

# Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme

## An Evaluation on the Validity of Ghostwriting Contracts and Punishability of Academic Ghostwriting

Emir Göka\* , Bedirhan Erdem\*\* 

### ÖZ

Başkasının adıyla yayınlanmak üzere eser yaratma faaliyeti olarak özetlenebilecek gölge yazarlık, birden fazla hukuk dalını ilgilendiren hukuki sorunları ve tartışmaları barındıran bir konudur. Bu çalışmada öncelikle gölge yazarlık kavramı açık bir biçimde ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Sonrasında Türk fikri mülkiyet hukuku, borçlar hukuku ve ceza hukukunda konuyla ilgili sorun ve tartışmalardan önemli bazılarına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. İlk iki alan bakımından özellikle manevi hakların devri ve gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği ele alınmıştır. Ceza hukuku bağlamında ise akademik gölge yazarlığın de lege lata ve de lege ferenda cezalandırılabilirliği değerlendirilmiş ve gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olup olmamasının FSEK m. 71/II'de düzenlenen suç bakımından rıza üzerindeki etkisi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Gölge yazarlık, eser sahibinin manevi hakları, manevi hakların devri, adın belirtilmesi hakkı, eser sahibi olarak tanınma hakkı, intihal, başkasına ait esere kendi eseri gibi isim koyma suçu, ceza hukukunda rıza, istihdam dolandırıcılığı, akademik belgelerde sahtecilik, dolandırıcılıkta zarar olarak tasarrufun boş çıkartılması.

### ABSTRACT

Ghostwriting, which can be summarized as the activity of creating a work to be published under someone else's name, is a subject that contains legal issues and discussions that concern more than one area of law. First, this study makes efforts to present a clear understanding of the concept of ghostwriting. Then, some important issues and discussions are evaluated under Turkish intellectual property law, law of obligations and criminal law. In terms of the first two areas, especially the transfer of moral rights and the validity of shadow authorship agreements are dealt with. In the context of criminal law, the effect of the ghostwriting agreements' validity on consent in terms of the crime regulated under Article 71/II of Law on Intellectual and Artistic Works is examined in detail, and accordingly, the punishability of academic ghostwriting is evaluated de lege lata and de lege ferenda.

**Keywords:** Ghostwriting, author's moral rights, transfer of moral rights, right of paternity, right of attribution, plagiarism, crime of presenting someone else's work as one's own, consent in criminal law, employment fraud, forgery in academic documents, thwarting of the disposal's purpose as loss in fraud.

\* İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-0129-1685

\*\* Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alman Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-8833-1757.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Emir Göka

**E-posta/E-mail:** emir.goka@bilkent.edu.tr, erdembed@hu-berlin.de

**Geliş Tarihi/Received:** 15.02.2022

**Kabul Tarihi/Accepted:** 28.06.2022

## I. İNCELEMENİN YÖNTEMİ VE KAPSAMI

Gölge yazarlık, başkasının adıyla yayınlamak üzere eser yaratma faaliyeti olarak özetlenebilir. Yazarlık ibaresiyle yerleşmiş olan kavramdan anlaşılanın aksine, bu faaliyet, yalnızca bilim ve edebiyat eserleri için değil, müzik, mimari, güzel sanat eserleri veya başka eserler için de yürütülebilir<sup>1</sup>. Bu çalışmanın konusu ilim ve edebiyat eserlerini tanımlayan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (bundan böyle “FSEK” olarak anılacaktır) m. 2/I-1’de “*herhangi bir şekilde ... yazı ile ifade olunan eserler*” ibaresiyle belirtilenlerden başlıcaları olan bilimsel eserler, edebiyat eserleri, kurgusal olmayan eserler, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinleriyle sınırlandırılmıştır. Ancak çalışmanın ceza hukukuyla ilgili bölümünde bunlardan sadece bilimsel eserler, yani akademik gölge yazarlık ele alınmıştır<sup>2</sup>. Çalışmanın genelinde, fikri mülkiyet hukukunu ilgilendiren eserlerin neredeyse tümünde yapıldığı üzere, karşılaştırmalı bir inceleme yapılması tercih edilmiş ve bunun için de konuyla ilgili birden fazla önemli monografi barındıran Alman, İsviçre ve Avusturya hukuku kaynakları seçilmiştir. Özellikle arz eden bazı konularda *common law* ve Fransız hukuku kaynaklarına da yer verilmiştir.

Çalışmanın ilk kısmında gölge yazar kavramı ele alınmış, bunun benzer kavramlarla ilişkisi ve farklılıkları ortaya koyulmuştur. Kavramla ilgili ana tartışmalar ayrıntılı olarak değerlendirilerek kavramın sınırları çizilmeye çabalanmıştır. Devamında gölge yazarın eser sahipliği incelenmiştir. Burada gölge yazarlık sözleşmesinin yapılmasıyla adın belirtilmesi hakkının *bir bütün olarak* devredilmiş olup olmayacağı sorunu da ele alınmıştır. Esas olarak gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğini ve hükümlerini ilgilendiren bu konunun öne alınmasının sebebi, gölge yazarın eser sahipliğinin açıklanabilmesi için bu konudaki tartışmalara değinilmesinin gerekli olmasıdır. Sonraki bölümde gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki niteliği ve tarafların yükümlülüklerine değinilmiştir. Ardından sözleşmenin geçerliliği iki aşamada incelenmiştir. İlk aşamada adın belirtilmesi hakkının *kullanımından feragatin* (veya *kullanımının* devrinin) *per se* sözleşmenin geçersizliğine yol açıp açmadığı değerlendirilmiştir. İkinci aşamada ise yukarıda sayılan her bir eser türü özelinde gölge yazarlık sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı, bu eser türleriyle ilgili tartışmalar üzerinden ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu başlığın sonunda, öğretilerde fazla tartışılmamış olması sebebiyle, gölge yazar kullanılmış eserleri konu edinen tüketici işlemlerinin geçerliliği konusunda da kısa bir değerlendirme yapılmıştır. Gölge yazarlık sözleşmesinin geçersiz sayıldığı durumlarda gerçekleşecek iade yükümlülüklerine, özellikle taşıması sebebiyle, yalnızca bilimsel eserler bağlamında yer verilmiştir. Sözleşmenin hükümlerine yeri geldikçe, özellikle II, C ve III’te değinilmiş, ancak bu konu ayrı bir başlıkta ele alınmamıştır.

Çalışmanın devam eden kısmında, sıklıkla bilim dolandırıcılığı (*Wissenschaftsbetrug*) olarak adlandırılan gölge yazarlığın cezalandırılabilir fiil niteliği<sup>3</sup> incelenmiştir. Bu inceleme iki aşamaya

1 Alessandra von Planta, *Ghostwriter* (Stämpfli 1998) 4; Ulrike Mielke, *Der Schatten und sein Autor: Eine Untersuchung zur Bedeutung des Ghostwriters* (Peter Lang 1995) 65 ff.; Cüneyt Bellican, *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2008) 75; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (On İki Levha 2012) 242-243.

2 Bu konu, para karşılığında tez veya diğer akademik yayınların ya da öğrenci ödevlerinin hazırlanması üzerinden sıkça kamuoyuna yansımaktadır ve Yüksek Öğretim Kurulu, yakın tarihte, bu faaliyette bulunanlarla ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğunu açıklamıştır. Bkz. <<https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2021/para-ile-odev-ve-tez-hazirlayan-ile-hazirlatanlara-suc-duyurusu.aspx>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2021.

3 Bu çalışma kapsamında “*strafrechtliches Unrecht*”, “ceza hukuku anlamında haksızlık” olarak değil, “*cezalandırılabilir fiil*”

ayrılmıştır. İlk aşamada, gölge yazarlığın cezalandırılabilir fiil niteliği, dolandırıcılık ve sahtecilik suçları yönünden *de lege lata* tartışmaya açılmıştır. Bu aşamada, bağlantılı olabilecek suçlar gölge yazarlık odağında değerlendirilmiş ve bu değerlendirme sırasında hangi durumlarda gölge yazarlığın suç oluşturabileceği önceden belirlenmeye çalışılmıştır. Yine burada FSEK m. 71/1-2’de düzenlenen “başkasına ait esere kendi eseri gibi isim koyma” suçu odağında ceza hukukunda rızanın hukuki niteliği ve suçu inceleme yöntemindeki yeri tartışılmıştır. İncelemenin ikinci aşamasında, gölge yazarlığa özgü suç tanımı öngören bir ceza normunun yaratılması gereksinimi *de lege ferenda* ele alınmıştır. İkinci aşamadaki tartışmanın hedefi, “*bilimsel dürüstlük’ cezaen korunmaya değer bir hukuki varlık mıdır*” sorusunun yanıtlanmasıdır. Bu soruya yanıt verebilmek için ilkin tek başına dürüstlüğün hukuki varlık niteliğine sahip olup olmadığı tartışılmış, sonrasında gölge yazarlık olarak adlandırılan faaliyet alanına, ceza hukuku müdahalesinin gerekliliği, disiplin ve kabahat hukukunun ceza hukuku ile ilişkisi kapsamında incelenmiştir.

## II. GÖLGE YAZAR

### A. KAVRAM

Gölge yazar kavramı, bu çalışma kapsamında ele alınan hukuk sistemlerinde fikir ve sanat eserlerini düzenleyen temel kanunlar olan FSEK, Alman Telif Hakları Kanunu<sup>4</sup> (bundan böyle “Alman UrhG” olarak anılacaktır), İsviçre Telif Hakları Kanunu<sup>5</sup> (bundan böyle “İsviçre URG” olarak anılacaktır) ve Avusturya Telif Hakları Kanunu’nda<sup>6</sup> (bundan böyle “Avusturya UrhG” olarak anılacaktır) tanımlanmamıştır<sup>7</sup>. Kavramın öğretide de üzerinde tamamen uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Her ne kadar yukarıda I’de yapıldığı gibi gölge yazarlığı başkasının adıyla yayınlanmak üzere eser yaratma biçiminde özetlemek mümkün olsa da, aslında bu sadece kavramın tartışmalı olmayan unsurlarından hareketle yapılmış kaba bir açıklamadan öteye gitmemektedir. Kavram daha yakından incelendiğinde, özellikle konuyla ilgili ayrıntılı çalışmalarda tanımların birbirinden önemli bazı konularda ayrıldığı görülmektedir. Bunları değerlendirmeye geçmeden önce, bir hareket noktası oluşturmak için öğretideki tanımların büyük çoğunluğunda yer verilen üç temel unsur kısaca şöyle sayılabilir: (i) gölge yazarın (kısmen veya tamamen) bir eser yaratmış veya yaratacak olması; (ii) bu

olarak; “*Unrecht*”, “haksızlık” olarak değil “*ihlal edicilik*” olarak Türkçeleştirilmiştir. Hans Kudlich, ‘Die strafrechtliche Beurteilung des Wissenschaftsplagiats’ in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 117, 118.

4 9 Eylül 1965 tarihli “*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*”.

5 9 Ekim 1992 tarihli “*Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG)*”.

6 6 Nisan 1936 tarihli “*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*”.

7 Yalnız bilimsel alanla ilgili mevzuatta gölge yazarlığı yaptırma bağlayan düzenlemeler vardır. Bunlara örnek olarak hukukumuzda 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m. 53/5-b ve Avusturya Üniversiteler Kanunu’nda (*Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz)*) §§ 51(2)(32), 82 ve 116a gösterilebilir. Bunlardan fikri mülkiyet hukuku anlamında gölge yazarlığın unsurlarıyla ilgili bazı sonuçlar çıkartmak mümkündür. Bununla birlikte, bunların kapsamı yalnızca bilimsel etiğin ihlal edildiği durumlara sınırlı olduğu için öğretide yapılan tanımlarda, isabetli olarak, bu düzenlemelere başvurulmadığı görülmektedir. Bu düzenlemelerin asıl önemi, *bilimsel alanda* intihal ile gölge yazarlık arasında fark bulunup bulunmadığı (aşağıda II, B, 1) ve bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olup olmadığında (aşağıda III, B, 2, a) kendini gösterir.

eserin kendisi dışındaki bir kişinin (görünürdeki yazarın) adıyla yayınlanacak (umuma arz edilecek) olması ve (iii) bu konuda tarafların anlaşmış olması<sup>8</sup>. Bunlardan ilkinde yer alan “yaratmış” ibaresi ile ikincisinde yer alan “(görünürdeki yazarın) adıyla” ibaresi aşağıda değinilecek tartışmaların odağında yer almaktadır. Kavramın sınırlarının belirlenmesi açısından üçüncüsünün en azından varlığıyla ilgili bir duraksama yoktur; ama ileride değinileceği üzere bu anlaşmanın kapsamı, hükümleri ve geçerliliği konusunda tartışmalar vardır.

Yukarıda anılan ikinci unsurdaki ibareyi ilgilendiren ve bizce de haklı olan yaygın bir görüşe göre, eserin gölge yazar dışındaki bir kişinin adıyla yayınlanmasının yanında, *başkasının seçeceği müstear adla* yayınlanması konusunda anlaşıldığı durumlarda da gölge yazarlık söz konusudur<sup>9</sup>. Yalnız kanımızca bundan anlaşılması gereken, müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınmasıdır. Bunun tipik örneği olarak sıklıkla, “güzel edebiyat eserleri”nden (*belles lettres, schöngeistige Literatur*) farklı olarak ele alınan<sup>10</sup>, edebi niteliği daha düşük olan “seri edebiyat eserleri”nin (*Trivialliteratur*) satışını artırmak amacıyla doğrudan yayınevi tarafından seçilen müstear adla (*Verlagspseudonym*) yayınlanması gösterilmektedir<sup>11</sup>. Ancak yayınevi müstear adı kullanılan her durumda değil, yalnızca bu yolla hemen yukarıda değindiğimiz ölçüde tasarruf imkanının tanındığı durumlarda gölge yazarlıktan söz edilebilecektir. Örneğin, Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin bir kararına konu olan olayda, yayınevi yaptığı anlaşmalar yoluyla belli tarz ve içerikte eserler için hep aynı müstear adı kullanmakta, bazen içeriğine göre aynı yazarın yazdığı eserler farklı müstear adlarla ya da farklı yazarların yazdığı eserler aynı müstear adla yayınlanabilmektedir<sup>12</sup>. Uyuşmazlığa konu olaydaki

8 Türk hukuku: Pelin Karaaslan, ‘Gölge Yazarlık Sözleşmesi’ (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 765, 766; Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (On İki Levha 2016) 233; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008), s. 312; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015) 57-58; Temel Nal ve Cahit Suluk (Rauf Karasu), *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021) 77, dn. 103; Zeynep Mine Eryıldırım, *Elektronik Kitap Uygulanması ve Getirdiği Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 27. İsviçre hukuku: Manfred Rehbinder, ‘Verbraucherschützende Bemerkungen zum Urheberrecht des Ghostwriters’ in Ernst Brem et al. (eds.), *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini* (de Gruyter 1990) 651-652; von Planta (n 1) 3; Gitti Hug in Barbara K. Müller ve Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012) Art. 6, N. 6. Alman hukuku: Roland Schimmel, ‘Akademische Ghostwriter: Urheberschaftszuschreibung als nicht verkehrsfähiges Gut’ (2012) 14(1) Kunst und Recht 10, 10; Axel Metzger, ‘Zulässigkeit und Bindungswirkung von Ghostwriter-Abreden’ in Thomas Dreier ve Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 99 (intihalle karşılaştırarak); Thomas Hoeren in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021) § 10, N. 3. Karş. Hansjörg Stolz, *Der Ghostwriter im deutschen Recht* (Beck 1971) 2-4, 32 ff., 66 ff.; Mielke (n 1) 17. Avusturya hukuku: Markus Gassler, *Die Zurechnung der Urheberschaft unter besonderer Berücksichtigung von Ghostwriting* (2019) <<https://unipub.uni-graz.at/obvugr/hs/content/titleinfo/4382108>> 8 accessed 2 October 2021. Karş. Sebastian Brehm, *Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Ghostwriter-Verträgen* (2015) <<https://othes.univie.ac.at/39434/>> 2-3 accessed 2 October 2021.

9 Özellikle bkz. Stolz (n 8) 3. Ayrıca bkz. Dennis Groh, ‘Mit fremden Federn’: Zur Wirksamkeit von Ghostwritervereinbarungen’ (2012) 114(9) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 870, 870; Ralph Osenberg, *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts* (Diss. 1979) 114; Rehbinder (n 8) 651; von Planta (n 1) 2, 8; Brehm (n 8) 14.

10 Örneğin bkz. von Planta (n 1) 3-4; Hans-Jürgen Ahrens, ‘Der Ghostwriter – Prüfstein des Urheberpersönlichkeitsrechts’ (2013) 115(21) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 21, 21.

11 Stolz (n 8) 3; Groh (n 9) 870; Osenberg (n 9) 114; Rehbinder (n 8) 651; von Planta (n 1) 2, 8; Ahrens (n 10) 21. Karş. Mielke (n 1) 4, 20.

12 OLG Hamm 22.07.1966 4 U 105/66 “Irene von Velden” (1967) 69(5) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

sözleşmede “*Irene von Velden*” müstear adının kullanılmasının sadece yayınevinin yetkisinde olduğu, başka yazarların eserlerinde de kullanılabileceği, aynı kuralın, yazarın başka eserlerinin, yayınevine ait diğer müstear adlarla yayınlanmasında da geçerli olduğu hükümleri yer almaktadır<sup>13</sup>. Mahkeme, özellikle yayınevinin bir müstear adı birden fazla kişiye izafe edebilmesi sebebiyle “*Irene von Velden*”in fikri mülkiyet hukuku anlamında müstear ad olarak görülemeyeceğini açıkça belirtmiştir<sup>14</sup>. Burada müstear adın belli bir kişiye izafe edilme imkanı kalmamaktadır.

Karardaki açıklama Türk hukuku bakımından da geçerli sayılmalıdır. Gerçekten de burada FSEK m. 15/1’de ve Türkiye’nin taraf olduğu Bern Sözleşmesi<sup>15</sup> m. 7(3)’te düzenlenen müstear addan farklı bir durum vardır. Öncelikle, gölge yazarın kendi eseri veya eserleri üzerinde kullanılabilecek müstear adla ilgili başkasına tanıdığı yetkinin genişliği sebebiyle müstear adı ona izafe etmek mümkün olmamaktadır. Diğer taraftan, müstear ad belirleyerek eseri bu adla yayınlamaya karar veren eser sahibi, Bern Sözleşmesi m. 7(3)’ten de anlaşılabilir<sup>16</sup>. Oysa yaratılan eserin yayınevinin (ya da başkasının) seçeceği müstear adla yayınlanacağı konusunda yapılan anlaşma, bu hükümler anlamında müstear ad kavramının dışında kalmakta olup gölge yazarlık kavramına dahildir<sup>17</sup>. Burada gölge yazarın sonradan başkasının seçtiği müstear adın kullanılmasını engelleyip engelleyemeyeceği, gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği ve hükümleriyle ilgili tartışmalarda ulaşılabilecek sonuçlara bağlıdır (aşağıda II, C ve III, B)<sup>18</sup>.

Alman hukukunda *Stolz* tarafından savunulan bir görüşe göre, gölge yazarın, başkasının kimliğine bürünüp onun üslup (*Stil*) ve fikir dünyasına (*Vorstellungsgelt*) göre eseri yaratması (= *Fremdoriertheit*) gölge yazarlığın zorunlu bir kavramsal unsurudur<sup>19</sup>. Bu unsur, aynı zamanda, gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğin temel şartıdır<sup>20</sup>. Gölge yazarın başkasının kimliğine

(GRUR) 260 ff. <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-1967-S-260-N-1>> accessed 20 October 2021.

13 ibid 260.

14 ibid 261.

15 24 Temmuz 1971 ve 28 Eylül 1979’da tadil edilmiş Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi. Asıl ve tadil edilmiş metinlerin onay süreci için sırasıyla bkz. 2 Haziran 1951 tarihli, 7824 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5777 sayılı Kanun; 21 Eylül 1953 tarihli, 8513 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 13598 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı; 12 Temmuz 1995 tarihli, 22341 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4117 sayılı Kanun; 21 Ekim 2003 tarihli, 25266 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2003/6170 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

16 Adolf Dietz, ‘The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries’ (1994-1995) 19(3-4) Columbia – VLA Journal of Law & the Arts 199, 219; Stolz (n 8) 5; Mielke (n 1) 14; von Planta (n 1) 9; Suluk ve Nal (Karasu) (n 8) 83; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) § 14, N. 33. Bu husus, Bern Sözleşmesi’ne ilişkin DFMÖ (WIPO) rehberindeki m. 6(tekrrar)’a dair açıklamalarda da açıkça ifade edilmiştir. Bkz. <[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf)> 41 accessed 6 October 2021.

17 Stolz (n 3) 3; Reh binder (n 3) 651; von Planta (n 3) 2, 8. Karş. Mielke (n 3) 4, 20.

18 Bu konuda özellikle bkz. Osenberg (n 9) 103 ff. Yalnız burada, Almanya’daki 25.10.1994 tarihli Markaların ve Diğer İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*) § 5 uyarınca yayınevlerinin, yayınevi müstear adı temin edebileceğini ifade eden yazarların olduğunu belirtelim. Bkz. Andreas Dustmann in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018) § 13, N. 36.

19 Stolz (n 8) 3. Aynı yönde bkz. Mielke (n 1) 17.

20 Stolz (n 8) 66 ff., 81. Yazarın eser sahipliğinin tanınması hakkının devredilemeyeceğini ve bundan feragat edilemeyeceğini, aksi takdirde eser sahibi ile eser arasındaki bağın zedeleneceğini (ibid 50 ff., 60-61), yalnızca *Fremdoriertheit*’in

bürünebilmesinin ön şartı böyle birinin varlığı olduğuna göre, bu şartın benimsenmesi aynı zamanda gölge yazarlığın ancak görünürdeki yazarla sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkabileceğinin kabulünü gerektirir (böylece yukarıda anılan birinci unsurdaki “yaratmış” ibaresi reddedilmiş olmaktadır)<sup>21</sup>. Bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Örneğin, Ahrens'e göre, Stolz, Alman UrhG § 7'deki “Eser sahibi eserin yaratıcısıdır” (yaratma gerçeği veya gerçek eser sahipliği ilkesi; FSEK m. 8/ I<sup>22</sup>) kuralına uygun biçimde gölge yazarın eser sahibi olduğunu belirtmesine rağmen, sözleşmenin geçerliliğini eserin başkasının üslup ve fikirlerine göre yaratılmasına bağlayarak yaratma kavramına yasada bulunmayan duygusal ve psikolojik bir unsur eklemektedir<sup>23</sup>. Diğer taraftan çoğu eser bir biçimde başkalarının düşüncelerinin etkisi altında, onlara yönelerek, onları geliştirerek veya onlardan saparak kaleme alınır (güneşin altında yeni bir şey yok (Ecclesiastes 1:9))<sup>24</sup>. Yine yayınlanmak üzere yazılan çoğu eser hedef kitlesinin muhtemel beklenti ve zevkini karşılayacak şekilde onlara yönelerek hazırlanırken, iş ilişkisi kapsamında yazılanlar da (FSEK m. 18/II) işverenin beklenti ve isteklerine uygun olur<sup>25</sup>. Eserin münhasıran sahibinin fikirlerinden oluşmasıyla ancak istisnaen karşılaşılabılır. Ayrıca gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliği eserin ne ölçüde görünürdeki yazarın üslup ve fikir dünyasına göre yaratıldığına bağlanırsa, bunun tespiti büyük ölçüde eseri okuyanın sübjektif değerlendirmesine bağlı olacağı için, böyle bir ölçütün kabulü uygun değildir<sup>26</sup>. Son olarak, gölge yazarlık yalnızca sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmamaktadır. Birçok durumda gölge yazar tarafından önceden (kimse taklit edilmeden) hazırlanmış bir eser de gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir<sup>27</sup>. Yukarıda değinilen seri edebiyat eserleri buna da örnek gösterilebilir. Yine örneğin, akademik gölge yazarlık alanında, tez-ödev yazım bürosu vb. adlarla faaliyet gösteren ve internet ya da sosyal medya üzerinden birçoğuna ulaşılabilecek işletmeler, akademik metinleri veya ödevleri talep hâlinde sunmak üzere önceden hazır bulundurabilmektedir.

gerçekleşmesi hâlinde görünüşteki yazarın yaratılmış esere gölge yazardan “daha yakın” olacak olması sebebiyle bu bağın zedelenmeyeceğini ve sözleşmenin bu sebeple geçerli olacağını (ibid 66-67) ifade ettiğini belirtmekte, görüşe haksızlık edilmemesi ve bütünlüğün sağlanması bakımından fayda vardır. Yalnız yazarın buna ilişkin açıklamaları Alman hukukuna özgü bazı düzenleme, karar ve değerlendirmelere dayanmaktadır.

- 21 Mielke (n 1) 18. Gerçi karşı. Stolz (n 8) 3-4, 33-34. Tespitte ilgili ayrıca bkz. von Planta (n 1) 2. Groh bunu dar anlamda gölge yazarlık olarak ele almaktadır. Groh (n 9) 870. Belirtelim ki, gölge yazarın ileride anlaşabileceğini umduğu bir kişinin kimliğine bürünerek eseri yaratması ve sonrasında bu kişiyi, bu esere ilişkin bir gölge yazarlık anlaşması yapmaya ikna etmesi teorik olarak mümkün olsa da, karşılaşılabileceği sıklık itibarıyla gerçekçi bir ihtimal olarak görülemeyeceğinden yapılan değerlendirmenin isabetini etkilemez.
- 22 Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç 1972) 85; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 87.
- 23 Ahrens (n 10) 22-23. Bu eleştiri Türk hukuku bakımından da geçerlidir.
- 24 Bkz. von Planta (n 1) 94-95.
- 25 Osenberg (n 9) 126-127; von Planta (n 1) 95. von Planta burada dn. 403'te Frisch'in şu veciz ifadesine atıf yapmaktadır: “Ancak yine de birinin bunu okuyacağı düşünülmeden yazılmış yazı olmadığına inanıyorum” (“Und doch, glaube ich, gibt es kein Schreiben ohne die Vorstellung, dass jemand es lese ...”).
- 26 von Planta (n 1) 95.
- 27 Türk hukuku: Bellican (n 1) 89-90; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 243-244; Karaaslan (n 8) 767. İsviçre hukuku: von Planta (n 1) 2, 11 ff. Alman hukuku: Groh (n 9) 871 (bu durumun daha nadir olacağını ifade ederek). Avusturya hukuku: Brehm (n 8) 3.

Gölge yazarın bizzat görünürdeki yazarla sözleşme yapması da zorunlu değildir<sup>28</sup>. Örneğin, gölge yazarla görünürdeki yazarın arasında bir yayınevi veya tez-ödev yazım bürosu bulunabilir. Bu doğrultuda, kanımızca, gölge yazarın görünürdeki yazarı bizzat seçmesi ve hatta onun kimliğini bilmesi dahi gerekmez.

Sonuçta, gölge yazar, bir eseri kısmen veya tamamen yaratarak bu eserin başka bir kişinin adıyla ya da başkası tarafından seçilecek müstear adla<sup>29</sup> yayınlanması veya umuma arz edilmesi konusunda anlaşılan gerçek kişi olarak tanımlanabilir<sup>30</sup>. Aşağıda bu anlamıyla gölge yazarlık ile intihal, eserin müstear adla, adsız veya rızası alınmamış olan başka bir kişinin adıyla yayınlanması ve birden çok kişinin eser sahipliği kurumları arasındaki ilişki ele alınacaktır.

## B. BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ VE BUNLARDAN AYIRT EDİLMESİ

### 1. İNTİHAL

İntihal<sup>31</sup> kurumu FSEK'te özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla beraber, FSEK m. 71/I'nin 3. ve 5. bentlerindeki iki ceza normu intihale ilişkindir. İlki bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmanın, ikincisi ise bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatici mahiyette kaynak gösterilmesinin cezai yaptırımını düzenlemektedir. Ayrıca FSEK m. 71/I-2'de başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu düzenlenmiştir. Bu fıkranın intihalle ilişkisine aşağıda değinilecektir. Bunlara ek olarak, FSEK m. 67/III'te hükümde sayılan haller bakımından hiç kaynak gösterilmemesi ya da yanlış veya kifayetsiz (yetersiz) kaynak gösterilmesi durumunda m. 67/II'nin uygulanacağı öngörülmüştür. Son olarak, FSEK m. 35'te iktibas serbestisi kurala bağlanmıştır. Baştan belirtmek gerekir ki, bu hükme uygun iktibas yapılması intihal teşkil etmeyecektir<sup>32</sup>.

28 Matthias Seemann, *Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten* (Stämpfli 2008) 370.

29 Bundan anlaşılması gerekenin müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınması olduğu yukarıda açıklanmıştır.

30 Bu aşamada, pozitif düzenlemelerin eksikliğinde, gölge yazar kavramının sınırlarının, çoğu kez hukuk politikasıyla ilgili önceden akla konmuş amaçlarla çizildiğini düşündüğümüzü belirtmek isteriz. Konuya ayrıntılı olarak eğilen yazarlar hukuka, özellikle fikri mülkiyet hukukuna bakış açısına göre, gölge yazarın faaliyetlerini ek unsurlarla daraltmakta veya tam tersi biçimde genişletmektedir. Çünkü bu, doğrudan gölge yazarlık sözleşmesiyle ilgili yapılacak çıkarımların etki alanını belirlemektedir. Bunların yine de görece uzun biçimde aktarılmasındaki temel amaç bu konuda hukuk politikasını belirleyecek olan yasa koyucu ve yargılama mercilerine yardımcı olabileceği umududur. Serozan'ın yorumla ilgili açıklamalarını burada evleviyetle geçerli saymak gerekir: "Yorum konusunu kaparken [...] değinilmesi daha doğrusu 'itiraf' edilmesi gerekli bir nokta şudur: Hiçbir yorum yorumcunun kişisel (öznel) anlayışından (eğiliminden, çevresinin koşullandırmalarından) soyutlanamaz. Çağdaş 'hermeneutik'in (yorum sanatının) kanıtlandığı gibi, tüm yorum yöntemleri, aslında yorumcunun baştan kafasına koyduğu bir çözümü meşru kılmaya yarayan kılıflardan başkaca bir şey değildir." Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017) N. 255b.

31 İntihal sözcüğünün kökeni konusunda ilginç ve ayrıntılı bilgiler için bkz. Julian Waiblinger, "Plagiat" in der Wissenschaft: Zum Schutz wissenschaftlicher Schriftwerke im Urheber- und Wissenschaftsrecht (Nomos 2012) 20 ff. Klaus Weber, 'Das Plagiat im Urheberrecht' (2013) 7 Wettbewerb in Recht und Praxis 859, N. 1-7; Axel Nordemann in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht)*, neu: zur EU-Portabilitätsverordnung (12. Auflage, Kohlhammer 2018) § 24, N. 59; Manfred Rehbinder und Alexander Peukert, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (18. Auflage, Beck 2018) N. 126. Açıklamalara göre, her eserin onu yaratanın ruhundan bir parça taşıdığı düşüncesiyle bağlantılı olarak *plagium* kavramının bir anlamı da "insan hırsızlığı"dır (*Menschenraub*).

32 Tekinalp (n 16) § 13, N. 4a.

FSEK hükümlerinin yanı sıra, bilimsel alanı düzenleyen birincil ve ikincil mevzuatta da intihalle ilgili hükümler vardır. Öncelikle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-’de<sup>33</sup> intihal kavramı kullanılmadan<sup>34</sup> intihal fiili “Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine ait gibi göstermek” biçiminde düzenlenmiştir. Bu fiil, “akademik bir kadroya bir daha atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarma” olarak tanımlanan üniversite öğretim mesleğinden çıkarma yaptırımına tabi tutulmuştur. Hemen belirtelim ki, aynı fıkranın b bendinde bilimsel/akademik gölge yazarlık “Atama ve yükselmelerde, unvan veya derece kazanılmasında; anket uygulama, veri toplama gibi akademik değerlendirme içermeyen katkılar dışında kişisel emek ve birikimine dayanmayan, başkaları tarafından ücret karşılığında veya ücretsiz olarak üretilmiş yayın ve çalışmalar kullanmak” ifadesiyle öngörülüp aynı yaptırıma bağlanmıştır. Buna aşağıda III, B, 2, ’da değinilecektir. Yine bilimsel alanla ilgili ikincil mevzuatta da intihale ilişkin benzer düzenlemeler vardır<sup>35</sup>.

FSEK m. 67/III, 71/I-3 ile 71/I-5’teki fiiller ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve dn. 35’te anılan ikincil mevzuattaki intihal tanımlarının birbiriyle örtüşmediği açıktır. Öncelikle, ikinci sayılanlardaki “Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri” ifadesinden intihal yapılan kaynağın FSEK anlamında bir eser teşkil etmesinin zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Yine, aşağıda açıklanacağı üzere, ikinci sayılanlardaki “...bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine aitmiş gibi göstermek” ifadesine FSEK m. 71/I-3 ile FSEK m. 71/I-5’teki “yetersiz” kaynak gösterme yorum yoluyla dahil sayılabilecek olsa da, FSEK m. 71/I-5’te yer alan “yanlış” veya “yanıltıcı” kaynak gösterme dahil edilemeyecektir<sup>36</sup>. Ancak bu farklılık tek başına eleştiri sebebi değildir. Çünkü

33 Söz konusu fıkra 15.04.2020 tarihli, 31102 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7243 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değiştirilmiş ve üniversite öğretim mesleğinden çıkarma yaptırımını gerektiren ek fiiller düzenlenmiştir. Maddenin değişiklikten önceki hâlinde yalnızca şu anda a bendinde öngörülmüş olan intihal fiili mevcuttur. Bu fiil de 09.12.2016 tarihli, 29913 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle hükme dahil edilmiştir.

34 Bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemleri düzenleyen ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi (<https://www.uak.gov.tr/etik-inceleme> Erişim Tarihi 03 Kasım 2021) m. 4/1-’de intihal fiili aynı şekilde tanımlanmıştır.

35 24519 sayılı Doçentlik Yönetmeliği (15.04.2018 tarih, 30392 sayılı RG) m. 1/2’de intihalle ilgili olarak Üniversitelerarası Kurul’un (ÜAK) düzenlemelerine atıf yapılmıştır. Yukarıda dn. 34’te değinildiği üzere, ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-’dekiyle aynı tanıma yer verilmiştir. YÖK’ün 21510 sayılı Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (20.04.2016 tarih, 29690 sayılı RG) m. 3/1-’deki intihal tanımında ise diğer tanımlardan farklı olarak “özgün” ibaresine yer verilmemiştir. Kanımızca özgün ibaresine yer verilmeyen bu tanım daha isabetlidir. Çünkü bilimsel alanda intihal için mutlaka yararlanılan eserin ilgili kısmının özgün bir fikir ihtiva etmesi gerekmez. Örneğin, başkasının özgün bir fikrini açıklayan ve/veya özetleyen bir eserin ilgili bölümünün de atıf yapılmaksızın iktibas intihal olacaktır.

Ayrıca ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönerge m. 4/I-’de “haksız yazarlık” kavramına da yer verilmiştir. Burada sayılan “aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek” ile “aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek” durumlarında yine gölge yazarlık söz konusudur. Aynı düzenleme YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de de vardır.

<[https://www.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/yuksekogretim\\_kurumlari\\_bilimsel\\_arastirma\\_ve\\_yayin\\_etigi\\_yonergesi.pdf](https://www.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/yuksekogretim_kurumlari_bilimsel_arastirma_ve_yayin_etigi_yonergesi.pdf)> Erişim Tarihi 03 Kasım 2021.

36 Kanımızca bilimsel alandaki intihal kavramına bilinçli olarak yanlış veya yanıltıcı biçimde kaynak göstermenin dahil edilmemiş olması isabetlidir. 6 Temmuz 2012 tarihli Alman Genel Fakülteler Gününde tüm bilim alanları için üzerinde uzlaşılan “Bilimsel Yeterlilik Çalışması Yazarları İçin İyi Bilimsel Uygulama” (*Gute wissenschaftliche Praxis für das Verfassen wissenschaftlicher Qualifikationsarbeiten*) ortak metni m. III/7’deki intihal tanımında da bunlar yer almamaktadır. <<https://www.uni-regensburg.de/assets/universitaet/ombudspersonen/aft-dhv-gwp.pdf>> accessed 6 November 2021. Bununla birlikte, bu davranışların, tespit edebildiğimiz kadarıyla, başka kurullarla yaptırıma



özellikle Alman öğretisinde, tartışmalı olmakla birlikte, (Türk hukukunda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve dn. 35'te anılan ikincil mevzuatta düzenlenen) bilimsel alandaki intihal kavramının, fikri mülkiyet hukukundaki intihalden daha geniş olduğu ifade edilmektedir<sup>37</sup>. Anılan hükümlere bakıldığında, bu ayırım hukukumuz bakımından da geçerli görünmektedir.

İntihalin yeknesak bir kavramdan ziyade birçok hukuk dalında farklı ihlalleri anlatmak için kullanılan, hukuken netlik kazanmamış bir üst kavram olduğunu belirtenler de vardır<sup>38</sup>. Özellikle Alman hukukunda fikri mülkiyet hukukuna özgü bir intihal kavramının gereksiz olduğu görüşü de taraftar toplamaktadır<sup>39</sup>. Gerçekten de FSEK m. 67/III, 71/I-3 ve 71/I-5'teki düzenlemelerin fikri mülkiyet hukukuna özgü bir intihal kavramı altında toplanması yerine eser sahipliğinden doğan hakların ihlalini ve bunun sonuçlarını düzenleyen diğer hükümler gibi münferit olarak ele alınması düşünülebilir. Fakat bu görüşlerin değerlendirilmesi eldeki çalışmanın kapsamını aşacaktır. Aşağıda hukukumuzda yerleşmiş olması sebebiyle fikri mülkiyet hukuku kapsamında "intihal" kavramı ele alınacaktır. Yalnız FSEK m. 67/III'ün, 71/I-3 ile 71/I-5'ten tek farkı "yanıltıcı" sözcüğünü içermemesi olduğundan tekrardan kaçınmak amacıyla FSEK m. 71 üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır. Ayrıca her ne kadar yukarıda fikri mülkiyet alanında intihal ile bilimsel alanda intihal arasındaki ayırımı mevcut düzenlemelere göre hukukumuzda da geçerli olduğu belirtilmiş olsa da özellikle her iki alanda da yaptırıma tabi tutulan fiillerin benzerliği nedeniyle aradaki sınır silikleştiği için yeri geldikçe bilimsel alanda intihalle ilgili düzenlemelere de değinilecektir.

Öğretide FSEK m. 71/I-3 ve 71/I-5'teki ceza normlarının intihal fiilini düzenlediği belirtilmektedir<sup>40</sup>. FSEK m. 71/I-3 bakımından bu tespitin doğruluğu ortadadır. FSEK m. 71/I-5'teki yetersiz, yanıltıcı kaynak göstermenin ise intihal kavramı altında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Bu tartışmanın kavramsal karşılığı, başarısız/kötü bilim insanlığı, yazarlık (veya öğrencilik) ile intihal arasında bir sınır olup olmadığıdır. Bazı yazarlara göre, kabul edilmiş akademik standartların altında kalsa bile kısmen atıf yapılan durumlar intihal olarak değerlendirilmeyebilir<sup>41</sup>.

bağlanmamış olması isabetli olmamıştır.

37 Ulrich Loewenheim in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020) § 23, N. 29. Bağımsız bir bilimsel intihal (bilim etiği anlamında intihal değil) kavramına ihtiyaç olduğu yönünde: Volker Rieble, *Das Wissenschaftsplagiat: Vom Versagen eines Systems* (Vittorio Klostermann 2010) 79 ff.; Volker Rieble, 'Erscheinungsformen des Plagiats' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 38 ff.; Ulrike Grübler, 'Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft' in Hartwig Ahlberg, Horst-Peter Götting und Anne Lauber-Rönsberg (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar – Urheberrecht, Sonderbereiche* (32. Auflage, Beck 2021) N. 31 <<https://beck-online.beck.de>> accessed 6 November 2021. Karş. Weber (n 31) N. 44 ff. İsviçre hukuku bakımından özellikle bkz. Cyrill P. Rigamonti, *Urheberpersönlichkeitsrechte: Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber und Persönlichkeitsrecht* (Stämpfli 2013) 256-257.

38 Nordemann (n 31) § 24, N. 60.

39 Bkz. Waiblinger (n 31) 39 ff. ve orada anılan yazarlar. Karş. Weber (n 31) N. 45-46.

40 Kemal Gözler, *Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu* (Yazarın Kendi Yayını 2013) 53-54. Buraya FSEK m. 71/I-2'deki "başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma"yı da dahil eden yazarlar vardır. Tekinalp (n 16) § 13, N. 4; Bozbel (n 8) 261 (ancak yazar 5. bendi dahil etmemektedir).

41 Bkz. Nicholas Bamforth, 'Combating Plagiarism: the Experience at Oxford University' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 68 (yazar böyle durumların intihal olarak değerlendirilebileceğini ifade etmekte, ancak "may" kelimesini kullanarak aksinin de mümkün olduğunu ima etmektedir). Rieble atıf yanlışlıklarının intihal karşısında savunma teşkil etmesini (*Zitierfehler als Einrede*), intihal iddiasıyla karşı karşıya kalanların her zaman intihal değil, baştan savma atıf yapmış olduklarını ileri sürmesini alaycı bir

Kanımızca bu konuda FSEK m. 71/I-5'te kullanılan “yetersiz”, “yanlış” ve “yanıltıcı” kavramları arasında bir ayrıma gidilmelidir<sup>42</sup>. İlki bağlamında, ceza normunu öngören yasa koyucunun intihal bakımından “*atf yapılmaması*” ile “*yetersiz atf yapılması*” arasındaki zaten çizilmesi güç olan kavramsal sınırı reddettiği kabul edilmelidir. Fakat aynı bentte düzenlendiklerinden hareketle “yanlış” veya “yanıltıcı” kaynak gösterme de intihal kavramına dahil sayılmamalıdır.

İntihal kavramının özünde başkasının eserini kendine mal etme bulunur<sup>43</sup>. Bunun sonucunda ilk (orijinal) kaynakla kurulması gereken bağ kesilerek okuyucunun ayniyeti veya benzerliği şeffaf bir şekilde görmesi engellenir<sup>44</sup>. Yanlış veya yanıltıcı biçimde kaynak gösterilmesinde ise, bu davranış bilinçli olarak yapılsa bile, bu şeffaflık yalnızca ilk bakışta (*prima facie*) eksiktir. Çünkü yanlış veya aldatıcı olarak da olsa gösterilen kaynağa ulaşmak mümkündür. Diğer taraftan yanlış veya yanıltıcı biçimde kaynak gösteren, başkasının eserini kendine mal etmemekte, yalnızca bu eseri içeriğine uygun düşmeyen şekilde alıntılanmaktadır. Bu tek başına intihal değildir; ancak özellikle bilinçli olarak yanlış veya yanıltıcı kaynak gösterilerek *intihalin gizlenmeye çalışılmış olabileceği* gözden kaçırılmamalıdır<sup>45</sup>. Yani değerlendirmede belirleyici olması gereken, yararlanılan esere ulaşmakta şeffaflığın sağlanıp sağlanmadığıdır. Sonuçta, fikri mülkiyet hukukunda intihal bakımından FSEK m. 71/1-3 ve 71/1-5'ten bir eserden hiç veya yeterli derecede kaynak gösterilmeden iktibasta bulunulması unsuru çıkartılabilmektedir. Ancak yasanın lafzı tam bir tanım yapmak için yeterli değildir. İntihalin gölge yazarlıkla ilişkisine geçmeden öğreti ve yargı kararları üzerinden ek bazı açıklamalarda bulunulması gerekmektedir.

Öncelikle, yararlanılan esere hiç veya yeterli derecede atf yapılmamasıyla kastedilen eserin ilgili kısmına, bundan yararlanılan yerde atf yapılmasıdır<sup>46</sup>. Ülkemizde özellikle uygulamacılara yönelik kitaplarda karşılaşıldığı biçimde, yararlanılan eserlere kitabın ilgili bölümlerinde atf yapılmayıp bunların yalnızca kaynakçada gösterilmesi intihal teşkil edebilir (bkz. FSEK m. 35/II).

dille eleştirmektedir. Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 43-44.

42 Karş. Gözler (n 40) 53-54. Yazar üçünü de intihal tanımına dahil etmektedir.

43 Loewenheim (n 37) § 23, N. 28; Nordemann (n 31) § 24, N. 59-60; Gassler (n 8) 42; Emre Gökyayla, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı’ iç Tekin Memiş (ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2009* (On İki Levha 2009) 285, 285.

44 Benzer yönde açıklamalar için bkz. Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 44.

45 Yama yaparak intihal (*Patchwork Plagiat*) diye de adlandırılan bu gibi durumlarda kuralına uygun ve yeterli açıklıkta olmayan (mesela atf yapılan yerdeki konuyla ilgisiz veya ilgisi tam anlaşılamayan “karşılaştırınız”, “bakınız” atıfları yapma) fazla sayıda atıfla bir yama etkisi yaratılarak intihalin üstü örtülmeye çalışılır. Buna örnek olarak Almanya'nın eski Savunma Bakanı *Karl-Theodor zu Guttenberg'in* “Verfassung und Verfassungsvertrag” isimli çalışması gösterilmektedir. Wolfgang Löwer, ‘*Aus der Welt der Plagiate*’ (2012) 3(1) Rechtswissenschaft (RW) 116, 117. Eski Bakan'ın çalışmasının intihal içerdiği sonucuna varılmasında etkili olan ölçütler ve değerlendirmeler için bkz. Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 44. İntihalin gizlenmesi ihtimaliyle ilgili olarak Türk hukukunda bkz. Gökyayla (n 43) 288. Kanımızca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-a ve yukarıda dn. 35'te anılan ikinci mevzuatta yer alan “...bilimsel kurallara uygun biçimde atf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine aitmiş gibi göstermek” ifadesi de açıklamalarımızı desteklemektedir. Aksi takdirde intihali de kapsayacak şekilde doğrudan bilimsel kurallara uygun biçimde atf yapmama fiili yaptırıma tabi tutulurdu. Ancak yine de, yukarıda dn. 36'da belirttiğimiz üzere, bilinçli olarak yanlış veya yanıltıcı kaynak göstermenin ayrı bir hükümlerle yaptırıma bağlanmaması isabetli olmamıştır.

