

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN
ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ**

İrem TOPRAKKAYA BABALIK

116613017

Tez Danışmanı:

Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR

İstanbul

2019

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN
ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ**

İrem TOPRAKKAYA BABALIK

116613017

Tez Danışmanı:

Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR

İstanbul

2019

**FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN
ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ**

MEDIATION IN INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES

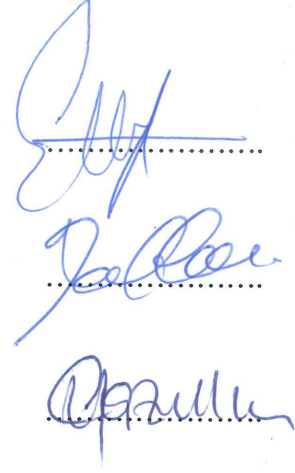
İrem TOPRAKKAYA BABALIK

116613017

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Evrim ERİŞİR
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Yalçın TOSUN
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyesi : Dr. Öğretim Üyesi Çiğdem YAZICI TIKTIK
MEF Üniversitesi



Tezin Onaylandığı Tarih : 18.06.2019

Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler

1-Arabuluculuk

2-Fikri Mülkiyet

3-Uyuşmazlık Çözümü

4-Telif

5-Meslek Birlikleri

Keywords

1-Mediation

2-Intellectual Property

3-Dispute Resolution

4-Copyright

5-Professional Associations

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	xv
ABSTRACT	xviii
ÖZET	xx
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

İŞBİRLİĞİNE DAYALI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

1.1. TEMEL KAVRAMLAR.....	5
1.1.1. Anlaşmazlık.....	5
1.1.2. Uyuşmazlık	6
1.1.3. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	7
1.1.3.1. Çatışmacı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	7
1.1.3.2. İşbirliğine Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	8
1.1.4. Müzakere.....	9
1.2. ARABULUCULUĞUN TANIMI VE AMACI.....	11
1.3. ARABULUCULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	12
1.4. TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK YOLUYLA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ	15
1.4.1. Mevzuata Genel Bakış	16
1.4.2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler.....	18
1.4.2.1. İradilik.....	18
1.4.2.1.1. Gönüllülük Esası	18

1.4.2.1.2. İradilik İlkesine Getirilen İstisnalar	19
1.4.2.2. Eşitlik	23
1.4.2.3. Gizlilik	24
1.4.2.4. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı	26
1.4.2.5. Arabuluculuk Sürecine Hâkimiyetin Uyuşmazlığın Taraflarına Ait Olması	27
1.4.3. Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri.....	29
1.4.3.1. Arabulucu Unvanını Kullanma Yetkisi.....	29
1.4.3.2. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı	29
1.4.3.3. Taraflarla Görüşme Yetkisi.....	30
1.4.3.4. Arabuluculuk Görevini Özenle, Tarafsız ve Bağımsız Şekilde Yerine Getirme Yükümlülüğü	30
1.4.3.5. Reklam Yasağına Uyma Yükümlülüğü	31
1.4.3.6. Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü.....	32
1.4.3.7. Aidat Ödeme Yükümlülüğü	33
1.4.4. Arabuluculuk Sözleşmesi ve Sözleşmenin Hukuki Niteliği	34
1.4.4.1. Çatışmacı Yöntemlere Başvurudan Önce	37
1.4.4.1.1. Genel Olarak	37
1.4.4.1.2. Arabuluculuk Sözleşmesinde Akde Aykırılık: Müzakereden İmtina	38
1.4.4.2. Çatışmacı Yöntemlere Başvurdudan Sonra	41
1.4.5. Arabulucunun Belirlenmesi	42
1.4.6. İhtiyari Arabuluculuğun Temel Aşamaları	43
1.4.6.1. İhtiyari Arabuluculuk Süreci.....	44
1.4.6.2. İhtiyari Arabuluculuk Sürecinin Sürelere Etkisi	46
1.4.6.3. İhtiyari Arabuluculuğun Sona Ermesi.....	46

1.4.6.4. Tarafların Anlaşması.....	48
1.4.6.5. İhtiyari Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği	48
1.4.7. Varılan Anlaşmanın İhlâli Hâlinde Edim Yükümlülüğünün Zorla Yerine Getirilmesi.....	50

İKİNCİ BÖLÜM:

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TASNİFİ

2.1. FİKRİ HAK KAVRAMI.....	52
2.1.1. Fikri Hakların Özellikleri.....	53
2.1.2. Eser ve Eser Sahipliği Kavramı	54
2.2. ÖZEL HUKUK KARAKTERLİ UYUŞMAZLIKLAR	57
2.2.1. Haksız Fiilden Doğan Uyuşmazlıklar	58
2.2.1.1. Manevi ve Mali Haklara Tecavüz	58
2.2.1.1.1. Manevi Hak Kavramı	58
2.2.1.1.1.1. Umuma Arz Hakkının İhlali.....	59
2.2.1.1.1.2. Eser Sahibi Olarak Adın Belirtilmesi Hakkının İhlali	60
2.2.1.1.1.3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etme Hakkının İhlali	63
2.2.1.1.1.4. Eserin Orijinaline Ulaşma Hakkının İhlali.....	65
2.2.1.1.2. Mali Haklar	67
2.2.1.1.2.1. İşleme Hakkı	67
2.2.1.1.2.2. Çoğaltma Hakkı	68
2.2.1.1.2.3. Yayma Hakkı	70
2.2.1.1.2.4. Temsil Hakkı.....	72
2.2.1.1.2.5. Umuma İletim Hakkı.....	72

2.2.1.1.2.6. Pay Takip Hakkı.....	73
2.2.1.1.3. Bağlantılı Haklar	75
2.2.1.2. Fikri Hakların Dava Yoluyla Korunması.....	77
2.2.1.2.1. Eser Sahipliğinin Tespiti Davası.....	82
2.2.1.2.2. Tecavüzün Ref'i Davası.....	84
2.2.1.2.3. Tecavüzün Men'i Davası	92
2.2.1.2.4. Tazminat Davaları.....	93
2.2.1.2.4.1. Manevi Tazminat Davası	94
2.2.1.2.4.2. Maddi Tazminat Davası	95
2.2.1.2.5. İhtiyati Tedbirler ve Gümrüklerde El Koyma	96
2.2.1.2.6. Hükmün İlanı	98
2.2.1.2.7. İspat.....	98
2.2.1.3. Haksız Rekabetten Kaynaklanan Davalar	101
2.2.1.3.1. Ad ve Alametler	102
2.2.1.3.2. İşaret, Resim ve Sesler	103
2.2.1.3.3. Mektup, Hatıra ve Benzer Yazılar	104
2.2.1.3.4. Resim ve Portreler.....	105
2.2.2. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Uyuşmazlıklar	106
2.2.3. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar	107
2.2.3.1. Manevi Hakların Kullanımının Devri	108
2.2.3.2. Mali Haklar Üzerindeki Tasarruflar.....	108
2.2.3.2.1. Genel Olarak	108
2.2.3.2.2. Tekeffül Borcu	109
2.2.3.2.3. Hakkın Eser Sahibine Dönmesi	111
2.2.3.2.4. Vazgeçme.....	111

2.2.3.2.5. Sözleşmelerde Şekil Şartı.....	112
2.2.3.3. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Uyuşmazlıklar	113
2.2.3.3.1. Kanuni Fesih Hakkı.....	113
2.2.3.3.2. Cayma Hakkı.....	114
2.2.3.3.3. Rehin, Cebri İcra ve Hapis Hakkı	115
2.2.3.3.4. Konusu Fikir ve Sanat Eserleri Olan Sözleşmeler	116
2.2.3.3.4.1. Mali Hakların Devri Sözleşmesi	116
2.2.3.3.4.2. Lisans Sözleşmeleri.....	119
2.2.3.3.4.3. Yayın Sözleşmesi	122
2.2.3.3.4.4. Komisyon Sözleşmesi	126
2.2.3.3.4.5. Eser Siparişi Sözleşmesi	127
2.2.3.3.4.6. Film Yapım Sözleşmesi	129
2.2.3.3.4.7.Sahneye Koyma, Yayınlama ve Müzik İcrası Sözleşmeleri	130
2.2.3.3.4.8. Edisyon Sözleşmesi.....	130
2.2.3.3.4.9. Bilgisayar Programı Sözleşmesi	131
2.2.3.3.4.10. Menfaatleri Koruma Sözleşmesi	134
2.2.3.4. Sözleşmenin Geçerli Bir Şekilde Kurulup Kurulmadığına İlişkin Uyuşmazlıklar	135
2.2.4. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar	137
2.3. KAMU HUKUKU KARAKTERLİ UYUŞMAZLIKLAR	138

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN UYGULANMASI

3.1. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN TARAFLAR VE TOPLUM NEZDİNDEKİ ETKİSİ.....	139
3.2. TÜRK HUKUKUNDA FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ	141
3.2.1. Özel Hukuk Karakterli Uyuşmazlıklar.....	141
3.2.2. Kamu Hukuku Karakterli Uyuşmazlıklar	144
3.3. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	144
3.3.1. Çatışmacı Yöntemlerle Karşılaştırma	145
3.3.1.1. Bireysel Hukukî Koruma Sağlayan Yöntemler.....	145
3.3.1.1.1. Dava ve Çekişmesiz Yargı İşleri.....	145
3.3.1.1.2. Geçici Hukukî Koruma	147
3.3.1.1.3. Tahkim	148
3.3.1.2. Kolektif Hukukî Koruma Sağlayan Yöntemlerle Karşılaştırma	151
3.3.2. İşbirliğine Dayalı Yöntemlerle Karşılaştırma	154
3.3.2.1. Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Av. K. m. 35/A).....	154
3.3.2.2. Uzlaştırma	156
3.4. FİKRİ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN, SINAİ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK İLE KARŞILAŞTIRILMASI ..	158
3.4.1. Arabuluculuğa Elverişlilik Yönünden Karşılaştırma	158

3.4.2. Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümünün Fikri Haklarda Arabuluculuk ile Karşılaştırılması	163
3.4.2.1. Sınai Haklarda İhtiyari Arabuluculuk	164
3.4.2.1.1. HUAK kapsamında İhtiyari Arabuluculuk	164
3.4.2.1.2. TPMK Bünyesindeki İtiraz Kapsamında İhtiyari Arabuluculuk	165
3.4.2.2. Sınai Haklarda Zorunlu Arabuluculuk	167
3.5. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA ARABULUCULUK MODELLERİ.....	169
3.5.1. İhtiyari Arabuluculuk	169
3.5.2. Zorunlu – Bağlayıcı Arabuluculuk.....	169
3.5.2.1. Bazı Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk	169
3.5.2.1.1. Mutlak Ticari Davalar	169
3.5.2.1.1.1. TTK’nda Öngörülen Hususlardan Doğan Davalar	170
3.5.2.1.1.2. TBK’nda Düzenlenen Belirli Konulara İlişkin Olarak Açılan Davalar (TTK m.4 f.1 ç)	174
3.5.2.1.1.3. Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuatta Öngörülen Hususlardan Doğan Davalar	175
3.5.2.1.2. Nispi ticari davalar	177
3.5.2.1.3. Görevli Mahkeme Yönünden Değerlendirme	178
3.5.2.1.4. Uyuşmazlık Hakkında Diğer Kanunlarda Başkaca Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yoluna Başvuru Zorunluluğu Bulunması	180
3.5.2.1.5. Uyuşmazlık Konusunun Bir Miktar Paranın Ödenmesi Olan Alacak veya Tazminat Taleplerine Dair Olması Şartı	180
3.5.2.1.6. Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuru.....	181
3.5.2.1.6.1. Yetkili Arabuluculuk Bürosu	182

3.5.2.1.6.2. Dava Şartı Olarak Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi.....	183
3.5.2.1.7. Dava Şartı Olarak Arabuluculukta Arabuluculuk Faaliyeti	184
3.5.2.1.8. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Sürelere Etkisi	185
3.5.2.1.9. Dava Şartı Arabuluculuğun Anlaşma ile Sona Ermesi	186
3.5.2.1.10. Dava Şartı Arabuluculuğun Anlaşmama ile Sona Ermesi...	187
3.5.2.1.11. Yürürlük	188
3.5.2.1.12. Dava Şartı Arabuluculuğun Dava Türleri Açısından Değerlendirilmesi.....	188
3.5.2.1.12.1. Karşı Dava.....	188
3.5.2.1.12.2. Kısmi Dava	190
3.5.2.1.12.3. Belirsiz Alacak Davası.....	190
3.5.2.1.12.4. Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi).....	191
3.5.2.1.12.5. Terditli Dava	192
3.5.2.1.12.6. Seçimlik Dava	192
3.5.2.1.13. Diğer Usuli Kurumlar Açısından Arabuluculuğun Değerlendirilmesi.....	193
3.5.2.1.13.1. Dava Arkadaşlığı.....	193
3.5.2.1.13.2. Davanın Islahı Halinde Arabuluculuğa Başvuru	194
3.6. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA İLİŞKİN MÜZAKERE MODELLERİ, MÜZAKERE TEORİLERİ VE YAKLAŞIMLARI İLE MÜZAKERE TAKTİKLERİ	197
3.6.1. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Temel Müzakere Modelleri	197
3.6.1.1. Geleneksel Arabuluculuk.....	198
3.6.1.2. Yargısal Arabuluculuk	198

3.6.1.3. Modern Arabuluculuk	199
3.6.1.3.1. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk	199
3.6.1.3.2. Değerlendirici Arabuluculuk.....	200
3.6.1.3.3. Dönüştürücü (Teröpatik) Arabuluculuk	202
3.6.2. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Müzakere Teorileri.....	203
3.6.3. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Müzakere Yaklaşımları	204
3.6.3.1. Rekabetçi (Mücadeleci) Yaklaşım	205
3.6.3.2. İşbirlikçi Yaklaşım	207
3.6.3.3. Problem Çözücü Yaklaşım.....	207
3.6.3.4. İyileştirici Müzakere Yaklaşımı	210
3.6.4. Arabuluculuk Sürecinde Kullanılan Temel Taktikler	210
3.6.4.1. Aktif dinleme tekniği	212
3.6.4.2. Açık Uçlu Soru Sorma Tekniği.....	213
3.6.4.3. Smart Analiz Tekniği	214
3.6.4.4. Perspektif Değiştirme Tekniği	214
3.6.4.5. Şiddetsiz İletişim Tekniği	214
3.6.4.6. Anlaşma aralığının belirlenmesi	215
3.6.4.7. Çerçeveleme (reframing)	215
3.6.4.8. Pat Patfoort Modeli	215
3.6.4.9. Friedrich Glasl Yöntemi.....	217
3.6.4.10. Grup Arabuluculuğu Teknikleri.....	219
3.6.4.10.1. Başlık Belirleme Tekniği	219
3.6.4.10.2. Oylama Tekniği.....	219

3.6.4.10.3. Düşünce Barometresi Tekniği.....	220
3.6.4.10.4. Akvaryum – Fish Bowl Tekniği.....	220
3.6.4.10.5. Beyin Fırtınası Tekniği	220
3.6.4.10.6. Tedbir ve Önlem Planı Tekniği.....	221
3.7. KARŞILAŞTIRMALI FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ARABULUCULUK UYGULAMALARI.....	222
3.7.1. ABD ve İngiltere Uygulamaları	223
3.7.1.1. ABD Uygulaması.....	223
3.7.1.1.1. Amerikan Tahkim Kurulu (AAA).....	223
3.7.1.1.2. Fikri Mülkiyet Hukukunda Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk	223
3.7.1.1.3. Örnek Davalar ve Arabuluculuk Uygulamaları	225
3.7.1.2. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi.....	227
3.7.2. Avrupa Birliği Uygulamaları	228
3.7.3. Asya, Uzakdoğu ve Ortadoğu Uygulamaları	228
3.7.3.1. Japonya Fikri Mülkiyet Tahkim Merkezi (JIPAC).....	228
3.7.3.2. Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu (CIETAC)	229
3.7.3.3. Hong Kong Tahkim Merkezi (HKIAC).....	229
3.7.3.4. Ürdün Uygulaması	229
3.7.4. WIPO Arabuluculuk Merkezi Kuralları.....	230
3.7.5. Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması	233
3.7.6. Uluslararası Ticaret Odası (ICC)	235
3.8. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA UZMAN ARABULUCU, TARAF VEKİLLİĞİ VE UZMAN GÖRÜŞÜNÜN ÖNEMİ İLE KURUMSAL ARABULUCULUK.....	235

3.8.1. Uzman Arabulucu	237
3.8.2. Taraf Vekilliği ve Uzman Görüşünün Önemi	237
3.8.2.1. Etkili Taraf Vekilliği	237
3.8.2.2. Uzman görüşü	239
3.8.2.2.1. Genel olarak	239
3.8.2.2.2. Arabuluculuk Görüşmesi Sırasında Fikir ve Sanat Eserleri Uzmanının Hazır Bulundurulması	240
3.8.3. Kurumsal Arabuluculuk	241
3.8.3.1. Genel Olarak	241
3.8.2.2. Fikri Mülkiyet Kuruluşları Nezdinde Bağımsız Arabuluculuk Önerisi	242
3.8.2.3. Meslek Birlikleri Nezdinde Kurumsal Arabuluculuk Önerisi	242
SONUÇ	246
KAYNAKÇA	250

KISALTMALAR

AAA	:	Amerikan Tahkim Kurulu
AAÜT	:	Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
AUÇ	:	Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
AvK	:	1136 sayılı Avukatlık Kanunu
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz./bkz.	:	Bakınız
CIETAC	:	Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu
CMK	:	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUY	:	Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği
dn.	:	Dipnot
DTÖ	:	Dünya Ticaret Örgütü
E.	:	Esas No
Ed.	:	Editör
f.	:	Fıkra
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HKIAC	:	Hong Kong Tahkim Merkezi
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAK	:	6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	:	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	:	Uluslararası Ticaret Odası
ICDR	:	Uluslararası İhtilaf Çözümü Merkezi
İİK	:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İMİK	:	7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JIPAC	:	Japonya Fikri Mülkiyet Tahkim Merkezi
K.	:	Karar No
m.	:	Madde
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTK	:	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TAEK	:	Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TFM	:	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TKHK	:	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
USY	:	Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği
vb.	:	Ve Benzeri
vd.	:	Ve devamı
vs.	:	Vesaire
WIPO	:	Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

ABSTRACT

At the present day, in order to achieve justice, the modern societies significantly prefer alternative dispute resolution methods besides the courts. Settlement of disputes is proceeded on the basis of an agreement and even turning the antagonism to constructive relationships instead of the battle of the right and the wrong in front of the court and a justice approach where there is a victory of one party and the loss of the other party. It is no doubt that; one of the best methods of this goal is Mediation.

Assessing the intellectual property rights on commercial basis either conflicts with justice understanding or does not satisfy the parties, since the idea of maximising the profit of the investor cannot meet with the sensitivity of the artist on common denominators and all violations of such rights cause disputes and the solutions are tried to be found via courts where the parties' intents are not taken into consideration.

Mediation is an art of dispute settlement through constructive ways. Contrary to the Courts, it is flexible and willing, based on volunteerism as a rule. It is quite possible to reach humanist, flexible, civilized and constructive solutions through mediation methods. Because intellectual property rights laws require practical and creative solutions.

While revealing and accepting the skills of creating dispute solution culture of the Mediation, it is thought that; the intellectual property disputes will bring social contributions. Because settlement of such disputes in accordance with the polite nature of art will increase the interest to the Mediation and support the belief to the Parties' controls in dispute settlements. Therefore by considering the disputes as opportunities it is possible to configure the social and individual relationship via Mediation methods.

In our study we will hereby state the definition of Mediation, classification of disputes arising from the intellectual property rights legislations, the availability of the intellectual property disputes with mediation, intellectual property disputes in terms of obligatory mediation, the suitable mediation methods for the mentioned disputes, negotiation theories, models, approaches and tactics, will give examples to mediation in intellectual property laws in comparative legislation and will share voluntary mediation experiences which are proceeded by musical professional associations in Turkey.

In addition to it, we will hereby advise the mediation activities which will be proceeded by the official mediation centres which will be founded by expert mediators, professional unions or independent intellectual property associations for the settlement of disputes arising from intellectual properties by Mediation.

KEYWORDS

Mediation, Dispute Resolution, Intellectual Property, Intellectual Rights, Professional Associations, Work, Copyright.

ÖZET

Günümüzün modern toplumlarında adalete erişim yolunda mahkemelerin yanı sıra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri önemli oranlarda tercih edilmektedir. Uyuşmazlığın sona erdirilmesi; haklı ile haksızın mahkeme huzurunda savaşı, bir tarafın zaferi diğer tarafın mağlup olduğu bir yargılama anlayışından çok farklı bir boyutta, uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözümü hatta husumetin yapıcı ilişkilere dönüştürülmesi temelinde ele alınmaktadır. Bu yolda en iyi araçlardan biri şüphesiz arabuluculuktur.

Fikir ve sanat eserlerinin ticari olarak değerlendirilmesinde, yatırımcının karını maksimize etme bakış açısı ile sanatçının hassas ve kırılgan yönünün ortak bir paydada buluşamaması ve bu alanda gerçekleşen her türlü hak ihlalleri, uyuşmazlıklara davetiye çıkarırken, çözümün taraf iradelerini göz ardı eden mahkemeler nezdinde aranması günümüzün adalet anlayışı ile bağdaşmadığı gibi, tarafları da tatmin etmemektedir.

Arabuluculuk uyuşmazlığın yapıcı yollardan çözülmesi sanatıdır. Mahkemelerin aksine esnek ve dayatmasızdır, kural olarak gönüllülük esasına tabidir. Arabuluculuk yöntemi sayesinde tarafların uyuşmazlıkları hakkında hümanist, esnek, medeni, yapıcı çözümlere ulaşılması imkân dâhilindedir. Zira fikir ve sanat eserleri hukuku pratik ve yaratıcı çözümler gerektirir.

Arabuluculuğun uyuşmazlık çözme kültürü oluşturma becerisinin ortaya konulması ve benimsenmesinde, konusu fikir ve sanat eserleri hukuku olan uyuşmazlıkların, toplumsal katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Zira söz konusu uyuşmazlıkların sanatın naif doğasına yakışır biçimde çözümlenmesi, toplum fertleri nezdinde arabuluculuğa ilgiyi ve uyuşmazlık çözümünde taraf hâkimiyetine duyulan inancı destekleyecektir. Uyuşmazlıkları bu anlamda da fırsat olarak görüp bireyler arası ve toplumsal ilişkilerin arabuluculuk yöntemi ile yapılandırılması sağlanabilir.

Çalışmamızda, arabuluculuk kurumu, fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan uyuşmazlıkların tasnifi, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği, dava şartı arabuluculuk kapsamındaki fikri mülkiyet hukuku uyuşmazlıkları, anılan uyuşmazlıklara özgü olarak kullanılabilecek arabuluculuk modelleri, müzakere teorileri, modelleri, yaklaşımları ve taktiklere değinilecek, karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet hukukunda arabuluculuk örneklerine yer verilerek, ülkemizde müzik meslek birlikleri nezdinde yapılan ihtiyari arabuluculuk deneyimi paylaşılacaktır.

Çalışmamızda ayrıca, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde uzman arabulucular, meslek birlikleri veya bağımsız fikri mülkiyet örgütleri nezdinde oluşturulacak kurumsal arabuluculuk merkezleri nezdinde gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyeti önerilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Arbuluculuk, Uyuşmazlık Çözümü, Fikir ve Sanat Eserleri, Fikri Haklar, Meslek Birlikleri, Eser, Telif.

GİRİŞ

İnsanoğlu doğası gereği kendi içinde ve çevresiyle çatışma halindedir¹. İnsan ilişkilerinde fikir veya menfaat ayrılıkları her zaman ortaya çıkabilir. Bu noktada bireylerin öncelikle anlaşmazlıktan kaçınma davranışı sergiledikleri görülmektedir². Anlaşmazlık görmezden gelinemeyecek noktaya ulaştığında ise, çözümü için ilk olarak işbirliğine dayalı yöntemlerin tercih edilmesinin gerek uyuşmazlığa taraf olan bireyler gerekse toplumun huzur ve refahı için daha avantajlı olduğu tecrübe edilmiştir.

Çatışmaların temelinde sınırlı kaynaklar, ihtiyaçlar (talepler), bireyin önceki deneyimleri, özellikle aile içinde öğrendiği kültür ve değerler ile adaletsizlik algısı yer almaktadır³. Çatışma ve adalet arasında bir kısır döngü

¹ Aksu, Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s. 7-15. Uyuşmazlık kavramını psikolojik, sosyolojik ve felsefi boyutları ile inceleyen Yazar, Heraclitus'a göre uyuşmazlığın, varoluşun ve yaşamın doğal bir parçası ve gerekliliği olduğunu, Aristo'ya göre duygular ve aklın her zaman birbiri ile uyuşmazlık içinde olduğunu, Ortaçağ'da uyuşmazlığın insanlığın başından defetmesi gereken kötü bir külfet olarak algılandığını, Descartes'a göre insanı oluşturan akıl ve bedenin birbirine karşıt iki varlık olduğunu, Darwin ve Freud'a göre uyuşmazlığın insan doğasının bir parçası olduğunu, uyuşmazlığı bu bakış açısıyla değerlendiren ve insani bir yaklaşımla ele alan arabulucuya nazaran, yalnızca uyuşmazlığın bertaraf edilmesini amaçlayan arabulucunun duruşunun farklı olacağını, Hegel'in tez, antitez ve sentezi içeren üç ayaklı bir diyalektik yaklaşımını esas alan arabulucunun da her iki taraf için geçerli olacak bir sentezi arayacağını, Sartre'a göre, insan iradesinin önceden belirlenmemiş olduğu ve fakat belirlenmiş davranış kalıplarından birini tercih edebilme seçeneğine sahip olduğu, bu bakış açısıyla arabuluculuk yoluyla tarafların uyuşmazlığı ya da iyi bir çözümü seçmek biçiminde sınırlı bir seçme özgürlüğüne sahip olduklarını, Rogers'a göre, sorunun, insanın doğasından kaynaklı temel özellikler ile toplumsal yaşamın dayattığı durum ve kurallardan kaynaklandığını, bu bakış açısıyla özellikle arabulucunun taraflar ile ayrı ve özel olarak yaptığı toplantılarda uygulanabilecek yöntemlere liderlik ettiğini belirtmektedir.

² Moore, Christopher W., Arabuluculuk Süreci - Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, (Çevirenler; Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), 4. Basımdan Çeviri, İstanbul, 2016, s. 7.

³ Çatışmayı bir tür "sosyal kırılma" olarak tanımlayan Kenneth/Goldsmith, toplum içindeki her organizasyonun çatışma karşısında insanların söylemesi ve söylemesi gereken şeyler hakkında sözlü veya sözlü olmayan kurallar ve "varsayılan ayarlar" oluşturduğu, çatışmanın insan ilişkilerini bozma potansiyelinin yanı sıra, insanların istek ve ihtiyaçlarını elde etme ve geliştirme

vardır, zira adaletsizlik çatışmaları besler ve yıkıcı çatışmalar adaletsizliğin doğmasına neden olur⁴. Çatışmaların yarattığı uyuşmazlıkların yargılama yoluyla sona erdirilmesinde, çatışmaların temelindeki önemli psikolojik ihtiyaçlar göz ardı edilmektedir. Çatışma yaşayan bireylerin kendi kararlarını alabilme ve kendi seçimlerini yapabilme hak ve özgürlüğüne sahip olmaları uyuşmazlıkların çözümünde taraf hakimiyetini ön planda tutan yaklaşımların tercih edilmesine yol açmaktadır. Yargılama sonucunda, çatışma yaşayan taraflara yasaların öngördüğü çözümler dayatılmaktadır. Çatışma yaşayan taraflar arasındaki uyuşmazlıkların; mücadeleci ve yıkıcı yöntemler yerine, barışçı ve uzlaşmacı yöntemlerle çözümlenmesi yoluna gidilirse, bireysel ve toplumsal kazançlar daha fazla olacaktır. Arabuluculuk uygulamalarının son yıllarda katlanarak artmasının temelinde, toplumların insan hakları ve insanlık onuruna dair bilinçlenmeleri, demokratik “katılma” hakkının gerek politik gerekse sosyal alanlarda etkin bir şekilde kullanılmaya başlanması, toplum içinde “tepeden inme adalet” sistemine karşı bir hoşnutsuzluk gelişmesi, verilen kararların hiçbir zaman iki tarafın da kazanması ile sonuçlanmaması, dava yolunun gerek maddi gerekse manevi açıdan maliyetli oluşu gibi etkenler vardır⁵.

Fikir ve sanat eserleri hukukundaki uyuşmazlıklar arabuluculuk ile çözüme oldukça elverişlidir. Çalışmamızda fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklar tasnif edilerek arabuluculuğun anılan uyuşmazlıklarda çözüm yöntemi olarak kullanılması, fikir ve sanat eserleri hukukunda dava şartı arabuluculuk, bu uyuşmazlıklarda kullanılabilecek arabuluculuk yöntemleri ve taktikler üzerinde durulacak, gerek ülkemizde gerekse karşılaştırmalı hukukta fikir ve sanat eserleri hukukunda arabuluculuk uygulamalarına ve önerilere değinilecektir.

etkisi nedeniyle ortadan kaldırılmaması gerektiğini, bu nedenle çok aşırı rekabetçi organizasyonların agresif çatışma yöntemlerini, diğerlerinin ise uzlaşma ve arabuluculuğu teşvik ettiğini belirtmektedir. Cloke Kenneth, Goldsmith Joan, Çatışma Yönetimi, s. 39.

⁴ Deutsch, Morton/Coleman, Peter T., “Justice and Conflict”, The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice San Francisco: Jossey-Bas Publishers, 2000, s. 41-64.

⁵ Moore, s. 69; Keçer Korkmaz, Sevde, Arabuluculuk ve Psikoloji, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uygulamalı Psikoloji Yüksek Lisans Programı, yayımlanmamış yüksek lisans projesi, İstanbul, 2009, s. 3.

BİRİNCİ BÖLÜM:

İŞBİRLİĞİNE DAYALI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

Yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri arayışı; son yıllarda bilimsel ve teknolojik gelişmeler neticesinde zaman ve mekân sınırlamalarının ortadan kalkması, bir başka deyişle küreselleşmenin etkisi ile artmıştır⁶. Zira, farklı toplumlara ait bireyler arasında artan hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde; hızlı, kolay, etkili ve düşük maliyetli çözümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Uyuşmazlık sayısının ve uzmanlık ihtiyacının artması, devlet yargılamasının etkinliğine gölge düşürmüş, adalete erişimi geciktirdiği gibi, ortaya çıkan hükmün tatmin ediciliği de zayıflamıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri adalete erişim mekanizmalarından biri olarak kabul edilmektedir. Nitekim Capelletti ve Garth'a göre; 1960'lı yıllardan bu yana gelişen adalete erişim hareketi üç dalgadan oluşmaktadır. Birinci dalga, ekonomik olarak zayıf kişilerin haklarının korunması için adli yardım kurumunun düzenlenmesi, ikinci dalga, kamu yararı kavramı ile gelişen “yeni” sosyal hakların korunması ve kolektif hak ve menfaatlerin temini için grup davaları imkanı tanınması, üçüncü dalga ise, 1970'li yıllarda usul yasalarının basitleştirilmesi ve yargılama dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır⁷.

⁶ Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013, s. 5.

⁷ Garth, Bryant G. /Cappelletti, Mauro, “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, Articles by Maurer Faculty Paper 1142, <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>, 1978.

Doktrinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi denildiğinde, devlet yargısına alternatif veya rakip yöntemler olduğu yönündeki tanımların yanı sıra, tam aksi görüşte alternatif yöntemlerin uyuşmazlık çözümü için öngörülen bütün yöntemler içine ilave edilmiş bir yöntemler topluluğu olduğu da kabul edilmektedir⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarihli kararında; *“alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarılı olabilmesinin ön koşulu da bu yolların yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılmasıdır. Bu yolların asıl hedefi, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamaktır. (...) Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez.”* denilmek suretiyle bizim de katıldığımız ikinci görüşün benimsendiği görülmektedir⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (“AUÇ”), mevcut uyuşmazlığı çatışmacı yollarla ve zor kullanma yetkisine sahip resmi üçüncü bir kişi aracılığıyla değil, uyuşmazlığı tarafların hâkimiyetinde işbirlikçi yöntemlerle çözme amacı taşıyan, daha serbest, karşılıklı iletişime dayalı, zaman zaman uzman tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin de taraflar arasında iletişim kurma veya çözüm bulmaya yardımcı olduğu, kolay, düşük maliyetli, hızlı, barışçı yöntemleri ifade etmektedir¹⁰. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına katılım kural olarak

⁸ Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 174-186; Taşpolat Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2012, s. 24.

⁹ AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 (Bkz. 25.01.2016 tarihli ve 29604 sayılı Resmi Gazete).

¹⁰ Ildır'a göre; alternatif çözüm yolları *“uyuşmazlıkların tarafsız üçüncü kişinin/kişilerin katılımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyari olabildiği ancak ulaşılan sonucun kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama süreci dışında ya da yargılama süreci içinde başvurulanan yöntemlerdir.”* Bkz. Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 30.

zorunlu ve bağlayıcı olmadığı gibi, bu yollar yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmaz¹¹. AUÇ, devlet denetimi ve hukuk kuralları ile desteklenerek güvence altına alınmaktadır¹².

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk, tarafların “arabulucu” sıfatını haiz tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi eşliğinde yapıcı ve çözüm odaklı iletişim kurarak uyuşmazlıklarını gayri resmi bir ortamda sona erdirmelerini amaçlamaktadır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde öncelikle temel kavramlara yer verilecek, ardından arabuluculuğun tanımı, ilkeleri, ülkemizde arabuluculuğa ilişkin mevzuat ve getirilen sistem, arabuluculuğun aşamalarından kısaca söz edilecektir.

1.1. TEMEL KAVRAMLAR

Arabuluculuk yönteminin daha iyi anlaşılması için öncelikle anlaşmazlık, uyuşmazlık ve müzakere kavramları kısaca incelenecektir.

1.1.1. Anlaşmazlık

Anlaşmazlık (çatışma, çekişme, niza, conflict) kelimesinin sözlük anlamı incelendiğinde, anlaşmazlığın; iki veya daha çok tarafın düşünce ve amaçları arasında ayrılık, uyuşmazlık, ihtilaf, ikilik, maraza, sürtüşme olarak tanımlandığı görülmektedir¹³. Aralarında menfaat karşıtlığı bulunan kişiler arasında, bu menfaatlerin tam olarak tatmin edilememesi (ya da öyle düşünülmesi) sebebiyle bir uyumsuzluk ya da çatışma durumunun bulunması "anlaşmazlık" anlamına gelir¹⁴. Anlaşmazlıklar çatışan ihtiyaçlar, sınırlı kaynakların paylaşımında yaşanan rekabet veya farklı değerlere sahip olmaktan kaynaklanabilir. Anlaşmazlıklar kişiler içinde ve kişiler arasında olarak ikiye ayrılır. Kişiler içindeki anlaşmazlık,

¹¹ İldır, s. 48.

¹² Özkes / Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 2807.

¹³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü (<http://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15.02.2019). Bir başka tanımda; iki veya daha çok taraf arasında ortaya çıkan ayrılık, uyuşmazlık, ihtilaf olarak tanımlandığı görülmektedir (Sami, Şemsettin, “Kamus-i Türki - Temel Türkçe Sözlük”, Tercüman Gazetesi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 43).

¹⁴ Pekcanitez, s. 8.

dışa vurulduktan sonra kişiler arasında uyuşmazlık haline dönüşür ki arabuluculuğun amacı uyuşmazlıkların çözülmesidir¹⁵.

1.1.2. Uyuşmazlık

Uyuşmazlık (ihtilaf), bir hakkın vücudu, kapsamı veya sonuçları üzerinde ortaya çıkan anlaşmazlık olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Diğer bir tanımda, uyuşmama hali, görüş ve düşünce farklılığından kaynaklanan anlaşmazlık şeklindedir¹⁷. Uyuşmazlık, taraflardan birinin talebini karşı tarafa yöneltmesi ile anlaşmazlığın aleniyet kazanması sonucu ortaya çıkar¹⁸.

Bir hakkın ya da hukuki bir durumun inkarı ya da ihlali dolayısıyla oluşan taraflar arasındaki uyuşmazlık, ya maddi hukuk kurallarının belirli bir olaya uygulanmasındaki görüş ayrılıklarından ya da doğrudan doğruya olayların gerçek niteliğini belirlemekteki fikir uyuşmazlıklarından kaynaklanır¹⁹.

Moore, uyuşmazlıkların çözümünde işbirlikçiden düşmanlığa uzanan farklı yaklaşımların var olduğunu ileri sürmektedir²⁰. Bu yaklaşım ve yöntemler dört başlıkta tasnif edilmektedir. İlki; tarafların kendi özel kararları ile uyuşmazlıkların çözümüdür. Bu noktada taraflar; anlaşmazlıktan kaçınma yöntemi ile uyuşmazlığı görmezden gelebilir, gayri resmi tartışma ile sorunlarını çözebilir, daha sistematik bir yol olan müzakere yöntemine başvurabilir veya üçüncü bir kişinin katılımı ile arabuluculuk yöntemini tercih edebilir. İkinci yaklaşım ise; üçüncü bir tarafın özel kararı ile uyuşmazlığın sona erdirilmesi olup idari karar ve hakemlik olarak ikiye ayrılır. Devlet otoritesini temsil eden üçüncü bir tarafın karar almasına yargı kararları ve yasal kararlar örnek verilirken, son olarak hukuk dışı zorlayıcı kararlar başlığı altında; şiddete varmayan doğrudan eylemler ile şiddete sayılmaktadır.

¹⁵ Özbek, s. 99.

¹⁶ Türk Hukuk Lugatı, Başkanlık Basımevi, Ankara, 1991, 3. Baskı, s. 151.

¹⁷ Sami, s. 1414.

¹⁸ Pekcanitez, s. 9.

¹⁹ Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul, 2015, s. 6 vd.

²⁰ Moore, s. 6.

1.1.3. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki en basit ihtilaftan en karmaşık ihtilafa kadar uyuşmazlığın bitirilmesi veya taraflar arasında varılacak mutabakatla tatminkâr bir çözüme ulaştırılması amacıyla kullanılır. Uyuşmazlığın sona ermesi mahkemenin verdiği bir karar ile gerçekleştiğinde buna uyuşmazlık çözümü denilmekte; tarafların uyuşmazlığa dair tüm konuları tarafları tatmin edecek şekilde ortak bir karar ile sona erdirildiği takdirde ise uyuşmazlık yönetiminin söz konusu olduğu belirtilmektedir²¹. Uyuşmazlık çözümü yargısal yollarla gerçekleşirken, uyuşmazlık yönetimi alternatif yollarla gerçekleşebilir. Öğretide genel kabul gördüğü şekliyle, alternatif çözüm yöntemleri geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemi olan yargılamaya alternatif sunan tüm yöntemleri kapsamaktadır²².

1.1.3.1. Çatışmacı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Hukuk dışı zorlayıcı kararlar bir yana bırakılırsa, çatışmacı uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilen dava yolu, uyuşmazlığın yargı mercileri nezdinde sona erdirilmesidir. Hâkimler, uyuşmazlığı değerlendirirken maddi vakıalar ve taleplerin hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Tarafların ikame edeceği deliller ve kanunun öngördüğü çözümler ile sınırlı olarak uyuşmazlık sona erdirilir. Tarafların menfaatlerine odaklanılmaz²³.

²¹ Özbek, s. 115.

²² Özbek, s. 116; Ildır, s. 26; Kekeç, s. 12; Taşpolat Tuğsavul, s. 21.

²³ “Avukatlarca uzun yıllar müvekillere “kanunun ne dediği önemlidir” diye söylenmiştir. Arabuluculuk ise, müvekil için önemli olanları ele alacak biçimde uyuşmazlıkları çözme yöntemidir ve tarafların çözümü kanunun öngördüğü şekilde olmayabilir. Dava süreci, sizin somut gerçeklerinizi alır ve “kanun için neler önemlidir?” sorusuna cevap arar. Arabuluculuk ise, bunun aksine, “sizin için önemli olan nedir?” sorusunu sorar.” Goodman Andrew, “Arabuluculuğa Hazırlanmak - Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber”, Birleşik Krallık, 2016, <http://www.arbulucuu.com/wp-content/uploads/2017/08/arbuluculukkitap.pdf>, s. 3, (Erişim tarihi 14.01.2018).

1.1.3.2. İşbirliğine Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

İşbirliğine dayalı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargı yoluna alternatif olarak geliştirilen, genellikle tarafsız üçüncü bir kişinin katıldığı, taraflara yardımcı olan gayri resmi usuller topluluğudur²⁴. Daha detaylı sınıflandırmalar mevcut olmakla beraber, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları temel olarak müzakere (doğrudan görüşme), arabuluculuk, hakem-bilirkişilik, tahkim olarak sınıflandırılabilir²⁵.

Tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır²⁶. Bazı görüşler ve yargı içtihatları tahkimin yargı yolundan farklı olması ve hakem kurullarının mahkeme olarak kabul edilemeyeceği gerekçesi ile tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul etmektedir²⁷.

Alternatif çözüm yöntemlerini başvuru amaçlarına göre üç kategoriye ayıran bir sınıflandırmada²⁸, birinci grup vakıaların saptanması ile tarafsız ön değerlendirme yöntemleridir. Bu yöntemler; tarafsız üçüncü kişinin devlet yargısına başvurulması halinde tarafların elde edeceği muhtemel sonuç hakkında

²⁴ Özbek, s. 167-168; Ildır, s. 27. Ildır, çözüme ulaşmada üçüncü kişinin müdahalesinin alternatif uyuşmazlık çözümü tanımının gerekli unsurlarından olduğu görüşündeyken; Özbek salt taraflar arasında gerçekleştirilen “müzakere” yöntemine işaret ederek üçüncü kişinin varlığının şart olmadığı görüşündedir. Özbek ile aynı görüşte bkz. Kekeç, s. 13. Müzakerenin AUÇ yöntemlerinin temeli olduğu ve AUÇ’nin taraf hakimiyetini ön planda tutan esnek yapısı göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce, üçüncü kişinin varlığı AUÇ yöntemlerinin zorunlu unsurlarından değildir.

²⁵ Yeşilirmak, Ali, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2011. **Özekes**’e göre tahkim yargısal bir yoldur. Bkz. Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2809. Özbek, tahkimin AUÇ olduğu kanaatindedir. Bkz. Özbek, s. 188. Kuru ise, tahkim sonucu verilen kararların aynı bir mahkeme kararı gibi icra edileceğinden hakem kararının yargısal bir karar olduğu kanaatindedir. Bkz. Kuru, Cilt 6, s. 5938. Aynı yönde Alangoya, H. Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s.596-597.

²⁶ **Özekes**’e göre tahkim yargısal çözümler arasında yer alır ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Bkz. Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2809. **Kuru** ise, tahkim sonucu verilen kararların aynı bir mahkeme kararı gibi icra edileceğinden hakem kararının yargısal bir karar olduğu kanaatindedir. Bkz. Kuru, Cilt 6, s. 5938. Aynı yönde bkz. Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s.596-597.

²⁷ **Özbek**, tahkimin AUÇ olduğu kanaatindedir. Bkz. Özbek, s. 188.

