

**SMK HÜKÜMLERİYLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FSEK KAPSAMINDA GERÇEK OLMAYAN
VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME**

**FALSE AGENCY WITHOUT AUTHORITY: LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS
AND INDUSTRIAL PROPERTY LAW IN COMPARISON**

Arş. Gör. Kübra YILDIZ*

ÖZET

Kişinin kendi yararına başka birine ait bir işi görmesi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan temel yaptırım elde edilen menfaatin devridir. Bu kapsamda, işi gören o hukuka aykırı fiil nedeniyle elde ettiği net kazancı iş sahibine devredecektir. Bu talep zarardan tamamıyla bağışiktir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bazı görünüm biçimleri çeşitli kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. FSEK de bu kanunlardan birini oluşturmaktadır. Çalışmamız kapsamında SMK hükümleriyle karşılaştırmalı olarak FSEK kapsamında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, Menfaat Devri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu.

ABSTRACT

It is considered to false agency without authority if a person's doing a job that belongs to someone else for his own benefit. The basic sanction arising from false agency without authority is the disgorgement of profit. In this context, the net profit obtained due to the act contrary to the law will transfer to the right's owner. This claim is fully immune to damage. Some forms of appearance of false agency without authority are specifically regulated in various laws. Law on Intellectual and Artistic Works is one of these laws. In the scope of our study, in comparison with the provisions of Industrial Property Law, the situation of false agency without authority according to the Law on Intellectual and Artistic Works is discussed.

Keywords: False Agency Without Authority, Disgorgement of Profit, Law on Intellectual and Artistic Works, Industrial Property Law.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-mail: kubrayildiz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8814-648X)

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 16.01.2020/ Kabul Tarihi: 08.05.2020).

GİRİŞ

Başkasına ait bir işi görme durumları temelinde iki şekilde gerçekleşebilir. Bir kişi işi ya iş sahibinin menfaatine ya da kendi menfaatine görür. Bu durumlar da ikiye alt başlığa ayrılırlar. İlk durum açısından bakıldığında iş sahibi menfaatine görülen iş ya onun varsayılan iradesine uygundur ya da aykırıdır. Kişinin işi kendi menfaatine görmesi halinde de ya o bu işi görürken iyiniyetlidir yani kendini yetkili zannederek işi görmektedir ya da kötü niyetlidir ve başkasının işini kendi yararına görürken durumu bilmekte veya bilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen dört ihtimalden birincisi gerçek vekâletsiz iş görme, sonuncusu ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde adlandırılmaktadır¹. Başkasının işini kendi menfaatini

sinai haklara bakıldığında FSEK m. 70/3'te ilk iki maddeye atf yapılmaktadır. Manevi tazminata dair 1. fıkrada kusurdan açıkça söz edilmiş olmamakla beraber 2. fıkrada kusur açıkça aranmıştır. SMK m. 151/1-b hükmüyle ise hâlihazırda, hatalı bir şekilde, maddi tazminat kapsamında yoksun kalınan karın hesaplanmasında söz konusu olabilecek seçilmiş bir talep hakkı sağlandığından ve karşı tarafın sorumluluğu için kural kusur sorumluluğu olduğundan, kusurun varlığı gerekli görülmüştür denebilecektir. Fakat kanaatimizce menfaat devri, maddi tazminattan farklı olmakla birlikte burada da kusurun varlığı gerekli olmalıdır. Nitekim menfaat devri ağır bir yaptırımdır ve bu yaptırımın iyiniyetli iş gören bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Ayrıca kanun koyucunun genellikle iyiniyetli ve kötü niyetli birbirinden ayırdığı hukuk sistemimizde her ikisini de aynı yaptırıma tabi tutmak hakkaniyetli olmayacaktır. Dolayısıyla da işi gören, başkasına ait bir işi kendi menfaatine yaptığını bilmeli veya bilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle menfaat devri yaptırımının uygulanabilmesi için kötü niyetin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Tüm bunlarla beraber FSEK m. 70/3 bakımından doktrinde farklı değerlendirmeler de yapılmaktadır. Burada da kötü niyetin şart olduğunu benimseyen yazarların yanında (Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 221; Gümüş, Mustafa Alper (2012) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, Vedat, s. 235), başkasına ait fikri bir hakkın o kişinin iradesine aykırı olarak kullanılması ve o haktan bir menfaat temin edilmesi halinde kişinin iyiniyetli olduğu durumda dahi menfaati devretmesi gerektiği de ileri sürülmüştür (Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat, § 20 N 99; Ayiter, Nüşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, S Yayınları, s. 263; Öztan, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan, s. 677; Erel, Şafak N. (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin, s. 349; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2019) Sinai Haklarla Karşılaşımali Fikri Haklar, 5. Bası, Ankara, Turhan, s. 417, yazar FSEK ve SMK bakımından kusurun gerekli olmamasının yanında TBK'da da kusurun aranmadığını belirtmiştir). Kanaatimizce hukukun diğer alanlarındaki gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri taleplerinde olduğu gibi fikri ve sinai haklar alanında da kötü niyet aranmalıdır. Öncelikle SMK'nın mevcut sisteminde menfaat devri talebinin tazminat davası kapsamında yoksun kalınan karın bir hesaplanma yöntemi olarak düzenlenmiş olması karşısında kusuru aramamak doğru olmayacaktır. Bununla beraber kötü niyetin içeriğini oluşturan iki sacayaktan biri olan başkasına ait bir işi kendi menfaatine yaptığını bilmesi gerekme hali fikri ve sinai haklar söz konusu olunca daha geniş yorumlanmalıdır. Bir kişinin başkasına ait bir hakkı izinsiz kullanıp bundan bir menfaat temin etmesi ve buna rağmen iyiniyetli olması hali çok fazla karşılaşılabilecek bir ihtimal değildir. İş görenin, iş sahibine ait hakkı kullanırken lisans sözleşmesi yapılması gibi bir hukuki işlemin tesisinin gerekli olduğunu bilmesi dahi bilmesi gerekir. Bu durumda işi görenin ayırt etme gücü olmaması halinde kusuru olmadığı sebebiyle problem yaşanabilir. Ancak menfaat devrine konu olacak şey o hakkın kullanılmasyla elde edilen kazançtır. Ayırt etme gücü olmayan bir insanın başkasının eseri üzerindeki haklarını istismar etmesi söz konusu olabilse de bu ihlalden elde ettiği ürünleri piyasaya sürmesi ve bundan kazanç elde etmesi zor bir ihtimaldir.

¹ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dair doktrinde bazı temel tartışmalar bulunmaktadır. Bunlar içerisinde işi görenin kusurlu olmasının gerekli gerekmediği daha açık bir ifadeyle kötü niyetin zorunlu bir unsur olup olmadığı ve özen yükünün varlığı konumuz açısından önem taşıdığından ayrıca incelenmelidir.

İlk mesele açısından bakıldığında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m. 530'da kusurdan açıkça söz edilmemiştir. Dolayısıyla da doktrinde kusurun gerekli olduğunu savunan (Arkan Akbıyık, Azra (1999) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa, s. 42; Baş Süzel, Ece (2015) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul, On İki Levha, s. 44; Atlan Kazan, Hülya (2014) "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme" SÜHFD, S:2, C:2, s. 153; Hatemi, Hüseyin (1999) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz, § 10 N 43; Küçükali, Canan (2017) Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin, s. 59) ve işi görenin iyiniyetli olması halinde de menfaat devri yaptırımının uygulanabileceğini savunan (Becker, Hermann (1993) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, M. 184-551, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayını No: 24, m. 423 N 3) görüşler ortaya çıkmıştır. Tandoğan ise iyiniyetli vekâletsiz iş gören bakımından da menfaat devrinin söz konusu olması gerektiğiyle birlikte onun sadece, temin ettiği kardan elinde kalanıyla sorumlu olduğunu belirtmektedir (Tandoğan, Halûk (1957) Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 203). Mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 423. maddesinde de kusurun aranıp aranmayacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ve Alman Medeni Kanunu'nda kusurun arandığı görülmektedir. OR 2020 Tasarısı Art. 69'da; "es sei denn, er beweise, dass er um den Eingriff in die fremden Interessen weder gewusst hat noch hätte wissen müssen", İngilizce metninde "unless he proves that he was neither aware nor should have been aware of the infringement", BGB § 687/2'de de "obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist" denerek kusurun varlığı gerekli görülmüştür. Yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin özel görünüm biçimleri olan fikri ve

ne görme hâli yani gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dair temel düzenleme TBK² m. 530 hükmüdür. Ancak bu temel düzenlemenin yanı sıra kimi kanunlarda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünüm biçimlerine de rastlanmaktadır. Kişiliğin korunmasına, haksız rekabete, fikri ve sınai haklara dair bazı hükümler bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Çalışmamız kapsamında ilk olarak SMK³ ve FSEK⁴ açısından karşılaştırılmalı bir şekilde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle ilgili maddelerde nasıl bir düzenlemenin bulunduğu ve bu kapsamda menfaat devri talebi, menfaat devri talebinin fikri ve sınai hakların ihlalinde söz konusu olacak diğer talepler karşısındaki durumu, menfaat devri talebi bakımından ispat ve zamanaşımı meseleleri incelenmektedir.

I. GERÇEK OLMAYAN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDE DEVRE KONU OLACAK MENFAATİN BELİRLENMESİ

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumlarına özgü bir yaptırım çeşidi olarak karşılaşılan elde edilen menfaatin iş sahibine iadesi hakkından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi ve bu talebin diğer bazı talepler karşısındaki pozisyonu-

nun belirlenmesi hayati bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla öncelikle bu başlık altında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede söz konusu olacak yaptırımın nasıl belirleneceği irdelenmektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunun yaptırımı Türk Borçlar Kanunu m. 530 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, “İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.” Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dair İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 423 hükmünde de aynı yaptırımın düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemelere göre, işi görenin elde ettiği menfaatin (kazancın) devri gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını oluşturmaktadır. Hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmek suretiyle başkasına ait bir işi gören kişinin elde ettiği menfaatin, iş sahibinin malvarlığında herhangi bir azalma olmaması halinde dahi talep edilebilmesi mümkündür. Söz konusu menfaatin talep edilebilmesi ne haksız fiilde olduğu gibi herhangi bir zararın varlığına ne de sebep-siz zenginleşmede olduğu gibi bir fakirleşmenin varlığına bağlıdır⁵.

Burada alacak hakkına konu olan kazanç, iş görenin, iş sahibinin haklarını istismar etmesi sonucu elde ettiği kazancın tümü olan brüt kazanç değil, brüt kazançta faiz⁶ eklenmesi ve bundan

İkinci bir problem olarak işi görenin özen yükümünün olup olmadığı bakımından da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçek vekâletsiz iş görme bakımından özen yükümünün varlığı ise TBK m. 527’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkmak suretiyle iki varsayımda bulunulabilecektir. İlk olarak gerçek vekâletsiz iş görmede dahi iş görenin özen yükümünün varlığını kabul ederken aynı sonuca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından varmamak tutarsız görünebilir. Aksi halde iş sahibinin menfaatine işi gören kişi ihmalinden sorumlu tutulurken kendi menfaatine iş gören kişi ihmalinden sorumlu tutulmayacaktır. Fakat diğer taraftan hâlihazırda hukuka aykırı bir şekilde başkasının işini gören kişinin özen yükümü altında tutulmasının mantıklı olmadığı düşünülebilir. Kanaatimizce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de işi görenin özen yükümü olduğu kabul edilmelidir. İş görenin özen yükümünün bulunduğu dair ayrıca bkz. Arkan Akbıyık, s. 44; Atlan Kazan, s. 165.

² R.G. Tarihi: 4.2.2011, R.G. Sayısı: 29944, Kabul Tarihi: 11.1.2011.