46 Frederik Becker in Volker Epping (ed.), *Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz Handkommentar* (Nomos 2016) § 8, N. 79 (atf yapılan bölümde şerhin isminden bağımsız olarak genel açıklamalar yapılmaktadır).

Fikri mülkiyet hukuku anlamında intihalin yalnızca FSEK m. 1/B/I-âda tanımlanmış ve bu kanun altında korunan eserler bakımından söz konusu olabileceği, bu nitelikte olmayan fikrî ürünlerin atıfsız olarak kullanılmasının intihal teşkil etmeyeceği belirtilmektedir<sup>47</sup>. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir<sup>48</sup>. Ancak daha önce belirtildiği üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-a ve yukarıda dn. 35'te anılan ikincil mevzuat uyarınca hukukumuzda bilimsel anlamda intihal kavramına eser olarak korunmayan bazı kalemler de dahildir<sup>49</sup>.

İntihale başkasının eserinin tamamının veya bir kısmının atıfsız alınması yol açabilir<sup>50</sup>. İntihalin varlığı için atıf yapılmayan eserin birebir alınması gerekli değildir, kelimeler değiştirilerek veya takdim-tehir yapılarak iktibas da yeterlidir (*içerik intihali, Inhaltsplagiat*)<sup>51</sup>. Yalnız eserin tamamını veya bir kısmını iktibas eden kişi bunu kendine mal etmemişse, adın belirtilmesi hakkı ihlal edilmesine rağmen ortada intihal yoktur<sup>52</sup>. Bu durumla özellikle güzel sanat eserlerinin reproduksiyonlarında karşılaşılabılır.

Yukarıda açıklananlar intihalin *objektif unsuruna* ilişkindir. İntihalin bir de *sübjektif unsuru* vardır<sup>53</sup>. Buna göre, intihalin “bilinçli” yapılması gerekmektedir<sup>54</sup>. Ancak bundan ne anlaşılacağı tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, intihal kasıtlı olmalıdır<sup>55</sup>, ihmal yeterli değildir<sup>56</sup>. Azınlıktaki görüşe göre ise intihal bilinci ile kasıt eş anlamlı olmayıp intihalin daha objektif bir biçimde değerlendirilmesi

47 Gökyayla (n 43) 286; Bozbel (n 8) 56. Alman hukukunda aynı yönde: Gernot Schulze in Thomas Dreier ve Gernot Schulze (eds.), *Urheberrechtsgesetz Kommentar* (6. Auflage, Beck 2018) § 23, N. 27.

48 Yargıtay HGK, E. 2017/11-7, K. 2020/185, 20.2.2020 Kazancı, Erişim Tarihi 1 Kasım 2021; Yargıtay HGK, E. 2017/11-63, K. 2019/86, 7.2.2019 Kazancı, Erişim Tarihi 1 Kasım 2021.

49 Eser olarak korunmayan hususlardan intihale ilişkin olarak bkz. Loewenheim (n 37) § 23, N. 30; Haimo Schack ‘Wissenschaftsplagiat und Urheberrecht’ in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 82; Hug (n 8) Art. 9, N. 23.

50 Tekinalp (n 16) § 13, N. 3; Gözler (n 40) 54; Bozbel (n 8) 56; Schulze (n 47) § 23, N. 27; Schack (n 49) 83.

51 Tekinalp (n 16) § 13, N. 3; Bozbel (n 8) 56; Löwer (n 45) 117; Becker (n 46) § 8, N. 79; Schulze (n 47) § 23, N. 27; Schack (n 49) 83.

52 Markus Müller-Chen, ‘Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts’ 129(II) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 5, 77-78. Anonim veya müstear adla yayınlanmış eserlerden intihal yapılabilmesi bu tespiti etkilemez (bkz. aşağıda dn. 71). Çünkü bu eserlerden intihale de eseri kendine mal etme şartı aranır.

53 Loewenheim (n 37) § 23, N. 32; Nordemann (n 31) § 24, N. 63; BGH ‘Plagiatsvorwurf’ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1960 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-1960-S-500-N-1>> accessed 3 November 2021 500, 503.

54 Türk hukuku: Tekinalp (n 16) § 13, N. 3; Gözler (n 40) 55. Alman hukuku: Loewenheim (n 37) § 23, N. 28, 32; Nordemann (n 31) § 24, N. 60, 63; Schulze (n 47) § 23, N. 27-28; Schack (n 49) 81 ff.; Hartwig Ahlberg in Hartwig Ahlberg and Horst-Peter Götting (eds.), *Möhring/Nicolini Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2018) § 3, N. 44; Helmut Haberstumpf in Wolfgang Büscher, Stefa Dittmer and Peter Schiwiy (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht* (3. Auflage, Carl Heymanns 2015) § 23, N 18; Alexander Peukert in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020) § 13, N. 9; Winfried Bullinger in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019) § 24, N. 12; Tobias Lettl, *Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2021) § 4, N. 92. İsviçre hukuku: Hug (n 8) Art. 9, N. 21.

55 Rehbinder und Peukert (n 31) N. 448; Peukert (n 54) § 13, N. 9; Schack (n 49) 82; Weber (n 31) N. 13. Ceza hukuku bakımından FSEK m. 71'deki suçlarda kastın aranacağı şüphesizdir (TCK m. 21, 22).

56 Ulrich Loewenheim und Matthias Leistner in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021) § 8, N. 30. Nitekim Alman ceza hukuku öğretisinde, kasıttan farklı olarak, bilinç (*Wissen*) öznal öğesinin yalnızca öngörülül (bilinçli) taksirde olabileceği, taksirde genel bir bilinç öğesinin kabul edilmediği görülmektedir. Rudolf Rengier, *StRAFRECHT Allgemeiner Teil* (13. Auflage, Beck 2021) § 14, N. 13.

gerekir<sup>57</sup>. Yine hâkim görüşe göre, objektif olarak intihal teşkil eden bir fiil bilinçli şekilde yapılmamışsa, intihal değil, “farkında olmadan sahiplenme” (*unbewusste Entlehnung*) söz konusu olur<sup>58</sup>. Bunun intihal yapanlarca sıkça başvurulan bir savunma olduğu ifade edilmekle birlikte, özellikle başkasının önceden etkilenilmiş fikrinin kişinin bilinçaltına yerleşip sonraki bir zamanda kendi özgün fikriymiş gibi hatırlandığı kriptomnezi (*cryptomnesia*, *Kryptomnesie*) durumlarının örnekleri olduğu belirtilmektedir<sup>59</sup>. Bu durumlarda atıf yapılmadan iktibas edilen eserin başkasına aitliği (*Fremdheit*) bilinç dahilinde değildir (bkz. dn. 57). Hâkim görüşe göre, intihal fiilinin kasıtlı olması gerektiğinden ve kastın varlığı fiilin işlendiği anda aranacağından böyle durumlarda intihal yoktur. Bilinç eksikliğinin bir sonucu olarak burada intihaldeki ahlaki kınanabilirlik de yoktur; ancak bu durumlarda da FSEK m. 35’teki sınır aşılmışsa adın belirtilmesi hakkı yine ihlal edilmiştir<sup>60</sup>.

Sonuç itibariyle, intihal, bir eseri, sahibine hiç veya yeterli derecede atıfta bulunmaksızın, kısmen veya tamamen, birebir ya da değiştirerek, bilinçli olarak kendine mal etme, kendininmiş gibi göstermedir<sup>61</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar intihal ile gölge yazarlık karşılaştırmasında iki hususun öne çıktığını göstermektedir. İlk olarak, gölge yazarlık durumlarında henüz ortada atıf yapılmadan iktibas edilebilecek, yayınlanmış veya herhangi bir biçimde umuma arz edilmiş bir eser yoktur<sup>62</sup>. İkinci olarak ise gölge yazarlıkta gölge yazarın rızası varken, intihalde böyle bir rıza bulunmamaktadır. Türk hukukunda kavramlar arasındaki temel farkın intihalde eser sahibinin rızasının bulunmaması olduğu oybirliğiyle kabul edilmektedir<sup>63</sup>. İsviçre ve Avusturya öğretisinde de bu görüş kabul görmektedir<sup>64</sup>. Alman hukukunda ise bu görüşü savunanlar olduğu gibi<sup>65</sup> gölge yazarlığın fikri mülkiyet hukuku açısından eser sahibinin rıza verdiği bir intihal hali olduğunu ileri sürenler de vardır<sup>66</sup>.

Anılan ilk hususla ilgili olarak intihal için eserin yayınlanmış veya umuma arz edilmiş olması gerekir mi sorusu ortaya çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu soru daha ziyade teorik öneme sahiptir, ancak yine de ele alınmaya değerdir. Bilindiği üzere, eser sahipliği hukuki durumu salt eserin yaratılmasıyla kazanılır,

57 Rieble, *Erscheinungsformen*, (n 37) 33-34. Ancak en azından intihale konu eserin farkında olunması ve buna rağmen esere atıf yapılmamış olması gerektiğinde şüphe olmamalıdır. Schack (n 49) 86. Benzer yönde bkz. Ahlberg (n 54) § 3, N. 44.

58 Gözler (n 40) 55; Loewenheim (n 37) § 23, 32-33; Ahlberg (n 54) § 3, N. 43-44; Schack (n 49) 86; Hug (n 8) Art. 9, N. 21. Loewenheim (n 37) § 23, 32-33; Nordemann (n 23) § 24, N. 62-63.

60 Loewenheim (n 37) § 23, N. 33. Dolayısıyla asıl fark intihalın ceza hukuku bakımından sonuçlarının farkında olmadan sahiplenmeye uygulanmamasıdır. Ahlberg (n 54) § 3, N. 44. Aynısı Türk hukuku için de geçerlidir. Gözler (n 40) 55.

61 Benzer bazı tanımlar için bkz. Türk hukuku: Gözler (n 40) 53-54; Tekinalp (n 16) N. 3 vd.; Bozbel (n 8) 55 vd.; Erel (n 22) 144; Eryıldırır (n 8) 26; Bellican (n 1) 76. İsviçre hukuku: Hug (n 8) Art. 9, N. 21; von Planta (n 1) 9-10. Alman hukuku: Bullinger (n 54) § 13, N. 2 ve § 23, N. 12; Schulze (n 47) § 23, N. 27; Peukert (n 54) § 13, N. 9; Schack (n 49) 81. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 42.

62 Gassler (n 8) s. 43. Karş. Tekinalp (n 16) § 13, N. 4; Bozbel (n 8) 261. Yalnız *Gassler’in* gölge yazarlığa konu eserin sadece sözleşme kurulduktan sonra yaratılmaya başlandığına ilişkin ifadesi isabetli değildir.

63 Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 243; Bellican (n 1) 71, dn. 272 ve 76; Karaaslan (n 3) 768; Eryıldırır (n 8) 27, dn. 94.

64 İsviçre hukuku: von Planta (n 1) 9-10. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 43; Brehm (n 8) 3.

65 Stolz (n 8) 4; Metzger (n 8) 100. *Nordemann* kavramları karşılaştırmamakla beraber, intihalın eser sahibinin rızası olmadan gerçekleşeceğini açıkça ifade etmektedir. Nordemann (n 31) § 24, N. 60

66 Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Dieter Leuze, ‘Ghostwriter im Abhängigkeitsverhältnis – Bemerkungen zum Urteil des OLG Frankfurt a.M. ‘betriebswirtschaftlicher Aufsatz’ (2010) 112(4) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 307, 308. Karş. Becker (n 46) § 8, N. 73.

eserin yayınlanması veya umuma arzı yalnızca eser sahipliğine karine oluşturur (FSEK m. 8, 11, 12)<sup>67</sup>. Bu bağlamda, örneğin, bir kişinin bilgisayar ortamında bulunan yayını bir veri taşıyıcıyla alıp kendi adıyla yayınlayan kişi kavramsal olarak intihal mi yapmış sayılacaktır? Öğretide bazı yazarlar FSEK m. 71/I-2'deki başkasına ait esere kendi adını koyma suçunu da intihal kapsamında kabul etmektedir<sup>68</sup>. Aynı fiilin tarafların anlaşması hâlinde gölge yazarlık teşkil edeceğinde tereddüt olmadığına göre<sup>69</sup>, kastedilen ancak eser sahibinin rızası olmadan bunun yapılması olabilir. Halihazırda yayınlanmış bir eserin tamamını kendine mal edenin intihal yaptığında şüphe yoktur. Ancak verilen örnekte olduğu gibi eser yayınlanmamışsa, kanımızca, yukarıda açıklanan intihalden *daha vahim* ve doğrudan kendi içinde “başkasına ait esere kendi adını koyma” kavramı altında ayrıca değerlendirilmesi gereken farklı bir durum vardır. Bu doğrultuda, eser sahibi olarak tanınma hakkının, doğal olarak, eserin umuma arzından *önce* var olması<sup>70</sup>, açıklanan ihlalin de intihal olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Aksi takdirde intihal kavramının içine eser sahibi olarak tanınma hakkından başka FSEK m. 14/I'deki ilk umuma arz hakkının ihlal edilmiş olduğu durumlar da dahil edilmiş olur. Bu ise halihazırda tartışmalı olan bir kavramın sınırlarını daha da belirsiz hale getirir. Dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku anlamında intihal kavramına yalnızca yayınlanmış veya umuma arz edilmiş olup FSEK m. 35 anlamında halihazırda iktibası mümkün eserlerin konu olabileceği kanaatindeyiz<sup>71</sup>. Ancak 2547 sayılı Kanun m. 53/5-a ve dn. 35'te anılan ikincil mevzuatta tanımlanan bilimsel alanda intihale burada tartışılan fiil de dahildir, çünkü orada FSEK altında bir eserin varlığı bile aranmamaktadır.

İkinci husus bakımından ise, hâkim görüşün kabul ettiği üzere, kanımızca da fikri mülkiyet hukuku anlamında “rıza verilmiş intihal”den söz edilemeyeceği için gölge yazarlık da intihal kavramına dahil edilemez. Gölge yazarlık ile intihal olsa olsa bilimsel alanda eş muamele edilebilecek kavramlardır. Fakat 2547 sayılı Kanun m. 53/5-b ve ÜAK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-e (ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-e) uyarınca hukukumuzda bilimsel alanda da intihal ile gölge yazarlık kavramları arasında fark güdüldüğü görülmektedir.

## 2. MÜSTEAR AD, ANONİM ESER VE KENDİ ESERİNİ BAŞKASININ ADIYLA YAYINLAMA

FSEK m. 15/I uyarınca eser sahibi, eserini müstear adla (*pseudonym, Deckname*) veya adsız (anonim) olarak yayınlatabilir. Bu, eser sahibi olarak tanınma hakkının “negatif” yönde kullanılmasıdır (*the right not to claim authorship*)<sup>72</sup>. Bu hakkın tanınmasındaki gerekçenin eser sahibinin, özellikle eserin

67 Erel (n 22) 86 vd., 99 vd.

68 Tekinalp (n 16) § 13, N. 4; Bozbel (n 8) 261.

69 Bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 243.

70 von Planta (n 1) 110; Tekinalp (n 16) § 14, N. 24; Gunda Dreyer in Gunda Dreyer, Jost Kotthoff, Astrid Meckel ve Christian-Henner Hentsch (eds.) *Heidelberg Kommentar, Urheberrecht* (4. Auflage, C. F. Müller 2018) § 13, N. 10.

71 *Yasaman* da intihale konu eserin “sahipliği(nin) çekişmesiz aleniyete kavuşmuş veya yayınlanmış” olması gerektiğini belirtmektedir. Hamdi Yasaman, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalâalar, Birlikli Raporları* (Vedat 2006) 287. Belirtelim ki, eserin yayınlanmış olması yeterlidir, anonim veya müstear adla yayınlanmış eserlerden de intihal mümkündür. Tekinalp (n 16) § 14, N. 26; Peukert (n 54) § 13, N. 9; Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003) 143.

72 Cyrill P. Rigamonti, ‘Deconstructing Moral Rights’ (2006) 47(2) *Harvard International Law Journal* 353, 364. Bkz. yukarıda dn. 16'da anılan DFMÖ (WIPO) Rehberi 41.

yayınlanacağı yer ve zaman itibarıyla tepki çekme ihtimaline karşı kendi ismini gizli tutmak isteme ihtimali olduğu düşünülebilir<sup>73</sup>. Aksi takdirde eser sahibi, eserini yayınlamaktan imtina edebilecektir. Ancak bu hakkın temelinde bundan daha liberal bir düşünce yatmaktadır: Eseri yaratan kişi, *kendi kimliğinin* onun üzerinde görünüp görünmeyeceğine ve görünecekse nasıl görüneceğine karar verme hakkına sahip olmalıdır<sup>74</sup>.

Müstear ad ile gölge yazarlık kavramları, yaratılmış eserin iki durumda da gerçek eser sahibinin adıyla yayınlanmaması bakımından birbirine benzemektedir. Ancak bu olgu dışında tamamen farklı kavramlardır ve birbirinden ayırt edilmeleri güç değildir. Daha sorunlu olan husus, neden eser sahibine eserini müstear adla ya da adsız olarak yayınlama hakkını veren FSEK m. 15/I'den gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliğiyle ilgili olumlu yönde sonuç çıkartılamayacağına açıklanmasıdır. Bunun için FSEK m. 15/I'in koruduğu menfaat ile gölge yazarlık sözleşmesinin ilişkili olduğu menfaatlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda önce kavramsal açıklamalara yer verilecek, sonrasında bu konu değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin içinde gölge yazarlık ile kendi eserini (rızasını almadan) başkasının adıyla yayınlamanın farkına da kısaca değinilecektir.

Eser sahibinin müstear adıyla (veya adsız olarak) yayınlanan eserin başka bir kişiyle bağı yoktur<sup>75</sup>. Gölge yazarlıkta ise eserin başka bir gerçek kişinin adıyla ya da onun seçtiği müstear adla yayınlanacağı konusunda anlaşılmalıdır. Müstear ad kural olarak serbestçe seçilir, hayal ürünü adların birleşiminden veya eser sahibinin sadece ön adından oluşabilir ve birden fazla eserde kullanılabilir<sup>76</sup>. Fikri mülkiyet hukukunda gerçek veya müstear adla yayınlanan eserler arasında *bunların korunması bakımından* ayırım yapılmaması, bu konuda fark varsa giderilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>77</sup>. Çünkü müstear ad seçen eser sahibi, genellikle, yalnızca bu adla kamunun önüne çıkmakta ve kamu da onu ve eserlerini bu adla tanımaktadır<sup>78</sup>. Bundan farklı olarak, eserin başka bir kişinin adıyla yayımlandığı durumlarda gerçek eser sahibiyle eserin bağı kamunun gözünde tamamen kesilmektedir. Daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, eserin başkasının seçtiği müstear adla yayımlandığı durumlarda da FSEK m. 15/I anlamında müstear ad değil, gölge yazarlık vardır<sup>79</sup>.

Bunlara ek olarak, müstear ad kullanıp kullanmamak, kullanacaksa bunun ne olacağına karar vermekte serbest olan eser sahibinin daha sonra bunu değiştirmesi veya bundan vazgeçerek gerçek adını açıklaması kural olarak mümkündür<sup>80</sup>. Oysa yukarıda değinildiği üzere, gölge yazarlıkta gerçek eser sahibinin kendi

73 Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (5. Bası, Turhan 2019) 242.

74 Bkz. Ernst Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943) 137; Ateş (n 71) 142; Peukert (n 54) § 13, N. 22.

75 Stolz (n 8) 3. Ayrıca bkz. Erel (n 22) 100.

76 Dorothee Thum in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019) § 10, N. 11-12.

77 ibid § 10, N. 11.

78 ibid § 10, N. 11.

79 Bkz. yukarıda II, A. Aynı yerde, “başkasının seçtiği müstear ad” ifadesinden anlaşılması gerekenin, müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınması olduğu açıklanmıştır.

80 Suluk ve Nal (Karasu) (n 8) 83; Tekinalp (n 16) § 14, N. 33; Denis Barrelet und Willi Egloff, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (4. Auflage, Stämpfli 2020) Art. 9, N. 10;

adını açıklayarak görünürdeki yazarın adını veya onun seçtiği ve tasarrufundaki müstear adı bertaraf edip edemeyeceği gölge yazarlık sözleşmesinin geçerli olup olmadığı, geçerliyse bunun hükümlerinin ne olduğuyla ilgili tartışmalarda ulaşılabilecek sonuçlara bağlıdır (bkz. aşağıda II, C ve III, B)<sup>81</sup>.

Gölge yazarlık sözleşmelerinin kamuyu aldattığı/yanılttığı görüşü<sup>82</sup> (bkz. aşağıda III, B, 2, b) kabul edildiği takdirde, bununla müstear ad arasında bir kavramsal farklılık daha ortaya çıkmaktadır. Bunu ortaya koymak için öğretide sıkça değinilen bir ABD mahkeme kararındaki dikkat çekici açıklamaları aktarmakla yetiniyoruz: “Bu [gölge yazarlık], *müstear ad altında yazı yazılmasının bir hali değildir. Böyle durumlarda yazar, kullandığı müstear addan bağımsız olarak, hakikatte, gerçek yazardır ve başka birinin beceri, yetenek ve yazarlığını kullanarak, bunu sahte bir görüntü altında kendisininmiş gibi yutturmamaktadır.*”<sup>83</sup>

Buraya kadarki açıklamalarla müstear ad ile gölge yazarlığın farklı kavramlar olduğu ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Şimdi FSEK m. 15/I'den gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğiyle ilgili olumlu bir sonuç çıkartılamayacağına değinilecektir<sup>84</sup>. FSEK m. 15/I yalnızca eser sahibinin *kendi kimliğini* eserin üzerinde gösterip göstermeme ve gösterecekse bunun ne şekilde olacağına (gerçek adıyla mı, yoksa müstear adıyla mı) karar verme hakkını düzenlemektedir<sup>85</sup>. Bu hüküm, eser sahibine eserini kendi adı yerine bir başka gerçek kişinin adıyla (ya da başkasının belirleyeceği müstear adla) yayınlama hakkı vermemekte, daha doğrusu bu konuyla ilgili bir kural getirmemektedir. Bu bakımdan iki durumu birbirinden ayırmak gerekmektedir. Eser sahibinin kendi eserini başka bir kişinin adıyla, onun rızasını almaksızın yayınlamayacağına tereddüt bulunmamaktadır<sup>86</sup>; burada anlaşma olmadığından gölge yazarlık da yoktur. Diğer taraftan, eser sahibinin bunu başkasıyla anlaşarak, yani bir gölge yazarlık anlaşması yoluyla (adın belirtilmesi hakkının *kullanımını* devrederek (bkz. aşağıda II, C ve III, B, 1)) yapıp yapamayacağı konusunda, eserini adsız ya da müstear adla yayınlatabilenin, başkasının adıyla da yayınlatabileceği (buna da izin verildiği) gibi bir *evleviyet kanıtıyla kıyas* yapılamayacaktır. Çünkü buradaki menfaatler arasında benzerlik yoktur; bunlar

Seemann (n 28) 152; Stolz (n 8) 5; Mielke (n 1) 14; von Planta (n 1) 9. Müstear adla yayınlanacağı konusunda yayıneviyle anlaşılabilir ve buna uygun olarak yayınlanan bir eser bakımından sonradan müstear adın değiştirilmesinin borca aykırılık teşkil edip etmeyeceği ayrı bir meseledir. Bkz. Rigamonti (n 37) 270; Rigamonti, ‘Moral Rights’ (n 72) 378.

81 Özellikle bkz. von Planta (n 1) 9; Stolz (n 8) 3; Brehm (n 8) 3.

82 Örneğin bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247; Osenberg (n 9) 109 ff.; Groh (n 9) 875.

83 Roddy-Eden v. Berle, 108 N.Y.S. 2d 597, 600 (Sup. Ct. 1951) Casetext Erişim Tarihi 25.10.2021: “*It is not an instance of writing under a nom de plume. In such a case, regardless of the pen name employed by the writer, he is, in truth, the real author and is not exploiting the ability, talent and authorship of another, palming it off under the false pretense that it is his own.*”

84 Genel olarak karşı. Karaaslan (n 8) 769 vd.

85 Hirsch (n 74) 137: “*Bu hakkın bir neticesi, eserin sahibi olarak kendisini ammeye tanıtmak isteyip istemediğini, bunu arzu ettiği takdirde, ne tarzda tanıtmak istediğini tayin edebilmek salahiyetidir. Meri hukuk [...] adını zikretmek, müstear bir nam kullanmak yahut eseri anonim neşrettirmek şıklarından hangisini tercih edeceğini, eser sahibinin ihtiyarına bırakmıştır.*”; Ateş (n 71) 142: “*Manevi hak, eser sahibinin kimliğini, onun seçmiş olduğu biçimiyle himaye eder. Bu sebeple, eser sahibi bu sıfatını eserinde farklı isim altında tanıtabilir.*” Hakkın tanıdığı yetkilerin açık bir sayımı için bkz. Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 10. Karşı. Dietz (n 16) 208; ama aynı zamanda bkz. 219-220.

86 Bu durumda bir görüş kişilik hakkını koruyan hükümlere göre, diğer bir görüş ise FSEK m. 15/III uyarınca dava açılabilirliğini ileri sürmektedir. İlk görüş için bkz. Tekinalp (n 16) § 14, N. 27; Ateş (n 71) 143. İkinci görüş için bkz. Ayiter (n 22) 119-120; Erel (n 22) 144. Kendi eserini, rızasını almadan başkasının adıyla yayınlama intihal değildir. Tekinalp (n 16) § 13, N. 4.

büyükten küçüğe (*çoğu yapabilen azı da yapabilir*) ya da küçükten büyüğe (*hafiften sorumlu olan ağırdan da sorumludur*)<sup>87</sup> karşılaştırılabilecek kavramlar değildir. Müstear adla veya adsız yayınlama, eser sahibinin eserle bağının kopmadığı, istediği anda gerçek adını açıklayabileceği, sadece kendisini ilgilendiren durumlardır<sup>88</sup>. Gölge yazarlıkta ise eser sahibi ile eserin bağı kopmuştur ve bu konuda gölge yazarla görünüşteki yazarın menfaatleri çatışmaktadır. Hatta buraya haksız rekabet ihtimali sebebiyle özellikle yayınevlerinin rakiplerinin ve alım tercihleri etkilendiği ölçüde tüketicilerin de menfaatlerini dahil etmek gerekmektedir (bkz. aşağıda III, B, 2, b ve III, C)<sup>89</sup>. Oysa bunlar eserin müstear adla veya adsız olarak yayınlanmasından hiçbir şekilde etkilenmemektedir.

### 3. BİRDEN ÇOK KİŞİNİN ESER SAHİPLİĞİ

Birden çok kişinin eser sahibi olduğu durumlarda da gölge yazarlıkla karşılaşılması mümkündür. Bu bağlamda, Türk hukukunda birden çok kişinin eser sahipliğinin iki türü birbirinden bazı noktalarda ayrılır. FSEK m. 10/I uyarınca iştirak hâlinde eser sahipliğinde, eser sahipleri ortak çalışma iradesiyle eseri birlikte yaratır<sup>90</sup>. Dolayısıyla buradaki gölge yazarlık sözleşmesinin konusu gölge yazarın önceden yarattığı bir eser olamaz. FSEK m. 9 kapsamındaki ortak (müşterek) eser sahipliğinde ise birbirinden bağımsız olarak eser niteliğini haiz eserler bir araya getirildiği için<sup>91</sup> gölge yazar eseri önceden yaratmış olabileceği gibi diğer yazarla anlaşılardan sonra yaratmış olması da mümkündür<sup>92</sup>.

Birden çok kişinin eser sahipliğinde söz konusu olan gölge yazarlıkta, eserin üzerinde gölge yazar dışındaki eser sahibinin (veya sahiplerinin) adı yer alır. Gölge yazar haricindeki eser sahibinin eseri yayınlamasıyla, iştirak hâlinde eser sahipliğinde gölge yazarın esere katkıları, ortak eser sahipliğinde ise gölge yazarın birleştirilen eseri de yayınlanmış olur<sup>93</sup>. Bu durumda diğer yazar(lar) da gerçekte eser sahibidir<sup>94</sup>, ancak gölge yazarın katkısı veya birleştirilen eseri bakımından yalnızca görünürdeki yazar durumundadır.

Ortak eser sahipliğinde, gölge yazarın ve diğer yazarın yarattıkları ürünlerin birbirinden bağımsız olarak eser niteliğinde olması yeterlidir. İştirak hâlinde eser sahipliğinde ise diğer yazarın (veya yazarların) eser sahibi sayılabilecek ölçüde yaratıcı katkıda bulunmuş, hususiyetini yansıtmış olması gerekir<sup>95</sup>. “Diğer yazar” yalnızca eserle ilgili bazı dileklerini belirtmiş, bazı ana hatları belirlemiş veya

87 Kıyasta evleviyet kanıtının bu iki uygulaması için bkz. Serozan (n 30) § 2, N. 190-191.

88 Bu bağlamda, adın belirtilmesi hakkının *kullanılmasından feragat* ile eserin anonim olarak umuma arz edilmesi de birbirinden farklı kavramlardır. Hug (n 8) Art. 9, N. 18a.

89 Özellikle bkz. Rehbinden (n 8) 662 ff. Hatta yazara göre, gölge yazarlık anlaşmalarının geçerliliğinin değerlendirilmesinde esas alınması gereken tüketicilerin menfaatidir.

90 Erel (n 22) 90; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 93.

91 Erel (n 22) 93; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 91-92.

92 İsviçre hukukunda birden fazla kişinin eser sahipliği bakımından bu ayrımın kaldırılmış olması sebebiyle karşı. von Planta (n 1) 47, dn. 192 ve 50 ff.

93 ibid 49.

94 Bkz. von Planta (n 1) 49; Rehbinden (n 8) 652 (*Rehbinden*, diğer yazar birden çok kişinin eser sahibi olmasının şartlarını sağladıysa durumun böyle olduğunu, ancak genellikle esere yaratıcı katkı sunmadığı için şartları sağlayamayacağını belirtmektedir).

95 Erel (n 22) 89-90; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 94.



gölge yazarın talimatlarını yerine getirmişse, iştirak hâlinde eser sahipliği değil<sup>96</sup>, gölge yazarın tek başına eser sahipliği söz konusudur.

### C. GÖLGE YAZARIN ESER SAHİPLİĞİ VE ADIN BELİRTİLMESİ HAKKININ DEVRİ SORUNU<sup>97</sup>

FSEK m. 8/I uyarınca eserin sahibi, onu meydana getirendir (*yaratma gerçeği veya gerçek eser sahipliği ilkesi*<sup>98</sup>). Benzer kurallar Alman UrhG § 7, İsviçre URG m. 6 ve Avusturya UrhG § 10'da da vardır. Türk hukukunda eser sahipliği hukuki durumu, eserin yaratılması maddi fiiliyle<sup>99</sup> kendiliğinden, *ipso iure* doğmaktadır<sup>100</sup>. Buna göre, sözleşmede kararlaştırılmış bütün yükümlülüklerden bağımsız olarak ve eser başkasının adıyla yayınlanmış olmasına karşın, eserin sahibi onu yaratan gölge yazardır<sup>101</sup>. Maddi fiiller temsile cevaz vermediğinden eserin baştan itibaren başkasını temsilen, başkasını eser sahibi kılacak şekilde yaratılması da mümkün değildir<sup>102</sup>. Fakat öğretilerde bazı yazarlarca savunulan eser sahibi olarak tanınma hakkının veya bunun görünümü olarak adın belirtilmesi hakkının bütün olarak devredilebileceği görüşü<sup>103</sup> kabul edilirse, eseri yarattığı anda eser sahibi olan gölge yazar devirle birlikte bu statüsünden kaynaklanan haklarını kullanma imkanını, özellikle FSEK m. 11/I'deki (bkz. İsviçre URG m. 8/I, Alman UrhG § 10(1)) karine de dikkate alındığında, büyük ölçüde kaybedecektir. Hakkın bir bütün olarak devrini konu alan sözleşmelere geçerlilik ve etki tanınması FSEK m. 15/III'teki davanın açılmasını da engelleyecektir<sup>104</sup>. Bu takdirde, paragrafın başında değinilen gerçek eser sahipliği ilkesi pratikte anlamsızlaşacaktır. Dolayısıyla aşağıda sözü edilen manevi hakların bir bütün olarak devrini konu alan sözleşmelerin geçerli olup olmadığı tartışmasına değinilecektir.

İsviçre hukukunda, İsviçre URG m. 16/I'de mali ve manevi haklar arasında ayırım gözetilmeden telif hakkının devredilebileceğinin düzenlenmiş olmasından yola çıkan bir görüşe göre, manevi haklar da

- 96 Rehbinden (n 8) 652; BGE 136 III 225 E. 4.3. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bahar Öcal Apaydın ve İdil Tuncer Kazancı, 'İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının İncelenmesi' (2012) 3(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331, 347 vd.
- 97 Adın belirtilmesi hakkı (*Namensnennungsrecht*), eser sahibi olarak tanınma hakkının (*Anerkennungsrecht*) bir görünümünden ibarettir. Her ne kadar FSEK m. 15'te "adın belirtilmesi salahiyeti" kavramı kullanılmışsa da, hükmün eser sahibi olarak tanınma hakkının bahsettiği tüm hakları eser sahibine sağladığı kabul edilmektedir. Bkz. Ateş (n 71) 140 vd.; Bellican (n 8) 61, dn. 224 (yazarın söz konusu kavramların birbirini ikame edebileceği görüşüne katılmıyoruz.) Bu çalışmadaki başlıklarda FSEK m. 15'in lafzına sadık kalmak tercih edilmiş, ancak metinde iki kavram arasındaki ayırım dikkate alınmıştır.
- 98 Ayiter (n 22) 85; Erel (n 22) 87.
- 99 Ayiter (n 22) 85; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 77; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017) § 9, N. 6
- 100 Ayiter (n 22) 85; Erel (n 22) 87; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 77.
- 101 Reto M. Hilty, *Urheberrecht* (2. Auflage, Schulthess 2020) N. 260; Martin Wirtz in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018) § 7, N. 11; Hug (n 8) Art. 6, N. 6; Bellican (n 1) 71. Aynı yönde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Seemann (n 28) 305, 312-314, 370 ff.
- 102 Hug (n 8) Art. 6, N. 6; Erel (n 22) 88; Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 45, N. 10. Hilty başkasını temsilen ve onu eser sahibi kılacak şekilde eser yaratılmayacağı sonucuna maddi fiil kavramı üzerinden değil, gerçek eser sahipliği ilkesi üzerinden varmaktadır. Hilty, *Urheberrecht* (n 101) N. 260.
- 103 von Planta (n 1) 106 ff., 112-121; François Dessemontet, *Intellectual Property Law In Switzerland* (4. Edition, Wolters Kluwer 2019) N. 105. Benzer yönde: Hug (n 8) Art. 9, N. 17 ff., 19.
- 104 Bkz. von Planta (n 1) 144 ff.

kural olarak devredilebilir<sup>105</sup>. Eser sahibi olarak tanınma hakkı özelinde bu tespit Bern Sözleşmesi m. 6(tekerrar) f. 1'daki “*Eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eser sahibi, eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ... hakkına sahip olacaktır*” düzenlemesine *per se* aykırı değildir, çünkü bundan eser sahibi olarak tanınma hakkının veya Bern Sözleşmesi'yle korunan diğer manevi hakların devredilemeyeceği sonucu çıkartılamaz<sup>106</sup>. Fakat bu görüşteki yazarlar arasında hangi manevi hakların devredilebileceği konusunda uzlaşa yoktur<sup>107</sup>. Bazı yazarlara göre, eser sahibi olarak tanınma hakkının veya bunun bir görünümü olarak adın belirtilmesi hakkının gölge yazarlık sözleşmesiyle bir bütün olarak devri mümkündür<sup>108</sup>. Bu görüşe ayrıntılı bir gerekçe sunan *von Planta*'ya göre<sup>109</sup>, gölge yazarlık sözleşmesinde tarafların ulaşmak istediği asıl amaca ancak gölge yazarın manevi haklarının da devriyle ulaşılabilir. Bunun geçerli olup olmadığı incelenirken, öncelikle manevi hakların çekirdek alanı (*Kernbereich*) ve dış alanı (*Aussenbereich*) ayrımı kabul edilmelidir<sup>110</sup>. Hakkın devri çekirdek alan dışında mümkün sayılmalıdır<sup>111</sup>. Çekirdek alanın kapsamı ise eser sahibinin kişilik hakkına göre belirlenecektir. Dolayısıyla gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibi olarak tanınma hakkının devrinin geçerli olup olmadığı incelenirken, bunun gölge yazarın kişilik hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilmelidir<sup>112</sup>. Yazara göre, özetle, *bir eserle ilgili övgü de eleştiri de eserin üzerinde adı görünen kişiye yöneleceğinden* şu üç şart kümülatif olarak gerçekleşmedikçe eseri yaratan gerçek yazarın onuru ve itibarı devirden etkilenmeyecektir: (i) gerçek yazar kamu tarafından bilinmeli, (ii) eser, gerçek yazarın kişiliğini yansıtacak ölçüde kişisel-entelektüel içeriğe sahip olup onun kişiliğine ilişkin sonuç çıkartılabilecek nitelikte bulunmalı ve (iii) bu içerik gerçek yazara izafe edilebilmesi, yani kamunun gözünde bu içeriğin eserin üzerinde adı görünenin değil, gerçek yazarın fikirleri olduğu varsayılabilir<sup>113</sup>. Bu açıklamalardan sonra yazar, gölge yazarın kamu tarafından bilinip bilinmemesine göre bir ayırım yapmakta ve her iki durumda da gölge yazarın eser sahibi olarak tanınma hakkının devrinin, gölge yazarın kişilik

105 Dessemontet (n 103) N. 82; Reto M. Hilty, *Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schütz – und schuldrechtlicher Sicht* (Stämpfli 2001) 21 ff., 26. Bu görüşteki başka yazarlar için bkz. Seemann (n 28) 252, dn. 973.

106 Bkz. von Planta (n 1) 109-110. Aynı yönde: Seemann (n 28) 263 ff. (yalnız yazar manevi hakların devriyle ilgili farklı görüştedir). *Common law* bakış açısından aynı yönde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Sam Ricketson, 'Is Australia in Breach of Its International Obligations with respect to the Protection of Moral Rights?' (1990) 17(3) Melbourne University Law Review 462, 472. Karş. Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7. *Ricketson'un* da dikkat çektiği üzere (472, dn. 42) 1928 tarihli Roma Konferansı'nın Raportörü *Eduardo P. Caselli'nin* genel raporda açıkladığı şahsi görüşüne göre, Bern Sözleşmesi m. 6(tekerrar)'daki eser sahibi olarak tanınma hakkı devredilemez ve bundan feragat edilemez. Rapor için bkz. <[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/877/wipo\\_pub\\_877.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/877/wipo_pub_877.pdf)> 171 accessed 2 November 2021.

107 Bkz. Seemann (n 28) 252-253.

108 von Planta (n 1) 106 ff., 112-121; Dessemontet (n 103) N. 105. Benzer yönde: Hug (n 8) Art. 9, N. 17 ff., 19. Karş. Jacques de Werra in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012) Art. 16, N. 18-20, 22; Herbert Pfortmüller in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012) Art. 14, N. 22; Hilty (n 105) 22-23; Rigamonti (n 37) 265 ff.

109 Bkz. von Planta (n 1) 104 ff.

110 von Planta (n 1) 104-106. Karş. Seemann (n 28) 259 ff.; de Werra (n 108) Art. 16, N. 16; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247.

111 Bu ayırımın kendisi ve sonuçları tartışmalıdır. Ayrımı kabul etmekle birlikte, dış alanda kalan hakların (kendisinin değil) *kullanımının devredilebileceğini* belirten yazarlar vardır. Örneğin bkz. Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7.

112 von Planta (n 1) 112.

113 ibid 114-115.

hakkını ihlal etmediği ve bu sebeple devrin geçerli olduğu sonucuna ulaşmaktadır<sup>114</sup>. Bu görüşün sonucu ise yazarın şu cümleleriyle özetlenebilir: “Bu [hakkın devri] bir yandan görünürdeki yazarın hakkı herkese karşı ileri sürebileceği anlamına gelir. Diğer yandan devir yoluyla gölge yazar telif hakkını kesin olarak kaybetmiştir ve hakkın üzerinde başkaca tasarruflarda bulunma yolu kapanmıştır.”<sup>115</sup> “Ayrıca o [görünürdeki yazar] eser sahipliğini gölge yazara veya üçüncü kişilere karşı fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan davalarla (hukuk veya ceza) koruyabilir.”<sup>116</sup> “Hakkını devreden gölge yazar, sıfat eksikliği sebebiyle kendini eser sahipliğinin gaspı veya eserde yetkisiz olarak yapılan değişikliklere karşı koruyamaz.”<sup>117</sup> Bu doğrultuda fikri mülkiyet hukukunun amacının, fikri ürünleri ekonomik olarak kullanılabilen ticari metalar kılmak olduğunu belirten yazar, gölge yazarlık sözleşmesine (açıklanan biçimde) etki tanınmamasının bu amaca ters düşeceğini ifade etmektedir<sup>118</sup>.

İsviçre öğretisinde karşı görüşteki yazarların bir kısmına göre manevi hakların devri kural olarak mümkün değilken<sup>119</sup>, böyle genel bir kabulde bulunmayan diğer bir kısmına göre eser sahibi olarak tanınma hakkı ve/veya adın belirtilmesi hakkının devri mümkün değildir<sup>120</sup>. Federal Mahkeme'nin de genel olarak manevi hakların devredilemeyeceğini belirttiği<sup>121</sup> ve hâkim görüş olarak belirttiği eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilemeyeceği yönündeki görüşe yollama yaparak buna göre hüküm kurduğu<sup>122</sup> kararları vardır. Bu görüşteki yazarlardan *Barrelet/Egloff*, eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilebileceği görüşünün yukarıda anılan Bern Sözleşmesi m. 6(tekerrar) f. 1'e

114 von Planta (n 1) 115-121. *Hilty* ise manevi hakların kural olarak devredilebileceğini savunmasına rağmen eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilemeyeceğini, olsa olsa bunun önemli bir sonucu olan adın belirtilmesi hakkından feragatin (bunun anlamı için bkz. aşağıda III, B, 1) mümkün sayılabileceğini belirtmektedir. *Hilty* (n 105) 22-23. *von Planta* ayrıca İsviçre URG m. 11'de düzenlenen, FSEK m. 16'da eserde değişiklik yapılmasını menetmek başlığıyla öngörülmüş olan (bkz. Ateş (n 71) 145 vd.) eserin bütünlüğünün korunması hakkı (*Recht auf Werkintegrität*) bakımından da eserde yapılabilecek değişikliklerin gölge yazarın değil, görünürdeki yazarın itibarını etkileyecek olduğunu ileri sürerek bu hakkın bir bütün olarak devredilebileceğini belirtmektedir. von Planta (n 1) 109, 122-124. Oysa İsviçre öğretisinde manevi hakların kural olarak devredilebileceğini kabul eden yazarların bile çoğunluğu eserin bütünlüğünün korunması hakkının devredilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. Seemann (n 28) 252, dn. 977'de anılan yazarlar. Yalnız aynı dipnotta *von Planta* s. 109'a da atıf yapılmıştır; burada *von Planta*'nın 122 ilâ 124'üncü sayfadaki açıklamalarının dikkate alınmamış olduğunu düşünüyoruz.

115 von Planta (n 1) 131: “Dies bedeutet zum einen, dass der Namensträger das Recht ebenfalls gegenüber jedermann durchsetzen kann. Zum andern verliert der Ghostwriter durch die Übertragung endgültig das Urheberrecht und ist von weiteren Verfügungen über das Recht ausgeschlossen.”

116 ibid 145: “Auch kann er seine Werkherrschaft gegen den Ghostwriter oder gegen Dritte mittels urheberrechtlicher (zivil – und strafrechtlicher) Klagen verteidigen.”

117 ibid 149: “Durch die Übertragung seines Rechts ist der Ghostwriter mangels Aktivlegitimation nicht in der Lage, sich gegen die Anmassung der Urheberschaft oder gegen unbefugte Änderungen des Werkes zur Wehr zu setzen.”

118 von Planta (n 1) 94. Benzer yönde: Dessemontet (n 103) N. 124.

119 Seemann (n 28) 255 ff. (ancak yazar bazı manevi hakları dışarıda tutmaktadır); Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7; Streuli-Youssef Magda, ‘Besonderheiten des Urheberrechtes im Rechtsverkehr’ (1996) Heft 8 Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 958, 963.

120 de Werra (n 108) Art. 16, N. 18-20, 22; Pfortmüller (n 108) Art. 14, N. 22; *Hilty*, *Urheberrecht* (n 101) N. 399, 597; *Hilty* (n 105) 22-23; Rigamonti (n 37) 265 ff. *Hilty*'e göre, tıpkı biyolojik babalık gibi eser sahipliği de değiştirilmesi mümkün olmayan bir olgudur. *Hilty*, *Urheberrecht* (n 101) N. 399, 597

121 BGE 136 III 225, E. 3.3. Karar, yeterli gerekçe sunulmamış olması sebebiyle eleştirilmektedir. Dessemontet (n 103) N. 82, dn. 93.

