



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 27.01.2024
Revizyon Talebi: 11.06.2024
Son Revizyon Tarihi: 24.06.2027
Kabul: 03.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Fikri Mahsuller Üzerindeki Mali Haklara Tecavüzün Ref'i Yöntemleri (FSEK 68) Üzerine Bir İnceleme

Mustafa Ateş*

Öz

Fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklara tecavüzün ref'i davaları FSEK'in 66-68. Maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun, manevi haklara tecavüzün ref'ini 67. maddesinde, mali haklara tecavüzün ref'iniyse 68. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre 68. maddede fikri ürünler üzerindeki mali hakların sahibine, hakkı ihlal eden şahıstan, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin üç kat fazlasını talep yetkisi verilmiştir. Keza hak sahibine çoğaltma şeklinde gerçekleşen ihlal durumunda izinsiz çoğaltılmış nüshaların uygun bir bedel mukabilinde kendisine verilmesini veya imhasını ya da mutad bedelin üç katı tutarında ödeme yapılmasını isteme şeklindeki seçimsel yetkiler tanınmıştır. Bu makalede 1995 değişiklikleri akabinde yoğun bir uygulama alanı bulan ve beraberinde hararetli münakaşaları davet eden mali haklara tecavüzün sonlandırılmasını amaçlayan FSEK'in 68. maddesi tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Fikir ve Sanat Ürünleri, Telif Hakkı, Mali Haklar, Tecavüzün Ref'i, Mutad Bedel, Üç Kat Tazminat, Üç Kat Tazminatın Niteliği

A Review on (Art. 68 of TCC) the Termination Methods for Infringement of Financial Rights on Copyrighted Products

Abstract

Cases for violating intellectual and artistic property rights are regulated by the Turkish Copyright Code (TCC), in Articles 66-68. Where the TCC regulates the refutation of infringement of moral rights in Article 67, the refutation of infringement of financial rights is regulated in Article 68. Article 68 provides that the owner of financial rights on intellectual products is authorised to demand three times more than the price or current price that would have been requested if the contract had been made from the person who violated the right. Likewise, in case of duplication, the rights holder is granted optional powers to request that the copies reproduced without permission be returned to him for an appropriate fee, destroyed, or paid three times the usual price. In this essay, Article 68 of the TCC, which found intense application after the 1995 amendments and invited heated debates, is analysed in detail.

Keywords

Intellectual and Artistic Products, Copyright, Financial Rights, Removal of Infringement, Reasonable Price for Copyright, Treble Damage, Nature of Table Damage

* **Sorumlu Yazar:** Mustafa Ateş (Prof. Dr.), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: mustafa.ates@izu.edu.tr ORCID: 0000-0002-2401-5384

Atıf: Ates M, "Fikri Mahsuller Üzerindeki Mali Haklara Tecavüzün Ref'i Yöntemleri (FSEK 68) Üzerine Bir İnceleme" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 525. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0006>



Extended Summary

For the last few decades, copyright on intellectual and artistic works and related rights over performances, phonograms, cinematographic productions, and radio-television broadcasts have been subjected to violations very easily and on a large scale, especially with innovations in the field of digital technologies. Therefore, on the one hand, regulations are being made at the international level, such as the TRIPS and WIPO Internet Agreements, while on the other hand, many of the states in the world are making various legal regulations to combat more effectively the violations of the rights of rights holders over their intellectual products on a national scale.

The basis of various changes and new regulations in the Turkish Copyright Code (TCC) in the year 1995 and thereafter is essentially the aim of combating more effectively the violations of rights on intellectual products increased by technological innovations. In fact, it is necessary to evaluate the amendments made in 1995 and after Article 68 of the TCC regarding the refutation of infringements of financial rights on copyrighted products.

In this essay, the amended provisions of Article 68 of the TCC are examined. To put it briefly, in accordance with the first paragraph of Article 68; the right holder who is subject to infringement of any of the financial rights in the form of processing, reproduction, dissemination, representation, and communication to the public on the work and intellectual and artistic products that are the subject of related rights may request the application of the method of refutation of infringement by demanding three times (namely triple compensation) the usual price. Although it is not explicitly stated in this Article, natural and legal persons defined as holders of rights under Article 80 of the Law can also use the same powers. Accordingly, those who adapt, reproduce, disseminate reproduced copies, represent, or communicate to the public a work, performance, phonogram, or production without obtaining written permission from the rights owner, or transmitting any sign, sound, or image to the public, without the permission of the rights holders, shall not be entitled to the price they may claim in the event of a contract, or they may request a maximum of three times more than the current market price to be determined in accordance with the provisions of this Law. As can be seen, in a copyrighted work unauthorised use of any of the rights of adaptation, reproduction, dissemination, representation in public places and transmission to the public is sufficient to demand more than three times the usual price of the infringed product, namely *treble damage*.

However, in the second and third paragraphs of Article 68 of the Law, other rights are granted to the right holder in addition to the demand for three times the price in cases where the right to reproduce the copyrighted product alone and the right to disseminate it are violated. Other refutation methods, other than the triple

compensation request, can only be used in cases of infringement of the right to reproduce and distribute along with reproduction. For example, if the action of a perpetrator violates any of the rights of processing, dissemination, representation, or transmission to the public, the refutation methods defined in the Law specific to the right of reproduction are not applied. In fact, due to the nature of these refutation methods specific to the right to reproduction, it is not possible to apply them in cases of infringement of other financial rights related to copyrighted work. Likewise, since the right to reproduction or dissemination is the most violated in practise, the second and third paragraphs of Article 68 include reproduction and dissemination as the only financial rights that can be subject to refutation methods other than the request for more than three times the usual price of infringed work.

In this context, if the copies reproduced without permission are not put up for sale, the right holder may request the destruction of the reproduced copies, films, moulds and similar tools used for reproduction, or that they be given to him for an appropriate price not exceeding the production cost price, or, in the case of a contract, three times more than the amount he may request. This does not eliminate the legal liability of the unauthorised reproducer. If copies reproduced without permission are put up for sale, the rightful owner may use one of the options in the second paragraph regarding the copies in the possession of the infringer. However, for the second and third paragraphs to be implemented by rights holders other than the owner of the work, written reproduction permission from the owner of the work in accordance with Article 52 of the TCC is required.

Rights claims arising under Article 68 can only be used in cases of violation of financial rights. If the rights violated are of a moral nature or if moral rights are violated along with financial rights, it is not possible for the plaintiff to request a decision in accordance with the provisions of Article 68 in respect of moral rights. The request for a reconsideration of moral rights can only be made within the scope of Articles 66 and 67 of the TCC.

Finally, with the amendments made after 1995, the demand for three times the usual price, the payment of appropriate compensation for pirated copies, or the exercise of the right to destroy both copies and reproduction means, which is granted to the right holder on intellectual products in Article 68, is not conditioned on the fault of the perpetrator. It is not necessary for the plaintiff, whose financial rights have been violated, to suffer any damage in order to make such claims. In order to file a lawsuit according to Article 68, it is sufficient that the act attributed to the perpetrator is contrary to the law, that is, an unlawful act. Assuming that the use of the rights recognised in the TCC without the permission of the right owner and without any other reason for compliance with the law violates the rights, to deter possible

and future infringements, the right owner is requested to pay three times the price he would have requested if he had made a contract with the infringer or the market value of the right subject to violation. Although such legal claims do not comply with the basic principles of Turkish compensation law, such sanctions are considered punishments specific to private law.

I. Genel Olarak Madde 68'in Konusu ve Kapsamı

1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK)¹ fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklara matuf tecavüzlerin sona erdirilmesi amacıyla açılacak ref davaları, 66, 67 ve 68. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun tecavüzün ref'ini tecavüze maruz hakkın manevi ve mali mahiyette olup olmamasına göre farklı hüküm ve sonuçlara tabi kılınmıştır. Buna göre Madde 67 manevi haklara tecavüzün ref'ine ilişkin hükümleri ihtiva ederken; mali haklara tecavüzün ref'ine dair hükümlerse 68. maddede düzenlenmiştir. Kanunun 66. maddesi hem manevi hem de mali haklara tecavüzün ref'ine ilişkin genel prensipleri ihtiva etmektedir. Çalışmanın konusunu, eser ve bağlantılı haklar üzerindeki mali haklara tecavüzlerin ref'i hükümlerini içeren FSEK'in 68. maddesi teşkil etmektedir. Manevi haklara tecavüzün ref'i yazarın başka bir makalesinde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Bu cümleden olarak, 1995 yılı ve sonrasında yapılan muhtelif değişiklikler² neticesinde bugünkü halini alan FSEK 68. maddenin konusunu sadece mali haklar oluşturur. Maddenin muhteviyatı, maddi tazminatı çağırırtsa da, aslında madde sadece mali haklara tecavüzün ref'i, yani başlamış ve devam etmekte olan tecavüzlerin kaldırılmasını kapsamaktadır. Bu maddede, aynı Kanunun 67. maddesindeki gibi manevi hakların niteliğine göre değişen ref yöntemleri öngörülmüş değildir. İşleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim biçimindeki mali haklardan herbiri için prensip olarak aynı ref yöntemlerine başvurulabilir. Keza eserin türünün ve niteliğinin sözkonusu yöntemlerin uygulanması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Dolayısıyla ihlalin mevzuunu oluşturan eser ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eseri olsa da, üzerindeki mali haklara yönelik tecavüzlerin ref'i hususunda 68. madde hükümlerinin uygulanmasında tereddüt yaşanmaz.

Ancak, Madde 68 sadece FSEK anlamında "eser" vasfını taşıyan fikri mahsuller üzerindeki mali hakların ihlaline uygulanmaz; aynı zamanda 80. madde kapsamında tanzim olunan icralar, fonogram ve sinematografik yapımlar gibi bağlantılı hak konuları üzerindeki mali haklara tecavüz halinde de uygulanır. Makalede eserle ilgili yapılan açıklamalar, aksi belirtilmediği sürece bağlantılı hak konuları üzerindeki mali haklar bakımından da birebir geçerlidir.

FSEK'in 68. maddesinin ilk fıkrasına 5726 sayılı Kanunla bağlantılı hak konuları ilave edilirken "icrayı, fonogramı veya yapımları" ifadeleri kullanılmış olup, radyo-TV yayımlarından söz edilmemiştir. Bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi yoksa unutkanlık eseri mi olduğu belli olmamakla birlikte, FSEK'in 80. maddesinin "bağlantılı haklara sahip olanların da eser sahibi gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davalarından faydalanacaklarına" ilişkin son fıkra hükmü

¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5845, Kabul Tarihi: 5.12.2951, RG 13.12.1951/7981.

² K Emre Gökyayla '5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yılı 2010* (Yetkin 2011) 283-304.

gereğince radyo-TV yayıncılarının da mezkûr madde hükümlerine göre mali hakların tecavüzünü dava edebileceklerine şüphe yoktur.³ Aslında maddeye bağlantılı haklarla ilgili bahse konu ibareler eklenmemiş olsaydı dahi Madde 80/son hükmündeki atıf sebebiyle bu konuda herhangi bir boşluğun yaşanabileceğinden de söz edilemezdi.⁴

Ancak eser veya bağlantılı hak vasfını taşımayan ürünler hakkında 68. madde hükümlerinin tatbikine mahal yoktur. Örneğin FSEK'in 83-87. maddelerinde sözü edilen eser ad ve alâmetleri ile eser niteliğini haiz olmayan işaretler, resimler, sesler, hatıra yazıları, fotoğraflar ve portreler hakkında anılan madde hükümleri uygulanmaz. Zaten sözü edilen ürünlere genel hükümlerin uygulanacağı ilgili maddelerde belirtilmiştir. Yargıtay da, eser niteliğini taşımayan fotoğraflarla ilgili bir davada rayiç bedelin üç katının talep edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁵

68. Maddede iki ref yöntemine yer verilmiştir. Bunlardan biri mûtaad bedel, rayiç bedel, farazi bedel ve telif tazminatı gibi deyimlerle ifade edilmekte olup; tecavüzden dolayı hak sahibinin mahrum kalmış bulunduğu telif bedelini telafi amaçlı ref yöntemidir. İkincisiyse, yalnızca çoğaltma suretiyle mali haklara tecavüzün kaldırılmasına ilişkin özel ref yöntemidir.

II. Mûtaad Bedelin Üç Katının Ödenmesi Suretiyle Mali Haklara Tecavüzün Ref'i

A. Kavram

FSEK'in 68. maddesinin ilk fıkrasına göre eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Maddenin ikinci fıkrasında da izinsiz çoğaltma yoluyla gerçekleşen ihlallerde seçimlik bir talep olarak sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedelin üç mislinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla hangi hak ihlal edilmiş olursa olsun davacının, müteceviz ile sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin üç kat fazlasının ödenmesi talep etmek suretiyle mali haklarına matuf tecavüzün ref'ini sağlaması mümkündür.

³ Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (2. Bası, Seçkin 2014) C. II 2007-2008; Küçükali C, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası* (5. Baskı, Seçkin 2023). Bağlantılı haklar ve bağlantılı hak konuları üzerindeki mali haklara tecavüzün ref'i hususunda ayrıntı için bkz Azra Arkan, *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuku Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (Vedat 2005) 275-286.

⁴ Gökyayla (n 2) 293-295.

⁵ Yargıtay 11 HD, 2012/8566, 22.05.2012 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 66/5.

Tecavüzün bu şekilde ref'i, tercihinine bağlı olarak muhtelif yöntemlerle belirlenecek bedelin davacıya ödenmesi suretiyle olur. Kanunda bedelin farazi bir sözleşmeye, kanuna ve rayice göre belirlenmesi alternatiflerine yer verilmiştir. Bu hususa aşağıda değinilecektir. Ancak "bedel" ifadesi uygulama ve öğretide bazı tereddütlere yol açmıştır. Maddenin ilk halinde "mütad bedel" ibaresi, 4110 sayılı Kanun ile "rayiç bedel" olarak değiştirilmiştir. Bu ibare daha sonra 4630 sayılı Kanunla "emsal bedel" veya "rayiç bedel" şeklinde ifade edilmiştir. En son 5728 sayılı Yasayla yapılan düzenlemeyle de "sözleşme bedeli" ve "Kanun hükümlerine göre tespit edilecek rayiç bedel" ifadeleri kullanılmıştır. Terminoloji konusundaki istikrarsızlık, uygulama ve öğretiyi kavramları anlama ve yorumlamada tereddüde düşürmüştür. Zira değişiklikler sonrasında "bedel" kavramını ifade için "telif tazminatı"⁶ ve "mali hak tazminatı"⁷ gibi deyimlerin yanı sıra "mutad bedel" veya "uygun bedel" ve "varsayımsal bedel"⁸ gibi tabirler de kullanılmaya başlanmıştır.

İşlevsel olarak aynı veya benzer olsa da, 68. maddedeki bedelin, "tazminat" olarak nitelendirmesi uygun değildir. Tazminat için zarar kurucu unsur iken, tecavüzün ref'inde bedel talebi için zarar "olmazsa olmaz şart" değildir. Dolayısıyla Madde 70 kapsamında mali haklara verilen zarardan doğan tazminatla karıştırılmaması için FSEK 68'e dayalı bedel talebi için "tazminat" teriminin kullanılmasından kaçınılması uygun olur.

Yinelemek gerekirse, uygulamada mezkûr maddede sözü edilen bedel talebinin tavsifinde kullanılan terminolojide bir birlik yoktur. Bize göre müessesenin mahiyetine en uygun düşen nitelendirme 68. maddenin ilk metninde kullanılan "mütad bedel" deyimidir. Mütad kelimesi, alışılmış, belirli bir düzen içinde bulunan, normal olan, ifrad ve tefritten uzak anlamına gelen bir sözcüktür. Bedelin mütad olması ise, ihlale konu hakkın parasal olarak bilinen değerini ifade eder. Bu değer eser daha evvel hukuki işleme, mesela bir sözleşme veya ruhsata konu olmuşsa, sözleşme veya lisans ücreti olarak belirlenen tutar mütad bedel olarak kabul edilir.

Eserin ihlal öncesinde böyle bir işleme konu teşkil etmemiş olması halinde mütad bedel, durum ve şartlara göre bu kabilden bir mali hakkın kullanımı için ödenmesi gereken bedeldir. Bedel, FSEK hükümleri çerçevesinde belirlenen lisans ücreti olabilir. Önceden belirlenmiş bir sözleşme veya lisans bedeli yoksa, eserin veya ihlal edilen mali hakkın işin uzmanları tarafından tespit edilen ihlal tarihindeki güncel piyasa değeri, mütad bedel kabul edilir. Bu ise kanundaki ifadesiyle rayiç bedeldir. O nedenle FSEK 68'deki bedeli, telif tazminatı veya varsayımsal bedel gibi deyimler yerine "mütad bedel" veya "rayiç bedel" olarak nitelendirmek daha uygundur.

⁶ Yargıtay 11 HD, 2006/33, 20.01.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/3. Ayrıca bkz Ahmet M Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (9.Bası, Turhan 2023) 409.

⁷ Yargıtay 11 HD, 2011/5325, 2.5.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan, (n 4) K No 68/19. Ayrıca bkz Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri* (Arkan 2005) 385.

⁸ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2012 vd.

B. Mûtaad Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

Kanunun 68. maddesinde sözü edilen bedel, esas itibarıyla mali haklara yönelik tecavüzdən dolayı mahrum kalınan gelir kaybını ifade için kullanılmıştır ve tecavüz neticesinde mağdurun maruz kaldığı fiili zararı ve kâr mahrumiyetini ifade eder. Bu sebeple böyle bir bedel talebi tecavüzün ref'i davasının değil, tazminat davasının konusunu oluşturması gerekirdi. Ancak Kanun böyle bir talebin ref davasında da ileri sürülebilmesine imkân vermiştir. Bu suretle, bedel veya üç katının hak sahibine ödenmesi sağlanarak, davanın açılması sırasında tecavüz eylemi sona ermiş olsa bile, fiilin işlenmesiyle birlikte ortaya çıkan sonuçların izlerinin silinerek ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

Burada davacıya sözleşme yapılmış olsaydı davalıdan talep edebileceği bedeli isteme yetkisi tanınarak, hukuka aykırı fiili akdi bir temele oturtmak suretiyle, ihlalin hukuka aykırı sonuçlarını ortadan kaldırma imkânı verdiği ifade edilmektedir.⁹ Oysa davacının bedel talebinin mahkemece kabulü halinde fiilin hukuka uygunluk kazandığından söz edilemez. Çünkü başlangıçta hukuka aykırı olan bir eylemin zaman içinde hukuka uygun hale gelmesi sözkonusu olmaz. Bu ancak kanun koyucunun başlangıçta hukuka aykırı görülen fiili sonradan kabul ettiği bir kanunla hukuka aykırı olmaktan çıkarmasıyla mümkündür.

Keza herhangi bir hakka hukuka aykırı müdahaleye hak sahibince sonradan icazet veya onay verilmesi, saldırı niteliğini taşıyan bu eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı gibi, fiilin niteliğini değiştirerek onu hukuka uygun bir eylem haline de getirmez. Mağdurun hukuka aykırı fiile sonradan rıza göstermesi veya onay vermesi, hukuka aykırı davranışa karşı başvurulabileceği talep ve dava hakkından feragat anlamına gelir. Bu türden bir feragat de fiilin niteliğinde bir değişiklik husule getirmez. Haksız fiil işlendikten sonra mağdurun buna rıza göstermesi bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen mağdurun rızası, fiilden önce açıklanan rızadır. Hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hallerde hukuk düzeni zarar verenin menfaatine daha üstün değer atfettiği için, onun bir başka kimsenin mal veya şahıs varlığında zarara yol açan fiili, baştan itibaren hukuka uygundur. Yoksa bu haller hukuka aykırılığı bertaraf eden ve sonradan ortadan kaldıran haller değildir. Bu itibarla FSEK'in 68. maddesine göre bedel talebinin kabulünün de, mali haklara tecavüz teşkil eden fiili hukuka uygun hale getirici bir etki doğurduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak maddedeki “sözleşme yapılması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği” şeklindeki düzenlemeden hareket eden öğreti ve uygulamadaki¹⁰

⁹ ibid 2013.

