T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

FİKRİ HAKLARDA SÖZLEŞMEDEN CAYMA

(FSEK md. 58)

Doktora Tezi

Başak BAK TEZGEL

Ankara – 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

FİKRİ HAKLARDA SÖZLEŞMEDEN CAYMA

(FSEK md. 58)

Doktora Tezi

Başak BAK TEZGEL

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU

Ankara – 2016

(Tez Beyan Belgesi)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(18/05/2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Başak Bak Tezel

İmzası

Başak Bak

T.C. ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI

FİKRİ HAKLARDA SÖZLEŞMEDEN CAYMA
(FSEK MD. 58)

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmzası
Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu	
Prof. Dr. Arif Kocaman	
Prof. Dr. HASAN BÜZAR	
Doç. Dr. Derya Gürpınar	
Yrd. Doç. Dr. Emel BAŞAR	

Tez Sınavı Tarihi 11.05.2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i

KISALTMALAR vi

GİRİŞ 1

I. BÖLÜM

CAYMA KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ 5

§ 1 CAYMA KAVRAMI 5

I. Cayma Hakkının Tanımı 5

II. Cayma Hakkının Amacı 9

§ 2 CAYMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ 11

I. Cayma Hakkının Yenilik Doğuran Hak Niteliği 11

II. Cayma Hakkının İleri Sürülmesinin Geriye veya İleriye Etkili Olma Sorunu 15

A) Genel Olarak 15

B) Fikri Haklara İlişkin Sözleşmelerin Sürekli Borç İlişkisi Niteliği 15

C) Cayma Hakkının Geriye Etkili Olduğunu Savunan Görüş 19

D) Cayma Hakkının İleriye Etkili Olduğunu Savunan Görüş 21

E) Karma Görüş 22

F) Görüşümüz 24

§ 3 CAYMANIN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ 30

I. Genel Olarak 30

II. Dönmeden Ayırt Edilmesi 31

III. Fesihten Ayırt Edilmesi 35

IV. İptalden Ayırt Edilmesi 39

V. Geri Almadan Ayırt Edilmesi 41

II. BÖLÜM

CAYMA HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUMU 48

§ 1 CAYMA HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ 48

I. Türk Fikri Haklar Hukuku Alanında Cayma Hakkının Ortaya Çıkışı 48

II. Alman Fikri Haklar Hukuku Alanında Cayma Hakkının Ortaya Çıkışı 52

A) Yasal Düzenlemeler 52

B) Yargı Kararlarında Cayma Fikri 59

§ 2 KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CAYMA HAKKI 61

I. Genel Olarak 61

II. Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi 63

A) Genel Olarak 63

B) Bern Sözleşmesi'nde Cayma Hakkı 66

III. Anglo-Sakson Hukukunda Cayma Hakkı 68

IV. Kıta Avrupası Hukukunda Cayma Hakkı 74

A) Kıta Avrupası Ülkelerinde Cayma Hakkı Düzenlemelerine Genel Bir Bakış 74

a) Fransız Hukukunda 75

b) İspanyol Hukukunda 77

c) Portekiz Hukukunda 78

d) Yunanistan Hukukunda 78

e) İtalyan Hukukunda 79

f) Nordik Hukukta 80

g) Avusturya ve Belçika Hukuklarında 80

h) İsviçre Hukukunda 81

i) Hollanda Hukukunda 82

B) Alman Hukukunda Cayma Hakkı 82

a) Kullanmama Nedeniyle Cayma Hakkı (*Rückrufsrecht wegen Nichtausübung*) 82

b) Kanaat Değişikliği Nedeniyle Cayma Hakkı (*Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung*) 86

c) İşletmenin Devri Nedeniyle Cayma Hakkı (*Rückrufsrecht bei Unternehmensveräußerungen*) 101

C) Türk Hukukunda FSEK md. 58 Dışında Yer Verilen Diğer Cayma Hakkı Düzenlemeleri....109

a) Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Cayma Hakkı 109

b) Diğer Özel Hukuk Alanlarında Cayma Hakkı....110

aa) Tüketici Hukuku Alanında Cayma Hakkı 110

bb) Borçlar Hukuku Alanında Cayma Hakkı 114

cc) Ticaret Hukuku Alanında Cayma Hakkı 117

c) Değerlendirme 120

III. BÖLÜM

CAYMA HAKKININ KOŞULLARI ve KULLANILMASI....122

§. 1 CAYMA HAKKININ KOŞULLARI....122

I. Cayma Hakkının Esasa İlişkin Koşulları....122

A) Mali Bir Hak veya Ruhsat İktisap Edilmesi 122

a) Mali Hakların Genel Özellikleri 123

b) Mali Hakların Türleri....124

aa) İşleme hakkı 125

bb) Çoğaltma Hakkı....128

cc) Yayma Hakkı 132

dd) Temsil Hakkı 137

ee) İşaret Ses Ve/Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı....139

c) Mali Hakların Devri Sözleşmesi....141

d) Lisans (Ruhsat) Sözleşmesi 148

B) İktisap Edilen Hak ve Yetkilerden Gereği Gibi Faydalanmama 156

a) Mali Bir Hak veya Ruhsat İktisap Eden Bakımından....156

aa) Kullanma Yükümlülüğünün Bulunup Bulunmaması.....156
bb) Gereği Gibi Kullanmama.....162
cc) Hiç Kullanmama.....166
b) Üçüncü Bir Kişi Tarafından.....168
C) Gereği Gibi Faydalanmamanın Belirli Bir Süre Devam Etmesi.....173
D) Menfaatlerin Esaslı Surette İhlali.....177
II. Caymanın Şekli Koşulları.....184
A) Mehil.....184
a) Mehilin Belirlenmesi.....184
b) Mehil Tespitine Gerek Olmayan Haller.....188
B) İhbar.....192
§. 2 CAYMA HAKKININ KULLANILMASI.....195
I. Cayma Hakkının Uygulama Alanı.....195
II. Cayma Hakkı Sahibi.....198
A) Eseri Sahibi.....198
a) Eser Sahibinin Tek Kişi Olması.....198
b) Birden Fazla Kişinin Eser Sahipliği.....202
aa) İştirak Halinde Eser Sahipliği.....203
bb) Müşterek Eser Sahipliği.....208
B) Halefler.....210
C) Bağlantılı Hak Sahipleri.....215
D) Mali Hak Sahipleri.....219
E) Meslek Birlikleri.....224
F) İstihdam Edenler.....225
III. İddia ve İspat Külfeti.....228
IV. Kısmi Caymanın Mümkün Olup Olmaması.....231

IV. BÖLÜM

CAYMA HAKKININ HÜKÜM VE SONUÇLARI ve 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN CAYMA HAKKI 233

§ 1 SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ 233

I. Hakkın Geri Dönmesi 233

II. Tazminat Ödeme Yükümlülüğü 236

§ 2 CAYMA HAKKINA İTİRAZ 242

§ 3 CAYMA HAKKININ EMREDİCİ NİTELİĞİ, CAYMA HAKKINDAN FERAGAT, CAYMA HAKKININ KISITLANMASI ve KAYBEDİLMESİ 245

I. Cayma Hakkının Emredici Niteliği 245

II. Cayma Hakkından Feragat 246

III. Cayma Hakkının Kısıtlanması 248

IV. Cayma Hakkının Kaybedilmesi 249

§.4 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA YAYIN SÖZLEŞMESİNDEN CAYMA HAKKI 250

I. Yayın Sözleşmesi 250

A) Yayın Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği 250

B) Yayın Sözleşmesinde Tarafların Borçları 254

II. Yayın Sözleşmesinde Basım Sayısı ve Baskı Adedinin Belirlenmesi 257

A) Basım Sayısının Belirlenmesi 257

B) Baskı Adedinin Belirlenmesi 259

III. 6098 Sayılı TBK'da Yer Alan Cayma Hakkı Düzenlemesi 261

A) FSEK ile TBK Arasındaki İlişki 261

B) 6098 Sayılı TBK'da Düzenlenen Cayma Hakkının Gerçek Mahiyeti 263

SONUÇ 272

KAYNAKÇA 280

ÖZET 295

ABSTRACT 296

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
Art.	Article
Auf.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	Baskı
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Borçlar Kanunu (818)
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CDPA	Coyright, Designs and Patent Act 1988
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
Çev.	Çeviren
dipn.	dipnot
E.	Esas
Ed.	Edition
FMR	Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HD	Hukuk Dairesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901
md.	madde

N.	Number
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
PatKHK Kararname	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde
RG	Resmi Gazete
Rn.	Randnummer
s.	sayfa
S.	Satz
Sa.	Sayı
T.	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu (6098)
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
URG (Schweiz)	Bundesgesetz über das Urheber und verwandte Schutzrechte
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
VARA	Visual Artists Rights Act of 1990
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve diğer
VerlagG	Gesetz über das Verlagsrecht
Vol.	Volume
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty

GİRİŞ

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md. 27, "*herkesin, yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasına hakkı*" olduğunu düzenlemektedir. Nitekim eser sahipliği ve eser sahipliğinden doğan haklar, bugün tüm dünyada tanınmakta ve hem iç hukukta hem de uluslararası sözleşmelerle korunmaktadır. Günümüzde bu kavramlar farklı hukuk sistemlerinin kanunlarında yer alıyor olsa da bu hukuk sistemlerinin eser sahipliği kavramına verdikleri önemin derecesi farklı düzeylerde olabilir. Örneğin hukukta iki ana eksen olan Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi, fikri haklar alanında da farklı yaklaşımlara sahiptir. Dahası Kıta Avrupası'nda yer alan ülkelerin hukukları arasında da her alanda yeknasak bir görünüm bulunmayabilir. Nitekim cayma hakkı düzenlemesi, bu ülkeler arasında yeknesak bir şekilde düzenlenmemiş konulardan birisidir. Buna karşılık harmonizasyon çabalarının da etkisiyle söz konusu sistemin eser sahibine verdiği önemin ve eser sahipliğinden doğan haklara yönelik tutumun aynı yönde olduğundan bahsedilebilir.

Kıta Avrupası hukuk sistemi, eser ve eser sahibini birbirine bağlı kavramlar olarak nitelendirmektedir. Eseri korumak, eser sahibini korumak anlamına gelmektedir. Kuşkusuz fikri haklar bakımından eser sahibinin korunması kadar toplumun eserlere ulaşabilmesi ve bu yöndeki toplumsal çıkarın korunması da önemlidir. Ancak eser sahibini korumakta da toplumsal bir yön vardır; zira herkes potansiyel olarak eser sahibidir. Dahası, fikri yaratımların özendirilmesi ve teşvik edilmesinde eser sahiplerinin korunması önemli bir iticü güç oluşturur. Zira bireylerin yeni fikri ürünler yaratmaları ancak hukuki bakımdan korundukları bir sistemde teşvik edilebilir. Eser sahipliğinin devredilememesi, eser sahibi olabilmek için özgün

bir eseri yaratmak haricinde herhangi bir kayıt veya tescil şartının gerekmemesi, esere yönelik ihlallere karşı eser sahibinin başvurabileceği kanun yollarının tanımlanmış olması, mali haklarını devreden eser sahibinin hala manevi menfaatleri uhdesinde bulunduruyor olması vb. ilkeler, eser sahibini koruyucu ilkelerdir. Cayma hakkı da Türk ve Alman hukuklarında manevi niteliği ağır basan bir hak olarak eser sahibini koruyucu düzenlemelerden birisi olarak kabul edilmektedir.

Eser sahipleri, mali haklarını ve mali haklarını kullanma yetkisini sözleşmeler aracılığıyla başkalarına devretmektedirler. Bu sözleşmeler ile aynı zamanda eser, umuma arz edilmektedir. Fikri haklar sözleşmeleri, eser sahibinin manevi ve mali hakkını kullanmasını sağlamakta; ekonomik boyutlar içermekte ve umumun eserlere ulaşmasını ve bunlardan faydalanmasını sağlamak suretiyle kültür ve bilgi birikimine katkı sağlamaktadır. Eser sahibinin fikri ürününün umuma arz edilebilmesi ve eser sahibine bazı menfaatler sağlanabilmesi için FSEK'e uygun şekilde bu eserden faydalanılması gerekmektedir. Eserden faydalanılmaması durumunda eser sahibinin adeta eli kolu bağlanmış hale gelmekte ve eser sahibinin menfaatleri ve dolayısıyla fikri mülkiyet sistemi önemli surette zedelenmektedir. Eser sahibi, fikri haklar sözleşmesiyle devredilen haktan veya yetkiden faydalanılmadığı durumlarda cayma hakkını kullanarak menfaatlerini ihlal eden sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Bu sebeple eser sahibine tanınan cayma hakkı, eserin ve eserin yaratıcının korunması amacını güden fikri mülkiyet hukuku sisteminin özünü teşkil eden bu ruha uyumlu ve araştırılmaya değer bir konudur.

Eser sahibinin cayma hakkı; FSEK md. 58'de cayma hakkının koşulları, cayma hakkına karşı başvurulabilecek imkânlar, cayma hakkından önceden vazgeçmeye ve cayma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasaklar olmak üzere oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Cayma hakkına ilişkin incelenebilecek

diğer hususlar ise özellikle Alman doktrini tarafından tartışılmış olup; bu hususta Türk hukukunda ayrıntılı bir inceleme yer almamaktadır. Bu çerçevede çalışmamızın konusunu oluşturan FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkı, Alman hukukunda kullanmama nedeniyle cayma hakkının düzenlendiği UrhG § 41 ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Bunun yanı sıra, Alman hukukunda tartışılmış ve cayma hakkına ilişkin akla gelebilecek birçok nokta, mümkün olduğunca çalışma kapsamına alınmıştır. Çalışmamızda Alman hukukunun referans noktası olarak alınmasının sebebi, Türk fikri mülkiyet hukukunun Alman fikri mülkiyet hukuku etkisinde bir hukuk dalı olmasıdır. Ancak özellikle cayma hakkı bakımından, Alman hukuku dışındaki hukuk sistemleri de çalışmamızda karşılaştırmalı bir biçimde incelenmektedir.

Bu çerçevde çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm cayma hakkı kavramının tanımı, hukuki niteliği ve cayma hakkının benzer kavramlardan ayırt edilmesine ilişkin olup; cayma hakkına ilişkin kuramsal tartışmaların yer aldığı bir bölümdür. İkinci bölüm, cayma hakkının tarihi gelişimi ve karşılaştırmalı hukuktaki durumunun incelendiği bir bölüm olup; özellikle bu kavramın doğuşuna ve kaynak ülke olan Alman hukukunda algılanışına yönelik bilgiler içermektedir. Bu bölümde ayrıca Türk hukukunda yer almayan "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" ve "işletmelerin devri nedeniyle cayma hakkı" konularına yer verilmekte olup; bu konuya ilişkin Türk hukukuna yönelik önerilerilerimizi içermektedir. Üçüncü bölüm, cayma hakkının maddi ve şekli koşullarına, cayma hakkının uygulama alanına, cayma hakkını ileri sürebilecek olanların kimler olabileceğine ve cayma hakkına ilişkin akla gelebilecek diğer teknik sorunlara ilişkin ayrıntılı bir bölümdür. Bu bölümde Alman hukukundaki cayma hakkı ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılmakta ve Türk hukukundaki boşluklara yönelik çözümler için Alman hukuk

doktirini tarafından ortaya atılan görüşlere yer verilmektedir. Dördüncü bölüm ise cayma hakkının hüküm ve sonuçları ile 2012 yılında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca yayın sözleşmeleri için getirilen yeni bir cayma hakkı düzenlemesinin yer aldığı son bölümdür. Bu bölümde özellikle 6098 sayılı TBK'da cayma hakkı olarak ifade edilen bu hakkın gerçek niteliği incelenmiş ve bu konu, Türk hukukunda cayma hakkının nasıl algılanıp ne yönde uygulanması gerektiğine ilişkin tezimizin ana savı ekseninde ele alınmıştır.

I. BÖLÜM

CAYMA KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

§ 1 CAYMA KAVRAMI

I. Cayma Hakkının Tanımı

Bir eserin vücuda getirilmesiyle beraber başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın *ipso jure* doğan eser sahipliği, sahibine bazı haklar bahşetmektedir. Birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmayan ancak genel itibariyle mali ve manevi haklar şeklinde iki hak kategorisi içerisinde gruplandırılan bu haklar, eser sahibinin eserini herhangi bir şekilde değerlendirip değerlendirmediğinden veya eserini kendi özel alanı dışına çıkarıp çıkarmadığından bağımsız olarak, yalnızca eser sahipliği kavramına içkin bir biçimde, eser sahibinin şahsında varlığını sürdürmektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) mali veya manevi hak kategorilerinden herhangi birisine dâhil olmasa da eser sahipliğine bağlanan bir başka hak daha vardır. Bu hak, eser sahibinin "cayma hakkıdır". Eser sahibi, eserini kendi özel alanı dışına çıkarmadığında dahi potansiyel olarak cayma hakkına sahip olmaya devam etmektedir. Ancak böyle bir durumda bu hakkın ortaya çıkması hiçbir zaman söz konusu olmamaktadır. Aynı biçimde, eser sahibinin eserlerini kendi başına değerlendirdiği durumlarda da cayma hakkından söz edilemez. Örneğin bir kimsenin kendi şiirlerini kendi web sayfasında paylaşması durumunda eser bu yolla umuma arz edilmiş olsa dahi eserin umuma arz edilişi sürecine bir başka kişi müdahil olmadığı ve ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için cayma hakkının kullanılması ihtiyacı ortaya çıkmaz.

İçeriği her ne olursa olsun eser sahibinin mali haklarını veya bu hakları kullanma yetkisini (ruhsat/lisans vermek) devrettiği fikri haklar sözleşmelerinde arzulanan, tıpkı her sözleşmede olduğu gibi, sözleşmeden beklenen amacın yerine getirilmesi ve mali hakkı veya kullanma yetkisini devralan (ruhsat/lisans iktisap eden) kişinin sözleşmeye uygun davranmasıdır. Ne var ki fikri haklara ilişkin sözleşmeler, klasik borçlar hukuku sözleşmeleri ile aynı nitelikte değerlendirilemez. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde ekonomik menfaat-manevi menfaat ilişkisi, klasik bir borçlar hukuku sözleşmesinde olduğundan çok daha farklı bir görünüm arz eder. Zira fikri haklara ilişkin sözleşmelerde eser sahibinin sahip olduğu manevi haklar, çoğu zaman mali hakların kullanılması ile somut etkiler doğurmaya başlarken; bazı örneklerde ise eser sahibi tarafından manevi hakların kullanılması, mali hakların kullanılmasından çok daha önemli olabilir. Örneğin doktora tezini kitap haline getirip yayımlatan bir araştırmacı için çoğu zaman önemli olan, bu kitaptan alacağı telif ücretinden ziyade manevi menfaatleridir. Aynı şekilde makalesini bir dergiye yayımlanması için yollayan bir kişi, bu makalenin yayımlanması için herhangi bir maddi karşılık beklemeksizin sadece makalesinin umuma arzını amaçlayabilir. Bununla bağlantılı olarak, eserin umuma arz edilmesi (FSEK md. 14) veya eserde sahibinin izni olmadan değişiklik yapılamaması (FSEK md. 16) örneklerinde olduğu gibi bazı manevi hakların somut olarak anlam kazanabilmesi için öncelikle bazı mali hakların kullanılması (eserin yayımlanması ve çoğaltılması veya temsil edilmesi gibi) gerekliliği gündeme gelebilir. Özellikle eserin umuma arz edilmesi bakımından eserin yayımlanması adeta bir ön koşul niteliğindedir. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerin bu niteliğine bakıldığında, fikri haklar alanının kendisine has niteliği daha da belirgin olmaktadır. [1]

[1] Nitekim cayma hakkı kavramının tarihsel olarak ortaya çıkmasının nedenlerinden birisi olarak, fikri

Potansiyel olarak eser sahipliğine içkin bir biçimde varlığını sürdüren; ancak mali hakların bir biçimde kullandırılması halinde ortaya çıkan cayma hakkına ilişkin kesin bir tanım verilebilmesinin bazı açılardan zor olduğu söylenebilir. Nitekim, göreceli olarak yeni bir kavram olan ve tarihsel olarak fikri hakların kendisine has niteliği gereği fikri haklar hukuku içerisinde gelişen ve anlam kazanan cayma hakkı kavramı, bu kavramı düzenleyen FSEK md. 58 hükmüne yer verilmeden tanımlanamaz ve kavramın ilk ortaya çıkış yeri olan Alman hukukunda bu konuya dair yapılan tartışmalara değinilmeden tam anlamıyla anlaşılamaz. Bunun yanı sıra, bir kavrama ilişkin yapılan tanımın sadece o kavramın belirli özelliklerinin sıralanması şeklinde değil; o kavrama duyulan ihtiyacın ve o kavramın varlık amacının ne olduğu sorusuna yanıt verilmesi durumunda anlam kazanacağı düşünülürse, fikri haklar alanında cayma hakkına ilişkin doktrinde yapılan tanımlar sınırlı ve yüzeysel bir görünüm arz eder. Bu açıdan, doktrinde bu konuya dair yapılan tanımlar incelendiğinde cayma hakkının FSEK md. 58 veya bunun Alman Fikri Haklar Yasası'ndaki (UrhG- *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*) karşılığı olan UrhG § 41 hükümlerine değinilmeden tanımlanmamış olması ve dahası bu kavramı ortaya atan *Hans Otto de Boor*'un tarihsel açıklaması olmadan bu kavrama neden ihtiyaç duyulduğunun sadece tanımı okuyarak tam anlamıyla kavranamayacak olması şaşırtıcı gelmemelidir. Buna karşılık, doktrinde cayma hakkına ilişkin verilen bazı tanımlar -her ne kadar bunların bazıları oldukça teorik gibi gözükse de- bu noktada anılmaya değerdir. Zira bu tanımlar cayma hakkını kavramsal olarak açıklarken FSEK md. 58 veya UrhG § 41'in ötesinde açıklamalara yer vermiştir.

---

haklara ilişkin sözleşmelerin, klasik borçlar hukuku sözleşmeleri niteliğinde olmaması zikredilmektedir. Bkz. Bölüm II, § 1, II, A, s. 54.

Serozan'a göre *"Cayma hakkı (Rückrufsrecht), borçlanma işlemine münhasır dolaylı (endirekt) etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız (direkt) bir güçle etkili kılınmış türüdür."* [2] Cayma hakkına ilişkin tanım, *Öz* tarafından "*(cayma)... geçmişe etkili sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemine olan doğrudan etkisini ifade etmek için kullanılan bir kavram(dır)*…" şeklinde ifade edilmektedir.[3] Benzer bir tanım yapan *Wandtke*'ye göre ise cayma hakkı, tasarruf işlemine doğrudan etkisi bulunan yenilik doğuran bir hak olarak eser sahibi lehine kanunda öngörülmüş olan bir koruma hükmüdür.[4]

Fikri haklarda cayma hakkı kavramına FSEK md. 58'de yer verilmiştir. FSEK md. 58/I uyarınca: *"Mali bir hak ve ruhsat iktisap eden kimse; kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir."*

Bu çerçevede, FSEK md. 58 hükmü ve kavrama dair bazı tartışmalı noktalar da göz önünde bulundurularak, fikri haklarda cayma hakkına ilişkin genel bir tanım şu şekilde yapılabilir:

Fikri haklarda cayma hakkı, sadece yayın sözleşmeleri değil, mali hakların eser sahibi tarafından bir başkasına kullandırıldığı tüm fikri haklar sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilen; kullanılması özel maddi ve şekli şartlara bağlı olan; kullanılması halinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın hakkın sahibine geri dönmesi ile sonuçlanan (tasarruf işlemi niteliğinde) ve eser sahipliğinden doğan haklardan en etkili biçimde yararlanılabilmesi amacıyla kanun tarafından eser sahibi lehine tanınan bir koruma hükmüdür.

---

[2] **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, B. 12, İstanbul 2007, s. 136.
[3] **Turgut Öz,** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 25, dipn. 6.
[4] **Artur Axel-Wandtke/Winfried Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auf., München 2014, § 41, Rn. 1.

Cayma hakkı, kendisine bir mali hak veya ruhsat verilen kişinin bu hakkı belirli bir süre içerisinde hiç veya gereği gibi kullanmaması durumunda menfaatleri esaslı surette ihlal edilen eser sahibinin bu kişi ile yaptığı sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesini sağlayan bir haktır.

II. Cayma Hakkının Amacı

Bir eser meydana getiren kişinin eserinin umuma arz edilmesi bakımından manevi ve maddi gerekçelerden kaynaklanan bazı esaslı menfaatleri bulunmaktadır. Ancak bir eserin umuma arz edilmesi noktasında eser sahibinin kendi imkânları çoğunlukla yeterli gelmez ve özellikle maddi menfaatlerin tam anlamıyla gerçekleştirilememesi söz konusu olabilir. Bu açıdan eser sahibi, menfaatlerini tam anlamıyla elde edebilmek için çoğunlukla eserini umuma arz edebilecek bir aracıya ihtiyaç duymakta ve bu amaçla eser sahipliğinden doğan mali haklarını veya bunları kullanma yetkisini bir sözleşme ile başkasına devretmektedir.

Bazı durumlarda eser sahibinden mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kişi -tıpkı her sözleşmede olduğu gibi- eser sahibi ile aralarında bulunan sözleşmeye aykırı davranışlar sergileyebilir veya eser sahibinin menfaatleri herhangi bir şekilde ihlal edilmiş olabilir. Bu durum, cayma hakkının söz konusu olabilmesi için gerekli olan maddi koşullardan ilkini oluşturmaktadır. Cayma hakkı için gerekli olan bir diğer maddi koşul ise mali hakkı veya kullanma yetkisini devralan kişinin bu hakkı hiç veya gereği gibi kullanmamasıdır. Eser sahibi ile hakkı devralan kişi arasındaki sözleşmeye ve eserin niteliğine bağlı olarak değişiklik gösterebilecek bu aykırılık hali nedeniyle eser sahibinin ifaya ilişkin haklı beklentilerinin gerçekleşmemesi durumunda, eser sahibinin menfaatlerinin hem ekonomik hem de manevi açıdan ihlal edilmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır.

Örneğin bir yayınevinin, bir romanın dağıtımını yeterince gerçekleştirmemesi nedeniyle eser sahibinin ün yapmasının dolaylı olarak engellenmesi veya eserin tutulmadığı algısı yaratılması gibi durumlarda eser sahibinin manevi ve maddi menfaatleri ihlal edilmektedir.[5]

Eser sahibinin menfaatlerinin ihlal edilmesi tehlikesini bertaraf edebilmek adına eser sahibinin haklarını korumayı ve hakkın devredildiği kişinin bu hakkı kullanmasını temin etmeyi amaçlayan kanunkoyucu, eser sahibine, FSEK md. 58'de "cayma hakkı" adı altında özel bir hukuki çare (*Rechtsbehelf*) öngörmüştür. Böylece eser sahibi, menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiğini düşündüğünde, maddede öngörülen koşulları yerine getirerek sözleşmeden tek taraflı olarak cayabilmekte ve eser sahibinin korunmaya değer menfaatleri bu yolla güvence altına alınabilmektedir. Eser sahibinin eserinin umuma arz edilmesi noktasındaki korunmaya değer menfaati, bir yandan eser sahibinin manevi alanı ile ilgiliyken; diğer yandan da eserinin ekonomik olarak değerlendirilmesi ile ilgilidir. Bu açıdan FSEK md. 58 hükmü ile düzenlenen cayma hakkı, bir yönden eser sahibinin manevi haklarına ilişkin bir hüküm diğer yönden ise mali haklarını koruma altına alan bir norm olarak nitelendirilmektedir. Bu husus, cayma hakkının çift karakterli (*doppelnatur*) niteliği olarak adlandırılmaktadır.[6] Ancak bu çift karakterli niteliğine karşılık cayma hakkı, manevi hak kategorisine yakın duran ve manevi hak niteliği ağır basan bir haktır. Zira eser sahibine mali hakkını veya kullanma yetkisini devrettiği kişi ile yaptığı sözleşmeden cayabilmesi imkânının tanınmış olmasının altında yatan, eser sahibi ile eseri arasındaki ayrılmaz ilişkiye verilen değerdir. Nitekim eser sahibi, eseri üzerindeki tüm mali haklarını devretmiş olsa dahi hâlâ eser sahibi olarak kalmakta ve

[5] **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 5, İstanbul 2012, § 15/40, s. 238.
[6] **Gerhard Schricker,** Urheberrecht, 3. Auf, München 2006, § 41, Rn. 2-4, s. 851; **Dreyer/Kotthoff/Meckel/Zeisberg-Kotthoff**, Urheberrecht, 3. Auf, Heidelberg 2013, § 41, Rn. 1, s. 686-687; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 1-2, **Ulrich Löwenheim**, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auf, München 2010, § 16, Rn. 25.

eseri üzerindeki manevi menfaatleri devam etmektedir. Bu açıdan cayma hakkını, mali hakların devri halinde doğan, eser sahibinin hem mali hem de manevi menfaatlerinin ihlali halinde gündeme gelebilen ve FSEK'de bir manevi hak olarak nitelendirilmese dahi manevi haklara yakın bir noktada duran bir hak olarak kabul etmek gerekir. Bu anlamda cayma hakkının amacı ise bir "*hukuki çare*" [7] olarak eser sahibini korumak ve "*özel bir hukuki sebep*"[8] olarak eser sahibinin menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi imkânını sağlamak şeklinde ifade edilebilir.

§ 2 CAYMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Cayma Hakkının Yenilik Doğuran Hak Niteliği

Cayma hakkına özellikle, eser sahibinin mali hakkının değerlendirilmesi ihtiyacının devam etmesine karşılık iktisap edenin bu hakkı değerlendirmek yönünde herhangi bir menfaatinin kalmadığı veya bu hakkı değerlendirmeyi ihmal ettiği durumlarda ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum ortaya çıktığında eser sahibi, kanunda kendisi için bir hukuki çare olarak öngörülmüş olan cayma hakkını ileri sürerek hakkı veya yetkiyi devrettiği kişi ile arasındaki sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilmektedir.

Cayma hakkının kullanılması ile beraber taraflar arasındaki sözleşme sona erer ve eser sahibi tarafından devredilen mali hak veya kullanma hakkı kendiliğinden, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, sahibine geri döner. Bu durum, cayma hakkının yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmesi ile açıklanır.[9] Zira bilindiği

[7] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 1-2.
[8] **Löwenheim,** § 16, Rn. 27.
[9] **Şafak Erel**, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, B. 3, Ankara 2009, s. 302; **Fırat Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 588.

gibi yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir hukuki işlem ile başka bir şahsın hukuki durumunu etkileme; daha somut bir ifadeyle, bir şahsın hukuk alanında bir hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek yönünde bir değişiklik yapma yetkisi veren ve hakkın kullanılması ile beraber muhatabın "*işbirliğine*" ihtiyaç olmaksızın arzu edilen amacın gerçekleşmesini sağlayan haklardır.[10] Bu açıdan cayma hakkının kullanılması ile beraber eser sahibi, tek taraflı irade açıklamasıyla söz konusu hukuki ilişkiyi sona erdirmekte ve hak sahibinin hukuk alanında bu anlamda bir değişiklik yaratmaktadır.

Bir hakkın yenilik doğuran hak kategorisi içerisinde yer alıp almadığı söz konusu olduğunda o hakkın tek taraflı bir irade beyanıyla bir başkasının hukuk alanında bir hukuki ilişkiyi kurucu, değiştirici ve sona erdirici bir etki yarattığından bahsetmek, bu hakkın yenilik doğuran hakların tanımı içerisine girdiğini zikretmek açısından anlamlıdır. Ancak yenilik doğuran hak kavramı bakımından ele alınması ve incelenmesi gereken birden fazla unsur olduğu ve konunun bundan biraz daha karmaşık olduğu bir gerçektir. Bunun yanı sıra, doktrinde bir kısım yazarlar [11] cayma hakkını, eser sahibinin devrettiği hakkı kullanmaktan kaçınması yönünde hak sahibine karşı ileri sürebileceği bir "talep hakkı" [12] olarak nitelendirmektedir. Buna karşılık bugün fikri haklar alanında cayma hakkı dendiğinde, hem Alman hem de Türk hukukunda "eserin kullanılmaması nedeniyle cayma hakkının" (UrhG § 41 ve FSEK

[10] **Karl Larenz**, Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auf., München 1989, §13, s. 220; **Manfred Wolf/Jörg Neuner**, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, 10. Auf., München 2012, § 20, Rn. 29, s. 220.**Vedat Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 395.

[11] Bu yazarlar ve açıklama için bkz. **York Graf von Pfeil**, Urheberrecht und Unternehmenskauf, Berlin 2007, s. 92, dipn. 342.

[12] Eser sahibinin, devredilen hakkın kullanılmaması yönünde yalnızca bir "talep hakkına" sahip olması ile eser sahibinin "yenilik doğuran bir hakka" sahip olması arasında nitelik itibariyle bazı farklar bulunmaktadır. Genel olarak, "yenilik doğuran haklar" ile "talep hakları" arasındaki farkı açıklamak için ileri sürülen argümanlar, yenilik doğuran hak sahibi ile muhatap arasında kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir "*tabiiyet ilişkisinin*" var olduğu veya bu durumda muhatabın hak sahibine "*bağlılığından*" söz edilebileceği; buna karşılık talep hakları bakımından taraflar arasında bir alt-üst ilişkisinin bulunmadığı ve talep hakkı sahibinin karşısındaki kişinin yalnızca bir "*yükümlü*" olduğu yönündedir. Bu açıdan yenilik doğuran hakka sahip olan kişinin, talep hakkına sahip olanın aksine, adeta tek taraflı bir hukuki işlemle "*hukuk vazetme*" yetkisine sahip olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 68 vd.

md. 58) yenilik doğuran bir hak (*Gestaltungsrecht*) olarak nitelendirildiği ve cayma hakkının ileri sürülmesinin de tek taraflı bir irade açıklaması (*einseitige Willenserklaerung*) olarak kabul edildiği hususunda bir görüş birliği bulunmaktadır.[13]

Cayma hakkının ileri sürülmesi, eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin hukuk alanında doğrudan sonuçlar meydana getiren bir etkiye sahiptir. Buna karşılık, FSEK md. 58 uyarınca bu etkinin yaratılabilmesi için mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kişinin kararlaştırılan süre içerisinde veya böyle bir süre tayin edilmemişse münasip bir zaman içerisinde hak ve yetkilerinden gereği gibi faydalanmaması ve bu nedenle eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi gerekmektedir. Ayrıca cayma hakkının söz konusu olabilmesi için eser sahibi tarafından noter vasıtasıyla diğer tarafa mehil verilmeli ve ihbarda bulunulmalıdır. Görüldüğü gibi eser sahibinin, tek taraflı bir hukuki işlem ile muhatabın hukuki alanını etkileyen sonuçlar doğurabilmesi için FSEK md. 58'de öngörülen belirli maddi ve şekli şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Ancak bu gereklilik, cayma hakkının yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi bakımından bir tereddüt doğurmaz.

Şöyle ki; bazı yenilik doğuran hakların kullanılabilmesi için kanunda veya sözleşmede belirtilen bazı şartların yerine getirilmesi gerektiği ve bu anlamda hak sahibinin yenilik doğuran hakkı dilediği zaman kullanamayacağı; ancak bu durumun yine de o hakkın yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesini engellemeyeceği kabul edilmektedir. Dahası, hakkın kullanılmasının kanunda veya sözleşmede öngörülen

[13] **Erel**, s. 302; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 588; **Löwenheim**, § 16, Rn. 48, **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 1; **Josef Limper/ Christian Musiol**, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2. Auf., Köln 2011, Rn. 593, s. 162; **Pfeil**, s. 92; **Necla Giritlioğlu**, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967, s. 81; **Manfred Rehbinder**, Urheberrecht, München 2010, § 44, Rn. 587, s. 230; **Haimo Schack**, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. A., Tübingen 2013, § 16, Rn. 633, s. 314; **Engin Erdil**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 2009, s. 1093; **Emre Gökyayla**, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2011, s. 308; **Mustafa Tüysüz**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007, s. 130; **Gürsel Öngören**, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri, İstanbul 2010, s. 345.

sebeplerin varlığına bağlı olduğu durumların, aynı zamanda bu yenilik doğuran hakların tanınmasının haklılığını oluşturduğu ve bu sebeple doktrinde bunlara, yenilik doğurucu sebep (*Gestaltungsgrund*) adı verildiği belirtilmektedir. [14] Nitekim birden fazla kişinin dâhil olduğu bir hukuki ilişkinin tek taraflı bir hukuki işlem ile kurulmasının, değiştirilmesinin veya sona erdirilmesinin ancak bu hususta bir sözleşme yapılması halinde mümkün olacağı kuralını ifade eden "*sözleşme prensibinin*" bir istisnası olan yenilik doğuran haklar [15] (ve bu arada cayma hakkı), böyle bir istisnanın ancak ve esas olarak bir kanun hükmü ile söz konusu olabileceği ilkesine uygun olacak şekilde, gerekli olan maddi ve şekli koşullar da belirtilmek suretiyle, FSEK md. 58'de ayrıntılı bir biçimde hüküm altına alınmıştır. FSEK md. 58'de yer alan şekli ve maddi koşullar, hem cayma hakkının "yenilik doğurucu sebebini" hem de eser sahibine cayma hakkı tanınmasının haklılığını oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, mali bir hak ve ruhsat iktisap eden kişinin bu hakkı kullanmaması nedeniyle eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi, hem yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen cayma hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli olan koşulları hem de cayma hakkının yenilik doğuran bir hak olarak tanınmasının haklılığını ifade etmektedir.

Sonuç olarak cayma hakkı, mali bir hak veya bir kullanma yetkisi elde eden kişiye karşı fikri haklara ilişkin sözleşmelerde belirli maddi ve şekli koşulların varlığı halinde ileri sürülebilecek olan, kullanılması ile beraber sözleşmenin sona erdirilmesi ve hakkın sahibine geri dönmesini sağlayan, tek taraflı bir irade açıklaması ve kanundan doğan bozucu yenilik doğuran bir haktır.

[14] **Wolf/ Neuner**, § 20, Rn. 35; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 210.
[15] **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 64.

II. Cayma Hakkının İleri Sürülmesinin Geriye veya İleriye Etkili Olma Sorunu

A) Genel Olarak

Cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber fikri haklara ilişkin sözleşme son bulur. Bu sözleşme ile devredilen hak veya yetki, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sahibine geri döner. Buna karşılık, cayma hakkının sözleşmeyi ileriye etkili (*ex nunc*) olarak mı yoksa geriye etkili (*ex tunc*) olarak mı sona erdireceği noktasında doktrinde bir takım fikir ayrılıkları bulunduğu görülmektedir.

Bu görüşleri genel olarak iki kategori altında incelemek mümkün olsa da yakından bakıldığında aslında her bir kategori içerisinde de birbirinden farklı görüşlerin bulunduğu ve dahası bazı yazarların üçüncü bir görüş olarak nitelendirilebilecek karma bir görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi olacağına ilişkin doktrinde yer alan ve bazen sadece teorik bir tartışma gibi gözüken bu tartışmalara geçmeden önce, konu ile ilgisi sebebiyle, fikri haklara ilişkin sözleşmelerin ani edimli sözleşmeler olarak mı yoksa sürekli edimli sözleşmeler olarak mı kabul edildiğinden bahsetmek yerinde olur.

B) Fikri Haklara İlişkin Sözleşmelerin Sürekli Borç İlişkisi Niteliği

Bir sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olup olmadığı, alacaklının (asli) edimdeki menfaatlerinin gerçekleşmesi olarak nitelendirilebilecek olan edim sonucunun, bir defada aniden mi yoksa zaman içerisinde belirli bir süreyi kapsayarak mı gerçekleştiğine bakılarak tespit edilir.[16] Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, tarafların veya en azından bir tarafın edim yükümünün, devam eden bir davranış veya kural olarak devam eden bir edim şeklinde var olduğu, edim sonucunun zamana

[16] **Özer Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 6-7; **Öz**, s. 14.

yayıldığı ve sözleşme devam ettiği müddetçe sürekli bir biçimde devam eden edim yükümlülüğünün zaman içerisinde yeniden ortaya çıktığı ve adeta zamanla beraber arttığı sözleşmelerdir.[17] O halde ani edimli borç ilişkilerinin aksine, sürekli edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmemektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak da menfaatlerin zamana yayılan bir biçimde gerçekleşmesi beklentisi, taraflar arasında yoğun bir güven ve sıkı bir kişisel ilişkinin varlığını gerektirir. [18] Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler incelendiğinde edim borçlusunun adeta bütün zamanını ifaya ayırdığı ve bir süre boyunca aynı davranışta bulunmak veya belirli bir davranıştan kaçınmak suretiyle kendi ekonomik özgürlüğünü sınırlandırdığı görülmektedir. Aynı şekilde alacaklı da geçici bir borç ilişkisi kurmak yerine edim borçlusuna güvenerek, gelecekte de sözleşmeye uygun davranılacağı beklentisine sahiptir. Bu nedenle de sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunlaştığı ve bazı yan yükümler ile davranış yükümlerinin arttığı gözlenmektedir.[19] Kanımızca söz konusu güven unsuru, sürekli borç ilişkilerinin tespiti bakımından son derece önemli bir kriter olarak görünmektedir.

Fikri haklara ilişkin sözleşmelerin konusunu, ya eser sahibine tanınan mali hakların bir başkasına devri ya da mali haklar eser sahibinde kalmaya devam etmek üzere mali hakların kullanımının devri (ruhsat) oluşturmaktadır (FSEK md. 48). Fikri haklara ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığının tespiti bakımından mali hakların devri sözleşmeleri ile mali hakların kullanımının devri sözleşmelerini ayrı ayrı incelemek yerinde olur.

---

[17] **Karl Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil, 14. Auf. München 1987, Rn. II-19, s. 273; **Ulrich Huber**, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen-Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, Rn. 46, s. 437.
[18] **Seliçi**, s. 8, 10 ve 34.
[19] **Seliçi,** s. 33-34; **Serozan**, s. 163-165.

Mali hakların kullanma yetkisinin devri (ruhsat), bir lisans sözleşmesidir. Genel olarak lisans sözleşmeleri, kullanım hakkının devredildiği sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde kira sözleşmelerinde olduğu gibi bir durum söz konusudur. Bu nedenle de genel olarak mali hakların kullanımının devri sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. [20] Öte yandan mali hakların devri sözleşmelerinde eser sahibi, sadece mali hakların kullanma yetkisini değil; mali hakkın kendisini, yani mülkiyeti de devretmektedir. Dahası mali hakların devri sözleşmesi ivazlı bir biçimde yapıldığında ve belirlenmiş olan ücretin peşin ödendiği durumlarda edim bir kerede gerçekleşiyor gözükmektedir. Bu açıdan ücretin peşin olarak ödendiği mali hakların devri sözleşmeleri her halde fikri haklar sözleşmelerinin ani edimli sözleşmelere en çok yaklaştığı durumu oluşturmaktadır. Belirlenmiş olan ücretin taksitle ödendiği mali hakların devri sözleşmelerinde veya eserin fasiküller halinde yazıldıkça teslim edilmesinde ise tarafların edimlerinden en az biri dönemli bir edim niteliğindedir.[21] Dönemli edim, ani edim ile sürekli edim arasında yer alır. Ancak dönemli edimli sözleşmelerin yine de ani edimli sözleşmelerdense sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere daha çok benzediği ve bu sebeple söz konusu sözleşmelere sürekli borç ilişkisine özgü kuralların *kıyasen* uygulanması gerektiği savunulmaktadır. [22] O halde asıl tespit edilmesi gereken, mali hakların devri

[20] Aynı yönde: **Aydıncık**, s. 73; **Tüysüz**, s. 83-84; **Hilty**, Lizenzvertragsrecht, Bern 2002, s. 370; **Burak Ongan**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara 2007, s. 50; **Necip Ortan**, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 26. Bazı tereddütlerle de olsa klasik lisans sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu yönünde bkz. **Çağlar Özel**, Marka Lisansı Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2015, s. 123.

[21] **Andreas von Tuhr,** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), C. 1-2, Ankara 1983, s. 50; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Ankara 2015, s. 8.

[22] **Seliçi**, s. 12-20.

Kuntalp, taraflardan birinin borcunun dönemli edim niteliğinde olmasının bu tür sözleşmelerin doğrudan sürekli edimli sözleşmeler olarak kabul edilmesine yol açmayacağını savunmaktadır. Yazara göre, edim miktarının başlangıçta belli olduğu ancak başlangıçta belli olan bu edimin bir anda değil; ard arda ödendiği sözleşmelerin, edim miktarının başlangıçta belli olmadığı ve devam eden edim yükümlülüğünün kapsamının zamana bağlı olduğu sürekli borç doğuran sözleşmelerden (edim miktarının zaman unsuruna yaptığı etki anlamında) farklı olduğu kabul edilmelidir (**Erden Kuntalp**, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 19 ve 27-28).

sözleşmelerinin ivazlı bir biçimde yapıldığı ve belirlenmiş olan ücretin peşin ödendiği durumlarda bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin ne olduğudur.

Mali hakların devrine ilişkin sözleşmelerde eser sahibi, eseri üzerindeki mali haklarının mülkiyetini kısmen veya tamamen, süreli veya süresiz bir biçimde bir başkasına devretmektedir. Bu devir ile beraber hak, eser sahibinin malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına dahil olmaktadır. Ancak her ne kadar bu devir bir kerede gerçekleşmiş olsa da böyle bir durumda tarafların menfaatlerinin bir kerede gerçekleşmediği ve sözleşme ayakta olduğu sürece devam ettiği düşünülebilir. Zira bir kimse mali hakkını bir başkasına devrettiğinde devralan, bu hakkı sınırlı bir biçimde iktisap etmektedir. Bir diğer ifadeyle mali hakkın devredenin malvarlığından ayrılarak devralanın malvarlığına girmesi durumunda bu ayrılık, mutlak bir ayrılık değildir.[23] Mali hakların tümü devredilmiş olsa dahi manevi haklar eser sahibinde kalacağı için devralan kişi bu hakkı -sözleşmede öngörülen süre boyunca veya süresiz bir biçimde dahi olsa- yine de eser sahibinin hakkı üzerinden ve bununla sınırlı olarak –*iura in re aliana*- iktisap etmiş olur. Bu açıdan mali haklar, süresiz bir biçimde devredilmiş dahi olsa manevi hakların kontrolü altındadır. Mali hakkı devralan kişi, olağan malvarlığı haklarının devrinden farklı olarak bu hakkı, eser sahibinin manevi haklarını gözeterek kullanmak zorundadır. Bu durum ise taraflar arasında ancak sürekli borç ilişkilerinde görülebilen bir güvenin ve sıkı kişisel ilişkilerin varlığını gerektirir. Bu sebeple, fikri haklar alanının kendisine özgü yapısı (manevi hakların devre rağmen eser sahibinde kalıyor olması) ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin ve yoğun kişisel ilişkinin varlığı nedeniyle, hem mali hakların devri sözleşmelerinde hem

---

Ozanoğlu, taksitle satış sözleşmesinde miktarı başlangıçta belli olan dönemli bir edim söz konusu olduğunu ancak bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden ayrı bir grup olduğunu kabul etmektedir (**Hasan Ozanoğlu**, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 64-65). Ancak bu sözleşmeler dönemli edim ihtiva etse de, yine kendisi gibi dönemli edim ihtiva eden ard arda teslimli satımlardan da farklıdır (**Kuntalp**, s. 33-34).

[23] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 560, **Erel**, s. 303.

de mali hakları kullanma yetkisinin devri sözleşmelerinde (zira böyle bir sözleşmede tarafların arasındaki güven ilişkisi, mali hakkın devri sözleşmelerine göre evleviyetle akla gelebilir) sürekli borç ilişkisi niteliğinin ağır bastığı düşüncesindeyiz.[24] Bu yönde bir düşüncenin kabulü, aynı zamanda eser sahibini koruyan ve onun eser sahipliğinden doğan haklarının –en azından manevi haklarının- hiçbir zaman sona ermeyeceğini vurgulayan bir yaklaşımdır. Kanımızca bu görüş, fikri mülkiyet hukukunun niteliğine ve fikri mülkiyet hukukunda geçerli olan eser sahibi lehine yorum ilkesine de uygun düşmektedir.

C) Cayma Hakkının Geriye Etkili Olduğunu Savunan Görüş

Cayma hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşlerden ilki, cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin geriye etkili olarak *–ex tunc-* sona ereceği görüşüdür.

Cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini savunan yazarlar [25] gerekçelerini, FSEK md. 58'de düzenlenen cayma

[24] Aynı yönde bkz. **Gökyayla**, 228 -229; **Şirin Aydıncık**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 73-74. Yayın sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. **Frank Lüdin**, Das Erlöschen Des Verlagsrecht Nach Schweizerischem Urheber- Und Obligationenrecht, Liestal 1950, s. 215-218; **Giritlioğlu**, s. 77; **Seliçi**, s. 27; **Necip Bilge**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 266.
Gauch, yayın sözleşmelerinin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu savunurken, eserin çoğaltılması ve yayımı fiillerinin ani olarak gerçekleştiğinden ve yayımcının eseri bırakma borcu ile yayımcıya müdahaleden kaçınma borcunun asli edim borçları olmayıp; eserin yayımlanmasını hazırlayan yan borçlar olduğundan bahsetmektedir (**Peter Gauch**, System Der Beendigung Von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s. 12, dipn. 5).
Belki fikri haklara ilişkin tüm sözleşmelerin her durumda sürekli borç ilişkisi doğurduğunu söylemek gerçekten de ilk başta iddialı bir görüş olarak görülebilir. Mali bir hakkın veya bunların kullanma hakkının devredilmesi ile sözleşmenin sona ermesi arasında bir zaman bulunmasının tek başına o sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi haline getirmediği; sözleşmenin ifasının ani bir şekilde geçekleştiği ve o ana kadar geçen sürenin ifa hazırlığı olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak bu konuda ileri sürülen tüm bu argümanlar kanımızca fikri haklara ilişkin sözleşmelerin kendilerine has nitelikleri nedeniyle etkisiz kalmaktadır. Fikri haklara ilişkin sözleşmelerdeki kişi ve güven unsuruna yönelik yoğun vurgu, menfaat dengesinin de gözetilmesi sonucunda, söz konusu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul edilmelerini gerekli kılar.
[25] **Nisim Franko**, "*Eser Sahibinin Cayma Hakkı*", Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 405; **Erdil**, s. 1093-1094; **Kenan Tunçomağ**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1974, s. 609.

hakkının tüm şekli şartlarının TBK md. 123 ve devamında (818 sayılı eski Borçlar Kanunu md. 106 vd.) yer alan şartlarla aynı olduğu noktasına dayandırmaktadırlar. Bu yazarlar, mehil ve mehil verilmesinin gerekli olmadığı durumlar vb. hususların [26] her iki düzenlemede de paralel olmasından yola çıkarak cayma hakkının ileri sürülmesinin sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdireceğini savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre FSEK md. 58 hükmü, TBK md. 123 vd. maddelerine atıfta bulunmaktadır ve cayma hakkında borçlunun temerrüdüne benzer [27] bir nitelik bulunmaktadır.

Caymanın geriye etkili olacağını savunan yazarlar, gerekçelerini esas olarak Türk fikri mülkiyet hukukunda "cayma hakkına" ilk kez işaret eden *Hirsch*'in Öntasarısı'ndaki [28] ifadeye dayandırmaktadırlar. *Hirsch*, hazırladığı Öntasarı'da bu haktan cayma hakkı olarak değil; fesih hakkı olarak bahsetmektedir. Öntasarı md. 64 "*Mali bir hak iktisap veya bir ruhsat istihsal eden kimse; kararlaştırılan müddet dahilinde ve bir müddet tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve selahiyetlerden layıkile istifade etmez ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse, eser sahibi* ***akdi feshedebilir****."* şeklinde formüle edilmiştir. Ancak *Hirsch*'in burada fesih hakkı ile kastettiği, 818 Sayılı Borçlar Kanunu (BK) md. 106 ve devamındaki maddelerde hüküm altına alınan ve eski kanunda md. 106/II'de "(…) *akdi fesh edebilir*" şeklinde formüle edilmesine rağmen

---

Açıkça cayma hakkının geriye etkili olacağını ifade etmemekle beraber burada düzenlenen durumun TBK md. 123 vd. hükümlerine yollamada bulunduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **Ernst E. Hirsch**, Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, İstanbul 1943, s. 233; **Nuşin Ayiter**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 252; **Halil Arslanlı**, Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954; s. 195.

[26] *Arslanlı*, cayma hakkının şekli şartlarının da ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği FSEK md. 58'de mehil verilmesinden istisna tutulan hallerin açıkça sayılması yerine bu hususta Borçlar Kanunu hükümlerine atıfta bulunulmasının daha isabetli olacağını savunmaktadır. Bkz. **Arslanlı**, s. 195.

[27] **Franko**, Cayma Hakkı, s. 405.

[28] *"1910 tarihli Hakkı Telif Kanunu çok eskimiş olduğundan, 1938 yılında Ankarada toplanan Birinci Türk Neşriyat Kongresinin izhar ettiği bir dilek üzerine, Maarif Vekilliği, 10-5-1939 tarih ve 81/3710 sayılı tezkeresinde <<Hukuk Fakültesinin alakalı Profesör ve Doçentlerinden bir komisyon teşkil edilerek esbabı mucibesile birlikte yeni ve tam bir hakkı telif kanununun>> hazırlanmasını emir buyuruyordu. Dekan Ali Fuat Başgil'in reisliği altında Ord. Prof. Dr. Ebül'ula Mardin, A. B. Schwarz, Ch. Crozat, E. E. Hirsch, Doç. Yavuz Abadan ve Halil Arslanlı'dan müteşekkil komisyon, müzakerelere esas olmak üzere bir öntasarın ihzarını bize tevdi etti."* (**Hirsch**, Fikri Say, s. 1-2)

aslında karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler bakımından gündeme gelen "dönme" hakkından başkası değildir. Nitekim *Hirsch,* Öntasarı md. 64'te yer alan ve bugünkü FSEK md. 58'de hüküm altına alınan "cayma hakkı" düzenlemesi bakımından eser sahibine bir fesih hakkı verilmesini önerdikten sonra, burada bahsedilen fesih hakkının "*Borçlar Kanunu'nun, borcun ifa edilmemesi hakkındaki hükümlerden mülhem olduğunu*" açıkça ifade etmektedir. [29]

D) Cayma Hakkının İleriye Etkili Olduğunu Savunan Görüş

Cayma hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşlerden ikincisi, bu hakkının ileri sürülmesinin ileriye etkili –*ex nunc*- sonuç doğuracağı yönündedir.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, fikri haklara ilişkin sözleşmeler sürekli borç ilişkisi niteliğindedir ve sürekli borç ilişkileri söz konusu olduğunda sözleşmelerin geriye etkili bir biçimde sona erdirilmesi tatminkâr sonuçlar doğurmamaktadır. Bu sebeple FSEK md. 58'de yer alan hükmü, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesine yol açan fesih benzeri bir irade açıklaması olarak nitelendirmek sürekli borç ilişkilerinin ve dolayısıyla fikri haklara ilişkin sözleşmelerin mantığına daha uygundur. [30] Zaten olağanüstü feshin sürekli borç ilişkilerinde dönmenin yerini aldığı veya en azından sürekli borç ilişkilerinden dönülmesinin fesihle aynı hukuki sonuçları doğurduğu kabul edilmektedir. [31]

Fikri haklar sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurması nedeniyle cayma hakkının sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdireceğini savunan yazarların *bir*

[29] **Hirsch**, Fikri Say, s. 233.
[30] **Giritlioğlu**, s. 79; **Wilhelm Nordemann/Axel Nordemann/Jan Bernd Nordemann**, Urheberrecht, Stuttgart 2008, § 41, Rn. 42, s. 888; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 28; **Schack**, § 16, Rn. 633, s. 314; **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 588; **Gökyayla**, s. 310; **Löwenheim**, § 16, Rn. 49; **Rolf Budde,** Das Rückrufsrecht Des Urhebers Wegen Nichtausübung İn Der Musik, Berlin 1997, s. 90; **Aydıncık**, s. 196; **Torben Asmus**, Die Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Europa, UFITA, Baden Baden 2004, s. 168; **Axel Metzger**, Rechtsgeschäfte Über Das Droit Moral İm Deutschen Und Französischen Urheberrecht, München 2002, s. 16.
[31] Bkz. **Hartmut Oetker**, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994 Tübingen, s. 349-350.

kısmı fesih ile cayma hakkını özdeş görmektedirler. Bu noktada cayma hakkının ileri sürülmesinin sözleşmeyi ileriye veya geriye etkili olarak sona erdireceğine ilişkin hangi tespit yapılırsa yapılsın, cayma hakkının dönme veya fesihten farklı bir kavram olarak anlaşılması ve cayma hakkının ileri sürülmesinin sözleşmeyi ne yönde sona erdireceği sorunu ile cayma hakkının benzer kavramlardan ayırt edilmesi sorununun ayrı ayrı incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu açıdan, cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin ileriye veya geriye etkili olarak sona ereceğine ilişkin görüşlerden hangisine itibar edilirse edilsin, bu iki noktayı birbirinden ayırmak kanımızca cayma hakkının gerçek anlamını araştırmak bakımından önemlidir. Cayma hakkının benzer kavramlardan ayırt edilmesine ilişkin görüşlerimiz bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

E) Karma Görüş

Bazı yazarlar cayma hakkının sözleşmeyi somut olayın özelliğine göre bazen ileriye bazen de geriye etkili olarak sona erdireceğini savunmaktadırlar. Cayma hakkının sözleşmeyi, somut olayın özelliğine göre bazen ileriye bazen de geriye etkili olarak sona erdirebileceğini savunan karma görüş taraftarlarından *Tekinalp*, cayma hakkının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bir açıklamaya girmeyerek FSEK md. 58'de yer alan hükmün, somut olayın özelliğine göre bazen "dönme" bazen de "fesih" olarak nitelendirilebileceğini söylemekle yetinirken [32]; *Hatemi/Serozan/Arpacı* ise caymanın bazen "dönme" bazen de "haklı sebeple fesih" kurumunu karşıladığını ifade etmektedir. *Hatemi/Serozan/Arpacı*'ya göre cayma, esas itibariyle "dönmeyi" karşılamaktaysa da; birden fazla bası için veya süresiz olarak tanınmış bir hak söz konusuysa veya belirli bir süre için tanınmış olmasına rağmen ilk bası yapılmış ise

[32] **Tekinalp**, § 15/44, s. 239. Aynı yönde: **Levent Yavuz/Türkan Alıca/Fethi Merdivan**, Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. II, Ankara 2013, s. 1770; **Cahit Suluk/Ali Orhan**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2005, s. 618.

artık dönme değil; "fesih" söz konusu olmaktadır. [33] *Serozan* da aynı şekilde yayın sözleşmesinin tipik bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olduğundan ve ifa sürecine girilmiş sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme ilişkisinin iptal veya dönme yoluyla sona erdirilemeyeceği görüşünden hareketle, eserin basılıp çoğaltılma evresine geçildikten sonra artık sadece "fesih benzeri bir cayma hakkından" söz edilebileceğini; bir diğer ifadeyle "dönme benzeri bir caymanın" sadece eserin basılıp çoğaltılma evresine kadar söz konusu olabileceğini savunmaktadır. [34]

Esasen söz konusu yazarlar cayma hakkının hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarını bir fikir ve sanat eserinin yayımlanmak ve çoğaltılmak üzere bir yayımcıya bırakıldığı "yayın sözleşmelerini" dikkate alarak yapmış gözükmektedirler. Ancak fikri haklara ilişkin sözleşmeler sadece yayın sözleşmesinden ibaret değildir. Her ne kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile beraber yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan eserlerin kapsamı artık FSEK'te sayılan dört eser türünü de içine alacak şekilde genişletilmiş olsa da [35] yayın sözleşmelerine konu olabilecek mali haklar yalnızca eserin yayma (FSEK md. 22) ve çoğaltma (FSEK md. 23) hakkına ilişkin olanlardır ve bu açıdan sadece yayın sözleşmelerini göz önünde bulundurmak sınırlı bir görünüm arz eder. Buna karşılık yine de adı geçen yazarlardan *Serozan* ve *Hatemi/Serozan/Arpacı* tarafından cayma hakkının hukuki niteliğine ilişkin yapılan açıklamalar açıkça ve yalnızca yayın sözleşmeleri göz önüne alınarak yapılmıştır. [36] Bu yazarların cayma hakkına ilişkin yaptıkları açıklamalara daha yakından bakıldığında ise caymanın, fesih gibi mütalaa edildiği durumlar haricinde, kural

[33] **Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 383. Aynı yönde: **Tüysüz**, s. 130-131.
[34] **Serozan**, s. 139.
[35] **Başak Bak,** "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yayın Sözleşmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 25/101, Temmuz-Ağustos 2012**,** s. 17.
[36] Bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 383 vd; **Serozan,** s. 135 vd.

olarak bir dönme nev'i olarak görüldüğü [37] veya sadece "*sadelik ve kolaylığı*" sağlamak için öngörülen cayma hakkının, dönmenin tasarruf işlemleri bakımından söz konusu olan "*tasarrufi etkisini özel olarak vurgulamaktan öte*" bir anlam taşımadığı [38] görüşünde oldukları anlaşılmaktadır.[39] Bunun yanı sıra *Hatemi/Serozan/Arpacı* ve *Tekinalp* ise caymanın bazen fesih bazen de dönme benzeri olduğunu söylerken kanımızca aslında cayma hakkının sözleşmeyi ileriye veya geriye etkili olarak sona erdireceği sorununa açıklık getirmekten ziyade cayma hakkının kendisine has hukuki niteliği olan bağımsız bir kavram olmadığını kabul etmiş gözükmektedir.

F) Görüşümüz

Cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin ne şekilde sona ereceğine ilişkin görüşlerden ilki, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini savunan görüştür. Bu görüş taraftarları gerekçelerini, *Hirsch*'in Öntasarsı'na ve cayma hakkı ile dönme hakkı için genel hükümlerde öngörülen koşulların aynılığına dayandırmaktadırlar. Kanımızca Öntasarıyı kaleme alan *Hirsch*'in ve *Arslanlı*'nın [40] ifadelerinden feyz alarak, cayma beyanı üzerine sözleşmenin geriye etkili bir biçimde sona ereceğini savunan yazarların bu görüşlerinde bazı hatalı noktalar bulunmaktadır. Şöyle ki; cayma hakkı ile TBK'da düzenlenen borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hükümlerinin bazı şekli unsurlarının benzer nitelikte olması, tek

[37] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 383.
[38] **Serozan,** s. 139.
[39] Ancak bu açıklama bakımından *Serozan*'ın yeni dönme kuramını benimsediği (dönüşüm teorisi) ve zaten dönmenin dahi sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdiren –hem borçlanma sözleşmesi hem de ayni tasarruf sözleşmesi bakımından- dolaysız bir gücünün bulunmadığını ve bu bakımdan eski dönme görüşünden ayrılınması gerektiğini savunduğu dikkate alınmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, s. 59 vd.
[40] *"Hazırladığım kanun projesile esbabı mucibe, Doç. Halil Arslanlı tarafından Türkçeye çevrilmiş, reisliğim altında Doç. Yavuz Abadan, Halil Arslanlı ve Asistan Muammer Aksoydan müteşekkil tali bir heyet tarafından yeniden tetkik edildikten sonra komisyona arzolunmuştu. Komisyon ilk altı maddenin müzakeresinden sonra Maarif Vekilliğinin iş'arı üzerine projeyi olduğu gibi Ankaraya göndermiştir. Sözü geçen proje, esbabı mucibenin umumi kısmı ile birlikte Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda <<Yıl 1941, sahife 429 v. M. >> intişar etmiştir."* (**Hirsch**, Fikri Say, s. 2, dipn. 1).

başına cayma hakkını geriye etkili kabul etmek için yeterli bir gerekçe olamaz. Hele bir de fikri haklara ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, eser sahibi tarafında ileri sürülen cayma hakkının, sadece şekli unsurları birbirine benzediği için dönme hakkı gibi sözleşmeyi geriye etkili bir biçimde sona erdireceği noktasında ısrar etmek gerçekten de hukuk düzeni bakımından arzu edilmeyen sonuçlar doğurmaktadır. Kaldı ki bazı hallerde sözleşmelerin fesih ile ileriye etkili bir şekilde sona erdirilmesi durumunda dahi TBK md. 123 vd. maddelerindeki şekli koşullara uymak gerekebilir.[41] Türk hukukunda cayma hakkına ilk kez işaret eden *Hirsch*'in, Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmemesi hakkındaki hükümlerden esinlendiğini söylemesi karşısında ise 1932 yılında Alman İmparatorluk Adalet Bakanlığı Kanun Tasarısı'na yönelik yazdığı eleştiride Alman hukukunda fikri haklar alanında ilk kez "cayma" ifadesini kullanan *Boor*'dan sonra, Alman hukukundaki tüm fikri haklar tasarılarında dönme kavramı yerine artık cayma kavramın kullanılmış ve caymanın da geriye etkili olmadığının açıkça belirtilmiş olduğu hususları gösterilebilir.[42] Kaldı ki Alman hukukunda sözleşmeden dönmenin dahi sözleşmeyi geriye etkili bir biçimde sona erdiren bir gücü bulunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır.

Yeri gelmişken, cayma hakkının sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirmesi bakımından dönme hakkı ile yapılan bu karşılaştırmada, dönme beyanı üzerine

---

[41] Örneğin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin borçlunun temerrüdü sebebiyle ileriye etkili bir şekilde feshedilebilmesi için TBK md. 123 vd. yer alan temerrüde düşme, mehil vermeyi gereksiz kılan bir durum bulunmadıkça mehil verme ve süre sonunda bildirimde bulunma gibi şekli şartların yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 10. B, İstanbul 2012, s. 530.
Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin -eğer şartları varsa- TBK md. 123 vd. maddelerindeki şekli koşullar aranarak sona erdirilebileceğini belirtmektedir. Ancak bu şartların gerçekleşmesinin gerekmediği ve ister belirli ister belirsiz süreli olsun, ifa engelleri söz konusu olduğunda sürekli borç ilişkilerinin her zaman sona erdirilmesi imkânını sağlayan haklı sebeple fesihteki "çekilmezlik unsuru" nedeniyle sona erme halini de kabul etmektedirler. Aslı olarak yazarlar, bu iki imkanın birbirinde bağımsız iki ayrı hak olarak varlığını sürdürdüğünü savunmaktadırlar. Buna ilişkin bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 1988, s. 1293.
[42] Bkz. Bölüm II, § 1, II, A, s. 54.

sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermeyeceğini ve dahası sözleşmenin aslında sona ermeyerek bir tasfiye ilişkisine döneceğini savunan Yeni Dönme Kuramına (Dönüşüm Teorisi) bir parantez açılmalıdır. Esasen Türk hukukunda cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin geriye etkili bir biçimde sona ereceğini savunan yazarların cayma hakkı ile dönme hakkı arasında yaptıkları karşılaştırma bakımından kriter aldıkları teori, çoğunlukla yeni dönme kuramı değildir. Zaten bu teori -Alman hukukunun aksine- Türk hukuku bakımından hakim görüş olarak da kabul edilmemektedir. [43] Buna karşılık Türk hukukunda yeni dönme kuramını savunan yazarlardan biri olan *Serozan*'a göre klasik görüşün aksine, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi iptal gibi geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırmaz. Yayın sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler de zaten kural olarak geçmişe etkili bir biçimde sona erdirilemez. Bunun sonucu olarak yazara göre cayma hakkı bir "*dönme nev'i*" gibi görülebilse dahi, cayma hakkının kullanılması ile beraber sözleşme ileriye etkili olarak sona ermektedir. Zira hem savunulan dönme görüşü (yeni dönme kuramı) hem de sürekli borç ilişkilerinin yapısı, sadeliği ve kolaylığı sağlamak için öngörülen ve asıl olarak dönmenin bir türü olan cayma hakkının, sözleşmeyi geriye etkili bir biçimde sona erdirmesine engel olmaktadır.[44]

Cayma hakkının ileri sürülmesinin ileriye etkili olacağını savunan ikinci görüş ise gerekçelerini tamamen fikri haklara ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olduğuna dayandırmaktadır. Gerçekten de fikri haklara ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olduğunun kabul edilmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran tüm sözleşmeler bakımından bir kural olarak kabul edildiği üzere, cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber bu sözleşmelerin bir

[43] Bu konu ile ayrıntılı bilgi ve görüşün eleştirisi için bkz. **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 123 vd. Yeni dönme kuramı lehine bir açıklama için bkz. **Seliçi**, s. 210.
[44] Bkz. **Serozan**, s. 170-171 ve 139.

çözülme ilişkisine girmek yerine ileriye etkili olarak sona ereceği anlamına gelmektedir.[45] Aslında fikri haklara ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmeseydi dahi yine de cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceğini söylerdik. Zira daha önce de vurgulandığı gibi, eser sahibinin cayma hakkını ileri sürmesi, sözleşmenin geriye etkili bir biçimde, o ana kadar alınanların iade edilmesini de gerektirecek bir şekilde tasfiye edilmesi anlamına gelmemektedir. Cayma hakkının ileri sürülmesinin anlamı, FSEK md. 58'de belirtilen özel sebebin varlığı nedeniyle ve yine bu maddedeki sıkı şekil koşullarına uymak suretiyle -hatta gerektiğinde karşılığında ödenecek bir tazminatı da göze alarak- sözleşmenin geçmiş hesabı yapılmadan ve yalnızca o andan

[45] **Serozan,** s. 168-171; **Seliçi**, s. 213-215.
Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin bu sözleşmelerin yapısı nedeniyle sadece ileriye etkili bir biçimde sona erdirileceği kuralının mutlak bir kural olup olmadığı sorusu sorulabilir. Bir diğer ifadeyle sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeden geriye etkili bir biçimde dönülüp dönülemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. *Seliçi*, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede sözleşmeyi sona erdiren genel sebebin, haklı sebep olduğunu ve eğer dönme sebepleri haklı sebep olarak kabul edilebiliyorsa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde dönmenin yerini haklı sebeple feshin aldığını savunmaktadır. Yazar, genel ifa engeli sebeplerinin her zaman haklı sebeple fesih oluşturmayabileceği; ancak eğer haklı sebeple fesih oluşturuyorsa dönmenin sürekli borç ilişkilerinin niteliği icabı bir fesih olarak görünüp ileriye etkili olacağını ve sonuç olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde dönme düzeninin haklı sebebe dayanan olağanüstü fesihle ikame edildiği görüşündedir (**Seliçi**, s. 214, 223).
Buz ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde kural olarak dönmenin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte bazı hallerde, eğer icrasına başlanmış bir sürekli sözleşme ilişkisinde borçlunun temerrüdünün daha önce gerçekleşmiş sürekli edimleri de alacaklı için faydasız hale getirdiği söylenebilmekteyse, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin dönme hakkının kullanılması suretiyle geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabileceğini savunmaktadır. Bir diğer ifadeyle *Buz*'a göre alacaklı, eğer ifasında temerrüde düşülen edim olmasaydı sürekli borç ilişkisi doğuran bu sözleşmeyi yapmayacak idiyse; böyle bir durumda sürekli borç ilişkilerinde dönme mümkün olmalıdır. Yazar bu konuya ilişkin şu örneği vermektedir: Bir ressamın resimlerini sergilemek için bir salon kiralaması ve salonu önceden kullanıma elverişli bir şekilde hazır bulunduran kiralayanın sergiden bir gün önce bu borcunu yerine getirmemesi halinde, salonun o ana kadar sürekli bir edim şeklinde hazır bulundurulmuş olmasının ressam için herhangi bir değeri bulunmamaktadır. İşte böyle bir durumda ressam, dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili bir biçimde sona erdirebilmelidir (**Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 321-322).
Sürekli borç ilişkisi doğuran tüm sözleşmeler bakımından bir kural olarak kabul edilen**,** bu sözleşmelerin sona ermesinin ileriye etkili olacağıdır. Zira aksi bir durum, taraf menfaatleri ile bağdaşmamakta ve anlamsız olmaktadır. Buna rağmen, bazen kanunda sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmenin geriye etkili bir biçimde sona erdirileceği öngörülmüş olabilir. Örneğin, aynı zamanda sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu bilinen ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, TBK md. 616 ve 617'de yer alan sebeplerle sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi gündeme gelebilir. Bkz. **Serozan**, s. 375; **Oğuzman/Öz**, s. 485; **Öz**, s. 12, dipn. 51.
Fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından bu yönde bir kanun hükmü söz konusu değildir.

itibaren etkili olacak şekilde sona erdirilmesi yönünde eser sahibine bir hukuki çare tanımaktır.

Fikri haklara ilişkin sözleşmeler sürekli borç ilişkisi doğurur ve cayma hakkını kullanılması ile beraber sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Buna karşılık cayma hakkının ileri sürüldüğü her durumda sözleşmenin mutlaka ileriye etkili şekilde sona ereceğini söylemek her örnekte doğru bir sonuç vermeyebilir. Örneğin bir yayın sözleşmesinde eserin henüz basılıp çoğaltılma aşamasına gelmeden ileri sürülen bir cayma hakkı, bu aşamada henüz edimlerin ifasına başlanmadığı için sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirebilir. Ancak bu sonuç zaten sürekli borç ilişkisi doğuran tüm sözleşmeler bakımından kabul edilen genel bir sonuçtur ve TBK md. 126'daki ifadeden de açıkça anlaşılmaktadır. Zira TBK md. 126 "***İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde****, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir*." demek suretiyle sürekli edimli sözleşmelerin sona ermesinin ileriye etkili olacağı kuralına bir istisna getirmektedir. Buna göre, TBK md. 126 uyarınca sürekli edimli sözleşmelerin ileriye etkili bir şekilde sona erdirilmesi yaptırımı, ancak bu sözleşmelerde edimin ifasına başlanmış olması halinde söz konusudur. Sürekli bir borç ilişkisinde edimlerin ifasına henüz başlanmamışsa elbette sözleşme bir tasfiye ilişkisine girerek geriye etkili olarak sona erebilir. Bu durum, sürekli borç ilişkisi doğurması nedeniyle fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından da bu şekildedir. Bu genel kural, eski borçlar kanunu döneminde de genel kabul görmüş ve nihayet 6098 sayılı TBK md. 126'da açıkça genel bir kural olarak hüküm altına alınmıştır. Bu da bizi üçüncü görüş olan karma görüşe, yani caymanın bazen ileriye etkili bazen de geriye etkili olacağı görüşüne getirmektedir.

Kanımızca karma görüşte ileri sürülen fikirler doğru olsa da cayma hakkının bazen ileriye bazen de geriye etkili olması, cayma hakkının niteliğinden değil; sürekli borç ilişkilerinde kabul edilen yukarıdaki genel ilkeden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de henüz edimlerin ifasına başlanmamış bir sürekli borç ilişkisinde geriye doğru bir sona ermenin mümkün olduğu kanun tarafından da açıkça kabul edilmektedir. Bu sebeple bütün sürekli borç ilişkileri bakımından doğal bir sonuç olan henüz ifasına başlanmamış edimler istisnasının varlığı nedeniyle cayma hakkının hukuki niteliği bakımından üçüncü bir görüşün ortaya atılmasının bir yenilik getirmek yerine son derece anlamsız bir karmaşa yarattığı görüşündeyiz. Dahası cayma hakkı sözleşmeyi bazen ileriye bazen de geriye etkili bir biçimde sona erdirir demenin, bu durumun sanki cayma hakkının özelliğinden kaynaklanıyormuş gibi yanlış bir algı yarattığı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, devralan kişinin eseri basıp çoğaltmaktan imtina etmesinden veya bunu geciktirmesinden kaynaklandığı durumlarda olduğu gibi cayma hakkının henüz edimlerin ifasına başlanmadığı aşamada kullanılması hali bir istisna olmak üzere, cayma beyanı üzerine kural olarak sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği görüşünü savunmaktayız. Bu durum, fikri haklara ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak kanımızca bu sözleşmeler sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul edilmeseydi dahi cayma hakkının ileri sürülmesinin yine de bu sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona erdireceği kabul edilmeliydi. Zira cayma hakkının amacı, sözleşmeyi çözüp tasfiyeyi sağlamak yerine, sözleşmeyi o andan itibaren geçerli olacak şekilde bozmak ve eser sahibini artık sözleşmeye bağlı kalmaktan kurtarmak yönünde ona kanun tarafından hukuki bir imkân sunmaktır. Bu amaçla öngörülen cayma hakkının somut olayda

kullanması ise karşı tarafa, sözleşmenin ileriye etkili bir şekilde "*bozulacağının bildirilmesi* veya *mali hakkın düştüğünün açıklanması*" [46] anlamı taşımaktadır.

§ 3 CAYMANIN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

I. Genel Olarak

Cayma hakkına (*Rückrufsrecht*) özellikle eser sahibinin mali hakkının değerlendirilmesi ihtiyacının devam etmesine karşılık iktisap edenin bu hakkı değerlendirmek yönünde herhangi bir menfaatinin kalmadığı veya bu hakkı değerlendirmeyi ihmal ettiği durumlarda ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum ortaya çıktığında eser sahibi, kanunda kendisi için bir hukuki çare olarak öngörülmüş olan cayma hakkını ileri sürerek hakkı devrettiği kişi ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu noktada eser sahibinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi açısından Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümlere veya daha somut bir ifadeyle dönme veya fesih gibi daha bilinen kavramlara başvurma imkânı varken, neden FSEK'te bu şekilde özel bir sona erme sebebi düzenlendiği ve cayma hakkının bu benzer kavramlarla ilişkisinin ne olduğu soruları akla gelebilir. Zira bu soruların cevabı verilmeden neden ayrıca bir cayma hakkı kavramına ihtiyaç duyulduğu ve dolayısıyla cayma hakkının yöneldiği amacın ne olduğu soruları da tam anlamıyla yanıtlanmış olmaz. Bu sorulara tatmin edici cevaplar bulabilmek için cayma hakkının FSEK'te bir hüküm olarak yer almadan önce Alman hukukunda nasıl bir süreç sonucunda ortaya çıktığı da ayrıca incelenmelidir. Nitekim bu konu aşağıda ayrıntılı bir biçimde ele alınmaktadır.[47] Ancak bu açıklamalara geçmeden önce cayma hakkının diğer bozucu yenilik doğuran haklardan olan dönme, fesih, iptal ve geri alma hakları ile ilişkisini incelemek ve

[46] **Giritlioğlu**, s. 79.
[47] Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II, §. 1, II, A.

FSEK md. 58'de düzenlenen bu kurumun "cayma hakkı" olarak kavramlaştırılması yönündeki tercihin ne kadar bilinçli yapıldığı [48] konusunu da açıklığa kavuşturmak gerekmektedir.

II. Dönmeden Ayırt Edilmesi

Dönme (*Rücktrittsrecht*), tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde henüz yerine getirilmemiş edimleri sona erdiren ve yerine getirilmiş edimlerin iade edilmesine yol açan yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır. [49] Dönme hakkının ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin akıbetinin ne olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Çalışmamız kapsamında bu tartışmalara ayrıntısıyla değinmek mümkün olmasa da dönme kavramını açıklığa kavuşturmak adına bu görüşleri dört başlık altında şu şekilde özetleyebiliriz:

Bu görüşlerden tarihsel olarak ilki, dönme beyanı üzerine sözleşmenin sanki hiç yapılmamışçasına sona ereceği, tasarruf işlemleri dönmeden etkilenmese de taahhüt işlemleri bakımından dönmenin geriye etkili olacağı, henüz yerine getirilmemiş edimlerin sona ereceği ve yerine getirilmiş edimlerin iadesinin TBK md. 77 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağını savunan klasik dönme görüşüdür. [50]

İkinci görüş olan "yasal borç ilişkisi teorisine" göre ise dönmenin yine geriye etkili olduğu, dönme üzerine taraflar arasında bir yasal borç ilişkisinin meydana geldiği ve iadenin sözleşmeler için geçerli olan genel kurala (TBK md. 146) uygun

[48] Türk hukukunda cayma hakkı ifadesine sadece FSEK'te rastlanmamaktadır. Diğer kanunlarda yer alan cayma hakkı ifadeleri ile FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkının aynı olup olmadığına ve kavramın ne ölçüde bilinçli kullanıldığına ilişkin bkz. Bölüm I, §. 2, III, C.
[49] **Reiner Schulze**, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auf., Baden-Baden 2012, § 323, Rn. 3, s. 466; **Fellix R. Ehrat**, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990, s. 3-5; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 63.
[50] **Öz**, s. 34-35; **Seliçi**, s. 208; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 118.

olacak şekilde 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu düşünülmektedir. Bu görüş, zamanaşımı bakımından klasik dönme görüşünden farklı olsa da yerine getirilmiş edimlerin iadesinin kapsamı burada da sebepsiz zenginleşme hükümlerine bağlamıştır. [51]

Üçüncü görüş, "ayni etkili dönme teorisi" veya "istihkak teorisi" olarak adlandırılmaktadır. Bu görüş taraftarları da dönme hakkının kullanılması ile beraber sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini; ancak bu durumun sadece taahhüt işlemleri bakımından değil, aynı zamanda tasarruf işlemleri bakımından da geçerli olacağını ileri sürmektedirler. Kısacası bu teoriye göre, yerine getirilen edimlerin iadesi, herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmayan istihkak davası ile gerçekleşmekte ve bazen de sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olmaktadır. [52]

"Yeni dönme kuramı" veya "dönüşüm teorisi" olarak adlandırılan son görüş ise dönme ile beraber sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermeyeceği ve yalnızca bir tasfiye ilişkisine dönüşeceğini savunmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre dönme, sözleşme ilişkisini geriye veya ileriye etkili bir biçimde sona erdirmez; sözleşmenin geçerliliğine dokunmaz.[53] Bu görüş uyarınca, dönmeden sadece taahhüt işlemleri etkilenmektedir. Yerine getirilen edimlerin iadesi ise amacı değişen ve bir tasfiye ilişkisine dönüşen sözleşmeye dayanan bir iade borcu haline gelmektedir. [54]

Görüldüğü gibi yeni dönme kuramı haricinde "dönme" kavramı, sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdiren bir kavram olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede sürekli borç ilişkisi doğuran fikri haklar sözleşmelerinin cayma hakkının kullanılması

---

[51] **Öz**, s. 36; **Serozan**, s. 61.
[52] **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 121.
[53] Bu görüş uyarınca sözleşmenin geçerliliğine dokunmayan dönme, borç ilişkisini ters yüz eder ve böylece borçlar tersine dönerek devam eder. Bu sebeple sözleşmeden dönmenin değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğunu savunulmaktadır (**Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 18, Ankara 2015, s. 1120; **Öz**, s. 37).
[54] **Eren**, s. 1120-1121; **Öz**, s.37-38.
Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi ve görüşün savunusu için **Eren**, s. 1120 vd.; **Serozan**, s. 73 vd.; **Seliçi**, s. 210.
Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 137 vd; **Oğuzman/Öz**, s. 524 vd.

ile beraber ileriye etkili olarak sona erdiği düşünüldüğünde cayma hakkı ile ani edimli sözleşmeler bakımından söz konusu olabilen dönme hakkının ilk ayrıt edici özelliği böylece ortaya çıkmış olur. Ancak yine de dönme hakkı ile cayma hakkı arasındaki en temel farklılığın asıl olarak her iki kurumun yöneldiği *amaçta* olduğu görülmektedir.

Türk hukukunda cayma hakkını dönme hakkının bir türü olarak nitelendiren bazı görüşler bulunmaktadır.[55] Ancak bu görüşler gerekçelerini amaca değil; şekle dayandırmaktadırlar. Bu görüşlerin temel dayanağı, FSEK md. 58'de cayma hakkının ileri sürülmesi için gerekli olan şekli koşullar ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönme beyanın ileri sürülmesi için gerekli olan koşulların aynı olmasıdır. FSEK md. 58 uyarınca cayma hakkının ileri sürülebilmesi için cayma hakkını kullanan eser sahibinin karşı tarafa bir mehil vermesi gerekmektedir. Aynı maddede mehil tayinine gerek olmayan haller de düzenlenmiştir. Eğer mehil tayinine gerek olmayan hallerden birisi söz konusu ise veya mehil neticesiz geçerse, noter tarafından karşı tarafa yapılacak bir ihbar ile cayma tamamlanmış olur. Aynı şekilde 6098 sayılı TBK md. 123'te de mehil tayini ve md. 124'te mehil tayinine lüzum olmayan haller düzenlenmektedir. Bu açıdan, cayma hakkı ile dönme hakkının ileri sürülmesi için gerekli olan şekli koşulların aynı olduğundan bahsedilmektedir. Nitekim FSEK md. 58 ile TBK'da yer alan hükümler arasında kurulabilen bu paralellikler, doktrindeki birçok yazarı FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkı ifadesi ile kastedilenin dönme hakkı olduğu yanılsamasına itmiştir. Ancak FSEK md. 58 hükmü düzenlenirken Alman Fikri Haklar Yasası Taslağı'ndan esinlenerek madde metnine alınan "cayma" ifadesi, Alman hukuku bakımından bir ihmal veya bilinçsizlik eseri değildir. Aksine Alman hukukunda fikri haklara ilişkin

[55] Bkz. **Öz**, s. 25, dipn. 6; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 80, dipn. 76; **Tüysüz**, s. 130-131; **Tunçomağ,** s. 609.
Serozan ise cayma hakkının dönmenin bir türü olduğunu kabul etmekle birlikte, cayma hakkının kendisine has hukuki niteliği olan bir kurum olduğu görüşünü paylaşmaktadır (**Serozan**, s. 139).

sözleşmelerin klasik borçlar hukuku sözleşmeleri olmadığına vurgu yapan önemli bir tercihtir. Alman hukuku uyarınca cayma hakkı, dönme hakkından farklı ve sözleşmeyi sona erdirmek yönünde olağanüstü bir hukuki çare olarak nitelendirilebilecek *sui generis* bir haktır.[56] Cayma hakkının fikir babası olan *Hans Otto de Boor*, Alman İmparatorluk Adalet Bakanlığı Kanun Tasarısı'na yönelik yazdığı eleştiri yazısında dönme kavramı yerine cayma kavramının tercih edilmesinin nedenlerini, hem genel olarak borçlar hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki farka hem de dönme hakkı ile cayma hakkının yöneldiği amaçların birbirinden farklı olmasına dayandırmaktadır.[57] Bu nedenle FSEK md. 58'de neden bu yönde bir tercih yapıldığı sorusunun cevabını da cayma hakkı ile dönme hakkı arasındaki en temel ayrım olarak gördüğümüz amaç unsurunda aramak gerekmektedir.

Dönme hakkı sözleşme ilişkisini çözer. Sözleşme ilişkisinin çözülmesi demek henüz yerine getirilmemiş edimlerin sona ermesi ve o ana kadar verilen edimlerin ise iade edilmesidir. Dönmedeki amaç, en basit ifadeyle, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesini sağlamak ve sözleşmede bozulan dengeyi yeniden tesis edebilmektir. Borçlar hukuku uyarınca sözleşmeye aykırılık nedeniyle artık bu sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen kişi dönme hakkını ileri sürerken, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle bir tazminat (menfi tazminat) elde etmeyi ummaktadır (TBK md. 125/III). Bir diğer ifadeyle dönmedeki amaç, artık sözleşmeye bağlı kalmayarak sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden kaynaklı bir tazminat elde edebilmektedir. Oysa FSEK md. 58'deki sona erme nedeni klasik bir borçlar hukuku sözleşmesinin dönme eliyle çözülmesinden çok farklıdır. Burada eser sahibi TBK md. 125'te ifade edildiği gibi sözleşme ilişkisini bir tazminat alarak sona erdirmeye yönelmez. Hatta eser sahibi sözleşmeden caydığında karşı taraftan bir tazminat talep

[56] **Schricker**, § 41, Rn. 4, s. 852; **Löwenheim**, § 16, Rn. 27.
[57] Bkz. Bölüm II, § 1, II, A, s. 54.

etmek yerine çoğu zaman hakkaniyet gerektirdiği için karşı tarafın uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür (FSEK md. 58/V). Bu sebeple cayma hakkının dönme hakkı ile eşdeğer tutulması, fikri haklar sözleşmelerinin klasik borçlar hukuku sözleşmeleri gibi nitelendirilemeyeceği gerçeğini ve dahası fikri haklardaki manevi ve maddi haklar arasındaki bütünlüğü göz ardı etmek anlamına gelir.

Cayma hakkının aslında sözleşmeden dönme hakkını ifade ettiğine ilişkin görüş bugün oldukça eskimiş bir görüştür. Bu görüşün yanlışlığı, özellikle fikri haklar ile ilgilenen yazarlar tarafından kolayca fark edilebilir niteliktedir. Kavramın ortaya çıktığı Alman fikri haklar hukuku bakımından ise sözleşmeden dönme ile sözleşmeden cayma hakkının birbirinden tamamen farklı iki kurum olduğu konusunda zaten bir tereddüt bulunmamaktadır.

III. Fesihten Ayırt Edilmesi

Fesih (*Kündigungsrecht*), sürekli borç ilişkilerinin tek taraflı irade beyanıyla ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sona erdirilmesini sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır.[58] Fesihin amacı, tıpkı caymada olduğu gibi, sözleşme ilişkisini herhangi bir iade yükümlülüğü doğurmaksızın [59] ileriye etkili olarak sona erdirmektir. Bu açıdan cayma hakkı ile fesih hakkı birbirine çok benzemektedir. Ancak savunduğumuz görüş

[58] **Gerhard Knorr/Gerd Bichlmeier/Hans Kremhelmer**, Handbuch des Kündigungsrecht, 3. A., München 1991, § 4, Rn. 1-5, s. 123-124; **Eugen Stahlhacke/Ulrich Preis/Reinhard Vossen**, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis, Müchen 2010, § 1, Rn. 1, s. 1; **Walter Immerwahr**, Die Kündigung, Breslan 1989, s. 1; **Fritz Teichmann**, Kündigung des Arbeitsverhaeltnisses und Kündigungsschutz, Stuttgart, 1965, s. 1-2; **Seliçi**, s. 115; **Ehrat**, s. 15; **Öz**, s. 31.