122 BGer 4P.145/2003, E. 3.

uygun olmadığını belirtmektedir<sup>123</sup>. Yine aynı görüşteki *de Werra*'ya göre, günümüzde eserlerin giderek kolektif olarak ve/veya eser sahibine yabancı araçlarla (bilgisayarlar gibi) yaratılıyor olması artık eser sahiplerinin kişisel olarak yaratma faaliyetinde bulunmadığı anlamına gelmediği gibi bundan doğrudan eser sahiplerinin kişiliğini ilgilendiren manevi hakların korumasından vazgeçilmesi gerektiği sonucu da çıkartılamaz<sup>124</sup>. *Rigamonti* de, eser sahibi olarak tanınma hakkının dogmatik nitelendirmesinden bağımsız olarak, İsviçre URG m. 6'daki (FSEK m. 8) *gerçek eser sahipliği* ilkesi uyarınca yalnızca eser ile onu yaratan gerçek kişi arasında hukukten kurulan bağın, hakkın içeriği bakımından devrinin mümkün olmadığını açıkça gösterdiğini belirtmektedir<sup>125</sup>. Ayrıca manevi haklar bakımından Bern Sözleşmesi m. 6(tekrar) f. 2'deki (ayrıca bkz. FSEK m. 19, 63 vd.) mirasa (intikale) elverişlilikle ilgili düzenlemenin manevi hakların ve özel olarak eser sahibi olarak tanınma hakkının sağlararası işlemlerle de devredilebileceğinin lehinde olduğu yönündeki olası itirazlar ikna edici olmayacaktır; çünkü burada mirasçılar kendilerini *eser sahiymiş gibi* göstermekle ve kendilerinin eser sahipliğini (haklı olarak) reddedecek üçüncü kişilere karşı harekete geçmekle yetkili kılınmamakta, yalnızca hakkı kullanma (örneğin, murisin eser sahipliğini reddedene dava açma) yetkisine sahip olmaktadır<sup>126</sup>. Buna ek olarak, manevi hakkın devredilebileceği kabul edilirse, bunun mantıkî sonucu *tekrar devredilmesinin* de mümkün olduğudur ve bu, fikri mülkiyet hukukunun karakteriyle bağdaşmayacaktır<sup>127</sup>. Son olarak *Seemann*, manevi hakların devriyle ilgili ayrıntılı çalışmasında hem eser sahibi olarak tanınma hakkının hem de bunun bir görünümü olan adın belirtilmesi hakkının devredilip devredilemeyeceğini lafzî, sistematik, tarihsel ve teleolojik açılardan değerlendirmiş ve ikisinin de devredilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır<sup>128</sup>.

Türk hukuk öğretisindeki hâkim görüş de manevi hakların bir bütün olarak devredilemeyeceğini savunmaktadır<sup>129</sup>. Bunlardan feragat edilemeyeceğini belirten yazarlar da vardır<sup>130</sup>. Yargıtay içtihadı da manevi hakların devredilemeyeceği ve bunlardan feragat edilemeyeceği yönündedir<sup>131</sup>. Alman

123 Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 7.

124 de Werra (n 108) Art. 16, N. 18.

125 Rigamonti (n 37) 266-267.

126 Bkz. Rigamonti (n 37) 267.

127 de Werra (n 108) Art. 16, N. 19. Ancak yazar son tahlilde, manevi hakların devredilip devredilemeyeceğinin her bir manevi hak için ayrı ayrı incelenmesi gerektiği görüşündedir (N. 20 ff.).

128 Seemann (n 28) 304 ff., 312-314. Aslında yazara göre, eser sahibi olarak tanınma hakkından farklı olarak, sadece adın belirtilmesi hakkının devri *gerçek eser sahipliği ilkesine* aykırı olmayacaktır ve teleolojik olarak devrin kabulü için makul sebepler vardır. Bununla beraber, sistematik ve tarihsel açıdan eser sahibi olarak tanınma hakkının devredilemeyeceği İsviçre hukukunda öyle yerleşmiştir ki, bunun bir görünümü sayılan adın belirtilmesi hakkının bundan müstesna tutulması ancak hukuki güvenliği sağlayacak açık bir hukuk kuralıyla mümkün sayılabilecektir.

129 Tekinalp (n 16) § 14, N. 9; Ayiter (n 22) 196; Erel (n 22) 34-35, 283; Kılıçoğlu (n 73) 238 Gökyayla (n 40) 145, 238; Bozbel (n 8) 100, 193; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 153; Ateş (n 71) 130-131; Bellican (n 1) 316, 575; Tosun (n 8) 89 vd.; Karaaslan (n 8) 796; Cannur Ercan, 'Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi' (2021) 12(46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377, 388, 395-396; Mustafa Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler* (Seçkin 2020) 32, 41.

130 Örneğin bkz. Ayiter (n 22) 213; Erel (n 22) 309; Bellican (n 1) 330; Ateş, *Fikri Haklar* (n 129) 32. Yalnız burada feragatle kastedilen hukuki işlem yoluyla manevi hakkın *kullanımından* feragat değil, hakkı tamamen sona erdiren feragattir.

131 Yargıtay HGK, 11-368/393, 28.05.2008; Yargıtay 11. HD, E. 2013/3484, K. 2014/8875, 9.05.2014. Yargıtay 11. HD, E. 2011/5707, K. 2012/13237, 13.09.2012 kararında adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilemeyeceği ve hatta bir başkasını eser sahibi olarak gösterecek şekilde kullanımının da devredilemeyeceği belirtilmiştir: "*Anılan Yasa'nın 15 nci maddesinden kaynaklanan manevi hak, eser ile sahibi arasında ilişki nedeni ile eser sahibine sıkı sıkıya bağlı bir hak olup,*

hukukunda da hâkim görüş manevi hakların kural olarak devredilemeyeceği doğrutusundadır<sup>132</sup>, ancak bunun önemli sebeplerinden birinin Alman hukukunda *monist teorinin* kabul görmesi olduğu belirtilmelidir (bkz. Alman UrhG § 29 ve 39)<sup>133</sup>. Yine Fransız Telif Hakları Kanunu<sup>134</sup> m. L121-1'de manevi hakların kişiye bağlı olduğu ve devredilemeyeceği düzenlenmiştir<sup>135</sup>.

Kanımızca eser sahibi olarak tanınma hakkının ve bunun bir görünümü olan adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilemeyeceği görüşü hukukumuz bakımından isabetlidir. Fakat Anayasa m. 13 ve 48 uyarınca sözleşme özgürlüğü ancak yasayla sınırlanabileceği için bunun dayanağının ortaya koyulması gerekmektedir. İlk olarak, manevi hakların devrinin *gerçek eser sahipliği ilkesiyle* uyuşmayacağı yönündeki yukarıda değinilen açıklamalar haklıdır ve FSEK m. 8/I uyarınca Türk hukuku için de geçerlidir. Dahası, FSEK'te sağlararası işlemlerle ilgili düzenlemelere manevi haklar dahil edilmemiştir. Manevi haklar yalnızca eser sahibinin ölümünden sonra kimler tarafından kullanılacakları bakımından düzenlenmiştir (m. 19, karş m. 63). Sağlararası tasarruflarla ilgili m. 48 vd.'nda sadece mali hakların devri ve kullanılmasının devri düzenlenmiştir. Manevi haklar ne rehin, hapis hakkı ve cebri icranın caiz olmadığı kalemleri sayan m. 61'de ne de bunların caiz olduğu kalemleri sayan m. 62'de zikredilmiştir. Bununla birlikte, m. 62/I-3'te *alenilemiş eser üzerindeki* mali hakların ancak *eser sahibinin* manevi menfaatlerini ihlal etmemek şartıyla bu işlemlere konu olabileceği açıkça belirtilmiştir. Kanımızca yasa koyucunun sağlararası işlemlerle ilgili hükümlere manevi hakları genel olarak dahil etmemesi, bunları düzenlerken manevi hakları *göz önünde bulundurmadığı anlamına gelmemektedir*. FSEK m. 19'da eser sahibinin ölümü hâlinde manevi hakların kimin tarafından kullanılacağını ve FSEK m. 62/I-3'te de manevi menfaatlerin ihlal edilmemesi kaydıyla mali hakların rehin, hapis hakkı ve cebri icraya konu olabileceğini düzenlemiş olan yasa koyucunun, manevi haklarla ilgili olarak sağlararası işlemlerdeki sessizliği ancak *bilinçli susma* olarak yorumlanabilir. Kanımızca bu sistematik incelemeden, yasa koyucunun mali hakların bir bütün olarak devrini düzenleyen FSEK m. 49/I'de manevi haklar bakımından susarak bunların devriyle ilgili *olumsuz* çözümü kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir<sup>136</sup>. Dolayısıyla tarafların böyle bir

*bu hakkın bir başkasına devri söz konusu olamayacağı gibi, manevi hakkı kullanma yetkisinin devri halinde dahi eserin eser sahibi ile olan bağımı ortadan kaldıracak ve bir başkasının eser sahibi olarak gösterileceği biçiminde serbesti tanıyan yetki devri de geçerli olamaz.*" Yine Yargıtay 11. HD, E. 1970/2985, K. 1970/5092, 14.12.1970 kararına göre: "Eser sahibinin şahsına has ve onun tarafından kullanılacak manevi hakları, devir alana bu gibi sözleşmeler nakletmez. Hatta ismin zikrini isteyebilmek yetkisi, kısaltma ve değişikliklere karşı müdahale etmek selahiyeti eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet hakkı gibi manevi haklardan feragat olunduğu yolunda şart ihtiva eden mukaveleler de hükümsüzdür." Feragat bakımından bkz. ve karş. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 160; Ateş (n 71) 145; Ercan (n 129) 388, 396.

132 Dustmann (n 18) Vorbemerkung § 12-14, N. 9; Peukert (n 54) § 13, N. 34; Angelika Hoche in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019) § 29, N. 5; Rehlinger und Peukert (n 31) N. 833; Stolz (n 8) 60-61; Ansgar Ohly in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020) § 29, N. 8.

133 Ohly (n 132) § 29, N. 1. Monist teoriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bellican (n 1) 13 vd., burada ifade ettiğimiz husus bakımından özellikle 17-18.

134 1 Temmuz 1992 tarihli "Code de la propriété intellectuelle".

135 Bu konuda bkz. Jean-Luc Piotraut, 'An Author's Rights-Based Copyright Law: The Fairness and Morality of French and American Law Compared' (2006) 24(2) *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 549, 612 ff. (eleştirel açıklamalarla).

136 Bunun reddi hâlinde, öngörülemez sonuçlarla karşılaşılacaktır. Örneğin, mali hakların tekrar devrini yazılı muvafakat şartına bağlayan FSEK m. 49'da da manevi haklara ilişkin bir kural getirilmemiştir. Eğer manevi hakların devrinin

devri kararlaştırdığı sözleşmeler *yasaklayıcı hükme aykırılık* sebebiyle geçersiz (kesin hükümsüz) olacaktır. Ancak tahvilin şartları sağlanmışsa, bunun aşağıda III, B, 1'de açıklanacak olan *manevi hakkın kullanımının devrine* tahvil edilmesi mümkündür. Her halükârda, Türk hukukunda gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkının görünürdeki yazara bir bütün olarak devrinin önu kapalıdır.

Türk hukukunda durum açıklanan biçimde olmakla beraber, *von Planta'nın* yukarıda anılan görüşünü teorik olarak değerlendirmekte fayda vardır. Yazarın, eser sahibi olarak tanınma hakkının bir bütün olarak devri reddedilir ve gölge yazarın daima kendi adını açıklayabileceği kabul edilirse, bunun gölge yazarın ekonomik menfaatlerine aykırı düşeceği<sup>137</sup> tespiti aslında kendi içinde tutarlıdır. Ancak görüş daha yakından incelendiğinde sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yazar, kabul ettiği ayrıma göre, genel kişilik hakkı ile manevi hakların çakıştığı çekirdek alanda kalanlar dışında manevi hakların devredilebileceğini ileri sürmekte<sup>138</sup> ve *eserin kişilik hakkı üzerindeki etkisinin* yaratma faaliyetiyle değil, eserin nasıl kullanıldığı ve alenileştirildiğiyle ilgili olduğunu belirtmektedir<sup>139</sup>. Eserle karşı yöneltilen övgü ve eleştiriler yalnızca görünürdeki eser sahibinin kişiliğini ilgilendirdiği için gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibi olarak tanınma hakkının devri mümkün sayılmalıdır<sup>140</sup>.

Kanımızca bu değerlendirme eser sahibi olarak tanınma hakkının devrinin *hukuki sonuçlarından* ziyade bazı *fili/pratik sonuçlarına* ilişkindir. Oysa devre izin verilmesinin hukuki sonucu, daha önce açıklandığı üzere, gölge yazarın hakkının tamamen sona ermesi ve buna bağlı olarak eser sahipliğinden kaynaklanan diğer haklarını da hukuken kullanamaz hale gelmesidir. Öyleyse *von Planta'nın* kanımızca yeterli olarak değinmediği asıl sorun, *tek bir eseri konu edinse bile*, gölge yazarın *tasarrufişlemi niteliğinde* bir sözleşmeyle eser sahibi olarak tanınma hakkını bir bütün olarak devrinin, yani *bizzat bu işlemin* hem eser sahibinin menfaatleri hem de fikri mülkiyet hukukunun sistemi bakımından nasıl değerlendirileceğidir. Bu doğrultuda, katıldığımız görüşe göre, hakkın bütün olarak devrinin eserin pazarlanabilirliğini yükseltici ve eserden edinilebilecek ekonomik faydayı artırıcı etkisi devre izin verilmesi için yeterli değildir<sup>141</sup>. Bu durumda eserin yaratıcısının eserleri üzerinde hiçbir hakkı kalmayacaktır<sup>142</sup>. Hakkı devralan bizzat harekete geçmediği sürece, *eseri yaratan* üçüncü kişilerin ihlallerine karşı doğrudan önlem alamayacaktır<sup>143</sup>. Diğer taraftan, *gerçek eser sahipliği ilkesi* geçerli olduğu sürece bu görüş, fikri mülkiyet hukukunun sistemi bakımından da savunulabilir değildir<sup>144</sup>. Eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkının devrine

bilinçli susma yoluyla olumsuz cevaplandığı kabul edilmezse, bu devre izin verilmesinin mantıkî sonucu manevi hakkı devralanın bunu tekrar devredilebilmesi olacağından (de Werra (n 108) Art. 16, 19) TMK m. 5 atfıyla TBK m. 12 uyarınca bu devrin yazılı muvafakate bağlı olmayacağı şeklinde hukuki güvenlik bakımından kabul edilemez bir sonuca ulaşılacaktır.

137 Bkz. von Planta (n 1) 93. Hatta yazar, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa tarafların farazi iradesinin hakkın bir bütün olarak devredilmesi olduğunun varsayılacağını da ileri sürmektedir (140).

138 ibid 105 ff.

139 ibid 113-114, 147-148.

140 ibid 115-121, 146 ff.

141 Seemann (n 28) 311-312.

142 Rigamonti (n 37) 266-267. Yalnız bkz. yukarıda dn. 128.

143 ibid 266-267.

144 ibid 266-267.

izin verilmesi Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan başlıca ülkelerde benimsenmiş bu ilkenin (örneğin, FSEK m. 8/I, İsviçre URG m. 6, Alman UrhG § 7, Avusturya UrhG § 10) altını boşaltarak<sup>145</sup> eser sahipliğine ilişkin adı karinenin (FSEK m. 11, İsviçre URG m. 8, Alman UrhG § 10, Avusturya UrhG § 12) temelini ortadan kaldıracaktır. Sonuçta gölge yazarlıkla ilgili temel sorunlardan biri olan kamunun ve özellikle tüketicilerin yanıtılmasının<sup>146</sup> (bkz. aşağıda III, B, 2, b ve III, C) kural hâline gelmesi riski oluşacaktır<sup>147</sup>. Yani mevcut fikri mülkiyet hukuku sisteminde hakkın bir bütün olarak devrinin savunulması, sadece sonuçları itibarıyla bile isabetli görünmemektedir.

Buraya kadar gölge yazarlık kavramı ele alınmış, bunun benzer kavramlarla ilişkisi ve farkları ortaya koyulmuş, gölge yazarın eser sahipliği ile bu kapsamda adın belirtilmesi hakkının devredilip devredilemeyeceği tartışmasına değinilmiştir. Şimdi gölge yazarlık sözleşmesi ve bunun geçerliliğiyle ilgili değerlendirmelere yer verilecektir.

### III. GÖLGE YAZARLIK SÖZLEŞMESİ

#### A. HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Gölge yazarlık sözleşmesi, gölge yazar tarafından yaratılmış veya yaratılacak olan eserin görünürdeki yazarın adıyla (ya da başkasının seçeceği müstear adla) yayınlanacağına ilişkin sözleşmedir<sup>148</sup>. Bu sözleşme ivazlı veya ivazsız olabilir. Daha önce değinildiği üzere, sözleşmenin tarafları kural olarak gölge yazar ve görünürdeki yazardır; ancak böyle olması zorunlu değildir. Mesela gölge yazarın, görünürdeki yazarla sözleşme ilişkisi içindeki bir üçüncü kişiyle (örneğin, bir yayınevi ya da tez-ödev yazım bürosu) anlaşması da mümkündür<sup>149</sup>. Gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği aşağıda III, B'de ele alınacaktır; bu doğrultuda alttaki açıklamalar yalnızca sözleşmenin geçerli sayıldığı durumlarda pratik önem kazanacaktır.

Öğretide gölge yazarlık sözleşmesinin duruma göre özellikle eser, vekalet, hizmet, satış (veya *sui generis* devir), lisans veya yayım sözleşmesi niteliğinde olacağı ifade edilmektedir<sup>150</sup>. Oysa gölge yazarın edimine dahil olan ve sözleşmeyi karakterize eden, yarattığı eserin başkasının adıyla yayınlanmasına katlanma unsuru yasada düzenlenmemiştir. Bilindiği üzere, bir sözleşmeyi oluşturan

145 Bkz. de Werra (n 108) Art 16, N. 22; Pfortmüller (n 108) Art. 14, N. 22. Seemann (n 28) 312: "Zum Anerkennungsrecht gehört z.B. auch das Recht zur Bestimmung der Urheberbezeichnung. Verfügt der Rechtserwerber über dieses Recht, steht es ihm offen, eine andere Person als den wahren Werkschöpfer als Urheber zu nennen. Damit wird das Schöpferprinzip aufgegeben und die Urheberbezeichnung zu einer „Urheber-Marke“, die grundsätzlich unabhängig von der wahren Urheberschaft ist."

146 Bu bağlamda, von Planta'nın güzel edebiyat eserleri, bilimsel eserler ve kurgusal olmayan (*non-fiction*) eserler bakımından ünlü kişilerin yazar olarak lanse edildiği durumlarda bile haksız rekabet teşkil edebilecek yanıltıcılığın bulunmadığı iddiası ve buna sunduğu gerekçeler ikna edici olmaktan uzaktır. von Planta (n 1) 135-136.

147 Eser sahibi olarak tanımma hakkının gölge yazarlık sözleşmesiyle geçerli olarak devredilebileceği görüşündeki Dessemontet bile bunun bir sorun olduğunu vurgulamaktadır. Dessemontet (n 103) N. 105.

148 Rehbinden (n 8) 652, 654; von planta (n 1) 2; Seemann (n 28) 370; Rigamonti (n 37) 263; Hug (n 8) Art. 9, N. 19. Karş Stolz (n 8) 3. Başkasının seçeceği müstear adın özelliğiyle ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda II, A.

149 Seemann (n 28) 370.

150 Bkz. von planta (n 1) 11 ff.; Seemann (n 28) 370; Bellican (n 1) 76 vd; Rehbinden (n 8) 654; Groh (n 9) 871; Ahrens (n 10) 21.

unsurlar yasanın öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde kısmen veya tamamen öngörülmemişse, burada karma veya bileşik değil, *yepyeni*, yani *sui generis* bir sözleşme mevcuttur<sup>151</sup>. Bu sözleşmelerin tamamlanması mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiş adetler, iş ilişkilerinde geçerli teamüller, bazı durumlarda hâkimin hukuk yaratması ve ancak nitelikleri elverdiği ölçüde bunlara benzeyen sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerden kıyas yapılması yoluyla olur<sup>152</sup>. Dolayısıyla gölge yazarlık sözleşmelerinde yukarıda sayılan sözleşme tiplerinden de ancak bu biçimde yararlanılabilir<sup>153</sup>, yoksa bunlar tek başına gölge yazarlık sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesinde kullanılamaz. Örneğin, sözleşme eser yaratılmadan önce kurulmuşsa, sonucun taahhüt edilip edilmediğine göre eser veya vekalet sözleşmesi hükümlerinden yararlanılması mümkündür. Şayet bir yayınevi müstear adı söz konusuysa ve TBK m. 487 uyarınca yayınevi eseri çoğaltarak yayımlamayı üstlenmişse, yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerden de yararlanılabilir. Sözleşme eser yaratıldıktan sonra kurulmuşsa, satış sözleşmesi hükümlerine başvurulabilir. Yalnız sözleşen taraflar ortak bir amaç gütmeyeceğinden adi ortaklık sözleşmesi hükümlerine başvurulamaz<sup>154</sup>.

Gölge yazarın asli edim yükümlülükleri, sözleşme kurulduğu anda sözleşmeye konu eserin halihazırda yaratılmış olup olmadığına göre değişir. Eserin henüz yaratılmamış olduğu durumlarda, gölge yazar öncelikle eseri yaratma ve teslim etme yükümlülüğü altındadır<sup>155</sup>. Bunun yanında, gölge yazarın yaratılmış veya halihazırda mevcut eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasına *katlanma* yükümlülüğü vardır<sup>156</sup>. Burada gölge yazar, aslında hukuken karşı koyma hakkına sahip olduğu bir fiile muhalefet etmeme borcu altına girmektedir<sup>157</sup>. Türk ve İsviçre öğretilerinde gölge yazarın bu yükümlülüğünden genellikle bu hakkın *ileri sürülmesinden/kullanılmasından feragat*<sup>158</sup> veya bazen adın belirtilmesi hakkının *kullanımının devri*<sup>159</sup> şeklinde söz edilmektedir. Alman ve Avusturya öğretisinde de bunun eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkını sona erdirecek, kesin bir feragat olmadığını ifade eden yazarlar vardır<sup>160</sup>. Kanımızca gölge yazarın karakteristik asli edim yükümlülüğü olan bu katlanma yükümlülüğü sebebiyle gölge yazarlık sözleşmesi bir sürekli borç ilişkisidir<sup>161</sup>.

151 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Osman B. Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması* (Seçkin 1995) 20 vd., dn. 126.

152 ibid 20 vd., dn. 126.

153 Benzer yönde: Karaaslan (n 8) 768.

154 Bkz. von Planta (n 1) 17, dn. 58.

155 ibid 57 ff.

156 Benzer yönde: Bellican (n 1) 300-301, 324.

157 Katlanma yükümlülüğüyle ilgili olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 3, N. 6.

158 Rigamonti (n 37) 263-264; Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 15; Seemann (n 28) 372; Rehbinden und Peukert (n 31) N. 794; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 160; Ateş (n 71) 145.

159 Rehbinden (n 8) 656 (atf yapılan yerde genel açıklamalarda bulunan yazar adın belirtilmesi hakkına ilişkin olarak 658 ve 666'da hakkın kullanılmasından feragat kavramını kullanmıştır); Karaaslan (n 8) 769 vd.

160 Alman hukuku: Schulze (n 47) § 13, N. 31; Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Dustmann (n 18) § 13, N. 12, 19. Karş. Stolz (n 8) 61 ff.; Haberstumpf (n 54) § 13, N. 7 ff. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 40; Brehm (n 8) 19.

161 Stolz bu tespiti gölge yazarın aşağıda açıklanacak gizlilik yükümlülüğü dolayısıyla yapmaktadır. Ancak Türk hukuku bakımından bu tespit, yalnızca gizlilik yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü olduğu kabul edilirse isabetli olacaktır. Bkz. Stolz (n 8) 95 ff. Genel açıklamalar için bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 4 vd., 10.



Gölge yazarın gerçekte eseri yaratının kendisi olduğunu saklama/gizleme biçiminde bir *kaçınma* yükümlülüğünün sözleşmenin asli unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde çoğunlukta görünen yazarlar bunun gölge yazarlık sözleşmesinin zorunlu bir kavramsal unsuru olmadığını belirtmektedir<sup>162</sup>. Böyle bir yükümlülüğünden söz edebilmek için bunun sözleşmeden açık olarak anlaşılabilmesi gerekmektedir<sup>163</sup>. Bununla ilgili tereddüt varsa, gölge yazarın böyle bir yükümlülüğü olmadığı kabul edilmelidir<sup>164</sup>. Buna karşın, Alman ve Avusturya öğretisinde genellikle gölge yazarın gerçek eser sahibi olduğunu saklamakla yükümlü olacağı belirtilmektedir<sup>165</sup>. Alman hukukunda konuyu monografik olarak ele almış olan *Stolz'un* gölge yazarın sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduğuyla ilgili açıklamalarından da, tereddüt hâlinde gölge yazarın eser sahipliğini saklama yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>166</sup>.

İlk görüşe gerekçe sunan *von Planta'ya* göre, gölge yazarın kimliği birçok durumda kamu tarafından bilinebilir, hatta onun tanınırlığı bazen eserin pazarlamasında dahi kullanılabilir<sup>167</sup>. *Rehbinder'in* ise bu görüşü kamunun ve tüketicinin menfaatlerinin korunması gerekçeleriyle savunduğu anlaşılmaktadır<sup>168</sup>. Kanımızca gölge yazarlık sözleşmelerinin birçok eser türünü konu edinebilmesi, kavramsal olarak gizlilik anlaşmasının bunun zorunlu bir unsuru olmadığı görüşünü desteklemektedir. Konumuz bakımından özellikle otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerinde taraflar gölge yazarın kamu tarafından bilinmesini önemsememiş, gölge yazara bir gizleme yükümlülüğü yüklememiş olabilir. Bununla birlikte, Alman ve Avusturya öğretisinde haklı olarak belirtildiği üzere, yapılan sözleşmelerin büyük çoğunluğunda, özellikle edebi ve bilimsel eserleri konu edinenlerde, taraflar gölge yazarın eser sahipliğini saklama/gizleme yükümlülüğü altında olduğunu kararlaştıracaktır. Yani gizlilik anlaşması genellikle (*more often than not*) gölge yazarlık sözleşmesinin bir unsuru olarak karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla aşağıda III, B'de yer alan sözleşmenin geçerliliğiyle ilgili değerlendirmeler bu durum da dikkate alınarak yapılmıştır. Diğer taraftan, ilk görüş taraftarlarınca savunulan ve gölge yazarın eser sahipliğini saklama/gizleme yükümlülüğünün sözleşmeden açıkça anlaşılması gerektiği savı kanımızca isabetli değildir. Bu, sözleşmenin yorumu ve tamamlanmasıyla ilgili bir meseledir. Bunlara ilişkin genel kabul gören araç ve ilkelere<sup>169</sup> herhangi bir sonuca ulaşılamadığı takdirde, doğal olarak, gölge yazarın böyle bir yükümlülüğü olduğu varsayılmayacaktır. Ancak bu nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur.

Görünürdeki yazarın yükümlülüklerine gelindiğinde, eğer ivazlı bir gölge yazarlık sözleşmesi yapılmışsa, görünürdeki yazar öncelikle kararlaştırılan ivazı ifayla yükümlü olacaktır. Bu, genellikle

162 von Planta (n 1) 62-63; Rebinder (n 8) 667-668; Seemann (n 28) 372. Bu görüşte olduğu anlaşılan: Rigamonti (n 37) 264; Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 16. Bkz. ve karşı. Mielke (n 1) 17; Osenberg (n 9) 102 ff., 107. *von Planta* bu yükümlülüğün kararlaştırılmadığı durumları *gerçek olmayan gölge yazarlık*, kararlaştırıldığı durumları ise *gerçek gölge yazarlık* olarak adlandırmaktadır (63).

163 von Planta (n 1) 62-63; Rebinder (n 8) 667-668; Seemann (n 28) 372.

164 von Planta (n 1) 63; Rebinder (n 8) 667-668.

165 Alman hukuku: Peukert (n 54) § 13, N. 37; Bullinger (n 54) § 13, N. 22. Avusturya hukuku: Gassler (n 8) 50.

166 Stolz (n 8) 82. Yazar, gölge yazarın, gerçeği, arkadaşlarına ve ilgili taraflara açıklayabileceğini belirtmektedir.

167 von Planta (n 1) 62-63.

168 Rebinder (n 8) 667-668.

169 Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 32, N. 1 vd. ve § 33, N. 1 vd.

bir miktar paranın ödenmesidir<sup>170</sup>. Görünürdeki yazarın eserden elde edilecek gelirden otomatik olarak gölge yazara da pay verme yükümlülüğü yoktur, ancak bunun aksi kararlaştırılabilir<sup>171</sup>. Görünürdeki yazar kural olarak eseri yayınlamak ve çoğaltmak veya başkaca şekillerde kullanmak yükümlülüğü altında da değildir<sup>172</sup>. Fakat böyle bir yükümlülük açık olarak öngörülmemişse bile, örneğin, gölge yazarın elde edeceği gelir bunların yapılmasına bağlı şekilde düzenlenmişse, sözleşmenin yorumundan görünürdeki yazarın böyle bir yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşılabilir. Son olarak, görünürdeki yazar da, tıpkı gölge yazar gibi, sözleşmeyle gerçek eser sahibinin kendisi olmadığını saklama/gizleme yükümlülüğü altına girebilir. Bu yükümlülüğün varlığıyla ilgili olarak yukarıda gölge yazar bakımından açıklananlar burada da geçerlidir.

## B. GÖLGE YAZARLIK SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ

### 1. ADIN BELİRTİLMESİ HAKKININ KULLANIMINDAN FERAGAT (KULLANIMININ DEVRİ) BAKIMINDAN

Osenberg'e göre, gölge yazarlık sözleşmeleri, gerçek yazarın adının belirtilmesi hakkının kullanılmasından feragatini, eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasına rıza gösterilmesini ve buna ilişkin bir gizlilik anlaşmasını içerdiği için adın belirtilmesi hakkı adeta *de facto* devredilmiş olur (*quasi-Übertragung*)<sup>173</sup>. Gölge yazarın teorik olarak eserin gerçek sahibi olduğunu açıklayabilmesi onun manevi menfaatlerinin ağır biçimde zarara uğradığı sonucunu değiştirmez. Çünkü böyle bir açıklama yapan gölge yazardan borca aykırılık sebebiyle tazminat talep edilebileceği gibi ona karşı gizlilik sözleşmesinin aynen ifası için dava da açılabilir<sup>174</sup>. Yazara göre, gölge yazarın eser sahipliğini gizleme yükümlülüğü altında olmayıp gerçek eser sahibi olduğunu özel çevresinde açıklayabileceği sözleşmelerde de onunla eser arasındaki bağ alenileşmediği için manevi menfaati yine savunulabilir ölçüyü aşar şekilde ihlal edilmektedir<sup>175</sup>. Sonuç itibarıyla, manevi hakkın *de facto* bir bütün olarak devrine yol açan bu sözleşmeler geçersizdir<sup>176</sup>.

Bu görüşün Türk hukuku bakımından da tartışılması gerekir. Çünkü yazarın görüşünü gerekçelendirirken belirttiği hususlar, özellikle gölge yazarın tazminat yükümlülüğünün doğması ve alacaklının menfaati bulunduğu sürece yapmama borçlarının aynen ifası için dava açabilmesi<sup>177</sup> (İİK

170 von Planta (n 1) 68.

171 ibid 68.

172 ibid 68.

173 Osenberg (n 9) 94 ff. Türk hukukunda aynı yönde: Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247: "Adına ne denirse densin, kullanım hakkının devri ya da bundan feragat, de facto manevi hakkın devri ile aynı sonuçları doğuracaktır."

174 Osenberg (n 9) 98 ff.

175 ibid 107 ff.

176 ibid 101. Yazar sözleşmelerin geçersizliğini bir tek bu sebebe dayandırmamaktadır; ama bunu *per se* geçersizliğe yol açan bir sebep olarak belirtmektedir. Bununla birlikte, siyasi konuşma metinleri ile otobiyografileri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olduğu görüşündedir (126). Osenberg'in görüşüne kısmen benzer biçimde, Fransız hukukunda gölge yazarla yapılacak gizlilik anlaşmasının eser sahibi olarak tanınma hakkını *per se* ihlal ettiği ve bu sebeple geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Rigamonti (n 37) 264, dn. 941. Yazar bu konuda, yukarıda II, Ada değindiğimiz üzere, İsviçre hukukunun daha esnek olduğunu belirtmektedir.

177 Mustafa Dural, 'Akitten Doğan Yapmama Borçları' (1970) 4(6) İÜMHAD 7, 20 vd. Ancak gölge yazarlık sözleşmesinde

m. 30/III) Türk hukukunda da farklı değildir. Yukarıda II, C’de Türk hukukunda adın belirtilmesi hakkının devrini konu alan sözleşmelerin yasaklayıcı hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla adın belirtilmesi hakkının *kullanımından feragat* (veya bu hak bakımından farklı bir anlama gelmediğini düşündüğümüz başka bir ifadeyle *kullanımının devri*) bu yasağın dolanılmasına yol açıyorsa, bunu konu edinen sözleşmeler de kesin hükümsüz olacaktır. Böylece gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliğiyle ilgili inceleme daha bu aşamada son bulacak ve sözleşme kategorik olarak *bu sebeple* geçersiz sayılacaktır. Bu doğrultuda, öncelikle, adın belirtilmesi hakkının ileri sürülmesinden/kullanımından feragat veya kullanımının devrinden ne anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır.

Türk öğretisinde manevi hakların *kullanımının devredilebileceği* kabul edilmektedir<sup>178</sup>. Böyle bir devir kapsamında eser sahibi bunların kullanılış tarzını da belirleyebilir<sup>179</sup>. Özellikle mali haklar devredilirse, devredilen mali haklardan yararlanabilmenin gerektirdiği ölçüde manevi hakların *kullanımı da devredilmiş* olur<sup>180</sup>. İlk olarak vurgulanması gereken burada aslında teknik anlamda bir devrin söz konusu olmadığıdır<sup>181</sup>. *Hilty’nin* bu konudaki açıklamasını doğrudan aktarmaya çalışırsak: “*Şu anda genel olarak eser sahibinin manevi haklarına ilişkin yetkilerin [...] devredilemez olduğu varsayılmaktadır; ancak aynı şekilde eser sahibinin bu yetkilerin kullanımından feragat edebileceği veya bunlardan belirli bazılarının kullanımını üçüncü kişilere devredebileceği de kabul edilmektedir; yalnız bu devir, böyle bir üçüncü kişinin (devren) hak iktisabı anlamında bir devir değildir; daha ziyade üçüncü kişi yalnızca (asıl) hak sahibinin yerine yeterli bir şekilde hareket etmekle yetkili olur.*”<sup>182</sup> Dolayısıyla burada bir devir değil, eser sahibinin işleme konu manevi hakkı bakımından hukuken engelleyebileceği bir *müdahaleye katlanma yükümlülüğü* altına girmesi söz konusudur<sup>183</sup>.

bu ihtimal ancak gölge yazarın gerçeği açıklamaya *hazırlanmış* görünürdeki yazarca öğrenilmesi gibi durumlarda gerçekleşebilir.

178 Manevi hakların genel olarak kullanımının devredilebileceği hakkında bkz. Ayiter (n 22) 196; Erel (n 22) 34-35, 294; Tekinalp (n 16) § 14, N. 9; Bellican (n 1) 222-223, 575; Suluk ve Nal (Karasu) (n 8) 112; Ateş, *Fikri Haklar* (n 129) 32. Adın belirtilmesi hakkının kullanımının devri özelinde bkz. Karaaslan (n 8) 769 vd.; Tosun (n 8) 211 vd., özellikle 230 vd. Karş. Yargıtay 11. HD, E. 2011/5707, K. 2012/13237, 13.09.2012: “*manevi hakkı kullanma yetkisinin devri halinde dahi eserin eser sahibi ile olan bağımlı ortadan kaldıracak ve bir başkasının eser sahibi olarak gösterileceği biçiminde serbesti tanıyan yetki devri de geçerli olamaz*”. Bu bağlamda, manevi haklara ve özel olarak adın belirtilmesi hakkına getirilen sınırlamaların “sektörün gerektirdiği hallerde” geçerli olacağı görüşü için bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247-248. Özellikle karşı. Rigamonti (n 37) 261; Haimo Schack, *Urheber – und Urhebervertragsrecht* (9. Auflage, Mohr Siebeck 2019) N. 377; BGH 16.06.1994 I ZR 3/92, GRUR 1995, 671 ff.

179 Tekinalp (n 16) § 14, N. 9.

180 Ateş, *Fikri Haklar* (n 129) 46.

181 Hilty (n 105) 22.

182 Hilty (n 105) 22: “*Im Allgemeinen wird nun davon ausgegangen, die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse seien [...] nicht übertragbar; ebenso wird freilich anerkannt, dass der Urheber auf die Ausübung dieser Befugnisse verzichten beziehungsweise gewisse von ihnen Dritten zur Ausübung überlassen kann, wobei es sich bei dieser Überlassung aber eben nicht um eine Übertragung im Sinne eines (derivativen) Rechtserwerbs eines solchen Dritten handeln soll; vielmehr soll der Dritte nur anstelle des (originär) Berechtigten in adäquater Form aktiv werden dürfen.*”

183 Bkz. Bellican (n 1) 575. Bunun, manevi hakkın ileri sürülmemesi konusunda nispi etki doğuran bir anlaşma olduğu konusunda bkz. Schack, *Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 305. Eser sahibinin manevi haklarının, kişilik hakkından farklı bir kavram olduğu tereddütsüz olmakla beraber (Ayiter (n 22) 110-111; Erel (n 22) 136. Kısmen karşı. Tosun (n 8) 260 vd.), bunları da kişilik değerlerine (*Persönlichkeitsgüter*) dahil olduğu ve gölge yazarlık sözleşmelerinde böyle bir mutlak hakka müdahalede bulunulduğundan yola çıkan *Seemann* gölge yazarın buna rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil

Yani eser sahibi karşısında bir alacak hakkı elde edilmektedir. Bu kapsamda, hukukumuzla ilgili değerlendirmeye devam etmeden önce, böyle bir yükümlülüğün kararlaştırıldığı sözleşmelerin geçerliliğiyle ilgili olarak karşılaştırmalı hukuktaki durumun incelenmesi yararlı olacaktır.

İsviçre öğretisinde, yine bu öğretinin mensubu olan *Osenberg'in* yukarıda aktarılan görüşü kabul görmemektedir. Hâkim görüşe göre, gölge yazarın adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragati geçerlidir<sup>184</sup>. Bu durumda, adın belirtilmesi hakkına sahip olmaya devam eden gölge yazar daima bu hakkını kullanabilecektir; ama sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalacaktır<sup>185</sup>.

Alman öğretisinde<sup>186</sup> ve mahkeme içtihatlarında<sup>187</sup> da adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragatin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Ancak İsviçre hukukundan farklı olarak, gölge yazarın katlanma yükümlülüğünü zaman itibarıyla sınırlandırabilmek için<sup>188</sup> öğretilerde, ileride yaratılacak eserleri konu edinen lisans sözleşmelerinin kurulmasından 5 yıl sonra her iki tarafa da fesih hakkı veren Alman UrhG § 40 f. I c. 2 (karş. FSEK m. 50/II) ve lisans hakkı sahibinin hakkını kullanmamasından ötürü eser sahibinin cayma hakkını ileri sürmemeyi en fazla 5 yıl süreyle taahhüt edebileceğini düzenleyen § 41 f. 2 c. 2 (yalnız bu fıkra 1.03.2017 tarihinde değişmiştir<sup>189</sup>; karşı. FSEK m. 58/V) hükümlerinin *kıyasen* gölge yazarlık sözleşmelerine de uygulanması önerilmiştir<sup>190</sup> ve bu, içtihatlarla da kabul edilmiştir<sup>191</sup>. Bununla birlikte, bu hükümlerde düzenlenen menfaat dengesi ile

edip etmediğini incelemiştir. Yazara göre, gölge yazarlık sözleşmesinde adın belirtilmesi hakkına görünürdeki yazarın müdahalesine verilen rıza, İsviçre Medeni Kanunu m. 27 (TMK m. 23) uyarınca kişilik hakkına müdahaleye verilen rızalarda olduğu gibi, kural olarak hukuka veya ahlaka aykırı değildir. Yine kişilik hakkına müdahaleye verilen rızaya benzer olarak bu rıza da her zaman geri alınabilir. Geri almanın etkisi geleceğe yöneliktir. Bununla birlikte, yine de taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmuş olduğundan, gölge yazar uygun olmayan bir zamanda rızasını geri almışsa, İBK m. 404/II'ye (TBK m. 512) kıyasen görünürdeki yazarın bundan doğan zararını tazminle yükümlü olacaktır. Bkz. Seemann (n 28) 53 ff., 372 ff., 379.

184 Hilty, *Urheberrecht* (n 101) N. 399, 597; Seemann (n 28) 372 ff.; Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 15; Hug (n 8) Art. 9, N. 19-20; Rigamonti (n 37) 263-264; Rehbindler (n 8) 656.

185 Barrelet und Egloff (n 80) Art. 9, N. 15.

186 Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Schulze (n 47) § 13, N. 31; Metzger (n 8) 106 ff., 114-116; Schack, *Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 378.

187 OLG Frankfurt a.M. 'Zulässige Ghostwriter-Vereinbarung bei wissenschaftlichem Aufsatz eines Honorarprofessors' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-2010-S-221-N-1>> accessed 17 October 2021 221, 223.

188 Metzger (n 8) 105.

189 Hükümün atfı yapılan eski hali şöyleydi: "Auf das Rückrufsrecht kann im Voraus nicht verzichtet werden. Seine Ausübung kann im Voraus für mehr als fünf Jahre nicht ausgeschlossen werden."

190 Tespitle ilgili olarak bkz. Metzger (n 8) 105. Öğreti için bkz. Bullinger (n 54) § 13, N. 22; Schulze (n 47) § 13, N. 31; Metzger (n 8) 114-115; Schack, *Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 378. Bu hakkın kullanılmasının sonuçlarıyla ilgili olarak özellikle bkz. Thorsten Feldmann, 'Zulässigkeit und Grenzen von Ghostwriter-Vereinbarungen' (2009) 29 jurisPR-ITR Anm. 5 <[www.juris.de](http://www.juris.de)> accessed 29 November 2021.

191 OLG Frankfurt a.M. 'Zulässige Ghostwriter-Vereinbarung bei wissenschaftlichem Aufsatz eines Honorarprofessors' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-2010-S-221-N-1>> accessed 17 October 2021 221, 223; OLG München 'Pumuckl-Illustrationen' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2004 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-RR-B-2004-S-33-N-1>> accessed 12 October 2021 33, 35; OLG München 'Tatort-Vorspann' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2011 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-RR-B-2011-S-245-N-2>> accessed 12 October 2021 245, 248.

gölge yazarlık sözleşmesindeki ilgisizliği olmaması sebebiyle açıklanan kıyasen uygulamayı, bizce de haklı olarak, eleştiren yazarlar vardır<sup>192</sup>. Kanımızca Türk hukukunda da FSEK m. 50/II veya 58/V'den *kıyasen* yararlanılarak gölge yazara bir *olağan fesih* hakkı tanınması mümkün değildir. Olsa olsa sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan gölge yazarlık sözleşmeleri genellikle hiçbir bir süreye bağlanmamış (*belirsiz süreli*) olarak akdedileceğinden ve TMK m. 23 uyarınca kimse sonsuza kadar bir sözleşmeyle bağlı tutulamayacağından dolayı her iki tarafın da bir *olağan fesih* hakkına sahip olduğu düşünülebilir<sup>193</sup>. Tarafların *olağanüstü (haklı) fesih* hakkı da şüphesiz saklıdır.

Kanaatimizce adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragatin, *de facto*, hakkın bir bütün olarak devrine yol açması sebebiyle gölge yazarlık sözleşmelerini *per se* geçersiz kıldığı görüşü incelenirken öncelikle FSEK m. 11'deki adi karineye değinilmelidir. Gerçekten de bu karine sebebiyle, görünürdeki yazar, aksi ispatlanmadığı sürece, hukuken eser sahibi olarak görüleceği için eser sahipliğinden doğan bütün yetkileri kullanabilecektir. Gölge yazar katlanma yükümlülüğüne uymayıp adının belirtilmesi hakkını FSEK m. 15/III'e dayanarak kullanırsa veya gizlilik anlaşmasının varlığına rağmen eser sahipliğini kamuya açıklarsa tazminat ödemekle yükümlü olacaktır<sup>194</sup> (yukarıda belirtilen fesih ihtimalleri saklıdır). Buna karşın, kanımızca *Osenberg'in* gölge yazarın tazminat ödemekle yükümlü olacak olması sebebiyle menfaatlerinin ağır biçimde (sanki manevi hak devredilmiş gibi) zarar göreceğine ve bu sebeple sözleşmenin geçersiz olacağına yönelik açıklamaları isabetli değildir<sup>195</sup>. Bir kere, yukarıda değinilen menfi sonuçları (örneğin ve özellikle tazminat ve/veya cezai şart) göze alan gölge yazarın eser sahipliği, bunu ispatlayabildiği sürece, hukuken korunmaktadır. Bu da hakkın bir bütün olarak devrinin (yukarıda II, C'de açıklandığı üzere) mevcut fikri mülkiyet hukuku sistemine uygun olmaması sorununu hukuki bir sorun olmaktan çıkartıp *pratik bir soruna* dönüştürmektedir. Kanımızca bu durum, yasayı dolanma ihtimalini ortadan kaldırır. Bu aşamada karar gölge yazara bırakılmalıdır. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, adının belirtilmesi hakkının kullanımından feragat eden eser sahibi için bu sözleşme kural olarak öngörülemez ekonomik sonuçlara da yol açmamaktadır<sup>196</sup>. Hatta *Metzger*, gölge yazarın adının belirtilmesinden feragatinin doğrudan onun kişiliğini (maddi ve manevi varlığını) geliştirme özgürlüğünün bir ifadesi olduğunu belirtmektedir<sup>197</sup>. Buna göre, eser sahibini *katı-paternalist* bir anlayışla korumak onun eseri üzerinde tasarruf edebilme özgürlüğünü Anayasa'ya aykırı düşecek ölçüde sınırlamak anlamına gelecektir. Dolayısıyla sırf adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragatin, *de facto*, hakkın bir bütün olarak devri sonucunu doğuracağından bahisle gölge yazarlık sözleşmelerinin daha baştan kategorik olarak geçersiz sayılması gerektiği görüşü kanımızca isabetli değildir. Ancak bu, gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği başka sebeplerle de tartışmalıdır. Aşağıda farklı eser türleri bakımından bunlara değinilecektir.

192 Dustmann (n 18) § 13, N. 20; Groh (n 9) 872 ff. Ayrıca bkz. Peukert (n 54) § 13, N. 37.

193 Bu konuda bkz. Seliçi (n 161) 136 vd.; Pınar Altınok-Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011) 91.

194 Tekinalp (n 16) § 14, N. 34.

195 Gizlilik anlaşmasının aynen ifasının istenmesi ihtimali bakımından da buradaki açıklamalar geçerlidir. Yukarıda dn. 177'de belirtildiği üzere bu, pratikte nadiren karşılaşılabilecek bir ihtimaldir.