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2022/214, 20.03.2002 ve Yargıtay 11 HD, 1987/413 17.7.1987 Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) K No 68/8 ve 68/21.

hâkim görüşe göre, hak sahibine tanınan bu talepler kullanılınca mahkeme nezdinde bir sözleşmenin kurulmuş olacağı savunulmaktadır.¹¹ Buna “farazi akit”, “varsayımsal sözleşme” veya “fiktif sözleşme” denilmektedir. Maddenin son fıkrasının “bedel talebinde bulunan kimse tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri dermeyeran edebilir” şeklindeki hükmü, bedel talebinin mahkemece kabulü halinde taraflar arasında akdî bir münasebet kurulmuş olduğu varsayımını destekler niteliktedir. Hukuka aykırılık kavramıyla ilgili mülâhazalarla bağdaşmıyorsa da, FSEK’in 68. maddesinde öngörülen mûtad bedel talebi yoluyla tecavüzün ref’i hususunda kanun koyucunun iradesi bu istikamette gözükmektedir.

Gerçekten de başlamış ve devam eden bir saldırının durdurulmasına karar verilmesi, bazen etkili bir hukuki himaye için tek başına yeterli olmayabilir. Bu sebeple Kanun daha etkin bir koruma için hakları ihlale maruz kalana fiil nedeniyle uğradığı zarardan bağımsız nitelikte bir bedel isteme yetkisi tanınmıştır. Bu bedelin talep edilebilmesi için, hukuka aykırı fiilin bir zarar doğurması gerekmez.¹² Ancak tecavüz eyleminin tamamlanmış olması halinde Madde 68 hükümlerine göre “mûtad bedel veya bunun üç katı tutarında” şeklindeki taleplerin, esas itibarıyla ref davasının değil tazminat davasının konusu olması gerektiğine şüphe yoktur. Çünkü ref davası tecavüz fiiline yönelik bir davayken, bittiğinde tecavüzden geriye kalan sonuçlara karşı açılacak dava tazminattır.

Fiil tamamlanınca durdurulacak veya kaldırılacak bir tecavüz kalmadığı için ref davasının açılmasına gerek kalmaz. Tecavüzden doğan zararların telafisi içinse tazminat davası açılmalıdır. Ancak 68. madde uygulamasında tecavüz fiili sona ermiş olsa dahi mûtad bedel talepli davaların kabul edildiği ve istenildiği takdirde üç katına hükmedildiği görülmektedir. Bunun sebebi, mali haklara vaki tecavüz teşkil eden fiil sona ermiş olsa bile, yol açtığı hukuka aykırı sonuçlarının devam ettiği yönündeki varsayımdır. Zira saldırı nedeniyle eser sahibi talep edebileceği telif hakkından mahrum kalmıştır.¹³ Saldırıyla zedelenen menfaat durumunun eski hale getirilmesi zarureti ortaya çıkmıştır. Haksız fiil sona ermesine rağmen bir ref yöntemi olarak mûtad bedel talebinin mahkemece kabulüyle, devam eden hukuka aykırı durumun önceki hâle irca edilmesinin sağlandığı kabul edilmektedir.

¹¹ Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 1954) 219; Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (2.Baskı, S Yayınevi 1981) 258; Kılıçoğlu (n 7) 409; Gökyayla (n 2) 288; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2027. Aksi görüşe göre müteceviz sözleşmenin külfetine katlanmalı ama nimetlerinden yararlanmamalıdır. Hamdi Yasaman, ‘Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar’ iç Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* (Beta 2002) II 811. Bedelin üç katını talep imkânı veren düzenleme, mütecevizi aynı zamanda sözleşme yapan kimse konumuna getirmemelidir. Tekin Memiş, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesinin Getirmiş Olduğu Sistemin Değerlendirilmesi’ iç TRT (ed), *Radyo-Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi* (ATO ve TOBB Yayını 2005) 83.

¹² Şafak N Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 340; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) 319; Kılıçoğlu (n 7) 409; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2013.

¹³ Kılıçoğlu (n 7) 409.

C. Mûtaad Bedel Miktarının Tespiti

Kanunun 68. maddesinin birinci fıkrasında, mali hakları tecavüze uğrayan hak sahiplerinin sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümlerine göre tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Keza maddenin ikinci fıkrasında çoğaltma hakkının ihlali halinde hak sahibine, çoğaltılmış nüshaların imhasını veya kendisine verilmesini talep etmek yerine, alternatif bir seçimlik yetki olarak, sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilme imkânı tanınmıştır. Mezkûr hükümlere göre mûtaad bedelin; biri, “sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedel” ve diğeri de, “kanun hükümlerine göre tespit edilecek rayiç bedel” şeklinde olmak üzere iki yöntemle tespiti mümkündür. Bunlardan ilki “farazi sözleşme bedelinin tespiti” ikincisi “rayiç bedelin tespiti” olarak adlandırılabilir.

1. Farazi Sözleşme Bedelinin Tespiti

Maddede geçen “sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedel” ifadesi, ihlal edilen mali hakkın davalı tarafından hak sahibi ile yapılan bir sözleşmeye istinaden kullanılmış olsaydı, onun tarafından ödenmesi gereken bedel anlamına gelir. Dolayısıyla davacının mûtaad bedel talebinde bulunması halinde ödenecek tutar, taraflar arasında bulunduğu varsayılan bir sözleşmede kararlaştırılmış olması muhtemel sözleşme bedeli kadar olacaktır. Buna göre bedelin belirlenmesinde ihlale konu eser üzerindeki mali hak veya haklarla ilgili olarak yapılmış bir sözleşme olup olmadığının araştırılmasında yarar vardır. Somut olayda ödenmesi gereken bedelin tespitinde, varsa bu sözleşmede öngörülen bedelin emsal alınması mümkündür.

Ancak mevcut bir sözleşme bedelinin somut olay bakımından birebir kabulü hakkaniyete uygun düşmeyebilir. O nedenle mali hakkın sözleşmeye göre kullanım süresi, sıklığı, yaygınlığı, nitelik ve niceliği gibi hususlar göz önüne alınmak suretiyle mûtaad bedelin, emsal sözleşmede öngörülenin aynısı yahut daha fazlası veya daha azı miktarında belirlenmesi gerekir. Diğer bir deyimle, farazi sözleşme bedelinin tayininde, dava konusu olaya özgü şartlar ile emsal sözleşme şartları arasındaki benzerlikler ve farklılıkların dikkate alınması şarttır.¹⁴ Örneğin izinsiz veya şifresi kırılarak kişisel hizmete mahsus bir bilgisayara yüklenmek suretiyle kullanılmaya başlanan bir bilgisayar programı için davacı tarafından mûtaad bedel ödenmesi şeklinde ileri sürülen ref talepli bir davada, davacının bu programın kurumsal kullanımı için yapmış olduğu mevcut sözleşmedeki bedelin emsal alınması doğru değildir.¹⁵ Bilgisayar programları kişisel ihtiyaç mülâhazasıyla çoğaltılmasına izin verilen eserlerden değildir. O nedenle fiil hukuka aykırıdır. Ancak programın

¹⁴ “Yasanın 68. maddesine göre tazminat takdir edilirken (karada belirtilen diğer hususlar dikkate alınmaksızın) tazminat hesabında doğrudan doğruya davalılar arasındaki yayım sözleşmesi koşullarının dikkate alınması suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” Yargıtay 11 HD, 2009/12644, 08.12.2009 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/13].

¹⁵ Yargıtay 11 HD, 2023/72245, 12.4.2023.

kişisel kullanımı ile kurumsal hizmetlerde kullanımı aynı kefede değerlendirilemez. Uygulamada kurumsal amaçlı kullanım lisansları ile kişisel kullanım lisans bedelleri aynı değildir. Somut olayda hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılabilmesi için farazi sözleşme bedelinin tespitinde kişisel kullanıma özgü lisans sözleşmelerindeki bedellerin esas alınması gerekir. Keza, eserin piyasa fiyatının yanı sıra indirime konu olup olmadığı gibi hususlar da nazara alınmalıdır.

Emsal olarak sunulan sözleşmenin mali hakkın temlikini mi, tam veya basit kullanım yetkisi tanınmasını mı içerdiği, farazi sözleşme bedelinin tespitinde dikkate alınmalıdır. Mütad bedel talebine esas sözleşmenin, izinsiz kullanımın boyutlarını aşacak mahiyet taşımasından dolayı hak devri veya tam ruhsat sözleşmesinden ziyade mütecevizin kullanımına karşılık gelen basit ruhsat sözleşmesi olduğu söylenebilir.¹⁶ Sözleşme veya lisansın türü, yalnızca bedelin belirlenmesinde değil aynı zamanda farazi sözleşme kapsamında yasal hale gelen kullanımların çerçevesini tayin bakımından da önem taşır. Zira mütad bedelin ödenmesiyle yasal hale gelen kullanımların davacı tarafından artık durdurulmasını talep etmek mümkün olmaz.¹⁷

Emsal bir sözleşmenin tespit edilememesi halinde, mütad bedelin belirlenmesinde eser sahibinin bilimsel ve sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi ve benzeri subjektif yönleri; eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik vasfı, nitelik ve niceliği; ihlale konu hakkın türü ve niteliği, coğrafi kapsamı, ihlal süresi ve yaygınlığı, ihlalde kullanılan vasıta ve mecralar, halk kitlesine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak davacıyla sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedel, farazi sözleşme bedeli olarak takdir olunur. Yargıtayca belirlenen kriterler,¹⁸ emsal bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde dahi göz önünde bulundurulmalıdır. Bunların yanı sıra, hak sahibinin işi, yaşadığı ülke, ihlale konu eserin yurt dışındaki kullanım bedeli ile Türkiye'de kullanım bedelleri gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Örneğin bir eserin iktisadi-sosyal şartları son derece iyi olan bir ülkedeki satış fiyatı ile Türkiye gibi nisbeten daha olumsuz sosyo-ekonomik şartlara sahip ülkelerdeki satış fiyatı aynı değildir. Böyle bir durumda yabancı ülke koşullarından ziyade Türkiye şartlarına göre farazi bedel belirlenir. Yargıtay anılan kararında farazi sözleşme bedelinin yabancı para üzerinden belirleneceğinin ispatı halinde, mütad bedele yabancı para üzerinden hükmedilebileceğini kabul etmiştir.

Mahkeme, bedelin tespitinde FSEK Madde 66/son fıkrası hükmünü de dikkat alır. Buna göre tecavüzün kapsamından başka, mütecevizin kusurunun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin dıçar olması muhtemel zararları takdir edecektir. Hâkimin hukukî bilgisi ile çözmek zorunda olduğu hususlar haricinde, teknik bilgi ve uzmanlığı gerektiren konulara ilişkin olarak HMK 266 vd.

¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2022/1638, 0.12.2022. Ayrıca bkz Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2019-2020.

¹⁷ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2019.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/214, 20.03.2002 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/8.

hükümlerine göre mütad bedelin tespitinde bilirkişi incelemesi yaptırılır. Yargıtay, bedel tespitini tamamen özel veya teknik bilgi çerçevesinde çözümü gereken hususlar olarak değerlendirmekte ve hemen hemen her olayda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği kanaatindedir.¹⁹ Bilirkişiye başvurulduğu hâllerde mahkeme bilirkişi raporunda noksan veya müphem gördüğü hususların tamamlanması veya açıklanması için kendiliğinden veya tarafların itirazı üzerine bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabilir.²⁰

2. Rayiç Telif Bedelinin Tespiti

Ref davasında talebe konu bedelin tespiti için öngörülen ikinci yöntem rayiç bedeldir. Madde 68'in birinci fıkrasında mali hakları tecavüze uğrayan hak sahibinin davalıdan farazi sözleşme bedeli veya bu Kanun hükümlerine göre tespit edilecek "rayiç bedeli" isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre davacı, farazi sözleşme bedeli yerine ihlale konu mali hakkın rayiç değerinin mütad bedel olarak kendisine ödenmesini talep edebilir. Maddede rayiç bedel ile neyin kastedildiği ve rayiç bedelin neye göre tespit edileceği belirtilmemiş olması öğretide tenkide konu olmuştur.²¹

Ancak, bu hususta bir boşluğun olduğu söylenemez. Zira Kanunda rayiç bedelin ne olduğu ve hesaplanmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmemiş olsa da, eser, icra, yapım ve yayınların umuma açık mahallerde kullanımıyla ilgili bedellerin belirlenmesi hakkındaki 41. madde ile opera, bale, tiyatro gibi sahne eserleriyle diğer eserlerin, yapım ve yayınların çeşitli vasıtalarla yayını ve umuma iletilmesi şeklinde kullanılmalarıyla ilgili bedellerin tespiti hakkındaki hususları tanzim eden 43. maddeye göre oluşturulan tarifelerdeki lisans bedellerini rayiç bedel olarak kabul etmemek için bir sebep yoktur.²² Zira rayiç bedel, bir iktisadi kıymetin değerlendirilmesi günündeki normal alım-satım değerini ifade eder (VUK 266). Diğer bir deyimle rayiç, satış işlemine konu mal veya hizmetin piyasadaki güncel değeri, yani alım-satım fiyatıdır.

Eser, icra, yapım ve yayınlar fikri hukukun düzenleme alanına giren ve iktisaden değerlendirilebilen gayri maddi varlıklardır. Maddi mal piyasaları gibi olmasa da bunların da bir piyasası vardır. Ancak bu piyasanın kendisine has özelliklerinden dolayı fikri ürünlerin fiyatlarının serbest bir ortamda oluştuğundan söz edilemez. Fikri ürün piyasalarında alıcıların sayısı olarak çok daha fazla ve ekonomik bakımdan çok daha güçlü olmaları, alenileşmiş bir eser veya bağlantılı hak konusunun yasa dışı

¹⁹ Örnek olarak bkz Yargıtay 11 HD, 2005/5602, 27.05.2005 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/11. Yargıtay'ın yaklaşımının eleştirisi için bkz Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2021-2022.

²⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (1.Baskı, Demir Yayıncılık 2001) III 2761.

²¹ Gökyayla, (n 2) 299.

²² Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2017 ve 2022.

yollardan kullanılmasının çok kolay ve yaygın olması sebebiyle, hukuk düzeni bu piyasaları düzenlemek ve denetim altına almak zorunda kalmıştır.

Düzenlemeye tabi piyasalarda fiyatlar ürünün niteliği, tarafların durumu, ülkenin iktisadi ve sosyal şartları gibi muhtelif parametreler çerçevesinde merkezi bir kamu otoritesi veya kamunun yakın gözetim ve denetimi altında ürünü piyasaya arz edenler ve talep edenleri temsil eden özel hukuk kişileri tarafından standart tarifeler biçiminde belirlenir. Bu tarifeler aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık periyotlar şeklinde olabilmektedir. Dolayısıyla düzenlemeye tabi sektörlerde mal ve hizmetler için belirlenen fiyat tarifelerini uyguladıkları dönemin rayiç fiyatı olarak nitelendirmek mümkündür. Esasen bu tarifelerle belirlenen ücretleri, aynı zamanda “sözleşme yapılması halinde istenebilecek bedel” olarak da nitelendirmek mümkündür. Zira uygulamada eser ve bağlantılı hak sahiplerini temsil eden meslek birlikleri ile eser ve bağlantılı hak konuları üzerindeki mali hakları kullanmak isteyenler arasında yapılan telif haklarının devri veya ruhsat sözleşmelerinde genellikle bu tarifelerle belirlenen ücretler esas alınmaktadır.

FSEK'in 41 ve 43. maddesinde eser, icra, yapım ve yayınların umumî mahallerde kullanımı, radyo-TV gibi vasıtalarla yayımlanmaları veya internet vb. mecralarla umuma iletim bedellerinin tespitiyle ilgili tarifelerin ne şekilde hazırlanacağı ayrıntılı biçimde düzenlendiği gibi, bu hususla ilgili bir de yönetmelik çıkarılmıştır.²³ Meslek birlikleriyle umuma açık mahaller arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılabilecek müzakereler sonucu belirlenecek miktarlar üzerinden yapılmaktadır.

İlgili mevzuat çerçevesinde rayiç bedel itibarıyla meslek birliğince münferiden veya ortaklaşa tespit edilen tarifeler, taraflar arasında tarifeler üzerinde müzakere ile belirlenen ücretler, uzlaştırma komisyonunda mutabakatla belirlenen ve nihayet mahkemece belirlenen tarife bedelleri olmak üzere beş ayrı bedel kategorisinden söz etmek mümkündür.²⁴ Bu gibi hallerde taraflar arasındaki sözleşmelerde karşılıklı irade ile hangi kategoriye ait bedel realize olmuş yani bir lisans sözleşmesi bedeli olarak taraflar arasında hayata geçmişse o kategoriye ait lisans bedelinin rayiç bedel olarak esas alınması uygun olur. Örneğin, meslek birliklerince hazırlanıp ilân edilen tarifeler müzakere edilmeksizin kesinleşmiş ve bunlar üzerinden sözleşmeler kurulmuşsa, rayiç bedel olarak bunların; aksi takdirde müzakere, uzlaştırma komisyonu veya iş yargısına gitmişse, mahkemece belirlenen tarife bedellerinden hangisi benimsenerek sözleşmeye bağlanmışsa, o kategorinin tarifesinin esas alınması gerekir.²⁵

²³ Yönetmelik için RG 08.06.2004/25486.

²⁴ Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2023.

²⁵ ibid 2023.

Uygulamada mali hak ihlalleri iddiasıyla açılan davalarda mahkemelerce görevlendirilen bilirkişilerin, FSEK 68 hükümleri uyarınca talep edilen farazi sözleşme bedeli veya rayiç bedelin tespitinde Kanun ve Yönetmelikte yer alan usule göre belirlenen tarife bedellerini dikkate aldığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay da, bir meslek birliği tarafından üyesini temsilen, fonogram yapımcılığından kaynaklanan temsil hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle açılan davada, bilirkişilerce yıllık tarife üzerinden telif tazminatı hesaplanmasında ve yerel mahkemece bunun üç katına hükmedilmesinde isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.²⁶

Ancak bu bağlamda işaret edilmesi ve tenkidi gereken husus; Yargıtay'ın FSEK 68'e dayalı üç kat mütad bedel talepleriyle ilgili davalarda, başlangıçta meslek birliklerince belirlenen bir yıllık tarife bedeline rayiç bedel olarak hükmedilmesini yerinde bularak, Kanunun 76. maddesinin son fıkrasındaki karineye atıfla davacı meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu bütün eserler yönünden davanın kabulü yönünde karar verirken;²⁷ daha sonra karine oluşmasına rağmen sadece ihlal edilen eserlerle sınırlı ve ihlale karşılık gelen yıllık tarife bedelinin tümünün esas alınamayacağı yönünde kararlar vermesidir.²⁸ Nitekim Yargıtay bir meslek birliği tarafından açılan davada, işyerinde izin alınmaksızın üyelerine ait eserleri kullanan işletme sahibiyle sözleşme yapılmış olsaydı bir yıllık tarife bedelinin üç katına hükmedilmesi talebiyle ilgili olarak, somut olayda davalıya ait işyerinde yalnızca iki müzik eserinin çalındığının tespit edilmiş olduğuna dikkat çekerek, davalıya ait işyerine bir yıl boyunca davacıya ait bütün eserlerin kullanılmış gibi tarife ücretinin talep edilemeyeceğine, tazminat hesabının yalnızca bu iki eser üzerinden yapılması gerektiğine karar vermiştir.²⁹ Yargıtay'ın FSEK'in 76. maddesinin lafız ve ruhuyla bağdaşmayan bu yöndeki kararları haklı olarak tenkit edilmiştir.³⁰

D. Mütad Bedelin Üç Kat Fazlasını Talep Yoluyla Tecavüzün Ref'i

1. Genel Olarak

Kanunun 68. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, mali hakkı ihlal edilen hak sahibine, mütad bedeli veya bu bedelin üç kat fazlasına kadar bir tutarı talep etme hususunda seçimlik haklar tanınmıştır. Buna göre davacı davalıdan, sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği veya rayiç olarak belirlenen bedelin ödenmesini talep edebileceği gibi, bu bedelin üstündeki bir tutarı da isteyebilir. Kanun istenebilecek

²⁶ Yargıtay 11 HD, 2010/4079, 12.04.2010 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/33. Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, 2006/12635, 04.12.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 76/36; Yargıtay 11 HD, 2004/6868, 21.06.2004 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/32.

²⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, 2008/10, 16.06.2008 ve 2006/12635, 04.12.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/16 ve 68/18.

²⁸ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, 2001/5325, 02.05.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/39.

²⁹ Yargıtay 11 HD, 2011/6640, 31.05.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/38].

³⁰ Bu konuda ayrıntı için bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2024-2026 ve 2290-2294.

tutarı sınırlandırmıştır; buna göre davacı farazi sözleşme bedeli veya rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını davalıdan talep edilir.