²⁸ Ildır, s. 116.

görüş bildirildiği yöntemlerdir. İkinci grup, arabuluculuk ile kısa duruşma yöntemlerinin uygulanması ile taraflar bir çözüme ulaşabildikleri takdirde, usul hukuku anlamında sulh gündeme gelmektedir. Arabuluculuk tahkim yönteminde ise taraflar arabuluculuk yöntemi ile ortak bir çözüme varamadıkları takdirde son kerte tahkime başvurularak bağlayıcı bir çözüme ulaşılmaktadır.

1.1.4. Müzakere

Müzakerenin kelime anlamı; bir iş hakkında konuşma, fikir alışverişi etmek, bir karar vermek üzere bir yere toplanıp görüş alışverişinde bulunmadır²⁹.

Uzlaşmaya yönelik alternatif çözüm yollarının temeli müzakereye dayalıdır. Müzakere, uzlaşma, doğrudan görüşme (negotiation); uyuşmazlığın taraflarca sistematik yöntemler kullanarak karşılıklı tartışma ve ikna yoluyla çözülmesidir.

Müzakere, tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilen bir konuda, uyuşmazlığı karşılıklı görüşerek çözmeye çalışmalarıdır³⁰. Tarafların, sürece müdahalede bulunan üçüncü bir kişinin yardımı olmaksızın, anlaşmazlığın temelinde yatan sorunu kendi aralarında tartışıp uzlaştıkları ve birbirlerini ikna etmeye çalıştıkları ikili bir yöntemdir³¹.

Fedakarlık boyutuna dikkat çeken bir başka tanıma göre ise, müzakere; istenilen ya da ihtiyaç duyulan önemli bir şeyi elde etmek ya da bir hedefe ulaşmak için sıklıkla çelişen çıkarları bulunan farklı taraflarla karşılıklı özveride bulunulan bir tartışmadır³².

²⁹ Sami, s. 965.

³⁰ Yeşilırmak, s. 13.

³¹ Şahin Ceylan, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, 2009, s. 146.

³² Sander, Peter, Müzakere 101, Strateji Oluşturmaktan İkna Tekniklerine Müzakere Hakkında Bilmeniz Gereken Her Şey, (Çeviren: Özlem Özarpacı), Ankara 2018, s. 18.

Müzakerenin tarihi çok eskilere, trampa yoluyla alışveriş yapılan dönemlere dayanmaktadır. Değiş-tokuş yapılan mal veya hizmetlerin değeri, taraflara bağlıdır ve taraflar bu değeri müzakere ile belirler³³.

Anlaşmazlık karşısında tarafların davranış (müzakere) tarzları, Thomas ve Kilmann tarafından temel olarak; ısrarcılık (assertiveness) ve işbirliği (cooperativeness) boyutları arasında ele alınmaktadır. Bu iki boyut arasında tarafların beş temel davranış biçiminde müzakere ettikleri görülmektedir: Rekabetçi, problem çözücü, kaçınmacı, uyuşmacı (teslim olan) ve uzlaşmacı müzakere tarzları... Uyuşmacı (teslim olan) müzakere, karşı tarafın talebinin kolayca kabul edildiği durumlarda görülür. Kaçınmacı müzakere tarzında çatışmaya girmemek ve tartışmayı ertelemek temel hedeftir. Rekabetçi (çekişmeci) müzakerede bir taraf isteği konusunda oldukça ısrarcı olup karşı tarafın ihtiyaçlarını gözetmez. Bu nedenle saldırgan ve çatışmayı tırmandıran bir müzakere modelidir. Problem çözme metodunda taraflar birlikte kazanmayı hedefler. Uzlaşmacı müzakere modelinde ise tarafların orta noktada buluşma motivasyonu vardır³⁴.

Türk Hukuku'nda müzakereye yer verilmiştir. Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu "*uzlaşma sağlama*" başlıklı m. 35/A uyarınca müzakere yetkisi, tarafların yanı sıra avukatlara da tanınmıştır.

Keza yargılama sırasında mahkeme huzurunda yapılan sulh anlaşmaları veya noter huzurunda düzenleme şeklinde yapılan ve kayıtsız şartsız borç ikrarı içeren sulh anlaşmaları İİK m. 38 anlamında ilam niteliğini haiz belge olarak kabul edilmektedir.

³³ Sander, s. 34.

³⁴ <http://www.kilmanndiagnostics.com/overview-thomas-kilmann-conflict-mode-instrument-tki>

1.2. ARABULUCULUĞUN TANIMI VE AMACI

Arabuluculuk (mediation), Latince de ortayı bulmak anlamında gelen “*mediare*” kökünden gelmektedir³⁵. Sözcük anlamı incelendiğinde; uzlaştırıcı, barıştırmacı³⁶, tarafsız üçüncü bir kişinin uzlaşamayan taraflara karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmada yardımcı olduğu bağlayıcı olmayan uyuşmazlık çözüm yolunu ifade etmektedir³⁷.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.2 (b) bendinde arabuluculuk; “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretilmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini*” ifade etmektedir³⁸.

Tanımdaki “ihtiyarilik” unsuru, iş hukuku ve parasal talepleri içeren ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu sebebiyle ortadan kalkmıştır. Ancak, bu zorunluluk salt başvuru noktasındadır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması zorunlu değildir. Bu nedenle anılan uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenemediği takdirde yargı yoluna başvuru açık olduğundan ihtiyarilik ilkesi halen varlığını sürdürmektedir.

Arabuluculuğun müzakereden temel farkı, tarafsız üçüncü kişinin katılımıdır. Arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü için bir üçüncü kişiden yardım alınırken; müzakerede taraflar, uyuşmazlığı kendi başlarına çözmeye çalışmaktadırlar.

³⁵ Pekcanitez /Atalay / Özekes, s. 725.

³⁶ Sami, s. 47.

³⁷ Garner Brian A., Black’s Law Dictionary, 17. Baskı, ABD, 2000, s. 797; Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2014, s. 809.

³⁸ 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Arabuluculuk yönteminin temel amaçları arasında, uyuşmazlıkların daha az emek ve para harcayarak (etkin) çözümü, tarafların uyuşmazlığın çözümünde etkin rol alarak sonucun gerektirdiği sorumluluğu üstlenmeleri, son olarak hem taraflar arasındaki ilişkinin arabuluculuk sürecinde yeni bir şekle bürünmesi hem de sosyal dönüşüm sağlanması vardır³⁹.

Bush ve Folger; arabuluculuk süreci hakkında genel kabul gören dört yaklaşımdan bahseder⁴⁰. Genel olarak kabul gördüğü düşünülen “doyum” yaklaşımına göre; arabuluculuk yöntemini tercih eden taraflar, yargılama yöntemine göre hem süreç hem sonuç açısından daha yüksek doyum elde eder. Arabuluculuk ihtiyaçları karşılayan ve acıyı azaltan yaratıcı problem çözümü olarak tanımlanır. Bir diğeri olan sosyal adalet yaklaşımında, arabuluculuğun, özellikle komşuluk hukuku ve tüketici hukuku gibi konularda zayıf kişiler arasında bağ oluşturmaya yardımcı olma fonksiyonu vurgulanır. Dönüşüm yaklaşımına göre, arabuluculuk sürecinin de taraflara kendi çözümlerini bulma imkanı verilmesi güçlendirici boyutu olarak kabul edilmekte, yapıcı ve pozitif iletişim sayesinde çatışan tarafların birbirlerine karşı anlayış ve empati duymalarını sağlama ise tanıma boyutu olarak nitelendirilmektedir. Böylece ve yıkıcı çatışma ilişkisi, pozitif ve yapıcı bir sosyal güce dönüşür. Son olarak baskı yaklaşımı arabuluculuk hakkında bir tanımdan ziyade uyarı niteliği taşır. Buna göre, arabuluculuk güçlüyü daha güçlendiren zayıfın sömürülmesine yol açan, devletin kontrolünü artıran bir baskı ve manipülasyona yol açan bir mekanizmadır ve sıklıkla adil olmayan sonuçlar doğurur.

1.3. ARABULUCULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ

Tarihin en eski dönemlerinde uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak şiddete başvurulduğu ve kısasa kısas yönteminin uygulandığı bilinmektedir. Yerleşik kültürün artması ile geleneksel toplumlarda arabuluculuğun birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, topluluk içinde görece saygın bir kişiye arabulucu olarak

³⁹ Yazıcı Tıktık, s. 11-15.

⁴⁰ Bush, Robert A. Baruch / Folger, Joseph P., Arabuluculuk ve Getirileri Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, (Çeviren: Gamze Sart), Ankara, 2013, s. 9-18.

başvurulduğu, arabulucunun kararlarının taraflar nezdinde önemli olduğu ve kararın ihlali halinde yaptırım gücü bulunduğu anlaşılmıştır. Geleneksel arabuluculuk Babil, Asur ve Roma’da kullanılmıştır. Çin ve Uzak Doğu’da kullanımı binlerce yıllık geçmişe dayanır. Eski Mısır ve Yunan’da, arabuluculuğa dair resmî kayıtlar mevcuttur⁴¹. Ortaçağda papaların bu yöntemi uyguladığı, modern toplumlarda ise dava yoluna başvurma birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi iken, geleneksel toplumların uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun modern toplumlara aktarıldığı görülmektedir⁴².

ABD’de ilk kez 1940’lı yıllarda sendikalar ile ilgili uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemi ile çözülmüştür⁴³. Modern arabuluculuğun temellerinin Amerika Birleşik Devletleri’nde 1964 tarihli Yurttaşlık Kanunu ile atıldığı kabul edilmektedir. 1964 yılında yürürlüğe giren Medeni Haklar Kanunu ile Kongre, ırk ayrımcılığından doğan uyuşmazlıklar ile toplumsal uyuşmazlıkların çözümünde Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı bünyesinde “*Toplum İlişkileri Servisini*” kurmuştur. 1976 Roscoe Pound Konferansı bugünkü anlamda alternatif çözüm yollarının başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Prof. Frank Sanders, “*farklı uyuşmazlık çözüm önerileri*” adlı tebliğinde, yargılama sürecindeki pahalılık, iş yükü, gecikme gibi olumsuzlukları “*dava krizi*” olarak nitelendirmiş, mahkemelerin sadece bir adliye binasından ibaret olmaması aynı zamanda belirli uyuşmazlıkların en uygun şekilde çözümünü sağlayacak alternatif uyuşmazlık çözüm merkezi haline getirilmesini ilk kez önermiştir⁴⁴.

1990’lı yılların başında modern arabuluculuğun ABD’den Avrupa’ya yayıldığı görülmektedir. Almanya’da ilk defa 1977 yılında Berlin’de hukuk sosyolojisi alanında düzenlenen bir konferansta yargıya alternatif yollar tartışılmıştır. Konferansı takiben arabuluculuk kültürünün yerleşmesi için çeşitli

⁴¹ Goodman, Andrew, “Arabuluculuğa Hazırlanmak - Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber”, (Çevirenler: Adnan Bıçaksız / Zeynep Alkın), Ankara, 2017, s. 4.

⁴² Şahin Ceylan, s. 155.

⁴³ Pekcanitez, Hakan, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir, 2007, s. 247.

⁴⁴ Goldberg Stephen B., Sander Frank E. A., Rogers Nancy H., Cole Sarah Rudolph, Dispute Resolution Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes, Aspen Casebook Series, 6th Edition, s. 7; Özbek, s. 224; Taşpolat Tuğsavul, s. 33.

bilgilendirme çalışmaları yapılmıştır. Örneğin, 2008 yılında 67. Hukukçular Gününün konusunun “arabuluculuk” olarak belirlenmesinden bu kavramın yerleştiği anlaşılmaktadır⁴⁵. Almanya’da Arabuluculuk Kanunu 25.07.2012 tarihli Federal Resmi Gazete’de yayımlanarak 26.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsviçre’de 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda arabuluculuk bir alternatif yöntem olarak kabul edilmiştir. Fransa’da müzakere ve arabuluculuğun temellerinin Fransız ihtilalinden sonra atıldığı bilinmekte ise de, 1970’li yıllarda hakimler tarafından iş hukuku ve aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemi kullanılmış, 08.02.1995’te kabul edilen bir kanunla Fransa’da arabuluculuk uygulaması başlamıştır.

İngiltere’de 1896 yılında ilk düzenlemeler yapılmış, Lord Woolf’un 1995 ve 1996’da yayımladığı ara raporlar ve adalete erişim nihai raporlarında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çok iyi bir alternatif olarak belirtilmiştir⁴⁶. Lord Woolf’un görüşleri doğrultusunda yeni hukuk usulü kuralları hazırlanmış ve 26.04.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁷.

Avrupa Birliğinde 1998 yılı itibariyle alternatif çözüm yolları üzerine çalışmalar başlamış, 2002 yılında “Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap” adlı çalışma yayımlanmıştır⁴⁸. 2008/52/EG sayı ile 21.05.2008 tarihinde “Belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Bir Arabuluculuk Yönergesi” kabul edilmiş olup üye devletlerin yönergeyi 3 yıl içinde iç hukuklarına aktarma zorunluluğu getirilmiştir. Yönergede, uyuşmazlığın mahkemelerde görülmesi sırasında, hakimin tarafları arabuluculuğa davet edebileceği, üye devletlerin arabuluculuk hizmetlerinin geliştirilmesi, arabuluculuk ilkeleri, arabuluculuğa

⁴⁵ Taşpolat Tuğsavul, s. 35.

⁴⁶ Kekeç, s. 32.

⁴⁷ Özbek, s. 331.

⁴⁸ Bu çalışmanın metni için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_en.htm (Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law) Metnin Türkçe çevirisi için bkz. Evrim Erişir / Ceren Tekin, Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S. 9, 2008/1, s. 131-165.

başvuru halinde sürelerin duracağı, süreç sonunda varılan anlaşmanın mahkeme veya noter tarafından onaylanmak koşuluyla icra edilebilirliği hakkında üye devletlere iç hukuklarında düzenleme yapılması zorunluluğu şeklinde hükümler yer almaktadır.

Tüketici uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözümleri hakkında 21.05.2013 tarihli Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu 2013/11/EU sayılı Yönergesi kabul edilmiştir⁴⁹. Yönergenin kapsamı, Avrupa Birliği sınırları içindeki tacirler ile tüketiciler arasındaki uyuşmazlıkların yargılama dışında tarafsız, şeffaf, etkili ve hızlı çözümülenmesi ile tüketicinin yüksek düzeyde korunmasıdır⁵⁰.

Uluslararası hukuk bakımından, 2000 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kadın, Sulh ve Güvenlik hakkındaki 1325 sayılı Kararı⁵¹ ile birlikte arabuluculuğun toplumsal cinsiyetle ilişkisinin kurulması, toplumsal cinsiyetin temel arabuluculuk açısından iki temel boyutta tartışılması sağlanmıştır. 2002 yılında ise “Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu” kabul edilmiştir⁵².

1.4. TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK YOLUYLA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

Osmanlı Devletinde ulemanın hatta bazı hallerde kadınların arabuluculuk benzeri faaliyetlerde bulunduğu bilinmektedir.

Ülkemizde adil yargılanma hakkı kapsamında etkili sonuç ve hızlı adalete erişimin yasal dayanakları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 5, 9, 10, 36, 141/4. maddelerinde yer almaktadır.

⁴⁹ <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj>

⁵⁰ Dür, s. 146 vd.

⁵¹ <http://www.peacewomen.org/assets/file/TranslationInitiative/1325/1325turkish.pdf>

⁵² United Nations, UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, New York, 2004, s. 1 vd.

“Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı Anayasa m. 2; Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti niteliğini, “Devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı Anayasa m.5, Devletin “sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma” görevini, “Yargı yetkisi” başlıklı Anayasa m. 9, Yargı yetkisinin, “Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce” kullanıldığını, “Kanun önünde eşitlik” başlıklı Anayasa m. 10, ayrımcılık yasağını, “Hak arama hürriyeti” başlıklı m. 36, adil yargılanma hakkını ve “Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması” başlıklı Anayasa m. 141 f. 4 “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması”nın yargının görevi olduğunu düzenler.

Yukarıda açıklanan gelişmelere Türk hukuk sisteminde de kayıtsız kalınmamış ve çeşitli kanunlarda pek çok alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁵³. Örneğin; 1136 sayılı Av. K. “uzlaşma sağlama” başlıklı 35/A maddesi; 5271 sayılı CMK’nın “uzlaştırma” başlıklı 253. maddesi, 6502 sayılı TKHK’nın “tüketici hakem heyeti” başlıklı 66. maddesi, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun “usul hükümleri” başlıklı 7. maddesi, ile söz konusu hükümlere tabi davaların öncelikle sulh yoluyla çözümün teşvik edilmesi öngörülmektedir.

6100 sayılı HMK’da sulhe teşvik için öngörülen hükümlere örnek olarak; ön inceleme aşamasında sulhe ve arabuluculuğa teşvik yönünde m. 137 f. 1, aynı yönde 140 f.2 ve 3, aynı yönde 320 f. 2 hükümleri mevcuttur.

1.4.1. Mevzuata Genel Bakış

Arabuluculuğun 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile düzenlenmesi, arabuluculuğun adalete erişim mekanizmalarından biri olarak kabul edildiğinin en açık göstergesidir. Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak 2013 yılında “Hukuk Uyuşmazlıklarında

⁵³ Bkz. 1.3. başlıklı bölüm.

Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁵⁴ kabul edilmiş olup 2018 yılında yayınlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁵⁵ ile 2013 tarihli yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı Arabuluculuk Kurulu’nca 2013 yılında “Arabuluculuk sistemi ve arabulucular için model etik ve uygulama kuralları” kabul edilmiştir. Dava şartı arabuluculuk, ilk olarak 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kabul edilmiş olup anılan Kanunun 3. maddesi uyarınca 01.01.2018 tarihi itibarıyla kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Son olarak 06.12.2018 tarihli 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20 maddesi ile eklenen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunum.5/A uyarınca; TTK’nun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Aynı kanunun 23. maddesiyle getirilen HUAK m. 18/A, dava şartı arabuluculuk hakkında genel bir düzenleme olarak öngörülmüş ve ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine HUAK m. 18/A’nın uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Böylece dava şartı arabuluculuk uygulamasının genişletileceği sinyali verilmiştir⁵⁶. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından Türkiye Arabulucular Etik Kuralları yayınlanmıştır. 25 Ekim 2017 tarihli ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 12 Ekim 2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 19 ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

⁵⁴ 26.01.2013 tarihli 28540 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mülga Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁵ 02.06.2018 tarihli ve 30439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵⁶ Pekcanitez tarafından kanun düzenleme tekniğine aykırı olarak torba yasa olan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20 maddesi ile ticari davalarda arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesi eleştirilmektedir. Bkz. Pekcanitez, Hakan, “Tartışmalar”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar/Yardım), Ankara, 2019, s.141-142.

Arabuluculuk Kanununun m. 6'ya eklenen f. 3 hükmü ile, Arabuluculuk Daire Başkanlığına, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Anılan hükümler gereğince, “İş Hukukunda Uzman Arabuluculuğa İlişkin Usul ve Esaslar” belirlenmiş olup Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın internet sitesinde kamuoyuna duyurulmuştur⁵⁷. Ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından 2019 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi yayımlanmıştır⁵⁸.

1.4.2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler

HUAK uyarınca arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler m. 3’te iradi olma ve eşitlik, m. 4’te gizlilik, m. 5’te beyan veya belgelerin kullanılamaması olarak belirtilmiştir. Doktrinde bağımsız üçüncü kişinin varlığı, gönüllülük, gizlilik, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı, sürecin hâkimiyetinin taraflarda olması, tarafların eşitliği, devlet yargısına alternatif olması, arabulucunun bağlayıcı karar verememesi, karşılıklı anlaşmaya dayalı bir çözümün esas olması ilkeleri üzerinde durulmaktadır⁵⁹.

1.4.2.1. İradilik

1.4.2.1.1. Gönüllülük Esası

Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir (HUAK m.3 f.1). Kural olarak, arabuluculuğa başvuru tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflar istedikleri zaman süreçten vazgeçebilirler. Sürecin nasıl sonuçlanacağı da taraf iradelerine bırakılmıştır. Arabuluculuğun esnek yapısı gereği süreç her zaman uzlaşma ile sonuçlanmak zorunda değildir. Esasen sağlıklı müzakere ve uzlaşma ancak

⁵⁷ <http://www.adb.adalet.gov.tr/isHukukundaUzmanArabuluculugailiskinusulveesaslar.pdf>

⁵⁸ 01.12.2018 tarihli 30642 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵⁹ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 775; Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul, 2017, s. 605-606; Özbek, s. 563-588; Kekeç s. 56-81; Taşpolat Tuğsavul, s. 125-142; Karşlı, s. 806 vd.

tarafların serbest iradeleri ile arabuluculuk sürecini seçmesi ile ortaya çıkabilir⁶⁰. İradi olmada en önemli unsur, tarafların müzakereleri diledikleri zaman terk edebilmeleri imkânına sahip olmalarına rağmen bu nedenle hiçbir yaptırıma maruz bırakılmamalıdır⁶¹.

Kekeç, gönüllülükten bahsedebilmek için tarafların arabuluculuk yöntemi ve sonuçları hakkında bilgilendirildikten sonra “katılma rızası” vermeleri gerektiğini, arabuluculuk sonucu varılan anlaşmaya rızanın ise bu anlaşmanın içeriğinin ve sonuçlarının farkında olunmasını ifade ettiğini belirtmektedir⁶².

Arabuluculuk, kural olarak mahkemelere başvuru yapma imkânını engelleyen bir yöntem değildir. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır⁶³. Gönüllülük esasına göre ulaşılan çözümlerin bağlayıcılığının sağlanması için icra edilebilirlik şerhi alınarak bu anlaşmanın bağlayıcılığı ve icrası sağlanır⁶⁴.

1.4.2.1.2. İradilik İlkesine Getirilen İstisnalar

Arabuluculuk yöntemi esasen iradilik ilkesi üzerine kuruludur. Arabuluculuğun doğası karşılıklı fedakarlık ve uzlaşma için çaba gerektirdiğinden öncelikle tarafların bu hususta müzakere etmek üzere istekli olmaları şarttır. Ancak sistemimizde 7036 sayılı İMK m. 3 ile iş hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklarda, akabinde TTK m. 5/A uyarınca konusu para alacağı olan bazı ticari davalarda arabulucuya başvuru dava şartı olarak zorunlu hale getirilmiştir.

⁶⁰ Madde gerekçesinde tarafları alternatif yollara başvuru için zorlamanın Anayasa tarafından güvence altına alınan hak arama özgürlüğünü ihlal sonucunu doğuracağı, isteksiz başlatılan süreçten başarılı sonuç elde edilemeyeceği, gönülsüz yapılan anlaşmanın en azından uygulama aşamasında birçok sorun çıkaracağı vurgulanmaktadır. Sürecin her zaman uzlaşma ile sonuçlanmasının gerekmediği ve bunun da arabuluculuğun esnek doğası gereği olduğu belirtilmektedir. Bkz. HUAK m. 3 gerekçesi; <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>

⁶¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 610.

⁶² Kekeç, s. 69-70.

⁶³ HUAK ile kişilerin anayasal haklarından olan hak arama hürriyetinden mahrum edileceği, bağımsız yargı organları ile irtibatının kesileceği ve hakkını hukuk dışı yollardan aramaya zorlanacağı veya teşvik edileceği yönünde ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık itirazları, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve yerinde görülmemiştir. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 (Bkz. 25.01.2014 Tarihli ve 28893 Sayılı Resmi Gazete).

⁶⁴ Taşpolat Tuğsavul, s. 129.

Arabuluculuğa zorunlu olarak başvurunun AY m. 36 uyarınca hak arama özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamadığı konusunda arabuluculuğun dava sürecinin bir parçası olduğu, tarafların anlaşamayarak dava yoluna başvurma haklarının baki olduğu, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler durduğundan herhangi bir hak kaybına sebebiyet verilmeyeceğine, hatta adalete erişim hakkının mahkeme dışı uyuşmazlık yollarına başvuruyu da kapsadığına değinilmektedir⁶⁵.

Dava şartları, davanın dinlenilmesi için mevcut olması veya mevcut olmaması gereken usuli şartları ifade eder⁶⁶. **Pekcanitez**'e göre; "*Dava şartı davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır*"⁶⁷. Dava şartları davanın esasına girmeye engel olan şartlardır⁶⁸. Dava şartları kamu düzenine ilişkin olduğundan, yargılamanın her aşamasında re'sen incelenir ve karara bağlanır (HMK m. 115).

Dava şartları, davanın esasına girilmeden önce incelenir ve karara bağlanır. Ancak bazı hallerde yargılamanın başında dava şartlarının mevcut olup olmadığı konusunda karar verilmesi mümkün olmayabilir. Yargılama sürecinde dava şartlarının tamamlanması halinde, davanın esasına girilerek uyuşmazlık hakkında karar verilmesi gerekmektedir⁶⁹.

Ancak dava şartı arabuluculuk uygulaması, HMK m. 115 f.2'ye aykırı olarak, tamamlanabilen bir dava şartı eksikliği olarak düzenlenmemiştir. Üstelik UYAP sisteminin kullanılmasında arabuluculuk son tutanağının bulunmaması halinde davanın açılması teknik olarak mümkün olmadığından dava şartı adeta bir dava engeline dönüşmekte ve doktrinde eleştirilmektedir⁷⁰. Zira, dava şartı noksanlığının giderilmesi ve arabulucuya başvurulması için mahkemece davacıya süre verilemeyeceği gibi, HMK m. 115 f. 3'ün uygulanması da mümkün

⁶⁵ Kekeç, s. 72; Ildır, s. 48; Özbek, s. 912.

⁶⁶ Kuru, Cilt 2, s. 1343; Üstündağ, s. 281; Bilge, Necip / Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 402; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 190; Postacıoğlu / Altay, s. 206.

⁶⁷ Pekcanitez, s. 927.

⁶⁸ Üstündağ, s. 280-281; Dava hakkı dava şartı değildir. Hakkın varlığını tespit etmek için esasa girilmesi gerekir. Dava şartı usul hukukuna ilişkin olarak davayı kabule engel olan şartlardır.

⁶⁹ Postacıoğlu / Altay, s. 206.

⁷⁰ Pekcanitez, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, s. 142.

kılınmamaktadır. Bu bağlamda, dava şartı eksikliği, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden dolayı, davanın usulden reddedilemeyeceği hükmünün uygulanmasına gerek UYAP sisteminde dava açılmamasının yarattığı teknik engel gerekse HUAK m. 18/A f. 2 lafzı cevaz vermemektedir.

Bir diğer eleştiri ise, HUAK m. 18/A f. 11 uyarınca, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan tarafın davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulması yönündeki hüküm hakkındadır. Arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın davayı tamamen kazansa dahi tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasının yanı sıra *“bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.”* şeklinde düzenlenen hüküm, süreçten belki de tamamen habersiz olan avukatının da 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 164 f. son uyarınca dava sonunda, kararla karşı tarafa yüklenecek yasal vekâlet ücreti hakkından mahrum bırakılmasına yol açmaktadır. **Tıktık Yazıcı’ya** göre, görüşmeye katılmayan tarafın, yargılama giderleri ile sorumlu tutulması arabuluculukta ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁷¹. Kanaatimizce de, hüküm adeta bir ceza mahiyeti taşımakta ve arabuluculuk müessesesi hakkında önyargıya yol açmaktadır. Ülkemizde arabuluculuğa başvurma alışkanlığının henüz yerleşmediği dikkate alındığında ceza yoluyla tarafları zorlamak; taraflar nezdinde arabuluculuk müzakerelerini iyi niyetle yürütmek, gerektiğinde taviz vermek konusunda direnç yaratabilecek ve doğal akışı içerisinde sürecin sindirilmesinin önünde engel teşkil edecektir. Karşılaştırmalı hukukta sürecin uzun yıllar ihtiyari olarak yürütüldüğü, çeşitli tanıtımlar bilgilendirme çalışmaları ile sürecin desteklendiği akabinde zorunlu hale getirildiği ve benzer yaptırımlar öngörüldüğü izlenmiştir.⁷² 2017 yılı

⁷¹ Tıktık Yazıcı, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, s. 118-119.

⁷² Tıktık Yazıcı, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, s. 120.

verilerine göre konularına göre iş mahkemelerinde açılan davalar incelendiğinde %63,2 alacak davası, %20,2 oranında tespit davası olduğu tespit edilmiştir⁷³.

Tıktık Yazıcı, tebliğinde, ülkemizde bazı iş uyuşmazlıkları ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesinin toplam uyuşmazlık sayısının %12'sine tekabül ettiğini, ancak uzun zamandır ihtiyari ve zorunlu arabuluculuk deneyimi olan İtalya'da dahi bu oranın %8 ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir⁷⁴. Arabuluculuk hakkında akademisyenlerin, avukatların dahi yeterince bilgi sahibi olmadığı ülkemizde, uyuşmazlıkların önemli bir kısmını zorunlu arabuluculuğa tabi tutmanın ve sürecin sindirilmemesinin dezavantajlarını toplum olarak yaşadığımız ortadadır.

Son olarak; “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” (HUAK m. 18A f.18). Bu nedenle hukukumuzda tüketici uyuşmazlıklarında özel hakem şartı, patent uyuşmazlıklarında tahkim şartı bulunduğundan anılan uyuşmazlıklar için doğrudan arabuluculuğa başvurulamaz. İlgili kanunlarda (İMK m.3, TTK m. 5/A) dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklıdır (HUAK m. 18A f.19).

İhtiyari arabuluculuk için 02.01.2018-27.05.2018 tarihleri arasında 15655 başvuru yapılmış 15234 adeti (%95) anlaşma, 421 adeti (%5) anlaşamama ile sonuçlanmıştır⁷⁵.

İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamında yapılan 354.739 başvuru yapılmıştır. Arabuluculuk son tutanakları düzenlenen 342.744

⁷³ http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf

⁷⁴ Tıktık Yazıcı, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, s. 117-120.

⁷⁵ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihitiyari.pdf>

uyuşmazlığın, 237.693'ü (%69) anlaşma ile sonuçlanırken, 105.051 (%31) uyuşmazlıkta anlaşma sağlanamamıştır⁷⁶.

Dava Şartı Arabuluculuk için 02.01.2018-27.05.2018 tarihleri arasında arabulucu görevlendirilmesi yapılan dosya sayısı 127.845 olup anlaşma ile sonuçlanan dosya sayısı 38667 (%65), anlaşamama ile sonuçlanan dosya sayısı 20510 (%35) dir⁷⁷.

2017 yılında arabuluculuğa başvuru alan toplam uyuşmazlıkların %86,2'sinde anlaşma sağlanmış, %13,8'inde ise anlaşma sağlanamamıştır⁷⁸. Arabulucuğa gelen uyuşmazlık konuları incelendiğinde, 2017 yılı için işçi işveren uyuşmazlıkları 20055 adet ile ilk sırada, 212 adet ile maddi ve manevi tazminat talebi, 159 adet sigorta hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar izlemektedir. Fikri ve sınai mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklardan 2015 yılından toplam 200 uyuşmazlığın 196'sının anlaşma 4'ünün anlaşamama ile sonuçlandığı, 2016 yılında 62 uyuşmazlığın 59'unun anlaşma 3'ünün anlaşamama, 2017 yılında 5 uyuşmazlığın 3 anlaşma 2 anlaşamama ile sonuçlandığı görülmektedir⁷⁹.

1.4.2.2. Eşitlik

HUAK m. 3 f.2'de " *taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler*" ifadesi ile eşitlik ilkesi düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde, kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın anlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebileceğinden bahisle adil yargılanma ve hukuki

⁷⁶ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 2018 Yılı Faaliyet Raporu, s. 24. <http://higm.adalet.gov.tr/dokumanlar/faaliyetraporlari/2018%20Y%C4%B1%C4%B1%20Faaliyet%20Raporu.pdf>

⁷⁷ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf>

⁷⁸ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler2017, s. 209, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf.

⁷⁹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler2017, s. 210, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf.

dinlenilme hakkının⁸⁰ bir gereği olarak arabuluculuk yönteminde eşitliğin temel ilkelerden biri olduğu belirtilmektedir. Arabulucunun taraflara eşit yaklaşması zorunluluğu özellikle güç dengesizliğinin var olduğu uyuşmazlıklarda önem arz etmektedir.

1.4.2.3. Gizlilik

HUAK m. 4'te *“taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.”* gizlilik ilkesi düzenlenmektedir.

Yargılamanın temel güvencelerinden biri olan aleniyet ilkesi ile amaçlanan kamuoyunun yargılamaya güveninin sağlanması, devletin yargılama görevinin denetlenmesi ve yargılamanın objektifliğinin sağlanmasıdır⁸¹. Ancak arabuluculukta gizlilik ilkesi ile tarafların sürece güven duymaları sağlanmaya çalışılır.

Arabuluculuğun temeli müzakere olduğundan tarafların öncelikle bu yönetime güvenmeleri ve tüm çözüm olasılıklarını değerlendirebilmek için pozisyonları ve menfaatleri konusunda açık ve iyi niyetli olmaları gereklidir.

Tıktık Yazıcı, gizlilik ilkesinin; arabuluculuk sürecinin aleni olmamasını, sürece katılanların birbirlerine karşı sır saklama yükümlülüğünü ve süreçte ortaya çıkarılan bilgi, beyan ve belgelere dayanılamayacağına ilişkin delil güvenliğini ifade ettiğini belirtmektedir⁸². Madde gerekçesinde, yargılamanın aleniliği ilkesi karşısında arabuluculukta gizliliğin esas olmasının bazen arabuluculuğu tek başına tercih sebebi haline getirdiği vurgulanmaktadır.

⁸⁰ Medeni Usul Hukukunda hukuki dinlenilme hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erdönmez / Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 762 vd.; Alangoya / Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 187; Postacıoğlu / Altay, s.172.

⁸¹ Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 189; Erdönmez / Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 895.

⁸² Yazıcı Tıktık, s. 34-35.

HUAK m. 5'te gizlilik ilkesinin özel hali düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların arabulucunun veya sürece katılan üçüncü kişilerin uyuşmazlık ile ilgili dava veya tahkim yoluna başvurulması halinde, tarafların arabuluculuk görüşmelerinde edinilen bilgi ve belgelere delil olarak dayanmaları ve bunlar hakkında tanıklık etmeleri yasaklanmıştır. Buna göre taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya katılma isteği, arabuluculuk sürecinde ileri sürülen görüşler, teklifler, öneriler veya herhangi bir vakıanın veya iddianın kabulü ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelere ve beyanlara ilerde dava ve tahkim yoluna başvurulması halinde dayanılmaz, hükme esas teşkil etmez, şeklinde yasaklar getirilmiştir.

HUAK m. 4 ile 5'in birlikte değerlendirilmesi neticesinde gizlilik ilkesinin istisnaları; tarafların aksini kararlaştırması (HUAK m.4 f.1), kanunun tarafından mahkemeye sunulmasının emredilmesi (HUAK m. 5 f.3), icra edilebilirlik şerhi alınması (HUAK m. 5 f.3), varılan anlaşmanın uygulanması, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen delillerin sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle gizlilik kapsamında değerlendirilemeyeceği (HUAK m. 5 f.5) olarak ifade edilmektedir⁸³.

İç ilişkide gizlilik ilkesi, arabulucunun taraflardan biri ile bireysel olarak yaptığı görüşmelerin rızası olmaksızın diğer tarafa iletilmemesini; dış ilişkide gizlilik ise, arabuluculuk görüşmelerinde konuşulanların ve sunulan belgelerin üçüncü kişilere iletilmemesini düzenler⁸⁴. Özellikle ticari davalarda ticari sıratelikli bilgi ve belgelerin gizlilik ilkesi kapsamında korunması ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğu tercih sebebi olmaktadır.

⁸³ Giray, R. Eda, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Tebliği, İTOTAM, 17.04.2019.

⁸⁴ Yazıcı Tıktık, s. 95 vd.; Arsan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 776; Karşı, s. 806-807.

1.4.2.4. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Arabulucu “tarafsız ve bağımsız üçüncü kişidir”⁸⁵. Arabulucunun gücü ve etkisinin, onun devamlı ve değişmez olarak kabullendiği tarafsızlığından kaynaklandığı ve tarafsızlık kavramının “impartiality”⁸⁶ ve “neutrality”⁸⁷ olarak açıklanan iki kavramdan oluştuğu, ayrıca içsel ve dışsal tarafsızlık olarak iki farklı görünüşü bulunduğu düşünülmektedir⁸⁸. Buna göre; arabulucunun tarafların menfaatleri ve çözüm önerilerine karşı önyargısız olması (impartiality), taraflara eşit mesafede yaklaşması ve her bir tarafın menfaatlerinin nasıl tatmin edileceği ile ilgilenmesi gerekir. Nötr olunması (neutrality) ise taraflar ve arabulucu arasındaki ilişki hakkındadır. Arabulucunun taraflardan birine karşı önyargılı olması veya bir taraf lehine sempati duyması, diğer taraf nezdinde güven kaybına yol açar ve sağlıklı müzakere ortamı sağlanamaz. İçsel tarafsızlık arabulucunun duygu ve düşüncelerinde önyargısız olmasını, dışsal tarafsızlık ise söz ve davranışlarında bir taraf lehine eğilimli görünmemesini hedefler⁸⁹. Arabulucunun uyuşmazlık konusu bakımından da tarafsız olması, uyuşmazlığın çözümünde doğrudan veya dolaylı bir menfaatinin bulunmaması gerekir (HUAK m.9 f. 2 ve f.4, benzer şekilde HMK m. 34). Arabulucu sürecin başından sonuna dek bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Arabulucunun tarafsızlığı farkındalığına bağlı olup etik ikileme düştüğü zaman, öz denetimini yapmalı ve arabuluculuk görevinden çekilmelidir⁹⁰.

Tarafsızlık ilkesi gereği; arabulucunun tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir halin ortaya çıkması durumunda, arabulucuya taraflara bildirimde bulunma

⁸⁵ 6325 sayılı HUAK m. 2 (b) bendi. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (26.1.2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmi Gazete) m.8’de tarafsızlık ilkesi ayrıca düzenlenmiştir; “Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürütürken tarafsız davranmak zorunda olup, tarafsızlığı hakkında şüpheye yol açacak tutum ve davranışta bulunamaz.”

⁸⁶ “Partiality”; Latince “partialis” kökünden gelmektedir. Bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/partial>. Impartiality “önyargısız, eğilimsiz” anlamında kullanılmaktadır

⁸⁷ “Neutral” ise “neutre” latince kökünden gelmektedir. Bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/neutral#h2> Neutral, ne-utre (not – either), “hiçbiri, etkisiz” anlamında kullanılmaktadır.

⁸⁸ Kekeç, s. 60-62.

⁸⁹ Kekeç, s. 65.

⁹⁰ Kaplan Güler, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul, 2014, s. 46.

yükümlülüğü getirilmiş, ancak taraflarca kabul edilmesi durumunda görevine devam edebileceği belirtilmiştir (HUAK m. 9). Aynı maddenin son fıkrasında arabulucuya, arabuluculuk yaptığı uyuşmazlık konusu hakkında taraflardan birinin avukatlığını üstlenme yasağı getirilmiştir. HUAKY m.12 f.4'te aynı yasak; hâkimlik, hakemlik ve bilirkişilik görevlerini üstlenmek bakımından da getirilmiştir.

Taraflar arasında güç dengesizliği bulunan işçi-işveren uyuşmazlıkları vb. hallerde özellikle hukuki bilgiye erişim konusunda dezavantajlı olan işçinin, avukatıyla toplantıya katılan işveren yanında haklarını bilmemesi, uyuşmazlığın adil müzakere edilememesine yol açabilir. Arabulucunun işçiye yasal haklarını hatırlatması ise tarafsızlık ilkesi uyarınca yasaktır. Bu noktada *Pekcanitez*'e katılarak yasa koyucu işçi işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuğu dava şartı olarak getirmekle beraber taraflara müzakereye avukatları ile katılması zorunluluğu yüklenmesinin adalete erişimi güçlendireceği kanaatindeyiz. Adalete erişim hakkı kapsamında, yargılama ve takip giderlerinde adli yardımın düzenlendiği HMK m. 334'e dava şartı arabuluculukta taraf vekilliği ücretinin de eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

1.4.2.5. Arabuluculuk Sürecine Hâkimiyetin Uyuşmazlığın Taraflarına Ait Olması

Mahkeme ve tahkim yargılaması sonucunda, davanın konusuz kalması ve davanın açılmamış sayılması haricinde taraflar açısından kazanmak ya da kaybetmek dışında başka bir sonuçla karşılaşmak olası değildir. Ancak arabuluculukta taraflar karar vermek yetkisini elinde bulundurmakta, anlaşmanın hükümleri taraflarca belirlenmekte ve her iki tarafın da kazanabileceği sonuçlar üretilmektedir⁹¹. Tarafların sürece hâkimiyeti, kendi verdikleri karara uymakta sadık davranmalarına ve sorumluluk almalarında da yol açmaktadır. Ayrıca, taraflar kendi uyuşmazlıklarına özgü, yasanın öngörmediği, yaratıcı çözümler üretme imkânına da sahip olmaktadır.

⁹¹ Dür, s. 18.

Arabulucunun temel amacı taraflar arasında iletişim sağlamaktır. Arabulucu yargılama yapmaz, hangi tarafın haklı olduğunu değerlendirmez, taraflar yerine karar veremez, taraflara kendi bulduğu çözümü dikte edemez. Ancak İş Kanunundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği İMK'nun 17. maddesiyle, HUAK 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine “*gerçekleştiren*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen*” ibaresi eklenmiş olup arabulucuya çözüm önerme yetkisi verilmiştir. Bu yetki çözüm önerisi sunmaktan ibaret olup, arabulucu tarafları öneriyi kabul etmeye zorlayamaz. Ayrıca arabulucunun çözüm önerme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

İş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesine paralel olarak HUAK'ta yapılan bu değişiklik, arabuluculuk sürecinin etkinliğini artırmak, sürece işlerlik kazandırmak amacıyla aynı anda getirilmiştir. Zira, arabulucunun çözüm önerisi getirmesinin beklenmediği önceki düzenlemede, ülkemiz uygulamasında henüz yaygınlık kazanmamış olan arabulucuya salt dava şartını yerine getirmek amacıyla usulen başvurulması muhtemel iken, şimdiki düzenleme ile tarafların ortak bir çözüme ulaşamadıkları anlaşıldığında son çare olarak arabulucunun çözüm önermesi ve müstakbel yargılama giderleri başta olmak üzere BATNA'nın taraflara hatırlatması mümkün olacaktır. Üstelik bu durum tarafların çözüm önerisini kabul etme zorunluluğu bulunmadığından, hâkimiyetin uyuşmazlığın taraflarına ait olduğu gerçeğini de değiştirmeyecektir.

Arabulucuya çözüm önerisi getirebilme imkânı tanınması hâkim gibi hukuki değerlendirme yapma yetkisi vermez. Aksine, özellikle uyuşmazlık konusu alanda bilgi sahibi uzman arabulucunun varlığı halinde, tarafların edimleri konusunda daha önce öne sürülmeyen bir çözümü önerme yetkisi tanır. Bu nedenle çözüm önerisi getirebilme yetkisinin sınırlarının doğru çizilmesi önem taşımaktadır. Bu yetki, uyuşmazlığın çözümünde hâkimiyetin taraflara ait olduğu ilkesini zedelemeyecek şekilde ve istisnai olarak kullanılmalıdır. Bu nedenle

özellikle taraf vekillerinin müzakerelerde bulunması halinde, arabulucunun üzerinde uzlaşma sağlanan ve sağlanamayan uyuşmazlık konularını tek tek belirleyerek taraflar ve vekillerinin görüşlerini ve kendi önerilerini de içeren bir anlaşma belgesi taslağı hazırlayıp taraflara sunmasının faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Zira somut bir metin üzerinde anlaşmaya varılan noktaların öne çıkarılması, anlaşmaya varılamayan hususlarda en azından anlaşma aralığının saptanması tarafların ortak bir çözüme ulaşmada birbirlerine ne ölçüde yaklaştığını göstermek bakımından faydalı olacaktır.