196 Dustmann (n 18) § 13, N. 20; Groh (n 9) 872 ff.

197 Metzger (n 8) 105-106.

## 2. KONUSU OLAN ESER TÜRLERİ BAKIMINDAN

Çalışmanın bu kısmının FSEK m. 2/I-1'de “herhangi bir şekilde ... yazı ile ifade olunan eserler” ile sınırlı olduğu yukarıda I'de belirtilmişti. Aşağıdaki inceleme gölge yazarlığa konu olan başlıca yazılı eser türleri olan edebi eserler (güzel edebiyat eserleri (*schöngeistige Literatur, nichttrivialen Romanen*)) ve seri edebiyat eserleri (*Trivialliteratur*)), kurgusal olmayan eserler (*Sachbücher, non-fiction works*), bilimsel eserler, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerini kapsayacaktır. Yalnız gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği konusunda eser sahibi olarak tanınma veya adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilmesi ya da *de facto* böyle bir sonucun doğmasıyla ilgili tartışmalar yukarıda aktarıldığı için aşağıda bunlara ayrıca yer verilmeyecek, her bir eser türü özelindeki tartışmalara değinilecektir.

### A. BİLİMSEL ESERLER

Bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık (akademik gölge yazarlık) faaliyetinin giderek bir meslek ve hatta sektör hâline geldiği rahatlıkla söylenebilir. İnternette veya sosyal medyadan yapılacak basit bir aramayla önceden hazırlanmış veya yazılmak istenen konuda hazırlanacak bir tezin fiyatının yaklaşık ne kadar olacağı tespit edilebilmektedir. Örneğin, Almanya'da akademik tez çalışmalarında sayfa başı fiyat genellikle 20 ilâ 75 Euro arasında olup yüksek lisans tezi veya mezuniyet çalışması için 3.000 ilâ 6.000 Euro, doktora tezleri için ise yaklaşık 10.000 Euro'dan başlayıp kompleks çalışmalarda 100.000 Euro civarına ulaşabilen fiyatlar talep edildiği belirtilmektedir<sup>198</sup>. Türkiye'de de burada *erişim linkini paylaşmayı tercih etmediğimiz* birçok site veya sosyal medya hesabı üzerinden yaklaşık fiyatlara kolaylıkla ulaşılabilmektedir; hatta ayrıntılı bilgi isteyenler için matbu talep formları ve iletişim bilgileri de mevcuttur.

Bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği, *akademik unvan almak için gereken bilimsel eserleri konu edinenler* (bu ifadeyi aşağıda alıntılanan kanun hükmüne uygun olarak atama, yükselme, derece kazanma gibi işlemler için gerekli olan eserleri de içerecek şekilde kullanıyoruz) ile *bundan bağımsız olarak bilimsel eserleri konu edinenler* olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Bunların yanında, bilimsel eser olarak nitelendirilemeyecek olsalar bile *akademik gölge yazarlık* kapsamında oldukları kabul edilen<sup>199</sup>, öğrencilerin öğretim kurumlarının ölçme-değerlendirme faaliyeti kapsamında yaptığı gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği de bu başlık altında değerlendirilecektir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5'in b bendinde “*Atama ve yükselmelerde, unvan veya derece kazanılmasında; anket uygulama, veri toplama gibi akademik değerlendirme içermeyen katkılar dışında kişisel emek ve birikimine dayanmayan, başkaları tarafından ücret karşılığında veya ücretsiz olarak üretilmiş yayım ve çalışmalar kullanmak*” ifadesiyle *akademik unvan elde etmeye yönelik bilimsel eserleri* konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri, akademik bir kadroya bir daha atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarılma şeklinde tanımlanan “*üniversite öğretim mesleğinden*

198 Bkz. Groh (n 9) 870-871.

199 Schimmel (n 8) 10 ff.

*çıkarma*” yaptırımına bağlanmıştır. Kanımızca bu, sadece idari sonuçları olan bir kural değildir. Bununla aynı zamanda gölge yazarlık sözleşmelerinin akademik unvan elde etmek için gereken bilimsel eserleri konu alması da yasaklanmaktadır. Yasa koyucunun bir yandan gölge yazarlık faaliyetinden sadrolmuş eserlerin unvan almakta kullanımını bu denli ağır bir yaptırıma bağlayıp, diğer yandan sözleşmenin içeriğine bunların dahil edilmesini serbest bırakmış olması düşünülemez. Dolayısıyla bu kapsamda kalan eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri yasaklayıcı hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür (TBK m. 27). Buraya yalnızca tez çalışmaları değil, makaleler, tebliğ metinleri vb. de dahildir. Kanaatimizce *değınilen hüküm olmasaydı bile* ilgili unvanı elde etmek için yapılması gereken yayınları gösteren mevzuat hükümlerinin<sup>200</sup> değerlendirilmesinden de bu sonuca ulaşılabilirdi. Çünkü bu düzenlemelerin sözünde açıkça belirtilmese de, en azından özünden, bu yayınları yazarın kendisinin yaratmasının gerekli olduğu (*Eigenhändigkeitserfordernis*) sonucuna varılacaktır<sup>201</sup>. *Schimmel* de bu kurallara yasaklayıcı norm gözüyle bakılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>202</sup>. Öğretide gölge yazarın akademik mevzuata tabi olmadığı, ancak faaliyeti *bu mevzuatı ihlal etmeyi amaçladığı için* sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını savunan yazarlar da vardır<sup>203</sup>. Ancak kanımızca yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Türk hukukunda unvan alınması için gerekli bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılığın değerlendirilmesine gerek yoktur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda unvan almak için gerekli olanlar dışındaki bilimsel eserlerde gölge yazar kullanılması yaptırıma tabi tutulmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla yasa düzeyinde bunu doğrudan yaptırıma bağlayan başka bir düzenleme de yoktur. Yalnızca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/b-3’ün h alt bendinden, hemen aşağıda açıklanacağı üzere, yasa koyucunun (unvan için gerekli olmayan eserleri konu edinse dahi) bilimsel alanda gölge yazarlığa ilişkin değerlendirmesinin dolaylı olarak anlaşılması mümkündür. Bu sebeple, yukarıda unvan almak için gereken bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleriyle ilgili ulaşılan sonuca, diğer bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri bakımından ulaşamayacaktır. Öyleyse diğer bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin başka sebeplerle geçersiz olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada ilk değerlendirilmesi gereken ise bunların TBK m. 27 uyarınca ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağıdır. Bilindiği üzere, bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde topluma mal olmuş asgari ahlaki değerler (sosyal ahlak) ile hukuk kurallarına içkin olan etik değerler (hukuki ahlak) birlikte gözetilmelidir<sup>204</sup>.

Öncelikle, yasa düzeyinde konuyu doğrudan düzenleyen bir düzenleme bulunmasa da, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/b-3’ün h alt bendinde aylıktan veya ücretten kesme cezasına bağlanmış fiiller altında zikredilen ve aynı zamanda ikincil mevzuata bakıldığında, ÜAK Bilimsel

200 Mesela Doçentlik Yönetmeliği m. 4/2-c uyarınca YÖK tarafından belirlenen doçentlik asgari şartlarını sağlayacak çalışmaların yapılması.

201 Bkz. Schimmel (n 8) 12.

202 ibid 12.

203 Seemann (n 28) 374. Ayrıca bkz. OLG Düsseldorf ‘Irreführende Spitzengruppenbehauptung eines wissenschaftlichen Ghostwriters’ Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2011 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-RR-B-2011-S-474-N-1>> accessed 17 October 2021 474, 474-475.

204 Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 42, N. 39 vd.

Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de (ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi m. 4/1-’de) bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler arasında sayılmış “haksız yazarlık” kavramı altında ele alınan “*aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek*” ile “*aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek*” davranışları, hukuk düzenimizde, unvan alınmasından bağımsız olarak, bilimsel eserlerde gölge yazarlığın etiğe aykırı bulunduğunu göstermektedir. Gerçi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b’ den farklı olarak, m. 53/b-3’ün h alt bendinin ve yönergenin lafzından, burada düzenlenen davranışların yalnızca birden çok kişinin eser sahipliğinde meydana gelebileceği ve davranışı gerçekleştirenin kendi adını yazarlar arasına dahil ettirmeye veya başka yazarların adını çıkartmaya zorlayabilecek bir konumda olması gerektiği izlenimi edinilmektedir<sup>205</sup>. Oysa bilimsel araştırma ve yayın etiği açısından aynı davranışların anlaşma yoluyla ve tek kişi eser sahibi gösterilerek yapılması arasında bilimsel etiğe aykırılık bakımından fark yoktur. Dolayısıyla Türk hukukunda gölge yazarlığın etik değerlere aykırı bulunduğu söylenebilir.

Topluma mal olmuş asgari ahlaki değerlere göre yapılacak incelemede ise hem akademinin dışındaki makul ve dürüst insanların anlayışı hem de akademik çevrede genel kabul gören standartlar dikkate alınmalıdır. İlki bakımından, bilimsel eser sahibini o konuda uzman sayan toplumun, eserde adı bulunan kişinin gerçek yazar olmasına güvenebilmekte haklı bir beklentisi olduğu gibi bilgiyi vereni doğru bir şekilde teşhis edebilmekte de menfaati vardır<sup>206</sup>. Bilim insanlarına duyulan güven ve sunulan imkanlar (üniversite kadroları, araştırma bursları, ödenekler vb.) birçok yönden toplumun onların bilimsel ilerlemeye katkı sunacağı konusundaki beklentisine bağlıdır<sup>207</sup>. Oysa ona ait sanılan eserler ve düşünceler gerçekte başkasına aitse, aradaki bu bağlantı kopmaktadır<sup>208</sup>. İkincisi bakımından ise bilimsel eserlerde gölge yazarlık konusunu ayrıntılı olarak incelemiş yazarlar, bilimsel alanda gölge yazarlığın etiğe aykırı sayılacağını belirtmektedir<sup>209</sup>. Metzger, bilimsel alanda tamamen veya çoğunlukla kabul gören etik kurallar ve sosyal standartlar dikkate alındığında bu sözleşmelerin ahlaka aykırı olacağını ifade etmektedir<sup>210</sup>. Schimmel’e göre ise bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri parayla ölçülemeyecek değerlerin ticarileştirilmesi sebebiyle ahlaka aykırı sayılmalıdır<sup>211</sup>. Türk hukukunda Serozan aynı gerekçeyle akademik unvanların satımının ve genel olarak gölge yazarlık sözleşmelerinin ahlaka aykırılıktan ötürü geçersiz olduğunu savunmaktadır<sup>212</sup>. Tüm bu değerlendirmelere göre, kanımızca, unvan almak için gerekli olmayan bilimsel eserleri

205 Muhtemelen bu kurallar, bilimsel eserlerde gölge yazarlığın sıkça değinilen örneklerinden olan profesörlerin (veya kıdemli öğretim üyelerinin), asistanları (veya kendilerinden daha kıdemsiz öğretim üyelerini) gölge yazar olarak kullanması dikkate alınarak düzenlenmiştir.

206 Bkz. Schimmel (n 8) 14; Groh (n 9) 875; Karaaslan (n 8) 772. Karş. Rehbinden (n 8) 666-667; von Planta (n 1) 135 ff. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 219 ve bununla ilişkin metin.

207 Schimmel (n 8) 14.

208 ibid 14.

209 Ayrıntılı bilgi için bkz. Schimmel (n 8) 12 ff.; Metzger (n 8) 107 ff., 115 (yazar bu sonuca özellikle Alman yüksek öğretim kurumlarının konuyla ilgili yayınladıkları (toplu) metinleri inceleyerek varmıştır).

210 Metzger (n 8) 113 ff.

211 Schimmel (n 8) 14.

212 Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (8. Basi, Vedat 2018) III § 7, N. 14



konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri, ahlaka aykırı olduklarından TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür.

Öğrencilerin yıl sonu değerlendirmesinde dikkate alınacak ödevleri vb. çalışmalarıyla ilgili olarak yaptığı gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği konusunda ise unvan alınması için gereken bilimsel eserlerle ilgili yukarıdaki ilk yaklaşım benimsenebilir. Gölge yazarla anlaşılan öğrenciler dersi geçerek diploma almak amacıyla bunu yapmaktadır. Bu bağlamda, öğrencinin kayıtlı bulunduğu eğitim kurumundan mezun olabilmesi için müfredata dahil olan derslerde başarılı olması gerektiğiyle ilgili hükümler, doğal olarak, *öğrencinin bu yükümlülükleri bizzat yerine getirmesi gerektiği (Eigenhändigkeitserfordernis)* biçiminde yorumlanacaktır (örneğin bkz. Yükseköğretim Kanunu m. 44, Milli Eğitim Temel Kanunu m. 26, 27). Kanımızca, yukarıda açıklanan gerekçelerle bunlara da yasaklayıcı hüküm niteliği atfedilmelidir ve öğrencilerin yaptığı sözleşmeler bunları ihlal ettiği için kesin hükümsüz sayılmalıdır<sup>213</sup>.

Bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçersiz olmasının ilk sonucu gölge yazarın FSEK m. 15/III uyarınca eser sahipliğinin tespitini serbestçe talep edebilmesi ve sözleşmeye aykırılıktan söz edilemeyeceği için herhangi bir tazminat yükümlülüğüyle karşılaşmamasıdır. Ayrıca TBK m. 27/II uyarınca bu geçersizlik kural olarak sözleşmenin tamamına sirayet edecektir<sup>214</sup>. TBK m. 182/II uyarınca gölge yazardan cezai şartın ifası da talep edilemeyecektir. Eğer gölge yazarlık sözleşmesi para karşılığında yapıldıysa, görünürdeki yazarın bunun iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurması mümkündür (bkz. dn. 217). Bununla beraber, TBK m. 81 uyarınca “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*” Hâkim görüşe göre, bu hükmün uygulama alanı yalnızca diğer tarafı hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmeye teşvik etmek ya da bu davranışından dolayı ödüllendirmek için yapılan kazandırmalarla sınırlıdır<sup>215</sup>. Yani kazandırmada bulunanın amacı dikkate alınır. Ancak kazandırmada bulunanla birlikte zenginleşen kişi de hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmişse, yani bu amacın gerçekleştirilmesinde onun da en az kazandırmada bulunan kadar payı varsa, hâkim zenginleşmeyi kazananın elinde bırakılmayıp Devlete mal etmelidir<sup>216</sup>.

213 Bu konuda, özellikle ilköğretim ve ortaöğretim düzeyinde, sıkça yasanın düzenlemeyi yönetmeliklere bırakmasından ötürü ikincil mevzuata bakılması yararlı olacaktır. Örneğin, okul öncesi eğitim ve ilköğretim düzeyinde Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği (26.07.2014 tarihli ve 29072 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) m. 55/1-c’nin 15. alt bendinde; ortaöğretim düzeyinde Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği (07.09.2013 tarihli ve 28758 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) m. 167/3-j’de *snava kendi yerine başkasını sokma ve başkasının yerine snava girme* fiillerinin okul değiştirme disiplin cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde yükseköğretim düzeyinde Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği (18.08.2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) m. 8/1-d’de aynı fiilin iki yarıyl için uzaklaştırma cezasını gerektirdiği öngörülmüştür. Okul öncesi eğitim ve ilköğretim düzeyini düzenleyen yönetmelik *dışındaki* diğer iki yönetmelikte (eleştiriye çok açık bir şekilde) disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hâllere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden yaptırımın uygulanacağı düzenlenmiştir (sırasıyla m. 167/5 ve m. 10). Kanaatimizce öğrencinin sınava yerine başkasını sokması ile yıl sonu değerlendirmesine dahil olacak ödev vb. çalışmalarını gölge yazara yaptırmaması arasında bir fark yoktur.

214 Bkz. von Planta (n 1) 92.

215 Tespit için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, ‘Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme’ (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 131, 157 vd.

216 Tespit ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy (n 215) 171-172; M. Turgut Öz, ‘Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç

Kanımızca bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinde kural olarak her iki taraf da hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmektedir. Bir kere görünürdeki yazarın hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğünde ve gölge yazara kazandırmayı bu amacın gerçekleştirilmesini teşvik ya da ödüllendirmek için yaptığında tereddüt etmemek gerekir. Gölge yazar açısından duruma bakıldığında, ilk olarak gölge yazarın bilimsel bir eseri kaleme almayı taahhüt ettiğinin bilincinde olduğu tespit edilecektir. Çünkü bilimsel eserlerin yazımında uyulması gereken kurallara (örneğin, konuya uygun olan bir dil ve terminoloji kullanılması, kaynak gösterilmesi ve bunun tabi olduğu katı usullere uyulması) uygun bir eser hazırlaması gerekmektedir. Buradan hareketle, kural olarak, bilimsel eserin türü ve kullanılma amacı da (tez veya başkaca monografik çalışmalar, makale, tebliğ metni, öğrenci ödevi vb.) gölge yazarca bilinecektir. Esasen yukarıda değinildiği üzere, gölge yazarın alacağı bedel bunlara göre belirlendiğinden bunun aksini düşünmek gerçekçi görünmemektedir. Öyleyse gölge yazar ya *hukuken* görünürdeki yazarın elinden çıkması gereken bilimsel eseri yazmayı taahhüt ettiğinin bilincindedir ya da, her halükârda, böyle bir eseri kaleme almayı kabul etmesi sebebiyle bilimsel etik kurallarına aykırı davranılmasında en az görünürdeki yazar kadar pay sahibidir. Aynıysa böyle bir eseri, talep hâlinde teslim etmek üzere önceden hazırlamış gölge yazar için de geçerlidir. Dolayısıyla bilimsel bir eserin görünürdeki yazarının gölge yazardan iade talep etmesi hâlinde mahkemenin TBK m. 81 uyarınca kazancın Devlete mal edilmesine karar vermesi isabetli olacaktır<sup>217</sup>.

## B. EDEBİYAT ESERLERİ VE KURGUSAL OLMAYAN ESERLER

Hukuken *gri alan* olarak nitelendirilen<sup>218</sup> gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği meselesinin çözümünün en çetrefil olduğu alan edebiyat eserleri ve kurgusal olmayan eserlerdir. Bu eser türleriyle ilgili asıl tartışma eser sahipliği konusunda kamunun yanıtılmasından ötürü gölge yazarlık sözleşmesinin genel ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağıdır<sup>219</sup>. Aynı gerekçeyle bu tartışmada eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasının haksız rekabeti yasaklayan hükümlere aykırı olup olmayacağıyla ilgili değerlendirmelere de yer verilmektedir.

İlişkileri' iç Herdem Belen ve İsmail Altay (eds.) Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları Cilt III (İstanbul Barosu 2014) 16, 32-33.

217 Gölge yazara para dışında bir kazandırma yapılmış ve sözleşmenin geçersizliği sebebiyle görünürdeki yazar bunun iadesini istihkak davasıyla isteyebilecek durumdaysa, bu (aynı) talebe TBK m. 81'in uygulanıp uygulanmayacağı veya bu talebin kabul görüp görmeyeceğiyle ilgili tartışmalar için bkz. Çağlayan Aksoy (n 215) 163 vd.

218 Groh (n 9) 874.

219 Tartışmanın gerekçesiyle ilgili açıklamalar için bkz. Stolz (n 8) 70 ff.; Rehbinder (n 8) 665 ff.; Groh (n 9) 874 ff. Genel olarak toplumu yanıltıcı fiillerin üstlenilmesinin, içerdiği edim itibarıyla sözleşmeyi ahlaka aykırı kıldığı yönünde: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) N. 1019. Esasen bu tartışma yalnızca edebiyat eserlerini ve kurgusal olmayan eserleri için değil, yukarıda değinilmiş bilimsel eserleri ve aşağıda değinilecek olan otobiyografiler ile siyasi konuşma metinleri için de geçerlidir. Bu bağlamda, bilimsel eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin genel ahlaka aykırılığıyla ilgili açıklamalarımızda kamunun gerçek yazarı bilmekteki menfaati daha önce değerlendirilmiştir (bkz. yukarıda dn. 206 ve buna ilişkin metin). Otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerinin ayrı bir başlıkta ele alınmasının sebebi ise kamunun yanıtılması konusunda bunlara ilişkin değerlendirmelerin, haklı olarak, edebiyat eserleri ve kurgusal olmayan eserlerden çok daha farklı olmasıdır. Bunları aynı yerde ele almanın deyimini yerindeyse *suyu bulandırma* riski vardır.

Tartışmada kamunun yanıltılması sorunundan hareket etmek isabetlidir. Ancak edebiyat eserlerine veya kurgusal olmayan eserlere ilişkin her gölge yazarlık sözleşmesinin daha baştan, kategorik ve soyut olarak kamuyu yanılttıklarından ötürü ahlaka aykırılık sebebiyle *per se* geçersiz sayılması hukuken makul ve mümkün görünmemektedir. Burada kamu kavramı somutlaştırılarak gölge yazarlık sözleşmesinin somut olayda gerçekten yanıltıcı bir etki doğurup doğurmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda, psikik bir fenomen olan yanıltmanın genel ahlaka aykırılıkla bağlantısının kurulabilmesi için somut ve bireysel model olarak (ortalama) tüketici üzerindeki etkisinin incelenmesi şarttır. Dolayısıyla, aşağıda aktarılacak bazı yazarların da belirttiği üzere, odağa alınması gereken soru, gerçek yazarın gizlenmesinin tüketicileri yanıltıp yanıltmadığı ve alım kararlarında (tüketim tercihlerinde) etkili olup olmadığıdır<sup>220</sup>. Aksi takdirde, edebi ve kurgusal olmayan eserlerle ilgili olarak birbirinden çok farklı şartlar altında yapılan, alt eser türleri (*subgenre*) itibariyle geniş bir yelpazeye yayılan ve farklı kitleleri etkileyen gölge yazarlık sözleşmelerinin tümü, kimin yanıltıldığı ve ne ölçüde yanıltıldığı gözetilmeden (ve bu sebeple aslında ahlaka aykırılık da gerekçelendirilmeden) geçersiz sayılmış olacaktır. Aşağıda anılacak görüşlerden sadece soyut olarak “kamunun yanıltılması”na dayananlar açıklanan anlamda eksiktir. Belirtelim ki, *somut olaydaki* gölge yazarlık sözleşmesinin taraflarının izlediği ortak amacın doğrudan kamuyu yanıltmak olduğu tespit edilebiliyorsa sözleşmeyi ahlaka aykırılık sebebiyle baştan geçersiz saymak ihtimal dahilindedir. Bunun dışında, aşağıda ilginç bir örnekle açıklanmaya çalışılacağı üzere, etki değerlendirmesi sonucunda ortalama tüketicici yanılttığı tespit edilen bir gölge yazarlık faaliyetinin kararlaştırılmış olduğu sözleşmeler, kanımızca, böyle bir ortak amaç güdülüp güdülmemesinden bağımsız olarak *konusu itibariyle* ahlaka aykırı ve geçersizdir.

Bir görüşe göre, görünürdeki yazarın gerçekte *bir başkasına ait olan tüylerle süslenmiş/sunulmuş* olması kamuyu rahatsız edecektir ve kamunun bu konuda yanıltılmamakta menfaati vardır<sup>221</sup>. Buna karşı çıkanların aksine, kamunun büyük bir bölümü bir eseri satın alırken kapakta adı yazanın onun gerçek yazarı olduğunu düşünerek hareket etmektedir<sup>222</sup>. Bu konuda Berlin Eyalet Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda<sup>223</sup>, geleneksel tıbbi yöntemlere karşı daha popüler ampirik tıbbi yöntemleri savunan ve bu konuda belli hastalıklarla ilgili “... *Hastalıklarına Karşı Başarılı Olma Yöntemleri*” başlıklı bir kitap serisi olan ünlü doğal tedavi pratisyeni Manfred Köhnlechner'in adı, söz konusu kitap serisini yayınlaması konusunda anlaşmış olduğu davalı tarafından “*Deri Hastalıklarına Karşı Başarılı Olma Yöntemleri*” başlıklı eserin kapağında da kullanılmıştır. İç kapakta ise *Manfred K. Deneysel Tıp Enstitüsü* ifadesi altında yazar olarak *Christiana H.* görünmektedir. Davacı tüketici derneği, kapakta *Köhnlechner'in* adının kullanılmasının haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir. Davalı (temyiz eden) ise (i) kendi bakış açısına göre gerçek yazarın *Köhnlechner* olduğunu, yalnızca bu kitapları yazarken başkalarından yardım aldığını, (ii) kaldı ki kapakta yer alan adın mutlaka bir eserin yazarı olarak görülemeyeceğini, kimsenin bir kitabın üzerinde adı yazanın o kitabın tamamını tek başına yazmış olmasını bekleyemeyeceğini, kurgusal olmayan eserlerin yazımında sıklıkla asistan

220 Gölge yazar tarafından yazılmış bir esere ilişkin tüketici işlemlerinin geçerliliği hakkında bkz. aşağıda III, C.

221 Groh (n 9) 874-875; Osenberg (n 9) 94. Aynı yönde: Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri* (n 1) 247. Benzer yönde: Karaaslan (n 8) 772.

222 Groh (n 9) 875.

223 KG Berlin, Urteil vom 09. April 1976 – 5 U 731/76 – Manfred Köhnlechner <www.juris.de> accessed 8 November 2021.

kullanıldığını, (iii) başlıkta yer alan adın mutlaka yazar olarak anlaşılamayacağını ve editör, bir eserin temelini atan veya eserle yakından bağlantılı olan kişiler de olabileceğini ileri sürmüştür. Bu iddiaya karşı mahkeme heyeti, özellikle güzel edebiyat eserleri ve popüler bilim eserlerinde kamunun azımsanamayacak bir kısmının kapakta adı görüneni eserin gerçek yazarı olarak algıladığını ve *söz konusu kamunun bir parçası olan heyetin bundan hayat deneyimlerine göre emin olduğunu* ifade etmiştir<sup>224</sup>. Yine Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, eser sahibinin belirtilişi kamuyu yanıltmayacak bir tarzda yapılmak zorundadır<sup>225</sup>.

Bu doğrultuda, özellikle Alman öğretisinde, eserin üzerinde gerçek yazarın adının kullanılmamasının kamuyu yanıltıp yanıltmadığının *somut olay bazında* incelenmesi gerektiği belirtilmekte ve yukarıda açıkladığımız üzere, bu incelemede esas ölçüt olarak eserin türüne ve ortalama tüketicinin beklentisine bakılmaktadır<sup>226</sup>. *Dustmann'a* göre, *gerçek yazarı kendini göstermemekle birlikte kimsenin yazar olarak lanse edilmeye de çalışılmadığı* siyasi konuşma metinleri gibi durumlar hariç olmak üzere, gölge yazarlık sözleşmeleri çoğunlukla tüketicileri yanılttıkları için genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizdir<sup>227</sup>. Türk hukukunda da *Karaaslan* tüketicilerin alım tercihini etkilediği ölçüde bu sözleşmelerin genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını ifade etmektedir<sup>228</sup>. Konuyu doğrudan kamunun yanıltılması üzerinden ele alan *Groh'a* göre, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinleri dışında *seri edebiyat eserleri de dahil* olmak üzere gölge yazarlık anlaşmaları kamuyu yanılttığı için genel ahlaka aykırıdır ve bu sebeple geçersizdir<sup>229</sup>. Yine Amerikan hukukunda, yukarıda dn. 83'e ilişkin metinde ilgili kısmı tercüme edilmiş olan *Roddy-Eden v. Berle* kararı ile gölge yazarlık sözleşmelerinin, eser türünden bağımsız olarak, kamuyu yanıltmayı amaçladıkları sebebiyle geçersiz olacağına hükmedilmiştir<sup>230</sup>.

Öte yandan, İsviçre öğretisinde çoğunlukta görünen aksi yöndeki görüş, fikri mülkiyet hukukuna göre görünürdeki yazarın gerçek yazar olmamasının tüketicilerin alım kararı üzerinde belirleyici bir rol oynamadığını ve haksız rekabet teşkil etmeyeceğini savunmaktadır<sup>231</sup>. Dolayısıyla gölge yazarlık sözleşmesinin bu sebeple ahlaka aykırı sayılması mümkün değildir. Alman hukukunda da bu görüşü savunan yazarlar vardır<sup>232</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre, öncelikle, *seri edebiyat eserleri* bakımından

224 Ayrıca mahkemeye göre, her ne kadar eserin yaratımında ve materyallerin bir araya getirilmesinde Köhnlechner'in fikirlerinin baskın olduğu varsayılrsa ve eser onun serisinde kullandığı ruha uygun kaleme alınsa bile, esere yeni şeklini ve hususiyetini veren, gerçek yazar olan gölge yazardır.

225 BGH 'Straßen – gestern und morgen' Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1963 <<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-GRUR-B-1963-S-40-N-1>> accessed 18 November 2021 40, 43.

226 Schulze (n 47) § 13, N. 31; Peukert (n 54) § 13, N. 38. Avusturya hukukunda benzer yönde: Brehm (n 8) 9 ff.

227 Dustmann (n 18) § 13, N. 19.

228 Karaaslan (n 8) 772.

229 Groh (n 9) 874-875.

230 Ancak karş. *Copyrights Act* § 106A(e).

231 Seemann (n 28) 374; Rehinder (n 8) 661 ff.; von Planta (n 1) 131 ff. Yalnız manevi hakların bir bütün olarak devredilebileceğini kabul eden *Dessemontet* dahi gölge yazarlık sözleşmeleri bağlamında kamunun yanıltılmamakta menfaati olabileceğini ve bununla ilgili olarak haksız rekabet hükümlerinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. *Dessemontet* (n 103) N. 105.

232 Stolz (n 8) 70 ff., 77 ff.; Feldmann (n 190) 3. Gerçi *Stolz* bu konudaki genel çıkarımlarını tüketiciyi aldatmadığı neredeyse tartışmasız olan otobiyografiler ve kısmen daha tartışmalı olan seri edebiyat eserleri üzerinden yapmıştır. Güzel edebiyat eserleri, kurgusal olmayan eserler ve bilimsel eserler özelinde bir açıklamada bulunmamıştır.

(bkz. yukarıda II, A) tüketicinin alım kararı yalnızca ilgili serinin içeriğine yöneliktir ve yazarın kim olduğundan bağımsızdır<sup>233</sup>. Yazarlar *güzel edebiyat eserleri* ve *kurgusal olmayan eserler* bakımından da günümüzde eser sahibinin hususiyetinin çoğu esere yansımadağı, tüketicilerin eserin yazarından ziyade içeriğiyle ilgilendiğı ve yazara ilişkin çıkarımlarını da eser üzerinden gerçekleştirdiğini ifade ederek aynı sonuca varmakta ve bununla ilgili olarak *Laresé'in* şu sözlerine atıf yapmaktadır<sup>234</sup>: “*Eseri şekillendiren yaratıcısı değildir; eser, onunla temas kuran insanı şekillendirir.*”<sup>235</sup> Yazarlar buraya ünlü kişilerin görünürdeki yazar olarak yer aldığı gölge yazarlık sözleşmelerini de dahil etmektedir. Alman öğretilinde bu görüşü savunan *Feldmann* ise kamunun yanıltılmasının gölge yazarlık sözleşmelerinin ahlaka aykırı sayılmasına gerekçe olamayacağını, çünkü bu *ahlaki lekenin* gölge yazarlık sözleşmesinin özünü oluşturduğunu belirtmektedir; aksi takdirde bütün gölge yazarlık sözleşmeleri geçersiz olacaktır<sup>236</sup>. Oysa çözülmeye çalışılan asıl konu da budur ve bunun çözümü bir kelime oyunundan fazlasını gerektirir görünmektedir.

Yukarıdaki tartışmalar bakımından başta da belirttiğimiz güçlük, eserin gerçek yazar yerine görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmasının tüketicinin alım kararına etkisinin değerlendirilmesinde çıkmaktadır. Kamunun yanıltılıp yanıltılmadığının bu ölçüte bağlı olarak tespiti isabetlidir; ama buna hukukçuların *kendi arasında* çözebileceğı bir sorun gibi muamele etmek uygun görünmemektedir. Buna rağmen, en azından ünlü kişilerin görünürdeki yazar olarak gösterildiğı güzel ve seri edebiyat eserleri ile kurgusal olmayan eserlerde tüketicinin alım kararının etkilenmeyeceğini ileri sürmenin doğru olmayacağı söylenebilir.

Konuyla ilgili yaptığımız kısa araştırmada ulaştığımız ilginç bir çalışmada, yayınlanması hedeflenen bir kitabın ne kadar satış yapacağıyla ilgili öngörü sunmayı hedefleyen bir *yapay zeka* programı geliştirilmiş ve bunda yazarın görünürlüğü, yazarın önceki satışları, kitabın ait olduğu tür (*genre*), konusu, yayınlandığı ay ve yayıncının bazı özellikleri ölçüt alınmıştır<sup>237</sup>. Bir örnekte, programın kitapla ilgili olarak öngördüğü satış 23.000 adet olmasına rağmen kitap 211.000 adete yakın satarak en çok satanlar listesine girmiştir. Kitap, ünlü aktör ve komedyen *Aziz Ansari'ye* aittir ve öngörüdeki hata, *yazarın* önceden hiçbir yayını (ve dolayısıyla satışı) olmamasından kaynaklanmıştır. Bu örnekten tek başına sonuç çıkartılamayacak olsa da, ünlü kişilerin yazar olarak görünmesinin tüketicinin eseri satın alma kararına etkisi olmadığını ya da bunun tüketicinin menfaatini etkilemediğini savunmak, özellikle de sosyal medya ve buradaki ünlüler ile “*influencer*”ların etkisi düşünüldüğünde, gerçekçi görünmemektedir.

Bu açıdan bakıldığında en azından ortalama tüketicinin yanıltılmasıyla ilgili birkaç önemli hususu vurgulamak mümkün olabilir. Öncelikle, eğer edebiyat eserlerini ve kurgusal olmayan eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri ünlü kişilerin adını fikri alanda da ticarileştirmek için yapılmışsa,

233 von Planta (n 1) 134-135; Stolz (n 8) 70 ff., 78; Reh binder (n 8) 666. Bu görüşte olmamakla birlikte, seri edebiyat eserleri bakımından aynı yönde: Osenberg (n 9) 108, 114.

234 von Planta (n 1) 135-136; Reh binder (n 8) 666-667. Yazarlar aynı sonucu bilimsel eserler bakımından da savunmaktadır. Ancak yukarıda III, B, 2, a'da açıklanan sebeplerle buna katılmak mümkün görünmemektedir.

235 “*Nicht der Schöpfer prägt das Werk, sondern das Werk prägt die zu ihm in Verbindung tretende Person.*”

236 Feldmann (n 190) 3.

237 Çalışma için bkz. <https://www.springerprofessional.de/success-in-books-predicting-book-sales-before-publication/17286174>

bunlar kural olarak ortalama tüketiciyi yanıltıcı etki doğuracaktır ve TBK m. 27 uyarınca genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacaktır. Böyle durumlarda tarafların ortak amacının kamuyu yanıltılmak olmasından ötürü aynı sonuca varılması da mümkün olabilir. Ancak bu şart her halde gerçekleşmez; mesela gölge yazar, görünürdeki yazarın kimliğini bilmiyor olabilir (bkz. yukarıda II, A). Bu örneğe karşın, özellikle seri edebiyat eserlerini konu alan sözleşmelerde genellikle ortalama tüketicinin alım kararını etkileme ölçütü gerçekleşmeyeceğinden kamuyu yanıltma söz konusu olmayacaktır. Arada kalan diğer durumlarda mahkemenin somut olay bazında değerlendirme yapması gerekecektir. İtiraf etmek gerekir ki, bazı yönlerden farklı gerekçelerle de olsa katıldığımız, somut olaya ağırlık veren bu görüşün (bkz. yukarıda dn. 226, 227, 228'te atıf yapılan eserler) zayıflığı, sözleşmenin geçerliliği konusunda hukuki öngörülebilirliği kısmen ortadan kaldırmasıdır. Bu benimsenip göze alındığı takdirde, taraflar arasındaki sözleşmeyle rekabet hukukunun ihlal edilip edilmediğinin mahkemelerce pratik bir zorunluluk olarak Rekabet Kurumu'na sorulmasında olduğu gibi burada da kamunun yanıltılıp yanıltılmadığı konusunda bilirkişiye veya somut olayın ilgilendirdiği uzman kuruma (örneğin Reklam Kurulu) başvurulması düşünülebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, gölge yazarlık sözleşmesi genel ahlaka aykırı sayılmasa bile, yayıncının şartları varsa haksız rekabet veya yanıltıcı reklam sebebiyle sorumluluğunun doğması mümkündür<sup>238</sup>. Diğer taraftan, bu yaptırımların öngörülmüş olması, özellikle aşağıda açıklanacak şekilde reklam yoluyla aldatılmış olan tüketicinin, şartları varsa, hile sebebiyle iptal hakkını kullanmasını engellemez<sup>239</sup>. Dikkat edilsin ki, buradaki hilenin gölge yazarlık sözleşmesinin geçerliliğiyle bir ilgisi yoktur; bu, gölge yazarın yaratmış olduğu eseri konu alan tüketici işlemini ilgilendirmektedir.

### **C. OTOBİYOGRAFİLER VE SİYASİ KONUŞMA METİNLERİ**

Öğretide neredeyse oybirliğiyle, yukarıda aktarılan konularda görüşleri tamamen zıt olan yazarlar tarafından dahi, otobiyografiler ve siyasi konuşma metinlerini konu alan gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerli olduğu, haklı olarak, kabul edilmektedir<sup>240</sup>. Buna göre, makul her tüketici bunların başka kişilerce yazılmış olabileceğinin farkındadır ve alım kararlarında yazarın bir belirleyiciliği yoktur. Dolayısıyla kamunun yanıltılması sorunu ortaya çıkmamaktadır.

238 Peukert (n 54) § 13, N. 38. Bunun şartlarıyla ilgili olarak bkz. Hamdi Pınar, 'Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet İhlalleri' (2012) 18(2) MÜHF-HAD 129, 129 vd. Avusturya hukukunda benzer şartların gölge yazarlık sözleşmesi bakımından incelemesi için bkz. Brehm (n 8) 9 ff.

239 Kocayusufoğlu (n 99) § 37, N. 10.

240 Alman hukuku: Groh (n 9) 875; Schulze (n 47) § 13, N. 31; Stolz (n 8) 70 ff.; Peukert (n 54) § 13, N. 38; Dustmann (n 18) § 13, N. 19. İsviçre hukuku: von Planta (n 1) 119 ff., 133 ff.; Rehbindler (n 8) 666-667; Osenberg (n 9) 98 ff., 126-127. Türk hukuku: Karaaslan (n 8) 772. Ayrıca bkz. Marlena Jankowska, 'On the Implications of the Unalienability of the Right of Authorship for Ghostwriting Contracts' (2013) 18 Review of Comparative Law 77, 90-91.

### C. ÖZEL OLARAK: TÜKETİCİ İŞLEMLERİNİN GEÇERLİLİĞİ

Yukarıda gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği değerlendirilmiştir. Son olarak, kısaca, gölge yazarlık sonucu ortaya çıkmış bir eseri konu alan tüketici işlemlerinin geçerliliğine değinmekte fayda vardır. Baştan belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin kurulmasında TTK m. 55'e göre haksız rekabet teşkil eden ve sorumluluğa yol açan davranışlarda bulunulmuş olması tek başına sonuçta ortaya çıkan sözleşmenin içeriğinin TBK m. 27 uyarınca hukuka veya ahlaka olduğunu göstermez<sup>241</sup>. Öyleyse görünürdeki yazarın gerçek yazar gibi gösterilmesi haksız rekabete yol açan bir davranış sayılsa bile, yayınevleri ile kitabevleri, yayınevleri ile tüketiciler ya da kitabevleri ile tüketiciler arasındaki sözleşmelerin salt bu sebeple TBK m. 27 uyarınca geçersiz olduğu sonucuna varılamaz. Aynıysa haksız rekabetle bağlantılı bir konu olan aldatıcı reklamlarla ilgili 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61/3 ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 29 için de geçerlidir.

Gölge yazarlık sözleşmeleri hakkında yukarıda aktarılan kamuyu yanıltıcılık tartışmasında ölçüt olarak ortalama düzeyde, makul tüketicinin anlayışının esas alındığı belirtilmişti. Bu bağlamda, somut olayda tüketicinin iradesi hile sebebiyle sakatlanmış da olabilir<sup>242</sup>. Hile, sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan birinin, diğerini sözleşme yapmaya sevk etmek için sözleri veya davranışları ile onda kasten yanlış bir kanaat uyandırması ya da mevcut yanlış kanaati güçlendirerek bunun devam etmesine izin vermesidir<sup>243</sup>. TBK m. 36 uyarınca hilenin mevcudiyeti için hile eyleminde bulunulması ve buna bağlı olarak karşı tarafın hile olmasaydı hiç veya en azından bu şartlarla yapmayacağı bir hukuki işlemi yapması gerekmektedir<sup>244</sup>. Hilenin reklam yoluyla da gerçekleştirilmesi mümkündür; yalnız bu, ancak kasten tüketicileri aldatacak nitelikte reklam yapılması ve bunun sözleşmenin kurulması aşamasına sirayet etmesi hâlinde söz konusu olur<sup>245</sup>. Her ne kadar çoğu kez reklam veren (üretici, genel dağıtımçı vb.) ile satışı yapan farklı kişiler olsa ve TBK m. 36/II uyarınca üçüncü kişinin hilesi hâlinde sözleşmenin tarafı olan satıcı ancak hileyi biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa tüketicinin iptal hakkı doğsa da, öğretide satıcının ürünle ilgili olarak müşterinin aydınlatılmasını üreticiye ya da genel dağıtımçıya bırakmış olması durumunda bunların sözleşmenin kurulması bakımından satıcının yardımcı kişisi olacağı ve üçüncü kişi sayılamayacağı, özellikle reklam veren ile satıcı aynı şirketler grubuna dahilse bunun geçerli olacağı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>246</sup>.

Öyleyse gölge yazarlığa konu bir eserin tüketiciler tarafından satın alınmasında hileden söz edebilmek için öncelikle gerçek yazar yerine görünürdeki yazarın adı kullanılmıyaydı, tüketicinin

241 Ernst Kramer in Arthur Meier-Hayoz (ed.), *Berner Kommentar zum schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR* (Stämpfli 1991) Art. 19-20, N. 142; Peter Jung in Peter Jung und Philippe Spitz (eds.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2016) Einleitung N. 15.

242 Osenberg (n 9) 113; Bellican (n 1) 95 vd.; Schack, *Urheber – und Urhebervertragsrecht* (n 178) N. 378. Karş. Rehlinger (n 8) 666-667.

243 Kocayusufpaşaoğlu (n 99) § 37, N. 1.

244 ibid § 37, N. 2 vd.

245 ibid § 37, N. 9.

246 ibid § 37, N. 10.

o işlemi hiç veya en azından bu şartlarla yapmayacağı kabul edilebilmelidir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar gereği, bu koşul, bilimsel eserlerin tamamında, edebiyat eserleri ile kurgusal olmayan eserlerde ise kural olarak ünlü bir kişi görünürdeki yazar olarak lanse edilmişse gerçekleşecektir. Edebiyat eserleri ile kurgusal olmayan eserlerde görünürdeki yazar ünlü değilse veya söz konusu olan bir otobiyografi ya da siyasi konuşma metniyse, ortada yine satıcının veya üçüncü kişinin hile eylemi vardır; ancak kural olarak tüketicinin işlemi yapması ile hile eylemi arasında illiyet bağı olmayacaktır. Şayet buna rağmen, tüketicinin sözleşmeyi yaparken yazara verdiği önem karşı tarafça biliniyorsa, bu konuda yerine getirilmesi çok zor olan ispat yükü tüketici tarafından yerine getirilebildiği takdirde, hile sebebiyle iptal hakkı yine doğacaktır. Bununla birlikte, genellikle gölge yazarlığa konu eserleri satan bayiiiler (kitabevleri) gölge yazar kullanıldığından habersiz olacağı için çoğu kez üçüncü kişinin hilesinin şartlarının sağlanması gerekecektir. Açıkçası bu konudaki ispat yükünün yerine getirilmesi de oldukça güç olduğu için birçok durumda tüketici hileden kaynaklanan iptal hakkına sahip olamayacaktır (şartları sağlandığı takdirde saik hatası sebebiyle iptal hakkı saklıdır). Ancak reklam yoluyla hile durumunda yukarıda değinilen şartlar mevcutsa, artık üçüncü kişinin hilesinden söz edilemeyeceği için, tüketicinin TBK m. 30/II uyarınca satıcının hileyi bilebilecek durumda olduğunu ispatlaması beklenmeyecektir. TBK m. 39 uyarınca iptal hakkının tabi olduğu 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı bakımından hilenin öğrenildiği tarih olarak gölge yazarın eser sahipliğini kamuya açıkladığı değil, bu konudaki davanın başarıya ulaştığının öğrenildiği tarih esas alınmalıdır. Tüketiciden hukuken kesinleşmemiş bir iddiaya/söylentiye bağlı olarak harekete geçmesi beklenemez.

#### IV. CEZA HUKUKUNDA DE LEGE LATA GÖLGE YAZARLIK

Yalan, ceza hukukunda, tek başına suç oluşturmaz<sup>247</sup>. Ancak bazı koşullar altında yalan, ceza normunun tanımladığı suç oluşturan fiilin bir unsuru olarak karşımıza çıkar. Tanıklık görevini yerine getirirken gerçeğe aykırı açıklama yapmak, savaş zamanında gerçek dışı haberler aracılığıyla halkta endişe yaratmak, pazarda emek ve mal değerlerini değiştirmek için gerçek dışı söyleme başvurmak, dolanla (hileli davranışla) kişinin malvarlığında zarar doğuracak bir tasarrufta bulunmasını sağlamak ya da gerçeğe aykırı belge düzenlemek fiilleri buna örnek gösterilebilir. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere, yalan ancak ona eklenen sonuçlar, yöneldiği kişi veya şey ya da ona başvurulduğu zaman, yer ve bağlam dikkate alınarak, belirli bir “ihlal ediciliğe”<sup>248</sup> ulaştığı zaman, ceza yasa koyucusu tarafından ceza normunun bir ögesi hâline getirilmektedir<sup>249</sup>. Gölge yazarlık sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan eserin görünürdeki yazarı, öncelikle o esere adını koyduğu sırada

247 Bernd Schünemann, ‘Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?’ (2019) 166(10) *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 621. Kudlich (n 3) 119.