1995 tadilatından evvel bu oran “mütad bedelin en çok % 50 fazlası” şeklinde idi. 4110 sayılı Kanunla bu düzenleme, “rayiç bedel itibarıyla zararın en çok üç katını” şeklinde değiştirilmiştir. Hüküm 2001 değişikliğiyle “sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir” şekline dönüşmüştür. 1995 ve 2001 değişikliklerinde hak sahibinin uğradığı “zarara” atıfta bulunulması, tazminat davasını çağrıştırmaması ve tecavüzün ref'i davasının açılabilmesinde zararın şart olmaması nedeniyle, isabetli görülmemiştir.³¹ Madde tazminat sorumluluğuna ilişkin olmayıp, zarar görmemiş olsa da davacı bu davayı açabilir. O nedenle hüküm 2008 yılında bir kez daha değiştirilerek son halini almıştır.

Buna göre hakları ihlal edilen kimse, tecavüzden dolayı bir zarara uğramış olup olmadığına bakılmaksızın, mütecevizden “farazi sözleşme bedelinin veya rayiç telif bedelin üç kat fazlasını” talep edebilir. Ancak buradaki “üç kat fazlası” ibaresi yanlış anlamaya müsâittir. Şöyle ki, davacı farazi sözleşme veya rayiç bedelin üç kat fazlasını talep ettiğinde, bahse konu ifade “asıl alacak + üç katı” şeklinde anlaşılabilir. Halbuki kanunun muradı bu değildir. Nitekim öğreti mezkûr ifadeden, farazi sözleşme bedelinin veya rayiç “bedelin üç katı”nın anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir.³² Keza Yargıtay da, çoğaltma hakkının ihlali gerekçesiyle açılan bir davada mahkemece sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek bedel ve bunun üç kat fazlası (1+3) şeklinde yani dört kat olarak belirlenen tazminat hesabını yerinde bulmamış ve “mahkemece, normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eseri çoğaltacak olanın hak sahibine vermesi gereken para miktarının bulunması, bundan sonra ise bu miktarın üç katının hesaplanması gerektiğine” karar vermiştir.³³

2. Üç Kat Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

Mali haklara tecavüzün ref'i davasında davacının sözleşme yapılmış olması halinde talep edebileceği sözleşme bedelinin veya rayiç telif bedelinin üç katına kadar ödenmesini talep edebilmesine imkân veren düzenleme, mahiyeti itibarıyla tazminat hukuku prensipleriyle bağdaşmamaktadır. Yargıtay uygulamasında genellikle “telif tazminatı” gibi bir nitelendirme yapıldığı görülmekteyse de, tazminat tabirinin kullanılması yerinde değildir. Zira tazminatın amacı zarar görenin uğradığı zararın giderilerek, hukuka aykırı fiil ile onun malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin telâfi edilmesidir. Kaideten tazminat uğranılan zarara denk olmak zorunda olup, zararın

³¹ Bu konuda bkz Gökyayla, (n 2) 297-298.

³² Erel (n 13) 339; Tekinalp (n 13) 318-319; Kılıçoğlu (n 7) 409; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2032; Ünsal Piroğlu, ‘Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği’ (2004) 30 (4) Yargıtay Dergisi 453; Memiş (n 12) 83.

³³ Yargıtay 11.HD, 2000/1983, 06.03.2000 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/9.

fevkinde olamaz. Buradaysa mali hakları tecavüze uğrayan kimsenin maruz kaldığı zararın çok daha üstünde bir menfaat sağlama durumu vardır.

O nedenle mütecevizin FSEK 68 hükümlerine göre davacıya mütad bedel veya rayiç telif bedelinin üç katına kadar bir tutarı ödemek zorunda bulunması şeklindeki sorumluluğun hukuki mesnedi tartışmalara sebep olmuştur. Bu meyanda ileri sürülen bir görüşe göre, üç kat bedel talebi ve buna hükmedilmesi hukuki mahiyeti itibarıyla tazminat değil, ceza mahiyetinde mağdura yapılan bir ödemedir.³⁴ Ancak öğretilerde cezanın mahiyeti hususunda ihtilaf vardır. Bir görüşe göre üç kat mütad bedel talebi, mahiyeti itibarıyla TBK 179 anlamında bir cezai şarttır.³⁵ Fakat cezai şart, bir borç ilişkisinde edimin ifasını tam olarak, zamanında ve gerektiği gibi sağlamak amacıyla kararlaştırılan fer'i bir edimdir. Cezai şart borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğacak zararları önceden kesin bir biçimde belirleme imkânı veriyor olmasına rağmen, taraflar arasında mevcut bir borcun olması gerekir. Bu yönüyle cezai şart, varlığı asıl borcun varlığına bağlı bir yan borçtur. Keza cezai şart, hukuki niteliği itibarıyla iki tarafın iradesinden kaynaklandığı için bir hukuki işlemdir ve bir akittir. O nedenle Kanun tarafından tayin edilen bir ceza koşulundan bahsedilemez.³⁶

Üç kat mütad bedel talebi başka bir görüşe göre mahiyeti itibarıyla özel hukuka has bir ceza yaptırımıdır.³⁷ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre 68. maddeyle, telif haklarına muhtemel tecavüzleri caydırmak için mağdura failden mütad telif bedelinin üç katını talep etme yetkisi tanımıştır. Şöyle ki, hukuk düzeninin hukuka aykırı davranışları yaptırımlara tabi tutmasının temelinde, kişilerin can ve mal emniyetini ve toplumsal güven ve huzuru sağlama amacı yatar. Ceza, bir yönüyle hukuka aykırı davranış mahiyetinde olan failin kötülüğünün kefareti niteliğinde iken, diğer yönüyle hukuka aykırı davranmamış olan kişileri kötülük olarak nitelenebilecek davranışlarda bulunmaktan sakındırma işlevine sahiptir.

Ceza, suçu işleyen bakımından kefaret yani işlemiş olduğu kötülüğün karşılığını oluşturur; bu suretle mağdurun bozulan menfaat dengesi verilen ceza ile yeniden tesis edilmiş olur. Diğer yönüyle ceza faili hem kötülük olarak nitelenen fiili tekrardan işlemekten caydırır hem de henüz kötülüğü işlememiş olanları failin işlemiş olduğu gibi bir kötülüğü işlemelerini engeller.³⁸ Kamu hukukuna özgü cezalar, failin kusurunu gerektirmeleri ve genellikle mağdurun talebine bağlı olmadan da tatbik edilebiliyor

³⁴ Arslanlı (n 12) 214; Ayiter (n 12), 258; Tekinalp (n 13) 319; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2008) 649; Yasaman (n 12) 811.

³⁵ Tekinalp, (n 13) § 20 kn 53.

³⁶ Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Bastı, Seçkin 2014) 564.

³⁷ Öztan (n 35) 649; Gökyayla (n 2) 289; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat eserleri Hukuku* (1. Baskı, Onikilevha 2012) 555; Demirbaş (n 3) 84.

³⁸ Cezanın amacı ve işlevleri için bkz Nur Centel, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi' <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Centel-3.pdf> (Erişim 17.05.2022).

olmaları, cezaî mahiyetteki bedellerin mağdurdan ziyade kamuya ödenmesi gibi belirleyici özellikler, kural olarak özel hukuka has cezaî yaptırımlarda bulunmaz. Ancak mağdurun talebine bağlı olması, ödemenin mağdura yapılıyor olması, özel hukuk usulü çerçevesinde ve hukuk hakimisi tarafından belirlenerek verilmesi gibi farklılıkları olsa da, hukuka aykırı bir fiilin genel anlamda cezalandırılmasındaki amaç ve işlevlerin özel hukuka has cezaî yaptırımlar için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

FSEK 68'e göre davacı, gerçek zararı neyse onu talep edebileceği gibi zararın bir veya iki yahut üç mislini de talep edebilir. Talep edilen tutar gerçek zararı aştığı takdirde ceza niteliğini taşır ve bu durum, kefaret fonksiyonundan öte bir hâl olduğu için, hem faili aynı fiili tekrar işlemekten hem de üçüncü kişileri benzeri davranışlardan caydırmaya hizmet etmektedir. Dolayısıyla üç kat bedel talebi, hukuka aykırı fiilin yol açtığı telif kaybının telafisi yönüyle geçmişe, kayıp tutarını aşan kısmı yönüyle de geleceğe yöneliktir. Bu suretle, bir taraftan telif haklarına muhtemel saldırılar caydırılırken, diğer taraftan hukuka uygun kullanımların teşvik edilmesi gibi bir fayda temini amaçlanmaktadır.

Üç kat bedel talebinin ifade edilenler dışında davacının ispat edemediği zararları telafi edici bir işlevi de vardır. Fikri haklara matuf saldırıların yol açtığı zararların gerçek boyutunu tespit etmek çoğu zaman mümkün olmadığı için, normal tazminat hukuku ilkelerine göre zararı ispat külfetini taşıyan mağdur, üç kat bedel talebiyle, uğramış olduğu ama ispat edemediği için giderilmesinden yoksun kalacağı zararların da tazminini sağlamış olur.³⁹ FSEK 68 hükümlerine göre, mütad bedelin üç katının istenebilmesi için, hukuka aykırı eylemin yol açtığı zararın ve hatta zarara maruz kalındığının dahi ispatına gerek yoktur. Bu yönüyle FSEK'in 68. maddesi hükümlerine göre mütad telif bedelinin üç katı oranında talep, çoklu tazminata (*mutiple damages*) benzerlik gösterir. Amerikan Hukukunda zarar ile hükmedilecek tazminat arasında kurulan bir oran üzerinden belirlenerek uygulanan bu tazminat türünde, genellikle uğranılan zararın iki veya üç misli gibi bir tutara hükmedilmektedir. Bu tür tazminatın amacının davalıyı cezalandırma ve işlevi itibarıyla da gerçek zararın ispatının güçlük arzettiği durumlarda davacıyı ispat külfetinden kurtarmak olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰

Türk Hukukunda mağdurun uğradığı zararı aşacak ölçüde bedel veya tazminat talebine imkân veren başka düzenlemeler de vardır. Bunlar arasında Rekabetin Korunması

³⁹ Bozbel (n 38) 556; Demirbaş (n 3) 85. Yargıtay'ın da bu görüşü benimseyen kararları bulunmaktadır. "Hükümün amacı, rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettiler, hak sahibini, ispat yükünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmaktadır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/71, 02.04.2003 (2003) 3 FMR 165.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı için bkz İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, (Yetkin 2015); Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (1. Baskı, Yetkin 2013).

Hakkında 4054 sayılı Kanun hükümleri en fazla dikkat çekendir.⁴¹ Binaenaleyh, Kanunun 58/2. maddesine göre rekabetin ihlalinden ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, 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. Rekabet Kanununa, Amerikan Hukukundan esinlenilerek dâhil edilmiş⁴² olan bu hükümde öngörülen tazminat cezai tazminat, özel tazminat, cezai şart, medeni ceza veya özel hukuk cezası gibi kavramlarla tavsif edilmektedir.⁴³ Zarar görenlerin talep edebileceği tazminat, rekabet bozulduğu için ödedikleri bedel ile rekabet bozulmasıyla ödeyecekleri bedel arasındaki fark kadardır (RKK 58/1). Bütün zararlar tazmin ettirilebilir. Keza davacılar elde etmeyi umdukları kârlarını da isteyebilirler.

Rekabet Hukukunda üç katına kadar tazminat talebi, FSEK 68 hükümlerine göre talep edilebilecek üç kat bedel talebinin aksine bir ref tazminatı değildir; bilakis uğranılan zararın giderilmesini amaçlar. O nedenle mağdurun az veya çok herhalde bir zarara uğramış olması gerekir. Keza bu tazminatı talep edebilmek için rekabeti ihlal edenin kusurunun varlığı da şarttır. Ancak mağdurun üç katına kadar tazminat talep edebilmesi için, failin rekabet ihlal fiilinin kast veya ağır ihmal derecesinde kusurlu davranıştan kaynaklanması gerekir (RKHK 58/2). Hafif ihmal halinde üç kat tazminat talep edilemez.

Buna mukabil, FSEK'in 68. maddesi uyarınca üç kat bedel talebi için mütecevizin kusuru şart değildir. Ancak hâkim bedele hükmederken failin kusurunu da dikkate almalıdır (FSEK 66/4). Keza zarar, üç katına kadar mütad bedel talebinin şartı olarak düzenlenmemiştir. Kanunda mecburiyet arzeden bir hüküm bulunmamasına rağmen Yargıtay'a göre davacının FSEK 68 hükümlerine göre bedelin üç katını talep etmesi halinde, taleple bağlılık kuralı gereğince hâkim daha azına hükmedemez. Rekabet Kanununa göre üç kat talep halinde aksine görüşler⁴⁴ olsa da hâkim daha azına hükmedebilir.⁴⁵ Zira RKHK'nun 58. maddesinde, hâkime takdir yetkisi tanıyacak

⁴¹ RKHK Madde 57 ve Madde 58.

⁴² Ayrıntı için bkz Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş* (2. Bası, Adalet 2019) 95-101.

⁴³ Bu konudaki literatür için bkz Metin Topçuoğlu, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' iç Mustafa Fadıl Yıldırım ve Ender Ethem Atay (edr), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)* (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2009) 5-60; Nurkut İnan, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 9 Nisan 2004 Kayseri* (RK Yayını 2004) 43-66; Kerem Cem Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 4 Nisan 2003 Kayseri* (RK Yayını 2003) 192-262; Osman Berat Gürzumar, 'Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' iç *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu 7-8 Ekim 2005 Ankara* (BTHAE Yayını 2006).

⁴⁴ Topçuoğlu (n 44) 24; Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku* (9.Bası, Ekin 2023); Pelin Güven, *Rekabet Hukuku* (2. Baskı, Yetkin 2008) 427-429; Pelin Güven, 'Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V 6-7 Nisan 2007 Kayseri* (RK Yayını 2008) 234.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. Gürzumar (n 44) 171; Sanlı (n 44) 257; Nurkut İnan, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri* (RK Yayını 2005) 43-66) 55; Gamze Aşçıoğlu-Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması* (RK Yayını 2000) 184; Zekeriya Arı, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' (2006) 6 Rekabet Forumu 9-10.

şekilde “üç katı oranında tazminata hükmedebileceği” ifade edilmiştir. Davacı üç kat talep etse bile hâkim, kusurun ağırlığı, failin ekonomik ve sosyal durumu, kamu hukuku yaptırımını mahiyetinde olmak üzere Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezası gibi hususları dikkate alarak hükmedilecek tutara karar vermelidir.

Üç kat bedel talebine ilişkin FSEK hükümlerine benzer düzenlemeler Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ve bazı Avrupa ülkelerinde de mevcuttur. 2004/48 sayılı AB Yönergesi (*Enforcement Directive*)⁴⁶ üye devletleri, fikri mülkiyet hakkını bilerek veya bilmesi gerektiği halde bilmeden ihlal edenlere verdikleri zararların mağdurlarına tazminat talep yetkisi tanımakla mükellef tutmuştur (Art. 13). Mütecevizin ödeyeceği tazminatın asgari tutarı, normalde ödenmesi gereken telif ücretine tekabül eden toptan bir bedel (*a lump sum*) şeklinde olabilir. Üye devletler zarardan bağımsız olarak, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedeli, asgari bir tazminat tutarı şeklinde alternatif bir tazmin biçimi olarak kabul edebilirler (Art. 13/1-b). Tasarının “mütecevizden tarife bedelinin iki katının talep edilebilmesine” imkân veren hükmü, üye devletler arasında uzlaşma sağlanamadığı için Yönergenin yürürlüğe giren metinde yer almamıştır. Lakin bunun Yönergede yer almamış olması, üye devletlerin iç hukuklarında Yönergeyle belirlenen asgari tutarın üstünde tazmin şeklinde bir düzenlemeyi veya uygulamayı kabul edemeyeceği anlamına gelmez. Sözleşme bedeli bu bakımdan alt sınırı oluşturur.

Nitekim 1998’de değişen 1936 tarihli Avusturya Telif Hakları Kanununa göre mali haklara tecavüz halinde, failin kusurundan bağımsız olarak, Yönergede olduğu gibi zarar görene, sözleşme yapmış olsaydı isteyebileceği müted bedeli tazminat olarak isteme hakkı tanınmıştır. Bunun için kusur aranmamıştır [URG § 86(1)]. Mağdurun zararının bu tutarı aşması halinde aşan kısmın tazminini ayrıca talep etme imkânı da vardır (URG § 87/5). Dahası, mezkûr Kanuna göre izni alınmamış hak sahibi, eğer zarara kusuruyla sebebiyet vermişse failden, sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek tutarın iki mislini talep edebilir (URG § 87/3). Bu talebin dermeyan için zararı ispat etmiş olmak gibi bir şart aranmamıştır. Ancak mağdurun hem uygun bedeli hem de uygun bedelin iki katını birlikte talep etmesi mümkün olmayıp, aynı olayda gerçekleşmesi halinde bunlardan birini tercih etmek zorundadır.⁴⁷

Alman Kanununda da “ihlal edilen hakkın kullanması için sözleşme yapılmış olsaydı hakkaniyete uygun olarak ödenmesi gereken tutarın tazminat olarak istenebileceği” hükme bağlanmıştır (UrhG § 97). Uygulama ve öğretide AB Yönergesindeki iki kat bedel ödenmesi hükmünün yasallaşmamasının yönergeden önce de tatbikatta olan “Yüzdeyüz GEMA Zammı” uygulamasının devamına engel teşkil etmediği kabul edilmiştir.⁴⁸ “% GEMA Zammı” veya “% İhlal Artışı” gibi adlar altında sözü edilen

⁴⁶ 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/48 sayılı Yönerge için OJ, 30.04.2004, L 157/45.

⁴⁷ Ayrıca bkz Demirbaş (n 3) 95-96.

⁴⁸ Bu hususun anılan Yönergeye uyum maksadıyla çıkarılan kanunun gerekçesinde de belirtildiğiyle ilgili bkz. Bozbel (n

bu tazmin şekli, müzik eserleriyle ilgili olarak Alman Müzik Meslek Birliği GEMA⁴⁹ lehine yargısal içtihatlarla geliştirilen bir uygulamadır.⁵⁰ Buna göre müzik eserleri üzerindeki belirli mali hakların, örneğin eserin restoran, bar, otel, büfe, mağaza, klinikler gibi umumi mahallerde temsili ve iletilmesi şeklinde tecavüze uğraması halinde GEMA tarifesinin iki katı lisans bedeli talep edilebilmektedir. Burada amaç, hukuka uygun kullanımlar ile hukuka aykırı kullanımlar arasında bir farklılık oluşturmaktır. GEMA'ya, müzik eserini lisanssız kullandıktan, hukuka uygun olarak kullananın ödediği kadar bir ilâve bedel ödemesini talep imkânı verilmiştir. Sözleşme yapmış kullanıcının ödemesi gereken tarife ücretinin %100 artırılmış tutarı olmasından dolayı bu uygulama, “ihlâl zammı” (*Verletzerzuschlag*) olarak da anılmaktadır. Uygulamanın amacının, müzik eserlerinin lisanslı kullanımının teşvik edilmesi ve hukuka uygun olmayan kullanımların ise caydırılması, ilaveten GEMA'nın hakların takip ve yönetimi için katlandığı maliyetlerin bir kısmının da mütecevizin üzerine aktarılması olduğu ifade edilmektedir.

İsviçre'deyse Federal Mahkeme,⁵¹ telif haklarının izinsiz kullanımı halinde “lisans kıyaslaması” olarak da ifade edilen meslek birliğinin normal tarife ücretinin iki katını talep edebileceğini kabul etmiştir.⁵² Bununla beraber Federal Mahkemenin, meslek birliklerince lisans kıyaslaması şeklinde sözleşmelere konulan iki kat bedel taleplerini özel hukuk sözleşme cezası olarak kabul ettiği halde; akit dışı hak ihlallerinde özel hukuk cezası olarak sözleşme bedelinin iki katı (lisans kıyası) şeklindeki uygulamaya, zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin mer'î hukuka uygun görmeyerek, cevaz vermediği ifade edilmektedir.⁵³

İngiltere ve ABD gibi Anglosakson Hukuk Sistemlerindeyse caydırıcı yahut cezalandırıcı işlevi ağırlıkta olan ve zararı kat kat aşan tazminata hükmedilmesi uygulaması, Kıta Avrupası Sistemine göre daha yaygındır. Rekabet Hukukundaki üç kat tazminat uygulaması bu hukuk sisteminde doğmuş ve gelişerek bazı diğer ülke hukuklarına da aktarılmıştır. Bu hukuk ailesinde tazminatın telafiden ziyade cezalandırıcı işlevi ön plandadır.⁵⁴ Fikri mülkiyet hakkı ihlallerinde de ihlalin niteliği, kusurun varlığı ve ağırlığına göre değişebilen özel hukuk cezası veya cezalandırıcı tazminat biçiminde yaptırımlara başvurulduğu görülmektedir.⁵⁵

37) 559. Ayrıca bkz Savaş Bozbel, ‘Anayasa Mahkemesinin (FSEK m. 68 ve m. 76 ile İlgili) 2012/133 E 2013/33 K ve 28.02.2013 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirmeler’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012* (Yetkin 2013) 55-79.