[59] Fesih halinde de iade borcu doğabilmektedir ancak bunlar dönmede olduğu gibi feshin hukuku sonucu görünümünde değildir. Burada iade, işin niteliği icabıdır. Örneğin kira sözleşmesinin sona ermesi üzerine kiralanan şeyin iade edilmesi. Cayma halinde de iade borcu doğabilir; ancak bu durum caymanın geriye etkili olduğu anlamına gelmez. Örneğin eser nüshasının iade edilmesi.

uyarınca cayma hakkı, fesih hakkı karşısında bağımsız ve fesih hakkına kıyasla özel nitelikli bir haktır. [60]

Fesih, birden fazla türü bulunan ve cayma hakkına göre oldukça geniş kapsamlı bir haktır. Bu hak, olağan fesih, olağanüstü fesih, süreli fesih ve süresiz fesih gibi ayrımlara tabi tutulabilir. Olağan fesih, belirsiz süreli sözleşmelerde taraflardan birinin, menfaat dengesi nedeniyle ancak herhangi bir sebebe gerek olmaksızın, fesih süreleri ve dönemlerine riayet etmek koşuluyla, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesidir. Olağanüstü fesih ise ister belirli süreli olsun ister belirsiz süreli olsun sürekli borç ilişkisi doğuran tüm sözleşmelerin objektif bir sebep gösterilerek sona erdirilmesidir. Sürekli borç ilişkileri, kanunda yer alan özel olağanüstü fesih sebeplerinin yanı sıra her zaman "haklı sebeple" olağanüstü şekilde feshedilebilir. [61] Cayma hakkının ise fesih gibi türleri söz konusu değildir.

Eser sahibinin FSEK md. 58 uyarınca menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi nedeniyle cayma hakkını kullanabiliyor olması, eğer koşulları oluşmuşsa iktisap eden ile arasındaki sözleşmeyi haklı sebeple feshetmesi imkânını bertaraf etmez. [62] Bir diğer ifadeyle FSEK md. 58 ile haklı sebeple fesih imkânı beraber var olabilir. Böyle bir durumda eser sahibi ile iktisap edenin, sözleşme koşullarını etkili bir biçimde yerine getirme konusunda işbirliği içinde olmaları artık söz konusu olmaz ve eser sahibinin sözleşmeye devam etmesi artık kendisinden beklenemez bir hal alırsa, eser sahibi her zaman sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir.[63] Ancak haklı

---

[60] Aynı yönde: **Pfeil**, s. 130-131.

[61] **Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth-Fuchs**, Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auf., München 2012, § 620, Rn. 57-58, s. 192-193; **Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer**, § 4, Rn. 7-10, s. 125-126; **Josef Wallmeyer,** Die Kündigung Des Arbeitsvertrages Aus Wichtigem Grund, Stuttgart 1962, s. 2-4; **Stahlhacke/Preis/Vossen**, § 1, Rn. 1, s. 1; **Teichmann**, s. 8-9; **Max Graesli**, Die Ausserordentliche Kündigung Des Dienstvertrages Nach Schweizerischem Recht, Bern 1929, s. 28-30.

[62] **Rehbinder**, Rn. 587, s. 230; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 42, Rn. 32; **Helmut Haberstumpf**, Handbuch des Urheberrechts, 2. A., 2000 Neuwied, Rn. 235, s. 126-127; **Dreyer/Kotthoff/Meckel/Zeisberg-Kotthoff**, § 41, Rn. 19, s. 692; **Tekinalp**, §15/40, s. 238.

[63] **Budde**, s. 27.

sebeple fesih kavramı dahi FSEK md. 58'de belirtilen cayma hakkından hala çok daha geniş bir kavramdır. Zira cayma hakkı, haklı sebeple fesih gibi herhangi bir haklı sebeple başvurulabilecek bir hak değildir. Bilakis, FSEK md. 58'de öngörülen maddi ve şekli koşulların gerçekleşmesi halinde başvurulabilecek bir haktır. Dolayısıyla devrettiği mali hakkın veya kullanma yetkisinin hiç veya gereği gibi kullanılmadığı ve bu sebeple menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiği inancında olan eser sahibi, FSEK md. 58'de kendisine tanınan bu özel hukuki çareyi kullanmak yoluna başvurabilir.

Fesih ile cayma arasındaki tek fark bu iki kavramın kapsam itibariyle farklı olması da değildir. Tıpkı dönmede olduğu gibi fesihte de sözleşme sona erdirilip, belli bir tazminat elde edilmektedir (TBK md. 126). Cayma hakkında ise sona erdirilen sözleşme sonucunda eser sahibi bir tazminat talep edememekte; hatta bazı durumların varlığı halinde sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi nedeniyle karşı tarafa bir tazminat vermektedir (FSEK md. 58/IV). Cayma hakkı ile arzu edilen amaç ise yalnızca, eser sahibinin menfaatlerini ihlal eden sözleşmeyi bir an önce sona erdirip eser sahibini bu sözleşmeden kurtarmaktır. Böylece eserden doğan maddi ve manevi menfaatlerin ve özellikle de eserinin umuma arz edilmesinin en etkili şekilde gerçekleşmesi amaçlanmaktadır.

Fesih ile cayma arasında kapsam ve amaç itibariyle mevcut olan bu farklılıklara, cayma hakkının ileri sürülmesi için şekle dair kanunda öngörülen *emredici* koşulların (noter aracılığıyla karşı tarafa bir mehil verilmesi ve mehil yerini tutan durumlar vs.)

Borçlu temerrüdünün (TBK md. 123 vd.) sürekli borç ilişkileri bakımından feshe yol açan genel bir haklı sebep olduğu; ancak bu tür bir fesih için haklı sebebin yanı sıra olayda bir de çekilmezlik unsurunun bulunması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Seliçi**, s. 214.

fesih hakkı bakımından kanunda emredici bir şekilde düzenlenmemiş olması da eklenebilir. [64]

Tüm bu yönler dikkate alındığında cayma hakkı ile fesih hakkının kapsam, amaç ve şekli koşullar anlamında birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Esasında cayma hakkının Türk hukukundaki görünümü bu hakkın özel bir tür fesih olarak anlaşılmasına sebep olmaktadır. Bu açıdan cayma hakkının pratikte özel bir tür fesih olduğunu ifade eden görüşler gerekçelerini sağlam bir noktaya dayandırıyor gibi gözükmektedir. Oysa Alman hukukunda cayma hakkına verilen anlam, Türk hukukundaki anlamın çok daha ötesine geçmektedir. Türk hukukundaki cayma hakkı da bu şekilde anlaşıldığı takdirde cayma hakkı ile fesih hakkı arasındaki fark, bir daha kapanmamak üzere açılacaktır.

Şölye ki; Alman hukukunda eser sahibine cayma hakkı adı altında ayrı bir hak tanınmasının iki nedeni bulunmaktadır. Bu nedenlerden ilki, mali hakkı kullanma yetkisini devralan mali hak sahibinin bu hakkı kullanmak yönünde bir yükümlülüğünün bulunmadığı durumlarda borca aykırılık hükümlerine başvuramayan eser sahibinin cayma hakkı düzenlemesine başvurarak sözleşmeyi sona erdirmesini sağlayabilmektir. İkinci neden ise mali hakkın iktisap eden tarafından eser sahibinin rızasıyla bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde iktisap eden ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin tarafı olmayan eser sahibinin tarafı olmadığı bu sözleşmeyi sona erdirebilmesini sağlamaktır. Zira eser sahibi, menfaatleri ne kadar ihlal edilmiş olursa olsun tarafı olmadığı bir sözleşmeyi dönme veya fesih hakkı gibi klasik borçlar hukuku imkânları ile sona erdiremez; ancak cayma hakkını kullanarak sona erdirebilir.[65] Bu sebeple, cayma hakkının bir hukuki kurum olarak Alman fikri haklar hukukuna nasıl ve ne için girdiği bilinmeden yapılan bir yorumun, cayma hakkının bir

[64] Aynı yönde: **Aydıncık,** s. 194, dipn. 860; **Oğuzman/Öz**, s. 530-531 ve **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1293.
[65] **Bappert/Theodor Maunz/Gerhard Schricker**, Verlagsrecht, 3. Auf., München 2001, § 32, Rn. 9.

tür fesih hakkı olduğu düşüncesine yol açması doğaldır. Oysa cayma hakkı fesihten farklı ve tamamen fikri haklar alanına özgü bir hukuki kurumdur.

IV. İptalden Ayırt Edilmesi

İptal hakkı (*Anfechtungsrecht*), baştan sakat bir işlemin sözleşme kurulduktan sonra geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) sona erdirilmesini sağlayan yenilik doğuran bir haktır.[66]

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında iptal hakkı, TBK md. 28 aşırı yararlanma, TBK md. 30 yanılma, TBK md. 36 aldatma ve TBK md. 37 korkutma halleri bakımından öngörülmüş olup; bu durum kanunda, "*sözleşme ile bağlı olmamak*" şeklinde ifade edilmiştir.

İptal söz konusu olduğunda geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırılacak olan sözleşmenin baştan itibaren mi hükümsüz olduğu yoksa iptal beyanı üzerine mi hükümsüz kaldığı noktasında bir tartışma bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, sözleşme sadece iptal eden kişi açısında hükümsüz, diğer taraf için ise geçerli olmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise sözleşme daha baştan her iki taraf için de hükümsüz olmakla birlikte, bu hükümsüzlük iptal hakkına sahip olan kişinin kanunda öngörülen hak düşürücü süre içerisinde iptal hakkını kullanmaması üzerine düzelmekte; ancak süresi içerisinde bu hakkı kullanması halinde ise kesinleşmektedir. İptal teorilerine ilişkin son görüşe göre ise sözleşme başta her iki taraf için de geçerli olmakla birlikte, iptal hakkının süresi içinde kullanılması ile beraber sözleşme geçmişe etkili olarak ve kesin bir biçimde sona ermektedir.[67]

---

[66] **Ehrat,** s. 14-15; **Öz**, s. 24, dipn. 4.

[67] **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçla Hukuku Genel Bölüm, C. I, B. 5, İstanbul 2010, § 36, s. 428-430; **Eren**, s. 409-410; **Werner Flume**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, Band 2, 3. Auf., Berlin Heidelberg 1979, § 31, s. 557.

İptal hakkı söz konusu olduğunda hangi görüşe üstünlük tanınırsa tanınsın, caymadan farklı olarak sözleşmedeki sakatlık, sözleşmenin daha kuruluş aşamasında baştan beri orada durmaktadır. Oysa cayma hakkında sözleşmenin kuruluşunda bir sakatlık bulunmamakta; ancak daha sonradan iktisap eden tarafından eser sahibinin menfaatlerinin ihlal edilmesi sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili bir biçimde sona erdirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Cayma hakkı ile iptal arasındaki bir diğer farklılık, her iki hakkın yöneldiği amaç bakımındandır. İptal hakkı ile arzu edilen, kuruluşundan itibaren sakat olan bir sözleşmeyi sona erdirmek suretiyle irade özerkliğini temin etmektir.[68] Oysa cayma hakkı ile amaçlanan, eser sahibinin, menfaatlerinden en ileri şekilde yararlanmasını sağlamaktır.

İptal hakkı ile cayma hakkı arasında bir takım şekli farklılıklar da bulunmaktadır. İptal hakkının ileri sürülmesi bakımından cayma hakkında olduğu gibi mehil vb. şekli koşullar aranmaz. Bu açıdan iptal hakkına sahip olan kişi cayma hakkına sahip olan kişinin aksine FSEK md. 58'de öngörüldüğü gibi karşı tarafa noter vasıtasıyla bir mehil vermek zorunda değildir.

İptal hakkı ile cayma hakkı, ileri sürülmeleri için gerekli olan süreler bakımından da farklıdır. Eser sahibinin cayma hakkını ileri sürebilmesi için iktisap edenin, söz konusu hakkı, kararlaştırılan süre içerisinde veya böyle bir süre kararlaştırılmamışsa münasip bir süre içerisinde kullanmamış olması gerekir. Ancak eser sahibinin cayma hakkını kullanması için kanunda bir hak düşürücü süre belirlenmemiştir. Oysa iptal hakkının ileri sürülmesi bakımından kanunda öngörülen bir hak düşürücü vardır ve cayma hakkından farklı olarak iptal hakkına sahip olan kişi

[68] **Serozan**, s. 146.

bu hakkını öngörülen süreler içerisinde kullanmazsa iptal hakkı düşmektedir (TBK md. 28 ve TBK md. 39).

Son olarak, sözleşmenin kısmen iptalinin bazı durumlarda mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte; kısmen cayma mümkün olmamaktadır. [69]

V. Geri Almadan Ayırt Edilmesi

Geri alma hakkı (*Widerrufsrecht*) en geniş ifadeyle tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan ve birden çok işleve sahip, bozucu yenilik doğuran bir haktır. [70] Geri almanın birden çok işleve sahip olması, bu hakkın bazen dönme bazen de feshe benzer sonuçlar doğuran; ancak yine de kendisine has bağımsız bir hukuki varlığı olan bir hak olduğu anlamına gelmektedir.[71] Bir diğer ifadeyle, bağımsız bir yenilik doğuran hak olan geri alma, bazen feshe, bazen dönmeye ve hatta bazen de iptale benzeyen hukuki sonuçlar doğurur [72] ve bu sebeple de geri alma hakkının mahiyetinin tespit edilebilmesi için geri almanın söz konusu olduğu her özel durumun ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Özel durumlar incelendiğinde bazen fesih, bazen de dönmeye benzer sonuçlar doğuran geri almanın, kendisine has bağımsız bir hukuki varlığı olduğunu savunan yazarlar, geri almanın sözleşme ilişkisini sona erdiren fesih ve dönme haklarının yanında bu hakları "*tamamlayan*", "*çok işlevli*" ve "*yedek*" bir olumsuz yenilik doğuran hak olduğundan bahsetmektedirler.[73] Bazı yazarlar ise geri alma hakkının dönme ve fesihten farkını belirtirken geri alma ile ortadan kaldırılmak istenenin bir

[69] **Flume**, § 31, s 561-562. Kısmen caymaya ilişkin bkz. Bölüm III, § 2, IV.
[70] **Çağlar Özel**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 73; **Grässli**, s. 10.
[71] Geri almanın kendisine has bağımsız bir anlamı olmadığına ilişkin olarak bkz. **Ehrat**, s. 14.
[72] **Yılmaz Aslan**, Tüketici Hukuku, B. 5, Bursa 2015, s. 546; **Özel**, Geri Alma, s. 73; **Buz** Sözleşmeden Dönme, s. 90. *Sungurbey*, geri alma hakkını dönme ve fesih hakkını da içeren bir üst kavram olarak görmektedir. Bkz. **İsmet Sungurbey**, Medeni Hukuk Eleştirileri, C. I, İstanbul 1963, s. 140.
[73] **Serozan**, s. 123-124; **Özel**, Geri Alma, 74.

sözleşme ilişkisi değil; tek taraflı bir hukuki işlem olduğu noktasından hareket etmektedirler.[74] Gerçekte geri alma hakkı, dönme ve fesih haklarını tamamlayan çok yönlü bir hak olarak görülebilirse de geri alma hakkı ile ortadan kaldırılmak istenenin yalnızca tek taraflı hukuki işlemler olduğu doğru değildir. Zira genellikle irade beyanları için öngörülen geri alma hakkı, bazen de geçerli olarak kurulmuş [75] sözleşmeler [76] bakımından söz konusu olabilmektedir. [77] Bu açıdan geri alma hakkının kanunda düzenlendiği yerler bakımından bazı örnekler vermek bu hakkın mahiyetini anlamak konusunda ışık tutacaktır.

Geri alma hakkı öncelikle irade beyanları bakımından söz konusu olabilir. Örneğin TBK md. 10'da yer alan önerinin ve kabulün geri alınması bu şekildedir. [78] Böyle bir durumda, daha önce yapılan irade beyanının (öneri-kabul) hukuki sonuç doğurması geri alma beyanıyla engellenmiş olur. Öneri ve kabulün geri alınması, öneri ve kabulün hiç yapılmamış olması sonucunu doğurmaktadır.[79]

Geri alma hakkı bazen de verilmiş olan bir yetkinin ortadan kaldırılması ile ilgili olabilir. TBK md. 42 uyarınca temsil olunan kişi, hukuki bir işlemden doğan temsil yetkisini her zaman geri alma hakkına sahiptir. [80] Temsil olunanın geri alma hakkını kullanması, temeldeki sözleşme ilişkisinin çözülmesini sağlamamakta; geri

[74] Bkz. **Öz**, s. 25, dipn. 5.
[75] İptal ile geri alma arasındaki fark, sözleşmedeki sakatlığın başlangıçtan beri orada bulunup bulunmadığı noktasındadır.
[76] Geri alma hakkının genellikle tek taraflı hukuki işlemler ile tek tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz. **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 91.
[77] **Özel**, Geri Alma, s. 89-90.
[78] 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 9'da yine "*icabın ve kabulün geri alınması"* şeklinde düzenlenmiş olan bu hüküm, icap ve kabulün geri alınması halinde bu irade beyanlarının "*keenlemyekün"* addedileceğinden bahsetmekteydi.
[79] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 121; **Özel**, Geri Alma, s. 89; **Eren**, s. 259; **Ali Naim İnan/Özge Yücel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2014, s. 192.
[80] 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 34'te yine "*selahiyetin tahdidi ve refî"* başlığında düzenlenmiş olan bu hüküm, temsil olunanın temsil yetkisini her zaman "*ref*" edebileceğinden bahsetmekteydi.

alma, temel ilişkiden doğan haklara dokunmamakta ve geri alma ile beraber yalnızca, verilmiş olan yetkinin hukuki sonuç doğurması engellenmiş olmaktadır. [81]

Geri almaya ilişkin bir başka örnek, havale bakımından söz konusu olabilir. "*Havale, havale edenin kendi hesabına para, kıymetli evrak ve diğer misli eşyaları havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı*" çift yetkilendirme içeren, [82] üç köşeli bir hukuki işlemdir (TBK md. 555). TBK md. 559 uyarınca havale eden, havale alıcısına verdiği para, kıymetli evrak veya diğer bir misli eşyayı kendi adına kabul yetkisini her zaman geri alabilir. Havale eden, havale ödeyicisine verdiği yetkiyi de her zaman geri alabilir. Ancak bunun için havale ödeyicisinin havale alıcısına havaleyi kabul ettiğini açıklamamış olması lazımdır. [83] Bozucu yenilik doğuran, tek taraflı ve varması gerekli bir hukuki işlem olan havalenin geri alınması, ileriye etkili (*ex nunc*) sonuçlar doğurmaktadır.[84]

Geri alma, sözleşmeler bakımından da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda geri alma beyanı üzerine sözleşme, bazen geriye etkili olarak veya bazen de ileriye etkili olarak sona ermektedir. Bu gibi durumlarda bazen dönmeye bazen de feshe benzer sonuçlar doğmaktadır. Ancak burada asıl söz konusu olan, hukuki işlemlerin sonuç doğurmasının geri alma eliyle engellenmiş olmasıdır. [85] Örneğin TBK md. 295'e göre elden bağışlamanın ve yerine getirilmiş bağışlama sözünün geri alınması

---

[81] **Eren**, s. 449; **Oğuzman/Öz**, s. 183; **Kocayusufpaşaoğlu,** s. 708; **Tuhr,** s. 330; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 255; **Özel**, Geri Alma, s. 94-95.

[82] Hakim görüş, havalenin bir "çifte yetki verme" niteliğinde olduğudur (**Arif Kocaman**, Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001, s. 15-16; **Ahmet Türk**, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007, s. 51; **Hüseyin Ülgen**, "*Havalenin Geri Alınması*", İÜHFM, C. XXXII, Sayı 2-4'den Ayrı Bası, İstanbul 1967; **Yaşar Karayalçın**, Kambiyo Senetleri, Ankara 1970; **Şener Akyol**, Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, B. 2, İstanbul 2007, s. 3.
Türk-İsviçre hukukunda havalenin sözleşme niteliğinde olduğuna ilişkin azınlık görüşünün eleştirisi için bkz. **Arif Kocaman**, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989, s. 86-89.

[83] 818 sayılı BK md. 461 söz konusu düzenleme bakımından isabetsiz bir şekilde "*geri alma*" yerine "*rücu*" ifadesini kullanmaktaydı.

[84] **Kocaman**, Havale, s. 72; **Türk**, s. 142.

[85] **Aslan**, s. 545, dipn. 13.

durumunda, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme, geri alma eliyle geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldırılmış olur. [86] Yine bazı yazarlar, TBK md. 129/II'de düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşmelerde alacaklının borçluyu ibra edemeyeceği durumlarda "ibra etmek" ile kastedilenin de bir geri alma hakkı olduğundan ve ibra ile alacaklının, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldırdığından bahsetmektedirler.[87]

Bir başka açıdan, TBK md. 512'de düzenlenen vekâlet verenin ve vekilin sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirebilmesi şeklindeki ifadenin,[88] vekâlet sözleşmesinde geri alma hakkını düzenlendiği kabul edilmektedir. Burada tartışmalı olan nokta ise bu maddede düzenlendiği kabul edilen geri alma hakkının, vekillik sözleşmesinden doğmuş "*işi yürütme yetkisinin sona erdirilmesi*" [89] mi yoksa bazı yazarların ileri sürdüğü gibi vekâlet sözleşmesinin fesih benzeri bir fonksiyona sahip olacak şekilde ileriye etkili (ex nunc) bir biçimde sona erdirilmesi anlamına mı geldiğidir. [90]

Örneklerden de görüldüğü üzere, geri alma hakkı çok yönlü ve oldukça kapsamlı bir haktır. Geri alma hakkı düzenlemeleri tek tek incelendiğinde bu

---

[86] **Özel**, Geri Alma, s. 93; **Serozan**, s. 124; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 90; **Grässli**, s. 17; **Sungurbey**, s. 140.
818 sayılı Borçlar Kanunu md. 244'te bağışlamanın geri alınması, bağışlamadan "*rücu"* edilmesi şeklinde formüle edilmekte ve bununla dönme hakkı kastedilmekteydi. Bu ifade, 6098 sayılı TBK'dan önce de eleştirilere maruz kalmaktaydı ve burada kastedilenin dönme olmadığı; zira dönme ile sona erdirilebilecek olan hukuki ilişkilerin ancak "karşılıklı" sözleşmeler olabileceği ifade edilmekteydi. Bkz. **Serozan,** s. 128.
Tunçoğmağ, dönme ifadesini kullanmakla beraber gerçekte burada kastedilenin fesih olduğu görüşündedir (**Tunçomağ**, s. 239).
Bilge, bağışlamanın geri alınmasını bir dönme hakkı olarak görmekte ve bunun için öncelikle TBK md. 123 vd. (BK md. 106) maddelerindeki şekli şartların yerine getirilmesi gerektiğini savunmaktadır (**Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 136).
[87] **Eren**, s. 1148; **Serozan,** s. 133. Aksi yönde: **Şener Akyol**, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, s. 149; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, 90, dipn. 114.
[88] 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda md. 396'da düzenlenen bu geri alma hali "*Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir*." şeklinde hüküm altına alınmaktaydı.
[89] **Serozan**, s. 124; **Özel**, Geri Alma, s. 75.
[90] **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2010, s. 620-621; **Grässli**, s. 15; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 90; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 708; **Sungurbey**, s. 141. *Seliçi*, bu durumun açıkça olağan bir fesih hakkı olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Seliçi**, s. 135. Aynı yönde: **Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 301.

düzenlemelerin birbirinden farklı özelliklere sahip olduğu görülse de bağımsız bir hak olarak geri alma hakkının amacı ve bu kuruma duyulan ihtiyaç şu şekilde açıklanabilir:

Geri alma hakkı, o hukuki ilişkinin veya o durumun niteliği gereği özel olarak korunmaya değer görülen tarafın, korunmaya değer menfaatleri nedeniyle ilişkiyi tek taraflı olarak koparabilmesine hizmet etmektedir. [91]

Geri alma hakkına ilişkin yapılan bu açıklama sonucunda söz konusu durumun cayma hakkında da birebir aynı olduğu söylenebilir. Gerçekten de o durumun veya hukuki ilişkinin niteliği gereği yalnızca korunmaya değer görülen kişiye tanınan geri alma hakkı, bu açıdan cayma hakkını andırmaktadır. Örneğin tek taraflı bir kazandırmada bulunan ve bu nedenle o hukuki ilişki bakımından korunmaya daha çok ihtiyaç duyan bağışlayan, bağışlananın kendisine karşı ağır bir suç işlemesi vb. gibi bir durumda kendi çıkarlarının daha ağır basması nedeniyle, TBK md. 295'in kendisine tanıdığı özel bir imkân vasıtasıyla, söz konusu ilişkiyi koparabilmektedir. Bu hak, ilişkinin niteliği gereği sadece bağışlayana tanınmış bir haktır. Cayma hakkında da menfaatleri önemli ölçüde ihlal edilen eser sahibi, kanun tarafından kendisine tanınan özel bir imkân ile himaye edilmekte ve FSEK md. 58'de hüküm altına alınan cayma hakkı, yalnızca eser sahibine tanınmaktadır.

Bu benzerliğe karşılık cayma hakkı ile geri alma hakkı birbirinden farklı iki kurumdur. [92]

Öncelikle her iki kurumun da hizmet ettiği amaç bir noktada benzerlik gösterse de eser sahibi ile eser sahibinin haklarını devrettiği kişiler arasındaki *tüm ilişkilerde kategorik olarak* eser sahibinin kanun tarafından bu kişiye oranla özel bir himayeye tabi tutulduğunu ve kayırıldığını söylemek aşırı bir yorum olacaktır. Kuşkusuz fikri

[91] **Özel,** Geri Alma, s. 77.
[92] *Hilty*, kullanmama nedeniyle cayma hakkı ve kanaat değişimi nedeniyle cayma hakkından geri alma hakları olarak da bahsetmektedir (**Hilty**, Lizenzvertragsrecht, s. 906).

haklar hukukunda eser ve eser sahibi korunmaktadır. Ancak bu koruma sağlanırken özgür irade ile kurulan bir sözleşme ilişkisi içerisinde eser sahibi ile hukuki ilişkiye giren kişilerin menfaatleri ile eser sahibinin menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Dahası, iktibas serbestisi örneğinde olduğu gibi eğitim-öğretim ve bilimin teşvik edilmesi, bilginin paylaşılması vb. kamu mülahazaları ve hatta özel mülahazalar göz önüne alınarak, çoğu zaman eser sahipliğinden doğan hakların kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan fikri haklar hukuku korunmaya değer yegâne menfaatin, eser sahibinin menfaati olduğu düşüncesinden uzak bir biçimde işlemektedir. Nitekim FSEK md. 58'de düzenlenen cayma hakkında kanun açıkça eser sahibi lehine bir tutum içerisinde girmiş olsa da, bu özel ve ender düzenlemede dahi menfaat dengesini bütünüyle hiçe saymaktan kaçınmıştır. Zira bu düzenlemeye göre, iktisap eden, cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi tek taraflı olarak vaktinden evvel sona erdiren eser sahibinden eğer *hakkaniyet gerektiriyorsa* münasip bir tazminat isteyebilmektedir (FSEK md. 58/IV).

Görüldüğü gibi cayma hakkı, geri alma hakkının aksine ilişkiyi koparma çıkarı daha ağır basan kişinin tamamen bedelsiz kullanabileceği bir hak değildir. Bunun yanı sıra geri almanın aksine cayma hakkı, nedensiz bir şekilde de kullanılamaz.[93]

Şöyle ki; daha önce de ifade edildiği gibi, eser sahibi eğer iktisap edenin kusuru varsa veya kendi kusuru daha ağır ise iktisap edene uygun bir tazminat ödemeden bu hakkı kullanamaz (FSEK md. 58/IV). Bunun yanı sıra, eser sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için "*mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kişinin bu hakkı hiç veya gereği gibi kullanmaması*" ve bu yüzden "*eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi*" gereklidir (FSEK md. 58/I). Geri alma hakkı bakımından ise kural olarak -belki bağışlamada bağışlayanın TBK md. 295 uyarınca bir neden göstermesi

[93] Bkz. **Serozan**, s. 125.

zorunlu olsa da- öneri ve kabulün geri alınmasında veya azil ve istifada olduğu gibi bir nedene ya da bir karşılığa gerek duyulmamaktadır.

Cayma hakkı ile geri alma hakkı arasındaki bir diğer farklılık, FSEK md. 58'e göre, eser sahibinin cayma hakkını kullanabilmesi için karşı tarafa noter vasıtasıyla münasip bir mehil vermesi gerekirken (FSEK md. 58/II-III); geri alma hakkının bu gibi şekil şartı ve formalitelerden arî olmasıdır.

Bugün Türk hukukunda belki de cayma hakkı ile karıştırılması en olası hak, geri alma hakkıdır. Bunun nedeni, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) belirli sözleşmeler bakımından tüketiciler lehine "cayma hakkı" adı altında bir hak tanınmış olmasıdır. Ne var ki bu hak, bir cayma hakkı olmayıp; yalnızca, tüketici sözleşmelerinde özel olarak korunmaya değer görülen tüketiciler lehine tanınan, tüketicilerin tek taraflı irade beyanlarıyla söz konusu ilişkiyi bedelsiz ve nedensiz koparmalarına olanak sağlayan ve kullanılması için herhangi bir şekil şartının gerekli olmadığı klasik bir "geri alma hakkı" olarak kabul edilmektedir.[94] Tüketici hukukunda cayma hakkı adı altında düzenlenen bu hak, aşağıda ayrıca ele alınmaktadır. [95]

[94] Aynı yönde: **Aslan,** s. 545; **Özel**, Geri Alma, s. 100; **Nihat Yavuz**, "*Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak İsviçre Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Geri Alma Hakkı Üzerine Genel Açıklamalar*", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 758; **Leyla Müjde Kurt,** "*TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 2011, s. 53.

[95] Bkz. Bölüm II, § 2, C, a.

II. BÖLÜM

CAYMA HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUMU

§ 1 CAYMA HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

I. Türk Fikri Haklar Hukuku Alanında Cayma Hakkının Ortaya Çıkışı

Tarihsel açıdan bakıldığında Türk hukukunda "telif" ifadesinin kullanıldığı ilk düzenleme, 1850 tarihli *Encümen-i Daniş Nizamnamesi*dir.[96] Bu düzenlemeden sonra, 1857 yılında çıkan *Telif Nizamnamesi* ise gerçek anlamda telif hukukuna ilişkin ilk metin olma özelliğini taşımakta ve başta matbaa imtiyazlarını [97] kaldırmak üzere, yazarın haklarını koruyucu önemli düzenlemeler içermektedir.[98] *Telif Nizamnamesi*, yazarın dilerse eserini bir ücret karşılığında matbaacıya satabilmesi gibi, dönemine göre eser sahibini korumaya yönelik önemli konuları içermekteyse de ayrıntılı ve sistematik bir düzenleme niteliğinde de değildir. Bu sebeple *Telif Nizamnamesi* 'ne

---

[96] **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, B. 2, Ankara 2013, s. 36; **Tekinalp**, § 7/19, s. 87.
Bu Nizamnamenin, "*Encümen-i Daniş'in Hizmeti*" alt başlığını taşıyan bölümünde Encümen'in ilk görevi, tercüme veya telif yoluyla çeşitli bilimlerle ilgili gerekli kitapların Türkçe olarak yazılmasına ve Türkçe'nin geliştirilmesine hizmet etmek olarak belirtilmişti. Nizamnamede özellikle fen ve sanat alanına dair yazılan kitapların herkesin anlayabileceği basit bir Türkçe ile yazılmasına dikkat edilmesi ve kitap yazımının teşvik edilmesi öngörülmekteydi. "*Mükâfatların Şekli"* alt başlıklı bölümde ise Encümen aracılığı ile bilim, eğitim ve düşünceye hizmet edenlerin ödüllendirilmelerine ilişkin hususlar ve bu ödüllendirmelerin nasıl yapılacağı düzenlenmekteydi. Bkz. **Osman Zahit Küçükler**, "*Encümen-i Daniş'in Kurumsal Yapısı*", Amme İdaresi Dergisi C. 45, Sayı 2, Haziran 2012, s.138-139; **Diren Çakmak**, "*Osmanlı Telif Hukuku İle İlgili Mevzuat*", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı 21, Bahar 2007, s. 202-203.

[97] 1856 Islahat Fermanı'nı takip eden dönemde çıkan *Matbaa Nizamnamesi* ile basın konuları düzenlenmekte ve yazılı eser sahiplerine eserlerini bizzat bastırmak konusunda bir imtiyaz verilmekteydi. Bu imtiyaz uyarınca eser, eser sahibinin izni olmadan basılamamakta; ancak bir kere basıldıktan sonra da basılmış nüshalar tükeninceye kadar eseri basan matbaaya bir tekel hakkı tanınmaktaydı. 1857 tarihli *Telif Nizamnamesi* hem bu imtiyaz usulünü kaldırmakta ve hem de mali yönden eserini basamayacak durumda olan yazarın eserinin devlet tarafından basılmasına olanak tanıyarak, yazara ayrıca Maarif Meclisi tarafından takdir edilen bir telif ücreti verilmesini de öngörmekteydi (**Erel**, s. 46-47; **Ayiter**, s. 29-30).

[98] **Erel**, s. 47; **Ayiter**, s. 29; **Esra Dardağan**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, s. 24.

1872 yılında bir Ek yapılarak [99] eser sahibini koruyucu daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Bu Ek, eser üzerindeki hakkın korunma süresi ve yazarın ölümü halinde kalan sürenin mirasçılara intikali gibi konuları hükme bağlamaktadır. [100]

Türk hukukunda gerçek anlamda ilk kanunlaştırma hareketi olarak kabul edilen, Osmanlı hukukunda telif hukukun yerleşmeye başladığını gösteren [101] ve ilk fikir ve sanat eserleri kanunu olarak adlandırılan kanun, *Telif Nizamnamesi*'nden yaklaşık yarım yüzyıl sonra çıkan 8 Mayıs 1910 tarihli *Hakk-ı Telif Kanunu*'dur. [102]

Hakk-ı Telif Kanunu, kitaplar; yazıtlar; resimler; heykeller; planlar; haritalar; mimari, coğrafi ve diğer cisimler ile besteler ve notalar gibi fikir ürünleri (md. 2) üzerindeki işleme ("*ifrağ etmek*"- md. 3), temsil (md. 10), yayma ve çoğaltma hakkı ("*tab etmek*" ve "*kalıplarını yapmak ve plakalarını yaptırmak*"- md. 29) gibi bugün de kabul edilen mali haklar ile eserde sahibinin izni olmadan değişiklik yapılamaması ("*tadilat icra edemez*"- md. 28) ve adın belirtilmesi ("*kendi namını vermek*"- md. 30) manevi haklarını düzenlemektedir. *Hakkı-ı Telif Kanunu,* eser sahiplerinin söz konusu eserler üzerinde bir "temellük hakkına" ("*hakkı temellük*"- md. 1) sahip olduklarını öngörmektedir. [103]

Fikri haklar alanındaki ilk kanunlaştırma hareketi olan ve eser sahibinin hakları ile eser türleri gibi birçok konuyu ele alan [104] *Hakkı-Telif Kanunu*'nda cayma hakkına

---

[99] Telif Nizamnamesi'ne yapılan bir diğer Ek, amacı Osmanlı ilim ve kültür hayatının zenginleşmesini sağlamak olan 1876 tarihli "*1857 Tarihli Nizamnameye Tezyil Olunan Fıkaratı Nizamiye*"dir (**Çakmak**, s. 209).

[100] **Dardağan**, s. 24; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 37.

[101] Osmanlı Devleti'nde telif hakları kavramının gelişmesinde sürekliliğin sağlanması amacıyla yapıldığı belirtilen ilk düzenleme, *Hakkı-ı Telif Kanunu*'ndan önce çıkan, *Telif Nizamnamesi*'nde düzenlenmeyen konuları düzenleyen ve onun bir tamamlayıcısı niteliğinde olan 1870 tarihli *Telif ve Tercüme Nizamnamesi*dir (**Çakmak**, s. 210).

[102] **Tekinalp,** § 7/20, s. 87; **Erel**, s. 47; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 37; **Dardağan**, s. 24.

[103] Burada temellük hakkı olarak ifade edilen temlik hakkının, üzerinde hukuksal tasarrufta bulunulabilen ancak hukukun alışılmış kavramları ile açıklanamayan bir tür malvarlığı hakkı olduğuna ilişkin olarak bkz. **Hirsch**, Fikri Say, s. 104; **Dardağan**, s. 24-25.
Hakk-ı Telif Kanunu'nun sistematik bir incelemesi ve tam metni için için bkz. **Ernst E. Hirsch**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.

[104] *Hakk-ı Telif Kanunu*'nun eser üzerindeki hakkın korunmasını tescil şartına tabi tutması ("*telifi temin için kayıt ve tescil*" md. 20) ve manevi haklara yeterli korumayı sağlayamaması gibi konular

ilişkin herhangi bir düzenleme veya bu şekilde yorumlanabilecek herhangi bir kurum bulunmamaktadır. Nitekim Türk hukukunda cayma hakkı ifadesi, fikri haklar alanına ilk kez 05.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile birlikte girmiştir.

01.01.1952 tarihinde yürürlüğe giren FSEK,[105] 1910 tarihli *Hakk-ı Telif Kanunu*'nun eskimiş olduğu gerekçesiyle, 1938 yılında Ankara'da toplanan Birinci Türk Neşriyat Kongresi'nin isteği üzerine oluşturulmuştur. Bu istek üzerine Maarif Vekilliği, 10.05.1939 tarihli ve 81/3710 sayılı tezkere ile hukuk fakültesinin konu ile ilgili profesör ve doçentlerinden bir komisyon oluşturularak yeni ve tam bir telif hakkı kanunu hazırlanması talimatında bulunmuştur. Ali Fuat Başgil, Ebül'ulâ Mardin, A. B. Schwarz, Ch. Crozat, Ernst Hirsch, Yavuz Abadan ve Halil Arslanlı'dan oluşan komisyon yeni ve tam bir telif hakları kanununa yönelik bir Öntasarı hazırlama görevini Hirsch'e devretmiş ve Hirsch, başta Bern Sözleşmesi olmak üzere, yabancı kanunlar ve projeler ile Türkiye'nin milli ihtiyaçlarını da göz önünde bulundurarak 5846 sayılı ve 05.12.1951 tarihli FSEK'e yönelik bir Öntasarı oluşturmuştur. [106]

Bu Öntasarı'nın 64. maddesinde Türk hukukunda ilk kez cayma hakkı düzenlemesine yer verilmekte; ancak bu düzenleme eser sahibinin sözleşmeden cayması yerine, akdi feshedebilmesi şeklinde ifade edilmektedir. Öntasarı md. 64/1'e göre *"Malî bir hak iktisap veya bir ruhsat istihsal eden kimse; kararlaştırılan müddet dahilinde ve bir müddet tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve selâhiyetlerinden lâyıkile istifade etmez ve bu yüzden eser sahibinin*

---

bakımından Bern Sözleşmesine aykırı hükümler içerdiğine yönelik bazı eleştiriler için bkz. **İlhan Öztrak**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, B. 2, Ankara 1977, s. 11.
Hakk-ı Telif Kanunu'nun 41 yıl yürürlükte kalmasına rağmen, ülkemizdeki hak sahiplerinin haklarını takip edememesi nedeniyle bu kanunun hiç uygulama alanı bulamadığına ilişkin bkz. **Cahit Suluk**, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s. 28-29.

[105] FSEK, ilki 1983 yılında olmak üzere sırasıyla 1995, 2001, 2004, 2007, 2008 ve son olarak da 29.02.2012 tarihinde 6297 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramıştır; ancak bu değişikliklerin hiçbirisi cayma hakkı ile ilgili değişiklikler değildir. Bu değişikliklerin içeriğine ilişkin bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 38 vd.

[106] **Hirsch**, Fikri Say, s. 1-2.

menfaatleri esaslı surette ihlâl edilirse, eser sahibi akdi ***feshedebilir.****"* Ancak burada fesih ile kastedilen, tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 106/II'de yer alan "*Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep veya akdi* ***fesh edebilir****."* ifadesi ile yanlış bir şekilde kanun metnine aktarılmış olan "dönme hakkıdır." Zira *Hirsch*, bu düzenlemenin bizzat Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmemesi hakkındaki hükümlerden esinlenilerek oluşturulduğunu ifade etmektedir.[107] Öntasarı'da yer alan bu düzenleme, 1951 sayılı FSEK'e aynen dahil edilmiş; ancak fesih ifadesi "cayma hakkı" olarak değiştirilmiştir.[108]

Hirsch, 1951 sayılı FSEK'in hazırlanmasında genel olarak Alman Fikri Haklar Yasası'ndan (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte -UrhG*) yararlanmıştır.[109] Özel olarak cayma hakkı düzenlemesi bakımından ise 1929 tarihinden UrhG'nin yürürlüğe girdiği 1965 tarihine kadar olan dönem boyunca Alman hukukunda yapılan tartışmalardan etkilenmiştir. Gerçekten de Alman hukukunda söz konusu durum için eser sahibine uzun süre boyunca bir dönme hakkı (*Rücktrittsrecht*) tanınması önerilirken, ilk defa 1932 yılında *Hans Otto de Boor*

[107] **Hirsch**, Fikri Say, s. 233.
[108] Bu Öntasarı, Maarif Vekilliği'nin acil isteği üzerine 1941 yılında teslim edilmiş; Öntasarı'nın tüm metni, gerekçesi ile beraber 1942 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda yayımlanmıştır. Sunulan bu Öntasarı, önce sürüncemede kalsa da uzun bir süre Hirsch'in o dönem İstanbul Hukuk Fakültesi'nde verdiği derslerdeki tartışmalara konu olmuştur. 1948 yılında bu sefer Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir kanun yapılması konusu yeniden gündeme getirilmiştir. Hirsch, Öntasarı'da gerekli sınırlamaların yapılaması, bazı hükümlerin metinden çıkarılması ve özellikle de Öntasarı'nın Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli Brüksel Revizyonu'na uygun hale getirilmesi gibi mülahazaları da göz önünde bulundurarak Öntasarı'yı tekrar gözden geçirmiştir. Bu şekilde tekrar gözden geçirilen Öntasarı 1948 yılında Adalet Bakanlığı'na teslim edilmiş ve 27.10.1950 tarihinde, çok az bir değişiklikle, Bakanlar Kurulu tarafından imzalanarak Kanun Tasarısı haline gelmiştir. Bu Kanun Tasarısı, Hirsch'in, Adalet Bakanlığı temsilcisi olarak şahsen bulunduğu Meclis Adalet ve Milli Eğitim komisyonlarında görüşüldükten sonra 05.11.1951 tarihinde yasalaşmıştır (**Ernst E. Hirsch**, "*Entstehungsgeschichte und Grundlinien des Türkischen Urheberrechtsgesetz von 1951*", Archiv Für Urheber-Film-Funk- Und Theaterrecht, UFITA, Band 22, Baden Baden 1956-II, s. 148-149).
[109] **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 39.

tarafından bir cayma hakkı (*Rückrufsrecht*) tanınması önerilmiş ve bu teklif daha sonraki kanun tasarılarına dahil edilerek nihayet 1965 yılında UrhG § 41 ile yasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. Bu amaçla, FSEK md. 58'de düzenlenen cayma hakkı kurumunun tarihsel gelişimini inceleyebilmek bakımından Türk fikri haklar alanındaki gelişmeler açıklayıcı olmayıp; Alman fikri haklar alanındaki gelişmelere göz atmak gerekliliği doğmuştur.

II. Alman Fikri Haklar Hukuku Alanında Cayma Hakkının Ortaya Çıkışı

A) Yasal Düzenlemeler

Bir eser üzerinde kullanma hakkına sahip olan kişinin bu eseri kullanmasında artık hiçbir menfaatinin kalmaması veya eseri sürekli surette kendisine tanınan hak ve yetkilere aykırı biçimde kullanması durumunda eser sahibini koruyacak bir hükmün gerekli olup olmadığı sorusu Almanya'da ilk kez 1929 yılında ortaya atılmıştır.[110] Bu sorunun ortaya atıldığı dönemlerde Alman fikri mülkiyet hukuku alanını düzenleyen üç önemli kanun bulunmaktadır. Bunlar, *Edebi Eserler ve Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Haklarına Dair 1901 tarihli Kanun* (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901*-**LUG**–), *Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraf Eserleri Üzerindeki Telif Haklarına Dair 1907 tarihli Kanun* (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907*-**KUG**–) ve Alman Yayın Kanunu (Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901-**VerlagG**-)'dur. Artık yürürlükte olmayan 1901 tarihli LUG ve 1907 tarihli KUG, cayma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ancak, eserin kullanılmaması halinde eser sahibinin korunması fikri, bu fikrin ilk ortaya atıldığı tarih olan 1929'dan bugünkü Alman Fikri Haklar

[110] **Budde**, s. 15.

Yasası'nın (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* -**UrhG**-) kabul edildiği 1965'e kadar sıkça tartışılmış; birçok taslakta yer almış ve nihayet 1965 tarihinde UrhG'nin kabulü ile birlikte "cayma hakkı" adı altında hukuki bir kimlik kazanmıştır.

Telif haklarına ilişkin reform çalışmaları yapılması fikrinin ortaya çıktığı dönemde bu reform çalışmalarının bir parçası olarak 34 hukukçunun bilimsel görüşlerini bildirmek üzere bir araya gelmesi ile oluşturulan telif hakları komisyonu, yalnızca Alman hukuku üzerine yoğunlaşmamış; Avusturyalı hukukçuları da bünyesinde toplayarak gündemde olan bazı telif hakkı sorunlarını daha kapsamlı bir biçimde tartışmaya açmıştır.[111] Reform çalışmalarını yürüten bu grubun idaresinden sorumlu olan *Elster*, *Hoffmann* ve *Marwitz*, 1929 yılında reform grubu katılımcılarına yöneltilen ve *Marwitz*'in tamamlanmış taslaklarından biri uyarınca hazırlanmış olan anket sonuçlarını derleyerek "Alman ve Avusturya Telif Hakları Reformu Üzerine Çalışma" raporunu yayımlamışlardır. Bu rapor uyarınca, anketin 15. sorusunda hukukçulardan, kullanım hakkını devralan kişinin bu hakkı kullanmaması durumunda kullanım hakkının akıbetinin nasıl tayin edilmesi gerektiğine ve bunun koşullarına (ve özellikle devralan kişinin rızasının aranıp aranmayacağı) ilişkin bir düzenleme önermeleri istenmiştir. Bu görüşler sonucunda, böyle bir durumun söz konusu olması halinde kullanım hakkının sona ermesinin ve hakkın eser sahibine geri dönmesinin (*Rückfallsrecht*) amaca daha uygun olacağı fikri ağırlık kazanmıştır.[112]

[111]Bu çalışma grubu, ekonomik çıkar grupları dikkate alınmadan yalnızca hukukçulardan oluşmaktaydı. Bu 34 hukukçunun 24 tanesi Alman ve 10 tanesi de Avusturya uyrukluydu. 34 kişilik çalışma grubu, 9 bilim insanı, 8 hâkim, 16 avukat ve 1 kâtipten oluşmaktaydı. Grubun idaresinden sorumlu olan ve 1929 tarihli "Alman ve Avusturya Telif Hakları Reformu Üzerine Çalışma" raporunun yazarlarından biri olan *Dr. Boris Marwitz*, her iki ülkenin telif hakları yasasının aynı olması gerekliliğine vurgu yapmış ve bu amaçla 1928 yılında Viyana'da birçok Avusturyalı hukukçu ile görüşmelerde bulunmuştur (**Alexander Elster/Willy Hoffmann/Bruno Marwitz,** Abhandlungen Zur Deutschen Und Österreichischen Urheberrechtsreform, UFITA 2, 1929, s. 125-126).

[112] **Elster /Hoffmann/ Marwitz,** s. 171-173.

Bu anket sonucunda ortaya atılan görüşlerde henüz "cayma hakkı" ifadesi kullanılmamaktadır. Bunun yanı sıra, eser sahibini koruyacak bir hükmün gerekliliği ortaya atılmış olsa da henüz bu konuda da bir fikir birliğine varılamamıştır. *Marwitz,* 1929 yılında hazırladığı "*Entwurf eines Gesetz über das Urheberrecht an Werken des Schrifttums, der Kunst und der Photographie- Edebi Eserler, Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraf Eserleri Üzerindeki Telif Hakları Kanunu Taslağı*" md. 28'de eser sahibine bir dönme hakkı (*Rücktrittsrecht*) tanınmasını önermiştir. *Marwitz*'e göre, devredilen bir kullanma hakkı, eser sahibinin rızası ve kusuru olmaksızın makul bir süre içerisinde hiç kullanılmaz veya olağandan önemli ölçüde aykırı bir biçimde kullanılırsa, makul bir mehil tayini ile sözleşmeden dönülebilmektedir (*zurücktreten*). *Marwitz*, tasarısında açıkça "dönme hakkından" (*Rücktritt*) söz etmektedir. [113]

Hoffmann ise 1929 tarihinde hazırladığı "*Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst- Edebi Eserler ve Güzel Sanat Eserleri Üzerindeki Telif Hakları Kanunu Taslağı"* md. 11'de "eserin icra edilmesi yetkisinin" [114] eser sahibine geri dönmesini (*Rückfallsrecht*) öngörmüştür. *Hoffmann*'a göre, bu durumun söz konusu olabilmesi için bu yetkiyi iktisap edenin (*Erwerber*), verilen süreye rağmen üç yıl içerisinde icradan kaçınması gerekmektedir. *Hoffmann*, taslağında dönme hakkından bahsetmemekte; bunun yerine geri dönme hakkı (*Rückfallsrecht*) ifadesini kullanmakta ve bu hakkın sözleşme ile bertaraf edilemeyeceğini (*unabdingbar*) söylemektedir.[115] Buna karşılık yine her ikisi de 1929

[113] **Bruno Marwitz,** Entwurf Eines Gesetz Über Das Urheberrecht An Werken Des Schrifttums, Der Kunst Und Der Photographie, UFITA 2, 1929, s. 675.
[114] Gerçekte *Hoffmann*, taslağında "eserin kullanım hakkı" kavramı yerine bundan daha dar bir anlam içeren "*wiedergabe*" kavramını kullanmaktadır. Bununla eserin, temsili-icrası- sahnelenmesi düşünülebilirse de burada söz konusu olan, sadece tiyatro veya güzel sanat eserlerinde olduğu gibi teknik anlamda bir sahneleme-icra faaliyeti olmadığından kavramın daha geniş bir anlam içerecek şekilde "kullanım hakkı" biçimde yorumlanması daha isabetli olur.
[115] **Willy Hoffmann,** Entwurf Eines Gesetzes Über Das Urheberrecht An Werken Der Literatur Und Kunst, UFITA 2, 1929, s. 660.

yılına ait olan *Elster* [116] ve *Goldbaum/Wolff* [117] taslaklarında ise bu konuya ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

"Cayma hakkı" kavramını ilk kullanan Alman hukukçusu *Hans Otto de Boor*[118] 1932 yılında oluşturulan "*Entwurf des Reichsjustizministeriums für ein Gesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie*" isimli *Edebi Eserler, Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraf Eserleri Üzerindeki Telif Haklarına Dair Alman İmparatorluk Adalet Bakanlığı Kanun Tasarısı'na* yönelik yazdığı eleştiride, ilk kez "cayma" ifadesine yer vermiştir. İmparatorluk Adalet Bakanlığı Tasarısı'nın 29. maddesinde eser sahibine bir dönme hakkı (*Rücktrittsrecht*) tanımaktadır. Bu madde uyarınca, kullanım hakkını iktisap eden (*Erwerber*), hakkı devredenin (*Veräußerer*) menfaatlerinin bu yönde olmasını gerektiren hiçbir gerekçe olmaksızın, kendisine devredilen hakkı hiç veya gereği gibi kullanmaz ve devredenin menfaatleri bu yolla esaslı surette ihlal edilmiş olursa; devreden, makul bir süre tanıyarak bu sürenin sonunda sözleşmeden dönebilmektedir (*zurücktreten*). [119] *Boor*, dönme ifadesi yerine neden cayma ifadesi yönünde bir tercih yapılması gerektiğini, İmparatorluk Tasarısı'na yönelik yazdığı eleştiri yazısında "Dönme veya Cayma" (*Rücktritt oder Rückru*f) başlığı altında şu şekilde ortaya koymaktadır:

---

[116] Bkz. **Alexander Elster**, Urheberschutzgesetzes, Entwurf Von Alexander Elster, UFITA 2, 1929, s. 652-658.

[117] Bkz. **Wenzel Goldbaum/ Hans-Erich Wolff**, Entwurfes Eines Urheberschutzgesetzes, UFITA 2, 1929, s. 185 ff.

[118] Bkz. **Hans Otto de Boor**, vom Wesen des Urheberrechts, Marburg 1933.

[119] **Eduard Reimer**, Vergleiche Darstellung Der Geltenden Deutschen Gesetztexte Und Früherer Gesetzentwürfe Zum Deutschen Urheberrecht Als Grundlage Für Die Wiederaufnahme Der Reformarbeit, Schwetzinger 1950, s. 46.
Her ne kadar söz konusu durumda eser sahibine tanınan hakkın, bir "dönme hakkı" olduğu zaten İmparatorluk Tasarısı'nın 29. maddesinin başlığında (*Rücktrittsrecht*) açıkça ifade edilmekteyse de kaynaklarda "*zurücktreten*" kelimesinin karşılığı "caymak; geri dönmek; rücu etmek" ve "*vom Vertrag zurücktreten*" ise "*sözleşmeden caymak; akitten rücu etmek*" şeklinde belirtilmektedir (**Osman Nazım Kıygı,** Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache II-Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü II, Münih 1999, s. 967). Ancak bu çeviri, terminolojik anlamda doğru bir çeviri olmayıp; Türkçe'ye dönme hakkı olarak çevrilebilecek olan "*Rücktritt*", "*zurücktreten*" fiilinden gelmektedir. Bunun yanı sıra, burada kast edilenin teknik anlamda bir "cayma" kavramı olmadığı; zira "cayma" ifadesinin telif hakları alanında ilk kullanımının *Boor* ile birlikte olduğu da bilinmektedir.

Boor'a göre, eser sahibi, kullanım hakkını geri çağırma (*zurückzurufen*) veya bu hakkın artık yitirildiğini açıklama yetkisine sahiptir. Eser sahibinin hakkın artık kaybedildiğini açıklaması sonucunda hakkın yitirilmesi olgusu ile hakkın geri çağrılması olgusu, hukuki nitelik bakımından birbirine benzemektedir. Ancak hakkın yitirilmesi kavramı, sanki bu hakkı kullanan kişi bir kusur işlemiş veya kınanacak bir hareket yapmış gibi istenmeyen bir etki doğurmaktadır.[120] Bu sebeple *Boor*'a göre, "dönmeye" nazaran; daha nötr bir ifade olan "cayma" kavramı tercih edilmelidir. *Boor*'a göre "dönme" daha ziyade borçlar hukukuna özgü bir kavramdır. Oysa telif hakları söz konusu olduğunda durum farklılık arz etmektedir. Eser sahibinin kullanım hakkını devrederken asıl menfaati, eserinin maddi olarak değerlendirilmesi ve dahası eserinin umuma arz edilmesidir. Burada eser sahibinin beklentisi, kullanım hakkına sahip olanın bu hakkı hiç veya gereği gibi kullanmadığı durumlarda kendisine bir tazminat ödenmesinden ziyade, eserinin kullanılması veya kullanılmaya devam edilmesi ve eserinin mümkün olan en iyi şekilde umuma arz edilmesidir. [121]

Alman hukukunda cayma hakkı düzenlemesi adı altında yeni bir düzenlemeye duyulan ihtiyacın bir diğer nedeni ise benzer duruma yönelik düzenlemeler barındıran Alman Yayın Kanunu'nda (VerlagG) ve/veya genel olarak Alman Medeni Kanunu'nda (*Bürgerliches Gesetzbuch*- BGB) yer alan hükümlerin bazı açılardan elverişli hükümler olmamasıdır.

VerlagG § 32 (30) uyarınca, eserin çoğaltılması ve yayımı sözleşmeye aykırı bir şekilde gerçekleşirse eser sahibi (yani burada yazar) sözleşmeden dönebilir. BGB § 323 uyarınca genel hükümler bakımından da karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlu edimini hiç ifa etmez veya sözleşmeye aykırı olacak şekilde ifa ederse alacaklı

[120] Gerçekten de UrhG § 41 ve FSEK md. 58 uyarınca, eser sahibinin cayma hakkını ileri sürebilmesi için hakkı hiç veya gereği gibi kullanmayan iktisap edenin bu konuda kusurlu olması gerekmez. Bu açıdan cayma hakkının ileri sürülmesi kusur koşuluna bağlı değildir.
[121] **Boor,** vom Wesen, s. 58-68.

sözleşmeden dönebilir. Alman hukukunda hem özel olarak yayın sözleşmeleri bakımından hem de genel olarak tüm karşılıklı borç doğuran sözleşmeler bakımından söz konusu olan bu iki düzenleme, eser sahibinden bir hak iktisap eden kişinin (*Erwerber*) bu hakkı hiç veya gereği gibi kullanmadığı durumlarda eser sahibinin başvurabileceği imkânlar olarak gözükse bile bu iki düzenleme şu açılardan UrhG § 41'e göre eser sahibinin haklarını korumak yönünde daha elverişsiz veya daha dar kapsamlı gözükmektedir:

VerlagG § 32 (30) anlamında yazarın dönme hakkını ileri sürebilmesi için yayıncının yayma veya çoğaltma hakkını sözleşmeye aykırı bir şekilde kullanması veya kullanmayı ihmal etmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra VerlagG § 32'deki dönme hakkı, yazar tarafından yalnızca yayıncıya karşı ileri sürülmektedir. Yine aynı şekilde BGB § 323'te yer alan genel hüküm, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde alacaklıya tanınmış bir dönme hakkı içermektedir. Görüldüğü gibi VerlagG § 32 (30) hem sadece yayma veya çoğaltma hakkına aykırılık halleri bakımından söz konusu olmakta hem de yayın hakkının üçüncü bir kişiye devri halinde üçüncü kişiye karşı ileri sürülememektedir. Aynı şekilde, mali hakkı kullanma yetkisine sahip kişinin eser sahibi ile sözleşme ilişkisi içerisinde olan sözleşme tarafı (*Vertragspartner*) olmadığı durumlarda BGB § 323'teki imkâna da başvurulamamaktadır.[122] Bu açılardan UrhG § 41'de yer alan düzenleme, kullanma hakkına yönelik tüm ihlaller bakımından *(das Recht nicht oder nur unzureichend ausüben)* ve mali hakkı kullanma yetkisini iktisap eden üçüncü kişi de dâhil olmak üzere herhangi bir kişiye karşı (*der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts*) ileri sürülebilmekte ve bu nedenle de söz konusu hükümlere nazaran eser sahibine yönelik daha kapsamlı bir koruma getirmektedir.

[122] **Möhring/ Käte Nicolini/Hartwig Ahlberg/Horst Peter Götting**, Urheberrecht, 9. Auf., München 2015, § 41, Rn. 1; **Bappert/Maunz/Schricker**, § 32, Rn. 8-9; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 32; **Rehbinder**, § 44, Rn. 587, s. 230-231; **Budde**, s. 19-20; **Eugen Ulmer**, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auf., Berlin, Heidelberg , New York 1980, s. 373-374.

Alman hukukunda yer alan diğer hükümlerin elverişsizliği nedeniyle yeni bir kavrama ihtiyaç duyulması nedeniyle ve bu ihtiyaca yönelik tartışmalar sonucunda İmparatorluk Tasarısı'na yönelik eleştirilerini içeren 1933 tarihli "*Vom Wesen des Urheberrechts*" eserinde *Boor* tarafından şekillendirilen "cayma" kavramı, daha sonra 1939 tarihli Alman Hukuk Akademisi (*Akademie für Deutsches Recht*) Telif Hakları Kanunu Taslağı'nda da aynen kullanılmıştır. Taslağın 28. maddesi ilk defa "*Rückrufsrecht*" (Cayma Hakkı) madde başlığını kullanarak bu kurumu 5 fıkra halinde düzenlemiştir. Buna göre, "*Bir eserin kullanım hakkına sahip olan kişi, bu hakkın ona eser sahibi veya eseri kullanım hakkına sahip olan bir başka kişi tarafından verilip verilmediğine bakılmaksızın, bu haktan gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı şekilde ihlal edilirse; bu hak geri çağrılabilir (zurückrufen)…".*[123]

1939 yılında yayımlanan Alman Hukuk Akademisi Taslağı'ndan sonra II. Dünya Savaşı'nın patlak vermesi nedeniyle Alman telif hakları reformuna yönelik çalışmalar bir süre askıya alınmışsa da Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli Brüksel Revizyonu ile birlikte Federal Almanya Adalet Bakanlığı tarafından tekrar hızlandırılmıştır. Bu noktada Federal Almanya Adalet Bakanlığı'nın telif hakları reform çalışmalarından sorumlu birimince yapılan 1954 tarihli Tasarı'nın (*Referentenentwürfe zur Urheberrechtsreform*) 33. maddesi, "*Bir Kullanım Hakkından Faydalanılmaması Nedeniyle Eser Sahibinin Cayma Hakkı*" başlığı altında "cayma hakkı" kavramını, bugünkü düzenlemeyle neredeyse paralel olacak şekilde hüküm altına almıştır. Ancak UrhG § 41/II'de düzenlenen, gazete ve dergilerde yayımlanan yazılar için öngörülen ve daha kısa olarak belirlenen "cayma

[123] **Akademie für Deutsches Recht**, Entwurf Eines Urheberrechtsgesetz, GRUR, Nr. 4/5, April/Mai 1939, s. 246.

süresi" (*Rückrufsfrist*) [124] henüz o tarihte öngörülmemiştir. [125] Daha sonra yürürlüğe giren 1959 tarihli Bakanlık Tasarısı'nın (*Ministerialentwurf*) 36. maddesinde düzenlenen cayma hakkı ise bugün yürürlükte olan UrhG § 41 ile aynı olmakla beraber,[126] gazete ve dergi yazıları için öngörülen daha kısa cayma süresinin kabulü, ancak 1 Ocak 1966'da yürürlüğe giren 1965 tarihli UrhG ile mümkün olabilmiştir.

B) Yargı Kararlarında Cayma Fikri

1965 tarihli UrhG, Alman fikri mülkiyet hukukunun yaklaşık 30 yıllık reform çabalarının ürünüdür. Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin reform çalışmaları yapılması fikrinin ilk ortaya çıktığı 1929 yılından itibaren İmparatorluk Adalet Bakanlığı'na (*Reichsjustizministerium*) Alman Hukuk Akademisi'ne (*Akademie für Deutsches Recht*) ve bazı hukukçulara ait olan taslaklardan, Federal Almanya Adalet Bakanlığı'nın 1954 tarihli ve 1959 tarihli Tasarılarına ve oradan da nihayet 1965 tarihli UrhG'ye kadar olan süreç, "cayma hakkının" ortaya çıkış sürecini anlatsa da; bu 30 yıllık reform süreci içerisinde yargı uygulamasındaki dinamikler, "cayma hakkı" fikrini ortaya çıkaran bir başka önemli etmen olmuştur.

Nitekim eser sahibi ile mali hakkı devralan kişi arasında, devredilen hakların kullanılmaması nedeniyle ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlık, cayma hakkı UrhG'de yasal bir düzenlemeye kavuşturulmadan önce zaten bir "üst derece mahkemesinde" dava konusu olmuştur. [127]

---

[124] Cayma süresi, daha doğru bir ifadeyle cayma hakkını ileri sürebilmek için geçmesi gereken süre, UrhG § 41/II'de şu şekilde düzenlenmiştir: *"Cayma hakkı, kullanım hakkının tanınmasından veya devrinden sonra veya eser daha sonra teslim edilmişse teslimden itibaren iki yıl dolmadan ileri sürülemez. Bir gazetede çıkan yazılar için bu süre üç ay, aylık veya daha kısa aralıklarla çıkan dergilerde yer alan yazılar için altı ay ve diğer dergilerde yer alan yazılar için bir yıldır."* FSEK'de cayma hakkını ileri sürebilmek için geçmesi gereken herhangi bir süre, öngörülmemiştir.

[125] **Budde**, s. 17-18.

[126] Bkz. **Entwürfe des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsreform**, Ministerialenentwurf Eines Gesetz Über Urheberrecht Und Verwandte Schutzrechte, UFITA 29, 1959, s. 221-222.

[127] **Budde**, s. 17.

1954 yılında Alman Federal Temyiz Mahkemesi (BGH), gördüğü bir davada kullanma hakkının devrine ilişkin de bir karar vermiştir. 26.11.1954 tarihli *Cosima Wagner* kararı olarak bilinen bu kararın özet bölümünde mahkeme, öncelikle eser sahibinin hakkının eserin yayımlanıp yayımlanmamasına ve eğer yayımlanmışsa ne zaman ve ne şekilde yayımlandığına göre belirlenmesi hususunun eser sahibinin mülkiyet ve kişilik hakları ile bağlantılı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, eser sahibinin, kullanım hakkını üçüncü bir kişiye devrederken aynı zamanda fikri yaratımı üzerindeki kişilik haklarına ilişkin menfaatlerinin yerine getirilmesini de bu kişiye emanet ettiğine işaret etmiştir. Ancak BGH'nin kişilik haklarına vurgu yaptığı *Cosima Wagner* kararında önemli olan husus, kararda mali haklardan olan yayma hakkının üçüncü bir kişiye devredilmesi ancak devredilen bu yetkinin kullanılmaması durumunda caymanın söz konusu olabileceğine hükmedilmesidir. Burada cayma fikrinin ortaya çıkmasına yol açan neden, devredilen yetkinin kullanılmamasının kişilik haklarını ve fikri mülkiyet haklarını ihlal etmesidir. Bu husus kararda şu şekilde dile getirilmiştir: "…*Eğer hak devri eserin yayımını amaçlamaktaysa; devredilen bu yetkinin kullanılmaması, eser sahibinin eseri üzerindeki fikri ve kişisel menfaatlerinin ihlal edilmesi nedeniyle, devredilen haklardan cayılmasını (Rückruf) haklı gösterebilir*…" [128]

Mahkemenin bu kararı, cayma hakkının eser sahipliğinden doğan haklar ve kişilik hakları ile olan –ve özellikle de manevi haklarla olan- irtibatına işaret etmektedir. Zira söz konusu mahkeme kararı, yalnızca cayma hakkı UrhG'de yasal bir düzenlemeye kavuşturulmadan önce bu hakkın yargı uygulamasına konu oluşturduğunu ve uygulamada bu yönde bir ihtiyacın ortaya çıkmış olduğunu göstermesi açısından değil; aynı zamanda cayma hakkının, eser sahibi ile eseri

[128] BGH, 26.11.1954 - I ZR 266/52 (http://opinioiuris.de/entscheidung/1618) (22.04.2013)

arasındaki ayrılmaz ilişkiye verilen değerin bir göstergesi olarak manevi hak kategorisine yakın bir noktada durduğuna vurgu yapması bakımından da son derece önemlidir.

§ 2 KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CAYMA HAKKI

I. Genel Olarak

Cayma hakkının karşılaştırmalı hukuktaki durumu, bu hakkın geniş veya dar bir açıdan değerlendirilmesine göre farklı görünümler arz etmektedir.

Geniş anlamda cayma hakkı, sadece "kullanmama nedenilye cayma hakkını" değil; Türk hukukunda kabul edilmeyen "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkını" da kapsar. Zira karşılaştırmalı hukuk bakımından cayma hakkı dendiğini zaman akla, eser sahibinin kanaat değişikliği nedeniyle cayması gelmektedir. Dahası konunun bu şekilde geniş bir açıdan değerlendirilmesi, cayma hakkı düzenlemesine sahip olmayan bazı metinlerde dahi cayma hakkının öncüllerini oluşturan unsurlara işaret etmeyi gerekli kılar. Bu şekilde yapılacak bir inceleme, konunun bütünsellik içerisinde sunulmasına hizmet ettiği kadar Türk hukukunda olmayan bazı cayma hakkı düzenlemelerine Türk hukukunda da ihtiyaç duyulup duyulmayacağı sorusunun tartışılmasına da olanak sağlar.

Buna karşılık dar anlamda cayma hakkı ise karşılaştırmalı hukukun bu kavrama verdiği anlam önemsenmeksizin sadece Türk hukukunda olduğu haliyle "kullanmama nedeni ile cayma hakkını" ifade etmektedir. Dar anlamda cayma hakkına sadece Türk hukuku (FSEK md. 58) ile Alman hukukunda (UrhG md. 41) yer verilmektedir. Çalışma konumuz asıl olarak dar anlamda cayma hakkını içermektedir. Ancak cayma hakkının Alman fikri haklar hukukunda Türk hukukuna göre kıyas kabul etmez derecede kapsamlı düzenlenmiş olması nedeniyle Türk hukukunda olmayan iki cayma

hakkı düzenlemesine daha yer vermek yine de gerekli görülmektedir. Bunlar, "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" ve "işletmenin devri nedeniyle cayma hakkı". Bunlardan kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı ise Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde genel kabul gören cayma hakkı düzenlemesi görünümündedir. Bir diğer ifadeyle, Kıta Avrupası hukuk sisteminde cayma hakkı (*withdrawal right, droit de repentir*) dendiğinde kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkından bahsedilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, karşılaştırmalı hukukta cayma hakkı düzenlemeleri bölümünde geniş anlamda cayma hakkına değinmenin; ancak bu değerlendirme yapılırken de Türk hukukunda ve Türk hukukuna ilham veren Alman hukukunda "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" düzenlemesinin esas alınmasının en uygun yöntem olacağı kanaatindeyiz. Bu amaçla, konunun asıl olarak Anglo-Sakson hukuku ile Kıta Avrupası hukuku genel ayrımı üzerinden incelenmesinin; Kıta Avrupası hukuk sistemi bölümünde ise "cayma hakkının" Türk hukuku ve Alman hukuku olarak iki ayrı başlık altında karşılaştırılmasının ve bunun yanı sıra geniş bir açı tercihini bütünüyle reddetmemek adına "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına" benzer düzenlemeler içeren diğer Avrupa ülkelerindeki düzenlemelere de kısaca değinmenin yerinde olacağı görüşündeyiz. [129]

Konunun bu şekilde sistemli bir incelemesine geçmeden önce, tüm üye ülkeler bakımından bir üst metin olan ve ele aldığı ilkeleri bir iç hukuk düzeni haline getirme yönünde ister Anglo-Sakson hukuk sisteminde olsun ister Kıta Avrupası sisteminde

[129] Cayma hakkı, eser sahibinin hem manevi hem de mali menfaatlerini koruyan bir hak olmasına rağmen, asıl olarak manevi karakteri ağır basan bir haktır. Fikri haklara ilişkin yasalarda yer verilen cayma hakkı, eser sahibinin kişiliğinin eser üzerinden korunması fikrini vurgulayan düzenlemelerden birisidir. Bu durum, kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı düzenlemesi bakımından evleviyetle bu niteliktedir. Çalışmamızda karşılaştırmalı hukukta cayma hakkı bölümünün asıl olarak Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi ayrımı temel alınarak incelenmesinin nedeni de işte bu noktadan kaynaklanmaktadır. Zira manevi haklar, Kıta Avrupası ile Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde son derece farklı algılanmaktadır. Bu ayrımın doğal sonuçlarından birisi de cayma hakkına verilen önemin her iki sistemde farklı olmasıdır. Bu iki sistem öyle farklı bir algıya sahiptir ki bir sistemde cayma hakkına oldukça fazla değer verilirken; diğer bir sistemde bu hakka hiç değinilmediği görülmektedir.

olsun tüm üye ülkelere bazı ödevler yükleyen Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'ne (Bern Sözleşmesi) değinmeden yapılacak bir incelemenin eksik kalacağı kanaatindeyiz. Zira Bern Sözleşmesi her üye ülke için bağlayıcı bir sözleşme olması sebebiyle her iki sistemi de uzlaştıran bir noktada bulunan uluslararası bir metindir. Bu nedenle öncelikle Bern Sözleşmesi'ne değinmenin önemli olduğu görüşündeyiz.

II. Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi

A) Genel Olarak

Fikri haklar alanındaki uluslararası sözleşmeler bakımından ele alınması gereken yegâne metin, 6 Eylül 1886 tarihli *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* - Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'dir (Bern Sözleşmesi). [130] Zira Bern Sözleşmesi, eser sahibinin haklarını uluslararası alanda koruyan ilk ve en önemli sözleşmedir.[131]

Fikri hakların uluslararası alanda korunması eğilimi, 19. yüzyılın ortalarından itibaren gündeme gelmeye başlamıştır. Bu konudaki düzenlemeler, önceleri ikili anlaşmalar şeklinde ortaya çıkmış; ancak telif haklarına ilişkin koruma hükümlerinin sadece söz konusu ikili anlaşmaları imzalayan devletlerce tanınması ne kapsamlı ne de yeknesak bir düzenleme ortaya koyabilmiş ve telif haklarına ilişkin arzu edilen korumayı sağlamakta yetersiz kalmıştır. Telif hakları alanında ihtiyaç duyulan bu yeknesak sistem, ancak 6 Eylül 1886 tarihinde Bern Sözleşmesi'nin kabulü ile

---

[130] Fikri mülkiyet hukukunun uluslararası alanda korunmasının önemi, ilk kez 1883 tarihli *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* (Paris Sözleşmesi) ile mümkün olmuştur. Paris Sözleşmesi, sınai haklara ilişkin uluslararası bir sözleşmedir. Buna karşılık Berne Sözleşmesi telif haklarına ilişkin bir sözleşme olup, telif hakları alanındaki en eski uluslararası sözleşmedir. (WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property, http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf, p. 262.) (24.05.2013)

[131] **Sabine Hüttner**, Flexibilisierung Der Urheberrechtlichen Schrankenregelungen In Deutschland, Band 3, Berlin 2013, s. 8.

sağlanabilmiştir. 1886 yılında Almanya, Belçika, Fransa, İngiltere, İspanya, İsviçre, İtalya ve Tunus'un katılımı ile kurulan Bern Sözleşmesi, bu tarihten itibaren birçok kere revize edilmiştir. Bunlardan ilki, 1908'de Berlin'de gerçekleşen kapsamlı bir revizyon çalışması olup; bunu 1928 Roma, 1948 Brüksel, 1967 Stockholm ve 1971 Paris Metinleri izlemiştir. Tüm devletlerin katılımına açık olan Bern Sözleşmesi'nin 2015 yılı itibariyle 168 katılımcısı olup; bu sayı, Paris Metni'ne katılım bakımından daha fazladır.[132]

Bern Sözleşmesi, eser sahiplerinin haklarına ilişkin uluslararası kurallar belirleyerek eser sahiplerinin edebi eserler ve sanat eserleri üzerindeki haklarını mümkün olan en etkili ve uyumlu şekilde korumayı amaçlayan uluslararası bir sözleşmedir. Bu koruma, Bern Sözleşmesi'nin temelini oluşturan üç ilke ile gerçekleştirilmektedir. Bern Sözleşmesi uyarınca, sözleşmeye üye ülkeler, kendi vatandaşı olan eser sahiplerine tanıdıkları korumanın aynısını, herhangi bir formaliteye bağlı olmaksızın (otomatik koruma ilkesi) ve kaynak ülkede o hakkın korunup korunmadığına bakmaksızın (korumanın bağımsızlığı ilkesi) diğer üye ülke vatandaşı olan eser sahiplerine de tanımakla yükümlüdürler (ulusal muamele ilkesi).[133] Bu üç temel ilkeden hareketle, eser sahiplerinin haklarını uluslararası düzeyde mümkün olan en etkili ve birbirine uyumlu şekilde korumayı amaçlayan üye ülkeler, bir Birlik kurmakla yükümlüdürler (Bern Sözleşmesi md. 1). Üye ülkelerin bu amaçla kurdukları Bern Birliği'nin idari işleri, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nce (WIPO) yürütülmektedir.[134] Türkiye, Bern Birliği'nin 1948 tarihli Brüksel Metnine, 28.05.1951 tarihli ve 5777 sayılı "*Edebiyat ve Sanat Eserlerini Koruma İçin*

[132] http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (07.09.2015)
[133] WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property, http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf s. 262.) (24.05.2013)
[134] WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property, http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf s. 266.) (24.05.2013)

Kurulan Bern Birliğine Katılma Hususunda Hükümete Yetki Verilmesine Dair Kanun" ile[135] 1 Ocak 1952'den itibaren yürürlüğe girmek üzere katılmış ve bu tarihten itibaren de Bern Sözleşmesi'ne taraf olmuştu.[136] Türkiye, Bern Sözleşmesi'nin Paris Metnini ise 07.07.1995 tarihli ve 4117 sayılı "*Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasını Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun*" ile kabul etmiştir.[137]

Bern Sözleşmesi'ni revize eden Paris Metni, önemli bir metindir. Bern Sözleşmesi başlangıçta Avrupa'daki sanayileşmiş ülkelerin standartları ve ihtiyaçlarına yönelik olarak oluşturulmuştur. Ancak özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından dünya haritası önemli ölçüde değiştiğinde bağımsızlığını yeni kazanmış olan birçok ülke, Bern Sözleşmesi'nin sağladığı telif haklarının uluslararası alanda korunması sistemine dahil olma imkanını tartışmaya başlamıştır. Eser sahiplerinin fikri yaratımlarının korunması gerekliliği, evrensel olarak kabul gören bir fikir olsa da; yeni bağımsız olmuş gelişmekte olan bu ülkeler, gelişmiş ülkelerde korunan eserlere özellikle teknolojik ve eğitimsel sebeplerle daha fazla oranda ve daha kolay şekilde ulaşma ihtiyacı içerisinde olmuşlardır. Bu sebeple, Bern Sözleşmesi'nin en son revizyon görüşmeleri daha ziyade bu ülkelerin edebi eserler ve sanat eserleri için öngörülen uluslararası koruma sistemine adaptasyonlarına yönelik olmuştur. Bu konu

---

[135] *"Madde 1- 9 Eylül 1886 da imzalanarak 4 Mayıs 1896 da Paris'te, 13 Kasım 1908 de Berlin'de, 20 Mart 1914 de Bern'de, 2 Haziran 1928 de Roma'da ve 26 Haziran 1948'de Brüksel'de tadil ve itmam edilmiş olupta aslının örneği ve Türkçe metni bu kanuna ilişik bulunan edebiyat ve sanat eserlerini koruma için kurulan Bern Birliği Sözleşmesine; bu Sözleşmenin 8inci maddesi yerine, Türkçeye yapılacak tercümeleri ilgilendirmesi nispetinde, 1896 da Paris'te yeniden gözden geçirilmiş olan 1886 Birlik Sözleşmesinin 5inci maddesinin hükümleri konmak kaydıyle 1 Ocak 1952 gününden itibaren hüküm ifade etmek üzere katılmak ve Sözleşme hükümlerinin gerektirdiği işlemleri yapmak ve tedbirleri almak için Hükümete yetki verilmiştir."* (Resmi Gazete, Sayı: 7824, 2 Haziran 1951, *http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7824.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7824.pdf*) (24.05.2013)

[136] http://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1041C (24.05.2013)

[137] Resmi Gazete, Sayı: 22341, 12 Temmuz 1995, http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22341.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22341.pdf (24.05.2013)

1967 tarihli Stockholm Metni'nde[138] gündeme gelmiş ve gelişmekte olan ülkelere yönelik bir protokol niteliğinde olan Stockholm Metni, Bern Sözleşmesi'ne dahil edilmiştir. Ne var ki Stockholm Metni'nde öngörülen çözümlerin Birlik üyesi ülkelerce çok fazla kabul görmemesi üzerine, üye ülkeler, ağırlıklı olarak Bern Sözleşmesi'nin uluslararası etkisini güçlendirmek ve uygulanmasını özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından uygun bir temele oturtmak amacıyla 1971 yılında Paris'te bir araya gelmişlerdir. Bern Sözleşmesi'nin son revizyonu niteliğinde olan Paris Metni, sadece gelişmekte olan ülkeler için ve onların lehine özel hükümlerin öngörülmesi bakımından değil; aynı zamanda burada kabul edilen düzenlemelerin Bern Sözleşmesi'nin metnine "Ek" olarak dâhil edilmesi ve onun ayrılmaz bir parçası haline gelmesi bakımından da önem kazanmıştır.[139]

B) Bern Sözleşmesi'nde Cayma Hakkı

Ne Bern Sözleşmesi'nde ne de Bern Sözleşmesi'ne Paris Metni ile getirilen Bern Sözlemesi *Ek*i'nde (*Appendix*), eserin [140] "hiç veya gereği gibi kullanılmaması nedeniyle eser sahibinin caymasına" ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Cayma hakkı, Bern Sözleşmesi'nde eser sahibinin mali [141] veya manevi [142] hakları

---

[138] Türkiye, Stockholm Metni'ndeki değişikliklere katılmamıştır. Bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1041C (24.05.2013); T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No. 2373 – 438, Ocak 1995, s. 103, http://www.kalkinma.gov.tr/DocObjects/Download/3187/oik438.pdf (24.05.2013)

[139] WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property, http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf s. 265.) (24.05.2013)

[140] Bern Sözleşmesi'nin 2. maddesinde eser kavramına nelerin dâhil olacağı ayrıntılı bir biçimde örneklendirilmiştir. Bu madde tahdidi olmayıp, ifade şekli ne olursa olsun çeviriler, işlemeler, müzik düzenlemeleri ve edebiyat ve sanat eserlerindeki diğer değişimler de dahil olmak üzere eser niteliği taşıyan tüm edebiyat, sanat, mimari ve sinematografik eserler vb. eser türlerini kapsamaktadır. Eser sahibi kavramı ise md. 3'te ulusal muamele ilkesi de göz önüne alınarak düzenlenmektedir. Bern Sözleşmesi, eser sahibi olarak kabul edilen kişilerin, sözleşme uyarınca eser niteliğinde kabul edilen fikri yaratımları üzerinde korunmaya değer menfaatlerini düzenlerken ikili bir ayrıma gitmiştir: eser sahibinin mali hakları ve manevi hakları. (Bern Sözleşmesi md. 2-3)

[141] Buna göre, eser sahibine verilen inhisari nitelikteki mali haklar, eser sahibinin özgün eserlerinin çevirilerini yapmak veya yapılmasına izin vermek yönündeki çeviri hakkı (md. 8); hangi biçim ve

içerisinde yer almadığı gibi, sözleşmeyi oluşturan 38 madde içerisinde de bu kavrama rastlanmaz. Aynı durum Bern Sözleşmesi *Ek*i için de geçerlidir. Buna ek olarak, uluslararası alanda kabul edilen 1995 tarihli Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönlerine Dair Anlaşma (TRIPS) ile 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Sözleşmesi (WCT) ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT) de cayma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi [143] Kıta Avrupası hukuk sisteminde cayma hakkı dendiği zaman akla, "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" değil; "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" gelmektedir. Bu tür bir cayma hakkı o kadar kabul görmüş durumdadır ki bazı hukuk sistemlerinde bir manevi hak kategorisi olarak düzenlenmiştir. Böyle bir durumda eser sahibi bu hakkı kullanarak sözleşmeden caydığında aynı zamanda eserini piyasadan çekebilme imkânına da sahip olur.

Bern Sözleşmesi ve Paris Metni ile ona eklenen *Ek* bölümünde FSEK'te kabul edilmeyen ancak birçok hukuk sisteminde hüküm altına alınmış olan "eser sahibinin kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" bir manevi hak olarak kabul edilmemiştir. Bunun yanı sıra Bern Sözleşmesi ve Paris Metni ile ona eklenen *Ek* bölümünde kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına ilişkin olarak herhangi bir hüküm dahi bulunmamaktadır. Buna karşılık *Ek* md. II/8 ve III/4'te, eser sahibinin, eserinin

---

yöntemle olursa olsun, eserlerinin çoğaltılmasına izin vermek yönündeki çoğaltma hakkı (md. 9); drama, drama-müzikal ve müzik eserlerinin icrasına izin verme hakkı (md. 11); edebiyat ve sanat eserlerinin yayınlanmasına veya telsiz olarak işaret, ses veya görüntü nakline yarayan her türlü araçla ve hoparlör veya işaret, ses ya da görüntü nakline yarayan diğer bir analog araç ile topluma iletimine izin verme hakkı (md. 11tekrar); eserlerinin her türlü araç ve yöntemle anlatımı dahil topluma sunulmasına izin verme hakkı (md. 11 ikinci tekrar); eserlerinin işlenmesi, düzenlenmesi ve diğer değişikliklerine izin verme hakkı (md. 12) ve edebiyat ve sanat eserlerinin sinematografik işlenmesine ve çoğaltılmasına ve bu şekilde işlenen ve çoğaltılan eserlerin dağıtımına, topluma iletimine ve temsiline izin verme (md. 14) hakkıdır. (Bern Sözleşmesi md. 8-14)

[142] Eser sahibinin manevi hakları ise onun mali haklarından bağımsız şekilde ve bu hakların devrinden sonra dahi var olan haklardır. Manevi haklar (*moral rights*) başlığı altında md. 6tekrarda sıralanan bu haklar, eser sahibinin eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürme hakkı ("*to claim authorship of his work"*); eseri üzerindeki herhangi bir tahrife, bozulmaya veya diğer bir değişikliğe itiraz etme hakkı ("*to object any distortion, mutilation or other modification"*) ve şeref ve itibarına zarar verebilecek, eseri ile ilgili her türlü küçük düşürücü fiile itiraz etme hakkıdır ("*to object other derogatory act in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation"*). (Bern Sözleşmesi md. 6*bis*)

[143] Bkz. Bölüm II, § 2, I, s. 60.

nüshalarını piyasadan çekebileceği ve eğer eser bu yolla dağıtımdan çekilmişse böyle bir durumda üçüncü kişiye lisans verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, eser sahibi kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkını kullanıp hâlihazırda piyasada var olan eserlerini piyasadan çekebilecektir. Eser sahibinin eserinin tüm nüshalarını dağıtımdan çekebilmesine (*withdrawn from circulation all copies of work*) ilişkin ifade, Bern Sözleşmesi *Ek* (*Appendix*) metninde açıkça yer almaktadır. Kuşkusuz burada eserin dağıtımdan çekilmesi, üçüncü kişilerin elindeki eser nüshaları ile ilgili bir durum değildir.

III. Anglo-Sakson Hukukunda Cayma Hakkı

Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi fikri haklara ilişkin yaklaşımları bakımından karşılaştırıldığında, iki kavram ön plana çıkmaktadır: *copyright* ve *droit moral*.

Copyright kavramı, genel olarak telif hakları olarak tercüme edilse de hem tarihsel olarak[144] hem de günümüzde özellikle eser sahibinin manevi haklarını ayrıntılı şekilde düzenleyen Kıta Avrupası sistemi ile yapılan karşılaştırmada kullanılan biçimiyle, asıl olarak eser sahibinin ekonomik nitelikteki haklarına işaret etmektedir. Buna karşılık eser sahibinin manevi hakları anlamına gelen *droit moral* (manevi haklar) daha genel bir ifadeyle, eser sahipliğinden doğan hakları manevi haklar ve maddi haklar olarak ikiye ayıran ve kavramın ortaya çıktığı kaynak ülke Fransa başta olmak üzere Kıta Avrupası fikri haklar sisteminde geçerli olan anlayışı

[144] Yayınevi mülkiyeti görüşünün hakim olduğu dönemde, yayınevi sahiplerinin bastıkları eserler üzerinde bir tür aslen kazanılmış mülkiyet hakkına sahip oldukları kabul edilmekteydi. Her ne kadar yayınevi sahipleri, eseri yaratan kişiye ücret (*Honorar*) ödeseler de; yayınevleri bu ücrete ek olarak eseri basmak yönünde gösterdikleri çabalar, kâğıt ve işletme masrafları gibi kalemler nedeniyle kendilerini eserin maliki olarak görmekteydiler. Yayınevi sahiplerinin kurdukları loncalar, eser bir kere kendilerine ulaştıktan sonra, takip eden baskıları yapmak dahil her türlü yetkiyi haiz eser sahibi (*owner of copy*) niteliğinde olmaktaydılar. İngiltere'deki bu yayınevi sahipleri birliklerinin "*owner of copy*" niteliği, copyright kelimesinin kaynağını teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 28 vd.

yansıtmaktadır.[145] Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasındaki bu ayrım, Anglo-Sakson ülkelerinde manevi hakların hiçbir şekilde kabul görmediği anlamına gelmez.[146] Aksine, manevi hakların örneğin ABD Hukukunda ya manevi hak rejimini düzenleyen ilk federal yasa olan 1990 tarihli Görsel Sanatçıların Hakları Yasası'nda (*Visual Artists Rights Act-VARA*) ya da geleneksel olarak common law sistemi içerisinde haksız rekabete, markalara ve haksız fillere ilişkin hükümlerle veya sözleşmeler hukukuna göre korunduğu görülmektedir.[147]

Yine aynı şekilde Kanada, manevi hakları eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ele almış ve dahası bu konuda somut düzenlemeler yapan ilk common law ülkesi olmuştur.[148]

1988 tarihli İngiltere'de *Coyright, Designs and Patent Act* (CDPA) uyarınca adın belirtilmesi hakkı, eserle ilgili her türlü küçük düşürücü fiile itiraz etme hakkı ve bazı fotoğraflar ve filmler üzerinde tanınan haklar (section 85) eser sahibinin manevi hakları olarak sayılmaktadır (*Chapter IV*).[149]

Bu açıdan, genel olarak bugün tüm Anglo-Sakson ülkelerinde manevi hakların öyle veya böyle –ancak özellikle de Bern Sözleşmesi'nin etkisiyle- kabul edilmiş

---

[145] Eser sahipliğinden doğan haklar, Bern Sözleşmesi'nde de manevi ve mali şeklinde ayrılarak sistemleştirilmiştir (md. 6tekrar).

[146] Manevi haklara bakış, Common Law sisteminin uygulandığı tüm Anglo-Sakson ülkeleri açısından yeknesak bir görünüm sergilemez. Örneğin Kanada'da Telif Hakları Yasası md. 14.1'de (*Copyright Act 1985 amended on November 7, 2012*) eser sahibinin manevi hakları düzenlenmektedir. Aynı şekilde Avustralya Telif Hakları Yasası (*Copyright Act 1968 as consolidated as of 4 March 2010-Part IX Section 189*) ve Yeni Zelanda Telif Hakları Yasası (*Copyright Act 1994 reprint as at 1 January 2014- Part 4 Moral Rights*) eser sahipliğinden doğan manevi hakları belirli ölçülerde düzenlemektedir.

