SULUK, Cahit /**ORHAN**, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku – Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, C. II, İstanbul 2005.

ŞAHİN, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.

TOPALOĞLU, Mustafa, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997.

TOPALOĞLU, Mustafa, Bilişim Hukuku, Adana 2005.

TÜRKER, Gökçen, İcracı Sanatçıların Hakları, Ankara 2016.

TÜYSÜZ, Mustafa, Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007.

YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. II, İstanbul 2014.