⁴⁹ GEMA: Müzik Eserleri Temsil ve Mekanik Çoğaltma Hakları Meslek Birliği.

⁵⁰ Ayrıntı için bkz BGH GRUR 1973, 379 *Doppelte Tarifegebühr*; GRUR 1955, 549, 552 *Betriebsveranstaltungen*; ZUM1986, 199, 201 *GEMA-Vermutung III*, KG UFITA 1939, 194, 196, KG UFITA 1938, 284, 286.

⁵¹ Doppelte - Tarifegebühr (BGH GRUR 1973, 379).

⁵² Bozbel (n 37) 561.

⁵³ Bkz Demirbaş (n 3) 98 dipnot 392'de zikredilen.

⁵⁴ Bir davada, korunan müzik eserinin radyo reklamlarında izinsiz kullanılması karşısında Mahkemenin normal telif ücretinin 3928 katına hükmettiği ifade edilmektedir. Nakleden Bozbel (n 49) dipnot 23.

⁵⁵ ABD, İngiltere, Kanada, Avusturalya gibi *Common Law* hukuk ailesine dâhil ülke uygulamaları konusunda bkz Demirbaş

3. Üç Kat Bedel Talebinin İleri Sürülmesi

Bir ref yöntemi olarak mütad bedelin üç katına ancak davacının talebine bağlı olarak hükmedilebilir. Hâkim talep olmaksızın res'en üç katı oranında mütad bedele hükmedemez. Örneğin davacı talebini 68. maddeye dayandırmış olmasına rağmen rayiç bedelin veya farazi sözleşme bedelinin üç katını talep ettiğini açıkça ifade etmemişse, mahkemece mutad bedelin üç katına hüküm verilemez. Davacının bu konuda açık talebinin bulunması gerekir.⁵⁶ Ancak mütad bedel talebiyle açılan davada talebin sonradan iki veya üç katına ıslah yoluyla çıkarılması mümkündür. Nitekim Yargıtay, davacının talebini 68. maddeye dayandırmasına rağmen rayiç veya farazi sözleşme bedeline ilişkin bir beyanda bulunmamış olması halinde dahi, bilirkişi tarafından tespit edilen üç kat bedele tekabül eden miktarın, ıslah ile talep edilmesinin mümkün olduğuna da karar vermiştir.⁵⁷

Bu hususla ilgili talebin açık olmaması halinde hâkim, HMK'nın 31 ve 119/1(ğ) maddesi hükümlerine göre davacıya talebini açıklattırmalıdır.⁵⁸ Mesela davacı dilekçesinden FSEK 68 hükümlerine göre mütad bedel mi veya 70. madde hükümlerine göre tazmin mi talep ettiği anlaşılıyorsa, bu hususun davacı tarafça netleştirilmesi gerekir. Keza davacı dilekçesinde hem üç kat mütad bedel talebinde bulunmuş hem de bedel talebine konu eser nüshalarının toplatılması, dağıtımın durdurulması ve imhası gibi ref yöntemlerinin uygulanmasını da istemişse, talepler arasında uyumsuzluk ve çelişki oluşur. Zira davacının hem üç kat mütad bedeli hem de diğer ref yöntemlerini talep etmesi FSEK 68 kapsamında değerlendirilemez. Davacı ya üç kat bedelin ödenmesini veya diğer ref yöntemlerinden birini tercih etmek zorundadır. Hâkimin bu iki talebi birden karşılayacak kararı vermesi hukuka uygun olmaz. Bu gibi hallerde davacıya bunlardan hangisini tercih ettiğinin açıklattırılması gerekir.

Davacının mütad bedel talebinde bulunabilmesi için eser üzerinde veya bağlantılı hak konularına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarından en azından birine tecavüzün mevcudiyeti gerekir. Henüz gerçekleşmemiş bir tecavüz için mütad bedel talebi mümkün olmadığı gibi, gerçekleşme ihtimali ne kadar güçlü olursa olsun, fiilen bir tecavüz vuku bulmadığı sürece, sırf tecavüz tehlikesinin mevcudiyeti sebebiyle üç kat bedel talep edilemez. Bunun için tecavüzün başlamış olması şarttır. Henüz başlamamış tecavüzlerin engellenmesi için ancak men davası açılabilir (FSEK 69). Buna mukabil başlamış bir tecavüzün sona ermiş olması, mütad

(n 3) 99-101.

⁵⁶ Yargıtay benzeri bir olayda; "Dava dilekçesinde, 500 TL haksız fiil tazminatı ve 500 TL kâr payı tazminatı talep edilmesine, mahkemeye verdiği 11.06.2007 tarihli dilekçe ile maddi tazminat istemlerini FSEK'in 68. maddesine dayandırdıklarını belirtmesine; ancak, anılan madde uyarınca uğranılan zararın en çok üç kat fazlasına yönelik bir talebi bulunmamasına rağmen 1.500 TL tazminata karar verilmesinin taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğundan" ilamın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 11 HD, 2008/6876, 2.6.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 19/14; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/27, 01.04.2003 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 21/6.

⁵⁷ Yargıtay 11 HD, 25.04.2012 E.2010/16575 K. 2012/6758 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/30.

⁵⁸ ibid 2014.

bedel talebine mani değildir. Tecavüzün ref'i davası ancak başlamış ve varlığını sürdüren tecavüzlere karşı açılabilir olması rağmen, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre bir ref yöntemi olarak mütad bedel talebi belirli bir sürede gerçekleşip sona ermiş olan tecavüzlerden dolayı da ileri sürülebilir.⁵⁹ Keza mahkemece devam eden tecavüzün kaldırılması için davacının ihtiyati tedbir kararı istemiş ve mahkemece bu talep doğrultusunda karar verilmiş olması da üç kat bedel istenmesine mani değildir.

Bedelin üç katının talep edilmesi hususunda birden fazla dava açılıp açılmayacağına da değinmek gerekir. Diğer bir deyimle, acaba mütad bedel veya sözleşme bedelinin üç katının talebi kısmî davaya konu olabilir mi? HMK'nın 109/1. maddesine göre, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, talebin sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir. O nedenle mütad bedelin üç katını aşmamak kaydıyla FSEK'in 68. maddesi hükümleri çerçevesinde bedelin kısmî dava yoluyla birden fazla davada talep edilebilmesi mümkündür.

Nitekim Yargıtay da, davacının FSEK 68 hükümlerine göre talep edebileceği üç kat mütad bedel için birden fazla kısımlar halinde ayrı ayrı dava açmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak görmemiş ve bunun caiz olduğuna karar vermiştir.⁶⁰ Talep konusunun belli olması halinde kısmi dava açılmayacağına ilişkin HMK'nın 109. maddesinin 2. fıkrası hükmü, 01.04.2015 tarih ve 6644 sayılı Kanununun 4. maddesiyle ilga edildiği için, bedelin üç katının belli olduğu hallerde dahi bu davanın açılabilirliği anlaşılmaktadır.⁶¹ Kısmî dava ile talep edilebilen üç kat mütad bedelin belirsiz alacak davasına konu olması da mümkündür. Ancak bunun için davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak tespitinin mümkün olmaması veya bunun tespitinin davacıdan beklenemeyecek olması gerekir. Bu takdirde davacı hukukî ilişkiyi ve asgarî bir miktarı ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir (HMK 107). Belirsiz alacak davası açılması halinde davacı yargılama sırasında tespit edilecek bedel üzerinden ıslaha gerek kalmaksızın talebini artırabilir.⁶²

Mütad bedelin üç katı talebinin ileri sürülmesiyle ilgili değinilmesi gereken diğer bir husus da, bunun talep edileme yetkisidir. Zira bir ref yöntemi olarak üç kat mütad bedel talebini ileri sürebilecek süjeler bakımından hem uygulama hem de öğretide bir takım görüş farklılıkları mevcuttur. Özellikle üç kat bedeli kimlerin dava edebileceği tartışılmaktadır. FSEK'in 68. maddesinde 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde metinde yer alan "eser sahipleri" ibaresi, eser sahibi dışındaki

⁵⁹ Örnek olarak bkz Yargıtay 11 HD, 2004/6868, 21.06.2004; Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/32; Yargıtay 11 HD, 2007/7055, 07.05.2007 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 14/16; Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/43; Yargıtay 11 HD, 2009/4124, 06.04.2009 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 25/9; Yargıtay 11 HD, 2010/4079, 12.04.2010; Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/15.

⁶⁰ Yargıtay 11 HD, 2011/9301, 05.07.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 22/127.

⁶¹ Hüküm yürürlükteyken kısmi dava açılmayacağı görüşü için bkz Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2032-2033.

⁶² ibid 2033.

hak sahiplerinin üç kat mûtaad bedel talebinde bulunma yetkisini haiz olup olmadıkları hususunda tereddüde yol açmaktaydı. Anılan Kanunla “eser sahipleri” deyimini “hak sahipleri” olarak değiştirildiği için, artık mali hak sahiplerinin üç kat bedel talepli dava açma yetkisini haiz buldukları hususunda tereddüde mahal kalmamıştır. Buna göre eser sahipleri, eser sahiplerince yetkili kılınan meslek birlikleri, mali hak sahipleri, bağlantılı hak sahipleri ve onları temsil eden meslek birliklerinin bu davayı açabileceğine şüphe yoktur.

Ancak öğretilerde mali hakların kendisini değil de kullanma yetkisini devralmış olanların, yani ruhsat veya lisans sahiplerinin bu davayı açıp açamayacağına ilişkin görüş ayrılığı devam etmektedir. Öğretilerde *Tekinalp* ve bir kısım başka yazarlarca, FSEK 68 hükümlerine göre üç kat tazminat talebinin, yalnızca eser sahibine veya mali hakları eser sahibinden sözleşmeyle devralana tanınmasının, ruhsat sahiplerininse ancak maddi tazminat davası ile korunmasının hakkaniyete daha uygun bir çözüm olduğu savunulmuştur.⁶³ Ruhsatı borçlandırıcı muamele kabul eden bu yaklaşımı yansıtan Yargıtay kararları da mevcuttur.⁶⁴ Buna mukabil, ruhsatı tasarrufi bir hukuki muamele olarak değerlendiren anlayışın yansıması mahiyetindeki diğer fikre göreysen, basit veya inhisari ayrımı gözetilmeksizin ruhsat sahibinin md. 68 hükümlerine göre mûtaad bedelin üç katını talep edebilmesi gerekir.⁶⁵ Yargıtay’ın bu görüşü benimsediği bazı kararları da vardır.⁶⁶ Ruhsatı tasarrufi bir muamele olarak kabul eden bu görüşü savunanlardan bazıları, basit ruhsata hasılat kirasına ve tam ruhsata da intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngören FSEK 56/3 hükmünden hareketle, tam ruhsat sahibinin bu davayı açabileceğini, basit ruhsat sahibininse açamayacağını savunur. Kanaatimizce ruhsat sahibinin FSEK 68’den kaynaklanan talepleri aksi öngörülmemişse ruhsat sözleşmesi çerçevesinde ileri sürmesi mümkündür.

4. Üç Kat Bedel Talebinin Kabulünde Kusurun Rolü

Bir insandan sâdir olan davranışın hukuk düzenince kınanabilir olması olarak tanımlanan kusur kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır.⁶⁷ FSEK’in 68. maddesinin ilk

⁶³ Tekinalp (n 13) § 20 kn 74; Ayiter (n 12) 213 ve 254; Bozbel (n 38) 569.

⁶⁴ “Ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip kişiye, zararın karşılanmasını sadece FSEK 70/2. Maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasıyla isteyebilir.” Yargıtay 11 HD, 2007/14566, 20.11.2007 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 1533. Bir başka kararında “Lisans sözleşmesinin Türkiye’de inhisari kullanım yetkisinin devine ilişkin olup, mali hakların devri sözkonusu olmadığından, davacı bu lisans sözleşmesine dayalı olarak FSEK’in 68/1. Maddesine dayalı telif tazminatı isteyemez.” Yargıtay 11 HD, 2006/330, 20.01.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 1534.

⁶⁵ Erel (n 13) 303 vd; K Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2.Baskı, Yetkin 2001) 50 vd; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 1902; Şirin Aydınçık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (Vedat 2006) 87; Ernst E Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Şey* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1943) II 228. Yazarın eserinin 1948 kısaltılmış baskısında ruhsat sahiplerinin doğrudan doğruya dava açma hakkının bulunmadığı yönündeki ifadeleri için bkz Ernst E Hirsch, *Fikri ve Sınai Haklar* (AÜHF 1948) 223. Bu hususla ilgili bir yorum için bkz Demirbaş (n 3) 278-279.

⁶⁶ Yargıtay 11 HD, 1999/3250, 26.04.1999 Suluk ve Orhan (n 8) 718-719; Yargıtay 11 HD, 1999/3423, 11.03.1999 Suluk ve Orhan (n 8) 434.

⁶⁷ Kusur konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26.Bası, Yetkin 2022) 641 vd.; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (26.Baskı, Turhan 2022) 407-412; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Legal 2019) I 416; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz Kitabevi 2010) II § 7 kn 11; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku*

halinde davacıya “mûtaad bedelin yüzde 50 fazlasını talep edebilme” yetkisi tanınmış olmakla birlikte, bunun için mütecevazın kusuru şart kılınmıştı. Kusurun kast ve ihmâl derecesinden söz edilmemişti. Maddenin orijinal halinde ayrıca, “Eser sahibinin talebi, sözleşmeden doğmuş sayılır ve kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamaz” hükmü mevcut idi. Son fıkra olarak düzenlenen bu hüküm maddenin tamamına tatbik edilebilir mahiyeteydi.⁶⁸ Hüküm yürürlükteyken mûtaad bedelin yüzde 50 fazlasının talep edilebilmesi için failin eyleminin kusura dayanması gerekmekteydi. Failin kusuru yoksa ya hiçbir ödeme talep edilemeyeceği veya ancak tecavüz sebebiyle failin elde ettiği miktarla sınırlı bir tutara hükmedilebileceği kabul edilmekteydi.⁶⁹ Keza, o dönemde davacının yüzde 50 fazlasına hüküm verilmesini istemesi halinde hâkimin taleple bağlı olmadığı ve talepten azına da hükmedebileceği görüşü hâkimdi.⁷⁰

1995 yılında 68. maddede 4110 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle birlikte haksız fiil temeline dayanmalarına rağmen eser üzerindeki mali haklara tecavüzlerin ref'i için açılacak davalarda kusur şartı kaldırılmıştır. Davalının kusurlu veya kusursuz olması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmediği için öğreti ve uygulamada mezkûr maddeye dayanılarak mûtaad bedelin üç katının istenebilmesi için kusurun şart olmadığı kabul edilmektedir.

Üç kat mûtaad bedel davalarına özgü hükümler ihtiva eden 68. maddeden kusur şartı kaldırıldığı gibi men ve ref davalarının genel hükümlerini içeren 66/3 maddede bu davaların açılabilmesi için açıkça kusurun şart olmadığı hükme bağlanmıştır. Mezkûr madde hükümleri, FSEK 68'e dayalı taleplerin tamamı için geçerlidir. Bu sebeple mûtaad bedelin üç katının talep edildiği davalarda mütecevazın tecavüz teşkil eden fiili kasten veya ihmâl suretiyle işlenip işlenmediğinin önemi yoktur. Mahiyeti itibarıyla bu bir kusursuz sorumluluk olup, failin eyleminin objektif olarak hukuka aykırı olması yeterlidir. Öğreti⁷¹ ve uygulamada⁷² hâkim kanaat budur.

Ancak uygulama ve öğretide, bir ref yöntemi olarak üç kat bedel talepli davalarda ödenmesi gereken mûtaad bedel miktarının tespiti ve takdirinde kusurun dikkate alınıp

Genel Hükümler (21.Bası, Vedat 2023); Salahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6.Basım, Filiz 1993).

⁶⁸ Arslanlı (n 12) 215.

⁶⁹ Arslanlı (n 12) 214; Ayiter (n 12) 258.

⁷⁰ Arslanlı (n 12) 218. Yargıtay 4. HD bir kararında, davacının FSEK'in yüzde 50 fazlaya ilişkin hükmünün kanunî bir cezai şart olduğundan bahisle hâkimin bunu indiremeyeceği yönündeki savunmasını kanuna aykırı bularak reddetmiştir. Yargıtay 4 HD, 1957/1535, 21.03.1967 Engin Erdil, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (Vedat 2009) 1269-1270.

⁷¹ Arslanlı (n 12) 211; Erel (n 13) 331; Tekinalp (n 13) § 20 kn 29; Kılıçoğlu (n 7) 400; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2033; Gökyayla (n 2) 286; Demirbaş (n 3) 79.

⁷² “Ref davasının açılabilmesi için tecavüzde bulunanın kusurlu olması şart değildir. Kusur ve ağırlığı zararın takdirinde ve alınacak önlemlerde rol oynar.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/663, 15.12.2010 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 76/32. Aynı şekilde “Davacının FSEK'in 68/1. maddesi hükmüne dayanarak talepte bulunduğu işbu davada, mali haklara tecavüzde bulunan davalıların tazminatla sorumlu olabilmeleri için kusur şart değildir.” Yargıtay 11 HD, 2011/9022, 19.07.2011 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 26-27/17.

alınmayacağı tartışmalıdır. Zira Kanunun 66/son hükmünde, mahkemece tecavüzün men ve ref'ine ilişkin kararın muhtevası belirlenirken hâkim tarafından dikkate alınması gerekenler arasında “kusurun olup olmadığı ve varsa ağırlığı” unsuruna da yer verilmiştir. Bu çerçevede öğretilerde bazı yazarlar, üç kat bedel talepli davalarda ihlal tespit edilirse, kusurun olup olmadığına bakılmaksızın hakimin talebin kabulüne karar vermesi gerektiğini savunur.⁷³ Bunlara göre hâkim taleple bağlı olup talep edilenden daha azına hükmedemez. Yargıtay'ın, kanun değişikliğini takip eden 10 yıllık süre boyunca hâkimin mütad veya rayiç bedel tutarının tespiti noktasında takdir yetkisine sahip olduğu yönünde kararlar verdiği görülmüştür.⁷⁴

Ancak 2008-2009 yıllarından sonra Yargıtay, mütad bedelin üç katı talepli davalarda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğuna ilişkin görüşünü terk etmiş; bu konuda “taleple bağlılık kuralı gereği hâkimin talebi değiştiremeyeceği, mütad bedelin üç katını isteyen davacının talebinden daha azına hüküm veremeyeceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır.⁷⁵ Yargıtay'ın sonraki bazı kararlarında davacının talebinin değiştirilemeyeceğine ilişkin yaklaşımında yumuşama gözlenmektedir. Bir kararında, davacının ortak kusurunun bulunması halinde tedbir niteliğindeki talepler hususunda FSEK'in 67/4. maddesinin dikkate alınabileceği,⁷⁶ belirlenen toplam bedel itibarıyla hâkim tarafından TBK 51 (eski 42) ve 52 nci (eski 43) maddelerin uygulanabileceği, ortak kusur halinde aynı Kanunun 52. maddesine göre indirim yapılabileceği gibi değerlendirilmelerde bulunmuştur.⁷⁷

Yargıtay'ın bu ve bazı kararlarına yapılan muhalefet şerhleri *Alıca* tarafından “kusurun değerlendirilmesi temeline dayalı bir yaklaşım” olarak nitelendirilmekte

⁷³ Erel (n 13) 339; Kılıçoğlu (n 7) 72; Gürsel Üstün, *Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Marmara Üniversitesi SBE 1995) 265; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2036-2038.