³ R.G. Tarihi: 10.1.2017, R.G. Sayısı: 27836, Kabul Tarihi: 22.12.2016.

⁴ R.G. Tarihi: 13.12.1951, R.G. Sayısı: 7981, Kabul Tarihi: 5.12.1951.

⁵ Arkan Akbıyık, s. 48.

⁶ Burada bahsi geçen faiz işi görenin kazancı elde ettiği gün ile bu kazancı iş sahibine teslim ettiği gün arasında geçecek olan süre için ödenecektir. Nitekim TBK m. 117 hükmü uyarınca haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Bu hükmün kıyasen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de uygulanması suretiyle burada da aynı sonuca varmak mümkündür. Söz konusu faizin oranı 3095 sayılı Kanun’un 2. maddesi hükmüne göre belirlenecektir. Özellikle bir ticari işin varlığı halinde aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca avans faizi de talep edilebilecektir. FSEK ve SMK kapsamında hukuka aykırı kabul edilecek kullanımların genellikle bir ticari iş şeklinde gerçekleştirileceği göz önünde bulundurulduğunda çoğu olayda avans faizi istenmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim avans faizi oranı TCMB’nin önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranıdır ve eğer bu miktar Ka-

masrafların çıkarılması sonucu elde edilen net kazançtır⁷.

Devre konu kazancın hesaplanmasında, işi görenin kendi üstün yetenekleri sonucu elde ettiği tutar ya da normal koşullarda elde edebileceğinden daha azını elde ettiyse bu tutar göz önünde bulun-

nun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında belirlenen orandan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Hâlihazırda m. 2/1 hükmü uyarınca belirlenen temerrüt faizi oranı %9'iken, avans faizi oranı ise 11.10.2019 tarihli ve 30915 sayılı RG'de TCMB tarafından yayımlanan "Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranlarının Tespiti" hakkında Tebliğ ile %18,25 olarak belirlenmiştir.

⁷ Atlan Kazan, s. 168; Arkan Akbıyık, s. 47; Uzunallı, Sevilay (2012) Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, Adalet, s. 395 vd.; Özer, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanununun Neler Getirdi?, Ankara, Seçkin, s. 23; Güneş, İlhami (2018) Marka Hukuku, Ankara, Adalet, s. 342. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:9.5.2016, E:2015/10650, K:2016/5199: "Ancak, mahkemece alınan bilirkişi raporunda eser olarak kabul edilme-
yen programda bölüm başına 12.165 TL+KDV'nin davalı Federasyon tarafından davalı S. A.'a ödeneceği, bu miktar içinde davalı D. A...'nin bölüm başına 6.923 TL+KDV tahsil edeceği, böylece davalı S. A.'ın 5.242 TL+KDV gelir sağlayacağı belirtilmiş, bunun 2.242 TL'sinin bölüm başına masraflara gidebileceği, dolayısıyla bölüm başına net kârın 3.000 TL olabileceği hesaplanmış, davacının taraf olmadığı ve davalılar S. A. ile D. A... arasında imzalanan sözleşmede masrafların davalı S. A. tarafından karşılanacağını kararlaştırıldığından bahisle giderlerin tümünün davalı S. A. tarafından yapıldığı kabul edilerek bölüm başı net kâr olarak hesaplanan 3.000 TL davacı ile mümeyiz davalı arasında paylaştırılmıştır. Ancak bu giderlerin tamamının davalı S. A. tarafından yapıldığına ilişkin bir delil dosyada bulunmadığı gibi davalı Sera tarafından gönderilen e-mailde davacının yapım nedeniyle 12.220 TL masraf yaptığı belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, dava konusu programın yapımı nedeniyle davacı ile davalı S. A.'ın ne miktar gider yaptıkları üzerinde durulup buna göre davacının talep edebileceği miktarın tespiti ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken program için yapılan tüm giderlerin davalı S. A. tarafından karşılandığının kabulüyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, davacı yararına bozmayı gerektirmiştir."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:14.4.2014, E:2014/127, K:2014/7331: "Bu durumda, mahkemece vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamın da davalının dava konusu eserlerin satışından elde ettiği net kârın tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken İstanbul Yayıncılar Birliği'nin bu tür kitaplarda yayınevi kâr marjının %20 olduğu yönündeki cevabı nazara alınarak satılan kitaplardan elde edilen hasılatın üzerinden %20 kâr hesabı ile bulunan miktara hükmedilmesi doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

durulacaktır⁸. Bu durumda kişinin ihmali sonucu elde edemediği kazancın menfaat devri kapsamında talep edilebilir olup olmadığı belli değildir. Örneğin bir kişiye ait markayı veya eseri o kişinin iradesine aykırı olarak kendi menfaatine kullanan biri özensiz hareketleri nedeniyle normal şartlarda elde edebileceğinden çok daha az kazanç elde etse, hâlihazırda elde edilen ve elde edilmesi ihmal edilen kazançlar hangi hukuki temele dayalı olarak talep edilebilecektir? Kanaatimizce devre konu menfaat fiili durum üzerinden hesaplanmalıdır. İş görenin özenli bir şekilde hareket etmesi durumunda elde edebileceği ancak somut olayda elde edemediği kazanç ise menfaat devri kapsamında değil yoksun kalınan kazanç olarak talep edilebilmelidir⁹. Zira kişi hâlihazırda zaten bir hukuka aykırı fiil gerçekleştirmekteyken ondan daha fazla kazanç elde etmesini istemek ve beklemek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla somut olayda özenli hareket neticesinde 30.000 TL elde edilebilecek olmasına rağmen fiilen 20.000 TL elde edilmişse menfaat devrine konu tutar 20.000 TL olacaktır. Özensizlik nedeniyle elde etme imkânı kaçırılan meblağ ise yoksun kalınan kazancı oluşturacaktır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede devre konu menfaatin belirlenmesine dair temel prensipler yukarıda belirtildiği üzere olduğundan, bu doğrultuda vekâletsiz iş görmenin FSEK ve SMK kapsamında nasıl bir görünüme büründüğü ve ilgili hükümlerin nasıl yorumlanması gerektiği meseleleri üzerinde durulmalıdır.

II. FSEK VE SMK KAPSAMINDA MENFAAT DEVRİ YAPTIRIMININ DÜZENLENMESİ VE BU TALEBİN KANUNDAN DOĞAN DİĞER TALEPLER KARŞISINDAKİ DURUMU

Bu başlık altında öncelikle FSEK ve SMK kapsamından menfaat devri talebinin nasıl bir hukuki görünüme büründüğü incelenmiş olup

⁸ Arkan Akbıyık, s. 48.

⁹ Söz konusu tutar haksız fiile dayalı olarak da talep edilebilir (Baş Süzel, s. 296).

ardından ise, tazminat talebi ve üç kat bedel talepleri ile menfaat devri talebi arasındaki ilişkinin belirlenmesi suretiyle söz konusu düzenlemelerin yerindeliği ele alınmıştır.

A. GENEL İTİBARIYLA FSEK VE SMK KAPSAMINDA MENFAAT DEVRİ TALEBİ

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri talebi FSEK m. 70/3 ve SMK m. 151/2 hükümlerinde düzenlenmiştir. İlgili fıkralarda düzenlenen sorumluluğun nasıl bir temele dayandırıldığına anlaşılabilmesi için maddelerin diğer fıkralarına da bakılmalıdır. FSEK m. 70 hükmü uyarınca; “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.*”

Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.

Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.” SMK m. 151 hükmüne göre ise; “*Yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır:*

a) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir.*

b) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç.*

c) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun*

şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli.”

İlgili maddelerin bütününden açıkça anlaşılabilirdi üzere FSEK bakımından menfaat devri talebi maddi ve manevi tazminat taleplerinden ayrı

bir yaptırım olarak düzenlenmesine rağmen, SMK m. 151/2-b hükmü uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir seçenek olarak düzenlenmiştir. FSEK düzenlemesinin mi yoksa SMK düzenlemesinin mi uygun olduğunu tespit için öncelikle menfaat devri talebinin tazminat talepleri bakımından pozisyonunun belirlenmesi gerekmektedir.

B. MENFAAT DEVRİ TALEBİ VE TAZMİNAT TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tazminat borcu, kural olarak bir kişinin uğradığı zararı giderme amacı güder¹⁰. Fikri veya sınai bir hakkın¹¹ istismar edildiği bir durumda da tazmin edilmesi gereken çeşitli zarar kalemleriyle karşılaşmak mümkündür. İlk olarak hakkın sahibi manevi zarara uğramış olabilir. İş görenin hukuka aykırı fiili nedeniyle hakkın gerçek sahibinin uğradığı bu zarar manevi tazminat davası ile giderilebilir. Bu durumda somut olayda manevi tazminat davası için gerekli şartların sağlanmış olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Manevi zarar

¹⁰ von Tuhr, Andreas (1983) Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, § 13 N 1 vd.; Oğuzman, M. Kemal & Öz, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, İstanbul, Vedat, N 1245 vd.

¹¹ İhlal edilen hakkın nisbi bir hak olması durumunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye gidilip gidilmeyeceği belli değildir. Doktrinde bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda istismar edilen haktan yalnız mutlak hakların anlaşılması gerektiğini savunurken (Baş Süzel, s. 61 vd., Baş Süzel'e göre, mutlak hak ihlali dışında bir hukuka aykırılık var ise ancak ve ancak kanun tarafından hukuka aykırılık bağı kurulduğu takdirde menfaat devri yaptırımı söz konusu olabilir. Yazar bu duruma örnek olarak da TTK m. 231'i göstermektedir.), diğer bir görüş nisbi haklarında bu kapsama girebileceğini savunmaktadır (Arkan Akbıyık, s. 30; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s. 111; Gümüş, s. 236; Atlan Kazan, s. 159-160). İkinci görüş esas alındığında işi gören ve iş sahibi arasında bir sözleşmenin varlığı halinde sadece sözleşmeye aykırılık hükümlerine değil aynı zamanda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine de gidilebilir. Kanaatimizce şartlarının gerçekleşmesi halinde hem sözleşmeye aykırılığa hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilmelidir. Böylece yarışan bu hükümlerden hangisine dayanacağını seçim hakkı iş sahibinde olacaktır.

bulunmasına rağmen herhangi bir maddi zarara uğranılmamış olabilir. Mesela iş sahibinin hakkına yönelik istismar olmasaydı dahi onun kendi başına herhangi bir kazanımda bulunması söz konusu olmayabilir ve ayrıca bir fiili zararı da bulunmayabilir. Fakat işi gören kişi üstün yetenekleri sayesinde iş sahibinin elde edemeyeceği menfaatler elde ettiyse bu durumda bu menfaatlerin devri gündeme gelir. Son olarak da manevi zararın yanı sıra kişinin maddi bir zarara uğraması da söz konusu olabilir. Maddi zararın söz konusu olduğu durumda gündeme gelecek maddi tazminat davasında kişinin uğradığı fiili zarar ya da yoksun kaldığı kar ile karşılaştırılır.

Manevi tazminat talebi maddi bir zararın varlığına bağlı olmadığından menfaat devri veya maddi tazminat davasıyla beraber söz konusu olabilir. Yani manevi tazminat davası ile menfaat devri veya maddi tazminat davası kümülatif olarak gündeme gelebilmektedir. Menfaat devri yaptırımı ile maddi tazminatın beraberce istenebilir olup olmadığı ise ayrıca değerlendirilmelidir.