[147] **Cyrill P. Rigamonti,** "*Deconstructing Moral Rights*", Harvard International Law Journal, Vol. 47, N. 2, Summer 2006, s. 381; **Natalie C. Suhl**, "*Moral Rights Protection in the United States Under The Berne Convention: A Fictional Work?*", Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Vol. 12/4, 2002, s. 1213.

[148] **Micheal Rushton**, "*The Moral Rights of Artists: Droit Moral ou Droit Pecuniaire?"* Journal of Cultural Economics, Vol. 22, 1998, s. 15.

[149] **Jack Black**, *"The Author's Rights And The UK Law Of Copyright Contracts-A Case Of Practical Evolution?"* Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, Münih 2004, s. 563.

olduğu söylenebilir. [150] Buna karşılık burada her iki yaklaşım arasındaki ayrım ile asıl olarak bahsedilmek istenen, manevi hakların mali haklardan tamamen bağımsız ayrı bir hak grubu olarak mı yoksa ona ayrılmaz bir biçimde bağlı olarak mı kavramsallaştırılması gerektiği noktasında süregelen tartışmada düğümlenmektedir. Zira fikri haklara ilişkin bu iki ayrı hukuk geleneği ve onların neden fikri mülkiyet hukukuna ihtiyaç duyulduğuna ilişkin farklı bakış açıları, manevi haklara yaklaşım bakımından iki faklı görüşün ortaya çıkmasına yol açmıştır.[151] Bu açıdan söz konusu ayrım, esere sadece ekonomik açıdan yaklaşmayıp eser sahibinin, eseri üzerindeki manevi haklarını onun kişiliğinin bir parçası olarak kabul eden Kıta Avrupası hukukunun manevi haklara ilişkin düzenlemeleri ile Anglo-Sakson hukuku düzenlemeleri karşılaştırıldığında yine de bir dikotominin varlığına işaret etmektedir.[152] Zira common law sistemi ve özellikle de ABD hukuku geleneğinde ekonomik menfaatler daha ağır basar. Her ne kadar Anglo-Sakson hukuk sistemindeki ülkelerde geçerli olan manevi hak düzenlemeleri,[153] uluslararası eğilime ve özellikle Bern Sözleşmesi'ne uyum amacı taşısa da; asıl amaç, eser sahibinin menfaatlerinden

[150] Örneğin, İngiltere'de manevi hakların resmi olarak yasal korumaya kavuşması yolunda atılmış ilk adımın, Bern Sözleşmesi md. 6tekrarın 1928'den itibaren Sözleşme metnine dâhil edilmesi ile birlikte olduğu söylenmektedir. Buna karşılık, İngiltere'nin manevi hakları bağımsız bir hak grubu olarak kabul etmesi ancak 1988 tarihinde CDPA'nın kabulü ile mümkün olabilmiştir. Yazarlar, İngiltere'nin CDPA ve CDPA sistemini -ve özellikle de manevi hakların bağımsız bir hak grubu olarak görülmesi sistemini- kabul etmesinin "büyük bir şevkle" gerçekleşmediğini; bu değişikliğin "isteksizce" olduğunu ve o dönemki İngiliz hükümetinin Bern Sözleşmesi'nde öngörülen ilkeleri iç hukuk düzeni haline getirmesi konusunda baskı altında bırakıldığını ifade etmektedirler. Bu sebepledir ki İngiltere manevi haklara ilişkin düzenlemeler kabul edilmiş; ancak bu düzenlemelere getirilen önemli kısıtlamalar ve istisnalar nedeniyle manevi hak düzenlemeleri oldukça sembolik kalmıştır. (**Robert C. Bird/Lucille M. Ponte**, "*Protecting Moral Rights in the United States and the United Kingdom: Challanges and Opportunities Under the UK's New Performances Regulations*", Boston University International Law Journal, Vol:24, 2006, s. 235 ve 239; **Rigamonti**, s. 400, dipn. 273 ve 402).

[151] **Rushton**, s. 15.

[152] İki sistem arasındaki dikotominin internet çağı ile beraber daha da arttığı ifade edilmektedir. İnternet çağından önce, büyük oranda Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Sakson hukuk sistemi mantığı arasındaki ayrım ile ötüşen manevi haklara ilişkin farklı yaklaşımlar, pratikte önemli bir soruna yol açmamaktaydı. Ancak günümüzde eserlerin sınır ötesi ihlalleri, dijital eserlerin sınırsız kullanım şekilleri ve eserlerin yaratım şekillerindeki değişimler, farklı hukuk yaklaşımları arasındaki çelişkiyi artırmıştır (**Bird/Ponte**, s. 215).

[153] Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere, kullanıcıların eserlere daha yoğun şekilde erişimine ve müdahalesine olanak sağlayan internetin, online hizmetlerin ve teknolojik araçların yoğun artışına paralel olarak, manevi hakların tanınması ve korunması yönünde daha fazla uluslararası baskıya maruz kalmıştır (**Bird/Ponte**, s. 214).

ziyade piyasanın menfaatlerinin korunmasıdır. [154] Bu açıdan özellikle ABD fikri haklar hukukunun piyasa kuralları tarafından yönetilen bir hukuk kültüründen geldiği söylenebilir.[155]

Bu açıklamaların cayma hakkı bakımından önemi şu noktadadır: Cayma hakkı, manevi haklara yakın bir haktır. Bu durum, FSEK'te kabul edilen "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" için de, FSEK'te kabul edilmeyen; ancak diğer bazı Avrupa ülkelerinde kabul edilen ve hatta bir kısmında açıkça bir manevi hak olarak öngörülen "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" için de (evleviyetle) böyledir. Bazı hukuk sistemlerinde cayma hakkının açıkça manevi hak kategorisi içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Kuşkusuz bu bir tercih meselesidir. FSEK bakımından ise cayma hakkı, bir manevi hak olarak düzenlenmemekte ve manevi hakların sınırlı sayı ilkesine tabi olduğu hukuk sistemimiz bakımından bu hakkın manevi haklar kategorisi içerisine dâhil edilmesi de mümkün olmamaktadır. Ancak yine de cayma hakkının en azından eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarını onun kişiliğinin bir parçası olarak kabul eden Kıta Avrupası hukuku bakımından manevi hakların mantığına yakın olduğu görülmektedir. Bu yönden "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" ile "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" arasında temel bir mantık farkı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından manevi hakların mantığına yakın olan cayma hakkının, manevi haklara çok daha çekingen yaklaşan Anglo-Sakson ülkelerinde düzenlenmemiş olması şaşırtıcı gelmemelidir.

Nitekim cayma hakkı kavramı, ne 1988 tarihli CDPA'da ne 1978 tarihinde yürürlüğe giren Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakları Yasası'nda *(U.S. Copyright Law, 17. U.S.C. §§ 101 et seq. consolidated copyright laws as of December 2011)* ne

[154] Aynı yönde: **Suhl**, s. 1227; **Hüttner**, s. 22-24; **Bird/Ponte**, s. 247.
[155] **Suhl**, s. 1214.

de Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakları Yasası'nın 17. U.S.C Section 106A olarak bilinen ve ABD'de eser sahipliğinden doğan manevi hakları ilk defa yasal düzenleme altına alan 1990 tarihli Görsel Sanatçıların Hakları Yasası (*Visual Artists Rights Act-VARA*) [156] bölümünde yer almamaktadır.[157] Bunun yanı sıra, common law sistemindeki mahkemeler cayma hakkına ilişkin önlerine gelebilecek herhangi bir uyuşmazlıkta bu kavramı tanımadıklarını belirtmektedir.[158] Buna karşılık gerek İngiliz hukukunda gerekse de ABD hukukunda eser sahibine sözleşme ile bir cayma hakkı tanınmasının mümkündür. Ayrıca bazı olağanüstü durumlarda, eser sahibinin itibarının zedelendiği gerekçesiyle, sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa bile eser

[156] VARA, Amerikalı sanatçılara Avrupalı meslektaşlarından daha sınırlı bir manevi hak koruması tanıdığı için çokça eleştiriye maruz kalmıştır. Sadece resim, heykel vb. görsel sanat eserlerini koruma altına alan VARA, birçok eser grubunu dışarda bıraktığı için eleştirilmektedir. Bern Sözleşmesi'nin öngördüğü asgari standartları sağlamak bakımından yetersiz olan VARA, ABD'de yoğun bir uygulama alanı bulamamıştır. Zira raporlar, VARA'nın birçok eser sahibi tarafından bilinmediğini göstermektedir (**Rigamonti**, s. 406-407; **Bird/Ponte**, s. 257, 258 ve 261).

[157] Bilgi için bkz. **Asmus**, s. 166 vd.; **Ronald B. Standler**, "*Moral Rights of the Authors in the USA*", 17 April 2012, www.rbs2.com/moral.pdf, s. 7; **Rigamonti**, s. 401 ve 405; **Raymond Sarraute**, "*Current Theory on the Moral Right of the Authors and Artists Under French Law*", The American Journal of Comparative Law, Vol. 16, 1968, s. 500-501.

[158] Kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı bakımından, diğer AB ülkelerindeki düzenlemenin aksine böyle bir hakkı tanımadığı belirten İngiliz Temyiz Mahkemesi, ünlü *Chaplin v. Leslie Frewin (Publishers) Ltd. (1996) 3 All ER 764* kararında kendi hayat hikâyesinin mali haklarını devreden Charlie Chaplin'in oğlunun, sonradan söz konusu durumu potansiyel olarak karalayıcı ve çıkarlarına aykırı bulması nedeniyle fikrini değiştirmesi üzerine açtığı davada, hikâyenin sırf bu gerekçeyle yayımının durdurulamayacağına karar vermiştir. Bu olayda asıl üzerinde durulan, eser sahibinin kanaat değişikliği nedeniyle üçüncü bir kişi ile yaptığı sözleşmeyi sona erdirerek eserin umuma arz edilmesini engelleyip engelleyemeyeceğinden ziyade; aynı zamanda bu sözleşmeyi yaptığı sırada Chaplin'in oğlunun hukuken küçük olması nedeniyle sözleşmenin geçersiz sayılıp sayılmaması gerektiğine ilişkindir. Mahkeme bu sözleşmeyi bir hizmet sözleşmesi olarak görmüş ve küçüğün bu yolla hayatını kazanması halinde bu tür sözleşmelerin küçükler için bağlayıcı olduğundan bahsetmiştir. Küçüğün eser sahibi olarak kanaat değiştirmiş olması ise mahkeme tarafından bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki mahkemeye göre küçüğün bir yazar olarak kariyerine bu hikaye ile başlaması, yaptığı sözleşmenin zarardan ziyade yarar getirdiğini göstermektedir. Aynı zamanda eser sahibi kabul edilen Chaplin'in, sonradan fikrini değiştirmesi gibi bir nedenle daha önceden kurduğu sözleşmeyi sona erdirebilmesi ve eserinin umuma arz edilmesini engellemesi İngiliz hukuku uyarınca mümkün değildir. Zira böyle bir sözleşmeyi en başta kendi özgür iradesiyle kurmuştur (**Beatson/Burrows/Cartwright**, Anson's Law of Contract, 29th Ed., New York 2010, s. 236-237; **Joseph Chitty/Hugh Beale**, Chitty on Contracts, 31st Ed., Vol. 1, London 2013, 8-067).
Bu davanın sonucunun Türk hukuku bakımından farklı olması beklenirdi. Söz konusu olayın Türk mahkemelerinin önüne bir uyuşmazlık olarak gelmesi halinde mahkemenin her şeyden önce yaş küçüklüğünü dikkate alacağı bir kenara bırakılacak olursa; kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının kabul edilmediği Türk hukukunda dahi söz konusu uyuşmazlığın, FSEK md. 14/III uyarınca "*Eserin umuma arzedilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını düşürecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına salahiyet vermiş olsa bile eserin gerek aslının ve gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menedebilir.*" hükmüne göre çözüme kavuşturulması düşünülebilirdi.

sahibi lehine bir cayma hakkı tanınması söz konusu olabilir.[159] Kuşkusuz burada kastedilen, kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkıdır. Bir diğer ifadeyle sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa bile eser sahibine tanınabilecek olan cayma hakkının söz konusu olabilmesi için ortaya çıkması gereken olağanüstü durumlar, eser üzerindeki hakların bir başkasına devredilmesi sonucunda bu hakların devredilen kişi tarafından hiç kullanılmadığı durumlar değil; eserdeki görüşlerin artık eser sahibini yansıtmaması nedeniyle eser sahibinin itibarının zedelendiği olağanüstü durumlar olabilir. Kanımızca bazı olağanüstü durumlarda eser sahibinin itibarının zedelendiği gerekçesiyle eser sahibine bir cayma hakkı tanınmasındansa tarafların cayma hakkı düzenlemelerini sözleşme ile kararlaştırmaları, sözleşme özgürlüğünü temelde hukukun asıl prensibi olarak gören Anglo-Sakson hukuk sistemi mantığı [160] ile de oldukça uyumludur.

Anglo-Sakson ülkelerinde cayma hakkının kabul edilmemiş olması bilinçli bir tercih olarak gözükmektedir. Gerçekten de bu ülkeler, kendi fikri hak düzenlerindeki

---

[159] **Asmus**, s. 171- 172.

[160] Sözleşme özgürlüğü kuşkusuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde de temel prensiplerden birisidir. Ancak Anglo-Sakson hukuk sisteminin mantığı bu konuda bir adım daha öteye geçmektedir. Bu açıdan, Anglo-Sakson hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğü o derece temel bir prensiptir ki taraflar arasındaki eşitsiz pazarlık gücü, çoğu zaman Kıta Avrupası ile karşılaştırıldığında çok da önemli bir mesele olarak gözükmeyebilir (**Black**, s. 560).
Örneğin ABD Telif Hakları Yasası md. 106A (VARA), eser sahibinin "adın belirtilmesi" ve "eserde değişiklik yapılmasını men etme" manevi haklarına sahip olduğunu; ancak eser sahibinin yazılı bir şekilde açıkça vazgeçtiğini beyan etmesi üzerine manevi haklarından vazgeçebileceğini düzenlemektedir. Buradan anlaşıldığı üzere, ABD hukukunda tarafların bu yönde bir sözleşme yapmaları halinde, bu sözleşme geçersiz sayılmayacaktır. Dahası eser sahibinin sözleşmenin zayıf tarafını oluşturduğu ve pazarlık gücünün bulunmadığı durumlarda eseri üzerinde kendi adını belirtmek gibi eser sahipliğinden doğan doğal bir hakka dahi sahip olamaması, sözleşme özgürlüğü ilkesi gerekçesiyle doğal karşılanacaktır.
İngiltere'de CDPA, eser sahiplerine, manevi haklarına yönelik herhangi bir ihlale doğrudan izin verme ve manevi haklarından önceden yazılı bir onay ile vazgeçebilme hakkı tanımaktadır. Hatta İngiliz hukuku biraz daha ileri giderek bazı durumlarda yazılı şekil şartına uymayan feragatlere de sözleşmeler hukukunun genel prensipleri nedeniyle izin verebilmektedir. Sözleşme özgürlüğüne verilen bu aşırı önem, Kıta Avrupası hukukçularını paniğe düşürecek derecede şaşırtıcı gelmektedir. Ancak Anglo-Sakson hukuku içerisinde Kıta Avrupası hukuk sisteminde manevi hakların vazgeçilemez olmasını sözleşme özgürlüğü ilkesine bir müdahale ve sözleşmelerin içeriğine yönelik bir kısıtlama olarak gören görüşler hiç de azımsanmayacak bir yoğunluktadır. Aynı yönde: **Rigamonti**, s. 361 ve 403.
FSEK md. 14 ve md. 16 "adın belirtilmesi" ve "eserde değişiklik yapılmasını men etme" hakları bakımından açıkça bu haklardan vazgeçmenin hükümsüz olacağını belirtmiş ve bir manevi hak olarak görülmeyen cayma hakkından bile önceden feragatin caiz olmadığını FSEK md. 58/VI'da hüküm altına almıştır.

birçok değişikliği isteksizce gerçekleştirmişler ve kendi iç hukuklarında bazı zorlama çözümler bulmuşlardır. Bu açıdan ABD, kendisini İngiltere'den çok daha olumsuz bir durum içerisinde bulmuştur. İngiliz hukukunda Kıta Avrupası yaklaşımı ile yapılan düzenlemeler, bu ülkede eser sahiplerine tanınan korumayı artırmak anlamında az çok bir işlev görmüştür. Ancak ABD'de ise eser sahiplerinin korunması bakımından söz konusu düzenlemeler yarardan çok zarara sebep olmuştur.[161] Bu açıdan Kıta Avrupası sisteminde var olan cayma hakkı gibi bazı düzenlemelerin bu hukuk sistemlerine alınmamış olmasının son derece bilinçli bir tercih ürünü olduğu, bu hakkın söz konusu hukuk sistemlerinde düzenlenmiş olması halinde dahi muhtemelen eser sahibinin haklarından biri olarak değil sözleşmeler hukuku temelinde düzenleneceği ve böyle bir durumda cayma hakkı düzenlemesinin söz konusu ülkelerin kanunlarında eser sahibinin hakları bölümündense fikri hakların devri bölümünde yer alacağı düşünülmektedir. [162]

IV. Kıta Avrupası Hukukunda Cayma Hakkı

A) Kıta Avrupası Ülkelerinde Cayma Hakkı Düzenlemelerine Genel Bir Bakış

Ülkelerin iç hukuklarına yönelik standartlar belirleyen ve kurallar öngören Bern Sözleşmesi gibi uluslararası düzenlemelerde cayma hakkına yer verilmemiş olmasına karşılık; birçok ülkenin iç hukukunda, belirli koşullar altında eser sahibine bir cayma hakkı tanındığı görülmektedir. Eser sahibine tanınan cayma hakkı düzenlemeleri çeşitlilik arz etse de hukuk sistemimiz bakımından karşılaştırma konusu yapılabilecek en önemli ülke Almanya'dır. Zira Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan ülkeler incelendiğinde cayma hakkı kavramına FSEK md 58'de ele alındığı biçimiyle sadece Alman hukukunda yer verildiği görülmektedir. Alman hukukunda düzenlenen

[161] **Rigamonti**, s. 404 ve 412.
[162] **Rigamonti**, s. 388-389.

bir diğer cayma hakkı, "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkıdır." Bunun yanı sıra, UrhG'de "işletmenin devri nedeniyle cayma hakkı" adı altında üçüncü bir tür cayma hakkı daha bulunmaktadır. Her üç cayma hakkı türü de Alman hukuk sisteminde oldukça ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. UrhG § 41'de düzenlenen "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" düzenlemesi ise FSEK'teki düzenlemeye emsal teşkil etmiştir. Bu sebeple Alman hukuku, aşağıda Kıta Avrupası ülkeleri hukuklarından ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

a) Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda FSEK'te yer almayan bir cayma hakkı türü olan "kanaat değişikliği nedeniyle cayma" hakkı düzenlenmiş olup, bu hak açıkça eser sahibinin manevi haklarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu hakkın Fransız hukuk sisteminde manevi hak şeklinde kategorize edilmesi ve buna bağlanan yaptırım oldukça önemli bir yer tutmaktadır.

Kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının Fransız hukukunda manevi bir hak olarak kabul edilmesi, *Kıta Avrupası Droit d'auteuer sistemi*[163] içerisindeki en etkili cayma hakkı düzenlemesine vücut vermektedir. Eseri, eser sahibinin kişiliğinin bir

[163] Fransa fikri haklar bakımından son derece önemli bir ülkedir. Özellikle Fransız mahkeme içtihatları ve Alman hukuk teorisinin bir ürünü olan manevi haklar, Fransız hukukunda çok önemli bir yere sahiptir. 1878'de ilk kez yargıç Andre Morillot tarafından yasal bir terim olarak işaret edilen manevi hakların doğuş yeri Fransa olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan eser sahibinin manevi haklarını en kapsamlı biçimde düzenleyen Fransız hukukunda cayma hakkının bir manevi hak olarak kabul edilmesi şaşırtıcı değildir. Fransa aynı zamanda Bern Sözleşmesi'ne yön vermesi bakımından da oldukça önemlidir. Her ne kadar Bern Sözleşmesi ile kurulan Bern Birliği birçok yazar ve yayınevinin teşvikiyle gerçekleşmişe de Bern Birliği'nin oluşturulmasındaki öncü rol, aralarında ünlü Fransız yazar Victor Hugo, Honore de Balzac ve Alphonse de Lamartine'nin de bulunduğu 1874'te Paris'te kurulan Bern Birliği'ne aittir ve dahası Bern Sözleşmesi *Kıta Avrupası Droit d'auteuer Sistemi*'nin etkisi altında kalmış bir metindir (**Suhl**, s. 1210; **Rushton**, s. 17; **Rigamonti,** s. 356).
Paris'te kurulan Bern Birliği, diğer bir adıyla *ALAI* (Association Littéraire et Artistique Internationale) olarak adlandırılan bu mesleki birliğin amacı, yazarların ve sanatkârların haklarının uluslararası alanda korunması için dünya üzerindeki ulusal fikri mülkiyet yasalarını birbiri ile uyumlu hale getirecek uluslararası bir sözleşme oluşturmaktı. Bu Birliğin oluşturduğu Bern Sözleşmesi'ni etkisi altına alan *Kıta Avrupası Droit d'auteuer Sistemi*, eser sahipliğinden doğan hakların sadece mali haklar olarak anlaşılmadığı bir sistemdir. Bu sisteme göre eser sahipliğinden doğan haklar, eser sahibi ile eseri arasındaki özgün ilişki nedeniyle var olmakta ve manevi haklar adeta eser sahibinin kişiliğinin bir parçası olarak görülmektedir (**Rushton**, s. 17).

parçası olarak gören ve çift cephe teorisi (dualist) yaklaşımını kabul eden Fransız hukukunda cayma hakkı (*droit de repentir*), eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı (*droit de paternité*), eserin ne zaman ve ne surette umuma arz edileceğini belirleme hakkı (*droit de divulgation*) ve eserin değiştirilmesini ve tahrif edilmesini önleme hakkı (*droit au respect de l'intégrité de l'œuvre*) ile beraber açıkça dördüncü bir manevi hak kategorisi olarak 1992 tarihli ve 92-597 sayılı Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nda (*Code de la propriété intellectuelle*- version consolidée au 1er janvier 2014 -CPI) md. L121-4'te hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık Fransız hukukunda cayma hakkı diğer manevi haklardan farklı olarak sıkı koşullara tabi tutulduğundan, eser sahibi bakımından bu hakkın kullanılması oldukça masraflı olarak görülmekte ve uygulamada sık karşılaşılan bir hal olmadığı kabul edilmektedir.[164]

Fransız hukuku uyarınca cayma hakkının kullanılmasının ilk koşulu, eser sahibinin, fikri yaratımlarla ilgili olarak hakkını üçüncü bir kişiye devretmesinden sonra fikrini değiştirmesi; eserin [165] artık onun kanaatlerini yansıtmaması ve eserin bu şekilde kullanımına devam edilmesinin artık kendisinden beklenememesidir. Bu açıdan söz konusu fikir değişikliği mali durumlara ilişkin değil; kanaat değişikliği gibi manevi durumlara ilişkindir.

Eser sahibinin cayma hakkını kullanabilmesinin ikinci koşulu, hakkın devredildiği kişinin cayma sebebiyle uğrayacağı zararların önceden tazmin edilmesidir.[166] Bunun yanı sıra cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdiren eser sahibi eserini tekrar değerlendirmek isterse, öncelikli olarak önceki kullanma

[164] **Paul Goldstein**, International Copyright Principles, Law and Practice, New York 2001, s. 290-291; **Edouard Fortunet**, "*The Author's Moral Right To Withdraw A Work (Droit De Repentir): A French Perspective*", Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 6 (8), May 2011, s. 535; **Rigamonti**, s. 363.

[165] Fransız hukukunda cayma hakkının bilgisayar programları bakımından da söz konusu olabilmesi için bu durumun açıkça sözleşmede kararlaştırılması gerekmektedir (CPI md. L121-7).

[166] Zararların önceden tazmin edilememesi gerekçesiyle Fransız yazar Jean-Paul Sartre'ın *L'existentialisme est un humanisme* adlı eseri bakımından yayımcıya karşı cayma hakkını kullanamaması ile ilgili olarak (TGI Seine, Oct. 27, 1969, 63 RIDA 1970, 235) bkz. **Rigamonti**, s. 363, dipn. 58.

hakkı sahibine aynı koşullarda tekrar bir sözleşme yapmak konusunda öneride bulunmakla yükümlüdür. Fransız hukukunda bu hak, sadece eser sahibine tanınmış olup, haleflerin cayma hakkı bulunmamaktadır. Yine Fransız hukuku uyarınca L121-4'e dayanan kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının eserin yayımlanmasından önce kullanılamayacağı ağırlıklı olarak kabul görmektedir.[167]

b) İspanyol Hukukunda

İspanyol hukukunda "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" düzenlemeleri yer almamakla birlikte, "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına" ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hak, tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi bir manevi hak olarak düzenlenmiştir. Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nu model alan 1996 tarihli İspanyol Fikri Haklar Yasası (*Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia*) md. 14/6'da, değişen fikri ve manevi kanaatler dolayısıyla eser sahibinin eserini piyasadan çekmesi hakkını, eser sahibinin manevi hakları (*derecho moral*) arasında saymaktadır. Eser sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için kullanma hakkına sahip olanların zararlarını tazmin etmesi (hem doğrudan zararlar hem de kazanç kaybı) burada da bir koşul olarak öngörülmektedir. Yine Fransız hukukunda olduğu gibi eser sahibi, bu hakkını kullandıktan sonra eseri tekrar değerlendirmek isterse kullanma hakkını makul olduğu ölçüde aynı koşullarda öncelikli olarak eski kullanma hakkı sahibine tekrar önermek zorundadır. İspanyol hukukunda cayma hakkının ileri sürülerek eserlerin piyasadan çekilmesi sadece taraflar arasında söz konusu olup, bu durum üçüncü kişilerin elindeki nüshaları etkilemez. [168]

[167] **Fortunet**, s. 535-537; **Rigamonti**, s. 363.
[168] **Salokannel/Strowel/Derclaye**, s. 132.

c) Portekiz Hukukunda

Portekiz hukukunda "kullanmama nedeniyle cayma hakkına" ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. "Kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" (*direito de retirada*) ise *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Code of Copyright and Related Rights- as last amended by Law No. 16/2008 of April 1, 2008)* md. 62'de düzenlenmektedir. Buna göre, eser sahibinin geçerli manevi sebepleri varsa (kanaat değişimi) eserini piyasadan çekebilir. Eser sahibi bunu yaparken mutlaka karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Yine md. 114 uyarınca eserin temsili bakımından özel bir cayma hakkı düzenlenmektedir.[169]

d) Yunanistan Hukukunda

Yunanistan hukukunda "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkını" düzenleyen *Law No. 2121 /1993 on Copyright, Related Rights and Cultural Matters* md. 4/I-e ve 4/II uyarınca cayma hakkı, sadece edebi ve bilimsel eserler bakımından tanınmış olup; bu hak, eser sahibinin görüşlerinin değişmesi vb. durumlarda ancak karşı tarafın zararını karşılamak suretiyle kullanılabilir. Sözleşmeden cayan eser sahibi eserini yeniden değerlendirmek isterse öncelikle bir önceki kullanma hakkı sahibine aynı koşullarda bir öneride bulunmak zorundadır.[170] Yunanistan fikri haklar hukukunda "kullanmama nedeniyle cayma hakkına" ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

---

[169] Bkz. **Marjut Salokannel/Alain Strowel/Estelle Derclaye**, "*Study Contract Concerning Moral Rights in the Context of the Exploitation of Works Through Digital Technology*", FINAL REPORT, April 2000, s. 123.
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf (12.06.2014)

[170] **Salokannel/Strowel/Derclaye**, s. 74.

e) İtalyan Hukukunda

İtalyan hukukunda **"**kannat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" düzenlenmiş olup, "kullanmama nedeniyle cayma hakkı" düzenlemesi burada da bulunmamaktadır. İtalya'da kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı bir manevi hak olarak düzenlenmemekle birlikte, 633 sayılı ve 1941 tarihli Fikri Haklar ve Komşu Hakların Korunmasına Dair İtalyan Kanunu (*Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio-aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)* md. 142 ve 143'te eser sahibinin eserini piyasadan çekme hakkı düzenlenmiştir.142. madde uyarınca (parasal nitelikte olmayan) ciddi manevi nedenler dolayısıyla eser sahibi; çoğaltma, yayma, icra etme veya satma hakkına sahip olanların zararını ödemek koşuluyla eserini piyasadan çekebilir. Eser sahibine tanınan bu hak devredilmez ve kişisel bir haktır. Eser sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için, haklarını devrettiği kişiye ve yetkili devlet kurumuna bildirimde bulunması gerekmektedir. İlgili hak sahiplerinin bir yıl içerisinde eser sahibinin bu kararına karşı çıkma veya tazminat isteme hakları saklıdır. Md. 143 uyarınca mahkeme ciddi manevi nedenlerin varlığına kanaat getirirse ilgili hak sahiplerinin zararlarını tazmin etmek karşılığında ve tazminatın miktarı ve ödeme süresini de tayin ederek eserin çoğaltılmasını, yayımını, icrasını veya satışını yasaklar.

İtalyan hukukunda eser sahibine eserini piyasadan toplatabilme hakkının tanınması, eser sahibinin eseri ile olan yakın manevi bağına işaret etmektedir. Bu hukuk sisteminde cayma hakkının eserin dağıtımının eser sahibinin itibarını zedelediği veya eser sahibi ile ilgili diğer ciddi manevi sebeplerin varlığı halinde kullanılabileceği ifade edilmektedir. İtalyan hukukunda eser sahibine tanınan bu hak, onun manevi hakları içerisinde yer almamakla birlikte; tıpkı Fransız hukukundaki *droit de repentir* gibi işlev görmekte ve eser sahinin herhangi bir kanaat değişikliği

durumunda eserini piyasadan çekerek eseri ile ilgili olarak daha önceden devrettiği haklardan caymasına olanak tanımaktadır. Ancak İtalyan hukuku bakımından farklı olan nokta, bu hakkın ileri sürülebilmesi için ilave şekil şartları ve ciddi manevi sebeplerin gerekmesidir. Ciddi manevi sebepler; politik, dini, etik, sanatsal veya fikri sebepler olabilir. [171]

f) Nordik Hukukta

Danimarka, Finlandiya ve İsveç hukuklarında cayma hakkına ilişkin özel bir hüküm bulunmamakta; ancak cayma hakkına belirli durumlarda vicdani gerekçelerle ve ancak genel medeni hukuk düzenlemeleri aracılığıyla izin verilmektedir. [172]

g) Avusturya ve Belçika Hukuklarında

Avusturya hukukunda (*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte –Urheberrechtsgesetz- zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGB1. I. Nr. 58/2010*) ve Belçika hukukunda (*Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins -du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 3 avril 1995*) cayma hakkı düzenlemeleri bulunmamaktadır.[173] Belçika hukukunda bu hakkın yer almamasının nedeni, cayma hakkı düzenlemesinin,

---

[171] **Salokannel/Strowel/Derclaye**, s. 84-85; **Carlo Piana/Simone Aliprandi**, "*Introduction to Software Protection Under Italian Law*", The International Free and Open Source Software Law Book", http://ifosslawbook.org/italy/ (20.08.2013).

[172] **Salokannel/Strowel/Derclaye**, s. 116. Avrupa fikri hukukunun uyumlulaştırılmasının gerekli ve mümkün olduğu ve bu yöndeki şartların artık oluştuğu kabul edilmektedir. Ancak hem "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" hem de "kullanmama nedeniyle cayma hakkı", AB fikri haklar hukukunun uyumlulaştırılması politikası açısından mecburi düzenlemeler olarak görülmemektedir. Dahası "kanaat değişikliği nedeniyle cayma" kurumuna uygulamada göreceli olarak çok fazla başvurulmamakta ve bu hak, hukuk politikası açısından tartışmalı kabul edilmektedir. Bu politikanın uygulanabilirliği açısından özellikle "kullanmama nedeniyle cayma hakkının" tamamen tanımlanmayan bir alanda kalmasının belki de daha iyi olabileceği düşünülmektedir. Bkz **Asmus**, s. 172 vd.
Avrupa fikri hukukunun uyumlulaştırma sürecinin öncelikli bir hukuk politikası meselesi olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Axel Metzger**, "*Europäisches Urheberrecht Ohne Droit Moral?-Status Quo Perspektiven Einer Harmonisierung Des Urheberpersönlichkeitsrechts-*", Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 471.

[173] **Rigamonti**, s. 363, dipn. 62.

bir kimsenin bağlı olduğu sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirememesi olarak tanımlanan "*convention-loi*" ilkesine aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. [174]

h) İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda cayma hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. 1992 tarihli İsviçre Fikri Haklar Yasası (*Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte -stand am 1. Januar 2011- URG*) uyarınca eser sahibinin manevi hakları [175] adın belirtilmesi, eserin umuma arzı ve eserin bütünlüğünün korunması olarak sayılmıştır. İsviçre hukukunda cayma hakkı, ne Fransız ve İspanyol hukukunda olduğu gibi manevi bir hak olarak ne de Alman ve Türk hukukunda olduğu gibi eser sahibine tanınan münferit bir hak olarak yer almamaktadır. Bu durum hem eserin kullanılmaması hem de eser sahibinin kanaat değişikliği durumu için söz konusudur. İsviçre fikri haklar hukukunda cayma hakkı düzenlemelerinin yer almamasını nedeni olarak cayma hakkının Bern Sözleşmesi'nde düzenlenmemesi gösterilmektedir. Cayma hakkı düzenlemesine benzer bir düzenlemenin de yer almadığı İsviçre fikri haklar hukuku bakımından eser sahibine tanınan bir cayma talebi, olsa olsa genel sözleşme hükümlerinden ve özellikle de *clasula rebus sic stantibus* ilkesininin yorumlanmasından çıkarılabilir. Cayma hakkı söz konusu olduğunda kişilik haklarına ilişkin genel düzenlemelerden kıyasla bir yorum yapılamaz. [176]

---

[174] **Salokannel/Strowel/Derclaye**, s. 8 ve 18.

[175] Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan İsviçre'de 1992 yılına kadar Fransız ve Alman hukukundakilere benzer bir manevi hak düzenlemesi bulunmamaktaydı. İsviçre'de eser sahibinin manevi hakları oldukça geç bir tarihe, 1992 tarihli İsviçre Fikri Haklar Yasası'nın kabulüne kadar yasal bir düzenlemeye kavuşturulmamış olsa da; 1992 tarihinden çok önce dahi İsviçre mahkemeleri manevi hakları, "genel kişilik hakları" teorisi ile korumaktaydı (**Mario Pedrazzini**, "*Das Droit Moral der Berner Übereinkunft in der Schweiz*", Die Berner Übereinkunft und Die Schweiz, Bern 1986, s. 237 vd.).

[176] **Reto M. Hilty**, Urheberrecht, Bern 2011, § 22, Rn. 285-287, s. 259-261; **Denis Barrelet/Willi Egloff**, Das Neue Urheberrecht, 2. Auf., Bern 2000, Rn. 9-5 ve 16-17, s. 44 ve 105; **Hilty**, Lizenzvertragsrecht, s. 906-907.

i) Hollanda Hukukunda

Hollanda hukuku bakımından cayma hakkı biraz daha farklı bir görünüm arz eder. 1912 tarihli Hollanda Fikri Haklar Yasası'nda (*Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht - Wet Copyright 1912, zoals laatstelijk gewijzigd in 2008*) cayma hakkına ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte; md. 25/IV'e göre iyiniyetli eser sahibi, eseri üzerindeki mali hakları devrettikten sonra dahi eseri üzerinde olağan değişiklikler yapabilmektedir. Bu hak, bazı yazarlar tarafından [177] kısmen bir tür cayma hakkı olarak yorumlanmaktadır. Zira Hollanda hukukunda eser sahibi sözleşmeden tamamen cayamasa bile, bilimdeki yeni gelişmeler veya araştırmayı etkileyen yeni görüşlerin varlığı halinde iyi niyet kuralları çerçevesinde eserinde bazı değişiklikler yapabilir.[178] Ancak yine de md. 25/IV'te düzenlenen bu durum, UrhG § 42'de düzenlenen "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkından" hem koşulları, hem sonuçları, hem de ortaya çıkış mantığı bakımından son derece farklı olup; bu düzenleme, belirtilen durumların oluşması halinde Hollanda hukukunda da sözleşmeden cayılabileceği şeklinde yorumlanamaz.[179]

B) Alman Hukukunda Cayma Hakkı

a) Kullanmama Nedeniyle Cayma Hakkı (*Rückrufsrecht wegen Nichtausübung*)

1965 tarihli Alman Fikri Haklar Yasası (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* -**UrhG**-) yürürlüğe girmeden önce, bugün hala yürürlükte olan Alman Yayın Kanunu (VerlagG) § 32, eser sahibi tarafından devredilen hakkın iktisap eden kişi tarafından kullanılmadığı durumlarda uygulama alanı

[177] **Salokannel/Strowel/Derclaye**, s. 104.
[178] **Asmus**, s. 172 vd.
[179] **Romy Latka**, Das Droit Moral in den Niederlanden, Südlohn 2000, s. 131. (yayımlanmamış doktora tezi)

bulmaktaydı. [180] Ancak söz konusu hüküm, yayımcının yayma ve çoğaltma yükümlülüğünü üstlenmediği veya sözleşmenin üçüncü bir kişiye devredildiği durumlarda yetersiz kalmaktaydı. Bunun yanı sıra UrhG'nin yürürlüğe girmesinden önce kullanma hakkın devrine ilişkin diğer sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulan BGB § 323-326 hükümleri, hak sahibinin sözleşmenin taraflarından birini oluşturmadığı durumlar için elverişli olmadığından, söz konusu hükümlerin olumsuz yönlerini bertaraf eden özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktaydı. Gerek VerlagG gerekse de BGB'nin yetersiz kalması nedeniyle Alman hukuk doktrininde ve yargı kararlarında cayma hakkı kavramı ortaya atılmıştır. Bu kavram, nihayet 1965 tarihli UrhG ile de yasal bir dayanağa oturtulmuştur.[181]

UrhG § 41 "*Rückrufsrecht wegen Nichtausübung*" başlığı altında, hakkın kullanılmaması nedeniyle eser sahibinin cayma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, inhisari bir kullanma hakkı iktisap eden kişi, kendisine devredilen hakkı hiç veya yeterli derecede kullanmaz ve bu yolla eser sahibinin haklı menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse; eser sahibi, kullanma hakkından cayabilir. Ancak kullanma hakkının hiç veya yeterince kullanılmaması durumu söz konusu olduğunda bu durumun cayma hakkı ileri sürülmeden giderilmesi eser sahibinden beklenebiliyorsa, o halde cayma hakkı kullanılamaz. (UrhG § 41/I)

Cayma hakkı, kullanma hakkının tanınmasından veya bu hakkın devrinden veya eser daha sonra teslim edilmişse teslim tarihinden itibaren iki yıl geçmeden kullanılamaz. Gazetelerde yer alan eserler söz konusu olduğunda bu süre, üç aydır. Eserin aylık veya daha kısa aralıklarla yayımlanan bir dergide yer alması durumunda süre altı hafta ve diğer dergiler içinse bir yıldır. (UrhG md. 41/II)

---

[180] Alman Yayın Kanunu (VerlagG) § 32'nin atıf yaptığı § 30, yazara bir dönme hakkı tanınmıştır. Eğer eser sözleşmeye aykırı bir şekilde çoğaltılır ve yayımlanırsa ve ayrıca yayımcı yeni baskılar yapmaktan imtina ederse, yazar sözleşmeden dönebilir. Yine aynı kanunun 45. maddesi uyarınca derleme eserlerle ilgili olarak yazara ayrıca bir fesih hakkı tanınmaktadır.

[181] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 1.

Cayma hakkı, ancak eser sahibinin iktisap edene bir bildirimde bulunması ve bu hakkın kullanılması için makul bir ek süre tayin etmesi halinde kullanılabilir. Eğer hakkın kullanımı iktisap eden kimse için imkânsız olur veya onun tarafından reddedilir veya ek süre tayini eser sahibinin menfaatlerini ağır şekilde tehlikeye düşürürse, ek süre tayin edilmesine gerek yoktur. (UrhG § 41/III)

Cayma hakkından önceden feragat etmek caiz değildir. Cayma hakkının kullanımı önceden 5 yıldan uzun süre için menedilemez. (UrhG § 41/IV)

Cayma hakkının kullanılması ile beraber kullanma hakkı sona erer. (UrhG § 41/V)

Eser sahibi hakkaniyet gerektirdiği ölçüde ilgililerin zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. (UrhG § 41/VI)

Hak sahiplerinin hak ve taleplerine ilişkin diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklıdır. (UrhG § 41/VII)

UrhG § 41 ile FSEK md. 58 aynı konuyu düzenleyen ve koşulları itibariyle bazı farklılıklar gösterse de birbiri ile paralel olan hükümlerdir. FSEK md. 58'den de ayrıntılı şekilde düzenlenen UrhG § 41 hükmü, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi eser sahibinin cayma hakkını kullanabilmesi için kullanma hakkını iktisap eden kişinin eseri hiç veya gereği gibi kullanmaması ve bu nedenle eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş olması koşulunu öngörmektedir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda iktisap eden kişiler, inhisari bir kullanma hakkı elde eden kişiler (*Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts*) iken; Türk hukuku uyarınca iktisap eden, hem mali bir hakkın kendisini hem de o hakkın kullanma yetkisini hem inhisari hem de inhisari olmayan bir biçimde devralan kişilerden

oluşmaktadır.[182] UrhG § 41'de belirtilen münhasır kullanım hakkı ile kastedilen UrhG § 31/III hükmüdür. UrhG § 31 uyarınca, eser sahibi bir başka kişiye eseri kullanma hakkı verebilir. Bu hak inhisarî veya inhisarî olmayan bir hak şeklinde olabilir. Eseri kullanma hakkının bir kişiye münhasır bir şekilde devredildiği durumlarda eser, bu kişi dışındaki diğer kişilerce kullanılamaz. Buna eser sahibinin kendisi de dâhildir. Ancak taraflar eser sahibinin eseri kullanmaya devam edeceğini kararlaştırılabilirler. Münhasır kullanma hakkı, hakkın tanındığı kişiye eseri, eser sahibinin izin verdiği biçimde kullanma ve üçüncü kişilere eseri kullandırma yetkilerini içerir (UrhG § 31/III). Eserin üçüncü kişilere kullandırılması ancak eser sahibinin rızasıyla mümkün olabilir. (UrhG § 35)

FSEK md. 58 ile UrhG § 41 arasındaki bir diğer benzerlik, her iki kanunda da cayma hakkının ileri sürülebilmesinin ön koşulu olarak hak sahibine bir bildirimde bulunulup makul bir süre tayin edilmesidir. Yine, bir ek süre tanımanın gerekli olmadığı durumlar her iki düzenlemede de paraleldir. Bunun yanı, sıra hakkaniyet gerektirdiği ölçüde hak sahiplerine tazminat ödenmesi, cayma hakkından önceden vazgeçilememesi ve cayma hakkının kullanımını uzun süre men eden kayıtların hükümsüz olması her iki kanunda da yer alan diğer benzerliklerdir.

FSEK md. 58 ile UrhG § 41 arasındaki en temel farklılık ise süreye ilişkin düzenlemeler ile gazete ve dergilerde yer alan eserler için olan özel düzenlemenin FSEK md. 58'de yer almamasıdır. Alman hukukunda cayma hakkının ileri sürülmesi için geçmesi gereken asgari bir süre tayin edilmiştir. Eser sahibi en azından bu süre boyunca (2 yıl) cayma hakkını ileri süremez. Böyle bir süre Türk hukukunda kararlaştırılmamıştır. Aynı şekilde gazete ve dergilerde çıkan yazılar için öngörülen süre sınırlaması da FSEK'te yer almamaktadır.

[182] Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak mali hakların yalnızca kullanma yetkisi devredilebilir (UrhG § 31/I). Buna karşılık mali hakkın kendisinin devri, Alman hukuku bakımından söz konusu değildir. (UrhG § 29)

Kullanmama nedeniyle cayma hakkı ileriki bölümlerde ayrıntısıyla inceleneceğinden burada sadece FSEK md. 58'den çok daha ayrıntılı düzenlenen ve ona ilham veren UrhG § 41 hükmünün, FSEK md. 58 ile farklı ve benzer noktalarını yalnızca saymakla yetiniyoruz.

b) Kanaat Değişikliği Nedeniyle Cayma Hakkı (*Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung*)

1965 tarihli UrhG § 42, FSEK'te yer almayan başka bir cayma hakkı türünü düzenlemektedir. UrhG § 42'ye göre, yayımlanmış dahi olsa eser artık eser sahibinin kişisel kanaatlerine uygun olmaz ve bu yüzden eseri bu haliyle değerlendirmesi artık kendisinden beklenemez hale gelirse; eser sahibi, devrettiği kullanma hakkından cayabilir.[183]

UrhG yürürlüğe girmeden önce kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı uygulamaları için bugün hala yürürlükte olan VerlagG § 35'e başvurulmaktaydı. VerlagG § 35, sözleşmenin kurulduğu zamanda öngörülemeyen durumların ortaya çıkması halinde yazara eserin çoğaltılmasına başlamadan önce ileri sürülebilecek bir dönme hakkı (*Rücktrittsrecht*) tanımaktadır. Bunun yanı sıra UrhG'nin kabulünden önce, kullanım hakkının eser sahibinin kişisel menfaatlerini ağır bir şekilde ihlal etmesi durumunda (sadece manevi menfaatlerini tehlikeye düşürmek şeklinde bile olsa), eser sahibinin manevi haklarından doğan bir cayma veya geri alma (*Rückrufs- oder Widerrufsrecht*) hakkına sahip olduğu kabul edilmekteydi.[184] VerlagG § 35'te yer alan dönme hakkı düzenlemeleri, bu hakkın ileri sürülebilmesine ilişkin getirdiği

[183] 10.09.2003 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarının Düzenlenmesine Dair Kanun (*Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*) § 79/2'nin UrhG § 42'ye yaptığı atıf neticesinde kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına ilişkin düzenlemeler bu tarihten itibaren icracı sanatçılara da uygulanmaktadır.

[184] Bu anlamda bazı yazarlarca UrhG § 42 ile getirilen düzenlemenin yeni olmadığı ve UrhG § 42 ile sadece hâlihazırda mevcut olanın yeni bir ifade ile formüle edilip hüküm altına alındığı ifade edilmektedir. Bkz. **Ernst E. Hirsch,** "*Zum Rückrufsrecht Des Urhebers Wegen Gewandelter Überzeugung*", Festschrift Für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Band I, München und Berlin 1965, s 369.

zaman kısıtlaması (eserin çoğaltılmaya başlanmasından önce) ve sadece edebi ve musiki eserler ile ilgili yayın sözleşmeleri bakımından söz konusu olması gibi açılardan eleştirilmekte ve bu nedenle de kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına ilişkin yeni bir düzenleme gerekli görülmekteydi. Bu anlamda UrhG § 42, eser sahibine sadece eserinden ayrılması için değil; aynı zamanda fikirlerinin kamuya sunulmasını engelleyebilmesi bakımından da VerlagG § 35'ten çok daha geniş bir imkân sunmaktadır. [185]

UrhG § 42 uyarınca, eser artık kanaatleri ile uyumlu değilse ve bu yüzden eserin değerlendirilmesine devam edilmesi kendisinden beklenemez hale gelmişse eser sahibi mali hak sahibine devrettiği kullanma hakkından cayabilir (UrhG § 42/I).

Buradaki "kanaat" kavramı, eser sahibinin sanatsal düşüncelerinin çok daha ötesindedir. Kanaat değişikliği, eser sahibinin politik, dini veya bilimsel görüşlerindeki herhangi bir değişime işaret etmektedir. Bunun yanı sıra oldukça tartışmalı olmakla birlikte eser sahibinin tarzına ilişkin düşüncelerinin veya zevklerinin dahi UrhG § 42 anlamında kanaat değişikliği için yeterli olduğu kabul edilmektedir. [186] Eserin artık eser sahibinin kanaatleri ile uyumlu olmaması, eser sahibinin bazı kişisel sebepler nedeniyle eserinden uzaklaşması, eserine yabancılaşması ve bir başkasına eseri üzerinde kullanma hakkı tanımış olması nedeniyle üstlendiği borçtan artık sorumlu olmak istememesini ifade eder. Örneğin eser, bilimdeki yeni gelişmeler nedeniyle eser sahibinin fikrine göre artık tamamen demode olmuş veya bu gelişmeler eser sahibinin görüşünü çürütmüş olabilir. Aynı şekilde, eser kamuya arz olunduktan sonra eser sahibinin dini veya politik kanaatleri tamamen değişmiş olabilir. Neden ne olursa olsun kanaat değişikliği nedeniyle cayma bakımından önemli olan husus, eser sahibinin dış dünyada yansıma bulan iç

[185] **Hirsch,** wegen gewandelter Überzeugung, s. 352 ve 368; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting,** § 42, Rn. 1-2.
[186] Aksi yönde bkz. **Metzger**, Rechtsgeschäfte Über Das Droit Moral, s. 15, dipn. 74.

dünyasındaki değişimler nedeniyle, eserin önceden olduğu gibi değerlendirilmesinin artık kendisinden beklenemez hale gelmiş olması olgusudur. Bu nedenle esaslı olmayan küçük değişimler kamuya başka şekillerde duyurulabileceğinden, bu gibi küçük değişikliklerde cayma hakkına izin verilmesi hak sahipleri bakımından orantısız bir yük doğuracaktır. Bunun yanı sıra eser sahibi, her halükarda cayma hakkını doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde kullanmalıdır. [187]

Eser sahibinin halefleri de cayma hakkını ileri sürebilirler. Ancak eser sahibine ait olan bu hakkı ileri sürebilmeleri için eser sahibinin ölümünden önce bu hakkı ileri süreceğini fakat bunun bir şekilde mümkün olmadığını veya eser sahibinin ölüme bağlı tasarruf ile (vasiyetname veya miras sözleşmesi) bunu ileri sürdüğünü ispatlamaları gerekmektedir (UrhG § 42/I). Eser sahibinin bu hakkı ölümünden önce ileri süreceği fakat bunun mümkün olmadığı ifadesiyle, eser sahibinin ölümünden önce eserin artık kanaatleri ile uyuşmadığı ve eserin bu haliyle değerlendirilmesinin artık ondan beklenemeyeceği; ancak örneğin hak sahiplerinin kim olduğunu veya nerede bulunduğunu bilmemesi vb. sebeplerle cayma hakkını kullanamadığı durumlar kastedilmektedir.[188]

Eser sahibinin cayma hakkını kullanabilmesinin diğer bir koşulu, kullanma hakkı sahibinin zararlarını yeterli düzeyde tazmin etmesidir. Tazminat en azından kullanma hakkı sahibinin cayma hakkının bildirildiği ana kadar yaptığı masrafları karşılamalıdır. Cayma ancak eser sahibi masrafları tazmin eder veya bunlar için yeterli güvence gösterirse geçerli olur. Kullanma hakkı sahibi, cayma hakkının ileri sürülmesinden itibaren üç ay içerisinde yaptığı masrafları eser sahibine bildirmekle yükümlüdür (UrhG § 42/III). Bunun yanı sıra, eser sahibi caymadan sonra eserini

[187] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting,** § 42, Rn. 7-8.
[188] Eser sahibinin ölümünden önce cayma hakkını ileri sürdüğü durumlar bu madde kapsamına girmemektedir. Zira böyle bir durumda halefler eser sahibi tarafından açılmış olan davaya zaten devam edebilirler (**Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting,** § 42, Rdnr. 11-13).

tekrar değerlendirmek isterse, bir önceki kullanma hakkı sahibine uygun koşullar altında aynı türden bir kullanım hakkı teklif etmekle yükümlüdür (UrhG md. 42/IV). Eser sahibinin bu konuda bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

Eser sahibinin yerine getirmesi gereken tazminat yükümlülüğü yüzünden kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının geniş ölçüde değersizleştiği ifade edilmektedir. Ne var ki tazminat yükümlülüğü olmaksızın öngörülen bir cayma hakkı da hak sahiplerinin korunmaya değer menfaatlerini önemli ölçüde ihlal edecektir. Hak sahipleri, kullanma haklarına güvenerek çoktan bazı harcamalar yapmış veya bu hak için eser sahibine bir bedel ödemiş olabilirler. Bunun yanı sıra, eser sahibi cayma hakkını kullandığı için hak sahipleri herhangi bir kusurları veya sorumlulukları olmamasına rağmen kısıtlanmaktadırlar. Ancak öte yandan eserin eser sahibinin isteği dışında değerlendirilmeye devam edilmesi durumunda, eser sahibinin dikkate alınması gereken kişisel menfaatlerinin riske atıldığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu sebeple UrhG § 42 anlamında tam bir tazminat yükümlülüğü değil; daha ziyade tarafların menfaatlerinin karşılaştırılması sonucunda makul bir tazminatın belirlenmesi söz konusu olmaktadır. Ancak kuşkusuz bu durum, kullanmama nedeniyle cayma hakkından çok daha ağır bir tazminat düzenlemesi gerektirmektedir.[189]

UrhG uyarınca, cayma hakkından önceden feragat edilmesi ve bu hakkın kullanımının men edilmesi caiz değildir. (UrhG § 42/II)

UrhG § 42/V'in § 41'e yaptığı atıf nedeniyle, burada da cayma hakkının kullanılması ile beraber kullanma hakkı sona erer. Ayrıca hak sahiplerinin hak ve taleplerine ilişkin diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklıdır. (UrhG § 42/V).

[189] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting,** § 42, Rn. 16.

Eser sahibinin kişisel menfaatlerine hizmet eden kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı, eser sahibinin manevi haklarının bir ifadesidir.[190] Eser sahibinin UrhG § 42'nin yanı sıra eğer somut olayda kendisi için daha avantajlı olacaksa VerlagG ve BGB hükümlerine veya genel olarak sözleşmenin haklı sebeplerle feshi kurumuna başvurmasına Alman hukuku bakımından bir engel bulunmamaktadır. Zira hak sahiplerinin hak ve taleplerine ilişkin diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklıdır. İşte, UrhG § 42/V ile ifade edilmek istenen durum budur. [191]

Eser sahibi, menfaatlerinin UrhG § 42'de yer alan cayma hakkı hükümleri uyarınca korunacağı düşüncesindeyse kanaatlerinde bir değişim olduğunu kanıtlamak zorundadır. Bu noktada ispat külfeti, eser sahibindedir. UrhG § 42 anlamında bir cayma hakkı ancak eser sahibinin menfaatlerinin kullanım hakkı sahibinin mali menfaatlerine ağır bastığı durumlarda [192] söz konusu olabilecektir. [193]

Eser sahibi kanaat değişimi nedeniyle cayma iradesini açıkladığında ve kullanım hakkı sahibinin zararlarını makul bir şekilde tazmin ettiği anda caymanın tüm etkileri ortaya çıkar. Cayma hakkının geçerli olması ile beraber, kullanım hakkı otomatik olarak son bulur. Ancak kullanım hakkının eski sahibine geri dönmesi sadece ileriye etkili –*ex nunc*- sonuçlar doğurur.

UrhG § 42/III'te yer alan tazminat hükmü, kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının neden kulanmama nedeniyle cayma hakkından daha az uygulanan bir hüküm

[190] UrhG § 42 hükmü, eser sahibi ile eseri arasındaki ayrılmaz ilişkiyi nitelendiren, eserin eser sahibinin kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulayan ve UrhG'nin öncelikli amacının eser sahibinin korunması olduğununun altına çizen düzenlemelerden birisidir (**Hirsch**, wegen gewandelter Überzeugung, s. 360-361).
[191]**Metzger**, Rechtsgeschäfte über das Droit moral, s. 14.
[192] Menfaatlerin karşılaştırılması kapsamında eser sahibinin değişen kanaatlerinin tarza ilişkin veya politik veya teknik veya bilimsel olup olmadığı veya bu değişimin eser sahibinin dünyaya bakış açısına yönelik konuları ilgilendirip ilgilendirmediği göz önünde bulundurulabilir (**Metzger**, Rechtsgeschäfte über das Droit moral, s. 15, dipn. 75).
[193] **Metzger**, Rechtsgeschäfte über das Droit moral, s. 15.

olduğunu açıklamaktadır. [194] Esasen UrhG § 42 ile ilgili davalar tam da bu yüzden son derece azdır.[195] Bu açıdan kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkını bir manevi hak olarak kabul eden Fransız hukukunda dahi bu hakkın "*nadir olarak kullanıldığı*", hukuk sistemlerinde kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı düzenlemelerine yer vermenin son derece "*önemli ancak bir o kadar da teorik olduğu*" ve hatta bazen daha da ileri gidilerek bu hakkın "*teorisyenlerin bir fantezisinden*" ibaret olduğu görüşleri ortaya atılmıştır.[196]

Görüşümüz

Kural olarak eser sahibi eseri üzerinden bir başkasına kullanma hakkı temin ettiğinde, eserinin değerlendirilmesi (yani örneğin çoğaltılması ve yayımı) konusunda bir menfaati bulunmaktadır. Ancak eserinin çoğaltılması ve yayımının artık eser sahibinin ihtiyaçlarına cevap vermediği durumlarda, eserin kamuya arzını yasaklanmak istenmesi gündeme gelebilir. Örneğin bilimdeki yeni gelişmeler nedeniyle eserdeki görüşlerin artık tamamen aşılmış olması ve eserinin yayımına devam edilmesinin artık eser sahibinden beklenemeyeceği durumlar böyledir. [197]

Hukuk sistemlerinde kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı düzenlemesinin kabul edilmesinin temelinde, herkesin kendi fikrinden sorumlu olması gerektiği;

[194] Alman hukukunda kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı dendiği zaman akla gelen enteresan davalardan bir tanesi, davacının doktora tezindeki kanaatlerinin değişmesi nedeniyle tezinin yayımını durdurmak istemesine ilişkin açtığı davadır. Söz konusu olayda davacı, doktora tezini bilimsel bir tarzda yazmadığı, tezin metodolojik olarak hatalı olduğu, konu ile ilgili literatürün tam anlamıyla dikkate alınmadığı, doktora tezindeki bilimsel tartışmanın çöktüğü ve bu tez nedeniyle itibarının zarar görebileceği iddiasıyla, UrhG md. 42 kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına dayanan bir dava açmıştır. Mahkeme, davacının kanaat değişikliği nedeniyle cayma talebini kabul ederek davalının kendisinde olan asıl tez nüshasını geri vermesine ve yeni basımlardan imtina etmesine hükmetmiştir. Ancak bu karar sonradan bir üst derece mahkemesi tarafından 01.12.1999 tarihli ve 13 U 69/99 sayılı karar ile bozulmuştur. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi ve üst derece mahkemesinin bozma kararının gerekçesi için bkz. OLG Celle, 01.12.1999, A. 13 U 69/99, http://www.bibliotheksurteile.de/?p=2471 (14.11.2013).

[195] **Thomas Dreier/Gernot Schulze**, Urheberrechtsgesetz, 5. Auf., München 2015, § 42, Rn. 3.

[196] **Rigamonti**, s. 363, dipn. 62.

[197] **Hirsch**, wegen gewandelter Überzeugung, s. 352; **Dreier/Schulze**, § 42, Rn. 1.

ancak yine de fikrini geri alabileceği ve bunun için mazeret sunabileceği düşüncesi yer almaktadır: *errare humanum est* (hata insanîdir).[198]

Antropolojik olarak doğumdan ölüme kadar cismani ve ruhsal-düşünsel bir varlık olarak nitelendirilen insan, sürekli bir değişim ve dönüşüm süreci içerisinde olduğundan, bireyin politik kanaatleri, sanatsal duyguları, bilimsel yönelimleri, estetiksel ilkeleri ve dini fikirlerindeki değişim ve farklılaşmalar insan doğasından kaynaklanmaktadır.[199] Bireyin bu değişim ve dönüşüm sürecinin toplum tarafından kabul edilip edilmeyeceğine veya hukukun bunu teşvik edici veya engelleyici bir şekilde düzenlenip düzenlenmeyeceğine ilişkin karar, zamana ve mekâna bağlı olarak değişen, tamamen ahlaki bir değer yargısına dayanmaktadır. *Nipperday'*e göre anayasalar, toplu yaşamın bir aynasıdır. Bu açıdan toplumda ağırlıklı olan fikri akımların ve topluma hâkim olan ilişkilerin anayasaların yorumunda göz önünde bulundurulması gerekir. Anayasa tarafından koruma altına alınan değer yargısı, kamusal alanda insanı sadece hayvani bir varlık olarak değil; her şeyden önce kişiliği, şahsi sorumluluğu ve özgür iradesi olan bir canlı olarak algılamaktadır. Bu çerçevede her bireyin kişiliğini özgürce geliştirme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu gelişim kişinin kanaatlerinin şu veya bu biçimde sıklıkla değişim ve dönüşüm geçireceği gerçeği olmaksızın düşünülemez. Anayasalarda koruma altına alınan bireylerin kendi kişiliklerini özgürce geliştirme hakları, kişilerdeki kanaat değişimlerinin ve buna dayanan taleplerin başkalarının haklarını ihlal etmemesi ve yasalarda koruma altına alınan kurallara aykırı olmaması koşuluyla tüm kamusal otoritelerce korunması ve saygı duyulması ile garanti altına alınabilir. Bu sebeple eser sahibine, değişen

[198] **Hirsch**, , wegen gewandelter Überzeugung, s. 356.
[199] **Dreier/Schulze**, § 42, Rn. 16.

kanaatleri nedeniyle bir cayma hakkı tanınması, her şeyden önce anayasalarda kabul edilen temel değer yargısına uyumludur. [200]

Bunun karşısında yer alan görüş, bir diğer ifadeyle kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına karşı çıkan görüş, sözleşmelerin sonradan tek taraflı olarak sona erdirilebilmesi noktasında fikir yürütürken her somut olayda asıl kuralın ahde vefa ilkesi olduğu ve sözleşmelerin ortadan kaldırılmasının veya değiştirilmesinin ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olabilmesi kuralının hâlâ sözleşmeler hukukunda geçerli olan temel kuralı oluşturduğu noktasından hareket etmektedir. Aslında bugün gelinen noktada sözleşmelerin farklı gerekçelerle sonradan tek taraflı olarak sona erdirilmesi bakımından farklı hukuk alanlarında birçok düzenleme yapıldığı ve bu düzenlemelerin hepsinin de ahde vefa ilkesine aykırı olmadığı bilinmektedir. Örneğin tüketicilerin belirli süreler içerisinde hiçbir gerekçe göstermeksizin satın aldıkları malları geri vermelerine ilişkin tüketici yasalarında kabul edilen geri alma hakkında da tüketiciler sözleşmeleri tek taraflı olarak sona erdirebilmektedirler. Tüketici hukuku bakımından geri alma hakkının kullanılması ahde vefa ilkesinin ihlal edilmesinden ziyade; zayıfın korunması ilkesi nedeniyle söz konusu ilkenin yumuşatılması durumudur ve bu durum ahde vefa ilkesine aykırılık teşkil etmez. Ahde vefa ilkesi, yalnızca zayıfın korunması değil; kamu yararı veya kamu düzeni gerekleri söz konusu olduğunda da yumuşatılabilir ve bu durum söz konusu ilkeye bir aykırılık oluşturmaz. Buna karşılık eser sahibinin mali haklarına ilişkin olarak üçüncü kişilerle girdiği sözleşmelerde fikirlerinin ve kanaatlerinin sonradan değişmesi ve artık eserinde savunduğu düşünceleri savunmuyor olmasının sözleşmenin tek taraflı olarak sona ermesine vücut vermesinde kamu yararı, kamu düzeni gerekleri veya zayıfın korunması düşüncesinin ne ölçüde var olduğu tartışmalıdır. Dahası artık bir

[200] **Hirsch**, wegen gewandelter Überzeugung, s. 362-363.

kere sahibinden çıktıktan sonra bilim ve fikir dünyasında bağımsız bir fikir olarak yer bulan ve her ne kadar sonradan eleştirilse veya yanlışlansa dahi bilgi birikimine katkıda bulunan her kanaat ve düşünce artık sahibinden bağımsız olarak kültürel ve bilimsel mirasta kendisine bir yer bulmuş olmaktadır. Eğer eser sahibi açısından bu düşüncenin savunulmaya devam edilmesi mümkün değilse eser sahibi her zaman yeni bir eser ile bu fikirden cayabilme imkânına sahip olmaktadır. Bu açıdan bir önceki fikirlere tezat oluşturan her bir eser, zaten sahibinin bir önceki eserinin bir öz eleştirisi niteliğindedir. Bu nedenle, genel kural olan ahde vefa ilkesini yumuşatmaya veya eser sahibinin basitçe artık farklı görüşte olduğuna ilişkin yeni bir eser yaratması imkânı varken sözleşmeyi sona erdirmesine gerek yoktur denilebilir. Dahası cayma hakkının ne kadar yararlı olacağı pratik açıdan da tartışmalıdır. Bir düşünce bir kere açıklandıktan, yayımlandıktan ve hatta başkaları tarafından atıf alıp eleştirildikten sonra artık bu düşüncenin fikir dünyasından silinmesi mümkün değildir. Aynı şekilde eser sahibi, hakkını devrettiği kişi ile arasındaki sözleşmeyi ileriye etkili bir biçimde sona erdirse dahi o eserin üçüncü kişilerin elindeki tüm kopyalarının ortadan kaldırılması olanaksızdır. Bu sebeple kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı düzenlemesine yer veren hukuk sistemlerinde dahi bu hakkı pratik bir araçtan ziyade teorik bir sorun olarak gören düşünceler son derece haklı bir noktaya işaret etmektedir. Anılan bu gerekçelerle, hukuk sistemlerinde eser sahibine bu yönde bir cayma hakkı düzenlemesi bahşetmenin isabetli olmadığı savunusu da son derece tutarlı gözükmektedir.

Türk hukukunda kanaatlerini değiştiren eser sahibine UrhG § 42'deki düzenlemeye paralel yeni bir cayma imkânı önerip önermeme noktasında görüş bildirmeden önce, Türk hukukundaki mevcut düzenlemelerin neden kanaat değişikliği

nedeniyle cayma durumunda uygulanamayacağına öncelikle bakmak gerektiği kanısındayız.

Örneğin, eser sahibinin kanaatlerinin değişmesi nedeniyle ona bir cayma hakkı tanınması yerine acaba bu durumu **esaslı bir saik yanılması** gibi değerlendirip eser sahibine sözleşmeyi sona erdirme imkânı vermek bir çözüm olabilir mi?

Kural olarak saikte yanılma halleri esaslı bir yanılma hali sayılmadığından sözleşmeyi iptal kabiliyeti vermemektedir. Bununla birlikte eğer yanılan kişi bu yanılmayı sözleşmenin temeli saymaktaysa ve bu durum iş ilişkilerinde geçerli olan dürüstlük kurallarına uygun ve karşı tarafça da bilinebilir nitelikte ise yanılan kişinin irade bozukluğu haline dayanıp sözleşmeyi sona erdirmesi söz konusu olabilir (TBK md. 32). Ancak eser sahibinin kanaatlerinin sonradan değişmesi bir saik yanılmasına vücut vermez. Zira saik yanılması sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi ile kast edilen, öncelikle yanılanın sözleşmenin kurulma aşamasında bir yanılgıya düşmüş olmasıdır.[201] Oysa eser sahibi, kanaat değişikliği nedeniyle caymada sözleşmenin kurulması aşamasında daha iradesi oluşurken bir yanılgıya düşmemekte; sadece önceden sahip olduğu politik, dini veya bilimsel fikirler sonradan zaman içerisinde değişmektedir.

Bu konuda düşünülebilecek bir diğer olasılık, **sözleşmenin uyarlanması** ilkesine başvurulup vurulamayacağıdır. Zira TBK md. 138 ile beraber sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması veya sözleşmeden dönme imkânları artık eskiden olduğu gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 2'deki genel ilkelerden hareketle dürüstlük kurallarına göre çözüme kavuşturulmamakta ve 6098 sayılı TBK ile ayrıca düzenlenmektedir. TBK md. 138 uyarınca "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan*

[201] **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 201-202.

kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır." Bu açıdan kanaatleri değişen eser sahibine FSEK ile yeni bir cayma hakkı öngörmek yerine, eser sahibinin TBK md. 138 uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması talebinde bulunması; yani aslında burada söz konusu olduğu biçimiyle böyle bir uyarlama mümkün olmadığı için sözleşmeden dönme ve hatta daha da doğrusu sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler söz konusu olduğu için sözleşmenin feshedilmesi hakkını kullanması mümkün olabilir mi?

Bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Şöyle ki; sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnalarından biri olan işlem temelinin çökmesi ile bağlantılı olan bu düzenlemenin uygulanabilmesi için maddede öngörülen şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Uyarlama veya dönme/fesih talebi için öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafların önceden tahmin etmesi, öngörmesi ve göz önünde bulundurması mümkün olmayan "olağanüstü" olayların meydana gelmesi gerekmektedir. [202] Ancak bir kimsenin sonradan kanaatlerinin ve fikirlerinin değişmesi doğumdan ölüme kadar sürekli bir değişim ve dönüşüm süreci içerisinde olan insanın doğası gereği öngörülemez bir durum oluşturmadığı gibi, olağanüstü olarak da nitelendirilemez. İkinci olarak, değişen bu durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple meydana gelmiş olmalıdır. Ancak bu koşul da kanaat değişimi nedeniyle cayma durumuna

[202] **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 270-271.

uygun düşmemektedir. Şöyle ki; karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olması bakımından aynı zamanda borçlu olarak nitelendirilen eser sahibinin belki kanaatlerini değiştirmesinde kusuru yoktur; fakat yine de bu durum eser sahibinden kaynaklanan bir sebep olarak var olmaktadır. Üçüncü ve son olarak da TBK md. 138 uyarınca sözleşmelerin yeni koşullara uyarlanması veya bu mümkün değilse dönme/fesih durumunun söz konusu olabilmesi için borçlunun henüz edimini ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak etmiş olması gerekmektedir; zira borçlu yine de edimini yerine getirmişse bu olaylar edimin ifasını güçleştirmemiş demektir. Kuşkusuz bu koşulun da eser sahibi ile üçüncü kişi arasındaki fikri haklara ilişkin sözleşmelerde eser sahibinin sonradan kanaatlerini değiştirmesi nedeniyle artık sözleşme ile bağlı kalmak istememesi durumuyla bir alakası yoktur. Zaten kanunkoyucuyu UrhG § 42 düzenlemesini kabul etmeye iten olaydaki asıl sorun, eserin zaten hâlihazırda yayımlanmış olması durumunda ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda eser sahibine UrhG § 42'ye benzer bir düzenleme öngörülmesinin gerekip gerekmediği noktasında incelenmesi gereken son düzenleme, FSEK md. 14/III'te yer alan, **eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen yayımları men etme** hakkıdır. FSEK md. 14, eser sahibinin manevi haklarından umuma arz yetkisini düzenlemektedir. FSEK md. 14/III uyarıca *"(Değişik son fıkra: 4630 - 21.2.2001 / m.8) Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır*."

FSEK md. 14/III, "*eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı*" demektedir. Eserin umuma arz edilmesi, eserin alenileşmesini ifade etmektedir. Yayımlanma ise eserin aslından çoğaltılmış nühaların satılması, dağıtılması vb. şekillerde ticaret mevkine konulması anlamına gelmektedir (FSEK md. 7/II). Yayımlama, nitelikli bir alenileşme halidir. Ancak alenileşmenin tek yolu yayımlama değildir. Burada yayımlama ile kastedilen yayma hakkıdır. [203]

Eserin umuma arzınının tarzını ve zamanını belirleme yetkisi münhasran eser sahibine aittir. Ancak eser sahibi bir sözleşme ile bu yetkisini bir başkasına devredebilir. Kuşkusuz eser bizzat eser sahibi tarafından yayımlanmaktaysa FSEK md. 14/III bakımından zaten bir sorun yoktur. Eserinin umuma arz edilmesinin şeref ve itibarını zedeleyip zedelemeyeceğine eser sahibi kendisi karar verecektir. Sorun, eser sahibinin eserinin umuma arz edilmesi yetkisini yayım veya temsil hakkının devredilmesinde olduğu gibi dolaylı olarak bir başkasına vermesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Devralan, eseri umuma arz edereken veya yayımlarken eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemekteyse, eser sahibi eserin tanıtılmasını veya yayımlanmasını men edebilir. Eser sahibi gerekli olması halinde, devrettiği yetkiyi geri alması nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararları da tazmin eder.

FSEK md. 14/III ile UrhG § 42 arasındaki benzerlikler daha ilk bakışta göze çarpmaktadır. Bir kere hem UrhG § 42'de hem de FSEK md. 14/III'te eser sahibinin vermiş olduğu bir yetkiyi tek taraflı bir irade beyanıyla sona erdirmesi durumu söz konusudur. Dahası eser sahibi bunu yaparken karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır. Bunun yanı sıra eser sahibinin hem UrhG § 42'de yer alan hakkından hem de FSEK md. 14/III'te yer alan hakkından önceden vazgeçmesi mümkün değildir. Asıl önemlisi, her iki hüküm de ciddi manevi

[203] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 219; 361-362.

sebeplerin varlığı halinde kullanılmaya elverişlidir. Nitekim bazı yazarlar [204] FSEK md. 14/III'ün UrhG § 42'yi karşıladığını düşünmektedirler. Oysa FSEK md. 14/III ile UrhG § 42 farklı amaçlarla kaleme alınmış hükümlerdir.

Şöyle ki; UrhG § 42'nin mantığı, doğumdan ölüme kadar cismani ve ruhsal-düşünsel bir varlık olarak nitelendirilen ve sürekli bir değişim ve dönüşüm süreci içerisinde olan insanın kişisel duygu-düşünce ve kanaat değişimlerinin kişinin kendisini geliştirme özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmesidir. Bu açıdan UrhG § 42'in uygulanıp uygulanmayacağının tespiti bakımından eser sahibinin kişisel algısı gerekli olan tek kriterdir. Eser sahibinin kanaat değişikliği nedeniyle cayması için politik kanaatlerinde, sanatsal duygularında, bilimsel yönelimlerinde, estetiksel ilkeleri ve dini fikirlerinde sonradan bazı değişim ve farklılaşmalar olması ve artık eserinin bu haliyle yayımlanmasının kendisinden beklenememesi gerekli ve yeterlidir; ancak bu durumun mutlaka şeref ve itibarını zedelediğine inanması gerekmez. Elbette UrhG § 42 bakımından eser sahibinin caymasının nedeni artık eserinin kendisini yansıtmaması ve eserini bu haliyle değerlendirmeye devam etmesinin kendisinden beklenememesidir. Bu açıdan bir kimsenin kendisini yansıtmayan bir eserle anılmaya devam etmesi aynı zamanda onun için iyi bir itibar yaratmamaktadır denebilirse bile bu durumun mutlaka kişinin şerefini zedelemesi boyutuna varması da gerekli değildir. Kaldı ki kanaat değişimi nedeniyle cayma hakkı bakımından şeref ve itibarın zedenlmesi gibi ek koşulların aranması söz konusu değildir.

Öte yandan, FSEK md. 14/III'te eser sahibini eserin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını men etme olgusuna götüren sebepler eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek "objektif" sebepler olmalıdır. [205] Bu açıdan eser sahibinin kişisel duygu,

[204] **Ayiter**, s. 219; **Canan Yılmaz**, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'na göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 294, (yayımlanmamış doktora tezi). Açıkça zikretmese de verdiği örnek bağlamında **Erel**, s. 138.
[205] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 300.

düşünce ve kanaatlerini yeterli görmeyen FSEK md. 14/III, tamamen sübjektif sebeplerle artık kişisel duygu, düşünce ve kanaatleri ile uyumlu olmayan eserinin bu haliyle umuma arz ediliyor olmasına katlanması kendisinden beklenmeyen eser sahibinin UrhG § 42'de düzenlenen durumu ile tamamen zıttır. Zaten şeref ve itibarın ne zaman zedelenmiş olacağına yönelik kişisel gerekçelerle yetinmeyip FSEK md. 14/III'teki gibi objektif sebepler aramak UrhG § 42'nin *ratio legisine* de aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla eser sahibinin şahsi duyguları, düşünceleri ve kanaatleri ile ilgili olmayan ve objektif sebepler gerektiren FSEK md. 14/III ile eser sahibinin tamamen kişisel kanaat değişimlerine dayanan UrhG § 42 arasında anılan benzerliklere rağmen çok önemli farklılıklar da bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, eser yayımlandıktan sonra eser sahibinin kanaatlerinin değişmesi ve artık eserinde ileri sürdüğü kanaatler ile şimdiki kanaatleri uyumlu olmadığından eserini bu şekilde değerlendirmeye devam etmesinin kendisinden beklenememesi halinde Türk hukukunda uygulanabilecek doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde FSEK md. 14/III hükmünün kıyasen uygulanması önerisi mevcut olsa da kanımızca UrhG § 42 farklı gerekçelerle konulmuş bir hükümdür. Bu yönüyle de FSEK md. 14/III'ün söz konusu olabileceği durumları içine alan; ancak FSEK md. 14/III'ü kapsam itibariyle oldukça aşan bir yönü vardır. Hal böyle olunca § UrhG 42'nin yokluğunda uygulanabilecek doğrudan bir hükmün Türk hukukunda mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak eser sahibi ile devralan kişi arasındaki sözleşmenin eğer koşulları varsa haklı sebeple fesih aracılığıyla sona erdirilebilmesi imkânı kuşkusuz her zaman bulunmaktadır. Bununla birlikte, AB hukukunda birçok örneği olan kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkına ilişkin yeni bir hükmün, Türk hukukunda da tesis edilmesi pekâlâ mümkündür. Ancak bu yönde yeni bir hüküm tesis edilmek istenseydi bile bu hükmün daha ziyade teorik bir anlama

sahip olacağı; zira AB hukukunun uyumlulaştırılması çabaları bakımından dahi eser sahibinin kanaat değişimi sebebiyle cayma hakkına yönelik düzenlemelerin sadece teorik düzeyde itibar gördüğüne yönelik çekinceleri burada yeniden hatırlatmak isteriz.

c) İşletmenin Devri Nedeniyle Cayma Hakkı (*Rückrufsrecht bei Unternehmensveräußerungen*)

22 Mart 2002 tarihli Eser Sahiplerinin ve İcracı Sanatçıların Sözleşmesel Konumlarını Kuvvetlendirmeye Dair Kanun ile [206] 1 Temmuz 2002'den itibaren UrhG § 34'e işletmenin devri halinde eser sahibinin kullanma hakkından cayabilmesine dair bir hüküm eklenmiştir.[207] UrhG § 34'ün kabulünden önce ise bu gibi durumlarda eser sahibine bir geri alma hakkı tanınmakta veya sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı nedenlerle feshi kurumuna başvurulmaktaydı. Ancak bu iki çözüm de söz konusu durum bakımından doğrudan bir etkiye sahip değildi ve doktrinde çokça eleştirilmekteydi. UrhG § 34 ile eser sahibine tanınan cayma hakkı, devredilen kullanma hakkının etkilerini sona erdirmek için oluşturulmuş bir hukuki çare olarak her şeyden önce eser sahibinin manevi haklarını, ancak aynı zamanda da mali haklarını korumaktadır. Cayma hakkı düzenlemesi, eser sahibine tanınan ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerinin haklı sebeplerle sona erdirilmesi imkanı ile işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeyi sona erdirme imkanına göre öncelikli olan özel bir düzenleme olarak kabul edilmektedir.[208] Ancak yine de 2002 yılında UrhG § 34'e eklenen işletmenin devri nedeniyle cayma hakkı kurumu, o zamana kadar zaten kabul gören fikri haklara ilişkin sözleşmelerden haklı sebeplerle

[206] Bkz. *Gesetz zur Starkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22. Marz 2002,* BT-DruckS. 14/8058, http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/080/1408058.pdf (16.12.2013).
[207] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pfeil**, s. 89 vd.
[208] **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 23-24; **Dreier/Schulze**, § 34, Rn. 37.

feshi imkânının yasal olarak güvence altına alınması olarak görülmekte ve bu husus 2002 tarihli kanunun gerekçesinde belirtilmektedir. [209]

UrhG § 34 uyarınca kullanma hakkı ancak eser sahibinin rızasıyla devredilebilir. Ancak bir işletmenin tamamen veya kısmen bir başkasına devredilmesi durumunda kullanma hakkı eser sahibinin rızasına ihtiyaç olmaksızın işletmeyi devralan kişiye geçer. İşletmelerin devrinde eser sahibinin rızasına ihtiyaç duyulmaması büyük işletmelerin pratik ihtiyaçlarına da uygundur. Bu hüküm nedeniyle örneğin yüzlerce yazarla sözleşme imzalayan bir yayınevinin devri söz konusu olduğunda her bir yazarın onayının alınması gerekmemektedir. [210]

Bir işletmenin devredilmesi durumunda daha önceden devredilen mali hakları kullanma yetkisi eser sahibinin rızası aranmaksızın işletmeyi devralana geçer. Buna karşılık kullanım hakkının işletmeyi devralan kişi tarafından kullanılması doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince eser sahibinden beklenemez ise eser sahibi kullanma hakkından cayabilir. Aynı durum kullanma hakkı sahibinin işletmesi ile ilgili olarak pay sahipliği ilişkilerinin önemli ölçüde değişmesi halinde de söz konusu olur. (UrhG § 34)

Beklenemez durumlara örnek olarak, işletmeyi devralan kişinin kullanma hakkı sahibi için öngörülmüş olan yan borçlara uymaması; işletmenin devri nedeniyle işletmenin bakış açısının, politik veya ticari yöneliminin temel bir biçimde değişmesi [211] veya işletmenin devri sonucunda koşulların kötüleşmesinin eserin

---

[209] **Christian Berger**, "*Der Rückruf urheberrechtlicher Nutzungsrechte bei Unternehmenveräußerungen nach § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG*", Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 227; **Erich Schulze/Ernst Joachim Mestmäcker**, Kommentar zum Deutschen Urheberrecht, Band 1.1., 49 Auf., 2009, § 34, Rn. 42.

[210] **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 17.

[211] Genel olarak cayma hakkının kullanılabilmesi için bu kadar aşırı sebepler aranmasa da Alman hukuku bakımından anlaşılabilir bir örnek olarak nasyonel-sosyalist bir yayımcının sol görüşlü bir gazeteyi veya yayınevini satın alması örnek olarak gösterilmektedir (**Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 25).

değerlendirilmesini olumsuz yönde etkileyeceğinden endişe duyulması gösterilebilir.[212]

UrhG § 34'te bahsedilen işletmeler, yayınevleri, tiyatrolar, reklam şirketleri, üniversiteler vs. gibi hangi hukuki yapıda ortaya çıkmış ve faaliyet gösteriyor olursa olsun tek kişinin sahip olduğu işletmeler veya BGB uyarınca kurulmuş büyük şirketlerden oluşabilir. Aynı şekilde bu işletmelerin tamamen ticari, sanatsal veya endüstriyel vb. herhangi bir faaliyete yönelmiş olması da bir fark yaratmaz. UrhG § 34 bakımından söz konusu olan devir,[213] işletmenin tamamına değil; sadece bir kısmına ilişkin de olabilmektedir.[214] Yine de bu maddede yer alan işletmelerin devri kavramında belirleyici unsurun, işletmelerin resmi tüzel kişiliğindeki veya sadece kullanma hakkını devralacak kişinin şahsındaki değişimden ziyade; işletmesel ilişkilerdeki ve işletmelerin yapısındaki değişimler olduğu vurgulanmaktadır.[215]

UrhG § 34'te öngörülen cayma hakkı, UrhG § 41'de veya FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkının aksine herhangi bir şekle tabi değildir ve bu hakkın kullanılabilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir.[216] Ancak doktrinde eser sahibinin bu hakkı her somut olaya göre ayrı bir şekilde tespit edilmesi gereken makul bir süre içerisinde ileri sürebileceği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bu sürenin tespiti bakımından UrhG § 34'ün kabulünden önce uygulama alanı bulan işletmenin devri nedeniyle sözleşmenin haklı sebeplerle feshi için doktrinde ortaya atılan görüşlerden yararlanma imkânı bulunmakla beraber sürenin, önemli sebeplerin

[212] **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 25; **Schulze/Mestmäcker**, § 34, Rn. 51.
[213] UrhG § 34 anlamında işletmenin devrinden, alıcının işletmenin hisselerini satın aldığı, değişen mülkiyet ilişkisine uygun olarak işletmenin faaliyetlerine devam ettiği ve kâra, haklara ve borçlara ilişkin tüm risklerin alıcı tarafından üstlenildiği **share-deal** ile alıcının hisseleri veya tüzel bir kişilik olarak tüm işletmeyi satın almadığı, sadece bazı münferit malvarlığı değerlerinin satın alındığı **asset-deal** anlaşılmaktadır (**Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 20; **Schulze/Mestmäcker**, § 34, Rn. 45).
[214] **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 18-19; **Berger**, s. 227-228; **Pfeil**, s. 96; **Schulze/Mestmäcker**, § 34, Rn. 43.
[215] **Berger**, s. 233. **Schulze/Mestmäcker**, § 34, Rn. 43.
[216] **Schulze/Mestmäcker**, § 34, Rn. 54.

varlığının ve işletmeyi satın alan kişilerin kimliğinin öğrenilmesi ile başladığı kabul edilmektedir.[217]

Kullanma hakkı sahiplerine veya hakkı iktisap edenlere varması ile etkilerini gösteren ve tek taraflı irade açıklaması olarak kabul edilen cayma hakkının kullanılması ile sözleşme ileriye etkili olarak –*ex nunc*- sona erer ve kullanma hakkı eser sahibine geri döner. [218] UrhG § 34, UrhG § 41, 42 ve FSEK md. 58'den farklı olarak cayma hakkının kullanılabilmesi bakımından eser sahibine herhangi bir tazminat yükümlülüğü öngörmemiştir. [219]

İşletmenin devri nedeniyle cayma hakkının söz konusu olabilmesi için kullanım hakkının işletmeyi devralan kişi tarafından kullanılması doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince eser sahibinden beklenemez olmalıdır. Doğruluk ve dürüstlük kuralları uyarınca hangi durumların beklenemez olduğunun tespiti için eser sahibinin eserinin değerlendirilmesindeki mali ve manevi menfaatleri ile devralan kişinin menfaatlerinin karşılaştırılması gerekmektedir. Menfaatlerin karşılaştırılmasında BGB § 314'te yer alan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı sebeplerle feshi bakımından bazı ek koşullar öngörülmüş olsa da UrhG § 34 söz konusu olduğunda devralanın menfaatlerinin göreceli olarak daha önemsiz göründüğü kabul edilmektedir.[220] Sonuç olarak UrhG § 34'ün kabulü ile 1 Temmuz 2002'den itibaren eser sahibine, sözleşmeyi sona erdirebilmesi için sözleşmenin haklı sebeplerle feshinden çok daha kolay bir imkân sunulmuştur denebilir.

---

[217] **Pfeil**, s. 130-132; **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 24.
Bazı yazarlarca bu süre, hizmet sözleşmelerine ilişkin BGB § 613a/6 hükmüne kıyasen bir ay olarak tespit edilmelidir. Bkz. **Berger,** s. 231-232; **Tina Steinke**, Die Verwirkung im Immaterialgüterrecht, Göttingen 2006, s. 132, dipn. 667.
[218] **Berger**, s. 232.
[219] Götürü bir ücret kararlaştırılmışsa işletmenin devri nedeniyle cayma hakkının kullanılması halinde eser sahibinin götürü ücreti tamamen kendisinde tutabileceği ve bunu geri vermek zorunda olmadığı; zira götürü ücrete ilişkin risklerin kullanma hakkı sahibine ait olduğu yönünde bkz. **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 24.
[220] **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 34, Rn. 25; **Berger**, s. 230.

Görüşümüz

İşletmelerin devralınması durumunda eser sahibine tanınacak cayma hakkı düzenlemesine ilişkin bir yorum yapılabilmesi için öncelikle işletmelerin devralınması veya işletmelerin birleşmesi halinde eser sahibi ile o işletme arasında geçerli olan fikri haklara ilişkin sözleşmelerin durumunun Türk hukuku uyarınca ne olacağının tespit edilmesi gerekir.

Eser sahibi mali haklarını veya mali haklarını kullanma yetkisini bir sözleşme ile bir işletmeye, örneğin bir yayınevine devretmiş ancak bu sözleşme yürürlükte iken yayınevi bir başka yayınevi tarafından devralınmışsa; bu durumda eser sahibi ile haklarını devrettiği yayınevi arasındaki sözleşmenin akıbeti ne olacaktır?

6102 sayılı ve 2011 tarihli Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 11 uyarınca ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmeler olarak tanımlanmıştır. 6102 sayılı TTK md. 11'de düzenlenen bütünlük ilkesi gereğince, bu madde kapsamında ticari işletme olarak kabul edilen işletmelerin içerdikleri malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu olan tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın, işletmelerin bir bütün hâlinde devredilebileceği düzenlemektedir. Devir sözleşmesinin, aksi öngörülmedikçe, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul edilmektedir. Buna göre, işletmelerin maddi unsurları ile fikri mülkiyet hakları gibi gayri maddi unsurları bir bütün olarak devredilebilmektedir. Burada anılan fikri mülkiyet hakları patent, marka vs. gibi işletmeye ait ve işletmenin faaliyetlerini yürütmesi için devamlı surette o işletmeye özgülenen fikri mülkiyet haklarıdır. Bu durum, yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı eski TTK md. 11 'de "*Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve*

diğer adlar, ihtira beratı ve marklar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır." hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Ancak gerek o zaman gerekse de şimdiki TTK döneminde işletmenin bütünlüğü ilkesi gereğince, aksi öngörülmemişse, bir bütün halinde devredilecek olan malvarlığı değerleri sadece örnekleme yoluyla sayılmaktadır. Bu açıdan maddede yer almayan değerlerin de işletme ile beraber devredilebileceği kabul edilmektedir.