248 Bkz. yukarıda dn. 3.

249 Ayrıca ceza normunun ögesi hâline gelen yalan davranışı da tüm yalanları kapsamaz. Ceza hukukunda egemen öğreti, kaba, çıplak ve kolay anlaşılabilir gerçek dışı beyanların ceza yasa koyucusunun düzenlediği yalan kavramının dışında kaldığını kabul etmektedir. Sami Selçuk, *Dolandırıcılık*, (Yasa 1982) 272. Mağdurbilimden (*Viktimologie*) yola çıkarak basit yalanların hukuki varlığı ihlal edemeyeceği, bu nedenle bu fiillerin maddi anlamda hukuka aykırı kabul edilemeyeceği görüşü için bkz. Claus Roxin und Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. Auflage, Beck 2020) § 14, N. 16.



yazılı biçimde yalan söylemektedir. Sonrasında bu eseri, ilgili makamlara sunarak örtülü biçimde yalan söylemektedir. Gölge yazarlık *de lege lata* incelenirken, gölge yazarlık sözleşmesinden türeyen yazılı ya da sözlü yalanların, yalanı fiilin bir ögesi olarak düzenleyen ceza normlarının kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılacaktır. Bu araştırma kapsamında dört ülkenin ceza hukuku öğretilerinden yer yer yararlanılarak dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçu incelenecektir. Araştırmanın sonunda gölge yazarlığın, yürürlükteki Türk hukukunda fikri mülkiyete karşı işlenen bir suç olmadığı ortaya koyulurken, tartışma, eser sahibinin adını belirtmek hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının ceza hukukunda rızanın geçerliliğine etkisi üzerinden yapılacaktır.

## A. DOLANDIRICILIK

Gölge yazarlığın kavramsal üst başlığı, sıklıkla bilim dolandırıcılığı olarak belirtilse de böyle bir dolandırıcılık, bu çalışma kapsamında inceleme konusu yapılan ülkelerin ceza yasalarında<sup>250</sup> dolandırıcılığın bir türü olarak karşımıza çıkmamaktadır<sup>251</sup>. Dolandırıcılık suçu maddi olarak, birbirini nedensel olarak izleyen ve işlevsel olarak birbirine bağlanabilen dolan, hata, malvarlığı üzerinde tasarruf ve zarar unsurlarının varlığına bağlıdır. Suçun manevi unsuru haksız olarak zenginleşme istencini de içine alan kasıttır. Gölge yazarlık, dolandırıcılık yönünden ikiye ayrılarak incelenebilir: Gölge yazar ile görünürdeki yazar arasındaki ilişki yönünden ve görünürdeki yazarın gölge yazarlık sonucunda ortaya çıkan eser aracılığıyla üçüncü kişilerle kurduğu ilişki yönünden.

### 1. GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASININ TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ YÖNÜNDEN DOLANDIRICILIK

İlk sorun kümesinin temelindeki hukuki soru, hükümsüz olan sözleşme sonucunda elde edileceği beklenen “edimin”, malvarlığı değerinin ceza hukuku tarafından korunup korunmayacağıdır. Bu, öğretilerde oldukça tartışmalıdır<sup>252</sup>. Bir görüş, hukuk düzeninin teklifi ilkesinden<sup>253</sup> yola çıkarak ceza hukukunun, malvarlığı kavramını tek başına tanımlayamayacağı, medeni hukukun kurallarına bağ(ım)lı (*Zivilrechtsakzessorietät*<sup>254</sup>) olduğunu ileri sürmektedir. Aksi görüş, ceza hukukunda böylesi bir bağlılığın söz konusu olamayacağını; kaynağı, üretimi ve kullanımı dolayısıyla hukuka aykırılık oluşturan eşyanın, eksik borçların, ahlaka aykırı edimlere yönelik “taleplerin” ya da kesin hükümsüz sözleşmelerden doğan “beklentilerin” de cezaen korunmaya değer malvarlığı değerine sahip olduğunu kabul etmektedir. Çünkü bu görüş, suç politikası temelli bir yaklaşım geliştirerek, “suç örgütünün/suç çevresinin, daha doğrusu hukuken yasaklanmış alanın, içinde ceza hukukundan

250 Dolandırıcılığa ilişkin maddeler Alm.CK §§263-265e, Av.CK §§146-150, İsv.CK Art. 146-147, 163, TCK m. 157-158.

251 Marion Völger, *Wissenschaftsbetrug, Strafrechtliche Aspekte, unter besonderer Berücksichtigung des Missbrauchs staatlicher Forschungsbeförderung* (Schultess 2004) 13.

252 Herkesten önce bkz. Selçuk (n 249) 22 vd.

253 Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens* (4. Auflage, UTB 2019) 154.

254 Esasında bu tartışma malvarlığına karşı işlenen suçlarda “başkasına aitlik” (*Fremdheit*) üzerinden de yapılmaktadır. Ceza hukukunda, bir şeyin tek başına failin egemenliğinde bulunmadığı ve sahihsiz olmadığında başkasına ait olduğu kabul edilmektedir. Hans Kudlich in Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier und Gunter Widmaier (eds.) *Strafgesetzbuch Kommentar (SSW-StGB)* (2. Auflage, Carl Heymanns 2014) § 242, N. 11.

*arındırılmış bir alan*<sup>255</sup>’in açılmasını reddetmektedir<sup>256</sup>. Aslında bu işlevsel yaklaşıma aynı biçimde vergi hukukunda da rastlanmaktadır ve bu yaklaşım herhangi bir tartışmaya neden olmamaktadır. Vergi hukukunda, vergi doğurucu olayın yasal olarak yasaklanmış olmasının bir etkisi yoktur. Çünkü aksini düşünmek yasaklı faaliyetlerden elde edilen geliri, izin verilen faaliyetlerden elde edilen gelire göre imtiyazlı duruma getirecektir<sup>257</sup>.

Ayrıntılandırmak gerekirse, hükümsüz sözleşmeden kaynaklı ekonomik “taleplerin” ya da “beklentilerin” malvarlığı değeri konusundaki ilk görüş, medeni hukukun malvarlığına ilişkin kendi kavramsallaştırmasına bağlı kalmanın daha isabetli olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre yasa koyucu, belirli bir davranış modelini yasaklayarak normatif bir ayrıma gitmektedir. Bu ayrımla norma aykırı işlemin hüküm ve sonuçları ile norma uygun (yani hukuki) işlemin hüküm ve sonuçları farklılaştırılmaktadır. Eğer ceza yargıcı, norma aykırı işlemde, norma uygun işlem gibi hak ve borç doğduğunu kabul edecek biçimde yorum yaparsa normatif düzen içinde kasten çatışkı yaratmış olur<sup>258</sup>. Bu çatışkı, hukuk düzeninin teklifine aykırılık oluşturur. Bu görüşün aksine ikinci görüş, ceza hukukunda amaç düşüncesinden yola çıkmakta ve cezaen korunan hukuki varlıkların yorumunda ceza hukukunun özerkliğini vurgulamaktadır<sup>259</sup>. Bu görüşe göre, ilk görüşün çatışkı savı oldukça isabetsizdir. Çünkü malvarlığına karşı işlenen suçlarda, özellikle dolandırıcılık suçunda, zarara uğratan “malvarlığı hakları” değil, “kişinin iktisadi olarak değer arz eden her bir durumu (pozisyonu)”dur<sup>260</sup>. Bunlar, hak olarak somutlaşma yeteneğine (*Konkretisierungsfähigkeit als subjektives Recht*) sahip olmasından bağımsız olarak korunur<sup>261</sup>. Gerçekten de ceza normu, medeni hukukta yasak getiren norma karşın izin veren ya da yükümlü kılan bir norm getirmemektedir. Buradaki çatışkı, olsa olsa bir değer çatışkısı olabilir<sup>262</sup>. Fakat bunu değer çatışkısı olarak kabul etmek de iki gerekçeyle olanaklı değildir<sup>263</sup>. İlk, görüleceği üzere, ceza yargıcı, ceza normunu somut uyuşmazlığa uygularken hükümsüz sözleşmeden doğmayan talep hakkına yönelik herhangi

255 “*der strafrechtsfreie Raum im kriminellen Milieu*”.

256 Alexandra Windsberger, ‘Verbotene Gegenstände als Schutzgüter des Strafrechts? – Über die Auslegung des Vermögensbegriffs’ (2021) 133 (1) ZStW 123, 126.

257 Karş. Andreas Spickhoff, ‘Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff’ (2002) 57 (20) JZ 970, 975. BGE 70 I 254, BGE 111 II 295. Ceza uyuşmazlıkları yönünden Federal Mahkeme’nin değişik kararları için bkz. Völger (n 251) 145.

258 Puppe (n 253) 154. Bu görüş Binding’in şu sözlerle özetlenebilir: “*Hakkın olmadığı yerde dolandırıcılık da yoktur*.” Karl Binding, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Erster Band* (2. Auflage, Verlag von Wilhelm Engelmann 1902) 157.

259 Selçuk (n 249) 29.

260 Spickhoff (n 257) 971.

261 SSW-StGB/Satzger (n 254) § 263, N. 138.

262 Hukuk, normatif düzen olarak ele alındığı zaman üç tür çatışkının birbirinden ayrılarak incelenmesi gerekir. İlk çatışkı önermeler mantığında “*p, aynı anda p’nin değildir*” biçiminde ortaya çıkan mantıksal çatışkıdır. Bu çatışkı türü, olgular dünyasının önermelerine aittir. Norm düzeninde bu çatışkıya rastlanamaz, hukukta ancak deontik (yükümlülüğe ilişkin) ve normatif çatışkı olanaklıdır. Deontik çatışkı, “*davranış p hem yükümlülüktür hem yasaktır*”; normatif çatışkı, “*davranış p hem yasaklanmıştır hem de davranış p’ye izin verilmiştir*” biçiminde ortaya çıkar. Windsberger (n 256) 142.

İlk görüşün söz ettiği çatışkı ne deontik ne normatif çatışkıdır. Mantıksal çatışkı zaten olamaz. Ancak değer çatışkısı olarak değerlendirilebilir. Değer çatışkısı, belirli bir olguya (kavramsal olgu dâhil) ilişkin (pozitif, negatif, nötr) değerlendirmelere ilişkindir ve aşağıdaki örneklerde görülebilir: (i) *hem p’nin hem p’nin değilinin değeri pozitiftir*, (ii) *p’nin değeri hem pozitiftir hem negatiftir*, (iii) *p’nin değeri hem pozitiftir hem nötrdür*. Windsberger (n 256) 143.

263 Aksi görüş için bkz. Satzger (n 261) § 263, N. 160; Windsberger (n 256) 143.

bir değerlendirme yapmamaktadır. Aksine yargıç, ceza normunu yorumlarken doğrudan doğruya kişilerin iktisadi durumundaki değişimi değerlendirmekte ve değişimin ceza normunda tanımlanan fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığını saptamaktadır. İkinci olarak hukuk düzeninin teklifine başvurarak aynı kavramı, farklı hukuk dallarında aynı biçimde anlamlandırabilmek için, yasa koyucunun bu hukuk dallarında aynı kavrama başvurmasının altında yatan değerlendirmeleri arasında bir paralellik olması gerekir. Değerlendirmeler arasında paralellik ya da kısaca değer paralelligi yoksa bir kavramın tüm hukuk dallarında yeknesak anlama bağlanması hukuk düzeninin teklifi ile haklı kılınmaz<sup>264</sup>.

İlk görüş benimsenirse gölge yazarlık sözleşmesinin hükümsüz olması durumunda, dolan ve hata unsurları bulunsa dahi malvarlığında tasarruf ve zarar unsurlarının bulunamayacağı, bu nedenle salt gölge yazarlık ilişkisi yönünden bir dolandırıcılık suçunun söz konusu olamayacağı kabul edilmelidir. İkinci görüş benimsenirse dolandırıcılık suçunun unsurlarının salt bu ilişki yönünden gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir. O hâlde, sırf karşı tarafla aralarında geçerli bir hukuki ilişkinin olmaması sebebiyle dolandırıcılık suçunun işlenmediği sonucuna varılamaz.

## **2. GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE OLAN İLİŞKİSİ YÖNÜNDEN DOLANDIRICILIK**

Gölge yazarlık sonucunda ortaya çıkan eserin görünürdeki yazarı, gerçek dışı biçimde kendini eserin sahibi olarak tanıtmaktadır. Bilimsel eserlerde unvan almayı sağlayan yayınlar bakımından gölge yazar kullanan, bu yolla, akademik derece veya unvanı almaya olanak sağlayacak kararı verecek makamın üyelerini eserin sahibi olduğuna inandırmaktadır. Dolandırıcılık yönünden sorun, birbirini izleyen dolan ve hata unsurlarında değil, malvarlığı üzerinde tasarrufta ve zarar unsurlarında karşımıza çıkmaktadır<sup>265</sup>. Görünürdeki yazara akademik unvanın verilmesi, tek başına unvanı veren kamu kurumunun malvarlığında tasarruf olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde, unvanın verilmesinin malvarlığına ilişkin bir zarar ortaya çıkardığı da düşünülemez. Sonuç olarak, görünürdeki yazara, gölge yazarlık anlaşmasının sonucunda ortaya çıkan esere dayanılarak bir unvan verilmesi başlı başına dolandırıcılık suçunu oluşturmaz<sup>266</sup>.

Gölge yazarlık anlaşmaları sonucunda ortaya çıkan eserlerle yürütülmekte olan ya da yürütülmüş bir akademik süreç düşünüldüğü zaman, ilk bakışta zarar unsurunun oluştuğu izlenimi veren davranışların olduğu düşünülebilir. Örneğin, tez danışmanının harcadığı zaman, üniversitenin tez yazımı için sunduğu olanaklar, eserin basılması, okurlar tarafından eserin satın alınması, lisansüstü

264 Thomas M. J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (3. Auflage, Beck 2020) § 6, N. 17 ff.

265 Kudlich (n 3) 121. Nitekim dolandırıcılık suçunda, malvarlığında tasarruf ve zarar unsurları birbirlerine oldukça bağlı unsurlardır. Völger (n 251) 146. Her ne kadar metin içinde dolan unsuru yönünden bir sorun olmadığı belirtilmişse de burada altı çizilmesi gereken husus, gölge yazar tarafından kaleme alınmış eserin sunulması yoluyla gerçekleştiği kabul edilecek dolan davranışının, icrai (etkin) davranış değil, ihmali (edilgin) davranış olduğudur. TCK, ihmal davranışı yönünden genel hükümlerde genel geçer bir kurala yer vermemekte, bu nedenle, ihmal davranışına yönelik benimsenecek kuram (doğalçı ya da normativist (düzgücü)) ölçütünde dolanın değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

266 Ingke Goeckenjan, „Wissenschaftsbetrug“ als Straftat? (2013) 68(13) JZ 723, 726.

öğretim bursunun verilmesi, araştırma görevlisi, öğretim görevlisi ya da öğretim üyesi<sup>267</sup> olarak maaş verilmesi. Aslında bu davranışlar, dolandırıcılık suçunun zarar unsurunu oluşturmaz. Çünkü birincisi, görünürdeki yazar bu davranışların çoğunu karşı edimiyle karşılamış, ilgilinin malvarlığında azalmayı önlemiştir<sup>268</sup>. İkincisi, görünürdeki yazar ona sunulan olanakların, yardımların nesnel koşullarını sağladığı için karşı taraf edimini yerine getirmektedir. Bu nesnel koşulların dışındaki koşullarda ilgilinin aldatılması, zararı doğrudan değil, dolaylı olarak aldatmaya bağlıdır. Zararın dolaylı olarak aldatmaya bağlandığı durumlarda, zararın doğrudan aldatmaya bağlanmasını gerektiren dolandırıcılık suçu yönünden tipik malvarlığı zararının oluştuğu kabul edilemez<sup>269</sup>.

Fakat dolandırıcılık suçu yönünden zarar unsurunun oluştuğunun kabul edebileceği iki olay grubu bulunmaktadır. İlk olay grubu, görünürdeki yazarın, akademik başarısına, yaşamına, uzmanlığına katkıda bulunmak amacıyla ekonomik olarak desteklenmesi (burs verilmesi) durumunda, bu desteğin yöneldiği hedefe gölge yazarlık nedeniyle ulaşılamaması ya da bu hedefe hiç ulaşamayacak olması durumudur. İkinci olay grubu ise görünürdeki yazarın, belirli işlere başvurabilmek ya da belirli makam ve kadrolara yükseltilebilmek için görünürdeki yazarı olduğu eseri kendi yazmış gibi göstermesi ve o esere bağlanan kişisel niteliklere sahip olduğu konusunda karşı tarafı aldatması durumudur. İki olay grubu da dolandırıcılık suçu oluşturan fiilin zarar alt ögesine ilişkin olduğu için öncelikle dolandırıcılık suçunda zararın tespiti incelenecektir.

## A. DOLANDIRICILIK SUÇUNDA ZARAR

Dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normuyla, kişinin malvarlığında tasarrufta bulunma özgürlüğü değil, malvarlığının zarara uğratılmasından korunması amaçlanır. Bu nedenle kişi aldatıldığı için malvarlığında tasarrufta bulunmuş ve ancak sonrasında malvarlığından bir azalma olmamışsa dolandırıcılıktan bahsedilemez<sup>270</sup>. Dolandırıcılık suçunda zararın konusu, somut olaydaki malvarlığının üzerinde yapılan tasarrufun konusu değil, bir bütün olarak malvarlığının kendisidir. Yani işlem öncesi ve sonrası bir bütün olarak malvarlığı değerleri zararın konusunu oluşturur<sup>271</sup>.

Dolandırıcılık suçunda zararın varlığı birbirini izleyen iki aşamada tespit edilir: (i) Malvarlığı değeri üzerinde hataya bağlı olarak bir tasarrufta bulunulmuş olması ve (ii) bu tasarruf sonrasında hataya düşürülerek ilgili değerın çıkarıldığı işleme ilişkin olarak malvarlığında bir azalmanın gerçekleşmiş olması (negatif (eksi) bakiye). Görüldüğü üzere ilk aşamada malvarlığı değeri nicel olarak

267 İlgili örnek halihazırda araştırma görevlisi, öğretim üyesi ya da öğretim görevlisi olarak bir iş ilişkisine sahip olduğu sırada, ilk defa gölge yazarlık sözleşmesi yapanlara ilişkindir. Bu iş ilişkisinin kurulması için gölge yazarlık sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan eser üzerinden edinilen akademik durum ya da unvanın kullanılması konusu aşağıda istihdam dolandırıcılığı başlığı altında incelenmiştir.

268 Satzger (n 261) § 263, N. 229.

269 Kudlich (n 3) 121; Satzger, (n 261) § 263, N. 233.

270 Roland Hefendehl in Roland Hefendehl und Olaf Hohmann (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263-358 StGB* (3. Auflage, Beck 2019) § 263, N. 528, 542.

271 ibid § 263, N. 530. Bu iki aşamanın birbiriyle sıkı bağlantı içinde olduğu konusunda bkz. Klaus Tiedemann in H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan und Klaus Tiedemann (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 9, Teilband 1: §§ 263 bis 283d* (12. Auflage, De Gruyter 2012) § 263, N. 158.

saptanırken, ikinci aşamada bir hesap çıkarılmaktadır<sup>272</sup>. Muhasebeye ilişkin kuralları, dolandırıcılık suçunda bu iki aşamada da göz önüne almak kaçınılmazdır. Bu nedenle hesap çıkarılırken değerlerin hesaplanabilir ve karşılaştırılabilir olması, kısaca para ölçütünde nicel kılınabilir olması gerekir. En nihayetinde dolandırıcılıkta zararın tespiti öncelikli olarak bir hesap işlemine dayanmaktadır<sup>273</sup>. Buna ek olarak, muhasebenin kurallarından yola çıkılmış olsa da normatif bilgi alanı olan ceza hukukunun hem malvarlığı değerinin hem zararın tespitinde normatif müdahalelerde bulunması kaçınılmazdır. Ancak malvarlığı zararının para değeri üzerinden nicel kılınabiliyor olması gerektiği her zaman göz önünde tutulmalıdır<sup>274</sup>.

Zararın tespitinde esas alınan an, kural olarak, malvarlığı üzerinde tasarrufun yapıldığı andır<sup>275</sup>. Bu an, aldatan ile aldatılanın girdiği somut ilişki/iletişime göre belirlenir. Bu nedenle zararın oluştuğu ana ilişkin mutlak bir değerlendirmeden ziyade olay gruplarına göre zararın oluşum aşamalarından söz edilebilir. Bunlar, özel hukuktaki borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemine paralel olarak, anlaşma (*Vereinbarungsphase*) ve gerçekleştirme (*Realisationsphase*) aşamalarıdır<sup>276</sup>. Anlaşma aşamasında ortaya çıkan borç altına girilmede dolandırıcılık<sup>277</sup> (*Eingehungsbetrug*), aldatmaya bağlı olarak, edim ve karşı edimin birbirlerine eşit olmadığı ve sözleşmedeki edimlerin hâlihazırda ifa edilip, borcun yerine getirilmediği durumda söz konusudur. Buradaki en büyük sorun, malvarlığının zarara yol açacak ölçüde bir tehlikeye düşürülmesinin dolandırıcılık fiilinin sonuç alt ögesini karşılayıp karşılamadığıdır<sup>278</sup>. Anlaşma aşamasında değil de edimin ifası sırasında aldatmayla karşılaşıldığı borcun yerine getirilmesinde dolandırıcılık (*Erfüllungsbetrug*) türü iki olasılıkta gözlemlenebilir. Bir olasılıkta, ilgili, sözleşmenin konusu edime kıyasla daha az malvarlığı değerini kabul etmekte ya da malvarlığı değerini kabulden vazgeçmektedir. Bir diğer olasılıkta ise yükümlü olduğundan daha yüksek bir malvarlığı değerini elinden çıkarmaktadır<sup>279</sup>. Bu dolandırıcılık türünde genellikle fail sözleşmenin kurulmasından sonra ifasının niteliğinde dolana başvurmakta, aldatılan ise bu dolan sonucunda bu ifayı kabul etmektedir<sup>280</sup>.

Görünürdeki yazarın üçüncü kişilerle kurduğu ilişkiler yönünden dolandırıcılıkta zarar unsurunun oluştuğu düşünülebilecek iki olay grubu oldukça tartışmalıdır. İlk olay grubu, kişinin karşı taraftan herhangi bir karşılık beklemeक्सizin yaptığı kazandırmalarda, yani daha en başından bilerek

272 Hefendehl (n 270) § 263, N. 530. Tiedemann (n 271) § 263, N. 159.

273 Hefendehl (n 270) § 263, N. 536.

274 Alman Federal Anayasa Mahkemesi güveni kötüye kullanma suçunda zarar unsuruna yönelik yorumunda da zararın nicel kılınabilir olmasını (*Beifferbarkeit*) aksi takdirde yasallık ilkesinin yargıya yüklediği normu belirginleştirme yükümlülüğüne aykırı davranılmış olacağına yönelik yerleşik içtihat geliştirmiştir. BVerfG 126, 170 (211), 130, 1 (47f.). Mahkemenin bu yorumunun belirli olay gruplarında yaratacağı pratik zorluğa ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hefendehl (n 270) § 263, N. 540. Hangi olay gruplarında sorun oluşturduğuna ilişkin bkz. Tiedemann (n 271) § 263, N. 158.

275 Hefendehl (n 270) § 263, N. 541. Sözleşme anının esas alınmasından anlaşılması gereken o anın öncesi ve sonrasındaki malvarlığı değerleridir. Tiedemann (n 271) § 263, N. 161.

276 Hefendehl (n 270) § 263, N. 632. Tiedemann (n 271) § 263, N. 160.

277 Detaylı açıklama için bkz. Aşağıda IV, B, 1, b, bb.

278 Hefendehl (n 270) § 263, N. 634. Tiedemann (n 271) § 263, N. 176.

279 Hefendehl (n 270) § 263, N. 636.

280 ibid § 263, N. 649.

ve isteyerek kendi malvarlığını azaltacak işlemi yapmaya razı biçimde anlaştığı durumda zarar unsurunun varlığına ilişkindir. İkinci olay grubu ise borç altına girişte dolandırıcılık konusu altında değerlendirilebilecek olan, başvurucunun kişisel niteliğine yönelik dolan sayesinde istihdam ediliyor olması durumudur. İlk olay grubu malvarlığı değerinin öznelleştirilmesi; ikinci olay grubu ise somut tehlike ile zararın eşit tutulmasına ilişkindir. Dikkat edilirse ikisi de normun mümkün olan anlamının sınırını aşma ve böylece yasallığa aykırı olarak faili cezalandırma riskini barındırmaktadır. Bu nedenle oldukça dikkatli biçimde incelenmeyi gerektirir.

## **AA. MALVARLIĞINDA YAPILAN TASARRUFUN AMACINA ULAŞMAMASI DURUMUNDA DOLANDIRICILIK**

Kişinin anlaşmaya başlamadan önce veya anlaşma sırasında bilerek ve isteyerek malvarlığını azaltan davranışı gerçekleştirilmesi durumunda, kişi kendi sorumluluğunda malvarlığını azaltmıştır. Bu kişinin malvarlığındaki azalmaya katlanmak zorunda olduğu düşünülebilir. Bunun en tipik örneği, yardım dolandırıcılığıdır. Yardım eden, yardımı öncesinde de yardım ettiği sırada da yardım edilenden herhangi bir karşılık beklemezsizin malvarlığını azaltmaktadır ve buna razıdır. Bu durumda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul edebilmek için Alman öğretisinde geliştirilen amaca aykırılık ya da amacın eksikliği kuramı (*Zweckverfehlungslehre*) içinde iki görüş öne çıkmaktadır. İlk görüşe göre, dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normunun uygulanma alanında, kişinin bilinçli olarak kendi malvarlığını azaltması durumu yer almaz. Ancak kişi bu malvarlığını azaltmak için koyduğu hedefte, yani tasarruftaki amacında aldatılmışsa norm uygulanır. İlk görüşe göre, amaca aykırılık ya da amaçta eksiklik cezalandırılabilirliği genişletici etkiye sahiptir<sup>281</sup>. İkinci görüşe göre ise dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normunun uygulanma alanına kişinin bilinçli olarak kendi malvarlığını azaltması da dahildir. Çünkü bu kişinin o anda o kimseye yardım etmeye hazır olması, kendi malvarlığını o kimse için bilerek ve isteyerek azaltmaya hazır olması o dolana bağlıdır; ancak zararın oluşması için o tasarrufundaki amaçta bir eksikliğin bulunması gerekir. Görüleceği üzere ikinci görüş, ilk görüşün aksine, amaca aykırılık ya da amaçta eksiklik ölçütünü cezalandırılabilirliği daraltmak için kullanılmaktadır<sup>282</sup>. İkinci görüş, hem ceza normunun kapsamını belirlemek konusunda daha isabetlidir hem yasallık ilkesine daha uygundur<sup>283</sup>. Bu nedenle ikinci görüş üzerinden konu değerlendirilecektir.

Bir kimse eğer belirli bir amaca ulaşmak için malvarlığını azaltacaksa ve ancak bu tasarrufla amacına ulaşamıyorsa dolandırıcılık söz konusu olabilir. Bu durumda mağdur malvarlığını azaltması için değil, ulaşmak istediği amaç yönünden aldatılmaktadır. Nitekim mağdur her koşulda malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunacaktır ve bunun kendi malvarlığını azaltacağıının da en başından beri bilincindedir. Ancak mağdur, o tasarrufu belirli bir amaca yönelik olarak yapmakta ve aldatma sonucunda o amaca ulaştığını/ulaşacağını düşünmektedir. Oysa tasarruf amacına ulaşamamıştır;

281 ibid § 263, N. 836.

282 ibid § 263, N. 837.

283 Anayasa uygunluk yönünden detaylı tartışma için bkz. ibid § 263, N. 843-844. Bu görüşün getirdiği yorumun da anayasaya aykırı olduğu konusunda bkz. Jonas Krainbirg, *Spenden – und Bettelbetrag?* (Duncker & Humblot 2015) 115.

diğer bir ifadeyle mağdur amacına aykırı olarak tasarrufta bulunmuştur<sup>284</sup>. Söz konusu amaç, mağdurun güdüsüne göre ya da manevi yönden tatmini ölçüt alınarak değil; mağdurun somut edimine içkin biçimde, edimin ekonomik ve toplumsal anlamıyla nesnel olarak saptanan amaçtır<sup>285</sup>. Lisans öğrencilerine burs veren bir kimsenin, başkasına gösteriş yapmak arzusuyla burs dağıtması ya da komşusundan geri kalmamak için onun verdiği burs miktarından daha yüksek miktarda burs vermesinde, ne gösteriş ne geri kalmama arzusu amaç olarak değerlendirilebilir<sup>286</sup>. Amaç, lisans öğretiminde öğrenci olanların desteklenmesidir.

Esasen failin karşı edimini ifa etmesiyle dengelenen malvarlığının sahibinin, kendi kişisel amacına ulaşamadığı gerekçesiyle zarara uğradığından bahsedilemez<sup>287</sup>. Ancak bir kimseye sağlanan ekonomik katkının amacı özellikle akademik bir tezin desteklenmesiye, desteklenen kişinin, eserin özgün biçimde kendisi tarafından yazıldığı konusunda destekleyeni örtülü ya da açık biçimde aldatması, tasarrufun amacına aykırılık oluşturur. Bu durumda dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilecektir<sup>288</sup>. Fakat İsviçre ceza hukuku öğretisinde ileri sürülen bir görüş, burada tezin başkasına yazdırılmasının tek başına amaca aykırılık oluşturmayacağını vurgulamaktadır. Bu görüşe göre, tezin desteklenmesinin amacı, “bilimsel ölçütleri” karşılayan bilimsel bir eserin yaratılmasıdır. Eğer gölge yazarlık anlaşması sonucu ortaya çıkan eser, bilimsel ölçütlere uygunsa tasarruf amacını gerçekleştirmiştir. Bu durumda zarardan bahsedilemez<sup>289</sup>. Ancak bu görüşe katılmak olanaksızdır. Zira yukarıda değinildiği üzere amaç, somut edime içkin ve edimin toplumsal ve ekonomik anlamıyla nesnel olarak tespit edilecek amaçtır. Aksi takdirde, amaca aykırılık ya da amaçta eksiklik kuramının cezalandırılabilirliği sınırlandırıcı etkisinden bahsedilemez<sup>290</sup>. Ayrıca “bilimsel ölçütler” oldukça geniş ve görelî bir kavramdır. Bu kabul edildiği takdirde, gölge yazarlık anlaşmasının bulunmadığı aksi örnekte, yani görünürdeki yazar olmayan bir bursiyerin emek harcıyarak bizzat yazdığı bilimsel eserin de bu ölçütlerden birine aykırı görülerek zarar doğurduğu ileri sürülebilir. Oysa edim (o kişinin yazacağı tez için burs desteği) ve karşı edim (tezin o kişi tarafından yazılması, yoksa herhangi bir yolla ortaya o kişinin adını taşıyan bir tez koyulması değil) birbirini dengelediği sürece amaca aykırılığa başvurularak zararın olduğu ileri sürülemez. Aksi takdirde sırf malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma özgürlüğünün ihlali, dolandırıcılık suçunun oluşması için yeterli görülecektir.

284 Satzger (n 261) § 263, N. 222-223.

285 Hefendehl (n 270) § 263, N. 838; Satzger (n 261) § 263, N. 226.

286 Hefendehl (n 270) § 263, N. 838; Satzger (n 261) § 263, N. 227.

287 Satzger (n 261) § 263, N. 229. Zarardan bahsedebilmek için malvarlığını nesnel değil öznel biçimde yorumlamak, yani sahibinin kişisel seçim ve arzularına bağlı kalarak malvarlığını anlamlandırmak gerekir. Dikkate alınabilecek ve dikkate alınamayacak amaçların belirlenmesindeki zorluk konusunda bkz. Hefendehl (n 270) § 263, N. 839. İlgili tasarrufla belirli bir amaca ulaşmanın malvarlığı kavramı içinde değerlendirmenin olanaksız olduğu, zarar kavramına dahil edilmesinin ise ancak muhasebe kurallarına başvurularak olanaklı olacağı konusunda bkz. Krainbirg (n 283) 74, 75ff.

288 Kudlich (n 3) 123; Völger (n 251) 164.

289 Simone Messmer, ‘Ghostwriting’ (2016) Jusletter Rz. 6. Alman hukukundaki benzer yaklaşım için bkz. Goeckenjan (n 266) 727. İsviçre ceza hukukunda tam aksi yönde bir görüş benimsemek de olanaklıdır. Çünkü öğretilde amaca aykırılık görüşü yerine malvarlığı üzerinde yapılan tasarrufun “kişisel değeri” üzerinde duran ve bu kişisel değer üzerindeki aldatmanın da dolandırıcılık suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Bkz. Völger (n 251) 148 ff.

290 Yukarıda dn. 282.

Hâlbuki dolandırıcılık suçunu öngören ceza normuyla, irade özgürlüğünün değil, malvarlığının korunması amaçlanır<sup>291</sup>.

## **BB. İSTİHDAM DOLANDIRICILIĞI**

İstihdam dolandırıcılığı, borç altına girişte dolandırıcılığın bir alt türüdür<sup>292</sup>. Borç altına girişte dolandırıcılığın kabul edilebilmesi için hâlihazırda aldatılanın edimini ifa etmeden önce malvarlığında zararın tespit edilmesi gerekir. Bu tespit için muhasebe kurallarından yola çıkılır<sup>293</sup>. Sözleşmenin kurulduğu anda muhasebe kuralları gereği, askıda işlem (*schwebendes Geschäft*) söz konusudur. Muhasebe terimi olan askıda işlemde, iki taraf borçlanmıştır ve ancak taraflarca sözleşmenin ifasına başlanmamıştır. Kurala uygun bir bilançoda askıda işlemde doğan alacaklar ve borçlar hesaba katılarak mahsup edilemez; bir taraf edimini ifa etmedikçe işlemin askıda olması sona ermez<sup>294</sup>. Şayet, borçlanılan edimin değeri, bunun karşılığında talep edilecek olan ve askıda işlemde doğan edimin değerini aşıyorsa, burada artık değer ölçüsünde kayba yol açan bir tahakkuk söz konusudur. Bu durumda denge ilkesine aykırılık oluşacak ve ihtiyatlılık ilkesi (*Vorsichtsprinzip*) uyarınca kayıp, hukuken negatif (eksi) bakiyenin risksiz önlenmesi olanağı olmadığı sürece, pasifte gösterilecektir<sup>295</sup>. Bu muhasebe ilkeleri uygulanarak zararın kurulmasının ceza hukuku yönünden olanaklı olabilmesi için aldatmayla kurulan tam iki tarafa borç yükleyen ilişkide tarafların borçlarının aynı anda değil, sırayla muaccel olması gerekir<sup>296</sup>.

İstihdam sırasında, istihdam edilen (işe, kadroya, belirli bir pozisyona başvuran) üstleneceği görevin gerekliliklerini gerçekte sağlamıyor ve o gereklilikleri sağladığı konusunda istihdam edeni (iş veren, kamu idaresi) aldatarak<sup>297</sup> ilgili borç ilişkisinin tarafı oluyorsa ve sözleşmeden doğan karşılıklı taleplerin değerleri kıyaslandığında zarar tespiti sözleşme kurulduğu anda yapılabiliyorsa, burada istihdam dolandırıcılığı (*Anstellungsbetrug*) söz konusudur<sup>298</sup>. Bu dolandırıcılık türünde malvarlığında zarara yol açacak tehlikenin varlığı, istihdam edilenin sözleşmeyle kararlaştırılan edimini, gelecekte sözleşmeye uygun biçimde ifa etmeye yetkin olmaması durumda ortaya çıkar<sup>299</sup>. Zararın tespitinde, sözleşmenin kurulduğu an esastır; ancak hâlihazırda süren bir iş ilişkisinin varlığında, fiilen gerçekleştirilen edimler de sözleşmenin kurulduğu anda istihdam edenin malvarlığında zarar doğurucu etkiye sahip olup olmadığına göz önüne alınır. İstihdam edilen, bu süre boyunca istihdam edenin taleplerini sözleşme hükümlerine (doğrudan yasayla düzenlenen

291 Hefendehl (n 270) § 263, N. 842.

292 Hefendehl (n 270) § 263, N. 667; Tiedemann (n 271) § 263, N. 223.

293 Hefendehl (n 270) § 263, N. 637. Yukarıda dn. 274.

294 ibid § 263, N. 638.

295 ibid § 263, N. 639.

296 ibid § 263, N. 640.

297 Burada dikkat edilmesi gereken konu, susma seklindeki aldatmanın ihmali davranış olduğudur. Dolandırıcılığın, ihmal suretiyle işlenebilmesi için açıklama yapmaya ilişkin bir yükümlülüğün olması gerekir. Dolandırıcılık söz konusu olduğunda güven ilişkisinden (dürüstlük kuralı gereği) doğacak olan yükümlülükler akla gelmektedir. Tiedemann (n 271) § 263, N. 51, 63.

298 Hefendehl (n 270) § 263, N. 667; Satzger (n 261) § 263, N. 262; Tiedemann (n 271) § 263, N. 223.

299 Hefendehl (n 270) § 263, N. 668; Satzger (n 261) § 263, N. 262; Völger (n 251) 147.



yükümlülükler varsa bunlar da dahil) ya da o istihdam ilişkisini kuran hukuki dayanağın hükümlerine uygun olarak yerine getirmişse, zarardan söz edilemeyecektir. Çünkü taahhüt edilen ve ifa edilen hizmet, istihdam edenin ödediği ücreti karşılamıştır<sup>300</sup>. Bu nedenle istihdam dolandırıcılığında, dolanın konusu objektif olarak sözleşme anında zarar doğurmaya doğrudan doğruya elverişli olmadığı sürece, aldatma sonucunda istihdam edilmenin kendiliğinden dolandırıcılık olduğu savunulamaz. Dolayısıyla istihdam dolandırıcılığını, dolanın konusunun istihdam edilenin ediminin ifasına bağlı olduğu ve ifasından bağımsız olduğu durumlar olarak ikiye ayırarak incelemek gerekecektir. İstihdam edilen, edimin ifasına yönelik mesleki nitelikleri konusunda dolana başvuruyorsa zararın oluşması için istihdam edilenin, istihdam edenin talimat ve isteklerine uygun olarak edimleri gerçekleştirme yetkinliğinin de olmaması gerekir. Nitekim o iş için gereken asgari ölçütlerin nesnel olarak sağlanamaması hâlinde bu yetkinliğin olmadığı kabul edilecektir. Bununla birlikte, istihdam edilen, edimin ifasına yönelik olarak değil, istihdam edenin özellikle ücreti arttırmak için önceden belirlediği koşullara yönelik bir dolana başvuruyorsa, bu kez istihdam edilenin edimleri yerine getirme yetkinliği tartışılmaksızın zararın gerçekleştiği kabul edilecektir<sup>301</sup>.

İstihdam dolandırıcılığı konusunda en tartışmalı ve görünürdeki yazarın kurduğu ilişkilerde de ortaya çıkmaya en olanaklı olan olay grubu, dolanın konusunun istihdam edilenin kişisel özelliği olduğu, istihdam edenin yaptığı ödemenin nedeni sırf bu kişisel özellik olmamakla birlikte, istihdam eden bu kişisel özelliğin onda bulunmadığını bilseydi başvuranın (görünürdeki yazarın) istihdam edilemeyeceği durumlardır. Bu olay grubunda Alman öğretisinde çoğunluk görüş, kamu istihdamı ve özel istihdam arasında bir ayrıma gitmekte ve devlet ile memur arasındaki sadakat bağının devletin malvarlığına etki eden bir gözetim ödevi yüklediği ve bu nedenle istihdam edilenin güvenilir olmamasının zararı doğurmaya yeterli olabileceğini savunmaktadır<sup>302</sup>. Bu görüş, zararın kurulmasında şu sorunun (olumlu) yanıtlanmasının yeterli olacağını ileri sürmektedir: “*Başvurucu, yasa ya da idarenin düzenleyici işlemlerinde istihdam edilmemeye ilişkin engel nedeniyle başvurusunun reddedilmesini gerektirecek ya da istihdam edildiği takdirde memurluktan çıkarılmasını gerektirecek bir özelliği konusunda mı dolana başvurmuştur?*” Azınlık görüşüne göre ise memur olarak istihdamına ilişkin kişinin kişisel özelliklerinde aldatılma suçun oluşumu için yeterli değildir; yerine getireceği görevlerin, ifa edeceği edimlerin değerine bu kişisel özelliğin doğrudan etki ediyor olması da gerekmektedir. Böyle bir etki yoksa devletin malvarlığının değil, devletin sunduğu kamu hizmetinin bu dolandan etkilendiği düşünülebilir. Dolandırıcılık suçunun tanımını öngören ceza normu, devletin genel olarak işlemlerde bulunma özgürlüğünü koruma<sup>303</sup> ya da kamu görevlisi olarak istihdam edeceği kişilerin güvenilir olmasını sağlama amacını taşımaz<sup>304</sup>. Dolandırıcılıkta zararın muhakkak nicel kılmabilen değerler üzerinden kurulması gerektiği de düşünüldüğü zaman<sup>305</sup>, kamu istihdamı – özel istihdam ayırımına gidilmeksizin, istihdam edilen o işe ilişkin mesleki uzmanlık

300 Hefendehl (n 270) § 263, N. 668.

301 ibid § 263, N. 669.

302 İlgili görüş hakkında detaylı açıklama için bkz. Tiedemann (n 271) § 263, N. 224.

303 Hefendehl (n 270) § 263, N. 676.

304 Mustafa Temmuz Oğlakçıoğlu, ‘Zum Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug’ (2020) 5 Juristische Rundschau 255, 261.

305 Yukarıda dn. 273-274.

koşullarını sağladığı ve işin gereklerine uygun biçimde edimlerini yerine getirme yetkinliğine sahip olduğu sürece (eğer kişisel özellikleri ücreti arttırıcı bir etki yaratmıyorsa) dolandırıcılıktan bahsedilemez<sup>306</sup>.

Görünürdeki yazar, üçüncü kişilerle kurduğu istihdam ilişkilerinde, gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturan akademik eseri kendisinin yazdığı ve o esere bağlanan kişisel nitelikteki özelliklere sahip olduğu konusunda dolana başvurmaktadır. Bununla birlikte, o eseri sunarak elde ettiği akademik unvan ve niteliğin kendisi gerçeğe aykırı değildir. Yani görünürdeki yazar, bu akademik unvan ve niteliğe sahip olduğu konusunda istihdam edeni aldatmamaktadır. Bu nedenle görünürdeki yazar istihdam edilirken o nitelik ya da unvanında eksiklik olduğundan bahisle istihdam dolandırıcılığının oluştuğundan söz edilemez. Buna karşılık hâlihazırda bu eseri kendisinin yazmış olduğu için verilen bir ücret söz konusuysa ya da maaş sınıflandırmasında bu nedenle yükselmişse, manevi unsurların da oluşmasıyla birlikte artık dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilecektir. Görünürdeki yazarın, o eseri kendisinin yazdığı ve o esere bağlanan kişisel nitelikteki özelliklere sahip olduğu konusunda dolanın istihdam ilişkisinde zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yukarıda bahsedilen görüşler çerçevesinde değerlendirilebilir. Zararın tespiti için ilk görüşün sorduğu, yukarıda aktarılmış olan soruya Türk hukuku yönünden kamu hizmeti sunan üniversitelerde istihdam söz konusuysa olumlu yanıt vermek kaçınılmazdır<sup>307</sup>. Çünkü Türk hukukunda gölge yazarlık meslekten çıkarma cezasıyla karşılanmaktadır (2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b). İkinci görüş yönünden değerlendirildiğinde ise böylesi bir dolanın zarara yol açması oldukça istisnaidir. Çünkü üniversitelerde istihdam söz konusu olduğunda görünürdeki yazarın ilgili mesleki koşulları nesnel ve biçimsel olarak karşıladığında kuşku yoktur. Ancak burada da mesleki uzmanlık koşullarını yerine getirme konusu oldukça belirsizdir. Akademik görevleri yerine getirme yetkinliğinin var olup olmadığı ikinci görüş yönünden önem arz edecektir. Bu yetkinlik, o kimsenin ancak daha önceki akademik çalışma ve bulunduğu akademik pozisyonlardan anlaşılabilmesine göre, bütün çalışmalarında gölge yazar kullanmış bir kimsenin, akademik görevleri yerine getirmeye yetkin olduğunu kabul etmek olanaksız olacaktır. Ancak böyle uç bir olasılıkta ikinci görüş uyarınca da zararın kurulduğu kabul edilebilir.

## **B. GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN DOLANDIRICILIK FAİLİ OLDUĞU HALLERDE GÖLGE YAZARIN MÜŞTEREK FAİL YA DA YARDIM EDEN OLARAK CEZA SORUMLULUĞU**

Görünürdeki yazarın üçüncü kişilerle girdiği ilişkiler yönünden dolandırıcılık suçunu işlediğinin kabul edildiği hallerde, gölge yazarın ceza sorumluluğunun tartışılması gerekir. Gölge yazarın, görünürdeki yazar ile müşterek fail olarak mı suçu işlediği yoksa görünürdeki yazarın işlediği suçta yardım eden olarak mı katıldığının belirlenmesi gerekir. Çünkü gölge yazar, görünürdeki yazarın ilgili suçu işlemesi için oldukça önemli bir fiil gerçekleştirmektedir: Eserin yaratılması.

306 Oğlakçıoğlu (n 304) 260-261.

307 Belirtelim ki Alman öğretisinde bilim dolandırıcılığı yönünden daha ziyade ilk görüş ileri sürülmektedir. Tiedemann (n 271) § 263, N. 224.