Maddi tazminat kapsamında kişinin fiilen uğradığı zararı ya da hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kaldığı karı talep edilir. Menfaat devrinde ise hukuka aykırı fiil nedeniyle işi görenin fiilen elde ettiği menfaatin devri gündeme gelmektedir. İş sahibinin uğradığı fiili zararın talebi ayrıca menfaat devrinin talep edilmesine de engel oluşturmayacaktır. Çünkü bu iki kalem birbirlerinden farklıdır¹². Durum şöyle bir örnekle açıklanabilir:

¹² Tekinalp, § 20 N 99 (Fiili zararın tazmininin de zararı ortadan kaldırması nedeniyle menfaat devrine yer bırakmadığı hususunda bkz. Yasaman, Hamdi (2002) "Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar" Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.İ, Beta, s. 816). Yargıtay'ın menfaat devrini maddi tazminatın hesaplanmasına yönelik bir imkân olarak gördüğü kararları bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:14.4.2014, E:2014/127, K:2014/7331: "Dava, davacının mali haklarına sahip olduğu eserlerin davalı şirket tarafından yayınlanması nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Davacı, ıslah dilekçesi ile seçimlik hakkını kullanarak tazminat taleplerini 5846 sayılı Kanun'un 70/3. maddesi uyarınca, davalının elde ettiği kârın ödenmesine dayandırmıştır." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Muhtemeldir ki böyle bir kararın verilmesinde sinai mülkiyet haklarına dair düzenlemelerin etkisinde kalındı. Fakat hâlihazırda SMK'da (eskiden ilgili KHK'larda) bulunan düzenleme doğru olma-

Patente konu bir buluş vekâletsiz bir şekilde üçüncü bir kişi tarafından kullanılmış buna dayalı olarak da pek çok ürün imal edilip piyasaya sürülmüş ve iş sahibi ciddi bir menfaat elde etmiştir¹³. Fakat iş sahibinin bu hukuka aykırı fiili nedeniyle gerçek patent sahibi fiilen bir zarara uğramış olabilir. İş sahibinin gerçekte fiilen uğradığı zarar karşı tarafın elde ettiği menfaatten tamamıyla farklıdır. Bu iki duruma dayalı talep aynı amaca hizmet etmemektedirler. Karşı tarafın elde ettiği menfaatin devrinin kişinin fiilen uğradığı zarar üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Fakat iş sahibi fiili bir zarara uğramış olmasının yanı sıra ayrıca belirli menfaatlardan bu hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kalmışsa bu iki talep birbirleriyle çakışır. Örnekte bahsi geçen buluş kullanılarak ürün elde edilmiş ve elde edilen bu ürün piyasada ilgililere satılmış olsun. Bu durumda piyasada ihtiyaç duyulan ürünler iş sahibinin malvarlığında bulunan bir sinai hakkın istismar edilmesi nedeniyle temin edilmiş ve bundan dolayı da iş sahibi belirli bir kardan yoksun kalırken iş gören de belirli bir kazanç elde etmiştir. Burada bahsi geçen mahrumiyet ve kazanç, birbirlerinden, manevi tazminat ve fiili zarardan farklılık arz etmektedir. İş sahibinin, hakkını istismar eden kişinin ürünlerinin satılması ve bundan dolayı kendisinin ilgili ürün piyasasında mal satamamış olması sonucu uğradığı zarar ve hakkı istismar eden kişinin buluşu kullanarak sattığı ürünlerden elde ettiği menfaat farklı olsa da bunlardan birine dayanılması, birbirleriyle örtüştüğü miktarda, diğerine de başvurmaya engel olmalıdır. Hukuka aykırı fiil nedeniyle iş sahibi belirli bir miktarda kazançtan yoksun

masına rağmen onu bir de FSEK kapsamındaki davalarda göz önünde bulundurmak mevcut hatalı hükmün etkisini daha da arttıracaktır.

¹³ Aynı duruma FSEK bakımından da örnekler gösterilebilir. Eser sahibinin FSEK m. 2 kapsamında ilmi bir eser kaleme aldığı ve bu eserin yetkisi olmayan kimseler tarafından çoğaltılıp satıldığı diğer bir deyişle korsan satışın söz konusu olduğu bir ihtimalde, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişinin elde ettiği brüt kazançtan masraflarının çıkartılması suretiyle kalan net kazancı menfaat devrine konu olacakken, eser sahibinin haklarını istismar eden kişiye ruhsat verdiği bir ihtimalde elde edebileceği toplam gelir veya hakkı istismar edenin rekabeti olmasaydı eser sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir onun yoksun kaldığı kârdır.

kalmış ve yine hukuka aykırı fiil nedeniyle işi gören belirli bir miktar kazanç elde etmiştir. İş sahibi ya yoksun kaldığı kazancı ya da karşı tarafın elde ettiği menfaati isteyebilmelidir¹⁴. Burada seçim şansı iş sahibinde olduğundan o kendi çıkarları doğrultusunda bir seçim yapacaktır. Eğer işi gören kişi bu alanda yetenekli olması nedeniyle söz konusu buluşun kullanılması sonucu 200.000 TL net kazanç elde ettiyse oysa iş sahibinin aynı durumda elde edebileceği ancak hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kaldığı kazanç 150.000 TL olacaktır ise bu durumda menfaat devrinin talebi iş sahibi açısından daha elverişli olacaktır. Aksi bir durumda yani iş sahibi 200.000 TL elde edebilecekken vekâletsiz bir şekilde işi gören kişi fiili olarak 150.000 TL temin ettiyse menfaat devrine konu olacak tutar 200.000 TL değil 150.000 TL olacaktır. Fakat menfaat devri ve yoksun kalınan kazanç talepleri birbiriyle yarışıyor olduğundan iş sahibi yoksun kaldığı kazancı yani zararını ispatlamak suretiyle 200.000 TL'yi işi görenin hukuka aykırı fiili nedeniyle ondan talep edebilecektir¹⁵. Hâkim somut olayda iş sahibinin talebiyle bağlı kalmalıdır. Dolayısıyla m. 70/3 hükmü kapsamında menfaat devri talep edildiyse bundan kaynaklı mik-

tar ister tazminattan daha az ister daha fazla olsun hâkim kendiliğinden tazminata dayalı karar veremez. Diğer bir ifadeyle seçim şansı tamamıyla iş sahibindedir. İhlali gerçekleştirenin elde ettiği menfaat onun yoksun kaldığı kazançtan daha az olsa dahi menfaat devrini talep edebilir ve hâkim de buna göre hükmünü oluşturacaktır.

Yukarıda söylenenler doğrultusunda SMK ve FSEK'teki düzenlemelerin yerindeliği irdelenmelidir. SMK m. 151/2-b hükmü uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir seçenek olarak düzenlenmiştir. Menfaat devrinin yoksun kalınan kazancın bir hesaplanma yöntemi olarak gösterilmesi doğru değildir. Yoksun kalınan kazancın ve menfaat devri yaptırımının birbirlerinden farklı olmaları nedeniyle ayrı ayrı ele alınmaları daha isabetli olacaktır. Bu durumda, de lege ferenda, yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemi olarak a ve c bentleri saklı tutularak menfaat devri yaptırımı yoksun kalınan kazançla alternatif bir yaptırım olarak ele alınmalıyken, de lege lata, menfaat devri maddi tazminata konu olacak bir zarar belirleme yöntemidir.

FSEK'e bakıldığında ise SMK'dan daha doğru bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir¹⁶. Nitekim maddenin 3. fıkrasında, 1. ve 2. fıkralarda düzenlenen maddi/manevi tazminat haklarının yanı sıra menfaat devrinin mümkün olduğu belirtilmek suretiyle iki yaptırımın birbirinden farklılığı açıkça kabul edilmiştir. Fakat bu maddenin de tamamıyla kusursuz bir düzenleme olduğu söylenemeyecektir. İlgili madde bakımından eksik olduğu düşünülecek manevi hakları ihlal edilen kişinin de maddi tazminat isteyebileceği gibi eleştirilerin yanı sıra konumuz açısından da problem bulunmaktadır¹⁷. Nitekim

¹⁴ İş sahibinin ya menfaat devrini ya da yoksun kaldığı kazancın devrini isteyebileceğini belirtmemizdeki kastımız her iki talebin beraberce istenemeyeceğidir. Bununla beraber her iki talebin keşim kümesi dışında kalan kısım bakımından farklı talebe dayanmak mümkündür. Örneğin iş görenin 200.000 TL kazanç elde ettiği ve iş sahibinin de 100.000 TL kazançtan yoksun kaldığı bir ihtimalde 300.000 TL tutarında talepte bulunulamayacaktır. Fakat 100.000 TL maddi tazminat kapsamında talep edildiği takdirde artık her ne kadar elde edilen 200.000 TL'lik kazancın tamamı istenemese de kalan 100.000 TL'lik kısmı istenebilir. Yani yoksun kalınan kazanç kapsamında talep edilen 100.000 TL, 200.000 TL'den düşürülecektir. Diğer bir ifadeyle talep ister yoksun kalınan kazançla isterse de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayansın toplamda her ikisinden en yüksek olanı talebe üst sınır çizer. İş sahibi ister 100.000 TL maddi tazminat, 100.000 TL de menfaat devri talep eder isterse de doğrudan 200.000 TL menfaat devri talep eder. Fakat tüm ihtimallerde istenebilecek en üst miktar 200.000 TL'dir.

¹⁵ Örnekte ulaşılan çözüm gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri yaptırımının tazminat talebinden farklı olduğu düşüncesine dayalıdır. Bununla beraber SMK kapsamında menfaat devrinin yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından iş sahibine tanınan seçimsel bir talep olduğu unutulmamalıdır.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, Ahmet (2008) "Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası" Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta, s. 200.

¹⁷ FSEK m. 70 hükmünün ilk fıkrasına göre, manevi hakları zarara uğrayan bir kişi uğramış olduğu manevi zararı gidecektir. Burada eser sahibinin herhangi bir manevi hakkının zarara uğramış olması onun manevi zararının varlığını kabul için yeterli olacaktır. Yoksa eser sahibinden

madde metnindeki “*tazminatın başka*” ve “*de*” ifadelerinin yorumlanmasıyla, tazminat yaptırımı yerine veya tazminat yaptırımı ile birlikte menfaat devrinin talep edilebileceği şeklinde sonuçlara varılabilmektedir. İlk yorumun esas alınması, 3. fıkranın hem manevi hem de maddi tazminata atf yapmış olması nedeniyle doğru sonuca varmamıza engel olacaktır. Zira yukarıda söylenenlerin aynen burası bakımından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Yani eser üzerindeki fikri hakkın kişinin kendi menfaatine ve iş sahibinin iradesine aykırı bir biçimde kullanılması halinde de manevi tazminat ve fiili zarar, menfaat devriyle beraber talep edilebilecektir. Menfaat devri talep edildiğinde bunun manevi tazminat veya fiili zararın talep edilmesine engel olduğundan söz edilememelidir. Menfaat devrinin bu talepleri dışladığından söz edilemeyeceğinden de bu yorumun esas alınması doğru olmayacaktır. İkinci ihtimalde ise hem tazminatın hem de menfaat devrinin kümülatif olarak talep edilebileceği sonucuna varılacaktır ki bu durum da yukarıda açıkladığımız sebeplerle, yoksun kalınan kar bakımından doğru olmayacaktır. Fakat yine de ikinci yorumun esas alınması bununla beraber, maddi tazminat davası kapsamında talep edilebilecek zararların bahsedilen ayırım çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Netice itibarıyla hem FSEK hem de SMK bakımından gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri yaptırımının düzenlenmesi bakımından bazı sorunlar bulunmaktadır. SMK’da menfaat devri talebi hatalı bir şekilde yoksun kalınan kazancın hesaplanma

yöntemi olarak ele alınmış, FSEK’te ise maddi tazminat (özellikle de yoksun kalınan kazanç) ve menfaat devri talebinin beraber istenebilir istenemeyeceği tam olarak anlaşılamamaktadır. Fakat kanaatimizce FSEK’teki belirsizliği yorum yoluyla gidermek ve bu hususta uygun bir sonuca varmak mümkündür.