Bu durumda yukarıdaki soru şu şekilde yeniden formüle edilebilir: 6102 sayılı TTK md. 11/III'te artık genel bir ifadeyle örneklenmiş olan "*diğer fikri mülkiyet hakları*" ifadesine, eser sahibi ile işletme arasında kurulan lisans veya mali hakların devri sözleşmeleri de dahil midir veya daha genel bir ifadeyle, ticari işletmeler devredilirken ticari işletmelerin faaliyetlerini devam ettirmek bakımından büyük önem taşıyan o zamana kadar kurulmuş sözleşmeler de işletmeyle beraber devredilecek midir?

Bu soruyu sözleşmelerin nisbiliği ilkesi çerçevesinde cevaplayacak olsaydık eser sahibi ile mali hakkı/kullanma yetkisini devralan kişi arasındaki sözleşmenin devredilmesinin, TBK md. 205'te öngörülen sözleşmenin devri kurallarına uygun olacak şekilde, eser sahibinin katılımı veya onayı olmaksızın gerçekleşmesinin mümkün olmadığını söylerdik. Ne var ki ticaret hukukunda geçerli olan işletmelerin bütünlüğü ilkesi işletmelerin ancak bir bütün halinde devredilebileceğini ifade ederken işletmelerin devamını ön plana almıştır. Bu açıdan sözleşmelerin, ticari işletmelerin devrinde son derece büyük önem taşıdığı ve işletme faaliyetlerini devam ettirmeyi arzu eden devralanın bu amacının büyük ölçüde o zamana kadar kurulan

sözleşmeler ile gerçekleşeceği kabul edilmektedir.[221] Bu sözleşmelerden özellikle sürekli borç niteliği taşıyanlar, işletmenin faaliyetlerini devam ettirebilmek adına hayati önem arz etmektedir ve dahası işletmenin devrinde esaslı bir unsur niteliğinde olabilir. Bu açıdan işletmenin devri söz konusu olduğunda bu devre mali hakların devri ve lisans sözleşmeleri de dâhil olmalıdır.[222] Bu durum özellikle eser sahibinin sözleşmeyi işletmeyi devralanla devam ettirmek konusunda bir menfaatinin bulunduğu durumlarda son derece avantajlıdır. Zira işletmeyi devreden kişi artık bu devirden sonra mali haklara ilişkin sözleşmeyi devam ettirmek istemeyebilir ve bu da eserinin gereği gibi değerlendirilmesinin önünde bir engel oluşturabilir. Dahası TBK md. 202 uyarınca bir işletmenin devralınması durumunda iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla beraber müteselsil olarak sorumlu olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla eser sahibi karşısında işletmeyi devralan kadar devreden de mali haklara ilişkin sözleşmeden doğan borçlardan iki yıl müddetle müteselsilen sorumlu olacaktır.[223] Bu durum, rızası dışında gerçekleşen devir işlemine karşı koyamayan alacaklının iradesinin hiçbir biçimde etkili olmadığı böyle bir devir işleminde

[221] İşletmelerin devrinin sadece aktifleri değil aksi öngörülmediği müddetçe pasifleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Zira TBK md. 202 "*bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile devralan*" ifadesinden, devrin kural olarak pasifleri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Fatih Arıcı**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008, s. 75 vd. Buna karşılık *Poroy/Yasaman*, bu durumun aksinin öngörülemeyeceğini; zira aktifin devredilip pasifin devredilmemesinin emredici kurallara aykırılık (TBK md. 202) oluşturduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Reha Poroy/Hamdi Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, B. 15, İstanbul 2015, s. 43. Aktiflerin, pasiflerin güvencesi olduğuna ve yalnızca aktiflerin devredildiği bir sözleşmenin geçersiz olacağına ilişkin ayrıca bkz. **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, B. 20, Ankara 2015, s. 42. Buna karşılık, TTK md. 11'in, TTK ile TMK ve TBK arasındaki uyumu bozduğu ve karmaşık ilişkilere sebebiyet verdiği; bu sebeple Türk özel hukuk sistemindeki hakim ilkelere önemli istisnalar getiren bu hükmün hukukun genel ilkeleri – özellikle nisbilik ilkesi- ve taraf menfaatleri ile bağdaşmadığından yola çıkarak sadece taahhüt işlemleri bakımından uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Halit Aker**, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 110 ve 122.

[222] **Arıcı**, s. 125; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 558; **Erel**, s. 314.
Aynı şekilde yazarlar, FSEK kapsamında koruma altına alınan mali hakların işletmenin malvarlığına dâhil olduğu ve bu hakların doğrudan işletme tarafından devralınan bir esere ilişkin olabileceği görüşündedirler. Bkz. **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, B. 3, İstanbul 2009, s. 153 ve 463.

[223] Devrin koşullarına ilişkin bkz. **Arkan,** Ticari İşletme**,** s. 42 vd.

devredenin yerini yeni bir borçlunun alıyor olmasının isabetli görülmemesi çekincesini de bertaraf etmektedir.

Mali haklara ilişkin sözleşmelerin işletme ile beraber devredilmesi bakımından dikkat edilecek husus, sözleşmede bu durumun aksinin kararlaştırılmamış olmasıdır. FSEK md. 49 uyarınca bir mali hak veya lisans iktisap eden kimse bu mali hakkı veya lisansı ancak eser sahibinin yazılı muvafakati ile devredebilir. [224] Bu açıdan eser sahibi ile işletme arasında mali hakkın veya kullanma yetkisinin bir üçüncü kişiye devri konusunda bir yasak (alt lisans yasağı) söz konusu ise işletme devredilirken bu sözleşme kapsam dışında kalacaktır. Burada eğer bu sözleşmenin devri olmaksızın işletmenin devrinin yapılamayacağı ve devre konu olan unsurlarla işletmenin faaliyetlerine devam edemeyeceği açıkça anlaşılmaktaysa, devrin tamamen geçersiz olacağından bahsedilebilir (TBK md. 27/II).

Devir konusunda bir yasak olmadığı hallerde, işletmelerin devri neticesinde devralana geçen bu sözleşmelere devam etmek artık eser sahibinden beklenemez bir hal alırsa; eser sahibi, eğer koşulları varsa haklı sebeple fesihten yararlanarak sözleşmeleri sona erdirebilir. Ancak eser sahibi sözleşmeyi cayma hakkı kullanarak sona erdiremez; zira Alman hukukundakinin aksine Türk hukukunda eser sahibine bu yönde bir hak tanınmamıştır. Bu açıdan Alman hukuku bakımından söz konusu olan düzenlemeye benzer bir düzenlemeye Türk hukukunda da yer verilmesinin ve böylece işletmenin devri nedeniyle hiç istemediği bir kimseyle sözleşme ilişkisine girmek zorunda bırakılan eser sahibine bu ilişkiyi sona erdirmek yönünde daha özel nitelikli bir imkân olan "işletmenin devri nedeniyle cayma hakkı" tanınmasının son derece

[224] Eser üzerindeki mali hakların ve lisansın eser sahibinin veya mirasçılarının muvafakati alınmaksızın intikal ettiği haller sadece işletmenin devri ile sınırlı değildir. İki ticari işletmenin birleşmesi halinde de bir tarafın malvarlığına dâhil olan mali hakkın, eser sahibinin muvafakati alınmadan devredilmiş olacağı kabul edilmektedir. Aynı yönde bkz. **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 558; **Erel**, s. 314; **Arslanlı**, s. 185.

anlamlı olacağı ve bu yolla eser sahibinin korunması amacına daha iyi ulaşılacağı kanısındayız.

C) Türk Hukukunda FSEK md. 58 Dışında Yer Verilen Diğer Cayma Hakkı Düzenlemeleri

a) Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Cayma Hakkı

Türk hukukunda fikri haklar alanında düzenlenen cayma hakkı düzenlemesi, FSEK md. 58'de oldukça ayrıntılı bir biçimde hüküm altına alınan ve mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin bu hakkından gereği gibi faydalanmadığı durumlar bakımından öngörülmüş olan "kullanmama nedeniyle cayma" hakkı düzenlemesidir. Alman hukukunun aksine, eser yayımlandıktan sonra eser sahibinin eserde yer verdiği fikir ve görüşlerini sonradan değiştirmesi nedeniyle öngörülmüş olan bir "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı" veya işletmelerin devralınması hali için öngörülen "işletmenin devri nedeniyle cayma hakkı" düzenlenmelerine Türk hukukunda yer verilmemiştir. [225]

Cayma hakkına sınai haklar alanında da rastlanmaz. Ne 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (PatKHK) patentler veya faydalı modeller bakımından [226] ne de 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de markalar bakımından FSEK

[225] Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II, § 2, IV, B.

[226] Türk hukukunda patent ve markalar bakımından kullanma zorunluluğu vardır. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname md. 96 uyarınca patent sahibi veya yetkili kıldığı kişi patenti kullanmak zorundadır. Patent sahibi patent lisansı sözleşmesi uyarınca kullanma hakkını bir başkasına devretmiş ve bu kişi bir süre aralıksız bir biçimde haklı bir gerekçe olmaksızın patenti kullanmaktan imtina etmişse, artık patente konu olan buluş üzerinde zorunlu patent lisansı kurulur (Patent KHK md. 99). Zorunlu patent lisansına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Başak Bak**, "İlaçta Zorunlu Patent Lisansı", Ankara Barosu Dergisi, Sa. 3, Ankara 2011.
Alman hukukunda ise Alman Patent Yasası § 140a uyarınca patentli bir buluşun § 9- § 13'teki hükümlere aykırı bir şekilde kullanımı halinde buluşun geri verilmesi söz konusu olabilmektedir. Alman patent hukuku bakımından UrhG § 41 benzeri bir hükmün bulunmasına yönelik doktrinde bazı talepler olsa da; bu konuyu işaret eden bir yargı kararının olmadığına dair bkz. **Julia Miosga**, Die Ansprüche auf Rückruf und Entfernen im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, s. 24.

md. 58 ile özdeş bir cayma hakkı düzenlemesine yer verilmemektedir.[227] Aynı durum 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun ve 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun bakımından da söz konusudur.

b) Diğer Özel Hukuk Alanlarında Cayma Hakkı

aa) Tüketici Hukuku Alanında Cayma Hakkı

Türk hukukunda cayma hakkı dendiğinde akla gelen belki de ilk düzenleme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) yer alan cayma hakkı düzenlemeleridir. Bu hak, taksitle satış sözleşmeleri, tüketici kredisi sözleşmeleri, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler ve devre tatil ile uzun süreli tatil sözleşmeleri bakımından TKHK'da tüketiciler lehine öngörülmüş bir haktır. Tüketiciler, TKHK kapsamına giren bu sözleşmeleri belirli bir süre içerisinde hiçbir gerekçe göstermeden ve cezai şart ödemeden tek taraflı olarak sona erdirmek konusunda bir yetkiye sahiptirler. Bu süre, taksitle satış sözleşmeleri bakımından 7 gün, diğer sözleşmeler bakımından 14 gün olarak belirlenmiştir. (TKHK md. 18, 24, 43, 47, 48 ve 50)

Tüketicilerin sahip olduğu bu hak TKHK'da bir "cayma hakkı" olarak nitelendirilmiş olsa da burada söz konusu olanın bir cayma hakkı değil, bir "geri alma hakkı" (*Widerrufsrecht*) olduğu kabul edilmektedir.[228] Gerçekten de yukarıda [229] geri

[227] Yine de FSEK md. 58 hükmünün kıyas yoluyla patent ve markalara ilişkin sözleşmelere de uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Serozan**, s. 141.

[228] **Othmar Jauernig**, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. A., München 2011, § 355, Rn. 4, s. 477; **Otto Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auf., München 2010, § 355, Rn. 3, s. 565-566; **Rebmann/Säcker/Rixecker**, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. A., München 2003, § 355, Rn. 1, s. 2258; **Aslan,** s. 545; **Özel**, Geri Alma, s. 100; **Yavuz**, s. 758; **Kurt,** s. 46.

alma hakkı ile cayma hakkı kıyaslamasında da ele almış olduğumuz gibi, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan ve birden çok işleve sahip [230] bozucu yenilik doğuran bir hak olan geri alma hakkı, o hukuki ilişkinin veya o durumun niteliği gereği özel olarak korunmaya değer görülen tarafın, korunmaya değer menfaatleri nedeniyle ilişkiyi tek taraflı olarak koparabilmesine hizmet etmektedir. Tüketici hukukunda yer alan geri alma hakkının amacı da tüketici sözleşmelerinde daha zayıf taraf olarak kabul edilen tüketicileri korumak ve onlara bir geri alma hakkı tanıyarak ve kurdukları sözleşmelerin ekonomik anlamını ve değerini yeniden değerlendirmelerine olanak sağlayarak dikkatsiz ve özensiz davranmalarının önüne geçebilmektir. Bu nedenle, geri alma hakkının sözleşmeleri tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi vermesi bakımından ahde vefa ilkesine bir aykırılık teşkil etmediği; bilakis zayıfın korunması mülahazasıyla bu ilkenin yumuşatıldığı ve böylece gerçek sözleşme özgürlüğü ilkesinin sağlandığı kabul edilmektedir. [231]Ancak geri alma hakkı, cayma hakkından farklı olarak, hak sahibinin hiçbir gerekçe göstermeksizin kullanabileceği bir haktır.[232] Aynı zamanda tüketiciler, kanun tarafından kendilerine tanınan bu hakkı kullanmaları durumunda karşı tarafa bir tazminat veya cezai şart ödemek durumunda da değildirler. Tüketiciler, aldıkları ürün ayıpsız ve tamamen çalışır durumda olsa dahi hiçbir cezai şart ve tazminat ödemeksizin ve hiçbir şekil şartı veya neden gerekmeksizin ürünü iade edip ödedikleri bedeli geri isteyebilme ve sözleşmeyi sona erdirebilme hakkına sahiptirler. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken, bu hakkın

---

[229] Bkz. Bölüm I, § 3, V.

[230] Tüketici hukukundaki cayma hakkının "özel bir tür dönme hakkı" işlevine sahip olduğu görüşü için bkz. **Palandt**, § 355, Rn. 3, s. 565; **Jauernig**, § 355, Rn. 2-3, s. 477; **Rebmann/Säcker/Rixecker**, § 355, Rn. 30, s. 2268.

[231] **Palandt**, § 355, Rn. 3, s. 565; **Rebmann/Säcker/Rixecker**, § 355, Rn. 2-5, s. 2259; Rn. 30, s. 2268; **Yavuz**, s. 758; **Kurt,** s. 47 ve 53; **Özel**, Geri Alma, s. 81-81.

[232] Tüketicilerin sahip oldukları geri alma hakkı, herhangi bir sebebin varlığından bağımsız olan ve kanundan doğan istisnai bir yenilik doğuran haktır. Zira kanundan doğan hakların sebepten bağımsız olma durumu istisnaidir. Kanundan doğan yenilik doğuran hakların çoğunun kullanılmabilmesi için kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir (**Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 210).

geri alma süresi içerisinde kullanılması ve ürün ve/veya hizmetlerin geri alma hakkının kullanılamayacağı ürün/hizmet grupları [233] içerisinde yer almamasıdır.

Tüketici hukukunda "geri alma hakkı" yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmekte birlikte bunun hangi türden bir yenilik doğuran hak olduğu konusunda doktrinde bir takım tartışmalar bulunmaktadır. Alman hukukunda geri alma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak (*rechtvernichtende Wirkung*) olarak kabul edilmektedir. Buna göre, geri alma hakkının ileri sürüldüğü ana kadar sözleşme askıda geçerlidir (*schwebend wirksam*) ve bu hakkın ileri sürülmesi ile beraber sözleşmenin artık sona erdiği kabul edilmektedir.[234] Doktrinde aynı prensibin Türk hukukunda da -özellikle mesafeli satışlar bakımından- kabul edilmesi gerektiğine dair bazı görüşler bulunmaktadır.[235] Taksitle satışlar bakımından ise bunun tam tersi bir görüş kabul edilmekte ve geri alma hakkının ileri sürülüp sürülmeyeceğinin belli olmadığı evrede sözleşmenin hüküm doğurmayacağı, bu dönemde sözleşmenin askıda geçersiz olduğu (*schwebend unwirksam*) ve geri alma hakkının geri alma süresi içerisinde kullanılmamasının sözleşmenin hüküm doğurması için geciktirici bir şart

---

[233] Geri alma hakkının kullanılamayacağı ürün/hizmet gruplarına 27 Şubat 2015'te yürülüğe giren 27 Kasım 2014 tarihli ve 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md. 15'te sayılan ürün/hizmetler örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşmeler bakımından geri alma hakkının ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Örneğin, çabuk bozulabilen, teslimden sonra ambalajı veya mührü açılmış olan veya tüketicinin kişisel istekleri ve ihtiyaçları üzerine hazırlanan mallara veya elektronik ortamda ifa edilen hizmetlere ilişkin tüketici sözleşmeleri, Yönetmelik uyarınca tüketcilerin geri alma haklarını kullanamayacakları sözleşmelerden bazılarıdır.

[234] **Jauernig**, § 355, Rdnr. 7, s. 477-478; **Palandt**, § 355, Rdnr. 3, s. 566.
BGB md. 355'te tüketicinin geri alma hakkını süresi içerisinde kullanması üzerine, tüketicinin ve satıcının artık sözleşme ile bağlı olmayacağı ifade edilerek (*…nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung fristgerecht widerrufen hat.),* geri alma hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu ve tüketici sözleşmelerinin geri alma hakkı kullanılana kadar askıda geçerli olduğu kabul edilmiş olmaktadır.

[235] **Necla Agdag Güney**, "*Tüketicinin Cayma Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler*", Çetingil ve Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 611 vd.
Kapıdan satışlarda geri alma hakkının kullanıldığı ana kadar askıda geçerlilik durumunun kabul edilmesi gerektiğine dair bkz. **Kurt**, s. 57; **Ozanoğlu**, s. 180.
Aynı prensibin Türk hukukunda mesafeli satışlar bakımından da geçerli olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Savaş Bozbel/Murat Atalı**, "*Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkını Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar*", AÜHFD, C. IX, Sa. 1-2, 2005, s. 455.

olduğu ileri sürülmektedir.[236] Buna karşılık, taksitle satışlarda sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an ile ilgili düzenlemelere yer veren TBK md. 255 uyarınca, taksitle satış sözleşmesi alıcı bakımından taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshanın eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuç doğurur. Bu yedi günlük süre içerisinde alıcı, geri alma hakkını kullanabilir. İşte bu düzenlemeyi "askıda geçerlilik" lehinde yorumlayan yazarlar, hâlihazırda kurulmuş olan taksitle satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkıp çıkmayacağının belli olmadığı bu yedi günlük dönem boyunca alıcı bakımından bir askıda geçerlilik halinin bulunduğunu düşünmektedirler.[237] Bu açıdan yeni düzenlemelerle beraber artık Türk hukukunda da Alman hukukunda kabul edildiği gibi mesafeli sözleşmeler, kapıdan satış sözleşmeleri, taksitle satış sözleşmeleri vb. ayrımlara girilmeksizin geri alma hakkının kullanıldığı ana kadar tüketici sözleşmelerinin askıda geçerli olduğu görüşünün ağırlık kazandığı söylenebilir.

TKHK'da cayma hakkı adı altında düzenlenen, ileri sürüldüğü ana kadar sözleşmelerin askıda geçerli olmasına yol açan ve bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen geri alma hakkı, gerek amaç bakımından gerekse de hiçbir gerekçe gösterilmeksizin, karşılık ödenmeksizin ve şekil şartı gerektirmeksizin ileri sürülmesi bakımından FSEK md. 58'deki cayma hakkından farklıdır. [238] Ancak tüketicilerin sahip olduğu geri alma hakkı ile eser sahibine ait olan cayma hakkı bakımından en önemli fark, geri alma beyanının tüketici hukukunda bir tür dönme hakkı olduğu ve sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdiğidir. Oysa cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber fikri haklar sözleşmesi ileri etkili bir biçimde sona

[236] **Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, B. 3, Ankara 2004, s. 250; **Özel**, Geri Alma, s. 171; **Nihat Yavuz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2013, s. 1353.
[237] **Mustafa Alper Gümüş**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 214.
[238] Bu iki hakkın birbirinden ayırt edilmesi ile ilgili olarak bkz. Bölüm I, § 3, V.

ermektedir. [239] Bunun yanı sıra, geri alma hakkının kullanılabilmesi için ürünün geri göderilmesi gerekli olup, cayma hakkının ileri sürülebilmesi için eser parçasının gönderilmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Zaten cayma hakkında devredilen, eserin cisimleştiği eşyanın mülkiyeti değil; eser üzerindeki fikri haktır.

TKHK'da cayma hakkı olarak ifade edilen söz konusu düzenlemelerin gerçek manasıyla bir cayma hakkı (*Rückrufsrecht*) olmadığı ve bu sebeple Türk hukukunda tüketici hukuku alanında cayma hakkı kavramına yer verilmemiş olduğu görüşündeyiz.

bb) Borçlar Hukuku Alanında Cayma Hakkı

6098 sayılı TBK'da cayma kavramını kullanıldığı en önemli hüküm, yayın sözleşmelerine ilişkin olan TBK md. 491/III'tür. Söz konusu hüküm, FSEK içerisinde yer almasa da fikri haklar alanı ile ilgili bir sözleşme türü olan yayın sözleşmesi hükümleri içerisinde düzenlenmiş olup; hem yöneldiği amaç hem de ileri sürülebilmesi için gerekli maddi koşullar anlamında FSEK md. 58'deki cayma hakkı düzenlemesi ile paralel bir düzenlemedir. TBK md. 491/III, "*sözleşme ile yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde, yayımcı(nın) eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal etmesi*" halini düzenlemektedir. Bu konu ile ilgili açıklamalara V. Bölümde ayrıntılı bir biçimde değinildiğinden, burada yalnızca konuya ilişkin açıklamalara ileride yer verildiğinden bahsetmekle yetinmekteyiz.

6098 sayılı TBK'da cayma kavramının yer aldığı bir diğer düzenleme, "*uzun veya belirsiz süreli ön ödemeli taksitle satışlara*" ilişkin TBK md. 269 hükmüdür. Ancak bu hükmü incelemeden önce, herhangi bir karışıklığa yol açmaması adına hem

[239] Cayma hakkının ileri sürülmesi üzerine sözleşmenin ne şekilde sona ereceğine ilişkin olarak bkz. Bölüm I, § 2, II.

genel olarak cayma ifadesine yer verildiği ve hem de özellikle uzun veya belirsiz süreli ön ödemeli taksitle satış hükümlerinde yer aldığı için TBK md. 178'de yer alan cayma parasından da bahsetmek yerinde olacaktır.

TBK md. 178'de düzenlenen cayma parası (zamanı rücu), sözleşme daha kurulurken başlangıçta peşin olarak verilen ve verilmesiyle beraber hem bunu verenin hem de alanın "keyfi bir biçimde" sözleşmeden dönme hakkı kazandığı "tazminat niteliğinde" bir paradır.[240] Bu düzenlemeyle kanunkoyucu, önceden peşin olarak karşı tarafa bir miktar para verenlerin bu parayı kaybetmek istemeyecekleri düşüncesiyle tarafların sözleşmeye bağlı kalmalarını sağlamayı amaçlamıştır.[241] Dürüstlük kuralına dayanan ve sözleşmelerin sona erdirilmesini önlemeye yönelik olan cayma parasının ileri sürülmesi üzerine sözleşmenin her iki tarafının da malvarlıkları bakımından eş değerde bir eksilme gerçekleşeceği, cayma parasından fazla bir zarar ortaya çıkmış olsa dahi aksi kararlaştırılmamışsa bunun tazmininin istenemeyeceği, hâkimin aşırı gördüğü cayma parasından indirim yapamayacağı, cayma parasının fer'i nitelikte olduğu, en geç sözleşmeden doğan asli edim ifa edildikten sonra ortadan kalkacağı, cayma parası verildikten sonra taraflardan biri için kanunda düzenlenmiş olan bir dönme hakkının doğacağı (örn. temerrüt) ve bu hakkın kullanılması halinde artık cayma parasının istenemeyeceği kabul edilmektedir. [242]

Görüldüğü gibi cayma parası sözleşmelerin dönme eliyle tek taraflı olarak sona erdirilmesi durumunda sözleşmenin her iki tarafı bakımından da talep edilebilecek olan bir tür tazminattır ve dönmenin bir yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkı kavramı ile arasında sadece isim benzerliği bulunmaktadır.

---

[240] **Yavuz**, s. 953; **Eren**, s. 1192-1193; **von Tuhr**, s. 775; **Oğuzman/Öz**, s. 916; **Turgut Uygur**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun Şerhi, C. I, B. 2, Ankara 2013, s. 1071.
[241] **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 791.
[242] **Eren**, s. 1192-1193; **Yavuz**, s. 953-954; **Uygur**, s. 1072-1073; **Cevdet İlhan Günay**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 627-628; **Oğuzman/Öz**, s. 916-917.

Asıl inceleme konumuz olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri ise TBK md. 264 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri, İsviçre'de yoğun tartışmalar sonucunda bazı karşıt görüşlerin varlığına rağmen kabul edilmiş [243] ve Türk hukukuna da doğrudan doğruya bu isim adı altında ilk defa 6098 sayılı TBK ile birlikte girmiştir.[244] Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin, taksitle satış sözleşmesinin satıcı bakımından ortaya çıkardığı sakıncaları bertaraf etmek amacıyla ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu açıdan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin en belirgin ve taksitle satış sözleşmesinden en ayırt edici özelliği, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde ödemenin, malın tesliminden önce gerçekleştirilmesidir. Oysa taksitle satış sözleşmesinde taksitler halinde kısım kısım gerçekleştirilen ödeme, malın tesliminden sonra gerçekleşmektedir ve aynı zamanda bir kredilendirme fonksiyonuna sahip bulunmaktadır. [245]

TBK md. 264, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: "*Ön ödemeli taksitle satış, alıcının bir taşınır malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır.*" Taksitle satış sözleşmesinin iki ayrı türü bulunmaktadır: Aynı zamanda tasarruf suretiyle satış da denilen uzun veya belirsiz süreli ön ödemeli taksitle satış ile kısa süreli taksitle satış.[246] TBK md. 265 uyarınca "*Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir*

[243] Bu tartışmalar ve neticesinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4 Şubat 1958 tarihli kararının anlamı için bkz. **Yavuz**, s. 1397.
[244] Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin 6098 sayılı TBK ile düzenlenmeden önce TKHK'da yer alan kampanyalı satışlar dolayısıyla düzenlendiğine ilişkin görüş için bkz. **Ozanoğlu**, s. 158 vd.
[245] **Ozanoğlu**, s. 155; **Kuntalp**, s. 33-34.
Buna karşılık bir sözleşmenin ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi mi yoksa taksitle satış sözleşmesi mi olduğuna ilişkin değerlendirme her zaman çok net olmayabilir. Taksitle satış ile ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin sınırının nasıl tespit edilebileceğine ilişkin görüşler için bkz. **Ozanoğlu**, s. 160 vd.
[246] **Yavuz**, s. 1396.

tasarruf veya yatırım hesabına yatırmakla yükümlüdür. (...) Açılan hesaptan her iki tarafın rızasıyla ödeme yapılabilir. (...)"

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri hükümlerinde "cayma hakkı" başlığı altında yapılan düzenleme, uzun veya belirsiz süreli ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri bakımından öngörülmüştür. TBK md. 269 uyarınca "*Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabilir. Sözleşmeden cayma halinde alıcı tarafından ödenmesi öngörülen cayma parası, durumun özelliğine ve sözleşmenin kurulması ile cayma arasında geçen süreye bakılarak belirlenir (...)*". Ayrıca maddenin devamında, istenebilecek olan cayma parasına yönelik bir sınır ve cayma parasının istenemeyeceği haller belirtilmektedir.

Burada "cayma hakkı" ifadesi ile kast edilenin, FSEK md. 58'de sözleşmeyi ileriye etkili olacak biçimde sona erdiren fikri haklardaki cayma hakkından farklı nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Nitekim TBK md. 269'da yer alan cayma hakkının sözleşmeyi *geriye etkili olarak çözdüğü* [247] kabul edilmektedir. Bu nedenle buradaki cayma hakkı ifadesini, alıcı tarafından sözleşmeden her zaman tek taraflı olarak dönülebileceği şeklinde anlamak daha doğru olur. Nitekim alıcı tarafından kullanılabilecek olan bu yenilik doğuran hakkın ileri sürülmesi üzerine alıcı tarafından satıcıya belirli bir miktar cayma parası ödenecek olması da bu görüşü pekiştirmektedir.

cc) Ticaret Hukuku Alanında Cayma Hakkı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) birçok maddesinde cayma kavramına yer vermektedir. Bu düzenlemeleri genel olarak kıymetli evrak hukukuna, taşıma

[247] **Yavuz**, s. 1405.

işlerine ve sigorta hukukuna ait düzenlemeler olarak üçe ayırarak inceleyebiliriz. Ne var ki cayma kavramının kullanılmasına rağmen bu düzenlemelerin hiçbiri gerçek manasıyla FSEK md. 58'de düzenlenen cayma hakkına benzer bir hukuki niteliğe sahip olmayıp kanun, özellikle sigorta hukuku alanında oldukça sıkıntılı ifadeler içermektedir.[248]

Cayma ifadesi ilk olarak kıymetli evrak hukuku alanında "çekten cayma" düzenlemesinde karşımıza çıkmaktadır. TTK md. 799 uyarınca çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. Ancak TTK md. 799 her ne kadar çekten cayma ifadesini kullanmış olsa da burada söz konusu olanın çekin geri alınması olduğu kabul edilmektedir. Zira çek, havale niteliğinde olup; çekten cayılması, havalenin geri alınması anlamındadır. [249]

TTK'da cayma hakkı ifadesine yer verilen bir diğer bölüm, yolcu taşımacılığına ilişkin bölümdür. TTK md. 908'de yolcunun sözleşmeden cayıp ödediği ücreti ve varsa zararını isteyebileceği ve TTK md. 910'da da yolcunun, engelin kalkmasını veya tamiratın sonucunu beklemeden ve taşıma ücretini ödeyerek sözleşmeden cayabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenlemelerden ilkinin dönme hakkını, ikincisinin ise fesih hakkını karşıladığı kabul edilmektedir. [250]

Ticaret hukuku alanında cayma kavramına yer verilen en kapsamlı bölüm ise sigorta hukukuna ilişkindir. TTK'nun sigorta hukukuna ilişkin altıncı kitabında çeşitli maddelerde cayma kavramına yer verilmiştir. Ancak baştan belirtmek gerekir ki TTK'da sigorta hukuku hükümlerinde yer alan "cayma" ifadeleri ile kastedilen

---

[248] Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan cayma ifadelerinin bilinçli bir şekilde seçilmediğine, bu kullanımların bir yanlışlık sonucu olduğuna ve burada yer alan cayma hakkı ifadelerinin bazen dönmeyi, bazen feshi ve bazen de geri almayı karşıladığına ilişkin için bkz. **Serozan**, s. 142-143.

[249] **Yeşim Aker**, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul 2008, s. 12-13; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, Kıymetli Evrak Hukuku, B. 8, İstanbul 2013, s. 275 (1050); **Abuzer Kendigelen**, Çek Hukuku B. 3, İstanbul 2006, s. 236.
Havalenin geri alınmasına ilişkin bkz. Bölüm §. 2, V.

[250] Aynı yönde: **Serozan**, s. 142.

aslında teknik anlamda cayma hakkı değildir. Şöyle ki; sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilen sigorta sözleşmelerinde [251] kanun, aslında hem dönme hem de fesih kurumlarına yer vermiştir. Ancak sigorta hukukuna ilişkin bölümdeki "dönme" işlemlerinin eski kanunda ifade ediliş biçimiyle "cayma" şeklinde kullanılması durumu nedense yeni TTK'da da muhafaza edilmiştir.[252] Yine de nasıl ifade edilmiş olursa olsun bu hükümlerde kastedilen, fikri haklardaki cayma kurumundan farklı olarak, sözleşmeyi geriye etkili biçimde çözdüğü kabul edilen dönme hakkıdır.

Bununla birlikte, sigorta hukukuna ilişkin maddelerde yer alan her cayma ifadesinin mutlaka dönme hakkını karşılaması gerekmez. Bu ifadelerin kullanıldığı maddelerin değerlendirilmesi sırasında temkinli davranmak gerekmektedir. Zira ifa safhasına girmiş sürekli borç ilişkilerinde –madde lafzı ne olursa olsun- sözleşmeyi çözücü bir etkisi olan dönmenin kural olarak yerini feshe bıraktığı kabul edilmektedir. Dahası, kanunların sözleşmeyi sona erdiren hukuki kurumlara ilişkin tabirleri ne derece özensiz kullandığı göz önüne alındığında cayma ifadesinin geçtiği her hükmün ayrı ayrı incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Örneğin, TTK md. 1413 vd. uyarınca "*fesih ve cayma*" olarak ifade edilen, aslında "fesih ve dönme"dir. TTK md. 1430'da yer alan "*…sigortacının sorumluluğu başlamadan önce kararlaştırılmış primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayılabilir…*" ifadesi ile TTK md. 1434'te yer alan temerrüt durumunda sözleşmeden cayma ifadesi de yine sözleşmeden dönmeyi karşılamaktadır. Buna karşılık, TTK md. 1439 uyarınca önemli hususların bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olması nedeniyle sözleşmeden cayma ile kastedilenin, sigorta sözleşmesinin feshedilmesi olduğu kabul edilmektedir. [253] Aynı

[251] **Mehmet Özdamar**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009, s. 74. Buna karşılık kimi yazarlar, sigorta sözleşmelerinin ani edimli olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Özdamar**, s. 74, dipn. 126.
[252] Aynı yönde: **Dilek Kabukçuoğlu Özer**, Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası, B. 2, Ankara 2014, s. 366 vd.
[253] **Serozan,** s. 142-143; **Kabukçuoğlu Özer**, s. 366-368; **Özdamar**, s.357 vd.

şekilde, can sigortalarında sigorta ettirenin on beş gün içerisinde hiçbir cezai şart ödemeden ve hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeden cayabilmesi (TTK md. 1489) hakkı ile ifade edilenin de bir geri alma hakkı olup olmadığı tartışılabilir.[254]

c) Değerlendirme

TTK'nın ve TBK'nın ilgili maddelerinde yer alan cayma ifadeleri, FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkı ifadesi ile aynı hukuki nitelikte değildir. Ancak yine de söz konusu hukuki kavramların kullanıldığı alanlara ilişkin bir karşılaştırılma yapılmasının hâlâ bazı zorluklar içerdiği görülmektedir.

Her şeyden önce bugün Türk hukukunda cayma ifadesinin hala sözleşmeden dönme yerine kullanıldığı sayısız örnek bulunmaktadır. Dahası, Türk hukukunda cayma hakkı dendiğinde akla gelen ilk örnek olan tüketicilerin sahip olduğu cayma hakkı aslında bir geri alma hakkıdır (*Widerrrufsrecht*). Bunun yanı sıra, bağımsız bir hukuki karakteri bulunmasına ve klasik bir fesih hakkından (*Kündigungsrecht*) bazı yönlerden farklılaşmış olmasına rağmen, asıl cayma hakkı olarak nitelendirdiğimiz fikri haklardaki cayma hakkı (FSEK md. 58) ise gerçekte yine de özel bir tür fesih hakkı gibi anlaşılmakta ve Türk hukukunda bu şekilde uygulanmaktadır. Ancak bir karşılaştırma yapılırken, cayma hakkı kavramının dönme ve fesihten ayrı bir kavram olarak tarihsel biçimde ortaya çıkışına ilişkin *Boor*'un açıklamaları da göz önünde bulundurulmalıdır. Fikri haklar alanında "hakkın kullanılmaması nedeniyle" ileri sürülebilecek olan bir cayma hakkı önerirken *Boor*'un amacı, cayma hakkının (*Rückrufsrecht*) dönme hakkına (*Rücktrittsrecht*) nazaran daha nötr bir ifade olması

[254] Böyle bir durumda geri alma hakkından bahsedebilmek için düşünülmesi gereken, sigorta ettirenin sigortacı karşısında tıpkı üretici/satıcı karşısındaki tüketici gibi kategorik olarak korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı olgusudur. *Çeker*, bu hususta açıkça bir geri alma hakkından bahsetmemekle beraber; söz konusu maddeyi açıklarken sigorta ettirenlerin, genelde uzun süreli olan sigorta sözleşmelerinde ikna gücü yüksek kişilerce kendilerine çok da uygun olmayan sözleşmelere sokulmuş olabileceklerinden bahsetmektedir. (**Mustafa Çeker**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011, s. 231).

ve cayma hakkının dönme ve feshe nazaran fikri mülkiyet hukukunun yapısına daha uygun bir kavram olmasıdır. [255] Nitekim çalışmamızda da cayma hakkı kavramı bu çerçevede anlaşılmakta ve bu doğrultuda incelenmektedir.

[255] Bkz. Bölüm II, § 1, II, A, s. 54 vd.

III. BÖLÜM

CAYMA HAKKININ KOŞULLARI ve KULLANILMASI

§. 1 CAYMA HAKKININ KOŞULLARI

I. Cayma Hakkının Esasa İlişkin Koşulları

A) Mali Bir Hak veya Ruhsat İktisap Edilmesi

Eser sahibinin cayma hakkı FSEK md. 58'de cayma hakkını koşulları, cayma hakkına karşı başvurulabilecek imkânlar, cayma hakkından önceden vazgeçmeye ve cayma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasaklar olmak üzere oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen konulardan ilki, cayma hakkının koşullarına ilişkin olup; bu koşulları, FSEK md. 58/I'de düzenlenen esasa ilişkin koşullar ile FSEK md. 58/II ve III'te düzenlenen şekli koşullar olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

FSEK md. 58/I uyarınca, "*Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.*"

O halde cayma hakkına ilişkin incelenmesi gereken ilk koşul, eser sahibi ile iktisap eden arasında mali hakların devri sözleşmesi veya mali hakların kullanım hakkının devrine ilişkin olarak bir lisans sözleşmesi yapılmış (ruhsat elde edilmiş) olmasıdır. Zira cayma hakkının ilk koşulu, eser sahibinden FSEK'te işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim hakkı olarak tespit edilen mali haklardan birinin veya bir kaçının veya bu hakları kullanma yetkisinin (ruhsat/lisans) iktisap edilmiş

olmasıdır.[256] Devre ve tasarruflara konu olan bu haklar; ivazlı veya ivazsız, süreli veya süresiz, inhisarî veya inhisarî olmayan bir tarzda, belirli bir yer veya konuyla sınırlı olmak üzere vb. şekillerde iktisap edilebilir. Ancak burada önemli olan husus, tasarrufa konu olan bu eserlerin mutlaka vücuda getirilmiş eserler olması gerektiğidir. Zira henüz tamamlanmamış ancak ileride meydana getirilecek eserlere yönelik yapılan tasarruflar hükümsüzdür. Bu hükümsüz sözleşmelere dayanarak bir cayma hakkı ileri sürmek zaten mümkün değildir (FSEK md. 48). Buna karşılık, henüz vücuda getirilmemiş eserler için mali hakların veya bunları kullanma yetkilerinin devrine yönelik taahhüt işlemleri yapılması pekâlâ mümkündür. (FSEK md. 50)

a) Mali Hakların Genel Özellikleri

FSEK'te işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkı olarak tanımlanan eser sahibinin mali hakları, eser sahibinin eserinden ekonomik olarak yararlanmasına olanak veren ve üçüncü kişilerin izinsiz faydalanmalarını engelleyen mutlak hakladır. (FSEK md. 18 ve 20)

Eser sahibinin mali hakları, FSEK'te mali hak olarak sayılanlardan ibaret olup; bu konuda FSEK, sınırlı sayı ilkesini kabul etmektedir. (FSEK md. 20) [257]

Mali haklar, miras hükümleri uyarınca mirasçılara geçebilir; ölüme bağlı tasarruflara konu edilebilir (FSEK md. 63); [258] haczedilebilir; rehnedilebilir; cebri icraya konu olabilir (FSEK md. 61-62); kısmen veya tamamen başkalarına deredilebilir; üzerlerinde üçüncü kişiler lehine lisans tanınabilir (FSEK md. 48) ve

[256] Aynı yönde: *"…58'inci maddesiyle müellife tanınmış olan cayma hakkının kullanılabilmesi için telif hakkını başkasına veren bir akdin yürürlükte bulunması şarttır…*". Yargıtay TD, E. 1964/5816, K. 1954/2522, T. 02.04.1955 (**Erdil**, s. 1104-1105)

[257] Alman hukuku uyarınca eser sahibinin mali hakları sınırlı sayıda değildir ve örnekleme (i*nsbesondere*) yoluyla sayılmıştır (UrhG § 15/I). Türk hukukunda da mali hakların sınırlı sayı ilkesine tabi olması eleştirilmektedir (**Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 351).

[258] Mali haklar, mirasçılara geçebilme ve ölüme bağlı tasarruflara konu edilebilme açısından manevi haklardan farklıdır. Kural olarak manevi haklar miras yoluyla intikal etmezler. Ancak bu hakların bir kısmı bakımından manevi hakları kullanma yetkisi, miras hükümleri sırasından daha farklı bir sırayla kanunda zikredilen kişilere intikal edebilir. (FSEK md. 19)

eser sahibi tarafından bu haklardan vazgeçilebilir (FSEK md. 60). Ancak mali hakların en önemli özelliği ve işlevi, bu hakların her şeyden önce eser sahibinin eserinden yararlanabilmesini teminat altına alıyor olmasıdır. Eser sahibi eserinden dilediği şekil ve tarzda faydalanma hakkına sahiptir. Aynı zamanda mali hakları vasıtasıyla hem eserini mali açıdan değerlendirmekte hem de manevi haklarını daha etkin bir şekilde kullanmaktadır. Örneğin eser sahibi eserinin çoğaltılması veya yayımlanması hakkını devrettiğinde hem eserini parasal açıdan değerlendirmiş hem de aynı zamanda umuma arz etmiş olmaktadır.

Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bu haklardan birinin devredilmiş olması veya biri üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulmuş olması diğerlerine etki yapmaz (FSEK md. 20); ancak bu devir ve tasarrufların yazılı şekilde yapılmaları ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmeleri zorunludur (FSEK md. 52).

Mali hakların sağladığı münhasır yetki bakımından FSEK'te bir süre sınırı öngörülmektedir. Buna göre, bir eser alenileştikten sonra o eser için koruma süresi işlemeye başlar. Bu süre eser sahibi yaşadığı müddetçe ve onun ölümünden itibaren 70 yıl boyunca devam eder. (FSEK md. 26-27)

b) Mali Hakların Türleri

FSEK uyarınca, Türk hukukunda eser sahibinin [259] mali hakları, md. 21 işleme hakkı, md. 22 çoğaltma hakkı, md. 23 yayma hakkı, md. 24 temsil hakkı ve md. 25

[259] FSEK md. 80/1 anlamında icracı sanatçıların da icra üzerinde bir takım mali hakları vardır. FSEK md. 80 uyarınca "…*Bir eseri, sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir...*" Bu açıdan, eser sahiplerinin kendilerine tanınan mali hakları bağlantılı hak sahipleri ile paylaştıkları ve bağlantılı hak sahiplerinin de mali açıdan korunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin FSEK md. 80/1/A uyarınca "*İcracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler* (…)". FSEK md. 80/1/B ve md.

işaret ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkından oluşmaktadır. Bazı yazarlar [260] FSEK'te bir mali hak olarak yer almayan ve başka bir fasılda düzenlenen pay ve takip hakkını [261] da eser sahibinin mali haklarından saymak gerektiği fikrindedirler.

aa) İşleme hakkı

İşleme eserler, "*diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri* (dir)" (FSEK md. 1/B). İşleme, bir eserin yaratıcı bir çaba sonucu başka bir şekle sokulması olup; sahibinin hususiyetini taşıyan işlemeler eser olarak kabul

---

80/2 uyarınca ise "*Bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir* (…)" ve yine aynı şekilde "*Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir: (...)*". Bu düzenlemeler, eser sahiplerinin bağlantılı hak sahipleri ile aralarındaki ilişkilerde geçerli olan mali haklara yönelik düzenlemelere örnek oluşturmaktadır.

[260] **Arslanlı**, s. 113; **Ayiter**, s. 145; **Öztrak,** s. 54; **Erel**, s. 187.

[261] Pay ve Takip Hakkı (*Droit de Suite, Folgerecht*) düzenlemeleri ile, bazı eserlerin belirli nitelikteki kopyaları veya asıllarının satışından sonra koruma süreleri içerisinde bir sergide, açık artırmada, mağazada vb. şekillerde satılması neticesinde, bu satış ile ilk satış bedeli arasında açık bir oransızlık bulunması durumunda, eser sahibine veya mirasçılarına satış bedelinden uygun bir pay verilmesi öngörülmüş ve böylece eser sahibinin fikri çabasından kaynaklanan bu aşırı kazanç sebebiyle emeğinin değerlendirilmesi düşünülmüştür (**Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 298; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 392 vd.).

Pay ve Takip Hakkı, Bern Sözleşmesi md. 14 ikinci tekrarda, güzel sanat eserlerinin asılları veya yazar ve bestecilerin orijinal el yazması eserleri bakımından eser sahibinin veya ölümü halinde mirasçılarının veya yetkili makamların eserlerin ilk satışlarını takiben gerçekleştirilen herhangi bir satışındaki karda devredilemez bir hakka sahip oldukları şeklinde tanımlanmış ve bu hakkın uygulanması üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır.

Türk hukukunda FSEK md. 45'te düzenlenmiş olan bu hak uyarınca, mimari eserler dışında kalan güzel sanat eserlerinin asılları ile eser sahibi tarafından sınırlı sayıda meydana getirilmiş veya onun tarafından meydana getirilmemekle birlikte bizzat onun kontrolünde ve izniyle meydana getirilmiş ve ayrıca onun tarafından imzalanmış/işaretlenmiş eser kopyaları ve bazı el yazması eserlerin pay ve takip hakkından yararlanabileceği kabul edilmiştir. Bu eserlerin pay ve takip hakkına konu olabilmeleri için öncelikle eser sahibi veya mirasçıları tarafından bunların ilk satışlarının yapılmış olması; daha sonra koruma süresi içerisinde bir sergide, açık artırmada, bu tür eşyaların satıldığı mağazalarda veya başka şekillerde yeniden satılmaları ve son olarak da bu satış bedelleri arasında açık bir oransızlığın bulunması gerekmektedir. Söz konusu koşulların bulunması halinde, eser sahibine veya o ölmüşse ikinci dereceye kadar olan yasal mirasçılarına (bu derece dahil) veya mirasçılarının da bulunmaması halinde ilgili meslek birliğine münasip bir bedel ödemesi gerekmektedir. Pay ve takip hakkı, eserin satış yoluyla el değiştirdiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir. (FSEK md. 45)

Bu konuda tespit edilecek pay oranlarının miktarının hesap yöntemine dair 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 45 inci maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 09.08.2006 tarihinde kararlaştırılmış olan "*Güzel Sanat Eserleri, İlim Ve Edebiyat Eserleri İle Musiki Eserlerinin El Yazısıyla Yazılmış Asıllarının Satış Bedellerinden Pay Verilmesine İlişkin Karar*" için bkz. RG. 27.09.2006, Sa. 26302, K. 2006/10880 (http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/09/20060927-3.htm) (15.12.2014).

edilmektedir. Bir eserin işleme bir eser olarak kabul edilebilmesi için işleyenin ciddi ölçüde fikri katkısının bulunması gerekmektedir. Zira işleme eserler diğer bir eserden istifade suretiyle meydana getirilen, bağımsız olmamakla beraber bağımsız bir eser gibi korunan eserlerdir. Bu açıdan işleme üzerinde işleyenin ciddi bir fikri katkısı yoksa bir diğer ifadeyle, asıl eserde sadece basit ve ayrıntısal veya niceliksek değişiklikler yapılmışsa o eser, işleme eser olarak kabul edilmemektedir.[262] Bir eserden faydalanarak başka bir eser meydana getirilmesine örnek olarak tercümeler, edebiyat eserlerinin filme çekilmesi, müzik aranjmanları, bir romanın tiyatroya uyarlanması vb. sayılabilir (FSEK md. 6).

Bir eserin işleme hakkı münhasıran eser sahibine aittir (FSEK md. 21).[263] Eser sahibi işleme hakkını bir başkasına devredebilir. İşleme hakkını devralan kişi, kendisine devredilen mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında[264] yalnızca eser sahibinin verdiği izin dâhilinde kullanabilir (FSEK md. 20).[265] Ancak

[262] Ciddi ölçüde fikri katkı kriteri, işleme eserin asıl eserle aynı kategoride bulunup bulunmama zorunluluğu ve işleme esere ilişkin diğer koşullar için bkz. **Gürsel Üstün**, Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul 2001, s. 81 vd.
Öztan, eser üzerindeki ufak tefek değiştirmeler ile önemsiz şekil farklılıklarının işleme kavramı dışında kaldığını ve yine aynı şekilde niceliksel küçültmeler hiçbir kalite değişikliğine yol açmadığından bir eserin kısaltılmasının veya genişletilmesinin de işleme olmadığını savunmaktadır. Buna karşılık yazar, eserin büyüklüğünde veya boyutlarında meydana gelen değişikliklerde –bu değişiklikler mekanik yollardan yapılmış olmasa da- işleme vasfı görmektedir (**Fırat Öztan**, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1999, s. 226-229).
Buna karşılık *Memiş*, bir eserin boyutlarında mekanik vasıtalar kullanılarak değişiklik yapılmasını işleme olarak kabul etmemektedir. Örneğin bir müzik parçasının MP3 formatına çevrilmesinde durum bu şekildedir (**Tekin Memiş**, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s. 109).
[263] Bern Sözleşmesi md. 8 uyarınca, orijinal bir eserin çeviri hakkı koruma süreleri boyunca münhasıran eser sahibine aittir (*right of translation*).
[264] Örneğin kâr amacı gütmeksizin kişisel kullanım, resmen yayımlanan mevzuatın ve içtihatların işlenmesi, eğitim öğretim gayesiyle seçme ve toplama eserler meydana getirilmesi, iktibaslar yapılması vb. sınırlamalar söz konusu olduğunda işleme yapmak serbesttir. (FSEK md. 31 vd.)
Bilgisayar programları ve elektronik veri tabanlarında şahsi kullanıma mahsus işleme ile ilgili olarak kişisel kullanım serbestisine yönelik getirilen sınırlamalar hakkında bkz. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, B. 4, Ankara 2015, s. 75 vd.
[265] Eserin her yeni işlemesinde veya işleme hakkı sahibinin bu hakkı bir başkasına devretmesinde eser sahibinin ve mirasçılarının tekrar izni gerekmektedir (FSEK md. 49/son ve md. 55).
İşleme hakkını devralan kişi hem üçüncü kişilere hem de eser sahibine karşı korunmaktadır. Orijinal eserin sahibi, işleme eserden işleyenin izniyle yararlanabilir (**Öztan**, İşlenme Eserler, s. 231).
İşleme eserin değerlendirilmesi söz konusu olduğunda hem işleme eserin hem de orijinal eserin sahibinin onayı gerekir. Hatta birden fazla basamaklı işlemeler söz konusu ise işleyenin, önceki basamaklardaki işleme eser sahiplerinin hepsinin ve orijinal eserin sahibinin rızasını alması gerekir

işleme hakkının devredilmesinin anlamı ve amacı, işlemeden doğan ekonomik yararlanma hakkının da işlemenin kapsamında yer almasıdır. Zira işleme hakkı, eser sahibinin işleme eserin umuma arz edilmesine ve bu eserden ekonomik olarak yararlanılmasına izin vermek veya bunu men etmek konusundaki mali yetkisine dayanır. [266]

İşleme hakkının devredilmesi ile beraber amaca en yakın mali hakkın da işleme hakkı ile beraber zımnen devredildiği kabul edilmektedir. Ancak amacı ile yakın bir bağlantı içerisinde bulunmayan haklar bakımından devrin yazılı bir biçimde yapılması ve hangi mali hakların devredildiğinin ayrı ayrı gösterilmesi gerekliliği devam eder (FSEKmd. 52). [267] Örneğin bir eserin tercümesi o tercümenin yayımlanmasını veya bir romanın tiyatro piyesi haline getirilmesi onun temsilini de kapsar. Aynı şekilde, bir eserin işleme hakkı devredilmiş ve o eserin işleme hakkından faydalanılabilmesi ancak eserin çoğaltılması ile mümkünse işleyen, çoğaltma hakkını da elde etmiş olmaktadır.[268] Buna karşılık bir işleme eser olarak kabul edilen sinema eserlerinden[269] ekonomik olarak yararlanmak, eser sahibinin iznine tabidir (FSEK md. 6). Aynı

(**Mustafa Ateş**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.164; **Öztan**, İşlenme Eserler, s. 222 ve 225).

[266] **Ayiter**, s. 126; **Erel**, s. 159.

[267] İşleme hakkının devredilmesi ile beraber amaca en yakın mali hakkın da işleme hakkı ile beraber zımnen devredildiğinin kabul edilmesi FSEK md. 52'deki kurala aykırılık teşkil etmez. Zira *sui generis* bir hak olan işleme hakkının devri bakımından FSEK md. 52'nin diğer mali hakların devrinde uygulandığı kadar katı uygulanması gerekmez (**Üstün**, İşleme Eserler, s. 219).

[268] Bu durum, eserlerin kişisel ihtiyaçlar için veya zevk icabı olarak; bir diğer ifadeyle eserlerden ekonomik olarak yararlanma maksadı olmaksızın işlenmesinin hiçbir izne bağlı olmaması ile yakından ilgilidir. Bu sebeple, işlemenin amacı ile yakın bir bağlantı içerisinde bulunma olgusu araştırılırken daraltıcı bir yorum yapılmaması kabul edilmekle birlikte (**Ayiter**, s. 127) FSEK md. 52 kuralına da dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada amacı ile yakın bağlantı içerisinde olma kavramı ile kastedilen daha ziyade, işleme serbestisinin sınırları içerisinde bulunulup bulunulmadığına ve söz konusu mali hakkın, işlemeden ekonomik olarak faydalanılabilmesi bakımından gerekli bir hak olarak görülüp görülmediğine ilişkindir. Şöyle ki; bir eser tercüme edildiğinde onun yayımlanmasının, amaç ile bağlantılı olduğu düşünülebilir. Zira bir kimse kendi kişisel ihtiyacı için tercüme yapmaktaysa zaten eser sahibinden izin alma zorunluluğu gündeme gelmeyecektir. O halde eser sahibi bir kimseyi eserini çevirme konusunda yetkilendirirken onun söz konusu çeviriyi yayımlayacağını da bilmekte ve bunu kabul etmektedir. Zira aksi halde eser sahibinden izin almaya zaten gerek olmazdı.

[269] Ancak sinema eserini bir işleme eser olarak görmenin sinema eserinin ruhu ile çelişeceği; zira bir sinema eserini oluşturan tek ve en önemli unsurun senaryo olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Sera Kadıgil**, Sinema Eseri Kavramı, http://www.kadigil.av.tr/sinema-eseri-kavramı, Aralık 2011 (01.01.2015)

şekilde bir müzik eserinin aranjmanın yapılıp icra edilmesi hakkını devralan kişinin bu icrayı kayda alıp çoğaltarak satma hakkını da elde etmiş olduğundan bahsedilemez. [270]

Bir işleme eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alâmetinin kararlaştırılan veya âdet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir işleme olduğunun açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Aynı kural çoğaltılan eserler bakımından da geçerlidir. (FSEK md. 15/II).

Bir eserin aslı ve o eserin işlenmesi suretiyle meydana getirilen işleme eser için tanınan koruma süreleri birbirine bağlı değildir. (FSEK md. 26/II)

bb) Çoğaltma Hakkı

FSEK md. 22/I uyarınca *"Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir."* [271] Eser sahibinin mali haklarından biri olan çoğaltma hakkı bakımından çoğaltma fiili, FSEK'te teknik bir terim olarak değerlendirildiğinden çoğaltma fiili ve eserin çoğaltılma biçimleri üzerinde durmak gerekir.

FSEK md. 22, sınırlı bir biçimde saymamak kaydıyla şu fiilleri çoğaltma olarak görmektedir: Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması; eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi; her türlü ses ve müzik kayıtları; mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması; eserin mekanik vasıtalarla kabartma veya delikli

[270] **Arslanlı**, s. 95-96; **Ayiter**, s. 127; **Ateş**, Hakların Sınırlandırılması, s.163; **Tekinalp**, § 14/87, s. 183; **Öztrak**, s. 56; **Erel,** s. 160; **Üstün**, İşleme Eserler, s. 220.

[271] Bern Sözleşmesi md. 9 uyarınca eser sahibi eserinin *herhangi bir şekil veya yöntemle* çoğaltılmasına izin vermek konusunda münhasıran yetkilidir. Herhangi bir ses ve görüntü kaydı, çoğaltma olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde WCT uyarınca, korunan bir eserin elektronik bir ortamda dijital bir formda depolanması, Bern Sözleşmesi md. 9 anlamında bir çoğaltma olarak kabul edilmektedir.

kalıplara alınması; bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde bir programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiilleri vb.

Çoğaltma fiili, eserin tekrarlanması olanağını sağlayan ve eserin aslına ihtiyaç duyulmaksızın ondan yararlanma imkânı sağlayacak nüshalarının herhangi bir araç yardımı ile elde edilmesi şeklinde tarif edilebilecek olup, teknik anlamda bir eserin çoğaltılması için eserin mutlaka CD, DVD, hard disk, kitap vb. kendi varlığından bağımsız ikinci bir taşıyıcı materyale; bir diğer ifadeyle *algılanabilir* fiziksel bir ortama tespit edilmesi gerekmektedir.[272] Buna karşılık, çoğaltılan nüsha adedi [273] (ilk tespitinin yapılması veya tek bir nüshanın çıkarılması dahi çoğaltma olabilir); çoğaltma türü ve tarzı (elle veya makine ile veya kopya etme, sanal ortamda depo etme ve bilgisayarın hafızasına alma, fotokopi çekme, başka bir maddenin kullanılması vs.),[274] çoğaltma biçimi (büyüklük ve formatta kullanılacak malzemede ve boyutta değişiklik olması da bir çoğaltma olup, harf ile nota veya şifre ile Braill Alfabesi ile çoğaltmalar dahi kapsama dahildir) ve çoğaltma süresi fark etmemektedir.[275]

Eserin algılanabilir bir fiziki ortama kaydedilmesi kavramı, çoğaltma hakkı bakımından önemli bir kavramdır. Doktrinde bu kavrama verilen anlama dair farklı görüşler mevcuttur. Örneğin bazı yazarlara göre, bir müzik eserinin sahnede seslendirilmesi esnasında fotoğrafının çekilmesi bu eserin çoğaltılması olmayıp;

---

[272] **Öztrak**, s. 56; **Ayiter**, s. 128; **Hirsch**, Fikri ve Sınai Haklar, s. 198. Çoğaltma, eserin aslının kopyalanması olup; eserin taklit edilmesi, çoğaltma değildir. Ancak kuşkusuz taklit, intihale vücut verebilir (**Erel**, s. 164; **Tekinalp**, § 14/91a, s. 185).

[273] Eserin çoğaltılması, günlük kullanım dilinde eserden geniş bir kitle tarafından yararlanılabilmesi için çok sayıda nüsha çıkarılması şeklinde anlaşılırken; teknik anlamda çoğaltma fiilinden bahsedebilmek için tek bir nüshanın varlığı dahi yeterli olup, bu açıdan geniş halk kitleleri tarafından faydalanılma unsuru önemli değildir (**Erel**, s. 163).

[274] **Şebnem Akipek/Esra Dardağan**, "*Sanal Ortamda Telif Hakları*", BATİDER, C. XXI, Sa. 1, 2001, s. 56-57.

[275] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 355-358; **Arslanlı**, s. 97-98; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 95-96; **Ayiter**, s. 128; **Arzu Genç Arıdemi**r, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı, İstanbul 2003, s. 60 ve 64; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 286.

ancak bu eserin işlenmesi olarak nitelendirilebilir. Zira fotoğraf, o müzik eserini algılanabilir hale getirmez. Bu, ancak o müzik eserinin kaydedilmesi ile mümkün olabilir.[276]

Bir diğer örnek FSEK md. 40 hükmüdür. FSEK md. 40 uyarınca, *"Umumî yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumî mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salâhiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır (...) Açık artırma ile satılacak eserler umuma teşhir olunabilir. Umumî mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasiyle çoğaltma ve yayma caizdir."*. Bir müzik eserinin sahnede seslendirilmesi esnasında fotoğrafının çekilmesini bir işleme olarak gören görüş taraftarları, söz konusu maddede umumi yollara, caddelere ve meydanlara temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerinin resim, grafik, fotoğraf vb. araçlarla çoğaltılması ile kastedilenin de aslında bir çoğaltma eylemi olmadığı düşüncesindedirler. Bu yazarlar, güzel sanat eserlerinin fotoğraf veya resimlerinin katalog, kılavuz, broşür vb. ile basılıp çoğaltılmasının da maddedeki ifadenin aksine bir çoğaltma olmayıp, işleme olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedirler.[277]

---

[276] **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 95-96; **Ayiter**, s. 131. *Erel*, bu görüşe katılmakla birlikte; "algılanabilir olma" kavramı yerine, "eserin aslının *aynı yoldan* tekrarına imkân verme" kavramını kullanmaktadır (**Erel**, s. 164).
Buna karşılık algılama eyleminin doğrudan veya dolaylı olması, çoğaltma niteliği kazanma bakımından önem arz etmemektedir. Kalıp, model veya negatif bant gibi, eserin sonradan alıgılanabilir olmasını sağlayacak olan araçların üretimi de bir çoğaltma eylemdir; çünkü burada dolaylı bir algılama söz konusudur. Bu açıklamalar üzerine, örneğin bir eserin internetten indirilerek (downloading) hard diske kaydedilmesi de bir çoğaltma eylemi oluşturmaktadır (**Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 95-96; **Memiş**, s. 114-115).
Memiş, caching olarak adlandırılan ve eserin görüntülenmesi için zorunlu olan ön belleğe kayıt işlemini de bir çoğaltma olarak kabul etmektedir (**Memiş,** s. 113).
[277] **Erel**, s. 166; **Ayiter**, s. 131; **Genç Arıdemir**, s. 67.

Buna karşılık *Tekinalp*, bir güzel sanat eserinin fotoğrafının çekilip örneğin bir yılbaşı tebriği olarak gönderilmesini bir çoğalma olarak kabul etmektedir. [278] *Hirsch* ve *Arslanlı* da söz konusu düzenlenmeyi açıklarken çoğaltmadan bahsetmektedir. [279] Yargıtay da verdiği bir kararda, Zeki Faik'e ait İstihsal adlı resmin izinsiz bir biçimde bir takvimde kullanılmasını çoğaltma hakkının ihlali olarak görmektedir. [280]

Kanımızca, eğer konuya algılanabilir olma noktasından yaklaşılmaktaysa sahnede seslendirilen bir müzik eserinin icrasının fotoğraflanması veya resmedilmesi gerçekten de o eseri algılanabilir hale getirmemektedir. Bu açıdan bunun bir işleme olarak kabul edilmesi daha uygundur. Ancak heykel veya resim gibi bir güzel sanat eserinin fotoğrafının çekilmesi, o resmin veya heykelin algılanabilir olmasını engellemez. Dolayısıyla konuya sırf bu açıdan yaklaşılırsa bir resmin veya heykelin fotoğraflanmasının bir çoğaltma eylemi olarak algılanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık eğer söz konusu fotoğraf, sahibinin hususiyetini taşıyan bir fotoğraf olarak müstakil bir eser niteliğinde ise [281] burada artık bir eserin yaratıcı bir çaba sonucu sahibinin hususiyetini taşıyan bir başka eser haline getirilmesi; yani bir işlemenin varlığından bahsetmek yine de daha doğru olacaktır. Dolayısıyla algılanabilir olma kıstasının bu açıdan tek başına yeterli olmadığı düşüncesindeyiz. Buna ek olarak, 20.02.2001 tarihli Yargıtay kararında yer alan olayda olduğu gibi, bir resmin fotoğrafının çekilip bir katalogda kullanılması o fotoğraf, sahibinin hususiyetini taşıyan müstakil bir eser niteliğinde ise bir işleme olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık eğer söz konusu fotoğraf bağımsız bir eser

---

[278] **Tekinalp**, § 14/91, s. 173.
[279] **Hirsch**, Fikri Say, s. 176; **Arslanlı**, s. 150.
[280] "*…Davalının eyleminin, söz konusu resmin kopyasını takvim nüshalarına basarak çoğaltmak ve umuma arz etmek olduğu, bu itibarla FSEK.nun 22. maddesinde yer alan çoğaltma hakkının ve aynı Yasanın 14. maddesinde belirtilen umuma arz yetkisinin ihlal edildiği, tazminatların hesap ve takdirinde de herhangi bir usulsüzlüğün bulunmadığı anlaşılmaktadır...*" Yargıtay 11. HD., E. 2000/10395, K. 2001/1478, T. 20.02.2001, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (17.12.2014).
[281] Hangi fotoğrafların eser niteliğinde kabul edildiklerine ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Şafak Parlak Börü**, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara 2013.

niteliğinde değilse bu fiil bir çoğaltma olarak görülebilir. Ancak zaten hâlihazırda sahibinin rızasıyla fotoğraflanan bir resmin bir katalogda kullanılması ise işlemenin çoğaltılması olarak nitelendirilebilir. Dolayısyla, bu hususlar incelenmeden, söz konusu durumları sadece algılanabilir olma kıstasıyla işleme olarak kabul etmenin de hiçbir ayrım gözetmeksizin her eylemi çoğaltma olarak görmenin de eksik olacağı kanaatindeyiz.

Eserin çoğaltılması neticesinde elde edilecek olan ekonomik faydadan münhasıran eser sahibinin yararlanması için öngörülmüş olan ve mali hakların en eski ve en önemlilerinden birini oluşturan [282] çoğaltma hakkı, eser sahibi tarafından bizzat kullanılabileceği gibi başkasına da devredilebilir. Burada belirtilmesi gereken husus, bir eserin cisimleştiği eşyanın aslının veya kopyalarının mülkiyetinin devrinin, aksi kararlaştırılmadıkça, çoğaltma hakkının devrini içermediğidir. Buna karşılık, bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma yetkisi bulunan kişiden kalıp ve benzeri çoğaltma aletlerinin zilyetliğinin devrinin alınması ise, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eserin çoğaltma hakkının devrini de kapsamaktadır. (FSEK md. 57)

cc) Yayma Hakkı

Yayma hakkı FSEK md. 23/I uyarınca "*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı…*" olarak tanımlanmaktadır. FSEK md. 7'de yayımlama kavramından bahsedilmektedir. Buna göre yayımlama, bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaların hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma, dağıtılma veya diğer bir şekilde

[282] **Erel**, s. 162. Çoğaltma hakkının bugünkü fikri hakların çekirdeğini oluşturduğu, diğer mali hakların çoğaltma hakkından türediği ve özellikle Anglo-Sakson hukukundaki *copyright* kelimesinin esasen en eski mali hak olan çoğaltma hakkını ifade ettiği kabul edilmektedir (**Tekinalp**, § 14/90, s. 184).

ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilmesidir.[283] O halde yayma hakkı ile birlikte eser, umuma arz edilmiş olmaktadır. FSEK md. 23/I'de düzenlenen "yayma hakkı" ile aslında md. 7'de düzenlenen "yayımlama" eylemi düzenlenmektedir.[284] Bu açıdan, çoğaltma hakkının eserin umuma arz edilmesi sonucunu doğurmadığı; zira tek bir nüshanın elde edilmesinin dahi yeri geldiğinde bir çoğaltma olduğu ve çoğaltılan nüshaların umuma arzının ancak yayma hakkı ile sağlanabildiği söylenebilir. Çoğaltma ve yayma hakkı çoğu zaman birbirinin tamamlayıcısı olmakta ve bu iki hak birlikte devredilmektedir. Özellikle yayın sözleşmeleri bakımından yayma ve çoğaltma hakkının birlikte devredilmiş olması zaten zorunlu bir unsurdur. Ancak çoğaltma ve yayma hakkı birbirinden bağımsız iki ayrı mali hak olduğundan, kuşkusuz yayın sözleşmelerindeki istisna hariç tutulmak kaydıyla, bunların ayrı ayrı devredilmeleri bakımından bir engel bulunmamaktadır.[285]

---

[283] Doktrinde yayma (FSEK md. 23) ve yayımlama (FSEK md. 7) kavramları arasında bir fark olup olmadığı tartışılmalıdır. Bir kısım yazarlar her iki maddede de aynı kavramların kullanılmış olduğunu ve iki madde arasında bir fark bulunmadığını iddia ederken (**Arslanlı,** s. 100; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 361-362); bir kısım yazarlar da yayma hakkının eser sahibinin mali haklarından biri ve yayımlamanın ise eser sahibinin yayma hakkının kullanılması suretiyle eserin kamuya arz edilmesi olgusu olduğunu ve bu açıdan her iki kavram arasında bir ayrım yapmak gerektiğini belirtmektedirler (**Tekinalp,** § 14/97, s. 186; **Ayiter**, s. 133; **Öngören**, s. 107; **Genç Arıdemir**, s. 94; **Erel**, s. 170). *Ateş*, yaymayı ekonomik nitelikteki bir yetkinin kullanılması olarak tanımlarken; yayımlamayı ise eserin ilk kez alenileştirilmesi olarak nitelendirmektedir (**Ateş**, Hakların Sınırlandırılması, s. 170).
Ayiter, FSEK'in neden yayma (md. 23) ve yayımlama (md. 7) ayrımı yaptığının, hukukumuza UrhG'den giren yayma hakkının bu haliyle kanunda yer almasının doktrindeki yoğun eleştiriler ve tartışmalar neticesinde uzun sürede gerçekleştiği olgusunun bilinmeden anlaşılamayacağını belirtmiştir (**Ayiter,** s. 133, dipn. 36).
5187 sayılı Basın Kanunu md. 2 uyarınca yayım, "*basılmış eserlerin herhangi bir şekilde kamuya sunulması*" olarak tanımlanmıştır. Kuşkusuz Basın Kanunu bakımından yayımın önemi, mali hakların değerlendirilmesi olmayıp; eserin kamuya arz edilme olgusudur.
Arıdemir, FSEK'te yer alan "yayım", "yayın", "yayımlamak", "yayınlamak", "yayılmak" kavramlarının özensiz ve gelişigüzel kullandığı görüşündedir (**Genç Arıdemir**, s. 95-96).
6098 Sayılı TBK'da yer alan yeni yayın sözleşmesi düzenlemeleri bakımından buradaki kavramların da özensiz ve gelişigüzel kullanıldığına (özellikle yayın, yayım, yayıncı, yayımcı kavramlarının) ve buradaki kavramların hem kendi içlerinde tutarsız hem de FSEK ile uyumsuz olduğuna ilişkin bkz. **Başak Bak,** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yayın Sözleşmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler", TBBD, Yıl 25, Sa. 101, Temmuz-Ağustos 2012.

[284] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 361-362.

[285] *Karahan/Suluk/Saraç/Nal*, bir tablonun satılması, kiralanması veya ödünç verilmesi örneğinde olduğu gibi tek bir nüshanın dahi yayımlanabileceği ve yaymadan önce çoğaltma zorunluluğu bulunmadığı; bir diğer ifadeyle bu iki hakkın bir arada var olmasının gerekli olmadığı görüşündedir (**Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 97).
Erel, eserin aslının kamuya sunulmasını yayma değil; temsil olarak görmektedir. Yazara göre yayma hakkından söz edebilmek için eserin aslının değil; çoğaltılmış nüshaların sunulması gerekmektedir.

Yayma hakkından bahsedebilmek için eserin bir kalıba sokulması, fiziksel olarak kamuya sunulması gerekmektedir. Eser fiziksel olarak piyasaya sürülmüyorsa veya henüz maddi bir varlığa bağlanmamışsa (örn. doğaçlama bir müzik parçası) bu bir yayma değildir. Bu açıdan gösterim ve sahneleme yayma değil; temsil hakkıdır. Bu açıdan kanımızca henüz yayımlanmamış bir şiirin veya bestenin sahibinin izni olmadan okunması veya çalınması yayma hakkının değil temsil hakkının ihlaline vücut verir. Yine aynı şekilde eserlerin internetten veya telefondan indirilmesi veya eserlerin internette vb. dijital ortamlarda sunulması da yayma hakkına vücut vermez. İnternetten indirmek çoğaltma, dijital ortamda sunmak ise umuma iletim hakkıdır. Zira yayma hakkı, maddi bir cisme bürünmüş nüshalar açısından söz konusu olup; maddi bir cisme sahip olmayan icraların dağıtımı yayma değildir. [286]

Yayma hakkı, bir eseri ticaret mevkiine koymak, umuma arz etmek,[287] eseri tedavüle çıkarmak anlamına gelmektedir. Ancak iktisadi bir amaç güdülmesi veya kâr elde etme amacı, yayma hakkı bakımından önemli değildir.[288] Bu açıdan bir kimseye

---

Ancak yazar, güzel sanat eserleri bakımından bu görüşünden ayrılmakta ve bu durumda güzel sanat eserlerinin asıllarının satışını, kiralanmasını veya ödünç verilmesini de yayma hakkı olarak görmektedir (**Erel**, s. 170 ve 172). Ne var ki FSEK md. 23, güzel sanat eserleri ayrımı yapmaksızın "e*serin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını"* ibaresini içermektedir. Bu açıdan güzel sanat eserleri haricindeki eserlerin asıllarının kamuya sunulmasını temsil olarak nitelendiren yazarın, çoğaltma olmadan yaymanın da olmayacağını düşündüğü ve bu iki hakkı birbirinin devamı olarak gördüğü aşikârıdır.
Ayiter, çoğaltmanın yayma yetkisinin kullanılması için zorunlu olduğu görüşündedir (**Ayiter**, s. 134).
Hirsch ve *Arslanlı* ise çoğaltmadan ayrı bir yayma hakkı tanınmasında bilakis bir fayda görmektedirler. (**Hirsch**, Fikri Say, s. 181-182; **Arslanlı**, s. 101).

[286] **Hirsch,** Fikri Say, s. 186; **Arslanlı**, s. 102; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 364; **Ateş,** Hakların Sınırlandırılması, s. 173; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 97-98; **Öngören**, s. 111-112; **Memiş**, s. 112.
Eserin bir web sitesinden alınıp bir başkasına kopyalanması ya da e-mail veya başka yollarla gönderilmesi de yayma hakkı olmayıp; çoğaltma, temsil veya duruma göre umuma iletim hakkı ile ilgilidir (**Akipek/Dardağan**, s. 59).

[287] Yazarlar önerinin (icabın) dahi yayma hakkını ihlal ettiğini ve bu açıdan eser nüshası gönderme önerisini de bir çeşit yayma hakkının ihlali olarak görmektedirler (**Karahan/Suluk/Saraç/Na**l, s. 97). Buna ek olarak *Öztan,* umuma arzın borçlar hukukundaki anlamıyla belirsiz kişilere yönelik bir öneri (icap) sayılmasının zorunlu olmadığından ve umuma arzı ekonomik anlamıyla düşünmek gerektiğinden bahsetmektedir. Buna göre yazar, eser sahibinin arkadaşlarına, akrabalarına veya yanında çalışan kimseler gibi kişisel ilişkiler içerisinde olduğu kimselere bu gibi tekliflerde bulunmasını veya eserin el altından satışa sunulmasını umuma arz niteliğinde görmemektedir (**Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 365).

[288] **Tekinalp**, § 14/96, s. 186; **Arslanlı,** s. 102; **Erel**, s. 172; **Ateş**, Hakların Sınırlandırılması, s. 173.

ait eser nüshalarını sadece ideal amaçlarla izinsiz bir biçimde dağıtmak da yayma hakkı ihlaline vücut vermektedir. [289]

Yayma, bir ürünün veya çoğaltılmış nüshalarının *satışa çıkarılması* biçiminde gerçekleşebilir. [290] Satışa çıkarma, eserin satılmasını sağlamak için yapılan tüm hareketleri kapsar. Bu açıdan satışa çıkarmanın, eserin veya çoğaltılmış nüshalarının bir bedel karşılığında mülkiyetinin devri işlemleri ile deneme kaydıyla satış, trampa, bağışlama vb. işlemleri kapsadığı kabul edilmektedir. [291]

Yaymadan söz edebilmek için mutlaka mülkiyetin devredilmiş olması gerekli değildir; zilyetliğin devri dahi yeterlidir. Bu açıdan eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının *kiralanması* veya *ödünç verilmesi* fiilleri de yaymaya vücut vermektedir. Kiralamada eserin veya nüshaların kullanımının belirli bir süre için karşı tarafa bırakılması ve doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya ticari bir menfaat sağlanması söz konusu iken; ödünç vermede eserin veya nüshaların ekonomik veya ticari bir menfaat güdülmeksizin belli bir süre *kamuya açık kurumlar yoluyla* [292] kullanıma sunulması söz konusudur. Kiralama ile ödünç verme arasındaki fark, kiralamada kişi kendisine bir menfaat sağlanmayı amaçlanmaktayken; ödünç vermede ise eserin herhangi bir menfaat sağlama amacı güdülmeksizin yalnızca toplumsal düşüncelerle kullanıma sunulmasının söz konusu olmasıdır (örn. kütüphaneler, kültür merkezleri vb.). [293]

Yayma hakkı sadece satmak, kiralamak veya ödünç vermekten oluşmaz. Bu durum, FSEK md. 23/I'de yer alan " *…veya diğer yollarla dağıtmak hakkı…" [294]*

[289] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 367.
[290] WCT md. 6/I uyarınca, bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış veya mülkiyetin devrini sağlayan diğer bir yöntemle umuma arz edilmesi yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.
[291] **Ateş**, Haklarında Sınırlandırılması, s. 172; **Öngören**, s. 103.
[292] Ödünç verme ile kastedilen, kamuya ödünç vermedir. Kuşkusuz kişisel ödünç verme serbesttir. Aynı yönde: **Karahan/Suluk/Saraç/Nal,** s. 98.
[293] **Tekinalp**, § 14/101, s. 187-188; **Öngören,** s. 103-105.
[294] Örneğin telepazarlama veya elektronik ticaret gibi internet üzerinden satış ve pazarlama yöntemleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **Ateş,** Hakların Sınırlandırılması, s. 173.

ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu, eserin ticaret konusu yapılmasını da içerisine alan geniş bir ifadedir.

FSEK md. 23/II'de "*Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakki sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkini kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların* ***yeniden satışı*** *eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez."* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, tükenme ilkesi ile ilgilidir.

Tükenme ilkesi (*Erschöpfungsgrundsatz; exhaustion doctrine*), eser sahibi eserin ilk satışına karar verdikten ve eserin veya çoğaltılmış nüshaların satışına bir kere rıza gösterdikten sonra bu iznin izleyen satışlar için de geçerli olacağına ilişkin olup; ilk satıştan sonra yayın hakkının tükeneceği ve eserin sonraki kişilere serbestçe satılabileceği anlamına gelmektedir. Ancak FSEK md. 23/II'de öngörülen tükenme ilkesi, kiralama veya ödünç verme hakları ile ilgili olmayıp; tükenen sadece satış ve dağıtım hakkıdır. Maddeden anlaşıldığı üzere FSEK, tükenme ilkesini yalnızca ilk defa yurt içinde satılan veya dağıtılan eserlerle sınırlı bir biçimde tanımıştır (*ülkesel tükenme*; *national exhaustion*). [295]

Yayma hakkı, eser sahibine ait olup eser sahibi yayma hakkını veya kullanma yetkisini bir başkasına bırakabilir.

---

[295] **Wandtke/Bullinger-Heerma**, § 17, Rn. 34-35; **Carsten Fink**, "*Entering The Jungle of Intellectual Property Righsts Exhaustion and Parallel Importation*", Intellectual Property and Development, New York 2005, s. 171 vd.; **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 368-369; **Tekinalp**, § 14/106-107, s. 191; **Erel**, s. 173.
Alman hukuku bakımından tükenme ilkesi, sadece Almanya ile sınırlı olmayıp Avrupa Birliği alanında veya Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşmasına üye devletlerde satışa sunulan eserler bakımından da söz konusu olan bir ilkedir. (UrhG § 17/II).

dd) Temsil Hakkı

FSEK md. 24'te yer alan *"Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarıyan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir."* hükmü uyarınca, bir eseri temsil etmek; bir eseri doğrudan veya dolaylı olarak umuma arz suretiyle [296] *okumak, çalmak, oynatmak* ve *göstermek* vb. eylemler gerçekleştirmek olarak tanımlanabilir. [297]

Çoğaltma ve yayma haklarında söz konusu olan, mutlaka fiziki varlığı olan bir madde üzerinde cisimleşmek olgusudur. Temsilde ise eserin üçüncü şahısların algısına sunulması olgusu, şiirin okunması veya piyesin oynanması örneklerinde olduğu gibi sabit olmayan [298] ve gayri maddi bir tarzda gerçekleşmektedir. [299]

Temsil, eser sahibi ile muhatap arasına herhangi bir vasıta girmeksizin (doğrudan) canlı bir şekilde gerçekleşebileceği gibi; önce tespit edilip sonra işaret, ses veya resim nakline yarayan araçlar vasıtasıyla (dolaylı) da gerçekleşebilmektedir. Temsil hakkının devrinin kural olarak sadece doğrudan doğruya temsili kapsadığı kabul edilmektedir. Nitekim FSEK md. 24/II uyarınca "*Temsilin umuma arzedilmek*

---

[296] **Arslanlı**, s. 107-108; **Tekinalp**, § 14/109, s. 192-193; **Erel,** s. 176; **Öngören**, s. 116.
Eğer temsil tek tek önceden tespit edilmiş kişilere yapılıyorsa ve bu kişiler arasında belirli ilişkiler mevcutsa umuma arz ve dolayısıyla bir temsil söz konusu olmaz. Yine aynı şekilde bir kimse eseri hiç kimsenin bulunmadığı boş bir mekânda temsil etse bu yine teknik anlamda bir temsil olmamaktadır. Zira maddede umumi mahal ile kastedilen aslında eserin umuma arz edilmesi olgusudur (**Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 378-379). *Ateş*, eserin boş bir mekânda temsilini de teknik anlamda bir temsil faaliyeti olarak görmektedir; zira yazara göre umuma arzdaki umum kavramı gerçek bir topluluğu ifade ettiği kadar, potansiyel bir topluluğu da ifade etmektedir (**Ateş**, Hakların Sınırlandırılması, s. 179).
Aynı şekilde, bir eserin aile bireylerine veya yakın sınırlı bir arkadaş çevresine sunulması temsil olarak nitelendirilemez (**Akipek/Dardağan**, s. 60).
Bu açıdan "umum" ile, eseri kullanan veya eseri fiziksel olmayan bir formda algılayan veya ona erişebilen kimseler ile kişisel bağlantısı olmayanlar kastedilmektedir. (UrhG § 15/III)

[297] Bern Sözleşmesi md. 11 ve 11 ikinci tekrar uyarınca, drama eserlerinin, drama-müzikal eserler ve müzikal eserlerin her türlü icrası; edebiyat eserlerinin her türlü araçla umuma sunulması ve sunulan eserlerin nakli, münhasıran eser sahibine aittir.

[298] Sabit olmayan tarz ile kastedilen, eserden yararlanmanın geçici ve yaralanma anıyla sınırlı olmasıdır (**Erel**, s. 176; **Ayiter,** s. 136; **Öngören**, s. 116; **Ateş**, Hakların Sınırlandırılması, s. 178).

[299] **Hirsch,** Fikri Say, s. 186; **Arslanlı**, s. 104; **Ateş,** Hakların Sınırlandırılması, s. 178. *Ayiter,* bu hususu eserin doğrudan doğruya duyulara hitap edecek şekilde kamuya sunulması olarak tanımlamaktadır (**Ayiter**, s. 136).

üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir." FSEK md. 24/II'de yer alan temsil canlı bir şekilde gerçekleşiyor olmasına rağmen araya bir vasıta girmektedir ve bu sebeple dolaylı temsil olarak anılmaktadır. FSEK md. 24/II'de anılan durum için eser sahibinden ayrıca izin alınması gerekmektedir.[300]

Doğrudan ve dolaylı temsil şu örneklerle açıklanabilir: Bir konserin izlenmesi doğrudan temsile; bu konserin kaydının daha sonra CD formatında piyasaya sürülmesi ve bu CD'nin bir mekânda çalınması dolaylı temsile örnektir. Bu konserin vuku bulduğu sırada konser salonunda yer kalmamış olması nedeniyle performansın ekran ve hoparlörler aracılığıyla başka bir salonda izlettirilmesi ise yine dolaylı bir temsil türü olan temsilin vuku bulduğu mahalden başka bir yere teknik bir vasıta ile nakline (FSEK md. 24/II) bir örnektir. [301]

Okumak; tebliğ sunulması, ders verilmesi, sempozyumda konuşma yapılması örneklerinde olduğu gibi bir eserin bir dinleyici kitlesinin karşısında doğrudan takdim edilmesidir. Çalmak, bir müzik eserinin şarkı olarak söylenmesi veya bir müzik aletiyle çalınmasında olduğu gibi müziğin her türlü icrasını içermektedir. Oynamak; tiyatro eserlerinin, operaların, müzikal veya koreografik vb. eserlerin göze hitap eden hareketli bir tarzda umuma arz edilmesidir. Göstermek ise sinema eserlerinin[302] veya bir güzel sanat eserinin seyrettirilmesi veya sergilenmesi örneklerindeki gibi umuma arz edilmesidir. Bu arz, çoğu zaman teknik bir vasıta ile gerçekleşmekte olup, bu

[300] **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 377; **Ateş,** Hakların Sınırlandırılması, s. 180 ve 184.
[301] **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 101-102.
[302] Sinema eserleri bakımından eserin okunması, çalınması veya oynanması haklarının değil; doğrudan doğruya sadece göstermek hakkının söz konusu olduğu (**Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 383) ve filmlerin gösterilmesinin doğrudan temsilin bir türü olduğu savunulmaktadır (**Ayiter**, s. 137; **Erel**, s. 178).

durumun FSEK md. 24'te sayılan işaret, ses veya resim nakline yarıyan aletlerle yapılması mümkün; ancak zorunlu değildir. [303]

Eğer eser sahibi bir meslek birliğine üye ise temsil hakkının diğer kişilerce kullanılması için ayrıca ilgili meslek birliğinin de yazılı iznine ihtiyaç vardır. (FSEK md. 24/III)

Bir eserin umuma açık mahallerde doğrudan veya dolaylı temsili için bu yerlerin sahiplerinin ve işletmecilerinin eser sahibinden, icracı sanatçılardan veya yapımcılardan veya bunların üye oldukları meslek kuruluşlarından, bir temsil hakkı veya lisans devralmış olmaları gerekmektedir. Bu devir, mali hakların devredildiğinin tek tek gösterilmesi ve devrin yazılı olması kuralını içeren FSEK md. 52'ye uygun olacak şekilde gerçekleştirilmelidir. (FSEK md. 41)

ee) İşaret Ses Ve/Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

FSEK md. 25 uyarınca *"Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı munhasıran eser sahibine aittir.*

Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.

[303] **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 380-383; **Arslanlı**, s. 105; **Tekinalp**, § 14/110, s. 193.

Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez." [304]

Maddede hem umuma iletim hem de yeniden yayımlama suretiyle umuma iletim hakkını düzenlemiştir. FSEK md. 25 kapsamında düzenlenen umuma iletim ile radyo-televizyon, kablo, uydu gibi telli ve telsiz yayın yapan kuruluşlar veya dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yapılan her yayımlama faaliyeti değil; eserlerin son tüketiciye sunulması faaliyeti kast edilmektedir.[305] Ancak burada eser sahibinin muhatabı her zaman için yayın yapan kuruluş veya eseri internete koyandır. Bu açıdan, son tüketiciyle eser sahibi arasında herhangi bir bağ söz konusu olmamaktadır. [306]

Eserin radyo-televizyon veya internet gibi araçlar yoluyla geniş kitlelere ulaşmasındaki önem dikkate alınarak bu durumun başlı başına ayrı bir mali hak olarak düzenlenmesi mantığından hareketle kabul edilen umuma iletim hakkı,[307] aslında bir tür temsil hakkı olarak düşünülmekte ve temsil hakkının teknolojinin gelişmesine paralel bir biçimde gelişen bir türü olarak görülmektedir. [308] Umuma iletim hakkının temsilden ayrıldığı nokta ise temsilde eserin görece olarak daha kapalı bir topluluk olan "*umum tarafından algılanabilmesi*" imkânı söz konusu iken; umuma iletim hakkında eserin sınırlı olmayan bir mekânda ve kitle iletişim araçları ile "*umuma*

[304] Bu madde 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce "*Radyo ile Yayın Hakkı*" iken; bu tarihte yapılan bir değişiklik ile Bern Sözleşmesi ve WCT gibi bazı uluslararası düzenlemelerle uyumlu hale getirilmiştir. Bern Sözleşmesi md. 11tekrar uyarınca eserlerin radyo- televizyon ile veya diğer telli veya telsiz yayın vasıtalarıyla umuma arz edilmesi; eserlerin başka kuruluşların yayınlarından alınarak yeniden yayımlanması veya hoparlör, monitör vb. araçlarla topluma iletilmesi suretiyle iletim hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yine WCT md. 11 uyarınca, sözleşmeye üye devletler, teknolojik yöntemlerin haksız bir biçimde kullanılmasına engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.
[305] **Tekinalp**, § 14/111b, s. 194-195.
[306] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 387.
[307] **Erel**, s. 183.
[308] **Akipek/Dardağan**, s. 61; **Erel,** s. 183; **Ateş**, Hakların Sınırlandırılması, s. 188-189.

ulaşmasının" söz konusu olmasıdır. [309] Bu konuda şu örnek verilebilir: Bir mekânda CD'den veya canlı bir performans ile çalınan müzik sadece o mekânda bulunanlar (umum) tarafından algılanabilirken (temsil hakkı); radyoda veya televizyonda çalınan müzik, o yayının ulaştığı bölgedeki tüm kişilerce (umum) dinlenmektedir (umuma iletim hakkı). [310] Aynı şekilde eserlerin internette vb. dijital ortamlarda sunulması da bir umuma iletim hakkıdır. [311]

Yayın kuruluşları, söz konusu eserlerin umuma iletimi için FSEK md. 52'ye uygun bir sözleşme yapmak suretiyle eser sahiplerinden, bağlantılı hak sahiplerinden ve ilgili meslek kuruluşlarından izin almak ve gerekli ücretleri ödemekle yükümlüdürler. (FSEK md. 43)

Eser sahibi, tıpkı diğer mali hakları gibi, umuma iletim hakkını da üçüncü kişilere devredebilmektedir.

c) Mali Hakların Devri Sözleşmesi

Mali haklar, süre, yer ve içerik bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ve karşılıklı veya karşılıksız olarak üçüncü kişilere devredilebilir (FSEK md. 48/I). Mali hakların devredilmesi, hakkın, devredenin malvarlığından çıkıp devredilenin malvarlığına geçmesini sağlayan bir tasarruf işlemidir. Böylece mali hakkı devralan kişi mutlak bir hak elde etmiş olur. Devralan kişi tıpkı eser sahibi gibi

[309] *Kılıçoğlu*, "temsil hakkı" ile "umuma iletim hakkını" birbirinden ayırt edilmesi noktasında, yayım konusunda başvurulan yöntem ve tekniğin farklılığına işaret etmektedir. Yazara göre umuma iletimde temsilden farklı olarak, *kitle iletişim araçlarıyla yayımlama* söz konusudur. Yazar, yayımlama fiilini bu şekilde tabir ederken aynı zamanda söz konusu kavramı, eserin ilk kez kamuoyuna açıklanması veya eserin içeriği hakkında kamuoyuna bilgi verilmesi olarak tanımladığı "yayma hakkından" da ayırmakta; ancak bir yandan da her iki eylem arasındaki irtibata dikkat çekerek, kitle iletişim araçlarıyla yayımlama hakkı olarak tanımladığı umuma iletim hakkının kullanılmasıyla beraber diğer bir mali hak olan yayma hakkının da tükenmiş olacağını belirtmektedir (**Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 297-298).