⁷⁴ Yargıtay FSEK'in 68/1 maddesindeki üç kat rayiç bedele de atıfta bulunarak; “mahkemece bu konuda uzman bilirkişi görüşü alınmak suretiyle rayiç bedelin tayin ve tespiti ile gerekirse olayın mahiyetine tespit edilen rayiç bedelin ne miktar yükseltilebileceğinin takdiri gerektiğine” karar vermiştir. Yargıtay 11 HD, 1998/246, 22.01.1998 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/29. Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamalara ilişkin mahkeme kararlarına karşı temyiz başvurularını 10 yıla yaklaşan süreyle reddettiği anlaşılmaktadır. Örneğin bir kararında bilirkişi tarafından tespit edilen tutardan FSEK 68/4 ve 68. madde gereğince yarısı nispetinde indirim yapılması gerektiğine karar veren mahkeme kararını onamıştır. Yargıtay 11 HD, 2008/3792, 24.03.2008 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/37.

⁷⁵ “FSEK'in 68/1. fıkrası uyarınca rayiç bedelin üç katına hükmedilmesine ilişkin davacı talebi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle iki katına hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” Yargıtay 11 HD, 2010/757, 25.01.2010. “FSEK'in 68/1. fıkrasındaki eser sahibinin ‘uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir’ şeklindeki düzenleme, eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisi olup, mahkemece seçilen talep değiştirilemez.” Yargıtay 11 HD, 2009/9739, 28.09.2009.

⁷⁶ “Mahkemece, ... çoğaltma hakkının ihlal edilmiş olması nedeniyle davacının FSEK'nun 68. maddesi kapsamında üç kat varsayımsal bedel isteyebileceği ancak, taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olması halinde, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak belirlenmesi gereken varsayımsal bedelin, davacı mutad uygulamaları çerçevesinde 2011 yılına ait %21.8 indirimli emsal faturanın dikkate alınması suretiyle tespit edilmesi gerektiği, ... ancak FSEK 66/4. maddesi uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, davalılara yüklenebilecek kusur, aynı iş yerinde bir başka bilgisayarda aynı işlemi gören lisanslı yazılımın da bulunması, ele geçirilen lisanssız yazılımın davalı işletmesi yönünden işlev ve değeri, işletmenin büyüklüğü, 3 kat telif tazminatının davalı yönünden doğuracağı ekonomik ve sosyal sonuçlar gözetilmek suretiyle telif tazminatının 2 kat olarak saptanması gerektiği gerekçesiyle, taleple bağlı kalınarak 50.000,00 TL'sinin 09.08.2011 tarihinden işleyecek reeskont faizi ile birlikte, şirket ve şirket adına temsil yetkisi ile hareket eden bu nedenle birlikte sorumluluğu bulunan davalılardan tahsiline karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı yön bulunmamaktadır.” Yargıtay 11 HD, 2015/1987, 16.02.2015.

⁷⁷ Yargıtay 11 HD, 2011/17744, 27.12.2012 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/26.

ve bunun kanunda yapılan değişikliklerle bağdaşmadığı şeklinde eleştirilmektedir.⁷⁸ Yazara göre, davacı tarafından FSEK 68/1'e göre üç kat bedel talebinde bulunulmuşsa, artık taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacağından ceza koşuluna ilişkin TBK 180/1 hükmüne kıyasen bu bedelin ödenmesine hükmedilmesi lazımdır. Ancak davacının talep ettiği bedelin aşırı olması halinde TBK Madde 182/son hükmüne kıyasen FSEK Madde 66/4 hükmündeki kriterler de gözetilerek davalının uğraması muhtemel zarara göre hükmolunan tutardan aşırılığı giderecek bir indirim yapılabilir.⁷⁹

Kanaatimizce davacının mütad bedelin üç katı talebi, hukuki niteliği itibarıyla ceza koşulu (cezai şart) olarak nitelendirilemez. Esasen bu talep, mahiyeti itibarıyla özel hukuk cezası veya ceza niteliğinde bir tazminat olarak değerlendirilebilir. Mutad bedelin üç katı sorumluluğunda kaldırılmış olması ceza niteliğinde bir yaptırımın tatbikinde kusurun dikkate alınmamasını gerektirmez. Aslında FSEK 66/2 ve 3 hükümlerine göre bu davanın açılması için kusur şart kılınmış olmasa da, aynı maddenin son fıkrası uyarınca hâkimin, diğer ref ve men davalarında olduğu gibi, üç kat bedel talepli davalarda da tecavüzün şümulünün yanı sıra mütecevizin kusurunun olup olmadığını ve varsa ağırlığını dikkate alması gerekir. Burada davacının, mütad bedel veya farazî sözleşme bedelinin üç katını talep edebilmesi için, davalının kusurunu ispat yükümlülüğü yoktur. Bu talebin sözleşmeden doğmuş sayılması, kusurun ispatının davacıya yükletilmesi gibi bir sonuç doğurmaz. Zira borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri kusurlu sorumluluktur.⁸⁰ Haksız fiil sorumluluğunda TBK 49 vd. maddelerine göre failin kusurluluğu esas olduğu gibi akdi sorumlulukta da borçlunun kusurluluğu esastır. O nedenle haksız fiillerde failin tazminat sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için prensip olarak onun kusuruyla zarara sebebiyet verdiğini ispat külfeti davacıda olmasına karşın, akdî sorumlulukta borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesi halinde, bunun borçlunun kusurundan kaynaklanmadığını ispat külfeti borçluya aittir. Nitekim TBK 112 uyarınca “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” Diğer bir deyimle, kusurun varlığını ispat külfeti akdî sorumlulukta davacının üzerinde değil, davalının kusursuz olduğunu ispat mecburiyeti vardır.

FSEK 68'e dayalı üç kat bedel talepli davalarda madem ki taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır, TBK kurallarına göre davacının mali haklarına vaki tecavüzün kendi kusurundan kaynaklanmadığını davalının ispat etmesi gerekir. Bunu ispat edemediği takdirde hâkim farazî sözleşme bedelinin veya rayiç bedelin

⁷⁸ Yazara göre, yapılan değişikliklerle varsayımsal bedel ve üç katına kadar medeni ceza nitelikli ödeme davalı kusuru ile ilişkilendirmekten çıkarılmış olup, artık davalının kusuru dikkate alınarak davacının talep ettiği tutarda TBK hükümleri uyarınca herhangi bir indirime gidilmemesi gerekir. Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) 2036-2037.

⁷⁹ ibid 2038.

⁸⁰ Eren (n 67) 19.

üç katını geçmemek kaydıyla talep edilen tutar her neyse ona hükmetmelidir. Buna mukabil borçlu durumundaki davalı, tecavüzün meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispat ettiği takdirde, FSEK'in 66. maddesinin son fıkrası uyarınca hâkimin üç katın altında bir miktara da hükmedebilmesi gerekir.

Sonuç olarak kanaatimizce davacı tarafça üç kat bedel talebinin ileri sürülmesi halinde hâkim, Madde 68 kapsamında bu taleple bağlı değildir.⁸¹ Bu sebeple davacı farazi sözleşme bedeli veya rayiç bedelin üç katını istemiş olsa bile hâkim, kusur durumunu ve somut olayın diğer özelliklerini dikkate alarak talepten daha azına hükmedebilir. Yargıtay her ne kadar FSEK 68 hükümlerine göre açılan davalarda davacının bedelin üç katını istemesi halinde hâkimin bu taleple bağlı olduğu görüşünü benimsemişse de, bu yaklaşımı kanunun lafzı ve ruhuyla, sorumluluk hukukunun temel ilkeleriyle, adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaştırmak güçtür.

Kanun koyucunun iradesinin de taleple bağlılık görüşünü desteklemediği açıktır. Zira Kanun maddesinde lafız olarak sözleşme bedeli veya rayiç bedelin üç katının “istenebileceği” ifade edilerek, bunun yalnızca davacıya tanınmış bir hak olduğu vurgulanmıştır. Kanunda bunun yerine “hükmedilir”, “karar verilir” gibi emredici mahiyette bir ifadeye yer verilseydi, hâkimin taleple bağlı olduğu sonucuna varılabilirdi. Aynı şekilde kanunun gerekçesinden de hâkimin bu hususta taleple bağlı olduğu gibi bir sonuç çıkarmak mümkün değildir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi de 28.2.2013 tarihli ve E. 2012/133, K. 2013/33 sayılı kararında 68. maddedeki “üç katı” ibaresinin, aykırılık itirazında ileri sürülen iddiaların aksine Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ve 13. maddesindeki ölçülülük prensiplerine, 36. maddedeki adil yargılanma hakkına aykırı olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, bu düzenlemeyle aslında “hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirildiği, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine dair olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağını açık olduğu ve bunun her davaya konu olayda tartışılması ve değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸² Mezkûr karar bağlayıcı olmamakla birlikte, 68. maddenin hukuka uygun yorumu bakımından önem arz etmekte ve dikkate değer tespitler içermektedir. Bu bakımdan Yargıtay'ın aksi yöndeki tutumunu bağlayıcı olmasa da Anayasa Mahkemesinin kararı istikametinde gözden geçirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁸¹ Aynı yönde bkz Emre Gökyayla, ‘Fikir ve Sanat eserleri Kanunu’nun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2012) 30 FSHD 3-31; Demirbaş (n 3) 118.

⁸² Anayasa Mahkemesi Kararı, 2013/33, RG 12.07.2013/28705.

E. Mûtaad Bedel Talebinin Hüküm ve Sonuçları

Eser üzerindeki mali haklara tecavüzün ref'ini temin için 68. madde hükümlerine göre bir ref yöntemi olarak açılan davada davalıdan bedel talebinde bulunması, bir takım sonuçlara yol açar. Kural olarak bedelin üç katı talebinde bulunması ve talebin mahkemece kabulü, davacının kanundan kaynaklanan veya davalı ile aralarında mevcut sözleşmeden doğan haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez.⁸³ Maddenin dördüncü fıkrası hükmüyle vurgulanmak istenen budur.

Bununla birlikte davacının FSEK 68'e göre açacağı mûtaad bedel talepli davada verilen karar, hukuka aykırı fiil sebebiyle ileri sürülebilecek diğer bazı hak ve talepleri etkiler. Davacının mutad bedelin üç katı talebinde bulunması halinde, aynı maddede tanınmış olan basılmış nüshaların kendisine verilmesi veya imhası gibi diğer seçimlik yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı meselesi, bunların başında gelir. Keza fiilin aynı zamanda manevi haklara da tecavüz teşkil etmesi halinde FSEK 67'de öngörülen ref yöntemlerinin bedel talebiyle birlikte uygulanıp uygulanmayacağı, FSEK'in 70. maddesi hükümlerine göre maddi-manevi zarar tazminatı ile kazancın iadesinin talep edip edemeyeceği ve bunlardan başka davacı tarafından FSEK hükümlerine göre başvurulabilecek cayma ve fesih gibi bir takım yetkilerden yararlanılıp yararlanılmayacağı gibi hususlar da bu bağlamda zikredilebilir.

Üç katına kadar mûtaad bedel talepli davanın kabulünün en önemli sonuçlarından biri, öğreti ve uygulamada da ekseriyetle kabul edildiği üzere, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğu varsayımdır. Buna farazi veya varsayımsal sözleşme ilişkisi denilir. Bu ilişkinin kurulmasının en önemli sonucuysa, artık hak sahibinden izin almadan davalı tarafından yapılan kullanımlar ve istifadelerin hukukilik kazanmasıdır. Dolayısıyla mahkemece mûtaad bedelin üç katı tutarında bir ödemeye karar verildiğinde, taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hâsıl olduğundan dolayı, davacının artık izinsiz kullanımların ortadan kaldırılmasını isteme yetkisi sona ermiş olur.⁸⁴

Eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki çoğaltma hakkının ihlal edildiği hallerde mûtaad bedelin üç katını talep etmiş olan davacının, bundan sonra Madde 68/2 ve 3. fıkralarındaki seçimlik yetkileri kullanması, yani izinsiz çoğaltılıp satışı çıkarılan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteme biçimindeki diğer ref yöntemlerinin tatbikini talep etmesi mümkün değildir. Keza izinsiz çoğaltılan kopyalar satışı çıkarılmışsa davacının, tecavüz edenin elinde bulunan nüshaların imhasını veya üretim maliyetleri üzerinden kendisine verilmesini talep etmesi de mümkün olmaz. Buna mukabil davacı, mûtaad

⁸³ Tekinalp (n 13) 319.

⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/214, 20.03.2002 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/8. Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 14/22.

bedelin üç katı yerine çoğaltılıp piyasaya sürülen nüshaların toplatılması ve bunlarla birlikte çoğaltmaya yarayan kalıp vb vasıtaların imhasını veya bahse konu nüsha ve vasıtalarla davalının zilyetliğinde bulunan nüshaların uygun bedel karşılığında kendisine verilmesini istediği takdirde, hukuka aykırı fiilden dolayı uğramış olduğu zararın tazminini ve bu suretle elde edilen kârın iadesini ancak FSEK'in 70. maddesi hükümleri çerçevesinde talep edebilir. Nitekim Yargıtay, Kanunun 68/1. maddesine göre değil de 70. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca maddi tazminata karar verilen bir davada mahkemece 68. maddenin ikinci fıkrasına göre davalılara ait kitabın çoğaltılmasında kullanılan film, kalıp ve benzeri araçların imhasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.⁸⁵

Kanunun 68. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, mûtaad bedelin üç katını talep seçeneği veya çoğaltılmış nüshalar yoluyla ihlallerde de nüshaların veya çoğaltma vasıtalarının imhası veya davacıya verilmesi seçeneklerinden herhangi birinin davacı tarafından kullanılmış olmasının “izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı” hükme bağlanmıştır. Keza maddenin son fıkrasında da, “bedel talebinde bulunan kişinin, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebileceği” ifade edilmiştir. Buna göre mûtaad bedelin üç katını talep eden davacı, mahkemece bu istikamette hüküm tesis edilmiş olsa bile, davalıya karşı haksız fiil hükümlerinden doğan ve taraflar arasında bir sözleşme yapılmışçasına sözleşmeden doğmuş olduğu varsayılan bütün hak ve yetkileri ileri sürebilecektir.

Yasal hale gelen kullanımlar, davaya konu mali haklarla sınırlıdır. Henüz dava konusu olmamış bir mali hakka yönelik tecavüzlere karşı 68. madde hükümlerine göre mûtaad bedel talepli başka bir dava açılabilir. Keza aynı mali hakka veya haklara yönelik saldırıların davanın açılmasından sonra tekerrürü halinde FSEK 68'e dayalı yeni dava ve talepler de ileri sürülebilir. Aynı şekilde failin manevi haklara yönelik tecavüz teşkil eden fiilleri, mahkemece hükmolunan farazi sözleşme bedeli kapsamında yasal hale gelmez. İhlal edilen manevi hak mûtaad bedel talepli davaya konu eserle ilgili olsa bile sonuç değişmez. Davalının sorumluluğu üç kat mûtaad bedeli ödemekle sona ermediği için, davacının ona karşı aynı fiilden dolayı ihlale maruz kalan manevi haklara tecavüzlerin ref'ini talep etmesi mümkündür.⁸⁶ Ancak kural olarak mûtaad bedel ödemekle yasal hale gelen izinsiz kullanımların ref'ini manevi hak ihlali kapsamında tanınmış ref yöntemlerine dayanarak etkisiz kılacak bir talepte bulunulamaz. Mesela davacı, eser sahibinin manevi hakkını ihlal eden çoğaltılmış nüshaların dolaşımdan kaldırılmasını, toplatılmasını ve imhasını isteyemez; meğer ki eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette olsunlar. Davacı yalnızca

⁸⁵ Yargıtay 11 HD, 2008/10385, 23.09.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 13/12.

⁸⁶ Bu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i' (2022) 8 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 337 - 374.

manevi hak ihlallerini ortadan kaldıracak veya düzeltilmesini sağlayacak mahiyette ref yöntemlerinin tatbikini talep edebilir.⁸⁷

Mütad bedele hükmedilmesi, davacının, davalı tarafça manevi veya mali haklara tecavüzün tekrarlanması tehlikesine karşı FSEK 69 hükümlerine göre tecavüzün men'ini dava etmesine mani değildir. Mutad bedelin üç katını ödemesi davacıya, hak sahibinin davaya konu hakkı veya haklarına karşı bundan sonra da izinsiz müdahale etme yetkisini bahşetmez. Zira bu dava daha evvel vuku bulan tecavüzün ref'ine yöneliktir. Bedel ödenmesi ve bu suretle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu varsayımı, davalın geçmişte işlemiş olduğu ve davaya konu olan haksız fiillere şâmindir. Bu ilişki, davalının bundan sonraki hukuka uygun olmayan fiillerine meşruiyet kazandırmaz. O nedenle tecavüzün tekrarlanması veya devamı tehlikesi varsa davacı, Madde 69 hükümlerine göre bunun men'ini talep edebilir.⁸⁸

Üç kat mütad bedel talebi kabul edilen davacıya FSEK Madde 68/1 veya 2'ye göre yapılan ödeme, onun ihlalden dolayı uğramış olduğu maddi ve manevi zararların telafisi için yeterli olmayabilir. Bu takdirde davacının FSEK'in 70. maddesi hükümleri kapsamında tazminat talep etmesi mümkündür.⁸⁹ Ancak tazminat davası, zararın varlığı ve failin kusurunu gerektirdiği cihetle davacının, zararlı sonucun davalının kusurlu fiilinden kaynaklandığını ispat etmesi gerekir. Zira haksız fiile dayalı tazminat davalarında failin kusurunu ispat külfeti kural olarak davacı üzerindedir. Kanunun 70/2. maddesine göre talep edilebilecek maddi tazminat dışında bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen şartların mevcudiyeti halinde temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu takdirde 68. madde uyarınca talep edilen bedel indirilir (FSEK 70/3). Diğer bir deyimle, elde edilen kâr, ödemesi yapılan mütad bedelin üç katından fazlaysa, bu fazlalık ayrıca talep edilebilir.

Davacının ref talebine konu eylem aynı zamanda manevi hak ihlaline de sebebiyet vermişse, üç kat bedel talebinin kabul edilmesi manevi tazminat isteminin reddini gerektirmez. Çünkü üç kat bedel talebinin gerekçesi mali haklara yönelik tecavüzlerdir. Kanunda manevi haklara tecavüzün ref'i maksadına matuf 68. maddedeki gibi bir tatmin vasıtasına yer verilmediği için, manevi hakların ihlali halinde FSEK 70/1'e göre dermeyan olunabilecek manevi tazminat talebinin mahfuz olduğunu kabul etmek

⁸⁷ Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2029.

⁸⁸ Yargıtay "Mahkemece, FSEK. 68/1. maddesinin 5846 SK.'nın 5. bölümünde hukuk davaları kısmında 'Tecavüzün Ref'i' başlığı altında düzenlenmesi sebebiyle telif tazminatına hükümlenmesinin ve bir 'ref' yöntemi olduğu gözetilerek, tespit ve ref talepleri ile FSEK 69. maddesi gereğince gelecekte gerçekleşmesi muhtemel tecavüzlerden dolayı men talebinin kabul edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalıların eyleminin, davacının mali hakkına tecavüz teşkil ettiğinin tespitine, 6.000 TL. telif tazminatının yayın tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, davalıların gerçekleşen tecavüzlerinin bu şekilde ref'ine, muhtemel tekrarının men'ine ve hüküm özetinin ilanına karar verilmesini" hukuka uygun bulmuştur. Yargıtay 11 HD, 2015/13290, 10.12.2015. Başka bir olayda mahkemece, FSEK'in 68. maddesi gereğince telif tazminatının ve manevi tazminatın tahsili ile yeni baskı yapılmasının FSEK'in 69. maddesine göre men'ine karar verilmesinde isabetsizlik olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay 11 HD, 2010/7189, 21.06.2010 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/27.

⁸⁹ Arslanlı (n 12) 221; Tekinalp (n 13) 319; Öztan (n 35) 650; Kılıçoğlu (n 7) Kılıçoğlu (n 7) 408; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2030.

gerekir. Davacı bu talebini mütad bedel talepli dava ile birlikte dermeyan edebileceği gibi,⁹⁰ bu davada talep edilmemiş şartları mevcutsa ve haksız fiil zamanaşımı süresi de dolmamışsa ayrı bir dava ile de talep edebilir.