1.4.3. Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri

Arabulucuların hak ve yükümlülükleri HUAK m. 6 ila 12 arasında düzenlenmiştir.

1.4.3.1. Arabulucu Unvanını Kullanma Yetkisi

Arabulucu, arabuluculuk unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkilileri kullanma hakkını haizdir (HUAK m. 6). Ancak sicile kayıtlı arabulucular arabulucu unvanını kullanabilir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını belirtmek zorundadır.

1.4.3.2. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı

Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir (HUAK m. 7). Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir⁹².

Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır.

⁹² Bu fıkra uyarınca alınan ücret arabuluculuk süreci sonunda alınacak arabuluculuk ücretinden mahsup edilir. Arabuluculuk sürecinin başlamaması hâlinde bu ücret iade edilmez. Masraftan kullanılmayan kısım arabuluculuk süreci sonunda iade edilir (HUAKY m. 9 f.2).

Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda HMK m.334 ila 340 kıyasen uygulanır (HUAK m. 13 f. 3).

Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır (HUAK m. 7 f. 3).

Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanamaması halinde, arabuluculuğun konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlık olsa bile arabulucu, arabuluculuk ücretini Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin birinci kısmına (saatlik ücrete) göre isteyebilir (AAÜT m. 7/3).

1.4.3.3. Taraflarla Görüşme Yetkisi

Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir (HUAK m. 8). Arabulucu bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir (HUAKEY m. 10 f. 1).

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine ilişkin işlem ve eylemlerin doğru uygulandığına dair başlangıcından sona ermesine kadar sürece ilişkin önemli hususları belgeler. Belge, arabulucu, taraflar ile varsa tarafların kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmaz ise sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır (HUAKEY m.10 f.2).

1.4.3.4. Arabuluculuk Görevini Özenle, Tarafsız ve Bağımsız Şekilde Yerine Getirme Yükümlülüğü

Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir (HUAK m. 9 f. 1, HUAKEY m. 12 f. 1). Arabulucu görevini kısmen dahi olsa bir başkasına devredemez (HUAKEY m. 11 f. 1). Arabulucunun, tarafsızlığından

şüphe edilmesine neden olabilecek önemli bir hususun varlığı halinde bunu taraflara bildirmesi gerekir⁹³.

Arabulucu, görevini makul sürede, güven içinde, tarafların etkin katılımıyla, hakkaniyete uygun, taraflara yeterli söz hakkı vererek ve katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini sağlayacak biçimde yerine getirmelidir (TAEK m. 5 f. 1).

Değiniilmesi gereken bir diğer husus arabulucunun özen yükümlülüğüdür. Hükmün gerekçesinde, özen yükümlülüğü hakkında; *“Taraflar arasındaki iletişimin korunması, uyuşmazlığı çözecek ortamın yaratılması arabulucuya bağlıdır. Bu sebeple, arabulucu, bu özen yükümlülüğünü zedeleyecek, süreci zorlaştıracak tutum ve davranışlardan kaçınmak durumundadır.”* denilmektedir.

Dür; arabulucunun özen borcunun ihlalinin asli ve yan edim borcunun ihlalinin bir şartı niteliğinde olduğunu, bu nedenle özen borcu ihlalinin kötü ifaya yol açtığını ve gereği gibi ifa etmeme nedeniyle doğan zararın tazmininin istenebileceğini (BK m. 112) belirtmektedir⁹⁴

Vekilin özen borcuna benzer şekilde, arabulucunun özen borcu da sonucun garanti edilmesini değil, sürecin özenle yürütülmesini ifade eder.

1.4.3.5. Reklam Yasağına Uyma Yükümlülüğü

Arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır (HUAK m. 10). Buna reklam yasağı denmektedir⁹⁵.

Arabulucunun internet sitesinin alan adı sadece arabulucunun adı, soyadı ve unvanını içerebilir. Arabulucunun arama motorlarına, veri tabanlarına, listelere

⁹³ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 777; Karslı, s. 811.

⁹⁴ Dür, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 444.

⁹⁵ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 778.

iş sağlamak amacıyla veya haksız rekabete yol açacak şekilde reklam vermesi veya kayıt edilmeye rıza göstermesi, internet kullanıcılarını kendi sitesine yönlendirecek banner vb kısayollar kullanması yasaktır⁹⁶. Arabulucu ülke içinde işbirliği yaptıkları başka şehirlerdeki arabuluculuk bürolarını, irtibat ofisi vb tanımlarla işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak şekilde açıklayamaz (HUAKY m. 13 f. 1)

Arabulucunun birden fazla tabela asması, ışıklı tabela kullanması, tabelasında iki renkten fazla kullanması, boyutlarının 100x150 cm'den büyük olması yasaktır (HUAKY m. 13 f. 6-7).

1.4.3.6. Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür (HUAK m.11). HUAKY m.13 f.1 hükmünde aydınlatmanın “şahsen” yapılması yükümlülüğü getirilmiştir.

Arabulucu açılış konuşmasında, arabuluculuk faaliyetinin ne olduğu, arabuluculuğun ilkeleri, aşamaları, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği, tarafların bu süreçteki hakları ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan anlaşma belgesi ile icra edilebilirliğin nitelik ve hukuki sonuçları hakkında tarafları bilgilendirir (HUAKY m.13 f. 2).

Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, uyuşmazlık konusunda tarafların haklarının ne olduğu, hukuki pozisyonları, uyuşmazlığın çözümüne dair bilgi vermesi yoktur. Arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesinin aydınlatma yükümlülüğü ile tarafsız ilkesi arasında bir çelişki yarattığı düşünülebilir⁹⁷. Arabulucunun öncelikli görevi tarafların kendi çözümlerini bulmalarını sağlamak için taraflar arasında iletişimi kolaylaştırmak,

⁹⁶ Dür, s. 461.

⁹⁷ Dür, s. 438.

tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisinde bulunabilmektir (HUAK m. 15 f. 7). Arabulucu taraflara birbirlerine karşı sahip oldukları haklar konusunda hukuki danışmanlık veremez. Ancak arabulucu özen yükümlülüğü kapsamında taraflar arasında güç dengesizliği bulunan hallerde, haklarının ne olduğunu bilmeyen, görüşmeye avukatı ile katılmayan tarafa uzman yardımı alabileceği, bir avukata danışabileceği konusunda bilgi verebilir⁹⁸.

Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin (HMK m. 31) karşılaştırılmasında,⁹⁹ dava konusu uyuşmazlık hakkında eksiklik ve çelişkilerin giderilmesini taraflardan isterken, arabulucu aydınlatma yükümlülüğü kapsamında arabuluculuk süreci hakkında taraflara bilgi vermektedir. Ancak arabulucu da tarafların birbirlerini daha iyi anlayabilmesi, talep ve ihtiyaçların ortaya konabilmesi için taraflardan bilgi ve açıklama isteyebilir.

1.4.3.7. Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınır. Giriş aidatı ve yıllık aidatlar genel bütçeye gelir kaydedilir (HUAK m. 12). Aidatlar Maliye Bakanlığına ödenir. Aidatlar, her yıl için Kurul tarafından belirlenir. Yıllık aidat her yılın Haziran ayı sonuna kadar ödenir (HUAKY m.14).

Arabulucuların aidat ödeme yükümlülüğü doktrinde Adalet Bakanlığı'nın arabulucu meslek odası olmaması, arabulucuların devletten bir hizmet almamaları nedeniyle eleştirilmektedir¹⁰⁰. Kanaatimizce, arabulucuların Adalet Bakanlığı'ndan bağımsız bir meslek odası çatısı altında örgütlenmeleri ve aidat ödemesini meslek odasına yapmaları daha uygun olacaktır. Zira, arabuluculuk tarafsız ve bağımsız bir meslek dalıdır. Devletin görevi, adalete erişimi sağlama yükümlülüğü kapsamında arabuluculuğu teşvik etmektir.

⁹⁸ Dür, s. 441.

⁹⁹ Dür, s. 442.

¹⁰⁰ Dür, s. 464.

1.4.4. Arabuluculuk Sözleşmesi ve Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Arabuluculuk sürecinin yürütülmesinde gönüllülük esası hâkim ise de, bu yönetime başvuru her zaman gönüllü olmayabilir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabulucuya başvuru yasal bir zorunluluk iken, taraflar da sözleşme ile ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurmayı kabul ve taahhüt etmiş olabilirler. Bazı hallerde ise uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bunun çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurulması kararlaştırılabilir. İster zorunlu ister gönüllü olsun veya hangi aşamada olursa olsun taraflar arabuluculuk yöntemine başvurmaya karar verdiklerinde arabuluculuk sözleşmesi imzalanması gündeme gelecektir.

Arabuluculuk sözleşmesi, taraflar arasında akdedilen ve uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüleceğinin kararlaştırıldığı sözleşmedir¹⁰¹.

Sözleşmenin konusu doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesidir¹⁰². Arabuluculuk sözleşmesi Borçlar Kanununa tabi bir sözleşmedir. Emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan arabuluculuk sözleşmeleri BK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür¹⁰³. Arabuluculuk sözleşmesi yazılı geçerlilik şartına tabi değildir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Ertürk, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara, 2019, s. 95; Kekeç, s. 128; Tıktık Yazıcı, s. 189; Taşpolat Tuğsavul, s. 101; Dür, s. 326.

¹⁰² Kekeç, s. 117, Tıktık Yazıcı s. 189 vd. Tıktık Yazıcı; uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile çözmeye dair imzalanan arabuluculuk sözleşmesinden sonra taraflar ile müzakere sürecini yürütecek arabulucu arasında imzalanan sözleşmeyi ise “arabulucu sözleşmesi” olarak adlandırmakta olup hukuki niteliğinin BK m. 502 f. 2 uyarınca isimsiz bir iş görme sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir, s. 153 vd. **Taşpolat Tuğsavul**, arabulucu sözleşmesinde; vekilin özen borcu ile arabulucunun özen borcu (HUAK m. 9 f.1) tarafların arabulucuyu serbestçe belirleme yetkisi ve arabuluculuk sürecini her zaman erdirebilmeleri, ücretin zorunlu olmaması gibi unsurlar vekalet akdine yaklaştırmaktadır (s. 143 vd).

¹⁰³ Yargıtay 13. HD, E. 1990/8778, K. 1991/4492, T. 25.4.1991; “Bir davanın tahkim usulü ile rüyet edilip edilmeyeceğine ilişkin uyuşmazlık, mahkeme tarafından çözümlenir. Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir akit olduğu için, akitlere ilişkin genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle, sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden BK.nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde (olayımızda görüldüğü gibi davalı şirketin davacı

HUAK m. 1 gereği ancak tarafların serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuk yöntemine başvurulması caiz olduğundan, sözleşmede hangi uyuşmazlıklar için bu yöntemle başvurulacağı açıkça belirtilmelidir. Sözleşmenin açık ve kesin bir dille kaleme alınması, arabulucunun kim olacağının belirlenmesi¹⁰⁵, arabuluculuk toplantılarının nerede ve kimlerin katılımıyla yapılacağı, ücretin kim tarafından karşılanacağı, süresi¹⁰⁶ vb aşamaların önceden belirlenmesi, uyuşmazlık sonrasında taraflar arasındaki iletişimin sekteye uğraması muhtemel olduğundan, sürecin sağlıklı işlemesi için faydalı olacaktır. Arabuluculuk prosedürünün hangi usulle işleyeceği konusunda taraflar önceden belirlenmiş belirli bir arabuluculuk merkezinin kurallarına atıf yapabilirler veya usulü bizzat belirleyebilirler. Tarafların sözleşmede arabuluculuk kurallarını belirlememişlerse, HUAK ve HUAKY uygulanır.

Uygulamada alternatif uyuşmazlık çözümü şartları içinde iyi niyetle müzakere veya sakinleşme mehli gibi şartların öngörüldüğü, böylece taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında çözümü için çatışmacı veya barışçıl yöntemlerden hangisini seçeceklerini kararlaştırmak için bir araya gelme imkanı

üretici üzerinde) ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir (Dr. Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi, İstanbul-1973, Sh. 86). Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesinin BK. m. 20 gereğince batıl olacağına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Sözleşmenin (11). maddesinde hakem seçiminin tamamen ekonomik ve sosyal güce sahip davalı şirket tekeline bırakıldığı anlaşıldığı gibi, davalı vekilinin 5.10.1990 günlü cevap dilekçesinde bu yönün önemle ve ısrarla vurgulandığı görülmektedir. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgular altında sözleşmedeki tahkim şartının mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur (BK. m. 20).Bu durumda, taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Hal böyle olunca, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez. Öte yandan, hakemler de yetkileri (görevleri) dahilinde olmayan bir uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceklerdir (HUMK. m. 533/3)” (Lexpera).

¹⁰⁴ Ertürk, s. 141.

¹⁰⁵ Her ne kadar dava şartı arabuluculukta HUAK m. 18/A f. 5 uyarınca “Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir.” denilmekte ise de taraflar aksine anlaşma yapabilir ve ortaklaşa belirledikleri arabulucuyu büroya bildirebilir.

¹⁰⁶ Dava şartı arabuluculuk süresi iş uyuşmazlıklarında 3 hafta olup 1 hafta uzatılması, ticari uyuşmazlıklarda 6 hafta olup 2 hafta uzatılması mümkündür. Tarafların aksine anlaşma yapması mümkün değilse de, taraflar ihtiyari arabuluculuk kapsamında yeniden bir araya gelebilirler: Uyuşmazlık konusunda dava açılmış ise HUAK m. 15 f. 5 uyarınca taraflar mahkemeye birlikte arabulucuya başvuracaklarını bildirmeleri üzerine yargılama 3 ayı geçmemek üzere ertelenir. Tarafların talebi üzerine bu süre en fazla 3 ay için uzatılabilir.

sağlandığı görülmektedir¹⁰⁷. Son yıllarda terditli uyuşmazlık çözüm yolları da sözleşme ile öngörülmektedir. Tahkim arabuluculuğu (med-arb) denen bu yöntemde uyuşmazlığın öncelikle arabuluculuk, uzlaşa sağlanamazsa son kertede tahkim ile çözümleneceği kararlaştırılmaktadır.

Arbuluculuk sözleşmelerinin geçerliliği ve bağlayıcılığının değerlendirildiği yabancı mahkeme kararlarında kabul edilen ilkeler ana hatlarıyla şöyledir: Arabuluculuk sözleşmelerinin bağlayıcı olarak kabul edilerek icra edilmesi için “belirlilik”, “ayrıntılı düzenlenme”, “açıklık” ve “kesinlik” ile ifade edilmesi beklenmektedir¹⁰⁸.

Arbuluculuk sözleşmesi asıl sözleşmeye eklenen şartla düzenlenmiş ise, asıl sözleşmenin geçersizliğinin arabuluculuk sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacağı düşünülmektedir¹⁰⁹. Zira, iki sözleşmenin konusu farklıdır.

Arbuluculuk sözleşmesi etkilerini hem maddi hukuk hem de usul hukuku alanında doğurur¹¹⁰. Sözleşmenin hukuki niteliği konusunda, arabuluculuk sözleşmesinin maddi hukuka ilişkin bir sözleşme olarak nitelendirildiği görüşlerin temelinde arabuluculuk sözleşmesinin borçlar hukukunda hakim olan irade serbestisi üzerine kurulu olduğu, arabulucunun uyuşmazlığı çözme yetkisi olmaması, bu nedenle sözleşmenin usul hukuku alanında bir etkisi olmaması yatar¹¹¹.

Doktrinde ayrıca, sözleşmenin etkisini öncelikle usul hukuku alanında doğurduğu ancak irade serbestisine dayalı olarak akdedilmesi ve borçlar kanununa tabi olması bakımından da maddi hukuk etkisi taşıdığı, sonuç olarak karma nitelikli bir sözleşme olduğu görüşü de mevcuttur¹¹². HUAK m. 1 f.2 uyarınca

¹⁰⁷ Özbek, s. 675.

¹⁰⁸ Özbek, s. 680 vd.

¹⁰⁹ Taşpolat Tuğsavul, s.101; Ildır, s. 68.

¹¹⁰ Tıktık Yazıcı, s. 191 vd.

¹¹¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Kekeç, s. 139.

¹¹² Ildır, arabuluculuk sonucu ulaşılan çözümün sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu, Borçlar Kanununa tabi olduğu, alternatif uyuşmazlık çözümü anlaşmasının, etkilerini, hem maddi hukukta hem de usul hukukunda gösteren, karma nitelikli ve asıl sözleşmenin geçerliliğinden bağımsız bir

uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olması şartının bulunması ise usul hukuku görünümünü yansıtmaktadır. Zira, sadece tasarruf serbestisi olan konularda arabulucuya başvuru caizdir.

1.4.4.1. Çatışmacı Yöntemlere Başvurudan Önce

1.4.4.1.1. Genel Olarak

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümleneceği gerek arabuluculuk şartı ile gerekse ayrı bir arabuluculuk sözleşmesi ile kararlaştırılabilir. Bu halde arabuluculuk şartı/sözleşmesinin geçerliliği tartışmalıdır¹¹³. Zira, tarafların iyi niyetle müzakere etmesi, doğası gereği zorla gerçekleştirilebilecek bir husus değildir. Ayrıca taraflar arabuluculuk sürecini dilediği zaman sona erdirmekte serbesttir. Arabuluculuk yönteminde taraflar uyuşmazlıklarının çözümünü arabulucuya bırakmaz, tahkim gibi bağlayıcı bir yöntem değildir. Bir başka deyişle, müzakereden sonuç alınamadığında dava yolu açıktır. Bu nedenle arabuluculuk süreci bazı hallerde uyuşmazlığı sürüncemede bırakmak için kötü niyetle kullanılabilir.

Örneğin; arabulucuya başvurunun dava şartı olmadığı dönemde, iş hukuku uyuşmazlıklarında sözleşme ile getirilen özel hakem şartını, Yargıtay iş hukukunun kamusal karakteri nedeniyle geçersiz kabul etmekteydi¹¹⁴.

sözleşme olduğu görüşündedir. Bkz. Ildır, s. 67-68. Aynı yönde bkz. Taşpolat Tuğsavul s. 103 vd.; Ertürk, s. 107.

¹¹³ Özbek, s. 680 vd.; Kekeç s. 128 vd.

¹¹⁴ Yargıtay, kamusal niteliği ağır basan iş hukuku uyuşmazlıklarında özel hakem şartını ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olarak kabul etmektedir. *Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/44630, K. 2009/537, T. 20.1.2009*; “Davacı, kıdem, ihbar tazminatı alacağını ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Uyuşmazlık tahkim şartının geçerliliği ve görev yönünde toplanmaktadır. İşçi ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri 5521 Sayılı Kanunun 1. maddesi gereğince iş mahkemeleridir. Doğal yargıcı iş yargıcısıdır. Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hukuklar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yandan fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik

1.4.4.1.2. Arabuluculuk Sözleşmesinde Akde Aykırılık: Müzakereden İmtina

Arabuluculuk gönüllülük esasına dayandığından yasa hükümleriyle, mahkeme kararıyla veya taraflar arasındaki bir ön sözleşmeye dayanarak taraflara sürece katılma konusunda yükümlülük getirilmesi arabuluculuğun felsefesi ile bağdaşmamaktadır. Arabuluculuk sözleşmeleri veya sözleşmelerdeki arabuluculuk şartının geçerliliği de bu nedenle tartışmalıdır. Bazı yazarlar müzakereden imtina edilmesinin sözleşmeye aykırılık kapsamında sayılacağı görüşünde iken, bazıları ise arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı kanaatindedir.

Özbek'e göre; ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi için taraflar gönüllü olarak anlaştıktan sonra arabuluculuk şartları bağlayıcı kabul edilmelidir¹¹⁵. Aksi davranışın sözleşme ihlali anlamına geleceğini düşünen Yazar, bu hususun yasal bir düzenleme ile açık hükme bağlanması gerektiği kanaatindedir.

Özekes'e göre; gönüllülük ilkesi gereği arabuluculuk sözleşmesine rağmen yargısal yollara başvurmak isteyen tarafın önünde tahkim sözleşmesinden farklı olarak, hiçbir engel bulunmamaktadır¹¹⁶.

Ildır'a göre, alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurunun ihtiyari olduğu durumlarda, bu yolun gerçek bir alternatif olduğu kabul edilerek doğrudan devlet yargısına başvurmak mümkündür¹¹⁷. Yazara göre, bu halde alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi zımni olarak feshedilmiş sayılacaktır.

açından zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasıdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatlar ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 20. Maddesi gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir." Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, T. 17.9.2007, E. 2007/28539, K. 2007/26478 (Lexpera).

¹¹⁵ Özbek, s. 703.

¹¹⁶ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2832.

¹¹⁷ Ildır, s. 65.

Ertürk; yargılamaya başvurulması halinde arabuluculuk sözleşmesinin sona erdiğini kabul etmek gerektiğini, yargılama veya tahkim sürecinde de arabuluculuğa başvuru imkanı bulunduğundan, başvuranın temerrüde düşmüş sayılacağını ve bu durumun diğer taraf için haklı fesih sebebi olduğunu savunmaktadır¹¹⁸.

Kekeç'e göre, arabuluculuk sözleşmesinin varlığı halinde arabuluculuk yöntemi denenmeden dava yoluna başvurulmamalıdır. Tarafların anlaşma sağlayamamaları halinde her zaman dava yoluna başvurmaları mümkündür.

Tıktık Yazıcı'ya göre; arabuluculuk sözleşmesinin konusunun münhasıran tarafların arzusuna tabi bir iş olması halinde geçerli kabul edilmesi, arabuluculuk yöntemine başvuru için geciktirici defiyeye benzer şekilde mahkemenin yargılamayı erteleyebileceği ifade edilmektedir¹¹⁹

Tuğsavul'a göre; yargı kişiler açısından kamusal güvence niteliği taşımakta olup arabuluculuk sözleşmesinin temeli irade serbestisi olduğundan arabuluculuk sözleşmesine rağmen devlet yargısına başvurulması halinde sözleşmenin zımnen feshedildiği, arabuluculukta iradilik ilkesi gereği mahkemelerin uyuşmazlığa bakması gerektiği, aksi halde yargılamanın uzayacağını ifade etmektedir¹²⁰.

Dür, tarafların arabuluculuk sözleşmesine rağmen tarafların doğrudan dava yoluna başvurmaları arabulucuya başvurma iradesinde vazgeçme serbestisi kapsamında görülmesi gerektiği kanaatindedir¹²¹. Yazar iradilik ilkesi gereğince tarafların diledikleri zaman sürece başvurmak vazgeçebileceğini, kanun

¹¹⁸ Ertürk s. 190. Yazara göre, sürekli borç ilişkisi doğuran isimsiz bir sözleşme niteliği taşıyan arabuluculuk sözleşmesinin diğer sona erme sebepleri, arabuluculuk sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi, taraflardan birinin ölümü ya da fiil ehliyetini kaybetmesi, tarafların karşılıklı olarak sözleşmeyi sona erdirmeleri, arabuluculuk sözleşmesinin feshi (bu kapsamda taraflardan birinin toplantılara katılmaması veya çekilmesi, belirlenen masrafları ödememesi, sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü için devlet yargısı veya tahkime başvurusu), arabuluculuk sözleşmesinin iptali (yanılma, aldatma, korkutma, aşırı yararlanma halleri) olarak sınıflandırmaktadır. Bkz. Ertürk, s. 185 vd.

¹¹⁹ Tıktık Yazıcı, s. 197 vd.

¹²⁰ Taşpolat Tuğsavul, s. 105-108.

¹²¹ Dür, s. 334.

koyucunun arabuluculuk sözleşmesine rağmen dava açılması halinde usulden red veya erteleme öngörmediğini (HUAK m. 3 ve m. 15 f. 5) belirtmektedir.

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Yeşil Kitap'ta “(63) *Asıl olarak ADR, tarafların karşılıklı rızai yaklaşımının üstünlüğü ile karakterize edilmektedir. Rıza verme özgürlüğü, usûlün her aşamasında kendini göstermektedir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi mevcut ise, olası uyuşmazlıklar için önlem alabilirler ve sözleşmenin ifası ile ilişkili uyuşmazlıklarda öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile bir çözüme varma zorunluluğuna ilişkin sözleşme şartı öngörebilirler. ...*(65) *Taraflar, hakları üzerinde serbestçe tasarruf edebiliyor ve ADR anlaşmasından doğan sorumluluklarını yerine getirmiyorlarsa, çözüm, taraf iradelerinin yorumlanmasında ve sözleşme hukukunda aranmalıdır. Bir taraf mahkemeye başvurur ve bununla sözleşme ile kararlaştırılan ADR'ye katılmaktan kaçınacağını ortaya koyarsa, bu durum, bir sözleşme sorumluluğuna karşı ihlâl olarak müeyyidelendirilebilir. Kaçınmadan ötürü diğer sözleşme hükümlerinin ifa edilmemesi nedeniyle açılan bir davaya bakan hâkim, davayı usulden reddedebilir. ADR'den kaçınma, dürüstlük kuralının ihlâli olarak da yorumlanabilir*¹²².”denilerek arabuluculuk yönteminin kararlaştırılmasına rağmen denenmemesi sözleşme ihlali ve dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir.

Hukukumuzda HUAK m.18A f.11 uyarınca dava şartı arabuluculuk görüşmelerine mazeretsiz katılmayan tarafın davada tamamen haklı çıksa dahi yargılama masraflarına katlanacağı hükmü arabuluculuk şartlarının bağlayıcı kabul edildiği eğilimini yansıtmaktadır.

Kanaatimizce taraflar arasında yargılama öncesi arabulucuya başvurulacağı açık ve kesin olarak kararlaştırılmış, arabuluculuk usulüne dair detaylar sözleşme içinde veya atıf yoluyla belirlenmiş ise, arabulucuya başvurmadan dava açılması halinde, mahkemece davanın usulden reddedilmesine

¹²² Çeviri için bkz. Erişir / Tekin, s. 154.

dair açık bir hüküm bulunmadığından, taraflar mahkeme tarafından re'sen arabuluculuğa yönlendirilmelidir. Bu hususta, arabulucuya başvurunun bir tamamlanabilir dava şartı olarak kabul edilmesi kanaatindeyiz. Her ne kadar, arabuluculuk sözleşmesinden vazgeçme serbestisinin kabul edilmemesi arabuluculukta iradilik ilkesi ile çelişki yaratsa da, sözleşmeye bağlılık hukukumuzun temel ilkelerindendir. Tarafların anlaşamaması halinde ikame edilmiş yargılamanın sürdürülmesi her zaman mümkündür.

1.4.4.2. Çatışmacı Yöntemlere Başvurduktan Sonra

Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir (HUAK m. 13 f.1; HMK m. 140 f.). Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (HUAK m. 13 f.2). Taraflardan birinin arabulucuya başvuruyu teklif etmesi nedeniyle yargılama 30 gün durması beklenemez. Zira, ihtiyari arabuluculukta tarafların birlikte başvurmaları halinde sürelerin duracağı hükme bağlanmıştır.

İhtiyari arabuluculuğa davanın her aşamasında başvurulabilir. Bu halde, arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340 ıncı maddeleri kıyasen uygulanır (HUAK m. 13 f.3). Nitekim, dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15 f. 5).

1.4.5. Arabulucunun Belirlenmesi

İhtiyari süreçte, arabulucunun seçilmesini düzenleyen HUAK m. 14 uyarınca; başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (HUAKY m. 16).

Arabuluculuk faaliyeti bireysel (ad-hoc) ve kurumsal olarak yürütülebilir. Dava şartı arabuluculuğun arabuluculuk merkezleri tarafından yürütülmesi gündemdedir.

Dava şartı olarak arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu hallerde HUAK m. 18A f. 5 uygulanır. Arabulucu, arabuluculuk bürosu tarafından belirlenir. Ancak taraflar birlikte büroya başvurarak üzerinde mutabık kaldıkları arabulucunun dosyaya atanmasını (kendileri veya arabulucunun ibraz edeceği arabuluculuk sözleşme aracılığıyla) talep edebilirler.

İster ihtiyari ister zorunlu başvuru kapsamında olsun, seçilecek arabulucunun arabulucular sicile kayıtlı olması şarttır. Zira, sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler (HUAK m.6).

Sicile kayıt şartları HUAK m. 20’de düzenlenmiştir. Hükme göre, Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekmektedir.

Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder (HUAK m.22). Arabuluculuk eğitiminin neleri kapsadığı, nasıl ve ne şekilde verileceği HUAKY m. 32’de düzenlenmiştir¹²³.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir (HUAK m. 6 f. 3; HUAKY m. 8 f. 3 ile m. 32 f.5). Bu çerçevede iş hukukunda uzman arabuluculuğa ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir¹²⁴.

1.4.6. İhtiyari Arabuluculuğun Temel Aşamaları

Arabuluculuk süreci üç şekilde başlatılabilir. Mahkeme dışı arabuluculukta taraflar uyuşmazlıklarının çözümü için ihtiyari olarak arabulucuya başvurabilir ve süreç mahkemelerden bağımsız yürütülür. Mahkeme yargılamayı 3 ay erteler ve bu süre tarafların talebi ile 3 ay uzatılabilir. Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (HUAK m. 13 f. 2).

¹²³ Arabuluculuk eğitimi MADDE 32 – (1) Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesi mezunu ve beş yıllık meslekî kıdem kazanmış kişiler tarafından alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ile arabuluculuğun yerine getirilmesi için gerekli olan bilgi ve becerilerin kazanılmasını amaçlayan eğitimi ifade eder.

(2) Arabulucu olacak kişilere altmış sekiz saati teorik ve on altı saati uygulamalı olmak üzere asgari toplam seksen dört saat arabuluculuk eğitimi verilir.

(3) Teorik ve uygulamalı eğitimin verilmesinde, eğitim modülü esas alınır.

(4) Eğitime katılanların, belgeye dayalı ve eğitim kuruluşlarınca kabul edilen haklı bir mazeretleri olmadıkça arabuluculuk eğitimi süresince verilen ders ve çalışmalara katılımları zorunludur. Eğitim kuruluşlarınca, adayların derslere devam durumunu gösteren çizelge düzenlenir ve derslerin 1/12’sine devam etmeyenlerin eğitim programıyla ilişkisi kesilir.

(5) Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

(6) Arabuluculara, arabuluculuk eğitim izni verilen kuruluşlarca teorik ve uygulamalı, toplam sekiz saatten az olmamak üzere üç yılda bir defa yenileme eğitimi verilir. Arabulucular yenileme eğitimine sicile kaydedildiği tarihten itibaren üçüncü yılın içinde katılmak zorundadır.

(7) Yenileme eğitiminde; arabuluculuğa ilişkin mevzuat ve içtihat değişiklikleri ile arabuluculuk becerilerinin geliştirilmesine yönelik eğitim verilir.

¹²⁴ <http://www.adb.adalet.gov.tr/isHukukundaUzmanArabuluculugailiskinusulveesaslar.pdf>

İhtiyari arabuluculuk olarak kabul edilen bu sistemde sözleşme ile uyuşmazlık çıkması halinde arabuluculuk yöntemi ile çözüleceğini taraflar önceden veya uyuşmazlık çıktıktan sonra kararlaştırabilirler.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk sisteminde, taraflar uyuşmazlığın çözümünü için yargıya başvurduktan sonra hâkim tarafından arabuluculuğa yönlendirilir (HUAK m. 13 f.1). Arabuluculuğa teşvik amacıyla ön inceleme duruşması sırasında uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra hâkim tarafları sulhe veya arabuluculuğa yöneltme ödevi yüklenmiştir. Maddenin önceki düzenlemesinden (HMK m. 140 f. 2, f.3)¹²⁵ farklı olarak bu defa teşvik ile sınırlı kalınmayarak hâkim tarafından sonuç alınacağı kanaatine varılırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin etme yetkisi tanınmıştır¹²⁶. Özellikle aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda hakimlerin tarafları mahkeme dışında anlaşmaya teşvik etmesi (4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7), niteliği gereği duygusal ve müşterek çocukların varlığı halinde geleceğe yönelik sürekliliği olan ilişkilerin organize edilmesi sürecinde taraflar için bir fırsat niteliğindedir.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında ise uyuşmazlığın öncelikle arabulucu nezdinde müzakere edilmesi ve uzlaşamama halinde mahkeme huzuruna taşınması amaçlanır.

1.4.6.1. İhtiyari Arabuluculuk Süreci

İhtiyari arabuluculuk süreci kanunda detaylı olarak düzenlenmiştir. *“Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder (HUAK m 15 f. 1). İlk toplantıda, arabulucu açılış konuşması ile gönüllülük, gizlilik, tarafsızlık, eşitlik, taraf hakimiyeti ilkeleri hakkında bilgi verir, rolünü açıklar, prosedür ve süreç hakkında bilgi verir. Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe*

¹²⁵ 6100 sayılı Kanunun 140. maddesine 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle eklenmiştir.

¹²⁶ Özekes, Pekcanıtez Usul, s. 1323.

kararlaştırabilirler (HUAk m. 15 f. 2). Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAk m. 15 f. 3). Bu sırada ileride değinilecek iletişim tekniklerini kullanır. Açık uçlu sorular sorarak ve çerçeveleme teknikleri ile tarafların kendi çözümlerini bulmalarını kolaylaştırmaya çalışılır. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz (HUAk m. 15 f. 4). Arabulucu delil toplayamaz, kimin haklı kimin haksız olduğu konusunda imada bulunamaz. Arabulucunun çözüm önerisi getirebilme yetkisi kesinlikle hukuki değerlendirme yapma şeklinde algılanmamalıdır. Nitekim, arabulucu, sürecin yürütölmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz (HUAky m. 17 f. 5). Arabulucu, ancak arabuluculuk ile bağdaşması şartıyla taraflara eğitim ve tecrübesine dayanarak bilgi verebilir (TAEKm. 5 f. 5)”.

Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir (HUAk m. 15 f. 6). Arabuluculuk müzakerelerine tarafların bizzat katılması esastır. Arabuluculuk sürecinde yer alacak avukatların HMK m. 74 uyarınca vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerekmektedir.

Arabuluculuk aşamaları bir ayrıma göre başlangıç, bilgi toplama, menfaatlerin açıklanması, çözüm önerilerinin getirilmesi ve sonuç olarak belirlenmiřtir¹²⁷. Yukarıda açıklanan başlangıç aşamasından sonra, uyuşmazlık konusu maddi olayların tespit edildiği bilgi toplama aşamasında iddia ve talepler ortaya konulur. Menfaatlerin açıklanması aşamasında arabulucu aısından aktif dinleme ile tarafların menfaatlerinin saptanması ve diğer taraf nezdinde anlaşılması sağlanır. Bazı vakılarda gizlilik ilkesi gerçek taraf menfaatlerinin ortaya konulmasını sağlayabilir. Daha sonra tarafların uyuşmazlıkları hakkında çözüm önerisi getirmeleri beklenir, arabulucu tarafından tarafların menfaatlerine

¹²⁷ Taşpolat Tuğsavul, s. 177.

ve muhtemel kayıplarına odaklanarak uyuşmazlığın çözümü için farklı bakış açıları geliştirmeleri sağlanabilir. Özellikle uyuşmazlık konusu sektörde bilgi ve tecrübe sahibi olan uzman arabulucu sistematik yönlendirmelerle son kertede tarafların yaratıcı çözüm önerilerine ulaşmalarını sağlayabilir. Arabuluculuk süreci tamamen veya kısmen uzlaşma ya da uzlaşmama ile sona erer.

1.4.6.2. İhtiyari Arabuluculuk Sürecinin Sürelere Etkisi

Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (HUAK m.16 f.1).

“Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.” (HUAK m.16 f.2).

Dava şartı arabuluculuk sürecinde ise ihtiyari arabuluculuk sürecinden farklı olarak, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (HUAK m. 18A f. 15).

1.4.6.3. İhtiyari Arabuluculuğun Sona Ermesi

Tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini

sona erdirmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer (HUAK m. 17 f. 1).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Böylece arabuluculuk sürecinin ne zaman sona erdiği duran sürelerin yeniden başlaması bakımından tespit edilmiş olur. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 17 f. 2).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, aydınlatma görevi gereği, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar (HUAK m. 17 f. 3). Gizlilik ilkesi gereği taraflar müzakere süreci ve anlaşma tutanağında görüşmelerin kayıt altına alınmamasını talep edebilirler.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir (HUAK m. 17 f. 4).

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde hukuki ve fiili sebeplerle görevini yapamayacak hâle gelirse, tarafların üzerinde anlaştığı yeni bir arabulucu ile süreç kaldığı yerden devam ettirilebilir. Önceki yapılan işlemler geçerliliğini korur (HUAKY m. 20 f.5). Bu durumda arabuluculuk süreci hukuken ve fiilen sona erer. Bu durumda, yeni arabulucu ile yürütülecek arabuluculuk süreci yeni bir tutanakla belgelendirilerek başlatılmalıdır (HUAK m. 16).

1.4.6.4. Tarafların Anlaşması

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 18 f. 1). Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanması ancak kapsamının taraflarca belirlenmesi gerekir. Anlaşma metninin taraf iradelerine uygun olması, kesin ve açık bir dille yazılması, tarafların hak ve yükümlülüklerinin net olarak belirtilmesi esastır.

1.4.6.5. İhtiyari Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği

Arabuluculuk sonunda yapılan sözleşmenin yazılı olması ile taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması geçerlilik şartıdır¹²⁸ (HUAK m. 18 f.1). Anlaşmanın hukuki niteliği mahkeme dışı sulh sözleşmesidir¹²⁹. Sözleşmenin geçerliliği borçlar hukuku emredici kurallarına tabidir (TBK m. 26, 27)¹³⁰.

Sulh, taraflar arasındaki uyuşmazlık henüz davaya konu edilmeden önce, tarafların anlaşarak uyuşmazlığı ortadan kaldırmaları şeklinde gerçekleştirildiği takdirde sözleşme mahkeme dışı sulh olarak nitelendirilir¹³¹.

Mahkeme dışı sulh sözleşmesi geçerlilik şekline tabi değildir. Taraflar ister adi yazılı şekilde ister noter huzurunda yapabilirler. Bu durumda şartları varsa İİK m. 68 anlamında belge veya İİK m. 38 anlamında¹³² ilam niteliğini haiz belge sayılabilir¹³³. Mahkeme dışı sulh sözleşmesinin taraf vekilleri tarafından da imzalanması halinde 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35A anlamında uzlaşma

¹²⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 191.

¹²⁹ İldır, s. 166; Taşpolat Tuğsavul, s. 185; Dür, s. 374.

¹³⁰ İldır, s. 67; Kekeç, s. 184; Taşpolat Tuğsavul, s. 185.

¹³¹ Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2033; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 429; Üstündağ, s. 578; Bilge / Önen, s. 356; Postacioğlu / Altay, s. 830.

¹³² İİK m. 38 uyarınca mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ilamların icrasına tabi olup bu belgeler ilam niteliğinde belge sayılır.

¹³³ Ayrıca bkz. Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 780; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 613; Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 179.

belgesi sayılıp İİK m. 38 anlamında ilam niteliği haiz belge sayılır ve icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek kalmaz.

Mahkeme içi sulh HMK m. 313'te düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.”*

Mahkeme içi sulhun etkisi ise, HMK m. 315'te düzenlenmiştir. *“Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir.”*

Mahkeme dışı sulh sözleşmesi HMK m. 313 f. 3 ve 154 f. 3 ç bendi hükümleri uyarınca mahkeme içi sulhe dönüştürülebilir¹³⁴. Bu durumda mahkeme içi sulh kesin hüküm niteliği taşır¹³⁵ ve İİK m. 38 anlamında ilamlı icraya konu edilebilir. Arabuluculuk sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi halinde icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç yoktur. Zira ilam niteliğindedir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, İİK m. 38 anlamında ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18 f. 2).

¹³⁴ “Taraflar bizzat mahkeme önünde sulh olup bu beyanlarına tutanağa geçirtebilecekleri gibi; mahkeme dışında yaptıkları bir sulh sözleşmesini mahkeme tutanağına geçirtmek suretiyle de sulh olabilirler (m. 154/3-ç). Bu halde sulh anlaşması tutanağa eklenir ve mahkeme dışı sulh mahkeme içi sulhe dönüşür.” Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2035.

¹³⁵ Üstündağ, s. 578.

Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18 f. 4). Böylece 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35A düzenlemesi ile paralellik sağlanmıştır.

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Taraflardan biri şartları varsa anlaşmanın irade bozukluğu sebebiyle iptali talep edilebilir. İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye’deki herhangi bir yer icra dairesinden takip başlatabilir (İİK m. 34), maktu harç öder ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi yoktur (İİK m. 32).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK m. 18 f. 5). Böyle bir anlaşmaya rağmen anlaşılan hususlar ile ilgili dava açıldığında, açılan dava hukuki yarar yokluğundan usulden reddedilecektir.

1.4.7. Varılan Anlaşmanın İhlâli Hâlinde Edim Yükümlülüğünün Zorla Yerine Getirilmesi

Mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verebilmesi için anlaşmanın içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir¹³⁶.

İcra edilebilirlik şerhi talebine yönelik talepler çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır (HUAK m. 18 f.3). Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Mahkemenin inceleme yetkisi; uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmaması (tarafların serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın olup olmadığı) ve anlaşmanın icra edilebilir olup olmadığı (belirli bir edimin ifa edilmesine yönelik olup olmadığı) ile sınırlıdır. Anlaşma hakkında

¹³⁶ Özbek, s. 1061.

hukuki değerlendirme yapamaz, anlaşmanın adil olup olmadığını tespit edemez. Ancak anlaşmanın emredici hükümlere uygun olup olmadığını ve kamu düzenine aykırı olup olmadığını re'sen denetleyebilir.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır (HUAK m. 18 f. 3).

Mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini reddederse, çekişmesiz yargı işinde ilgililer anlaşma konusunun arabuluculuğa elverişli olduğu ve/veya icra edilebilir olduğu gerekçeleriyle istinaf kanun yoluna başvurabilirler. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir (HMK m. 355). Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi üzerine verdiği karar kesin olup temyiz edilemez. Zira, HMK m. 362 f.1 ç bendi uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemez.

İKİNCİ BÖLÜM:

FİKRİ VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TASNİFİ

2.1. FİKRİ HAK KAVRAMI

Fikir ve sanat eserleri hukukunun konusu, eser ve bu eser üzerindeki fikri hakların korunmasıdır. Fikri hak kavramını, mülkiyet hakkı veya kişilik hakkı olarak tanımlayan görüşler mevcut olmakla birlikte¹³⁷, Türk hukukunda fikri hakların ne sadece kişilik hakkı ne de mülkiyet hakkında ibaret olduğu, kişisel ve ekonomik niteliği haiz “kendine özgü” bir hak olduğu görüşü hâkimdir¹³⁸.

FSEK sistematüğinde eser sahiplerinin hakları; manevi haklar ve mali haklar olarak iki başlık altında incelenmektedir. Doktrinde eser sahibinin eser üzerindeki haktan doğan mali ve manevi yetkilerinin tek bir haktan (kişilik hakkından) ibaret olduğu yönündeki Alman menşeli monist görüş ile manevi haklar ile mali hakların farklı temellerden doğan farklı nitelikli haklar (mülkiyet hakkı ve kişilik hakkı) olduğunu kabul eden Fransız menşeli düalist görüş ayrımı yapılmaktadır¹³⁹.