[310] **Arslanlı**, s. 110; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 102-103.

[311] Ancak eserin kişinin şahsi çevresi içerisinde kalan kişilere e-posta aracılığıyla gönderilmesi, umuma iletim olarak nitelendirilemez. Buna karşılık kişilerin bilgisayarlarında kayıtlı bulundurulan filmlerin veya müziklerin diğer internet kullanıcıları tarafından kopyalanması imkânına yönelik dosya paylaşım programları söz konusu olduğunda umuma iletimin gerçekleştiği yönünde kuşku yoktur. Aynı yönde: **Memiş**, s. 117-118.

mali hakları kullanabilir ve dahası bu hakkın/hakların ihlal edilmesi halinde eser sahibine tanınan hukuk ve ceza davalarının tümünü kendi adına açabilir. Ayrıca bu hakları eser sahibine veya mirasçılarına karşı da savunabilir. [312]

Mali haklar yer itibariyle herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın veya sınırlı bir biçimde devredilebilir. Örneğin bir eserin temsil hakkı sadece Ankara ili sınırları içerisinde geçerli olmak üzere devredilebilir.

Mali haklar ivazlı veya ivazsız bir biçimde de devredilebilir.[313] Hakların ivazlı veya ivazsız bir biçimde devredilmeleri, daha ziyade devredilen mali hakların mevcut olmaması halinde önem arz eder (FSEK md. 53).

Mali haklar süreli veya süresiz bir biçimde de devredilebilir. Mali haklar, süreli bir şekilde devredilirse o sürenin sonuna kadar; eğer süresiz bir biçimde devredilmişse de koruma sürelerinin sonuna kadar hak sahibinde kalır (FSEK md. 26-27).

Mali hakların tümü süresiz bir biçimde eser sahibinin malvarlığından çıkmış ve bir başkasının malvarlığına dâhil olmuş olsa ve dahası devralan, iktisap ettiği mali hakkı/hakları herkese ve bu arada eser sahibinin veya mirasçılarının ihlallerine karşı koruyabiliyor, tüm hukuk ve ceza davalarını kendi adına açabiliyor, hatta eğer izin verilmişse bu hakkı/hakları tıpkı eser sahibi gibi bir başkasına devredebiliyor olsa dahi eser sahibinin, eserinin korunmasındaki menfaati yine de devam etmektedir. Zira eser sahibinin tüm mali haklardan süresiz bir biçimde el çektiği bir durumda dahi manevi haklar eser sahibinden kalmaya devam etmektedir. Manevi hakların sözleşme ile bir başkasına devredilmesi halinde bu devir, hükümsüzdür. Bu sebeple, bir kimsenin mali ve manevi hakların bütününü içeren eser sahipliği sıfatını ve eser sahipliğinden doğan haklarının tümünü devrettiğinden bahsedilemez. Mali hakların

[312] **Arslanlı,** s. 172-173; **Gökyayla,** s. 45; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 553-554; 559; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 128; **Tüysüz**, s. 76; **Ayiter,** s. 207.
[313] Örneğin yayma ve çoğaltma hakkının devredildiği yayın sözleşmeleri bakımından kural, bu sözleşmelerin ivazlı yapılması olup; bu durumun aksi kararlaştırılabilir. (TBK md. 496)

devri halinde manevi haklar yine de eser sahibinde kalmaya devam edeceğinden fikri haklara ilişkin sözleşmelerde taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisinin varlığı devam etmektedir. Bu açıdan, manevi haklar süresiz bir biçimde bir başkasına bırakılmış olsa dahi tüm mali haklar aslında manevi hakların kontrolü altındadır. Eser sahibinin, eser üzerindeki mali hakkı ile ilişkisi artık kesilmiş olsa dahi manevi hakları devam eder. Bu nedenle mali haklara yönelik bir tecavüz manevi hakları da ihlal etmekteyse, eser sahibi bu ihlale yine de müdahale edebilmelidir. Mali hakkı devralan kişi de devraldığı bu hakkı, eser sahibinin manevi haklarını gözeterek kullanmalıdır. Kanaatimizce, eser sahipliğinden doğan mali ve manevi haklar arasındaki bu ilişki, fikri haklara yönelik sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak nitelendirmesine ve fikri hakların kendilerine has yapıları nedeniyle klasik borçlar hukuku sözleşmeleri olarak nitelendirilememesine yol açmaktadır.[314]

Mali hakların devrinin bir şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür.[315] Bununla birlikte, cayma hakkı bakımından anlam ifade eden, yalnızca bozucu şarta bağlı sözleşmelerdir. Zira geciktirici şarta bağlı yapılan mali hakkın devri sözleşmesinde mali hak henüz bu geciktirici şart gerçekleşmeden karşı tarafa devredilmiş olmadığından mali hakkın iktisap edilmesi koşulunun gerçekleşmesinden ve eser sahibinin bu mali hakların kullanılmaması nedeniyle cayma hakkını kullanmasından bahsedilemez.

Mali hakkın devri, sonuçları itibariyle alacağın devrine benzer nitelikte olup sebebe bağlı olmayan (soyut) bir tasarruf işlemidir.[316] Nitekim FSEK, devredilen mali hakkın mevcudiyeti bakımından alacağın devri hükümlerine (TBK md. 183 vd.) atıfta

[314] Bkz. Bölüm I, § 2, II, B.
[315] **Ayiter**, s. 207; **Gökyayla,** s. 46; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 555; **Arslanlı**, s. 172.
[316] **Erel**, s. 303; **Tüysüz,** s. 69 ve 77; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 559; **Gökyayla,** s. 47; **Arslanlı**, s. 172.

bulunmuştur. Bu hususta, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler saklıdır (FSEK md. 53). Buna göre, mali haklar ivazlı bir biçimde devredilmişse devreden, devir sırasında böyle bir mali hakkın var olduğunu garanti eder. Buna karşılık, mali haklar ivazsız bir biçimde veya kanun gereğince devredilmişse mali hakkın varlığı garanti edilmiş olmaz. Mali hakların varlığının garanti edildiği durumlarda eser sahibi; devir bedeli, faiz, devrin sebep olduğu giderler, varsa devralanın yaptığı ve sonuçsuz kalan girişimlerin yol açtığı giderler ve kendi kusursuzluğunu ispat etmediği müddetçe devralanın uğradığı diğer zararlardan sorumludur (TBK md. 191 ve 193). Mali hakların devri sözleşmelerinin tıpkı alacağın devri işleminde olduğu gibi yazılı bir biçimde yapılması gerekmektedir. Hatta mali hakların devri sözleşmelerinde devredilecek mali hakların hangileri olduğunun sözleşmede ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu bir unsurdur (FSEK md. 52). [317]

Mali hakların devri sözleşmesinde mali hakları devreden kişinin devre yetkili olması önem arz eder. Eser sahibinin kendi eseri üzerindeki mali hakların devri konusunda münhasıran yetkili olduğu aşikârdır. Bununla birlikte mali hakların devri sözleşmesinde devralanın bu mali hakkı dilerse üçüncü şahıslara da devredebileceği kararlaştırılabilir. Eğer mali hak bu şekilde devredilmişse, hakkı devralan kişi tıpkı eser sahibi gibi mali hak üzerinde tasarruf ederek bu hakkı bir başkasına devredebilir (FSEK md. 49/I).[318] Ancak eser sahibinden mali hakları devralan kişinin kural olarak

[317] Mali hakların devri taahhüdü sözleşmesi FSEK md. 52'deki kural gereğince yazılı şekilde yapılmalıdır. FSEK md. 52: "*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*." TBK md. 184/II: "*Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir*." Oysa alacağın devri taahhüdü sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir.
Üstün, "*bütün mali haklarımı devrettim*" beyanının yanı sıra örneğin "*tüm çoğaltma haklarımı devrettim*" gibi bir ifadenin de FSEK md. 52'ye aykırı olduğunu; zira mali hakların mutlaka coğrafi alan, süre, medya türü, adet vs. gibi sınırlamalarla devredilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak yazara göre işleme hakkının devrinde FSEK md. 52'nin katı bir biçimde uygulanması gerekmez. Bkz. Bölüm III, § 1, I, A, s. 125 vd. (**Üstün,** İşleme Eserler, s. 218).

[318] Mali hakkı devralan, eser sahibinin izni olmadıkça bu hakkı bir başkasına devredemez. Bu hükmün amacı, eser sahibinin eseri ile olan bağlantısını koparmamak ve eserinin kullanılış şekli üzerindeki kontrolünü devam ettirebilmesini sağlamaktır. Sözleşme, sonraki devirlerin de mümkün olduğuna dair

mali hakları bir başkasına devretme yetkisi yoktur. FSEK bu durumda devralan üçüncü kişilerin iyiniyetini korumamakta ve mali hakları devre yetkili olmayan bir kimseden iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyetli olsalar dahi mali hakları iktisap edemeyeceklerinden bahsetmektedir. Devreden kişi devre yetkisiz olduğu hususunun devralan kişi tarafından bilindiğini veya bilinebileceğini ispat etmedikçe; bir diğer ifadeyle yetkisiz devreden devralanın kötüniyetli olduğunu ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından dolayı iyiniyetli üçüncü kişinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür (FSEK md. 54). Yetkisiz devirde iyiniyetin korunmaması, eser sahibinin eseri ile olan bağlantısının koparılmaması ve eserinin kullanılış şekli üzerindeki kontrolünün devamının sağlanması amacı ile de uyumludur.

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanacak eserler üzerindeki mali haklar ise bu şekilde devredilemezler. Eğer devredilirlerse bu sözleşmeler hükümsüzdür (FSEK md. 48/III). Ancak bu eserler üzerinde, mali hakların devri taahhüdüne ilişkin sözleşmeler yapılabilir. [319] Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış bir eser üzerinde mali hakların devri taahhüdüne yönelik bir sözleşme yapıldığında, bu sözleşmeler bakımından eser sahibinin FSEK md. 58 uyarınca bir cayma hakkı olduğundan söz edilemez. Zira böyle bir durumda cayma hakkını ileri sürmenin ilk koşulu olan mali bir hak iktisap edilmesi şartı olayda gerçekleşmiş değildir. Ancak yine de bu sözleşmeler fesih yoluyla sona erdirilebilir. Eser sahibi –ve aynı şekilde sözleşmenin karşı tarafı da- bir ihbar üzerine ve bu ihbardan itibaren bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere sözleşmeyi feshedebilir (FSEK md. 50). Buna göre, taraflara FSEK md. 50 uyarınca henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış

---

açık bir izni ihtiva etmedikçe sonraki her bir devir için ayrı ayrı izin verilmesi gerekmektedir. (**Karahan/Suluk/Saraç/Nal,** s. 128)
Eser üzerindeki mali hakların böyle bir izin söz konusu olmaksızın devredilebileceği haller mevcuttur. Örneğin işletmelerin devri. Bkz. Bölüm II, § 2, IV, B, c.

[319] FSEK sistemi, mali hakları veya bunları kullanma yetkilerinin devrini "*tasarruf"* işlemleri olarak adlandırmaktayken; bu hakların veya bunları kullanma yetkilerinin devrini taahhüt etmeyi ise isabetsiz bir şekilde "*sözleşmeler"* olarak adlandırmaktadır. (Bkz. FSEK, Dördüncü Bölüm, md. 48 vd.)

eserler üzerinde kanuni bir fesih tanınmış olup; bu hak, sözleşme ile bertaraf edilemeyen bir haktır. Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi üzerine karşı taraftan herhangi bir tazminat istenemeyeceği, sözleşmede öngörülmüş olsa bile herhangi bir cezai şart talep edilemeyeceği ve bu bir yıllık sürenin sözleşme ile uzatılıp kısaltılabileceği kabul edilmektedir. [320] Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere yönelik sözleşmelerde eser tamamlanmadan önce eser sahibinin ölmesi veya kusuru olmaksızın eserin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesi üzerine sözleşme kendiliğinden sona ermiş olur. Aynı sonuç, sözleşmenin karşı tarafının iflas etmesi, mali hakları kullanmaktan acze düşmesi veya taahhüt edilen hakları kullanmasının kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi durumlarında da söz konusu olmaktadır. (FSEK md. 50/III)

Özetleyecek olursak, tamamlanmış ve FSEK anlamından korunan bir eser söz konusu ise bu eser üzerindeki mali hakların bir kısmı veya tamamı –zira bu haklar birbirinden bağımsızdır- herhangi bir süreye, yere veya kısıtlamaya tabi olmaksızın karşılıklı veya karşılıksız olarak bir başkasına devredilebileceği gibi bu hakların devredilmesine yönelik taahhüt işlemleri de yapılabilir. Ancak henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış bir eser söz konusu ise bu eserler sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilir. [321] Bu tür eserler üzerindeki mali hakların devrine yönelik bir sözleşme hükümsüz olacağı gibi bu sözleşmeye dayanarak FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkının kullanılması da söz konusu olmaz. İleride çıkacak mevzuata dayanarak, bu mevzuatın eser sahibine tanıyacağı bazı mali haklar üzerinde

[320] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 577; **Tekinalp,** § 15/36, s. 236-237. *Tekianlp,* burada bahsedilen hakkı, duruma göre kanuni bir fesih veya kanuni bir dönme hakkı olarak yorumlamaktadır (**Tekinalp**, § 15/36, s. 237).

[321] *Kılıçoğlu*, henüz vücuda getirilmemiş eserler için yapılan mali hakların devri taahhüdü sözleşmelerinin eğer sözleşmeler ivazlı bir biçimde yapılmışsa eser sözleşmesi; eğer ivazsız bir biçimde yapılmışsa vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşündedir (**Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 328). *Tekinalp*, bu sözleşmeleri eser sipariş sözleşmesi olarak adlandırmakta ve bu sözleşmelerin bir eser sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir (**Tekinalp,** § 16/66, s. 266).

de ne borçlandırıcı ne de tasarrufi işlemler yapmak caizdir. Aksi halde bu sözleşmeler de hükümsüz olarak kabul edilir (FSEK md. 51).

Mali hakların devri sözleşmelerinin uygulamada iki şekilde ortaya çıktığı kabul edilmektedir: Belirli bir mali hakkın/hakların sadece ekonomik anlamda değerlendirmek üzere bir meslek kuruluşuna veya bir üçüncü şahsa bırakılması veya eser sahibinin, eserine yönelik tecavüzlere karşı kendisini korumak üzere mali hakkını/haklarını bir meslek birliğine veya üçüncü şahıslara bırakması. Bu amaçlarla devredilen mali haklar bakımından devir, çeşitli sözleşmeler aracılığıyla gerçekleşebilir ve bu sözleşmeler çeşitli adlar altında kurulabilir. Örneğin, yayın sözleşmeleri; sahneleme, sergileme, filme çekme sözleşmeleri; meslek birlikleriyle yapılan çeşitli sözleşmeler; radyo-tv'de yayımlama sözleşmeleri vs. [322] Mali hakların devrine ilişkin sözleşmelere şu örnekler verilebilir: Bir doktora tezinin çoğaltma ve yayma hakkının geçici bir süreyle sadece Ankara'da dağıtım yapan bir yayınevine devredilmesi; Türkçe bir romanın Almanca'ya çevirme haklarının Almanya, İsviçre ve Avusturya'da geçerli olmak üzere bir kimseye bırakılması; bir müzik eserinin Avrupa'da kaset, plak veya CD şeklinde çoğaltma ve yayma haklarının bir müzik şirketine verilmesi; bir kısa filmin internetten yayımlanması hakkının devredilmesi; bir oyunun sahnelenmesi için temsil hakkının altı ay süreyle bir tiyatroya devredilmesi; bir romanın filme uyarlanması için işleme hakkının süresiz bir biçimde bir film şirketine devredilmesi vs.

Mali hakların devri sözleşmelerinin hangi ad altında ve hangi içerikte yapılmış olduğunun bir önemi yoktur. Ancak FSEK'te mali hakların devri durumunda uygulanacak olan bazı yorum kuralları ve bazı karineler mevcuttur. Mali hakların devri sözleşmeleri değerlendirirken bu hususlara da dikkat edilmesi gerekmektedir.

[322] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 554-555; **Tekinalp,** § 15/12, s. 229 ve § 16/1, s. 251 vd.

Örneğin, kural olarak bir mali hakkın devri eserin tercüme ve diğer işlemelerini kapsamamaktadır (FSEK md. 55).[323] Eser nüshalarının mülkiyetinin bir başkasına devredilmiş olması mali hakların da devredilmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak bu durumun aksi kararlaştırılabilir (FSEK md. 57/I). Aksi kararlaştırılmış olmadıkça bir güzel sanat eserini çoğaltma hakkına sahip olan kişiden kalıp ve benzer çoğaltma araçlarının zilyetliğinin alınmış olması, çoğaltma hakkının da alındığı anlamına gelmektedir (FSEK md. 57/II). Sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı vardır (TBK md. 491). Aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe film yapımcıları filmin dublajını yapma ve altyazı yazma hakkına da sahiptirler (FSEK md. 80/C, 2).

d) Lisans (Ruhsat) Sözleşmesi

Anlamı, "*izin verilebilir (es ist erlaubt, it is permitted)"* olan "*licet*" kelimesinden gelen "*lisans*", lisans verenin lisans alana tanıdığı bir tür yetkidir. Bu anlamda, lisans sözleşmesinin kurulması ile beraber söz konusu mali hakkın/hakların mülkiyeti eser sahibinde kalmaya devam etmekte; ancak bu hakları kullanma yetkisi devralana geçmektedir. Bir diğer ifadeyle, lisans sözleşmelerinde mali hakları kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkileri, mali haktan ayrılarak lisans sahibine devredilmektedir. [324]

Lisans sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi niteliğindedir. Mali hakların mülkiyetinin devredildiği sözleşmeler bakımından dahi kabul ettiğimiz bu durumun

[323] *Öztan* ve *Arslanlı,* FSEK md. 52 hükmü uyarınca zaten devredilecek mali hakların ayrı ayrı sayılması zorunluluğu bulunduğu ve bu sebeple söz konusu yorum kuralının son derece gereksiz olduğu kanaatindedir (**Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 578; **Arslanlı**, s. 183). Bu görüşe katılmakla birlikte işleme hakkının devrinde FSEK md. 52'nin uygulanması açısından diğer mali hak devirlerinde olduğu kadar katı bir yorum yapılmaması gerektiğine yönelik *Üstün*'ün görüşünün hâlâ geçerli bir görüş olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmek isteriz. Bkz. Bölüm III, § 1, I, A, s. 126, dipn. 267.
[324] **Hilty**, Lizenzvertragsrecht, s. 7, dipn. 14; **Ortan**, s. 36; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 560-561.

mali hakların sadece kullanma yetkilerinin devredildiği lisans sözleşmeleri bakımından da kabul edilmesi yerindedir. Lisans sözleşmeleri rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz ve sui generis sözleşmeler olarak kabul edilmektedir.[325]

Mali haklar gibi, mali hakları kullanma yetkisi de süre, yer ve içerik bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ve karşılıklı veya karşılıksız olarak devredilebilir (FSEK md. 48/II). Bunun bir sonucu olarak, lisans (ruhsat) sözleşmeleri de yer itibariyle sınırlı olarak veya herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yapılabilir. Aynı şekilde, kullanma hakkı, ivazlı veya ivazsız bir şekilde, belirli bir süre ile sınırlı olarak veya koruma sürelerinin sonuna kadar süresiz bir biçimde bir başkasına devredilebilir veya bozucu şarta bağlı bir lisans sözleşmesi yapılabilir. Mali hakların devri sözleşmesi ile lisans sözleşmesi arasındaki benzerlikler sadece bunlarla sınırlı değildir. Tıpkı mali hakların devri sözleşmesinde olduğu gibi lisans sözleşmeleri de henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanacak eserler üzerinde yapılmaz. Eğer böyle bir lisans sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşme hükümsüz olacağı için buna dayanarak FSEK md. 58 uyarınca bir cayma hakkından bahsedilemez (FSEK md. 48/III). İleride çıkarılacak mevzuata dayanarak bu mevzuatın eser sahibine tanıyacağı bazı mali hakların kullanma yetkisi de bir başkasına devredilemez (FSEK md. 51). Henüz vücuda getirilmemiş bir esere ilişkin lisans taahhüdünde bulunulması ise caizdir (FSEK md. 50/I). Kanımızca bu durum lisans sözleşmeleri tasarruf işlemi olarak değil taahhüt işlemi olarak kabul edilse dahi böyledir. Buna karşılık FSEK, md. 48/III'te "…*Yukarıdaki fıkralarda sayılan tasarruf muameleleri*…" demek suretiyle zaten lisans sözleşmelerini de bir tasarruf işlemi olarak kabul ediyor gözükmektedir. Oysa doktrinde lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, lisans sözleşmelerinin de aynî etkili bir tasarruf

[325] **Strumpf/Micheal Groβ,** Der Lizenzvertrag, 8. Auf., Frankfurt am Main 2005, s. 42-43; **Aydıncık**, s. 70-75; **Ortan**, s. 39; **Hilty**, Lizenzvertragsrecht, s. 175; 370.

işlemi olduğu görüşünü paylaşmaktadırlar. [326] Buna karşılık bir başka görüş, lisans sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olduğu fikrini savunmaktadır. Bu yazarlar lisans hakkının mutlak değil, nisbî bir hak olduğu düşüncesindedirler.[327] Üçüncü bir görüş de bu konuda basit lisans-tam lisans ayrımı yapmakta ve en azından tam lisansta lisans alanın "*aynî hakkı andıran bir talep hakkına*" sahip olduğunu belirtmektedir.[328] Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda tam lisansın tasarruf işlemi olduğu yönünde görüş bildirmiştir.[329]

Lisans sözleşmelerinin ivazlı bir şekilde yapılması durumunda kullanma hakkını devreden, devir sırasında böyle bir hakkın varlığını taahhüt eder. Buna karşılık kullanma hakkının devri ivazsız bir şekilde veya kanun gereğince yapılmışsa (kanuni lisans) hakkın varlığı garanti edilmiş olmaz (FSEK md. 53 ve TBK md. 191; 193). Kullanma yetkisini, yetkili olmayan bir şahıstan devralan kişi iyiniyetli olsa dahi bu kişinin iyiniyeti korunmaz (FSEK md. 54) ve yine mali hakların devrinde olduğu gibi

---

[326] Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Tekinalp**, § 15/29, s. 234; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 560-564; **Erel**, s. 306; **Arslanlı**, s. 174-175; **Serozan**, s. 140; **Aydıncık**, s. 84; **Gökyayla**, s. 53. Aynı yönde: **Heinrich Hubmann/Manfred Rehbinder**, Urheber- und Verlagsrecht, 8. Auf., München 1995, s. 210.

[327] **Ayiter,** s. 211; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, "*Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler*", Prof. Dr. Gürgan Çelebican'a Armağan, Ankara 2011, s. 418; **Nisim Franko**, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981, s. 21; **Hilty**, Lizenzvertragsrecht, s. 138; **Tüysüz**, s. 80; **Azra Arkan,** Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s. 233.

[328] *Hirsch*, bu konuda basit lisans- tam lisans ayrımı yaparak basit lisans sözleşmesinde lisans alanın şahsi bir talep hakkını haiz olduğunu; buna karşılık tam lisansta ise "*aynî hakkı andıran bir talep hakkına*" sahip olduğunu belirtmektedir (**Hirsch**, Fikri Say, s. 228).
Beşiroğlu, *Hirsch*'in savunduğu görüşe, basit lisans hakkı sahibinin hakka yapılan tecavüzler karşısında yargı yoluna başvuramayacağı; buna karşılık tam lisans sahibinin aynı durumda yargı yoluna başvurabileceği noktasından katılmaktadır (**Akın Beşiroğlu**, Fikir Hukuku Dersleri, B. 4, İstanbul 2006, s. 474 ve 481).
Strumpf/Groß da basit lisansın yalnızca bir talep hakkı sağladığı; ancak tam lisansın aynî (*dingliche)* veya aynî hak benzeri (*quasi-dingliche*) bir hak sağladığı görüşünü savunmaktadır (**Strumpf/Groß**, s. 56).
Yılmaz, Alman hukukunda basit lisansın ve İsviçre hukukunda da hem basit hem de tam lisansın nisbî bir hak verdiği hususlarının kabul gördüğünü; buna karşılık tam lisanslar konusunda ise Alman hukukunda "aynî hak benzeri" görüşünün ağırlık kazandığını ifade etmektedir. Bkz. **Yılmaz**, Yayın Sözleşmesi, s. 78, dipn. 346.

[329] "*Doktrinde Ruhsat, tasarruf işlemi olarak kabul edildiğine ve tüm ruhsat sahibinin eser sahibi ve komşu hak sahibinin sahib olduğu mali hakları kullanma veya yararlanma sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hatta açmadığı takdirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabilirler*." Yargıtay 11 HD., E. 1998/9958, K. 1999/3423, T. 11.3.1999 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm) (18.01.2015)

lisans sözleşmelerinde de devredilecek mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi ve devrin yazılı bir şekilde yapılması emredici bir kuraldır (FSEK md. 52).

Lisans sözleşmeleri bakımından önemli olan ayrım, bu sözleşmelerin basit veya tam lisans şeklinde tanınmasıdır.

Tam lisans (inhisarî/münhasır lisans) söz konusu olduğunda, eser sahibi bu hakkı başkalarına da tanıyabilmekte veya kendisi de kullanabilmektedir. Tam lisansta lisans alan kişi, aldığı hakkı belirli bir pazar alanında ve ona tanınan hakkın sınırları çerçevesinde tek başına kullanmaya yetkilidir. Bu açıdan tam lisans sahibi, gerek eser sahibine gerekse de üçüncü şahıslara karşı eserin kullanımını men etme yetkisine sahip olduğu gibi kullanım hakkına yönelik her türlü tecavüze karşı gerekli davaları da açabilmektedir. Tam lisans, eser sahibini veya mali haklar bir başkasına devredilmişse artık lisans veren kişi sıfatıyla o kişiyi, lisansı aynı yer, zaman ve konu itibariyle bir başkasına devretmekten alıkoyar. Buna karşılık lisans veren kişi, eğer sözleşmede açıkça saklı tutmuşsa, mali hakkı kendisi kullanabilir. Bu durumun, o lisansın tam lisans olma özelliğini bertaraf etmeyeceği kabul edilmektedir. Tam lisanslar da ayni etkili bir tasarruf işlemidir. [330] Tam lisanslara intifa hakkına ilişkin hükümler uygulanır. (FSEK md. 56/III)

Basit lisans (inhisari olmayan/münhasır olmayan lisans) söz konusu olduğunda ise eser sahibi veya mali hak sahibi aynı lisansı bir başkasına da tanıyabilir; sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmasa dahi mali hakkı bizzat kendisi de kullanabilir. Basit lisans ayni hak benzeri (*quasi dingliche*) bir tasarruf işlemi olduğundan [331] basit lisans sahibi, kendi hakkını eser sahibine veya mali hakkı daha sonradan devralan kişiye karşı ileri sürebilir. Basit lisans sahibi bu hakkını, mali hak

[330] **Hubmann/Rehbinder**, s. 210; **Strumpf/Groβ**, s. 53; **Dreier/Schulze**, § 31, Rn. 56; **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 31, Rn. 27; 29; **Hilty,** Lizenzvertragsrecht, s. 238 vd.
[331] Bu açıdan tam lisans ile basit lisans arasındaki farkın, tam lisansın hakkın kullanımını devreden, basit lisansın ise hakkın kullanımını sınırlayan bir tasarruf işlemi olduğu ifade edilmektedir (**Aydıncık**, s. 85).

sahibinden tam lisans almış kişilere karşı da ileri sürebilir. Basit lisans sahibi olmanın anlamı, bu kişinin sözleşmenin kurulması sırasında aynı hakkın başkalarına da tanınabileceğini veya eser sahibinin veya üçüncü kişilerin bu hakkı izinli veya izinsiz olarak kullanabileceğini kabul etmiş olmasındadır. Bu sebeple basit lisans sahibi kişi, eser sahibinin veya diğer kişilerin kullanma hakkına itiraz edememekte; ancak kendi kullanımına yönelik ihlallere karşı çıkabilmektedir. [332] Basit lisanslara hasılat kirasına ilişkin hükümler uygulanmaktadır (FSEK md. 56/III). Eğer bir sözleşmede veya kanunda devredilenin açıkça tam lisans olduğu belirtilmemiş veya sözleşmenin yorumlanmasından bu anlama varılamamışsa, devredilenin basit lisans olduğu kabul edilmektedir (FSEK md. 56/II).

Cayma hakkının ileri sürülebilmesi bakımından lisansın, tam lisans veya basit lisans olması bir önem arz etmez. Aynı şekilde yukarıda da ifade edildiği gibi, sadece lisans sözleşmelerinde değil; mali hakların devri sözleşmelerinde de cayma hakkı söz konusu olabilmektedir. Nitekim FSEK md. 58 "*mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse*" den bahsetmektedir. Buna karşılık FSEK'ten farklı olarak Alman hukukunda kullanmama nedeniyle cayma hakkı sadece tam lisans (münhasır lisans) sözleşmeleri bakımından kabul edilmiştir. Nitekim UrhG § 41 "*eğer hak sahibi münhasır bir kullanma hakkı (eines ausschließlichen Nutzungsrechts) elde etmişse*" demektedir.

Esasen Alman hukukunda mali hakların devri zaten söz konusu değildir. [333] UrhG § 29 uyarınca, eser sahipliğinden doğan haklar devredilemezler *(Das*

[332] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting** § 31, Rn. 65; **Dreier/Schulze**, § 31, Rn. 50; **Löwenheim**, § 25, Rn. 1; **Wandtke/Bullinger-Grunert**, § 31, Rn. 28; 31; **Hubmann/Rehbinder**, s. 209.

[333] Aslında Türk hukukunda da mali hakların devri ile tam lisans tanınması birçok noktada benzeşmektedir. Her iki sözleşme arasındaki fark, mali hakların devrinde hakkın özünün eser sahibinin malvarlığında kalmaya devam etmesi olarak açıklanabilirse de doktrinde bazı yazarların mali hakkın devri ile tam lisans sözleşmeleri arasında herhangi bir fark bulunmadığını kabul ettikleri görülmektedir. Bu görüşler için bkz. **Aydıncık**, s. 88; **Beşiroğlu**, s. 466 vd. Ancak kanımızca mali hakların devri ile tam lisans arasında fark bulunmadığını ifade eden görüşler isabetli değildir. Sağlararası bir işlemle eser sahibinden mali haklar elde eden kişiler, FSEK md. 19/III uyarınca eser sahibinin ölümü üzerine ona ait olan bazı manevi hakları belirli koşulların varlığı halinde kullanabilirler. Ancak lisans sahiplerinin böyle bir yetkisi yoktur.

Urheberrecht ist nicht übertragbar). Bu durum Türk hukuku açısından da böyledir. Zira eser sahipliği kavramı içerisinde manevi haklar da yer almaktadır. Buna karşılık, Türk hukukunda mali hakların devri mümkün iken; Alman hukuku, mali haklar üzerinde kullanma hakkının devrini olanaklı görmekte ve UrhG'de mali hakların devrine yer vermemektedir *(Zulässig sind die Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31)…)*. UrhG § 31 uyarınca eser sahibi, bir başkasına, mali haklar üzerinde bir kullanma hakkı devredebilir. Alman hukukunda kullanma hakkı, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, münhasır veya münhasır olmayan bir biçimde tanınabileceği gibi; yer, zaman ve içerik olarak da bazı sınırlamalara tabi olabilir. Yine aynı şekilde, basit lisansı ifade eden münhasır olmayan/inhisari olmayan kullanma hakkı (*das einfache Nutzungsrecht*) hak sahibine, kullanma hakkının başkalarına da tanınmasına olanak verecek şekilde eserden yararlanma yetkisi verir. Tam lisansı ifade eden münhasır bir kullanma hakkında (*das ausschließliche Nutzungsrecht*) ise kullanma hakkından, bu hakkın devredildiği kişi dışındaki bir kişinin yararlanması mümkün olmamaktadır. Buna karşılık taraflar eser sahibinin eseri kullanmaya devam etmesini kararlaştırabilirler. UrhG § 35 uyarınca ise münhasır kullanma hakkı sahibi olan kişi, eser sahibinin izni ile üçüncü kişilere de kullanma hakkı tanıyabilir. Ancak Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, cayma hakkının söz konusu olabilmesi için hak sahibinin münhasır bir kullanma hakkı iktisap etmesi gereklidir. Bir diğer ifadeyle UrhG bakımından cayma hakkı yalnızca tam lisans sözleşmelerinde (*Übt der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts…*) söz konusu olabilir. Bunun mantığı şudur: [334] Basit lisans söz konusu olduğunda eser sahibi, eserinin benzer bir şekilde değerlendirilmesine veya kullanılmasına izin verilmesi konusunda zaten özgürdür. Eserinin değerlendirilmesi konusunda başka türlü imkânlara sahip olan eser sahibinin

[334] **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 9; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 2-3; **Nordemann**, § 41, Rn. 5, s. 876-877.

cayma hakkı aracılığıyla korunmasına ihtiyaç duyulmaz. Buna karşılık, tam lisansta eserin bir başkası tarafından kullanılması mümkün olmadığı ve hatta aksi öngörülmediği müddetçe eser, eser sahibi tarafından dahi kullanılamadığı için (UrhG § 33/III) eser sahibine bir cayma hakkı tanınmış olması son derece gerekli ve isabetlidir. Böylece cayma hakkı, eser sahibinin eser sahipliğinden doğan haklarını güvence altına almakta ve sadece manevi menfaatleri bakımından değil; eserinin ekonomik anlamda değerlendirilebilmesi açısından da önemli bir kurum olarak belirmektedir.

Türk hukukunda kullanmama nedeniyle cayma hakkını düzenleyen FSEK md. 58, tam lisans-basit lisans ayrımı yapmaksızın "*mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse*" diyerek hem basit hem de tam lisans verilmesi durumunda (ve hatta mali hakkın devri sözleşmelerinde) eser sahibine bir cayma hakkı tanıyarak cayma hakkının kapsamını UrhG §41'den çok daha öteye taşımıştır.

Cayma hakkının mali hakkın devri sözleşmeleri bakımından söz konusu olması isabetlidir. Zira her ne kadar monist teoriyi benimseyen Alman fikri haklar sisteminde[335] mali haklar devredilemiyor olsa da; Türk hukuku açısında mali hakkın kendisinin de devredilebilmesi imkânı bulunmaktadır. Böyle bir sözleşme yapıldığında ise eser sahibinin cayma hakkını ileri sürebilmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilmektedir. Kuşkusuz mali hakların devrinin gerekli olup olmadığı bir sistem meselesidir. Türk hukuku açısından bu olanağın gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu tartışma bir yana bırakılacak olursa, somut durumda bu olanak bir kere kabul edildikten sonra cayma hakkının ne kadar gerekli bir hukuki çare olduğu tartışmasız olarak kabul edilmelidir. Aynı durum tam lisans durumunda da söz konusudur. Öte yandan basit lisans verilmesi durumunda eser sahibi, dilerse lisans

[335] **Dreier/Schulze**, § 29, Rn. 1.

verdiği kişiden bir başka kişiye de kullanım yetkisi tanıyabilme hakkını kendisinde saklı tutmaktadır. Bunun karşılığında, basit lisans alanın da eser sahibi dâhil üçüncü kişiler tarafından eserin izinli veya izinsiz kullanımına engel olabilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bu açıdan, devredilen yetkinin basit lisans sahibince hiç veya gereği gibi kullanmaması durumunda eser sahibi cayma hakkını ileri sürmek yerine, mali hakkın kendisini veya kullanma yetkisini basit ve tam lisans şeklinde bir başkasına devrederek veya eseri bizzat kendisi kullanarak/kullanmaya devam ederek cayma hakkından beklenen yararları sağlayabilir.

Lisans sözleşmeleri bakımından tartışılması gereken bir diğer nokta, kanuni veya zorunlu lisans durumunda cayma hakkının ileri sürülüp sürülemeyeceğidir.

Türk fikri haklar hukukunda FSEK md. 9/II ile md. 10/II zorunlu lisansa ve FSEK md. 43/II ile md. 47/I ise kanuni lisansa örnek olarak gösterilmektedir. [336] FSEK md. 9/II ve 10/II'de beraberce bir sözleşmenin tarafını oluşturan eser sahiplerinden birinin mali hakların kullanılmasına önemli bir sebep olmaksızın izin vermemesi halinde bu iznin mahkeme tarafından verileceğinden bahsedilmektedir. Burada eser sahiplerinden biri, mali hakkın kullanılmasına önemli bir sebep olmaksızın izin vermiyorsa; bu izin, mahkemeden istenebilir.[337] Böyle bir durumda cayma hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin ayrıntılı açıklamalara ileriki bölümde yer verilmektedir.[338] FSEK md. 43/II ve md. 47/I bakımından ise zaten teknik anlamda bir lisans sözleşmesi bile bulunmamaktadır. Tanıtım amacıyla kullanılan eserlerin tümü üzerindeki hakları zedelemeyecek düzeydeki kısa tespitlerin, eser sahibinin iznine

[336] Bkz. **Aydıncık**, s. 63-65.
[337] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 564.
Patent hukukunda da zorunlu lisans bulunmaktadır. Ancak patent hukukundaki zorunlu lisans, fikri haklardaki zorunlu lisanstan farklıdır. Patent hukukundaki zorunlu lisans, buluş sahibinin bir başkasına kanun gereği bir patent lisansı tanıması durumudur. Bu durum, buluş sahibinin rızası hilafına, kanun gereğince gerçekleşmektedir (**Bak**, Patent Lisansı, s. 112-113). Burada her ne kadar fikri haklardaki zorunlu lisanstan farklı olarak bir sözleşme ilişkisi bulunsa da zorunlu patent lisansının sistematik açıdan bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Zira bir sözleşme ilişkisi, ancak tarafların karşılıklı özgür iradeleriyle oluşturulabilir. Bkz. **Ortan**, s. 155, dipn. 278a.
[338] Bkz Bölüm III, § 2, II, A, b.

gerek olmaksızın kanun gereğince mümkün olduğunu düzenleyen FSEK md. 43/II ile memleket kültürü için önemli görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma yetkisinin, hak sahiplerine uygun bir bedel ödenmesi koşuluyla koruma süreleri bitiminden önce bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kamuya mal edilebileceğini düzenleyen FSEK md. 47/I'de olsa olsa eser sahibinin haklarına yönelik sınırlamalar söz konusudur.

Uygulamada lisans sözleşmelerine daha ziyade konser organizasyonları ile sinema, tiyatro ve operaların temsillerinde yer verildiği ifade edilmektedir. [339]

B) İktisap Edilen Hak ve Yetkilerden Gereği Gibi Faydalanmama

Eser sahibinin cayma hakkından bahsedebilmek için esasa ilişkin gerekli olan ikinci koşul, mali bir hak veya bir kullanma yetkisi iktisap eden kişinin bu hak ve yetkiden gereği gibi faydalanmamasıdır. Gereği gibi faydalanmama, hakkın veya yetkinin "gereği gibi kullanılmamasının" yanı sıra, "hiç kullanılmaması" durumunda da söz konusudur.

a) Mali Bir Hak veya Ruhsat İktisap Eden Bakımından

aa) Kullanma Yükümlülüğünün Bulunup Bulunmaması

Hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmama koşulunu incelenmeye başlamadan önce, mali bir hak veya ruhsat (lisans) iktisap eden kimsenin bu hakkı veya yetkiyi kullanma yönünde bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Bu, ele alınması gereken bir sorudur. Zira bu hususta doktrinde bir görüş ayrılığı bulunmaktadır.

[339] **Hubmann/Rehbinder**, s. 209.

Doktrindeki bir görüş, mali bir hak veya bir lisans elde eden kişinin bu hakkı veya lisansı kullanma yükümlülüğü (*Ausübungspflicht*) olduğu yönündedir. Bu görüş taraftarları düşüncelerini, eser sahibinin eserini sadece kendi kullanımı veya zevki için yaratmadığı, aynı zamanda eserini umuma arz etmek ve eserinden ekonomik anlamda yararlanmak gibi bir takım menfaatlere de sahip olduğu ve bu nedenle de eseri üzerindeki mali hakkını veya kullanma yetkisini devrettiğinde devralan şahsın bunu kullanmak yönünde bir yükümlülüğe sahip olduğu fikrine dayandırmaktadırlar. Bu görüşe göre, mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse bakımından devraldığı hakkı veya yetkiyi kullanmak sadece bir hak değil, aynı zamanda da bir borç olduğundan bu borca aykırı bir davranış halinde eser sahibi cayma hakkını kullanabilecektir. Böylece, kullanmanın sadece bir hak değil aynı zamanda da bir borç olduğunu savunan yazarlar, cayma hakkı düzenlemesini de devraldığı hakkı kullanma konusunda bir yükümlülüğü bulunan devralanın bu borca aykırı davranması halinde ileri sürülebilecek olan bir hukuki imkân olarak görmektedirler.[340] Nitekim Türk hukukunda yayın sözleşmelerini düzenleyen TBK md. 487, açıkça yayın sözleşmeleri bakımından yayımlatanın devraldığı hakkı veya ruhsatı (çoğaltma ve yayma) kullanmak yönünde bir yükümlülüğü bulunduğunu düzenlemektedir.

Yayın sözleşmeleri için kabul edilen bu kural, FSEK'de yer almamaktadır. Bir diğer ifadeyle, eser sahibinin mali bir hakkı veya ruhsatı devretmesi halinde fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından da bir kullanma yükümlülüğü doğduğu yönünde TBK'da olduğu gibi açık bir düzenleme FSEK'te yer almamaktadır. Bu ise yayın sözleşmeleri bakımından kabul edilen bu durumun kıyasen fikri haklara ilişkin sözleşmelere de uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanabileceği gibi; FSEK'te açık

[340] **Erel**, s. 299; **Ayiter**, s. 211; **Arkan**, Bağlantılı Haklar, s. 237; **Gökyayla**, s. 308; **Tüysüz**, s. 127; **Beşiroğlu**, s. 550.
Nordemann'a göre eğer iktisap edenin kullanma yükümlülüğü varsa, bu borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde eser sahibinin sahip olduğu cayma imkânı, sözleşmeler hukukunda çok önemli bir boşluğu gidermektedir (**Nordemann**, § 41, Rn. 1, s. 875).

bir hüküm olmaması nedeniyle yayın sözleşmesi dışındaki fikri haklar sözleşmelerinde kullanma yükümlülüğünün bulunmadığı şeklinde de yorumlanabilir.[341]

Nitekim doktrinde yer alan ve Alman hukuku bakımından üzerinde uzlaşma sağlanmış gözüken diğer bir görüş uyarınca, kullanma hakkı sahibinin hakkını kullanması bir yükümlülük değil; sadece bir kullanma külfeti (*Ausübungslast/Obligenheit*) niteliğindedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, iktisap edenin, devraldığı hakkı veya ruhsatı kullanmak yönünde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak eğer bu hakkın veya ruhsatın hiç veya gereği gibi kullanmamamasın nedeniyle eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse, borca aykırılık hükümlerini işletemeyecek olan eser sahibi, cayma hakkını ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirebilir. Zaten bu görüş taraftarları cayma hakkı düzenlemesinin tam da bu amaca hizmet ettiğini savunmaktadırlar. [342] Gerçekten de eğer hakkı veya ruhsatı kullanmanın bir borç olmadığı savunulacak olursa, kullanmama halinde borca aykırılığa ilişkin TBK'da yer alan genel hükümlere başvurma imkânı kalmaz ve FSEK'te yer alan cayma hakkı genel hükümlere başvurulamaması sebebiyle eser sahibinin başvurabileceği yegâne yol olarak çok büyük bir önemi haiz olur.

---

[341] *Franko*, çoğaltma ve yayma borcu olmayan bir sözleşmeye yayın sözleşmesi denemeyeceği ve buna karşılık lisans alan sonradan bu lisansı kullanmasa dahi o sözleşmenin lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmeye devam edeceğinden hareketle, yayın sözleşmelerinde kullanma yükümlülüğü öngörülmüş olmasının bu yükümlülüğün kıyasen lisans sözleşmeleri bakımından da geçerli olacağı anlamına gelmediği düşüncesindedir. Buna karşılık yazar, lisans sözleşmeleri bakımından kullanma yükümlülüğü olmadığını genel olarak kabul etmekte; ancak inhisari ve inhisari olmayan lisanslar bakımından bir ayrım yapmakta ve inhisari lisansta kullanma yükümlülüğü olduğunu savunmaktadır (**Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 23).

[342] **Ulmer**, s. 373; **Boor**, vom Wesen, s. 68; **Budde**, s. 41-42; **Löwenheim**, § 16, Rn. 31; **Dreier/Schulze**, § 31, Rn. 61 und § 41, Rn. 14; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 5; **Walter Bappert/Maunz/Schricker**, § 32, Rn. 9; **Schricker**, § 41, Rn. 13, s. 854; **Gerald Spindler/Fabian Schuster**, Recht Der Elektronischen Medien, 3. Auf., 2015, § 41, Rn. 1-2; **Friedrich Karl Beier/Horst Peter Götting/ Micheal Lehmann/Moufang**, Urhebervertragsrecht, München 1995, s. 75; **Schack**, § 16, Rn. 634, s. 315; **Limper/Musiol**, Rn. 595, s. 162.
Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 583; **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 22-23; **Franko**, Cayma Hakkı, s. 401; A**ydıncık**, s. 173; **Savaş Bozbel**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012, s. 261; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1759.

Külfet de tıpkı yükümlülük [343] gibi bir davranış kuralıdır. Bazen bir borç ilişkisinde doğması olası bir takım hakların elde edilebilmesi veya muhafaza edilebilmesi için bazı davranışlarda bulunmak gerekebilir. Eğer bu davranış kurallarının yerine getirilmemesi bundan yararlanan kişinin yalnızca bir hakkı elde edememesine veya kaybetmesine yol açıyor ve buna karşılık yükümlülükten farklı olarak bu kişi bu davranışın ifasını ve dava edilmesini talep edemiyor veya bunun için bir tazminat isteyemiyorsa bir külfetin varlığından bahsedilmektedir. [344]

Bir davranış kuralının yükümlülük mü yoksa külfet mi olduğunun belirlenmesi her zaman çok kolay olamayabilir. Bu durumda yükümlülük ve külfet için yapılan bu tanımdan yola çıkarak bir çıkarımda bulunmak yerinde olacaktır. *Kılıçoğlu* [345] bu ayrım bakımından, "*davranışla ilgili kuralda öneme sahip bir yarar mı bulunmakta yoksa kanunkoyucu özel bir düzenleme ile bir yararı tatmin mi etmekte*" sorusunun sorulması gerektiği görüşündedir. *Franko* [346] genel bir hukuk kuralı olarak bir hakkı kullanma yetkisine sahip olan kişinin kural olarak bu hakkı kullanma yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmektedir. *Ortan* [347] ise bu genel hukuk ilkesinin varlığına rağmen şüphe halinde kullanma yükümlülüğünün varlığını kabul etmek gerektiği düşüncesindedir.

Kanımızca, mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kişinin bir kullanma yükümlülüğüne sahip olması her durumda geçerli bir kural değildir. Kullanma yükümlülüğünün söz konusu olmadığı bir fikri hakla sözleşmesi de olabilir. Kullanma

---

[343] *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* bir borç ilişkisinde yer alan yükümlülüklerden her birini dar anlamda borç olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda yükümlülük ile aynı anlamı taşıyan borç kavramı yalnızca dar anlamda borçtur; ancak ahlak kurallarından doğan yükümlülükler de olduğu hesaba katılarak dar anlamda borç ve yükümlülük kavramlarının da her zaman eş anlamlı sözcükler olmayabileceği göz önüne alınmalıdır. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 38-40).

[344] **Budde**, s. 42; **Schack**, § 16, Rn. 634, s. 315; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 30-31; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 40. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,* ek bir koşul olarak yükümlülük ihlalinin borçlu açısından, külfetin yerine getirilmemesinin ise alacaklı bakımından söz konusu olduğuna işaret etmektedir *(***Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 40).

[345] **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 31.

[346] **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 22.

[347] **Ortan**, s. 247-249.

yükümlülüğünün olmaması halinde, mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin bu hakkı veya ruhsatı kullanmaması durumunda eser sahibi, iktisap edeni bu hakkı veya yetkiyi kullanmaya (ifaya) zorlayamadığı gibi bu kimseyi dava da edemez. Eser sahibinin bu halde başvurabileceği yaptırım, menfaatlerinin ihlal edilmiş olduğu gerekçesiyle iktisap edene karşı FSEK md. 58'de sahip olduğu cayma hakkını kullanmaktır. Kanunkoyucu cayma hakkı düzenlemesiyle özel bir düzenleme öngörerek bir yararı temin etmektedir. Zira bir eserin kullanılması o eserin ekonomik anlamda değerlendirilmesi anlamına geldiğinden ve de aynı zamanda o eserin umuma arz edilmesini sağladığından eser sahibinin hem mali ve hem de manevi menfaatlerinin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Bu anlamda olmak üzere, eser sahibi açısından devrettiği hakkın veya yetkinin kullanılması her durumda mutlaka bir yükümlülük değilse bile eser sahibinin devrettiği hakkın veya yetkinin kullanılmasında çok önemli bir menfaatinin bulunduğu da aşikârdır. Bu sebeple kural olarak kullanmanın karşı tarafı ifaya zorlama gücüne sahip bir yükümlülük olmadığı şeklindeki kanaatimize rağmen münferit bir fikri haklar sözleşmesinin yorumundan menfaat dengesi bakımından kullanma yükümlülüğü lehine bir kanaate varılabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla kullanma yükümlülüğünün olup olmadığına yönelik bir kanaatte bulunurken yalnızca genel bir kuralın altını çiziyor olduğumuza ve gerçekte kullanma yükümlülüğünün her somut sözleşme bakımından ayrıca incelenmesinin ve yorumlanmasının daha doğru olacağına dikkat çekmek isteriz. Örneğin fikri haklara ilişkin bir sözleşmede taraflar açıkça bir kullanma yükümlülüğü öngörmüş olabilirler veya bu durum yayın sözleşmelerinde olduğu gibi bizzat kanunda öngörülmüş olabilir. Bu durumda kullanmama halinde eser sahibi dilerse FSEK md. 58'de yer alan özel düzenlemeye başvurabilir dilerse de iktisap edeni ifaya zorlayarak eğer koşulları varsa genel hükümlere başvurabilir. Zaten FSEK

md. 58'de yer alan cayma hakkı düzenlemesinin genel hükümlere başvurmayı bertaraf etmeyeceği kabul edilmektedir. [348] Nitekim cayma hakkının anlamı ve önemi, bir kullanma yükümlülüğünün olup olmamasına bağlı değildir. Bu açıdan bir kullanma yükümlülüğü olsa da olmasa da cayma hakkı, eser sahibinin menfaatlerini gerçekleştirebilmesi için kanun tarafından özel olarak öngörülmüş olan bir hukuki çaredir. Bu hak, FSEK md. 58'de öngörülmüş olan özel koşulların varlığı halinde eser sahibinin sözleşmeden kurtulmasına olanak veren ve eser sahibinin menfaatlerini yeterli derecede koruyan bir imkândır. Cayma hakkı sözleşmede bir kullanma yükümlülüğünün bulunmadığı veya mali hakkı kullanma yetkisine sahip olan kişinin eser sahibi ile sözleşme ilişkisi içerisinde olan sözleşme tarafı (*Vertragspartner*) olmadığı durumlarda ise özellikle önemlidir. Bu husus zaten cayma hakkına duyulan ihtiyaca ve cayma hakkının fesihten bağımsız bir yenilik doğuran hak olma özelliğine vurgu yapmaktadır. [349]

Kullanma yükümlülüğünün varlığına sadece fikri haklara ilişkin sözleşmede bu yönde bir düzenleme yapılmış olması veya kanunda bu yönde bir hüküm bulunması halinde varılamaz. Çoğu zaman taraflar sözleşmede açıkça bir kullanma yükümlülüğü kararlaştırmış olmasalar dahi sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan bu sonuca ulaşılabilir. Şöyle ki; kullanma yükümlülüğünün varlığına dair bir şüphe olması halinde sözleşmelerin objektif ve tamamlayıcı yorumuna başvurulmaktadır. Bu yorum yapılırken her iki taraf açısından da sözleşmenin anlamı ve amacı araştırılır. [350] Ancak yorum yapılırken başvurulacak kriterler içerisinde en önemlilerinden biri kuşkusuz devredilenin mali bir hak mı, tam lisans mı yoksa basit lisans mı olduğuna yöneliktir. Örneğin mali bir hak devri veya tam lisans söz konusu olduğunda sözleşmenin yorumundan kullanma yükümlülüğünün var olduğu sonucuna ulaşılması son derece

[348] Bkz. Bölüm IV, § 3, I, s. 244.
[349] Bkz. Bölüm II, § 1, II, A, s. 56.
[350] **Reinhard Ingerl/Christian Rohnke**, Markengesetz, 3. Auf, München 2010, § 30, Rn. 70.

olasıdır. Zira mali bir hak devri söz konusu olduğunda eser sahibinin (manevi hakları devam ediyor olsa da) mali hakkı ile olan tüm ilişkisi kesilmekte ve mali hakkından doğan menfaatinin gerçekleştirilmesi sadece o hakkı devralan kişiye bağlı olmaktadır. Aynı şekilde tam ruhsat durumunda da eser sahibinin mali hakkının mülkiyeti karşı tarafa devredilmiş olmasa bile bu hakkı kullanma yetkisi, hakkı devralan kişi dışındaki bir kimseye ait olmadığından yine mali menfaatlerin gerçekleştirilebilmesi bakımından kullanma eylemine verilen önem artmaktadır. Buna karşılık bir kimseye basit lisans devredilmesi durumunda ise eser sahibi bu yetkiyi bir başkasına da tanıyabilir ve daha da önemlisi kural olarak kendisi de kullanmaya devam edebilir. Bu açıdan basit lisans sözleşmeleri söz konusu olduğunda kullanma eylemine verilen anlam aynı olmayacaktır. [351]

bb) Gereği Gibi Kullanmama

Cayma hakkı, mali hak veya kullanma yetkisi devralan iktisap edenin bu hak veya yetkiyi gereği gibi kullanmaması halinde ileri sürülebilir (FSEK md. 58). UrhG § 41 bu durumu, tam lisans sahibinin lisansı yeterince kullanamaması (*unzureichend*) biçiminde ifade etmiştir.

Gereği gibi (yeterince) kullanmama (*unzureichende Ausübung*) objektif bir biçimde tespit edilmesi gereken bir kriterdir. Bu tespitin objektif bir biçimde yapılabilmesi ise eser sahibi ile iktisap eden arasında kurulan sözleşmelerde tarafların çatışan menfaatlerine yönelik bir vurguyu gerekli kılmaktadır. Şöyle ki; devredilen kullanma hakkının mümkün olduğunca geniş bir kapsamda kullanılmasında eser sahibinin her zaman bir menfaati bulunmaktadır. Zira eser bu sayede umuma tanıtılmakta, popülerlik kazanmakta ve eserin ekonomik getirisi artmaktadır. Diğer

[351] **Ortan,** s. 250-252; **Ingerl/Rohnke**, § 30, Rn. 70 vd.
Ortan, ister tam lisans ister basit lisans olsun lisans bedelinin götürü ücret olarak kararlaştırılmasını kullanma yükümlülüğünün olmadığına yönelik kuvvetli bir kanıt olarak nitelendirmektedir (**Ortan**, s. 252-253).

taraftan iktisap eden de karşılaşabileceği bir takım ekonomik riskleri (belki bazen kendisi için önemsiz nitelikte görülebilecek olsa da) sınırlandırma ihtiyacı içerisinde olmaktadır. Bir diğer ifadeyle, hak veya yetkilerin gereği gibi kullanılmadığı durumlarda bir taraftan eser sahibinin maddi ve manevi menfaatlerinin tatmin edilmesi ihtiyacı söz konusu olurken; diğer taraftan da iktisap edenin malvarlığına yönelik ve eser sahibinin menfaatleri ile çatışan bazı menfaatlerin korunması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İşte cayma hakkı eser sahibi ile iktisap eden arasındaki bu menfaat çatışmasını uygun bir şekilde dengelemeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple gereği gibi kullanmama kriterinin her iki tarafın da haklı menfaatlerini gerçekleştirebilmesine imkân tanıyan, objektif standartlara sahip olması gerekmektedir. [352]

Amaca uygun kullanmama halini de içeren gereği gibi kullanmama hali geniş yorumlanması ve objektif bir biçimde tespit edilmesi gereken bir kriterdir. [353] Devredilen hakkın eser sahibinin zararına yol açacak biçimde kullanıldığı tüm durumlar cayma hakkına yol açar. [354] Gereği gibi kullanmama eyleminin var olup olmadığını objektif bir biçimde tespit edebilmek için sorulması gereken, iktisap edenin sözleşmenin amacını gerçekleştirebilmek için yeterli araçlar kullanmış olup olmadığıdır. Bir diğer ifadeyle, gereği gibi kullanmama eylemi, eserin uygun bir biçimde değerlendirilebilmesi için devredilen hak veya yetkilerin sözleşmeden beklenen amacın gerektirdiğinden daha az araç az kullanılarak gerçekleştirilmiş olması halinde söz konusu olur. Bu şekilde objektif bir değerlendirme sonucunda tespit edilen "gereği gibi kullanmama" kararı cayma hakkına vücut verir. Objektif bir gereği gibi kullanmama eyleminin söz konusu olabilmesi bakımından önemli olan bir

[352] **Budde**, s. 43-44; **Rolf Dünnwald/Tilo Gerlach**, Schutz Des Ausübenden Künstlers, Stuttgart 2008, § 79, Rn. 26, s. 344.
[353] **Tekinalp**,§ 15/41, s. 238-239; **Budde**, s. 44.
[354] Yargıtay 11. HD., E. 2010/13885, K. 2011/1127, T. 03.02.2011 (**Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1787 vd.)

diğer husus ise tarafların sözleşmeye verdikleri anlamdır. Tarafların sözleşmeye verdikleri anlamı tespit edebilmek için sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Eğer sözleşmenin amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için tarafların yaptıkları eylemler incelendiğinde iktisap edenin bu amacı gerçekleştirmeye yönelik davranışları geri planda kalmaktaysa, cayma hakkına başvurulabilmesi için gerekli olan gereği gibi kullanmama koşulunun oluştuğundan bahsedilebilir. Sonuç olarak, gereği gibi kullanmamadan bahsedebilmek için sözleşmeyle ulaşılmak istenen hedef ve iktisap edenin bu hedefi gerçekleştirmeye yönelik davranışlarının objektif bir şekilde tespit edilmesi ve tarafların menfaatlerinin doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde objektif bir biçimde tartılması gerekir. [355]

Gereği gibi kullanmamadan bahsedebilmek için iş yaşamında sözleşmenin yapıldığı branşta geçerli olan genel kuralların ve teamüllerin göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı tartışmalı bir konudur. *Nordemann*, bu soruya olumsuz bir yanıt vermektedir. Yazara göre o branşta geçerli olan genel kuralların ve tecrübelerin tespit yapılırken göz önünde bulundurulması, eser sahibinin eserin mümkün olan en iyi biçimde değerlendirilmesine yönelik menfaatinin objektif bir biçimde tatmin edilmiş olmasında etkili değildir. [356] Buna karşılık doktrinde yer alan diğer yazarlar, [357] iş yaşamında söz konusu branştaki teamüllerin ve genel kuralların hak veya yetkilerin gereği gibi kullanılıp kullanılmadığının tespitinde göz önünde bulundurulabilecek kriterler olduğu görüşünde birleşmektedirler. *Löwenheim*, [358] mali

[355] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 5-6; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 12-13; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 15; **Nordemann**, § 41, Rn. 11, s. 877-878; **Budde**, s. 44; **Schricker**, § 41, Rn. 13, s. 854; **Löwenheim**, § 16, Rn. 32; **Limper/Muisol**, Rn. 598, s. 163; **Haberstumpf,** Rn. 236, s. 127.
[356] **Nordemann**, § 41, Rn. 11, s. 877-878.
[357] **Budde**, s. 44-45; **Schricker**, § 41, Rn. 13, s. 854; **Löwenheim**, § 16, Rn. 32; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 15; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 6; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 12-13; **Limper/Muisol**, Rn. 598, s. 163; **Dünnwald/Gerlach**, § 79, Rn. 26, s. 344; **Spindler/Schuster-Wiebe**, Recht der Elektronischen Medien, 3. Auf., 2015, § 41, Rn. 4.
Aynı yönde: **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 583.
[358] **Löwenheim**, § 16, Rn. 40.

bir hak veya ruhsat iktisap edenin, hakkına yönelik tecavüzlere karşı gereken yaptırımlarda bulunmamasını da gereği gibi kullanmama olarak değerlendirmektedir. Burada sorulması gereken, somut olayda kimin takipte bulunabileceğidir. Gerçekte bu gibi durumlarda hem iktisap edenin hem de eser sahibinin dava açma hakkı bulunmaktadır.

Gereği gibi kullanmama haline farklı eser türlerinden çeşitli örnekler verilebilir. Edebi ve sınai eserler bakımından bir kitabın yetersiz dağıtımı, eserin yayınevi tarafından basılması ancak yayımlanmaması veya yayımlanmasının geciktirilmesi, eserin yeterli basımının yapılmaması, eserin dağıtımının veya satış ve pazarlamasının yeterince gerçekleştirilememesi vb. durumlar gereği gibi kullanmama halini oluşturmaktadır. Yine güzel sanat eserleri bakımından bir tiyatro eserinin devamlı surette sahnelenmemesi, temsil hakkında gerekli tanıtım broşürlerinin yeterince dağıtılmaması, bir sergiye yönelik kataloglarda veya ilanlarda yeterli bilgilerin verilmemesi ve bu serginin yeterli surette duyurulmaması gibi durumlarda da gereği gibi kullanmama söz konusudur. Müzik eserleri bakımından ise eserin popülerliğinin artması için internette tanıtım ve pazarlama faaliyetleri dâhil yeteli reklamların yapılmaması, gerekli ilişkilerin kurulmaması veya daha teknik bir açıdan eserin notalarının dağıtılmaması veya bant kayıtlarının gerçekleştirilmemesi de hakkı veya yetkiyi gereği gibi kullanmamaktır. Radyo ve televizyonda yeterli sıklıkta yayın yapılmaması veya bir eserin yayma hakkının yersel veya zamansal kısıtlamalarla devredilmiş olmasına rağmen bu kısıtlamalara uyulmaması da gereği gibi kullanmamaya vücut verir. [359] Eserde izin verilmeyen değişiklikler yapılması; hak veya yetkiyi devralanın düzeltmelere gereken özeni göstermemesi; eser sahibine eserde değişiklik yapma hakkının verilmemesi; eserin gereken biçim, sayı ve fiyatta

[359] **Ulmer**, s. 374; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 583-583; **Ayiter**, s. 219; **Löwenheim**, § 16, Rn. 35-39; **Schricker**, § 41, Rn. 14, s. 854-855; **Nordemann,** § 41, Rn. 21, s. 881-882; **Tekinalp**, § 15/41, s. 239.

çoğaltılmaması; eser sahibinin onayı olmaksızın mali hakkın bir başkasına devredilmesi vs. gibi iktisap edenin borca aykırılık gösterdiği kötü ifa durumlarında da eser sahibinin dilerse cayma hakkını ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.[360] Buna karşılık sadece ödemenin azlığına dayanılarak caymanın koşullarının oluştuğu sonucuna varılması mümkün değildir ve bu durum gereği gibi kullanmama içerisinde mütalaa edilemez. [361]

cc) Hiç Kullanmama

FSEK md. 58 devredilen mali hakların veya lisansın kullanılmaması hali nedeniyle eser sahibinin ileri sürebileceği cayma hakkını düzenlerken *"…hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmama…*" durumundan bahsetmekte; ancak maddede hiç kullanmama durumuna yer verilmemektedir. Buna karşılık UrhG § 41, hiç kullanmama durumunu açıkça kapsam altına almaktadır *(Übt der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht* ***nicht*** *oder unzureichend aus…).* Her ne kadar FSEK, hiç kullanmama haline yer vermemekteyse de kanımızca hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmama durumu sadece hak ve yetkileri gereği gibi kullanmama halini değil; hiç kullanmama halini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Hiç kullanmamanın (*Nichtausübung)* tespit edilmesi çoğu zaman kolaydır. Ancak gerçekte hiç kullanmama durumuna oldukça ender rastlanmaktadır. [362] Örneğin, bir edebi veya sınai eserin hiç basılmaması veya bir müzik eserinin hiç

---

[360] **Giritlioğlu,** s 80.

[361] *"…Oysa, sadece ödemenin azlığına dayanılarak caymanın koşullarının oluştuğu sonucuna varılması mümkün değildir. Zira bu durum, mali hakların sahibi olan davacının hak ve yetkilerinden gereği gibi faydalanmamasından değil de, örneğin müzik piyasasının o anda içinde bulunduğu ekonomik koşullardan da kaynaklanabilir. Yine mahkemece, davacının sözleşme konusu eserler için harcadığı çabanın yetersiz kaldığı kabul edilmişse de bu kabulün gerekçeleri açıklanmamıştır…"*Yargıtay 11. HD., E. 2005/8761, K. 2006/9911, T. 9.10.2006 (www.kazanci.gov.tr) (02.02.2015)

[362] **Budde,** s. 42.

piyasaya sürülmemesi veya bir oyunun hiç gösterime girmemesi vb. durumlarda devredilen hakkın veya yetkinin hiç kullanılmaması durumu vardır. [363]

Hiç kullanmama hali de tıpkı gereği gibi kullanmama hali gibi objektif bir biçimde tespit edilmelidir. Hiç kullanmama, her hâlükârda tam bir hareketsizliğe işaret etmektedir. Yine de bir kullanmama eyleminin hiç kullanmama mı yoksa gereği gibi kullanmama mı oluşturduğu bazı hallerde belirsiz olabilir.[364] Bu durumda, iktisap edenin eserin değerlendirilmesine yönelik hiçbir düzenleme yapmaması halinde kendisine devredilen hak veya yetkiyi hiç kullanmamış olacağı; buna karşılık, planlama aşamasında dahi olsa eserin değerlendirilmesine yönelik bazı düzenlemelerin yapılmasına rağmen bunların sadece sınırlı bir kapsamda kalması halinde ise gereği gibi kullanmama durumunun akla geleceği düşünülmektedir. [365] Bunun yanı sıra, devredilen bir hak veya yetkinin kısmen kullanılmamasının, kullanılmayan kısım bakımından bir "hiç kullanılmama" hali olarak nitelendirilemeyeceği; bu durumun daha ziyade "gereği gibi kullanmamaya" vücut verdiği kabul edilmektedir.[366] Ancak bir eylemin gereği gibi kullanmama veya hiç kullanmama olgularından hangisine dahil olduğunun son kertede bir önemi bulunmamaktadır. Zira sonuç ne olursa olsun devredilen hak veya yetki hiç veya gereği gibi kullanılmamışsa, eser sahibinin cayma hakkını ileri sürebilmesi için gerekli olan maddi koşullardan ikincisi de gerçekleşmiş demektir.

[363] **Tekinalp**, § 15/41, s. 239.
Örneğin Münih ilk derece mahkemesi, bir librettonun beş yıl boyunca hiç sahnelenmemesini temsil hakkının hiç kullanmaması olarak değerlendirilmiştir. Bkz. **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 11.
[364] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 11.
[365] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 6.
[366] **Budde**, s. 42.

b) Üçüncü Bir Kişi Tarafından

FSEK md. 58 uyarınca cayma hakkının ileri sürülebilmesinin esasa ilişkin koşullarından ikincisi, iktisap edilen mali hakkın veya ruhsatın hiç veya gereği gibi kullanılmamasıdır. Bu kullanmama eylemini gerçekleştiren kişi, eser sahibinden mali bir hak veya bir ruhsat devralan şahıstır. Ancak acaba devralan, devraldığı bu hakkı veya ruhsatı bir başkasına devretmişse; devrettiği kişinin (üçüncü kişinin) kullanmama eylemi de cayma hakkına vücut verir mi? Ve eğer hiç veya gereği gibi kullanılmama koşulu sadece mali bir hak veya ruhsat iktisap eden şahsın değil, üçüncü kişinin kullanmama eylemi bakımından da söz konusu olacaksa; cayma hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecek olan kişi kimdir?

FSEK uyarınca eser sahibi veya mirasçılarından mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma yetkisini devralan kişi, bu hakkı veya yetkiyi bir başkasına devredebilir. Ancak bu devrin geçerli olabilmesi için eser sahibi veya mirasçılarının yazılı izni gereklidir (FSEK md. 49/I). Bir kimsenin mali bir hakkı veya bunu kullanma yetkisini bizzat eser sahibi veya mirasçıları dışındaki bir kişiden; bir diğer ifadeyle kendisinden önceki devralandan devralması durumu FSEK'te (bizzat eser sahibi veya mirasçılarından devralınması anlamında kullanılan "asli iktisaptan" farklı olarak) "devren iktisap" olarak adlandırılmaktadır. Devren iktisap, eser sahibinin (veya mirasçılarının) yazılı iznine (veya icazetine) bırakılmıştır; çünkü her mali hak aynı zamanda manevi unsurlar ihtiva etmekte ve bunlar üzerindeki her muamele eser sahibinin şahsiyetini yakından ilgilendirmektedir. Bu yazılı onay, bir geçerlilik şeklidir ve kötüye kullanımları önlemek için bu onayın zımni bir şekilde yapılması engellenmiştir. [367] Onay, takip eden devirler bakımından da söz konusudur. Zira kanımızca mali bir hak iktisap eden veya bir basit veya tam lisans elde eden şahıs,

[367] **Hirsch**, Fikri Say, s. 229.

eser sahibinin yazılı izni ile bu hakkı veya lisans sözleşmesinden doğan yetkiyi bir üçüncü kişiye devrettikten sonra üçüncü kişinin bu hakkı veya yetkiyi tekrar devretmesi durumunda da bu iznin aranması, eser sahibinin menfaatinin en üstün şekilde gerçekleştirilmesine olanak vermektedir.[368] FSEK, takip eden devirler bakımından da eser sahibinden izin alınması gerekliliğini işleme hakkı bakımından açıkça belirtmekte; ancak diğer mali haklar hakkında özel bir düzenleme öngörmemektedir (FSEK md. 49/II). Buradan hareketle, takip eden devirler bakımından işleme hakkı dışındaki mali haklar için böyle bir izne artık gerek olmadığı; zira bu izne ihitiyaç olsa idi bunun tıpkı işleme hakkında olduğu gibi kanunda açıkça düzenlenmiş olacağı iddia edilemez. Kanımızca, eser sahibinin eseri ile olan bağı ve manevi menfaatlerin mali hakların devredilmesine rağmen devam edeceği ilkesi, takip eden devirler bakımından da bu iznin aranmasını gerekli kılar.

Alman hukukunda da kullanma hakkını (lisansı) devralan kişinin bu hakkı üçüncü bir kişiye devredebilmesi için eser sahibinin rızası aranmaktadır. Eser sahibi doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak bu rızayı vermekten kaçınamaz. Alman hukukunda üçüncü kişilere lisans tanıma yetkisi, sadece tam lisans sahibine ait bir yetkidir (UrhG § 34-35). Alman hukuku uyarınca eser sahibinden tam lisans iktisap eden ve eser sahibinin rızası ile üçüncü bir kişiye alt lisans tanıyan iktisap edenin, devrettiği lisansın üçüncü kişi tarafından kullanılmaması nedeniyle cayma hakkını ileri sürebilmesi ilkesi kabul edilmemiştir. Yani Alman hukukunda iktisap edenin (*Erwerber eines ausschließlichen Nutzungsrechts*) cayma hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, eser sahibi böyle bir durumda da cayma hakkını kullanabilir. Şöyle ki; Alman hukukunda kullanmama nedeniyle cayma hakkının ileri sürülebilmesi için eser sahibi ile devralan kişi arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi

[368] Aksi yönde: **Ayiter**, s. 208-209; **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 90; **Aydıncık**, s. 68.
Devren iktisapta eser sahibinin izninin aranmadığı hallere külli halefiyet dışında işletmelerin devralınması ve birleşmesi örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Bölüm II, § 2, B, IV, c.

olması gerekli değildir. Bu sebeple eser sahibinin, alt lisans alan üçüncü kişi ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi (bu kişi tam lisans sahibi ile bir sözleşme ilişkisi içerisinde olsa dahi) bu kişiye karşı cayma hakkını ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Nitekim eser sahibinin sözleşme ilişkisi içerisinde olmadığı bir kişiye karşı da cayma hakkını ileri sürebilmesi hususu, BGB'de düzenlenmiş olan dönme hakkı ile UrhG'de düzenlenmiş olan cayma hakkı arasındaki yegâne farklardan biri olarak kabul edilmektedir. [369]

UrhG § 41/I'in lafzı da Alman hukukunda bu tarz bir yorum yapılabilmesine son derece müsaittir. Daha doğru bir ifadeyle, UrhG § 41, bu ilkeye uygun bir biçimde kaleme alınmıştır. Nitekim UrhG § 41/I, maddede belirtilen koşulların varlığı halinde eser sahibinin "…kullanma hakkından cayabileceğini*"* (*so kann dieser das Nutzungsrecht züruckzurufen*) ifade edilmektedir. Alman hukukunda cayma hakkı, eser sahibi veya manevi hakları kullanabilecek (halefler) kişiler dışındakilerce ileri sürülemez. [370] Alman hukukunda kabul edilen bu prensip, şu açılardan haklı görülmektedir: Her şeyden önce cayma hakkı, eser sahibinin mali haklarını süresiz bir biçimde bir başkasına devretmesi halinde dahi, meydana getirdiği eser üzerindeki irtibatının kesilmeyeceği ve manevi haklarının ondan ayrılamayacağı düşüncesinden doğan; hem manevi hem de mali hak ihlalleri halinde söz konusu olan ve kanun tarafından bir manevi hak olarak kabul edilmese dahi manevi hak niteliği ağır basan bir haktır. Dolayısıyla mali bir hak iktisap eden kimsenin cayma hakkına sahip olduğunu ileri sürmek, bu kimselerin sahip oldukları hakkın sınırlarını oldukça aşan bir yorum yapmak olur. Bunun yanı sıra, kuşkusuz mali bir hakkı iktisap eden kişinin sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde meşru bir menfaati bulunabilirse de, cayma

[369] **Nordemann**, § 41, Rn. 7-8, s. 877; **Budde**, s. 30-31; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 7; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 7-8; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 9.
[370] **Nordemann**, § 41, Rn. 7-8, s. 877; **Schricker**, § 41, Rn. 8, s. 853; **Budde**, s. 30-31; **Löwenheim**, § 16, Rn. 26 ve 30; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 9; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 13.

hakkını kullanamıyor olması mali hak sahibi kişinin bu yöndeki menfaatini zedelememektedir. Zira bu halde sözleşmeyi sona erdirebilmenin tek yolu cayma hakkının ileri sürülmesi değildir. Mali hak sahibi, üçüncü kişi ile aralarındaki sözleşmeyi cayma hakkı dışındaki yollarla da sona erdirebilme imkânına sahiptir.

Alman hukukunda cayma hakkının ileri sürülebilmesi için eser sahibi ile bu hakkın ileri sürüldüğü şahıs arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin gerekmemesi hususunun Türk hukukunda da kabul edilmesi ise FSEK md. 58/I'in lafzı nedeniyle pek mümkün görünmemektedir.[371] FSEK md. 58/I'in lafzı *"...eser sahibi sözleşmeden cayabilir*" şeklinde formüle edilmiştir. Kuşkusuz sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince eser sahibinin tarafı olmadığı bir sözleşmeyi tek başına sona erdirmesi düşünülmez. Türk hukukunda eser sahibinin, tarafı olmadığı bir sözleşme ilişkisini üçüncü kişiye karşı cayma hakkını ileri sürmesi suretiyle sona erdirmesi maddenin düzenleniş şekli ile de bağdaşmamaktadır. Bu açıdan hem sözleşmelerin nisbiliği ilkesi hem de FSEK'in düzenleniş tarzı, Alman hukukundaki gibi bir yorum yapılmasını engellemektedir. Aslında bu durumun nedeni FSEK md. 58 hükmü düzenlenirken cayma hakkının bağımsız bir hak olarak değil; bir dönme hakkı (veya daha sonra da sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler göz önünde bulundurularak bir fesih hakkı) olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda cayma hakkı, şekle ilişkin koşulları itibariyle dönme hakkına benzeyen; ancak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uygulama alanı bulduğundan özel bir fesih hakkı görünümünde olan ve buna karşılık hem fikri haklar sözleşmelerinde kural olarak kullanma yükümlülüğünün bulunmadığı durumlarda önemli bir hukuki çare görünümünde olduğundan hem de bir hukuki kurum olarak asıl anlamda tazminat talep etmek veya ifayı sağlamak gibi bir amaca yönelmediğinden doktrinde ihtilaflı

[371] Daha doğru bir ifadeyle, FSEK md. 58 ve genelde madde metinleri kaleme alınırken birçok hususa dikkat edilmediğinden neyin gerçekten bilinçli bir tercih olduğu ve neyin bir çeviri hatasından veya gelişigüzel kaleme alınmış olmasından kaynaklandığı zaten çoğu zaman net olarak anlaşılamamaktadır.

bir biçimde de olsa kendisine has bağımsız bir hukuki niteliği bulunan bozucu bir yenilik doğuran haktır. Bu nedenle cayma hakkı Türk hukukunda da emsal aldığı Alman hukukunda olduğu gibi manevi niteliği ağır basan ve hukuki nitelik itibariyle bağımsız bir hak biçiminde anlaşılmalı ve bu şekilde düzenlenmelidir. FSEK md. 58'deki ifade de "*eser sahibi sözleşmeden cayabilir*" yerine; "*eser sahibi devrettiği hakkı geri çağırabilir/bu haktan cayabilir*" şekilde yeniden formüle edilmelidir. Eğer eser sahibinin cayma hakkı onun manevi haklarından doğan ve sahip olduğu bir nev'i olağanüstü veto hakkı gibi görülebilirse, mali hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiğini düşünen eser sahibi –her ne kadar en başta bu devre rıza göstermişse de- cayma hakkını kullanabilecektir. İşte böyle bir durumda da cayma hakkı ile dönme/fesih arasındaki en büyük farklılık ortaya çıkmış olur. Türk hukukunun FSEK'te eser sahibine tanıdığı cayma hakkının, Alman hukukundaki anlamı ve diğer Avrupa ülkelerindeki değeri işte tam olarak budur. Bu açıdan cayma hakkı, fikri haklar hukukunun özelliğinden ve ihtiyaçlarından doğan ve tamamen fikri haklar hukukuna özgü bir yöntemdir.

Türk hukukunda bazı yazarlar [372] üçüncü kişinin, devraldığı hakkı hiç veya gereği gibi kullanmaması halinde eser sahibinin cayma hakkını kullanamayacağını;[373] ancak bu hakkı iktisap edenin ileri sürebileceğini savunmaktadırlar. Buna göre, üçüncü kişinin, devraldığı hakkı veya yetkiyi "hiç" veya "gereği gibi" kullanmaması durumunda iktisap edenin sözleşmeyi cayma hakkı aracılığıyla sona erdirilebilmesinin FSEK md. 19/III'te yer alan hallerde kabul edilebileceği savunulmaktadır. Bu açıdan, mali bir hakkı üçüncü kişiye devreden iktisap edenin (*Erwerber*), üçüncü kişinin devraldığı hakkı veya yetkiyi kullanmakta *meşru bir*

[372] **Arslanlı**, s. 195; **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 582; **Erel**, s. 301; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1765.

[373] İkitsap edenin hakkı bir başkasına devretmesi halinde eser sahibinin yine de cayma hakkını kullanabileceğine dair aksi yöndeki görüş için bkz. **Mustafa Reşit Belgesay**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, s. 111; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1764.

menfaatinin bulunduğunu ispat etmek şartıyla ve cayma hakkının eser sahibi tarafından kullanılmaması halinde FSEK md. 58 uyarınca eser sahibine ait olan cayma hakkından yararlanabilmesine bir engel bulunmadığı ileri sürülmektedir. Burada, "*Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyetli olanlar, salahiyetlerini kullanmazlarsa; eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartiyle, eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilir."* hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olmaktadır.[374]

C) Gereği Gibi Faydalanmamanın Belirli Bir Süre Devam Etmesi

FSEK md. 58 uyarınca cayma hakkının ileri sürülebilmesi için hak veya yetkilerden gereği gibi faydalanılmamış olması ve bu durumun mali hakların devri veya lisans sözleşmelerinde kararlaştırılan süre boyunca devam etmiş bulunması lazımdır. O halde gereği gibi faydalanmamanın söz konusu olabilmesi için bu eylemsizliğin mutlaka bir süre boyunca devam etmiş olması gerekmektedir. Bu süre, ilk önce eser sahibi ile iktisap eden arasındaki sözleşmeye bakarak tespit edilir. Taraflar devredilen hak veya yetkinin kullanılması için sözleşmede bir süre kararlaştırmış ve bu sürenin ne zaman başlayacağını da belirlemiş olabilirler. Böyle bir durumda gereği gibi faydalanmama durumu bu süre içerisinde gerçekleşmeli ve bizzat sözleşmede tayin edilen tarihten itibaren tespit edilmelidir.

Tarafların mali hakların devri veya lisans sözleşmeleri bakımından bir süre tayin etmeleri zorunlu değildir. Ancak yayın sözleşmeleri bakımından tarafların sözleşmenin süresini veya baskı adedini belirlemeleri zorunludur (TBK md. 491). 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 375/II uyarınca aksine bir anlaşma yoksa kural olarak

[374] Bu konuya aşağıda Mali Hak Sahipleri Bölümünde tekrar değinilmiştir. Bkz. Bölüm III, § 2, II, D.

yayımcı baskı adedini belirlemekte serbesttir; ancak bu kural 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile değiştirilmiş ve artık yayın sözleşmeleri bakımından sözleşmenin süresinin veya baskı adedinin belirlenmesi sözleşmenin zorunlu unsuru haline getirilmiştir. Madde gerekçesinde bu değişikliğin, uygulamada görülen bazı kötüye kullanımları önlemek amacıyla yapıldığı vurgulanmaktadır.[375]

FSEK, cayma hakkının ileri sürülmesi için geçmesi gerekli olan sürenin tespitini öncelikle tarafların iradelerine bırakmaktadır. Ancak taraflar kullanmama süresini ve bu sürenin başlangıcını her zaman sözleşme ile kararlaştırmamış olabilirler. Bu durumu dikkate alan kanunkoyucu FSEK md. 58/I'de *"... eğer bir süre tayin edilmemişse münasip bir süre içerisinde..."* ifadesiyle, kullanmama bakımından münasip süre kriterini öngörmüştür. Buna göre, mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse somut duruma göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmazsa eser sahibi sözleşmeden cayabilir.

Münasip süre, her somut olayda farklıdır. Münasip süre tespit edilirken söz konusu eserin hacmi, ağırlığı, teamüller vb. birçok objektif kriterden yararlanılmaktadır. Örneğin, bir sahne eseri makul bir süre içerisinde gösterime girmeli, o ders yılı için hazırlanmış bir kitap o ders yılının başından basılıp dağıtılmalı,[376] belirli bir sezon için yapılmış olan müzik eserleri öngörülen sezonda umuma iletilmelidir. Aksi halde, sözleşme ile bir mali hak veya lisans iktisap eden kişi, bu münasip süreler geçmesine rağmen sözleşmenin gereğini yerine getirmemiş olur ve eser sahibi buna dayanarak sözleşmeden cayabilir.

Alman hukuku süre koşulunu daha farklı bir biçimde formüle etmiştir. Bu açıdan UrhG § 41 farklı bir düzenleme içermektedir. Alman hukukunda cayma

[375] 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri Ve Yürürlükten Kalkan 818 Sayılı Kanunda Karşıladığı Maddeler, http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm (02.02.2015)
[376] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 585.

hakkının ileri sürülebileceği süre kanunla belirlenmiştir. Buna göre, tam lisans sözleşmesinde kullanma hakkının devrinden ve aynı zamanda eserin tesliminden itibaren 2 yıl geçmeden cayma hakkı kullanılamaz (UrhG § 41/II). Bu 2 yıllık süre, kullanma hakkının devri ve eserin teslim edilmesi şartlarının aynı anda gerçekleşmesi ile başlar.[377] Eğer kullanma hakkı devredilmiş olmasına rağmen eser daha sonra teslim edilmişse, cayma hakkının ileri sürülebileceği 2 yıllık süre eserin geç teslim edildiği tarihten itibaren başlar. Alman Yayın Kanunu'na (VerlagG) tâbi bir sözleşme söz konusu olduğunda kullanma hakkının devri ile eserin teslimi aynı zamanda gerçekleşmektedir. Zira yayın sözleşmeleri eserin teslimi ile kurulmaktadır (VerlagG. § 9/I).

Alman hukuku bakımından söz konusu olabilecek bir diğer ihtimal, kullanma hakkının iktisap eden tarafından üçüncü kişiye devredilmiş olması durumudur. Eğer kullanma hakkı, devralan tarafından üçüncü bir kişiye devredilirse; cayma hakkının ileri sürülebilmesi yine kullanma hakkının devri ve eserin fiilen teslimi veya eser daha geç teslim edilmişse bu tarihten itibaren başlayacak olan 2 yıllık sürenin sonunda (*Das Rückrufsrecht kann nicht vor Ablauf von zwei Jahren seit Einräumung oder Übertragung des Nutzungsrechts oder, wenn das Werk später abgeliefert wird, seit der Ablieferung geltend gemacht werden)* mümkün olur. Bir diğer ifadeyle cayma hakkının üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde yeni bir süre işlemeye başlayacaktır (UrhG § 41/II). Doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince kullanma hakkı sahibi bu 2 yıllık süre dolmadan önce eserden hiç veya gereği gibi faydalanmak istemediğini açıkça belli etmişse, söz konusu sürenin daha kısa olması gerektiği kabul edilmektedir.[378] Tam tersi bir şekilde, ansiklopediler veya kommentarlar gibi zaman gerektiren eser çalışmaları söz konusu olduğunda ise bu 2 yıllık sürenin esaslı bir

[377] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 11; **Nordemann**, § 41, Rn. 27, s. 884.
[378] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 11.

şekilde uzayabileceği görüşü hâkimdir. Ancak bu süre her halükarda (UrhG § 41/IV ile uyumlu olacak şekilde) en fazla 5 yıl olarak kararlaştırılabilir. [379]

Görüldüğü gibi Alman hukukunda lisansın hiç veya gereği gibi kullanılmadığının kabul edilebilmesi için geçmesi gerekli olan süre kanunda tespit edilmiştir. Buna karşılık, Alman hukukunda tarafların sözleşme ile 2 yıldan daha kısa bir süre kararlaştırmaları olanağının bulunduğu kabul edilmektedir. [380] Aslında ifade edilmek istenen, Alman hukuku uyarınca tarafların kullanmama süresini sözleşmede özgürce tayin edebilecekleri (ancak bu süre en fazla 5 yıl olarak kabul edilmektedir) ve eğer bu yönde bir anlaşmaya varmamışlarsa kullanmama süresinin kanun gereği 2 yıl olarak kabul edilmesi gerektiği ve dolayısıyla bu 2 yıllık süre dolmadan da cayma hakkının ileri sürülemeyecek olduğudur. [381]

Alman hukukunda kabul edilen bu 2 yıllık süre, gazete ve dergilerde yayımlanan eserler dışındaki tüm eserler bakımından geçerlidir. Gazete ve dergilerde yayımlanan eserlerde süreler çok daha kısadır. UrhG 41/II, S. 2 uyarınca gazetelerde yayımlanan eserler bakımından bu süre 3 ay, dergilerde yayımlanan eserler bakımından ise eğer bu dergiler aylık veya daha kısa aralıklarla yayımlanan dergilerse 6 ay ve diğer dergiler bakımındansa 1 yıldır.