C. MENFAAT DEVRİ TALEBİ VE ÜÇ KAT BEDEL TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tazminat borcunun yanı sıra FSEK m. 70/3 c. son’daki “*Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir*” cümlesi gereği FSEK m. 68’in ve ayrıca SMK m. 149/1-e ile SMK m. 151/2-b arasındaki ilişkinin de incelenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda öncelikle FSEK m. 70/3 c. son daha sonra SMK m. 149/1-e maddeleri gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yaptırımı karşısında incelenecektir.

FSEK m. 70/3 c. son hükmü mali haklara yönelik tecavüzün ref’ini¹⁸ düzenleyen 68. maddeye atf yapmıştır¹⁹. İlgili maddenin 2. fıkrası gereğince bir eser, icra, fonogram veya yapım hak sahiplerinden FSEK’e uygun yazılı izin alınmadan çoğaltılırsa ve izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibinin üç talebi olabilecektir. Söz konusu talepler şunlardır:

- Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhası,
- Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların üretim mali-

manevi hakkının ihlal edilmiş olmasının yanı sıra ayrıca bu ihlal nedeniyle manevi zarara uğramış olması da beklenmemelidir. FSEK tecavüz fiili ile uğranılan manevi zarar arasında kanuni bir bağ kurmuştur (aynı yönde bkz Tekinalp, s. 20 N 84; Öztan, s. 672). Manevi hakların ihlalinin yanında eserle ilgili herhangi bir hukuka aykırı fiil halinde de TMK kapsamındaki kişiliğin korunması düzenlemelerinden yola çıkarak manevi tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Bununla beraber, birinci fıkrada maddi tazminat ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte kanaatimizce fikri bir hakkın hukuka aykırı bir şekilde kullanılmış olması halinde maddi tazminat da istenebilecektir. Bunun için tazminat davasının şartlarının gerçekleşmesi gerekecektir. Maddede, ikinci fıkrada hangi tazminatın isteneceği belirtilmiş olmamasına rağmen mali hakkın ihlalinin hem maddi hem de manevi tazminata yol açabileceği muhakkaktır.

¹⁸ FSEK m. 68’in 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinin ilk fıkrası “*eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, (...)*” şeklinde iken takip eden fıkralarda çoğaltma fiili düzenlenmekteydi. Kanun maddesinin yeni halinde yayın sözleşmesine dair bir hususu madde metnine sokma çabasından vazgeçilmek suretiyle çoğaltma ifadesine yer verilmiş daha sonra ikinci ve üçüncü fıkralarda çoğaltma fiiline dair özel yaptırımlar düzenlenmiştir (Öztan, s. 646).

¹⁹ Tecavüzün ref’i kapsamında düzenlenen FSEK m. 68’deki yaptırımların uygulanması bakımından davalının kusuru aranmaz.

yet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisin verilmesi,

- Sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep²⁰.

²⁰ Doktrinde haklı olarak "üç kat fazlası" ifadesinin "üç katı" olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (Tekinalp, § 20 N 50, Öztan, s. 649; Beşiroğlu, Ahmet (2006) Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, Arkan, s. 636). Ayrıca mahkeme her durumda doğrudan üç kata karar vermek zorunda da değildir. Yargıtay'ın her iki yönde de kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarda doğrudan üç kata hüküm verilirken (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2014/15975, K:2015/1062. İlgili kararın muhalefet şerhi şu şekildedir: "*Mahkemeye eser sahibi davacının eseri üzerindeki mali haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle talep gibi 5846 sayılı kanunun 68.maddesi uyarınca üç kat telif tazminatına hükmedilmiş ise de; kanunun 68.maddesinin 1. Fıkrasında eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltanların "bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını" isteyebileceği belirtilmiş olup, aynı kanunun 66/3 fıkrası gereğince mahkeme, mali haklara tecavüz halinde, "tecavüzün şümulünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını" takdir etmek durumunda bulunduğundan, dava konusu olayda talep edilebilecek "en çok üç kat fazla" tazminatın tecavüzün şümulüne ve kusurun ağırlığına göre belirlemek yetkisinin mahkeme hâkimine ait olduğu, BK'nın 43/1 maddesinin de bu yetkiyi desteklediği, mahkemenin bu hususları tartışmadan doğrudan belirlenen rayiç bedelin üç katına hükmetmesinin isabetsiz bulunduğu, Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili 28.2.2013 gün 2012/133 Esas 2013/33 sayılı kararında yer verilen -maddedeki "üç katı" ibaresi ile- "hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirildiği, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağına açık olduğu ve her dava konusu olayda tartışılması ve değerlendirmesi gerektiği" şeklindeki gerekçenin de muhalefet görüşümüz doğrultusunda bulunduğu ve hükmün bu nedenlerle bozulması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz."), bazı kararlarda üç kattan daha az bir meblağa karar verilmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:20.2.2015, E:2014/17357, K:2015/2311: "(...)5846 sayılı Yasanın 68. maddesine göre varsayımsal bedeli tek fotoğraf için 1.500,00 TL; olmak üzere üç kat (3x2 x 1.500) telif bedelinin 9.000,00 TL olarak bilirkişilerce belirlendiği, eylemin gerçekleşmesinde davalının kusuru, ihlalin biçimi; gibi somut olayın tüm şartları dikkate alınarak FSEK 66/4, 68 uyarınca takdiren varsayımsal bedelin iki katı olarak telif tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyete uygun düştüğü gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile FSEK 68. madde uyarınca belirlenen varsayımsal bedelin takdiren iki katı olan 6.000,00 TL telif tazminatı ile takdiren 2.000,00 TL manevi tazminatın 27.02.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemlerin reddine karar verilmiştir (...) 5846 sayılı FSEK'nın 68. maddesi uyarınca talep edilebilecek 3 kat bedel seçeneği dikkate alınarak, aynı yasanın 66/4 maddesi hükmü itibari ile indirim yapılmış bulunmasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.") (bahsi geçen kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Nitekim FSEK m.*

FSEK m. 68/2 c. son'a göre yukarıdaki üç talepten birini seçme hususu, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.

Mezkûr taleplerden iki ve üçüncüsü gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebiyle yakın ilişki içinde olacaktır²¹. Şöyle ki 70/3 c. son'da bahsedilen bedelin ikinci talebe mi yoksa üçüncü talebe mi ilişkin olduğu belli değildir²². Bu nedenle doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, bedele olan atfın sadece ikinci talebi kapsamı gerektiğini savunurken²³ diğer bir görüş bedel ifadesinin üçüncü talebe ilişkin olmasını belirtmekte²⁴, son görüşe göre ise

68/1 hükmündeki "(...)üç kat fazlasını isteyebilir" ifadesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptaline yönelik başvuru yapılmasına rağmen AYM, ilgili hükmün hâkimin takdir yetkisini kısıtlamadığı ve iptaline gerek olmadığına karar vermiştir: "*İtiraz konusu kural, eser, icra, fonogram veya yapımın izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağı açıktır. Öte yandan dava edilen eser, icra, fonogram veya yapımın bedelini belirleme görevi de hâkime bırakıldığından hüküm altına alınacak bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez.*" (AYM, T:28.2.2013, E:2012/133, K:2013/33 (R.G. Tarihi: 12.7.2013, R.G. Sayısı: 28705, Kabul Tarihi: 11.1.2011))

²¹ Yargıtay'ın m. 68'e dayalı hüküm kurulmasından sonra ayrıca m. 70/3 kapsamında menfaat devri gerçekleştirilemeyeceği hususunda kararları bulunmaktadır. Böyle bir durumda Yargıtay'ın, ilgili hükümlerin yarışma halinde olduklarını kabul ettiği sonucuna varılabilecektir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:25.2.2010, E:2008/11423, K:2010/2165: "(...) temin edilen kâr ile telif tazminatının birlikte istenmesi durumunda ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebileceği (...)"(Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²² Her ne kadar üçüncü imkâna dair Kanun'da açık bir şekilde bedel kelimesi kullanılmış olmasa da Tekinalp'in de belirttiği üzere ilk fıkradaki bedel ifadesinden bu sonuca varmak mümkündür (Tekinalp, § 20 N 99).

²³ Tekinalp, § 20 N 99; Öztan, s. 679.

²⁴ Demirbaş, s. 212; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 417; Küçükali, s. 65-66, Küçükali, ikinci talebe dair açıkça bir görüş belirtmeksizin, üçüncü talep ile menfaat devrinin aynı anda istenemeyeceğini savunmaktadır Yazara göre, ilgili düzenlemenin amacı ödemede tekerrürü önlemektir. Eğer hem

buradaki bedel ifadesiyle hem ikinci hem de üçüncü talep kastedilmektedir²⁵. Kanaatimizce bedele dair ifadenin hangi hususları kapsamaması gerektiğine karar verirken bir örnek üzerinden sonuca gitmeye çalışmak daha açıklayıcı olacaktır.

Bir eserin hukuka aykırı bir şekilde çoğaltıldığı ve satışa çıkarıldığı varsayımında iş gören 200.000 TL'lik menfaat elde etmiş olsun. İş görenin ilgili kopyaları elde etmede kullandığı araçların değeri 30.000 TL, taraflar arasında bir sözleşme olması durumunda istenebilecek miktar ise 40.000 TL'dir. FSEK m. 68/2 kapsamında seçim hakkı iş sahibinde olacağından o hangi imkânı kullanacağını belirlemelidir. Bu doğrultuda;

- İş sahibi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle dayalı olarak (m. 70/3) karşı tarafın hukuka aykırı fiil nedeniyle elde ettiği 200.000 TL'lik menfaatin kendine devrini isteyebilir.
- İş sahibi ref davasına dayalı olarak da;
 1. ya ikinci talebi ileri sürmek suretiyle mülkiyetinin kendisine devrini isteyeceği araçlara karşılık işi görene 30.000 TL verecektir.
 2. ya da araçları istemek yerine karşı tarafla aralarında bir sözleşme bulunması halinde ileri sürülebilecek üç kat bedel talebi hakkını kullanacak yani 120.000 TL'yi iş görenden isteyecektir.

menfaat devri hem de üç kat bedel beraber istenirse tekerre yol açıdır. Yargıtay kararlarına bakıldığında da m.68'e dayalı üç kat bedel, m. 70/2'ye dayalı maddi tazminat ve m. 70/3'e dayalı menfaat devri talebinin aynı anda söz konusu olmayacağını kabul edildiği anlaşılabilecektir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1.12.2003, E:2003/4292, K:2003/11261: "(...) tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde, 68 nci madde hükmüne göre talep edilen bedel indirilir. Bu açıklamalar karşısında, davacının FSEK.nun 70 nci maddesi hükmüne göre talep ettiği tazminat miktarının açıklaması için davacı vekiline süre verilmesi (...)" (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁵ Erdil, Engin (2016) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat, s. 112; Erel, s. 349.

Yukarıda bahsi geçen görüşlerin ilki esas alınırsa tecavüzün ref'i davası kapsamında ancak belirli araçların iş sahibinin mülkiyetine geçirilmesi talep edilirse bu bedel menfaat devrinden indirilecektir. Yani iş sahibi bu durumda ilgili araçların mülkiyetini elde edecek ayrıca FSEK m. 70/3 kapsamında 170.000 TL talep edebilecektir. Bu durumda iş sahibi üç kat bedel talebinde bulunursa FSEK m. 68 kapsamında 120.000 TL²⁶, m. 70/3 kapsamında ise 200.000 TL talep edebilecektir^{27,28}.