Kanunda üç kat mütad bedel talebinin kullanılmasının izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı (FSEK 68/2) öngörülmüş olmakla birlikte cezai sorumluluk bakımından bir hükme yer verilmemiştir. *Alica* burada “hukuki sorumluluk” ifadesiyle kastedilenin 68. madde dışında 67, 69 ve 70. maddeler olduğunu savunmaktadır.⁹¹ Bu durumda acaba bir eseri, icrayı, yapıyı veya fonogramı izinsiz çoğaltana karşı açılan davada üç kat mütad bedele hükmedilirse, failin izinsiz çoğaltmadan dolayı Madde 71’den doğan cezaî sorumluluğu devam eder mi? Kanaatimizce yalnızca işbu davaya konu çoğaltma hakkının ihlalinin dolayısıyla failin eserin yazılı izin alınmaksızın çoğaltılması suçunu düzenleyen 71. maddenin birinci fıkrasının 1. bendinden doğan cezaî sorumluluğu ortadan kalkmaz.⁹² Bunun için çoğaltma hakkına tecavüz suçunun mağduru veya suçtan zarar gören durumunda bulunan davacının vaki olmuş şikâyetini geri alması veya henüz kullanmamışsa şikâyet hakkından feragat etmiş olması gerekir. Bununla birlikte ceza hakimi, mütad bedelin üç katının ödenmesini dikkate alarak fail hakkında hapis cezası yerine diğer şartlar da mevcutsa, TCK’nın 50/1. maddesine kapsamında uygun bir seçimlik ceza verebilir.

Maddenin son fıkrasında, “bedel talebinde bulunan kişinin, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebileceği” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda davacı mütad bedelin üç mislini almış olmasına rağmen, taraflar arasında sanki bir sözleşme varmış gibi, sözleşme bedeli dışındaki hak ve yetkileri davalıya karşı ileri sürebilir. Öğretide bazılarınca bunlara cayma, fesih, cezai şartlar örnek verilmektedir.⁹³ Kanaatimizce cayma, fesih ve cezai şart, haksız fiilden doğan bu borç ilişkisine uygun örnekler değildir. Zira sözü edilen örneklerin hepsi de karşılıklı irade beyanı ile kurulan bir sözleşme ilişkisinin varlığı halinde kullanılabilir veya ileri sürülebilir haklardır. Buna göre mesela; Madde 68 kapsamında kurulduğu varsayılan sözleşme ilişkisi kapsamında üç kat bedeli almış olan hak sahibi, acaba sözleşmeden cayma hakkını kullanarak, davalının uhdesine bırakılmış ve artık yasal hale geldiği söylenen nüshaların iadesini talep edebilecek midir? FSEK 58’de öngörülen cayma bunun için uygun olmadığı gibi, sürekli borç ilişkilerine özgü bir sona erdirme işlemi olan fesih hakkının kullanılması da uygun değildir. Taraflar arasında daha evvel bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından kararlaştırılmış bir cezai şart da olmayacağı için 68. maddeye göre bedel almış kişinin böyle bir hak ileri sürmesi de mümkün değildir.

⁹⁰ Yargıtay 11 HD, 2010/7189, 21.06.2010 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/27. Benzeri başka bir karar için bkz. Yargıtay 11 HD, 2012/7294, 08.05.2012 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 52/64.

⁹¹ ibid 2029.

⁹² Çoğaltma hakkına tecavüz suçu FSEK’in 71/1(1) maddesinde düzenlenmiştir.

⁹³ Tekinalp (n 13) 319; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2029.

Dolayısıyla bu maddenin son fıkrasındaki hüküm, yalnızca taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunup da sözleşme ihlalinin aynı zamanda haksız fiil oluşturduğu vak'alara istinaden açılan FSEK 68 kapsamındaki mütad bedel davaları bakımından uygulanabilir. Nitekim *Alıca*'nın verdiği örnekte olduğu gibi tarafların sözleşmede kararlaştırılanın üzerinde basım yapılması halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza şartın ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Esasen böyle bir ilişkide zaten taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcut olduğundan, davacının FSEK 68/son hükmü olmasaydı bile özel borç ilişkisine dayanarak cezai şartı talep etmesinin önünde bir engel yoktur.

Bu sebeple bize göre Madde 68'in son fıkrası gereksiz bir düzenlemedir. Ancak bu kuralın sözleşme ilişkisi bulunan kişiler arasında zuhur eden ihtilaflarda FSEK 68 hükümlerine göre mütad bedele hükmedilmesi halinde, davacının bunu almasına rağmen farazi sözleşmeden değil de mevcut sözleşmeden doğan haklarının saklı tutulduğu şeklinde anlaşılması ve yorumlanması gerekir. Böyle bir düzenlemeye gerek olmamasına rağmen uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla hükmün konulduğunu, başkaca bir maksada hizmet etmediğini kabul etmek gerekir.

III. Çoğaltılmış Nüshalar Hakkındaki Talepler Yoluyla Tecavüzün Ref'i

A. Genel Olarak

Fikir ve sanat ürünleri üzerindeki işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim şeklinde tâdat olunan mali haklardan herhangi biri tecavüze maruz kaldığında hak sahibi, FSEK Madde 68'in birinci fıkrası uyarınca mütad bedelin üç katını talep şeklinde ref yönteminin tatbikini talep edebilir. Buna göre işleme, çoğaltma, yayma, umumi mahallerde temsil ve umuma iletim haklarından herhangi birinin izinsiz kullanılması mütad bedelin üç katını talep için yeterlidir. Bununla birlikte Kanun, fikri ürün üzerinde tek başına çoğaltma hakkının ve bunun yanında yayma hakkının ihlal edilmesi durumunda hak sahibine üç kat bedel talebi dışında başka haklar da tanımıştır.

Üç kat bedel talebi haricinde 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki diğer ref yöntemleri yalnızca çoğaltma ve çoğaltmayla birlikte yayma hakkına tecavüzlerde başvurulabilen yöntemlerdir. Örneğin eylem, tek başına işleme veya yayma yahut temsil ya da umuma iletim haklarından herhangi birine tecavüz oluşturuyorsa, anılan hükümlerde çoğaltma hakkına özgü tanımlanmış ref yöntemleri uygulanmaz. Esasen çoğaltma hakkına özgü bu ref yöntemlerinin mahiyeti itibarıyla diğer haklara tecavüz halinde tatbiki mümkün değildir. Uygulamada genellikle çoğaltma hakkı veya bununla birlikte yayma hakkı ihlale maruz kaldığı için, 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında üç kat bedel talebi dışında kalan ref yöntemlerine konu

olabilecek yegâne mali hak olarak çoğaltma ve yaymaya yer verilmiştir. Bunların haricindeki mali haklara matuf tecavüzlere niteliklerine uygun olan umumi mahalde temsili veya umuma iletimi durdurma gibi yöntemler ve ilâveten üç katına kadar mutad bedel talebi şeklindeki ref yöntemi de tatbik olunabilir. Bu kısımda sadece tecavüzün çoğaltma ve onunla birlikte yayma yoluyla gerçekleştiği hallerde madde 68/2 ve 3. fıkra hükümlerinde düzenlenen ref yöntemleri ele alınmaktadır.

Bu çerçevede “İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltmanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. / İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.” (FSEK 68/2 ve 3). Ancak “İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.” (FSEK 68/4).

Görüldüğü gibi Kanunun 68. maddesinin 2 ve 3. fıkraları, çoğaltılmış nüshalar yoluyla mali haklara tecavüzün ref'i yöntemlerini, çoğaltılmış nüshaların satışa sunulup sunulmamasına göre belirlemiştir. Bu çerçevede;

(a) *İzinsiz çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi:* (i) eser kopyalarının, çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. araçların imhasını isteyebilir, veya (ii) nüshaların ve çoğaltma malzemelerinin üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin üç katını isteyebilir (FSEK 68/2).

(b) *İzinsiz çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi:* (i) mütecevizin elinde bulunan nüshaların *imhasını* isteyebilir, veya (ii) mütecevizin elinde bulunan nüshaların üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin üç katını isteyebilir (FSEK 68/3).

Bu kısımda çoğaltılmış nüshalar vasıtasıyla vuku bulan tecavüzlerin ref'i yöntemleri, nüshaların elden çıkarılmış olup olmamasına göre ele alınacaktır. Kanun her iki halde de bir ref yöntemi olarak izni alınmayan hak sahibine çoğaltılmış nüshaların; (i) imhasını, (ii) uygun bedel ile kendisine devredilmesini ve (iii) ilk iki alternatif yerine mütad bedelin üç katının ödenmesini talep hakları tanımıştır. Hemen belirtelim ki bu talep hakları seçimlik yetki mahiyetindedir. O nedenle aynı zamanda birden fazla seçenekten yararlanılamaz; hak sahibi, her durumda üç alternatiften birini seçmek zorundadır.

B. İzinsiz Çoğaltılan Nüshaların Satışa Çıkarılmış Olması Halinde

Çoğaltma; bir eserin, icranın, fonogramın veya yapım niteliğindeki bir ürünün aslından veya kopyasından yararlanılarak herhangi bir vasıta veya yöntemle ondan istifade etme imkânı verecek nitelikte kopya veya kopyalar üretilmesidir.⁹⁴ Eser, icra, fonogram veya yapımın hak sahibinden izin alınmadan çoğaltılması, başlı başına bir hak ihlali teşkil eder. O nedenle FSEK'in 68. maddesi hükümlerine dayalı talepler için çoğaltılmış nüshaların satışa sunulmuş olması gerekmez. İzinsiz çoğaltılan nüshaların hiç biri satışa sunulmamış olabileceği gibi, bir kısmı sunulmuş bir kısmı da henüz depolarda satışa sunulmayı bekliyor olabilir. Kanun, 68. maddenin 2 ve 3. fıkralarında, hak sahibine yalnızca hiç veya kısmen satışa çıkarılmamış nüshalarla ilgili haklar tanımıştır. Satışa çıkarılmış nüshalarla ilgili olarak ancak birinci fıkra hükmünce mütad bedelin üç katının ödenmesi talebinde bulunulabilir. O nedenle satışa çıkarılma ve çıkarılmamış olma kavramlarının vuzuha kavuşturulması büyük önemi haizdir.

Satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği hukuki işleme satış denir (TBK 309/1). Satışa çıkarmak, bir şeyin satışı için alıcı konumundaki kişilere icapta (öneride) veya icaba davette bulunma anlamına gelir. Akdin esaslı unsurlarını taşımaları kaydıyla taraflara ait icap ve kabul iradelerinin uyuşması halinde satış sözleşmesi kurulmuş olur. Mamafih satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için tasarruf işlemine ihtiyaç vardır: taşınmazlarda tescil ve taşınırlarda da zilyetliğin devri gerekir (TMK 705/1; TMK 763/1). Fikir ve sanat ürünlerinin çoğaltılmış fiziki nüshaları taşınır niteliğindedir. Bu sebeple mülkiyetin nakli amacına matuf olarak zilyetlikleri alıcıya devredilmediği sürece izinsiz çoğaltılmış nüshaların mülkiyeti mütecevizin uhdesindedir. Ancak nüshalar başka birinin dolaysız zilyetliğinde bulunabilir, diğer bir deyimle malik durumunda bulunan müteceviz bu nüshalar üzerinde dolaylı zilyet durumunda olabilir.

FSEK'in 68. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında geçen "satışa çıkarma" terimi, satış sözleşmesinde icabı (öneriyi) ve icaba daveti çağrıştırdığı için isabetli değildir. Zira izinsiz çoğaltılan nüshaların satış dışındaki bir maksatla kullanılması veya elden çıkarılması için üretilmiş olması da mümkündür. Bu sebeple "izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa / çıkarılmamışsa" şeklindeki ifadeler yerine "izinsiz çoğaltılan kopyaların zilyetliği devredilmişse / devredilmemişse" şeklindeki ibarelerin kullanılması daha uygun olurdu. Bu suretle, izinsiz çoğaltılan nüshaların satış dışındaki mülkiyeti devir sonucu doğuran bağış, trampa, vakıf kurma ve vasiyet gibi yollarla mülkiyetin devri hallerinin mezkûr madde kapsamına girip girmeyeceğine yönelik tartışmalara meydan verilmemiş olurdu. O nedenle kanunda

⁹⁴ "Çoğaltma" ve "yayma" kavramlarıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (1. Baskı, Seçkin 2003) 162-176.

geçen “satışa çıkarma” deyiminin gâi yorumu tercih edilerek; izinsiz kopyaların zilyetliklerinin mülkiyeti nakil amacıyla devredilmesi şeklinde anlaşılması gerekir. Buna göre mütecavizin mülkiyeti nakil amacıyla izinsiz çoğaltılan nüshaların zilyetliğini bedel mukabili başkasına devretmesi, satışa çıkarma olarak kabul edildiği gibi, bağış veya mal değişimi maksadıyla devretmesini de “satışa çıkarma” olarak değerlendirmek gerekir.

Satışa çıkarılan nüshaların mülkiyeti, zilyetliklerinin devri suretiyle mütecavizin malvarlığından çıkmışsa, artık onun bu nüshalar üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Mülkiyet başkasına geçtiği için hak sahibi bu nüshalar üzerinde mütad bedelin üç katını talep dışındaki seçimlik yetkileri kullanamaz. Davacının başkasının mülkiyetine geçen izinsiz nüshaların imhasını veya üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine devredilmesini istemesi mümkün değildir. Şu kadar ki, izinsiz çoğaltılan nüshaların zilyetlik veya mülkiyetini mütecavizden devralan kişinin hukuka aykırı eylemi bilip bilmediğine göre farklı değerlendirme yapmak gerekir. Buna göre izinsiz çoğaltılan nüshaları devralan üçüncü kişi, eserin izinsiz çoğaltılmasından haberdarsa veya bu türden bir eyleme iştirak etmişse, davacı, zilyetliğine geçen izinsiz nüshalar için ona karşı seçimlik haklarından birini kullanabilir.⁹⁵ Zira bu durumda izinsiz nüshalar üzerindeki zilyetliği kazanan üçüncü şahsın iktisabı, iyiniyetli olmayan zilyet durumunda olduğu için korunmaz.

Bazı hallerde çoğaltma hakkını ihlal eden mütecaviz, nüshaların tamamını elden çıkarmamış olabilir. Bu takdirde hak sahibi, hâlen onun zilyetliğinde bulunan hem izinsiz çoğaltılan nüshaların hem de çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. araçların imhasını talep edebilir; veya bunların üretim maliyetlerini geçmeyen uygun bir bedel mukabilinde kendisine devredilmesini isteyebilir. Ancak mütecavizin elden çıkardığı nüshalar bakımından seçim hakkı ortadan kalkmış olur; hak sahibinin bunlarla ilgili başvurabileceği yegâne ref yöntemi, mütad bedelin üç katına hükmedilmesidir.⁹⁶ Bununla birlikte davacının mütecavizin elden çıkardığı nüshalar için üç kat tazminat talep etmek gibi bir mecburiyeti yoktur; bu bir haktır, kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine tabidir. Davacının bu yola başvurmaması halinde üçüncü kişinin mülkiyetine geçen nüshalar yasal hale gelmiş olmaz. Bu takdirde şartları varsa davacının üçüncü kişilere karşı da ref ve men davaları açabileceği kabul edilmektedir.⁹⁷

C. İzinsiz Çoğaltılan Nüshaların Satışa Çıkarılmamış Olması Halinde

Hak sahibinin üç kat mütad bedel dışındaki seçenekleri için önem arzeden husus, izinsiz çoğaltılmış nüshaların satışa çıkarılmamış olması halidir. Satışa çıkarılmamış ne anlama geldiğine yukarıda değinilmişti. Nüshaların *satışa çıkarılmamış*

⁹⁵ Arslanlı (n 12) 219; Erel (n 13) 341; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

⁹⁶ Arslanlı (n 12) 218-219; Erel (n 13) 341; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

⁹⁷ Tekinalp (n 13) 322; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

olmasından maksat ise, fikri ürünün çoğaltma ile elde edilen fiziki nüshalarının halen mütecevizin mülkiyet ve zilyetliğinde bulunuyor olmasıdır. İzinsiz çoğaltılan kopyaların zilyetlikleri, bunların mülkiyetini devir maksadıyla başka bir kimseye devredilmemişse, bu nüshalar satışa çıkarılmamış sayılır. İzinsiz çoğaltılan nüshalar üzerinde mütecevizin zilyetlik durumunun dolaysız olması şart değildir. Başkasının dolaylı zilyetliğinde bulunan nüshalar da henüz satışa çıkarılmış sayılmaz; yeter ki dolaylı zilyetlik mülkiyetin nakli maksadıyla başkasına devredilmiş olmasın. Zira izinsiz çoğaltılan nüshalar doğrudan mütecevizin fiili hâkimiyetinde olmasa bile o, sözkonusu nüshalar üzerinde tasarrufta bulunma imkânına sahiptir. Çoğaltılmış nüshaların mülkiyeti henüz satım, trampa ve bağışlama gibi iki taraflı hukuki muamelelerle veya vakıf kurma ve vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemlerle nakledilerek başka bir kimsenin tasarrufuna konu olmamışsa; diğer bir deyimle, müteceviz elinde bulunan nüshalar üzerinde hâlen bu türden hukuki işlemler yapılabilmek imkânına sahipse, sözkonusu nüshalar henüz satışa çıkarılmamış sayılır.

Kanunda “satışa çıkarılma” terimi kullanılmışsa da, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu tabiri dar ve teknik anlamda yalnızca “satış” olarak anlamamak gerekir. Satış, bir malın mülkiyetinin, muayyen bir bedel (semen) karşılığında mülkiyetinin devri sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir. Oysa bir eserin satış dışında bağışlama veya trampa gibi iki taraflı işlemler yoluyla da mülkiyetinin devri mümkündür. Keza bir eserin mülkiyeti devredilmeksizin yalnızca kullanım hakkının devri için çoğaltılması da mümkündür. Sözelimi bir kitaptan izinsiz yapılan kopyalar, bir bilgisayar programının ya da sinema filminin veya musiki eserlerinin CD ve DVD gibi ortamlara yapılmış tespitleri, bir ressam tarafından çizilen tablonun poster şeklinde basılmış nüshaları, herhangi bir bedel talebi olmadan bir gazete tarafından promosyon eki olarak okurlara, bir siyasi parti, dernek veya vakıf ya da kamu kurumu tarafından kültürel faaliyet kapsamında halka bedava dağıtılabilir. Bu gibi kullanımlar için izin alınmamış olması halinde dahi FSEK 68’deki talepler gündeme gelir.

Aynı şekilde bir müzik veya sinema eserinden çoğaltmayla elde edilen nüshalar, sırf kiralanmak veya kamuya ödünç verilmek gibi maksatlarla da kullanılabilir. Fikri ürünün fizikî mülkiyet hakkının devri dışında bir maksatla çoğaltılması, diğer bir deyimle üçüncü kişilere sadece kullandırılmak üzere izinsiz çoğaltmanın yapılmış olması halinde dahi hak sahibi FSEK 68’den doğan haklarını kullanabilir. O nedenle FSEK Madde 68’in 2 ve 3. fıkralarındaki “satışa çıkarılma” ifadesini, yayma hakkı şümulüne giren satış dışındaki diğer yetkileri de içerecek kapsamda yorumlamak gerekir. Zira yayma hakkının kapsamına yalnızca mülkiyetin nakli borcunu doğuran satış işlemleri girmez; kiralama ve kamuya ödünç verme de bu hakkın içerdiği inhisarî yetkilerdendir (FSEK 23).

Satışa çıkarılmadan, fikri mahsulün çoğaltılmış nüshalarının mülkiyetin devri maksadıyla mütecavizin zilyetliğinden çıkması anlaşılır. Dolaysız zilyetlikleri mütecavize geri dönmeyecek şekilde kaybedilmiş nüshalar, satışa çıkmış sayılır. Bu sebeple sözgelimi korsan baskı yapılmış kitapların, CD ve DVD gibi müzik veya sinematografik eser tespitlerini içeren fiziki ortamların kitap, CD, DVD satışı yapan teşebbüslere dağıtımlarının yapılmış olması, diğer bir deyimle sözkonusu ürün nüshalarının ticaret kanallarına girmiş olması halinde, satışa çıkarılma olgusu gerçekleşmiş sayılır. Ancak bu gibi hallerde çoğaltılmış nüshaların fiili hâkimiyetinin geri dönülmez şekilde yitirilmiş olup olmadığına da dikkate alınmasında fayda vardır. Hak sahibi, kural olarak, mütecavize geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde başka kimselerin zilyetliğine geçen nüshaların kendisine verilmesi talebinde bulunamaz.