Burada kastedilen eserler, sadece köşe yazıları gibi güncel eserler değil; aynı zamanda kısa hikâyeler, roman dizileri, şiirler, resimler, karikatürler vb. eserlerdir. [382]

Gereği gibi faydalanmama süresinin kanunda tespit edilmesi, bu sürenin nasıl tayin edilmesi gerektiğine yönelik belirsizliği ortadan kaldırmaktadır. Böylece cayma hakkını kullanmakta serbest olan eser sahibinin bu serbestliğine, iktisap eden lehine bir sınır getirilmiş olur. Alman hukukunda cayma hakkının 2 yıl geçmeden

[379] **Nordemann**, § 41, Rn. 28, s. 884; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 25; **Dünnwald/Gerlach**, § 79, Rn. 27, s. 345; **Schricker**, § 41, Rn. 17, s. 856.
[380] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 11.
[381] **Budde**, s. 73.
[382] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 12; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 22.

kullanılamıyor oluşu asıl olarak eser sahibi lehine tanınmış olan cayma hakkında menfaatlerin dengelenmesi amacına yöneliktir. Ancak kanunda böyle bir süre sınırının önceden tespit edilmesinin somut olay adaleti bağlamında münasip süre kriterine kıyasla dezavantajlı olabileceği de bir gerçektir. Nitekim kanun tarafından tespit edilen bu 2 yıllık sürenin Alman hukukunda tarafların herhangi bir süre kararlaştırmadıkları durumlarda geçerli olması ve sözleşmeyle uzatılıp kısaltılabilmesi de bu durumun dezavantajlarını bertaraf etmeye yöneliktir. Kullanmama eyleminin söz konusu olabilmesi için geçmesi gereken süreye yönelik bir sınır FSEK'te söz konusu değildir.

D) Menfaatlerin Esaslı Surette İhlali

Cayma hakkının söz konusu olabilmesi için esasa ilişkin gerekli olan bir diğer koşul, eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş *(berechtigte Interessen des Urhebers erheblich verletzt)* olmasıdır. Böylece, mali bir hak veya bir lisansın sözleşmede belirtilen süre boyunca veya böyle bir süre belirtilmemişse münasip bir süre içerisinde hiç veya gereği gibi kullanılmaması nedeniyle eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilmekteyse, cayma hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli olan tüm maddi şartlar oluşmuş demektir.

Doktrinde cayma hakkının eser sahibinin manevi menfaatlerinin ihlal edildiği durumlarda söz konusu olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Zira bu görüşü savunan yazarlara göre cayma hakkında sadece mali menfaatlerin ihlali söz konusu olsaydı bu durumun TBK'da yer alan genel borca aykırılık yaptırımları ile karşılanması mümkün olurdu ve böylece FSEK md. 58'e gerek kalmazdı.[383] Cayma hakkının manevi haklara yakın bir kategoride duran ve bu sebeple manevi niteliği ağır basan bir hak olduğu

[383] **Erel**, s. 300; **Arslanlı**, s. 194.

doğrudur. Ancak cayma hakkı bundan çok daha geniş bir anlam içermektedir. Bir kere fikri haklara ilişkin bir sözleşmede bir borca aykırılık söz konusu olmasa; bir diğer ifadeyle kullanma yönünde bir borç bulunmasa dahi cayma hakkı söz konusu olabilir. [384] Bunun haricinde borca aykırılık durumunda mali hakları esaslı surette ihlal edilen eser sahibinin genel hükümlere başvurmak yerine FSEK md. 58'deki cayma hakkı düzenlemesine başvurması da mümkündür.[385] Yine sadece mali anlamda hiçbir zararı olmasa da sadece manevi menfaatleri ihlal edilen eser sahibi de kuşkusuz cayma hakkından yararlanabilecektir.

Kanaatimizce cayma hakkına *daha ziyade* manevi menfaat ihlallerinde başvurulması söz konusudur; ancak mali menfaatlerin ihlal edilmesi durumunda da cayma hakkının ileri sürülebilmesi mümkündür. Bu açıdan menfaat ihlali, her iki hak kategorisini de içerisine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Cayma hakkının ileri sürülmesi açısından manevi veya mali menfaatler arasında bu anlamda bir fark bulunmasa da menfaat ihlallerinin esaslı olup olmaması arasında çok büyük bir fark bulunmaktadır. Zira sadece esaslı menfaat ihlalleri cayma hakkına vücut vermektedir. Örneğin[386] eser sahibinin yüksek bir telif ücretini peşin olarak aldığı durumlarda eserin umuma arz edilmesinin geciktirilmesi eser sahibinin manevi menfaatlerini esaslı surette ihlal edebilir veya aynı durumda telif ücretinin peşin değil de satılan miktar üzerinden alınacağı durumlarda mali menfaatlerin de ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Böylece eser sahibi manevi *ve/veya* mali menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiği herhangi bir durumda cayma hakkına başvurabilir.

---

[384] Bkz. Bölüm III, § 1, I, B, s. 156.

[385] Fakat aslında borca aykırılık söz konusu olduğunda genel hükümlere başvurmak eser sahibi açısından daha avantajldır (**Budde**, s. 27); çünkü sözleşmeyi sona erdiren eser sahibi tazminat talebinde de bulunabilir. Bu nedenle cayma hakkının daha ziyade manevi menfaatlerin ihlal edildiği durumlarda söz konusu olduğunu söylemek yanlış bir tespit olmaz. Ancak asıl önemlisi cayma hakkının özellikle borca aykırılığın söz konusu olmadığı durumlarda işlerlik kazandığıdır.

[386] **Hubmann/Rehbinder**, s. 218; **Schricker**, § 41, Rn. 15, s. 855.

Menfaatlerin ihlal edilmesi noktasında önemli olan, ihlalin esaslı (*erheblich*) surette olmasıdır. O halde esaslı surette olmayan ihlaller veya küçük ayıplar bir menfaat ihlali olarak kabul edilse de cayma hakkına vücut vermemektedir. Öyle ki somut bir olayda hiç kullanmama durumu söz konusu olsa dahi menfaatler esaslı surette ihlal edilmediği için cayma hakkı gündeme gelmeyebilir. Örneğin bilimdeki bazı yeni bilgilerin hâlihazırda konuşuluyor olması nedeniyle bilimsel bir eser üzerindeki hakkın veya yetkinin kullanmasının iktisap edenden beklenemeyeceği bazı nesnel durumlarda, menfaatlerin esaslı surette ihlal edildiğinden bahsedilemez. [387] Buna karşılık, eserin hiç veya yeterince kullanılmaması durumu genellikle eserin umuma arz edilmesini de sekteye uğrattığından eserin mali hak veya lisansın devredilmesi yoluyla umuma arz edildiği hallerde hiç veya yeterince kullanılmamasının menfaatleri esaslı surette ihlal ettiğinden bahsedilmektedir. Örneğin bir müzik eseri sahibinin eserinin yurtiçi ve yurtdışında yayımlanmasında menfaati vardır; zira eser bu yolla umuma arz edilmekte ve bilinir olmaktadır. [388] Genelde hiç veya gereği gibi kullanmama hallerinin *çoğunda* menfaatlerin esaslı surette ihlal edildiği kabul edilir. [389]

Yaratıcılık unsurunun en alt seviyede olduğu ve fakat yine de asgari biçimde de olsa bir yaratıcılık barındırdığı için korunmaya değer görülen reklam broşürleri, kataloglar, sözleşme taslakları vb. bazı eserlerde (*kleine Münze*), [390] eser sahibinin menfaati o kadar azdır ki cayma hakkı ya hiç söz konusu olmaz ya da nadiren (*eher selten*) söz konusu olur. [391]

Eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş olup olmadığı sübjektif olarak eser sahibi açısından değerlendirilir. Bir diğer ifadeyle cayma hakkının somut

[387] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 7.
[388] **Erich Schulze**, Urheberrecht in der Musik, 5. Auf., Berlin 1981, s. 138.
[389] **Nordemann**, § 41, Rn. 23, s. 882-883; **Schricker**, § 41, Rn. 15, s. 855.
[390] **Gernort Schulze**, "*Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*", GRUR 1987, s. 769 vd.
[391] **Ulmer,** s 374; **Schricker**, § 41, Rn. 15, s. 855; **Haberstumpf,** Rn. 236, s. 127; **Budde**, s. 67.

olayda ileri sürülüp sürülemeyeceği tespit edilirken öncelikle ortada objektif açıdan hiç veya gereği gibi kullanmama durumu olup olmadığı, daha sonra da bu durumun sübjektif açıdan eser sahibinin menfaatlerini esaslı bir biçimde ihlal edip etmediği araştırılır.[392] Menfaatlerin esaslı bir surette ihlal edilip edilmediğinin tespiti için tarafların menfaatlerinin karşılaştırılması (*Interessenabwägung*) da gerekmez.[393] Bir diğer ifadeyle, eser sahibinin menfaatlerin esaslı bir şekilde ihlal edildiğinden bahsedebilmek için eser sahibi ile iktisap edenin menfaatlerini karşılaştırıp eser sahibininkilerin ağır bastığından bahsetmek gibi bir durum cayma hakkının somut olayda söz konusu olup olmadığının tespiti açısından ilgisiz ve gereksizdir. Zira iktisap edenin sözleşmenin sona erdirilmemesi yönünde bazı menfaatlerinin bulunması veya iktisap edenin menfaatlerinin daha ağır basması, cayma hakkının ileri sürülüp sürülmemesi açısından değil; tazminat istenip istenememesi açısından önemlidir (FSEK md. IV).

Menfaatlerin esaslı surette ihlal edilmesi kriterinin cayma hakkının kötüye kullanılmasını engellediği kabul edilmektedir. Bu açıdan cayma hakkının ileri sürülebilmesi için eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi gerekliliği cayma hakkının kullanılmasını ayrıca güçleştiren bir unsur değil; bu hakkın kötüye kullanılmamasına yönelik bir güvence niteliğindedir.[394] Zira cayma hakkı, sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesini sağlamakta ve sözleşmelerin tek taraflı olarak sona erdirilmesi gibi bir durumun geçerli olabilmesi için de alelade koşullar yeterli gelmemektedir. Bu açıdan olayda caymayı haklı kılacak ciddi sebepler aranması makul görülmelidir.[395]

[392] **Nordemann**, § 41, Rn. 10, s. 877.
[393] **Budde**, s. 65.
[394] **Nordemann**, § 41, Rn. 23, s. 882-883; **Schricker**, § 41, Rn. 15, s. 855; **Budde**, s. 64-65.
[395] **Franko**, Cayma Hakkı, s. 403.

Eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş olması UrhG § 41'de de aynen kabul edilmiştir. Bununla birlikte, UrhG § 41, FSEK md. 58'de öngörülmeyen bir başka kritere daha yer vermektedir. Buna göre, hiç veya gereği gibi kullanmama durumu daha ziyade, giderilmesi (ortadan kaldırılması) eser sahibinden beklenebilecek bazı durumlardan kaynaklanırsa *(wenn die Nichtausübung oder die unzureichende Ausübung des Nutzungsrechts überwiegend auf Umständen beruht, deren Behebung dem Urheber zuzumuten ist*) cayma hakkı söz konusu olmaz.

Burada daha ziyade değişen bazı durumlar nedeniyle (örn. bilimdeki veya teknikteki ilerlemeler gibi) eserin kâr getirici bir şekilde değerlendirilemediği; ancak yine de eser sahibinin eseri değişen bu koşullara kolayca adapte edebildiği durumlar akla gelmektedir. Bu açıdan koşulların değişmesi nedeniyle eserin gereği gibi kullanılamamasına rağmen bu değişen koşulların eser sahibi tarafından ortadan kaldırılması mümkünse, eser sahibi cayma hakkını kullanamaz. Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararda [396] ortaya çıkan zorlukların giderilmesine katılmayan bestecinin cayma hakkına sahip olamayacağına hükmetmiştir. Buna karşılık, eser sahibinin eserini, toplumsal beğenideki potansiyel değişimlerine adapte etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kural olarak toplumsal beğenideki değişimlerin eser sahibi tarafından giderilmesi eser sahibinden beklenemeyecek bir durumdur. Aynı durum, yaratıcılık unsuru düşük (*kleine Münze*) veya sanatsal değeri az olan ve sadece kişileri eğlendirme amacına yönelik eserler (örneğin bir operaya kıyasla operet bu şekildedir) bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, eser sahibinden eserini kendi kanaatlerine aykırı bir şekilde değiştirmesi de talep edilemez. [397] Ancak hukuk kurallarına aykırılık halinin varlığı bakımından durum tam tersidir. Hukuk kurallarına

[396] BGH, 06.03.1986 - I ZR 144/83-Ligäa (https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1986-03-06/I-ZR-144_83) (10.02.2015)
[397] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 9 ve 10; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 17 ve 18.

aykırılığın giderilmesi, eser sahibinden beklenebilir niteliktedir. Örneğin bir eser üzerinde tanınan bir hak bir kanun hükmünün içeriğine aykırılık teşkil ediyorsa, mali hak sahibinin hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden bu hakkı kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Mesela bir şiir, üçüncü bir kişinin kişilik haklarını ihlal ediyorsa durum bu şekildedir. Böyle bir durumda, talep üzerine eserde bir değişiklik yapılması eser sahibinden beklenebilir bir durumdur. Bu talebi yerine getirmeyen eser sahibi, gereği gibi kullanmama durumunun varlığına rağmen cayma hakkını ileri süremez.[398]

Ortadan kaldırması beklenen bir durum varken bunu yapmayarak cayma hakkını ileri süren eser sahibinin bu davranışı, çelişkili davranma yasağına da (*venire contra factum proprium*) aykırılık teşkil eder.[399]

"Beklenebilirlik" unsurunun tespiti için eser sahibinin ve kullanma hakkı sahibinin menfaatlerin doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince karşılaştırılması ve değerlendirilmesi gerekir. [400] Değişen koşulların giderilmesinin eser sahibinden beklenip beklemeyeceği konusu ihtilaflı olabilir. Böyle bir durumda değişen koşulların eser sahibince ortadan kaldırılabilir olup olmadığı konusunda ispat külfeti kullanma hakkı sahibindedir. [401]

FSEK md. 58, cayma hakkının ileri sürülebilmesi için hakkın veya yetkinin hiç veya gereği gibi kullanılmamasına yol açan durumların ortadan kaldırılmasının eser sahibinden beklenememesi gibi bir koşula yer vermemiştir. Ancak çelişkili davranma yasağı kuralı Türk hukuku bakımından da geçerli olan evrensel bir hukuk prensibidir. Bu açıdan eser sahibi değişen koşulları ortadan kaldırabiliyor ve iktisap edenin eseri hiç veya gereği gibi kullanamama durumu bu sayede giderilebiliyorsa, bunu

[398] **Budde**, s. 71-72.
[399] **Budde,** s. 68; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 18.
[400] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 16; **Schricker**, § 41, Rn. 16, s. 855-856; **Löwenheim**, § 16, Rn. 43.
[401] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 10.

yapmayan eser sahibinin sözleşmeden cayması bir çelişki yaratmaktadır. Nitekim eser sahibine cayma hakkının tanınmasının nedeni, eser sahibinin dilediği zaman ve koşullarda sözleşmeden ayrılabilmesi değil; eserinin değerlendirilmesi imkânının devam ettirilebilmesi ve bu sayede menfaatlerinin ihlal edilmesinin engellenmesidir. Kaldı ki kanunkoyucunun bir yandan cayma hakkının gelişigüzel kullanılmasını önleyecek şekilde menfaatlerin "esaslı surette" ihlal edilmesi kriterini koyması; ancak diğer yandan da kullanılmama halini eserini değişen koşullara adapte ederek veya bazı değişiklikler yaparak önleme imkânına sahip olan eser sahibine, cayma hakkını yine de her esaslı menfaat ihlalinde sorgusuzca ve sınırsızca kullandırması bir tutarsızlık yaratır. Bu açıdan, her ne kadar FSEK'te yer almasa da, somut bir uyuşmazlıkta eser sahibinin sözleşmeyi cayma hakkını ileri sürmek suretiyle sona erdirip erdiremeyeceği incelenirken Alman hukukunda geçerli olan bu kriterin de göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle, eğer sözleşme tek taraflı olarak sona erdirilmeden eser sahibinin yapacağı bazı değişiklerle devam edebilecekse ve eser sahibi bu yolla hak veya yetkinin hiç veya gereği gibi kullanılmamasını engelleyebiliyorsa sözleşmenin ayakta tutulması tercih edilmelidir. Sonuç olarak, bir uyuşmazlıkta menfaatlerin esaslı surette ihlal edildiği gerekçesiyle sözleşmenin cayma eliyle sona erdirilip erdirilemeyeceği tespit edilirken bu kriterin Türk hukukunda da göz önünde bulunduruluyor olmasının, hem çelişkili davranma yasağına hem de sözleşmelerin ayakta tutulması ilkesine uygunluk gösterdiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle, her ne kadar FSEK'te yer almasa da, mahkemelerin de kullanmama durumunun eser sahibi tarafından giderilebilecek bir durum olup olmadığı hususunu dikkate almaları gerektiği kanısındayız.

II. Caymanın Şekli Koşulları

Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin bu hakkı veya yetkiyi kararlaştırılan süre içerisinde veya böyle bir süre kararlaştırılmamışsa münasip bir süre içerisinde kullanmaması nedeniyle eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş olması, cayma hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli olan maddi koşullardır. Ancak cayma hakkının ileri sürülebilmesi için bu maddi koşulların yanı sıra bazı şekli koşullar da gerekmektedir. Cayma hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli olan bu şekli koşulların yerine getirilmemesi halinde cayma hakkı sahibi sözleşmeden cayamaz; bir diğer ifadeyle, cayma herhangi bir hüküm ifade etmez. Cayma hakkının hüküm ifade edebilmesi için karşı tarafa noter vasıtasıyla bir mehil verilmeli veya mehil yerini tutan bir durum bulunmalı ve bir ihbarda bulunulmalıdır.

A) Mehil

a) Mehilin Belirlenmesi

Cayma hakkının hüküm ifade edebilmesi için cayma hakkını kullanmak isteyen kişinin karşı tarafa bir mehil vermesi gerekmektedir. Bu mehilin iki önemli özelliği bulunmaktadır: İlk olarak, söz konusu mehil için kanun tarafından belirli bir süre öngörülmemekte ve her somut olay bakımından farklı olabilecek "*münasip bir mehil*" (*angemessene Nachfrist*) verilmesi koşulu kabul edilmektedir. İkinci olarak da mehilin mutlaka "*noter vasıtasıyla*" yapılması gerektiği belirtilmektedir. [402]

Kanunda mehilin belirli bir süre olarak kararlaştırılmaması ve "*münasip bir mehil*" şartı getirilmiş olması, borçlar hukukundaki genel kurallara uygun bir düzenlemedir. Ancak mehile ilişkin öngörülen şekil şartı TBK'da kabul edilen bir

[402] FSEK md. 58'deki şartların gerçekleşmemesi halinde cayılamayacağına, mehilin kanunun öngördüğü biçimde verilmesi gerektiğine ve mehil tayinine lüzum olmayan hallerin varlığı halinde bunun ispat edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1997/4440, K. 1997/9678, T. 25.12.1997 (**Suluk/Orhan**, s. 724).

yöntem değildir. Zira TBK uyarınca, karşı tarafa son bir süre tanımak amacıyla öngörülmüş olan mehilin, noter aracılığıyla yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. TBK md. 123 uyarınca, "*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.".*

Borçlar hukukunda mehil verilmesinin amacı, borcun ifa edilmemesi nedeniyle temerrüt gibi ağır sonuçları olan bir duruma düşmekten kurtulması yönünde borçluya son bir olanak tanımaktır. [403] Cayma hakkının ileri sürülebilmesi için karşı tarafa mehil verilmesinin amacı da iktisap edeni, eser sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirmesi gibi olumsuz bir sonuçtan korumak ve devredilen hakkın kullanılması yönünde ona son bir imkân tanımaktır.[404] Ancak borçlar hukukundaki genel kuralın aksine FSEK'te mehil için noter şekli öngörülmektedir. Kanımızca FSEK md. 58'de mehilin noter vasıtasıyla tanınmasına yönelik bir şekil şartı getirilmesinin nedeni, hem iradelere açıklık getirilmesi düşüncesi hem de cayma hakkının kullanılmasının kanun gereği bir sebebin varlığına bağlanmış olmasıdır.[405] Bu açıdan, mehilin noter vasıtasıyla verilmiş olması bir geçerlilik şeklidir.[406] FSEK md. 58/II, c. 1'de yar alan "*Cayma hakkını kullanmak istiyen eser sahibi sözleşmedeki hakların kullanılması için noter vasıtasiyle diğer tarafa münasip bir mehil vermeye* ***mecburdur.***" ifadesi de mehil verilmeden sözleşmeden cayılamayacağı ve bu mehilin geçerli bir biçimde verilebilmesi için bunun ancak noter aracılığıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bunun yanı sıra, her ne kadar sözleşmelerin sona

[403] **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 709.
[404] **Budde**, s. 76; **Erel**, s. 301.
[405] Cayma hakkının kullanılmasının FSEK md. 58'deki maddi şartlara bağlanması, iktisap eden açısından bir güvence teşkil etmektedir. Böylece iktisap eden, sözleşmenin cayma hakkının ileri sürülemesi suretiyle sona erdirilmesinin ancak bu şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olacağını bilmekte ve sözleşme ilişkisine güven duymaya devam etmekte ve dahası gerektiğinde sözleşmenin cayma hakkının kullanılması suretiyle sona erdirilmesine engel olma imkânına da böylece sahip olmaktadır (**Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 210-211).
[406] Aynı yönde: **Franko**, Cayma Hakkı, s. 404; **Serozan**, s. 467.

erdirilmesi için karşı tarafa gönderilecek ihtarnameler ve verilecek son süreler bakımından bir şekil şartı öngörülmesinin modern kanunlarda yer alan bir eğilim olmadığına ve bu zorunluluğun anlamsızlığına yönelik eleştiriler kanımızca haklı görülse de; TBK md. 11/II'de yer alan "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir*" yönündeki genel kural, bu yönde bir yorumu gerekli kılmaktadır. Bu açıdan noter vasıtasıyla yapılamayan bir mehil bildirimi, kanımızca herhangi bir hüküm doğurmayacaktır (TBK md. 11/II). [407]

Mehil süresi bakımından öngörülen "münasip sürenin" ne kadar olacağı her somut olaya göre farklılık göstermektedir. Örneğin bir yayımcıya kitabı yayımlaması için tanınabilecek olan münasip süre kitap satışına uygun zamanlar gözetilerek tespit edilebilir. Mesela bir ders kitabının o ders yılı başlamadan yayımlanması kitabın satışı

[407] Hüküm, 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu md. 20'de yer alan, tacirler arasında yapılacak ihtar ve ihbarların noter vasıtasıyla yapılacağı kuralını akla getirmektedir. 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu md. 20'de söz konusu hüküm, "…*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların* ***muteber olması için*** *noter marifetiyle (…) yapılması* ***şarttır***." şeklinde formüle edilmişti. Bu hükümde yer alan ifade nedeniyle o dönemde, maddede yer alan noter şeklinin bir geçerlilik şekli olduğu kabul edilmekteydi. Buna karşılık bazı yazarlar, bu şeklin ispat şekli olduğu ve bu sebeple alacaklının ihbar veya ihtarı noter vasıtasıyla veya maddede öngörülen diğer yollardan biriyle değil de, örneğin bir telefaks mesajıyla yapması ve borçlunun bunu inkâr etmemesi halinde temerrüdün bu koşulunun oluşacağı görüşündeydi. Bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 702.
Serozan ise md. 20'de geçerlilik şekli öngörülmüş olmasını yersiz ve anlamsız bulmakla birlikte, madde lafzının yorumcuya pek bir hareket imkânı tanımadığını düşünmekte ve bu maddedeki ifade değiştirilinceye kadar maddenin işlerlik alanının sadece tacir sıfatını taşıyanların ticari işletmeleriyle doğrudan doğruya ilgili bulunan ticari satım sözleşmelerine inhisar ettirilmesini gerekli görmekteydi. Bkz. **Serozan**, s. 470-471.
13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Yeni TTK ise söz konusu hükmü md. 18'de *"…Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, (…) ile yapılır*" demek suretiyle maddedeki ifadeyi farklı bir biçimde formüle etmekte ve madde gerekçesininde de belirtildiği üzere köklü bir değişiklik yaparak hükümdeki şekli geçerlilik şekli olmaktan çıkarıp, bir ispat şekli haline dönüştürmektedir. Bu değişikliğin sebepleri ise yine gerekçede, geçerlilik şeklinin artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması, teknikteki hızlı gelişmeler, hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartının yer almaması ve tacir gibi basiretli bir işadamı için geçerlilik şartının öngörülmüş olmasının anlamlı olmaması şeklinde açıklanmaktadır. (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kanunu Genel Gerekçesi Madde Gerekçeleri ve Yürürlükten Kalkan 6762 Sayılı Kanunda Karşıladığı Maddeler, http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm) (10.02.2015)
Buz, TTK'yı hazırlayanları bu noktada eleştirmekte ve eğer geçerlilik şeklinin bir ispat şekli haline dönüştürülmesi arzu edilmekteyse bunun gerekçede değil, madde metninde yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 253, dipn. 132.

için en uygun zamandır. Böyle bir durumda ders yılı başlayana kadar kitabın yayımlanması için münasip bir süre verilebilir. [408]

Münasip sürenin her somut olay bakımından ayrı bir biçimde değerlendirilecek olması bu sürenin tespitinde sabit bir ölçüt kullanmayı güçleştirmektedir. Bununla birlikte bu süre mutlaka söz konusu eserin hacmi, ağırlığı, getirdiği teknik problemler ve hak veya yetkinin verildiği alandaki teamüller de göz önünde bulundurularak objektif bir biçimde tespit edilmelidir. [409] Ancak münasip süre, her hâlükârda tarafların menfaatleri ve taraflar arasındaki ilişki değerlendirilerek, eser sahibinden bu kullanmama haline katlanması beklenmeksizin ve iktisap edene hakkı gereği gibi kullanması yönünde bir şans tanınması amacıyla doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince geçmesi gereken süredir. [410]

Alman hukukuna bakılacak olursa, tıpkı FSEK md. 58/II'de olduğu gibi UrhG § 41/III uyarınca da eser sahibinin kullanma hakkı sahibine hakkı yeterli bir biçimde kullanması yönünde münasip bir son süre (*eine angemessene Nachfrist*) bildiriminde bulunmadan cayma hakkını kullanamayacağı görülür. Bu düzenleme Alman hukukunda BGB'de yer alan genel hükümlerle de uyumludur. Bu nedenle söz konusu hükümler bakımından geliştirilen ilkeler, UrhG § 41'de düzenlenen kullanmama nedeniyle cayma hakkı bakımından da uygulanabilir. Eser sahibi tarafından hak sahibine bildirilecek olan münasip sürenin çok kısa olarak belirlendiği durumlarda bu süre geçersiz olmaz; otomatik olarak geçmesi gerekli olan münasip süre kadar uzar. Buna karşılık, eser sahibi münasip süreyi olması gerekenden uzun bir süre olarak belirlemişse artık taraflar bununla bağlıdır. [411]

---

[408] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 585.
[409] **Nordemann**, § 41, Rn. 31, s. 885; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 587; **Bozbel**, s. 263; **Budde**, s. 78.
[410] **Schricker**, § 41, Rn. 20, s. 857; **Dünnwald/Gerlach**, § 79, Rn. 27, s. 345.
[411] **Budde**, s. 76-77; **Nordemann**, § 41, Rn. 31, 33, s. 885-886; **Budde**, s. 79; **Schricker**, § 41, Rn. 20, s. 857.

UrhG § 41/III uyarınca cayma hakkının geçerli olabilmesi için karşı tarafa bildirilmesi gereken münasip süre, UrhG § 41/II'ye uygun olacak biçimde,[412] kullanma hakkının devri ve eserin fiilen tesliminden veya eser daha geç teslim edilmişse bu tarihten itibaren işleyecek olan 2 yıllık süre dolmadan başlamaz; ancak kuşkusuz bu zamandan önce karşı tarafa bildirilebilir.[413] Gazete ve dergilerde yayımlanan eserlerde süreler çok daha kısadır. UrhG 41/II, S. 2 uyarınca gazetelerde yayımlanan eserler bakımından bu süre 3 ay, dergilerde yayımlanan eserler bakımından ise eğer bu dergiler aylık veya daha kısa aralıklarla yayımlanan dergilerse 6 ay ve diğer dergiler bakımındansa 1 yıldır.

b) Mehil Tespitine Gerek Olmayan Haller

Eser sahibi bazı durumlarda mehil tayinine gerek olmaksızın cayma hakkını kullanabilir. FSEK md. 58/II, c. 2, bazı hallerde mehil tayin edilmesine gerek duymamaktadır. Buna göre, eğer hakkın kullanılması iktisap eden bakımından imkânsız hale gelir (*wenn Ausübung des Nutzungsrechts dem Inhaber unmöglich ist*) veya hakkın kullanılması iktisap eden tarafından reddedilir (*wenn Ausübung vom Inhaber verweigert wird*) veya bir mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette tehlikeye düşmesi söz konusu olursa (*wenn durch die Gewährung einer Nachfrist überwiegende Interessen des Urhebers gefährdet würden*), artık mehil verilmesi gerekmez.

Maddede yer alan bu hallere yakından bakıldığında ise FSEK'te mehil tespitinin gerekli olmadığı belirtilen bu üç halin TBK md. 124 uyarınca karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde mehil verilmesini gerektirmeyen haller ile olan benzerliği dikkat çekmektedir. TBK md. 124 şu durumlarda süre verilmesine gerek olmadığını

[412] Bkz. Bölüm III, § 1, D, s. 180 vd.
[413] **Schricker**, § 41, Rn. 20, s. 857; **Dünnwald/Gerlach**, § 79, Rn. 27, s. 345; **Löwenheim**, § 16, Rn. 47.

belirtmektedir: "*Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa; borçlunun temerrüdünün sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa; borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içerisinde gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa*".

Hakkın kullanılmasının iktisap eden bakımından imkânsız hale gelmesi ile hem başlangıçtaki hem de sonraki imkânsızlık kastedilmektedir. Örneğin, iktisap edenin işletme faaliyetlerinin durması, hakkın kullanılmasını imkânsız hale getirebilir.[414]

Hakkın kullanılmasının iktisap eden tarafından reddedilmesinde ise kullanma eyleminden kaçınıldığına işaret eden bazı durumların varlığı gerekmektedir. Burada iktisap edenin devraldığı hakkı veya lisansı kullanmaktan imtina etmesi, açık ve kesin bir biçimde olmalıdır. Bu istisnanın söz konusu olabilmesi için iktisap edenin hakkı kullanmayacağını beyan etmesi veya işyerini terk ederek kayıplara karışması gibi mehil verilmesinin etkisiz olduğu haller olayda mevcut bulunmalıdır. [415]

Mehil verilmesinin eser sahibinin menfaatlerini esaslı surette tehlikeye düşürmesi durumu ise özellikle belirli bir güncel değere sahip eserler bakımından söz konusu olmaktadır. Örneğin, eser sahibi iktisap edenle arasındaki sözleşmeyi cayma hakkının kullanarak sona erdirebilmek için mehil tayin edilmesini beklemek zorunda kalıyor ve bu süreyi beklediği için başka bir sözleşme kurma imkânını kaybediyor ve sonuç olarak da eserini bir başka açıdan değerlendirebilmesi olanağı bu nedenle tehlikeye giriyorsa, mehil tayin edilmesinin menfaatleri esaslı surette ihlal ettiğinden

[414] **Budde**, s. 81; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 16; **Nordemann**, , § 41, Rn. 35.
[415] **Budde**, s. 82; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 17

bahsedebilir. [416] İşte böyle bir durum söz konusu ise yine mehil tayin edilmesi gerekmemektedir.[417]

Tarafların sözleşmede ifanın belirli bir zamanda veya belirli bir süre içerisinde gerçekleşmemesi üzerine artık kabul edilmeyeceğini kararlaştırmış olmaları hali, FSEK md. 58/II'de mehil verilmesini gerektirmeyen durumlar arasında sayılmamıştır. Bu durumda sözleşmede kesin vade bulunmaktadır. Genel hükümler uyarınca sözleşmede kesin vade varsa mehil tayinine lüzum yoktur. TBK hangi vadenin kesin vade olarak kabul edileceği yönünde bir kriter getirmektedir. Buna göre, ifanın gerçekleşmemesi halinde ifanın artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılmaktaysa kesin vade söz konusudur. (TBK md. 124/son)

Fikri haklara ilişkin sözleşmelerde, devredilen mali hakkın veya lisansın kullanılması için gerekli olan belirli bir an yoktur. Bu tür sözleşmeler sürekli borç ilişkisi doğurduğu için daha ziyade devredilen mali hakkın veya lisansın kullanması gerekli olan belirli bir zaman diliminden bahsedilebilir. FSEK'te cayma hakkının ileri sürülebilmesi için kullanmama eyleminin ne kadar sürmesi gerektiği yönünde kanunda net bir belirleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda ise tarafların bu süreyi serbestçe kararlaştırabilmeleri imkânı bulunmakla beraber taraflar kullanmama eyleminin ne kadar süreceğini belirlememişlerse, bu süre kanun gereği 2 yıldır. Yani Alman hukuku uyarınca, aksi öngörülmemişse, hakkın devrinden itibaren 2 yıl dolmadan cayma hakkı ileri sürülemez (UrhG § 41/II). Türk hukukunda ise eser sahibi ile iktisap eden arasındaki fikri haklar sözleşmesinden caymak için sözleşmenin konusunu oluşturan hak veya yetkinin ne kadar süre boyunca kullanılmaması gerektiği konusunda münasip bir süre kriteri dışında başka herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumu tersinden ifade edecek olursak, Türk hukuku

[416] **Wandtke/Bulllinger-Wandtke**, § 41, Rn. 25; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 18.
[417] Aynı yönde: Yargıtay 11. HD, E. 2005/6332, K. 2006/6365, T. 29.05.2006 (**Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1776).

uyarınca eser sahibi ile iktisap eden arasındaki fikri haklar sözleşmesinin konusunu oluşturan hak veya yetki, münasip bir zaman dilimi içerisinde mutlaka kullanılmalıdır; aksi halde cayma hakkı doğar. Eğer taraflar sözleşmede açıkça bu münasip zaman diliminin ne olacağını belirlemişlerse ve dahası sözleşmenin yorumundan bu süre içerisinde gerçekleşmeyen ifanın artık bu zaman dilimi geçtikten sonra gerçekleşmesinin kabul edilmeyeceği anlaşılmaktaysa, fikri haklar sözleşmesinde kesin bir vadenin belirlendiğinden bahsedilebilir. Bu şekilde kesin bir vade ihtiva eden sözleşme, eğer cayma hakkı yoluyla değil de genel hükümler uyarınca sona erdirilmek istenseydi TBK md. 124 uyarınca mehil tayin edilmesine gerek olmayacaktı. Bu durumda bazı yazarlar [418] -her ne kadar FSEK'te açıkça sayılmasa da- genel hükümlere kıyasen kesin vade bulunması durumunda da mehil tayin edilmesinin gerekmediği sonucuna varmaktadırlar. Zaten bu yazarlar FSEK'te mehil verilmesini gerektirmeyen durumlar ile genel hükümlerdeki mehil gerektirmeyen durumların birbirinin aynısı olduğundan hareketle, FSEK'te bu durumların tek tek sayılması yerine genel hükümlere atıf yapılmasıyla yetinilmesi gerektiği görüşündedirler.

Kanımızca, FSEK'teki durumlar ile genel hükümlerdeki durumlar arasında bu yazarların düşündüğü derecede bir örtüşme söz konusu değildir. Aslında söz konusu yazarların FSEK ve TBK'da yer alan bu istisnaları aynı görmesinin altında cayma hakkının dönme hakkı ile aynı olduğu yönündeki eskimiş inanç yatmaktadır. Bununla birlikte, yine de söz konusu yazarların sözleşmede kesin vade bulunması halinde cayma hakkının ileri sürülebilmesi için mehil tayinine lüzum olmadığı görüşlerine katılmaktayız. Şöyle ki; fikri haklara ilişkin bir sözleşmede taraflar, devredilen hakkın veya yetkinin sözleşmede öngördükleri belirli bir zaman diliminden sonra

[418] **Arslanlı**, s. 195; **Erel**, s. 301; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 587; **Bozbel**, s. 263; **Aydıncık**, s. 195; **Öngören**, s. 343.

kullanılması halinde ifanın artık kabul edilmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, cayma hakkının ileri sürülebilmesi için artık mehil tayin edilmesi koşulunun aranmaması gerektiği görüşünde isabet bulunmaktadır. Zira böyle bir durumda, belirli bir zaman diliminden sonra gelen ifanın artık kabul edilmeyecek olması eser sahibi açısından bu derece önemli ise hakkın belirlenen süre içerisinde kullanılmamasının zaten eser sahibinin menfaatlerini esaslı surette tehlikeye düşürme potansiyeline sahip olduğundan bahsedebiliriz.

B) İhbar

Cayma hakkının ileri sürülebilmesi için FSEK md. 58'II, c. 2'de yer alan haller nedeniyle bir mehil tayin edilmesi gerekli olmazsa veya mehil tayin edilmesi gerekli olup da noter tarafından karşı tarafa yapılan bu mehil bildirimi neticesiz geçerse, yine noter tarafından karşı tarafa bir ihbarda bulunulması gerekir. Cayma hakkı da ancak bu ihbar ile tamam olur (FSEK md. 58/III, c. 1).

Bildirme, bildirim, haber verme anlamı taşıyan [419] ihbar; tek taraflı, muhatabın hâkimiyet alanına varması gereken bir irade beyanı ve hukuki niteliği itibariyle bir

[419] **Ejder Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, B. 5, Ankara 1996, s. 362.
Dinç, ihbarı bir kimsenin dikkatinin bir hakka ait yetkiye çekilmesi olarak tanımlamaktadır. Yazar, yazılı olarak yapılan açıklama, tebliğ anlamına gelen bildirimin ise henüz kesin ve sınırları belli bir hukuki anlama sahip olmaması nedeniyle tamamen hukuki bir kavram olan ihbar ile aynı anlama gelmeyeceğini savunmaktadır. Yazar bu açıdan kanunların dilinde arılaştırma yapılırken tüm ihbar kelimelerinin bildirim şeklinde değiştirilmesini de eleştirmektedir. Bkz. **Mutlu Dinç**, Türk Ticaret Kanunu, Ankara 2011, s. 154, dipn. 4.
Cayma hakkının şekli koşullarının düzenlendiği FSEK md. 58/II'yi açıklarken yazarların ihtar, ihtarname, mehil bildirimi, ihbar, tebliğ vb. farklı kelimeleri kullanmış oldukları görülmektedir. Biz bu kavramlardan mehil (bildirimi) ve ihbarı uygun bulduk. Bu ifadeler aynı zamanda FSEK md. 58'de yer alan ifadelerdir. Aslında yazarlar tarafından bu noktada farklı kavramların kullanılmasına çok da farklı bir anlam atfetmemek yerinde olur. Zira burada kastedilen sonuç olarak şudur: Cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi, noter aracılığıyla iktisap edene kısaca "Sana devrettiğim hakkı kullanmadığın için menfaatlerim esaslı surette ihlal edildi. Bu nedenle sana tanıdığım şu son süre içerisinde bu hakkı kullan; aksi halde sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdireceğim" demekte ve bu sürenin neticesiz geçmesi veya bu sürenin gerekli olmadığı hallerde doğrudan yine noter aracılığıyla çektiği bir ihbar vasıtasıyla caydığını karşı tarafa haber vermekte/bildirmektedir. Yani aslında eser sahibi sadece cayabilmesi için karşı tarafa bir son süre vermemekte; aynı zamanda ve bunun öncesinde, devrettiği hakkın kullanılmasını beklediğini karşı tarafta hatırlatmakta ve kullanmama halinde cayma hakkını ileri süreceği yönünde onu uyarmaktadır. Uyarı ve hatırlatma ise ihtar ile örtüşmektedir. Ancak ihtar kelimesi tam da alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi için yönelttiği bir irade beyanı ve

hukuksal işlemdir.[420] Bir hukuksal işlem olan ihbarın, hukuksal işlemlerin tüm geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Eğer noter tarafından karşı tarafa bir ihbar yapılmazsa veya yapılan ihbar geçersiz olursa, cayma hakkı için gerekli olan şekli şartlar tamamlanmış olmaz ve cayma hakkı herhangi bir hüküm ifade etmez. Dolayısıyla, tek başına mehil verilmesi veya mehil yerini tutan bir durumun varlığı cayma hakkının oluşması için yeterli gelmemektedir. [421]

Yazarlar mehil bildirimi ve ihbarın, yani noter aracılığıyla yapılacak bu iki bildirimin birleştirilerek tek bir belgede yapılmasının mümkün olduğu görüşündedirler. Dahası mehil bildiriminin yapıldığı ilk ihbarnameye, "*belirlenen süre içerisinde kullanmama halinin devam etmesi durumunda sözleşmeden cayılmış sayılacağı"* gibi bir ifade yazılırsa, aynı hususu tekrar etmek için artık ikinci bir ihbarın gerekli olmayacağı ve sözleşmeden cayılmış sayılacağı ileri sürülmektedir. [422] Buna karşılık *Giritlioğlu*, iktisap edene bir son süre verirken mehil bildirimine *bu süre geçmesine rağmen kullanmama halinin devam etmesi durumunda sözleşmeden cayılmış sayılacağı* gibi bir ifadenin yazılmış olması halinde aynı hususu tekrar etmek için artık ikinci bir ihbarın gerekli olmayacağı yönündeki bu görüşü eleştirmektedir. Yazara göre, FSEK tarafından bu düşünce kabul edilmiş olsaydı; tıpkı eski Borçlar Kanunu md. 375/son'da olduğu gibi bir hak düşürücü süre kabul edilmiş olurdu ve FSEK'te de "*cayma tamam olur*" ifadesi yerine, tıpkı eski 375. maddede olduğu gibi

---

hukuksal işlem benzeri bir irade açıklaması anlamına geldiğinden ve fikri haklara ilişkin sözleşmelerde kanımızca kural olarak bir kullanma yükümlülüğü söz konusu olmadığından, çalışmamızın bu bölümünde borçlunun temerrüdünün genel bir koşulu olarak böyle teknik bir anlam içeren "ihtar" kelimesi yerine, borçlar hukuku ile fikri haklar hukuku arasındaki farka vurgu yapması bakımından "ihbar" kavramı tercih edilmiştir.

[420] **Eren**, s. 1093 vd.

[421]Cayma hakkının hüküm ifade edebilmesi için devralınan hakkın kullanılması gerektiği yönünde mali hak sahibine bir bildirimde bulunulması gerektiğine ilişkin bkz. Yargıtay TD, E. 1973/1967, K. 1973/1818, T. 20.04.1973 (**Öngören**, s. 343) ve ayrıca cayma hakkının mutlaka mali hak veya ruhsat sahibine ihbar edilmesi gerektiğine ve bunun dışında ayrı bir tasarruf işlemine gerek olmadığına ilişkin olarak bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2001/2618, K. 2001/5035, T. 04.06.2001 (**Erdil**, s. 1099).

[422] **Arslanlı**, s. 196; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 587; **Erel**, s. 301.

"*hakkı sakıt olur*" ifadesi kullanılırdı.[423] Ancak yapılan değişikliklerle 6098 sayılı TBK'nın bu maddesinin ilgili fıkrası değiştirilmiş; yerine, "*Yayımcı, verilen süre içerisinde basımı gerçekleştirmezse; yayımlatan sözleşmeden cayabilir*" hükmü kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi TBK md. 491 bu haliyle bir cayma hakkından bahsetmekte; ancak bunun söz konusu olabilmesi için süre tayin edilmesi haricinde ayrıca bir ihbar yapılması hususuna değinmemektedir.

Kanımızca caymanın hüküm ifade edebilmesi için noter aracılığıyla bir ihbar yapılması gerekliliği, cayma hakkının kullanılıyor olduğunun herhangi bir tereddütte mahal vermeksizin karşı tarafa bildirilmesi, haber verilmesi gerekliliğinden doğmaktadır; yoksa bu ihbarın mutlaka mehilden sonra ve ayrı bir prosedür olarak yapılması yönünde bir anlam barındırmamaktadır. Bu bakımdan amaçsal bir yorum yaparak ve pratik sebeplerle, eğer "*verilen mehil içerisinde kullanmama eylemi devam ederse cayma hakkının kullanılmış sayılacağı"* yönünde bir ifade karşı tarafa noter vasıtasıyla açıkça bildirilmiş ve onun bu durumdan haberdar olması sağlanmışsa; caymanın karşı tarafa ihbar edilmesi ile amaçlananın zaten bu ilk bildirimde yerine getirilmiş olacağı kabul edilmelidir.

Alman hukuku uyarınca eser sahibi tarafından kullanma hakkı sahibine verilecek olan münasip son sürenin bildirilmesinin herhangi bir şekli bulunmamaktadır. Eser sahibi, bunu dilediği biçimde bildirebilir. Ancak eser sahibinin bu yöndeki iradesinin mutlaka açıkça anlaşılması gerekmektedir. [424]

.

[423] **Giritlioğlu**, s. 80.
[424] **Nordemann,** § 41, Rn. 31, s. 855.

§. 2 CAYMA HAKKININ KULLANILMASI

I. Cayma Hakkının Uygulama Alanı

Hukuk sistemimizde bir fikri yaratımın korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve FSEK'te sayılan eser gruplarından birisine dâhil olması gerekmektedir. FSEK, dört eser türünü kapsamına almıştır. FSEK md. 1/B uyarınca eser, "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*" ifade etmektedir. Buna göre, sahibinin hususiyetini taşımak koşuluyla maddede sınırlı bir biçimde belirtilen bu dört gruptan birine dâhil olan her türlü fikir ve sanat mahsulü, FSEK tarafından korunan bir "eser" olarak kabul edilmektedir.

FSEK sistemi uyarınca bu dört grup dışında başka bir eser grubu bulunmamaktadır. Bu bakımdan eser grupları açısından sınırlı sayma ilkesinin (numerus clausus) geçerli olduğu söylenebilir. [425] Sınırlı bir biçimde sayılan dört eser grubuna ait olan fikir ve sanat mahsullerinin nelerden ibaret olacağı ise FSEK md. 2-5'te, belirli kategorilere girmeyi şart koşan, katı ve ayrıntılı bir biçimde sayılmaktadır.

FSEK md. 2 uyarınca ilk eser grubu ilim ve edebiyat eserleridir. Buna göre ilim ve edebiyat eserleri, herhangi bir biçimde dil veya yazı ile ifade olunan eserler; her türlü bilgisayar programları [426] ve bunların hazırlık aşamaları; her türlü rakslar; yazılı koreografi eserleri, pandomima vb. sözsüz sahne eserleri; güzel sanat eseri niteliği bulunmayan her türlü fotoğraf, harita, plan, kroki, proje, resim, coğrafya ve

[425] Alman hukukunda eser, sadece şahsi özellikler taşıyan fikri yaratımları ifade etmekte ve hangi fikri yaratımların eser olarak kabul edildiği sınırlı sayma metodu yerine örnekleme yoluyla *(insbesondere*) sayılmaktadır (UrhG§ 2). İsviçre hukukunda ise eser, herhangi bir değer ve amaçtan bağımsız karaktere sahip edebi ve sanatsal yaratımlar olarak tanımlanmış ve hangi yaratımların eser olarak kabul edileceği yine örnekleme yoluyla (*dazu gehören insbesondere*) sayılmıştır (URG § 2). Yine Bern Sözleşmesi Art. 2/1 uyarınca eser hangi biçim ve şekilde ifade edilmiş olursa olsun edebi, bilimsel ve sanatsal alandaki her türlü yaratım olarak tanımlandıktan sonra; hangi yaratımların eser olarak kabul edileceği yine örnekleme yöntemiyle (*shall include every production*) belirlenmiştir. Bu çerçevede, FSEK'in sınırlı sayma metodu eleştirilebilir bir sistem olarak gözükmektedir.

[426] Buna karşılık, "*Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar."* (FSEK md. 2/son)

topografyaya ait maket vb. eserler; her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri; mimari maketler; endüstri ve sahne tasarım ve projeleridir. (FSEK md. 2)

Diğer bir eser grubu, FSEK md. 3 uyarınca her türlü sözlü ve sözsüz besteleri kapsayan müzik eserleridir. (FSEK md. 3)

Bir başka eser grubu, FSEK md. 4'te her türlü estetik değere sahip olarak tanımlanan güzel sanat eserleridir. Bunlar, yağlıboya ve suluboya tablolar; resimler; desenler; pasteller; gravürler, güzel yazılar ve tezhipler; kazıma, oyma, kakma vb. usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler; kaligrafi; serigraf; heykeller; kabartmalar; oymalar; mimari eserler; el işleri ve küçük sanat eserleri; minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri; tekstil ve moda tasarımları;[427] fotoğrafik eserler ve slaytlar; grafikler; karikatürler ve her türlü tiplemelerdir. (FSEK md. 4)

Son eser grubu ise FSEK md. 5'te düzenlenen sinema eserleridir. Buna göre sinema eserleri; her türlü estetik, bilimsel, öğretici veya teknik nitelikte olan veya gündelik olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildikleri materyale bakılmaksızın elektronik veya mekanik vb. araçlarla gösterilebilen, sesli ve sessiz ve birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler olarak tanımlanmaktadır. (FSEK md. 5)

FSEK sistemi uyarınca bir fikir ve sanat ürününün eser niteliğine sahip olması ve kanun tarafından öngörülen korumadan yararlanabilmesi için mutlaka bu dört eser türünden birine ait olması (objektif unsur) zorunlu olmakla birlikte bu koşul, eser sayılmak için yeterli değildir. Bu dört eser kategorisinden birine dâhil olan fikir ve sanat ürünlerinin eser sayılabilmeleri için aynı zamanda sahiplerinin (yaratıcılarının) hususiyetini taşımaları gerekir (sübjektif unsur).[428] (FSEK md. 1/B)

[427] Tekstil ve moda tasarımları vb. eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması bunların düşünce ve sanat eseri olmasını engellemez. Aynı durum, krokiler, resimler ve maketler için de geçerlidir. (FSEK md. 4/son)

[428] Sahibinin hususiyetini taşıma kavramı ile kast edilen, eserin, yaratıcısının ruhundan kaynaklanan bir takım şahsi özellikler taşımasıdır (**Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 92-95).

Bir fikir ve sanat ürünün eser niteliğinde olması için bu iki unsur haricinde başka bir niteliğe sahip olması gerekmez. Bir diğer ifadeyle, ürünün bir yenilik getirmiş olup olmadığının; amacının; kimlere hitap ettiğinin; edebi ve sanatsal açıdan belirli bir kalitede olup olmadığının; yaratım sürecinde harcanan emek, masraf ve metodun; alenileşmiş veya yayımlanmış olup olmamasının ve uzunluğu veya kısalığı, hacmi vb. özelliklerinin bu açıdan herhangi bir önemi bulunmamaktadır. [429]

Cayma hakkını düzenleyen FSEK md. 58'de herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Bu açıdan cayma hakkının uygulama alanı, dört eser grubunu da kapsamaktadır. Buna göre, bir ilim veya edebiyat eseri, bir müzik eseri, bir güzel sanat eseri veya bir sinema eseri üzerindeki mali haklar bir başkasına devredildiğinde veya söz konusu eserler üzerinde tam veya basit lisans tanındığında eser sahibi, eğer maddede öngörülen maddi ve şekli koşullar mevcutsa cayma hakkını kullanmak suretiyle sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilmektedir.

Alman hukukunda da kullanmama nedeniyle cayma hakkının *kural olarak* tüm fikri haklar alanında ve her türlü eser grubu bakımından uygulama alanı bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte cayma hakkının kullanım alanı, UrhG § 90'ın yaptığı atıf nedeniyle UrhG § 88 ve 89'da düzenlenen sinema eserleri (*Filmwerke*), UrhG § 95 gereğince eser olarak korunmayan sinema mahsulleri (*Laufbilder*), UrhG § 79, S. 2 uyarınca icracı sanatçıların (*ausübende Künstler*) hakları ve UrhG § 70 uyarınca bilimsel basımlar (*wissenschaftliche Ausgaben*) gibi bazı komşu haklar bakımından çeşitli sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. UrhG § 41'in bu alanlarda uygulanabilmesi için söz konusu durumların gerekli kıldığı değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, UrhG § 41'in bu alanlarda doğrudan uygulanması

[429] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 99-104. Birçok hukuk sisteminde bir fikri yaratımın eser olarak nitelendirilebilmesi için "değer" kavramının önemli olmadığı ve estetik yargıların etkisiz kılınması gerektiği kabul edilmektedir. Özgünlük kavramının genel olarak tüm hukuk düzenlerinde eser olarak korunmak için yeterli görüldüğü ifade edilmektedir. (**Esra Dardağan**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, s. 55-56.

söz konusu olmaz; ancak kıyasen (*mutatis mutantdis)* uygulanabilir. Aksi halde cayma hakkı gündeme gelmez. [430] Durum böyle olmakla birlikte sinema eserleri bakımından gerçekte cayma hakkının sınırlandırılmadığı; bu eser türünün tamamen kapsam dışında bırakıldığı ifade edilmektedir. [431]

Alman hukukunda şahsi özellikler taşıyan fikri yaratımlar (*persönliche geistige Schöpfung*) eser olarak kabul edilmekte ve UrhG § 2 bazı eser türlerini örnekleme yoluyla saymaktadır. Buna göre UrhG uyarınca korunan edebi, bilimsel ve sanatsal eserler (*geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst*); yazılı eserler (*Schriftwerke*), sözlü eserler (*Reden)* ve bilgisayar programları *(Computerprogramme*) gibi dil ile ifade olunan eserler (*Schprachwerke*); müzik eserleri (*Werke der Musik*); pandomimler (*pantomimische Werke*); danslar (*Tanzkunst*); güzel sanat eserleri (*Werke der bildenden Künste*); mimari eserler (*Baukunst*); fotoğraf eserleri (*Lichtbildwerke*); sinema eserleri (*Filmwerke*); planlar (*Pläne*), haritalar (*Karten*) çizimler (*Zeichnungen*) vb. ürünler olmak üzere örnekleme yoluyla sayılmaktadır.

II. Cayma Hakkı Sahibi

A) Eseri Sahibi

a) Eser Sahibinin Tek Kişi Olması

Cayma hakkından yararlanacak olan kişi, eser sahibidir. Bu husus, FSEK md. 58'de *"...eser sahibi sözleşmeden cayabilir."* şeklinde ifade edilmiştir. Eser sahibi kanun tarafından kendisine tanınmış olan cayma hakkını, mali hakkını devrettiği veya lisans tanıdığı kişiye karşı (iktisap eden) kullanmaktadır.

[430] **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 6; **Spindler/Schuster-Wiebe**, § 41, Rn. 3; **Löwenheim**, § 16, Rn. 28; **Schricker**, § 41, Rn. 10, s. 853; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 3, 4 ve 10.
[431] **Budde**, s. 23; **Löwenheim**, § 16, Rn. 28; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 4.

Eser sahibi; eseri meydana getiren, onu yaratan (*der Schöpfer des Werkes*) kişidir (FSEK md. 1/B; md. 8/I). Eser sahibi mutlaka gerçek kişi olmalıdır. Bununla birlikte, FSEK md. 1/B'de yer alan "*eser sahibi, eseri meydana getiren gerçek kişidir*" ifadesi, 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunun 28. maddesiyle maddesiyle kanundan çıkarılmış ve böylece Türk hukukunda tüzel kişilerin de eser sahibi olabilecekleri gibi bir algı yaratılmıştır. FSEK md. 27/IV'teki "*İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır."* ifadesi de hatalı bir şekilde bu hususu desteklemektedir.

Oysa eşyanın tabiatı icabı bir tüzel kişinin eser sahibi olabilmesi mümkün olmadığı gibi, eserin yaratılması da beşeri bir iradenin (*menschlicher Geist*) varlığını gerektirir. Bu açıdan bir ticari işletme, bir meslek birliği, devlet veya diğer bir tüzel kişilik eser sahibi olamayacağı gibi; bir hayvan, bir robot veya bir makine de (ancak elbette eserin meydana getirilmesi sırasında makineler ve özellikle de bilgisayarlar yardımcı araçlar olarak kullanılabilir) eserin yaratıcısı olarak nitelendirilemez. Burada özellikle vurgulanması gereken husus, tüzel kişilerin eser sahibi olmadığı; ancak bu kişilerin mali hak sahibi olmalarının mümkün olduğudur.[432] Hatta tüzel kişiler, eser sahibi ile bir sözleşme yaparak eser yaratılmadan önce dahi tüm mali hakların kendilerine devredilmesi taahhütünü elde edebilirler (FSEK md. 50/I). Mali haklara sahip olan tüzel kişilerin eser sahibi sıfatıyla cayma hakkını ileri sürebilmeleri mümkün değildir; zira eser sahibi ancak bir gerçek kişi olabilir. Bununla beraber, bu tüzel kişilerin eser sahibi sıfatıyla olmasa da mali hak sahibi sıfatıyla cayma hakkını ileri sürüp süremeyecekleri ise tartışmalı bir konudur.[433]

Eserin yaratılması olgusu maddi bir fiildir (*Realakt)*. Meydana getirme eylemi bir hukuki işlem olmadığı için eser sahibinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması

[432] **Wandtke/Bullinger-Thum**, § 7, Rn. 3 ve 8; **Dreier/Schulze**, § 7, Rn. 2.
[433] Bu husus aşağıda ayrıntısıyla ele alınmaktadır. Bkz. Bölüm III, § 2, II, D.

gerekmez. Hatta tam ehliyetsiz bir kişinin, bir akıl hastasının (*Geistesgestörter*) dahi hukuken eser sahibi olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir.[434] Ancak elbette cayma hakkına yönelik hukuki işlemler için veya bu hususta açılacak bir dava söz konusu ise bu sürecin yürütülebilmesi bakımından, kişinin tam ehliyetli olması veya yasal olarak temsil edilmesi gerekmektedir.

Eser sahipliği, eserin meydana getirilmesi ile beraber başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın *ipso jure* doğar. Bu açıdan eser meydana getirildiği anda onu meydana getiren de eser sahibi sıfatını kazanır. Ancak eser sahipleri, sahip oldukları hakların ihlâl edilmemesi için ve hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması maksadıyla eserlerini kayıt ve tescil ettirebilirler. Malî haklara ilişkin yararlanma yetkileri de kayıt altına alınabilir (FSEK md. 13/III). Dolayısıyla eser sahibi eseri yarattığı anda cayma hakkına da sahip olmakta; eserin kaydı ve tescili ise eser sahipliğinin doğumu ile ilgili bulunmadığından ancak bir ihtilaf halinde kimin eser sahibi olarak cayma hakkını ileri sürebileceği noktasında bir ispat kolaylığı sağlamaktadır.

İşleme ve derleme eserlerde o eseri işleyen veya derleyen kişi eser sahibidir (FSEK md. 8/II). İşleme bir eser söz konusu olduğunda işleme eser sahibi işleme üzerinde, orijinal eserin sahipleri ise orijinal eser üzerinde ayrı ayrı eser sahibidir. Dolayısıyla her biri kendi eseri üzerinde eser sahipliğinden doğan yetkileri kullanır ve bu açıdan orijinal eser sahibi kendi eseri üzerinde, işleme eser sahibi de işleme eser üzerinde birbirinden bağımsız biçimde cayma hakkına sahiptir. Derleme eserlerde de aynı biçimde, eğer eseri derleyen kişi derleme esere girecek olan eserleri seçerken, denetlerken ve eseri planlarken kendi hususiyetini de yansıtmışsa; eser sahibi, o eseri

[434] **Dreier/Schulze**, § 7, Rn. 3; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 7, Rn. 7.

derleyendir ve cayma hakkı sahibi de yine o kişidir. Ancak böyle bir durumda elbette derleme eserdeki her bir bağımısız eserin sahibinin hakları saklıdır.

Sahibinin adının belirtildiği eserlerde, yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır. Yine aynı şekilde umumi yerlerde veya radyo- televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, karineten bir başka kişi eser sahibi sayılmadığı müddetçe, olağan şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır (FSEK md. 11). Bu durumda cayma hakkı, eser sahibi sayılan kişiler tarafından kullanılabilir.

Sahibinin adının belirtilmediği eserlerde ise eser yayımlanmış ise yayımlayan ve o da belli değilse çoğaltan veya umumi yerlerde veya radyo- televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde konferansı veren veya temsili icra ettiren, eser sahibine ait hak ve salahiyetleri kendi namına kullanabilir (FSEK md. 12). Böyle bir durumda eser sahibine ait bir hak ve yetki olan cayma hakkının bu kimselerce ileri sürülmesi söz konusu olabilir.

FSEK md. 11 ve 12'de sahibinin adının belirtildiği eserler ile sahibinin adının belirtilmediği eserlerde eser sahibi sayılan veya eser sahibine ait hak ve yetkileri kullanabileceği belirtilen kimse bu karineler gereği cayma hakkını ileri sürebilecek olan kişidir. Her kim bu hususların aksini, yani eser sahibinin kendisi olduğunu ve cayma hakkına kendisinin sahip olduğunu iddia ederse bunu ispat etmekle yükümlüdür. [435]

[435] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 17.

b) Birden Fazla Kişinin Eser Sahipliği

Bir eserin yaratımı tek bir kişiye ait olabilir. Böyle durumlarda eser sahipliği nispeten sorunsuz bir görünüm arz eder. Ancak bazen bir eserin yaratım sürecine katılanlar birden fazla kişiden oluşabilir. Bu kişilerin bir kısmı eseri meydana getiren yardımcılar, bir kısmı eserin yaratılmasında fikir veren kişiler, bazıları eseri talimatlarıyla ısmarlayan kişiler veya eserin yaratımına emeği ile katılanlar gibi farklı sıfatlara sahip olabilirler. Böyle bir durumda kimlerin eser sahibi olduğunun tespit edilmesi gereklidir. Daha sonra ise eser sahibi olarak tespit edilen kişilerin sayısının birden fazla olması durumunda bu kişilerin cayma hakkını nasıl kullanacakları sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Eser sahipliği sıfatı, eseri yaratan kişiye aittir. Bu açıdan eserin bir kimseyi temsilen yaratılması ve sonuçta da temsil edilen kişinin eser sahibi sayılması gibi bir durum söz konusu değildir. Eserin meydana getirilmesi sürecinde bazı isteklerde ve talimatlarda bulunmuş olsa dahi eseri ısmarlayan kişinin de eser sahibi olduğundan bahsedilemez. Eserin yaratılmasında bir fikir veya ilham vermek (*Ideenanreger*) de dâhil olmak üzere gerek fikri olarak gerekse de emek ile çalışmak suretiyle eseri yaratanın talimatlarıyla ve onun emrinde çalışan yardımcı kişilerin (*Gehilfen*) de eser sahibi sayılmalarına imkân yoktur.[436] Zira yardımcı şahıslar, kendi hususiyetlerini katarak esere somut bir katkıda bulunmaktan ziyade; eser sahibine yardımcı olmaktadırlar ve eser sahipliği sıfatı için yegane kriter ise kişinin kendi şahsi özelliklerini taşıyan bir fikri yaratımda bulunması; bir diğer ifadeyle eserin, kişinin hususiyetini taşımasıdır. FSEK md. 10/III bu husus ile ilgili şu hükmü ihtiva etmektedir: *"Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez."*

[436] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 7, Rn. 10-12; **Wandtke/Bullinger-Thum**, § 7, Rn. 13-14; **Dreier/Schulze**, § 7, Rn. 9.

Birden fazla kişi, her biri kendi yaratıcı faaliyetleriyle ve kendi hususiyetlerini vererek birlikte bir eser meydana getirmişlerse ortada birden çok eser sahibi ve birlikte eser sahipliği durumu mevcuttur. Türk hukuku uyarınca birden fazla kişinin birlikte eser meydana getirmesi ya iştirak halinde eser sahipliğine ya da müşterek eser sahipliğine vücut vermektedir.

aa) İştirak Halinde Eser Sahipliği

İştirak halinde eser sahipliğinden (elbirliğiyle eser sahipliği, eser sahipleri arasında birlik, *Miturheberschaft*) bahsedebilmek için ortada birden fazla kimsenin iştiraki, ortaklaşa çalışması ve müşterek fikri ile vücuda getirilen *(mehrere ein Werk gemeinsam geschaffen)* ve ayrılmaz bir bütün teşkil eden bir eser söz konusu olmalıdır. Bu tür eserlerde herkesin az veya çok yaratıcı katkısı birbiriyle iç içe geçmiş ve sonuç olarak ayrılması ve bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan bu katkılar sonucunda kısımlara ayrılması mümkün olmayan (*ohne daß sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen*) bir eser ortaya çıkmıştır.[437] Böyle bir durumda eserin sahibi, eseri meydana getirenlerin oluşturduğu birliktir. (FSEK md. 10/I)

Sinema eserlerinde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve eğer canlandırma tekniğiyle yapılmış bir sinema eseri söz konusu ise animatör de eserin birlikte sahibidirler. Aslında böyle bir durumda belki bu kimselerin katkılarının ayrılması mümkün olsa da bu kimseler, kanun gereği iştirak halinde eser sahibidir.[438] Yani bir sinema eserinin eser sahibi, yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarının (ve varsa animatörün) oluşturduğu birliktir

[437] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 257-258; **Löwenheim** § 11, Rn. 2-4; **Wandtke/Bullinger-Thum**, § 8, Rn. 16-17; **Ayiter**, s. 100.
[438] Aynı yönde: **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 231. Buna karşılık *Erel*, sinema eserlerindeki eser sahipliğini hem müşterek hem de iştirak halinde eser sahipliğinden oluşan *sui generis* bir birlik olarak kabul etmektedir (**Erel**, s. 95).

(FSEK md. 8/III). Bu kimseler, eser üzerindeki mali haklarını bir sözleşme ile filmlerin ilk tespitini yapan yapımcıya devredebilirler. Bu devirden sonra eserin çoğaltılması, yayımlanması, umuma iletimi vb. hususlara izin verme veya bu hususları yasaklama hakkı yapımcıya ait olacağı gibi, sözleşmelerinde aksine veya özel bir hüküm bulunmadığı takdirde devirden sonra eser sahipleri birliği artık filmin dublajına veya filme alt yazı yazılmasına da itiraz edemezler (FSEK md. 80, 2). Alman hukukunda da sinema eserleri üzerinde iştirak halinde eser sahipliği bulunduğu kabul edilmektedir (*Mitwirkung*) (UrhG § 88-89). [439]

İştirak halinde eser sahiplerinin birbirleri arasındaki ilişkinin nasıl olacağı ve her bir eser sahibinin hak ve yetkilerinin nasıl kullanılacağı konusunda kanun, bu kimseler arasındaki birliğe, adi şirket hükümlerinin –kıyasen-[440] uygulanması ilkesini kabul etmiştir.

İştirak halinde eser sahipliğinde eser sahipleri, tıpkı adi şirkette olduğu gibi, eser sahipliğinden doğan haklar üzerindeki tasarrufları birlikte gerçekleştirmek zorundadırlar. Bu kimseler, sahip oldukları tüm hak ve yetkileri beraberce kullanmakla yükümlüdürler. Buna karşılık, bu hususun mali haklar bakımından söz konusu olduğu; manevi hakların ise fikri haklar hukukunun kendine has özelliği gereği eser sahipliği sıfatına bağlı olması nedeniyle (birliği oluşturan diğer kişilerin haklarını ihlal etmemek şartıyla) tek başına da kullanılabileceği ileri sürülmekte ve manevi haklar bakımından doktrinde birlikte hareket etme kuralına bir istisna getirilmektedir. [441] Bunun yanı sıra, ister manevi hak olsun ister mali hak olsun,

---

[439] **Wandtke/Bullinger-Manegold/Czernik**, § 88, Rn. 65; **Dreier/Schulze**, § 9, Rn. 3.

[440] **Arslanlı,** s. 69; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 263.
Ayiter, bu birlikteliğin *sui generis* bir birliktelik olduğundan ve adi şirket olarak kabul edilemeyeceğinden bahsetmektedir. Zira eser yaratma, adi şirket gibi iradeye dayanan bir sözleşme değil; hukuken geçerli bir iradeye ihtiyaç göstermeyen maddi bir olaydır (**Ayiter**, s. 101).
Kılıçoğlu da kanunun adi şirket hükümlerine yollama yapmış olmasını anlamsız bularak bu durumu eleştirmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 224-225.

[441] **Wandtke/Bullinger-Thum**, § 8, Rn. 24-26; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Göting**, § 8, Rn. 18 ve 24, **Arslanlı**, s. 69; **Ayiter**, s. 102; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 264.

hakları birlikte kullanmakla yükümlü olan kişilerden biri, birlikte yapılacak bir muameleye ortada herhangi bir geçerli sebep olmaksızın doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde izin vermezse; diğer eser sahipleri, bu iznin mahkeme tarafından verilmesini talep edebilmektedirler (FSEK md. 10/II, c. 2).

İştirak halinde eser sahipliğinde beraberce hareket edilmesi kuralının bir diğer istisnası, yine aynı maddede öngörülmektedir. Buna göre, eğer eser sahiplerinin oluşturduğu birlik menfaatlerine bir tecavüz söz konusu ise, bir diğer ifadeyle zorunlu hallerde, birliği oluşturanlardan her biri birlik menfaatlerine yönelik bu tecavüze karşı gerekli önlemleri tek başına alabilir ve bu hususta tek başına hareket edebilir (*Notverwaltungsrecht*).[442] (FSEK md. 10/II, c. 3)

Cayma hakkının ileri sürülebilmesi bakımından durumun ne olacağı konusunda FSEK md. 58'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Cayma hakkı esasen ne bir mali hak ne de bir manevi haktır. Cayma hakkı, eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi durumunda söz konusu olan bir hukuki çaredir. Bu açıdan cayma hakkına yol açan olay, zorunlu hallerde iştirak halinde eser sahiplerinin her birinin tek başına hareket etmesini caiz kılan bir tecavüz niteliğindedir. Buradan hareketle, FSEK md. 10/II, c. 3'te olduğu gibi, iktisap eden tarafından mali hakkın veya lisansın kullanılmaması nedeniyle menfaatlerin esaslı surette ihlal edilmesi durumunda birlik menfaatlerine yönelik bir tecavüz olduğu ve bu sebeple de birliği oluşturan herkesin cayma hakkını tek başına kullanılabileceği söylenebilirdi. Dahası bir manevi hak olmasa da manevi niteliği ağır basan cayma hakkının bu açından da belki tek başına kullanılabiliyor olması beklenebilirdi. Buna karşılık, birliği oluşturanların her birinin,

---

Bununla birlikte, manevi hakların eser sahiplerinden biri tarafından kullanılması, diğer eser sahiplerinin manevi haklarını da etkilemekteyse bu durumda ittifakla karar verilmesi gerektiği kabul edilmelidir (**Mustafa Ateş**, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012, s. 219).

[442] Örneğin, menfaatleri güvenceye almak için birliği oluşturanlardan her biri gerekli önlemleri alabilir; birliğin çıkarları için birliği temsil edebilir; dava açabilir; icra takibi yapabilir; tazminat talep edebilir. Ancak alınacak tazminat tutarı üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz (**Arslanlı**, s. 70; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 226-227).

sahip oldukları tüm hak ve yetkileri beraberce kullanabilecekleri ve tüm tasararruflar için ortak karara (*einstimmiger Beschluß*) ihtiyaç duydukları kuralına paralel olarak, cayma hakkının iştirak halinde eser sahipleri tarafından ancak birlikte kullanılabileceği fikrine üstünlük tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. [443] Zira cayma hakkı bakımından, eser sahipliğinden doğan hakların ihlali nedeniyle eserin tamamıyla ilgili açılabilecek davalarda ve alınabilecek önlemlerde olduğu gibi bir istisna (FSEK md. 10/II, c. 3) söz konusu değildir. Cayma hakkının kullanılıp kullanılmaması sorunu gündeme geldiğinde iştirak halinde eser sahiplerinin her biri sözleşmeye devam edip etmemek yönünde farklı istek ve düşüncelere sahip olabilirler. Bu kişilerin, menfaatlerin esaslı surette ihlal edilip edilmediği yönündeki düşünceleri veya eserin gereği gibi kullanıp kullanılmadığına yönelik değerlendirmeleri ve buna bağlı olarak haklarının iktisap eden kişi aracılığıyla değerlendirilmesinin devamına yönelik arzu ve beklentileri faklı olabilir. Eğer tek bir kişinin cayma hakkını ileri sürmesi ile beraber sözleşmenin diğer kişiler için de zorunlu olarak sona ermiş olacağı kabul edilecek olsaydı sözleşmeyi sona erdirmeyip ona bağlı kalmak isteyen eser sahipleri ile sona erdirmek isteyenler arasında bir menfaat çatışması olurdu. Dahası bu kimseler sözleşmeye devam etme arzusunda olsalar dahi artık sözleşme ile bağlı kalamazlardı. Anılan bu gerekçelerle, cayma hakkına ilişkin kararın ortaklaşa alınması gereken bir karar olduğu görüşündeyiz. Bununla birlikte, FSEK md. 10/II, c. 2'deki kuralın burada da gündeme gelmesi pekâlâ mümkün olabilir. Bu sebeple, cayma hakkını kullanmak isteyen iştirak halinde eser sahiplerinin karşısında yer alan diğer eser sahipleri cayma hakkının ileri sürülmesine hiçbir "*muhik bir sebep olmaksızın*" doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde izin vermezlerse; menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiği ve

[443] Aynı yönde: **Nordemann**, § 41, Rn. 7 ve 38, s. 877 ve 887; **Budde**, s. 32; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 8; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 4; **Löwenheim**, § 16, Rn. 48.

artık sözleşme ile bağlı kalınmaması gerektiği düşüncesinde olanlar, bu iznin mahkeme tarafından verilmesini talep edebilirler.

Eğer iştirak halinde meydana getirilen ve dolayısıyla ayrılmaz bir bütün teşkil eden bir eser söz konusu ise ve iştirak halinde eser sahiplerini biraraya getiren bir gerçek veya tüzel kişi bulunmaktaysa; aksi anlaşılmadığı müddetçe mali hak sahibi sıfatı, bu kişileri biraraya getiren gerçek veya tüzel kişiye aittir (FSEK md. 10/IV). Mali hak sahibi olanların, FSEK md. 19/III'e kıyasen cayma hakkına da sahip olup olmayacakları aşağıda mali hak sahipleri başlığı altında incelenmiştir. Orada yapılan açıklamalar, iştirak halinde eser sahiplerini biraraya getiren tüzel kişiler bakımından da geçerlidir.

Uygulamada en sık karşılaşılan iştirak halinde eser sahipliği, eser sahibinin ölümü üzerine mirasçılarının oluşturduğu miras ortaklığıdır. Eser sahibinin mali haklarının intikali, miras hukuku hükümlerine tabidir (FSEK md. 63). Miras oraklığını düzenleyen TMK md. 640 uyarınca, mirasçılar terekeye elbirliğiyle malik olurlar ve terekeye ait haklar üzerine birlikte tasarruf ederler. Ancak yine TMK md. 640/III uyarınca mirasçılardan birinin talebi üzerine mahkeme mirasın paylaşılmasına kadar ortaklığa bir temsilci de atayabilir. Bu temsilci, tereke temsilcisi olarak adlandırılır. Tereke temsilcisi mirasçılara karşı sorumludur ve miras ortaklığının niteliğinden kaynaklanan sorunları aşmak üzere düşünülmüş bir hukuki çaredir. Zira tereke temsilcisi tek başına tereke işlemlerini yürütmeye ve kararlar almaya yetkilidir.[444] Gerçekten uygulamada da sıkça görüldüğü üzere ortaklığı oluşturan eser sahipleri arasında ortaklığa ait işlemler bakımından bir fikir ayrılığı söz konusu olduğunda mahkemenin tayin ettiği tereke temsilcisi ortaklık adına karar almaya yetkili olmaktadır. Böyle bir durumda tereke temsilcisinin kararı, ortaklık kararı

[444] **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, B. 3, Ankara 2009, s. 286-287; **İsmail Özmen**, Tereke Hukuku Davaları, B.3, Ankara 2010, s. 837-840; **Rona Serozan/Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, B. 3, Ankara 2012, s. 479/14.

yerine geçer. Yukarıda da ifade edildiği gibi, cayma hakkı söz konusu olduğunda birliği oluşturan tüm ortakların oybirliği gereklidir. Zira her ne kadar TMK md. 640/IV uyarınca mirasçılardan her biri, birliğe ait hakları korumak adına tek başına dava açmaya yetkili olsa da [445] kanımızca cayma hakkı bakımından iştirak halinde eser sahiplerinin ortak kararı gereklidir. Ancak cayma hakkının ileri sürülmesine "*muhik bir sebep olmaksızın*" izin vermeyen ortağa karşı diğer ortaklar, bu iznin mahkeme tarafından verilmesini talep edebilirler (FSEK md. 10/II, c. 2) veya ortaklığa bir tereke temsilcisi tayin edilebilmesi de kararlaştırılabilir ve bu ikinci durumda tereke temsilcinin aldığı karar, ortaklık kararı olarak kabul edilebilir.

bb) Müşterek Eser Sahipliği

Müşterek eser sahipliği (paylı eser sahipliği, eser sahiplerinin birden fazla oluşu, birbirine bağlı eserlede eser sahipliği, *Urheber verbundener Werke, Werkverbindungen*), birden fazla eserin her birinin kendi bağımsız varlığını muhafaza ederek biraraya gelmesi halinde söz konusu olur. Müşterek eser sahipliğinde, bir araya getirilen eserin kısımlara ayrılması; yani her bir eserin ayrı ayrı değerlendirilmesi mümkündür. Her bir eser sahibi, kendi eseri üzerinde tek ve mutlak yetkili "eser sahibidir" ve diğerlerine ait olan eserler üzerinde eser sahipliğine bağlı herhangi bir hak iddia edemez (FSEK md. 9/I). Müşterek eser sahipliği, belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde seçme ve toplama eserler tertibi olarak tanımlanan (FSEK md. 6/I/7) toplama eserlerden farklıdır. Zira toplama eserlerde,

[445] TMK md. 640/IV, terekeye iştirak halinde malik olanların terekedeki hakların korunması amacıyla tek başlarına hareket edememelerinin uygulamada yarattığı güçlükleri önlemeye yönelik bir hükümdür. Bu hüküm sayesinde miraçılardan her biri haklarını korumak adına tek başına dava açabilmekte ve sağlanan korumadan mirasçıların her biri yararlanmakta ancak dava kaybedilirse diğer mirasçılar bu olumsuz sonuçtan etkilenmemekte; bir diğer ifadeyle davanın kaybedilmesi diğer mirasçılar için "kesin hüküm" oluşturmamaktadır. Bkz. **Hasan İşgüzar**, Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2003, s. 128.

müşterek eserin aksine, bir araya getirilen eserler üzerinde bir paya sahip olma düşüncesi yoktur. [446]

Müşterek eser sahipliğinde her bir eserin müstakilen değerlendirilebilmesi mümkündür. Ancak eser sahipleri, aralarında yaptıkları bir anlaşmayla, bu eserlerin birbirlerinden bağımsız bir şekilde yaptıkları sanatsal ve estetik etkinin toplamından daha fazla bir etki yaratabilemek adına eserlerini bir araya getirmektedirler. Bir diğer ifadeyle, müşterek eser sahipliği bir sözleşmeye dayanır. Eser sahipleri bu sözleşmede haklarını nasıl kullanacaklarını ve geliri nasıl paylaşacaklarını kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda söz konusu hususlarda aralarındaki sözleşme hükümleri geçerli olur. Buna karşılık taraflar eğer bu yönde bir belirleme yapmamışlarsa; kural olarak, her bir eserin kısımlara ayrılması ve ayrı ayrı değerlendirilmesi mümkün olduğundan her bir eser sahibi kendi eseri üzerindeki mali ve manevi haklarını serbestçe kullanır. Buna karşılık, biraraya getirilen eserlerin oluşturduğu bütünlük olan müşterek eserin tamamı üzerindeki haklar, bu eserler birlikte değerlendirildiği için (*gemeinsamer Verwertung*) ancak birlikte kullanılabilir ve dolayısıyla müşterek eser üzerindeki kararlar ortak bir biçimde alınır.[447] Örneğin, bir operada metin ve müzik ayrı ayrı değelendirilebilir biçimdedir. Bunlar birlikte semerelendirilmek üzere biraraya getirildiklerinde bu müşterek eserin yayımlanması veya değiştirilmesi gibi hususlarda eser sahiplerinin beraberce hareket etmeleri beklenir ve her biri bu hususta diğerinin iştirakini talep edebilir (FSEK md. 9/II). Ancak müzik eseri sahibi bu opera için yazdığı bestesinin bir başka yerde umuma arz edilmesi amacıyla bir sözleşme yaparsa, bu sözleşme bakıından tüm mali ve manevi haklarını da serbestçe kullanabilir.

[446] **Erel**, s. 94.
[447] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eseleri, s. 267-271; **Löwenheim**, § 11, Rn. 7-8.

Cayma hakkı söz konusu olduğunda eğer eserlerin her biri bir başka yerde de ayrıca değerlendiriliyorsa kuşkusuz müstakil nitelikteki bu eserlerin eser sahipleri cayma haklarını tek başlarına kullanabilirler. Ancak bu eserler yarattıkları etkinin artması amacıyla birbirine bağlanıp biraraya getirildiğinde bu eserlerin her biri beraberce semerlendiriliyor olduğundan müşterek eser üzerindeki mali hakların devri veya bu müşterek eser üzerinde bir lisans tanınması hallerinde söz konusu olabilecek cayma hakkının -tıpkı iştirak halinde eser sahipliğinde olduğu gibi ve oradaki geçerkçelerle- eser sahipleri tarafından beraberce alınacak bir kararla, oybirliğiyle ileri sürülmesi gerekir. [448]

Burada da, tıpkı iştirak halinde eser sahipliğinde olduğu gibi, haklı bir sebep olmaksızın bu onayı vermeyen bir eser sahibi söz konusu ise bu onayın verilmesi mahkemeden talep edilebilir. (FSEK md. 9/II)

B) Halefler

Eser sahibinin ölümü [449] (veya gaipliğine karar verilmesi) üzerine, ona ait hakların mirasçılara intikal edip etmeyeceği ve edecekse bunun ne şekilde olacağı konusu FSEK'te düzenlenmektedir. Mirasbırakan olan eser sahibinin haleflerinin eser sahipliğinden doğan hakları ne şekilde ve ne ölçüde kullanacakları hususu FSEK'te mali haklar ve manevi haklar ayrımı esas alınarak düzenlemiştir.

[448] Aynı yönde: **Nordemann**, § 41, Rn. 7, s. 877; **Budde**, s. 33-34. Ancak, Alman hukukunda müşterek eser sahiplerinden her birinin isitisai durumlarda -zorunlu haller söz konusu ise- müşterek eser üzerindeki cayma hakkını tek başına da kullanabileceği kabul edilmektedir (**Nordemann**, § 41, Rn. 38, s. 887; **Budde**, s. 35).

[449] Burada tek bir eser sahibi kastedilmektedir. İştirak halinde eser sahipleri ile müşterek eser sahiplerinden birinin ölümü halinde ise ölenin hissesinin diğerleri arasında taksime uğrayacağı kuralı kabul edilmektedir. Birlikte eser sahiplerinden birinin ölmesi üzerine, ölene ait hakların akıbetinin ne olacağı FSEK md. 64 ve 65'te düzenlenmektedir.

Türk hukunda eser sahipliği miras yoluyla intikal etmez.[450] Bu husus, eser sahipliği kavramına manevi hakların da dâhil olmasından kaynaklanmaktadır. Manevi haklar (*Urheberpersönlichkeitsrecht*) eser sahibinin kişiliğinin bir izdüşümüdür. Ayrıca hukuki niteliği itibariyle kişilik haklarına benzer. Bu nedenle bu hakların miras yoluyla intikal etmeyeceği kabul edilmektedir. [451]

Manevi haklar miras yoluyla intikal etmez ve terekeye dahil değildir. Ancak manevi hakların miras yoluyla intikal etmemesi, eser sahibinin ölümü üzerine bu hakların artık kullanılmayacağı anlamına da gelmez. FSEK sistemi, manevi hakların değil; ancak manevi hakları kullanma yetkisinin miras yoluyla intikal edilebileceğini kabul etmektedir. (FSEK md. 19)

FSEK uyarınca eser sahibinin manevi hakları, eserin umuma arzını (FSEK md. 14), adın belirtilmesi yetkisini (FSEK md. 15), eserde değişiklik yapılmasını men etmeyi (FSEK md. 16) ve esere ulaşma hakkını (FSEK md. 17) kapsamaktadır.

Manevi hakları kullanma yetkisinin eser sahibinin ölümü üzerine haleflere intikal etmesi açısından FSEK md. 19, hangi hakların, kimlere ve ne kadar süreyle intikal edeceği konusunda mali hakların intikalinden ve miras hükümlerinden farklı bir düzenleme içermektedir. [452]

FSEK uyarınca intikale elverişli olan manevi haklar, eserin umuma arz edilip edilmeyeceği ve edilecekse yayımlanma tarzı ve zamanı ve buna bağlı olarak eserin umuma arzedilmesi veya yayımlanma tarzı sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eserin umuma arzının ve yayımlanmasının men edilmesi yetkilerini

[450] Alman hukukunda hakların miras yoluyla intikali, Türk hukukundan daha farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Alman hukukunda eser sahipliği miras yoluyla intikale elverişlidir (*Das Urheberrecht ist vererblich*). Eser sahibi, eser sahipliğinden doğan haklarını (manevi hakların kendisi de dâhil olmak üzere) bir ölüme bağlı tasarruf ile vasiyeti tenfiz memuruna bırakabilir. Eser sahibinin halefleri (*Rechtsnachfolger*), aksi öngörülmediği müddetçe, eser sahibine ait olan mali ve manevi hakların tümüne sahiptir (UrhG § 28-30).

[451] **Ateş**, Eser Sahipliği, s. 82.

[452] Manevi haklar sağlararası işlemlerle de devredilemezler. Buna karşılık, umuma arz hakkını (FSEK md. 14) ve eserde değişiklik yapılmasını men hakkını (FSEK md. 16) kullanma yetkilerinin sağlarası bir işlemle devredilebileceği kabul edilmektedir. (FSEK md. 14/III ve 16/III).

(FSEK md. 14/I ve III); eseri, sahibinin adı veya müstear bir ad ile vaya adsız olarak, umuma arzetme veya yayımlama hususunda karar verme yetkisini ve buna bağlı olarak eserin kimin tarafından vücuda getirildiği hususu ihtilaflıysa veya herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekteyse eser sahibinin kim olduğunun tespit edilmesi yetkisini (FSEK md. 15/I ve III) ve eser sahibinin şeref veya itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değişikliğin men edilmesi yetkisini (FSEK md. 16/III) kapsamaktadır (FSEK md. 19). Bu açıdan, haleflerce kullanılabilecek olan manevi hakların, FSEK'te manevi hak olarak sınırlı bir biçimde sayılan tüm manevi hak kategorilerilerini kapsamadığı anlaşılmaktadır. Örneğin eserde kısaltma, ekleme ve başka değiştirmelerin yapılması (FSEK md. 16/I) ve eser sahibinin esere ulaşma hakkı (FSEK md. 17) gibi manevi haklara manevi hakların intikalini düzenleyen FSEK md. 19'da hiç değinilmemiştir. Bu husus tartışmalı olmakla birlikte kimi yazarlar [453] FSEK md. 19'da değinilmeyen manevi hakları kullanma yetkisinin mirasçılara intikal edemeyeceğini ve bu konudaki kanun boşluğunun kişiler hukukuna ilişkin genel hükümlerle tamamlanabileceğini; kimi yazarlar da [454] diğer manevi hakları kullanma yetkisinin de kıyasen FSEK md. 19 kapsamında korunabileceğini savunmaktadırlar.

Manevi hakları kullanabilecek olan haleflerin kimler olacağı da yine FSEK'te farklı bir sistemle düzenlenmiştir. Buna göre, manevi hakları kullanabilecek olanlar öncelikle eser sahibinin ölüme bağlı bir tasarruf ile tayin ettiği kişi veya kişilerdir. Buna göre manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan halefler, mirasçı olup olmadıklarına bakılmaksızın eser sahibinin sağlığında iradesiyle tayin ettiği kişilerdir. Eğer eser sahibi sağlığında herhangi bir ölüme bağlı tasarruf ile manevi hakları kullanacak kişileri tayin etmediyse; bu hakları kullanacak kişiler sırasıyla vasiyeti

[453] **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 424; **Arslanlı**, s. 169; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 544.
[454] **Ayiter**, s. 200-202; **Erel**, 286; **Ateş**, Eser Sahipliği, s. 89.

tenfiz memuru;[455] eser sahibinin sağ kalan eşi ile çocukları[456] ve atanmış mirasçıları;[457] ana-babası ve kardeşleridir.[458] Eğer bu kimseler kendilerine ait yetkileri kullanmazlarsa eser sahibinden (veya haleflerinden) miras yoluyla (veya sağlararası bir işlemle) mali hak iktisap edenler[459] ve son olarak da eğer bu kişilerden hiçbirisi yoksa **veya** var olmalarına rağmen bu yetkilerini kullanmıyorlarsa **veya** 70 yıllık koruma süresi geçmişse **ve** eser ülke kültürü bakımından önemli görülen bir eserse Kültür ve Turizm Bakanlığı da maddede sayılan manevi hakları kendi namına kullanabilir (FSEK md. 19/I, III ve V).