İkinci görüş esas alındığında iş sahibi FSEK m. 68'e göre araçların mülkiyetini, m. 70/3 kapsamında ise 200.000 TL'lik menfaatin devrini talep edebilecektir. Fakat iş sahibi üçüncü imkânı kullanırsa FSEK m. 68'e göre 120.000 TL, m. 70/3'e göre ise 80.000 TL isteyebilecektir.

Son görüşe göre ise şöyle bir sonuca varılmalıdır. İş sahibi ikinci imkânı kullanırsa FSEK m. 68 çerçevesinde araçların mülkiyetini, FSEK m. 70/3 çerçevesinde ise 170.000 TL talep edebilecektir. Üçüncü imkânın kullanılması halinde ise FSEK m. 68'e göre 120.000 TL, m. 70/3'e göre 80.000 TL istenebilecektir.

Yukarıdaki üç ihtimalden açıkça görüldüğü üzere fikri eseri üzerindeki hakkı istismar edilen iş sahibine en uygun korumayı sağlayacak olan birinci durumdur. Yani menfaat devrine dair olan FSEK m. 70/3 hükmündeki bedel ifadesiyle, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi halinde iş görene ödenecek olan bedel kastedilmektedir. Aksi halde üç kat bedelin devre konu menfaatten indirilmesi halinde iş sahibinin çıkarları daha fazla zedelenecektir²⁹. Üç kat bedel ile caydırıcı bir etki

²⁶ Kanaatimizce kusur ve zarar aranmaz.

²⁷ Kanaatimizce kusur aranır ancak zarar aranmaz.

²⁸ Her üç ihtimal bakımından da tazminat talebinin olmadığı varsayılmıştır.

²⁹ Kanun'da ref davasından doğan talep ile menfaat devri talebi arasındaki ilişki diğer bir ifadeyle aynı anda istenebilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunda yeterince açık olmasa da belli bir hüküm bulunmakla beraber, ref davasından doğan talep ile tazminat talepleri arasındaki nasıl bir ilişkinin olduğu düzenlenmemiştir. Örneğin yukarıdaki

örnekte 200.000 TL'lik gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talep edilmişse, bu durumda kanaatimize göre artık yoksun kalınan kazanç talep edilemeyecektir. Fakat menfaat devri talebinin yanında m. 68 uyarınca üç kat bedel ve m. 70/1 uyarınca manevi tazminat da istenebilecektir. Peki bu durumda maddi tazminat davası kapsamında uğranılan fiili zararın da ayrıca istenebilmesi mümkün müdür? Veyahut menfaat devri istenemesine rağmen üç kat bedel talebinin yanında maddi tazminat (fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç) da ayrıca istenebilecek midir? Doktrinde bir kısım yazara göre FSEK m. 68 kapsamında üç kat bedel talebinde bulunulması halinde ayrıca FSEK m. 70/2 uyarınca tazminat istenemeyecektir (Tekinalp, § 20 N 55; Öztan, s. 649-650; Demirbaş, Ali (2015) Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, On İki Levha, s. 139). Diğer bir görüşe göre ise maddi tazminat ve üç kat bedel talebi birbirinden farklı nitelikte olduğundan aynı anda istenmesi mümkündür (Yasaman, Hamdi (2012) Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul, Vedat, s. 225). İlk görüşü kabul eden yazarlar, m. 68'e dayalı bedel istemini bir özel hukuk cezası olarak nitelendirmiş ve bu nedenle kusur ve zarara bağlı olan maddi tazminatı bu istemden ayırmıştır. Fakat doktrinde Gülerüz/ Zorluoğlu Yılmaz'a göre, kusur şartının aranmaması, bu hükmü bir kanuni ceza veya cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirmeye engeldir. Bkz. Gülerüz, M. Tarık & Zorluoğlu Yılmaz, Ayça (2019) "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi" TBB Dergisi, S:141, s. 351). Baş Süzöl'e göre ise üç kat bedel istemi bir özel hukuk cezası değil, cezalandırıcı tazminat niteliğindedir (Baş Süzöl, s. 168). Nitekim bir zararın varlığına bağlı olarak bu zararın üç katı oranında bir tazminata hükmedilmektedir. Cezalandırıcı tazminata karşı taraf bir menfaat elde etmesinin hükmedilir ve malvarlıkları arasındaki kaymayı giderme amacı taşımaz (Baş Süzöl, s. 168 vd.). Yargıtay da bazı kararlarında m. 68'e dayalı isteminin bir özel hukuk cezası olduğundan bahsetmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:7.2.2019, E:2017/11-6, K:2019/85: "FSEK'de düzenlenen ref davası, sadece tecavüzün giderilmesini değil, aynı zamanda tekrarlanmasını önleyecek tedbirlerin alınmasını ve hatta mali haklara tecavüz hâlinde hak sahibine ödenen bir çeşit para cezası taleplerini de kapsamaktadır (Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 311). Gerçekten FSEK'in 68. maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz hâlinde hak sahibine "bedelin üç kat fazlasının" ödenmesine karar verilmesi, mütecevizi caydırmaya yönelik kanuni bir ceza hükmündedir. Ancak buradaki "ceza" ile kastedilen Ceza Hukukundaki veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 179. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu 158. maddesi) anlamında bir ceza olmayıp, tamamen bir özel hukuk cezasıdır, diğer bir deyişle "medeni ceza"dır (Öztan, s. 649). Bu itibarla FSEK'in 68. maddesi gereğince mütecevize bedelin üç katı "medeni ceza" ödetilerek hem mütecevizin haksız davranışlarının sonuçlarına katlanması hedeflenmekte, hem de tecavüzün izlerinin tamamen silinmesi sağlanmaktadır (Tekinalp, s. 319)" – Legalbank). Buna dayalı olarak Yargıtay tarafından, uygulamada telif tazminatı olarak nitelendirilen m. 68 kapsamındaki bedel talebinin maddi tazminattan ayrıldığı ve iki maddeden yalnızca birine dayalı hüküm kurulduğu görülmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:7.2.2019, E:2017/11-6, K:2019/85: "Mali haklara tecavüz hâlinde ref

oluşturulmaya çalışılmasına rağmen böyle bir sonuç doğmayacak, işi görenin toplamda elde ettiği menfaat tutarında (ayrı taleplere dayansa da) bir değer iş sahibine verilmesiyle yetinilecektir^{30,31}. Oysa işi

yöntemlerini belirleyen ve özel bir hüküm olan FSEK'in 68. maddesi gereğince açılacak "bedel" davası kusurlu davranış unsuru aranmadan açılan bir dava olup, haksız fiil sebebiyle açılan tazminat davalarıyla karıştırılmamalıdır. Zira mali haklara tecavüz halinde kusurlu davranış unsuruna bağlı olarak ve haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde açılacak maddi tazminat davası FSEK'in 70/2. maddesinde düzenlenmiştir. FSEK'in 68. maddesine dayanılarak açılan bir davada ayrıca FSEK'in 70/2. maddesi gereğince maddi tazminat talep edilmesi mümkün değildir (Öztan, s. 650)"; ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2014/15975, K:2015/1062 – Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Fakat Yargıtay'ın hatalı bir biçimde iki talebin beraber istenememesinin nedenini, her ikisinin de maddi tazminata dayalı istem olarak gördüğü kararları bulunmaktadır (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:20.6.2013, E:2011/10670, K:2013/12925: "Mahkemece, davacının maddi tazminat isteminin 5846 sayılı FSEK. 68. ya da 70/2. maddelerinden hangisine dayalı olarak talep edildiği hususu açıklattırılmaksızın yazılı şekilde 40.000 TL maddi tazminatın kabulüne karar verilmiştir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)) Öncelikle, telif tazminatı olarak nitelendirilen FSEK m. 68'deki üç kat bedel istemi teorik olarak bir tazminat değildir, dolayısıyla hakkı ihlal edenin kusuru aranmaz ve zararın ispatı gerekmez. Kanaatimizce de aynı anda hem FSEK m. 68'e hem de m. 70/2'ye dayalı talepte bulunulamamalıdır. Çünkü maddi tazminat talebindeki temel amaç uğranılan maddi zararın giderilmesidir. FSEK m. 68'e dayalı üç kat bedel isteminde bulunulduktan sonra (ki kanaatimizce burada hala m.70/3'e dayalı menfaat devri söz konusu olabilecektir) kişinin zararı giderileceğinden maddi tazminat davası söz konusu olmamalıdır. Burada seçim hakkı davacıda olmalıdır. Kusur ve zararın ispatı gerekmediğinden m. 68'e dayanmak onun daha lehine görünse de FSEK m. 70/2'ye dayalı olarak talep edilebilecek miktar daha fazla ise yani kişinin uğradığı maddi zarar onun alabileceği telif tazminatından fazlaysa m. 70/2 hükmüne de dayanılabilir.

³⁰ Bu durumda m. 70/3'te, m. 68'teki bedelin indirileceğine dair bir düzenleme olmasaydı iş sahibi araçların mülkiyetini alacak bunların değerini işi görene ödeyecek en son da elde edilen net kazancın tamamının kendine devrini isteyecekti. Sonuç olarak bir fark olmasa da bedelin indirileceğinin düzenlenmesiyle daha hızlı hareket imkânı tanınmıştır. Böylece iş sahibi önce ödeme yapan sonra da ödeme yapılan kişi olmak yerine sadece bir defa karşı tarafın elde ettiği menfaatten ona ödemesi gereken bedel harici değeri elde edebilecektir.

³¹ Sadece iş görenin elde ettiği menfaatin iş sahibine devrinin sağlanmasıyla yeterince caydırıcı bir etki doğmayacaktır. Nitekim devre konu menfaat net kazançtır, yani iş sahibi yapmış olduğu masrafları elde ettiği toplam gelirden düşürecektir. Yalnızca hukuka aykırı fiil nedeniyle elde edilen kazancın devrinin sağlanması halinde aslında iş sahibi çok da olumsuz bir pozisyonda olmayacaktır. Fakat elde ettiği menfaatin devrinin yanında ayrıca iş sahibiyile sözleşme yapsaydı ona ödeyeceği bedelin üç katını ödemek zorunda

görenin sadece ilgili hakkı istismar etmesi suretiyle elde ettiği menfaatin devri ile yetinilmemeli ayrıca onun malvarlığından daha fazla bir değer eksilmesi sağlanmalıdır ki ihlalin görece kolay olduğu fikri ve sınai haklar alanında yeterli caydırıcılık ve koruma sağlanabilsin.

Fikri haklar bakımından FSEK m. 68'de tecavüzün refi davası düzenlenirken sınai haklar bakımından da SMK m. 149/1'de ref davası düzenlenmiştir. Her ne kadar SMK'da menfaat devri tazminat davasına bağlı olarak düzenlenmiş olsa da ref davası ile menfaat devri arasındaki ilişkinin de ayrıca incelenmesi gerekecektir. SMK m. 149/1-d ve e bentleri uyarınca sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan bir kimse, tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması ve bu ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. FSEK m. 68/2 hükmüne benzeyen bu düzenleme uyarınca ilgili eşyalar üzerinde mülkiyet hakkı kazanan hak sahibinin, karşı tarafın tecavüz sonucu elde ettiği menfaati kendine devrini istemesi halinde ilgili eşyaların değeri, devri istenen menfaatten düşürülecektir. Eğer eşyaların değeri daha fazla ise bu durumda da aşan kısım hak sahibine geri ödenir. Örneğin markanın istismarı sonucu 200.000 TL'lik bir menfaat elde edilmiş; bahsi geçen eşyaların değeri 100.000 TL ise hak sahibi bu eşyalar üzerinde mülkiyet hakkını elde ederse ayrıca menfaat devrine konu olacak tutar 100.000 TL olacaktır. Eğer eşyaların değeri 300.000 TL ise de 100.000 TL'lik kısım hak sahibi tarafından tecavüzü gerçekleştirilene verilecektir. Çünkü bu durum iş sahibinin uğradığı zarar üzerinde etki doğuracaktır.