Müşterek faillik, iki temel sütun üzerine kuruludur: İlki ortak suç işleme planı ya da birlikte suç işleme kararı, ikincisi bu planın ya da kararın ortaklaşa icrası<sup>308</sup>. Ortak suç işleme planı ya da kararı, müşterek failliğin öznel koşuludur. Bu koşul altında, müşterek faillerin bilerek ve isteyerek ortak bir etki gerçekleştirmeleri aranır<sup>309</sup>. Planın ortaklaşa icrasında, genellikle yapılan iş bölümü üzerinden icra aşamasında birlikte suça etki edilmesi ve böylelikle suç teşkil eden fiilin üzerinde birlikte egemenlik kurulması söz konusudur<sup>310</sup>. Bu nedenle hazırlık aşamasında etkide bulunan bir kimsenin, icra sırasında ortaklaşa etkide bulunduğu bahsedilemez. Çünkü fail, sözcük anlamı gereği, fiili eyleyen kişidir; ayrıca hazırlık aşamasındaki ortaklık suçun oluşumunda bir katkıya sahip olsa da suç oluşturan fiil üzerinde egemenlik kurmaya yetmez<sup>311</sup>.

İcra aşamasında suça iş bölümü gereği ortak etkide bulunmak, suç teşkil eden fiile yönelik yapılan katkıların eş zamanlı olmasını gerektirmez. Zira planın icrası denildiğinde, teşebbüs başlangıcından o suçun biçimsel olarak tamamlanmasına kadar geçen aşama göz önüne alınacaktır<sup>312</sup>. Yine müşterek faillerin aynı mekanda bulunarak katkılarını gerçekleştirmeleri de gerekmemektedir<sup>313</sup>. Bununla birlikte, icra aşamasında yapılan katkının, katkıyı yapanı müşterek fail kılabilmesi için belirli bir öneme sahip olması gerekir. Yani iş bölümüyle gerçekleşen icra çerçevesinde bu icrayla bağlantılı bir işlevi yerine getiriyor olmalıdır<sup>314</sup>.

Kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenen suç oluşturan fiile kasten yardım sağlayan kişi, suça yardım etme nedeniyle cezalandırılacaktır. Yardımın, fiilin gerçekleştirilmesini olanaklı kılması, kolaylaştırması, kuvvetini arttırması ya da fiilin gerçekleşeceğine yönelik bir güvence sağlaması gerekir (nedensellik)<sup>315</sup>. Ancak suçun gerçekleşmesinde her türlü katkı yardım etme olarak kabul edilmez<sup>316</sup>. Bu katkının somut olay nezdinde nedensel olarak suçun fail tarafından gerçekleştirilme riskini, daha doğrusu gerçekleştirilme olasılığını arttırmış olması gerekir (objektif yüklenebilirlik)<sup>317</sup>. Yardım etme hazırlık aşamasında suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasına kadar söz konusu

308 Bernd Schünemann und Luís Greco in Gabriele Cirener *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 2: §§ 19 bis 31* (13. Auflage, De Gruyter 2021) § 25, N. 176. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2021) 586 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2020) 455; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı Adalet 2020) 726, 728; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Baskı, Savaş 2019) 352; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin 2021) 525.

309 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 195. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 732; Koca ve Üzülmöz (n 308) 455-456; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 526; Özgenç (n 308) 599.

310 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 176; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 728; Koca ve Üzülmöz (n 308) 457; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 525-526; Özgenç (n 308) 586-587.

311 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 205; Koca ve Üzülmöz (n 308) 459; Özgenç (n 308) 597.

312 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 206; Koca ve Üzülmöz (n 308) 458.

313 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 207; Koca ve Üzülmöz (n 308) 459; Özgenç (n 308) 591 vd.; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 731.

314 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 211; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 730; Koca ve Üzülmöz (n 308) 457; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 526; Özgenç (n 308) 587, 589 vd.; Toroslu ve Toroslu (n 308) 353.

315 Schünemann und Greco (n 308) § 27, N. 3; Koca ve Üzülmöz (n 308) 498. Nedensellik ve zorunluluk yönünden farklı değerlendirme için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 545 vd.; Özgenç (n 308) 599. Karş. Toroslu ve Toroslu (n 308) 353-354.

316 Schünemann und Greco (n 308) § 27, N. 5.

317 *ibid* § 27, N. 6.

olabilir<sup>318</sup>. Yardım edenin, yardım etme kastı iki yönlüdür: (i) yerine getirdiği yardım yönünden ve (ii) tüm detaylarıyla kesinleşmiş, somutlaşmış olsa da, saldırının yönü ve ihlal edicilik içeriği belirli olan gelecekteki suç yönünden<sup>319</sup>. Doğrudan kasıt aranmaz<sup>320</sup>. Müşterek faillik ile yardım etme arasındaki farkın ortaya kesin ölçütlerle koyulması oldukça güçtür. Somut olayın özelliklerinden yola çıkarak kişinin o suçun sonucundaki yararı, suça yaptığı katkısının kapsamı ve suç üzerinde egemenlik kurup kurmadığına bakılması gerekir<sup>321</sup>.

Gölge yazarın ceza sorumluluğunun kapsamının faillik üzerine mi yoksa katılma üzerine mi kurulacağı sorusunda dikkat edilmesi gereken en önemli konu, gölge yazarın eseri yazıp o kimseye teslim etmesi fiiline yönelik öznel koşullar (birlikte suç işleme kararı ya da yardım kastı) ve bu fiilin, gölge yazarın görünürdeki yazar tarafından işlenecek suça işlevsel olarak egemen olup olmadığıdır. Bir kimseye sağlanacak olan ekonomik desteğin amacı özellikle akademik bir tezin desteklenmesiye, desteklenen kişinin, eserin özgün biçimde kendisi tarafından yazıldığı konusunda destekleyeni örtülü ya da açık biçimde kasten aldatması durumunda, gölge yazarın eseri yazması ve teslim etmesi, faillik ve katılmaya ilişkin koşullar altında yardım etme ya da müşterek faillik olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Bununla beraber, görünürdeki yazarın istihdam dolandırıcılığı suçunu işlediğinin kabul edildiği durumlarda gölge yazarın eseri yazması, tek başına müşterek faillik için yeterli değildir. Gölge yazarın eseri yazması ve teslim etmesi fiili, görünürdeki yazarın eseri kendisinin yazmış olduğu ve o eserden çıkartılan kişisel nitelikleri üzerinde yaptığı aldatma davranışının alt ögesini oluşturduğu aldatma fiilinin icra aşamasında gerçekleşmemektedir. Nitekim istihdam dolandırıcılığında gölge yazarın sırf eseri yazarak ve sonrasında görünürdeki yazara teslimini sağlayarak dolandırıcılık fiili üzerinde egemenlik kurduğu kabul edilemeyecektir. Ne var ki koşulların bulunması hâlinde yardım etme söz konusu olabilir.

## B. BELGEDE SAHTECİLİK

Belgede sahtecilik suçlarında cezaen korunan hukuki varlık, hukuki ilişkilerde güven ve ispat aracı olarak kullanılacak belgelerin sahliliğine (*Echtheit*) ve doğruluğuna (*Wahrheit*) olan kamu güvenidir<sup>322</sup>. Belgenin sahliliğine olan kamu güvenine karşı suç oluşturan fiiller, çalışma kapsamında incelediğimiz ceza yasalarında ortak bir biçimde düzenlenmiş olsa da belgenin doğruluğuna olan kamu güvenine karşı suç oluşturan fiiller bakımından bir ayrıklılık bulunmaktadır<sup>323</sup>. Bu yasalarda ortak olarak gözlenen üç sahtecilik ipotezi şu biçimdedir: (i) sahte olarak belge düzenleme, (ii) gerçek belgeyi değiştirme, (iii) sahte belgeyi kullanma. İsviçre ceza yasa koyucusu, ayrıklı olarak “*hukuk*

318 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 44; Koca ve Üzülmez (n 308) 499; Özgenç (n 308) 621 vd.

319 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 63; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 750; Koca ve Üzülmez (n 308) 502.

320 Schünemann und Greco (n 308) § 25, N. 64.

321 Esasında bu karma nitelikli yaklaşım Alman Federal Mahkemesi tarafından benimsenen görüştür. Mahkeme bu görüşü benimseyerek ayırımın çizilmesinde ilk derece mahkemelerinin takdir yetkisini oldukça geniş tutmaktadır. Çünkü bu ölçütlerden hangisine öncelik verileceği ya da suçun sonucundaki yararın ne derece önem taşıdığı önceden belirlenmemektedir. ibid § 25, N. 42.

322 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Baskı, Savaş 2021) 233.

323 Dolandırıcılığa ilişkin maddeler: Alm.CK §§267-282, Av.CK §§223-231, İsv.CK Art. 251-257, TCK m. 206-212.

önemli olguların gerçeğe aykırı belgelenmesi ya da belgelendirilmesi” (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 in fine) biçiminde genel bir düzenlemeye de yer vermiştir. Bu ayrışıklık gölge yazarlığın, maddi ve fikri sahtecilik ayırımında incelemesini gerektirmektedir<sup>324</sup>. Ancak öncelikle akademik yazıların belge niteliğine kısaca değinilecektir.

## **I. GÖLGE YAZARLIK SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESERİN BELGE NİTELİĞİ**

Akademik yazılarda, özellikle lisans öğretiminde bitirme tezinde, lisansüstü öğretiminde yüksek lisans ve doktora tezlerinde, akademiye doçentlik tezinde yapılan açıklamalar bir gerçeğin hukuken anlamlı kılınmasına hizmet eder. Her ne kadar İsviçre ceza hukuku öğretiminde bir görüş tarafından bu yazıların, doğrudan doğruya hukuken önemli açıklamaları vücuda getiremeyeceği savunulsa da<sup>325</sup> aslında, ilgili yazılar, *yazarın o yazının varlığı için gerekli koşulları karşıladığını belgelemektedir*. Akademik yazılar, o yazarın, o yazıyı kaleme alması için gerekli temel yeteneklerinin bulunduğu kanıtıdır<sup>326</sup>. Yalnız akademik yazılar, üniversitede öğretim üyesi olan kimse tarafından düzenlenmiş olsa dahi belgenin düzenlenmesi ile kamu görevi arasında bağlantı olmadığı için resmi belge olarak değerlendirilemez.<sup>327</sup> Akademik yazılar, özel belgelerdir.

## **2. MADDİ VE FİKRİ SAHTECİLİK AYRIMINDA GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESER**

### **A. MADDİ VE FİKRİ SAHTECİLİK AYRIMI**

Maddi sahtecilik (*Urkundenfälschung*), dar anlamda sahit olmayan belgenin düzenlenmesiyken, fikri sahtecilik (*Falschbeurkundung*) sahit ancak doğru olmayan belgenin düzenlenmesidir<sup>328</sup>. Maddi sahtecilik, belgenin köken, kaynak anlamında özgünlüğü (*Authentizität*) ile ilgilidir. Fikri sahtecilik, belgenin içerik yönünden uygunluğu (*Richtigkeit*) ile ilgilidir. Fikri sahtecilikte belge, görünümü yönünden yolsuz değildir, biçimsel olarak belgenin sahit belgeden bir farkı yoktur. Bu durumda sahte olan, belgenin özüdür<sup>329</sup>.

Maddi sahtecilikte, köken, kaynak anlamında özgünlük, özellikle belgenin düzenleyeni yönünden tartışmaya açıktır. Fiili düzenleyen ile görünüşteki düzenleyen farklıysa artık sahit bir belgeden bahsedilemez. Ancak fiilen düzenleyenden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Somut kurama göre, fiili düzenleyen, bizatihi belgedeki açıklamayı kendi eliyle var eden kimseyken; egemen olan

324 Sahir Erman, *Sahtekârlık Cürümleri*, (3. Baskı, Sulhi Garan 1970) 270 vd. Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım* (n 322) 241 vd.

325 Völger (n 251) 223. Bunun savunulması tamamen işlevseldir. Bu sayede belgenin tanımı olabildiğince daralacak ve İsv. CK’de düzenlenen özel belgede fikri sahtecilik suçunun uygulanma alanının sınırlandırılacaktır. ibid 168. Bkz. Aşağı B, 2, b, bb.

326 Messmer (n 289) Rz. 10.

327 ibid Rz. 19.

328 Messmer (n 289) Rz. 12 ve 14; Völger (n 5) 165-166. Karş. Toroslu ve Toroslu, *Özel Kısım* (n 322) 242.

329 Erman (n 324) 271. Erman, bu ayrımı daha farklı biçimde değerlendirmektedir. Fikri sahtecilik kavramının cezalandırılan yazılı yalan ile cezalandırılmayan yazılı yalan arasındaki farkı ortaya koyamadığını, fikri sahtecilik olarak değerlendiren birçok durumun maddi sahtecilik olarak değerlendirmektedir. Bunun dışında kalan fiillerin ise “*ya hiç suç teşkil etmemekte yahut başka ad taşıyan bir suç sıfatı ile cezalandırılmakta*” olduğu belirtmektedir. Erman (n 324) 281-282.

soyut kurama göre düzenleyen, o belgedeki açıklamayla fikren düzenleyici olduğu ve bu nedenle açıklamanın fikri olarak ondan ileri geldiği kabul edilen kimsedir.<sup>330</sup> Görüldüğü üzere soyut kuram, bir yüklenme (isnat) kuramıdır. Fiilen düzenleyici, fikri ürünün sahibi değildir. Açıklama kendisine yükletilendir<sup>331</sup>.

Soyut kuram gereği, gölge yazarlık anlaşması sonucunda ortaya çıkan esere görünürdeki yazarın adını koyması ya da imzalaması durumunda belge sahihtir. Görünürdeki yazar, başkasına ait bir işi kendi işi hâline getirip, o işin kendisinden kaynaklandığı izlenimi yaratmak istemektedir. Bir kimse kullanma yetkisi içinde olduğu ad altında bir belgeyi paylaşıyor; daha doğrusu o belge üzerinden o adla açıklamada bulunuyorsa, belge köken, kaynak anlamında özgündür. Bu nedenle, örneğin, bir öğrencinin ya da öğretimin üyesinin, kendi adını kullanarak o eserin kaynağının kendisi olduğunu sağlaması, zaten kendisi yönünden özgün olduğuna ilişkindir ve sahihtir<sup>332</sup>. Bununla birlikte, gölge yazarlık durumunda bir yalanın söz konusu olmadığı düşünülemez. Örnekteki öğrenci ya da öğretim üyesi gerçekte başkasına ait eserin kendi eseri olduğuna yönelik yazılı yalana (*schriftliche Lüge*) başvurmaktadır. Ancak bu yalan, maddi sahtecilik olarak değil; ancak ceza normu varsa fikri sahtecilik olarak değerlendirilebilir<sup>333</sup>. Alm.CK, Av.CK ve TCK yönünden özel belgedeki bu yazılı yalan, sahtecilik olarak değerlendirilemez. Ancak İsv.CK yönünden kesin bir değerlendirmeye varmak oldukça güçtür. Çünkü “*hukuken önemli olguların gerçeğe aykırı belgeleneşmesi ya da belgelendirilmesi*” biçiminde genel bir düzenlemenin varlığı, özel belgedeki yazılı yalanı fikri sahtecilik olarak değerlendirmeye kapı açmaktadır.

## **B. FİKRİ SAHTECİLİK VE GÖLGE YAZARLIK**

### **AA. GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESERİN İSV.CK'YE GÖRE ÖZEL BELGEDE FİKRİ SAHTECİLİK OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**

İsviçre ceza hukuku öğretisinde fikri sahteciliğin tüm belge türleri yönünden genel bir düzenlemeye sahip olması öğretimi tarafından eleştirilmiştir. 1995 yılında belgedeki sahtecilik suçlarına yönelik yürürlüğe giren yasanın tasarısında fikri sahteciliğe ilişkin bu düzenlemenin kaldırılması öngörülmüşse de ekonomik suçlarla mücadele edilmesi için önemli bir araç olduğu gerekçesiyle ilgasına yönelik talep reddedilmiştir<sup>334</sup>. Aslında Federal Mahkeme içtihadı, her belgenin değil, ancak içeriğine yüksek derecede güvenilen/inanılan<sup>335</sup> belgelerdeki içerik yalanlarının bu madde kapsamında

330 SSW-StGB/Wittig (n 254) § 267, N. 41.

331 Messmer (n 289) Rz. 12.

332 Gölge yazarlık eserinin sahihliği, sıklıkla verilen şu örnekten yola çıkıldığında daha kolay anlaşılacaktır. Bir öğrenci, arkadaşının ödevini ondan habersiz kopyalayıp, çıktısını alıp, kendisinin ödeviymiş gibi kendi ad ve imzasıyla öğretim üyesine verdiğinde belge sahihtir. Ancak öğrenci, ödevin içeriğinin kendisine ait olduğu konusunda öğretim üyesine yalan söylemektedir. Messmer (n 289) Rz. 12.

333 Goeckenjan (n 266) 728; Messmer (n 289) Rz. 13.

334 Messmer (n 289) Rz. 15; Völger (n 251) 167.

335 Yüksek derecede güvenilirlik ölçütüyle normun uygulanma alanının daraltılması, Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında, resmi belgede dolaylı fikri sahtecilik suçu (Alm.CK § 267) yönünden yüksek derecede ispat kuvveti ölçütüne başvurularak yapılmaktadır. SSW-StGB/Wittig (n 254) § 271, N. 7.

değerlendirileceğine yöneliktir. Mahkemeye göre, güvenilirliği yüksek derecede olan belgeler hiç şüphesiz, belgenin içeriğini incelemekle yükümlü kılınmış bir kimsenin bulunduğu ya da özellikle yasal bir kural tarafından bu güvenilirliği tespit edilen belgelerdir<sup>336</sup>. Belgenin güvenilirliğini yasal olarak saptayan herhangi bir kural yoksa ve o kimse özel belgenin doğruluğunu sağlamakla yükümlü değilse de eğer o kimsenin böylesi bir *yükümlülük benzeri durumun* (*garantenähnliche Stellung*) içinde yer aldığı kabul ediliyorsa, bu belge üzerinde fikri sahteciliğin işlenebileceği kabul edilebilmektedir. Çünkü bu durumda, kişi, özellikli ve nitelikli biçimde güven verici bir durumda bulunmaktadır. Özellikle bu olasılıkta, nesnel (objektif) güven ilişkisi gereği, içinde bulunduğu durum, belgenin muhataplarının o belgeye yüksek derecede güvenmesini/inanmasını gerektirmektedir<sup>337</sup>.

Akademik yazılar, Federal Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu iki ölçütü sağlamamakla birlikte son ölçüt, akademik yazılara oldukça uygun düşmektedir. Çünkü akademik dürüstlük kuralları gereği akademik yazıları yazanların *yükümlülük benzeri bir durumda* olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat akademik yazı yazan herkesin böyle özellikli, nitelikli biçimde güven verici durumda bulunduğu söylenemez<sup>338</sup>. Ancak ve ancak akademik meslek üstlenip, hâlihazırda meslek yaşamını büyük ölçüde bir üniversiteye adanmış olan kişilerin bu durumda olduğu kabul edilebilir. Bu durumda, İsv.CK'de yer alan fikri sahtecilik düzenlemesinin gölge yazarlık anlaşmasıyla ortaya çıkan eseri, bitirme tezi olarak sunan lisans öğrencisi yönünden uygulanmayacağı, ancak doçentlik tezi olarak sunan doktor öğretim üyesi için uygulanabileceği söylenebilir<sup>339</sup>. Fakat bu durum bir kesinlik arz etmemektedir, suçun varlığı ilk elden yargılama makamının yapacağı yoruma bağlıdır. Doğrudan yasadan anlaşılamayan bir suçun varlığına yönelik bilinmezlik, belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır<sup>340</sup>.

## **BB. GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ESERİ SUNARAK RESMİ BELGEDE FİKRİ SAHTECİLİK SUÇUNUN DOLAYLI FAİLİ OLMA DURUMU VE TCK M. 206'DAKİ YALAN BEYAN SUÇU**

Diplomanın ya da akademik unvanı sunan belgenin düzenlenmesinde görünürdeki yazarın davranışıyla kamu görevlisinin bilgisizliğinden faydalanarak resmi belgede fikri sahtecilik suçunu işlediği ve dolaylı fail olarak cezalandırılabileceğini savunmak olanaklı değildir<sup>341</sup>. Bir belge, ilişkili olduğu olgular yönünden, doğrudan doğruya kendi üzerinden çıkarılabilen yaşam olaylarına yönelik kanıt işlevini yerine getirir. O olayı var eden hukuki ve fiili koşullar örtülü olarak belgeyle kanıtlanmaz. Daha doğru ifadeyle, resmi belgenin kanıt kuvveti, o belgeden çıkartılacak tüm bilgileri kapsayacak biçimde genişletilemez<sup>342</sup>. Diploma, belirli bir kimsenin belirli bir üniversiteden, belirli

336 İlgili kararların tümü için bkz. Messmer (n 289) Rz. 19, dn. 36.

337 İlgili kararların tümü için bkz. Messmer (n 289) Rz. 19, dn. 42.

338 Aksi görüş için bkz. Völger (n 251) 226.

339 Messmer (n 289) Rz. 24; Völger (n 251) 178.

340 Messmer (n 289) Rz. 25.

341 ibid Rz. 28.

342 SSW-StGB/Wittig (n 254) § 271, N. 7.

bir alanda öğrenimini tamamladığına kanıt oluşturur. Diploma, bu kimsenin notlarının doğruluğunu ya da bu kimsenin akademik yeteneklerini belgelemez<sup>343</sup>.

Alm.CK, Av.CK ve İsv.CK'deki dolaylı fikri sahtecilik suçunun aksine TCK m. 206'da oldukça farklı bir düzenleme yer almaktadır. Çünkü “*bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi*” ifadesi dolaylı fikri sahteciliği değil, doğrudan doğruya yalan beyanda bulunmayı cezalandırmaktadır. Gerekçede yer alan “sahte belgenin düzenlenmesi gerekliliği”, “o kişinin gerçeğe uygun beyanının o belge için zorunlu olması” ögeleri yasa maddesinden anlaşılılmamaktadır. Dolaylı fikri sahtecilik olabilmesi için sahit ancak doğru olmayan belgenin düzenlenmesi gerekir. Ancak TCK m. 206 ipotezinde böyle bir koşul da yoktur. Peki, Yasa, ceza hukuku anlamında ihlal edici olmayan salt yalan beyanı cezalandırdığı bu biçimiyle uygulanacak olursa görünürdeki yazarın açık ya da örtülü beyanı cezalandırılabilir mi? “*Resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine*” karşı bulunuyorsa cezalandırılabilir. Ancak böyle bir uygulama o ceza normunu özünden soyutlamak ve salt biçimsel olarak kabul etmek anlamına gelecektir. Bu da bir normun sözüyle ve özüyle uygulanmasını öngören TMK 1/İ'e aykırılık oluşturur. Bu nedenle yasa gerekçesinde açıklanan unsurlarla (“belgenin düzenlenmesi”, “belgeyi düzenlemek konusunda o kimsenin doğru beyanda bulunması yükümlülüğü”) birlikte okunarak TCK m. 206'nın dolaylı fikri sahteciliğe yaklaştırılması isabetli olacaktır<sup>344</sup>. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>345</sup>.

### **C. HÜKÜMSÜZ GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASININ RIZANIN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ YÖNÜNDEN BAŞKASINA AİT ESERE KENDİ ESERİ OLARAK İSİM KOYMA SUÇU (FSEK M. 71/I-2)**

Gölge yazarlık sahtecilik ve dolandırıcılık suçları yönünden incelerken, gölge yazarlık anlaşması çerçevesinde doğan yazılı ya da sözlü yalanların dogmatik ceza hukukundaki yeri tartışmaya açıldı ve hangi olasılıklarda gölge yazarlık anlaşması çerçevesinde doğan yazılı ya da sözlü yalanların bir ceza normunun kapsamında değerlendirileceği dört ülke hukukuna göre saptandı. Bu saptama ve değerlendirmelerden sonra, FSEK m. 71/I-2 düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı gölge yazarlık anlaşmasının bu suça etkisi üzerinden tartışılacaktır. Bu başlık altında yapılacak tartışmanın uzun olması, sözleşme ve rıza kavramlarının birbirine olan anlamsal yakınlığının, ceza hukukunda tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkinin rıza yönünden karmaşıklığının ve ön doğru olarak hukuk düzeninin teklığının gölge yazarlık anlaşması çerçevesinde tartışılıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada böylesi uzun uzadıya tartışılması gereken konulara değinilmesini gerektiren sorun, bir başkasının eserine kendi eseriymiş gibi ad koyma fiilinin, yukarıda açıklanan hükümsüzlük hallerinde bir sözleşmesel edim konusu oluşturamamasına rağmen ceza hukukunda rıza konusu oluşturup oluşturmadığıdır.

343 Messmer (n 289) Rz. 28.

344 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019) 754.

345 Yargıtay 11 CD, 30129/17131, 22.10.2014; Yargıtay 21 CD, 598/419, 27.04.2015.



## I. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE

Medeni hukuk öğretisinin sunduğu “hukuken önemli fiiller” şeması içinde rızanın sınıflandırılması oldukça zordur. Tıpkı malvarlığı ve başkasına aitlik kavramlarında olduğu gibi ceza hukukunun medeni hukuka bağ(ım)lılığı (*zivilrechtliche Akzessorietät*) rıza yönünden de tartışmaya açılmak zorundadır.

### A. HUKUKİ İŞLEM, HUKUKİ İŞLEM BENZERİ FİİL VE MADDİ FİİL YÖNÜNDEN RIZA

Hukuk özneleri birbirleriyle olan hukuki ilişkilerini hukuki işlemler yoluyla düzenler ve hukuku işlem, bu düzenleyici etkisi nedeniyle, o öznenin kişisel özerkliği (*persönliche Autonomie*) gerçekleştirebilmesi için hukuku şekillendirir<sup>346</sup>. Belirli bir öz yani içerik kazandığında, hukuki işlemin koşullarının yerine geldiği kabul edilir. Geçerlilik koşulları olarak da adlandırılan ek koşullar gerçekleştiği anda ise o hukuki işlemde yönelinen hukuki sonuç doğar<sup>347</sup>. Hukuki işlem, en azından bir irade açıklamasını şart koşar ve açıklama, özel hukuk ilişkilerinde değişiklik yapmayı, bir hukuki sonuca yol açmayı amaçlar. Bu hukuki sonuç, yalnızca hukuk düzeni öyle öngördüğü için değil, ayrıca ve öncelikle irade açıklamasında bulunan özne öyle istediği için doğar. Yani kural olarak hukuki işlem, amaçsal öge barındıran, belirli bir hukuki sonuç doğurma amacına yönelmiş irade açıklaması (davranış) içerir<sup>348</sup>. Hukuki işlemi, diğer hukuki fiillerden ayıran, hukuki sonuç doğurmaya yönelen bu davranıştaki iradenin (istencin) varlığıdır. Bu nedenle hukuki işlem benzeri fiiller ve maddi fiiller, hukuki işlemden ayrılır.

Hukuki işlem benzeri fiiller, hukuki işlem değildir. Çünkü davranış iradi olarak gerçekleştirilse de hukuki sonuç ona yönelmiş bir iradenin varlığından bağımsız olarak doğar. Kural olarak hukuki işlem benzeri fiillerde irade açıklaması bulunur, ancak yasada öngörülen hukuki sonuç, o istenmemiş olsa da doğar<sup>349</sup>. Hukuki işlem benzeri fiiller hakkında hukuki işlem ve irade açıklamasına ilişkin hükümler doğrudan değil, o hükümlerin amacı bunu haklı kıldığı ölçüde, kıyasen uygulanır<sup>350</sup>. Maddi fiiller ise ne hukuki işlem ne hukuki işlem benzeri fiillerdir. Çünkü bunlarda açıklama ya da bilgilendirme amacı taşımaksızın davranış gerçekleşir ve yasa doğrudan bu davranışa o kimsenin hukuki anlamdaki istencini göz önüne almaksızın sonuç bağlar. Davranışın, açıklayıcı amaç barındırmaması onu hukuki işlem benzeri fiillerden ayırırken; hukuki sonuca yönelik iradenin önemsizliği, onu hukuki işlemden ayırır<sup>351</sup>. Maddi fiillere kural olarak ne hukuki işlemlere ne de irade açıklamasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır<sup>352</sup>.

Rıza hukuki işlem değildir, çünkü bunda hukuki sonuca (tipe uygunluğa ve/veya hukuka uygunluğa) yönelmiş bir irade söz konusu değildir<sup>353</sup>. Rıza hukuki işlem benzeri fiil de değildir, çünkü hukuki

346 Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (12. Auflage, Beck 2020), § 28, N. 1.

347 ibid N. 1.

348 ibid N. 2.

349 ibid N. 8.

350 ibid N. 10.

351 ibid N. 13.

352 ibid N. 15.

353 Matthias Stief, ‘Zivilrechtlicher Vertrag und rechtfertigende Einwilligung im Strafrecht – zugleich Überlegungen

sonuç, doğrudan sonuca yönelmiş irade olmasa da o iradenin kapsamında dolaylı olarak etkisini doğurur. Rıza maddi fiil de değildir, çünkü rıza gösterenin kendi iradesinin dışı yönelen açıklayıcı bir amaç taşıması gerekir.

## **B. RIZANIN ATİPİKLİĞİ VE CEZA HUKUKUNDA RIZANIN İŞLEVSEL ELE ALINIŞI**

Rızanın hukuki niteliğinin nasıl açıklanacağına ilişkin yöntemsel sorunun yanıtı oldukça görelidir. Çünkü bu sorun hangi hukuk dalında ortaya çıkıyor ve o hukuk dalına rıza yönünden hangi işlev düşüncesi egemen oluyorsa soru ona göre yanıtlanmaktadır. Bu görelî yaklaşımda soruyu yanıtlamak, kavramsal olarak rızanın “hukuki işlem”e göre nasıl konumlandırılacağına ilişkin tartışmaya yanıt arayışıdır. Konumlandırma tartışmasında ağırlıklı olarak iki yaklaşım gözlenmektedir: İlki rızayı olabildiğince hukuki işleme yaklaştırma; ikincisi rızayı olabildiğince hukuki işlemden uzaklaştırma.

Hukuki sorumluluğun tartışıldığı alanlarda, rıza hukuki işleme yaklaştırılırken; ceza sorumluluğunun tartışıldığı alanlarda rıza hukuki işlemden olabildiğince uzaklaştırılmaktadır. Ceza hukukunun bu yaklaşımı, belirli bir pratik kaygının sonucudur: “Rızanın geçerliliği”. Rıza hukuki işleme yaklaştırıldıkça, hukuki işlem ehliyeti, tasarruf edilebilirlik, rızaya yönelik iradenin dışsallaşmasındaki şekil koşullar ve benzeri konularda ceza hukuku, medeni hukuka bağlı kalmak yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaktadır. Buna karşın rıza hukuki işlemden uzaklaştırıldıkça, ceza hukuku rızanın geçerliliğinden rızanın hukuki sonucuna kadar birçok konuyu kendisi belirleyebilmektedir. Ceza hukukundaki bu yaklaşım isabetsiz olarak değerlendirilemez. Fakat rızanın hukuki işlemle arasındaki ilişkinin açıkça ortaya koyulmasının ceza hukukçularının pratik kaygılarının aksine bir sonuç doğuracağını düşünmek isabetsizdir.

Rızanın dar anlamda hukuki sonuca yönelen bir irade açıklaması olmadığı apaçiktir<sup>354</sup>. Nitekim rızada, müdahalenin fiili olarak gerçekleştirilmesi arzu edilir. Fakat rızada da hukuki işlemde olduğu gibi amaçsal<sup>355</sup> bir öge bulunur. Aslında bu amaçsal öge yoluyla, hukuki işlemde olduğu gibi, kişisel özerklik gerçekleştirilir. Denklem oldukça basit ve bir o kadar da hukuki işlem olarak anlaşılmaya açıktır: O kişinin arzuladığı müdahalenin fiilen gerçekleştirilmesi neden hukuk düzeniyle çatışmamaktadır? Çünkü o kimse, o kişisel özerkliğini gerçekleştirmek için o fiili müdahaleyi istemiştir<sup>356</sup>. Rızada iradenin dışsallaşması, yani iradenin içeriği konusunda müdahale edecek olanın bilgilenmesinin herhangi bir biçimde sağlanması şarttır. Bu yönden rıza, irade açıklamasına da yaklaşmaktadır. Bu gerekçelerle, rızayı “atipik (ayrık) hukuki işlem” olarak ele almak daha doğru gözükmektedir<sup>357</sup>. Ona bu ayrıkılığı veren, alışlagelmiş hukuki işlem dogmasından rızanın

zum Grundsatz der freien Widerruflichkeit einer Einwilligung’ in Karl Riesenhuber, Kanako Takayama und Moritz Bälz (eds.) *Funktionen des Vertrages* (Nomos) 157-158. Yalnız burada “rıza” ile kastedilenin bir müdahalenin fiilen gerçekleştirilmesine gösterilen rıza olduğunu, yoksa, örneğin, sınırlı ehliyetinizin yaptığı bir işleme yasal temsilcisinin rızası olmadığını belirtmek isteriz.

354 Neuner (n 346) § 28, N. 29.

355 Amaç, bir şeyin ilk nedeni olarak gördüğümüz arzudan başka bir şey değildir. Benedictus de Spinoza, (çev. Çiğdem Dürüşken), *Ethica* (7. Baskı, Alfa 2019) 284-285.

356 Neuner (n 346) § 28, N. 30.

357 ibid § 28, N. 31.

ayrılmasını ve kendi içinde açıklanmasını gerektiren özgü dogmatik yapısıdır. Rızanın bu atipikliği hukuk dallarındaki farklılaşmanın asıl gerekçesidir ve onun bu biçimde ele alınan dogmatik yapısı ceza hukukundaki pratik kaygıyı gidermeye yarayacak niteliktedir.

Ceza hukukundaki pratik kaygı, ceza yasası odağında ve özellikle hukuki varlık kuramı çerçevesinde rızanın kavramsallaştırılmasına neden olmaktadır. Fakat atipik yapıyı yalnız ceza hukuku odağında kavramsallaştırmak hiç istenmeyecek bir sonucu da beraberinde taşır: Hukuk düzeninin teklifine aykırılık. Rıza dahilinde gerçekleştirilen fiil, ceza hukukuna uygun ve ancak medeni hukuka aykırı olamaz. Bu nedenle rıza, ceza yasası odağında ve özellikle hukuki varlık kuramı çerçevesinde anlamlı kılınacaksa, bunun suçun incelenmesi yönteminde yeniden ele alınması zorunludur<sup>358</sup>.

## 2. FSEK M. 71/I-2 ODAĞINDA CEZA HUKUKUNDA RIZANIN SUÇU İNCELEME YÖNTEMİNDEKİ YERİNİN TARTIŞMAYA AÇILMASI

### A. GÖLGE YAZARLIĞA İLİŞKİN SORUN: HUKUKA UYGUNLUĞUN GÖRELİLEŞMESİ?

Gölge yazarlık anlaşmasıyla, eseri meydana getiren kişi, yani eser sahibi (FSEK m. 8), kendisinin gölgede kalmasına, karşı tarafın ise eser sahibi olarak görünmesine rıza göstermektedir. Türk ceza hukuku öğretisinde egemen görüş, fikri ürünün sahibinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğu ve FSEK m. 71/I-2'de düzenlenen başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçunun oluşmadığını kabul etmektedir<sup>359</sup>. Burada gölge yazarın üzerinde *tasarruf ettiği* hak, adın belirtilmesine ilişkin manevi haktır. Savunduğumuz görüşe göre, adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devri mümkün değildir; ancak bunun kullanılması devredilebilir (bkz. yukarıda II, C; III, B). Burada incelenen akademik/bilimsel gölge yazarlık sözleşmelerinin geçersizliği de gölge yazarın adın belirtilmesi hakkı üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edememesinden değil, o sözleşmelerin konusunun yasanın emredici hükümlerine veya genel ahlaka aykırı olmasından kaynaklanır (bkz. yukarıda III, B, 2, a). Bu görüş benimsendiği takdirde, Türk ceza öğretisindeki egemen görüşle ortaya yalnızca nadiren (sözleşmede adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devri kararlaştırıldıysa ve bunun kullanımın devrine tahvili mümkün değilse) çatışkı çıkabilir. Fakat Türk fikri mülkiyet hukuku öğretisinde bazı yazarlar ve özellikle Yargıtay içtihadı<sup>360</sup>, adın belirtilmesi hakkı üzerinde,

358 Yukarıda *Möllers'e* yapılan atıfta (dn. 246), farklı hukuk dallarında kullanılan aynı kavramın farklı anlamlara gelebileceği, o hukuk alanları arasında değer paralellığı bulunmadığı sürece sırf hukuk düzeninin teklifi ilkesi gereği anlamın yeknesaklaştırılmamasından söz edilmiştir. Rıza söz konusu olduğunda da esasında anlam yeknesaklaştırılmamakta, ilgili hukuk alanlarına göre rızanın atipik yapısı somut kılınmakta ve ancak ona bağlanan sonuçlar yönünden hukuk alanları arasında bir uyumlaştırmaya gidilmektedir. Medeni hukuk ve ceza hukuku yönünden, anlam ya da sonucun birbirine bağımlı ve aynı kılınmasından ziyade anlamların farklılaşması ve ancak ortaya çıkan sonuçların görelisi olsa dahi uyumlu olması amaçlanmaktadır.

359 Alp Kocaoğlu, *Telif Hakkının İhlali Suçları* (FSEK md. 71) (Seçkin 2021) 219; H. Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012) 223; Cüneyt Şamil Oğurlu, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 70; Kemal Alimoğlu, *Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi Mali ve Bağlantılı Hakların İhlali Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 69; Mehmet Reşat Yavuz, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 75.

360 Bkz. yukarıda dn. 131, 173, 178.

bu hakkın kullanılmasının devri de dahil, *tasarruf edilemeyeceğini* kabul etmektedir. Bu kabul ise üzerinde bu biçimde *tasarruf edilemeyen* bir hakkın varlığı gerekçesiyle gölge yazarın rızasını da geçersiz kılacaktır<sup>361</sup>. Burada, Yargıtay içtihadının da bu yönde olması sebebiyle pratik karşılığı, en azından şimdilik, bizim savunduğumuz görüşten daha fazla olan bu görüş dikkate alınarak açıklama yapılması isabetli olacaktır. Buna göre, rızanın geçersizliği sonucunda, FSEK 71/I-2 uyarınca gölge yazarın ve görünürdeki yazarın ceza sorumluluğunun tartışmaya açılması gerekir.

Türk ceza hukuku ile Türk fikri mülkiyet hukuku arasındaki bu fark, hukukun görelileşmesi ve en sonunda ceza hukukuna uygun ve ancak fikri mülkiyet hukukuna aykırı bir durumla karşılaşılmasına neden olmaktadır. Öncelikle hukuk disiplinleri arası görelileşmenin kabul edilebilir olduğu ve burada hukuka aykırı olmakla birlikte cezalandırılabilir “haksızlığı” ortadan kaldıran bir tasarrufun olduğu (*Strafunrechtsausschließungsgrund*) ileri sürülebilir. Bu sav, ilk bakışta pratik gelse de normatif bütün olarak hukukun tekliği ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte, savın tam aksine hukukun tekliği ilkesi gereği, FSEK 71/I-2’deki suçun oluştuğu da ileri sürülemez. Çünkü ilgili FSEK 71/I-2 normu, bireysel hukuki varlığı (*Individualrechtsgut*) cezaen korumayı amaçlar. Bu normda amaç, kişisel fikri hakka, fikri mülkiyete yönelik yapılan saldırılardan o kişisel fikri hakkın sahibini korumaktır. Gölge yazarlık anlaşmasına dayanarak ad belirtilmesi ne saldırı niteliğine sahiptir ne de ortada korunacak bir kişi vardır.

İki hukuk dalındaki anılan görüşler arasındaki görelileşmenin uyumlaştırılması<sup>362</sup> için ceza hukukunda rızayı, tüm suçlar yönünden tipikliği ortadan kaldıran neden olarak kabul eden görüşü benimsemek yerinde olacaktır. Türk ceza hukuku öğretisinde rızanın etkisi yönünden ağırlıklı iki görüş benimsenmektedir. Hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak eden görüş, tipik fiilin gerçekleşmesine rağmen rızanın bu tipik fiili hukuka uygun duruma getirdiğini kabul eder. Ancak bazı suçlarda rızanın olmaması, tipikliğin bir unsurudur ve rıza varsa öncelikle tipik fiil oluşmaz. Bu görüşün aksine hukuka aykırılığı suçun özü olarak kabul eden görüşe göre, rıza, suçun maddi unsuru olan fiilin olumsuz unsuru olan hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Rıza varsa ceza hukuku anlamında tipik fiil gerçekleşmiş olamaz.

## **B. HUKUKA UYGUNLUĞUN GÖRELİLEŞMESİNİ ORTADAN KALDIRMAK İÇİN RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ DEĞİL TİPİKLİĞİ KALDIRAN NEDEN OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**

Cezalandırılabilir fiil incelenirken rızanın nerede ele alınacağı konusu ön sorun olarak cezalandırılabilir fiilin kendi başına bir sistem içinde nasıl ele alınacağı sorununu da içerir. Bu oldukça

361 Rıza ve sözleşme arasındaki ilişki iki ayrı kurama göre açıklanabilir. Genişletme ya da bağlılık kuramına göre, sözleşmenin bağlayıcılığı ve doğurduğu sonuçlar, sözleşmenin temelinde elde edilen ya da sözleşmenin içinden çıkarılabilen rızaya doğru genişletilir. Ayrıştırma kuramına göre ise, sözleşme ile rıza birbirinden farklıdır. Sözleşmeden doğan edimin alacaklısının, sözleşmeye dayanarak bizzat bu edimi elde etmesi kimi durumlarda ayrıksı olarak hukuka uygunluk nedeni oluşturabilir. İki kuram da kendine özgü sorunları beraberinde getirmektedir. İlk kuram, rızayı, sözleşmesel ilişkiye dayandığı zaman “geri alınmaz” kılmaktadır. Oysa rızanın her an geri alınabilirliği onu hukuken meşru kılan en önemli nedendir. İkinci kuram ise kendiliğinden hak almayı (ihkak-ı hak) zorda kalmanın koşulları olmaksızın haklılaştırabilmektedir. Stief (n 353) 152.

362 Yukarıda dn. 358.

uzun bir tartışmadır ve bu çalışma kapsamına dâhil edilmesi olanaklı değildir. Ancak söz konusu tipiklik ve hukuka aykırılık olduğunda, benimsenecek yöntemin çözümleyici mi yoksa bütünsel mi olduğunun netleştirilmesi şarttır. Tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi, suçun öğelere ayrılarak çözümlendiği çözümleyici (analitik) bakış açısını değil; doğada yansıyan fiile yönelik yapılan kademeli, basamaklı değerlendirmelerle ilerleyen bütüncül (sentetik) bakış açısını gerektirir. Ceza hukukunda fiil, hukuk öncesi yani doğal alanda varlık kazanır. Bu nedenle tipiklik ve hukuka aykırılık bir öge tartışması değil, aksine, normatif değerlendirme basamakları/kademelerine yönelik ayırım tartışmasıdır.

Tipiklik basamağında, cezaen korunan hukuki varlığa yönelik zarar doğurucu veya tehlike yaratıcı müdahalenin yasal tanımda yer verildiği biçimiyle oluşup oluşmadığı değerlendirilir; hukuka aykırılık basamağında ise yasa koyucunun değerlendirmeleri temelinde, menfaat çatışmasında üstün tutulan menfaate etki tanınıp tanınmayacağına ilişkin değerlendirme yapılır. Başka deyişle hukuki varlığın sahibi ya da taşıyıcısı, yasal tanımdaki biçimiyle zarara ya da tehlikeye uğratıldığında tipiklik gerçekleşmiştir. Ancak yasa koyucu daha üst değerlerdeki hedefe ulaşmak için böylesi bir zararın verilmesine ya da tehlike yaratılmasına istisnai olarak izin verdiği durumda, hukuki varlığın sahibi ya da taşıyıcısına yönelik bu fiil hukuka aykırı değildir. Bu değerlendirme basamaklarındaki fark dikkate alındığında, geçerli bir rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi, hukuka aykırılığa ilişkin basamakta yerini alması olanaksız gözükmektedir. Yasal olarak ona tanınmış tasarruf edilebilir alanda, bir kimsenin kişisel özerliğini gerçekleştirmek için yaptığı tasarrufları, hiçbir biçimde hukuki varlığa yönelik zarar doğurucu veya tehlike yaratıcı bir müdahale olarak değerlendirilemez. Aksine bu müdahale, o kişinin yaşamını şekillendirebilmesi ve o hukuki varlığı desteklemek için gerçekleştirilmektedir<sup>363</sup>.

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan güçlü azınlık görüşünün temel dayanağı bireysel hukuki varlıklar için geliştirdiği birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramıdır<sup>364</sup>. Bu azınlık görüşü iddiasını, hukuka uygunluk nedenlerine yönelik anlayışıyla ve rızanın hukuki niteliğiyle gerekçelendirir. Bu görüş ve görüşe yöneltilen eleştiriler detaylı olarak aşağıda ele alınacaktır.

## **AA. RIZANIN DAYANAĞI VE CEZAEN KORUNAN HUKUKİ VARLIKLAR İLİŞKİSİ**

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan görüşe göre,

*“[...] geçerli her rızanın tipikliği kaldırdığının kabulündeki en belirleyici neden, birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramında yatar. Bireyin özgür gelişimine hizmet eden hukuki varlık söz konusuysa bu hukuki varlığın sahibinin ya da taşıyıcısının özgür gelişimini*

363 Claus Roxin, ‘Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut’ in Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2009) 271.