Türk hukukunda, fikri hakların hukuki niteliği konusunda, monist yaklaşımı benimseyen **Hirsch** tarafından geliştirilen eser sahipliği teorisinin hâkim görüş olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰. Eser sahipliği teorisine göre, eser üzerindeki hak, eseri yaratan ile eser arasındaki bağdan kaynaklanan objektif bir

¹³⁷ Konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012, s. 38-39.

¹³⁸ Ateş, Eser Sahipliği, s. 40.

¹³⁹ Monist ve düalist teori ile tarihi gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Tosun, Yalçın, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, İstanbul, 2016, s. 34 vd.

¹⁴⁰ Bkz. Erel, Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 2009, s.26; Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012, s. 28 vd.; Ateş, Eser Sahipliği, s. 41. FSEK’in düalist teori etkisinde olduğu görüşünde bkz. Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 93.

hukuki durum olup eser sahibine malvarlığı ve kişilik haklarına ilişkin bazı yetkiler sağlar.

FSEK sistematğinde görünüşte düalist görüş benimsenmekte ise de Kanunun esasen monist teörinin etkisi altında hazırlandığı, iki hak kategorisinin de birbirleriyle bağlantılı olduğu ve ayırımın suni olduğu kabul edilmektedir¹⁴¹.

2.1.1. Fikri Hakların Özellikleri

Fikri haklar mutlak haklardan olup bu kategori içinde kendisine özgü bir yere sahiptir¹⁴². Zira, eşya olmadığı için aynı hak değildir; ancak gayri maddi mallar üzerinde mutlak hak niteliği taşırlar. Buna göre; yaratıcı insan zekâsı ile üretilen ve üzerine sabitlendiği eşyadan bağımsız hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan ürünlerdir. Bu ilke “*soyutluk*” olarak nitelendirilmektedir¹⁴³.

Fikri haklar sınırlı sayıda olup kanunda belirtilenler dışında taraflarca yeni bir hak ihdas olunamaz, zira “tipe bağıllık” ilkesi geçerlidir¹⁴⁴.

Fikri haklar sahibine tekerci yetkiler tanır. Örneğin; bir eserin umuma arz edilmesi veya yayınlanma tarzı eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte ise, eser sahibi önceden başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslını gerekse işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür (FSEK m. 14 f. 3).

Fikri haklar eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkından farklı olarak süreyle sınırlıdır. Eser üzerindeki mali haklar, eser sahibi yaşadığı müddetçe ve mirasçıları ölümünden sonra 70 yıl süre ile FSEK hükümlerince korunur. Manevi

¹⁴¹ Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s.280 vd.

¹⁴² Serozan, Rona, Medeni Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2017, s. 238; Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 153; Tekinalp, s. 4.

¹⁴³ Erel, s. 25; Tekinalp, s. 5.

¹⁴⁴ Tekinalp, s. 114.

hakların korunması yönünden ise, Kanunda açık bir ifade kullanılmamış olmakla birlikte, bir süre sınırlamasının bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁵.

Fikri haklar zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi değildir. FSEK m. 54 f.1 uyarınca; “*mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyetli olmıyan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.*”.

Fikri haklar ülkesellik ilkesine tabidir¹⁴⁶. Buna göre; her devlet fikri hakları sadece kendi ülkesinin sınırları içinde öngörülen mevzuata göre korur (FSEK m.88). Ancak Avrupa Birliğinde topluluk markası ve Avrupa patenti gibi düzenlemeler ile ülkesellik ilkesi aşılmıştır.

Fikri haklarda tükenme ilkesi geçerlidir¹⁴⁷. Fikri hak konusu ürün, sahibinin izni ile piyasaya konulduğu takdirde, yeniden satımı ve kiralanması önlenemez. Bir başka deyişle, eserin somutlaştığı mal veya nüsha üzerindeki hak tükenir.

Fikri haklar kural olarak haciz, devir, lisans rehin gibi hukuki ve icrai işlemlere konu olabilir ve mirasla intikal eder.

Eser üzerindeki hakkın doğumu için tescil şartı yoktur. Eser meydana geldiği anda FSEK kapsamındaki korumadan faydalanır¹⁴⁸.

2.1.2. Eser ve Eser Sahipliği Kavramı

Eser üzerindeki manevi ve mali haklara değinmeden önce eser ve eser sahipliği kavramları hakkında kısaca açıklama yapılması uygun olacaktır. FSEK m. 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 eder. Buna göre sahibinin hususiyetini taşımak ve kanunda yazılı sınırlı sayıdaki eser kategorilerinden birinin özelliklerini taşımak kaydıyla

¹⁴⁵ Tosun, Manevi Haklar, s. 87-89; Tekinalp, s. 163.

¹⁴⁶ Tekinalp, s. 8; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 25.

¹⁴⁷ Tekinalp, s. 8; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 25.

¹⁴⁸ Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 102.

“eser” olarak kabul edilen fikri ürünler, FSEK koruması kapsamındadır. Salt fikirler koruma kapsamında değildir. Eser niteliği taşıması için fikirlerin bir eserde vücut bulması ve harcıâlem niteliği aşarak eser sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir¹⁴⁹. Eseri sanatçıya bağlayan, eser sahibinin adeta imzası kabul edilen hususiyetidir¹⁵⁰. Eser niteliği taşımayan fikri ürünler hakkında ancak FSEK m. 83 ve m. 84 yollaması ile TTK’da öngörülen haksız rekabet hükümleri uyarınca koruma sağlanır.

Fikir ve sanat eserleri hukukunun konusunu eser oluşturur. Eser sahibi ise korunmaya değer görülen eseri ortaya çıkaran, yaratan, hususiyet katandır. FSEK’te yaratıcılık ilkesi benimsenmiştir. Fikir ve sanat eserleri hukukunda hak sùjeleri; eser sahipleri ve hak sahipleri olarak iki kategoride incelenir¹⁵¹.

Eser sahipleri eseri meydana getiren gerçek kişidir (FSEK m.8/1). Eser sahibi statüsünün kazanılması için eseri meydana getirmek yeterlidir. Hak sahipleri ise; *“eseri meydana getirmemiş olduğu halde, eser üzerindeki çeşitli hak ve menfaatlerden yararlanma ve kullanma yetkisini haiz kişi”* olarak tanımlanmakta olup işverenler, tüzel kişiler, eser sahibinin mirasçıları, mali hak sahipleri, lisans sahipleri, meslek birlikleri ve kamu otoriteleri hak sahibi olarak değerlendirilmektedir¹⁵².

¹⁴⁹ “Röportaj; radyo ve TV habercisinin araştırma ve soruşturma sonucunda hazırlamış olduğu program, mülakattır. Bu nitelikteki bir program ve mülakat, muhabir ile görüşüne başvuru davetli veya katılımcı arasında soru-cevap biçiminde gerçekleştirilmekte olup, çoğunlukla tartışma ve eleştiriyi kapsamaz. TV’de yayımlanan bir tartışma programında da, tartışmayı yöneten ve soru soran bir muhabir olmasına karşın, röportajdan farklı olarak, başka kişilerin de katıldığı, karşıt görüşlerin ileri sürüldüğü bir tartışma ve eleştiri ortamı mevcuttur. Böyle bir tartışma programına katılan davacının açıklama ve görüşlerinin ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilmesi için gerekli “hususiyet” unsurunun belirlenmesinde, açıklamalardaki bütünlük, anlatım tarzı, program ile uyumlu bir biçimde ve akıcı bir şekilde ifade edilmesi gibi sahibine özgü ve orijinallik, içeren hususların varlığı göz önüne alınmalıdır. Bu belirleme yapılırken hakim, HUMK’nun 275. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın çözümü konusunda uzman bu bilirkişi veya işin niteliğine göre bilirkişi kurulunun özel ve teknik bilgisinden yararlanmak zorundadır.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.3.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555 (Lexpera).

¹⁵⁰ Hususiyet kavramı ile ilgili detaylı açıklama ve öğretideki görüşler için bkz. Bozgeyik, Hayri, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, BATİDER, C.XXV, S.3, 2009, s. 175-176; Bellican, Cüneyt, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı”, İKÜHFD, C.7, S.1, 2008, s. 80 vd.

¹⁵¹ Ateş, Eser Sahipliği, s. 12.

¹⁵² Ateş, s. 14.

FSEK m. 18 f. 2 kapsamında işçi, memur, hizmetlilerin meydana getirdiği eserlerin mali haklarını kullanma yetkisi işverenlerindedir¹⁵³. İşveren gerçek kişi, tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi olabilir. Ancak çalışanlar eser sahibi, mali ve manevi hak sahibi statülerini korurlar¹⁵⁴. Buna karşılık bazı yazarlar; işverenlerin kanun hükmü gereği mali hak sahibi olduğunu kabul etmektedirler¹⁵⁵.

Okutan Nilsson, tüzel kişilerin eser sahipliği konusunda 2004 yılında yapılan değişiklikle¹⁵⁶ FSEK'in "tanımlar" başlıklı m. 1/B(b) hükmünden "*eser sahibi: eseri yaratan gerçek kişiyi*" ifadesinden "*gerçek*" kelimesinin çıkartılmasının tüzel kişilerin de eser sahibi olabileceği şeklinde yorumlanmasına imkân vermediğini belirlemekte; ancak işveren statüsündeki tüzel kişilerin çalıştırdıkları kişilerin görevlerini ifa ettikleri sırada yarattıkları eserlerin kanun gereği doğrudan mali hak sahibi olmalarının, ayrıca FSEK m. 10 f. son uyarınca birden fazla kişinin iştiraki ile oluşturulan ve ayrılmaz bir bütün olan eserler üzerindeki hakların, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi aracılığıyla kullanılabilmesinin tüzel kişilerin mali hak sahibi olabilecekleri istisnalar olduğunu değerlendirmektedir¹⁵⁷.

Tüzel kişiler organlarını oluşturan gerçek kişilerin yarattıkları eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisini haizdir. Söz konusu yetki tüzel kişinin kuruluş amacını ve faaliyet alanını ilgilendiren konularda ortaya konulan eserler hakkındadır.

¹⁵³ Yavuz, Levent / Alica, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013, s. 575; Bilgili, Ali Cem, "İş İlişkisi Kapsamında Meydana Getirilen Eserlerde Eser Sahipliği", Legal FSHD, C. 13, S. 49, 2017, S. 102 vd. Yargıtay'ın işverenleri mali hak sahibi olarak nitelendirdiği yönündeki kararları doktrinde tenkit edilmektedir. Bkz. Erel s. 193, dn. 185. Yargıtay 11 HD, T. 4.6.2001, E. 2001/2687, 2001/5080. Aynı yönde, Yargıtay 11. HD, T. 23.02.2004, E. 2003/7032, K. 2004/1586 (Lexpera).

¹⁵⁴ Bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, s. 575.

¹⁵⁵ Tekinalp, s. 145.

¹⁵⁶ Madde metninde yer alan "gerçek" ibaresi, 3/3/2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunun 28.maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır.

¹⁵⁷ Okutan Nilsson Gül, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 2. Cilt, İstanbul, 2008, s. 469-500. Aynı görüşte Tekinalp s. 147.

FSEK m. 18 f.3 hükmü uyarınca, bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye istinaden mali hakları kullanabilir. Uygulamada çoğunlukla yapımcıya ya da yayımcıya mali hakların devredildiği görülmektedir.

Eser sahipliği statüsü kendiliğinden doğarken, hak sahipliği devir veya intikal ile edinilir. Eser sahipliği, yaratma fiilinin tamamlanması ile kendiliğinden meydana gelir. Marka, patent vb. sınai hakların aksine fikri hakların korunması ve hak sahipliği statüsünün kazanılması için tescil şartı bulunmamaktadır. Eser sahipliği ve buna bağlı olarak eser üzerindeki fikri hakların kazanılması için fiil ehliyetine sahip olunması şart değildir; eser yaratmak maddi bir fiildir¹⁵⁸. Temyiz kudretinden yoksun kişiler veya küçükler de eser yaratmakla eser sahipliği statüsünü kazanır.

Hakkın bir kişiden diğerine intikali halinde devren iktisap söz konusudur. Eser sahipliği statüsü kanun koyucu tarafından sadece eseri meydana getiren gerçek kişiye tanınmıştır ve bu statünün üçüncü kişilere devri mümkün değildir¹⁵⁹.

Eser sahipliğinin ölümle mirasçılara intikali de mümkün değildir. Zira eser sahibine tanınan manevi yetkiler onun kişiliğinin bir parçasıdır. Mali haklar ise eser sahibinin ölümüyle mirasçılara intikal eder (FSEK m. 63-65). Manevi yetkilerin eser sahibi öldükten sonra ne şekilde kullanılabileceği FSEK m. 19 uyarınca düzenlenmiştir. Madde metninde belirtilen kişilere, “*yakınların hakları*” olarak adlandırılan bir kısım manevi hakları kullanma yetkisi tanınmaktadır.

2.2. ÖZEL HUKUK KARAKTERLİ UYUŞMAZLIKLAR

Eser sahiplerinin hakları FSEK’te hukuk davaları (FSEK m.66 ila m. 70) ve ceza davaları (FSEK m. 71 ila 75) ile korunmaktadır. FSEK sistematigi içinde ihlallerin, hukuk ve ceza davaları başlığı altında dava çeşitlerine göre sıralandığı

¹⁵⁸ Öztan, s. 87. “...Eserin meydana getirilmesi maddi bir fiildir. Eserin meydana getirilmesiyle birlikte hak da kendiliğinden doğar. Hakkın doğumu için kamuya sunmak veya tescil gibi herhangi bir eylem veya işleme gerek yoktur.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282 (Yavuz / Alica / Merdivan, Cilt 2, s. 200-203).

¹⁵⁹ Tekinalp, s. 181.

görülmektedir. Ancak bu çalışmada özel hukuk karakterli uyuşmazlıklar; haksız fiilden, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden doğan uyuşmazlıklar olarak dört ana başlık altında incelenecektir. Kamu hukuku karakterli uyuşmazlıklar hakkında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uzlaştırma kurumu öngörüldüğünden, FSEK’te öngörülen ceza davaları bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

2.2.1. Haksız Fiilden Doğan Uyuşmazlıklar

Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklar; eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüz, bağlantılı haklara tecavüz ve haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar olarak üç ana başlık altında toplanabilir.

2.2.1.1. Manevi ve Mali Haklara Tecavüz

2.2.1.1.1. Manevi Hak Kavramı

Manevi haklar; eser sahibinin eseri ile arasındaki kişisel ilişkiyi korumayı amaçlayan¹⁶⁰ ve onun eseri yaratmasıyla birlikte doğan haklardır. Manevi hakların doğması için eser sahibinin temyiz kudretine sahip olması şart değildir. Ancak manevi hakların kullanılması için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.

Eser sahibi yaşadığı müddetçe manevi hakları kullanabilir. Ayrıca manevi haklara ilişkin koruma süreye tabi değildir¹⁶¹. Eser sahibinin ölümünden sonra bu haklar FSEK m.19/1’de sayılan kişiler tarafından kullanılır.

Manevi haklar gayri maddi nitelik arz eder, parayla ölçülemez. Mutlak haklardandır¹⁶². Sınırlı sayıdadır. Manevi haklar kural olarak bizzat eser sahibi tarafından kullanılabilir, mirasla intikal etmez, ölüme bağlı tasarruflara konusu

¹⁶⁰ Tosun, Manevi Haklar, s. 84.

¹⁶¹ Tosun, Manevi Haklar, s. 87. Aksi görüşteki Tekinalp, koruma süresinin eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam edeceğine dair FSEK m. 27 hükmünün kıyasen manevi haklara uygulanamayacağını savunmaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 163.

¹⁶² Serozan, s. 238.

olamaz ve sağlar arası işlemlerle devredilemezler¹⁶³. Ancak manevi hakları kullanma yetkisi devredilebilir¹⁶⁴.

FSEK’te sınırlı sayıda düzenlenen manevi haklar; umuma arz hakkı (FSEK m. 14), eser sahibi olarak adın belirtilmesi hakkı (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı (FSEK m. 16), eserin orijinaline ulaşma hakkı (FSEK m. 17) olarak sıralanmaktadır.

2.2.1.1.1. Umuma Arz Hakkının İhlali

Umuma arz; eser sahibinin bilgi ve izni dâhilinde, eserin üçüncü kişiler nezdinde dar veya geniş bir çevrede sunularak aleniyet kazanmasıdır. “Aleniyet” kavramı FSEK m. 7’de tanımlanmıştır. Buna göre, hak sahibinin rızası ile umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır. Eser, eser sahibinin hâkimiyet alanından çıkıp umuma arz edilmekle FSEK koruması altına girer. “Umum” kavramı dar yorumlanmaktadır. Eser sahibinin yakın çevresi dışında üçüncü kişilere arzı esere aleniyet kazandırmak için yeterlidir. Eser sahibinin rızası olmaksızın gerçekleşen umuma arz, eser sahibi aleyhine hüküm doğurmaz, eser alenileşmiş olmaz, FSEK m. 61 uyarınca rehne, hacze, hapis hakkına konu edilemez¹⁶⁵.

Sinema ve müzik eserleri bakımından umuma arz hakkının kullanılması FSEK m. 13 hükmüne 5101 sayılı Kanun m. 10 ile eklenen son fıkra uyarınca kayıt ve tescil ön şartına bağlanmıştır¹⁶⁶.

Umuma arz hakkı uyarınca; bir eserin umuma arz edilip edilmeyeceğini, ne zaman ve ne şekilde umuma arz edileceğini tayin etme hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Eser ilk kez umuma arz edildikten sonra eser sahibinin bu hakkı tükenmiş olur, daha sonraki umuma arzlarda eser sahibi mali haklarının ihlaline

¹⁶³ Tosun, Manevi Haklar, s. 87-88.

¹⁶⁴ Aksu, Mustafa, “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 155; Tosun, Manevi Haklar, s. 89; Tekinalp, s. 164.

¹⁶⁵ Tekinalp, s. 165.

¹⁶⁶ Erel, s. 137.

dayanabilir¹⁶⁷. Örneğin daha önce umuma arz edilmiş bir tiyatro eserinin izinsiz bir şekilde sahneye konması umuma arz hakkını ihlal etmez fakat eser sahibinin izni alınmadığı için burada temsil hakkının ihlali gerçekleşmiş olur.

FSEK m. 14 f.2 ise eser hakkında umuma bilgi verme hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğunu düzenler.

Umuma ilk defa arz hakkı bağımsız bir hak olmasına karşın kullanımı sözleşme ile başkasına bırakılabilir. Öğretide kabul edilen bir görüşe göre, açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, bazı durumlarda mali hakların devri umuma arz yetkisinin kullanılmasına zımnen rıza gösterildiği anlamına gelebilir¹⁶⁸. FSEK m. 14 f. 3 uyarınca sözleşme ile temsil veya yayma hakkı üçüncü kişilere devredilmişse umuma arz hakkını kullanan üçüncü kişinin davranışı, eser sahibinin şeref ve haysiyeti zedelemeyecek mahiyette olmalıdır. Aksi halde eser sahibi eserin umuma tanıtılmasını ve yayımlanmasını men edebilir. Eser sahibinin men etme hakkından vazgeçmesini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir¹⁶⁹.

Umuma arz hakkına tecavüzün refi davası; ancak alenileşmemiş bir eserin çoğaltılmış nüshalarının sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak yayımlanması halinde açılabilir (FSEK m. 67, f.1). Diğer hallerde ise eser sahibinin maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı vardır.

2.2.1.1.2. Eser Sahibi Olarak Adın Belirtilmesi Hakkının İhlali

Adın belirtilmesi hakkı eser sahibi olarak tanıtılma hakkıdır. Anılan hak eser sahibini intihale karşı korur. Eser sahibi olarak adın belirtilmesi hakkı eserin umuma arzından önce de kullanılabilir. Eser sahibi eseri adı olmaksızın (anonim) yayınlama hakkını da haizdir. Eser sahibi eserini takma ad ile veya adsız olarak

¹⁶⁷ Tosun, Manevi Haklar, s. 96; Erdil, s. 432-433; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 154. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 22.12.2005, E. 2004/14950, K. 2005/12769 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası). Öğretide aksi yönde bkz. Yavuz, Levent, “Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK m.14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK m.19)”, Yargıtay Dergisi, C. 33, S. 1-2, Ocak-Nisan 2007, s. 63.

¹⁶⁸ Erel, s. 137; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 155; Tosun, Manevi Haklar, s. 101.

¹⁶⁹ Tekinalp, s. 167.

yayınlanmışsa, bu hususta değişiklik yapılamaz, rumuz açıklanamaz. Eser sahibi, adın belirtilmesi hakkından sözleşme ile vazgeçemez (MK m. 23). Bu konuda iki istisna doktrinde kabul edilmektedir¹⁷⁰. Bunlardan ilki hikayeyi anlatanın başka, kaleme alanın başka kişi olması durumunda özellikle anı ve biyografilerde görülmektedir. “Hayalet yazarlık” (*ghostwriter*) sözleşmesi gereğince, hikaye, yazanın değil anlatanın adı ile yayınlanır. Uygulamada karşılaşılan diğer bir durum ise “yayınevi müstear adı” kullanımıdır. Bu hallerde yayınevi bir dizi hikaye veya romanı seri halde yayınlamakta, eser sahibi olarak yayınevinin seçtiği isim gösterilmektedir¹⁷¹.

FSEK m. 15 f. 2’de bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalar, bir işlenme eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işleme olduğunun açıkça gösterilmesi şart olduğu hükme bağlanmıştır.

FSEK m. 15 f.3’te; eser sahibinin ihtilaflı olması halinde eser sahibinin tespit davası açabileceği öngörülmektedir. Bu halde tespit davasının konusu bir kimse ile eser arasında ilişki bulunup bulunmadığının belirlenmesi olup, davacının söz konusu hukuki ilişkinin belirlenmesinde hukuki yararının bulunması şarttır¹⁷² (HMK m. 106 f.2).

Eda davası açılacak hallerde kural olarak tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Zira, eda davası sonunda verilen hüküm, aynı zamanda bir tespiti de içermektedir¹⁷³. Ancak bu kuralın geçerli olması için eda davası sonucu verilecek hükmün tespite ilişkin kısmı ile tespit davası sonucu verilecek hükmün

¹⁷⁰ Öztan, s. 312.

¹⁷¹ Konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. Tosun, Manevi Haklar, s. 229 vd.; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 242 vd.

¹⁷² Ateş, Eser Sahipliği, s. 469.

¹⁷³ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 980. Yargıtay 13. HD, T. 02.07.2014, 20877/22642 “*Dava ile erişilmek istenen amaç, aynı güvenle fakat daha basit bir yol ile gerçekleştirilecekse o konuda dava açılmasında hukuki yarar yoktur. Aynı şekilde eda davası açılacak hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.*” (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

kesin hüküm etkileri arasında hiçbir fark bulunmamalı bir başka deyişle tespit davası ile istenen koruma eda davası ile sağlanmalıdır¹⁷⁴.

Yargıtay içtihatlarında hukuki yararın bulunduğu kabulü için; güncel bir hakkın veya hukuki durumun tehdit altında olması, tehditten dolayı davacının hukuki durumunun tehlike altında olması ve bu durumun ona zarar verebilecek olması, sadece kesin hüküm etkisine sahip bir tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldıracı olması şartlarının birlikte var olması aranmaktadır¹⁷⁵.

Bazı hallerde esere itibar kazandırmak için esasen eser ile ilgisi bulunmayan bir sanatçının adı eser sahibi olarak gösterilebilir. Bu hallerde FSEK m. 15'e değil, kişilik hakların korunmasına dair MK m. 23 vd. hükümlerine dayanılabilir¹⁷⁶.

FSEK m. 15'in son fıkrasında; eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adının yazılacağı hükme bağlanmıştır. Mimari yapının eser niteliği haiz olup olmadığı objektif ve sübjektif unsurun varlığına bağlıdır. Objektif unsur eserin FSEK m. 2 ile m. 5 arasında sayılan kategorilerden birine girmesidir. Mimari eserler söz konusu olduğunda; estetik değeri haiz olan yapılar FSEK m. 4 b. 3 uyarınca güzel sanat eseri olarak, mimari projeler ise FSEK m.2 b. 3 uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak değerlendirilecektir. Sübjektif unsur ise eser sahibinin hususiyetidir. Herhangi bir uyumsuzluğa konu olmadığı sürece, şeklen dahi olsa, FSEK m. 2 ile 5 arasında düzenlenen eser türlerinden biri olarak sayılabilecek fikri ürünlerin eser niteliği taşıdığı karine olarak kabul edilir¹⁷⁷.

Adın belirtilmesi hakkının istisnası FSEK m. 32'de konferans, nutuk, konuşma vb. durumlar hakkında yapılan haber amaçlı yayınlarda, olayın niteliği

¹⁷⁴ Kuru, Cilt 2, s. 1446.

¹⁷⁵ Yargıtay HGK, T. 06.10.2004, E. 2004/411, K. 2004/477 (Hukuk Türk Hukuk Veritabanı).

¹⁷⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul, 1992, s. 286; Öztan, s. 306; Tekinalp, s. 169; Tosun, Manevi Haklar, s. 116.

¹⁷⁷ Bozgeyik, Hayri, Mimaride Telif Hakları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 38-39.

ve durumun gerekleri göz önünde bulundurularak konuşma sahibinin adının belirtilmesi zorunluluğunun bulunmaması olarak düzenlenmiştir. Bir diğer istisna ise; FSEK m. 40'ta yollar, caddeler ve alanlara sürekli konulan güzel sanat eserlerinin, resim, fotoğraf vb. eserlerin kopyalanarak; keza açık artırma ile satışa sunulan güzel sanat eserlerinin katalog vb. basılı bir şekilde yayınlanmasında, aksine yerleşmiş gelenek bulunmadığı takdirde adın belirtilmesi zorunluluğu bulunmadığı yönündedir¹⁷⁸.

İştirak halinde eser sahipliğinde, bütün eser sahipleri, eserde adlarının belirtilmesini talep hakkını haizdirler (FSEK m.10).

2.2.1.1.1.3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etme Hakkının İhlali

Eser sahibine tanınan hak ve salahiyetler eserin bütününe ve parçalarına şamildir (FSEK m. 13 f.2). Eserde yapılacak herhangi bir değişiklik ile eserin bütünlüğü bozulabilir ve sahibinin hususiyeti kaybedilebilir. Bu nedenle eser sahibine eserde yapılacak değişiklikleri men etme hakkı tanınmıştır. Eserde sahibinin izni olmaksızın eser üzerinde olumlu veya olumsuz değişiklik yapılamaz.

Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı; bir başka deyişle eserin bütünlüğünü koruma hakkı FSEK m. 16'da düzenlenmiştir. Hükme göre, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. Değişikliğin olumlu veya olumsuz olması da fark yaratmamaktadır, zira eserdeki en küçük bir değişiklik dahi eser sahibinin hususiyetini zedeler. Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değişikliği men edebilir. Men etme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Beşiroğlu, Akın, Düşünce Ürünleri Üzerinde Fikri Haklar, Fikir Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2002, s. 173; Öztan, s. 315.

¹⁷⁹ Tekinalp, s. 172-173.

Eserin izinsiz yok edilmesi FSEK m. 16'nın ihlalidir¹⁸⁰. Eserin sahibi tarafından imha edilmesi yasaklanmış değildir. Ancak eserin üçüncü kişiler ve aslın maliki tarafından yok edilmesi halinde haksız fiil hükümleri (TBK m.49 vd.) işletilir. Eserin aslın maliki tarafından da bozulamayacağı ve yok edilemeyeceği hususu FSEK m. 17 f. 2'de ayrıca düzenlenmiştir.

FSEK m. 16 f. 2 uyarınca “*Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.*” Örneğin bir romanın senaryoya dönüştürülmesi sırasında tiyatro veya sinema tekniği bakımından zorunlu değişiklikler, eser sahibinin iznine tabi olmaksızın yapılabilir. Zira, işleme hakkını devreden eser sahibi zorunlu değişikliklere de önceden izin vermiş sayılır. Bir mimarı eserin mülk sahibinin faydalı ve lüzumlu değişiklikleri yapabilmesi de FSEK m. 16 f.2 kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸¹.

Mimari eserlerin tadilatı konusunda bina maliki ile mimarın menfaatlerinin dengelenmesi için haklı sebeple değişiklik yapılması kabul edilmekte olup toplum belleğinde yer edinmiş güzel sanat eserleri istisna tutulmaktadır¹⁸². Bunun dışında yapı malikinin değişen ihtiyaçlarına göre bina üzerinde değişiklik yapması için mimarın iznine gerek duyulmamakta, mimarın şeref ve haysiyetini zedeler nitelikte olmadığı sürece tadilat yapabilmektedir¹⁸³. Mimari eserlerde yapılan

¹⁸⁰ Tekinalp, s.172. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.06.1991, 2679/3979; Yargıtay 11 HD, T. 29.03.2001, E. 2001/143, K. 2001//2548 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası).

¹⁸¹ Erel, s. 148-153; Bozgeyik, s. 159. Yazar, değişikliklerin gerekliliği ve değişiklik için seçilen araçların uygunluğunun ispat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Depreme karşı güçlendirme yapmak, hastane inşası sırasında yapılmayan asansörün sonradan eklenmesi, iklimlendirme tesisatları, yürüyen merdiven yapmak gibi örnekler sayılmaktadır.

¹⁸² Erel, anıtlar ve memleket kültürüne mal olmuş eski eserler dışında hiçbir mimari eserin malikinin, mimarın mesleki şeref ve itibarını korumak ve yapının orijinaline sadık kalma yükümlülüğü altında bulunmadığını ifade etmektedir. Mimarın mesleki şeref ve itibarının korunması ile kastedilen yapının aynen muhafaza edilmesinden ziyade, mimarın fikri yaratıcılığını gösteren mimari unsurların korunmasıdır. Bkz. Erel, s. 151. Bozgeyik, haklı sebebe dayalı değişikliklerin eser sahibinin kullanımına bağlı olarak ortaya çıktığı, genelde yapının kullanım amacına yönelik veya boyut değişikliklerine ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bozgeyik s. 164.

¹⁸³ Tosun, Manevi Haklar, s. 156.

değişikliğe karşı tecavüzün ref'i davasında FSEK m. 67 f. son uyarınca eski hale iade talep edilebilir¹⁸⁴.

Eserin tamirinin de dürüstlük kuralına (MK m. 2) uygun olarak gerçekleştirilmesi ve eserde değişikliğe yol açmayacak şekilde yapılması gerekmektedir.

Eser sahibi uzun süre sessiz kalmak suretiyle eserde meydana gelen değişikliğe karşı itiraz etmediği takdirde onun FSEK m. 16'dan doğan haklarını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁵.

2.2.1.1.4. Eserin Orijinaline Ulaşma Hakkının İhlali

FSEK m. 17'de düzenlenen bu hak, eser sahibi ile eserin maliki/zilyedinin farklı kişiler olduğu durumlarda eser sahibine hükmün öngördüğü şartlarda eserine ulaşma yetkisi tanımaktadır. Bu hak eser sahibinin eseri ile manevi bağlantısını korumasını sağlamakla birlikte eserin malikinin mülkiyet hakkı ile çatışmakta olup esasen fikri mülkiyetin kendine özgü "soyutluk" ilkesi ile bağlantılıdır. Nitekim Yargıtay, güzel sanat eseri vasfındaki tablonun mülkiyetinin devrinin -örneğin müzeye bağışlanmasının- eser ile ilgili fikri hakların intikal etmesine sebebiyet vermeyeceğine kararlarında değinmektedir¹⁸⁶. Nitekim bu sebeple aslın maliki eseri bozamaz, yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez (FSEK m. 17 f.2). Hüküm esasen eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkının zilyet/malike karşı ileri sürülebilen özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Ancak, mimarı eserlerde bina malikinin ihtiyacı nedeniyle bazı değişiklikler

¹⁸⁴ Öngören Gürsel / Ceritoğlu Filiz, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Mimari Eserler ve İlgili Yargı Kararları, İstanbul, 2007, s. 151.

¹⁸⁵ Tekinalp, s. 173. "Daha önceki eserlerinde değişiklik yapılmasına itiraz etmeyen davacı eser sahibinin, daha sonraki eserinde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiası, MK.nun 2/2. maddesinde yazılı hakkın, kötüye kullanılması olup bu husus, hakim tarafından re'sen gözetilmelidir. (YİBK., 30.9.1988 gün ve E:1987/2, K:1988/2)" Yargıtay 11. HD, T. 29.01.1999, E. 1998/10031, K. 1999/250 (Lexpera). Aksi görüşteki Erel, eser sahibinin değişikliğe muvafakatının, her eser bakımından ayrıca aranması gereken bir husus olduğu kanaatindedir. Bkz. Erel s. 147. Kanaatimizce de her eser kendine özgüdür, eser sahibi ve kamuoyu nezdinde etkisi farklıdır.

¹⁸⁶ Yargıtay 11 HD, T. 19.10.1995, E. 1995/5303, K. 1995/7703 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 1, s.563, dn. 3); Yargıtay 11 HD, T. 05.12.2000, E. 2000/7580, K. 2000/9694 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 1, s.564, dn. 6).

yapılması gerekiyor ve söz konusu değişiklik eserin özgünlüğüne zarar vermiyorsa, eser sahibi malikin yaptıracağı değişikliğe katlanmak zorundadır.

Eserin aslına ulaşma hakkı, eser sahibine sadece gerekli durumlarda geçici süre ile eserinden yararlanma hakkı tanır (FSEK m. 17 f.1); eser sahibine eserde değişiklik yapma hakkını tanımaz.

FSEK m. 17 f.3.'te düzenlenen eserin tek ve özgün olması halinde, örneğin bir ressamın retrospektif sergilerinde daha önce satmış olduğu tablolarını, bu hakka dayanarak bir araya getirip sergileme imkanı veya fotoğraflarını çekip kitap/katalog vb. çalışmalarda kullanma hakkı sağlar.

Erel'e göre bu durumda eser sahibi ile malik/zilyet arasındaki hukuki ilişkiye Borçlar Kanunundaki ödünç sözleşmesi hükümleri (TBK m. 379-392) kıyasen uygulanabilecek iken, *Öztan* bu hususta kanuni düzenleme yapılması gerekliliğine değinmekte olup eser malikinin menfaatlerinin mümkün olduğunca objektif sorumluluk esasıyla korunmasına taraftardır¹⁸⁷.

Eser sahibi eserin aslına ulaşma hakkını, eseri fiilen zilyesinde bulunduran kişiye karşı ileri sürebilir. Zira FSEK 17'de öngörülen borç, eşyaya ve zilyetliğe bağlanmış bir borçtur¹⁸⁸.

Eser sahibi eserin korunması için gerekli güvenlik önlemlerini almak, sigorta vb. makul masrafları karşılamak zorundadır.

Son olarak, eserin aslına ulaşma hakkı, eserin orijinalinin kaybolması veya yok olması gibi bazı durumlarda eserin çoğaltılmış nüshasına ulaşma hakkını da kapsar¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Erel, s. 156; Öztan, s. 336.

¹⁸⁸ Erel, s.155.

¹⁸⁹ Öztan, s.339; Erel, s. 135.

2.2.1.1.2. Mali Haklar

Mali haklar, eser sahibine eser üzerinde ekonomik olarak faydalanma yetkisi tanıyan haklardır. Değeri para ile ölçülebilir. Sınırlı sayıdadır. Sağlar arası işlemlerle devredilebilir, mirasla intikal edebilir ve ölüme bağlı tasarruflara konu edilebilir.

FSEK’te sınırlı sayıda öngörülen mali haklar; işleme hakkı (FSEK m.21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır (FSEK m. 25).

Eser sahibinin mali ve/veya manevi haklarına tecavüz halinde; tecavüzün refi (FSEK m. 66, m.67, m.68) tecavüzün menî (FSEK m. 69) ve tazminat davaları (FSEK m. 70) açılacağı FSEK’te öngörülmektedir. Söz konusu davalar niteliği itibarıyla haksız fiilden doğan davalardır.

2.2.1.1.2.1. İşleme Hakkı

İşleme eser yaratmak için öncelikle işlemeye konu edilecek orijinal bir eserin varlığı şarttır. Burada asıl eserdeki hususiyet genel hatlarıyla saklı kalarak, işleme eser sahibi kendi özgün bakış açısını katar ve başka bir eser meydana getirir. Eserin özü değişmese de büründüğü şekil farklılaşır.

FSEK m. 21 uyarınca bir eserden onu işlemek suretiyle yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Kişisel kullanım için meydana getirilen işlemler serbesttir. Ancak bir işleme eserin ticari hayata katılması için eser sahibinden izin alınması şarttır. Her ne kadar işleme eser meydana getirildiği an FSEK kapsamında asıl eser sahibine karşı dahi koruma elde edilse de işleme eserden yararlanmak için asıl eser sahibinin izni şarttır. Bu anlamda işleme eser sahipliği bağımlı bir eser sahipliğidir¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 104.

İşleme hakkı sahibi mali haklardan asıl eser sahibinin izin verdiği sınırlar dâhilinde faydalanabilir. İşleme hakkının devredilmesi ile işleme amacına ve niteliğine en uygun mali hakkın da devredildiği kabul edilmektedir (FSEK m. 20 f. 4)¹⁹¹.

FSEK m. 31 uyarınca; mevzuat ve içtihatların derlenmesi ile FSEK m. 34 uyarınca eğitim ve öğretim amacına tahsis edilmek şartıyla bazı eserlerden iktibaslar yapılarak seçme ve toplama eserler meydana getirilmesi (FSEK m. 6 b.7) gibi hallerde işleme hakkı ihlal edilmiş olmaz. Zira bu hallerde kanun koyucu, eser sahibinin haklarını genel menfaat mülahazasıyla sınırlandırmıştır.

İşleme eser üzerindeki fikri hakların korunması ve koruma süreleri asıl eserden bağımsızdır. İşleme eserin sahibi eseri üzerindeki mali hakları asıl eser sahibinin izni olmaksızın devredebilir.

İşleme eserin kendisinin de işlenme ürünü olması mümkündür. İşleme eserin yeni bir işleme esere konu edilmesi, işleme eser sahibi ile birlikte asıl eser sahibinin de izninin alınmasına bağlıdır.

2.2.1.1.2.2. Çoğaltma Hakkı

FSEK m. 22 hükmünde düzenlenen çoğaltma hakkı eserin teknik işlemlerle kopyalanmasını ifade eder. Eserin orijinali sınırlı bir topluluğa ulaşırken, çoğaltma yoluyla eserin geniş kitlelerle buluşması ve nüshalarından ekonomik anlamda faydalanılması söz konusudur. Bu nedenle çoğaltma hakkı eser sahibine ait olup diğer mali haklardan bağımsız olarak kullanılabilir. Orijinal eserin tek bir kopyasının alınması dahi çoğaltma hakkının ihlalidir.

Çoğaltma hakkı (*copyright*) fikri mülkiyet haklarının temelidir. Yayma hakkı başta olmak üzere diğer mali hakların kullanılması için öncelikle çoğaltmanın gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁹². Çoğaltmanın cisme bağlı olarak

¹⁹¹ Tekinalp, s.183; Erel, s. 160.

¹⁹² Tekinalp, s. 184.

gerçekleşmesi şarttır¹⁹³. Bir eserin projeksiyonla yansıtılması yayma hakkının bir görünümüdür¹⁹⁴. Eserin büyütülüp küçültülmesi de çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirilir¹⁹⁵. Mimari bir plan kullanılarak yapının inşası veya tahrip edilen yapının yeniden inşası çoğaltma hakkının kullanılmasıdır¹⁹⁶. Anlık tespitler, örneğin bir sinema filminin veya tiyatro oyununun fotoğrafının çekilmesi çoğaltma hakkı kapsamındadır¹⁹⁷. Çoğaltmanın gerçekleşmesi için eserin orijinaline tamamen sadık kalınmalıdır¹⁹⁸. Bilgisayar programlarının sabit diske kayıt edilmesi, ön bellek olarak hafızaya alınması ve *browsing* birer çoğaltmadır.

“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.” (FSEK m. 22 f. 1). *“Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da 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 ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır.”* (FSEK m. 22 f.2). *“Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.”* (FSEK m.22 f.2 c.2). *“Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar* (FSEK m.22 f.3)¹⁹⁹.

Yargıtay’ın bir kararında Şair Ahmet Arif’in eser sahibi olduğu “İçerde” isimli şiirin, izinsiz olarak “Asansör” isimli sinema filminde okunması (işleme ve umuma arz hakkı ihlali yanında) çoğaltma hakkı ihlali kabul edilmiştir²⁰⁰. Bir başka Yargıtay kararında davacı eser sahibine ait “Bugün Ölmedim Anne” isimli şiirin izinsiz olarak sözlü müzik eseri haline getirilmesi ve eser sahibinin ismine

¹⁹³ Öztan, s.355.

¹⁹⁴ Öztan, s. 356.

¹⁹⁵ Öztan, s. 357.

¹⁹⁶ Öztan, s. 358.

¹⁹⁷ Erel, aslının aynı yoldan tekrarına imkan vermeyen bir tespitin çoğaltma olmayacağı kanaatindedir. Bkz. Erel, s. 164.

¹⁹⁸ Öztan, s. 359.

¹⁹⁹ Erel, s. 162-170; Öztan, s.353-361; Tekinalp, s. 184-186.

²⁰⁰ Yargıtay 11 HD, T. 01.11.2011, E. 2011/11768, K. 2011/14783 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 1, s. 823, dn. 13).

yer vermeksizin icra ve tespit edip kaset formatında piyasaya sunan davacı eyleminin (temsil ve yayma hakkı ihlali yanında) çoğaltma hakkının ihlali sayılmıştır²⁰¹. Yine bir başka kararda daha önce icraları fonograma kaydı yapılmış musiki eserlerinin *Duvara Karşı* filmi içerisine yerleştirilmesinin, eserin işleme ve çoğaltma hakkı ihlali olduğu²⁰²; güzel sanat eseri vasfındaki Halay isimli resmin, izinsiz olarak müzik CD'sinin kartonetine koyulması²⁰³, bir bilgisayar yazılımının bilgisayara yüklenmesi, bir eserin internete bağlı bilgisayar aracılığıyla hard diske kaydı, bir başka bilgisayara gönderilmesi, çoğaltma hakkı ihlali sayılmıştır.

İzinsiz çoğaltılan nüshalar henüz satışa çıkarılmamışsa, ihlal edilen sadece çoğaltma hakkıdır²⁰⁴. Satışa çıkarılmışsa, ihlal edilen umuma arz hakkı, çoğaltma ve yayma haklarıdır²⁰⁵.

Çoğaltma hakkının ihlali sayılmayan istisnalar şu şekilde sayılabilir: FSEK m. 30 f. 1'de fotoğraf eserlerinin güvenlik amacıyla kullanılması, FSEK m. 31 uyarınca resmî yoldan yayınlanan mevzuat ve içtihatların çoğaltılması, FSEK m. 32 uyarınca söz ve nutukların haber amaçlı çoğaltılması, FSEK m. 37 uyarınca haber verme amacıyla fikir ve sanat eserlerinin yayınlanması ve bu şekilde çoğaltılması, FSEK m. 38 uyarınca kâr amacı güdülmezsizin şahsen kullanım amacıyla çoğaltma serbesttir. Ayrıca iktibasın serbest olduğu istisnai hallerde (FSEK m. 35 ve 36) çoğaltma da serbesttir.