III. İSPAT

İspat yükü, iddia olunan bir vakıanın ispatlanamaması durumunda hâkimin vereceği kararın hangi taraf aleyhine olacağını belirlemek amacıyla kullanılan bir kavramdır³². İspat yükünün kimde olduğuna dair genel kural, TMK m. 6 hükmünde, *"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."* şeklinde düzenlenmiştir. Aynı konuyu düzenleyen HMK³³ m. 190/1 hükmüne göre ise, *"İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir."* Bu düzenlemelerden açıkça görüldüğü üzere, herhangi bir vakıadan kim kendi lehine hak çıkaracaksa, diğer bir deyişle kim kendi hakkını o vakıaya bağladıysa o kişi ilgili vakıayı ispat külfetine sahip olur.

Bu kurallardan yola çıkmak suretiyle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri talebinde bulunulabilmesi için kural olarak iş sahibinin bazı hususları ispatlaması gerekecektir. FSEK bakımından bu hususlar, kişinin kendi lehine başkasına ait bir işi yetkisiz olarak gördüğü ve bunun sonucunda iş sahibinin bir hakkının ihlal edildiği, bu nedenle bir menfaatin temin edildiği ve işi görenin kötüniyetli olduğudur. Fakat gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri talebinde iş sahibinin uğradığı zararı ispatlaması gerekli değildir. Nitekim menfaat devri talebi zarardan bağımsızdır. SMK bakımından ise menfaat devri talebi bir tazminat olarak ele alındığından hukuka aykırı fiilin, kusurun, zararın ve uygun illiyet bağının ispatı gerekmektedir.

İş sahibine ait bir işin, işi gören tarafından hukuka uygun bir şekilde yapıldığını kabul için, işi görenin bu konuda yetkisinin olması gereklidir.

kalmak, asıl caydırıcı etkiyi gösterecek ve onu bir daha böyle bir fiili gerçekleştirmekten alıkoyacaktır. Dolayısıyla sözleşme yapılmış olsaydı istenecek olan bedelin üç katının devre konu menfaatten indirilmesi kanaatimizce kanunun ruhuna bağdaşmaz.

³² Atalay, Oğuz "S 14": Hakan Pekcanitez & Muhammet Özkes & Mine Akkan & Hülya Taş Korkmaz (editörler) (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 1693.

³³ R.G. Tarihi: 4.2.2011, R.G. Sayısı: 27836, Kabul Tarihi: 12.1.2011.

Örneğin bir eser çoğaltılırsa, bu fiilin ruhsat sahibi bir kişi tarafından yetkisi sınırları içerisinde yapılması halinde hukuka uygun olduğundan söz edilir. Dolayısıyla başkasına ait bir hakkın kişinin kendi lehine kullanılabilmesi için yetkisinin bulunması şarttır. Fikri bir hakkın sahibi, üçüncü bir kişinin kendi hakkını istismar ettiği iddiasıyla açtığı bir davada o, ilk olarak hak sahipliğini ve istismar durumunu ispatlamalıdır. Fakat FSEK m. 76/2 uyarınca: “*Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.*” İlgili maddeden açıkça görüldüğü üzere, iş sahibi iddiasının doğruluğu hakkında hâkim nezdinde yeterli kanaat oluşturduktan sonra, işi görenin davaya konu hakkı, Kanun’da öngörülen izin ve yetkileri aldıktan sonra kullandığını ispatlaması gerekir³⁴. Bunun ispatlanmaması halinde söz konusu kullanımın hukuka aykırı olduğu sonucu doğacaktır. Yani burada, sübjektif ispat yükünün (delil ikame yükünün³⁵) yer değiştirdiğinden söz edilebilecektir³⁶.

³⁴ Burada davacı bakımından yaklaşık ispat, davalı bakımından da tam ispat aranmaktadır (Muhammet Özkes, “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2005/1, s. 84 vd.).

³⁵ Delil ikame yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımı bu faaliyete zorlanmak değil, ulaşılmak istenen hedefe ulaşmama ya da yükü taşıyan kişi aleyhine karar verilmesidir (Atalay, s. 1708). Delil ikame yükü yerine getirilmesine rağmen deliller vakianın ispatında yeterli olmazsa hüküm delil ikame yükünü değil (objektif) ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf aleyhine verilirken; delil ikame yükünü taşıyan taraf söz konusu delilleri getirmese hüküm onun aleyhine verilecektir (Özkes, s. 82). Objektif ispat yükü maddi hukuk kurallarına dayanakta ve yükün kimin üzerinde olduğu hâkim takdirine bağlı olarak değil ya doğrudan kanun tarafından ya da lehine hak çıkarma kuralından belli olmaktadır (Özkes, s. 83).

³⁶ Yargı kararlarında da FSEK m. 76/son ile ispat yükünün tersine çevrildiğinin kabul edildiği belirtilmiştir. AYM,

Kısacası FSEK m. 76/2 hükmüne göre davacı hakkının doğruluğu hakkında mahkemede kuvvetli kanaat oluştursa bu durumda davalı taraftan bazı delilleri getirmesi istenebilir. Yani davanın başında tıpkı objektif ispat yükü gibi sübjektif ispat yükü de davacı üzerinde olmasına rağmen o, iddiasını hâkimde yeterli kanaat oluşturacak şekilde ispat ettikten sonra sübjektif ispat yükü davalıya geçecektir. Davalının üzerine düşen sübjektif ispat yükünü yerine getirmemesi halinde Kanun’da onun aleyhine bir karine oluşacağı düzenlenmiştir³⁷. Aslında bu karine düzenlenmemiş olsaydı dahi davalı taraf, üzerine düşen yükü yerine getirmediğinden kendi aleyhine verilecek karara katlanacaktı. Dolayısıyla karine bu durumu daha bariz hale getirmiştir. Fakat bununla beraber ilgili karine ile bir adım daha ileri gidilerek tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğu sonucuna varılmıştır. Buradaki “tüm” ifadesinden, bir meslek birliğine üye tüm ilgili eser sahiplerinin meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserleri bakımından mı yoksa tespiti konu eserlerin sahiplerinin o meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserler bakımından mı yoksa sadece tespiti konu olan tüm eserler bakımından mı haksız kullanım sonucunun doğacağı belli değildir³⁸. Kanaatimizce

T:28.2.2013, E:2012/133, K:2013/33 (R.G. Tarihi: 12.7.2013, R.G. Sayısı: 28705, Kabul Tarihi: 11.1.2011): “*Kanun koyucu korsan mal ticareti ile etkin mücadele edebilmek amacıyla 5846 sayılı Kanun’da bazı değişiklikler yapmıştır. Bu kapsamda yapılan değişikliklerden olan itiraz konusu kural, davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükünü tersine çevirmektedir.*”; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:14.2.2018, E:2017/65, K:2018/205. “*FSEK’nin 76’ncı maddesinde getirilen bu karine ile davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükünü tersine çevirmektedir.*”; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.2.2006, E:2005/1397, K:2006/1372: “*(...)bu husus üzerinde durulmaksızın ve ispat yükü ters çevrilerek, davacıya yüklenip, sadece yayınlandığı belirlenen bir kısım fonogramlar bakımından davanın kabulü, diğerleri bakımından davanın reddi, eksik incelemeyle dayalı olup, doğru görülmemiştir*” ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2003/14404, K:2004/10751 (bahsi geçen tüm kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁷ Bu maddedeki karinenin dayanağı madde gerekçesine göre TRIPS m. 43/2’dir.

³⁸ Örneğin bir icracı sanatçının bir kısım eserlerinin kullanılmakta olduğu tespit edilirse;

- İlk olarak, korunmakta olan eserleri kullananların, FSEK'te öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eserlerin listelerini sunmama halinde o meslek birliğine üye tüm icracı sanatçıların meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserlerinin haksız kullanılmakta olduğu kabul edilebilir (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin, T:26.9.2008, E:2006/120, K:2008/223 kararı bu doğrultuda olmakla beraber Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:2.5.2011, E:2009/12371, K:2011/5325 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) kararı ile bozulmuştur. Ayrıca bkz. Bozbel, Savaş (2013) "Yargıtay 11. HD.'nin FSEK m. 76/son ile ilgili E. 2009/12371; K. 2011/5325, T. 02.05.2011 Kararı (YKD Ocak 2013, s. 59 vd." Uluslararası Antalya Üniversitesi HFD, S:1, s. 119 vd.)).
- İkinci olarak korunmakta olan eserleri kullananların, FSEK'te öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eserlerin listelerini sunmama halinde ilgili icrası sanatçı ya da sanatçıların meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserlerinin haksız kullanılmakta olduğu kabul edilebilir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:14.2.2018, E:2017/65, K:2018/205: "Zira FSEK'nin 76'ncı maddesi uyarınca davacının sunduğu deliller meslek birliğine kayıtlı tüm yapımcılara ait fonogramların kullanıldığına karine oluşturmayacağı, sadece tespiti konu fonogram yapımcısının birliğe takip yetkisi verdiği tüm fonogramların kullanımına karine oluşturacağı kabul edilmelidir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:2.5.2011, E:2009/12371, K:2011/5325; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:27.1.2005, E:2004/3820, K:2005/386; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:23.12.2004, E:2004/13432, K:2004/12777; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:23.1.2006, E:2005/553, K:2006/381; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:10.12.2004, E:2004/2426, K:2004/12189, bütün bu kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).
- Üçüncü olarak da ilgili icracı sanatçı ya da sanatçıların tespiti konu eserlerinin haksız kullanılmakta olduğu kabul edilebilir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:31.5.2011, E:2009/13653, K:2011/6640: "Ancak, mahkemenin hükme esas aldığı ve davacı meslek birliğinin dayandığı kendisi ile sözleşme yapılmış olsa idi isteyebileceği bedele ilişkin tarife, davacının mali haklarına sahip olduğu tüm müzik eserlerinin davalıya ait işyerinde 1 yıl boyunca kullanılmasına ilişkin olup, somut olayda, davalıya ait işyerinde davacının mali haklarına sahip olduğu 2 müzik eserinin çalınmış olmasına göre tazminat hesaplamasının sadece bu iki müzik eserine yönelik yapılması gerekmektedir"; Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin, T:2.10.2003, E:2002/152, K:2006/1372 kararı bu doğrultuda olmakla beraber Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.2.2006, E:2005/1397, K:2006/1372 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) kararı ile bozulmuştur).