Son olarak, FSEK md. 19/I'de belirtilen kişiler, FSEK'in 14., 15. ve 16. maddelerin 3. fıkralarında belirtilen hakları (*umuma arzı men, eser sahibinin kimliğini tespit, her türlü değişikliği men*) ancak eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl süreyle kullanabilirler (FSEK md. 19/II). FSEK md. 14 ve 15'in 1.fıkrasındaki

[455] Vasiyeti tenfiz memurunun bu iş için özel olarak görevlendirilmiş bir kişi olması önemli değildir. Genel anlamda mirasın tasfiyesi için yetkilendirilmiş bir vasiyeti tenfiz memuru, bu hususta özel olarak yetkilendirilmemiş dahi olsa söz konusu manevi hakları kullanabilir (**Ateş**, Eser Sahipliği, s. 97).

[456] Sağ kalan eş ve çocukların maddenin lafzı nedeniyle söz konusu hakları birlikte kullanabilecekleri kabul edilmektedir. Dikkat edilecek olursa burada sağ kalan eş ve 1. zümreden değil, yalnızca çocuklardan bahsedilmektedir. Manevi hakları oybirliğiyle kullanabilecek olan sağ kalan eş ve çocuklar, bu konuda anlaşamazlarsa; mahkeme, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekilde basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder (FSEK md. 19/IV).

[457] Atanmış mirasçılar, yalnızca eser sahibi bir ölüme bağlı tasarruf yapmışsa gündeme gelir. Eğer varsa atanmış mirasçıların, manevi hakları sağ kalan eş ve çocuklarla birlikte oybirliğiyle mi kullanacağı veya sağ kalan eş ve çocuklar yoksa sıranın atanmış mirasçılara mı geleceği hususu maddenin lafzından açıkça anlaşılamamaktadır. *Kılıçoğlu* ve *Ayiter,* ikinci yorum tarzını benimsiyormuş gibi gözükürken (**Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 425; **Ayiter**, s. 203); *Ateş* ise maddedeki "*sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına*" ifadesi nedeniyle açıkça, atanmış mirasçıların sağ kalan eş ve çocuklarla beraber bir grup oluşturduğunu ve manevi hakların eş, çocuklar ve atanmış mirasçıların oybirliğiyle alacağı karar üzerine kullanılabileceğini savunmaktadır (**Ateş**, Eser Sahipliği, s. 99). Şayet manevi haklar sağ kalan eş, çocuklar ve varsa atanmış mirasçılar tarafından beraberce kullanılabiliyorsa; bu kişilerin hakların kullanımı konusunda anlaşamamaları üzerine mahkeme, yine eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun şekilde basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder (FSEK md. 19/IV).

[458] Ana-baba veya bunlar da yoksa kardeşler de yine manevi hakları beraberce oybirliğiyle kullanır ve eğer hakların kullanımı konusunda anlaşamzlarsa mahkeme, yine eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun şekilde basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder (FSEK md. 19/IV).

[459] Burada manevi hakları kullanacak olan kişiler olarak, öncelikle eser sahibinden (veya haleflerinden) miras hükümleri uyarınca mali hak elde edenler kastedilmekteyse de; maddenin düzenleniş tarzı itibariyle eser sahibinden sağlararası bir işlemle mali hak iktisap edenler için de aynı hükmün uygulanması söz konusu olabilir. Ayrıca maddede sadece mali hak iktisap edenlerden bahsetmekte; buna karşılık lisans elde edenlerden bahsedilmemektedir. Bu kimselerin aralarında anlaşamamaları durumunda mahkemenin eser sahibinin arzusuna en uygun şekilde ihtilafı çözeceği kuralı, burada da geçerli olur (FSEK md. 19/IV).

hakların (*umuma arz yetkisi ve sahibinin adının belirtilmesi yetkisi*) ise bu hakları kullanabilecek olanların ömürleri boyunca kullanılacağı ve bu durumun manevi hakları kullanabilecek olan mali hak sahipleri bakımından da bu şekilde olduğu; ancak manevi hakları kullanabilecek olan mali hak sahiplerinin bu hakları mali haklara ilişkin süreler dolduktan sonra artık kullanamayacağı kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, eğer ülke için önem arz eden bir eser söz konusu olup da manevi haklar Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca kullanılmaktaysa herhangi bir süre sınırlaması söz konusu olmamaktadır. [460]

Mali haklara gelecek olursak, bu hakların manevi haklardan farklı bir intikal sistemine tabi olduğu anlaşılmaktadır. Türk hukukunda mali hakların sadece kullanma yetkisi değil, mali hakların kendisi de devredilebilir ve miras yoluyla intikale elverişlidir. Yine manevi haklardan farklı olarak mali haklar terekeye dâhildir ve miras yoluyla intikali genel miras hukuku hükümlerine tabidir.

Mali haklar, sağlarası bir işlemle bir başkasına devredilmiş olabilir. Böyle bir durumda eser sahibinin ölümü üzerine mali haklar, bu sınırlama ile mirasçılara initkal etmiş olur. Eğer süreli bir devir söz konusu ise bu süre bittiğinde ve süresiz bir devir söz konusu ise de koruma süresi sona erince (eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl) bu sınırlamalar kalkar. Böylece mirasçılar, mali hakları bu sınırlamalardan arî olarak elde etmiş olurlar. Mali hakları kullanma yetkisi sağlararası bir işlemle bir başkasına devredilmişse eser sahibinin ölümü üzerine mirasçılar, mali hakları bu lisans ile sınırlı olarak elde etmiş olurlar. Eğer lisans basit bir lisansa mirasçıların bir başkasına aynı konuda lisans tanıyabilme hakları varken, lisansın tam lisans

[460] **Ateş**, Eser Sahipliği, s. 103-104; **Erel,** s. 287; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 542-543.

görünümünde olması durumunda bu kimselerin aynı konu hakkında bir başkasına lisans tanıma hakları bulunmamaktadır.[461]

FSEK md. 58 cayma hakkının eser sahibi tarafından kullanılacağını belirtmekle beraber doktrinde haleflerin (*Rechtsnachfolger*) de bu hakka sahip olduğu kabul edilmektedir.[462] Buna göre cayma hakkı, manevi hakları kullanmaya yetkili olan kişilerce; bir diğer ifadeyle manevi hakları ölüme bağlı tasarruflar ile elde eden kişilerce veya yoksa FSEK md. 19/I'de sayılan kişilerce de ileri sürülebilir.[463] Nitekim FSEK md. 19'da sayılan kişilerin eser sahibine ait manevi hakları kullanma yetkisinden başka yetkileri de kullanma hakkına sahip oldukları ve bunların korunması için –manevi tazminat talepleri dahil-[464] her türlü davayı açabilecekleri ifade edilmektedir.[465] Vermiş olduğu bir kararda Yargıtay da "…*FSEK 63. maddesi gereğince cayma hakkının miras yoluyla bu hakkı devralan gerçek kişiler tarafından kullanabileceği(ni)…*" belirtmiştir.[466]

C) Bağlantılı Hak Sahipleri

Türk hukukunda bağlantılı haklara ilişkin düzenlemeler "*Çeşitli Hükümler*" başlığı altında FSEK md. 80-82 arasında düzenlenmiştir. Eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar, komşu haklar ve filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısının haklarıdır (FSEK md. 80). Komşu haklar ise icracı sanatçıların,

---

[461] **Ateş**, Eser Sahipliği, s. 109-110.
[462] **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 12; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 8; **Budde**, s. 30; **Nordemann**, § 41, Rn. 7, s. 877; **Schricker**, § 41. Rn. 7, s. 852-853.
[463] **Arslanlı**, s. 195; **Erel,** s. 301; **Öngören**, s. 343; **Yavuz/Alıca/Merdivan,** s. 1764-1765; **Erdil**, s. 1093.
[464] Eser sahibinin manevi tazminat taleplerinin hukuki niteliğine ilişkin önemli bir tespit için bkz. **Ahmet M. Kılıçoğlu**, "*5846'daki Hatalı Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararların Tazmini*" FMR, Yıl: 1, C. I, Sa. 3, s. 27-28.
[465] **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 425; **Ateş**, Eser Sahipliği, s. 90. Aynı yönde: Yargıtay 11. HD., E. 2000/4764, K. 2000/6252, T. 03.07.2000; Yargıtay HGK, E. 2008/11-368, K. 2008/393, T. 28.05.2008; Aksi yönde: Yargıtay 11. HD., E. 2004/14950, K. 2005/12769, T. 22.12.2005. (www.kazanci.com) (02.03.2015)
[466] Yargıtay 11 HD., E. 2005/6332, K. 2006/6365, T. 29.06.2006. (**Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1776).

fonogram yapımcılarının ve radyo-televizyon kuruluşlarının hakları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. (FSEK md. 1/B/j)

Bağlantılı haklar, eser sahibinin hakkına bağlı; ancak ondan tamamen farklı bir hak grubudur. Eser sahibi esere kendi hususiyetini vererek onu meydan getirendir. Bağlantılı hak sahipleri ise eserin meydana getirilmesi veya umuma iletilmesinde yetenek (örn. oyuncular, ses sanatçıları), emek (örn. fonogram yapımcıları) veya sermayelerini (örn. radyo-tv yayıncıları) ortaya koyarak esere katkıda bulunan kişilerdir.[467] Bu sebeple bağlantılı hak sahipleri de eser sahibi gibi bazı korumalardan yararlanmakta ve nitelikleri, ihlallere karşı başvurulacak yasal yollar, yetkili ve görevli mahkemeler, zamanaşımı süreleri vb. konularda eser sahibinin hakları ile ortak hükümlere tabi olmaktadırlar. Buna karşılık, bağlantılı hak sahipleri kendi haklarını ancak eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek ve ondan izin almak kaydıyla kullanabilmektedirler (FSEK md. 80/I). Eser sahibinden farklı olarak tüzel kişi de olabilen bağlantılı hak sahiplerinin sahip oldukları haklar, eser sahibinin haklarından farklı koruma sürelerine tabidir (FSEK md. 82).

İcracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşları, FSEK md. 80'de komşu hak sahipleri olarak ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. İcracı sanatçılar; eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden gerçek kişilerdir. İcracı sanatçılar, icralarının sahibi olarak tanıtılma ve icralarının tahrif edilme ve bozulmalarını önleme gibi manevi haklara sahip oldukları gibi tespit edilen icralarının çoğaltılması, dağıtılması, temsili, umuma iletilmesi gibi mali haklara sahiptirler. Bu haklarını ancak eser sahibinden aldıkları izinlerle kullanabilen icracı sanatçılar, uygun bir bedel karşılığında haklarını bir yapımcıya da devredebilirler (FSEK md. 80/I,1, A).

[467] **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 240 vd.

Fonogram yapımcıları, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden kişilerdir. Fonogram, "*sinema eseri gibi görsel işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı*" ifade ederken; tespit kavramı ise "*seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilecek, çoğaltılabilecek veya iletilebilecek şekilde bir araca kaydedilmesi işlemini*" ifade etmektedir (FSEK md. 1/B/e, f). Fonogram yapımcılarının bağlantılı hak sahibi olarak korunabilmeleri için eser niteliği taşıyan icra ürünü ve sair seslerin ilk tespitine ilişkin mali haklarını kullanma yetkisinin (lisansın), eser sahibi ve icracı sanatçıdan devralınmış olması gerekmektedir. Bu devir yapıldıktan sonra fonogram yapımcıları, tespitlerin çoğaltılması, dağıtılması, umuma iletilmesi vb. konularda münhasıran hak sahibi olurlar. (FSEK md. 80/1/B)

Son olarak radyo-televizyon kuruluşları da komşu hak sahipleri olarak eser sahibinin izniyle, gerçekleştirdikleri yayınların tespit edilmesi, iletilmesi, yeniden iletilmesi vb. konularda münhasıran hak sahibidirler (FSEK md. 80/1/C).

Komşu haklar dışında kalan diğer bağlantılı hak sahibi olan film yapımcıları ise sinema eserlerini ilk defa tespit eden kişilerdir. Eğer ilk tespitini gerçekleştirdikleri sinema mahsulleri eser niteliğinde değilse (FSEK md. 84/III), bu kişilerin de bağlantılı hak sahibi olduklarından bahsedilemez. Gerçek veya tüzel kişi olabilen bağlantılı hak sahibi film yapımcıları, eser olarak korunan sinema eserinin sahiplerinden (FSEK md. 8/III uyarınca yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve varsa animatörden) ve icracı sanatçılardan (oyuncular) tespitin doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi, umuma iletimi vb. mali hakları kullanma yetkisini (lisansı) devralmış olmalıdır. (FSEK md. 80/2).

Alman Fikri Haklar Yasası'na bakıldığında komşu haklara oldukça büyük bir yer verildiği görülmektedir. Beş Kısımdan oluşan UrhG, İkinci Kısımda (*Teil 2*) Bağlantılı Haklara (Akraba Haklar-*verwandte Schutzrechte*) yer vermektedir. Bu kısımda bilimsel basımların (*Shutz bestimmter Ausgaben*), fotoğrafların (*Schutz der Lichtbilder*), icracı sanatçıların (*Schutz des ausübenden Künstlers*), fonogram yapımcılarının (*Schutz des Herstellers von Tongräten*), yayın kuruluşlarının (*Schutz des Sendeunternehmens*), bilgi bankası yapımcılarının (*Schutz des Datenbankherstellers*) ve gazete ve dergi yayımcılarının korunması (*Schutz des Pressverlegers*) düzenlenmektedir. Üçüncü Kısım, sinema eserlerine (*Filmwerke*) ve eser olarak korunmayan sinema mahsullerine (*Laufbilder*) ilişkin hükümleri içermektedir. Dördüncü Kısımda ise eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerine ilişkin ortak hükümlere (*Gemeinsame Bestimmungen für Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*) yer verilmektedir.

Alman hukukunda komşu hak sahiplerinin cayma hakkına sahip olup olmadıkları konusunda açık düzenlemeler mevcuttur. Buna göre, eğer bilimsel basımlarda (UrhG § 70) , fotoğraflarda (§ UrhG 72) ve 2003 tarihli Reformdan *(Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 10.9.2003)* itibaren icracı sanatçıların haklarına ilişkin (§ UrhG 79) düzenlemelerde olduğu gibi cayma hakkına yönelik açık bir gönderme yapılmaktaysa, bu kişilerin de kullanmama nedeniyle cayma hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. [468] Dolayısıyla Alman hukukunda komşu hak sahipleri de tıpkı eser sahipleri gibi kanun gereği cayma hakkını kullanabilmektedir.

Bağlantılı hak sahiplerinin cayma hakkına sahip olup olmadıkları konusunda FSEK'te Alman hukukunda olduğu gibi bir açıklık bulunmamaktadır. FSEK'te yer

[468] **Schricker**, § 41, Rn. 8, s. 853; **Löwenheim**, § 16, Rn 28; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 3; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 10; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 6.

alan sözleşme ve tasarruf hükümleri eser sahipleri ve halefler için öngörülmüştür. Ancak FSEK md. 80/1/A/5'te icracı sanatçıların bu fıkrada yer alan haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile devredebileceklerinden bahsedilmektedir. Bu hükümden hareketle FSEK md. 48-65 arasında yer alan sözleşme ve tasarruflara ilişkin hükümlerin ve bu arada da FSEK md. 58 hükmünün *kıyasen* (ancak uyduğu oranda) icracı sanatçılara da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar cayma hakkının diğer komşu hak sahiplerine uygulanabilmesi zor gözükse de, mali haklara ilişkin önemli bir menfaat ihlali varsa FSEK md. 58'in *de lege feranda* diğer komşu hak sahiplerine ve hatta film yapımcılarına da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.[469] Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda FSEK md. 58 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle bağlantılı hak sahiplerinin de cayma hakkını kullanabileceklerine hükmetmiştir. [470]

D) Mali Hak Sahipleri

Alman hukukunda bir eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisini devralan mali hak sahibinin (*Nutzungsberechtigter*) cayma hakkına sahip olduğu hiçbir koşulda kabul edilmemektedir. Zira Alman hukukunda cayma hakkına sahip olan kişiler, yalnızca manevi hak sahipleridir; bir diğer ifadeyle, eser sahibi ve haleflerdir. Bununla birlikte, kullanma hakkı sahibi bu hakkı bir sözleşme ile üçüncü kişiye devrederse (weiterübertragen) eser sahibi, tarafı olmadığı bu sözleşmeyi cayma hakkını kullanmak suretiyle doğrudan sona erdirebilmektedir. Nitekim eser sahibinin mali hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede cayma hakkını ileri sürebilmesi,

[469] **Tekinalp**, § 15/19, s. 231; **Öngören**, s. 341; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 590; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1765; **Beşiroğlu**, s 556, dipn. 28.

[470] *"…her ne kadar 5846 sayılı FSEK'in 58. maddesinde cayma hakkının sadece eser sahibi tarafından kullanılması hali düzenlenmiş ise de, bağlantılı hak sahiplerinin ve bu arada icracı sanatçının da eser sahibi gibi, FSEK'in 58. maddesi hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle cayma hakkını kullanabilecekleri; …*" Yargıtay 11. HD., E. 2008/10120, K. 2008/11805, T. 24.10.2008 (**Merdivan**, s. 1777-1779).

bu hukuk sisteminde cayma hakkı ile dönme hakkı arasındaki temel farklılıklardan birini oluşturmaktadır. [471] Cayma hakkının düzenlenediği UrhG § 41 bu hususu, "*kullanma hakkından cayabilir*" şeklinde ifade etmektedir.

Benzer bir kural Türk hukuku bakımından söz konusu değildir. Zira FSEK'te benzer bir ifade yer almamaktadır. Her şeyden önce Türk hukukunda eser sahibine bir cayma hakkı tanınmış olsa da bu husus, FSEK md. 58'de "*eser sahibi sözleşmeden cayabilir*" şeklinde ifade edilmiştir. Türk hukuku uyarınca sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince eser sahibinin tarafı olmadığı bir sözleşmeyi bu şekilde sona erdirmesi mümkün değildir. Böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için bunun açıkça kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, eser sahibi, mali hakkı veya lisansı iktisap eden kişi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeyi cayma hakkını kullanarak sona erdiremez. Zira eser sahibinin üçüncü kişiye karşı doğrudan bir talep hakkının söz konusu olabilmesi için bu yönde bir hüküm bulunması veya en azından FSEK md. 58'in bu tarz bir yoruma müsait bir şekilde formüle edilmesi gerekirdi. Örneğin, kira sözleşmesi hükümleri uyarınca kiralayan her ne kadar kiracı ve alt kiracı arasındaki sözleşmeye taraf olmasa da alt kiracının sözleşmeye uygun davranmasını doğrudan talep etme hakkına sahiptir. TBK md. 322 bu hususu " *Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka bir biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı mesul olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir"* demek suretiyle açıkça düzenlemektedir.

Alt kira durumunda kiralayan, alt kiracıya karşı doğrudan bir talep hakkına sahiptir. Bu talep hakkı doğrultusunda kiralayan ve kiracı müteselsil alacaklı konumundadır. Alt kiracının kiralananı sözleşmeye uygun biçimde kullanmaması

[471] **Nordemann**, § 41, Rn. 7-8, s. 877; **Schricker**, § 41, Rn. 8, s.853; **Budde**, s. 30-31; **Löwenheim**, § 16, Rn. 26 ve 30; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 9; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 13.

durumunda meydana gelen zararlardan dolayı alt kiracı, asıl kiracıya karşı alt kira sözleşmesine aykırı davranmaktan ötürü ve kiralayana karşı ise asıl kira sözleşmesine aykırı davranmaktan ötürü sorumludur. Bu sorumluluğun nedeni, kiralayanın sahip olduğu hakkın bir mükiyet hakkı olmasından değil [472] (zira kiralayanın kiralanan üzerinde bir mülkiyet hakkına sahip olması gerekmez); bizzat TBK tarafından kira sözleşmeleri bakımından bu yönde istisnai (sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin istisnası) bir talep hakkı düzenlemesinin öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. TBK md. 322 nedeniyle kiralayan, taraf olmadığı bir sözleşmede doğrudan bir talep hakkına sahip olmaktadır.[473]

Eser sahibinin eseri üzerinde sahip olduğu haklar bakımından kiralayan-kiralanan arasındaki ilişkiyi son derece aşan, sıkı bir bağ bulunmaktadır. Zaten mali bir hakkın veya yetkinin iktisap eden tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi için eser sahibinin izninin aranması ve eser üzerindeki manevi hakları hiçbir vakit son bulmayacak olan eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesi durumunda bu izin verilmiş olsa dahi her türlü önlemi doğrudan alabilecek olması, eser sahibi ile eseri arasındaki bu sıkı ilişkiden ve eser sahipliği sıfatından ileri gelmektedir. Bu bakımdan, alt kirada kabul edilen çözümün bir benzerinin fikri haklar açısından da kabul edilmesi uygun olurdu. Ne var ki genel olarak FSEK'te TBK md. 322 benzeri bir hüküm bulunmadığı gibi, cayma hakkını düzenleyen FSEK md. 58'de de benzer bir kural veya en azından bu yoruma müsait bir ifade yer almamaktadır. Bu sebeple her ne kadar fikri haklar hukunun özel yapısı ve eser sahibinin eseri üzerindeki mutlak hâkimiyeti düşünüldüğünde fikri haklar hukuku sistemi uyarınca benzer bir yorum yapılabilecek olsa da; eser sahibinin, tarafı olmadığı bir sözleşmeyi cayma hakkını kullanarak sona erdirmesi olanağı şu an için Türk hukukuna yabancıdır. Ancak

[472] *Yücer*, bu husuta aksi görüştedir. Bkz. **İpek Yücer**, "*Alt Kira*", AÜHFD, C. 57, Sa. 3, 2008, s. 806.
[473] **Nalan Kahveci**, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005, s. 82-84.

kuşkusuz mali hakkını veya kullanma yetkisini devrettiği mali hak sahibinin bu hakkı veya yetkiyi üçüncü bir kişiye devretmesi halinde hakkın veya yetkinin hiç veya gereği gibi kullanılmaması nedeniyle menfaatleri esaslı surette ihlal edilen eser sahibi, mali hak sahibi ile arasındaki sözleşmeyi genel hükümler uyarınca sona erdirebilme imkânına yine de sahiptir. Dolayısıyla FSEK md. 58'de gerekli değişiklik yapılmadan veya alt kira bakımından kiralayana tanınan imkân FSEK'te açıkça eser sahibine de tanınmadan, eser sahibinin mali hak sahibi ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirmek yönünde ancak dolaylı bir çözüme sahip olduğundan ve mali hakkı devren iktisap eden üçüncü kişiye karşı cayma hakkını doğrudan ileri süremeyeceğinden bahsedebiliriz.[474]

Eser sahibinin mali hak sahibi ile arasındaki sözleşmeyi koşulları varsa her zaman genel hükümler uyarınca sona erdirebilecek olmasına rağmen cayma hakkının anılan durumlarda eser sahibi tarafından doğrudan ileri sürülemeyecek olması gerçeği, Türk hukukunda Alman hukukunda olmayan bir boşluk doğurmaktadır. Ancak acaba eser sahibinin ileri süremediği cayma hakkını, sözleşmenin tarafı olan mali hak sahibi ileri sürebilir mi? Bir diğer ifadeyle devren iktisap durumunda, mali hakkı devreden hak sahibinin (mali hak sahibinin) devralan üçüncü kişiye karşı cayma hakkına başvurabilmesi söz konusu olabilir mi?

Doktrin [475] bu sorunun yanıtını FSEK md. 19/III'te aramaktadırlar. FSEK md. 19/III uyarınca eser sahibinin yetkilerini kullanmaması durumunda [476] mali hak sahipleri, meşru bir menfaatlerinin bulunduğunu ispatlamak şartıyla FSEK'te eser sahibine tanınan bazı manevi hakları (örn. eser sahibinin kayıtsız şartsız izin vermiş olsa dahi şeref ve itibarını zedeleyen her türlü değişikliği men etme hakkı gibi) kendi

[474] Aynı yönde bkz. Bölüm III, § 1, B, b.
[475] **Arslanlı**, s. 195; **Erel**, s. 301; **Öztan**, Fikri Haklar, s. 582; **Öngören**, s. 343; **Yavuz**/**Alıca**/**Merdivan**, s. 1765; **Erdil**, s. 1093.
[476] FSEK md. 19/I her ne kadar ölüm halini düzenliyor olsa da üçüncü fıkranın uygulanabilmesi için eser sahibinin mutlaka ölmüş olması gerekmez (**Ateş,** Eser Sahipliği, s. 100).

namlarına kullanabilirler. Manevi haklar için dahi kabul edilen bu durumun manevi hak niteliği ağır basan ancak son kertede bir manevi hak olmayan cayma hakkı bakımından da kıyasen kabul edilmemesi için bir engel bulunmamaktadır. Üçüncü kişi, mali hakkı hiç veya gereği gibi kullanmazsa meşru bir menfaatinin bulunduğunu ispat eden mali hak sahibinin eser sahibine ait olan ancak böyle bir durumda eser sahibince doğrudan ileri sürülemeyen cayma hakkını FSEK md. 19/III'e kıyasen ileri sürmesi, FSEK'te TBK md. 322'ye benzer bir hüküm bulunmaması ve FSEK md. 58'in UrhG § 41'deki ifadeye paralel bir ifade içermemesi nedeniyle makul bir çözüm gibi gözükmektedir. Burada belki dikkat edilmesi gereken, FSEK md. 19/III uyarınca eser sahibine tanınan hakları kendileri namına kullanacak olan kişilerin mali hakları kullanma yetkisini değil; mali hakların bizzat kendisini devralan kişiler ("*mali bir hak iktisap eden kimse*") olması gerektiği hususudur.

Kanımızca, FSEK md. 58 hükmünün kanunda düzenleniyor olmasının gerçekten bir anlam ifade edebilmesi için eser sahiplerinin cayma hakkını üçüncü kişilere karşı doğrudan kullanabiliyor olmaları gerekirdi. Bu husus sağlanmadığı müddetçe bir borca aykırılık söz konusu olduğunda eser sahibinin genel hükümlere başvurması onun için daha avantajlı olduğundan cayma hakkı düzenlemesinin pratikte uygulanabilirliği ciddi ölçüde azalmaktadır. Zira cayma hakkı her ne kadar borca aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde hala çok önemli bir fonksiyonu yerine getiriyor olsa da, fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından genellikle bir kullanma yükümlülüğünün kararlaştırılmış olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Şu halde kullanma yükümlülüğünün bulunmadığı durumlarda ve uygulamada daha ziyade manevi menfaat ihlallerinde söz konusu olan cayma hakkı düzenlemesinin hala önemli bir fonksiyona sahip olduğu; ancak cayma hakkının eser sahibinin taraf olmadığı sözleşmelerde de ileri sürebilecek bir hak şeklinde formüle edilmiş olmasının cayma

hakkının anlamını ve sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiren diğer haklardan farkını daha da ortaya çıkaracağı görüşündeyiz. Bu sebeple FSEK md. 58 hümünün buna göre yeniden düzenlenmesi ve eser sahiplerinin cayma haklarını üçüncü kişilere karşı da doğrudan ileri sürebilmeleri hususunun Türk hukukunda da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

E) Meslek Birlikleri

Eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri dilerlerse bazı meslek birliklerine üye olabilirler. Bu meslek birlikleri eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının idaresini ve takibini yapar; üyelerinin çıkarlarını korur; gerekli tahsilatları yaparak üyelere dağıtır ve eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelik tecavüzlere karşı gerekli işlemleri gerçekleştirir (FSEK md. 42). Özel hukuk tüzel kişisisi statüsünde olan meslek birlikleri hem eser sahiplerinin kendi haklarına yönelik ihlallerden haberdar olmalarını ve haklarını etkin bir biçimde savunmalarını hem de eser sahipleri ile sözleşme yapmak isteyen kimselerin bu sözleşmeleri meslek birlikleriyle yapmak suretiyle eserden yararlanmaya yönelik sayısız sözleşme yapılmasının önüne geçilmesini temin etmektedir. Eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri, diledikleri mali haklarını birliğe devrederek bunların kullanılması ve korunmasını sağlarlar; devretmedikleri hakları ise bireysel olarak takip ederler. Mali hakların bir bedel karşılığında birliğe devri mümkün değildir. Kendi üyelerinin haklarını takip yetkisine sahip olan meslek birlikleri dava açmak suretiyle üyelerinin haklarını korurlar; ancak FSEK'te söz konusu edilen davalar bakımından hiçbir zaman davacı sıfatına sahip değildirler. [477]

[477] **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, s. 518-519.

Meslek birlikleri, FSEK md. 58'de hüküm altına alınan cayma hakkını kullanamaz. Zira birlikler, eser sahibinden bir sözleşme ile mali hakları veya kullanma yetkisini devralan mali hak sahibi konumunda değildir. Bu açıdan da yukarıda [478] mali hakları devreden kişinin üçüncü kişiye karşı cayma hakkını ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen "*cayma hakkının eser sahibi tarafından ileri sürülmemesi ve mali hak sahibinin bu hakkı kendi adına ileri sürmesinde meşru bir menfaatinin bulunması halinde cayma hakkını kendi namına ileri sürebileceği*" görüşünün meslek birliklerini de kapsaması uygun değildir. Ancak meslek birliklerinin bu hususta cayma hakkını ileri sürmek isteyen eser sahibinin temsilcisi sıfatıyla hareket etmesi mümkündür. [479] Zira meslek birlikleri, bir sözleşme ile mali hakkı devralan ve kullanan bağımsız bir sözleşenden ziyade; eser sahibini tecavüzlere karşı koruyan kişi konumundadır.

F) İstihdam Edenler

FSEK md. 18, mali hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu belirttikten sonra aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağından bahsetmektedir. Kuşkusuz burada kastedilen, manevi haklar değil; mali haklardır. Hatta daha doğru bir ifadeyle burada kastedilen, mali hakları kullanma yetkisidir. Zira manevi haklar ve mali hakların kendisi; İş Kanunu, İdare Hukuku veya Borçlar Kanunu'na göre istihdam edilen ve aynı zamanda eser sahibi olan memura, hizmetliye

[478] Bkz. Bölüm III, § 2, II, D.

[479] Yenilik doğuran hakların mutlaka sahipleri tarafından kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle hak sahibi kişi ile hakkı kullanan kişi bazı durumlarda farklı kişiler olabilir. Örneğin, bir kimsenin yerine yetkili temsilcinin yenilik doğuran hakkı kullanması gibi. (**Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 203).

veya işçiye aittir. Aynı husus tüzel kişilerin organları için de geçerlidir. (FSEK md. 18/II)

İşçi, memur veya hizmetli tarafından bir işin görülmesi sırasında meydana getirilen bir eser söz konusu ise aksi anlaşılmadıkça işçiyi, memuru veya hizmetliyi çalıştıran kişi aynı zamanda mali hakları kullanmaya da yetkilidir.[480] Bu kimseler mali hak sahibi olarak kabul edildikleri için FSEK md. 19/III'e kıyasen cayma hakkını ileri sürebilecek kişilerin kapsamına dâhil olmaktadırlar. Bu kimselerin mali hak sahibi olabilmeleri için sadece işin görülmesi sırasında özgün bir eser meydana getiren bir kimseyi istihdam ediyor olmaları ve çalıştırdıkları kişilerle aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi bir durumun anlaşılmıyor olması yeterlidir. Bazı yazarlar, istihdam edenle memur, işçi ve hizmetli arasındaki iç ilişkinin fikri mülkiyetin meydana getirilmesiyle ilgili ve eserin de bu sözleşmenin edimi olarak meydana getirilmiş olması gerektiğinden bahsetmektedirler. Aksi halde FSEK md. 18/II'deki kural geçerli olmaz. Zira bu kişiler arasında sadece bağımlı çalışma ilişkisinin bulunması yeterli değildir.[481] Buna karşılık işin görülmesi sırasında yaratılan eserin isithdam eden için yapılıp yapılmaması veya eserin işyeri dışında veya serbest bir zamanda yaratılması önem arz etmemektedir. Önemli olan eserin; işçi, hizmetli veya memurun aldığı mesleki eğitimle, işletme içindeki göreviyle veya çalıştığı alandaki olağan işleriyle meydana getirilmiş olmasıdır.[482] Patentlerle ilgili olarak PatKHK md. 16 vd. işçi buluşları, md. 39 memurların buluşları, md. 40 silahlı

[480] "*…Aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken meydana getirdikleri* ***eserlerin mali hak sahipleri****, bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Davacı şirket, davalı ve diğer çalışanlarla birlikte hazırlanan ve davacının işyerinden ayrıldıktan sonra, davalının bastırdığı davaya konu eserin mali hak sahibi olup, bu eserin manevi haklarının sahibi değildir…"* Yargıtay 11. HD., E. 2001/2687, K. 2001/5080, T. 04.06.2001. (www.kazanci.com) (21.03.2015)

[481] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 372.

[482] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 248-249.

kuvvetler mensuplarının buluşları ve md. 42 üniversite mensuplarının buluşları bakımından farklı ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

Fonogram veya film yapımcıları ile yayın sözleşmesindeki yayımcılar da mali hak sahibi olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla belirli koşullarda bu kimseler de FSEK md. 19/III'e kıyasen cayma hakkını ileri sürebilmekte; ancak bu kişilerin mali hak sahibi olmaları için istihdam edenlerden farklı olarak, eser sahibinden mali hakları bir sözleşme ile devralmış olmaları gerekmektedir (FSEK md. 18/III ve sinema eserleri bakımından FSEK md. 80,2). Bunlar aynı zamanda bağlantılı hak sahipleri olarak da nitelendirildiklerinden, cayma hakkını bağlantılı hak sahibi sıfatıyla da ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir.[483]

Alman hukukunda istihdam edilen kişilerin yarattıkları eserler bakımından cayma hakkının nasıl düzenleneceğine ilişkin açık bir hüküm UrhG'de yer almaktadır. UrhG § 43 uyarınca, kullanma hakkının düzenlendiği UrhG § 31-44 arasındaki hükümler (ve dolayısıyla § 41), aksi anlaşılmadığı müddetçe eserin, eser sahibi tarafından istihdam edilen kişi sıfatıyla işin görülmesi sırasında meydana getirilmiş olması durumlarında da uygulanmaktadır. Böylece, Alman hukuku uyarınca bir istihdam ilişkisinin söz konusu olması durumunda cayma hakkı, Türk hukukunda olduğu gibi istihdam edene değil; istihdam edilen eser sahibine aittir (*angestellten Urheber*). [484] Zira Alman hukukunda kural, cayma hakkının yalnızca eser sahibi ve haleflerine ait olmasıdır. Bu durum söz konusu hukuk düzeninde herhangi bir sıkıntı yaratmamaktadır; çünkü Alman hukukunda eser sahibi, eserin mali hak sahibi tarafından bir başkasına devredilmesi nedeniyle tarafı olmadığı bir sözleşmede de cayma hakkını kullanabilmektedir. Aslında bu durum, Alman hukukunda cayma hakkına duyulan ihtiyacın ve cayma hakkının dönme hakkından farklı bir hak

[483] Bkz. Bölüm III, § 2, II, C.
[484] **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 12; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 4; **Budde**, s. 107-113.

olmasının en büyük gerekçesini oluşturmaktadır. Bu husus UrhG § 41'in madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir.[485] Anılan bu sebeple, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, cayma hakkının FSEK'de de bu şekilde düzenlenmesi kanımızca daha uygun olurdu.

III. İddia ve İspat Külfeti

Cayma hakkı, eser sahibini koruyan bir düzenlemedir. Ancak eser sahibinin ileri sürmediği bir cayma hakkının bu açıdan bir değeri yoktur. Eser sahibinin ileri sürdüğü cayma hakkı bakımından ise cayma hakkına yol açan olguların oluşup oluşmadığına ilişkin ispat külfetinin kime ait olduğu önemlidir.

Cayma hakkı söz konusu olduğunda, devredilen bir hakkın veya yetkinin hiç veya gereği gibi kullanılmadığını ve bu sebeple menfaatlerin esaslı surette ihlal edildiğini iddia eden, eser sahibidir. Dolayısıyla, cayma hakkın koşulların oluşup oluşmadığının ispatı da eser sahibine aittir. Eser sahibi burada özellikle menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiğini ispat edecektir. Hakkın hiç veya gereği gibi kullanılmadığını ispat külfeti de eser sahibine aittir.[486] Buna karşılık, iktisap edenin hâkimiyet alanında olması nedeniyle eser sahibince ispat araçlarına erişilememesi halinde, iktisap edenin ne yaptığı ve ne yapmaktan imtina ettiği hususu eser sahibince her zaman bilinemeyebilir. Bu nedenle, iktisap edenin de hakkı veya yetkiyi yeterince kullanmış olduğuna yönelik faaliyetlerini ispatlamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir.[487] Benzer bir biçimde doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş uyarınca da sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılmış olduğu durumlarda eser sahibinin

---

[485] **Begründung des Regierungsentwurfes**, "*Dokumentation zur deutschen Urheberrechtsreform*", UFITA, Band 18, Band 45, 1957, s. 275.
[486] **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 584; **Schricker**, § 41, Rdnr. 14; **Dreier/Schulze**, § 41, Rdnr. 18; **Nordemann**, § 41, Rn. 53, s. 892; **Budde**, s. 96-98; **Rehbinder**, § 44, Rdnr. 587, s. 230.
[487] **Nordemann**, § 41, Rn. 53, s. 892; **Rehbinder**, § 44, Rn. 587, s. 230.

menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiğini ispatlamakla yükümlü olmadığı ileri sürülmektedir. [488]

Alman hukukunda FSEK'te öngörülmeyen bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, hiç veya gereği gibi kullanmama durumu daha ziyade giderilmesi (ortadan kaldırılması) eser sahibinden beklenebilecek bazı durumlardan kaynaklanırsa *(wenn die Nichtausübung oder die unzureichende Ausübung des Nutzungsrechts überwiegend auf Umständen beruht, deren Behebung dem Urheber zuzumuten ist*), cayma hakkı söz konusu olmaz. Bu durum her ne kadar FSEK'te yer almasa da somut bir uyuşmazlıkta eser sahibinin sözleşmeyi cayma hakkını ileri sürmek suretiyle sona erdirip erdiremeyeceği incelenirken bu kriterin de göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu kriter çelişkili davranma yasağı ile ilgilidir ve çelişkili davranma yasağı, Türk hukuku açısından da geçerli olan genel bir hukuk prensibidir. Bu açıdan eğer fikri haklara ilişkin sözleşme tek taraflı olarak sona erdirilmeden eser sahibinin yapacağı bazı değişiklerle devam edebilecekse ve eser sahibi bu yolla hak veya yetkinin hiç veya gereği gibi kullanılmamasını engelleyebiliyorsa, sözleşmenin ayakta tutulması tercih edilmelidir. İşte böyle bir durumda, değişen koşulların eser sahibince ortadan kaldırılabilir olup olmadığı konusunda ispat külfeti, iktisap edendedir.

Cayma hakkı kanundan doğan bir yenilik doğurucu haktır. Kanundan doğan yenilik doğurucu hakların hemen hemen tümü bakımından geçerli olan bir kural gereği, bu hakkın kullanılması daha önceden bazı maddi olguların gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır. Bir diğer ifadeyle, kanundan doğan bir bozucu yenilik doğurucu hak olarak cayma hakkı, sahibinin her zaman kullanabileceği bir hak değildir. Hakkın kullanılarak arzu edilen sonucun doğması, "mali bir hakkı veya lisansı iktisap edenin

[488] **Belgesay**, s. 111.

bunu hiç veya gereği gibi kullanmaması nedeniyle eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş" olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yenilik doğurucu sebep, aynı zamanda cayma hakkı düzenlemesinin haklılık sebebini oluşturmakta ve sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında eser sahibine neden tek taraflı bir güç tanındığı sorusunun da cevabını vermektedir. FSEK md. 58'de belirtilen maddi olgulara bağlı olan cayma hakkının şartlarının mevcut olayda söz konusu olup olmadığı bakımından ispat külfeti altında olan eser sahibinin, iddasında maddi olguları belirtmek zorunda olup olmadığı ise ayrı bir sorundur. Bir başka ifadeyle, ispat külfeti altında olan eser sahibinin cayma hakkına yönelik iddiasını hangi olaylara dayandırdığını iddiasında ayrıca belirtmek zorunda olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kuşkusuz burada kast edilen, sebep gösterme zorunluluğu olup olmadığının usul hukuku açısından değil; maddi hukuk açısından söz konusu olup olmadığıdır. Zira cayma hakkı bir kere dava konusu olduktan sonra eser sahibinin gerekçe göstermekten kaçınması zaten mümkün olmamaktadır. (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 119)

Maddi hukuk açısından hukuki sebebin gösterilmesinin gerekli olup olmadığı sorusu ise cayma hakkı bakımından olumsuz bir biçimde yanıtlanmalıdır. Zira kullanılması için bazı formalitelerin yerine getirilmesinin gerekli olduğu yenilik doğurucu haklar bakımından (cayma hakkının şekli şartları olan mehil ve ihbar) sebep unsurunun, aslında bu şartların yerine getirilmesi ile gösterilmiş olduğu ve bu nedenle bu şekli şartları yerine getiren kişinin cayma hakkını kullanmak istediğinde bir de ayrıca hukuki sebep göstermesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Aslında böyle olmasaydı dahi zaten kanun gereği, kullanılması bazı maddi olguların gerçekleşmesine bağlı olan cayma hakkını kullanacak olan eser sahibinin, bu hakkı kullanırken sebep göstermenin mümkün ve fakat zorunlu olmadığı; ancak iktisap edenin cayma hakkının hangi sebebe daynadığını sorması halinde de cayma hakkının

dayandığı maddi olguların gösterilmesinin artık zorunlu olduğu söylenebilir. İktisap edenin talebi üzerine caymanın dayandığı maddi olguların gösterilmesi, bir açıdan doğruluk ve dürüstlük kurallarından kaynaklanmaktadır. Talep halinde bu maddi olguları belirtmeyen eser sahibinin cayma hakkı ile amaçladığı sonuca ulaşamaması haklı görülmelidir. [489]

Eser sahibi tarafından iddia ve ispat edilen cayma hakkı neticesinde sözleşmenin sona ermesi durumunda, iktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektirdiği hallerde eser sahibinin iktisap edene münasip bir tazminat ödemesi gündeme gelebilir (FSEK md. 58/IV). Bu tazminat içinse iktisap edenin, hakkı veya yetkiyi kullanmamakta kusurunun olmadığını veya eser sahinin kusurunun kendisininkinden daha ağır olduğunu kanıtlaması gerekir. [490]

IV. Kısmi Caymanın Mümkün Olup Olmaması

Yenilik doğuran haklar, daha önceden mevcut bir hak veya hukuki ilişkiye bağlı olup olmamlarına göre bağımlı yenilik doğuran haklar ve bağımsız yenilik doğuran haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Hak sahibinin, önceden sahip olduğu bir hakka veya hukuki ilişkiye bağlı olan yenilik doğuran hakları kullanılması ile birlikte; bu hakların bağımlı oldukları hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmekte veya bağımlı oldukları hukuki ilişki sona ermektedir. Bir sözleşmenin tarafı olma konumuyla ilişki içerisinde olan dönme ve fesih hakkı gibi sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların kullanılması sadece tek bir alacak veya borç üzerinde gerçekleşmemektedir. Dönme veya fesih gibi bir sözleşmenin tarafı olma durumuna bağlı olan ve kullanılmaları ile

[489] Çalışmamızda cayma hakkı bakımından ileri sürdüğümüz bu görüşlerin genel olarak yenilik doğuran haklar bakımından geçerli olduğuna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 209-226. Aynı yönde: **Seliçi**, 159-164.
[490] **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 332.

beraber sözleşmeyi sona erdiren sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların etkisi kısmi değil; sözleşmenin tamamı üzerindedir. Örneğin, borç ilişkisini sona erdirmeyip yalnızca sözleşmenin belirli bir kısmını değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelen bir kısmi fesih geçerli olmaz. Zira taraflardan birine tek taraflı olarak sözleşmenin yalnızca bazı kısımlarını değiştirme imkânı vermek, hakkaniyete ve menfaatler dengesine aykırı olur. [491] Aynı hususu, fikri haklara ilişkin sözleşmelerde eser sahibi olma konumuna sıkı sıkıya bağlı olan, kullanılması ile beraber sözleşmeyi sona erdirmeye yönelen ve sözleşmeye bağlı bir yenilik doğuran hak olan FSEK md. 58'deki cayma hakkı bakımından da kabul etmek yerinde olur. Anılan bu gerekçelerle, fikri haklarda sözleşmeden kısmi caymanın mümkün olmadığı görüşündeyiz. Fikri haklarda sözleşmenin cayma eliyle sona erdirilmesi, kanımızca tüm sözleşmeyi etkilemektedir.

Alman hukukunda ise mali hak sahiplerine tanınan kullanma hakkından kısmen cayılabileceği (*Teilrückruf*) kabul edilmektedir. UrhG § 41'in amacı ve anlamı uyarınca ekonomik anlamda birbirinden ayrı değerledirilebilen her bir kullanım hakkı açısından kısmı cayma mümkün olabilmekte; yani örneğin yayın sözleşmelerinde olduğu gibi birden fazla kullanma hakkının devredilmesi durumunda her bir kullanma hakkından ayrı ayrı cayılması söz konusu olabilmektedir.[492] Ancak unutulmamalıdır ki Alman hukukunda kullanma hakkından cayılması, bu hakkın geri çağrılması *(zurückrufen*) olarak nitelendirilirken; FSEK md. 58'de sözleşmeden cayılması, tıpkı fesih veya dönmede olduğu gibi belirli sebeplerin varlığı halinde sözleşmenin tek taraflı olarak bir bütün halinde sona erdirilmesi anlamındadır.

[491] **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 195-197; **Seliçi**, s. 127-128.
[492] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 8; **Budde**, s. 28-30; **Löwenheim**, § 16, Rn. 48; **Bappert/Maunz/Schricker**, § 32, Rn. 9; **Nordemann,** § 41, Rn. 4, s. 876; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 3; **Schricker,** § 41, Rn. 23, s. 858.

IV. BÖLÜM

CAYMA HAKKININ HÜKÜM VE SONUÇLARI ve 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN CAYMA HAKKI

§ 1 SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

I. Hakkın Geri Dönmesi

Cayma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılması ile beraber eser sahibi ile mali hak sahibi veya lisans sahibi kişi arasında fikri haklara ilişkin sözleşme son bulur. Sözleşmenin sona ermesi üzerine, devredilen mali hak da eser sahibine geri döner (*Heimfall*). Eğer söz konusu sözleşme bir lisans sözleşmesi ise lisans ortadan kalkar. Böylece eser sahibi mali hakkı veya bunu kullanma yetkisini tekrar elde eder.

Cayma hakkının kullanılmasının, devredilen hakkı doğrudan eser sahibine döndürücü, tasarrufi bir etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki; mali hakkın sahibine dönmesi veya lisansın ortadan kalkması için ayrıca özel bir geri verme veya kaldırma işlemime gerek yoktur. Cayma beyanı üzerine hak geri çağırılmış olur ve eser sahibi, devrettiği hakka yeniden sahip olur. [493] Bu husus, gerek FSEK md. 58/III'te yer alan *"...yapılacak ihbar ile cayma tamam olur*." ifadesinde gerekse de Yargıtay [494]

[493] **Franko**, Cayma Hakkı, s. 404; **Erel**, s. 302; **Arlanlı**, s. 196; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 588; **Serozan**, s. 138.
Buz dönme ve fesih gibi yenilik doğuran hakların kullanılmasının bir tasarruf işlemi olduğu görüşünü eleştirmektedir. Yazara göre, tasarruf işlemi daima onu yapan kişinin malvarlığında bir azalmaya yol açar ve karşı taraf açısından bir kazandırıcı işlemdir. Bunun yanı sıra yazar, bir mal veya hukuki ilişki üzerindeki tasarrufta bulunma yetkisini bir hak olarak değil; üzerinde tasarrufta bulunulan hakkın bir parçası olarak görmektedir **(Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 80-81).

[494] *"... FSEK'nun 58. ve 59. maddeleri uyarınca eser sahibi (veya mirasçıları) tarafından cayma hakkının mali hak veya ruhsat sahibinin ihbarının gerekip, bunun dışında ayrı bir tasarruf işlemine gerek bulunmamasına...*" Yargıtay 11. HD, E. 2001/2618; K. 2001/5035, T. 04.06.2011. (**Erdil**, s. 1092)

kararlarında ifade edilmektedir. Cayma hakkının kullanılması üzerine sözleşmenin sona ermesi için ayrıca bir iade işlemine gerek olmaması hususunun sadece FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkı bakımından geçerli olacağı; buna karşılık mali hakkın veya lisansın temerrüt gibi başka sebeplerle sona ermesi söz konusu ise ayrıca bir tasarruf işlemine ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir. [495]

FSEK md. 59'da yer alan ve mali bir hakkın veya bu hakkı kullanma yetkisinin eser sahibine geri dönüşünü düzenleyen sona erme hali, FSEK md. 58'dekinin aksine, mehil ve ihbar gibi bazı usuli işlemlerin varlığına bağlı olmaksızın *ipso jure* gerçekleşmektedir. FSEK md. 59 hükmü "*hakkın eser sahibine avdedi*" başlığı altında, bir amacın gerçekleşmesi gayesiyle veya belirli bir süre için devredilen bir mali hakkın veya lisansın sürenin sona ermesi veya amacın ortadan kalkması halinde sahibine geri döneceğini veya sona ereceğini düzenlemektedir. FSEK md. 59'da düzenlenen kendiliğinden sona erme hali, hakkı iktisap eden kişinin ölümü veya iflası halinde söz konusu olmaz. Ancak işin niteliği gereği mali hakkın veya lisansın kullanılması devralan kişinin şahsına bağlı ise bu durumda o kişinin ölümü veya iflas etmesi halinde de hak kendiliğinden sona erer. Örneğin, bir eserin çeviri hakkı çevirenin şahsına bağlı bir haktır.[496]

Caymanın hüküm ifade edeceği tarih konusunda FSEK, ihbar tarihini esas almaktadır. FSEK md. 58/III'ün lafzı *"noter vasıtasiyle yapılacak yapılacak ihbar ile cayma tamam olur*." demektedir. Bu ifadede caymanın hüküm ifade edeceği an ile kastedilenin irade beyanının gönderilmesi anı mı yoksa varması anı mı olduğu sorusuna genel kural açısından cevap vermek gerekirse varma anın esas alınması gerektiği söylenmelidir. [497] Buna karşılık, kanımızca maddenin amaçsal yorumu

[495] **Arslanlı**, s. 196.
[496] **Ayiter,** s. 221-222; **Erel,** s. 300
[497] İrede beyanlarının hüküm doğurdukları ana ilişkin genel bir değerlendirrme için bkz. **von Tuhr**, s. 186 vd.

yapıldığında caymanın hüküm ifade edeceği anın, gönderme anı olarak; yani ihbarın noter aracılığıyla tebliğ edildiği an olarak belirlenmesi daha uygun olur.[498] Zira korunan menfaatler değerlendirildiğinde tek taraflı bir irade beyanının sonuç doğurabilmesi için o iradenin gönderilmesinin yeterli görülmesi söz konusu ise o düzenleme bakımından beyan sahibinin korunmasının amaçlandığı söylenebilir. [499] Kaldı ki cayma hakkı bakımından bu beyan, noter aracılığıyla yapılmakta ve karşı tarafın hiçbir zaman iktidar alanına girmeyen ve onun tarafından öğrenilme imkânı doğmamış bir beyanın sonuçlarına katlanma riskinin adil olmayacağı savı, iktisap eden açısından geçerli olmamaktadır. [500] Buna karşılık Yargıtay bir kararında açıkça varma anının esas alınması gerektiğini belirtmektedir. [501]

Cayma hakkının kullanılması üzerine eser sahibi ile mali hakkı devralan veya lisans elde eden kişi arasındaki sözleşme, *kural olarak* ileriye etkili bir biçimde -*ex nunc*- sona erer. [502]

Konuya Alman hukuku açısından bakılacak olursa, benzer bir hükme Alman Fikri Haklar Yasası'nda da yer verildiği görülmektedir. UrhG § 41/V, cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber kullanma hakkının ortadan kalkacağını (*erlischt das Nutzungsrecht*) düzenlenmektedir. Ancak bu, teknik anlamda bir sona erme olmayıp, kullanma hakkının hukuki güvenlik ilkesi nedeniyle ileriye etkili bir biçimde eser sahibine geri döneceğidir. Yani Alman hukukunda ifade edildiği şekliyle burada kastedilen, ana haktan ayrılan "evlat hakkın-kullanma hakkının" (*Tochterrecht-Nutzungsrecht*) tekrar "ana hak-eser sahibinin hakkı" (*Mutterrecht-Urheberrecht*) ile

---

[498] Aynı yönde: **Arslanlı**, s. 196.
[499] Fesih hakkına ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Seliçi**, s. 118, dipn. 57; s. 167.
[500] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 156.
[501]. *"... cayma ihtarnamesinin yayımcıya gönderilip tebliğ olunmakla hüküm ifade edeceği (...) davalı tarafça 17.7.2001 tarihinde keşide edilen ihtarname ile cayma hakkının kullanıldığı (...), cayma ihtarının muhatap davacıya tebliğ olunduğu 25.7.2001 tarihinde hüküm doğuracağı (...)"* Yargıtay 11 HD., E. 2005/6332, K. 2006/6365, T. 29.06. 2006. (**Yavuz**/**Alıca**/**Merdivan**, s. 1776)
[502] Bkz. Bölüm I, § 2, II.

birleşeceği ve böylece tam bir hak olarak güçleneceğidir.[503] Alman hukuku uyarınca eser sahibi cayma hakkını alt lisans alana karşı kullandığında kullanma hakkı da lisans alana değil; doğrudan eser sahibine geri döner. Bunun için hakkın tekrar devredilmesine; bir diğer ifadeyle bir tasarruf işlemine gerek yoktur. Cayma ile beraber sözleşme ilişkisi de sona erer. [504]

Mali hak sahibinin cayma hakkının ileri sürülmesi üzerine eseri kullanma hakkını doğrudan bir biçimde kaybeceğini kabul eden Alman hukuku uyarınca cayma, yalnızca devredilmiş olan kullanma hakkına etki eder. Bu açıdan, cayma hakkını ileri sürerek kullanma hakkını ve sözleşmeyi sona erdiren eser sahibinin ayrıca bir de eserin çoğaltılan kopyalarını talep etme hakkı bulunmamaktadır. [505]

II. Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Cayma hakkı, hukuki niteliği itibariyle dönme veya fesihten farklıdır. Örneğin dönme hakkında amaç, sözleşmede henüz yerine getirilmemiş edim borçlarının sona erdirilmesi ve daha önce yerine getirilenlerin iade edilmesidir. Sözleşmeden dönen tarafın aynı zamanda menfi zararlarını tazmin etme hakkına da sahip olduğu kabul edilmektedir. Böylece sözleşmeden dönmenin yetersiz kaldığı durumlar için menfi zararın talep edilmesi, dönme hakkını tamamlayan bir görünüm arz eder.[506] Aynı husus fesih hakkı bakımından da söz konusudur. Tıpkı dönmede olduğu gibi fesihte de sözleşmeyi ileriye etkili bir biçimde sona erdiren taraf, bu yüzden uğradığı zararları tazmin etme hakkına sahiptir. Oysa cayma hakkında sözleşmeden cayan eser

[503] **Budde**, s. 89; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 21; **Löwenheim,** § 16, Rn. 49; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 28; **Schricker,** § 41, Rn. 24, s. 858; **Nordemann**, § 41, Rn. 40, s. 888.
[504] **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 37; **Nordemann**, § 41, Rn. 42, s. 888; **Ulmer,** s. 375.
[505] **Budde**, s. 91; **Matthias Schmid/Thomas Wirth/Fedor Seifert**, Urheberrechtsgesetz Mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 2. Auf., Baden-Baden 2009, § 42, Rn. 5, s. 140.
[506] **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 78-79.

sahibinin sözleşmenin karşı tarafından herhangi bir tazminat talep etmesi söz konusu olmadığı gibi çoğu durumda sözleşmeyi tek taraflı bir biçimde sona erdirdiği için kendisi karşı tarafa bir tazminat ödemek durumunda kalmaktadır. FSEK md. 58/IV, bu tazminatı düzenlemektedir. FSEK md. 58/IV uyarınca, iktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya kusuru olmakla berbaber eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyetin gerektirdiği hallerde iktisap eden, eser sahibinden müsanip bir tazminat isteyebilir.

Aslında cayma hakkı bakımından FSEK md. 58/IV'ten çıkan ilk ve en önemli sonuç, devrettiği hakkın kullanılmamasından bizzat eser sahibi kusurlu olsa ve bu kusur iktisap edenin kusurundan fazla olsa dahi cayma hakkının ileri sürülebilecek oluşudur. Aynı şekilde, eser sahibinin cayma hakkını ileri sürebilmesi için iktisap edenin kusurlu olması da gerekmez. İktisap eden, devraldığı hakkı kullanmakta tamamen kusursuz olsa dahi eser sahibi, cayma hakkını kullanabilmektedir.[507] Bir başka ifadeyle, eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmiş olması cayma hakkının ileri sürülmesi için yeterlidir. Bu noktada kusur, hakkın varlığına etki etmemektedir.

Tekinalp, kusurlu olması halinde eser sahibinin cayma hakkını ileri süremeyeceğini savunmaktadır. [508] *Arslanlı* da eser sahibinin, gereği gibi faydalanmamaya kendi kusuru ile sebebiyet vermesi durumunda cayma hakkına sahip olmadığını ifade etmektedir. [509] Bu görüşler isabetli değildir. Cayma hakkı, eseri üzerindeki mutlak hak sahibi ve eserinin kaderini tayin etmeyi haiz bir kişi olarak eser

[507] Buna karşılık iktisap edenin kusuru varsa eser sahibinin haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talep edebilmesi her zaman mümkündür (**Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 589; **Tekinalp**, § 15/42, s. 239).
İktisap edenin bir kusuru bulunmasa dahi eser sahibi sözleşmeden cayabilir. Ancak hakkın gereği gibi kullanılmamasında iktisap edenin bir kusurunun bulunmadığı durumlarda eser sahibinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca aldığını iade etmesi gerektiği ileri sürülmektedir (**Belgesay**, s. 112).
[508] **Tekinalp**, § 15/43, s. 239.
[509] **Arslanlı,** s. 197.

sahibine bir hukuki çare olarak kanun tarafaından tanınmış, manevi niteliği ağır basan bir haktır. Bu hakkın kullanılması için kusur koşulu gibi ilave bir koşul aramak ve bu hakkın kullanılmasını bir şarta bağlamak bu hakkın niteliği ile bağdaşmamaktadır.

Kanımızca cayma hakkı FSEK md. 58/IV'ün açık ifadesinden de anlaşıldığı gibi, eser sahibinin, kusursuz olması halinde ileri sürebileceği bir hak olarak değerlendirilemez. Eser sahibinin kusuru veya kusursuz oluşu veya bunun derecesi ancak sözleşmeden cayan eser sahibinin sözleşmenin karşı tarafına bir tazminat ödeyip ödemeyeceğini ve bu tazminatın miktarını belirlemede rol oynar. Eğer kusuru olan eser sahibinin cayma hakkını kullanamayacağı kabul edilecek olsaydı; eserin umuma arz edilmesi gibi önemli bir manevi hakkın, iktisap edenin ekonomik menfaatlerinin korunması gayesiyle feda edilmesi gibi kabul edilemez bir durum ortaya çıkardı. Oysa FSEK md. 58/IV'teki tazminat hükmünün amacı, eser sahibinin manevi hakkını bertaraf etmek veya iktisap edenin ekonomik menfaatini eser sahibinin menfaatine üstün tutmak değil; sözleşmelerin tek taraflı bir biçimde sona erdirilmesi halinde bozulan menfaat dengesini tekrar sağlamaya çalışmaktır.[510]

FSEK md. 58/IV uyarınca, eser sahibi tarafından iktisap edene münsaip bir tazminat ödenebilmesi için iktisap edenin "kusursuz" veya "daha az kusurlu" olması ve aynı zamanda bunun hakkaniyet icabı olması gerekmektedir. Ancak iktisap edenin kusursuz veya daha az kusurlu olduğu durumlarda maddede yer alan "*hakkaniyet gerektiği hallerde*" ifadesinin zaten gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir. Zira iktisap edenin kusursuz veya daha az kusurlu olduğu durumlarda sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiren eser sahibinin bunun için uygun bir tazminat vermesi çoğu zaman zaten hakkaniyetlidir.

[510] Aynı yönde: **Franko**, Cayma Hakkı, s. 406; Aksi Yönde: **Tüysüz**, s. 129.

Eser sahibinin iktisap edene tazminat vermesinin şartlarının oluşup oluşmadığını ve verilecek tazminatın miktarını hâkim tayin edecektir. FSEK, "*münasip bir tazminat*" ifadesiyle bu konuda bir kural içi boşluk yaratmıştır.

Alman hukuku bakımından UrhG § 41/VI, tıpkı FSEK 58/IV'te olduğu gibi hakkaniyet gerektiriyorsa ve gerektirdiği ölçüde (*wenn und soweit es der Billigkeit entspricht)* eser sahibinin, ilgililerin zararlarını karşılayacağından bahsetmektedir. Alman hukukundaki bu koşul, FSEK'te yer alan *"hakkaniyet gerektiği hallerde (...) münasip bir tazminat"* koşulunu karşılamaktadır. Ancak FSEK, hakkaniyet koşulunun yanı sıra bir de iktisap edenin kusursuz veya daha az kusurlu olması koşuluna yer vermiştir.

Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği gibi, iktisap edenin ne zaman kusursuz veya daha az kusurlu sayılacağı konusunda somut örnekler vermek çoğu zaman zordur. Bu konuda FSEK md. 14/III hükmüne işaret edilmektedir. [511] Ayrıca, eserin özensiz hazırlanması, yanlış hazırlanması, geç teslimi vb. hususlar, eser sahibinin kusurlu olduğu durumlara örnek olarak gösterilmektedir. [512]

Alman hukukunda hakkaniyetin ölçüsünün ne olacağı ve nasıl hesaplanacağı konusunda Türk hukuku açısından da emsal teşkil edebilecek bir takım kriterler ortaya atılmıştır. Şöyle ki; caymak isteyen eser sahibinin hakkaniyet gereği karşı tarafa bir tazminat ödemek zorunda oluşu cayma hakkının değerini azaltsa da hakkaniyetin gerektirdiği hallerde tazminat yükümlülüğünden (*Entschädigungspflicht*) arî bir cayma hakkı, iktisap edenin korunmaya değer menfaatlerini oldukça sınırlayacaktır. Zira iktisap eden, kullanma hakkına güvenerek bir takım harcamalar yapmış veya kullanma hakkı için eser sahibine bir telif ücreti ödemiş olabilir. Haksız bir biçimde yöneltilen tazminat taleplerine karşı ise eser

[511] **Ayiter**, s. 220; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 589.
[512] **Tekinalp,** § 15/43, s. 239; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 589.

sahibi zaten kanun gereği korunmaktadır. Zira hakkaniyet böyle bir tazminat ödenmesini gerektirmiyorsa eser sahibi, bir tazminat ödemeksizin cayma hakkını kullanabilmektedir. Burada asıl sorun, hakkaniyetin tazminat ödenmesini gerektirip gerektirmediği ve eğer gerektiriyorsa bunu sınırının ne olacağıdır. Bu tespit açısından tüm şartların göz önünde bulundurularak tarafların menfaatlerinin karşılaştırılması gerekmektedir.

Kural olarak, gereği gibi kullanmama yalnızca iktisap edenin risk alanı içerisinde kalan bir durumdan kaynaklanıyorsa; eser sahibinin tazminat ödeyip ödemeyeceği sorusuna olumsuz bir yanıt verilmelidir. Eser sahibi iktisap edenin ekomomik riskini taşımak zorunda kalmamalıdır. Buna karşılık, eser sahibi bir telif ücreti almışsa uygun bir tazmin gerekli olabilir. Zira telif ücreti, iktisap edenin eseri kullarak belirli bir kazanç elde edeceği varsayımına göre hesaplanmıştır. Menfaatler karşılaştırılırken somut olayda iktisap edenin tüm zararlarının karşılanması değil; daha ziyade, hakkaniyet çerçevesinde uygun bir tazminat ödenmesi düşüncesi ön planda olmaldır. Bir diğer ifadeyle uğranılan zarar, her iki tarafın menfaatlerinin hakkaniyet çerçevesinde karşılaştırılmasında yol gösterici bir referans noktası olarak düşünülmelidir.[513] Alman hukuku açısından kural, cayma hakkının kullanma hakkının devrinden itibaren iki yıl içerisinde kullanılmaması olduğundan (UrhG § 41/II), bazı yazarlar, kullanma hakkı sahibinin kural olarak en azından iki yıl gibi bir zaman aralığı boyunca edimini ifa edebilecekken etmemeyi seçtiği olgusunun da menfaatler karşılaştırılırken göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadırlar.[514] Bazıları da hakkı kullanma halinin iktisap eden açısından bir borç ihali olmadığı durumlarda

[513] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41; Rn. 22; **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 30-31; **Schricker**, § 41; Rn. 25, s. 859; **Budde**, s. 101-103; **Ulmer**, s. 375; **Nordemann**, § 41, Rn. 47, s. 889; **Spindler/Schuster-Weibe**, § 41; Rn. 8.
[514] **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 38; **Nordemann**, § 41, Rn. 45, s. 889.

eğer bu eylemsizlik eser sahibinin riziko alanına girmemekteyse, herhangi bir tazminatın söz konusu olmadığını ileri sürmektedirler.[515]

Tazminat talep edebilecek kişi, cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber kullanma hakkını kaybeden kişidir. Ancak kullanma hakkından sadece dolaylı bir biçimde faydalanan üçüncü kişilerin tazminat talep etmesinin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, cayma hakkının ileri sürülmesi nedeniyle tazminat talebinde bulunabilecek kişinin yalnızca iktisap eden olduğu ve bu talep hakkından yararlanabilecek kişilerin mali hakkı veya kullanma yetkisini iktisap edenden devralan üçüncü kişileri kapsamadığı kabul edilmektedir.[516]

Cayma hakkında kural, cayma hakkının kullanılabilmesi için tazminat ödemesinin gerekli olmamasıdır. Bu nedenle asıl mantık, cayma hakkının kullanılması için karşı tarafa bir tazminat ödenmesinin gerekli olmadığı; ancak eğer iktisap edenin kusuru yoksa (veya daha azsa) ve hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim tarafından uygun bir tazminatın belirlenmesinin taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması amacına hizmet edeceği olmalıdır. Buna karşılık, Türk hukukunda düzenlenmeyen; ancak hem UrhG § 42'de hem de diğer ülkelerin fikri haklar yasalarında düzenlenen yegâne cayma hakkı olan "kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı"nın kullanılması için eser sahibinin karşı tarafa bir tazminat ödemesi zorunludur. [517] Kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının kullanılabilmesi için öngörülen tazminat zorunluluğunun bu hükmün uygulanabilirliğini önemli ölçüde azalttığı ve bu hakkı değersizleştirdiği düşünülmektedir. [518]

[515] **Spindler/Schuster-Weibe**, § 41; Rn. 8.
[516] **Wandtke/Bulinger-Wandtke**, § 41, Rn. 31; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41; Rn. 22; **Schricker,** § 41; Rn. 25, s. 859; **Nordemann**, § 41, Rn. 43, s. 888; ; **Budde**, s. 105.
[517] Bkz. Bölüm II, § 2, IV, B, b.
[518] **Rigamonti**, s. 363, dipn. 62; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting,** § 42, Rn. 16.

§ 2 CAYMA HAKKINA İTİRAZ

Eser sahibi, devrettiği mali hakkın veya lisansın hiç veya gereği gibi kullanılmaması ve bu nedenle menfaatlerinin esaslı surette ihlal edildiği mülahazasıyla cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi tek başına sona erdirmek istediğinde, iktisap edenin, eğer koşulları varsa eser sahibinden münasip bir tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Bunula birlikte, iktisap edenin cayma hakkının ileri sürülmesi karşısında başvurabileceği tek imkân, eser sahibinden uygun bir tazminat talep etmek değildir. İktisap eden, eser sahibinin cayma hakkını kullanmasına itiraz edebilir.

FSEK md. 58/III, c. 2 uyarınca iktisap eden, cayma ihbarının kendisine tebliğ edildiği andan itibaren dört hafta içerisinde caymaya karşı bir itiraz davası açabilir. Caymaya karşı yöneltilen itirazın bir hüküm ifade edebilmesi için itirazın mutlaka bir dava şeklinde ileri sürülmesi gerekir. İktisap eden, caymaya itiraz etmesine rağmen sözleşmeden yine de cayılması durumunda kendisine uygun bir tazminat verilmesi şeklinde terditli bir talepte de bulunabilir. Ancak itirazın aksine, tazminat talebinin mutlaka bir dava şeklinde yöneltilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Cayma hakkına itiraz süresi, cayma ihbarının noterlikçe tebliğinden itibaren dört haftadır.[519] Bu sürenin kısalığı, cayma hakkının hukuki niteliği ve sürenin dava açma süresi olduğu vb. hususlar dikkate alındığında sürenin, bir hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir.[520] Kaldı ki yenlik doğuran haklar, nitelikleri gereği hak

---

[519] *"...davanın süresi içerisinde açılıp açılmadığının belirlenebilmesi için cayma hakkının kullanıldığı iddia olunan noter aracılığıyla keşide ettirilen ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihin araştırılması icap eder.*" Yargıtay 11. HD, E. 2008/12702, K. 2010/7720, T. 01.07.2010. (**Yavuz**/**Alıca**/**Merdivan**, s. 1785 vd.)

[520] **Franko,** Cayma Hakkı, s. 407; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 588; **Erel**, s. 301; **Arslanlı**, s. 196; **Tüysüz**, s. 133.

düşürücü süreye tabidirler. [521] Yargıtay da bu sürenin hak düşürücü süre olduğu görüşündedir. [522] Bu süre bir hak düşürücü süre olduğu için hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Hirsch'in *Öntasarısında* bu süre, iki hafta olarak belirlenmiştir.[523]

Caymaya itiraz edildiğinde mahkeme, caymanın şartlarının oluşup oluşmadığını inceler. [524] Dava sonucunda mahkeme ya caymanın haksız olduğu sonucuna varır ya da itirazı reddeder. İtirazın reddedilmesi durumunda cayma geçerlidir ve eser sahibi ile iktisap eden arasındaki sözleşme son bulur. Böyle bir durumda cayma tarihi, noter tarafından yapılacak ihbarın tebliğ edildiği tarihtir. Bir diğer ifadeyle ret kararının hükmü, ihbar tarihine kadar geriye yürür. [525] Buna karşılık, eğer mahkeme caymanın şartlarının oluşmadığına kanaat getirir ve itirazı kabul ederse; mali hak, iktisap edende kalmaya devam eder ve eser sahibi ile iktisap eden arasındaki sözleşme, varlığını devam ettirir.[526] İtirazın haklı görülmesi ve sözleşmenin devam etmesi halinde iktisap eden FSEK md. 58/IV'teki tazminatı talep edemez. Zira bu tazminat, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde cayma nedeniyle tek taraflı bir biçimde sona eren sözleşmedeki bozulan menfaat dengesini yeninden tesis etmeye yöneliktir. Kuşkusuz sözleşmenin sona ermediği ve devam ettiği durumlarda bu sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla veya eğer koşulları varsa genel hükümler uyarınca tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebilmesi her zaman mümkündür.

Bazı yazarlar, iktisap eden tarafından dört haftalık itiraz süresi içerisinde mahkemeye başvurup caymaya itiraz edilmemesi durumunda artık caymanın haklı

---

[521] **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 261 vd.
[522] *"…her şeyden önce, dört haftalık caymaya ilişkin sukutu hak süresinin şartlarının incelenmesi…"* Yargıtay 11. HD., E. 1973/1867, K. 1974/1818, T. 20.04.1973. (**Erdil**, s. 1092, dipn. 888).
[523] **Hirsch**, Fikri Say, s. 233.
[524] *"… feshe mesnet olarak 18.03.1970 tarihli ihtarnamede yazılı üç sebep (…)olan mücbir sebepler ve hayat şartlarındaki değişiklikler ile baskı nedenleri (…) üzerinde durulması…*" Yargıtay TD., E. 1973/1867, K. 1974/1818, T. 20.04.1973. (**Erdil,** s. 1092, dipn. 888).
[525] **Erel**, s. 302; **Tüysüz**, s. 130; **Erdil,** s. 1769.
[526] "*… Caymanın haksız olması durumunda, açılan caymaya itiraz davası ile devir sözleşmesinin hükmünü sürdürdüğü kabul edilmelidir*." Yargıtay 11. HD, E. 2008/8724, K. 2010/1541, T. 11.02.2011. (**Yavuz**/**Alıca**/**Merdivan**, s. 1783).

olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.[527] Buna göre, eğer dört haftalık süre itiraz etmeden geçirildiği için cayma haklı bulunursa cayma gerçekleşmiş sayılır ve mali hak, sahibine geri döner. Eğer lisans söz konusu ise geçerliliği ortadan kalkar ve taraflar arasındaki sözleşme son bulur. Buna karşılık Yargıtay bir kararında[528] dört hafta içerisinde itiraz davası açılmaması halinde caymanın haklı olduğu sonucuna varılamayacağını ifade etmiştir.

Kanımızca eser sahibinin cayma hakkını kullanması üzerine iktisap edenin kanun tarafından kendisine tanınan itiraz hakkını ileri sürmemesi, caymanın haklı olduğu anlamına gelmez. Buna karşılık, FSEK'in açık hükmü karşısında dört haftalık süre içerisinde itiraz etmeyen iktisap edenin artık bu hakkını kaybedeceğini, sonradan caymanın haklı olmadığını düşünse dahi caymaya itiraz edemeyeceğini, cayma hakkının noter tarafından yapılacak cayma ihbarının tebliğ tarihinden itibaren geçerli olacağını, bu nedenle de eser sahibi ile iktisap eden arasındaki sözleşmenin o tarihten itibaren son bulacağını ve eğer iktisap eden son bulma tarihinden sonra hakkı kullanmaya devam ederse bunun eser sahibinin haklarına bir tecavüz oluşturacağını kabul etmek yerinde olur.

Somut olayda caymanın şartlarının oluşmadığını ispat külfeti, iktisap edendedir. *Giritlioğlu*, FSEK md. 58/III, c. 2'de "itiraz davası" dense de; bu madde ile gerçekte iktisap edene caymanın şartlarının gerçekleşmediğini ve bu sebeple de caymanın hukuki sonuç doğurmadığını tespit için "tespit davası" açma gibi ağır bir sorumluluğun yükletilmiş olduğunu savunmaktadır.[529] Niteliği ne olursa olsun bu

[527] **Arslanlı**, s. 196; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 588; **Giritlioğlu**, s. 81; **Yavuz**/**Alıca**/**Merdivan**, s. 1768; **Bozbel**, s. 263.
[528] *"…davacı şirketin, cayma hakkının kullanılmasını gerektiren sebeplerin mevcut olmaması durumunda haklara sahip olmaya devam edeceğini, mirasçıların cayma ihtarına karşı caymaya itiraz davası açmamasının bu durumu değiştirmeyeceğini…"* Yargıtay 11. HD, E. 2003/8990, K. 2004/4032, T. 13.04.2004. (**Yavuz**/**Alıca**/**Merdivan**, s. 1781-1782)
[529] **Giritlioğlu**, s. 81.

dava, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'ne ve eğer yoksa ilgili Asliye Hukuk mahkemesine açılmaktadır (FSEK md. 76/I).

UrhG § 41'de, caymaya itiraz edilmesine ilişkin FSEK md. 58/III, c. 2'de yer alan hükme benzer bir düzenleme yer almamaktadır.

§ 3 CAYMA HAKKININ EMREDİCİ NİTELİĞİ, CAYMA HAKKINDAN FERAGAT, CAYMA HAKKININ KISITLANMASI ve KAYBEDİLMESİ

I. Cayma Hakkının Emredici Niteliği

Yenilik doğuran bir hak olarak tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanı ile kullanılan cayma hakkı hiçbir koşulda şarta bağlanamaz. Zira cayma beyanında bulunulduğunda iktisap eden bakımından çok ciddi ve ağır bir hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, cayma beyanının iktisap edenin güveninin korunması nedeniyle geri alınması da mümkün değildir. [530] Kaldı ki bu beyan noter marifetiyle gerçekleştirilmekte ve dahası zaten yenilik doğuran hakların şarta bağlanmaları ve geri alınmaları kural olarak [531] kabul edilmemektedir.

İleri sürülen bir cayma hakkının geri alınmasının mümkün olmaması, güvenin korunması ilkesi nedeniyledir. Kural olarak, eser sahibinin önce sözleşmeden cayıp daha sonra bu beyanından geri dönmesi kabul edilmemektedir. Ancak genel olarak bir yenilik doğuran hakkı kullandıktan sonra kendisi için daha avantajlı bir yenilik doğuran hakka sahip olduğunu fark eden kişinin esaslı saik hatası nedeniyle ilk beyanını iptal ederek kendisi için daha avantajlı olan yenilik doğuran hakkı

[530] **Metzger**, Rechtsgeschäfte über das Droit moral s. 15, dipn. 76; **Pfeil**, s. 130. Aynı yönde: Yargıtay 11. HD., E. 2001/5025, K. 2001/7942, T. 15.10.2001 (**Suluk/Orhan**, s. 723).
Aynı hususların dönme bildirimi açısından da söz konusu olduğuna ilişkin bkz. **Serozan**, s. 461-463 ve Fesih bildiriminin geri alınamayacağına ilişkin bkz. **Seliçi,** s. 128.

[531] Şarta bağlanamama kuralının muhatap açısından bir belirsizlik ortamının bulunmadığı durumlar ve geri alınamama kuralının da varması gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemler ile muhatabın menfaatinin bulunmadığı durumlar bakımından bazı istisnaları olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 256-260.

kullanabileceği düşünülmektedir. [532] Buradan hareketle, eser sahibinin cayma hakkına başvurduktan sonra kendisi için daha avantajlı olduğunu düşünüp genel hükümlere başvurabilmesi söz konusu olabilir. Zira FSEK md. 58 hükmünün genel hükümlere başvurma yolunu bertaraf etmediği [533] ve genel olarak koşulları varsa sözleşmenin hem cayma hakkı yoluyla hem de genel hükümler uyarınca sona erdirilebileceği kabul edilmektedir.[534]

Cayma hakkına ilişkin FSEK md. 58 hükmü, emredici nitelikte bir hükümdür. Bunun anlamı, tarafların FSEK md. 58'de yer alan hükme aykırı olan ve onunla çelişen bir düzenleme yapamayacak olmalarıdır. Alman hukuku uyarınca, UrhG § 41'de düzenlenen cayma hakkı ile çelişmeyen iradi bir cayma hakkı düzenlemesi, sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle mümkündür. Bu açıdan taraflar, eser sahibinin korunması ilkesine aykırı olmamak koşuluyla cayma hakkını sözleşmeyle düzenleyebilirler. [535] Örneğin taraflar, gereği gibi faydalanmama koşulunun var olabilmesi için UrhG § 41/II uyarınca geçmesi gereken 2 yıllık sürenin daha kısa veya daha uzun olabileceğini kararlaştırabilirler. [536]

II. Cayma Hakkından Feragat

Cayma hakkı sözleşme ile bertaraf edilemez. Tarafların cayma hakkından feragat edemeyecekleri kuralı, FSEK'te emredici bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Bu kural, FSEK md. 58/son'da "*Cayma hakkından <u>önceden</u> vazgeçme caiz olmadığı*

[532] **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 213.
[533] UrhG § 41 cayma hakkının diğer hükümlere başvurma yolunu bertaraf etmeyeceği hususunu açıkça hüküm altına almıştır.*"Rechte und Ansprüche der Beteiligten nach anderen gesetzlichen Vorschriften bleiben unberührt."* (UrhG § 41/VII)
[534] **Dreier/Schulze,** § 41, Rn. 39-41; **Nordemann,** § 41, Rn. 52, 55, s. 891, 892-893; **Wandtke/Bulllinger-Wandtke**, § 41, Rn. 32; **Rehbinder**, § 44, Rn. 587, s. 230-231; **Haberstumpf**, Rn. 235, s. 126.
[535] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 33; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 23.
[536] **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 11; **Nordemann**, § 41, Rn. 28, s. 884; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 25; **Dünnwald/Gerlach**, § 79, Rn. 27, s. 345; **Schricker**, § 41, Rn. 17, s. 856.

gibi bu hakkın dermeyanını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de hükümsüzdür." şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu hüküm, cayma hakkından feragat edilemeyeceğini kabul etmekle beraber; cayma hakkı açısından bu yasak, eser sahibinin manevi haklarında olduğu gibi [537] mutlak bir feragat yasağı da değildir. Eser sahibi, mali hakları veya lisansı devrederken veya daha sonraki bir tarihte bu haktan feragat edemez; buna karşılık cayma hakkının doğumundan sonra yapılacak bir feragat mümkün olmaktadır.

Cayma hakkından önceden feragat edilememesi kuralı UrhG'de de aynı biçimde kaleme alınmıştır. UrhG § 41/IV uyarınca Alman hukukunda da cayma hakkından önceden (*im voraus*) vazgeçmek caiz değildir.

Taraflar sözleşme kurulurken veya sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat cayma hakkının ileri sürülmesinden önce cayma hakkından feragat edildiğine dair bir anlaşma yapmış olsalar; bu sözleşme, kanunun emredici kurallarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz kabul edilir. Bu durum, eser sahibinin menfaatlerini korumayı amaçlayan bir düzenlemedir. [538] Ancak cayma hakkın doğumundan sonra yapılan feragat, geçerlidir. Bu feragat üzerine, mevcut cayma hakkı ortadan kalkar. İktisap eden açısından, devralınan mali hakkın veya yetkinin hiç veya gereği gibi kullanılıp kullanılmadığını tespit bakımından yeni bir kulllanma süresi başlar. Bu kullanma süresi içerisinde eser sahibi açısından ileride yeniden bir cayma hakkı doğabilir. [539]

---

[537] FSEK md. 14/III'te yer alan umuma arz yetkisi bakımından "*Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür"* ve md. 16/III'te yer alan eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı bakımından "*Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür."* örneklerinde olduğu gibi.

[538] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 26; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 19; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 34; **Budde,** s. 84.

[539] **Nordemann**, § 41, Rn. 49, s. 890; **Budde**, s. 85; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 19; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 35; **Ulmer**, s. 375.

III. Cayma Hakkının Kısıtlanması

Cayma hakkına ilişkin hükümler, tarafların anlaşmasıyla kısıtlanamaz veya ortadan kaldırılamaz.[540] FSEK md. 58/son uyarınca, cayma hakkından önceden feragat edilemeyeceği gibi cayma hakkının ileri sürülmesinin iki yıldan uzun bir süre boyunca kısıtlanması da mümkün değildir. Bu açıdan eser sahibi ile iktisap eden, sözleşme kurulurken veya kurulduktan sonra aralarında anlaşarak eser sahibi tarafından cayma hakkının iki yıldan uzun bir süre, örneğin beş yıl müddetle, ileri sürülemeyeceğini kararlaştıramazlar. *Serozan*'a göre [541] cayma hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat edilmesi de ancak iki yıl süreli bir etkiye sahiptir. Zira *"(...) bu hakkın dermeyanını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de hükümsüzdür."*

İki yılı aşan kısıtlamalar kanuna aykırılık nedeniyle hükümsüzdür. Eser sahibi ile iktisap eden arasındaki fikri haklar sözleşmesinde cayma hakkının ileri sürülmesinin iki yıldan uzun bir süre ile kısıtlanmasına ilişkin bir klozun yer alması halinde, hükümsüz olan sözleşmenin tamamı değil; yalnızca o kayıttır. Buna karşılık bu kayıt olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağının açıkça anlaşılması halinde sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olması gündeme gelebilir. (TBK md. 27/II)

Cayma hakkının kullanılmasının iki yıldan uzun bir süre için kısıtlanamayacağı kuralı, bu haktan önceden feragat edilememesi ile aynı gerekçeden, eser sahinin menfaatlerinin korunması düşüncesinden doğmaktadır. [542]

Alman hukukunda da cayma hakkının kullanılmasının kısıtlanmasına ilişkin bir süre sınırı vardır. Ancak bu süre FSEK'tekinden daha uzun olacak şekilde beş yıl olarak tespit edilmiştir. UrhG § 41/IV uyarınca cayma hakkının kullanılmasının önceden beş yıl süre ile kısıtlanması mümkün değildir. Alman hukuku açıkça önceki

[540] Cayma hakkı ile paralellik gösteren olağanüstü fesih hakkının sözleşme ile bertaraf edilemeyeceği ve sınırlandırılamayacağına ilişkin bilgi için bkz. **Seliçi,** s. 164 vd.
[541] **Serozan**, s. 141.
[542] Bkz. **Franko**, Cayma Hakkı, s. 407.

kısıtlamaların beş yıldan uzun olamayacağını *("kann im voraus für mehr als fünf Jahre nicht ausgeschlossen werden"*) hüküm altına almıştır. Bu açıdan, cayma hakkını önceden beş yıldan uzun bir süre kısıtlayan kayıtlar hükümsüzdür; ancak cayma hakkı ortaya çıktıktan sonra ise bu hakkın kullanılması daha uzun bir süre için kısıtlanabileceği gibi, yukarıda ifade edildiği üzere eser sahibi bu haktan tamamen feragat de edebilir. [543]

IV. Cayma Hakkının Kaybedilmesi

Eser sahibinin, bir kısıtlama kaydı veya feragat niyeti olmaksızın cayma hakkını uzun bir süre boyunca kullanmaması nedeniyle bu hakkı kaybedip kaybetmeyeceği sorusu akla gelebilir.

Kural olarak, kazanılmış bir cayma hakkının sadece süre geçmesi nedeniyle kaybı (*Verwirkung des Rückrufsrechts*) söz konusu olmaz. Cayma hakkının doğumunun üzerinden uzunca bir süre geçmiş olsa dahi kullanılmayan bir cayma hakkının kaybedilmeyeceği kabul edilmektedir. [544] Buna karşılık, eser sahibinin cayma hakkını ileri sürebilmek için iktisap edene münasip bir mehil verdiği ve cayma hakkının bu mehilin sona ermesinden itibaren uzunca bir süre kullanılmadığı durumlarda eğer olayda iktisap eden açısından cayma hakkının kullanılmayacağına dair objektif bir inanç varsa, uzun bir süre kullanılmayan cayma hakkının artık kaybedileceğinden bahsedilebilir. Ancak bu durumun pratikte pek bir anlamı yoktur. Zira gereği gibi faydalanmama eylemi, niteliği gereği süreklilik arz eden bir eylemdir. Menfaatlerin esaslı surette ihlal edilmesi söz konusu ise eser sahibi bakımından cayma hakkı her zaman yeniden doğmaktadır. Bu nedenle anılan durumda eser sahibi

[543] **Wandtke/Bullinger**, § 41, Rdnr. 26; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rdnr. 20; **Budde**, s. 85-86.
[544] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 26; **Dreier/Schulze**, § 41, Rn. 20.

her zaman yeniden bir mehil tayin ettirip, bu sürenin sonunda da cayma hakkını kullanabilir.[545]

Cayma hakkının uzun süre kullanılmaması nedeniyle kaybedilmesinin mümkün olmaması kuralının asıl istisnasını, genel bir hukuk kaidesi oluşturmaktadır. Buna göre her hak gibi cayma hakkı da doğruluk ve dürüstlük kullarına uygun bir biçimde kullanılmalıdır. Cayma hakkının, aradan uzunca bir süre geçtikten sonra kullanılmaya çalışılması hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa; artık bu hakkın kaybedildiğinden bahsedilmelidir.[546] Bazı yazarlar, cayma hakkının haksız bir biçimde kullanılmasının da doğruluk ve dürüstlük kulları gereğince "hakkın kötüye kullanımı yasağı" ile karşılaşılacağını savunmaktadırlar.[547] Ancak aslında cayma hakkının haksız bir biçimde kullanılması söz konusu ise cayma hakkının koşullarının tam anlamıyla oluşmadığından ve dolayısıyla cayma hakkının doğmadığından bahsedilmelidir.

§. 4 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA YAYIN SÖZLEŞMESİNDEN CAYMA HAKKI

I. Yayın Sözleşmesi

A) Yayın Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Yayın sözleşmesi,[548] 6098 sayılı TBK md. 487-501 arasında 15 maddede düzenlenen özel bir sözleşme türüdür. TBK md. 487 uyarınca yayın sözleşmesi, "*bir*

[545] **Wandtke/Bullinger-Wandtke**, § 41, Rn. 27.
[546] **Nordemann,** § 41, Rdnr. 51, s. 891.
[547] **Fortunet**, s. 540.
[548] 6098 sayılı TBK md. 487 ve devamında düzenlenen sözleşme türü, TBK'da "yayım sözleşmesi" olarak ifade edilmektedir. Ancak bu ifade hatalı olup tıpkı kira sözleşmesi, eser sözleşmesi, satış sözleşmesi örneklerinde olduğu gibi faaliyete değil; söz konusu ürüne yönelik bir kavram tercih edilmeli ve bu sözleşme *"yayın sözleşmesi"* olarak ifade edilmeliydi. Bununla birlikte, 6098 sayılı TBK'da yayın sözleşmesine yönelik yapılan hatalı terminoloji seçimleri yalnızca bundan ibaret değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bak**, Yayın Sözleşmesi, s. 18 vd.

fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği" bir sözleşmedir.

Yayın sözleşmesinin konusu eserdir. Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her türden fikir ve sanat eserini kapsamaktadır (FSEK md. 1/B). 818 sayılı BK *"…edebi ve sınai bir eserin müellifi*…" demek suretiyle yayın sözleşmelerinin konusunun, edebiyat ve sanat eserlerinden oluştuğunu düzenlemekteydi. 6098 sayılı TBK ise isabetli bir biçimde, yayın sözleşmesinin konusunu genişleterek sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla bu dört eser türünden her birisinin kural olarak yayın sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini belirtmektedir. Bu açıdan yalnızca edebiyat ve sanat eserleri değil; bilimsel eserler, müzik eserleri, grafik eserler, fotoğraflar, portreler, bilgisayar programları gibi çoğaltılması ve yayılması mümkün olan her eser, yayın sözleşmesine konu olabilmektedir. [549] 6098 sayılı TBK md. 487 yayın sözleşmesini *"(...) bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, (...) üstlendiği sözleşme(...)"* şeklinde tanımlarken yayın sözleşmesinin konusunu tüm fikir ve sanat eserlerini de kapsayacak şekilde genişletmektedir. [550] Buna karşılık zaten 2012 tarihine kadar 818 sayılı BK'nın yürürlükte olması ve ayrıca uygulamada ilim ve edebiyat eserleri dışındaki eser türleri için lisans sözleşmelerinin yapıldığı düşünüldüğünde, yayın

[549] **Öztan**, Fiki ve Sanat Eserleri, s. 779; **Tekinalp**, § 16/5-6, s. 252.