Şu kadar ki, ticaret kanallarına girmiş olmakla birlikte mütecavizin dolaysız zilyetliğini yeniden kazanabilme imkânına sahip bulunduğu nüshaların henüz satışa çıkarılmamış oldukları söylenebilir. Örneğin ülke içinde veya dışındaki kitapçılara gönderilmek üzere dağıtım firmasına teslim edilmiş nüshaların geri çağırılması mümkündür. Zilyetlikleri kendilerine teslim edilmediği sürece, alıcı durumundaki gerçek veya tüzel kişiler kaideten bunların mülkiyet hakkını kazanmış olmaz. Keza fikri ürünün salt kullanım hakkının devrini amaçlayan lisans, intifa, kira ve kamuya ödünç verme gibi maksatlarla izinsiz çoğaltılmış nüshalar, fiilen kiracıların veya ariyet alanların zilyetliğine geçmiş olsa bile bunlar hakkında 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına ilişkin hükümler uygulanabilir. Zira sözkonusu nüshalar satışa çıkarılmış nüsha niteliğini taşımaz; mülkiyet hakları devredilmediği sürece hak sahibi mezkûr hükümden doğan seçimlik haklarını bunlar üzerinde kullanabilir.

D. Satışa Çıkarılmamış Nüshalar ve Çoğaltma Araçlarıyla İlgili Seçimlik Yetkiler

Mütecaviz izinsiz çoğaltılan kopyaların zilyetliğini devretmemiş olup da bunlar üzerindeki tasarruf yetkisini henüz kaybetmemişse, bu nüshalar satışa çıkarılmamış sayılır. Bu durumda hak sahibi tarafından FSEK 68/2'deki seçimlik hakların kullanılması mümkündür. Bunlar; (i) nüshaların ve çoğaltma malzemelerinin imhası veya (ii) bunların uygun bedel ile devredilmesini isteme yahut (iii) mütad bedelin üç katını talep edebilme haklarıdır. Hak sahibinin bu seçimlik yetkilerden birini kullanabilmesi için mütecavizin kusurunun varlığı şart değildir.

1. İzinsiz Nüshaların ve Çoğaltmaya Yarayan Vasıtaların İmhasını Talep Yetkisi

Hak sahibi, çoğaltılmış eser nüshaları piyasaya sunulmamışsa, bunların imhasını talep edebilir. Bu suretle korsan nüshaların piyasaya arzını kaynağında engelleyebilir. Ancak eserin aslının imhası istenemez.⁹⁸ Buna göre korsan basılan kitap nüshaları,

⁹⁸ Öztan (n 35) 654; Demirbaş (n 3) 129.

müzik kaset veya CD'leri, film şeridi veya DVD'leri, resim veya fotoğrafların basıldığı kartpostallar veya posterler yahut heykel gibi üç boyutlu güzel sanat eserlerinin maket veya replikaları imha edilmek suretiyle yok edilir.

Gerçekten de hak sahibinin kendisi tarafından çoğaltılmış nüshalar piyasaya sunulmuş iken bunlara alternatif olarak umuma arz edilecek olan korsan kopyalar, oluşan rekabet sebebiyle, hak sahibinin ürün piyasasında ciddi bir daralmaya, kazanç kaybına yol açabilir. Çünkü izinsiz yapılan çoğaltmayla elde edilen kopyalar genellikle çok daha düşük bedelle satılır. Kullanıcı ve müşteriler fiyat rekabeti bakımından daha cazip olana yönelirler; bu da yasal nüsha sahibini, korsan nüsha sahibi ile rekabette dezavantajlı duruma düşürür. Keza, korsan nüshalar daha kalitesiz olabilir; bu da fikri mahsulün itibarına zarar verebilir. Bazı hallerde hukuka aykırı nüsha sayısının gerçek miktarını tespit etmek mümkün olmaz. Hükmedilen mütad bedelin üç katı bile, hukuksuzluğun boyutu tespit edilemediği için, hak sahibinin kayıplarını telafiye yetmez. Üç kat bedel talebi üzerine mahkemece hükmedilen tutarla mütenasip olmayan çapta nüshanın yasal hale gelmesi gibi bir sonucun doğması ihtimali varsa, hak sahibinin bu alternatifi tercih etmesinde fayda vardır.

Davacı yalnızca hukuka aykırı nüshaların imhasını talep edebilir. Bununla birlikte Kanun hak sahibine, izinsiz çoğaltılan nüshaların imhasının yanısıra çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını talep yetkisi de vermiştir. Böylece, mütecavizin elinde bulunan nüshalar yok edilmiş olmasına rağmen, bunların çoğaltılmasında kullanılan film, kalıp ve benzeri araçları kullanarak hukuka aykırı fiilin tekerrürüyle yeni izinsiz kopyaların üretiminin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu itibarla hak sahibi bu seçimlik hakkını hem izinsiz kopyaların hem de çoğaltmaya yarayan araçların imhasını sağlamak için kullanabilir.

Kanunda kullanılan “çoğaltmaya yarayan araçlar” ile neyin kastedildiği, örnek kabilinden “film, kalıp ve benzeri araçlar” şeklinde gösterilmiştir. Bu sebeple izinsiz çoğaltmada kullanılmaya elverişli film, program kodları, klişeler, kalıplar, master kopyalar, mikro filmler, fotoğraf negatifleri, dizgi gibi araçların imhası istenebilir.

Çoğaltma vasıtalarının imhasında dikkat edilmesi gereken nokta, tecavüzün ref'i için imhanın zorunluluk arz etmesidir.⁹⁹ Başka bir yöntemle bu malzemelerin yeni ihlallerde kullanımı engellenebiliyorsa, imhaya göre daha ehven olan bu yöntem kullanılmalıdır. Keza imhada ayrıca ölçülülük ilkesi de gözetilmelidir.¹⁰⁰ Örneğin bir eserin korsan kopyasında kullanılan genel maksatlı bilgisayar, yazıcı, fotokopi makinesi gibi araç ve gereçlerle matbaa, depo, ambar gibi yapıların imhası bu ilkeye aykırılık oluşturur. Genel maksatlı bir bilgisayarın imhası yerine korsan kopya için

⁹⁹ Arslanlı (n 12) 215; Tekinalp (n 13) § 20 kn 59; Öztan (n 35) 654; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2042; Demirbaş (n 3) 129.

¹⁰⁰ Arslanlı (n 12) 216; Ayiter (n 12) 260; Erel (n 13) 342; Öztan (n 35) 654-655; Tekinalp (n 13) § 20 kn 59; Demirbaş (n 3) 131.

hafızaya yüklenen verinin silinmesi maksadın hâsıl olması için yeterli olabilir.¹⁰¹ Makinenin bütünüyle imhası yerine izinsiz kullanımlarla ilgili işlevselliğinin bozulması, korsan basılan kitap nüshalarının yakılması yerine kâğıt hamuruna dönüştürülmesi, ihlal teşkil eden fotoğrafın veya pasajın ansiklopedi sayfalarından silinmesi, üzerinin bandajla kapatılması gibi maksada hizmet eden daha ehven imha yöntemlerine başvurulması orantılılık prensibinin gereğidir.

Amaca uygun değilse ve ölçülülükle bağdaşmıyorsa vasıtanın imhası yoluna gidilmez.¹⁰² Bununla beraber, günümüzde olduğu gibi, hukuka aykırı çoğaltma işini iştigal sahası olarak belirlemiş, genellikle korsan baskı ve çoğaltmalar yapmak amacıyla faaliyet gösteren bir işletmeye ait bilgisayar, yazıcı, fotokopi makinası ve hatta matbaa gibi makinaların imhası istenebilmelidir. Bu noktada münferit ihlallerle hukuka aykırı fiilleri kazanç kapısı haline getirenleri tefrik etmek gerekir. Münhasıran hukuka aykırı nüshaları elde etmek için tahsis edilmiş ve yalnızca bu maksatla kullanıldığı ispat edilen makine, araç ve gerecin imhasında çekingen davranılmamalıdır. Hukuka aykırılıklarda mücadelede caydırıcılık için bu gereklidir.

Ancak genel amaçlı bir vasıtanın izinsiz çoğaltmada kullanılması halinde imha konusunda daha çekingen davranmak gerekir. Nitekim, genel maksatlı olup taklit ürün üretiminde de kullanılan makine veya tezgâhın imhası talebiyle ilgili bir kararında Anayasa Mahkemesi, bunların özel olarak taklit olunan eşyayı yapmak için kurulduğundan söz edilemeyeceğine ve “*bir âlat ve edavâtın, bir şeyin üretimine ‘mahsus’ olmasının kabul edilmesinin, yalnızca o şeyin imalinde kullanımını gerekli kıldığına*” karar vermiştir.¹⁰³ Bu sebeple imha talebine konu araç ve gerecin tahsis gayesinin tespiti önemlidir. Bununla beraber, meşru bir gayeye tahsis olunan araç, başkasına devredilerek izinsiz çoğaltmalar için kullanılmaya başlanmışsa bunların imhası da istenebilir.¹⁰⁴ Sözelimi eserin çoğaltılmasına yarayan kalıp veya mikro film, korsan yayıncıya devrolunmuş veya bir şekilde ele geçirilerek kullanılmaya başlanmışsa, imhası için gereken şart oluşmuş demektir.

Mütecavizin zilyetliğinde bulunan ve fakat mülkiyeti başkasına ait izinsiz nüshaların ve çoğaltma vasıtalarının imhası da söz konusu olabilir. Ancak bunun için üçüncü kişinin hukuka aykırı nüshaların çoğaltılmasında mütecavizle işbirliği içinde bulunmuş olması gerekir. Üzerindeki aynı hakların ihlali sonucuna yol açacaksa mütecavizin zilyetliğinde bulunan üçüncü kişiye ait çoğaltma vasıtalarının imhası talep edilmez.¹⁰⁵ Mesela (B), borç aldığı 20.000 TL’ye teminat olmak üzere fotokopi makinesini rehin olarak (A)’ya vermiş ve o da bu makineyi kullanarak bir kitabı

¹⁰¹ Öztan (n 35) 653-654; Demirbaş (n 3) 130.

¹⁰² Ayiter (n 12) 128; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2042.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 1983/16, RG 07.08.1984/8482.

¹⁰⁴ Arslanlı (n 12) 215; Öztan (n 35) 652-653; Demirbaş (n 3) 130.

¹⁰⁵ Arslanlı (n 12) 215; Erel (n 13) 342; Öztan (n 35) 655; Tekinalp (n 13) § 20 kn 60; Demirbaş (n 3) 131.

izinsiz çoğaltmışsa, davacı (B)'ye ait bu makinanın imhasını isteyemez. Ancak muvazaa halleri bundan müstesnadır.

İmha talebi mali hakkın koruma süresiyle sınırlıdır. Koruma süresi dolduktan sonra hukuka aykırı olarak yapılan çoğaltmalar için imha istenilemez. Ancak tecavüz koruma süresi dolmadan gerçekleşmişse, koruma süresi dolmuş olsa bile FSEK 68'e göre dava açılması mümkündür. Süre dolduğu için her ne kadar artık tecavüzün devamından söz edilemeyecek olsa da, tecavüzün sonuçları devam ediyor olabilir. FSEK 68'in bir amacı da, tecavüzün sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğu dikkate alındığında, hak sahibi FSEK 68'den doğan taleplerini koruma süresi dolmuş olmasına rağmen ileri sürebilir. Bununla birlikte, çoğaltma araçlarının imhasının istenebilmesi için, imha isteminin yapıldığı anda koruma süresinin dolmamış olması gerekir.¹⁰⁶ Şu kadar ki, eseri izinsiz çoğaltma fiili koruma süresi dolmadan evvel gerçekleşmişse, koruma süresi dolmuş olsa bile korsan nüshaların imhasını talep etmek mümkündür.¹⁰⁷

2. İzinsiz Nüshaların ve Çoğaltmaya Yarayan Vasıtaların Devredilmesini Talep Yetkisi

İzni alınmamış hak sahibinin korsan nüshalarla ve çoğaltma vasıtalarıyla ilgili seçimler haklarından bir diğeri de, uygun bedel mukabilinde bunların kendisine devredilmesini talep yetkisidir. Böylece bir taraftan hukuka aykırı nüshalar bir nevi yasal zemine kavuşurken, diğer yandan da çoğaltma vasıtalarının sonraki muhtemel tecavüzlerde kullanılması engellenmiş olur.¹⁰⁸ Bunun bir olumlu yönü de, gerek korsan nüsha gerekse çoğaltma aracı niteliğindeki eşyanın imha edilerek iktisadi değerlerin yok edilmesinin engellenecek olmasıdır. Bu suretle hak sahibinin yanısıra kamu yararının korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁹

Korsan nüshalar ve çoğaltma araçlarının devri talebi hak sahibi aleyhine gerçekleşen zenginleşmenin iadesini sağlamayı amaçlar. Çünkü bu zenginleşme haklı bir sebepten yoksun olduğu için hukuken sebepsiz zenginleşme mahiyetindedir.¹¹⁰ Bu talepte bulunabilmek için mütecevazın kusuru gerekmediği gibi, davacının bir zarara uğramış olması da gerekmez. Ancak davacı, fiilen bir zarara uğradığını ve davalının da bunda kusuru olduğunu ispat ederse, devir talebine ilaveten ondan FSEK 70/2 kapsamında fiili zararın tazminini de isteyebilir.¹¹¹

¹⁰⁶ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 654; Erel (n 13) 342; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2042.

¹⁰⁷ Arslanlı (n 12) 215; Ayiter (n 12) 259-260; Erel (n 13) 341; Öztan (n 35) 653; Tekinalp (n 13) § 20 kn 59; Demirbaş (n 3) 130.

¹⁰⁸ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 656; Tekinalp (n 13) § 20 kn 58; Demirbaş (n 3) 132.

¹⁰⁹ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 657; Erel (n 13) 342; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043.

¹¹⁰ Öztan (n 35) 658; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

¹¹¹ Tekinalp (n 13) 321; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043

Kanun hak sahibine bir bedel ödemesi mukabilinde bu hakkı tanımıştır. Buna göre nüshaları ve çoğaltmaya yarayan vasıtaların mülkiyetini talep eden davacının davalıya “uygun bir bedel” ödemesi gerekir. Uygun bedelden maksat, çoğaltılan nüshalar ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri vasıtaların üretim maliyetidir. Davacı, sadece davalıya üretimin yapıldığı tarihteki maliyet tutarını ödemek suretiyle izinsiz nüsha ve çoğaltma vasıtalarının kendisine devredilmesini isteyebilir. Buna göre uygun bedelin belirlenmesinde, devri istenen nüsha ve çoğaltma vasıtalarının güncel piyasa değeri veya güncel üretim maliyetleri değil, eski fiyatları yani defter değerleri esas alınır.¹¹²

Şayet davacı bu alternatifi kullanmak istiyorsa, uygun bedeli ödemeye razı olmalıdır. Herhangi bir bedel ödenmeksizin sözkonusu nüsha ve vasıtaların devredilmesini talep etmek mümkün değildir. Hâkim bedelini ödemeyi kabul etmeyen davacının bu yöndeki talebini reddetmelidir. Ancak davacının bedelini ödemeye razı olduğu nüsha ve vasıtalardan sadece bazılarının kendisine devrini talep etmesi mümkündür. Kısmî talep, davacının bedelini ödemeyi istemediği korsan nüsha ve çoğaltma vasıtalarının imhasını talep etmesine engel değildir. O nedenle kısmen devir ve kısmen imha talebinin bir arada dermeyanı mümkündür. Davacının devraltmakta yarar görmediği geri kalan nüshalar ve çoğaltmada kullanılan vasıtalar için imha talebini kullanmamaya ve maliyetlerini ödeyerek bunları almaya zorlanması mümkün değildir.¹¹³

Davacının devir talebinde bulunabilmesi için, sahip olduğu mali hakların kapsam olarak talebe konu nüsha sayısı ve çoğaltma vasıtalarını içerecek boyutta olması gerekir.¹¹⁴ Buna göre bir eserden azami 5000 nüsha çoğaltma ve yayma hakkını haiz olan yayımcının, mütecavizin bastığı 7000 nüshanın tamamının kendisine verilmesini talep etmesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda davacı, hukuka aykırı nüshaların imhasına veya sahip olduğu hakkın kapsamı dâhilinde olmak üzere üç katı kadar mütad bedel ödenmesine karar verilmesi talep yetkilerinden birini kullanabilir.¹¹⁵

3. Mütad Bedelin Üç Katını Talep Yetkisi

Mütad bedelin üç katını talep yetkisi, hem çoğaltma hakkının hem de diğer hakların ihlali halinde ileri sürülebilecek bir yetkidir. Dolayısıyla FSEK'in 68. maddesine göre üç kat bedel talebinin, mali haklara yönelik tecavüz hallerine karşı genel bir ref yöntemi olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür. Çoğaltma ve yayma hakları dışında kalan mali haklara (işleme, temsil ve umuma iletim) tecavüz halinde üç kat bedel talebiyle ilgili hususlara ayrıntılı olarak değinilmiş idi.

¹¹² Tekinalp (n 13) § 20 kn 63; Öztan (n 35) 658; Demirbaş (n 3) 133.

¹¹³ Tekinalp (n 13) 321; Öztan (n 35) 656; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2044

¹¹⁴ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 654; Erel (n 13) 342; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043.

¹¹⁵ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043.

Ancak maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, izinsiz çoğaltılan nüshalar yoluyla çoğaltma ve yayma haklarının ihlalinde mütad bedelin üç katını talep yetkisini, imha ve devir taleplerinin yanı sıra seçimlik bir talep olarak tanzim etmiştir. Bu sebeple çoğaltma hakkının ihlalinden dolayı davacının üç kat bedel talebinde bulunabilmesi için izinsiz çoğaltılan nüshaların satışa sunulmuş olup olmamasının önemi yoktur. Hak sahibi izinsiz çoğaltılan nüshalar satışa sunulmuşsa, zaten imha ve devir şeklindeki diğer seçimlik haklarını kullanma imkânını kaybedeceği için yalnızca üç katına kadar bedel talep edebilir. Ancak henüz nüshalardan bir kısmı mütecevizin zilyetliğinde bulunuyorsa, bunlar için imha veya devir haklarından biri ile elden çıkan nüshalar için üç katına kadar bedel talebinde bulunmak mümkündür.

Tecavüz teşkil eden nüshalar henüz satışa çıkarılmamışsa davacı, bunların imhası veya kendisine devri yerine, bu nüshalara mukabil sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç kat fazlasını davalıdan isteyebilir. Mahkemece bu talebin kabulü halinde taraflar arasında farazi bir akdi ilişkinin kurulduğu kabul edildiği için artık bundan sonra hukuka aykırı elde edilen nüshalar için yasal bir zemin oluşmuş olur. Bundan böyle davalı hukuka uygun elde edilmiş gibi bu nüshaları tasarruf edebilir; onları ticaret mevkiine koyabilir ve başkalarına devredebilir. Hak sahibi, artık bunların müteceviz tarafından mülkiyetinin nakli suretiyle yayılmasına engel olamaz. Ancak davalının yetkisi bahse konu nüshaların fiziki olarak mülkiyet hakkının tasarrufuyla sınırlıdır. Kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı da yayma hakkının birer cüz'ü olmalarına rağmen, FSEK 68 kapsamında ödenen üç kat mütad bedel, davalıya bu hakların kullanılması yetkisini geçirmiş olmaz. Çünkü bu haklar eser, icra, fonogram ve yapımların çoğaltılmış nüshalarının mülkiyetinin devri ile tükenmiş olmaz. Davalı, mülkiyet hakkı farazi sözleşme yoluyla kendisine geçmiş bulunan fiziki nüshalar üzerinde kiralama ve kamuya ödünç verme haklarını da kullanmak veya elde etmek istiyorsa, davacı ile ayrı bir yazılı sözleşme yapmalıdır.

Davacının üç katına kadar bedel talebi yalnızca izinsiz çoğaltılan nüshaların karşılığını teşkil eder. Davalının bu bedeli ödemesi ona, bundan böyle elinde bulunan çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. çoğaltma araçlarından yararlanarak yeni çoğaltmalar yapma yetkisi kazandırmaz. Bunun için ayrıca davacı ile yazılı sözleşme yapmak, bahse konu vasıtalarla yeni basım ve çoğaltmalar yapabilme hak veya ruhsatını edinmek zorundadır. Aksi takdirde üç kat bedel ödemesine rağmen yeni bir tecavüz fiiliyle suçlanır. Üç kat bedel almış olan davacı, çoğaltma araçlarının imhasını talep edebileceği gibi maliyetlerini aşmayacak uygun bir bedel karşılığında bunların kendisine verilmesini isteyebilir. O yalnızca izinsiz çoğaltılan nüshaların verilmesi talebinde bulunamaz.