Öncelikle m. 76/son hükmü ile sübjektif ispat yükünün yer değiştirmemesi halinde haksız kullanım iddiasında bulunan meslek birliği bu iddiasını ispatlamalıydı. Şöyle ki meslek birliğinin ilgili mali haklara dair takip yetkisini, karşı tarafın eserleri kullandığını ve bu kullanımın hukuka aykırı olduğunu ispatlaması gerekirdi. Fakat söz konusu madde hükmü uyarınca meslek birliğinin iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yetecek delil sunması halinde sübjektif ispat yükü davalıda olacak ve onun kullanımının hukuka uygun olduğunu ispatlaması veya kul-

landığı eserlerin listesini sunması gerekecektir. Aksi halde davalı aleyhine bir karine gündeme gelecektir. Bu karine ile nasıl bir hukuki sonucun doğacağı son cümledeki "tüm" ifadesinden doğmaktadır. İlk olarak buradaki tüm ifadesiyle tespiti konu eserin sahibinin yanı sıra meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verilmiş bütün eser, fonogram, icra, film ve yayınların sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varmak hükmün amacını haddinden fazla aşacaktır. Kanaatimizce üzerinde durulması gereken ihtimaller, sadece tespiti konu eserler bakımından mı yoksa tespiti konu eserlerin sahiplerinin meslek birliğine takip yetkisi verdiği tüm eserleri bakımından mı bir haksız kullanımın söz konusu olduğudur. İlk olasılık esas alındığında m. 76/son hükmü ile davacı lehine sadece, kullanımın hukuka aykırı olduğunu ispat külfetinden kurtulmasının sağlandığı sonucuna varılacakken, ikinci olasılığın esas alınması halinde kullanımın hukuka aykırı olduğunu ispat külfetinden kurtulmanın yanı sıra diğer eserler yönünden de muhtemel bir tecavüzün önleneyeceği (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.02.2006, E:2005/1397, K:2006/1372- Legalbank) de kabul edilecektir. Kanun koyucunun böyle bir hükmü ihdas etmekteki amacı, fikri bir hakkı istismar edilen eser sahibi veya onun takip yetkisi verdiği meslek birliğine ispat kolaylığı sunmak suretiyle onların daha fazla mağdur olmasının önüne geçmektir. Tüm ifadesi ile sadece tespiti konu eserler bakımından bir ihlalin olduğunu kabul etmek hükmün amacını haddinden fazla daraltacak ve eser sahibine istenen koruma sağlanmamış olacaktır. Çünkü eser sahibine ait bazı eserler üzerindeki hakkın istismar edilmesi tespiti konu olmasa dahi tespit edilmiş tecavüzler diğer eserler üzerindeki hakların da istismar edildiği ihtimalini güçlendirmektedir. Bununla beraber tüm kelimesi ile davalının, meslek birliğine üye olan eser sahiplerinin tamamının bütün eserleri üzerinde haksız bir kullanımı olduğu sonucuna ulaşmak ise hükmü haddinden fazla genişletecektir. Bu durumda korunmak istenen eser sahibinin haksız kazanç elde etmesinin önü açılacaktır. Oysa m. 76/son hükmü yorumlanırken tespiti konu eser sahibinin meslek birliğine takip yetkisi verdiği bütün eserlerinin söz konusu olduğunun kabul edilmesi hem eser sahibini koruma işlevi görürken hem de hükmün istismar edilmesinin önüne geçmektedir. Nitekim m. 76/son hükmü ile getirilen ispat kolaylığının yanı sıra eser üzerindeki bir hakkın istismar edilmesi halinde eser sahibine tanınan m. 68 kapsamındaki talepler, m. 70 kapsamındaki maddi/manevi tazminat özellikle de menfaat devri yaptırımlarıyla da eser sahibi korunmaktadır. Ayrıca belirli konseptte sahip bir oluşumda meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu tüm eserlerin haksız bir şekilde kullanıldığı sonucuna ulaşmak gerçeklikten de uzaktır. Örneğin belirli tür şarkıların çalışıldığı bir lokasyonda o tür şarkıları icra eden bir icracının bütün eserleri bakımından haksız kullanım sonucuna varmak mümkün olmakla birlikte tamamiyle farklı türden şarkıların da haksız kullanımı olduğu sonucuna varmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kanun koyucunun iradesine aykırı bir şekilde hakları istismar edilen eser sahibini koruma çabası olmakla birlikte, yine o eser sahibine haksız bir kazanç sağlama amacı güttüğünden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla kanaatimizce m. 76/son'daki karinenin uygulama alanı bulduğu olaylarda haksız kullanımın tespiti konu eserleri icra eden sanatçı ya da sanatçıların meslek birliğine mali haklarını takip yetkisi verdikleri tüm eserlerinin

burada amaca göre daraltıcı bir yorumla tespiti konu eserlerin sahiplerinin o meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserler bakımından haksız kullanımın olduğu neticesine varılmalıdır.

Son olarak, söz konusu maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine itiraz edilmiştir³⁹. İlgili başvuruda itiraz konusu kuralın ispat yükünü eser sahipleri lehine ters çevirmekle ölçülülük prensibini ihlal ettiği, davanın taraflarından birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşürmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, öncelikle fikri ve sınai haklar alanında ihlallerin kolayca gerçekleşebilir olması ve denetimdeki zorluk nedenleriyle bir ispat kolaylığı getirildiğinden söz etmiştir. Hukuk devletinin sınırları içerisinde Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla, kanun koyucunun ispat usullerini belirlemede takdir yetkisine sahip olduğu bu nedenle korsan mal ticaretiyle etkin mücadele için ispat yükünün tersine çevrildiği ancak burada yer edinen karinenin aksinin ispatının da mümkün olduğu belirtilmiştir. Son olarak itiraz konusu kuralla kanun koyucunun fikri ve sınai hakların ihlalini caydırmaya ve söz konusu hakları koruma altına almaya yönelik bir düzenleme yaptığı ifade edilerek iptal istemi reddedilmiştir.

Sınai haklar bakımından ise hakkın sahibinin, tazminat talebi için hukuka aykırı fiilin ispatlanması gerekmektedir. FSEK m. 76/2'den farklı olarak, SMK'da hukuka aykırı fiilin ispatına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada genel ilkelerin geçerli olduğu söylenebilecektir.

İkinci olarak kusurun ispatı gerekir. Kusurdan kasıt kötü niyettir, zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden söz edilebilmesi için işi görenin kötü niyetli olması gerekmektedir⁴⁰. Başkasına ait fikri

veya sınai bir hakkı yetkisiz bir şekilde kullanıp bundan menfaat temin eden kişinin kötü niyetli olduğu kabul edilebilecektir. Nitekim kötü niyet iş görenin, başkasının işini kendi yararına görürken durumu bilmesi veya bilmesi gerekmesidir. Başkasının hakkını izinsiz olarak kullanıp bundan menfaat elde eden birinin durumu bilmesi dahi bilmesi gerekmektedir. Hele de korumanın çok geniş olduğu fikri ve sınai haklar alanında başkasının emeği üzerinden menfaat sağlanmasının serbest olmadığı çok daha barizdir. Dolayısıyla kural olarak işi görenin, başkasına ait bir işi kendi menfaatine gördüğünü bilmesinin gerektiği dolayısıyla da kötü niyetli olduğu sonucuna varılmalıdır. İş görenin bunun aksini iddia etmesi durumunda ise iddiasını ispatlaması, onun üzerine düşen bir yüküdür. Kısacası kusurun ispatı bakımından ispat yükünün yer değiştirdiği kabul edilmelidir. Kötü niyetin varlığı karine gereği kabul edilmeli ve aksini iddia eden bu iddiasını ispatlamalıdır. Nitekim OR 2020 Art. 69'da da bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. İlgili hükme göre, bir kişi başkasına ait hukuken korunan bir hakkı ihlal eder ve bundan bir menfaat elde ederse başkasının hakkını ihlal ettiğinin farkında olmadığını veya farkında olması gerekmediğini ispat etmedikçe kazancı tamamen veya kısmen hak sahibine vermelidir⁴¹.

Kusurun ispatı konusunda SMK bakımından da aynı durum söz konusu olmalıdır. Nitekim menfaat devri bir maddi tazminat davası olarak düzenlense de burada aslında başkasının iradesine aykırı olarak kişinin kendi lehine menfaat elde etmesi bulunduğu, işi görenin kötü niyetli olduğu karine gereği kabul edilmelidir. Tabi bu karine bir adi karine teşkil ettiğinden aksinin ispatı mümkün olabilecektir.

haksız kullanıldığı sonucuna varılmalıdır. Yani hükmün amaca göre dar yorumlanması gerekmektedir.

³⁹ AYM, T:28.2.2013, E:2012/133, K:2013/33 (R.G. Tarihi: 12.7.2013, R.G. Sayısı: 28705, Kabul Tarihi: 11.1.2011).

⁴⁰ Nisbi bir hakkın ihlali halinde iş sahibinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yerine sözleşmeye aykırılığa dayan-

ması durumunda karşı tarafın kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir.

⁴¹ İlgili hükmün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki (ZGB Art. 3/ TMK m. 3) iyiniyete dair ispat yükünü tersine çevirdiğine dair bkz. Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.9 (Baş Süzel, s. 53'ten naklen)

Üçüncü olarak FSEK kapsamında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı, SMK kapsamında ise maddi tazminat davasına dayalı devri talep edilen kazancın ispatlanması gerekmektedir. Fakat bu kazanca dair tüm belge ve bilgiler işi görenin sahasında olduğundan iş sahibinin karşı tarafın elde ettiği kazancı ispatlaması ciddi manada zorluk taşımaktadır. Bu nedenle SMK m. 150/3 gereğince hak sahibi, sınai hakkının ihlali nedeniyle açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Diğer bir ifadeyle SMK m. 151/2-a, b ve c hükümleri gereğince yoksun kalınan kazancın hesabında karşı taraftan gerekli belgeler istenebilecektir. Fakat ilgili maddenin a ve c bentlerinden farklı olarak b bendinde esasında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan bir talep bulunduğundan m. 150/3 hayati bir rol üstlenebilecektir. Nitekim a ve c bentleri uyarınca yoksun kalınan kazancın hesabında ihlali gerçekleştirene yönelik bu denli bir bağlılıktan söz edilemeyecektir. Oysa b bendinde düzenlenen miktarın hesabı tamamen ihlali gerçekleştiren ile alakalı olduğundan ondan belge getirmesi istenmeksizin gerçek kazancın tam olarak hesaplanması imkânsız veya çok güç olacaktır. Dolayısıyla bu maddenin menfaat devri bakımından büyük kolaylık getirdiği açıktır. Belge getirmekle yükümlü iş görenin bu belgeleri getirmemesi halinde nasıl bir hukuki sonucun doğacağı maddede düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durumda HMK m. 219-220 hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır⁴².

FSEK'te kazancın hesaplanmasında ihlali gerçekleştirenden belge talebine imkân sağlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın uygulaması ile doktrindeki baskın görüş TBK m. 50-52 (OR Art. 42-44) hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği

yönündedir⁴³. Bu durumda hâkim somut olayın şartlarını göz önünde bulundurmak suretiyle belli bir meblağı takdir edecektir⁴⁴.

Kazancın ispatı hususunda son olarak şu hususa da değinilmelidir. Elde edilen kazanç, yetkisiz bir şekilde görülen işten kaynaklanmalıdır. Diğer bir ifadeyle işi görenin, iş sahibine ait bir işi onun iradesine aykırı olarak görmesi ve elde edilen menfaat arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bu kapsamda örneğin elde edilen kazançla alınan piyango biletinin isabet ettirmesi sonucu fahiş bir kazanç elde eden iş görenden elde ettiği bu kazanç menfaat devri kapsamında istenememelidir.

Netice itibarıyla FSEK m. 70/3'e dayalı talep bakımından kişinin başkasına ait bir işi yetkisi olmaksızın gördüğü, bu iş görme sebebiyle bir menfaat elde ettiği ve menfaat elde edenin kötü niyetli olduğu (karine gereği bulunmaktadır) ispatlanmalıdır. Elde edilen menfaat hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen fiilin sonucu olmalıdır. SMK bakımından ise bir maddi tazminat talebi bulunduğundan hukuka aykırı fiilin, kusurun, zararın ve uygun illiyet bağının ispatı gerekir.

IV. ZAMANAŞIMI

Karşılıklı talepler açısından nasıl bir zamanaşımının belirlenmesi hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazar gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı talebin yalnızca iş sahibi bakımından söz konusu olabileceğini kabul

⁴² Aynı yönde bkz. Güneş, s. 309.