[550] Alman hukuku açısından yayın sözleşmesinin konusunu edebiyat eserleri ve müzik eserleri (*ein Werk der Literatur oder der Tonkunst*) oluşturmaktadır (VerlagG § 1). İsviçre hukukunda ise yayın sözleşmesinin konusu daha geniş bir biçimde algılanmaktadır. Şöyle ki; İsviçre Borçlar Kanunu- *Das Schweizerisches Obligationenrecht*- (OR) md. 380'deki ifade, "*eines literarischen oder künstlerischen Werkes"* şeklindedir. "*Künstlerischen Werkes*" ifadesinin karşılığı "sanat eseri"dir. İsviçre Fikri Haklar Yasası - *Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*- (URG) md. 2'de de eser kavramı tanımlanırken "*geistige Schöpfung der Literatur und Kunst*" ifadesini kullanmış ve maddenin devamında nelerin eser olarak kabul edilebileceği örnekleme yoluyla açıkça sayılmıştır. (**Bak**, Yayın Sözleşmesi, s. 16). Türkçe'ye "edebi eserler ve sanat eserleri" şeklinde tercüme edilebilen "*geistige Schöpfung der Literatur und Kunst*" kavramı, İsviçre doktrininde çok geniş bir şekilde algılanmaktadır. (**Barrelet/Egloff**, s. 12; **Hilty**, Urheberrecht, § 7, Rn. 97, s. 76,vd.). O halde OR uyarınca md. 380'de ifade edilen "*eines literarischen oder künstlerischen Werkes*" kavramı, URG md. 2'de belirtildiği gibi, edebi eserleri, bilimsel eserleri, musiki eserleri, mimari eserleri, güzel sanat eserlerini, fotoğraf eserlerini vb. eser türlerini de kapsayacak biçimde geniş yorumlanmalıdır. İsviçre hukukunda yayın sözleşmesinin konusu tıpkı TBK'da olduğu gibi geniş bir biçimde algılanmaktadır.

sözleşmelerinin konusunu oluşturan eser kavramının daha ziyade ilim ve edebiyat eserlerinden oluştuğu da söylenebilir. [551] Bu bağlamda yayın sözleşmesini, konusu fikir ve sanat eserleri olan diğer fikri haklar sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur, yayın sözleşmesinin yalnızca eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkına ilişkin bir sözleşme olmasıdır. Bu nedenle çoğaltma ve yayma hakkı dışındaki mali hakların devri sözleşmeleri yayın sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Bunun yanı sıra, çoğaltma ve yayma haklarından yalnızca birinin devri de yayın sözleşmesi niteliğinde değildir. [552]

Yayın sözleşmesi karşılıklı bir sözleşmedir. [553] Bu sözleşme aynı zamanda rızai bir sözleşme ve sözleşmenin kurulması ile beraber yayma ve çoğaltma hakkının yayımcıya devredildiği bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bunun anlamı, sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı irade beyanlarının yeterli olması ve bu nedenle eserin teslim edilmesi zorunluluğunun bulunmaması [554] ve yayın sözleşmesi kurulduktan sonra eser sahibinin bir başkası ile ikinci bir yayın sözleşmesi yapması ve hatta eseri teslim etmesi durumunda dahi çoğaltma ve yayma haklarının ikinci yayımcıya geçmeyecek olmasıdır. Sözleşmenin kurulabilmesi için eserin teslimi zorunlu bir

[551] **Ahmet M. Kılıçoğlu,** "Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırdedilmesi", FMR, Yıl: 1, C: I, Sa. 1, s. 48.

[552] **Giritlioğlu**, s. 29; **Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 232.

[553] Yayın sözleşmelerinin karşılıklı olup olmadığı görüşü doktrinde tartışılmış ve normal bir synallagma ilişkisinden bazı farklılıklar içerse de yayın sözleşmelerinin karşılıklı olduğu genel olarak kabul görmüştür (**Hans Otto de Boor**, Urheberrecht und Verlagsrecht, Stuttgart 1917, s. 230; **Bappert/Maunz/Schricker**, § 1, Rn. 11). Örneğin *Giritlioğlu*, yazarlık ücretinin kararlaştırılmadığı yayın sözleşmelerinde yayım için bırakma ile yayımlama edimleri arasında -yayımcıya bırakmaya karşılık ücret ödeme edimi aksine- bir edim değişimi değil; olsa olsa adi şirket sözleşmesinde olduğu gibi bir edimler birleşimi ilişkisi görmektedir. Bu nedenle, kanunda bu ilişkiye has özel hükümler bulunmadıkça, karşılıklı bir sözleşme olmayan yayın sözleşmelerine karşılıklı sözleşmeler için konmuş bulunan kurallar ancak kıyas yoluyla uygulanabilir (**Giritlioğlu**, s. 37-39). Buna karşılık *Franko*, yayın sözleşmesinin klasik anlamda karşılıklı bir sözleşme olduğu görüşündedir. Yazara göre, yayın sözleşmesinde ücretten feragat edilmiş olsa dahi bu sözleşme ivazlı bir sözleşmedir. Zira yayımcı eserin çoğaltma ve yayma masraflarını kendisi üstlenmektedir. (**Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 5)

[554] Ancak örneğin Türk/İsviçre hukukunun aksine Alman hukukunda yayın sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için eserin yayımcıya teslim edilmiş olması gereklidir ("*Das Verlagsrecht entsteht mit der Ablieferung des Werkes an den Verleger"*). (VerlagG § 9).

unsur olmasa da yayımcının borçlarını ifa edebilemesi için bir ön koşuldur.[555] Bu açıdan, yayın sözleşmelerinde ödemezlik def'inin ileri sürülemeyeceği görüşü isabetlidir.[556] Kurulmuş olan bir yayın sözleşmesinde eserin yayımcıya hiç teslim edilmemiş olması, TBK md. 112 anlamında bir borca aykırılık hali oluşturur.

Yayın sözleşmesi, taraflar arasında yoğun güven ilişkisinin bulunduğu bir sözleşme türüdür.[557] Bu nedenle dokrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere, sürekli borç ilişkisi doğurur.[558] Gerçekten de yayın sözleşmelerinin geriye doğru tasfiyesi mümkün değildir. Zira yayımlatanın eseri teslim etmesinin ve yayımcının çoğaltma ve yayma eylemlerinin geri alınmalarının bu edimlerin nitelikleri gereği imkânsız olduğu ifade edilmektedir. [559]

6098 sayılı TBK md. 488 uyarınca yayın sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Bu hüküm 818 sayılı BK döneminde var olmayan bir hükümdür. Buna karşılık söz konusu madde ile yayın sözleşmelerine ilişkin bir değişiklik getirilmemektedir. Zira FSEK uyarınca mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve hatta konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir (FSEK md. 52). Bu açıdan TBK ile getirilen söz konusu düzenlemeden önce dahi yayın sözleşmelerinin yazılı bir biçimde yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Ancak FSEK md. 52'nin aksine TBK md. 488 hükmü, sözleşmenin konusunu oluşturan hakların sözleşmede ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu kuralını ihtiva etmemektedir. Bu durumun bir

---

[555] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 376; **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 2, 5; **Ayiter**, s 232-233; **Giritlioğlu**, s. 42; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 787, 789; **Tekinalp**, § 16/12, s. 254; **Tunçomağ**, s. 589-590; **Yılmaz**, Yayın Sözleşmesi, s. 54-58.

[556] **Giritlioğlu**, s. 37.

[557] **Theo Guhl**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auf., Zürich 2000, § 48 ,Rn. 7, s. 543.

[558] **Bappert/Maunz/Schricker**, § 1, Rn. 20; **Lüdin**, s. 217; **Hilty**, Lizenzvertragsrecht, s. 583; **Serozan**, s. 139; **Seliçi**, s. 27; **Giritlioğlu**, s. 77; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 7; **Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 266 vd.; **Yılmaz,** Yayın Sözleşmesi, s. 61-62. Buna karşılık *Gauch,* eserin çoğaltılması ve yayımı fiillerinin ani olarak gerçekleştiğinden ve yayımcının eseri bırakma borcu ile yayımcıya müdahaleden kaçınma borcunun asli edim borçları olmayıp; eserin yayımlanmasını hazırlayan yan borçlar olduğundan hareketle, yayın sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğine karşı çıkmaktadır (**Gauch**, s. 12, dipn. 5).

[559] **Lüdin**, s. 218-220; **Boor**, Verlagsrecht, s. 322 vd.

çelişki yaratıp yaratmadığı akla gelebilir. Kanımızca bu durum çelişkili değildir. Zira yayın sözleşmeninin konusunu zaten eser sahibinin mali haklarından yayma ve çoğaltma hakkının birlikte devri oluşturmaktadır. Bu nedenle yazılı bir şekilde yapılması lazım gelen yayın sözleşmesinde yayma ve çoğaltma haklarının devredildiğinin sözleşmede zikredilmemiş olması, bu sözleşmeyi şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz kılmaz. Zaten bu durumun aksinin kabulü, sözleşmelerin ayakta tutulması ilkesine de aykırı olurdu.

Meydana getirilecek veya tamalanacak eserler için tasarruf işlemleri yapılamaz; ancak bu eserler için de borçlanma işlemi şeklinde yayın sözleşmesi yapılabilmesi olanaklıdır (FSEK md. 48/III, FSEK md. 50). [560]

B) Yayın Sözleşmesinde Tarafların Borçları

Yayın sözleşmesinin bir tarafını eser sahibi [561] veya halefleri; diğer tarafını ise yayımcı oluşturmaktadır. Halefler, sözleşmenin konusu olan çoğaltma ve yayma hakkını eser sahibinden iktisap etmiş olan kişiler ve eser sahibinin mirasçılarıdır. [562]

Yayın sözleşmesinde eser sahibinin asli borcu, eserin yayımcıya teslim edilmesidir (TBK md. 487). Eserin fiilen teslimi yayın sözleşmesinin kurulması bakımından zorunlu bir unsur değildir. Zira yayın sözleşmeleri rızai

[560] **Öztan,** Fikir ve Sanat Eserleri, s. 788-789; **Tekinalp**, § 16/14, s. 254; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 377.

[561] 6098 sayılı TBK *"eserin müellifi"* kavramı yerine bazen *"eser sahibi"* bazen de *"yayımlatan"* kavramlarını kullanmıştır. Buna göre, 6098 sayılı TBK md. 487, md. 493 md. 494, md. 498 ve md. 500'de *"eser sahibi"* kavramını kullanılırken; md. 490, md. 496, md. 497 ve md. 499'da *"yayımlatan"* ifadeleri tercih edilmiştir. Hatta 6098 sayılı TBK, 489. maddenin birinci fıkrasında *"eser sahibi"* ifadesini kullanırken aynı maddenin ikinci fıkrasında *"yayımlatan"* ifadesine yer vermiştir. Kanımızca 6098 sayılı TBK'da, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin ana kanun niteliğindeki FSEK'te kabul edildiği üzere artık yerleşmiş ve kabul görmüş bir kavram olan *"eser sahibi"* kavramının tercih edilmesi veya "*yayınlatan*" kavramı tercih edilecekse de yayın sözleşmesi hükümlerinin tümü açısından daha tutarlı ve özenli davranılıp TBK içerisinde bir terim birliği yaratılması daha uygun olurdu (**Bak**, Yayın Sözleşmesi, s. 19-20).
Yayın sözleşmesinin bir tarafını her zaman yayınlayanın (naşir) oluşturduğunu ancak diğer tarafın her zaman eser sahibinden oluşmadığını; bu nedenle yayınlatan ifadesinin kullanılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 785. Aynı yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 583.

[562] **Ayiter,** s. 238; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eseri, s. 785; **Tunçomağ**, s. 583; **Yılmaz**, Yayın Sözleşmesi, s. 32.

sözleşmelerdir.[563] Ancak yayın sözleşmesinden beklenen amacın gerçekleşebilmesi için eserin yayımcıya teslim edilmesi gerekmektedir. Aksi halde eser sahibi bakımından bir borca aykırılık durumu ortaya çıkar.

Eser sahibinin eseri sadece teslim etmesi de yeterli değildir. Eser sahibinin yayın sözleşmesindeki ikinci borcu, eserin çoğaltılması ve yayımı için gerekli hukuki durumun sağlanmasıdır. Ancak çoğu zaman bu borç zaten yayın sözleşmesinin kurulması üzerine yerine getirilmiş olur. Zira yayın sözleşmesiyle birlikte zaten yayımcı bakımından gerekli hukuki durum sağlanmış olur. [564]

Yayın sözleşmesinde eser sahibinin diğer borçları, yayın sözleşmesi bakımından kararlaştırılan süre sona ermeden veya kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için gerekli olan alışılmış süre geçmeden eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde yayımcı aleyhine tasarruflarda bulunulamaması anlamına gelen kaçınma borcu (TBK md. 490/I) ile sözleşme kurulduğu anda yayımlatma hakkının var olmamasından ve eser korunmakta ise telif hakkının bulunmamasından sorumlu olmayı ifade eden tekeffül borcudur (TBK md. 489/II).

Yayın sözleşmesinde yayımcının asli borcu ise eseri çoğaltma ve yayma borcudur (TBK md. 487). Çoğaltma ve yayma asıl borcunun yanı sıra yayımcının bir diğer borcu, telif ücreti ödemektir. Yayın sözleşmesinde bedel ödenmesi asıldır. Ancak bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Bedel ödenmesi söz konusu olup da ödenecek bedel belli değilse, bedeli hâkim belirler (TBK md. 496). Yayımcı aynı zamanda teamül gereği verilmesi gereken miktarda bedava nüsha vermekle yükümlüdür. Bu durumun da aksi kararlaştırılabilir (TBK md. 497/III).

Çoğaltma, eserin tekrarlanması olanağını sağlayan ve eserin aslına ihtiyaç duyulmaksızın eserden yararlanma imkânı sağlayacak nüshalarının, herhangi bir araç

[563] **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 2, 5; **Ayiter**, s 232-233; **Giritlioğlu**, s. 42; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 787, 789; **Tekinalp**, § 16/12, s. 254; **Tunçomağ**, s. 589-590.
[564] **Ayiter**, s. 238; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 797.

yardımı ile elde edilmesidir. [565] Çoğaltma, eserde hiçbir kısaltma, ekleme ve değişiklik yapılmaksızın uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir (TBK md. 492/I). Yayma ise bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkıdır (FSEK md. 23/I). Yayımcı, satışın artırılması için gerekli tanıtım ve dağıtımı yapmak ve bu konuda her türlü önlemi almak zorundadır (TBK md. 492/I).

Yayın sözleşmesi ile devredilen haklar, eser sahibinin mali haklarından çoğaltma ve yayma hakkıdır. Bununla birlikte, doktrindeki bir görüş, yayın sözleşmesi ile yayımcıya çoğaltma ve yayma hakkının kullanılması yekisinin de devredilebileceğini kabul etmektedir. Böyle bir durumda yayımcının üçüncü kişilere karşı da ileri sürebileceği ayni etkili mutlak bir hak elde etmiş olduğundan bahsedilmektedir. [566] Buna karşılık diğer bir görüş yayma ve çoğaltma hakkının kullanılması yetkisinin yayın sözleşmesine konu olamayacağını; zira eğer yayma ve çoğaltma hakkının kullanılması yetkisini devreden bir sözleşme yapılacaksa bunun lisans sözleşmesi biçiminde yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. [567]

Esasında bu iki görüşü karşılaştırırken şu noktayı açıklığa kavuşturmak gerekir. Yayma ve çoğlatma hakkının kullanılması yetkisinin devrini konu olan bir sözleşmenin lisans sözleşmesi şeklinde yapılabileceği açıktır. Bunula birlikte, ilk görüşe itibar edilecek ve çoğaltma ve yayma hakkının kullanılması yetkisinin devrini amaçlayan bir yayın sözleşmesinin mümkün olabileceği kabul edilecek olsa bile yayın sözleşmesi ile lisans sözleşmesi arasında hala bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bir kere genel anlamda lisans sözleşmesi denilen sözleşme türü eser sahibinin sadece çoğaltma ve yayma haklarının kullanılması yetkisinin devri değil; diğer mali haklarının da ayrı ayrı veya beraberce devrine ilişkin olarak yapılabilir. İkinci olarak lisans elde eden

[565] **Öztrak,** s. 56; **Ayiter**, s. 128; **Hirsch**, Fikri ve Sınai Haklar, s. 198.
[566] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 791; **Tekinalp**, § 16/15, s. 254.
[567] **Giritlioğlu**, s. 27; **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 21; **Ayiter**, s. 233.

kişinin kural olarak bir kullanma yükümlülüğüne sahip olduğundan bahsedilemez. Oysa yayın sözleşmesinin ayırt edici unsuru çoğaltma ve yayma yetkisinin beraberce devredilmesi ve yayımcının da çoğaltma ve yayma borcuna sahip olmasıdır. Kuşkusuz lisans sözleşmelerinde de kullanma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Ancak bunun aksi, yani kullanma yükümlülüğünün kararlaştırılmadığı bir yayın sözleşmesi mümkün değildir. Zira yayın sözleşmesinin yapısı gereği zaten bir kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna ek olarak, yayın sözleşmesinde eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkını devralan, çoğaltma ve yayma hakkının amacının gerektirdiği ölçüde onun yerine geçen ve bu sebeple de üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek ayni etkili mutlak bir hak elde ettiğinden bahsedilen yayımcının varlığına rağmen, lisans sözleşmesinde lisans alanın ayni bir hak mı yoksa nisbi bir hak mı elde ettiği hususu tartışmalıdır. [568]

Kanımızca yayın sözleşmesini, üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecek ayni etkili bir hak devreden tüm fikri haklar sözleşmeleri içerisinde yalnızca çoğaltma ve yayma hakkının birlikte devrini konu olan, yapısı gereği bir kullanma yükümlülüğü içeren ve her ne kadar fikri hakların devrine ilişkin olsa da FSEK yerine TBK'da düzenlenen özel bir sözleşme türü olarak görmek mümkündür.

II. Yayın Sözleşmesinde Basım Sayısı ve Baskı Adedinin Belirlenmesi

A) Basım Sayısının Belirlenmesi

Bir yayın sözleşmesinde yayımcının kaç adet basım yapacağı hususu, hem 1926 tarihli ve 818 sayılı eski BK'da hem de şu an yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'da aynı şekilde düzenlenmiştir.

[568] Bkz. Bölüm III, § I, A, d.

818 Sayılı BK md. 375/I şu hükmü içermekteydi: "*Eğer mukavelede tabı adedi tasrih edilmemişise naşirin hakkı ancak bir tab 'a maksurdur."* 6098 sayılı TBK md. 491 ise "*Sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı vardır."* demek suretiyle basım sayısının tespit edilmesine ilişkin genel bir kural tespit ederken, yalnızca 818 sayılı BK'daki düzenlemenin dilini arılaştırmıştır.

Her iki düzenlemeye göre, yayın sözleşmesinde yayımcının kaç basım yapacağı hususunun sözleşmede kararlaştırılması asıldır. Yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan eser için kaç basım yapılacağını tespitte ilk incelenmesi gereken, yayın sözleşmesidir.

Tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde diledikleri miktarda yapabilecekleri basım sayısının yayın sözleşmesinde tayin edilmemiş olması durumunda ise kural, yalnızca tek bir basım yapılmasıdır. Zira yayın sözleşmesi bakımından "*amaçla sınırlı ölçüde devir teorisi" (Zweckübertragungstheorie)* söz konusu olup; basım sayısına ilişkin bu kural, hem 818 sayılı BK döneminde hem de 6098 sayılı TBK'da söz konusu teori ile uyumlu bir biçimde kaleme alınmıştır. [569] Amaçla sınırlı ölçüde devir, eser sahibinin eser sahipliği sıfatından kaynaklanan haklarının eserin çoğaltılması ve yayımı amacının gerçekleştirlmesine yetecek ölçüde yayımcıya geçirilmesi anlamına gelmektedir. [570]

Basım kavramı, yayın sözleşmesi bakımından yayımcının matbaadaki dizgi bozulmadan çoğaltmaya yetkili ve yükümlü olduğu eser nüshalarının toplam sayısını ifade etmekte olup; sadece yazılı eserler bakımından değil, çoğaltma yolu ne olursa olsun çoğaltmaya eşverişli her eser türü bakımından söz konusudur. [571]

[569] **Tekinalp**, § 16/16, s. 254; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eseleri, s. 791.
[570] **Bappert/Maunz/Schricker**, § 1, Rn. 21; **Löwenheim**, § 52, Rn. 95-97.
[571] **Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger**, Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art: 184-418, 2. Auf., Zürich 1936, s. 1445, Rn. 1, **Ayiter**, s. 245; **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 134; **Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 278.

B) Baskı Adedinin Belirlenmesi

818 sayılı BK döneminde baskı adedine ilişkin şu düzenleme yürürlükteydi: "*Hilafı şart edilmemişise, naşir, her tabı için basacağı nüsha adedini tesbitte serbesttir. Fakat diğer taraf talep eyler ise eserin mahiyeti ile mütenasip derecede bir intişarı temin eyleyecek miktarda nüsha tabetmeğe mecburdur. Birinci tabı bittikten sonra naşir tekrar tabedemez*." Buna göre kural olarak tek bir basım yapmakla yetkili ve yükümlü olan yayımcının bir basım içerisinde kaç baskı adedi basacağının yine yayımcı tarafından tespit edilmesi asıldır. Yayımcının baskı adedini belirleme konusundaki serbestisinin dayanağı, baskı sayısının daha ziyade ekonomik bir konu olmasından kaynaklanmaktadır. [572] Bunula birlikte, yayımcının baskı sayısını belirleme serbestisinin kanunda yer alan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir.

Yayımcının baskı adedinin belirleme serbestisinin ilk sınırı, yayın sözleşmesinin kendisidir. Zira taraflar yayın sözleşmesinde baskı adedini kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda sözleşme ile kararlaştırılan baskı adedi asıldır. Aksi halde yayımcı dilediği baskı adedini kendisi tayin edebilir.

Baskı adedini belirleme serbestisinin bir başka sınırı yine aynı fıkranın ikinci cümlesinde bulunmaktadır. Buna göre, eser sahibinin veya haleflerin talebi halinde yayımcı, eserin niteliğine uygun derecede ve ölçüde baskı yapmakla yükümlüdür. Bir diğer ifadeyle, yayımcı sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde dilediği adette baskı yapabilir; ancak eserin niteliğine uygun olmayacak derecede az baskı yapamaz.

818 sayılı BK md. 375/II, sadece eserlerin niteliklerine uygun düşmeyecek ölçüde az basılmaları tehlikesine karşı bir önlem geliştirmiş olup; eserin yayımcının kararı ile çok fazla basılması tehlikesini göz ardı etmiştir. Oysa 818 sayılı BK

[572] **Yılmaz**, Yayın Sözleşmesi, s. 264.

dönemimde doktrin tarafından fazla basılma olgusunun uygulamada daha sık karşılaşılan bir durum olduğu ve bu sorunun kanundaki boşluk nedeniyle ancak TMK md. 2'de yer alan dürüstlük kuralları ile doldurulacağı savunulmaktaydı. [573]

818 sayılı BK'da yer alan yayımcının baskı adedini serbestçe belirleyeceği kuralı, 6098 sayılı TBK md. 491'in gerekçesinde de belirtildiği üzere "*bu konuda uygulamada yer alan bazı kötüye kullanımlara önlemek amacıyla*" yeni kanunun metnine alınmamıştır. [574] 6098 sayılı TBK md. 491/II uyarınca "*Taraflar, sözleşmenin süresini veya baskı adedini kararlaştırmak zorundadırlar."* Yeni düzenleme uyarınca artık yayın sözleşmesi bakımından sözleşmenin süresini **veya** baskı adedini belirlemek zorunlu bir unsur haline gelmiştir. Buna göre artık baskı adedini belirleme yetkisi tek başına yayımcıya ait değildir. Taraflar baskı adedini daha en baştan, sözleşme kurulurken kararlaştırmak zorundadır. Eğer taraflar baskı adedini sözleşmede kararlaştırmamışlarsa, o halde en azından sözleşmenin süresini belirlemek zorundadırlar. Yayın sözleşmesinde hem sürenin hem de baskı adedinin tespit edilmesi yönünde bir engel söz konusu olmamakla beraber, bu unsurlardan en az birisinin sözleşmede yer alması kanun gereğidir. Aksi halde o sözleşme kanunun emredici kurallarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz kabul edilmelidir (TBK md. 27).

Aslında, 818 sayılı BK döneminde geçerli olan kural açısından da sözleşmenin süresi ve baskı adedi arasında bir irtibat bulunmaktadır. Şöyle ki baskı adedi aslında bir yönden sözleşmenin sınırını da belirlemekte ve sözleşme en geç yayımcı tarafından tespit edilen baskı adedinin tükendiği ana kadar devam etmektedir. Bunun yanı sıra sözleşme belirli bir süre için kurulmuş ve bu süre içerisinde henüz baskı yapılmadan sözleşme sona ermişse bu durum da açıkça bir borç ihlali olarak

[573] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 812; **Giritlioğlu**, s. 58; **Tunçomağ**, s. 598.
[574] 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri ve Yürürlükten Kalkan 818 Sayılı Kanunda Karşıladığı Maddeler, http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm (13.10.2015)

değerlendirilmektedir. [575] 6098 sayılı TBK ile artık bu konu daha da net bir biçimde düzenlenmiş ve uygulamada görüldüğü iddia edilen kötüye kullanımların da önüne geçilmiştir. Bu açıdan bir yayın sözleşmesinin geçerli olabilmesi için diğer zorunlu unsurların yanı sıra artık, sözleşmede baskı adedinin veya sürenin önceden belirlenmiş olması koşulu da aranmaktadır.

III. 6098 Sayılı TBK'da Yer Alan Cayma Hakkı Düzenlemesi

A) FSEK ile TBK Arasındaki İlişki

6098 sayılı TBK ile sözleşmeler hukuku alanına 818 sayılı BK'da yer almayan yeni bir "cayma" ifadesi daha girmiştir. Bu ifadenin TBK'daki yayın sözleşmesi hükümleri içerisinde yer alıyor olması, söz konusu düzenlemenin FSEK md. 58 ile irtibatlı olup olmadığı sorusunu daha da önemli hale getirmektedir. Zira yayın sözleşmesi her ne kadar TBK'da düzenleniyor olsa da aslında fikri haklara ilişkin bir sözleşmedir. Zaten bu nedenle 818 sayılı BK döneminde dahi yayın sözleşmelerinin FSEK içerisinde düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu çokça tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüş,[576] fikri haklar ile olan bu ilgisi nedeniyle yayın sözleşmesinin FSEK içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüş taraftarları, yayın sözleşmesinin Borçlar Kanunu yerine FSEK'te yer alması gerektiğini; çünkü FSEK'in 818 sayılı BK'dan daha yeni (*lex posterior derogat priori*) ve özel bir kanun (*generalibus specialia derogant*) olduğunu dile getirmişlerdir.

818 sayılı BK, genel bir kanundur ve FSEK'ten daha eskidir. Ancak 6098 sayılı TBK'nın kabulü ile beraber bu genel kanun, FSEK'ten daha yeni tarihli hale gelmiş

[575] **Yılmaz**, Yayın Sözleşmesi, s. 260.
[576] **Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 230; **Tunçomağ**, s. 578; **Ayiter**, s. 231. Ayrıca yayın sözleşmesine FSEK ve FSEK'e aykırı olmayan BK hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin bir diğer görüş için bkz. **Senai Olgaç**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1976, s. 57.

ve FSEK'ten farklı bir biçimde düzenlen kuralların, FSEK karşısında ne şekilde yorumlanacağı güncel bir konu halini almıştır.

Bilindiği gibi genel kural uyarınca iki genel kanun veya iki özel kanun arasında bir çatışma çıktığında, yeni kanun (*lex posterior derogat priori*) üstün tutulmaktadır. Ancak bir genel kanunla bir özel kanun çatıştığında ise durum biraz daha karmaşık bir hal alır. Genel kanun daha önce çıkmışsa (tıpkı 818 sayılı BK döneminde olduğu gibi) yine sonraki özel kanun *(lex posterior derogat priori)* üstün tutulmaktadır. Buna karşılık, 2012 tarihli ve 6098 sayılı TBK ile 1951 tarihli FSEK örneğinde olduğu gibi, genel kanun daha yeni olup da özel kanun daha eski olduğunda, yine de özel kanun hükmünün geçerli sayılacağı (*generalibus specialia derogant*) düşünülmektedir. Ne var ki bu ilkenin her durumda bu şekilde uygulanacağı söylenemez. Zira kural, eski olan özel kanunun uygulanması olmakla birlikte; yorum yaparken asıl olan, kanunkoyucunun iradesinin ve amacının araştırılmasıdır. Dahası hangi kanun hükmünün daha özel nitelikte olduğunu tespit etmek bazen göründüğü gibi basit olmayabilir. Bütünü itibariyle genel nitelikte olan bir kanundaki bazı hükümler aslında diğer kanuna göre daha özel nitelikli kalabilir. [577] Örneğin 6098 sayılı TBK, FSEK karşısında genel bir kanundur; ancak yayın sözleşmesi hükümleri, FSEK md. 48 ve devamında yer alan fikri haklar sözleşmelerinden daha özel niteliktedir. Zaten yayın sözleşmeleri eser sahibinin mali haklarından yalnızca çoğaltma ve yayma haklarının birlikte devredildiği özel bir sözleşme türü olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, yayın sözleşmeleri hükümleri daha yeni tarihli hükümlerdir. Bu nedenle yayın sözleşmesi bakımından TBK'da yer alan hükümler, FSEK'te yer alan fikri haklar sözleşmeleri hükümlerine üstün tutulmalıdır. Bununla birlikte, böyle bir üstünlük karşılaştırması yapmak için pratikte mutlaka bu hükümler arasında birbirini

[577] **Necip Bilge**, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1975, s. 246-248; **Adnan Güriz**, Hukuk Başlangıcı, B. 8, Ankara 2001, s. 137.

ilga edecek düzeyde bir çatışma olması da gerekmemektedir. Burada ifade etmek istediğimiz husus, yayın sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda yapılacak yorumların ve tercihlerin bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzdur.

B) 6098 Sayılı TBK'da Düzenlenen Cayma Hakkının Gerçek Mahiyeti

Cayma hakkı ifadesi, yayın sözleşmesi hükümlerine 6098 sayılı TBK ile birlikte girmiştir. 818 sayılı BK döneminde bu madde şu şekilde düzenlenmekteydi: "*Eğer makale naşire muayyen ve birden fazla tab 'a veya eserin her tab' ına salahiyet vermiş olupta naşirde eserin nüshaları tükenmişiken yeniden tab ' ıihmal ediyorsa müellif veya halefleri, yeni bir tabı için naşire hâkim tarafından bir mühlet tayin ettirtebilirler. Naşir, bu mühlet zarfında borcunu ifa eylemezse hakkı sakıt olur."* (BK md. 375/III). Bu hüküm 6098 sayılı TBK'da şu şekildedir: "*Sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde, yayımcı eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal ederse, yayımlatan yeni basım için yayımcıya uygun bir süre verir. Yayımcı, verilen süre içinde basımı gerçekleştirmezse; yayımlatan sözleşmeden cayabilir.*" (TBK md. 491/III).

Her iki maddede de sözleşme ile yayımcıya belirli bir miktarda basım yapma hakkı veya tüm yeni basımları yapma yetkisi verilmişken, yayımcının bir basım içerisindeki tüm baskı adetleri tükenmiş olmasına rağmen yeni bir basım yapmayı reddetmesi durumu düzenlenmektedir. Her iki maddede farklı olan noktalar, TBK'da "*halefleri*" ifadesinin madde metninden çıkarılmış olması; (naşirin) "*hakkı sakıt olur*" ifadesinin TBK'da "*yayımlatan sözleşmeden cayabilir*" biçimine dönüştürülmüş olması ve yayımcıya verilecek sürenin hâkim aracılığla tayin ettirilmesi koşulunun

TBK ile ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bunun dışında TBK md. 491/III, BK md. 375/III'ün dil bakımından sadeleştirilmiş halidir.

6098 sayılı TBK md. 491'in gerekçesi incelendiğinde, şu açıklamalar göze çarpmaktadır: Öncelikle kanunkoyucu, yayımcıya verilecek sürenin artık hâkim tarafından verilmesi zorunluluğunu kaldırmış ve bu sürenin eser sahibi tarafından verilmesini "*yeterli görmüştür*." İkinci olarak "*veya halefleri*" ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Ancak bunun nedeni, maddedeki "*veya halefleri ifadesinin kullanılmasında bir zorunluluk olmaması*"ndan kaynaklanmaktadır. Yani kanunkoyucu, "halefleri" bu maddede ayrıca zikretmeyi gereksiz görmüştür. Yoksa yayın sözleşmesinde yayınlatan tarafın eser sahibinin haleflerinden oluşması ve haleflerin yeni basım yapmak için yayımcıya ek süre vermeleri mümkündür. Son olarak da "*hakkı sakıt*" olur ifadesinin yeni metinde yer almamasının nedeni, bu yönde bir ifadenin "*her zaman tarafların menfaatlerine uygun düşmeyebileceği*" şeklinde gerekçelendirilmiştir. Bir diğer ifadeyle, kanunun gerekçesinden anlaşıldığı üzere, aslında bu maddede eser sahibine tanınan hakkın niteliği yeni kanunda değişmemekte; yalnızca emredici bir hükmün taraf menfaatleri ile bağdaşmayabileceği göz önünde bulundurularak eser sahibine bir seçim hakkı verilmektedir: Eser sahibi sözleşmeden cayabilir veya sözleşemeye devam edebilir.[578] O halde yeni kanunun gerekçesindeki açıklama dikkate alınacak olursa, 818 sayılı BK md. 375/III ile 6098 sayılı TBK md. 491/III arasında bazı noktaların düzeltilmesi dışında büyük bir nitelik farkı bulunmadığı ifade edilebilir. Kanımızca maddenin gerekçesinden anlaşılan, 818 sayılı BK md. 375/III döneminde eser sahibine tanınan hak ne idiyse; bugün 6098 sayılı TBK md. 491/III ile tanınan hakkın da o olduğu yönündedir. Yalnızca artık sözleşmenin sona erdirilip erdirilmemesi eser sahibinin

[578] 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri ve Yürürlükten Kalkan 818 Sayılı Kanunda Karşıladığı Maddeler, http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm (13.10.2015)

sebestisindedir. Bu sebeple TBK md. 491/III'te eser sahibine tanınan hakkın niteliğini ve bunun gerekçesini anlamak için öncelikle 818 sayılı BK md. 375/III hükmünün İsviçre hukukundaki görünümünün (OR § 383/III) incelenmesi gerekmektedir. Zira 818 sayılı BK bir kül halinde kabul edildiğinden, TBK md. 375/III'ün gerekçesi Türk hukukunda yer almamaktadır. [579]

BK md. 375/III'in söz konusu olduğu durumlarda sözleşme ile yayımcıya yeni basımlar yapma yetkisi verilmektedir. Burada yeni basım yapmakla yetkili olan yayımcının aynı zamanda yeni basım yapma borcu altında olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda yeni basım yapmakla yetkili olan yayımcının aynı zamanda yeni basım yapma borcu (*Pflicht*) altında olduğu kabul edilmektedir. BK md. 375/III'te yer alan yeni basım yapılmadığı takdirde yayın hakkının düşeceğine (*hakkı sakıt olur*) ilişkin ifade, bu anlamda yeni basım yapılmasının bir yükümlülük olduğu fikrini pekiştirmektedir. Aynı husus OR § 383/III'te de hakkın kaybedileceği (*sein Recht verwirkt*) şeklinde ifade edilmektedir. Bu nedenle Türk-İsviçre hukukunda yeni basım yapma yetkisinin varlığına rağmen yayımcının yeni basım yapmamasının, borca aykılık (borçlunun temerrüdü) olduğu düşünülmektedir. Bu hususta yazarlar, İsviçre hukukunda karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden dönmeyi düzenleyen OR Art. 107 vd. maddelerine gönderme yapmaktadırlar. [580] Ancak elbette burada söz konusu olan İsviçre hukukunda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde dönmenin yerini alan fesih hakkıdır.[581]

---

[579] Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, 85. İçtima, "*Borçlar Kanunu Lâyihası (1/909) Ve Adliye Encümeni Mazbatası"*, Devre: II, C: 24, İçtima Senesi: III, 22.4.1926, s. 38 ve 173 vd. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c024/tbmm02024089.pdf) (11.11.2015)

[580] **Heinrich Honsell/Peter Vogt/Wolfgang Wiegand**, Kommentar zum Schweizersichen Privatrecht: Obligationenrecht I, 2. Auf., Basel 1996, s. 2087, Rn. 6-7; **Oser/Schönenberger**, s. 1446, Rn. 4; **Herman Becker**, Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht II. Ableitung (Die einzelnen Vertragverhältnisse), Band VI, Bern 1934, s. 515, Rn. 5; **Heinrich Honsell**, Obligationenrecht, Basel 2008, s. 1446, Rn. 6; **Tunçomağ**, s. 600; **Franko**, Yayın Sözleşmesi, s. 142-143; **Ayiter**, s. 250; **Tekinalp**, § 16/36, s. 259.

[581] **Honsell**, s. 479, Rn. 14.

Bu maddenin Alman hukukundaki muadili olan VerlagG § 17'ye göre ise yayımcı, yeni basımları yapmakla yükümlü değildir. Zaten VerlagG § 17'nin amacı da yayımcının yeni basım yapmadığı durumlarda yayımlatanı sözleşme ile bağlı olmaktan kurtarmaktır.[582] Aslında Alman hukukunda UrhG § 41'in amacının da tam olarak bu olduğu ifade edilmektedir. Bir kullanma yükümlülüğü olmadığı için borca aykırılık hükümlerine başvuramayacak olan eser sahibi, UrhG § 41'deki cayma hakkını ileri sürerek sözleşmeden kurtulma imkânına sahip olmaktadır. [583] Bu açıdan, yeni basımlar yapmaktan imtina eden yayımlatan ile UrhG § 41'deki eser sahibi, söz konusu maddeler sayesinde sözleşmeye bağlı olmaktan kurtulmaktadır. UrhG § 41, eser sahibine tanınmış özel bir haktır. Bunun pratik sonucu, mali hakkın üçüncü bir kişiye devredilmiş olması halinde eser sahibinin cayma hakkını doğrudan bu kişiye karşı da ileri sürebilecek oluşudur; zira UrhG § 41, BGB § 356'daki sınırlamalara tabi değildir. Buna karşılık yayın sözleşmesinin tarafı olarak VerlagG § 17'de düzenlenen dönme hakkı, yalnızca sözleşmenin karşı tarafına ileri sürebilir. İşte Alman hukukundaki cayma hakkı düzenlenmesinin bir diğer gerekçesi de budur. Bu gerekçeler aynı zamanda cayma hakkı ile dönme hakkı arasındaki farkı oluşturur. Alman hukukunda ağırlıkta olan görüş uyarınca VerlagG § 17'de düzenlenen dönme hakkı, teknik anlamda bir fesih hakkı olarak algılanmaktadır. [584]

Türk hukuku bakımından ise BK md. 375/III uyarınca yayımcının yeni basım yapmaması üzerine yayın hakkının düşmekte; bu hak tekrar yayımlatana dönmekte ve yayın sözleşmesi sona ermektdir. Bu nedenle BK md. 375/III'teki ifadenin

---

[582] **Bappert/Maunz/Schricker**, § 17, Rn. 1; **Ulmer**, s. 460. *Giritlioğlu* Türk-İsviçre hukuku açısından da aynı hususun geçerli olduğunu savunmaktadır. Yazar BK md. 375/III'te tazminat hükmünün yer almamasını kendi görüşüne bir dayanak olarak almaktadır. Bkz. **Giritlioğlu**, s. 64-65.

[583] **Ulmer**, s. 373; **Boor**, vom Wesen, s. 68; **Budde**, s. 41-42; **Löwenheim**, § 16, Rn. 31; **Dreier/Schulze**, § 31, Rn. 61 und § 41, Rn. 14; **Möhring/Nicolini/Ahlberg/Götting**, § 41, Rn. 5; **Bappert/Maunz/Schricker**, § 32, Rn. 9; **Schricker**, § 41, Rn. 13, s. 854; **Spindler/Schuster**, § 41, Rn. 1-2; **Beier/Götting/Lehmann/Moufang**, s. 75; **Schack**, § 16, Rn. 634, s. 315; **Limper/Musiol**, Rn. 595, s. 162.

[584] **Bappert/Maunz/Schricker**, § 17, Rn. 12, 15.

sözleşmeden dönme hakkını düzenlemiş olduğu kabul edilmektedir. Ancak yayın sözleşmelerinin özelliği gereği burada da asıl kastedilen, sözleşmenin borca aykırılık nedeniyle feshedilmesidir. Sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdiren yayımlatan, genel hükümler uyarınca yayımcıdan fesih nedeniyle tazminat talep edebilir. [585] TBK md. 491/III, hakkın kaybedileceği ifadesinin her zaman tarafların menfaatlerine uygun olmayabileceği düşüncesiyle söz konusu maddeyi "*yayımlatan sözleşmeden cayabilir*" şeklinde yeniden formüle etmiştir. Gerçekten de yeni basımların yapılmadığı her durumda sözleşmenin feshedileceği düşüncesindense yayımlatana bir seçenek tanımak daha uygundur.

Sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde yayımcının eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal etmesi, yayımcıya devredilen yetkinin "hiç veya gereği gibi kullanılmadığı" durumlar içinde mütalaa edilmelidir. Böyle bir durumda yayımlatanın menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi söz konusudur. Zira yayımcı yeni basım yapmakla yükümlü olmasına rağmen bunu yapmadığı için eser sahibi eserini yayımlatamaz; ancak bir başkasıyla yeni bir yayın sözleşmesi de yapamaz. Menfaatleri esaslı surette ihlal edilen yayımlatan, bu gibi durumlarda yayımcıya uygun bir süre vermelidir. Bu açıdan BK md. 491/III ile FSEK md. 58, hem yöneldikleri amaç hem de koşulları bakımından paralel hükümlerdir. Buna karşılık bu iki hükmün tam anlamıyla aynı hakkı düzenlediği de söylenemez. Şöyle ki; bir yayın sözleşmesinde "yeni basım yapmamak" suretiyle sözleşmeye aykırı davranan yayımcıya karşı yayımlatan, borca aykırılık nedeniyle sözleşmeyi feshedip zararlarını tazmin edebilir. Burada düzenlenen, klasik anlamda bir borca aykırılık halidir. Nitekim mehilin hâkim tarafından verilmesi şartının TBK ile kaldırılması da bu

[585] **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 815; **Bilge**, Borçlar Hukuku, s. 278; **Tunçomağ**, s. 600-601; **Ayiter,** s. 245, 250; **Tekinalp**, § 16/36, s. 244**; Kılıçoğlu,** Fikri Haklar, s. 355

görüşümüzü desteklemektedir. Bazı yazarlar [586] FSEK md. 58'in, BK md. 375/III'ten (TBK md 491/III'ten) daha kapsamlı bir hak olması haricinde bu iki hakkın temelde aynı olduğundan ve hatta bu gibi durumlarda FSEK md. 58'in uygulanması gerektiğinden bahsetmektedirler. Kuşkusuz FSEK md. 58 yayın sözleşmelerinde yayımcının yeni basım yapmaktan imtina etmesi durumunda da uygulanabilir. Ancak yayımcının yeni basım yapmayı sözleşmeye aykırı bir şekilde ihmal ettiği durumlarda yayımlatanın FSEK md. 58'e başvurması demek, sözleşmeye aykırılık nedeniyle yayımcıdan tazminat talep edememesi ve hatta yayımcının yeni basım yapmayı ihmal etmesinde bir kusuru yoksa veya kendi kusuru daha ağır ise sözleşmeye aykırı davranan tarafa bir de tazminat ödemek zorunda kalması (FSEK md. 58/IV) anlamına gelmektedir. Bu sebeple biz FSEK md. 58'in genel hükümlere başvurma yolunu bertaraf etmemekle beraber; asıl olarak, kullanmanın bir borç olmadığı durumlardaki menfaat ihlallerinde söz konusu olan bir hak olduğunu düşünmekteyiz. Zira borca aykırılık hallerinde genel hükümlere veya bu örnekte olduğu gibi TBK md. 491/III'e başvurmak daha avantajlıdır; ancak yine de borca aykılığın söz konusu olmadığı ve bir menfaat ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda FSEK md. 58 başvurulacak en önemli hukuki çare haline gelmektedir.

Nitekim cayma hakkı düzenlemesinin kabul edilmediği İsviçre hukukunda da TBK md. 375/III'ün karşılığı olan OR Art. 383/III'ün, bu hukuk sisteminde cayma hakkının var olmamasının yarattığı boşluğu dolduramadığı kabul edilmektedir.[587]

FSEK md. 58'e borca aykırılık durumlarında da başvurulabilir; zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu hüküm kullanma yükümlülüğünün var olup olmamasına bağlı değildir. Ancak bağımsız bir hukuki kurum olarak fikri haklarda yer alan cayma

[586] **Gürsel Üstün**, "*FSEK Hükümleri ile BK'daki Neşir Mukavelesi Arasındaki İlişki*", LEGAL Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C. I, Sa. I, 2005, s. 51; **Giritlioğlu**, s. 65; **Tunçomağ**, s. 601.
[587] **Hilty**, Urheberrecht, § 22, Rn. 287, s. 261.

hakkı, Alman hukukunda özellikle mali hakkın veya yetkinin üçüncü bir kişiye devredildiği durumlarda eser sahibinin, tarafı olmadığı sözleşemeyi doğrudan sona erdirebilmesini sağlamaktadır. Kanımızca FSEK md. 58 hükmü de bu şekilde yorumlanmalı ve Türk hukukunda da eser sahibine bu imkân verilmelidir. Zira fikri hakların nitelikleri gereği mali hakların hepsi bir başkasına devredilse dahi, manevi haklar hala eser sahibinde kalmaktadır. Böyle bir durumda tarafı olmadığı bir sözleşmeyi sona erdirmek noktasında eser sahibin hala bazı menfaatleri olabilir. Türk hukukunda -tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi- eser sahibine, cayma hakkını doğrudan üçünücü kişiye karşı ileri sürmek suretiyle tarafı olmadığı bir sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanınmış olsaydı; eser sahibi, TBK md. 491/III'ten veya genel hükümlerden çok daha farklı bir imkâna sahip olurdu. FSEK md. 58'in kanunda düzenlenmiş olması da böylece daha anlamlı hale gelirdi. Zira kanımızca FSEK md. 58'in (ve UrhG § 41'in) asıl var olma nedeni, borca aykırılığın söz konusu olmadığı veya hakkın/yetkinin üçüncü bir kişiye devredildiği durumlarda eser sahibini korumak ve sözleşme ilişkisinden kopabilmesi için eser sahibine bir çözüm oluşturmaktır. Aksi halde FSEK md. 58 hükmü, genel hükümler ve TBK md. 491/III karşısında gereksiz bir tekrar hükmü görünümüde olmaktadır. Aynı zamanda, aynı sonuca daha meşakkatli bir yoldan gidilmesi nedeniyle (mehilin noter aracılığıyla verilmesi, cayan eser sahibinin karşı tarafa bir tazminat ödemesi) eser sahibi açısından daha dezavantajlı olan gereksiz bir formalite hükmünden ibaret kalmaktadır.

Yukarıda açıklanan görüşün yayın sözleşmeleri özelinde değerlendirilmesi neticesinde şu sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz: Bir yayın sözleşmesinde yayımcı, sözleşmede öngörülmüş olmasına rağmen yeni basımları yapmazsa, bu hareketsizlik münasip bir müddet devam eder ve yayımlatanın menfaatleri bu nedenle

esaslı surette ihlal edilmiş olursa; eser sahibi olan yayımlatan, [588] gerekli şekli koşulları da yerine getirmek suretiyle FSEK md. 58 uyarınca sözleşmeden cayabilir. Ancak bunu yapması son derece anlamsız olacağından yayımlatan, kendisi için daha avantajlı olan, formaliteden arî ve özellikle yayımcının eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı sözleşmeye aykırı olacak şekilde ihmal etmesi hali için özel olarak düzenlenen TBK md. 491/III'e başvuracaktır. İşte böyle bir durumda da TBK md. 491/III ile FSEK md. 58'in tam olarak aynı hakkı düzenlediğinden ve özdeş olduğundan bahsedilemez. Dahası, yayımcı yeni basımları yapma yetkisini yayımlatandan aldığı izin ile bir başka yayımcıya devretmiş olsa ve fakat yeni yayımcı bu basımları yapmaktan imtina etse, artık yayımlatan TBK md. 491/III anlamında hiçbir şey yapamaz. Genel borca aykırılık hükümleri açısından da tarafı olmadığı bir sözleşmeye müdahale etmesi zaten söz konusu olamaz. Ancak fikri haklara ilişkin sözleşmelerin klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olması sebebiyle borçlar hukuku alanında sözleşmelerin nisbiliği nedeniyle kabul edilmeyen bu bakış açısı, fikri haklar hukuku için son derece işlevseldir. Zira mali haklar başkasında dahi olsa manevi haklar hala yayın sözleşmesinin yayımlatanı konumunda olan eser sahibinde kalmaya devam eder; çünkü eser sahipliği devredilemez. Bu açıdan manevi haklarını korumak isteyen eser sahibinin, tarafı olmadığı bir sözleşmeyi doğrudan sona erdirebiliyor olmasının gerekli olduğu durumlar söz konusu olabilir. Böylece, TBK md. 491/III'ün suskun kaldığı bu ikinci örnekte FSEK md. 58, başvurulabilecek yegâne yol olarak belirmektedir. Bu hak, Alman hukukunda bu şekilde uygulanmaktır. Ancak FSEK md. 58, Alman hukukundan emsal alınıp bir iç hukuk haline getirilirken bu noktanın gözden kaçırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum

[588] Yayımlatanın eser sahibi olmaması mümkündür. Zira bilindiği gibi yayımlatan çoğu zaman eser sahibinin kendisi olsa da yayımlatanın her zaman eser sahibi olması gerekmez. Örneğin eser sahibinin halefleri de yayımlatan olabilirler. Ancak böyle bir durumda külli haleflerin zaten cayma hakkını ileri sürmeleri mümkündür. Cayma hakkını ileri sürmeye yetkili olanlar ve olmayanlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm III, § 2, II.

FSEK'e (1951) emsal teşkil eden Alman fikri haklar hukukunun kanun metni UrhG'nin (1965) FSEK'ten daha sonra yasalaşmasından ve belki de Alman hukukunda cayma hakkının UrhG § 41'de yasalaşmadan önceki versiyonunda bir "dönme hakkı" olarak düşünülmüş olmasından kaynaklanıyor olabilir.[589] Ancak neden ne olursa olsun, FSEK md. 58'in de bu şekilde yorumlanması ve madde metnin gerekirse yeniden fomüle edilmesini önermekte ve anılan tüm bu gerekçelerle, cayma hakkının Türk hukukunda da bu çerçevede algılanması ve pratikte de bu yönde uygulanması gerektiğini savunmaktayız.

[589] Bkz. Bölüm II, § 1, II, A.

SONUÇ

Cayma hakkı, mali hakların eser sahibi tarafından başkalarına kullandırıldığı tüm fikri haklar sözleşmeri bakımından söz konusu olabilen, kullanılması belirli maddi ve şekli şartlara bağlı olan, kullanılması halinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın hakkın sahibine geri dönmesi ile sonuçlanan, tasarruf işlemi niteliğinde olan, yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen ve kanun tarafından eser sahipliğinden doğan haklardan en etkili şekilde yararlanılabilmesi için eser sahibi lehine tanınan bir hukuki çaredir. FSEK md. 58'de düzenlenen cayma hakkı, mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin bu hakkı hiç veya gereği gibi kullanmadığı durumlarda menfaatleri esaslı surette ihlal edilen eser sahibine sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilmek adına tanınmış bir korunma hükmüdür. Bir yönden eser sahibinin manevi haklarına ilişkin bir hüküm bir yandan da mali haklarını koruma altına alan bir norm olan cayma hakkı, bu özelliği nedeniyle de çift karakterli bir hak olarak adlandırılmaktadır.

Cayma hakkının ileri sürülmesiyle beraber sözleşme ileriye etkili olarak (*ex nunc*) sona erer. Zira fikri haklara ilişkin sözleşmelerdeki kişi ve güven unsuruna yönelik yoğun vurgu, menfaat dengesinin de gözetilmesi sonucunda bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak nitelendirilmesini sağlar. Ancak TBK md. 126 uyarınca henüz ifasına başlanmamış sürekli edimler bakımından sözleşmenin geriye doğru sona erdirilmesinin mümkün olduğu şeklindeki düşünce burada da aynen geçerlidir.

Cayma hakkı; dönme, fesih ve geri almadan farklı bir hukuki kavramdır. Yenilik doğuran bu haklar ile cayma hakkı arasındaki ileri sürülebilme koşulları, sonuçları ve amaçları noktasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türk hukuku bakımından FSEK md. 58'de düzenlenen cayma hakkının, sonuçları

itibariyle özel bir tür fesih olarak görülmesi söz konusu olabilir. Buna karşılık tüketici hukukunda tüketicilerin, aldıkları ürünleri belirli bir süre içerisinde herhangi bir sebep göstermeksizin iade edebilmelerine ilişkin hak, her ne kadar bir cayma hakkı olarak nitelendirilse de; burada kastedilen aslında bir geri alma hakkıdır.

Cayma hakkı ifadesi Türk hukukuna ilk kez 05.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile girmiştir. FSEK, Alman Fikri Haklar Yasası'ndan (UrhG) yararlanılarak hazırlanmış bir kanundur. Nitekim cayma hakkı kavramını ilk ortaya atan kişi de ünlü Alman hukukçusu Hans Otto de Boor'dur. Boor, 1932 yılında Alman İmparatorluk Adalet Bakanlığı Kanun Tasarısı'na yönelik yazdığı bir eleştiri yazısında ilk kez cayma ifadesini kullanmış ve iktisap edilen hakkın hiç veya gereği gibi kullanılmaması nedeniyle mefaatleri esaslı surette ihlal edilen eser sahibine sözleşmeyi sona erdirmek için tanınan hakkın, cayma hakkı (*Rückrufsrecht*) olarak nitelendirilmesini önermiştir. Boor, cayma kavramını tercih etmesinin nedenlerini cayma kavramının nötr bir kavram olması ve fikri haklar hukuku alanının ruhuna daha uygun düşmesi şeklinde açıklamıştır. Zira cayma hakkını kullanan eser sahibinin beklentisi, kendisine bir tazminat ödenmesi değil; eserin kullanılması ve eserinin en iyi şekilde umuma arz edilmesidir. Gerçekten de cayma hakkı, Alman hukukunda son derece özel bir amaca hizmet etmektedir. Şöyle ki; UrhG § 41'de düzenlenen bu hak, sadece borca aykırılık hallerinde kullanılmaz; daha ziyade mali hak sahibinin kullanma yükümlülüğüne sahip olmadığı haller için düşünülmüştür. Kullanmanın bir yükümlülük olmadığı durumlarda genel borca aykırılık hükümlerine başvuramayan eser sahibi, cayma hakkını ileri sürerek sözleşme ile bağlı kalmaktan kurtulmaktadır. Bu hak, aynı zamanda eser sahibinin, tarafı olmadığı bir sözleşmeyi doğrudan sona erdirmesini de sağlar. Eğer cayma hakkı

düzenlemesi olmasaydı sözleşmelerin nisbiliği ilkesi nedeniyle eser sahibi mali hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeyi sona erdiremezdi.

Alman hukukunda kabul edilen tek cayma hakkı düzenlemesi UrhG § 41 değildir. UrhG § 42'de kanaat değişimi nedeniyle cayma hakkı ve UrhG § 34'te işletmenin devri nedeniyle cayma hakkı düzenlenmektedir. Bunlardan kanaat değişimi nedeniyle cayma hakkı Fransa, İspana, Portekiz, Yunanistan ve İtalya gibi Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinin fikri haklar yasalarında da yer almaktadır. Hatta Fransa ve İspanya'da bu hak, eser sahibinin manevi hakları arasında sayılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde genel olarak kabul edilen kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkı, Anglo-Sakson hukuk sisteminde kabul edilmemektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde olmasına rağmen aynı husus İsviçre ve Türk hukukları için de geçerlidir. Türk hukukunda, kanaat değişikliği nedeniyle cayma hakkının yanı sıra, işletmelerin devri nedeniyle cayma hakkı da kabul edilmemektedir.

Türk hukukunda kabul gören tek cayma hakkı düzenlemesi olan kullanmama nedeniyle cayma hakkının söz konusu olabilmesi için gerekli olan bazı maddi ve şekli koşullar vardır (FSEK md. 58). Herşeyden önce eser sahibinden mali bir hak veya bir lisans iktisap edilmesi gerekli olan ilk koşuldur. Devre konu olan mali haklar işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkıdır. Eser sahibi bu hakların tümünü veya bir kısmını, yer veya zaman bakımından sınırlı veya sınırsız olarak bir başkasına devredebilir. Bu devirle, mali hakkın mülkiyeti karşı tarafa geçirilmiş olur. Bu devir, ayni etkili bir tasarruf işlemdir. Eser sahibi bu hakların kullanılması yetkisini de devredebilir. Böyle bir durumda bir lisans sözleşmesinin varlığı söz konusu olur. Lisans sözleşmesinde mali hakların mülkiyeti eser sahibinde kalmaya devam etmekte; ancak bunları kullanma yetkisi iktisap edene

devredilmektedir. Eğer eser sahibi bu hakkı başkalarına da tanıyabiliyor veya kendisi de kullanabiliyorsa tam lisans, eğer bu söz konusu değilse basit lisans vardır. Lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Eser sahibi mali hakkını veya kullanma yetkisini devretse bile, manevi haklar kendisinde kalmaya devam eder. Alman hukukunda cayma hakkı yalnızca tam lisans tanınması durumunda söz konusudur.

Cayma hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan ikinci koşul, iktisap edilen haktan hiç veya gereği gibi faydalanılmamasıdır. "Hiç veya gereği gibi kullanmama" hali objektif bir biçimde tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken tarafların menfaatleri karşılaştırılır ve tarafların sözleşmeye verdikleri anlamı tespit edebilmek için sözleşme yorumlanır. Kural olarak bir mali hakkı veya lisansı devralan kişinin kullanma yükümlüğüne sahip olduğundan bahsedilemezse de uygulamada genellikle kullanma yükümlülüğünün kararlaştırılmış olduğu ve hiç kullanmama haline ender rastlandığı görülmektedir.

Gerekli olan bir diğer koşul, hiç veya gereği gibi kullanmama eyleminin sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca veya böyle bir süre kararlaştırılmadıysa münasip bir süre boyunca sürmesi gerektiğidir. Bir diğer ifadeyle, mali hakkı veya lisansı devralan kişi, sözleşmede belirlenen süre içerisinde veya böyle bir süre yoksa münasip bir süre boyunca devraldığı hakkı veya yetkiyi kullanmalıdır; aksi halde eser sahibi sözleşmeden cayabilir. Alman hukukunda eser sahibinin eserin tesliminden itibaren iki yıl boyunca cayma hakkını ileri süremeyeceği kabul edilmektedir.

Cayma hakkı için gerekli olan bir diğer koşul, eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihal edilmiş olmasıdır. Bu açıdan mali veya manevi menfaatler arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak cayma hakkının daha ziyade manevi menfaat ihlallerinde söz konusu olan bir hak olduğu kabul edilmektedir. Menfaatlerin esaslı surette ihlal edilmiş olup olmadığı eser sahibi açısından, sübjektif olarak tespit

edilmelidir. Alman hukukunda menfaatlerin esaslı surette ihlal edilmesinin yanı sıra bir de kullanmama halinin, giderilmesi eser sahibinden beklenemeyecek olan bazı durumlardan kaynaklanmış olması ek koşulu aranmaktadır.

Cayma hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli olan maddi koşulların yanı sıra bir de şekli koşullar bulunmaktadır. Cayma hakkının geçerli olabilmesi için eser sahibi noter aracılığıyla karşı tarafa bir mehil vermeli ve kullanmama halinin devam etmesi halinde sözleşmeden cayacağını ihbar etmelidir. İhbar ve mehilin birleştirilerek tek bir belgede yapılması mümkündür. Bazı durumlarda mehil verilmesi gerekmez; zira mehil yerini tutan bir durum bulunmaktadır. Bu durumlar, genel hükümlerde yer alan mehil yerini tutan durumlarla aynıdır.

Kanunda sayılan dört eser türü bakımından da söz konusu olabilen cayma hakkı, asıl olarak eser sahibine ait bir haktır. Dolayısıyla bu hak, eser sahibi ve FSEK md. 19 uyarınca tespit edilecek olan eser sahibinin haleflerine aittir. Bunlar, eğer tayin edilmişse ölüme bağlı tasarruf ile manevi hakları elde eden kişilerdir. Bu kişilerin olmaması halinde cayma hakkını; vasiyeti tenfiz memuru, eğer o da yoksa sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve atamış miraşçılar, ana-baba ve kardeşler kullanır. Eser sahibinin tek kişi olması halinde sorun yoktur. Ancak birden fazla kişinin birlikte eser sahipliği durumunda bu kişilerin cayma hakkını nasıl kullanacakları tartışmalıdır. Gerek iştirak halinde gerekse de müşterek eser sahipliğinde cayma hakkının eser sahipleri tarafından beraberce alınacak bir kararla, oybirliğiyle, ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, eğer eser sahiplerinden biri ortada haklı bir gerekçe olmaksızın cayma hakkının ileri sürülmesine izin vermezse; bu izin mahkemeden talep edilebilir (FSEK md. 9/II ve 10/II).

Cayma hakkını kullanmaya yetkili olanlar, eser sahibi ve halefleri olmakla birlikte; bağlantılı hak sahipleri de FSEK md. 48-65 arasında yer alan sözleşme ve

tasarruflara ilişkin hükümleri ve bu arada FSEK md. 58'i ileri sürebilir. Buna karşılık bağlantılı hak sahipleri bu hakkı ancak kıyasen, olanak olduğu ölçüde, kullanabilirler. Bu husus özellikle komşu hak sahipleri bakımından geçerlidir.

Mali hak sahipleri kural olarak cayma hakkını kullanamazlar. Zaten Alman hukukunda da bu hak manevi hakka sahip olanlarca ileri sürülebilir. Ancak Türk hukukunda FSEK md. 19/III uyarıca eser sahibinin yetkilerini kullanamaması durumunda ve eğer meşru bir menfaatlerinin bulunduğunu ispatlayabilirlerse, mali hak sahiplerinin de kıyasen cayma hakkını ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir. Aynı husus, mali hak sahibi olmaları nedeniyle istihdam edenler için de geçerlidir. Bu görüşün Alman hukuku bakımından kabul edilmesi mümkün değildir. Zira Alman hukukunda cayma hakkı, eser sahibi ve halefleri dışındaki kişilerce ileri sürülebilen bir hak değildir. Zaten Alman hukukunda eser sahibi, tarafı olmadığı bir sözleşmede de üçüncü kişiye karşı doğrudan cayma hakkını kullanabilir. Bir diğer ifadeyle mali hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede cayma hakkını kullanabilecek olan kişi, mali hak sahibi değil; doğrudan eser sahibidir.

Eser sahibi tarafından ileri sürülen cayma hakkının somut olayda koşullarının oluşup oluşmadığı bakımından ispat külfeti yine eser sahibindedir. Alman hukukunda kısmi cayma kabul edilmekle beraber, yenilik doğuran bir hak olan cayma hakkının kısım kısım kullanılması Türk hukuku bakımından söz konusu değildir.

Cayma hakkının kullanılması ile beraber sözleşme ileriye etkili olarak son bulur. Mali hak veya kullanma yetkisi başka bir işleme gerek kalmaksızın sahibine geri döner. Teknik olarak cayma hakkının hüküm ifade ettiği an, ihbarın gönderildiği andır (varma anı değil). Sözleşmeden cayılması üzerine eğer iktisap edenin hiç veya gereği gibi kullanmamakta bir kusuru yoksa veya kusuru bulunmakla beraber bu kusur eser sahibininkinden daha azsa; cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi sona

erdiren eser sahibinin karşı tarafa münasip bir tazminat ödemesi gerekebilir. İktisap eden, cayma beyanın kendisine ihbar edildiği tarihten itibaren dört hafta içerisinde caymaya karşı itiraz davası açabilir. Bu dört haftalık süre hak düşürücü süredir. Eğer bu süre hareketsiz geçirilirse veya itiraz davası reddedilirse; cayma tarihi, yine noter tarafından yapılacak ihbar tarihidir. Bir diğer ifadeyle, caymanın hükmü geriye yürür.

Şarta bağlanamayan ve emredici bir düzenleme olan cayma hakkından bu hakkının doğumundan önce feragat edilemez. Bunun yanı sıra, bu hakkın ileri sürülmesi iki yıldan daha uzun bir süreyle engellenemez. Cayma hakkının uzun bir süre kullanılmaması nedeniyle kaybedilmesi söz konusu olamaz; ancak bu durum hakkın kötüye kullanımı niteliğindeyse, doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince hakkın kötüye kullanımı yasağı ile karşılaşılacağı kuşkusuzdur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yayın sözleşmesi hükümlerinde yeni bir cayma ifadesine yer vermiştir. TBK md. 491/III uyarınca sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün basımları yapma yetkisi verilmesine rağmen yayımcının yeni basım yapmayı ihmal etmesi durumunda, yayımlatan sözleşmeden cayabilir. TBK md. 491/III ile FSEK md. 58, hem yöneldikleri amaç hem de koşulları bakımından paralel hükümlerdir. Buna karşılık bu iki hükmün tam anlamıyla aynı hakkı düzenlediği ve özdeş olduğu söylenemez. Şöyle ki; FSEK md. 58'in yayın sözleşmelerinde yayımcının yeni basım yapmaktan imtina etmesi durumunda da uygulanabileceği çok açıktır. Ancak yayımcının yeni basım yapmayı sözleşmeye aykırı bir şekilde ihmal ettiği durumlarda yayımlatanın FSEK md. 58'e başvurması demek, sözleşmeye aykırılık nedeniyle yayımcıdan bir tazminat talep edememesi ve hatta yayımcının yeni basım yapmayı ihmal etmesinde bir kusuru yoksa veya kendi kusuru daha ağır ise sözleşmeye aykırı davranan tarafa bir de tazminat ödemek zorunda kalması anlamına gelmektedir. Bu sebeple biz FSEK md. 58'in genel

hükümlere başvurma yolunu bertaraf etmemekle beraber, asıl olarak kullanmanın bir borç olmadığı durumlardaki menfaat ihlallerinde söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Dahası FSEK md. 58'in asıl anlamının, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, cayma hakkının eser sahibi tarafından üçüncü kişiye karşı doğrudan ileri sürülebilmesi halinde ortaya çıkacağı görüşdeyiz. Bu iki hususun göz ardı edilmesinin ise FSEK md. 58 hükmünü, genel hükümler ve TBK md. 491/III karşısında gereksiz bir tekrar ve gereksiz bir formalite hükmünden ibaret bırakacağı kanaatindeyiz. Anılan bu sebeplerle cayma hakkı düzenlemesinin Türk hukukunda da bu şekilde anlaşılması ve bu yönde uygulanması gerektiğini savunmaktayız.

KAYNAKÇA

AGDAG GÜNEY, N., "Tüketicinin Cayma Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler", Çetingil ve Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 609-629.

AKADEMIE FÜR DEUTSCHES RECHT, "Entwurf Eines Urheberrechtsgesetz", *GRUR*, Nr. 4/5, April/Mai 1939, s. 242-255.

AKER, H., Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.

AKER, Y., Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul 2008.

AKİPEK/DARDAĞAN, "Sanal Ortamda Telif Hakları", *BATİDER*, C. XXI, Sa. 1, 2001, s. 47-77.

AKYOL, Ş., Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.

AKYOL, Ş., Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, B. 2, İstanbul 2007.

ARICI, F., Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008.

ARKAN, A**.,** Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005. (Bağlantılı Haklar)

ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, B. 20, Ankara 2015. (Ticari İşletme)

ARSLANLI, H., Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954.

ASLAN, Y., Tüketici Hukuku, B. 5, Bursa 2015.

ASMUS, T., Die Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Europa, UFITA, Baden Baden 2004.

ATEŞ, M., Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012. (Eser Sahipliği)

ATEŞ, M., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003. (Hakların Sınırlandırılması)

AYDINCIK, Ş., Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.

AYİTER, N., Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.

BAK, B., "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yayın Sözleşmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sa. 25/101, Temmuz-Ağustos 2012, s. 13-30. (Yayın Sözleşmesi)

BAK, B., "İlaçta Zorunlu Patent Lisansı", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2011, s. 105-127. (Patent Lisansı)

BAMBERGER/FUCHS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auf., München 2012.

BAPPERT/MAUNZ/SCHRICKER, Verlagsrecht, 3. Auf., München 2001.

BARRELET/EGLOFF, Das Neue Urheberrecht, 2. Auf., Bern 2000.

BEATSON/BURROWS/CARTWRİGHT, Anson's Law of Contract, 29th Ed., New York 2010.

BECKER, H., Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht II. Ableitung (Die einzelnen Vertragverhältnisse), Band VI, Bern 1934.

BEGRÜNDUNG DES REGIERUNGSENTWURFES, "Dokumentation zur deutschen Urheberrechtsreform", *UFITA 16-21*, Band 45, 1957, s. 241-336.

BERGER, C., "Der Rückruf urheberrechtlicher Nutzungsrechte bei Unternehmenveräußerungen nach § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG", Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 223-233.

BEŞİROĞLU, A., Fikir Hukuku Dersleri, B. 4, İstanbul 2006.

BIER/GÖTTING/LEHMANN/MOUFANG, Urhebervertragsrecht, München 1995.

BIRD/PONTE, "Protecting Moral Rights in the United States and the United Kingdom: Challanges and Opportunities Under the UK's New Performances Regulations", *Boston University International Law Journal*, Vol:24, 2006, s. 213-282.

BİLGE, N., Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971. (Borçlar Hukuku)

BİLGE, N., Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1975.

BLACK, J., "The Author's Rights and the UK Law of Copyright Contracts-a case of practical evolution?" Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, Münih 2004, s. 557-570.

BOOR, H. O., Urheberrecht und Verlagsrecht, Stuttgart 1917. (Verlagsrecht)

BOOR, H. O., vom Wesen des Urheberrechts, Marburg 1933. (vom Wesen)

BOZBEL/ATALI, "Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkını Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", *AÜHFD*, C. IX, Sa. 1-2, 2005, s. 451-474.

BOZBEL, Ş., Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.

BUDDE, R., Das Rückrufsrecht des Urhebers wegen Nichtausübung in der Musik, Berlin 1997.

BUZ, V., Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Sözleşmeden Dönme)

BUZ, V., Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Yenilik Doğuran Haklar)

CHITTY/BEALE, Chitty on Contracts, 31st Ed., Vol. 1, London 2013.

ÇAKMAK, D., "Osmanlı Telif Hukuku İle İlgili Mevzuat", *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, Sa. 21, 2007, s. 191-234.

ÇEKER, M., 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011.

DARDAĞAN, E., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000.

DİNÇ, M., Türk Ticaret Kanunu, Ankara 2011.

DREIER/SCHULZE, Urheberrechtsgesetz, 5. Auf., München 2015.

DREYER/KOTTHOFF/MECKEL/ZEİSBERG-KOTTHOFF, Urheberrecht, 3. Auf, Heidelberg 2013.

DÜNNWALD/GERLACH, Schutz Des Ausübenden Künstlers, Stuttgart 2008.

EHRAT, F. R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.

ELSTER, A., "Urheberschutzgesetzes, Entwurf von Alexander Elster", *UFITA,* Band 2, 1929, s. 652-658.

ELSTER/HOFFMANN/MARWITZ, "Abhandlungen zur deutschen und österreichischen Urheberrechtsreform", *UFITA,* Band 2, 1929, s. 9-189.

ENTWÜRFE DES BUNDESJUSTIZMINISTERIUMS ZUR URHEBERRECHTSREFORM, "Ministerialenentwurf Eines Gesetz Über Urheberrecht Und Verwandte Schutzrechte", *UFITA* 29, 1959, s. 214-251.

ERDİL, E., Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 2009.

EREL, Ş., Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, B. 3, Ankara 2009.

FINK, C., "Entering The Jungle of Intellectual Property Righsts Exhaustion and Parallel Importation", *Intellectual Property and Development,* New York 2005.

FLUME, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, Band 2, 3. Auf., Berlin Heidelberg 1979.

FORTUNET, E., "The Author's Moral Right To Withdraw A Work (Droit De Repentir): A French Perspective", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 6 (8), 2011, jpr074.

FRANKO, N., "Eser Sahibinin Cayma Hakkı", Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 393-408. (Cayma Hakkı)

FRANKO, N., Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981. (Yayın Sözleşmesi)

GAUCH, P., System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968.

GENÇ ARIDEMİR, A., Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı, İstanbul 2003.

GİRİTLİOĞLU, N., Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967.

GOLDBAUM/WOLFF, "Entwurfes eines Urheberschutzgesetzes", *UFITA*, Band 2, 1929, s. 185-191.

GOLDSTEIN, P., International Copyright Principles, Law and Practice, New York 2001.

GÖKYAYLA, E., Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2011.

GRÄSSLİ, M., Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweizerischem Recht, Bern 1929.

GUHL, T., Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auf., Zürich 2000.

GÜMÜŞ, M. A., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

GÜNAY, C. İ, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

GÜRİZ, A., Hukuk Başlangıcı, B. 8, Ankara 2001.

HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**,** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HIRSCH, E. E., "Entstehungsgeschichte und Grundlinien des Türkischen Urheberrechtsgesetz von 1951", Archiv Für Urheber-Film-Funk- Und Theaterrecht, *UFITA*, Band 22, Baden Baden 1956, s. 147-170.

HIRSCH, E. E., Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948. (Fikri ve Sınai Haklar)

HIRSCH, E. E., Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, İstanbul 1943. (Fikri Say)

HIRSCH, E., E., "Zum Rückrufsrecht Des Urhebers Wegen Gewandelter Überzeugung", Festschrift Für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Band I, München und Berlin 1965, s. 351-371. (wegen gewandelter Überzeugung)

HILTY, R. M., Lizenzvertragsrecht, Bern 2002. (Lizenzvertragsrecht)

HILTY, R. M., Urheberrecht, Bern 2011. (Urheberrecht)

HOFFMANN, W., **"**Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst", *UFITA*, Band 2, 1929, s. 659-681.

HONSELL, H., Obligationenrecht, Basel 2008.

HONSELL/VOGT/WIEGAND, Kommentar zum Schweizersichen Privatrecht: Obligationenrecht I, 2. Auf., Basel 1996.

HUBER, U., Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen- Leistungsstörungen, Band 2, Tübingen 1999.

HUBMANN/REHBİNDER, Urheber- und Verlagsrecht, 8. Auf., München 1995.

HÜTTNER, S., Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen in Deutschland, Band 3, Berlin 2013.

IMMERWAHR, W., Die Kündigung, Breslan 1989.

INGERL/ROHNKE, Markengesetz, 3. Auf, München 2010.

İNAN/YÜCEL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2014.

İŞGÜZAR, H., Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2003.

JAUERNIG, O., Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. A., München 2011.

KABUKÇUOĞLU ÖZER, D., Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası, B. 2, Ankara 2014.

KADIGİL, S., "Sinema Eseri Kavramı", Aralık 2011, [http://www.kadigil.av.tr/sinema-eseri-kavramı]

KAHVECİ, N., Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005.

KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, B. 4, Ankara 2015.

KARAYALÇIN, Y., Kambiyo Senetleri, Ankara 1970.

KENDİGELEN, A., Çek Hukuku B. 3, İstanbul 2006.

KILIÇOĞLU, A., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, B. 2, Ankara 2013. (Fikri Haklar)

KILIÇOĞLU, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Ankara 2015. (Borçlar Hukuku)

KILIÇOĞLU, A., "Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler", Prof. Dr. Gürgan Çelebican'a Armağan, Ankara 2011, s. 413-438.

KILIÇOĞLU, A., Miras Hukuku, B. 3, Ankara 2009.

KILIÇOĞLU, A., "Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırdedilmesi", *FMR*, Yıl: 1, C: I, Sa. 1, s. 43-49.

KILIÇOĞLU, A., "5846'daki Hatalı Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararların Tazmini" *FMR*, Yıl: 1, C. I, Sa. 3, s. 23-28.

KIYGI, O. N., Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache II-Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü II, Münih 1999.

KNORR/BICHLMEİER/KREMHELMER, Handbuch des Kündigungsrecht, 3. A., München 1991.

KOCAMAN, A., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989.

KOCAMAN, A., Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001. (Havale)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N, Borçla Hukuku Genel Bölüm, C. I, B. 5, İstanbul 2010.

KUNTALP, E., Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968.

KURT, L. M., "TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2011, s. 44-68.

KÜÇÜKLER, O. Z., "Encümen-i Daniş'in Kurumsal Yapısı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 45, Sa. 2, Haziran 2012, s. 133-148.

LARENZ, K., Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auf., München 1989.

LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil, 14. Auf., München 1987.

LATKA, R., Das Droit Moral in den Niederlanden, Südlohn 2000. (yayımlanmamış doktora tezi)

LIMPER/MUSIOL, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2. Auf., Köln 2011.

LÖWENHEIM, U., Handbuch des Urheberrechts, 2. Auf., München 2010.

LÜDIN, F., Das Erlöschen des Verlagsrecht nach Schweizerischem Urheber- Und Obligationenrecht, Liestal 1950.

MARWITZ, B., "Entwurf eines Gesetz über das Urheberrecht an Werken des Schrifttums, der Kunst und der Photographie", *UFITA* , Band 2, 1929, s. 668-681.

MEMİŞ, T.,, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002.

METZGER, A., "Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral?-Status quo Perspektiven einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts-", Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 455-471.

METZGER, A., Rechtsgeschäfte über das Droit Moral im Deutschen und Französischen Urheberrecht, München 2002. (Rechtsgeschäfte über das Droit Moral)

MIOSGA, J., Die Ansprüche Auf Rückruf Und Entfernen İm Recht Des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010.

MÖHRING/NICOLINI/AHLBERG/GÖTTING, Urheberrecht, 6. Auf., München 2014.

NORDEMANN W./ NORDEMANN A./NORDEMANN J.B, Urheberrecht, Stuttgart 2008.

OETKER, H., Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994 Tübingen.

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 10. B, İstanbul 2012.

OLGAÇ, S., Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1976.

ONGAN, B., Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara 2007.

ORTAN, N., Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.

OSER/SCHÖNENBERGER, Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art: 184-418, 2. Auf., Zürich 1936.

OZANOĞLU, H., Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

ÖNGÖREN, G., Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri, İstanbul 2010.

ÖZ, T**.,** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

ÖZDAMAR, M., Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009.

ÖZEL, Ç., Marka Lisansı Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2015.

ÖZEL, Ç., Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999. (Geri Alma)

ÖZMEN, İ., Tereke Hukuku Davaları, B.3, Ankara 2010.

ÖZTAN, F., Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008. (Fikir ve Sanat Eserleri)

ÖZTAN, F., "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1999, s. 221-242. (İşlenme Eserler)

ÖZTRAK, İ., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, B. 2, Ankara 1977.

PALANDT, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auf., München 2010.

PARLAK BÖRÜ, Ş., Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara 2013.

PEDRAZZİNİ, M., "Das Droit Moral der Berner Übereinkunft in der Schweiz", Die Berner Übereinkunft und Die Schweiz, Bern 1986, s. 233-253.

PFEIL, Y. G. v, Urheberrecht und Unternehmenskauf, Berlin 2007.

PIANA/ALIPRANDI, “Introduction to Software Protection Under Italian Law”, The International Free and Open Source Software Law Book”, [http://ifosslawbook.org/italy]

POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, B. 15, İstanbul 2015.

REBMANN/SÄCKER/RIXECKER, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. A., München 2003.

REHBİNDER, M., Urheberrecht, München 2010.

REIMER, E., Vergleiche Darstellung der geltenden deutschen Gesetztexte und früherer Gesetzentwürfe zum deutschen Urheberrecht als Grundlage für die Wiederaufnahme der Reformarbeit, Schwetzinger 1950.

Resmi Gazete, Sayı: 7824, 2 Haziran 1951, [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7824.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7824.pdf]

RIGAMONTI, C. P., “Deconstructing Moral Rights”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, N. 2, Summer 2006, s. 353-399.

RUSHTON, M., “The Moral Rights of Artists: Droit Moral ou Droit Pecuniaire?” *Journal of Cultural Economics,* V. 22, 1998, s. 15-32.

SALOKANNEL/STROWEL/DERCLAYE, “Study Contract Concerning Moral Rights in the Context of the Exploitation of Works Through Digital Technology”, FINAL REPORT, April 2000, [http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf]

SARRAUTE, R., “Current Theory on the Moral Right of the Authors and Artists Under French Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, 1968, s. 465-486.

SCHACK, H., Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. A., Tübingen 2013.

SCHMID/WIRTH/SEIFERT, Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 2. Auf., Baden-Baden 2009.

SCHRICKER, G., Urheberrecht, 3. Auf., München 2006.

SCHULZE, E., Urheberrecht in der Musik, 5. Auf., Berlin 1981

SCHULZE, G., "Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht", *GRUR* 1987, s. 769-778.

SCHULZE, R., Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auf., Baden-Baden 2012.

SCHULZE/MESTMÄCKER, Kommentar zum Deutschen Urheberrecht, Band 1.1., 49 Auf., 2009.

SELİÇİ, Ö., Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme, B. 12, İstanbul 2007.

SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, B. 3, Ankara 2012.

SPINDLER/SCHUSTER**,** Recht der Elektronischen Medien, 3. Auf., 2015.

STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis, Müchen 2010.

STANDLER, R. B., "Moral Rights of the Authors in the USA", 17 April 2012, [www.rbs2.com/moral.pdf.]

STEINKE, T., Die Verwirkung im Immaterialgüterrecht, Göttingen 2006.

STRUMPF/GROB, Der Lizenzvertrag, 8. Auf., Frankfurt am Main 2005.

SUHL, N. C., "Moral Rights Protection in the United States Under The Berne Convention: A Fictional Work?", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Vol. 12/4, 2002, s.1203-1228.

SULUK, C., Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004.

SULUK/ORHAN, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2005.

SUNGURBEY, İ., Medeni Hukuk Eleştirileri, C. I, İstanbul 1963.

TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2010.

T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No. 2373 – 438, Ocak 1995, [http://www.kalkinma.gov.tr/DocObjects/Download/3187/oik438.pdf]

TBMM Zabıt Ceridesi, 85. İçtima, "*Borçlar Kanunu Lâyihası (1/909) Ve Adliye Encümeni Mazbatası"*, Devre: II, C: 24, İçtima Senesi: III, 22.4.1926, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c024/tbmm02024089.pdf]

TEICHMANN, F., Kündigung des Arbeitsverhaeltnisses und Kündigungsschutz, Stuttgart, 1965.

TEKİNALP, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 5, İstanbul 2012.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 1988.

TUHR, A. v, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), C. 1-2, Ankara 1983.

TUNÇOMAĞ, K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1974.

TÜRK, A., Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007.

TÜYSÜZ, M., Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007.

ULMER, E., Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auf., Berlin, Heidelberg , New York 1980.

UYGUR, T., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun Şerhi, C. I, B. 2, Ankara 2013.

ÜLGEN, H.,"Havalenin Geri Alınması", *İÜHFM,* C. XXXII, Sa. 2-4'den Ayrı Bası, İstanbul 1967.

ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, Kıymetli Evrak Hukuku, B. 8, İstanbul 2013.

ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, Ticari İşletme Hukuku, B. 3, İstanbul 2009.

ÜSTÜN, G., Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul 2001. (İşleme Eserler)

ÜSTÜN, G., "FSEK Hükümleri ile BK'daki Neşir Mukavelesi Arasındaki İlişki", LEGAL Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C. I, S. I, 2005, s. 31-76.

WALLMEYER, J., Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, Stuttgart 1962.

WANDTKE/BULLINGER, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auf., München 2014.

WIPO INTELLECTUAL PROPERTY HANDBOOK: POLICY, LAW AND USE, Chapter 5 - International Treaties and Conventions on Intellectual Property, [http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf]

WOLF/NEUNER, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, 10. Auf., München 2012.

YAVUZ, N., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2013.

YAVUZ, N., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak İsviçre Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Geri Alma Hakkı Üzerine Genel Açıklamalar", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 757-765.

YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. II, Ankara 2013.

YILMAZ, E., Hukuk Sözlüğü, B. 5, Ankara 1996.

YILMAZ, C., Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'na göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi, İstanbul 2007. (yayımlanmamış doktora tezi) (Yayın Sözleşmesi)

YÜCER, İ., "Alt Kira", *AÜHFD*, C. 57, S. 3, 2008, s. 791-832.

ZEVKLİLER/AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, B. 3, Ankara 2004.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE GEREKÇELERİ VE YÜRÜRLÜKTEN KALKAN 818 SAYILI KANUNDA KARŞILADIĞI MADDELER, [http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm]

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU GENEL GEREKÇESİ MADDE GEREKÇELERİ VE YÜRÜRLÜKTEN KALKAN 6762 SAYILI KANUNDA KARŞILADIĞI MADDELER, [http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm]

ÖZET

FİKRİ HAKLARDA SÖZLEŞMEDEN CAYMA (FSEK MD. 58)

Eser sahibinin cayma hakkı 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) md. 58'de düzenlenmektedir. Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse bu hakkı veya yetkiyi münasip bir süre içerisinde gereği gibi kullanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi, gerektiğinde karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararları da tazmin etmek suretiyle sözleşmeden cayabilir. Cayma, ileriye etkili sonuçlar doğuran ancak kendine has bir hukuki niteliği olan, eser sahibi lehine kanun tarafından tanınmış bir hukuki çaredir. FSEK md. 58'deki cayma hakkı Alman Fikri Haklar Yasası (UrhG) § 41 hükmünden esinlenilerek oluşturulmuştur ve cayma hakkına ilişkin incelenebilecek hususlar özellikle Alman doktrini tarafından tartışılmış olup; bu hususta Türk hukukunda ayrıntılı bir inceleme yer almamaktadır. Bu çerçevede çalışmamızın konusunu oluşturan FSEK md. 58'de yer alan cayma hakkı, Alman hukukunda "kullanmama nedeniyle cayma hakkının" düzenlendiği UrhG § 41 ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Bunun yanı sıra, cayma hakkının tanımı, hukuki niteliği, cayma hakkına ilişkin teorik sorunlar, özellikle tüketici hukukundaki cayma kavramı ile farklı olan noktaları, caymanın şekli ve maddi koşullarının incelendiği bölümlerde Alman hukuk doktrini ve mahkeme kararlarına da sıkça değinilmiştir. Dahası Türk hukukunda yer almayan ancak Alman fikri haklar hukukunda ayrıntılı bir biçimde ele alınan diğer cayma hakları olan "kanaat değişimi nedeniyle cayma hakkı" ile "işletmelerin devri nedeniyle cayma hakkı" kavramlarına çalışmada ayrıntısıyla yer verilmiştir. Son olarak da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 491/III ile Türk hukukunda yayın sözleşmesi hükümlerine getirilen yeni bir cayma hakkı düzenlemesine ilişkin bir değerlendirme yapılarak cayma hakkının Türk hukukunda nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin fikirler sunulmuştur. Cayma hakkı Türk ve Alman hukuklarında manevi niteliği ağır basan ve eser sahibini koruyucu düzenlemelerden birisi olarak oldukça önemli bir görevi ifa etmektedir.

Anahtar Kelimeler: cayma hakkı, eser sahibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, yayın sözleşmesi, Alman Fikri Haklar Yasası (UrhG)

ABSTRACT

THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN COPYRIGHT CONTRACTS

The right of withdrawal of the copyright owner is governed under article 58 of The Law on Intellectual and Artistic Works numbered 5846 (FSEK). Where the holder of an economic right or an exploitation right exercises this right insufficiently and thus the interests of the author are impaired significantly, the author may withdraw from the contract by compensating the losses of the holder if necessary. The right of withdrawal has ex-nunc effect and a sui generis character and also is a legal remedy given by the law to the copyright owner. The right of withdrawal in article 58 of FSEK is originated from article 41 of the German Copyright Law (UrhG) and the issues concerning the right of withdrawal are discussed by the German doctrine. However in Turkish law there is a lack of detailed studies in this regard. Therefore, this work is a comparative study of the right of withdrawal in article 58 of FSEK and article 41 of UrhG which is also called "the right of withdrawal upon non-exercise" in German law. Besides, the issues such as the definition, legal aspects and the prerequisites of the right of withdrawal, the theoretical aspects of this right and its differences from another type of right of withdrawal in consumer law are also analyzed in the related chapters under the light of German legal doctrine and precedent. Moreover, other types of right of withdrawal which are governed under German copyright law but alien to Turkish law and called "right of withdrawal for the changed conviction" and "the right of withdrawal for the sale of an enterprise" are also studied thoroughly in this work. Lastly, new ideas are introduced regarding how the so-called right of withdrawal prescribed by the article 491/III of the new Turkish Code of Obligations numbered 6098 should be implemented in Turkish law. The right of withdrawal which has a "moral right-like structure" performs an important duty as being among the provisions aiming at the protection of the copyright owner.

Keywords: right of withdrawal, copyright owner, The Law on Intellectual and Artistic Works, Turkish Code of Obligations numbered 6098, publishing agreements, German Copyright Law (UrhG)