2.2.1.1.2.3. Yayma Hakkı

Eser sahibinin eserini toplumla paylaşması, yayma fiiliyle gerçekleşir. Çoğaltma ve yayma hakkı birbirinin tamamlayıcısı olup yayma hakkı ile kastedilen FSEK m. 23'te belirtildiği üzere, bir eserin aslını veya çoğaltılmış

²⁰¹ Yargıtay 11. HD, T. 24.04.1995, E. 1995/2410, K. 1995/3720 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 1, s. 823, dn. 14).

²⁰² Yargıtay 11 HD, T. 05.07.2011, E. 2009/14839, K. 2011/8710 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası).

²⁰³ Yargıtay 11 HD, T. 11.06.2012, E. 2011/4521, K. 2012/10160 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt1, s. 824, dn. 23).

²⁰⁴ Erel, s. 340.

²⁰⁵ Erel, s. 341.

nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak şeklinde gerçekleşir. Yayma hakkı maddi varlığa ilişkindir, eserin çoğaltılmış nüshalarının fiziken dağıtılmasını, bir başka deyişle piyasaya sürülmesini ifade eder. Söz konusu dağıtım “*umum*” içinde olmalıdır. Bir eserin radyo veya televizyon aracılığı ile yayınlanması, yayma hakkı kapsamında olmayıp umuma iletim hakkına ilişkindir. Keza “*online*” aktarma, yayma hakkı kapsamında değil, umuma iletim hakkına ilişkindir.

Eser, izin verilen kişiler veya bizzat eser sahibi tarafından bir kez satışa arz edilirse, eser sahibi eserin yeniden satılması ve dağıtılmasına engel olamaz. Buna tükenme ilkesi denir. FSEK ülkesel tükenme ilkesini kabul etmiştir. FSEK m. 23 f. 2 uyarınca ilk defa yurt içinde satım veya dağıtımına izin verilen eserlerin yeniden satışı veya dağıtımı eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez.

Tükenmenin gerçekleşmesi için ilk satış (devir) şarttır. Kiralama veya ödünç verme halinde mülkiyetin devri söz konusu olmadığı için tükenme gerçekleşmez. Keza, ilk satış eser sahibinin izniyle olmalıdır. Bu iki şartın gerçekleşmesi durumunda müteakip satışlar için yayma hakkı sona erer. Eser sahibi eserinin/çoğaltılmış nüshaların ticari piyasada serbestçe dolaşmasını/el değiştirmesini men edemez.

Yayma hakkının kamu yararından kaynaklanan istisnalarına gelince, FSEK m. 30 genel güvenlik veya adli amaçlarla çoğaltılan fotoğrafların yayılması, FSEK m. 31 uyarınca mevzuat ve içtihatların, FSEK m. 32 f. 1 uyarınca haber ve bilgi verme amacıyla umumi yerlerde söylenen söz ve nutukların, FSEK m. 34, 35, 36 ve 37 uyarınca iktibas serbestisi tanınan hallerde yayma hakkının ihlali söz konusu olmaz. FSEK m. 38 uyarınca tanınan şahsi kullanım için çoğaltılan nüshaların yayılması yayma hakkının ihlali niteliğindedir. FSEK m. 40 uyarınca umumi yerlerde temelli kalmak suretiyle konulan heykel vb. güzel sanat eserlerini resim, fotoğraf vs. ile çoğaltma ve yayma serbesttir.

2.2.1.1.2.4. Temsil Hakkı

FSEK m. 24 uyarınca temsil hakkı, bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle, umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkını ifade eder. Temsilin umuma arz edilmek üzere gerçekleştiği yerden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakledilmesi halinde dolaylı temsil, araya mekanik araçlar girmeden konser, tiyatro, sergi vb. şekilde eser ile eserden yararlanan dinleyici veya seyirci arasında bir araç bulunmadığı takdirde ise doğrudan doğruya temsil faaliyeti söz konusudur. Temsil hakkının kullanılması için eserden yararlanma geçici, bir başka deyişle temsil süresi ile sınırlı olmalı ve kamuya açık şekilde gerçekleşmelidir.

Temsil hakkı daha önce değinilen özel yararlar ve kamu yararı için FSEK m. 32 f. 1, FSEK m. 33, FSEK m. 35 f. 4, FSEK m. 36, FSEK m. 37, FSEK m. 40 ve FSEK m. 41 uyarınca kısıtlanmaktadır.

2.2.1.1.2.5. Umuma İletim Hakkı

FSEK m. 25 f. 1 umuma iletim (yayın) hakkını düzenlemektedir. Hükme göre bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil 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 münhasıran eser sahibine aittir.

Umuma iletimin gerçekleşmesi için elektromanyetik dalgalarla yayılmakta olması şarttır²⁰⁶. Bu kavram uydudan yapılan yayınları da kapsar.

Yeniden iletim kavramı ile kastedilen, yayının “yeni bir umuma” iletilmesidir. Örneğin alınan bir kablolu yayının bina içindeki farklı odalara bir

²⁰⁶ Öztan, s. 386.

cihaz ile dağıtılması, dağıtıcı uydulardan yapılan mükerrer yayınlar veya bir yayının başka bir televizyon kanalında yayınlanması eser sahibinin iznini gerektirir.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen husus ise umuma erişilebilir kılma olarak ifade edilmektedir. Hükme göre, 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.

FSEK m. 25 f. 2’de kastedilen durum internet üzerinden umuma erişilebilir kılmadır. **Öztañ**, umuma iletim ile umuma erişilebilir kılma arasındaki temel farkın eserden faydalanma zamanı bakımından ortaya çıktığını ileri sürmektedir²⁰⁷. Umuma erişilebilir kılma halinde eserden faydalanma zamanına kullanıcı karar vermekte iken, umuma iletim halinde kullanıcı yayın saatinde eserden faydalanabilmektedir.

Bir eserin eser sahibinin izni olmaksızın internet sitesine yüklenmesi ve umuma açılması, eser sahibinin umuma erişilebilir kılma hakkını ihlal eder.

2.2.1.1.2.6. Pay Takip Hakkı

FSEK m. 45 f.1’de belirtilen eserler yönünden eser sahibi lehine tanınan pay takip hakkı, belirtilen eserlerin orijinallerinin ve özgün sayılabilecek kopyalarının satışı söz konusu olduğunda gündeme gelir. Eser, satış yoluyla bir kez elden çıkartıldıktan sonra sergi, açık artırma veya bu gibi eşyayı satan bir mağazada müteakip satış halinde, satış bedelleri arasında açık oransızlık bulunursa, eser sahibine koruma süresi içinde her satıştan, satışı gerçekleştiren kişi, bedel farkından uygun bir pay verir. Satışın gerçekleştiği işletme sahibi satıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Cebri satışlarda ise pay ancak diğer alacaklar

²⁰⁷ Öztañ, s. 137.

tamamen ödendikten sonra ödenir. Pay verme borcunun zamanaşımı, bu borcun doğumunu intaç eden (hazırlayan, sonucunu doğuran)atıştan itibaren beş yıldır²⁰⁸.

FSEK'in 1952 yılında kabul edilmesinden sonra hakkın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların bakanlar kurulu tarafından belirlenmesine karar verilmiştir. İlk kez 2006 yılında güzel sanat eserleri, ilim ve edebiyat eserleri ile musiki eserlerin el yazısıyla yazılmış asıllarının satış bedellerinden pay verilmesine ilişkin 2006/10880 sayılı Bakanlar Kurulu kararı²⁰⁹ yayınlanmıştır.

Bu Karar m. 1 uyarınca; *“Birbirini takip eden iki satış arasındaki farkın % 50 ile % 100 arasında olması durumunda farkın % 10'u, birbirini takip eden iki satış arasındaki farkın % 101 ile % 200 arasında olması durumunda farkın % 9'u, birbirini takip eden iki satış arasındaki farkın % 201 ve üzeri olması durumunda farkın %8'i oranında pay ödenir. Bedeli 5000 YTL'yi aşmayan satışlar pay verme borcundan muaftır.”*

Pay ve takip hakkının şartları arasında belirtilen satışlar arasındaki açık nispetsizlik koşulu yerinde değildir²¹⁰. Her satıştan pay verilmesi gerekir. Nitekim Avrupa Birliği'nin 2001/84/EC sayılı Pay ve Takip Yönergesinde de bu şart yer almamaktadır²¹¹.

Pay takip hakkının devredilip devredilemeyeceği tartışmalıdır. Bern sözleşmesinde bu hakkın devredilemeyeceği öngörülmektedir (mükerrer m. 14/1) Ancak FSEK'te bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. **Erel**, FSEK md 45'te eser sahibinin ölümünden sonra pay ve takip hakkının mirasçılara intikalinin kabul edilmesi karşısında, hakkın mali yönünün ağır bastığı, bu nedenle devrin caiz olduğu kanaatindedir²¹².

²⁰⁸ Erel, s. 187. Aynı görüşte, Şahin, Ayşenur, “Fikri Hukukta Eser Sahibinin Pay ve Takip Hakkı”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 (Editör: Tekin Memiş), Ankara, 2011, s.554.

²⁰⁹ Bkz. 27.9.2006 tarihli ve 26302 sayılı Resmi Gazete.

²¹⁰ Şahin, s. 554.

²¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0084&from=EN>

²¹² Erel, s. 189-190.

Pay takip hakkının mali yönünü baskın gören yazarlar, hakkın haczinin de caiz olduğunu²¹³, aksi kanaatteki yazarlar ise caiz olmadığını belirtmektedir²¹⁴.

2.2.1.1.3. Bağlantılı Haklar

Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar; icra, tespit, program vb. fikri ürünler olup FSEK m. 80, 81, 82 hükümleri uyarınca korunmaktadır. Söz konusu haklar eser sahibi olarak kabul edilmeyen icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve yayın kuruluşlarının “eser” niteliğini haiz olmayan fikri ürünlerinin korunmasını amaçlamaktadır.

Bir sinema eseri, yapımcı ve oyuncu olmadan ortaya çıkarılamaz; bir müzik eseri ses sanatçısı ve fonogram yapımcısı olmadan dinleyici ile buluşamaz. Fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve icracı sanatçılar eser sahibi olarak kabul edilmese de bağlantılı hak sahipleri sıfatıyla icra ve tespitler üzerindeki hakları korunmaktadır. Bağlantılı haklar, bir eserin varlığına bağlı olarak ortaya çıkar; ancak eser sahibinin haklarından bağımsız ve mutlak haklardandır. Bağlantılı hak sahipleri, eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bağlantılı hakları aslen iktisap eder. Bağlantılı hak sahipleri, eser sahibinin haklarını değiştiremez, kısıtlayamaz²¹⁵.

İcracı sanatçılar; bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar olarak tanımlanmaktadır (FSEK m. 80, b. 1). İcracı sanatçıların manevi hakları, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkıdır. Mali hakları ise; icranın tespit ettirilmesi, 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 olarak sınırlı sayıdadır (FSEK m. 80, b. 1, A). Koruma süresi FSEK m.

²¹³ Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981, s. 147; Erel, s. 190; Şahin, s. 554.

²¹⁴ Arslanlı, Halil, Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954, s. 115.

²¹⁵ Tekinalp, s. 269 vd.; Öztan, s. 703 vd.

82 uyarınca ilk tespitten itibaren 70 yıldır. İcra tespit edilmemiş ise bu süre, icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlar.

FSEK'in "tanımlar" başlıklı m. 1/B (f) bendinde 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"* olarak tanımlanmaktadır. Fonogram yapımcıları; bir icra ürünü olan (sesleri) veya sair sesleri ilk defa tespit eden yapımcılardır (FSEK m. 80, b. 1). Hükümle korunan plak, kaset, DVD vb. ses taşıyıcısının içeriğindeki tespittir.

FSEK md 80, b.1 (B) hükmü uyarınca fonogram yapımcıları, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra, eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları ile tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir. Fonogram yapımcısı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması ile icraların tespitlerinin umuma erişilebilir kılınması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.

FSEK m. 80, b. 1 (C) hükmü radyo ve televizyon kuruluşlarının, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerindeki bağlantılı haklarını korumaktadır. Yayının eser niteliğini haiz olması aranmaz. Hükme göre radyo ve televizyon kuruluşları, yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama, özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama, yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama, tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak

suretiyle umuma iletimine izin verme, haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama hususlarında münhasıran hak sahibidirler.

Film yapımcıları, bir sinema eserinin meydana getirilebilmesi için sermaye koyan ve prodüksiyonu her yönüyle organize eden gerçek veya tüzel kişidir. Film yapımcıları sinema eseri sahipleri arasında sayılmamaktadır. Ancak sinema eseri üzerinde mali haklara sahip olup bağlantılı hak kapsamında mutlak hakkı korunur. Film yapımcıları, eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisini eser sahipleri ve icracı sanatçılardan devralarak aslen iktisap eder. FSEK m. 80 b. 2 uyarınca filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra, eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespiti çoğaltma, satma, dağıtma, kiralama ya da ödünç verme, umuma iletmeye, yeniden iletmeye, umuma erişilebilir kılma ve temsil hakları tanınmıştır.

2.2.1.2. Fikri Hakların Dava Yoluyla Korunması

FSEK m. 66-70 hükümleri ile öngörülen hukuk davaları özü itibariyle haksız fiil sorumluluğundan doğan davalardır. Haksız fiiller genel davranış kurallarına aykırı eylemlerdir. Bir şahsın başka birinin bir mutlak hakkını ihlale yönelik fiili, bu ihlal bakımından hukuka aykırılığı engelleyen bir sebep bulunmadıkça hukuka aykırı sayılır. Haksız fiil sorumluluğu, sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler²¹⁶.

²¹⁶ Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 2001, s.480.

Haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı olmak üzere dört unsurun birlikte varlığı araştırılmalıdır²¹⁷. Hukuka aykırı fiil bir işi yapmayı ifade etse de haksız fiil sorumluluğunda örneğin bir hastabakıcının ilacı zamanında vermemesi gibi bir işi yapmamak da “hukuka aykırı fiil” teşkil eder²¹⁸. Doktrinde baskın olarak kabul edilen objektif teori (normatif teori) uyarınca hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır²¹⁹.

Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuku kurallarına aykırı davranışlar hukuka aykırıdır²²⁰.

Hukuka aykırılığı önleyen sebepler; zarar görenin rızası, kanunun verdiği yetkiye dayanılması (TBK m. 63), haklı savunmada bulunulması ile ıztırrar halidir (TBK m. 64).

Zarar görenin rızasının geçersiz sayıldığı ehliyetsizlik, irade sakatlığı, kişilik haklarına aykırılık gibi sebeplerin varlığı halinde zarar görenin rızası fiilin hukuka aykırılığını önlemez²²¹. Rıza açık veya örtülü olabilir²²². Zarar meydana geldikten sonra verilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz, tazminat sorumluluğunu kaldırabilir.

Kamu hukukundan veya özel hukuktan doğan bir yetkinin kullanılması sırasında verilen zarardan fail sorumlu değildir²²³.

²¹⁷ Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul, 2015, s.12 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.475 vd.; Eren, s. 480 vd.

²¹⁸ Oğuzman / Öz, s. 13.

²¹⁹ Oğuzman / Öz, s. 14. Haksız fiil sorumluluğunda fiilin hukuka aykırılığı genel davranış kurallarının (emirler ve yasaklar) ihlali anlamına gelmektedir. Bu kurallar kamu hukuku veya özel hukuk kuralı niteliği taşıyabilir.

²²⁰ Eren, s. 570.

²²¹ Oğuzman / Öz, s. 23.

²²² Muhabire poz veren kişinin fotoğrafın yayınlanmasına razı olması gibi hallerde örtülü rızanın varlığı kabul edilebilir. Bkz. Oğuzman / Öz, s. 26.

²²³ Oğuzman / Öz, s. 26.

Fail mevcut veya başlaması kesinlikle çok yakın bir saldırıya karşı haklı savunmada bulunmaktaysa, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz (TBK m. 64).

Iztırar hali ise, bir kimsenin kendisinin veya başkasının şahsı ya da malları için zarar verecek bir olgu veya açık ya da yakın bir zarar tehlikesi bulunmalı ve hukuka aykırı fiil zarar veya tehlikeyi önlemek için zorunlu ve buna elverişli olmalı, önlenmek istenen zarar verilen zarardan büyük olmamalıdır (TBK m. 64 f.2)²²⁴. Iztırar hali başkasının malvarlığına verilen zararlar için söz konusu olup bedensel zararlar hukuka aykırıdır.

Hakkını kendi gücüyle koruma (TBK m. 64 f.3), üstün nitelikte kamusal ve özel yararın varlığı (TBK m. 63 f.2) da birer hukuka uygunluk sebebidir²²⁵.

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak (ihmal) olarak tanımlanmaktadır²²⁶.

Kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır²²⁷. Objektif yönü, failin davranışlarının aynı şartlar altındaki örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uygun olmamasıdır. Sübjektif yönü ise kişinin sorumluluk ehliyeti, bir başka deyişle ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına ilişkindir. Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan kişiler ayırt etme gücünü haiz değildir (MK

²²⁴ Oğuzman / Öz, s. 31.

²²⁵ Bir kimsenin hakkını korumak için kuvvet kullanması, kuvvete başvurmadağı takdirde hak sahibinin hakkını kaybetmesi veya hakkını kullanmasının çok güçleşeceği durumlarda devlet organlarının müdahalesi temin edilemez ise başka çare bulunmadığı takdirde ve elverişli ve dengeli kuvvet kullanılması şartıyla hukuka aykırı sayılmaz. Üçüncü kişinin hakkını korumak için kuvvet kullanılmaz. Üstün nitelikte kamu yararı bulunması hallerine örnek vermek gerekirse, bir salgın hastalıkta aşılama zorunluluğu, suçtan mahkum edilenlerin hapsedilmesi, somut olayın koşullarına göre basın hürriyeti, haber verme hakkının kullanılması vb. durumlardır. Üstün nitelikte özel yarar bulunan durumlara örnekler; muvafakat alınmaksızın hayatının kurtarılması için ameliyat edilmesi, hak arama özgürlüğünün kullanılması sırasında kişiliğe tecavüzün hukuka aykırı olmaması şeklinde sayılabilir. Bkz. Oğuzman / Öz, s. 32 vd.

²²⁶ Oğuzman / Öz, s. 54.

²²⁷ Eren, s. 554.

m. 13). Ancak ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar (MK m. 16 f.2)²²⁸.

TBK m. 59 uyarınca ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

Tüzel kişiler organları tarafından işlenen kusurlu fiillerden sorumludur (TMK m. 50).

Kusur çeşitleri, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Kast; hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilerek istenmesidir²²⁹. İhmal ise hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği ortalama özenin gösterilmemesidir²³⁰.

İllyet bağı; hukuka aykırı eylem ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisidir²³¹. Türk hukukunda hâkim teori, uygun illyet bağı teorisidir²³². ‘Eren’e göre, “*somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu zarar sonuç arasındaki bağa uygun illyet bağı denir*”²³³.

²²⁸ Sorumluluk veya kusur ehliyeti failin yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmasını gerektirir, reşit olması şart değildir, fiil ehliyeti aranmaz. Bkz. Eren, s. 555.

²²⁹ Kastın isteme (irade) ve tasarlama olmak üzere iki unsuru vardır. Doğrudan doğruya kastta, zarar veren meydana gelen sonucu doğrudan istemekte, dolaylı kastta ise meydana gelen sonucu doğrudan istememekte ancak göze almaktadır. Bkz. Eren, s. 557-558.

²³⁰ İhmalin ölçüsü objektiftir. İhmalin tespiti için; ortalama zeka seviyesindeki makul bir insanın somut olayın özelliklerine göre alması gereken tedbirler ve göstereceği özen değerlendirilir. Gösterilecek özenin ölçüsü belirlenirken her olayın somut şartları, failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve mesleki durumu; gösterilecek özenin derecesi belirlenirken ise iş, faaliyet veya girişimin zorluğu ile arz ettiği tehlike göz önünde bulundurulur. Kasıt ve ihmalde failin bilgi ve yetenekleri ortalamanın üzerinde ise gösterilecek özenin daha yüksek düzeyde olması beklenir. İhmalde zararın objektif olarak öngörülebilir olması yeterlidir. Bkz. Eren s. 558-559-560.

²³¹ Eren, s. 503.

²³² Oğuzman / Öz, s. 45.

²³³ Eren, s. 509.

Zarar, sorumluluğun ve tazminat borcunun en önemli unsurudur. Zira sorumluluk hukukunun başlıca amacı cezalandırmak değil, zararın giderilmesini sağlamaktır²³⁴. Maddi zararın hesaplanmasında doktrinde hakim görüş ve Yargıtay fark teorisini esas almaktadır²³⁵. Buna göre, zarar; haksız fiil sonrasında oluşan malvarlığı durumu ile haksız fiil gerçekleşmeseydi mevcut olacak malvarlığı durumu arasındaki farka göre hesaplanır²³⁶. Zarar malvarlığının aktifinin azalmasından, mahrum kalınan kârdan veya pasifin artmasından kaynaklanabilir²³⁷.

FSEK m. 68’de öngörülen hak ihlallerinde rayiç bedelin 3 katına kadar bir medeni hukuk cezası öngörülmüştür. Medeni hukuk cezası hukukumuzda istisnai hallerde talep edilebilecek bir yaptırım türüdür. **Oğuzman/Öz**; esasen haksız fiil failinin ancak fiilin doğurduğu zararlardan sorumlu olduğunu, bazı özel kanuni düzenlemelerin mağdura zararı aşan miktarda tazminat isteme imkânı vermesinin haksız fiilin olağan sonucu olmayıp “medeni hukuk cezası” olarak nitelendirilen istisnalar (FSEK m. 70 f. 3, MK m. 25 f. 3, MK m. 995 f. 1) olduğunu belirtmektedir²³⁸.

Fikri hakların ihlalden doğan zarar esas itibariyle mahrum kalınan kazanç şeklinde meydana gelmektedir²³⁹. Özelde nasıl onu da anlatmalısınız.

²³⁴ **Eren**, fark teorisinin benimsenmesi ile Türk ve İsviçre hukukunda normatif zarar yerine tabii zarar kavramının kabul edildiğini belirtmektedir. Tabii zarar kavramı sübjektif ve somut bir değerlendirmeyi gerektirir. Malvarlığının gösterdiği iki durum arasındaki fark hesaplanırken ihlal edilen malvarlığı değerinin zarar gören açısından taşıdığı ekonomik değer ile bunun malvarlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük göz önünde tutulur. Normatif zarar teorisine göre malvarlığının objektif piyasa değeri araştırılır. Bkz. Eren, s.487-492.

²³⁵ Eren, s. 490. “*Borçlar Kanununun 41. maddesinde, zarardan söz edilmekle beraber, bu kavram tanımlanmış değildir. Ancak İsviçre Türk doktrini ve uygulamasına göre zarar, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile, bu olay meydana gelme idi mevcut olacak durum arasındaki farkı ifade eder. Hukuk literatüründe "fark teorisi" adı verilen bu kuram gereğince zararın matematiksel olarak ele alınarak ve soyut biçimde tespit ve değerlendirilmesi gerekir.*” Bkz. Yargıtay HGK, T. 21.3.1990, E. 1990/4-67, K. 1990/197. Aynı yönde; Yargıtay 17. HD, T. 28.3.2016, E. 2015/17481, K. 2016/3833; Yargıtay 7. HD, T. 25.4.2014, E. 2012/7348, K. 2014/8926 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁶ Oğuzman / Öz, s. 39.

²³⁷ Oğuzman / Öz, s. 40.

²³⁸ Oğuzman / Öz, s. 39.

²³⁹ Demirbaş, Ali, FSEK’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, 2015, s. 184.

FSEK’te düzenlenen mali ve manevi haklar da mutlak haklardandır. Mali haklar, eserden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini tayin etme imkânını münhasıran eser sahibine veren ve ona eserden üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkisini tanıyan mutlak haklardır. Aynı şekilde manevi haklar da herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve inhisari yetkililerdir²⁴⁰.

Eser sahipleri; eser sahipliğinin tespiti davası (FSEK m. 15 f. 3), mevcut veya etkisi devam eden bir tecavüzün varlığı halinde ihlalin ortadan kaldırılması için tecavüzün ref’i davası (FSEK m. 66-68), mali veya manevi haklarında tecavüz tehlikesine maruz kalan eser sahibi, muhtemel tecavüzün önlenmesi için tecavüzün meni davası (FSEK m. 69), mali ve manevi hakları ihlal edilen kimseler maddi ve manevi zararın ortadan kaldırılması için tazminat davası (FSEK m. 70) ile vekâletsiz iş görmeden doğan dava (FSEK m. 68-70) ikame etme hakkını haizdir.

Bağlantılı hak sahipleri eser sahiplerine tanınan tecavüzün ref’i, tecavüzün men’i ve tazminat davaları açma hakkını haizdir.

Eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri dava sonucunun güvence altına alınması amacıyla geçici hukuki koruma taleplerini “ihtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak el koyma” başlıklı FSEK m.77 hükmü uyarınca ileri sürebilirler.

2.2.1.2.1. Eser Sahipliğinin Tespiti Davası

FSEK m. 15 f. 3 uyarınca; eser sahibinin tespiti davası; *“bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise, yahut her hangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise”* gerçek eser sahibinin belirlenmesi amacıyla ikame edilen davadır²⁴¹.

²⁴⁰ Tekinalp, s.161-180.

²⁴¹ Tekinalp, s. 308. Yazara göre bu davanın adı tespit davası olmasına rağmen esasen bir eda davasıdır. Zira, mahkemenin kararı sadece eser sahibinin kim olduğu hakkında hukuki bir olguyu tespit etmekle kalmamakta, aynı zamanda eser sahipliği statüsünü davacıya vermektedir. *Ateş* ise, eser sahipliğinin tespiti davası sonucunda eser sahipliğinin davayı kazanana verilmesi gibi bir

Eser sahipliğinin tespiti davasının FSEK’te md 15 f. 3’te özel olarak düzenlenmiş olması nedeniyle tespit davasının genel şartları olan hukuki ilişki ve hukuki yararın varlığı koşullarının (HMK m. 106) gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmaksızın doğrudan işin esasına girilir²⁴². Eser sahipliğinin tespiti davası açma hakkından önceden feragat etmek mümkün değildir²⁴³.

Hükmün düzenlediği ilk durumda, birden fazla kişi bir eserin gerçek sahibi olduğunu iddia etmekte, ikinci durumda ise görünüşteki eser sahibinin gerçek eser sahibi olmadığı iddiası ileri sürülmektedir.

Eserin kimin tarafından meydana getirildiğinin ihtilaflı olduğu durumlara genelde eser sahibinin birden çok kişi olduğu hallerde (FSEK m. 9, m. 10) veya bir eserin sahibinin belli olmamasında (FSEK m. 11) rastlanır.

Eser üzerinde farklı kişilerin hak sahipliği iddia etmesi ile örneğin birkaç kişinin birlikte kitap yazması halinde yapılan katkının esaslı mahiyette olduğunun, bu nedenle birlikte eser sahipliğinin belirlenmesi eser sahipliğinin tespiti davasına konu edilecektir. Keza, eserin anonim kalmasını isteyen gerçek eser sahibi, başkası tarafından sahiplenilen bir eserin gerçek eser sahibi olmadığını tespitini (menfi tespit davası) mahkemeden talep edebilir²⁴⁴.

Yargıtay FSEK m. 11 f.1 hükmündeki karineye ilişkin bir kararında; *“5846 sayılı Kanunun 11/1 maddesinde yayınlanmış 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 hükmüne yer verilmiştir. Bu bir karine olup, davacının lehine eser sahipliği karinesinin davalılardan L.D.’dan önce oluşup oluşmadığı üzerinde durulmalıdır. Böyle bir karine davacı lehine önce oluştuğu takdirde artık eserde adı belirtilen*

sonuç ortaya çıkmadığını, esasen yaratma gerçeği ilkesi gereğince FSEK m. 8 f.1 hükmünden dolayı zaten eser sahibi olan kişinin davayı kazanan kişi olduğunun (tespit ve) ilan edildiği görüşündedir. Bkz. Tekinalp, s. 496.

²⁴² Ateş, Eser Sahipliği, s. 472.

²⁴³ Tekinalp, s. 159, s. 293. *Ateş*’e göre, feragat TMK m. 23 uyarınca kişilik hakkının aşırı sınırlandırılması olarak kabul edilebilir. Bkz. Ateş, Eser Sahipliği, s. 473

²⁴⁴ Tosun, Manevi Haklar, s. 115; Ateş, Eser Sahipliği, s. 474.

kişi, kendi eser sahipliğini ispatla yükümlü olmayıp tersine onun eser sahibi olmadığını iddia eden, bu iddiasını ispat durumunda kalacaktır. Bu karinenin oluşabilmesi için adın tam olarak belirtilmesi şart değildir. Bu kısaltma, takma (müstear) ad veya diğer her türlü bir işaret veya rumuz kullanılabilir, yeter ki bunların kime ait olduğu kamu tarafından bilinsin.” denilmektedir²⁴⁵.

Yargıtay, meydana getirilmiş olan şekilleri bilgisayar ortamına aktarmak şeklinde teferruata yönelik teknik hizmette bulunma faaliyetinin FSEK m. 10 f. 3 anlamında eser sahipleri arasında iştirake esas teşkil etmeyeceğinden hareketle eser sahipliği hakkını sağlamayacağına karar vermiştir²⁴⁶. Bu kararları değerlendirmiyorsunuz. Okuyucular yazarın kanaatini öğrenmek isterler.

Eser sahipliğinin tespiti davasına konu edilen bir başka olayda FSEK m. 8 ve FSEK m. 11'deki eser sahipliği karinesinin aksinin iddia eden davacı tarafça ispatlanması gerektiği, davacı tarafından 7 albümde yer alan 27 adet şarkının söz, beste ve düzenlemelerinin kendisine ait olduğunun iddia edildiği, ancak eserlerin müsveddelerinin albüm tarihinden önce yazıldığı Adli Tıp Kurumu Başkanlığından alınan rapor ile (yazı tarihinin) tespit edilemediğini, ayrıca müsveddelerdeki sözlerin bir kısmının davalı albümünde bulunmasının ilk kez davacı tarafından üretildiğini kabule imkan vermediği gibi müsveddelerin de çok değişik nedenlerle oluşturulabileceği, bu nedenle davalıyı bağlayıcılığının bulunmadığı, davacı tanık beyanlarının da inandırıcı olmadığı davanın reddine karar verilmiş olup hüküm Yargıtayca onanmıştır²⁴⁷.

2.2.1.2.2. Tecavüzün Ref'i Davası

FSEK m. 66 uyarınca *“manevi ve mali hakları tecavüze uğrıyan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir.”*

²⁴⁵ Yargıtay 11 HD, T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282 (Lexpera).

²⁴⁶ Yargıtay 11 HD, T. 26.02.2007, E. 2006/208, K. 2007/3554 (Lexpera).

²⁴⁷ Yargıtay 11 HD, T. 02.10.2007, E. 2006/3941, K. 2007/12259 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 1, s. 224).

Ref ortadan kaldırma anlamına gelmektedir. Tecavüzün refi davası ikame edebilmek için halihazırda bir tecavüz olmalıdır. Tecavüz fiili artık mevcut değilse, ref davası açılamaz. Ref davası için tecavüz edenin kusuru aranmaz. Bu dava manevi ve mali haklara tecavüz halinde açılır.

FSEK m. 66 genel bir düzenlemedir. FSEK m. 67 ve m. 68 ise tamamlayıcı düzenlemeler olup manevi ve mali haklara karşı sık karşılaşılan tecavüz hallerini düzenler, bu ihlallerin ref koşullarını ve yöntemlerini belirler²⁴⁸.

Manevi haklara tecavüz FSEK m. 67 hükmünde farklı ihtimallere göre düzenlenmiştir:

Eser sahibinin umuma arz hakkına tecavüz halinde; tecavüzün refi davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olması durumunda açılabilir. Eser sahibinin adın belirtilmesi hakkının ihlalinde aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de geçerlidir. Bir başka deyişle, eser sahibi adını belirtmek istemediği veya müstear ad kullanmak istediği durumlarda, isteği dışında esere ismi konulursa, çoğaltılan nüshaların yayımlanması yoluyla umuma arzı ref davası ile ortadan kaldırabilir (FSEK m. 67 f.1).

Eser sahibi, eserde adının belirtilmesini istediği halde, bu ad hiç konulmamış, yanlış konulmuş veya iltibasa yol açacak şekilde konulmuş ise, eser sahibi ref davası ile adının eserin aslı ve tedavüldeki çoğaltılmış nüshaları üzerine yazılmasını masrafı tecavüz edene ait olmak üzere isteyebilir. Ayrıca hükmün, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, üç gazetede yayınlanmasını talep edebilir (FSEK m. 67 f.2).

İktibas serbestisinin kabul edildiği hallerde (FSEK m. 32, 33, 34, 35 ve 40) yanlış veya yetersiz kaynak belirtilmiş veya hiç kaynak gösterilmemiş ise FSEK m. 67 f. 2 hükümleri uygulanır.

²⁴⁸ Yavuz / Alica / Merdivan, Cilt 2, s. 1956.

Eserde değişiklik yapılması yoluyla tecavüz fiili gerçekleştiği takdirde, FSEK m. 67 f. 4 uyarınca çeşitli eser türlerine göre tecavüzün nasıl ortadan kaldırılacağı öngörülmüştür. Bu hükme göre:

“1. Eser sahibi, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının menedilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan oğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. Değişiklik, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilan yolu ile düzeltilmesini talep edebilir.

2. Güzel sanat eserlerinde eser sahibi asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa eser sahibi eseri eski hale getirebilir.”

Mali haklara tecavüz halinde FSEK m. 68 hükmü uygulanır:

“Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, oğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir (FSEK m. 68 f. 1).”

FSEK m. 68’in konusu da izinleri alması gereken kişinin almamış olması nedeniyle ortaya çıkan medeni hukuk cezasıdır. FSEK m. 68 ile eser sahibi ile eseri izinsiz ve sözleşmeye aykırı olarak kullanan kişi arasında, geçmişe dönük olarak varsayımsal bir sözleşme kurulacaktır.

FSEK m. 68’de öngörülen yöntem kendine özgü, ihlalin farazi sözleşme yoluyla hukuka uygun hale getirilmesi şeklinde kendini gösteren bir ref yöntemidir. Varsayımsal bedel veya üç kata kadar telif bedeli sadece yetkisiz/izinsiz çoğaltmada, temsil veya yayında değil, umuma iletimi bitmiş ancak hukuki sonuçları devam eden ihlaller yönünden de uygulanır. Bu nedenledir ki Yargıtay, örneğin; yetkisiz şekilde radyoda yayınlanmış ve yayını bitmiş eserlere ilişkin olarak da bu maddeye dayanarak 3 katı telif bedeline karar verilmesi kanaatindedir²⁴⁹. Bu şekilde haksız fiil teşkil eden eylem, sözleşme temeline kavuşturulmaktadır.

Doktrinde zararın üç katı bedelin özel hukuk cezası niteliği taşıdığı görüşü hâkimdir²⁵⁰.

FSEK m. 68 uyarınca, eser sahibinin talep edebileceği azami bedeli ifade eden *“izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir”* hükmüne uygun olarak varsayımsal bedelin en çok üç kat fazlası tazminat olarak talep edilebilir. Eser sahibi iki imkândan birini seçme hakkını haizdir: Birinci ihtimalde sözleşme yapılsaydı hak sahibinin talep edeceği meblağ sübjektif kriterlere göre belirlenir. İkinci ihtimalde ise varsayımsal sözleşme bedeli FSEK hükümleri çerçevesinde tespit edilecek rayiç bedele göre hesaplanır.

Hükmün lafzına bakıldığında, sözleşme yapılsaydı istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin “en çok” üç kat fazlasının istenebileceği belirtildiği için burada bedelin üç katı bir üst sınır olarak algılanmaktadır. Ancak Yargıtay uygulamasında bu üst sınırı takdir yetkisinin hakime değil davacıya tanınmış olduğu, davacının üç kata kadar bedel talebinde bulunabileceği ancak davacı üç kat bedel talebinde bulunmuşsa hakimin bunu daha aşağı indiremeyeceği kabul

²⁴⁹ Örneğe konu olay için bkz. Yargıtay 11 HD, T.21.06.2004, E. 2007/5113, K. 2008/7091 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 2, s. 2049, dn. 157).

²⁵⁰ Tekinalp, s. 303; Yasaman, Hamdi, “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul, 2002, s. 811; Öztan s. 649.

edilmektedir²⁵¹. Dolayısıyla FSEK m.68’de belirtilen “üç kat tazminat” varsayımsal bedelin üç katıdır²⁵².

Rayiç bedelin tespitinde meslek birliklerin görüşünün alınmasını gerektiğini belirten “bu bedelin tespitinde öncelikle ilgili meslek birliğinin görüşü esas alınır” şeklindeki ifade 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile m. 68 hükmünden çıkarılmıştır. Dolayısıyla artık meslek birliklerinin görüşlerinin alınması zorunlu değildir. Doktrin görüşü de söz konusu değişikliğin isabetli olduğu yönündedir²⁵³.

Yargıtay 20.03.2002 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında²⁵⁴ varsayımsal bedelin nasıl tespit edileceğini belirtmiştir. Buna göre, “...varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel/sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi sübjektif nitelikleri, eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlesine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak eser sahibinin izinsiz yayın yapanla sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedel, bunun faizi 68. madde uyarınca açılacak davada dikkate alınacaktır”. Dolayısıyla burada eserin piyasada satış fiyatının, eserin tecavüz edene hangi lisans türü ile kullanılması gerektiğinin-

²⁵¹ Küçükali, Canan, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, 2017, s. 104-105. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “...FSEK’nun 68/1. fıkrası eser sahibinin mali haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katının mütecevizden istenebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisidir. Bu bakımdan, Kanun’da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 25.1.2010, E. 2008/8996, K. 2010/757. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T. 20.03.2002, E.2002/11-176, K.2002/2014 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 11 HD, T. 06.03.2000, E. 1999/9978, K. 2000/1893 (Lexpera).

²⁵² Tekinalp, s. 318 vd.; Öztan, s. 649; Piroğlu, Ünal, “Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddesinin Farklı Konum ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi, C. 30, S. 4, Ekim, 2004, s. 453; Erel, s. 339; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 555; Demirbaş, s. 84.

²⁵³ Gökyayla, Emre, “5728 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Fikri Hukuku Mülkiyet Yıllığı, 2010, s.299 vd.; Erdil, Engin, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Cilt II, İstanbul,2009, s.1185; Yavuz/Alıcı/Merdivan, Cilt 2, s.2015.

²⁵⁴ Yargıtay HGK, T. 20.03.2002, E.2002/11-176, K.2002/2014(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde Yargıtay 11 HD, T.06.03.2000, E.1999/9978, K.2000/1893; Yargıtay 11 HD, T.13.10.2009, E.2008/5561, K.2009/10516 (Lexpera).

özellikle benzer mali hakkın kullanımına ilişkin sözleşme örnekleri, faturaların-dikkate alınarak gerekmektedir.

FSEK m. 68'in amacı eser sahibinin mali haklarını davalı tarafın kusurundan bağımsız olarak korumaktır. Bu madde açısından davalının iyiniyetli veya kötü niyetli olması önem taşımamaktadır, zira davalının kusuru aranmamaktadır. FSEK m. 66 açık şekilde tecavüz edenin kusurunun şart olmadığını hükme bağlamıştır. Nitekim FSEK m. 68. f.5'te yer alan kusur şartı, 1995 yılında 4110 sayılı Kanun ile hükümden çıkartılmıştır. Dolayısıyla eser sahibi burada tecavüz edenin kusurunu ispatlamak zorunda olmadığı gibi, kusurun olması veya olmaması maddedeki taleplerin incelenmesi açısından zorunlu değildir. Ayrıca kusur, rayiç bedelin ve 3 katı medeni hukuk cezasının belirlenmesi açısından da belirleyici veya etkileyici nitelikte değildir. Ref davası ile tazminat davası arasındaki en önemli fark da budur²⁵⁵. Hatta mahkeme tarafından maddede eser sahibine verilen bu seçimlik hakkın değiştirilmesi de mümkün değildir²⁵⁶. Yargıtay de kararlarında davalının kusuruna bakılmaksızın davacının FSEK m. 68'deki taleplerde bulunabileceğini *"FSEK m.86/I. Maddesi hükmüne dayanarak talepte bulunduğu işbu davada, mali haklara tecavüzde bulunan davalıların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart değildir"* ifadeleri ile defaatle karara bağlamıştır²⁵⁷.

Kusur ancak mahkemece alınacak tedbirlerin türü ve niteliğini belirlemek için (FSEK m. 66 f. 4) önem taşır. Ayrıca birlikte kusurun varlığı TBK m.62 uyarınca tazminat miktarını etkileyebilir.

FSEK m. 68'e göre üç kata kadar rayiç bedelin ödenmesi halinde taraflar arasında meydana gelen farazi sözleşme ilişkinin geriye dönük olarak hüküm ifade ettiği kabul edilmektedir²⁵⁸. Nitekim Yargıtay FSEK m. 68'in uygulanması

²⁵⁵ Öztan, s.634; Yavuz / Alica / Merdivan, Cilt 1, s. 2036.

²⁵⁶ Tekinalp, s.300. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 HD. T. 28.09.2009, E.2008/5307, K. 2009/9739 (Lexpera).

²⁵⁷ Yargıtay 11 HD, T. 19.07.2011, E. 2011/5205, K.2011/9022 (Lexpera).

²⁵⁸ Küçükali, s. 128.

ile taraflar arasında farazi bir lisans sözleşmesi ilişkisi doğduğunu benimsemektedir²⁵⁹.

Tekinalp, üç kata kadar bedelin ödenmesi şartı ile izinsiz çoğaltılmış nüshaların kanuni şartlar dairesinde ticaret mevkiine konulabileceği görüşündedir²⁶⁰.

Erel, tecavüz eden hükmolunacak tazminatı ödedikten sonra sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş gibi olacağından, çoğaltma ve yayma haklarını kendi nam ve hesabına kullanarak çoğaltılmış nüshaları kanuni şartlar dairesinde yayımlayabileceği kanaatindedir²⁶¹.

Kılıçoğlu, kanun koyucunun FSEK m.68'deki üç kat bedel yaptırımını saldırının durdurulması kapsamında değerlendirdiğini, bu talebi ileri süren hak sahibinin o ana kadar gerçekleşen saldırılarla sınırlı olarak mali hakları devretmiş sayılacağını ve bu sebeple talebin ileri sürüldüğü tarihe kadar çoğaltılmış veya dağıtılmış eserleri toplatılması, imhası gibi diğer durdurma taleplerinin artık ileri sürülemeyeceği görüşündedir²⁶².

Yasaman, üç kat bedelin ödenmesi halinde daha önce çoğaltılmış olan eserleri mütecaviz tarafından kullanılabilmesi görüşüne katılmamaktadır. Yazara göre, ceza niteliği taşıyan bir ödemeden sonra hukuka aykırı bir işlem hukuka uygun hale gelmez. Burada bir sözleşmenin kurulduğu varsayılmakla birlikte,

²⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2003/11539, K. 2003/10196, T. 31.10.2003; “Davacı vekili, müvekkiline ait illüstrasyon çalışmalarının ve tasarımlarının davalı tarafından izinsiz olarak kullanıldığını ileri sürerek, tecavüzün men’iyle birlikte tazminat talep etmiştir...Öte yandan, eser sahibi olan davacı FSEK’nun 68 nci maddesi uyarınca mali hak tazminatı talebinde bulunduğundan, bu talebine bağlı olarak dava konusu edilen ihlaller ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi meydana geldiği kanunen kabul edilmiş olduğundan ve bu suretle de davacı aynı zamanda bir borç altına girdiğinden, davalının müdahalesinin men’ine karar verilemez.” Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, T. 8.6.2016, E. 2014/11-825, K. 2016/766 (Lexpera).