⁴³ Arkan Akbıyık, s. 48-49; Baş Süzel, s. 290 vd.; Atlan Kazan, s. 169; Uzunallı, s. 399 vd.; Demirbaş, s. 204; Ercoşkun Şenol, H. Kübra (2018) "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görenin Sistematiği Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, S:4, C:XXII, s. 48, yazara göre hakim, caydırıcılığı önleyecek miktarda indirim yapmaktan kaçınmalıdır. OR 2020 Art. 70/1'e göre, bir menfaat elde edildiğini hak sahibi ispatlamalıdır. Art. 70/2'ye göre ise elde edilen menfaat tam olarak ispat edilemiyorsa değer, mahkeme tarafından olayların olağan akışına göre belirlenecektir. Art. 71 uyarınca da elde edilen menfaatten, bunun temini için yapılan makul ve ispatlanmış harcamalar düşürülecektir.

⁴⁴ Hâkim, bilirkişiye de başvurabilir.

etmektedir⁴⁵. Fakat diğer bir görüşe göre ise hem iş sahibinin hem de iş görenin talepleri gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde olmalıdır⁴⁶. Doktrinde ileri sürülen görüşleri sistematik bir şekilde aktarabilmek adına iş sahibi ve iş görenin talepleri açısından geçerli olan zamanaşımı sürelerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş sahibinin talepleri bakımından yazarların bazıları⁴⁷ TBK m. 147 hükmü uyarınca vekâlet sözleşmesinden doğan borçlar için geçerli olan zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul ederken, bazıları⁴⁸ TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olması gerektiğini düşünmektedir. Farklı bir görüşe göre⁴⁹, iş sahibinin talepleri açısından haksız fiillerde söz konusu olan zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Yavuz / Acar / Özen'e göre ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar TBK m. 72 veya TBK m. 82 hükümlerine kıyasen 2 yıllık kısa zamanaşımı süresine tabi olmalıdır⁵⁰.

İş görenin talepleri açısından nasıl bir zamanaşımı süresinin geçerli olduğu mevzuu da doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar⁵¹ iş görenin talepleri açısından sebepsiz zenginleşmede söz konusu olan zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul ederken, kimi yazarlar⁵² da iş görenin masraf talebinin de haksız fiiller için geçerli olan zamanaşımı süresine tabi olması gerektiğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce öncelikle şu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yetkisiz bir şekilde başkasına ait bir işin görülmesi durumunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yanında haksız fiil veya sözleşmeye aykırılığın da gündeme gelmesi mümkündür. Talebini hangi hukuki temele dayandıracığı iş sahibinin seçimine bağlıdır. İş sahibinin haksız fiil esaslarına ya da sözleşmeye aykırılığa dayanması halinde TBK m. 72 ve TBK m. 146 veya 147'nin gündeme geleceğinde bir şüphe duyulmamalıdır. Fakat talep gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanmaktaysa somut olayda buna uygulanacak zamanaşımının belirlenmesi gerekecektir. Nitekim kanaatimizce gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayrı bir borç kaynağıdır⁵³. Dolayısıyla da bu iki durum birbirleriyle karıştırılmamalıdır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından kanunda özel bir zamanaşımı süresi düzenlenememiştir. Özel bir düzenlemenin olmaması nedeniyle de haksız fiillerde zamanaşımına dair hükümlerin doğrudan olmasa bile kıyasen uygulanması veya TBK m. 146 hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresinin varlığı düşünülebilecektir. Kanaatimizce iş sahibinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan alacağı TBK m. 146 hükmü gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır. Zira ilgili madde kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacağın 10 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiğini ifade etmiştir.

⁴⁵ Arkan Akbıyık, s. 57-58.

⁴⁶ Baş Süzal, s. 130.

⁴⁷ Hatemi, § 11 N 47.

⁴⁸ Baş Süzal, s. 136; Bozgeyik, Hayri (2019) Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 233; Suluk, Cahit & Karasu, Rauf & Nal, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 146. Yargıtay'ın 4.6.1958 tarihli İBK'sında da bu sonuca varılmıştır. İlgili kararda bu husus şöyle ifade edilmektedir: "Borçlar Kanununun 414 üncü maddesine dayanan alacaklar ise Borçlar Kanununun 125 inci maddesinde gösterilen müruruzamana tabi olacaklarından (...)" (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, T:4.6.1958, E:1958/15, K:1958/6 – Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁹ Tekinalp, § 20 N 99; Demirbaş, s. 225; Arkan Akbıyık, s. 59; Öztan, s. 680; Tandoğan, Halûk (2010) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul, Vedat, s. 683; Kılıçoğlu, Ahmet (2002) "Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı" Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, s. 390 vd. Doktrinde bir kısım yazar, menfaat devri talebini özel olarak ayrıca ele almaksızın markaya tecavüz halinde doğacak tazminat davalarında aynı sonuca varmaktadır (Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arkan, s. 313; Güneş, s. 357).

⁵⁰ Yavuz, Cevdet & Acar, Faruk & Özen, Burak (2018) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul, Beta, s. 751.

⁵¹ Arkan Akbıyık, s. 60; Demirbaş, s. 226; Küçükali, s. 69.

⁵² Tandoğan, Borçlar Özel, s. 683.

⁵³ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi ayrı bir borç kaynağı olarak gördüğümüzden de lege ferenda Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden menfaat devri talebi bakımından da kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu talep 10 yıl içerisinde ileri sürülmediyse zamanaşımına uğramalıdır. Doktrinde Baş Süzel'in de haklı bir şekilde belirttiği gibi TMK m. 2 hükmü karşısında 10 yıllık sürenin çok uzun olduğu, dolayısıyla da istismar edilmeye müsait olduğuna dair endişe de bertaraf edilebilecektir⁵⁴.

Menfaat devrinin bir tazminat olarak düzenlendiği SMK için de aynı sonuca varılmalıdır. Çünkü SMK m. 157 hükmü uyarınca; "*Sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.*" Açıkça görüldüğü üzere zamanaşımı bakımından burada da özel bir süre düzenlenmemiştir.

İş görenin masraf talebi açısından ise sebepsiz zenginleşmeye dair zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre bir fikri veya sınai hakkın ihlali nedeniyle menfaat devri söz konusu olduysa işi gören 2 ve 10 yıllık süreler içerisinde, yaptığı masrafları talep edebilecektir.

SONUÇ

Kişinin bir işi yetkisiz bir şekilde, iş sahibinin iradesine aykırı olarak kendi menfaatine görmesi halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme çeşitli özel görünüm biçimlerine sahiptir ki bunlardan biri de fikri ve sınai hakların istismar edilmesi durumudur. Bu duruma dair hem FSEK hem de SMK'da hüküm bulunmaktadır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sonucu olarak menfaat devri talebi gündeme gelmektedir. Menfaat devri talebi FSEK'te tazminat davalarından ayrı olarak düzenlenmekle beraber SMK'da yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir alternatif olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce

FSEK düzenlemesi daha uygundur. Ayrıca menfaat devri talebiyle beraber uğranılan zarar da telafi edileceğinden artık tazminat davaları gündeme gelmeyecektir meğerki uğranılan zarar elde edilen menfaatten daha fazla olsun. Ayrıca ref davası kapsamında birtakım eşyalara el konulduysa bunlar devre konu kazançtan indirilmelidir. Fakat kanaatimizce FSEK m. 68 kapsamındaki üç kat bedel istemi devre konu kazançtan indirilmemelidir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaatin devri halinde bazı hususların ispatı gerekir. FSEK m. 76/son gereğince iş sahibi iddiasının haklılığı hususunda hâkimde yeterli kanaati oluşturduktan sonra kullanımın haklılığını işi gören ispatlamalıdır. Kusurun varlığını karine olarak gördüğümüzden dolayı işi görenin kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir. Elde edilen menfaat, somut olay koşullarında TBK hükümleri ekseninde ve özellikle zararın belirlenmesine dair TBK m. 50/2 hükmüne göre belirlenecektir. Ayrıca elde edilen menfaatin de hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen fiilin sonucu olması gerekmektedir.

SMK'ya göre ise iş sahibi hukuka aykırı fiilin varlığını ispatlayacak ancak burada da kusurun varlığı karine gereği kabul edilecektir. Elde edilen menfaatin ispatı bakımından ise burada özel bir hüküm düzenlenmiştir. SMK m. 150/3 hükmü gereği hâkim ilgili belgelerin tazminat yükümlüsü tarafından getirilmesine hüküm verebilecektir. Son olarak SMK kapsamında da hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı aranacaktır.

Kanaatimizce, iş sahibinin menfaat devri talebi TBK m. 146 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine, iş sahibinin masraf talebi ise sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği 2 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir.

⁵⁴ Baş Süzel, s. 133.

KISALTMALAR LİSTESİ

Art. : die Artikel	m. : madde
AYM : Anayasa Mahkemesi	N : Numara
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch	OR : Obligationenrecht
bkz. : bakınız	R.G. : Resmi Gazete
BÜHFD : Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	s. : sayfa
C. : Cilt	S. : Sayı
c. : cümle	SMK : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
Çev. : Çeviren	SÜHFD : Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E : Esas	T : Tarih
FSEK : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu	TBB : Türkiye Barolar Birliği
HFD : Hukuk Fakültesi Dergisi	TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu	TCMB : Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı	TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
K : Karar	vd. : ve devamı
	ZGB : Zivilgesetzbuch

KAYNAKÇA

- Arkan Akbıyık, Azra (1999) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa.
- Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Atalay, Oğuz “§ 14”: Hakan Pekcanitez & Muhammet Özeker & Mine Akkan & Hülya Taş Korkmaz (editörler) (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Atlan Kazan, Hülya (2014) “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme” SÜHFD, S:2, C:2.
- Ayiter, Nüşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, S Yayınları.
- Baş Süzel, Ece (2015) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul, On İki Levha.
- Becker, Hermann (1993) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, M. 184-551, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayını No: 24.
- Beşiroğlu, Ahmet (2006) Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, Arıkan.
- Bozbel, Savaş (2013) “Yargıtay 11. HD.’nin FSEK m. 76/son ile İlgili E. 2009/12371; K. 2011/5325, T. 02.05.2011 Kararı (YKD Ocak 2013, s. 59 vd.” Uluslararası Antalya Üniversitesi HFD, S:1.
- Bozgeyik, Hayri (2019) Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Demirbaş, Ali (2015) Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, On İki Levha.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra (2018) “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, S:4, C:XXII.
- Erdil, Engin (2016) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat.
- Erel, Şafak N. (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin.
- Güleryüz, M. Tarık & Zorluoğlu Yılmaz, Ayça (2019) “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi” TBB Dergisi, S:141.
- Gümüş, Mustafa Alper (2012) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, Vedat.
- Hatemi, Hüseyin (1999) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz.
- Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan.
- Kılıçoğlu, Ahmet (2002) “Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı” Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara
- Kılıçoğlu, Ahmet (2008) “Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası” Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2017) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 3. Bası, Ankara, Turhan. (*Fikri Haklar*)
- Küçükali, Canan (2017) Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin.
- Muhammet Özeker, “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2005/1.
- Oğuzman, M. Kemal & Öz, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, İstanbul, Vedat.
- Özer, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanununun Neler Getirdi?, Ankara, Seçkin, s. 23; Güneş, İlhami (2018) Marka Hukuku, Ankara, Adalet.

Öztañ, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan.

Suluk, Cahit & Karasu, Rauf & Nal, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

Tandoğan, Halûk (1957) Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Tandoğan, Halûk (2010) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul, Vedat.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat.

Uzunallı, Sevilay (2012) Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, Adalet.

von Tuhr, Andreas (1983) Borçlar Hukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, § 13 N 1 vd.

Yasaman, Hamdi (2002) “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C:I, Beta.

Yasaman, Hamdi (2012) Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul, Vedat.

Yavuz, Cevdet & Acar, Faruk & Özen, Burak (2018) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul, Beta.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://legalbank.net/arama> (s.e.t. 16.11.2019)

<https://www.lexpera.com.tr/> (s.e.t. 16.11.2019)