E. Seçimlik Yetkileri Kullanamayacak Olanlar

FSEK'in 68. maddesinin dördüncü fıkrasında, "İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır." denilmiştir. Hüküm, maddeye 5728 sayılı Kanun ile 2008 yılında ilave edilmiştir. Bu düzenlemeyle, neyin murad edildiği anlaşılammaktadır. Zira 68. maddede anılan Kanunla 2008'de yapılan değişiklikle, bu maddede öngörülen dava hakkından eser sahibi dışındaki hak sahiplerinin yararlanıp yararlanamayacağı hususunda yaşanan tereddütler, birinci fıkradaki "eser sahibi" tabiri "hak sahibi" olarak değiştirilmek suretiyle giderilmiş oldu. Böylece eser sahibi dışında kalan mali hak sahipleriyle bağlantılı hak sahiplerinin de 68. madde kapsamında mali haklara tecavüzün ref'ini dava edebileceği açıklığa kavuşturuldu. Ancak maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen yukarıdaki hüküm başka bir tartışmaya yol açtı. Nitekim bağlantılı hak sahipleri, eser sahibinin mirasçıları, mali hakları eser sahibi veya mirasçılarından iktisap edenlerin, izinsiz çoğaltılan nüshalar yoluyla telif hakkı ihlallerine karşı hak sahibine tanınmış seçimlik haklardan yararlanıp yararlanmayacağı hususunda tereddütler yaşanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, bağlantılı hak sahipleri bakımından dördüncü fıkra hükmünün geniş yorumunu benimsemek ve onu birinci fıkra hükmüyle birlikte mütalaa etmek gerekir.¹¹⁶ Keza FSEK'in 80. maddesinin son fıkrasındaki atıf sebebiyle icracı sanatçılar ile fonogram ve film yapımcılarının bağlantılı hak sahibi olarak Madde 68'in ikinci ve üçüncü fıkralarındaki seçimlik haklardan yararlanacakları sonucuna varılır. Eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin mirasçılarıyla mali hakları kullanma yetkisini kanundan dolayı iktisap eden (FSEK 18/2; 10/4) gerçek ve tüzel kişilerin de mezkûr fıkralardan yararlanacağına şüphe yoktur. Bu durumda fıkrada geçen "eser sahibi dışındaki hak sahipleri" tabirini, bir eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki mali hakları, eser sahibi veya bağlantılı hak sahipleriyle bunların mirasçılarından asli iktisap veya devren edinen kişileri anlamak gerekir.

Mesela eser üzerindeki çoğaltma hakkını eser sahibinden veya mirasçısından devralan kimse, kendisine ait çoğaltma hakkına tecavüz sebebiyle ikinci ve üçüncü fıkralardaki seçimlik haklardan yararlanması için bu hakkı 52. maddeye uygun bir yazılı sözleşmeyle devraldığını kanıtlamalıdır. Keza eser sahibi veya bağlantılı hak sahibinden mali hakkı veya ruhsatı devralmış kimseden bu hakkı devren iktisap etmiş kişinin de, iktisabının FSEK'in 52. maddesine uygun yazılı bir sözleşmeye dayandığını ispat etmesi gerekir. Bu kimselerin çoğaltma haklarının ihlali mülahazasıyla açmış oldukları davada mahkeme, davacının çoğaltma hakkının yazılı sözleşmeyle kazanıp kazanmadığını re'sen araştırmalıdır.¹¹⁷

¹¹⁶ ibid 2046.

¹¹⁷ ibid 2046.

F. El Koymaya Dair Hükümlerin Tatbikinin Sınırlanması

5728 sayılı Kanunla 68. maddeye ilave edilen fıkralardan biri de “Hak sahiplerinden biri, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz” hükmünü havi beşinci fıkradır. Böylece, aynı zamanda bir ceza davasına da konu olabileceği dikkate alınarak, izinsiz çoğaltılmış nüshalar ve çoğaltma vasıtalarına el koymayla alâkalı cezaî yaptırımlara sınırlama getirilmiştir.

FSEK’in 71. maddesine göre çoğaltma hakkına tecavüz teşkil eden filler aynı zamanda suç olarak düzenlenmiştir. O nedenle madde 68’in 2 ve 3. fıkrası hükümlerine göre imhası istenen izinsiz nüshalar ve çoğaltma vasıtaları, ceza hukuku anlamında suçun işlenmesinde kullanılan veya bu amaca tahsis edilen yahut suçtan meydana gelen eşya niteliğindedir ve bunların TCK’nın 54. maddesine göre müsadere karar verilebilir. FSEK, şikâyet üzerine başlatılan cezaî takibatta cumhuriyet savcısı tarafından suç konusu eşya üzerinde CMK hükümlerine göre müsadereyle ilgili işlemlerin yapılmasını hükme bağlamıştır (FSEK 75/3). Aynı fiilden dolayı cezaî himaye hükümlerine göre işlem tesis edilirse, davacının FSEK 68/2 ve 3’ten doğan seçimlik haklarını kullanması konusuz kalabilir. Mesela davacı Madde 68’e göre korsan nüshaların ve çoğaltmaya yarayan araçların uygun bedel karşılığında kendisine verilmesi seçeneğini kullanmak arzusunda olduğu halde bunlar ceza soruşturması veya kovuşturması yönünden suç eşyası vasfında oldukları için CMK kurallarına göre imha edilmiş olabilir.

Fakat FSEK Madde 68/5 hükmü, hukuki sürecin ceza soruşturmasından önce yapılması ihtimali üzerine kurulmuştur.¹¹⁸ Hukuk davasının ceza soruşturmasından önce açılmış olması halinde, anılan hükmün tatbikinde önemli bir sorunla karşılaşmaz. Ceza soruşturmasından önce açılan hukuk davasında davacı ikinci ve üçüncü fıkralardaki imha veya uygun bedel hakkını kullanma tercihini beyan etmiş olabilir. Bu takdirde izinsiz nüshalara ve çoğaltma vasıtalarına davadan önce veya davayla birlikte tedbir mahiyetinde el konulursa, aynı anda veya hukuki takipten sonra başlamış ceza soruşturmasında yalnızca delil olarak kullanılmak üzere yeteri kadar nüsha müsadere edilir.

Fakat uygulamada sürat ve caydırıcılık etkisi daha fazla olduğu için hak sahipleri genellikle önce cezaî takibat başlatmayı tercih etmektedir. Bu sebeple de ceza soruşturmasının hukuk davasından önce başladığı görülmekte ve neticede ele geçen korsan kopya ve çoğaltma vasıtaları müsadere olunmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde suç eşyasının yok edilmesi tehlikesini bertaraf için hukuk davası açılıncaya kadar müsadere ve bunun kapsamı hususunda bir karar verilmiş olmaktadır. Ceza davasından sonra FSEK 68/2 ve 3’e dayalı talep içeren bir hukuk davası açılırsa,

¹¹⁸ ibid 2047.

örneğin, delil olarak yeteri kadar kopya muhafaza edilerek kalanların iadesine karar verilebilir. *Alica*'nın da ifade ettiği üzere müsadere kararında, delil olarak muhafazasına karar verilen nüshaların dışındakilerin bedel istenmişse davalıya ve devir istenmişse davacıya iadesine karar verilmesi gibi değişiklikler yapılması uygun olur.¹¹⁹

IV. FSEK 68'e Dayalı Taleplerin Zamanaşımı

Zamanaşımı yönüyle 68. maddeye dayalı mali haklara tecavüzün ref'i davasına özgü bir hükme Kanunda yer verilmiş değildir. Bunun sebebi, ref davasına konu olan tecavüz sona erse bile, bunun yol açtığı etkiler devam ediyorsa, bu etkilerin kaldırılmasını sağlamaktır. Davacıya diğerleri yanında malî sonuçlu bazı talep haklarının da tanındığı FSEK'in 68. maddesinin asıl işlevi bu noktada ortaya çıkar. Zira kanun koyucu, genel ref davalarından farklı olarak malî hakları ihlâl edilen davacıya, mütecavize karşı rayiç telif bedeli veya sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç katına kadar bir ödemede bulunmasını isteme yetkisi tanımıştır. Bu suretle tecavüzün devam eden sonuçlarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu durum, sözkonusu talebe tatbik olunacak zamanaşımıyla ilgili tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tartışmanın hareket noktasını, bahse konu talebe ilişkin sözleşme zamanaşımının mı yoksa haksız fiil zamanaşımının mı uygulanacağı oluşturur.

Yargıtay ve öğretide bazı yazarlara göre, farazi sözleşme bedeli veya mütad bedele ilişkin talepler hakkında sözleşme zamanaşımı uygulanmalıdır.¹²⁰ Nitekim 11. Hukuk Dairesi çok sayıda benzeri kararlarının birinde "Dairemizin yerleşmiş içtihatları uyarınca 5846 sayılı FSEK'in 68. maddesine dayanılarak tazminat talebinde bulunulması halinde, aynı maddenin son fıkrası uyarınca bedel talebinde bulunan kişinin tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapılmış olması durumunda haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilecek durumda bulunması, dolayısıyla bedel talebinde bulunan kişi ve tecavüz eden arasında farazi bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edildiğinden, tazminat davasının da eBK'nun 125. maddesinde (TBK 140) düzenlenen 10 yıllık sözleşme zamanaşımına tabi olduğuna" karar vermiştir.¹²¹ Bu görüşün dayanağını, 68. maddenin "Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir" hükmünü havi son fıkrası oluşturmaktadır. Farazi sözleşme teorisine kaynaklık eden bu hükme göre, failin eyleminden dolayı rayiç bedel veya farazi sözleşme bedeli talep edildiği takdirde artık taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş var sayıldığından, buna ilişkin taleplere haksız fiil değil akdi zamanaşımı uygulanmalıdır.

¹¹⁹ ibid 2047.

¹²⁰ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2049-2450; Suluk ve Orhan (n 8) 1011; Bozbel (n 38) 626; Piroğlu (n 33) 450-454; Gürsel Üstün, "Yargısal Uygulamada Fikri Haklar", (1994) 4 İBD 979.

¹²¹ Yargıtay 11 HD, 2009/12862, 14.12.2009 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 14/10. Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, 2011/6049, 17.05.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 22/129.

Öğretide hâkim görüşe göre FSEK 68'den doğan üç katına kadar bedel talebine sözleşme değil haksız fiil zamaşımı uygulanmalıdır.¹²² Zira bizim de iştirak ettiğimiz bu görüşe göre talep sözleşmeden değil haksız fiilden doğmuştur. FSEK'in 66 vd. hükümleri, eser üzerindeki manevî ve malî haklara tecavüzlerden doğan ref, men ve tazminat davalarını düzenlemiştir. Bu davaların hepsi de haksız fiil olarak nitelendirilen hukuka aykırı fiillere dayanır. Kanunun 66-70. maddelerinden kaynaklanan sorumluluk haksız fiil sorumluluğudur. FSEK'te özel bir hükme yer verilmediği için bu konuda TBK'nın haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zamaşımı hükümlerinin uygulanması gerekir.

FSEK'in madde 68/son hükmü, bedel talebinde bulunan kişiye sözleşme yapmış olması halinde haiz olduğu hak ve yetkileri ileri sürebileceğini öngörmüş olsa da, sorumluluğu doğuran olay haksız fiildir. Olayın gerçekleştiği anda taraflar arasında farazi de olsa bir sözleşme ilişkisi yoktur. Çünkü olay gerçekleşir gerçekleşmez taraflar arasında kaynağı haksız fiil olan bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu hukukî ilişki, doğumu anında hangi kurallara tabi idiyse, zamaşımı bakımından da aynı kurallara tabi olmalıdır. Davacının bedel talebine kadar haksız fiil niteliğinde olan borç ilişkisinin, üç kat bedel talebinin dermeyeranından sonra geçmişe dönük olarak sun'î bir sözleşme ilişkisi niteliğini kazanması, haksız fiil hükümlerine göre başlamış olan zamaşımını dönüştürerek ona akdi bir mahiyet kazandırmaz. Haksız fiillere özgü başlamış zamaşımının zamanla akdi zamaşımına evrileceğini mantıken kabul etmek de mümkün değildir.

Sonuç

Fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklar özellikle dijital teknolojiler alanında ortaya çıkan yeniliklerle birlikte çok kolay bir şekilde ve hacmen büyük ölçüde ihlallere maruz kalmıştır. 1995 yılı ve sonrasında FSEK hükümlerinde muhtelif değişikliklerin ve yeni düzenlemelerin yapılmasının temelinde teknolojik yeniliklerin artırdığı fikri ürünler üzerindeki hak ihlalleriyle daha etkili mücadele hedefi yatar. FSEK'in 68. maddesinde fikri mahsuller üzerindeki mali haklara tecavüzlerin ref'iyle ilgili 1995 yılı ve sonrasında yapılan değişiklikler de bu meyanda değerlendirilmelidir.

Mezkûr maddenin birinci fıkrası uyarınca; eser ve bağlantılı hak konusu mahiyetinde bulunan fikir ve sanat ürünleri üzerindeki işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim şeklinde tâdat olunan mali haklardan herhangi biri tecavüze maruz kalan hak sahibi, mütad bedelin üç katını talep şeklinde tecavüzün ref'i yönteminin tatbikini talep edebilir. Bu maddede açıkça belirtilmiş olmasa da, bu haklardan Kanununun 80. maddesinde bağlantılı hak sahibi olarak tarif edilen gerçek

¹²² Erel (n 13) 371-372; Tekinalp (n 13) § 20 kn 30 ve 76a; Öztan (n 35) 637; Kılıçoğlu (n 7) 473-475; Ahmet M Kılıçoğlu, 'Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamaşımı' iç *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Uluslararası Hukuk Kurultayı* 2002 (8-11 Ocak 2002) C I (Ankara Barosu 2002) 388-389; Gökyayla (n 81) 24-26; Demirbaş (n 3) 224-223.

ve tüzel kişiler de yararlanabilir. Buna göre bir eseri, icrayı, fonogram veya yapımı bunların hak sahibinden yazılı izin almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilirler.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında fikri ürün üzerinde tek başına çoğaltma hakkının ve bunun yanında yayma hakkının ihlal edilmesi durumunda hak sahibine üç kat bedel talebi dışında başka haklar da tanınmıştır. Üç kat bedel talebi dışındaki diğer ref yöntemleri yalnızca çoğaltma ve çoğaltmayla birlikte yayma hakkına tecavüz hallerinde başvurulabilen ref yöntemleridir. Buna göre fiil tek başına işleme veya yayma yahut temsil ya da umuma iletim haklarından herhangi birine tecavüz oluştuyorsa, çoğaltma hakkına mahsus olarak tanınan ref yöntemleri tatbik edilmez. Esasen çoğaltma hakkına özgü bu ref yöntemlerinin mahiyeti itibarıyla diğer haklara tecavüz halinde uygulanabilmeleri mümkün değildir. Keza uygulamada genellikle çoğaltma hakkı veya bununla bağlantılı olarak yayma hakkı ihlale maruz kaldığı için, 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında üç kat bedel talebi dışında kalan ref yöntemlerine konu olabilecek yegâne mali hak olarak çoğaltma ve yaymaya yer verilmiştir.

Bu çerçevede; izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltmanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir (FSEK 68/2 ve 3). Ancak ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır. (FSEK 68/4).

Kanunun 68. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, çoğaltılmış nüshalar yoluyla mali haklara tecavüzün ref'i yöntemlerini, çoğaltılmış nüshaların satışa sunulup sunulmamasına göre belirlemiştir. Buna göre izinsiz çoğaltılan nüshalar *satışa çıkarılmamışsa* hak sahibi; (i) eser kopyalarının, çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. araçların imhasını isteyebilir, veya (ii) nüshaların ve çoğaltma malzemelerinin üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması halinde isteyebileceği bedelin üç katını talep edebilir (FSEK 68/2). İzinsiz çoğaltılan nüshalar *satışa çıkarılmışsa* hak sahibi; (i) mütecevizin elinde bulunan nüshaların imhasını isteyebilir, veya (ii) mütecevizin elinde bulunan

nüşhaların üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin üç katını isteyebilir (FSEK 68/3).

FSEK 68'den doğan hak sahibinin talepleri sadece mali hakların ihlali hallerinde kullanılabilir. İhlal edilen haklar manevi nitelik taşıyorsa veya mali haklarla birlikte manevi haklar da ihlal edilmişse, davacının manevi haklar bakımından FSEK 68 hükümlerine göre karar verilmesi talebinde bulunması mümkün değildir. Manevi haklara yönelik ref talebi ancak Kanunun 66 ve 67. maddeleri kapsamında ileri sürülebilir. 68. maddede hak sahibine tanınmış hakların kullanılması failin kusuru şartına bağlanmamıştır. Mali hakları tecavüze maruz kalmış davacının sözkonusu taleplerde bulunabilmesi için herhangi bir zarara uğramış olması da şart değildir. Bu maddeye göre dava açılabilmesi için faile izafe olunan fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Legal 2019)
- Arı Z, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' (2006) 6 Rekabet Forumu 9-10
- Arkan A, *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuku Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (Vedat 2005)
- Arslanlı H, *Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 1954)
- Aslan Y, *Rekabet Hukuku* (9.Bası, Ekin 2023)
- Aşçıoğlu-Öz G, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması* (RK Yayını 2000)
- Ateş M, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i' (2022) 8(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 337-374.
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (1.Baskı, Seçkin 2003)
- Ateş M, *Rekabet Hukukuna Giriş* (2. Bası, Adalet 2019)
- Aydıncık Ş, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (1.Baskı, Vedat 2006)
- Ayiter Y, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (2.Baskı, S Yayınevi 1981)
- Bozbel S, 'Anayasa Mahkemesinin (FSEK m. 68 ve m. 76 ile İlgili) 2012/133 E 2013/33 K ve 28.02.2013 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirmeler" iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012* (Yetkin 2013) 55-79

- Bozbel S, *Fikir ve Sanat eserleri Hukuku* (1. Baskı, Onikilevha 2012)
- Demirbaş A, *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Koruma* (1. Baskı, Onikilevha 2015) 119-123.
- Erdil E, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (Vedat 2009)
- Erel Ş N, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3.Bası, Yetkin 2009)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Yetkin 2022)
- Gökyayla E K, '5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010* (Yetkin 2011) 283-304
- Gökyayla K E, 'Fikir ve Sanat eserleri Kanunu'nun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2012) 30 FSHD 3-31
- Gül İ, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (1. Baskı, Yetkin 2015)
- Gökyayla K E, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2.Baskı, Yetkin 2001)
- Gürzumar O B, 'Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' iç *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu 7-8 Ekim 2005 Ankara* (BTHAE 2006)
- Güven G, *Rekabet Hukuku* (2.Baskı, Yetkin 2009)
- Güven P, 'Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V 6-7 Nisan 2007 Kayseri* (RK Yayını 2008)
- Hirsch E E, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ankara Ü Hukuk Fakültesi Yayını 1948)
- Hirsch E E, *Hukuki Bakımdan Fikri Say - II* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1943)
- İnan N, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri* (RK Yayını 2004) 43-66
- İnan, A N ve Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4.Bası, Seçkin 2014)
- Kılıçoğlu A, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (9.Bası, Turhan 2023)
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (26.Baskı, Turhan 2022)
- Kılıçoğlu A M, 'Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı' iç *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002* (8-11 Ocak 2002) C I (Ankara Barosu 2002) 388-389
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz Kitabevi 2010)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (1. Baskı, Demir Yayıncılık 2001) C III
- Küçükali C, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası* (5. Baskı, Seçkin 2023)
- Memiş T, 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesinin Getirmiş Olduğu Sistemin Değerlendirilmesi' iç TRT (edr), *Radio-Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi* (ATO ve TOBB Yayını 2005) 83
- Merhacı S Ö, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (1. Baskı, Yetkin 2013)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Vedat 2023)
- Özcan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2008)
- Piroğlu Ü, 'Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği' (2004) 30 (4) Yargıtay Dergisi 433-458

- Sanlı K C, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 4 Nisan 2003 Kayseri* (RK Yayını 2003) 192-262
- Suluk C ve Orhan A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri* (Arıkan 2005)
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu, H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Filiz 1993)
- Topçuoğlu M, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' iç Mustafa Fadıl Yıldırım ve Ender Ethem Atay (edr), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2009) 5-60
- Üstün G, *Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Marmara Üniversitesi SBE 1995)
- Üstün G, 'Yargısal Uygulamada Fikri Haklar' (1994) 4 İBD 979
- Yasaman H, 'Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar' iç Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı* (Beta 2002) II 811
- Yavuz L, Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (2.Baskı, Seçkin 2014) C I ve II