²⁶⁰ Tekinalp, s. 322.

²⁶¹ Erel, s. 343.

²⁶² Kılıçoğlu Ahmet, Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak), TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 72.

yazar, mütecavizin varsayılan sözleşmenin nimetlerinden yararlanamayacağını ancak külfetlerine katlanacağını kabul etmektedir²⁶³.

Tüzüner, bir Yargıtay karar incelemesinde²⁶⁴, farazi sözleşme ilişkisinin esasen tazminatın hesaplanması için kullanılan bir yöntemden ibaret olduğunu, ancak kararda taraflar arasında gerçekten fiilen -hem de ileriye yönelik- bir sözleşme ilişkisi kurulduğunun kabul edilmesinin, davalı mütecavizin, ödediği tazminat karşılığında, davacı eser sahibinin mali haklarını kullanma yetkisini sonsuza kadar edindiği ve manevi hak ihlaline davacı tarafından muvafakat edildiği şeklinde hukuka aykırı sonuçlara yol açmasından bahisle kararı eleştirmektedir.

Üstün, FSEK m. 68 uyarınca açılan davalarda mutad bedelin üç katının ödenmesine karar verilmesi halinde, hükümde taraflar arasında FSEK m. 52'ye uygun bir devir işleminin varlığına da değinilmesi ve mütecavize devredildiği varsayılan mali hakların sınırlarının açıkça belirtilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁶⁵.

Kanaatimizce farazi sözleşme ilişkisinin uygulanmasında mütecavizin iyi niyetli olup olmadığı, sanatçı açısından ihlal olmasaydı mütecaviz ile sözleşme ilişkisi kurulup kurulamayacağı gibi somut olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Öyle örnekler vardır ki, sanatçının 30 kat bedel ödense dahi ismi ve eseri, asla yer almasını istemeyeceği mecralarda, izinsiz kullanılmış

²⁶³ Yasaman, s. 811. Aynı görüşte Küçükali, s. 130.

²⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2010/11881 K. 2010/11996, 24.11.2010 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası) tarihli kararında geçen "*Dairemizin yerleşik kararları ve öğretide de benimsendiği üzere eser sahibinin seçimlik hakkının bedel yönünde kullanması nedeniyle, davacı ile davalı film yapımcısı arasında malî hakların kullanılması yetkisinin (somut uyumsuzluk bakımından işlenme hakkı ve umuma iletim) devri sözleşmesi yapılmış gibi bir hukukî durum meydana gelmiştir (farazî sözleşme ilkesi)... farazî sözleşme ilişkisinin açıklanan niteliği itibarıyla, somut uyumsuzluk bakımından FSEK 80 maddesi uyarınca davacıya ait güzel sanat eserinin işlenme ve umuma iletim haklarını kullanma yetkisinin davalı yapımcı tarafından tasarruf edilmesine izin verildiğinin kabulü gerekir. Bu durumda, davalı Coşkun Y. davaya konu müzik klipinin yapımcısı sıfatıyla FSEK 80 maddesinde düzenlenen ve herkese karşı ileri sürülebilen film yapımcısı hakkını aslen iktisap etmiştir... Öte yandan, söz konusu farazî sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen malî hakların niteliği itibarıyla davacıya ait manevî haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir.*" şeklindeki ifadeler **Tüzüner** tarafından eleştirilmektedir.

²⁶⁵ Üstün, Gürsel, Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul, 2001, s. 239.

olabilir. Örneğin, komünist bir sanatçının eseri muhafazakar bir belediyenin seçim propagandası şarkısı olarak kullanılmış ise, sanatçının duruşu şeref ve itibari telafi edilemez derecede sarsılmış olacaktır. Keza hayvan hakları savunucusu olarak sosyal yardım kuruluşlarına destek veren bir sanatçının fotoğrafı kürk manto reklamında kullanılırsa, ihlal edenin dikkat çekilen özel durum nedeniyle reklamdan sağlayacağı fayda da büyük olacaktır. Burada sanatçının FSEK m. 68 uyarınca 3 kat bedel talep etmeme imkanı varken bu seçeneği seçmekle kural olarak rıza gösterdiği varsayılabilir. Ancak sanatçının şeref ve haysiyetini ilgilendiren bu gibi durumlarda FSEK m. 68'in ileriye yönelik farazi sözleşme ilişkisine yol açmaması ve 3 kat bedelin medeni hukuk cezası boyutu ile ihlalin yol açtığı geçmişe yönelik zararı bertaraf etme ve caydırıcılık amacıyla uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.1.2.3. Tecavüzün Men'i Davası

FSEK m. 69 hükmü uyarınca; *“Mali veya manevi haklarında tecavüz tehlikesine maruz kalan eser sahibi muhtemel tecavüzün önlenmesini dava edebilir. Vakı olan tecavüzün devam veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de aynı hüküm caridir.”*

Tecavüzün meni davası usul hukuku bakımından eda davası, maddi hukuk bakımından ise haksız fiile dayalı bir dava türüdür²⁶⁶. Men davası açılmasının koşulları, mali ve manevi haklara tecavüz tehlikesi bulunması, davalının muhtemel eyleminin hukuka aykırı olması, illiyet bağının varlığıdır.

Bu davanın ikame edilmesi için ihlal tehlikesinin varlığı yeterlidir, kusur şart değildir. Gerçekleşmemiş tecavüzleri engellemek amacıyla, örneğin bir romanın korsan basılarının piyasaya sürülmesinin önlenmesi için men davası ikame edilebilir. Yargıtay; taraflar arasında imzalanan mali hakların devri sözleşmesinde, mali hakların teker teker sayılmadığı, FSEK m. 52'ye aykırı

²⁶⁶ Yavuz / Alica / Merdivan, Cilt 2, s. 2093.

sözleşmenin geçersiz olması gerekçesiyle tecavüzün men'i davasının kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir²⁶⁷.

Bir diğer uyuşmazlıkta, davacı meslek birliği tarafından himaye edilen yerli ve yabancı müzik eserlerinin izinsiz olarak yayınlarda kullanılmasının FSEK'ten doğan eser sahibi haklarına tecavüz teşkil ettiğinin tespitine ve tecavüzün önlenmesine, hüküm özetinin bir kez yayınlanmasına ilişkin karar Yargıtay tarafından onanmıştır²⁶⁸. Yargıtay; Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü'nün, yasa gereği saklamakla görevli bulunduğu eser vasfındaki arşiv kayıtlarının FSEK m. 18 f.2 uyarınca mali hakları kullanma yetkisini haiz olduğu, eserlerin izinsiz olarak internet sayfasında yayınlanarak umuma iletilmesinin önlenmesi için dava açma hakkının mevcut olduğu yönünde karar vermiştir²⁶⁹.

2.2.1.2.4. Tazminat Davaları

Mali veya manevi hakların ihlal edilmesi halinde hak sahibine FSEK m. 70 uyarınca tazminat davası açma hakkı tanınmaktadır. Bu davalarda Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin hükümleri (TBK m. 49 vd.) uygulama alanı bulur. FSEK m. 70'te düzenlenen tazminat davaları maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı yanında elde edilen karın verilmesi talebini de düzenlemektedir. FSEK m. 70 uyarınca

“Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.

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

²⁶⁷ Yargıtay 11. HD, T. 24.03.2009, E. 2007/14363, K. 2009/3499 (Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 2, s. 1663).

²⁶⁸ Yargıtay 11. HD, T. 29.04.2003, E. 2002/11498, K. 2003/4266 (Lexpera).

²⁶⁹ Yargıtay 11. HD, T. 15.06.2006, E. 2006/3490, K. 2006/6930 (Lexpera).

Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecaviize uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.”

2.2.1.2.4.1. Manevi Tazminat Davası

FSEK m. 70 uyarınca manevi hakları ihlal edilenler mütecavize karşı manevi tazminat davası ikame edilebilir. Tazminat talebi için manevi zararın ispatlanmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bazı yazarlar manevi tazminat talebi için bir manevi hakkın ihlal edilmiş olmasının yeterli olmadığı, ayrıca manevi zararın oluştuğunun da ispatının gerektiğini savunmaktadır²⁷⁰. Ancak bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre manevi tazminat talep edilebilmesi için eser sahibinin manevi haklarından birinin ihlal edilmiş olması yeterlidir. Zira FSEK’te manevi hak ihlalinin gerçekleştiği her durumda manevi zararın da oluşacağı varsayılmıştır²⁷¹.

FSEK ve TBK’da açıkça kusur şartı öngörülmemekle beraber, tazminat sorumluluğu kusura bağlı olduğundan hâkim görüş burada kusur arandığı yönündedir²⁷².

Manevi hak ihlalleri FSEK m. 67’de sayılmıştır. Manevi tazminat davasının mirasçılar tarafından açılıp açılmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır²⁷³. Yargıtay, mirasçıların, hatta mali hak sahiplerinin manevi

²⁷⁰ İncoğlu, Murat / Tosun, Yalçın, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi”, BATİDER, C. XXVIII, Sa. 3, 2012, s. 86 vd.

²⁷¹ Tekinalp, s. 327.

²⁷² Erel, s. 345; Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 578. Aksi görüş için bkz. Tekinalp, s. 329.

²⁷³ FSEK m. 19 sayılan eser sahipleri yakınlarının eser sahibinin ölümünden sonra “yakınların hakkı” olarak kendilerine tanınan bağımsız bir haktan dolayı manevi tazminat davası açabileceği görüşünde bkz. Tekinalp s. 163. Şahsiyet haklarının ölümle sona ermesine ve mirasçılara intikal etmemesine rağmen, eser sahipliği haklarının FSEK m. 27 uyarınca 70 yıl süre ile intikal ettiği ve bu haklara dayanarak manevi tazminat davası açılabilmesi görüşünde bkz. Öztan s. 670 ve 674. Mirasçıların halef olarak bu davayı ikame edebilecekleri görüşünde bkz. Erel, s. 284. **Hirsch**, manevi haklar terekeye dahil olmadığı için mirasçıların haklara saldırı halinde FSEK’te öngörülen hukuk davalarını ikame edemeyeceği görüşündedir.

tazminat davası açabileceği görüşündedir²⁷⁴. Manevi haklar mirasla intikal etmez. Ancak FSEK m. 19'da halef olarak kabul edilen eser sahibi yakınlarının, hakları 70 yıllık koruma süresi boyunca kullanma yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Bu kişilere tanınan yetkiler mirasla geçmez, kanunla kazanılır ve kendi adlarına kullanılabilir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus, kişilik hakları ihlalleri ile manevi hak ihlalleri arasındaki farktır²⁷⁵. Manevi haklara tecavüz halinde her zaman eser sahibinin kişilik haklarına tecavüz vaki değildir. Bir başka deyişle, TBK m. 58 ve FSEK m. 70 f. 1'de birbirinden bağımsız talepler öngörülmüştür²⁷⁶. Yargıtay HGK, 18.12.1981 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında²⁷⁷; kişilik hakkı ihlallerinin BK m. 49'a (TBK m. 58) göre, FSEK'te öngörülen manevi hakların ihlali halinde ise FSEK m. 70 f.1 uyarınca manevi tazminat talep edilebileceği görüşündedir.

2.2.1.2.4.2. Maddi Tazminat Davası

Mali hakları ihlal edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa maddi tazminat talep edebilir. FSEK m. 70 f.2'deyapılan atıf dolayısıyla TBK'nın haksız fillere dair hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Bir başka deyişle hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağının varlığı da kusurun yanında davacı tarafından ispatlanmalıdır.

²⁷⁴ Yargıtay HGK, T. 11.2.1983, E. 1981/4-70, K. 1983/123 (Lexpera), “*Kanun koyucu, adı geçen kanunun 16f.2 hükmü ile bir eserin (mahiyet) ve (hususiyetlerini) bozan her türlü (değişikliği), o eser yönünden, manevi tazminat talebi için yeterli bir davranış saydığı gibi, diğer taraftan, eser sahibinin ölümünden sonra kimlerin "manevi tazminat" isteyebileceklerini de aynı Kanunun 19. maddesi hükmünde belirtmiş bulunmaktadır. Davacının, temellük eden bir kimse olarak, gerek BK.nun 162 ve 168. maddeleri hükümlerine göre, kendisine yapılan temlik sonucu ve (işin mahiyeti) icabı olarak manevi tazminat talebine hakkı bulunduğu gibi, ayrıca da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19. maddesi hükmünden kaynaklanan (halefiyet) nedeniyle de, keza, "manevi tazminat" talebine hakkı bulunmaktadır. Doktrin de aynı görüştedir. Manevi hakların çoğunun kullanılması, mali hakların kullanılmasıyla yakın bir bağlantı gösterir, bu itibarla, manevi haklar, ölümle sona eren "şahsiyet" haklarından farklı olarak, en az mali haklar devam ettiği sürece, o da devam eder. Binaenaleyh, mali bir hakkı devir alan kimsenin de eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kullanabilme yetkisine sahip olduğunun kabulü icap eder.”. Buna karşılık **Tekinalp**, kararın doğru olmadığı ve özellikle komşu haklara dair sonraki tarihli düzenlemeler nedeniyle geçerliliğini yitirdiği görüşündedir. Bkz. Tekinalp, s.331.*

²⁷⁵ Tosun, Manevi Haklar, s. 276 vd.

²⁷⁶ Erel, s. 347.

²⁷⁷ Yargıtay İçtihatları Birleştirme HGK, T. 18.12.1981, E. 1980/1, K. 1981/2 (Lexpera).

Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşur.

FSEK m. 70 f. 3'te belirtilen kârın devri, hukuki niteliği itibariyle bir tazminat değildir; vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir taleptir²⁷⁸. Hak sahibinin tecavüz eden gibi kâr edeceğinden hareketle öngörülmüştür. Aksi halde davacının aktifindeki azalmayı karşılayan davalının ihlale dayalı olarak elde ettiği kâr yanına kalacaktır. Vekâletsiz iş görmeden doğan talep kusurun varlığına bağlı değildir.

2.2.1.2.5. İhtiyati Tedbirler ve Gümrüklerde El Koyma

Esas hakkında yargılama yapıp hüküm verilinceye kadar davacının haklı menfaatlerinin korunması ve zarara uğramasının önlenmesi yahut uğrayacağı zararın azaltılması için geçici hukuki koruma sağlamak adına ihtiyati tedbirler öngörülmüştür.

“İhtiyatî tedbir; kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukukî korumadır”²⁷⁹.

FSEK m. 77 uyarınca;

“Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için veya diğer her hangi bir sebepten dolayı zaruri ve bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse hukuk mahkemesi, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdide maruz kalanların ya da meslek birliklerinin talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarıyan kalıp ve buna benzer sair

²⁷⁸ Erel, s. 349.

²⁷⁹ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2461.

çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına karar verebilir.

Haklara tecavüz oluşturulması ihtimali hâlinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57 nci maddesi hükümleri uygulanır.

Bu nüshalara gümrük idareleri tarafından el konulmasına ilişkin işlemler Gümrük Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre yürütülür.”

Tedbir yargılaması için görevli mahkeme fikri ve sınai haklar mahkemesidir. HMK m. 397 uyarınca tedbir talep edildikten en geç 2 hafta sonra esas hakkında dava açılmazsa tedbir kendiliğinden kalkar. Tedbirin icrası için 1 hafta içinde talepte bulunmaya gerek var mı?

5101 sayılı kanunla FSEK m. 77 hükmüne gümrüklerde el koyma eklenmiş ve uygulama TRIPS m. 51-60 hükümlerine uygun hale getirilmiştir. Böylece, ithalat ve ihracat yoluyla hak ihlalinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Tedbir kararı verilmesi şartları HMK m. 389’da düzenlenmiştir. Hükme göre mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Tüm ihtiyati tedbir taleplerinde gecikmesinde tehlike olan halin yaklaşık ispatı şarttır. FSEK md 77 ihtiyati tedbir konusunda özel kanun hükmü olmakla beraber HMK m. 389’dan farklı olarak özel bir tedbir sebebine yer vermemiş; “esaslı zarar”, “ani tehlike” ve “emrivaki” ifadeleri ile asıl dava sonucunun beklenilmesinin hangi hallerde haklı olmayacağı belirlenerek “diğer

herhangi bir sebep" ifadesi ile tehlike sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı vurgulanmıştır²⁸⁰.

2.2.1.2.6. Hükümün İlanı

FSEK m.78 uyarınca, yargılama sonucu haklı olduğu ortaya çıkan taraf, haklı bir sebep veya menfaati varsa, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hulasa olarak ilan edilmesini talep etme hakkını haizdir. İlanın şekil ve içeriği kararda tespit edilir. İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer.

2.2.1.2.7. İspat

Bilindiği üzere, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla mükelleftir (TMK m. 6). Tarafların kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunluluğunu öngören HMK m. 219 hükmünün aksine FSEK m. 76/2 uyarınca davacı lehine ispat kolaylığı getiren bir karine öngörülmüştür. Hükme göre;

“Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulamaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.”

Madde ispat yükünü değil, delil sunma yükünü tersine çeviren bir düzenleme getirmektedir²⁸¹. Buna göre; FSEK m. 76 f.2'deki belge veya listelerin

²⁸⁰ Erişir, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 206.

davalı tarafça sunulmaması durumunda, tüm eser, fonogram ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder. Özellikle umuma açık mahallerde müzik yayını yapan işletmelerin kullanımlarının lisanslı olup olmadığının ispatında söz konusu karine büyük önem taşımaktadır. Uygulamada bir işletmede birkaç müzik eserinin telif hakkı ödenmeksizin çalındığının tespiti halinde, Meslek Birliklerinin repertuar havuzundaki tüm eserlerin kullanmış gibi yıllık tarife bedelini talep edebilecekleri Yüksek Mahkeme kararları ile kabul edilmektedir²⁸². Meslek birlikleri umuma açık mahallerde götürü usulü tarifeler ile lisanslama bedelini belirleme yetkisini haizdir (FSEK m. 41).

Karine ancak hukuk davalarında uygulanır, ceza davaları kapsam dışıdır. Davacının öncelikle hak sahibi olduğuna dair ve ihlalin varlığı hakkında kuvvetli kanaat oluşturacak delil (nüsha, ilan, afiş, kayıt, tespit, görüntü) ibraz etmesi zorunludur²⁸³.

Bu noktada FSEK m. 76 f. 2'deki karinenin uygulanması ihtimalinde hak sahibinin FSEK m. 68'e göre üç kata kadar medeni hukuk cezası talep edip edemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bazı yazarlar, FSEK m. 76 f. 2'deki karineden yola çıkılarak farazi ihlallerin söz konusu olduğunu, cezai niteliği ağır basan FSEK m. 68 hükmünün dar yorumlanması gerektiği, farazi ihlaller için uygulanamayacağı ve tazminatın zenginleşme aracı olamayacağını savunmakta iken, hâkim görüş ise caydırıcılık amacına uygun olarak FSEK m. 68

²⁸¹ Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt 2, s. 2290.

²⁸² Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/9795, K. 2018/2312, T. 2.4.2018, "Dava, davaya konu sinema eserlerinin izinsiz olarak yayınlanması sebebiyle tazminat istemine dair olup, mahkemece yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, temyize konu 16/03/2008 tarihinde yayınlandığı ileri sürülen Gırgır Haftıye ve 09/04/2008 tarihinde yayınlandığı ileri sürülen Sevgili Bebeklerim adlı sinema eserlerinin belirtilen tarihlerde yayın akışı içerisinde yayınlanacağı gazete nüshalarında ilan edilmiştir. Bu durumda, gazete yoluyla ilan edilen filmlerin yayınlanmadığını ispat külfeti davalıdadır. Davalı tarafça bu filmlerin anılan tarihlerde yayınlanmadığına dair herhangi bir delil bildirilmediğine göre, mahkemece bozma ilamı doğrultusunda 2 adet filmin izinsiz yayınlandığının kabulüyle buna göre tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle ispat külfetinin ters çevrilerek bu iki gösterime dair davanın kısmen reddi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir." Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 04.12.2006, E. 2005/12086, K. 2006/12635; Yargıtay 11. HD, T. 16.06.2008, E. 2007/4332, K. 2008/8010 (Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt 2, s.2291-2292).

²⁸³ İzin ve yetki belgeleri, davalı kullanımının hukuka uygun olduğunu gösterir sözleşme, lisans, ücret ödeme belgeleri vb. olup listeler ise davalının mutata olarak kullandığı eser, icra ve yayınların listesidir. Bkz. Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt 2, s. 2291.

hükmünün uygulanacağı yönündedir²⁸⁴. Yargıtay, farazi ihlallerde FSEK m. 68'e göre üç kata kadar bedel istenebileceği görüşünde iken²⁸⁵, son dönemde aksi yönde kararlar vermiştir²⁸⁶. **Bozbel**; FSEK m. 68'in farazi ihlallerde uygulanamayacağı yönündeki Yargıtay kararını, FSEK m. 68'in caydırıcılık amacı taşıdığı, tazminat özelliği bulunmadığı, medeni bir ceza niteliğinde olduğu, hükmün "istenebilecek bedelin en çok üç katı" şeklinde kaleme alındığı, her ne kadar Yargıtay kararları uyarınca seçme yetkisi davacı da olsa da, hâkimin farazi ihlallerde somut olaya göre takdir hakkını kullanarak daha düşük bedele hükmedebileceği, 5728 sayılı Kanun ile FSEK m. 68 f.1'de "eser sahipleri" ibaresi yerine "hak sahipleri" ibaresinin getirilerek meslek birliklerinin bilinçli olarak kastedildiği, FSEK m. 41 uyarınca eserlerin umuma açık mahallerde kullanılması için işletmelerin meslek birlikleri ile sözleşme akdetmek zorunda oldukları, tazminat talebi BK m.49'a dayandırılırsa işletme sahiplerinin meslek birlikleri ile sözleşme imzalamak konusunda gönülsüz olacağı, meslek birliklerinin de lisanslama faaliyetleri için lisans bedelinden fazla yargılama masrafına katlanmak zorunda kalacağı ve maliyeti faydasından yüksek olacağından hak takibinden vazgeçecekleri, son olarak meslek birliklerinin repertuarındaki hangi eserin kullanıldığının tam olarak tespitinin fiilen mümkün olmadığı gerekçeleri ile eleştirmektedir²⁸⁷.

Kusurun ispatında değinilmesi gereken bir diğer konu ise "basiretli tacir" ilkesinin (TTK m. 18 f.2) uygulanması hakkındadır. Basiretli tacir ilkesi tacirin göstereceği özenin derecesini ortaya koymakta olup tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır, objektif özen ölçüsü getirmektedir, bir başka deyişle kusura ilişkin bir düzenleme değildir²⁸⁸. Bir tarafın tacir sıfatını haiz olmakla karine olarak kusurlu

²⁸⁴ Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 612

²⁸⁵ Yargıtay 11. HD, T. 12.4.2010, E. 2008/12928, K. 2010/4079(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸⁶ Yargıtay 11. HD, T. 31.5.2011, E. 2009/13653, K. 2011/6640(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸⁷ Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 614 vd.

²⁸⁸ Poroy / Yasaman, s. 142; Memiş, Tekin, "Fikri Mülkiyet İhlallerinde basiretli tacir kavramı", Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s. 377.

kabul edilmesine yol açacak kadar geniş yorumlanmamalıdır²⁸⁹. Zarar gören, zarar verenin kusurlu olduğunu (BK m. 50 f.1) ispat yükü altındadır.

2.2.1.3. Haksız Rekabetten Kaynaklanan Davalar

Fikri ürünlerin korunması amacıyla, eser ile yakın ilişkisi bulunan ve fikir ve sanat eserlerine benzeyen bazı ürünler FSEK m. 83-84 hükümleri ile düzenlenerek haksız rekabet hükümleri ile koruma altına alınmıştır.

Belirtilen hallerde iltibasın bulunup bulunmadığı, haksız rekabet ilkelerine göre belirlenir²⁹⁰. Haksız rekabet hükümlerinde (TTK m. 54 vd.) öngörülen “tespit”, “men”, “haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması”, “maddi ve manevi tazminat” davaları, taraflar tacir olmasa dahi ikame edilebilir (FSEK m. 83 f. 5). Uygulamada FSEK ile TTK’daki haksız rekabet hükümlerinin uygulanması arasındaki temel fark, eser veya bağlantılı hak dışındaki fikri ürünlere saldırı halinde FSEK m. 68 uyarınca üç kata kadar medeni hukuk cezası talep edilememesinde görülmektedir. FSEK’te belirtilen hukuk davalarının kabulü için öncelikle “eser” niteliği tartışıldığından, dava konusu “eser” niteliğini haiz değilse, haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak tazminat talep edilmektedir. Her ne kadar anılan hukuki sebepler özü itibariyle haksız fiil sorumluluğuna dayansa da, FSEK uyarınca manevi tazminat talep etmek için kusur aranmadığı ve hukuka aykırı fiili ispat külfeti bulunmadığı, keza FSEK m. 76 f. 2’deki davacı lehine ispat kolaylığı sağlayan karineden faydalanmanın haksız rekabete dayalı taleplerde mümkün olamayacağı değerlendirildiğinde FSEK m. 66-70 arasında düzenlenen hukuk davalarının haksız rekabet davalarına göre daha elverişli olduğu söylenebilir.

Koruma süresi, haksız rekabet ve iltibas tehlikesi devam ettikçe var olmalıdır²⁹¹. Örneğin, koruma süresi dolmuş olsa dahi eserlerin adı bir başka esere

²⁸⁹ Memiş, s. 349-363.

²⁹⁰ Bozbel, Savaş, 6102 sayılı TTK’na göre Haksız Rekabet Hukuku, Nürnberg, 2018, s. 133.

²⁹¹ Güneş, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2015, s. 296.

verilemez²⁹². Her ne kadar haksız rekabet davalarında bakmaya asliye ticaret mahkemeleri görevli ise de FSEK'ten doğan haksız rekabet davalarında görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir (FSEK m. 76).

FSEK m.1/B (a) 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. Ancak bazı fikri ürünler eser veya bağlantılı hak niteliğini haiz olmasa da, FSEK m. 83-87 hükümlerinde öngörülen şartları taşımaları halinde haksız rekabet hükümleri uyarınca korunmaktadır. Belirtilen hallerde tescil edilmiş bir marka, patent vb. hakların bahsettiği özel koruma hükümleri saklıdır. Ayrıca TMK m. 25 uyarınca kişilik hakları ihlali sayılabilecek özellikle resim, portre ve fotoğraf üzerindeki haklara yönelik ihlallerde tazminat talebi de mümkündür.

2.2.1.3.1. Ad ve Alametler

Her eser umuma bir adla sunulur ve bu adla tanınır, anılır, reklamı yapılır. Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz (FSEK m. 83).

FSEK m. 83'te eser adlarının haksız rekabet hükümlerine göre korunabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte eser adları, eser sahibinin hususiyetini taşımaları kaydıyla, bir edebi eser olarak da korunabilirler²⁹³. FSEK m.83'te öngörülen uyuşmazlıkla eser adının iltibasa neden olabilecek şekilde diğer bir eserde kullanılmasıdır. Dolayısıyla hükmün dar bir uygulama alanı vardır. Ancak eser adı sahibinin hususiyetini taşıyorsa, eser sahibi, eser üzerindeki mali veya manevi hakların ihlaline neden olabilecek her türlü fiile engel olabilir.

Eser adlarına ilişkin uyuşmazlıklar uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin eser adlarının marka olarak tescili için başvuru

²⁹² Erel, s. 230.

²⁹³ Ayiter, s. 84; Yıldız, Ozan Ali, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul, 2017, s. 83 vd.

yapılması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ancak bu durumda FSEK m.83 hükmü değil Kanunun eser parçalarının korunmasına ilişkin FSEK m.13/2 uygulama alanı bulacaktır²⁹⁴. FSEK m.83'ün uygulanabileceği uyumsuzluklar ise eser adının farklı bir eserde kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin bir şiirin adının bir televizyon programını adı olarak kullanılması halinde bu hükme göre değerlendirme yapılabilir²⁹⁵.

Eserin alametleri ile hangi unsurların kastedildiği ise hükümde açıkça ifade edilmemiştir. Öğretide, eser sahibinin hususiyetini taşımadığı için bağımsız bir eser olarak korunamayacak tiplerin FSEK m. 83 kapsamında korunabileceği kabul edilmektedir²⁹⁶. Yargıtay da bir kararında “Bizimkiler” dizisindeki “Horozcu Katil” tiplerinin eser sahibinin izni alınmadan reklamlarda kullanılmasını FSEK m.83'e aykırı bulmuştur²⁹⁷.

2.2.1.3.2. İşaret, Resim ve Sesler

FSEK m. 84'te marka niteliğinde olmayan işaret veya eser niteliğinde olmayan resim ve seslere ilişkin tespitlerin (kayıtların) ticari amaçla çoğaltılması ve yayılması halinde söz konusu tespit ve çoğaltma üzerinde koruma sağlanmaktadır. Eser niteliğini haiz olmayan fotoğraflar ve filmler de bu hüküm kapsamında korunmaktadır.

Eser niteliği taşımayan, marka ve tasarım tescili bulunmayan ve fakat tarihi veya doğal mekanların görüntülerini ya da önemli tarihsel bir olayın görüntülerinden oluşan fotoğraf koleksiyonlarının, toplumda tanınan bir sanatçının röportajını kaydedip ticari amaçla çoğaltan ve yayan kişilerin yatırımı

²⁹⁴ Yıldız, Çizgi Roman, s. 83 vd.

²⁹⁵ Bu yönde bir uyumsuzluğa ilişkin yapılan bilirkişi değerlendirmesi için bkz. Pekdinçer, R. Tamer, Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II, Ankara, 2019, s. 441 vd.

²⁹⁶ Ateş, Eser, s. 245; Yıldız, Ozan Ali, “Türk Hukukunda Kurgusal Karakterlerin Korunması”, THD, S. 124, 2016, s. 70.

²⁹⁷ Bkz. Yargıtay 11. HD, 22.10.1996, E. 1996/6796, K. 1996/7173 (Suluk, Cahit / Orhan, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt: 2, İstanbul, 2005, s. 32-33).

ve emeği, anılan hükümle korunmakta, hak sahipleri üçüncü kişileri aynı işlemleri yapmaktan men edebilmektedir²⁹⁸.

Koruma süresi olarak FSEK’te öngörülen eserlerin korunmasına ilişkin süreler burada da kıyasen uygulanabilir²⁹⁹.

2.2.1.3.3. Mektup, Hatıra ve Benzer Yazılar

FSEK m. 85 uyarınca “*Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğer ki, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun.*”

Söz konusu hüküm, MK m. 24 ve devamında yer alan kişiliğin korunmasına yönelik hükümlerin tamamlayıcısı niteliğindedir³⁰⁰. Burada korunan kişisel değer kişinin gizli ve özel yaşam alanıdır³⁰¹. Mektup, hatıra ve benzeri yazıların yazarın veya muhatabın rızasının alınmadan alenileştirilmesi bu kişilerin kişilik hakkını ihlal eder³⁰². Örneğin bir kimsenin günlüklerinden yararlanarak bir roman yazılması halinde bu hüküm anlamında kişilik hakkı ihlal edilmiş olur³⁰³.

²⁹⁸ Parlak Börü, Şafak, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara, 2013, s. 59.

²⁹⁹ Arslanlı, s. 56; Ayiter, s. 77.

³⁰⁰ Ayiter, s. 86; Ateş, Eser, s. 420-421.

³⁰¹ Ayiter, s. 86; Tekinalp, s. 289; Ateş, Eser, s. 420-421.

³⁰² Yıldız, Ozan Ali, “Mektup, Hatıra ve Benzeri Yazıların Kişilik Hakkı Kapsamında Korunması”, MÜHF-HAD, C. 25, S. 1, 2019, s. 452-453.

³⁰³ “...Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış bir müzisyen ve ressam olduğunu, davalı F... Ş...’ın yazdığı ve diğer davalının yayınladığı ZAMAN GERİYE DÖNMEZ isimli romanda davacının hayatının anlatıldığını, davacının yayınlamak üzere kaleme aldığı anılarına ilişkin notların davalı F... Ş... tarafından bir şekilde ele geçirilerek roman yazıldığını, ancak bu romanda müvekkilin kişilik hakkına saldırı olduğunu ileri sürerek, davalının tecavüzünün refini, romanın toplatılmasını, şimdilik 1.000 TL maddi ve 20.000 TL manevi tazminatın temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, ayrı ayrı davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar Dairemizce davacı yararına bozulmuş, bozmaya uyulmuş, dava konusu eserde, davacının (roman kahramanı Mişon’un) kişilik haklarına saldırı niteliğinde, özel ve gizli yaşam alanına ait bilgilerin ifşa edilmesi niteliğinde açıklamalar bulunduğu, davacının sunduğu günlüklerin (müsveddelerin) FSEK’nin 2. maddesinde ifadesini bulan “edebiyat eseri” niteliğinde olmadığı, FSEK’nin 85. maddesinde ifadesini bulan “hatıra” niteliğinde yazılar olduğu, günlüklerden esinlenme şeklinde faydalanma olduğu, davaya konu romanı okuyan ve davacıyı tanıyan kişilerin romanda Mişon olarak adı geçen kişinin

Mektup, hatıra veya benzeri yazıların bu hüküm kapsamında korunabilmesi için bu metinlerin eser niteliğinin bulunması gerekmez. Bu durum FSEK m.85/1’de açıkça ifade edilmiştir. Bu metinlerin eser niteliğini haiz olması halindeyse hem eser korumasına ilişki hükümler hem de FSEK m.85 hükmü uygulama alanı bulacaktır³⁰⁴.

2.2.1.3.4. Resim ve Portreler

FSEK m. 86 f. 1 hükmü uyarınca *“Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez.”*

Söz konusu hükme istinaden resim veya portreler üzerindeki bu yasaklama tasvir edilenin kişilik hakkını korumaya yöneliktir. Örneğin, bir fotoğrafçının çektiği bir düğün fotoğrafının vitrininde sergilemesi de bu kapsamda değerlendirilir. Hükümün 2. fıkrasındaki istisnai hallerde tasvir edilenin muvafakati aranmaz.

1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri;
2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler;
3. Günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri; için şart değildir.

FSEK m. 87 uyarınca aksi kararlaştırılmamışsa, bir kimsenin sipariş üzerine yapılan resim veya portresinden, sipariş veren veya tasvir edilen ve yahut bunların mirasçıları fotoğraf aldırabilir.

(başkahramanın) davacı olduğu kanaatine varacağı, davacı tarafın FSEK’nin 85. maddesi ve TMK 24. maddesi kapsamında manevi tazminat hakkının doğduğu, ancak maddi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 18.11.2014, E. 2013/17510, K. 2014/17840 (Lexpera).

³⁰⁴ Yıldız, Mektup, s. 454.

2.2.2. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Uyuşmazlıklar

FSEK m. 70 f. 3 hükmünde maddi veya manevi hakları tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka, elde edilen kârın kendisine verilmesini de talep edebilir. Anılan hüküm, TBK'daki gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan bir taleptir³⁰⁵. Zira tecavüz edenin elde ettiği kâr, hak sahibinin normal şartlarda elde edeceği ve mahrum kaldığı kârdan çok fazla olabilir. Hak sahibi hiçbir zarara uğramasa da veya elde edilen kâr zarar miktarından fazla ise de kârın devrini talep edebilir. Bu miktar, yoksun kalınan kârdan daha fazla olabilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan talebin kabulü için kusurun ispat edilmesine de gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle uğradığı zararı ve karşı tarafın kusurunu ispat edemeyecek durumda olan hak sahibi pekâlâ vekâletsiz iş görmeden doğan karın devri talebini ileri sürebilir³⁰⁶.

Manevi tazminat ile elde edilen kâr birlikte istenebilir³⁰⁷, zira talep konuları ve dayanakları farklıdır. Söz konusu talepler ayrı davalar ile ileri sürüldüğü takdirde davaların birleştirilmesi gündeme gelebilir (HMK m. 166). Zira, davaların aynı (eylem) sebepten doğması nedeniyle aralarında bağlantı bulunmaktadır.

Elde edilen kar ile maddi tazminatın birlikte istenip istenemeyeceği hususunda ise ikili bir ayırım yapmak gerekir. Öğretide genel kabul gören fikre göre yoksun kalınan kar ile mütecavizin elde ettiği kar bir arada istenemez ancak fiili zarar ile mütecavizin elde ettiği kar bir arada istenebilir³⁰⁸.

Fikir ve sanat eserleri hukuku alanında değinilmesi gereken bir diğer ihtimal ise FSEK m.68'de düzenlenen üç kat bedel istemi ile elde edilen karın bir arada istenip istenemeyeceğidir. Kanun koyucu bu hususa ilişkin açık bir

³⁰⁵ Erel, s. 349.

³⁰⁶ Erel s. 349, s. 372.

³⁰⁷ Hatemi, Hüseyin, "Türk Hukuku'nda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2010, s. 388-389; Baş Süzel, Ece, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2015, s. 251-252; Öztan, s. 678.

³⁰⁸ Arkan, Akbıyık, Azra, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 1999, s. 63; Hatemi 388; Baş Süzel, s 251-252.

düzenleme getirmeyi tercih etmiştir. FSEK m.70/3'e göre elde edilen karın talep edilmesi halinde, bu tutarın FSEK m.68 uyarınca istenen bedelden indirilmesi gerekir. Başka bir deyişle davacının hem FSEK m.68'den kaynaklanan üç kat bedeli hem de mütecavizin elde ettiği karı talep etmesi mümkün olmaz.

Her ne kadar hükmün kaleme alınış şekli “gerçekleşmiş kârın” devri şeklinde yorumlanmaya müsaitse de TBK'daki vekâletsiz iş görme hükümlerine uygun olarak FSEK'ten doğan taleplerde karın elde edilmesi şart olmayıp hal ve vaziyete göre beklenen muhtemel kar yeterlidir³⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu uyarınca ikame edilen taleplerde aranan vekâletsiz iş görenin “kötü niyetli” olması unsuru FSEK kapsamındaki davalarda aranmamaktadır³¹⁰.

FSEK m. 70 f.3 son cümle uyarınca elde edilen karın devri istenmişse, FSEK m. 68 uyarınca talep edilen bedel indirilir.

2.2.3. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar

Fikri hak kavramı bölümünde ele aldığımız üzere³¹¹ Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda eser sahipliği teorisi uyarınca fikri haklar eser sahibinin yaratma fiiliyle ortaya çıkmakta ve kendine özgü niteliğinden dolayı devredilemeyen ve mirasla intikal etmeyen yetkiler bahşetmektedir. Ancak eser sahiplerinin fikri haklardan ekonomik anlamda faydalanması uygulamada ancak mali hakları kullanma yetkisinin devri ile mümkün olabilmektedir. Örneğin, edebi eser sahibi, çoğaltma ve yayma hakkını yayımcıya devretmediği müddetçe tek başına eserini okuyucu kitlesi ile buluşturamaz. Ayrıca tıpkı yayma hakkının kullanılması için umuma arz hakkının kullanılmasının zorunlu olduğu gibi bazı mali hakların kullanılması için manevi hakların kullanımının devri de zorunludur. Sağlar arası işlemler ile devir; sözleşme ve tasarruflar yoluyla gerçekleşir. Ölümle bağlı tasarruflar ise FSEK m. 19 hükmü ile özel olarak düzenlenmiştir.

³⁰⁹ Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 582; Öztan s. 677.

³¹⁰ Öztan, s. 680.

³¹¹ Bkz. 2.1. başlıklı bölüm.

2.2.3.1. Manevi Hakların Kullanımının Devri

Manevi haklar eser sahibi tarafından kullanılan ve başkasına devri mümkün olmayan haklardır. Bununla birlikte öğretilerde manevi hakların kullanımının devredilebileceği kabul edilmektedir. Ancak devir sözleşmesi manevi hakkın özünü konu alamaz. Manevi hakkın özü veya sert çekirdeği olarak ifade edebileceğimiz kısmının kullanımı dahi devredilemez³¹².

FSEK’te veya başkaca bir mevzuatta manevi hakların kullanımının devrine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla manevi hakların kullanımının devrini konu alan sözleşme, isimsiz bir sözleşmedir³¹³.

Manevi hakların kullanımının devri açısından Kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmediği için borçlar hukukumuzda şekle ilişkin olarak benimsenen genel ilke olan şekil serbestisi burada da geçerli olacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması açısından herhangi bir şekilde şartı bulunmadığını söylemek mümkündür.

Manevi hakların kullanımının devri açısından uygulamada karşılaşılan uyumsuzluklar daha çok umuma arz hakkı ve eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanmaktadır³¹⁴.

2.2.3.2. Mali Haklar Üzerindeki Tasarruflar

2.2.3.2.1. Genel Olarak

Mali bir hakkın devri esas itibarıyla bir tasarruf işlemidir. FSEK m. 48 uyarınca; eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler. Bu halde devralan hakkı aslen iktisap etmiş sayılır.

³¹² Ayiter, s. 206; Tekinalp, s. 164; Tosun, Manevi Haklar, s. 213.

³¹³ Tosun, Manevi Haklar, s. 213.

³¹⁴ Tosun, Manevi Haklar, s. 218.

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış bir eser üzerinde tasarruf işlemi yapılamaz, yapılması halinde FSEK m. 48 f. 3 gereği batıldır.

FSEK m.49 uyarınca; eser sahibi veya mirasçılarının mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan (aslen iktisap eden) bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir. Bu halde devren iktisap söz konusudur. İşleme hakkının devrinde, devren iktisap eden kimse hakkında da eser sahibi veya mirasçılarının aynı suretle muvafakati şarttır. Zira, işlem yapacak kimsenin kişiliği ve yetenekleri, hususiyeti asıl eser sahipleri açısından önem taşır.

Eser üzerindeki hak ve ruhsatın, eser sahibinin ya da mirasçılarının muvafakatine bağlı olmaksızın intikal edeceği haller de vardır³¹⁵. Külli halefiyet halleri (miras yoluyla intikal, iki ticari işletmenin birleşmesi, bir ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devri gibi), FSEK m.62 f. 1 b. 3'te alenileşmiş bir eser üzerinde mali hakkın haczi veya rehni sonucu veya FSEK m.59 uyarınca iflas masasına dâhil olarak satılması halinde yazılı muvafakat aranmaz. Ayrıca FSEK m. 57 f.2'de öngörülen karine uyarınca *“Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.”*

Eser sahibi veya mirasçısı mali bir hakkın devrine yazılı olarak izin vermişlerse, kural olarak söz konusu izin bir defaya mahsustur. Yeniden devirler için yeniden yazılı izin almak gerekir.

2.2.3.2.2. Tekeffül Borcu

Tasarruf işlemlerinde tekeffül borcu FSEK m. 53 ve 54'te düzenlenmiştir. Eser üzerinde tasarruf işlemi yapabilmek için devredilecek mali hakkın veya ruhsatın hukuken mevcut olması, işlemi yapanın devir yetkisi olması gereklidir

³¹⁵ Öztan, s. 558; Erel, s.314.

Aksi halde devreden bundan doğan zarardan sorumlu olur (FSEK m. 53 f. 1 yollamasıyla BK m. 191 ve m. 193).