364 İlgili terimin “*liberal ve bireyle bağlantılı hukuki değer öğretisi*” olarak çevirisi için bkz. Koca ve Üzülmez (n 308) 291.

sınırlamayan aksine onun özgür gelişiminin dışavurumu olan tasarrufunu oluşturan fiil, hukuki varlığa saldırı olarak değerlendirilemez.<sup>365</sup> Rızanın tipikliği ortadan kaldırma etkisi, [...] kaynağını, doğrudan doğruya Temel Yasa'nın 2. maddesinin I. fıkrası<sup>366</sup> uyarınca anayasa hukuku tarafından korunan davranış özgürlüğünden alır. Rıza gösteren tarafından bu özgürlüğün kullanılması, aynı anda rızayı gösterenin bünyesinde bulunan hukuki varlığa saldırıyı ve böylelikle suç tipinin gerçekleştirilmesini olanaksız kılar. (Rızayı) hukuku uygunluk (nedeni) olarak kavramsallaştırılanlar tarafından, ... 'vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü, şeref, mülkiyet ve bireye ait başka hukuki varlıkların' salt kendileri (tek başına bir değer ifade ettiği) için hukuk düzeninin korumasından yararlandığı görüşü ileri sürülmekte ve hukuki varlıkları 'vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü ve benzerinden daha fazlası bu değerleri korumak, sürdürmek iradesini' de kapsadığı görüşüne karşı çıkmaktadır. Fakat böylelikle, birbirinden ayrılmaz olanlar, parçalanmıştır. Mülkiyet ancak malikin iradesiyle kullanılabilir ve malikin iradesiyle bağı koparılmış bir mülkiyet anlamsız bir tasavvurdur, hareket etme özgürlüğü (en azından örtülü olarak) hareket etmeyi isteyen bir iradeyi şart koşar ve dahası [...] tek başına vücut bütünlüğü, kemik ve et yığıdır, ancak ruh ile bağlantısı kurulduğunda sahip olunabilir ve kontrol edilebilir. Rudolphi'nin şu ifadesinde karşılığını bulduğu üzere, 'hukuki varlık ve hukuki varlık üzerindeki tasarruf yetkisi sadece birlik oluşturmaz, dahası tasarrufun konusu ve tasarruf yetkisi birbiriyle olan bağlılık ilişkisi içinde, suçun yasal tanımla koruma altına alınan hukuki varlığın ta kendisidir'. Yani hukuki varlığın sahibinin iradesine aykırı gerçekleştirilen fiilde, hukuki varlığa yapılan saldırının varlığı ortadan kalkmaz, zira bu (iradeye aykırılık) onun (yani hukuki varlığa yapılan saldırının) bir koşuludur. Stratenwerth'in isabetli olarak belirttiği üzere, ilgilinin iradesi sadece hukuki koruma için anlam ifade etmez, dahası korunan konuya (varlığa) dâhildir.<sup>367</sup>

## **BB. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SİSTEMATİĞİ YÖNÜNDEN RIZA**

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan görüşe göre, rıza olduğunda, rıza dahilinde gerçekleştirilen fiil, ceza normunda soyutlanan fiile karşılık gelemez. Çünkü bu fiilin o hukuki varlığa müdahalesinin, saldırı oluşturmadığını; aksine o varlığı geliştirdiğini ileri sürmektedir. O varlığı geliştiren müdahale, ceza normunun kural kısmında soyutlanan fiile karşılık gelen bir müdahale değildir.<sup>368</sup> Suçun incelenmesinde bütüncül ancak kademeli (basamaklı) sistemi benimseyen bu görüşün, tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkide, rızayı, tipikliğe ilişkin yapılan değerlendirme basamağında ele almasındaki diğer bir gerekçesi, rızanın hukuka uygunluk nedenlerinin temelinde yatan "menfaat dengesi" ve "gereklilik" ölçütlerini sağlamıyor olmasıdır. Buna göre,

365 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 12.

366 Herkes, başkasının hakkını çiğnemediği, anayasal düzene ve ahlak kuralına aykırılık oluşturmadığı sürece kendi kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

367 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 14; Roxin (n 363) 271.

368 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 13.

“[...] rızanın tipikliği ortadan kaldırma kuvvetinin olduğunu, yalnızca (ceza hukukundaki) tipiklik öğretisi değil, (rızanın) hukuka uygunluk nedenlerinin sistematğine yabancı kaldığı gerçeği de doğrulamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin tümü [...] menfaat dengesi ve gereklilik ilkelerine dayanır: Kaçınılamaz bir çatışma durumunda hukuk düzeni tarafından daha az değer biçilen menfaatin feda edilmesi, daha yüksek değere sahip olan menfaatin korunması için gerekli olduğu takdirde hukuka uygundur. Fakat rızada ne rıza gösteren ile rıza gösterilen fiili işleyen arasında bir menfaat çatışması ne de failin işlediği fiilin gerekliliğinin değerlendirilmesi söz konusudur. Rızanın bu yapısal farklılığı hukuka uygunluğun çoğunlukla ağır basan menfaat ilkesinin, rıza söz konusu olduğunda ise eksik/yetersiz menfaat ilkesinin sonucu olduğunu savlayan Mezger tarafından onun geliştirdiği hukuka uygunluk nedenlerinin ikici sisteminde ortaya koyulmuştur: ‘Tipiklikte, ihlal edildiği düşünülen irade o olay nezdinde geri çekilir, böylelikle eksik/yetersiz menfaat ilkesi gereği hukuka uygunluk gerçekleşir’. Fakat bu gerekçe konunun gerçekte hukuka uygunlukla değil, tipiklik sorunu ile ilgili olduğunu çoktan göstermektedir. Çünkü rızanın iradeyi geri çektiği gerekçesiyle değil, iradeye daha en baştan saldırıldığı ve böylece Mezger’in önermelerine göre tipikliğin gerçekleştiği düşünülemeyeceği için geçerli bir rıza durumunda ihlal edilmiş bir iradeden de bahsedilemez.”<sup>369</sup>

### CC. CEZA HUKUKUNDA RIZANIN ATİPİK HUKUKİ İŞLEM OLMASININ SONUCU

Rızayı hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme basamağından tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağına taşıyan görüş, rızayı salt genel davranış özgürlüğünün kullanımı olarak kabul etmektedir. Kişisel özerkliğin yansımaları olarak salt genel davranış özgürlüğü, bireylerin, devletin düzenlemesi ya da yetkilendirmesi olmaksızın, başkalarıyla olan ilişkisini bizzat kendisi düzenlemesidir<sup>370</sup>. Devletin izin veren ya da yetkilendiren hiçbir normu, bu özerkliğin kaynağını oluşturmaz. Aksine kişinin, hukuki ilişkilerini bizzat kendince şekillendirmek için kaynağını kendi özünde barındırdığı bu yetki devlet tarafından korunur. Böylece devlet, kişinin, özerk biçimde kurguladığı hukuki ilişkilerini tanıyarak kendini sınırlar<sup>371</sup>. Kişisel özerklik, hukuki işlemler aracılığıyla gerçekleştirdiğimiz tüm davranışları kapsar; ancak salt irade açıklaması anlamında hukuki işlem özgürlüğü olarak değerlendirilemez<sup>372</sup>. Kişisel özerklik, sözleşme özgürlüğünü, örgütlenme özgürlüğünü, hakkın nasıl ve ne zaman kullanılacağını ya da kullanılmayacağını belirleme özgürlüğünü, hastaya tanınan özerkliği de içinde barındırır.

Rızayı tipikliğe ilişkin değerlendirme basamağından ele alan görüş, rızanın hukuki niteliğinin hukuki sonuca yönelik irade açıklanmasından ziyade istenen fiili müdahalenin icrasının kabulüne yönelik iradenin dışsallaşması olarak görmektedir. Buna göre,

369 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 22; Roxin (n 363) 272.

370 Neuner (n 346) § 10, N. 28.

371 ibid § 10, N. 29.

372 ibid § 10, N. 31-32.

“Hukuki anlamda rıza, iradenin herhangi bir biçimde dışarıya yansıtılmasını (dışsallaşmasını) şart koşar (aracılık/dışsallaşma kuramı). Buna karşılık, Zitelmann tarafından kurulan ve günümüzde genel olarak terk edilmiş olan irade açıklaması kuramı (hukuki işlem kuramı), rızayı, faile (her an ilgili tarafından) geri alınabilir olan (ilgiliye) saldırma yetkisi veren özel hukuka ait bir hukuki işlem olarak kavrar. Rızada, geri alınabilir olsa da hukuki varlığın sahibi ya da hamlinin bağlanması söz konusu olmadığı gibi, aksine kullanımı medeni hukuk kurallarının koşullarına bağımlı olmayan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki varlıkların hukuki işlemlerin konusu olamayacağı gerçeğinden ayrı olarak, Temel Yasa madde 2 fıkra I anlamında genel davranış özgürlüğünün kullanılması söz konusudur.”<sup>373</sup> “Bu her şeyden önce malvarlığı değerleri üzerinde başkasının müdahalesine izin veren bağlayıcı sözleşme yapılmasını, örneğin komşunun ağacı devirmesine izin vererek malikin yükümlü kılınmasını, dışlamaz. Bunun içinde rıza saklıdır, yani anlaşma üzerine ağacın kesilmesi mala zarar verme suçu değildir. Fakat sözleşme, kendi koşulları ve hükümleri içinde salt bir rızanın sonucu olmanın ötesine geçer.”<sup>374</sup>

### **C. RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ DEĞİL TİPKİKLİĞİ KALDIRAN NEDEN OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ GÖRÜŞÜNE YÖNELTİLEN DÖRT ELEŞTİRİ VE ELEŞTİRİLERİN İSABETSİZLİĞİ**

Ceza hukukunda rızayı, hukuka uygunluk nedenlerinden daha farklı değerlendiren ve rızayı tipikliği kaldıran neden olarak kabul eden görüş, dört açıdan eleştirilere maruz kalmaktadır. Sırasıyla eleştiriler, tipiklik, hukuka uygunluk nedenlerinin sistematik yapısı ve hukuki varlık hakkındaki gerekçelerine yöneliktir. En sonunda ise bu görüşün ceza yaptırımını yönünden katlanılmaz sonuçlar doğuracağı iddia edilmiştir. Aşağıda bu eleştirilere dayanak oluşturan iddialar başlıklar hâlinde tek tek incelenecek ve eleştirilerin isabetsizliği ortaya koyulacaktır.

#### **AA. TİPKİKLİK ANLAYIŞINA YÖNELİK ELEŞTİRİ: “TİPE UYGUNLUK, CEZA NORMUNUN SÖZÜNE UYGUNLUKTUR” İDDİASI**

Suç tanımı öngören ceza normlarının uygulanmasında doğrudan sözel yorum yapılacağını kabul eden görüşe göre, rıza, fiilin tipe uygunluğuna ilişkin olamaz. Çünkü tipiklik, yasal tanımda fiile yönelik yapılan betimlemenin sözel anlamıyla ilgilidir. Örneğin, yasada yer alan “zarar verme” unsuru, bir kimse buna rıza gösterse de dış dünyada gerçekleşmiştir. Bu görüş isabetli değildir. Çünkü suç tanımı öngören ceza normunun kural kısmı, sözüyle ve özüyle uygulanır. Kuralın sözü hukuki varlık odağında yorumlanır. Hukuki varlık odağında yorum yapıldığında rıza gösterilen fiilin, ceza normundaki soyut fiilin dış dünyada somutlaşmış hâli olduğu iddia edilemez<sup>375</sup>. Tipiklik ve hukuka aykırılık değerlendirme basamakları, suç genel kuramına ilişkin kuramsal bir tartışmadır. Suç genel kuramı, kuramcının sistem düşüncesiyle, akla ve yasanın sistematığına uygun olarak nasıl bir kurgu

373 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 71.

374 ibid § 13, N. 72.

375 Roxin (n 363) 274.



yapacağına ilişkindir. Salt ceza yasa koyucusunun sözcük seçimine dayanarak rıza gibi tartışmalı bir kurumun ceza hukuku dogmatığı yönünden yerini belirlemek akla uygun değildir<sup>376</sup>.

**BB. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SİSTEMATİK YAPISINA YÖNELİK ELEŞTİRİ:  
“RIZADA BİRİ KAMUSAL DİĞERİ BİREYSEL İKİ MENFAAT ÇATIŞMA DURUMUNDADIR”  
İDDİASI**

Alman ceza hukuku öğretisinde, nesnel “değer” kavramından yola çıkarak hukuki varlığı ve suçun yapısını değerlendiren görüşün taraftarları, rıza durumunda menfaat çatışmasının olduğunu kabul eder. Bir görüşe göre, bireysel hukuki varlıklar, hukuki varlığın taşıyıcısının o hukuki varlığa bağlı olarak kendini belirlemesinden bağımsız olarak korunur. Bu nedenle geçerli rıza durumunda, “*tipiklikte tanımlanan ‘değersizlik’*” gerçekleşmiştir. Çatışan menfaatler, tipiklikte tanımlanan bu “değersizlik” ile hukuki varlığın taşıyıcısının kişisel özerkliğine yönelik kendi menfaatindeki “değerlilik”tir. Başka bir görüşe göre, devlet, bireyin hukuki ilişkilerini onun somut iradesinden bağımsız olarak korur. Bu bir “*değer ilişkisi*”dir. Çatışma, değer ilişkisi üzerinde kamusal menfaat ile bireyin somut iradesinin yöneldiği menfaat arasındadır<sup>377</sup>. Hukuki varlığı toplumsal gerçekler temelinde kavramaktan uzak, yaşamın gerçekliğinden kopuk bu görüşleri anlamak epey güçtür. Kişinin genel davranış özgürlüğünün kapsadığı alanda gerçekleştirdiği ilişkilerine hukuk düzeni bir değersizlik atfedemez. Dahası ceza hukuku hukuki varlığa yönelik “*soyut değersizlikler*”le değil, zarar ve tehlike ile ilgilenir ve soyut tehlike suçları hariç, zarar da tehlike de toplumsal yaşamda oldukça somut bir karşılığa sahiptir<sup>378</sup>. Bir üçüncü görüşe göre, rıza “*hukuki varlıktan vazgeçme (feragat)*”<sup>379</sup> olarak anlaşılır. Bu vazgeçme durumunda, yasa koyucunun herkese yönelik yaptığı değer biçici kararı (o kimsenin korunmaya değerliği) ile o kimsenin o somut olayda yasa koyucunun değerlendirmesinden sapan öznel kararı (o varlıktan vazgeçerek kendini belirlemesi) arasında değer çatışması vardır. Bu değer çatışmasında, yasa koyucunun değerlendirmeleri, o kimsenin öznel gelişimi için feda edilir. Bu görüş de diğer iki görüş gibi isabetsizdir. Vazgeçme belirleyici ölçüt değildir<sup>380</sup>. Kişi rıza vererek, o hukuki varlığa ilişkin herhangi bir şekilde ve yönde geliştirebileceği olanaklarından vazgeçmemektedir. Aksine varlığa ilişkin olanaklarını kendi belirlemekte ve böylelikle kendi için o olanakları iyileştirmektedir<sup>381</sup>.

376 ibid 275.

377 ibid 276.

378 ibid 276.

379 ibid 277.

380 Fakir bir kimseye yardım etmek için üzerindeki montu veren bir kimse, zilyetliği devretmektedir. Burada bir “vazgeçme”den söz edilebilir. Ancak cinsel birleşme yaşayan çiftin, cinsel özgürlüklerinden vazgeçtiği söylenemez. Bu nedenle rızayı açıklamak için “vazgeçme” kavramına başvurmak isabetsizdir.

381 Roxin (n 363) 277.

### **CC. HUKUKİ VARLIK ANLAYIŞINA YÖNELİK ELEŞTİRİ: “HUKUKİ VARLIK ÜZERİNDE TASARRUF ETME OLANAĞI BULUNMAYANLAR, CEZAEN KORUMADAN YARARLANAMAZ” İDDİASI**

Bireysel hukuki varlıkların bünyesine o hukuki varlıklara yönelik kişisel özerkliğe dayalı tasarruflarda bulunma yetkisinin dâhil edilmesini reddeden görüşe göre, rızayı her durumda tipiklik basamağında değerlendiren görüş, tasarruf yetkisine sahip olmayan çocuklar ve ayırt etme gücünden yoksunlar ile bu yetkiye sahip olanlar arasında Anayasaya aykırı bir ayırım yapmaktadır. Bu yetkiye sahip olmayanlara yönelik işlenen suç ile bu yetkiye sahip olanlara yönelik işlenen suçlar göz önüne alındığında, yasa birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramını doğrulamamaktadır. Çünkü yasada bu yetkiye sahip olmayanlara yönelik saldırılar, olanlara göre daha az ihlal edici olarak değerlendirilmemektedir<sup>382</sup>. Yani böylesi bir hukuki varlık kuramı benimsenirse algılama ve irade etme yetisi gelişmemiş olanlara yönelik suçlar daha hafif cezalandırılması gerekir. Bu görüş daha sonrasında bu eleştirisini daha da ileriye taşımış ve kendi kurguladığı yaralama örneği üzerinden birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık anlayışını eleştirmiştir. Buna göre, eğer yaralama o kişinin vücut bütünlüğünü ve o bütünlük üzerinde özerkliğe dayalı tasarrufta bulunma olanağını koruyorsa, hiçbir biçimde davranış sergileme olanağı bulunmayan kimseler (bebek, komada olan hasta vb.) bu normun cezaen korumasından yararlanamaz. Bu da insanlık dışı sonuçlara yol açabilir<sup>383</sup>.

Bu görüş isabetsizdir. İlk, fiil ehliyeti olmayan kimseler yönünden o kimselerin iradelerinin olmayışından değil, iradelerinin yasal temsilinden bahsedilir. Yasal temsilcinin verdiği rıza dâhilinde gerçekleşen müdahalenin temsil olunanın iradesine saldırdığı ileri sürülemeyeceği gibi temsil olunana yönelik saldırı yapıldığında da onun iradesinin saldırıya uğramadığı söylenemez<sup>384</sup>. Birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramını cezaen korumada boşluk yarattığı iddiasıyla eleştirmek, kişisel özerklik ve kişiliğin korunması arasındaki sıkı ilişkinin görmezden gelindiğini gösterir. Hukuk, yaşadığı sürece, insana kendisinin fizik ve biyolojik varlığını aşar yeterlilikte kişi niteliği atfeder. Bu atfın özünü oluşturan özerklik, ilk olarak insanın kendi vücut bütünlüğü ve mülkiyetinin müdahaleden uzak kalmasına ilişkin hakkını barındırır. Sonrasında, ikinci olarak, bu özerklikten vücut bütünlüğü ve mülkiyet üzerinde kendi istencine göre tasarrufta bulunma hakkı doğar. Vücut bütünlüğü ve mülkiyetin oluşturduğu alana ilişkin temel korumadan yeni doğan bir bebek ya da bilinç kaybı yaşayan bir kimse elbette yararlanmaktadır. Bu kimselerin o anda fiil ehliyetinin bulunmaması, onlara atfedilen kişiliğin özünü oluşturan özerklik gereği müdahalelerden korunma hakkını sınırlandırmaz<sup>385</sup>.

382 ibid 279.

383 ibid 280.

384 ibid 280.

385 ibid 282.

## **DD. ORTAYA ÇIKACAK HUKUKİ SONUÇLARA YÖNELİK ELEŞTİRİ: “KİŞİSEL ÖZERKLİK BİREYSEL VARLIKLARA EKLENDİĞİNDE, CEZALANDIRILABİLİR FİLLERİN KAPSAMI GENİŞLER” İDDİASI**

Birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramının, bireysel hukuki varlıkları kişisel özerklik içinde anlamlandırmasının, cezalandırılabilir fiilin alanını genişlettiğini düşünen görüş uyarınca, rıza tipiklik basamağında incelenemez. Çünkü birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramı kabul edilirse, bir kimsenin mülkiyetinde olan taşınmazından dilediğince yararlanabilme olanağını sınırlayan bir geçidin kapatılması da mala zarar verme olarak değerlendirilebilir. Bu iddiayı öne süren görüş de yukarıda değerlendirilen görüşler gibi isabetsizdir. Çünkü suç tanımı öngören ceza normu sözüyle ve özüyle olaya uygulanırken öncelikle sözel olarak açık normatif koşulların gerçekleşmesi aranır. Örnekte verildiği üzere henüz sözel olarak zarar denilebilecek bir olgu oluşmamıştır ki öz olarak normun uygulanmasına ilişkin tartışmaya geçilebilsin<sup>386</sup>.

## **D. RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ DEĞİL TİPKİLİĞİ KALDIRAN NEDEN OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ GÖRÜŞÜNÜN TCK M. 26/II VE FSEK M. 71/II-2 YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

TCK’de ceza hukukunda rızanın etkisi açıkça düzenlenmemiştir. Yalnızca rıza durumunda failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar gerekçede hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilse de yasa gerekçesi ceza hukuk dogmatığı yönünden asıl kaynak olamaz. Bununla birlikte, TCK’de rızayı konu edinen düzenlemenin, rızanın hukuki niteliğini hukuki işleme yaklaştırdığı kabul etmek gerekir. Çünkü “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin... açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiil*” ifadesi, rıza açıklayan ile müdahalede bulunacak kişi arasında konusu bir tarafa her an geri alınabilir bir müdahale yetkisi veren, diğer tarafa katlanma yükümlülüğü yükleyen sözleşmesel ilişki kurulduğu biçiminde anlaşılmaya daha açıktır. Yukarıda belirtildiği üzere rıza atipik bir hukuki işlemdir ve kendi dogmatik yapısı, ceza yasası odağında ve benimsenen hukuki varlık kuramı uyarınca inşa edilebilir. Öncelikle Yasa’nın sözüne birebir bağlı kalınarak rıza anlaşılmaya çalışılırsa, rızanın hukuka uygunluk nedeni olan hakkın (yetkinin) kullanımından hiçbir farkı kalmaz. İkincisi rıza, hak üzerinde tasarruf, yani sahibinin hukuken korunan menfaati olarak bir kişiye ya da herkese yönelik bir şey yapmaya, yapmamaya veya katlanmaya zorlama kudretinin kullanımı değil, cezaen koruma altına alınan hukuki varlık üzerinde genel davranış özgürlüğünün kullanılması dolayısıyla gerçekleştirdiği kabul edilen tasarruftur. Genel davranış özgürlüğü, teknik anlamda, bir hak değildir. Buna ek olarak, salt TCK m. 26/II sözüne bağlı kalınarak rıza anlamlı kılınmaya çalışılırsa cezaen korunan her bireysel hukuki varlığın hak olduğu iddiasıyla karşılaşılacaktır ve bu iddianın isabetsizliği apaçıktır<sup>387</sup>. Üçüncüsü, hukuki varlığa yönelik tasarruf edilebilirlik, ceza normuna ve ceza hukukuna egemen olan paternalizm<sup>388</sup> kurgusunda

386 ibid 283.

387 Toroslu ve Toroslu (n 322) 107 vd.

388 Paternalizm, hukuken, bir kimsenin, kendisine karşı korunmasıdır. Ceza hukukunda, hukuki varlık kuramı özellikle ve öncelikle bireylerin kendi yaşamlarını belirlemeye, şekillendirmeye ilişkin özerkliklerinden ve bireylerin kişisel gereksinmelerinden yola çıkar. Öyle ki bir kimsenin suçun hem faili hem mağduru olamamasının altında yatan neden

değerlendirilir. Bu nedenle tasarruf edilebilirlik, ilgili bireysel hukuki varlığın (*i*) suçun işlenmesi için doğrudan doğruya mağdurun ortak etkisini arayan ve temelde mağdurun korunmasına hizmet eden ceza normu ile düzenlenmemiş olmaması ve (*ii*) hukuki paternalizm (AY m. 17, TMK m. 23<sup>389</sup>) gereği kişinin korunmasının söz konusu olmamasına ilişkindir.

İsim belirtme yetkisinin devredilmezliği nedeniyle hükümsüz kalan gölge yazarlık anlaşması tek başına rızayı geçersiz kılmaz. FSEK m. 71/I-2'de cezaen korunan hukuki varlık, bizatihi eser sahibine aittir. Gölge yazarın olur verdiği fiil, yani anlaştığı kişinin esere kendi adını koyması, FSEK m. 71/I-2'deki tipik fiil değildir<sup>390</sup>. Buna karşı iki itiraz yöneltilebilir: İlk olarak, maddede “başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi” ifadesi yer almaktadır. Dış dünyada da olgusal olarak bu fiil gerçekleşmiştir. Gerçekleşen bu fiil, nasıl olur da olmamış sayılır? İkinci olarak ise FSEK m. 71/I-4'de yer alan “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın” ibaresi FSEK m. 71/I-2'de düzenlenmemiştir; bu nedenle rıza tipikliği değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

İlk itiraz suçun maddi konusu ile hukuki konusunu birbirine karıştırmaktadır. Rıza dahilinde bir kimsenin malına zarar verildiğinde, elbette dış dünyada somut biçimde gözlenen bir değişim, bozulma, yok olma mevcuttur. Ancak bu, mülkiyete yönelik bir saldırı değil, aksine mülkiyetin kullanılmasının desteklenmesidir<sup>391</sup>. Aynı biçimde dış dünyada elbette bir esere ad koyulmuştur. Bu eser o adla

de bu özerklik temelinde kurulan hukuki varlık kuramıdır. Bu nedenle ceza hukukunda paternalizme çok sınırlı olarak etki tanınabilir. Özellikle iki alan belirleyicidir: (*i*) Özerklikten kaynaklı tasarruflarda bulunma olanağı bulunmayanların (akıl hastalığı, zor, hata ya da benzeri durumlar) korunması ve (*ii*) çocuğun korunması. Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 33.

389 TMK m. 23'te yer alan “ahlaka aykırılık”, ceza hukukunda tek başına rızanın geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bunun nedeni hukuk ile ahlak arasındaki katı pozitivist ayrımın dogmatik ceza hukukuna egemen olmasıdır. Nitekim rıza sırf “ahlaka aykırı” olduğu için geçersiz kılınırsa, ceza normunun amacı, hukuki varlığı cezaen koruma altına almaktan çıkar. Artık amaç, öncelikle ahlak yargılarının cezaen korunmasıdır. Fakat ceza normuna böyle bir amaç yüklenemeyeceği apaçaktır.

390 Karş. Goeckenjan (n 266) 726.

391 Roxin und Greco (n 249) § 13, N. 13. Türk öğretisinde “birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramı”ndan yola çıkan ve yasa koyucunun seçimi gereği ikici yaklaşımın TCK sistematiğine uygun düştüğünü savunan görüşün iddiaları şu yöndedir: (*i*) TCK'de açık bir düzenleme vardır, Alm.CK'de yoktur. Bu durum, rıza hakkında sınırlı bir Türk öğretisi tartışmasını gerektirir. (*ii*) Mala zarar verme ve yaralama suçlarında rıza hukuka uygunluk nedenidir çünkü ilkinde özgünlendiği amacıyla kullanılamayacak ölçüde özü bozulan bir şey ya da ikincisinde önem arz edecek derecede bedensel, fiili etki altında bırakılmış ya da sağlığı bozulmuş bir beden vardır. (*iii*) Yaşayan kimse ölümü için olur verip, öldürülürse artık o bir cesettir. Yaşayan bütüncül organizmanın ölümü tipik değişimdir. Muhammed Demirel, ‘Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza’ (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1491-1493.

Bu üç iddianın isabetsizliğini ortaya koymadan önce belirtilmelidir ki, “birey odaklı özgürlükçü hukuki varlık kuramı”ndan yola çıkıp yine de ikici ayrım sonucuna varmak, ilgili hukuki varlık kuramının argümantasyonundan sapmaktır. Bu nedenle bu kuramın savlarını kullanıp sonrasında farklı sonuca varmak, hukuki varlığa farklı bir kuram çerçevesinde bakıldığını gösterir. Görüş, öncelikle dayandığı hukuki varlık kuramını netleştirmelidir.

Görüşün ilk iddiası iki yönden isabetsizdir. İlk olarak, Alman hukukunda rızanın hukuki dayanağı gelenek-görenek hukukudur ve rızanın koşulları yasa hükmüyle açıkça ortaya konmasa da yargı kararlarıyla oldukça netleşmiştir. Rengier (n 56) § 23, N. 1. Alman ceza hukukundaki bu netlik, yine de sınırlı bir öğretisi tartışmasına yol açmamıştır. Dahası Türk öğretisinin, başlığı ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler olan bir bölümde düzenlenmiş ve hukuki nitelendirmede soru işaretleri barındıran bir yasal tanım karşısında, Alman öğretisine nazaran daha çok tartışmayla zenginleşme gereksinimi vardır. İkinci olarak, hukukta kuram, doğa bilimlerinin aksine, pratik kaygı nedeniyle bir sonuca varma zorunluluğundan doğar ve bu sonucun diğer olaylarda da aynı biçimde temsil edilebilir ve fakat olay ölçeğinde değiştirilebilir olması gerekir. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (8. Auflage, Suhrkamp 2020) 18 vd.

dosyalandırılmıştır, o adla basılmış, o adla çıktısı alınmıştır. Fakat bu o kimsenin fikri mülkiyetine saldırı değil, aksine bunun kullanımının desteklenmesidir. İkinci itiraza göre “izin olmaksızın” yazılmayan maddelerde, rıza, fiili hukuka uygun kılarken, bu ibarenin bulunduğu maddelerde ise rıza, fiili tipik olmaktan çıkarır. Rıza hakkında ikinci (düalist) yaklaşım öğretide savunulsa da yukarıda da gerekçelendirildiği üzere salt yasa koyucunun o suçta “rıza” yazıp yazmadığına bakılarak rızanın hukuki niteliği değerlendirilemez<sup>392</sup>.

## V. CEZA HUKUKUNDA DE LEGE FERENDA GÖLGE YAZARLIK

*De lege ferenda* gölge yazarlık incelemesi, gölge yazarlık anlaşması yapılmasını ve bu anlaşma sonucunda ortaya çıkan eserin sunulmasını suç olarak düzenlemenin ceza hukuku politikası yönünden değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme altında, dürüstlüğü (*fairness, Lauterbarkeit*) cezaen korunmayı gerektirip gerektirmediği ve bilimsel dürüstlüğe aykırılığının doğrudan adli cezaya bağlanmasının yürürlükteki hukuk yönünde ne ölçüde tutarlı olacağı incelenecektir. Türk ceza hukuku politikası yönünden yapılacak bu incelemede karşılaştırmalı olarak Almanya’da 2012 yılında gölge yazarlık suçu için önerilen taslak da değerlendirilecektir.

### A. HUKUKİ VARLIK KURAMI YÖNÜNDEN GÖLGE YAZARLIĞIN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ

#### I. YÖNTEMBİLİMSEL OLARAK “HUKUKİ VARLIK” KAVRAMSALLAŞTIRMASI ÜZERİNE

##### A. HUKUKİ VARLIĞA YAKLAŞIM SORUNU: ÖZNELLİK-NESNELİK TARTIŞMASI

Ceza normunun amacı, hukuki varlığın belirli saldırılara karşı cezaen koruma altına alınmasıdır. Cezaen korunan hukuki varlıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda ağırlıklı olarak iki farklı hukuki varlık yaklaşımı bulunmaktadır: (i) Hukuki varlığa öznel yaklaşım sonucu geliştirilen yöntemsel ya da düzene içkin hukuki varlık kavramı (*methodischer oder systemimmanenter Rechtsgutsbegriff*), (ii) hukuki varlığa nesnel yaklaşım sonucu geliştirilen düzen eleştirel hukuki varlık kavramı<sup>393</sup> (*systemkritischer Rechtsgutsbegriff*). Öznel anlayışa ait düzene içkin hukuki varlık kavramı, hukuki

Hukukta kuramın sınırını soyutlukla tümevaran yasa koyucu değil; zorunluluk, temsil edilebilirlik ve değiştirilebilirlikle tümdengelen akıl belirler. Görüşün ikinci iddiası, hukuki varlık ile doğal varlığın yani hukuki konu ile maddi konunun birbirine karıştırılmış olması nedeniyle isabetsizdir. Görüşün üçüncü iddiası hem hukuki konu ile maddi konuyu birbirine karıştırdığı için hem hukuki paternalizme dikkat etmeksizin kestirmeden bir sonuca vardığı için isabetsizdir.

392 Türk öğretisinde ikinci görüşün detaylı açıklaması için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 308) 544; Demirel (n 391) 1472 vd.; Koca ve Üzülmöz (n 308) 291 vd. Ayrıca bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 308) 336 vd. Rızayı bazı durumlarda kusurluluk yönünden de değerlendiren görüş için bkz. Özgenç (n 308) 369. Türk öğretisinde FSEK 71/I-2 yönünden ikinci yaklaşım için bkz. Kocaoğlu (n 359) 217 ve dn. 773; Turan (n 359) 222. Bu iki itirazın temelinde “tipe uygunluk, suç tanımı öngören ceza normunun sözüne uygunluktur” iddiası yer almaktadır. Bu iddianın eleştirisi için bkz. yukarıda dn. 376.

393 Hukuki varlığın düzen eleştirel olması ve iktidarın keyfi cezalandırmalarını sınırlama işlevine sahip olduğu özellikle İtalyan öğretisinde Bricola tarafından kapsamlı biçimde açıklanmıştır. Vittorio Manes, ‘Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutlehre’ (2002) 114(3) ZStW 720, 721. Türk ceza hukuku öğretisinde “hukuksal değerlerin eleştirel fonksiyonu” başlığı altında değerlendirilmektedir. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin 2003) 605 vd.

varlığı salt ceza yasa koyucusunun amacına indirger. Buna göre, yasa koyucunun yasadığı ceza normuyla koyduğu hedef, başlı başına hukuki varlığın kendisidir. Hukuki varlık yalnızca ceza normunun anlamlandırılmasında rol alır. Bunun için de yalnızca yasa koyucunun iradesine bakılır. Nesnel anlayış, hukuki varlığı yasa koyucunun cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına ve haklılaştırılmasına hizmet eden bir kavram olarak ele alır. Bu anlayışa göre, hukuki varlığın kendisi yasa koyucunun iradesinden bağımsızdır. Hukuki varlık cezalandırma yetkisini sınırlandırırken, bu sınır içinde kalan ceza normu meşru bir ceza normu olarak kabul edilir<sup>394</sup>. İsbetli olarak ikinci yaklaşım taraftarları, ilk yaklaşımı hukuki varlığı salt metinsel kılmakla yani yasa metnine kapatmakla eleştirmiştir<sup>395</sup>. Gerçekten de hukuki varlık, belirli bir toplum gerçekliğine ilişkindir ve zarara uğratılması ya da tehlikeye düşürülmesi sonucunda toplum barışını bozan bir gereksinme ya da yarara denk düşer. Hukuki varlığın bu toplumsal gerçekliği sayesinde ceza hukukunda fiilin toplum karşıtlığından (antisosyallik) bahsedilebilmektedir. İkinci yaklaşım, hukuki varlık kavramını yasa koyucunun iradesinden bağımsızlaştırdığı için yasa koyucunun yasada belirlediği bazı hukuki varlıkları eleştirme ve reddetme olanağı bulmaktadır<sup>396</sup>. Görüldüğü üzere nesnel yaklaşım *de lege ferenda* gölge yazarlık tartışması yapabilmek için uygun bir bakış açısını bize sunmaktadır. Bu tartışmaya geçmeden önce nesnel anlayışın hukuki varlık kavramına yüklediği işlevin kısaca gözden geçirilmesinde yarar vardır. Çünkü kavramlar, belirli sorunların çözümü için işlev (görev) yüklediğimiz adlandırmalardır<sup>397</sup>. Bu nedenle bir kavramın ortaya çıkış koşulları ve kullananları tarafından hangi sorunlarla bağlantılı olarak kullanıldığı incelenmeden o kavram üzerinden tartışma yürütmek isabetsiz olacaktır.

## B. NESNEL ANLAYIŞ UYARINCA HUKUKİ VARLIK KAVRAMINA YÜKLENEN İŞLEV

Hukuki varlık kavramı, Aydınlanmanın ürünüdür. Hukuki varlık kavramının tarihsel olarak ilk görünüm biçimleri, Beccaria'nın ve Beccaria'nın görüşlerinin Almanya'daki temsilcisi Hommel'in "topluma zarar vericilik" ölçütü<sup>398</sup>, sonra Feuerbach'ın "hakkın ihlali" ölçütüdür<sup>399</sup>. Tam olarak kapsamlı açıklamalarla doğrudan doğruya ceza hukuku anlamında hukuki varlık adlandırmasına Birnbaum başvurmuştur<sup>400</sup>. Beccaria'dan bu yana "hukuki varlık" kavramına yüklenen görev şudur:

394 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 4, 12.

395 ibid § 2, N. 5.

396 Manes (n 393) 721.

397 Gilles Deleuze and Felix Guattari, (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell), *What is Philosophy?* (Columbia University Press 1994) 5, 21 ff. "Kavramlar, onlar olmadan hiçbir anlam ifade edemeyecekleri ve yalnızca çözümleri ortaya çıktıkça ayrıştırılabilecek veya anlaşılabilir sorunlara bağlıdır". ibid 16.

398 Cesare Beccaria, (çev. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (6. Baskı, İmge 2016) 51, 55.

399 P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (Georg Friedrich Heyer 1801) 17, 31.

400 Bernd Schünemann, 'Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation' in Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch und Wolfgang Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Nomos 2003) 138. Hukuki varlık kavramını, aydınlanmanın ürünü olarak algılamak, onu belirli bir zaman dilimine hapsedmek ya da kökenini belirli bir çağ ile ilişkilendirmek için değildir. Aydınlanmadan anladığımız, bireysel özgürlükçü akılcılıktır. Bu felsefe uyarınca ceza hukukuna bireysel ahlakçı yaklaşım reddedilir ve ancak devletin ahlaksal olarak belirli sınırlara uyması gerektiği kabul edilir. Bu nedenle bu felsefe devletin şiddet tekelinin sınırlarının apriori belirlenmesini de işlev edilmiş bir ceza hukuku kuramını gerektirir. Luis Greco, *Lebendiges und Totes in Feurbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen*

“Keyfi çıkarlar değil, ancak başarılı bir ortak yaşam ve birlikte varoluş için zorunlu olan gereksinme ve yararlar ceza hukukuyla sağlanan korumanın konusunu oluşturabilir”<sup>401</sup>. Buna göre düşünce ya da topluma yansıtılmayan, dışsallaşmayan davranış suç oluşturamaz<sup>402</sup>. Bireysel hoşnutsuzluklar, çıkar gruplarının arzuları, salt ideolojik yönelimler, tabular, dini ya da ahlaki ayıplar cezaen korumanın konusu olamaz<sup>403</sup>. Açıkça görüleceği üzere hukuki varlık kavramıyla arzulanan cezalandırma yetkisinin sınırlandırılması ve sınırlandırılan alan içinde devletin cezaya başvurmasının haklı sayılmasıdır. Özel anlayış, yani düzene içkin hukuki varlık kavramı, hukuki varlığa yüklenen görevi göz ardı eder<sup>404</sup>. Hukuki varlıklar, hukukun yarattığı varlıklar değil; hukuken tanınan ve koruma altına varlıklardır. Söz konusu varlıkların kaynağı insan yaşamı ve etkileşimlerinin kendisidir<sup>405</sup>. Hukuki varlık, gelişim ve ilerlemeye açıktır. Yasa koyucunun hukuki varlık konusundaki değerlendirmesine bağlı kalmak, devinim ve değişim içinde olan hukuki varlıkları, yasa koyucunun iradesine sabitlemek olur. Ceza yasası, onu kaleme alanların güdülerinden ve niyetlerinden bağımsızdır.

## 2. DÜRÜSTLÜĞÜN HUKUKİ VARLIK OLARAK KABUL EDİLEMESİ ÜZERİNE

### A. VARLIK VE DEĞER ARASINDAKİ FARK

Düzen eleştirel hukuki varlık anlayışının, hukuki varlığı olabildiğince toplumsal gerçeklere dayandırmasının altında yatan neden, o hukuki varlığı, kendi başına var olan bir soyutlama yani salt “değer” olarak anlamanın önüne geçmektir. Çünkü değer ya da değersizlik, hukuki varlık kuramının dayandığı (cürmî zarar anlamında) sonuç odaklı düşünsel temele oturmaz. İnsan aklının herhangi bir somutluğa gereksinmeden yarattığı değerler, salt kendisi için, kendi başına ve kendi soyutluğunda anlam ifade eder. Bu soyutluğa belirli bir sınır çizilemez, bu nedenle hukuki varlığa yüklenen “haklılaştırma” işleviyle “değer” kavramı bağdaşmaz. Ayrıca “değer” düşüncesi, salt bir buyruğa uyma ya da uymama sonucunda, o buyruğa uyma ya da uymama davranışına yönelik yapılan bir nitelirmedir. Salt nitelermeler, suç tanımı öngören ceza normuyla ortaya koyulabilecek hiçbir saldırının konusunu oluşturamaz<sup>406</sup>.

*strafrechtlichen Grundlegendiskussion* (Duncker & Humblot 2009) 228 ff.

401 Schünemann (n 400) 142.

402 *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen Art. 5: La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société./ Das Gesetz darf nur solche Handlungen verbieten, die der Gesellschaft schaden./Yasa, yalnızca topluma zarar veren fiilleri yasaklayabilir.* Fransız Devrimi'nden hemen sonra çıkan kitabında Feuerbach, dışsallaşmayan davranışların cezalandırılmayacağını şu şekilde açıklamaktadır: “İhlal edici olarak bakılması gereken her fiil, bir şeyi zorunlu olarak şart koşar: dışsallaşan, dış dünyada idrak edilebilen fiil olmak. İnsanın kendi iç dünyasına ait olanlar asla ihlal edici olamaz, bu nedenle suç da oluşturamaz”. Feuerbach (n 399) 45.

403 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 13, 17, 43; Schünemann (n 400) 142.

404 Günümüzde hukuki varlık kavramını reddeden ve anayasa hukukunun hukuki varlıkla istenen yetki sınırlamasını gerçekleştirmeye daha elverişli olduğunu iddia eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerin eleştirisi ve anayasa hukukunun “hukuki varlık” kavramının işlevini yerine getirmedeki başarısızlığı için bkz. Schünemann (n 400) 144 ff. Ceza normu denetiminde ölçülülük kavramının, hukuki varlık kuramının aksine sonuçlar verebileceği eleştirisi için bkz. Manes (n 393) 750 ff.

405 Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (7. Auflage, J. Guttentag 1896) 50. Türk öğretisinde herkesten önce bkz. Toroslu ve Toroslu (n 308) 109: “Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder.”

406 Hukuki varlık kuramını ve bu kuram içinde yapılan tanımlama girişimlerini eleştiren Stratenwerth “değer” kavramının neden elverişsiz olduğunu şu şekilde açıklamaktadır: “Değerin konusunu oluşturdandan bağımsız olarak değer niteliği

## B. HUKUKİ VARLIK KURAMI YÖNÜNDE BİR DEĞER OLARAK DÜRÜSTLÜK

### AA. GENEL OLARAK DÜRÜSTLÜK

“Dürüst” (*Fair*), “yalan söyleme!” buyruğuna uyan bir davranış için yapılan soyut nitelemedir ve hukuki varlık odağında kurulan ceza hukuku dogmatikğine yabancı kalması gereken bir sıfattır. Çünkü hukuki varlığa saldırı oluşturan fiil, zarar veya tehlike anlamında bir cürmî zarara yol açar. Bir fiilin dürüst olmaması, sırf niteliklidir ve tek başına zarar ya da tehlikeye yani cürmî zarara neden olmaya yeterli değildir. Nitekim dürüstlük sonuç odaklı bir düşünsel temele sahip değildir, ceza normuyla ortaya koyulabilecek bir saldırının konusunu oluşturamaz. Dürüstlük gibi bir adlandırmayı ceza hukukuna sokmanın bir başka tehlikesi ise ceza hukuku dogmatikğinde belirli bir süre egemenliğini hissettirmiş “ödeve aykırılık” görüşünün yeniden etkinlik kazanması olacaktır. Gerçekten de ödeve aykırılık görüşü, suç oluşturan fiillerin hukuki konusunu, hukuki varlık olarak değil salt yükümlülükler olarak görmekte ve temelini ahlak felsefesinde bulmaktadır. Dürüstlüğün tek başına hukuki varlık olarak kabul edilmesi, örtülü olarak salt “yalan söyleme!” buyruğunun yerine getirilmemesinin cezalandırılmasından başka bir şey olmayacaktır<sup>407</sup>.

Ceza hukuku politikası yönünden, sırf dürüst olmadığı için bir davranışı cezalandırmak hukuki varlık kuramıyla haklı kılınmaz. Aslında başkalarının da bağlı olduğu kurallara, bir kimsenin riayet etmemesi, tanım gereği, dürüst bir davranış değildir. Toplumun ya da toplumsal bir kümenin bağlı olduğu ve toplumun ya da bu kümenin üyelerince birbirine uyulması için zorunlu kılınan her kural, bir üye tarafından göz ardı edildiği, uyulmadığı takdirde, üyenin bu davranışı, toplumun ya da kümenin diğer üyelerine karşı dürüst olmayan bir davranıştır. Bu davranış, sırf “doğru olmadığı”, “ayıplandığı”, “dürüst bir insanın yapacağı bir davranış olmadığı” için cezalandırılmaz<sup>408</sup>.

### BB. ÖZEL OLARAK BİLİMSSEL DÜRÜSTLÜK YA DA AKADEMİK BÜTÜNLÜK

Bilimsel dürüstlük ya da akademik bütünlük (*akademische Integrität*), akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimin üyeleri için geçerlilik arz eden kuralların oluşturduğu düzendir. Gölge yazarlığın bilimsel dürüstlük olarak adlandırılan düzene aykırılık oluşturduğu açıktır. Ancak yukarıda açıklanan gerekçelerle, salt bu düzene aykırı davranışlara karşı devletin doğrudan doğruya adli ceza aygıtıyla karşılık verebileceğini düşünmek isabetsizdir. Bilimsel dürüstlük tek başına bir hukuki varlık olamaz. Ancak o dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararların, hukuki varlık olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Nitekim akademik derece ve unvanların temelindeki emeğin gerçekten o unvanı alan kişi tarafından harcanmış olduğu ve bu nedenle bu kimsenin derecesinin ve unvanının dürüst olduğuna yönelik kamusal ve ekonomik yararın önemi yadsınmaz. Fakat akademik dürüstlükten beklenen bu yararların tam olarak ne olduğu ortaya koyulmalıdır. Yani akademik dürüstlüğü çiğnemek, akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimi açacak ölçüde bir etki doğurabilir mi ve salt bu etki nedeniyle, toplum karşısı ya da topluma zararlı olarak

ihlal edilebilir değildir (cürmî zarar doğuramaz). Günther Stratenwerth, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’” in Eser Albin (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (Beck 1998) 383.

407 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 49c.