Gerek aslen gerek devren iktisapta devreden tasarruf yetkisini haiz olmadığı takdirde devralan üçüncü kişilerin iyi niyeti himaye görmez (FSEK m. 54 f. 1); tasarruf işlemi kesin hükümsüz olur. Devralan, devreden tasarruf hakkı sahibi olmadığını biliyorsa, tazminat talep edemez; ancak iyi niyetli ise uğradığı menfi zararın tazminini talep edebilir. Devreden kusurlu ise ve hakkaniyet gerektiriyorsa, mahkeme menfi zararın yanı sıra müspet zararın ödenmesini de hükmedebilir (FSEK m. 54 f.2).

Örneğin, eseri tamamlamak üzere olan eser sahibinin bir yayınevi ile yapmış olduğu sözleşmeyi feshederek bir yıl sonra aynı eser için başkası ile sözleşme imzalaması ya da çoğaltma hakkını devretmesi durumunda, feshin kusurlu fesih sayılacağı ve karşı tarafa tazminat hakkı tanıyacağı belirtilmektedir³¹⁶.

Uygulamada özellikle eser sahipliği tespiti davası sonucu gerçekte eser sahibi olmadığı anlaşılan veya çalıştıran sıfatıyla çalışanların yarattığı eserleri üzerinde tasarruf eden işverenin sonradan mali hak sahibi olmadığının ortaya çıktığı durumlarda mevcut olmayan hak üzerinde tasarruf edilen edimler yönünden FSEK m. 53 hükümlerinin uygulandığı tümce yarım kalmış

FSEK m. 53 ve 54'ün son cümlesinde haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklı tutulmuştur. Devreden haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması, hak sahipleri veya devralanın da zarara uğramış olması gerekir. Ayrıca devralan tasarruf işleminin geçersiz olduğunu bildiği halde hak/ruhsatı kullanmış ve bundan bir zarar doğmuş ise, işlediği haksız fiilden sorumlu olur³¹⁷. Tasarruf işlemi geçersiz olduğundan, tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77-82) uyarınca gerçekleştirilir.

³¹⁶ Tekinalp, s. 235.

³¹⁷ Erel, s. 316.

2.2.3.2.3. Hakkın Eser Sahibine Dönmesi

Mali hak ve ruhsatın eser sahibine geri dönüşü (avdeti), belirli bir amacın gerçekleşmesi için veya belirli bir süre ile sınırlı olarak devredilen mali hakkın amacın gerçekleşmesi veya sürenin bitimi ile kendiliğinden hak sahibine ya da mirasçılara dönmesini ifade eder (FSEK m. 59).

Mali hakkı iktisap edenin vefatında, hak eser sahibine geri dönmez. Başkasına devre izin verilmiş olsun ya da olmasın, hak vefat edenin mirasçılara intikal eder. Ancak, hakkın kullanılması bakımından ölenin kişiliği önem arz ediyorsa mali hak eser sahibine döner (FSEK m. 59 f.1 c.2).

Hakkın eser sahibine avdeti amacın ortadan kalması veya sürenin dolmasıyla gerçekleşen bozucu şarta bağlı bir işlem niteliğindedir³¹⁸.

FSEK m. 59’da eser sahibi veya mirasçılar lehine kanuni bir karine öngörmekte olup mali hakkın belirli bir amaç uğruna ya da süre ile devri konusunda onların beyanına başvurmak asıldır³¹⁹.

2.2.3.2.4. Vazgeçme

Eserden kamunun serbestçe faydalanması için koruma sürelerinin geçmesi gerekmektedir. Ancak eser üzerindeki mali haklardan feragat eden eser sahibi veya mirasçılar eser hakkında koruma süresinin sona ermesinden doğan hukuki neticelerin feragatle gerçekleşmesini sağlayabilirler.

Vazgeçme bir tasarruf işlemidir. Vazgeçilecek hakkın mali hak niteliğinde olması, vazgeçenlerin eser sahibi yahut mirasçı sıfatını haiz olması, önceden yapılmış tasarruf işlemlerini ihlal etmemesi ve vazgeçmenin resmi senetle düzenlenerek Resmi Gazete’de ilan edilmesi şarttır (FSEK m. 60). Vazgeçme, düzenlenen resmi senedin Resmi Gazete’de ilanı ile hüküm ifade eder. Haklardan kısmen vazgeçmek de mümkündür.

³¹⁸ Öztan, s. 594.

³¹⁹ Öztan, s. 594-595.

Vazgeçmeden rücu etmenin mümkün olup olmadığı konusunda, manevi hakları ihlal edilen eser sahibinin FSEK m. 58'deki cayma hakkına kıyasen vazgeçmeden dönebileceği düşünülmektedir³²⁰.

2.2.3.2.5. Sözleşmelerde Şekil Şartı

Sözleşme mali hak üzerinde tasarruf işlemi yapma taahhüdü olup mali hakkın devri veya lisans verilmesi için önce sözleşme yapılması gerekmektedir³²¹. Ancak uygulamada sıklıkla sözleşme tasarruf işlemi ile birleştirilmektedir.

FSEK m. 52 uyarınca “*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*”. Kanun koyucunun öngördüğü şekil şartı nitelikli yazılı şekil şartıdır. Sözleşmenin sadece adi yazılı olması yeterli olmayıp sözleşme ve tasarrufa konu hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır³²².

Adi yazılı şekil şartı öngörülen sözleşme metinlerinde hangi hususların şekle bağlanarak yer alması gerektiği konusunda hâkim görüş, objektif ve sübjektif tüm esaslı unsurların şekle bağlanması yönündedir³²³. Ancak FSEK m. 52 düzenlemesinde daha da ileri gidilmiş ve adi yazılı şekil ile yetinilmeyerek tasarrufa konu hakların ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bir başka deyişle, tarafların objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları ve anlaşma konusunun sözleşmede ayrı ayrı yazılı olarak belirtmesi, geçerlilik şartı haline getirilmiştir³²⁴.

³²⁰ Öztan, s. 600; Erel s. 310.

³²¹ Erel, s. 295.

³²² Öztan, s. 574.

³²³ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2017, s. 279.

³²⁴ Yargıtay 11. HD, T. 08.05.2012, E.2010/7225, K. 2012/7294; “*Eser sahibinin, basımının yapılması amacıyla görüştüğü ve incelenmek üzere bıraktığı “Kürtleşen Türkler” isimli eseri, yazılı sözleşme yapmaksızın çoğaltıp yayan davalı yayımcının, basım hususunda sözlü anlaşma yapıldığına yönelik savunmasının kabul edilemeyeceği, eylemin hukuka aykırı olduğu ...*”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre yazılı şekil şartının amacı, eser sahibinin haklarını korumak, haklarını devrederken düşünmeye sevk etmektir³²⁵. Adi yazılı şekil yeterli olup resmi yazılı şekil şartı yoktur.

Şekil kuralı emredici olup tarafların aksini kararlaştırmaları kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir (TBK m. 12, m.27).

2.2.3.3. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Uyuşmazlıklar

Bir mali hakkı veya hakkı kullanma yetkisini devir taahhüdü şahsi bir borç niteliğindedir. Yapılan taahhüt, iktisap edecek olan kişiye devir konusunda şahsi bir talep hakkı sağlar.

Bazı hallerde taahhüt işlemi ile tasarruf işlemi ayrılır. Bu halde sözleşmedeki geçersizliğin tasarruf işleminin geçerliliğini etkileyeceği kabul edilmektedir³²⁶. Sözleşmenin ihlali nedeniyle mahkemenin vereceği karar, kurucu yenilik doğuran hak niteliğinde olup ayrıca tasarruf işlemine gerek kalmaz³²⁷.

2.2.3.3.1. Kanuni Fesih Hakkı

Haklarla ilgili taahhütler tasarruf işlemlerinin aksine henüz eser meydana getirilmeden önce de yapılabilir (FSEK m. 50 f.1). Müstakbel eser sahibi, eser meydana geldiği anda, mali hakları devretmek zorundadır; aksi halde karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.

Kanuni fesih hakkı tanıyan FSEK m. 50 f. 2 uyarınca “*Eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin bütününe veya muayyen bir nevi'netallük eden bu kabil taahhütleri taraflardan her biri, ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere feshedebilir*”.

FSEK m. 50 f. 3 uyarınca eser sahibinin vefatı veya karşı tarafın iflası, karşı tarafın devralacağı mali hakkı kullanmakta acze düşmesi veya her iki taraf

³²⁵ Yargıtay HGK, T. 21.10.2015, E. 2013/11-2353, K. 2015/2333 (Lexpera).

³²⁶ Erel, s.296.

³²⁷ Öztan, s. 573; Erel, s. 295.

açısından da ortaya çıkabilecek kusursuz imkânsızlık hallerinin vuku bulması halinde taahhütler kendiliğinden sona erer.

2.2.3.3.2. Cayma Hakkı

Mali bir hakkı veya kullanma yetkisini devralan, uygun süre içinde veya kararlaştırılan tarzda bu hak veya yetkiyi kullanmaz ve bu nedenle eser sahibinin menfaatleri zarar görürse, eser sahibine cayma hakkı tanınmaktadır (FSEK m. 58).

Cayma hakkının kullanılması şekil şartına bağlanmıştır. Buna göre eser sahibi, noter vasıtasıyla hakların kullanılması için karşı tarafa mehil vermek zorundadır. Ancak, hakkın kullanılmasının, iktisap eden için imkansız olması, iktisap edenin reddetmesi veya mehil verilmesinin eser sahibinin menfaatlerini esaslı surette tehlikeye düşürmesi halinde süre vermeye gerek olmaksızın cayma hakkı kullanılabilir (FSEK m. 58 f. 2).

Mali hak veya ruhsat sahibi caymaya itiraz etmek için cayma ihbarının tebliğinden itibaren 4 hafta içinde caymaya karşı itiraz davası açmak zorundadır. Dört haftalık süre hak düşürücü niteliktedir.

İktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap eden, uygun bir tazminat isteyebilir (FSEK m. 58 f.4).

Cayma hakkı yenilik doğuran bir haktır, ihbarın tebliğinden itibaren hüküm ifade eder. Cayma hakkından önceden feragat edilemez. Ancak cayma hakkı doğduktan sonra sözleşme ile bu hakkı kullanmaktan vazgeçmek mümkündür. hakkın kullanılması 2 yıldan fazla bir süre için ertelenemez(FSEK m. 58 f.5).

2.2.3.3.3. Rehin, Cebri İcra ve Hapis Hakkı

Fikri hakların rehne, cebri icraya ve hapis hakkına konu olmalarının caiz olmadığı haller FSEK m. 61’de, caiz olduğu haller ise FSEKm. 62’de düzenlenmiştir.

Henüz alenileşmemiş ve eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan bir eserin aslı ve müsveddeleri ile bu eserlere ilişkin mali hakları üzerinde hapis hakkı, cebri icra (haciz) ve rehin uygulanamaz (FSEK m. 61). Keza eser sahipliğinin üzerinde rehin, cebri icra ve hapis hakkı uygulanması da mümkün değildir.

Mali haklara dair hukuki işlemlerden doğan paradan gayri alacakların rehne, cebri icraya ve hapis hakkına konu edilmesi mümkün değil ise de henüz alenileşmemiş bir eser hakkında yapılan taahhütlerden doğan para alacaklarının hacze ve rehne konu edilmesi mümkündür. Ancak FSEK m. 61 f.2 sinema eserleri hakkında bir istisna getirmiştir. Henüz alenileşmemiş olsa da sinema eserlerinin rehne, cebri icraya ve hapis hakkına konu edilmesi mümkündür. Zira sinema eserleri alenileşmemiş olsa dahi çok geniş bir çevre tarafından bilinir ve tamamlandıkları anda ticarete hazırdır. Caiz olmayan halleri düzenleyen FSEK m. 61’de ilamların icrasına dair İİK m. 24 ve 30 hükümleri saklı tutulmuştur. Zira tamamlanmış bir eserin teslim edilmemesinden dolayı açılan bir davayı kazanan alacaklı ilamlı icra marifetiyle eseri cebri icra yoluyla edinebilir.

Alenileşmiş eserlerin aslı ve müsveddeleri ile bu eserler üzerindeki mali hakları, yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları ile eser sahibinin mali haklara dair hukuki işlemlerden doğan para alacakları kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın yahut hapis hakkının konusunu teşkil edebilir. Alenileşmiş eserler üzerindeki mali hakların cebri icraya ve hapis hakkına maruz kalması eser sahibinin “korumaya layık manevi haklarını ihlal etmemesi” koşuluyla mümkündür (FSEK m. 62).

2.2.3.3.4. Konusu Fikir ve Sanat Eserleri Olan Sözleşmeler

Eser sahibinin mali haklarını ekonomik olarak değerlendirmesi için kayda alma, film çekme, çoğaltma, basıp yayınlama, sahneleme vb. işlemlere konu edilmesi, ancak sözleşmeler yoluyla gerçekleşir. Bu bölümde fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin uygulamada sık rastlanılan sözleşme türleri ve bu sözleşmelerden doğan uyumsuzlıklara yer verilecektir.

2.2.3.3.4.1. Mali Hakların Devri Sözleşmesi

Mali hakların devri sözleşmesi kanunda tanımlanmış değildir. Ancak *Gökyayla*'nın tanımına göre; “*Telif hakkının devri sözleşmesi, mali hak sahibinin, eser üzerindeki mali hakların bir kısmını veya tamamını, belirli yer, süre veya içerik açısından sınırlandırarak veya sınırlandırmaksızın karşı tarafa devretmeyi; buna karşılık devralanın da, kararlaştırılmışsa, bedeli ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir*”³²⁸.

Eser üzerindeki hakların hangi şartlarla devredilebileceği FSEK m. 48’de düzenlenmiştir.

Devir sözleşmesinin konusu olan mali haklar işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı ve pay takip hakkıdır. Fikri hakkın devri ile soyut bir hakkın devri söz konusu olduğundan hakkın somutlaştığı eşya üzerindeki mülkiyet hakkı sözleşme ile devredilmez.

“Mülkiyetin intikali” başlıklı FSEK m.57 hükmü uyarınca, “*Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez. Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.*”

³²⁸ Gökyayla, Telif Hakkı, s. 25.

Mali hakların (telif hakkı) devrine yönelik sözleşmelerin tarafı eser sahibi ya da mirasçılardır. Devir karşılıklı veya karşılıksız olabilir.

Eser üzerindeki mali haklar ancak süre, yer veya içerik bakımından kısıtlamalara tabi tutularak devredilebilir. Süreli devir halinde süre sonunda hak kendiliğinden eser sahibinin malvarlığına döner. Süresiz devirler ise koruma süresinin sonuna kadar geçerlidir.

Konusu fikir ve sanat eserleri olan sözleşmeler FSEK m. 52 uyarınca nitelikli adi yazılı şekle tabidir. Devre konu mali haklar sözleşmede ayrı ayrı belirtilmelidir. Şüphe halinde sözleşmenin amaç ve konusu dışında kalan bir mali hakkın devredilmediği kabul olunmalıdır. Şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlara yukarıda³²⁹ yer verilmişti.

Mali hakkın devri tasarruf işlemi niteliğindedir. Mali hakkı iktisap eden, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakka sahip olur. Devirle birlikte, aynı hakkın ikinci defa bir başkasına devri mümkün değildir.

Mali hakkın devri soyut bir tasarruf işlemi olup, devrin temelini teşkil eden hukuki sebebin gösterilmesi gerekmediği gibi taraflar arasında kararlaştırılan hukuki sebep geçerli olmasa ya da gerçekleşmese bile mali hakkın devri geçerliliğini korur. Bu durumda devir geçerli bir sebebe dayanmıyorsa sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre devir bedelinin iadesi talep edilebilir. **Ayiter**'e göre mali hakkın devri alacağın temliki gibi soyut bir tasarruf işlemidir, hukuki sebep geçerli değilse dahi mülkiyet intikal eder, ancak devralan için sebepsiz iktisap söz konusu olur³³⁰. **Erel**'e göre tasarruf işlemi soyuttur, zira FSEK m. 53 tekeffül sorumluluğuna alacağın temliki hükümleri uygulanmakta olup alacağın temliki işlemi sebebe bağlı değildir. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre

³²⁹ Bkz. 2.2.3.2. başlıklı bölüm.

³³⁰ Ayiter, s. 197.

tasarruf işleminin soyut olmasının eser sahibi aleyhine olup devir sebebe bağlı olarak kabul edilmelidir.³³¹.

Mali hakların devri sözleşmesi rızai niteliktedir. Mali haklar, sözleşme ile sınırlanan süre (veya koruma süresi sonuna kadar) ve şartlarla devredildiğinden mali hakların devri sözleşmeleri sürekli edimli sözleşmelerdir. Ayrıca sözleşme süresi boyunca taraflar birbirlerine zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır, söz konusu yapmama borcu sürekli borç doğuran niteliktedir.

Gerek eser sahibi gerekse devralanın kişiliği önemlidir, ileride meydana gelecek eserler yönünden eser sahibi dışında bir başkası tarafından eserin yaratılması mümkün değildir. Keza, eser sahibi için mali hakları kullanacak kişinin gücü ve etkisi önemlidir. Nitekim bu sebeple, FSEK m. 49 f.2 uyarınca devralan eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı izni olmaksızın mali hak üçüncü kişilere devredilemez.

Devir sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen iş görme sözleşmesi niteliğindedir. Son olarak devir sözleşmesinin amacı eser sahibinin eserinin alenileşmesi, çoğaltılıp yayınlanması, sahneye konulması olduğu için devralanın mali hakları kullanmaması halinde eser sahibinin FSEK m. 58 uyarınca cayma hakkı vardır. Bu anlamda sözleşme amaçlı devri konu edinmektedir. Bir başka deyişle, devreden hakkı eserin çoğaltılması, yayılması ve kamuoyu ile paylaşılması amacıyla devrettiğinden, devralan mali hakları kullanmadığı takdirde devreden cayma hakkı bulunmaktadır.

Mali hakları devreden eser sahibinin, eserdeki yanlışlıkları ve eksiklikleri giderme hakkı vardır. Eserde düzeltme yapma hakkı esasen yayın sözleşmelerinde (TBK m. 493) geçerli olmakla birlikte bu hakkın diğer eserlerde de geçerli olması gerektiği savunulmaktadır³³². Anılan hak eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir.

³³¹ Gökyayla, Telif Hakkı, s. 48.

³³² Gökyayla, Telif Hakkı, s. 260.

Mali hakları devralanın borçları; bedel ödeme, mali hakkı kullanma, devralanın kişiliğine bağlı bir borç olduğundan devralınan mali hakkı bizzat kullanma (örneğin işleme), hakkı kullanırken devredene ve esere zarar verme şeklinde sayılabilir.

Devralanın hakları, eserin teslimini talep etmek, devraldığı hakkı kullanmaktır.

Sözleşmenin sona erme sebepleri ise, kararlaştırılan sürenin (FSEK m. 59) veya koruma süresinin dolması (FSEK m. 27), eserin yok olması (BK m. 136 ifa imkansızlığı), eser sahibinin eseri tamamlamasının imkansız hale gelmesi veya devralanın iflas etmesi (FSEK m. 50 f.3), devredenin cayma hakkını kullanması (FSEK m. 58), sözleşmenin feshi ihbar yoluyla sona erdirilmesidir (FSEK m. 50 f.2).

2.2.3.3.4.2. Lisans Sözleşmeleri

Mali hakları kullanma yetkisinin bir kimseye bırakılması lisans (ruhsat) verilerek gerçekleşir (FSEK m. 48 f.2). Bu halde, hakkın özü devredende kalmakta, ancak kullanma yetkisi sözleşmede öngörülen şartlarla devralana geçmektedir.

Arbek; lisans sözleşmesini “*Özel hukuki düzenlemelerle korunan fikri hakların veya genel hukuk normlarıyla korunan hak veya filli durumların sahiplerine sağladığı kullanma yetkilerinin tamamının veya bir kısmının başkalarına bedelli veya bedelsiz olarak devredilmesine imkan sağlayan sözleşme*” olarak tanımlamaktadır³³³.

Lisans sözleşmelerinin konusu; fikri haklar, sınai haklar, ticaret adları ve unvanları, know how (teknik bilgi) ve tanıtıcı unsurlar (sloganlar, işaretler, ambalajlar) olabilir. Ancak bu çalışmada fikir ve sanat eserleri üstünde durulacaktır.

³³³ Arbek, Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2005.

FSEK m. 20 uyarınca mali haklar birbirinden bağımsızdır. Mali hakkı kullanma yetkisi yer, içerik ve süre yönünden kısıtlanabileceği gibi, farklı kişilere de tanınabilir. FSEK m. 56 uyarınca lisans sözleşmeleri ikiye ayrılmaktadır.

Madde 56 – Ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat) tır.

Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit sayılır.

Basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır.

Lisans hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır³³⁴. Bazı yazarlar lisans hakkının ayni, bazıları ise şahsi nitelikte bir hak olduğu kanaatindedir³³⁵. Bu görüşler kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. İlki her türlü lisans sözleşmesinin ayni/şahsi hak niteliğini haiz olduğu şeklindedir. İkincisi ise, tam lisans hakkının, ayni hak niteliğinde yetkiler bahsettiği, buna karşın basit lisansın şahsi hak niteliği taşıdığı yönündedir. Nitelik tartışmanın pratik sonucu lisans alanın mali hak sahibinin inisiyatifine ihtiyaç duymaksızın üçüncü kişilere karşı tek başına dava açma yetkisini haiz olup olmamasında ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay kararlarında lisans sözleşmesi tasarrufi bir işlem olarak nitelendirilmekte, tam ruhsat verilmesi halinde lisans alanın üçüncü kişilere karşı dava ve talep haklarını ileri sürebileceği kabul edilmektedir³³⁶.

³³⁴ **Arbek**, lisans hakkının şahsi hak bahsettiği ve lisans alanın lisans hakkına tecavüz halinde üçüncü kişilere karşı doğrudan dava açamayacağı kanaatindedir. Zira Medeni Kanunda ayni haklar sınırlı sayıda sayılmıştır. Fikri hakların konusu soyut fikri ürünlerdir, ayni haklar gibi eşyaya bağlı değildir. Ayni haklar sicile bağlıdır, fikri hakların bir kısmı sicile bağlıdır ancak lisans hakları sicile bağlı değildir. Bkz. Arbek, s. 54 vd.

³³⁵ Lisans sözleşmesinin ayni hak sağladığı görüşü için bkz. Tekinalp, s. 234-235; Öztan, s. 560-561; Erel, s. 304. Nispi hak sağladığı görüşü için bkz. Ayiter, s. 203.

³³⁶ “FSEK 56/1 maddesinde düzenlenen Tam Ruhsat, eser sahibinin mali hakka özgü olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mali haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesidir. Aynı ruhsatın başkalarına verilememesi nedeniyle de basit ruhsattan ayrılır. Tam ruhsat verilmişse, ruhsat sahibinin fiilen mali hak sahibinden farkı yoktur. Ancak FSEK ruhsat sahibinin tecavüzün ref’ini talep edip edemeyeceği hususunda bir hüküm

Lisans sözleşmesinin borçlandırııcı veya tasarrufi nitelikte olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; lisans verme bir tasarruf işlemidir³³⁷. Diğer bir görüşe göre ise lisans veren, lisans sözleşmesiyle esasen mali hakkı kullanma yetkisinin devri ile ilgili taahhütte bulunmaktadır, bu anlamda lisans sözleşmesi borçlandırııcı bir işlemdir. Lisans konusu hakkın devralana geçmesi için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek vardır, uygulamada çoğu kez iki işlem birleştirilir.

İster borçlandırııcı ister tasarrufi işlem olsun lisans sözleşmesinin şekli FSEK m. 52'ye uygun olmalıdır. Buna göre, nitelikli yazılı şekil geçerlilik şeklidir³³⁸. Lisansa konu mali yetkiler sözleşmede ayrı ayrı gösterilmelidir.

Lisans sözleşmeleri rızaya dayalıdır, isimsiz sözleşmelerdendir, kural olarak ivazlıdır. Sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.

Lisans verenin yükümlülükleri, öncelikle sözleşme konusu mali hakkı kullanma yetkisine sahip olması ve eseri lisans alana teslim etmesidir. Lisans veren tasarruf yetkisi olmadığı halde tekeffül hükümlerine göre sorumludur.

Lisans alanın lisans konusundan faydalanmasını sağlamak için lisans veren, hakkın kullanılması için gerekli her türlü belgeyi, reklam materyallerini lisans alana vermek zorundadır. Eser bir cisim üzerinde tecessüm etmekte ise lisans veren eserin zilyetliğini lisans alana teslim etmek zorundadır. Lisans veren sözleşme süresi boyunca lisans konusu haktan faydalanılmasını sağlamak zorundadır; lisans konusu haklardan feragat edemez. Nitekim FSEK m. 60 hükmünde düzenlenen vazgeçme, önceki vaki tasarrufları ihlal etmemek kaydıyla mümkündür. Lisans konusu mali hakkı devretmesi halinde, hak lisans ile birlikte

getirmemiştir. 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.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 11.3.1999, E. 1998/9958, K. 1999/3423 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası).

³³⁷ Lisans sözleşmesinin tasarrufi bir işlem olduğu görüşünde Erel, s. 306; Tekinalp, s. 230; Gökyayla, s. 53. Borçlandırııcı işlem olduğu yönünde bkz. Ayiter, s. 200-201; Arbek, s. 77.

³³⁸ Arbek, s. 166.

devredilmiş olur³³⁹. Lisans verenin diğer yükümlülükleri taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir.

Lisans alanın yükümlülükleri ise, lisans bedeli ödeme, lisans konusundan faydalanma, lisans konusundan sözleşmeye veya kanuna uygun şekilde faydalanma, lisans konusunu başkasına devretmeme (FSEK m. 49) olarak sayılmaktadır³⁴⁰.

Lisans sözleşmesinin sona ermesi, sözleşme süresinin dolması, amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkması, lisans verenin cayma hakkını kullanması (FSEK m. 58), kanuni fesih hakkının kullanılması (FSEK m. 50 f.2), lisans konusunun koruma süresinin dolması, lisans alanın iflası, acze düşmesi (FSEK m. 50 f.3), sözleşmede öngörülen fesih ve dönme hallerinin gerçekleşmesi ile söz konusu olabilir.

2.2.3.3.4.3. Yayım Sözleşmesi

Yayma hakkı ve bu hakka bağlı olarak yayım sözleşmesi, bilim, kültür ve sanat ürünlerinin toplumla paylaşılmasına, geçmişten günümüze ulaşmasına, gelişmesine, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa tarafında güvence altına alınan düşünce ve ifade özgürlüğü, bilim, sanat ve basın özgürlüklerinin kullanılmasına hizmet eder³⁴¹.

Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir (BK m. 487). Yayım sözleşmeleri BK m. 487-501 hükümleri arasında düzenlenmektedir.

Yayım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (BK m. 488). FSEK m. 52 ile birlikte değerlendirildiğinde nitelikli yazılı şekil mi arandığı, yoksa yayım sözleşmesinin niteliği gereği çoğaltma ve yayma haklarının

³³⁹ **Erel**, lisans vermeyi mülkiyet hakkı üzerinde sınırlı ayni hak tesis etmeye benzetmekte ve bu nedenle mali hakkın üzerindeki ruhsatla birlikte devrolacağını düşünmektedir. Bkz. Erel, s. 304.

³⁴⁰ Arbek, s. 182 vd.

³⁴¹ Cumalıoğlu, Emre, Yayım Sözleşmesi, İstanbul, 2018, s. 1.

devrini içerdği tartışmasında Yargıtay'ın her iki yönde de kararları mevcut olup öğretide baskın görüş Borçlar Kanununun yayım sözleşmesine dair hükümlerinin uygulanması gerektiği ve adi yazılı şeklin yeterli olduğu yönündedir³⁴². Kanaatimizce de FSEK m. 52'ye göre sonraki tarihli ve özel düzenleme olması sebebiyle Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalı ve adi yazılı şekil geçerli kabul edilmelidir.

Yayım sözleşmesinin konusunun ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olması halinde sözleşmenin geçerliliği tartışmalıdır. *Ayiter*, BK m.27 uyarınca konusu ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olan yayım sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu görüşündedir³⁴³. **Cumaloğlu** ise FSEK'te bir fikir ürününün eser sayılabilmesi koşulları arasında ahlaka aykırılığın bilinçli olarak belirtilmediği, yaratıcılığın genel ahlak ve TBK m.27 gerekçe gösterilerek yasaklanmasının aynı nitelikteki düzenleme olan FSEK'in amacına aykırı olduğu, Anayasa'da düzenlenen bilim, sanat, düşünceyi ifade özgürlüklerini sınırladığı, sözleşmelerin taraflarının ahlaka aykırı bir amaç gütmedikçe ahlaka aykırı görülemeyeceği, TBK m. 27'yi fikir ve sanat eserlerine koşulsuz uygulanamayacağı görüşünde olup konusu ahlaka aykırı olan bilimsel eserlere ilişkin sözleşmelerinin geçersiz sayılamayacağı, ancak bilimsel etiğe aykırı yayınların insanları aldatmak amacıyla yayımının ahlaka aykırı olduğu, sanat eserlerinde ise küçüklerin ve zayıfların korunması gereken haller dışında sözleşmelerin geçerli olması gerektiği kanaatindedir³⁴⁴.

Gerçek olmayan yayım sözleşmesi, çoğaltma ve yayın hakkı yayımlatana ait olmayan veya koruma süresi dolmuş eserler bakımından söz konusu olur. Anılan eserlerde çoğaltma ve yayma hakkı tekелci olarak yayımcıya devredilmemekte, dolayısıyla eser başka yayımcılar tarafından da çoğaltılıp yayımlanabilmektedir.

³⁴² Zevkiler, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s. 621.

³⁴³ *Ayiter*, s. 240.

³⁴⁴ *Cumaloğlu*, s. 88-94.

İkinci yayım sözleşmesi, ilk yayım sözleşmesi ile mali haklar devredildiğinden FSEK m. 54 f.1 uyarınca tasarruf işleminin geçersizliği nedeniyle geçersizdir. Ancak sözleşme, ileriye yönelik borçlandırıcı bir taahhüt olarak değerlendirilebilir. İlk sözleşmenin sona ermesi ve hakların eser sahibine dönmesi halinde ikinci sözleşmedeki tasarruf işlemi gerçekleşmiş olacaktır.

Yayım sözleşmelerinde yayımlatan eseri teslim etmek, çoğaltma ve yayma hakkını devretmekle yükümlüdür. Yayımlatan ayıp ve tekeffül hükümleri uyarınca yayımcıya karşı sorumludur.

Yayımcı ise eseri çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altındadır. Yayın sözleşmesi hâkim görüş uyarınca tam iki taraflı bir sözleşmedir³⁴⁵. Dolayısıyla, yayım sözleşmesinden doğan borçlar karşılıklı olduğundan ödemelik def'i ileri sürülmesi caizdir.

Yayım sözleşmesi borçlandırıcı ve tasarrufi bir işlemdir. Sözleşmenin imzalanması ile müellifin mali hakları yayımcıya devrolunur. Yayım sözleşmesi ileride meydana getirilecek bir eser için borçlandırıcı işlem olarak da yapılabilir. Eserin halihazırda mevcut olmaması veya tamamlanmaması halinde, dava ve cebri icra yoluyla aynen ifası mümkün değildir; ancak tazminat talep edilebilir. Tamamlanmış eserlerin teslim edilmemesi halinde dava ve cebri icra yoluyla aynen ifa sağlanabilir.

Yayımcı borcunu şahsen ifa etmek zorunda olup devraldığı hakları yayımlatanın izni olmaksızın başkasına devredemez. Yayım sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçer (BK m. 489). Sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak

³⁴⁵ Sözleşme, telif ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi dahi tam iki taraflı niteliktedir. Zira öğretide hakim görüş mali hakları devretme yükümlülüğü ile çoğaltma ve yayma ediminin karşılıklılık teşkil ettiği şeklindedir. Bkz. Zevkililer / Gökyayla, s. 614; Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007, 7. Bası s. 589; Cumalıoğlu, s. 70. **Giritlioğlu**, ücret kararlaştırılmasına göre ikili ayırım yapmaktadır. İvazlı ise tam iki taraf borç yükleyen sözleşme; ivazsız ise edimler birleşimi şeklindedir. Bkz. Giritlioğlu, Necla, Yayın Sözleşmesi, İstanbul, 1967, s. 36 vd. **Ayiter** ise, yayım sözleşmesinin tam iki taraflı olmadığı, edimlerin karşılıklı olmadığı, eseri teslim borcunun yayım için ön şart olduğu görüşündedir. Yazara göre bu nedenle ödemelik def'i ileri sürülemez. Bkz. Ayiter, s. 223.

bir basım yapma hakkı vardır³⁴⁶. Taraflar, sözleşmenin süresini veya baskı adedini kararlaştırmak zorundadırlar. Yayımlatanın eseri düzeltme ve iyileştirme hakkı (TBK m. 493), yayımcıya verdiği birden çok eserin ayrı ayrı ya da birlikte basılmasını belirleme hakkı (TBK m. 496), yayımcıdan hesap ve kanıtlayıcı belge isteme hakkı (TBK m. 496) bulunmaktadır. Çeviri hakkının yayımcıya geçebilmesi, bunun sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasına bağlıdır (BK m. 495). Yayımcı aksi belirtilmediği takdirde yayımlatana telif ücreti ödemek (TBK m. 496 f.1) ve geleneğe uygun sayıda nüshayı yayımlatana ücretsiz olarak vermek zorundadır (TBK m. 497 f. 3)³⁴⁷.

Eser teslim edilene kadar ziya ve hasar yayımlatana aittir, teslimden sonra ise yayımcıya geçer (TBK m. 498). Dolayısıyla teslimden sonra eserin zayi olması halinde yayımcı sözleşme bedelini yayımlatana ödemek zorundadır. Eser teslim edilmeden önce zayi olursa yayımcı borcun imkansız hale gelmesi nedeniyle borcundan kurtulur (TBK m. 136). Basılan nüshaların zayi olması ihtimalinde yeniden basım aşırı masraf gerektirmiyorsa yayımcı yayımlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin ve masrafı kendisine ait olmak üzere yeniden basmak zorundadır (TBK m. 499).

Yayım sözleşmesinin sona erme halleri eserin zayi olması (TBK m. 498), basılan nüshaların zayi olması (TBK m. 499), eser sahibinin ölümü, eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi, eserin tamamlanmasının imkansız hale gelmesi veya yayımcının iflası (TBK m. 500) olarak sayılmaktadır. Ayrıca, TBK

³⁴⁶ “Neşir sözleşmelerinde kitapların bası adedinin açıkça ve yoruma meydan vermeyecek biçimde belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, neşir sözleşmelerinin bir bası ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan taraflar arasındaki neşir sözleşmelerince konu kitapların "her türlü baskı hakları" ibaresinden davalıya birden çok basıları kapsayan ruhsat verildiği şeklinde bir yorumla sonuca ulaşılması mümkün olamayacağı gibi, bu sözleşmeler nedeniyle eser sahibi olan murise yapılan telif ödemelerini gösterir makbuzlarda yazılı "bütün baskılar için" ifadesinin de ancak ödemenin yapıldığı tarihe kadar olan baskıları içerdiği kabul edilmelidir.” Bkz. Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380 (Lexpera).

³⁴⁷ “02.07.2003 tarihli adi ortaklık sözleşmesi adı geçen kitabın çoğaltma ve yayımlanmasına ilişkin neşir sözleşmesi niteliğinde olup, 818 sayılı BK'nın 373 vd. maddeleri uyarınca çoğaltma ve yayma haklarının davacının da ortağı bulunduğu adi ortaklığa devredilmiştir. Anılan sözleşmede telif ücretinin süresiz ve bedelsiz olarak devredildiğine dair bir hüküm bulunmadığından söz konusu eser üzerindeki haklarının adi ortaklığa devri sebebiyle davacının hak ettiği telif ücretinin istenilmesine engel bir hal bulunmamaktadır.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 17.12.2014, E. 2014/9781, K. 2014/19987 (Lexpera).

m. 491 uyarınca, kendisine uygun süre verildiği halde kitabın yeni basısını yapmayan yayımcıya karşı FSEK m. 58 uyarınca yayımlatan cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir.

Yayımlatanın eser sahibi olması halinde FSEK kapsamında düzenlenen hakları saklıdır.

Yargıtay uzun süre sessiz kalınması halinde şekle aykırılığın iddia edilmesinin MK m.2'ye aykırı olduğu görüşündedir. Yayın sözleşmelerinde de Yargıtay'ın içtihatları birden çok defa baskıya sessiz kalan yayımlatanın basıma muvafakat ettiği ve telif tazminatı talep edemeyeceği yönünde ise de, ihtarname veya dava yoluyla birden çok baskıya karşı çıkıldığında mali hakların eser sahibine geri döndüğü ve sonraki basıların engellenebileceği belirtilmektedir³⁴⁸.

2.2.3.3.4.4. Komisyon Sözleşmesi

Yayınevleri bazı hallerde ekonomik gerekçelerle eser üzerindeki mali hakları devralmak istemeyebilir. Bazı hallerde ise eser sahibi mali hakları devretmek istemeyebilir. Bu durumda yayım sözleşmesi yerine komisyon sözleşmesi düzenlenir. Böylece eser sahibi mali hakları yayınevine devretmez, baskı ve yayın masraflarını kendisi karşılar. Yayınevi sadece eseri piyasaya sürme taahhüdü altına girer ve satıştan komisyon ücreti alır. Eser sahibinin

³⁴⁸“B.K.nın 375. maddesi uyarınca esasen bir baskıyla çoğaltma ve yayma hakkı sınırlı olan davacının; davaya konu eserden (3) baskıyla çoğaltma yapmasına davalı eser sahibi tarafından karşı çıkıldığına dair herhangi bir savunma da ileri sürülmediğinden, davacı şirketin dava dışı şirketten devir almak suretiyle söz konusu çoğaltılan baskılar için geçerli hak sahibi olacağıının, ancak aynı eserin bundan sonraki baskıları bakımından ise mali haklarının yasa gereği ve herhangi bir ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden davalı eser sahibine avdet ettiğinin kabulü gerekir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.2.2014, E. 2012/13206, K. 2014/2470 (Lexpera); “Eser sahibi ya da mirasçı olan davacıların sahibi oldukları mali hakların davalı tarafından gerçekleştirilen ilk bası dışındaki basılarına işbu davanın açılmasından önceki ihtarname tarihine kadar rıza göstermiş olmalarına rağmen, kanunun koyduğu geçerlilik şartına dayalı olarak huzurdaki davayı açmaları ihtarname tarihine kadar davalı tarafından gerçekleştirilen basılar bakımından davalı eylemlerinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte olmakla birlikte, dava konusu eserlerin koruma süresi içerisinde FSEK 69.maddesi uyarınca sahibi oldukları engelleme yetkisini kullanabilmelerini önlemez ve davacıların aradan geçen uzunca bir süreye rağmen hukuka uygun olmayan davranışın önlenmesini bir dava yoluyla öne sürmesi MK 2.maddesine aykırılık oluşturmaz.” Bkz. Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380 (Lexpera).

tanınmışlığından faydalanır ve satıştan para kazanır. Bazı yazarlar anılan sözleşmeye TBK komisyon sözleşmeleri hükümlerinin uygulanacağı görüşünde iken, bazıları ise vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını düşünmektedir³⁴⁹.

2.2.3.3.4.5. Eser Siparişi Sözleşmesi

Eser siparişi sözleşmesi; henüz meydana getirilmemiş bir eseri konu almaktadır. Reklamda kullanılacak bir müzik eseri için besteciye sipariş verilmesi, sinema filmi yapımı, sipariş üzerine portre veya heykel yapılması gibi amaçlarla eser siparişi sözleşmesi kurulabilir.

Edebi eserler hakkında eser siparişi sözleşmesi ile yayım sözleşmelerinin bazen bir arada kurulduğu görülmektedir. Bu hal yayımcının isteği üzerine hazırlanan eserlerde görülür. TBK m. 501’de özel olarak düzenlenen sipariş üzerine yayım sözleşmelerinde mali haklar yayımcıya ait olur. Eser sahibi sadece manevi haklara sahiptir. Yayma yükümlülüğü bulunmamakta ise de yayımcının ücret ödeme borcu altındadır.

Eser sipariş sözleşmesine aykırılıktan doğan uyuşmazlıklarda TBK’nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri (m. 470 vd.) uygulanır. Nitekim Yargıtay’ın sözleşmeye aykırılığa dair uyuşmazlıklarda anılan hükümlere atıf yaparak karar verdiği görülmektedir³⁵⁰.

Yargıtay’ın 20.01.2016 tarihli bir kararında, bir gazetede yayınlanan köşe yazısı bedellerinin tahsili için başvuru icra takibine itirazın iptali davasında, mahkemece 6502 sayılı TKHK m. 3 (I) bendi uyarınca eser sözleşmeleri tüketici işlemi olarak sayıldığından görevsizlik kararı verilmiş, ancak Yargıtay davacının tüketici olmamasından bahisle işlemin tüketici işlemi olmadığını, köşe yazılarının FSEK kapsamında eser niteliğinde olduğunun ileri sürülmediği, bu nedenle

³⁴⁹ Komisyon sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı görüşü için bkz. Tekinalp, s. 266. Vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı görüşü için bkz. Ayiter, s. 226. Vekalet sözleşmesi hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanacağı görüşü için bkz. Öztan, s. 840.

³⁵⁰ Yargıtay 11. HD, T. 11.11.2015, E. 2015/5083, K.2015/11861 (Lexpera); Yargıtay HGK, T. 18.11.2009, E. 2009/15-459, K. 2009/541 (Lexpera).

uyuşmazlığın TBK eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir³⁵¹.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, eser siparişi sözleşmesi mali hakların devrini de içerdiğinden sözleşmeye aykırılık halinde FSEK m. 68'e göre 3 kata kadar tazminata hükmedilemeyeceğidir. Zira iş sahibinin siparişi üzerine yaptırılan sözleşme konusu eser meydana getirilip teslim edildikten (aynı zamanda mali haklar devredildikten) sonra karşı tarafın sözleşme bedelini ödememesi halinde TBK m. 480 uyarınca kararlaştırılan sözleşme bedelinin tahsili cihetine gidilmektedir³⁵².

Bir diğer uyuşmazlık ise eser sipariş sözleşmesi ile devredilen mali hakların kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Konusu "eser" olan sipariş sözleşmelerinde FSEK m. 52 uyarınca nitelikli yazılı şekilde düzenlenmesi şarttır. Sözleşmede hangi hakların ne koşullarla devredildiği açıkça yazılı değilse, işin niteliğinden doğan mali hakların devredildiği kabul edilir³⁵³.

³⁵¹ Yargıtay 11. HD, T. 20.1.2016, E. 2015/14987, K. 2016/499(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵² Nitekim, Yargıtay 11. HD, T. 12.9.2017, E. 2016/14268, K. 2017/4258kararında; "...davacı tarafından hazırlanan mimari projeler üzerinde, davalı Kooperatif ve mimar ...tarafından yapılan ufak-tefek değişikliklerin, projenin hususiyetini etkilemediği, söz konusu değişikliklerin FSEK'in 16/2 maddesi kapsamında, zaruri değişiklikler kabul edilmesi gerektiği, bu kabulün hak ve menfaatler dengesine de uygun olduğu, söz konusu değişikliklere karşı çıkmanın da MK 2. maddesine aykırı olduğu, kaldı ki, davalı tarafın, sipariş üzerine eser sözleşmesi sebebiyle eseri işleme hakkına da sahip olduğu, ne var ki söz konusu değişikliklerin "eserin işlenmesi" mahiyetinde olmadığı, bu durumda TBK'nın 479 (BK 364), TBK'nın 480 (BK 365) maddeleri uyarınca davacı yanın, ancak sözleşme karşılığı alması gereken bedeli alabileceği, ortada bir mali hak ihlali olmadığı için FSEK'in 68. maddesi uyarınca üç katı tazminat talebinde bulunamayacağı..." yönünde hüküm vermiştir (Lexpera). Benzer şekilde bkz. Yargıtay 11 HD, T. 09.11.2015, E. 2015/4925, K. 2015/11754; Yargıtay 11. HD, T. 16.12.2013, E. 2012/12375, K. 2013/22875 (Lexpera).