408 ibid § 2, N. 49d. Ayrıca bkz. Schünemann (n 247) 622.



değerlendirilebilir mi? Kanımızca, ilk bakışta, akademik olarak dürüst olunmaması durumunda, öncelikle ve doğrudan akademiyle bağlantılı davranış kuralları, yine öncelikli ve doğrudan akademiye içkin önlemler ve yaptırımlarla koruma altına alınmalıdır<sup>409</sup>. Çünkü eninde sonunda bu konu, belirli bir kesimde egemen olan dürüst davranmaya ya da kabul görmeye ilişkin davranış kurallarının çiğnenmesine ilişkindir<sup>410</sup>. Bu aşamada tartışmanın artık hukuki varlıkları korumakta ceza hukukunun ikincilliği (*Subsidiarität*) üzerinden detaylandırılması gerekmektedir<sup>411</sup>.

## **B. CEZA HUKUKUNUN İKİNCİLLİĞİ YÖNÜNDEN GÖLGE YAZARLIĞIN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ**

### **A. SUÇ TANIMI ÖNGÖREN CEZA NORMUNUN YARATILMASINDA ANAYASAL ÖLÇÜLÜK İLKESİ VE CEZA HUKUKUN İKİNCİLLİĞİ**

Jhering'in ifadesiyle,

*“Ceza yasasının amacı diğer yasaların amacından farksızdır: Toplumun yaşam koşullarını güvence altına almak. Yalnızca bu amacın takip edilmesinin yolu oldukça özgüdür, amaca ulaşılması için cezaya başvurulur. Peki niçin?<sup>412</sup>... (Çünkü)bir fiilin toplumun yaşam koşullarına yönelttiği tehlikenin yalnızca cezayla korunabildiği durumda, o fiil yasamayla suç olarak tanımlanır.<sup>413</sup>... Toplumun yaşam koşulları, toplumsal varlıklardır. Cezanın ağırlığı, varlığın hukuken ne kadar değerli, önemli olduğunun ölçüsüdür.<sup>414</sup>”*

Gerçekten de hukuki varlıkların korunması sadece ceza hukukuna özgülenmiş bir işlev değil, aksine bir araç olarak hukuk düzeninin tümü tarafından üstlenilmiş bir işlevdir. Hukuki varlıkların korunmasında, ceza hukuku yaptırımlarının dışında kalan hukuk yaptırımlarının yetersiz kalacağı durumda, ceza hukuku devreye girmektedir. Cezanın bu “son çare” niteliği onu, tüm diğer hukuk dallarının altında, ikincil kılmaktadır<sup>415</sup>. Ceza hukukunun ikincilliği, anayasa hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru olan “ölçülülük” değerlendirilmesinin “gereklilik” koşuluna karşılık gelir. Buna göre, özgürlüğü bağlayıcı ceza, adli para cezası ve güvenlik önlemine oranla daha hafif bir araçla (zorla), söz konusu hukuki varlığın korunması sağlanabiliyorsa, ceza hukukunun müdahalesi gerekli değildir<sup>416</sup>.

Gölge yazarlık yönünden ceza hukukunun ikincilliği ceza hukuku ile kabahat hukuku ve disiplin hukuku arasındaki ilişkinin değinilmesini gerektirir. Her ne kadar kabahatlerin, salt kamu düzeni ve esenliğine aykırı müdahalelerden kamunun korunması amacıyla düzenlendiği ileri sürülse de

409 Kudlich (n 3) 120. Yalan haber (*fake news*) yönünden farklı değerlendirme için bkz. Schünemann (n 247) 627 ff.

410 Kudlich (n 3) 119.

411 Kudlich (n 3) 119-120; Goeckenjan (n 266) 731-732. Karşı görüş için bkz. Tobias Linke, ‘Brauchen wir ein „Promotions – und Prüfungsstrafrecht“?’ NVwZ (2015) 327, 331-332.

412 Rudolph von Jhering, *Zweck im Recht*, Band I (6.-8. Auflage, Breitkopf und Härtel 1923) 378.

413 ibid 382.

414 ibid 384.

415 Roxin und Greco (n 249) § 2, N. 97.

416 ibid § 2, N. 97.

aslında kabahat tanımı öngören ceza normları ile suç tanımı öngören ceza normları arasında, hukuki varlığın korunması işlevi yönünden bir farklılık yoktur. Fakat kabahatlerdeki ihlal edicilik, hiçbir zaman suçlardaki ihlal ediciliğe ulaşamamakta ve kabahatlerin ihlal ediciliği suçlara göre önemsiz kalmaktadır. Bu önemsizlik değerlendirmesi, ikincilik tartışması üzerinden yapılmaktadır<sup>417</sup>.

## **2. BİLİMSEL DÜRÜSTLÜK ÜZERİNDEKİ AKADEMİK ALANI AŞAN TOPLUMSAL YARARIN KORUNMASI İÇİN CEZA HUKUKUNUN MÜDAHALESİNİN GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE**

Bilimsel dürüstlük üzerinde akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimi aşan belirli yararların olduğu kabul edilebiliyor ve dürüst olunmaması durumunda bu yararların gerçekleşmemesinin toplum karşısı ya da topluma zararlı olarak değerlendirilebiliyorsa ancak bu koşullar altında “gölge yazarlık” anlaşmasının oluşturduğu ihlale karşılık ceza yaptırımının gerekliliği tartışılabilir. Bu tartışma içinde ilkin, gölge yazarlığın suç tanımı öngören ceza normuyla tanıma bağlanmasının yasa tekniği yönünden zorluğu ve doğuracağı uygulama sorunları incelenecektir. Bu zorluk ve sorunlar, 2012 yılında Almanya’da ileri sürülen oldukça sade ve anlaşılır gölge yazarlık suç tanımı odağında ele alınacaktır. İkinci başlık altında, bilimsel dürüstlüğün akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimin içinde disiplin hukuku ile koruma altına alınması ve bu kesimi asan etkilerinin kabulü halinde kabahat hukukunun yaptırımlarıyla korunmasının uygunluğu ve elverişliliği tartışılacaktır.

### **A. MÜDAHALE ÖRNEĞİ OLARAK BİLİM DOLANDIRICILIĞI SUÇUNA İLİŞKİN 2012 ALMAN ÜNİVERSİTELER BİRLİĞİ’NİN ÖNERİSİ**

#### **AA. ALMANYA’NIN YÜRÜRLÜKTEKİ CEZA HUKUKU VE İLGİLİ ÖNERİ**

Alman hukukunda gölge yazarlığa özgülenmiş suç tanımı öngören bir ceza normu yürürlükte değildir. Akademik dürüstlüğe aykırı davranışlar ancak malvarlığı ya da fikri mülkiyeti ihlal ettiği zaman ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır<sup>418</sup>. Gölge yazarlığını ceza hukuk politikası yönünden cezalandırma boşluğu olarak değerlendiren bilim insanları ve üniversite profesörlerinin temsilciliğini yapan Alman Üniversiteler Birliği (*deutscher Hochschulverband*) 2012 yılının ağustos ayında “Bilim Dolandırıcılığı” suçuna yönelik aşağıdaki öneride bulunmuştur:

*“Bilim Dolandırıcılığı*

*(1) Akademik derece ya da akademik unvanın alınmasını sağlayan nitelik çalışmasını (Qualifikationsarbeit) bir üçüncü kişi için yazan kimse, iki yıla kadar hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılır.*

417 ibid § 2, N. 60-62.

418 Goeckenjan (n 266) 729.

(2) Birinci fıkrada belirtilen, üçüncü kişi tarafından tamamen ya da kısmen yazılan nitelik çalışmasını, yazarı olmaksızın kendisininmiş gibi gösteren kimse, iki yıla kadar hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılır.”<sup>419</sup>

## BB. ÖNERİYE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Öneri ceza yasama tekniği yönünden oldukça sorunludur. Gölge yazarlık anlaşması, esas itibariyle, gölge yazar ile görünürdeki yazar arasında olan iki taraflı bir ilişkidir. Ancak ilk fıkra “üçüncü kişi”den söz etmektedir. İlk fıkra “bir üçüncü kişi için yazan” değil “bir başkası için yazan” olmalıdır. Bununla beraber ilk fıkradaki düzenlemeden fiilin icrasının ne zaman başladığı, fiilin ne zaman tamamlandığı anlaşılammamaktadır. Bu suç, ilk cümlenin yazılması mı yoksa tüm eserin kaleme alınmasıyla mı tamamlanmaktadır? Öneriden bu anlaşılammamaktadır. Ayrıca bir eser gölge yazar tarafından yazılırken hâlihazırda nitelik çalışması olarak değerlendirileceği belli değildir, onun nitelik çalışması olarak değerlendirilmesi için görünürdeki yazarın o eseri nitelik çalışması olarak sunması gerekir. Gölge yazar bunu bilmelidir; bu nedenle buradaki eksikliği gidermek için aldatmaya yönelik ek bir öznel unsurun suça eklenmesi gerekir. İkinci fıkradaysa dikkat çeken iki sorun vardır. Fıkrada başkası tarafından kısmen yazılmış bir eserin varlığı durumunda, eğer o kimse yazarı değilse, bilim dolandırıcılığı suçunu işlediği kabul edilmektedir. Pekiyi, başkası tarafından kısmen yazılmış bir eserin görünürdeki yazarı hangi durumlarda o eserin yazarı olarak kabul edilecektir? Bu soruya ikinci fıkrada net bir yanıt bulunmamaktadır. İkinci olarak, bu fıkrada gölge yazar ile görünürdeki yazar arasında bir ortak etki aranmamaktadır. Dikkat edilirse başkası tarafından kaleme alınan bir eseri, onun haberi olmadan kendisiymiş gibi kullanan kimse de bu normun kapsamına girmektedir<sup>420</sup>.

## B. ADLİ CEZANIN GEREKLİLİĞİ TARTIŞMASI

Alman hukukunda ilgili birliğin yaptığı öneriden bağımsız olarak, yukarıda hukuki varlığa yönelik yapılan tartışmalar göz önüne alındığında, gölge yazarlığın suç olarak düzenlenmesinin ceza hukukunun ikincilliğine aykırılık oluşturacağı açıktır. Normatif olarak gereklilik tartışması yapmak bu aykırılığı tüm netliğiyle ortaya koyacaktır. Bu durumda sorulması gereken soru bellidir: “*Bilimsel dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararın korunması yönünden adli cezadan başka bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha yararına olarak değerlendirilebilecek başka bir seçenek var mıdır?*”<sup>421</sup>. Soruya doğrudan olumsuz yanıt veren görüş, gölge yazarlığın dolandırıcılık ve belgede sahteciliğe çok benzediğini belirterek, hukuk düzeninde gölge yazarlığın suç niteliğine ilişkin büyük bir belirsizlik

419 “Hochschulverband will Ghostwriting unter Strafe stellen”, 13.08.2012 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/dhv-fordert-strafen-fuer-ghostwriting-plagiate-wissenschaftsbetrug/> accessed 24 November 2021 İsviçre ceza hukukunda bir görüşün ileri sürdüğü bilim dolandırıcılığı tanımı ise gölge yazarlığı, bilim dolandırıcılığı içinde değerlendirme olanağı vermemektedir. “... olgular hakkındaki doğru olmayan savlarla, özellikle daha önce bulunmuş, uydurulmuş, araştırmaya yabancı kalan veya değiştirilmiş araştırma sonuçlarının bilgileri aracılığıyla, o konu üzerinde çalışanları veya ekonomik destekçi, yayıncı ya da işveren anlamındaki referanslarını aldatan ve böylelikle kendisi ya da başkası yararına bu kimselerin malvarlıklarına zarar vermesini sağlamak”tır. Völger (n 251) 16.

420 Goeckenjan (n 266) 729.

421 ibid 731.

olduğu, bu belirsizliğin açıklığa kavuşturulması için ayrı bir ceza normu yaratılmasının daha uygun olacağını ileri sürer<sup>422</sup>. Bu görüş iki yönden isabetsizdir. İlkin, gölge yazarlık, dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçlarına çok benzememekte, yalnızca söz konusu hukuk düzeninde özel belgede fikri sahtecilik hiçbir sınırlama olmaksızın cezalandırılıyorsa bir sahtecilik türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda da artık gölge yazarlığa ilişkin özgü bir ceza normu düzenlemenin gereği kalmaz. İkinci olarak, hukuk düzeninde bir fiilin suç olup olmadığı belirsiz olamaz. Bir fiil ya suçtur ya değildir. Oldukça isabetsiz olan bu görüşün aksine bilimsel dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararın korunması için ceza hukuku yerine idare hukukunun yaptırımlarına başvurma daha isabetli olduğu aşağıda iki yaptırım örneği üzerinden aktarılacaktır.

### **AA. DİSİPLİN CEZASI: GÖRÜNÜRDEKİ YAZARIN ELDE ETTİĞİ AKADEMİK DERECE VE UNVANIN ALINMASI YAPTIRIMININ DÜZENLENMESİ**

Akademik dürüstlüğe aykırı fiiller, akademi olarak adlandırılan toplumsal kesimde egemen olan dürüst davranmaya ya da kabul görmeye ilişkin davranış kurallarına aykırı fiillerdir. Bu nedenle öncelikli olarak akademik dürüstlüğe aykırı fiillere, bu kesimin kendi içindeki önlem ve yaptırımlarla karşılık verilmesi gerekir. Bu karşılık, en başta, görünürdeki yazarın, akademik derece ya da akademik unvandan kaynaklı niteliğinin ondan alınması olacaktır. Akademik derece ya da unvanın alınması yaptırımı, adli ceza yaptırımına göre kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahale için daha uygundur. Çünkü bir idari işlemdir, ceza hukukunun cezaya bağladığı sonuçlar doğmamakta, ceza yargılamasının temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalelerine konu olmamaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki uygunluğun yanı sıra etkililik yönünden de akademik derece ya da unvanın alınması daha elverişli bir yaptırım olarak gözükmektedir. Çünkü bu yaptırım sadece akademik dürüstlüğe aykırı fiille elde edilmiş olan niteliğin o kimseden alınması değil, akademik ya da mesleki yaşamında bir kimsenin taşınmayı hiç arzulamayacağı bir damgayı beraberinde taşımaktadır. Bu da ceza yaptırımından beklenen genel önleme işlevinin derece ve unvanın alınması yaptırımıyla da sağlanabileceğini göstermektedir. Burada bir gerçekliğe de yer vermek gerekir. Gölge yazarlığın suç olarak düzenlenmesi, suç ile ceza arasındaki ölçülülük gereği, ceza yaptırımının hafif olmasını gerektirecektir. Bir suçun devlet tarafından ortaya çıkarılması ve soruşturma konusu yapıp takip edilmesinde, o suç için öngörülen cezanın hafif olması oldukça engelleyici bir etki oluşturmaktadır. Bu yönde de üniversite, üniversitelerin oluşturduğu birlik ya da kurulların gölge yazarlığa karşı vereceği tepki, Cumhuriyet savcısının vereceği tepkiden daha hızlı ve etkin olacaktır<sup>423</sup>.

Türk hukukunda gölge yazarlık, yükseköğretim kurumlarında meslekten çıkarma cezasıyla yaptırma bağlanmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b'de gölge yazarlık “*Atama ve yükselmelerde, unvan veya derece kazanılmasında; anket uygulama, veri toplama gibi akademik değerlendirme içermeyen katkılar dışında kişisel emek ve birikimine dayanmayan, başkaları tarafından ücret karşılığında veya ücretsiz olarak üretilmiş yayın ve çalışmalar kullanmak*” şeklinde tanımlanmıştır. Akademi olarak adlandırılan toplumsal kesimde egemen olan dürüst davranmaya ya da kabul

422 Messmer (n 289) Rz. 39-40. Aynı yönde Völger (n 251) 245.

423 Goeckenjan (n 266) 731.

görmeye ilişkin davranış kurallarına aykırılığı bu yaptırımla karşılamak kanımızca isabetlidir. Ancak gölge yazarlığın ihlal ediciliği, bir bütün olarak, ancak disiplin yaptırımına ek olarak kabahat öngören ceza normuyla karşılanabilir.

### **BB. İDARİ PARA CEZASI: GÖLGE YAZARLIK ANLAŞMASININ KABAHAHAT ÖNGÖREN CEZA NORMU İLE YASAKLANMASI**

Yürürlükteki Türk hukuku, görünürdeki yazarın unvan ya da derecesini alırken, bu yaptırım konusu olan fiile katılan gölge yazarı ve aracıları, disiplin hukukunun mahiyeti gereği, hukuki yaptırımdan başışık tutmaktadır. Bu boşluğu dolduracak en uygun düşen yaptırım idari para cezasıdır<sup>424</sup>. Kabahat öngören ceza normu ile suç tanımı öngören ceza normu arasında içerik yönünden bir farklılık bulunmaz. Kabahat, yasa koyucunun ceza hukukunun dışında kalan ve doğrudan idarenin hükmedebildiği bir yaptırımla karşılık verdiği ihlallerdir<sup>425</sup>. Ancak bir fiili doğrudan kabahat olarak nitelendirebilmek için bu fiile karşılık gelen yaptırımın idari para cezası (veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının) öngörülmesi gerekir<sup>426</sup>. Fiilin, yasal tanıma uygun olması, hukuka aykırı olması ya da failin bu fiil dolayısıyla kusurluluğuna ilişkin suç ve kabahat arasında bir farklılık yoktur<sup>427</sup>. Bir fiilin, suç olarak mı yoksa kabahat olarak mı düzenleneceği yasa koyucunun takdirinde<sup>428</sup> olmakla birlikte, bu fiillerin hukuk düzenindeki ihlal ediciliğinin nitelik ve nicelik yönünden farklı olduğu göz ardı edilemez<sup>429</sup>. Ceza hukuku, bireyin hem özgür yaşamı hem de insan onuruna yaraşır gelişimi için vazgeçilmez olan hukuki varlıkları zarara uğratan ya da bunları somut tehlikeye sokan fiilleri ve aynı biçimde faili tarafından yaratıldıktan sonra önlenmesi ve kontrol edilmesi güç olan çok ağır soyut tehlikeleri konu edinir. Buna karşılık, kabahatler, belirli bir kurum ya da sisteme ilişkin tehlikelere karşı ya da bu kurum ya da sistemin varlığını sürdürdürebilmesi için gerekli olan önlemlere yönelik ihlalleri konu edinir. Dikkat edilirse, en alışıldık kabahatler, bireye ait hukuki varlıklara saldırmayan ancak güvencesi devlet olan kurum ve sistemlerin sahip olduğu düzeni sarsan tehlikeli davranışlardır. Aynı biçimde bir kurumun içinde dürüst davranmaya yönelik kuralların oluşturduğu düzenin sarsılması da ceza hukukunun değil kabahat hukukunun konusudur<sup>430</sup>. Kanımızca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53/5-b ilgili fiili, kabahat öngören ceza normuyla da düzenlemeli ve böylece gölge yazarın fiilini ve gölge yazarlık anlaşmasına aracılık edenlerin katkısını yaptırımla karşılamalıdır.

Belirli bir toplumsal kesimde egemen kurallara aykırılık oluşturan fiillere idari para cezasıyla karşılık verilmesinin en tipik örneği, sporda uyarıcıyla (*doping*) mücadele kapsamında uygulanan cezadır.

424 Bilimsel dürüstlüğe aykırı davranışların, bir ticari faaliyet çerçevesinde desteklenmesini önlemek için ceza hukukunun müdahalesinin anayasaya aykırı olmayacağı yönünde bkz. Linke (n 411) 332-333.

425 Wolfgang Mitsch in Wolfgang Mitsch (ed.) *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (KK-OWiG)* (5. Auflage, C. H. Beck 2018) Einleitung, A, N. 1.

426 Haluk Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (Savaş 2010) 19. Alman hukuku yönünden karşı. Mitsch (n 425) A, N. 3.

427 Karş. Toroslu (n 426) 20.

428 Mitsch (n 425) A, N. 3.

429 *ibid* C, III, 2, N. 114-115.

430 *ibid* C, III, 2, N. 117.

Alman ceza hukukunda, spor dolandırıcılığı başlığında suç olarak düzenlenen uyarıcı kullanımı, aslında suç olarak düzenlenecek bir ihlal ediciliğe sahip değildir. Gerçekten de Alman ceza hukuku öğretisindeki egemen görüş uyarınca, spor yarışmalarında performans artırıcı ya da uyarıcı kimyasal kullanımının spor alanındaki fırsat eşitliğine ilişkin olduğu, bu alanı düzenleyen kurallara ilişkin olduğu ileri sürülmektedir. Alman ceza hukuku öğretisi tarafından ceza hukuku dogmatikinden habersiz olduğu eleştirisi alan Alman ceza yasası koyucusunun düştüğü bu yanılgıya, Avusturya, İsviçre ve Türk yasa koyucuları düşmemiştir. Spor yarışmalarında olduğu gibi akademik yaşamda da geçerli olan ve bu sınırları belirlenmiş toplumsal kesimin üyelerini muhatap alan dürüst davranmaya ve kabul görmeye ilişkin kuralların çiğnenmesinin, ekonomik kazanç sağlamanın kaynağı olduğu gölge yazarlık anlaşmalarının da kabahat öngören ceza normuyla yasaklanmasının daha isabetli olacağı açıktır.

## VI. SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçların ve belli başlı tartışma konularında savunulan görüşlerin aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür:

- Gölge yazar kavramı tartışmalıdır ve yasal bir düzenlemenin yokluğunda yüksek ihtimalle tartışmalı kalmaya da devam edecektir. Bu çalışmada kabul ettiğimiz gölge yazar tanımı, “bir eseri kısmen veya tamamen yaratarak bu eserin başka bir kişinin adıyla ya da başkası tarafından seçilecek müstear adla yayınlanması veya umuma arz edilmesi konusunda anlaşılan gerçek kişi” şeklindedir. Öncelikle, buradaki “başkası tarafından seçilecek müstear ad” ifadesinden anlaşılması gereken, müstear adı seçme yetkisi verilen kişiye, gölge yazar ile eser arasındaki bağlantıyı kesebilecek ölçüde geniş bir tasarruf imkanının tanınmış olmasıdır. Diğer taraftan, gölge yazarın başkasının kimliğine bürünüp, onun üslup ve fikir dünyasına göre eseri yaratmasının (= *Fremdororientiertheit*) bir kavramsal gereklilik olduğu görüşü reddedilerek bu unsur tanıma dahil edilmemiştir. Bunda gölge yazar tarafından önceden (kimse taklit edilmeden) hazırlanmış bir eserin gölge yazarlık sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesinin önemli bir payı vardır.
- İntihalin fikri mülkiyet hukuku ve bilimsel alanda farklı kavramlar olduğu kabul edilmelidir. Mevzuatımızda bunu destekleyecek düzenlemeler mevcuttur. Aynı düzenlemeler incelendiğinde, hukukumuzda sadece fikri mülkiyet hukuku bakımından değil, bilimsel alanda da intihal ile gölge yazarlığın farklı kavramlar olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.
- Türk öğretisindeki hâkim görüş ve Yargıtay içtihadıyla paralel olarak, gölge yazarlık sözleşmesiyle eser sahibinin manevi haklarından olan adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilebileceği görüşü reddedilmelidir. II, C başlığında açıklandığı üzere, yasa koyucu mali hakların bir bütün olarak devrini düzenleyen FSEK m. 49/I’de manevi haklar bakımından bilinçli olarak susmuş ve böylece bunların devriyle ilgili *olumsuz çözümü* kabul etmiştir. Bu tespit, FSEK’in anılan bölümde değerlendirilen diğer hükümleriyle de uyum içindedir. Sonuçta, eserin sahibi onu yaratan gölge yazardır ve gölge yazar tarafından eserin görünürdeki yazarın adıyla yayınlanacağını kabul edilmesi bunu etkilemeyecektir.

- Fakat adın belirtilmesi hakkının bir bütün olarak devredilemeyeceğinin kabulü, onun kullanımından da feragat edilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Hakkın kullanımından feragat, eser sahibinin işleme konu manevi hakkı bakımından hukuken engelleyebileceği bir müdahaleye katlanma yükümlülüğü altına girmesi biçiminde anlaşılmalıdır. Böyle bir feragatin *de facto* hakkın bir bütün olarak devri sonucunu doğuracağını ileri sürerek gölge yazarlık sözleşmelerini bu sebeple geçersiz sayan görüş, III, B, 1 başlığında açıklanan sebeplerle isabetli görünmemektedir. Ancak FSEK m. 11'deki adi karinenin, katılmadığımız bu görüşün güçlü yanlarından birini teşkil ettiği tekrar vurgulanmalıdır. Alman ve İsviçre öğretisinde hâkim görünen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, gölge yazarlık sözleşmesiyle adın belirtilmesi hakkının kullanımından feragat geçerlidir. Gölge yazarlık sözleşmelerini sırf bu sebeple (*per se*) geçersiz saymak imkânı yoktur. Ancak bundan gölge yazarlık sözleşmelerinin tamamının geçerli olduğu sonucu da çıkmamaktadır. Geçerlilik incelemesine eser türü özelinde devam edilmesi gerekmektedir. Bu konuda, eser türüne göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasının aynı durumlara, yani gölge yazarlık sözleşmelerine, farklı muamele edilmesi anlamına geleceği yönündeki düşünceler isabetli değildir. Kanımızca eser türüne göre gölge yazarlık sözleşmesinin ilgilendirdiği menfaatler değiştiğinden bunların tek bir sepette toplanması mümkün görünmemektedir.
- Bilimsel eserlere ilişkin gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği ikiye ayrılarak incelenmelidir. Eğer ortada unvan almak için gereken bir bilimsel eseri konu edinen bir gölge yazarlık sözleşmesi varsa, kanaatimizce bu sözleşme III, B, 2, a'da açıklanan sebeplerle yasaklayıcı hükme aykırılıktan kesin hükümsüzdür. Aynısı öğrencilerin yıl sonu değerlendirmesinde dikkate alınacak ödev vb. çalışmalarını konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri için de kabul edilmelidir. Ancak yasal düzenleme yokluğundan dolayı bunlarla ilgili olarak ulaşılan sonuca diğer bilimsel eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmeleri bakımından ulaşılamayacaktır. Yine anılan bölümdeki gerekçelerle bunların genel ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Böyle durumlarda her iki tarafın da hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmesi sebebiyle, bir bilimsel eserin görünürdeki yazarının gölge yazardan iade talep etmesi hâlinde mahkemenin TBK m. 81 uyarınca kazancın Devlete mal edilmesine karar vermesi isabetli olacaktır.
- Edebiyat eserleri ve kurgusal olmayan eserleri konu edinen gölge yazarlık sözleşmelerinin geçerliliği, belki de karar verilmesi en zor konudur. Kanımızca burada da ikili bir ayrıma gidilmelidir. Bu eser türlerini konu alan tüm gölge yazarlık sözleşmelerinin kamuyu yanıltması sebebiyle genel ahlaka aykırılıktan kesin hükümsüz olduğu görüşü tam olarak isabetli görünmemektedir. Bunun tam tersi istikamette, bu sözleşmelerin hiçbirinin kamuyu yanıltmadığı görüşü de gerçekçi olmaktan uzaktır. III, B, 2, b'de açıkladığımız üzere, bizce bu eserleri konu alan gölge yazarlık sözleşmeleri ünlü kişilerin adını fikri alanda ticarileştirmek için yapılmışsa, bunların TBK m. 27 uyarınca genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı kabul edilebilir. Ancak diğer durumlarda, özellikle seri edebiyat eserlerinde, tüketicinin alım kararını etkileme ölçütü kural olarak gerçekleşmeyeceğinden kamuyu yanıltma ve genel ahlaka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

- Otobiyografiler ve siyasi konuşma metinleriyle ilgili gölge yazarlık sözleşmeleri ise, öğretilerdeki hâkim görüşe paralel olarak, geçerli sayılmalıdır.
- Eğer III, C'de açıklanan şartlar gerçekleşmişse, görünürdeki yazarın adıyla yayınlanmış eseri satın alan tüketicinin hile sebebiyle sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilmelidir. Yalnız bu durumda TBK m. 39 uyarınca hilenin öğrenildiği tarih olarak gölge yazarın eser sahipliğini kamuya açıkladığı değil, bu konudaki davanın başarıya ulaştığının öğrenildiği tarih esas alınmalıdır. Tüketiciden hukuken kesinleşmemiş bir iddiaya/söylentiye bağlı olarak harekete geçmesi beklenmemelidir.
- Gölge yazar ile görünürdeki yazar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da gölge yazarlık anlaşmasından doğacak “talep” ve “beklenti”ler dolandırıcılık suçunu tanımlayan ceza normunun koruması altında değerlendirilebilir.
- Bir kimseye sağlanacak olan ekonomik desteğin amacı özellikle akademik bir tezin desteklenmesiyse, eserin özgün biçimde kendisi tarafından yazıldığı konusunda destekleyeni örtülü ya da açık biçimde kasten aldatarak ve aldatma sonucu malvarlığına zarar vererek yarar sağlayan görünürdeki yazar, dolandırıcılık suçu işlemiştir. Gölge yazarın eseri yazıp teslim etmesi fiili, koşulları içinde yardım etme suretiyle katılma ya da müşterek fail olarak değerlendirilebilir.
- Görünürdeki yazarın, gölge yazarlık anlaşması sonucu ortaya çıkan eseri sunarak elde ettiği akademik unvan gerçeğe aykırı değildir. Bu nedenle görünürdeki yazar, bu akademik unvan ve niteliğe sahip olduğu konusunda kendini istihdam edeni aldatmamaktadır. Dolayısıyla görünürdeki yazar istihdam edilirken, o nitelik ya da unvanında eksiklik olduğundan bahisle istihdam dolandırıcılığının oluştuğundan söz edilemez. Buna karşılık hâlihazırda bu eseri kendisi yazmış olduğu için verilen bir ücret söz konusuysa ya da maaş sınıflandırmasında bu nedenle yükselmişse manevi unsurların da oluşmasıyla birlikte artık dolandırıcılık suçunun işlendiği kabul edilecektir.
- Görünürdeki yazarın, o eseri kendisinin yazdığı ve o esere bağlanan kişisel nitelikteki özelliklere sahip olduğu konusundaki dolanının, istihdam ilişkisinde zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kamu istihdamı söz konusu olduğunda dolandırıcılığı kabul etmek olanaklıyken; diğer görüş önceden yapılan bu kabulü benimsememektedir. Fakat her durumda, dolandırıcılık suçunda zarar unsurunun gerçekleşmesi ve davranışın da zarar doğurmaya elverişli olması gerekir.
- İstihdam dolandırıcılığı hallerinde gölge yazarın koşulları içinde yardım ederek suça katıldığı kabul edilebilir. Müşterek faillik, gölge yazarın katkısı hazırlık aşamasında gerçekleştiği için olanaklı gözükmemektedir.
- Görünürdeki yazar, özel belgede fikri sahtecilik işlediği için onun fiili, Türk hukukunda belgede sahtecilik suçu yönünden tipik değildir; cezalandırılmaz.
- Adın belirtmesi hakkının bir bütün olarak devredilememesi nedeniyle gölge yazarlık anlaşmasının geçersiz olması tek başına rızayı geçersiz kılmaz. FSEK m. 71/I-2'de cezaen korunan hukuki varlık, bizatihi eser sahibine aittir; bireysel hukuki varlıktır. Gölge yazarın rıza



verdiği fiil, yani kendi eserine görünürdeki yazarın adını koyması, FSEK m. 71/I-2'deki tipik fiil değildir; ceza sorumluluğu doğmaz.

- Ceza hukuku politikası yönünden, sırf dürüst olmadığı için bir davranışı cezalandırmak hukuki varlık kuramıyla haklı kılınmaz. Aslında bir kimsenin başkalarının da bağlı olduğu kurallara riayet etmemesi, tanım gereği, dürüst bir davranış değildir.
- Bilimsel dürüstlük ya da akademik bütünlük, akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimin üyeleri için geçerlilik arz eden kuralların oluşturduğu düzendir. Gölge yazarlığın bilimsel dürüstlük olarak adlandırılan düzene aykırılık oluşturduğu açıktır. Ancak yukarıda açıklanan gerekçelerle, salt bu düzene aykırı davranışlara karşı devletin doğrudan doğruya adli cezayla karşılık verebileceğini düşünmek isabetsizdir.
- Bilimsel dürüstlük tek başına bir hukuki varlık olamaz. Bu dürüstlük üzerindeki kamusal ve ekonomik yararların hukuki varlık olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Çünkü akademik derece ve unvanların temelindeki emeğin gerçekten o unvanı alan kişi tarafından harcanmış olduğu ve bu nedenle bu kimsenin derecesinin ve unvanının dürüst olduğuna yönelik kamusal ve ekonomik yararın önemi yadsınamaz. Fakat akademik dürüstlükten beklenen bu yararların tam olarak ne olduğu ortaya koyulmalıdır. Akademi olarak adlandırılan toplumsal ya da mesleki kesimi aşan hangi etkinin toplum karşısı ya da topluma zararlı olarak değerlendirilebileceğinin netleştirilmesi şarttır. Bu netleştirilmeksizin ceza normuna başvurmak isabetsiz olacaktır. Bu netleştirildiği takdirde dahi gölge yazarlığın, doğrudan doğruya adli cezaya bağlanması ceza hukukunun ikincilliği ilkesine aykırılık oluşturur. Gölge yazarlığın, kabahat öngören ceza normuyla tanımlanması ve yaptırıma bağlanması, ihlal ediciliğin giderilmesi ve önleyicilik yönünden daha elverişlidir.

## KAYNAKÇA

- Ahlberg H in Hartwig Ahlberg und Horst-Peter Götting (eds.) *Möhring/Nicolini Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2018).
- Ahrens HJ, 'Der Ghostwriter – Prüfstein des Urheberpersönlichkeitsrechts' (2013) 115(21) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 21-25.
- Alimoğlu K, *Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi Mali ve Bağlantılı Hakların İhlali Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).
- Altınok-Ormancı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (14. Baskı Adalet 2020).
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç 1972).
- Bamforth N, 'Combating Plagiarism: the Experience at Oxford University' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 67-79.
- Barrelet D und Egloff W, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (4. Auflage, Stämpfli 2020).
- Beccaria C, (çev. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (6. Baskı, İmge 2016).

- Becker F in Volker Epping (ed.), *Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz Handkommentar* (Nomos 2016).
- Bellican C, *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2008).
- Binding K, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Erster Band* (2. Auflage, Verlag von Wilhelm Engelmann 1902).
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (On İki Levha 2012). (Kısaltma: Fikir ve Sanat Eserleri)
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015).
- Brehm S, *Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Ghostwriter-Verträgen* (2015) <<https://othes.univie.ac.at/39434/>>.
- Bullinger W in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019).
- Çağlayan Aksoy P, 'Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme' (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 131-180.
- de Spinoza B, (çev. Çiğdem Dürüşken), *Ethica* (7. Baskı, Alfa 2019).
- de Werra J in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Deleuze G and Guattari F, (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell), *What is Philosophy?* (Columbia University Press 1994).
- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469-1523.
- Dessemontet F, *Intellectual Property Law In Switzerland* (4. Edition, Wolters Kluwer 2019).
- Dietz A, 'The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries' (1994-1995) 19(3-4) Columbia – VLA Journal of Law & the Arts 199-227.
- Dreyer G in Gunda Dreyer, Jost Kotthoff, Astrid Meckel ve Christian-Henner Hentsch (eds.) *Heidelberg Kommentar, Urheberrecht* (4. Auflage, C. F. Müller 2018).
- Dural M, 'Akitten Doğan Yapmama Borçları' (1970) 4(6) İÜMHAD 7-22.
- Dustmann A in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018).
- Ercan C, 'Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi' (2021) 12(46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377-412.
- Erel Ş, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009).
- Fikret E, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021).
- Erman S, *Sahtekârlık Cürümleri*, (3. Baskı, Sulhi Garan 1970).
- Eryıldırım ZM, *Elektronik Kitap Uygulaması ve Getirdiği Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Feldmann T, 'Zulässigkeit und Grenzen von Ghostwriter-Vereinbarungen' (2009) 29 jurisPR-ITR Anm. 5 <[www.juris.de](http://www.juris.de)>.
- Feuerbach PJA, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (Georg Friedrich Heyer 1801).
- Gassler M, *Die Zurechnung der Urheberschaft unter besonderer Berücksichtigung von Ghostwriting* (2019) <<https://unipub.uni-graz.at/obvugrhs/content/titleinfo/4382108>>.
- Goeckenjan I, '„Wissenschaftsbetrug“ als Straftat?' (2013) 68 (13) JZ 723-732.

- Gökyayla E, 'Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı' iç Tekin Memiş (ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2009 (On İki Levha 2009) 285-292.
- Gözler K, *Örnekleriyle Üsülsüz Alıntı Sorunu* (Yazarın Kendi Yayını 2013).
- Greco L, *Lebendiges und Totes in Feurbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion* (Duncker & Humblot 2009).
- Groh D, "Mit fremden Federn": Zur Wirksamkeit von Ghostwritervereinbarungen' (2012) 114(9) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 870-875.
- Grübler U, 'Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft' in Hartwig Ahlberg, Horst-Peter Götting und Anne Lauber-Rönsberg (eds.), Beck'scher Online-Kommentar – Urheberrecht, Sonderbereiche (32. Auflage, Beck 2021) <<https://beck-online.beck.de>>.
- Gürzumar OB, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması* (Seçkin 1995).
- Haberstumpf H in Wolfgang Büscher, Stefa Dittmer und Peter Schiwy (eds.) *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht* (3. Auflage, Carl Heymanns 2015).
- Hefendehl R in Roland Hefendehl und Olaf Hohmann (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263-358 StGB* (3. Auflage, Beck 2019).
- Hilty RM, *Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schütz – und schuldrechtlicher Sicht* (Stämpfli 2001).
- Hilty RM, *Urheberrecht* (2. Auflage, Schulthess 2020). (Kısaltma: Urheberrecht)
- Hirsch E, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943).
- Hoche A in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019).
- Hoeren T in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021).
- Hug G in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Jankowska M, 'On the Implications of the Unalienability of the Right of Authorship for Ghostwriting Contracts' (2013) 18 Review of Comparative Law 77-92.
- Jung P in Peter Jung und Philippe Spitz (eds.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2016).
- Karaaslan P, 'Gölge Yazarlık Sözleşmesi' (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 765-773.
- Kılıçoğlu A, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (5. Bası, Turhan 2019).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2020).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019).
- Kocaoğlu A, *Telif Hakkının İhlali Suçları (FSEK md. 71)* (Seçkin 2021).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017).
- Kramer E in Arthur Meier-Hayoz (ed.), *Berner Kommentar zum schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR* (Stämpfli 1991).
- Krainbirg J, Spenden – und Bettelbetrug? (Duncker & Humblot 2015).
- Kudlich H, 'Die strafrechtliche Beurteilung des Wissenschaftsplagiats' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 117-133.

- Lettl T, *Urheberrecht* (4. Auflage, Beck 2021).
- Leuze D, 'Ghostwriter im Abhängigkeitsverhältnis – Bemerkungen zum Urteil des OLG Frankfurt a.M. 'betriebswirtschaftlicher Aufsatz' (2010) 112(4) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 307-309.
- Linke T, 'Brauchen wir ein „Promotions – und Prüfungsstrafrecht“?' NVwZ (2015) 327-333.
- Loewenheim U in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020).
- Loewenheim U und Leistner M in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, Beck 2021).
- Löwer W, 'Aus der Welt der Plagiate' (2012) 3(1) Rechtswissenschaft (RW) 116-138.
- Luhmann N, *Das Recht der Gesellschaft* (8. Auflage, Suhrkamp 2020).
- Magda SY, 'Besonderheiten des Urheberrechtes im Rechtsverkehr' (1996) Heft 8 Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 958-965.
- Manes V, 'Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutlehre' (2002) 114 (3) ZStW 720-736.
- Messmer S, 'Ghostwriting' (2016) Jusletter 1-16.
- Metzger A, 'Zulässigkeit und Bindungswirkung von Ghostwriter-Abreden' in Thomas Dreier ve Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 99-116.
- Mielke U, *Der Schatten und sein Autor: Eine Untersuchung zur Bedeutung des Ghostwriters* (Peter Lang 1995).
- Mitsch W in Wolfgang Mitsch (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (KK-OWiG)* (5. Auflage, C. H. Beck 2018).
- Müller-Chen M, 'Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts' 129(II) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 5-135.
- Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (12. Auflage, Beck 2020).
- Nordemann A in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018).
- Oğlakçioğlu MT, 'Zum Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug' (2020) 5 Juristische Rundschau 255-263.
- Oğurlu CŞ, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Ohly A in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020).
- Osenberg R, *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts* (Diss. 1979).
- Öcal Apaydın B ve Tuncer Kazancı İ, 'İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının İncelenmesi' (2012) 3(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331-389.
- Öz MT, 'Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri' iç Herdem Belen ve İsmail Altay (eds.) Prof. Dr. İsmet Sungurbeye Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları Cilt III (İstanbul Barosu 2014) 16-36.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin 2021).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2021).
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008).
- Peukert A in Gerhard Schricker und Ulrich Loewenheim (eds.), *Urheberrecht Kommentar* (6. Auflage, Beck 2020).

- Pfortmüller H in Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (eds.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpfli Handkommentar (SHK)* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Pınar H, 'Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet İhlalleri' (2012) 18(2) MÜHF-HAD 129-156.
- Piotraut JL, 'An Author's Rights-Based Copyright Law: The Fairness and Morality of French and American Law Compared' (2006) 24(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 549-616.
- Puppe I, *Kleine Schule des juristischen Denkens* (4. Auflage, UTB 2019).
- Rehbinder M und Peukert A, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (18. Auflage, Beck 2018).
- Rehbinder M, 'Verbraucherschützende Bemerkungen zum Urheberrecht des Ghostwriters' in Ernst Brem *et al.* (eds.), *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini* (de Gruyter 1990) 651-669.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (13. Auflage, Beck 2021).
- Rieble V, 'Erscheinungsformen des Plagiats' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 31-50. (Kisaltma: Erscheinungsformen)
- Rieble V, *Das Wissenschaftsplagiat: Vom Versagen eines Systems* (Vittorio Klostermann 2010).
- Rigamonti CP, 'Deconstructing Moral Rights' (2006) 47(2) Harvard International Law Journal 353-412. (Kisaltma: Moral Rights)
- Rigamonti CP, *Urheberpersönlichkeitsrechte: Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber und Persönlichkeitsrecht* (Stämpfli 2013).
- Roxin C und Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. Auflage, Beck 2020).
- Roxin C, 'Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut' in Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2009) 269-287.
- Satzger H, Schluckebier W und Widmaier G (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar (SSW-StGB)* (2. Auflage, Carl Heymanns 2014). (Kisaltma: SSW-StGB/Yazar)
- Schack H 'Wissenschaftsplagiat und Urheberrecht' in Thomas Dreier und Ansgar Ohly (eds.), *Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht* (Mohr Siebeck 2013) 81-98.
- Schack H, *Urheber – und Urhebervertragsrecht* (9. Auflage, Mohr Siebeck 2019). (Kisaltma: Urhebervertragsrecht)
- Schimmel R, 'Akademische Ghostwriter: Urheberschaftszuschreibung als nicht verkehrsfähiges Gut' (2012) 14(1) Kunst und Recht 10-16.
- Schulze G in Thomas Dreier ve Gernot Schulze (eds.), *Urheberrechtsgesetz Kommentar* (6. Auflage, Beck 2018).
- Schünemann B und Luís G in Gabriele Cirener *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 2: §§ 19 bis 31* (13. Auflage, De Gruyter 2021).
- Schünemann B, 'Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation' in Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch und Wolfgang Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Nomos 2003) 133-154.
- Schünemann B, 'Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?' (2019) 166(10) Goldammer's Archiv für Strafrecht 620-640.
- Seemann M, *Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten* (Stämpfli 2008).
- Selçuk S, Dolandırıcılık, (Yasa 1982).
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Serozan R, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017).

- Serozan R, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Vedat 2018). (Kısaltma: Medeni Hukuk)
- Spickhoff A, 'Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff' (2002) 57(20) JZ 970 147-168.
- Stief M, 'Zivilrechtlicher Vertrag und rechtfertigende Einwilligung im Strafrecht – zugleich Überlegungen zum Grundsatz der freien Widerruflichkeit einer Einwilligung' in Karl Riesenhuber, Kanako Takayama und Moritz Bälz (eds.) *Funktionen des Vertrages* (Nomos 2013) 147-168.
- Stratenwerth G, 'Zum Begriff des "Rechtsgutes"' in Eser Albin (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (Beck 1998) 377-391.
- Stolz H, *Der Ghostwriter im deutschen Recht* (Beck 1971).
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012).
- Thomas M. J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (3. Auflage, Beck 2020).
- Thum D in Artur-Axel Wandtke und Winfried Bullinger (eds.), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG* (5. Auflage, Beck 2019).
- Tiedemann K in H. W. Lauffhütte, R. Rissing-van Saan und Klaus Tiedemann (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 9, Teilband 1: §§ 263 bis 283d* (12. Auflage, De Gruyter 2012).
- Toroslu H, *Ceza Müeyyidesi* (Savaş 2010).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Baskı, Savaş 2019).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Baskı, Savaş 2021). (Kısaltma: Özel Kısım)
- Tosun Y, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (On İki Levha 2016).
- Turan HS, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012).
- von Jhering R, *Zweck im Recht*, Band I (6.-8. Auflage, Breitkopf und Härtel 1923).
- von Liszt F, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (7. Auflage, J. Guttentag 1896).
- von Planta A, *Ghostwriter* (Stämpfli 1998).
- Völger M, *Wissenschaftsbetrug, Strafrechtliche Aspekte, unter besonderer Berücksichtigung des Missbrauchs staatlicher Forschungsbeförderung* (Schultess 2004).
- Waiblinger J, "Plagiat" in der Wissenschaft: Zum Schutz wissenschaftlicher Schriftwerke im Urheber – und Wissenschaftsrecht (Nomos 2012).
- Weber K, 'Das Plagiat im Urheberrecht' (2013) 7 Wettbewerb in Recht und Praxis 859-866.
- Windsberger A, 'Verbotene Gegenstände als Schutzgüter des Strafrechts? – Über die Auslegung des Vermögensbegriffs' (2021) 133 (1) ZStW 123-151.
- Wirtz M in Axel Nordemann, Jan Bernd Nordemann, Christian Czychowski (eds.) *Fromm/Nordemann Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung* (12. Auflage, Kohlhammer 2018).
- Yasaman H, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalâalar, Bilirkişi Raporları* (Vedat 2006).
- Yavuz MR, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).