³⁵³ Nitekim Yargıtay 11 HD, T. 31.10.2005, E. 2004/11266, K. 2005/10524kararında; sipariş üzerine katalog için çekilen fotoğrafların dergi ve internet reklamlarında kullanılmasının sözleşme kapsamında sayılamayacağı, mali hakların sınırsızca devrinin kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı hukuka aykırı bulunmuş ve FSEK m. 68 uyarınca tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur (Lexpera).

Eser siparişi sözleşmesinin iş sahibini tarafından feshi halinde, işin tamamlanamaması eser sahibinin kusurundan kaynaklanmıyorsa telif ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir (TBK m. 484)³⁵⁴.

2.2.3.3.4.6. Film Yapım Sözleşmesi

Film yapım sözleşmesinin konusu, bir filmin meydana getirilmesi ve filmin tespit edildiği cismin teslimi ile mali hakların sipariş verene devredilmesidir. Bu sözleşme esasen eser siparişi sözleşmesi niteliğindedir.

Film yapım sözleşmesinin hukuki niteliği, sonuç taahhüt edildiğinden eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir³⁵⁵. Film, sinema eseri niteliğini haiz olsun veya olmasın herhalde eser sözleşmelerine ilişkin TBK m. 470 vd. hükümleri uygulama alanı bulur.

Ortaya çıkarılan ürünün sinema eseri niteliğini haiz olup olmaması FSEK m. 5 uyarınca saptanır. Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir. Sahibinin hususiyetini taşıyan görüntüler dizisi sinema eseri niteliğinde ise FSEK kapsamında korunacak, eser sahipliği FSEK'e göre belirlenecektir.

Filmin yapısal unsurları senaryo ve diyalog, yönetim (yönetmen), özgün müzik, icracı sanatçılar (oyuncular) ve yapım (yapımcı) olarak, teknik unsurları ise sinematografik yaratımdır (kamera kullanımı, ışık ve sesin ayarlanması, kurgu, görsel efektler, animasyon)³⁵⁶.

Tarafları sipariş veren (çoğu zaman televizyon kanalı) ile yapımcıdır.

³⁵⁴ Yargıtay 11. HD, T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915 kararında; televizyon kanalı tarafından sipariş edilen ve bölüm başına ücretlendirilen 13 bölümlük dizi filmin ratinginin düşük olması sebebiyle feshedilmesi halinde, eser sahibi olan yönetmenin tamamladığı bölümlerin sahibinin hususiyetini taşıması halinde eser kapsamında değerlendirileceği ve telif ücretine hak kazanacağına hükmedilmiştir (Lexpera).

³⁵⁵ Bkz. Tekinalp, s. 265; Öztan s. 837; Ayiter, s. 225.

³⁵⁶ Tosun, Yalçın, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 16 vd.

Hukuki niteliği, yani“eser” vasfı tartışmalı olan televizyon programları (format, reklam, spor müsabakaları, haber ve tartışma programları gibi yaratımlar) bağlantılı hak kapsamında ve FSEK m.80 f. 1 C bendi uyarınca yayın olarak korunmaktadır.

Film yapım sözleşmesinin özellikleri, film eser vasfını haiz ise filmin teslimi ile mali hakların veya kullanma yetkisinin devri de gerektiğinden ve mali haklara yönelik sözleşmeler sürekli nitelik arz ettiğinden sürekli edimli sözleşmedir. Ancak eser vasfını haiz olmayan filmlerde, filmin teslimi ile borç sona erdiğinden ani edimli olarak kabul edilmektedir³⁵⁷. Film yapım sözleşmeleri iş görme sözleşmelerindendir, eser sözleşmesi niteliğindedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.

2.2.3.3.4.7.Sahneye Koyma, Yayınlama ve Müzik İcrası Sözleşmeleri

Bir eserin sahneye konulması için temsil hakkının tanınmasını, bir eserin radyo veya televizyonda yayınlanması için umuma iletim ve bir müzik eserinin icrası için ses sanatçısına icra hakkı tanınmasını konu edinen sözleşmelerdir.

2.2.3.3.4.8. Edisyon Sözleşmesi

Müzik eseri sahibinin eserini eser sahibi olarak kaydettirmesi, meslek birliği nezdinde kaydedilmesi, idari ve ticari işlemlerle telif ücretlerinin takibi ile ilgilenmesi her zaman mümkün olamamaktadır. Uygulamada edisyon şirketleri müzik eseri sahiplerinin idari ve ticari işleri ile ilgilenmektedir. Editörler piyasada besteci ve söz yazarlarının menajeri gibi hareket etmektedirler.

Edisyon şirketleri repertuarlarındaki eserlerin haklarını çoğu zaman meslek birlikleri aracılığıyla takip etmektedir.

Edisyon; müzik eserlerinin icrasının ve fonogramlarının dağıtımı ve bu fonogramlar üzerindeki hakların kullanım yetkisinin devredilmesi, müzik eserlerinin hukuki korumasının sağlanması ve söz konusu dağıtım ve lisanslama

³⁵⁷ Gökyayla, Emre, Film Yapım Sözleşmesi, İstanbul 2015, s.11.

sonucu kazanılan gelirin toplanması, toplanan bu gelirin müzik eseri sahiplerine payları oranında dağıtılması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır³⁵⁸.

Edisyon sözleşmeleri edisyon şirketlerinin (editörlerin) faaliyetleri ile eser sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Edisyon sözleşmesi ile mali haklar edisyon şirketine devrediliyorsa şekil konusunda FSEK m. 52 hükmü uygulanmaktadır. Bu halde, edisyon sözleşmesinin konusu eser üzerindeki mali hakların devri karşılığında edisyon şirketinin yapacağı hizmetlerin (eserin tanıtımı, pazarlanması, hak takibi, telif hakkı tahsili vb.) belirlenmesidir.

2.2.3.3.4.9. Bilgisayar Programı Sözleşmesi

Bilgisayar programları; niteliğine göre, fikir ve sanat eserleri hukuku, patent hukuku, haksız rekabet hukuku, borçlar hukukuna göre korunmaktadır.

FSEK m. 2 uyarınca “ilim ve edebiyat eserleri” kategorisinde (1) nolu bentte yer alan “...her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları...” sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla eser sayılmaktadır.

Eser niteliğindeki bilgisayar programlarında korunan unsurlar; hazırlık tasarımları, program akışı (akış şeması) ve kodlardır. Koruma kapsamı dışında kalanlar ise algoritmalar, kullanıcı ara yüzleridir. Bilgisayar programlarının korunması için cisme sabitlenmesi şart değildir (CD, DVD vb.), donanım içine yerleştirilmiş yazılımlar da koruma görmektedir.

Hazırlık tasarımının korunması için bilgisayar programı haline dönüşmesi aranmaz, önemli olan tasarımın herhangi bir aşamada programa dönüştürebilecek nitelikte olmasıdır³⁵⁹.

³⁵⁸ Dayıoğlu, Sadettin, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Müzik Edisyon Faaliyeti ve Edisyon Sözleşmeleri”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul, 2011, s. 186.

³⁵⁹ Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 152.

Bilgisayar programlarının üretimine, devrine veya bakımına ilişkin sözleşmeler bilgisayar programı sözleşmeleri olarak adlandırılır. Bilgisayar programı üzerinde yapılan sözleşmeler; imal, devir ve bakım sözleşmeleri olarak üç başlık altında incelenmektedir.

Bilgisayar programı imal sözleşmesi, şartnamede tanımlanmış olan bir bilgisayar programının üretimi ile kullanıma hazır hale getirilmesi için programın test edilmesi, yüklenmesi, eğitim ve dokümanların teslimi şeklinde yapılan tüm çalışmaları kapsamaktadır³⁶⁰. İmal sözleşmesinin hizmet, istisna, vekâlet akdi olduğu ve kendine özgü bir sözleşme olduğu şeklinde görüşler mevcuttur. İmal sözleşmesi iş görme sözleşmesi olup burada sonuç garanti edilmektedir. Ayrıca fikri hakların devri de söz konusudur. Bu anlamda eser sözleşmesi ile lisans sözleşmesinin birleştiği kendine özgü bir sözleşme olduğu düşünülmektedir³⁶¹. Sözleşmenin şeklinin FSEK m. 52'ye uygun olması gerekmektedir.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir husus, bilgisayar programı imal sözleşmelerinde genel işlem şartlarının geçerliliği sorunudur. Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi, içerik denetimi ve yorum denetiminden geçirilerek geçerli olup olmadığı somut olay bazında anlaşılabacaktır. Örnek vermek gerekirse, iş sahibinin yanlış bağlantı kurması veya yanlış kullanması sebebiyle ortaya çıkan ayıplardan sorumlu olmayacağı yahut sadece bilgisayardan, bilgisayar sisteminden veya yan edimlerle ilgili iş sahibinin talimatlarından kaynaklanan ayıplardan iş sahibinin sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilirken, programın normal bir masrafla hatasız veya ayıpsız imal edilemeyeceği gerekçesi ile imal edenin ayıptan sorumlu olmayacağı şeklinde genel işlem şartları geçersizdir³⁶².

Bilgisayar programı devir sözleşmesi, bir bilgisayar programı üzerindeki fikri hakların kararlaştırılan belli bir süre ile bedel karşılığı devridir. Devir sözleşmeleri satım sözleşmesi, hasılat kirası, kira ve lisans sözleşmeleri şeklinde

³⁶⁰ Şahan, Gökhan, Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 71.

³⁶¹ Şahan, s. 119.

³⁶² Şahan, s. 158.

olabilir; lisans sözleşmeleri ise imalatçı lisansı, know-how lisansı ve sürüm lisansı olarak ayrılmaktadır³⁶³.

Bilgisayar programı bakım sözleşmeleri, programdaki eksikliklerin ve aksaklıkların giderilmesi, güncelleştirmelerin yüklenmesi gibi hizmetleri kapsar.

Bilgisayar programlarında uygulamada sık rastlanılan bir uyuşmazlık konusu, programların işlenmesi ve çoğaltılmasıdır. Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması işlemidir. Bir bilgisayar programının hard disk, cd, usb vb. aygıtlara yüklenmesi ise çoğaltmadır. FSEK m. 22 f.3 uyarınca; çoğaltma hakkı; bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar. Söz konusu hüküm esasen şahsen kullanım amacıyla yapılan bir çoğaltmadır. Kaldı ki, programı başka türlü çalıştırmak da mümkün olmaz.

Şahsi kullanım amacıyla bir eserin çoğaltılması hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermemek ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olmamak koşuluyla serbesttir (FSEK md 38 f. 1). Hükümün lafzındaki “bütün eserler” deyiminin bilgisayar programlarını kapsayıp kapsamadığı, bir başka deyişle şahsi kullanım istisnasının bilgisayar programlarında geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. *Erel*, FSEK m. 22 f.3’ün bilgisayar programları için şahsen kullanım istisnası olduğu ve FSEK m. 38 f. 3 hükmünün de (aksi kararlaştırılmadıkça) serbesti tanıdığı kanaatindedir³⁶⁴. *Tekinalp*, programın düşünüldüğü amaca uygun olduğu müddetçe bilgisayar programını hukuki yollardan elde eden kişilerin programı çoğaltabileceği, işleyebileceği, hataları düzeltebileceği kanaatindedir³⁶⁵. *Dalyan*; FSEK m. 38’de

³⁶³ Yıldırım, Mustafa Fadıl, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul, 1999, s. 20.

³⁶⁴ *Erel*’e göre çoğaltma hakkının kötüye kullanılması uygulamada ya tek bilgisayarda kullanılmak üzere satın alınan programı birden çok bilgisayara kaydetmek ve kullanmakla ya da programı ticari amaçla çoğaltmak olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bkz. *Erel*, s. 273-274.

³⁶⁵ *Tekinalp*, amaca uygun kullanma ile kastedilenin programdan beklenen yararın elde edilmesi için çoğaltmaya veya işlemeye bağlı bulunduğunu, örneğin bir avukatlık bürosunun çeşitli davalar ve işlemlerin hangi aşamada olduğu gösteren programının avukatlara, yöneticilere ve sekreterlere

değişiklik öngören 4110 sayılı Kanun gerekçesinin amaçsal yorumu ile FSEK m. 38 f.1 bilgisayar programlarının çoğaltılması için şahsen kullanım istisnasını kabul etmediği görüşündedir³⁶⁶. Ancak yazar tarafından, bu tartışmanın teorik düzeyde kaldığı vurgulanmakta ve FSEK m.38'in 2. fıkrası ve devamında kimlerin hangi şartlarla şahsi kullanım istisnasından faydalanabileceğinin özel olarak düzenlendiği, FSEK m.22'deki çoğaltma istisnasının ancak m. 38 f.2 vd. şartlar dahilinde uygulanacağı açıklanmaktadır.

FSEK m. 38 f.2 vd. hükümlerinde bilgisayar programlarının şahsen kullanım amacıyla çoğaltılması hakkında özel düzenlemelere yer verilmiştir. Hükümde tanınan serbestilerden faydalanılmasının ön şartı programı hukuki yollardan elde etmektir. Programı yükleme, çalıştırma, düzeltme, yedekleme kopyası yapma (FSEK m. 38 f.3), programın işleyişini gözlemleme, tetkik etme ve sınaama (FSEK m. 38 f.4), bağımsız bir bilgisayar programının diğer programlarının ara işlerliğini gerçekleştirmek için kod çoğaltılması, kod biçiminin çevrilmesi (FSEK m.38 f. 5, f. 6, f. 7) hükmünde belirtilen şartlarla serbesttir.

Uygulamada, bilgisayar programlarının hukuka aykırı çoğaltılıp yayılmasının önüne geçilmesi adına programların satılması yerine lisans sözleşmesine konu edilmesinin daha koruyucu olduğu düşünülmekte ve uygulamada mali hakları kullanma yetkisi lisans sözleşmeleri ile devredilmektedir³⁶⁷.

2.2.3.3.4.10. Menfaatleri Koruma Sözleşmesi

Eser sahibi ile meslek birlikleri arasında mali hakların üçüncü kişiye devri/lisans verilmesi için eser sahibini temsilen sözleşme yapmak, telif ücretini tahsil için dava açmaya vekalet yetkisini içeren bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme ile eser sahibi mali haklarını kendi adına, üçüncü kişilere devretme veya lisans

dağıtılarak programdan beklenen faydanın elde edilebileceğini, ancak bir holdingin programını yavru ortaklara dağıtamayacağı görüşündedir. Bkz. Tekinalp, s. 210.

³⁶⁶ Dalyan, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukuk'ta Korunması, Ankara, 2009, s. 163.

³⁶⁷ Dalyan, s. 203, dn. 173.

verme, telif ücretini tahsil etme, aksi takdirde dava açma ve takip etme yetkilerini inhisari olarak meslek birliğine devreder³⁶⁸.

2.2.3.4. Sözleşmenin Geçerli Bir Şekilde Kurulup Kurulmadığına İlişkin Uyuşmazlıklar

Öncelikle şekil eksikliği sonuçlarına değinmekte fayda vardır. FSEK m. 52’de öngörülen nitelikli adi yazılı şekil şartı emredici nitelikte olup sözleşmede şekle uyulmaması kesin hükümsüzlük sonucuna yol açar³⁶⁹. Buna göre; sözleşme yapıldığı andan itibaren hüküm doğurmaz, belirli bir sürenin geçmesi veya sonradan icazet verilmesi gibi sebeplerle düzelmez, hükümsüzlük yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re’sen gözetilir.

Nitekim YİBK 30.09.1988 T., E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında “...İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (tarafklar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen göz önüne almak zorundadır.”denilerek bu görüş benimsenmiştir.

Uyuşmazlıklarda sıklıkla şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceği tartışması gündeme gelmektedir.

YİBK T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı kararında da ancak “fevkalade zaruri hallerde” bu yola başvurulacağı vurgulanmaktadır³⁷⁰.

³⁶⁸ Tekinalp, s. 268.

³⁶⁹ Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 137; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.102; Oğuzman / Öz, s.153; Kocayusufpaşaoğlu, s. 310.

³⁷⁰ “Çünkü, nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re’sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2 ncimaddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir.” Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A.

*Oğuzman/Öz'e göre "İki tarafın bilerek, serbestçe borçlarını ifa etmelerinden sonra şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, şekil noksanına hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasten sebep olmuş bulunması, hakkın kötüye kullanıldığının başlıca örnekleridir"*³⁷¹.

*Kocayusufpaşaoğlu'na göre; hakkın kötüye kullanılması yasağı yolu ile şekil eksikliğine dayalı geçersizliğin ortadan kalkmış sayılacağı olgular üç grupta toplanmaktadır*³⁷².

Birinci grupta; her iki taraf da sözleşmeyi tam olarak veya büyük kısmıyla ifa etmiş olduğu haller, ikinci grupta taraflardan birinin borcunu tam olarak ifa ettiği ve fakat diğerinin ifa etmediği durumlar, üçüncü grupta ise her iki tarafça da hiç ifa edilmediği durumlar söz konusudur. Birinci grupta her iki taraf da serbest rızaları ile ve şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi tam olarak veya büyük ölçüde ifa etmiş olmalıdır. Bu durum gerçekleşmiş ise TMK m. 2 f.2'den faydalanmak için başkaca bir şart aranmaz. İkinci grupta ise taraflardan biri şekil eksikliğinin farkına varmamış ve kendisini sözleşme ile bağlı zannederek ifada bulunmuştur ve fakat diğeri karşı edimini ifa etmemiştir. Burada somut olayın özelliklerini incelemek gerekir. Örnek vermek gerekirse; şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin ifa edileceği konusunda karşı taraf nezdinde güven uyandırılması halinde, edimini ifa etmeyen taraf şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzlük itirazını ileri süremez.

Eser sahibinin mali hakların kullanımına rıza göstermesi, mali hakkın kullanımının ileriye yönelik devri sonucunu doğurmaz, sadece sözlü biçimde

B. SCHWARZ'ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: *"Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taalluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır."*(LegalBank Elektronik Hukuk Bankası).

³⁷¹ Oğuzman / Öz, s. 156.

³⁷² Kocayusufpaşaoğlu, s. 317.

verilen izin ile gerçekleşen mali hakkın kullanımının –rıza sınırları dâhilinde- hukuka uygun olduğu sonucunu doğurur³⁷³.

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere, her ne kadar FSEK m. 52’de öngörülen şekil geçerlilik şartı ise de karşılıklı edimlerin ifası halinde sözlü sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK 2’ye aykırı olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, taraflar yükümlülüklerini yerine getirmemişlerse, kural olarak sözleşmenin geçersizliği ileri sürülebilir³⁷⁴.

2.2.4. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar

Fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan uyuşmazlıklarda sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplere şu hallerde rastlanmaktadır.

FSEK’ten doğan uyuşmazlıklarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine FSEK m. 53 ve m. 54’te düzenlenen tekeffül yükümlülüğünde atıf yapıldığı görülmektedir. Mali hakkın mevcut olmaması veya hakkı devretme yetkisi bulunmamasına rağmen devri halinde tasarruf işlemi geçersiz olduğundan tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesi Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77-82) uyarınca gerçekleştirilir.

Öztan, sebepsiz zenginleşme davasıyla, üçüncü şahıstan eserini caiz olmayan şekilde kullanması dolayısıyla eser sahibinin uğradığı zararı talep edilebileceği kanaatindedir³⁷⁵.

Yargıtay Kemal Sunal mirasçılarının ikame ettiği davada, dava konusu filmlerin 1985 ve 1988 yıllarında çekilmiş olması ve o tarihte yürürlükte bulunan FSEK m. 8 uyarınca sinema eseri üzerindeki bütün hakların yapımcıya tanınmış olduğunu dikkate alarak, o tarihte murisin oyunculüğundan dolayı mirasçıların

³⁷³ Yavuz / Alıcı / Merdivan, Cilt 2, s.1647. Aynı görüşteki Küçükali bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Sözleşmenin ihlali ile birlikte hak sahibinin mutlak hakkı da ihlal edildiğinden, haksız fiil ile sözleşmeye aykırılık arasında haklar yarışacak ve hakkı ihlal edilen dilerse haksız fiil hükümlerine, dilerse sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talepte bulunacaktır.” Bkz. Küçükali, s. 100.

³⁷⁴ Gökyayla, Telif Hakkı, s. 219.

³⁷⁵ Öztan, s.6.

korunan haklarının bulunmadığını, tüm hakların yapımcıya ait olduğunu, fakat 4630 sayılı Kanun ile yapımcının bir film üzerindeki hakları kullanmasının icracı sanatçının iznine bağlı kılındığını, filmin yapım yılından sonra yürürlüğe giren FSEK m. 80 hükümleri ile filmde rol alan icracı sanatçılara, eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar tanındığını, ayrıca gerek ek madde ve gerekse geçici maddelerde sinema eserlerinin hak sahipliği dışındaki hükümlerin zaman sınırlaması olmaksızın Türkiye’de üretilmiş bütün eser ve icralara uygulanacağını öngörüldüğünü, davaya konu eserlerin yalnızca sinemada gösterim hakkının devredildiğinin uyuşmazlık konusu olmadığını, taraflar arasındaki devir sözleşmesine aykırı olarak eserlerin TV ve diğer alanlarda kullanımı nedeniyle tazminat talep edebileceğine karar verilmiştir³⁷⁶.

2.3. KAMU HUKUKU KARAKTERLİ UYUŞMAZLIKLAR

FSEK kapsamında öngörülen suçlar ve ceza davaları m. 71-79 hükümleri arasında düzenlenmektedir.

Ceza hukuku uyuşmazlıkları hakkında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uzlaştırma kurumu³⁷⁷ öngörüldüğünden FSEK’te öngörülen ceza davaları bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Burada değinilmesi gereken bir husus şudur: Ceza davaları şikayete tabi olduğundan özel hukuk alanındaki sonuçların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması uzlaştırma kurumuna nazaran daha elverişli olabilir. Gerçekten uzlaştırma, onarıcı adalet ilkesi gereği mağdura fail tarafından bir ödeme yapılması için başvurulmuş bir yoldur. Ancak arabuluculuk sonunda sadece geçmiş zararın tazmini değil taraflar arasında ileriye yönelik iş birliği ilişkisi ihdas edebilir. Bu nedenle uzlaştırmaya tabi bir uyuşmazlık şikayete bağlı suç olduğu sürece tarafın tasarruf serbestisi olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk cephesinin çözümü için arabuluculuk yöntemi de kullanılabilir düşüncesindeyiz.

³⁷⁶ Yargıtay 11. HD, T. 29.05.2012, E. 2010/16404, K. 2012/9213 (Lexpera).

³⁷⁷ Bkz. 3.4.2.2.başlıklı bölüm.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN UYGULANMASI

3.1. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN TARAFLAR VE TOPLUM NEZDİNDEKİ ETKİSİ

İnsanoğlunu diğer canlılardan ayıran en temel özelliklerden biri yaratıcılık kabiliyetidir. Sanat; *“bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık”* olarak tanımlanmaktadır³⁷⁸.

Sanat gibi kendi özerk kuralları doğrultusunda yaşayan ve dışarıdan gelen müdahaleler karşısında özellikle hassas ve zedelenebilir görünen bir alanda çok özel bir korumaya ihtiyaç vardır³⁷⁹. Gerçekten, uygarlıkların en anlamlı göstergelerinden ve toplumların en önemli yaşam damarlarından birisi olan sanat, anayasal düzenlemelerde ele alınması ve hak ettiği değere kavuşturulması gereken bir alandır³⁸⁰. Sanat özgürlüğü 1982 Anayasası m. 27, f.1’de, *“herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip”* olduğu şeklinde hükme bağlanmıştır.

Kişiler için bireysel özgürlük hakkı olan sanat özgürlüğü, aynı zamanda sanat ve devlet ilişkisini düzenleyen ve değer hükmü içeren ilkesel bir temel

³⁷⁸ www.tdk.gov.tr

³⁷⁹ Kanadoğlu, Korkut, “Sanat Özgürlüğü”, Hukuk ve Sanat, (Ünver Yener / Yenerer Çakmut Özlem), 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 25 vd.

³⁸⁰ Çeçen, Anıl, Anayasa ve Sanat, Yeni Dizi, S. 45, 15 Nisan 1982, s. 26 vd.

normdur³⁸¹. Anayasa, devlete sanat ve sanatçının korunması için yükümlülük getirmekte, bu bağlamda sadece sanatçıyı ve sanat eserini değil, aracıyı ve yayımcıyı da korumaktadır³⁸².

Sanatın ticari olarak değerlendirilmesinde, yatırımcının karını maksimize etme bakış açısı ile sanatçının hassas ve kırılgan yönünün ortak bir paydada buluşamaması uyuşmazlıklara davetiye çıkarırken, çözümün taraf iradelerini göz ardı eden mahkemeler nezdinde aranması günümüzün adalet anlayışı ile bağdaşmadığı gibi, tarafları da tatmin etmemektedir.

Bir yandan yetenekli sanatçıların sayısının fazla olmaması, kaynakların sınırlı olması, diğer yandan sanatçı kişiliklerin kırılgan ve hassas yapısı, basın ve rakip yapımcılarla manipüle edilen piyasada, kolaylıkla uyuşmazlıkların doğmasına yol açmaktadır. Her sanatçının hususiyetinin eşi benzeri bulunmaması nedeniyle arz ve talep ikamesinin mümkün olmadığı sanat piyasasında uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü bulunmaz bir fırsat olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, sanatçı, sanatıyla ve yaratımla iştigal etmek yerine mahkeme duvarları arasında hukuki strateji belirlemek veya haklılığının ispatı için katı kurallarla mücadele etmekle zaman ve emek sarf etmemelidir. Üstelik ekonomik yönden zayıf olan bazı sanatçılar açısından bu durum içler acısı bir hal almakta, eserlerinin üçüncü kişiler tarafından sahiplenilmesi veya kullanılmasına engel olunamamaktadır.

Arabuluculuk uyuşmazlığın yapıcı yollardan çözülmesi sanatıdır. Mahkemelerin aksine esnek ve dayatmasıdır, kural olarak gönüllülük esasına tabidir. Arabuluculuk yöntemi sayesinde tarafların uyuşmazlıkları hakkında hümanist, esnek, medeni, yapıcı çözümlere ulaşılması imkan dahilindedir. Zira, sanat yaratıcı çözümler gerektirir; hususiyetin sınırları belirsizdir, görecedir. Hukuk kuralları ise katı ve şekilcidir.

³⁸¹ Kanadoğlu, s. 26.

³⁸² Kanadoğlu, s. 28.

Arabuluculuğun uyuşmazlık çözme kültürü oluşturma becerisinin ortaya konması ve benimsenmesinde, konusu sanat olan uyuşmazlıkların, toplumsal katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Zira sanatçıların taraf olduğu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla gerçekten yapıcı ve sanatın doğasına yakışır biçimde çözümlenmesi, toplum fertleri nezdinde arabuluculuğa ilgiyi ve uyuşmazlık çözümünde taraf hakimiyetine duyulan inancı destekleyecektir. Uyuşmazlıkları bu anlamda da fırsat olarak görüp bireyler arası ve toplumsal ilişkilerin arabuluculuk yöntemi ile yapılandırılması sağlanabilir.

3.2. TÜRK HUKUKUNDA FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

3.2.1. Özel Hukuk Karakterli Uyuşmazlıklar

Fikir ve sanat eserleri hukukunda ikinci bölümde değinilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tümü arabuluculuğa elverişlidir. Zira, eser sahibi ile eseri arasındaki ilişki süreklilik arz eder. Eser üzerindeki mali haklar üzerinde tasarruf niteliği taşıyan mali hak devri veya kullanma yetkisinin devrini içeren yayım sözleşmesi, eser siparişi sözleşmesi, televizyon programı, dizi film yapım sözleşmesi, bilgisayar programı sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi sözleşmelerden doğan edimler genelde sürekli edimlidir. Sözleşmeler ani edimli olsa dahi eser sahibinin manevi hakları varlığını sürdürür ve eser sahibinin eseri ile ilişkisi kesilmez. Ayrıca eseri kullanan karşı tarafın kişiliği de eser sahibi için önemlidir. Fikir ve sanat eserleri hukuku tarafların kişiliğinin, itibarının ve aradaki güven ilişkisinin bu denli önemli olduğu nadir alanlardandır. Örneğin tanınan bir yazar okuyucularına tüm mecralardan ulaşabilmek için itibarlı bir yayınevi ile çalışmak isteyecektir. Reytingi yüksek bir televizyon kanalı, güçlü bir yapımcı ve dolayısıyla tanınan yönetmenler ve ünlü sanatçılarla çalışmak ister.

Sanatçı ile yapımcı, ajans veya menajer arasındaki mesleki ilişkinin devamında tarafların menfaati olduğundan sözleşme sürecinde ortaya çıkan

uyuşmazlıkların gayri resmi bir ortamda ve gönüllülük esası ile çözümü ileriye yönelik avantaj sağlamaktadır.

Sadece sözleşmeden doğan ihlallerin değil, haksız fiilden doğan uyuşmazlıkların da arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuşturulması özellikle FSEK m. 68 ile doğan farazi sözleşme ilişkisinin bu defa rızai zeminde tesis edilmesini sağlar. Eser üzerindeki hakların ihlali halinde varsayımsal sözleşme ilişkisi nedeniyle tarafların birbirini önceden tanıma ve seçme imkanı olmamasına rağmen ihlal sonrası kurulan farazi bir sözleşme ilişkisinin mahkeme dışında arabuluculuk yöntemi ile temellerinin atılması, arabuluculuğun felsefesine bu denli uygun düştüğü nadir uyuşmazlıklardandır. Zira, uyuşmazlıklara yapıcı bir şekilde yaklaşan, hümanist bakış açısıyla değerlendiren ve uyuşmazlıkları mevcut ilişkilerin düzeltilmesi yolunda bir fırsat olarak gören, farklı bakış açılarına saygı duyan ve taraflara şiddetsiz iletişim tekniklerini öğreten arabuluculuk kurumu³⁸³ sayesinde, sanat gibi naif bir alanın dava yoluyla çarpışmadan toplumla paylaşılmasına ön ayak olunur.

Fikri haklardan doğan uyuşmazlıklarda gizliliğin önemi, mahkeme yerine arabulucu yanında buluşmayı avantajlı kılmaktadır. Ancak bazı hallerde de gizlilik ilkesi dezavantaj haline gelebilir³⁸⁴. Örneğin fikri mülkiyet hakları ile ilgili korsanlık ve sahtecilik davalarında, hak sahibi caydırıcı olması açısından davanın ve sonuçlarının kamuoyu ile paylaşılmasını tercih edebilmektedir³⁸⁵.

Tarafsız arabulucunun uyuşmazlık konusunda uzman olması taraflar açısından başlı başına bir güvence olacaktır. Ayrıca mahkeme kararları yasa ile sınırlı çözüm sunabilmekte iken, arabuluculuk faaliyeti esnek olup sonucunda oldukça yaratıcı çözümler bulunabilmektedir.

³⁸³ Keçer Korkmaz, s. 2.

³⁸⁴ Bu noktada HUAK m. 4 uyarınca arabuluculukta gizlilik ilkesinin aksinin kararlaştırılabileceğini de hatırlatmak isteriz.

³⁸⁵ İmamoğlu, Mustafa, Marka Hukukunda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü'ndeki Uygulama Alanı, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık tezi, Ankara, 2014, s. 21.

Corbett, fikri haklardan doğan uyuşmazlık türlerini üç kategoriye ayırmaktadır³⁸⁶. İlk kategoride fikri mülkiyet hakkı sahibi, söz konusu haktan ve hakkın bahşettiği ekonomik menfaatten doğrudan yararlanma hakkını mutlak olarak ileri sürmektedir. İkinci kategoride, taraflardan biri veya her ikisi uyuşmazlığın çözümünü açıklığa kavuşturmayı dilemektedir. Üçüncü kategoride ise her iki tarafın da haktan birlikte yararlanabileceği bir çözüm formülünü bulma konusunda menfaati vardır. **Corbett**'e göre, ilk iki kategoride, hak sahibi karşı taraf ile anlaşma yapmaktan ziyade tekeli hak sahibi olmak ve bundan kar elde etmek ile ilgilenmektedir. Örneğin, internetten izinsiz müzik veya sinema eseri indirmekten doğan uyuşmazlıklar dava yoluyla çözüme elverişlidir. Şüphesiz uyuşmazlığın taraflarına göre de durum değişebilir, örneğin bir müzik eseri sahibi ile kullanıcı arabuluculuk yöntemine başvurabilirken, yapımcı, kullanıcıya karşı dava yoluna gitmeyi tercih edecektir. İlk iki kategoride, arabulucuya başvurmakta gizlilik avantajının bir önemi kalmamıştır. Ayrıca, bu tip durumlara özgü arabuluculuk anlaşması ileriye yönelik ihlallerde caydırıcı olmayacak, kolaylıkla ihlal edilebilecektir. Kaldı ki, yapımcı şirketin anlaşmakta menfaati yoktur. Yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözümü sayesinde sadece ileriye yönelik ihlallere karşı kesin hüküm veya emsal hüküm elde etmek ve kar kaybını önlemek istemektedir. Hakkı ihlal eden bir kullanıcı aleyhine elde ettiği mahkeme kararı diğer korsan kullanıcılara karşı da caydırıcı olacaktır. Açıklanan nedenlerle ilk kategoride uyuşmazlığın dava yoluyla çözümü hak sahibi için en elverişli olanıdır. İkinci kategoride bir patentin geçerliliği veya bir çalışmanın eser niteliğinin olup olmadığı gibi uyuşmazlıklarda, “eser” niteliği veya patentin tescil edilebilirlik koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği emredici hükümler ile belirlendiğinden ve kamu düzenine ilişkin olduğundan, arabulucu veya tarafların serbestçe tasarruf edebileceği bir alan olmaması sebebiyle arabuluculuk yöntemi ile çözüme elverişli değildir. Üçüncü kategori ise, tarafların belli oranda katkısı bulunan buluş veya eser sahipliğine dair uyuşmazlıklar arabuluculuğa en elverişli olan uyuşmazlıklardır. Ayrıca genelde bu türden uyuşmazlıklarda taraflar aynı sosyal

³⁸⁶ Corbett, Susan, “Mediation of Intellectual Property Disputes: A Critical Analysis”, New Zealand Business Law Quarterly, Volume 17, March 2011, s. 51-67.

ve entelektüel düzeydedir. Tek istisnası; işçinin keşfettiği patent veya yarattığı eser ile işveren arasındaki hak sahipliğinden doğan uyuşmazlıklarda taraflar arasında güç dengesi bulunduğunu söylemek güçtür.

3.2.2. Kamu Hukuku Karakterli Uyuşmazlıklar

Fikir ve sanat eserleri hukukundan kaynaklanan ceza davaları kamu hukuku karakteri nedeniyle arabuluculuktan ziyade uzlaştırma kurumunun alanına girer³⁸⁷. Ancak şikayete tabi suçlar hakkında esasen mağdur tarafın şikayet hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği gözetildiğinde, suç nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini gibi ihlalin özel hukuk alanında doğurduğu etkilerin bertaraf edilmesi, arabuluculuk sözleşmesi ile sağlanabilir. Bir başka deyişle arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar arasında uzlaştırma kapsamından daha geniş kapsamlı düzenlemeler yapılabilir.

3.3. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan uyuşmazlıklar, dava yoluyla veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak sona erdirilebilir. Her yöntem, amaç ve usul bakımından temel anlayış farklıları taşımaktadır. Gerek çatışmacı gerekse barışçıl yöntemlerin, kendine özgü avantajları ve dezavantajları bulunmakta olup başta tarafların tercihleri ve somut olayın özellikleri uyuşmazlık çözüm yöntemi seçiminde belirleyici olmaktadır. Açıklanan nedenlerle, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında ideal bir uyuşmazlık çözüm yönteminin belirlenmesi mümkün değildir. Bu başlık altında çeşitli yöntemlerin birbirleriyle karşılaştırılmasına ve bazı uyuşmazlıklar için daha avantajlı olduğu tecrübe edilmiş yöntemlere değinilecektir.

³⁸⁷ Bkz. 3.4.2.2. başlıklı bölüm.

3.3.1. Çatışmacı Yöntemlerle Karşılaştırma

Çatışmacı yöntemler bireysel davalar ve çekişmesiz yargı işleri ile topluluk davaları olarak iki başlık altında incelenecektir.

3.3.1.1. Bireysel Hukukî Koruma Sağlayan Yöntemler

Bireysel hukuki koruma sağlayan yöntemler dava ve çekişmesiz yargı işleri ile geçici hukuki korumadır.

3.3.1.1.1. Dava ve Çekişmesiz Yargı İşleri

Usul hukukunun amacı hakların korunmasıdır³⁸⁸. Mahkemeler genel, objektif, soyut normları somut uyuşmazlığa uygulayarak çözüme ulaşırken arabuluculukta taraflar arasında menfaat dengesi esas alınarak varılan anlaşmanın kanunun çözümüne uyması şart değildir³⁸⁹. Yargılama yönteminde amaç uyuşmazlığın sona erdirilmesidir³⁹⁰. Bu esnada hangi tarafın haklı olduğu, hukuki normları ve delillere göre değerlendirilir. Yargılama mahkemeyi ikna etme esasına dayanır. Hâkim yasanın öngördüğü ihtimallere göre karar vermek zorundadır. Üst mahkeme kararları dikkate alınır. Yargılama kural olarak alenidir. Süreç resmidir. Taraflar mahkeme salonunda karşılıklı iletişim kuramaz. Hakim ile iletişim kurmalarına da belirli usuller dahilinde ve sınırlı olarak imkan tanınır. Yargılama kuralları önceden kanunla belirlenmiştir. Yargılamanın tüm aktörleri gerek maddi hukuk gerekse usul hukuku yönünden yasanın öngördüğü hüküm ve kurallar ile bağlıdır. Hakim uyuşmazlık hakkında tarafları bağlayıcı bir karar verir ve cebri icra yoluyla karar uygulanır. Yargılamanın olumlu yönleri, kanunların genel iradeyi yansıtmaları, kamuoyunun denetimine tabi olması, herkes için genel geçer kurallar koymaları, caydırıcılık etkisinin bulunması, yargılama yöntemlerinin kamuya açık, aleni oluşu, yargılamanın biçimselliğinin keyfiliği önlemesi ve yargılamanın uzun vadeli de olsa bir çözüm garantisinin olmasıdır³⁹¹. Olumsuz

³⁸⁸ Üstündağ s. 2; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 5.

³⁸⁹ Postacıoğlu / Altay, s. 1060.

³⁹⁰ Bilge / Önen, s. 2.

³⁹¹ Ildır, s. 55-57.

yönleri ise, herkes için objektif olarak konulan kuralların karmaşık ve önceden öngörülemeyen uyuşmazlıklara uygulanmasının somut olayı çözmeye elverişli olmaması, husumet ve mücadeleye dayalı yargılama yönteminin ilişkiler üzerinde yıkıcı etkisinin olması, resmi dil nedeniyle avukata ihtiyaç duyulması, yargılama maliyetlerinin yüksek olması, hakimlerin uyuşmazlık özelinde uzmanlığı olmamasıdır³⁹².

Arabuluculuk yönteminde, çözüm arayışı vardır. Kanuna değil olaya bağlılık söz konusudur, sorunlarla kişiler ve kişisel yaklaşımlar ayrılır. Tarafların hukuki ve kişisel durumundan ziyade menfaatlerine odaklanılır. Farklı çözüm yollarının araştırılması ve yaratıcı çözüm seçeneklerinin geliştirilmesi mümkündür. Tarafların üzerinde uzlaştıkları hususlar göre çözüm aramak esastır. Arabuluculuk süreci boyunca ve sonunda varılan mutabakat metninde taraf hakimiyeti söz konusudur. Taraflar arasındaki ortak menfaatler dengesi korunur. Uzlaşma zeminine varılması için ortak ihtiyaçlar ve beklentiler, maddi ve manevi çıkarlar vurgulanır. Gizlilik ve güvenilirlik çözüme ulaşmada önemlidir³⁹³. Tarafları dinleme ve uzlaştırma tekniği kullanılır. Farklı bakış açıları ön plana çıkar.

Arabulucunun rolü taraflar arasındaki müzakere sürecini sistematik tekniklerle yöneterek anlaşmalarını sağlamaktır.³⁹⁴

Çekişmesiz yargı işleri ise arabuluculuğun konusunu oluşturmaz. Zira, çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farkı belirten en önemli ölçü, ihtilaf (çekişme) yokluğu kıstasıdır (HMK m. 382 f. 1, a bendi)³⁹⁵. Buna göre çekişmeli yargı, bir çekişme, uyuşmazlık, iddia ve karşı iddia hakkında karar

³⁹² Ildır, s. 57-58.

³⁹³ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2816.

³⁹⁴ Postacıoğlu / Altay, s. 1060.

³⁹⁵ Üstündağ, s. 33; Bilge / Önen, s. 28; Kuru, Ders Kitabı s. 649; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 51; Postacıoğlu / Altay, s. 27.

yerilmesi talebi ile açılan davalarla meşgul olmasına karşın; çekişmesiz yargıya tabi işlerde ilgililer arasında kural olarak bir uyuşmazlık yoktur³⁹⁶.

3.3.1.1.2. Geçici Hukukî Koruma

Erişir, geçici hukuki korumayı “Gecikmesinde tehlike olan bir halin engellenmesi ya da durdurulması amacıyla; iddia edilen talebe hukuki dinlenilme hakkının ertelenmesi yolu açılarak prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilerek geçici olarak yürürlük kazandıran; karşı tarafın menfaatlerini çeşitli usuli araçlarla dengeleyen; ivedi bir yargısal hukuki korumadır” şeklinde ifade etmektedir³⁹⁷.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere geçici hukuki koruma bir hakkın elde edilmesinin zorlaşmasının veya imkansız hale gelmesinin önlenmesi için taraflarca başvurulabilen ancak yargı makamlarının basit ve hızlı şekilde karar verdikleri, zorlayıcı ve bağlayıcı, hakkın ve tehlikenin varlığı bakımından yaklaşık ispat seviyesinin yeterli kabul edildiği geçici kararlardır³⁹⁸.

Geçici hukuki koruma, uyuşmazlık konusu üzerinde çoğu zaman teminat işlevi görürken³⁹⁹, arabuluculuk ise uyuşmazlık çözüm yoludur.

Geçici hukuki koruma kararlarından ihtiyati tedbir; davacının davayı kazanması hâlinde dava konusu mala kavuşmasını dava sırasında, hatta davadan önce, emniyet altına almaya yarayan tedbirlerdir⁴⁰⁰. İhtiyati tedbirin koşullarını da (HMK m. 389) içeren bir diğer tanımda ise “İhtiyatî tedbir; maddî hukuk talebinin ve gecikmesinde tehlike olan bir hâlin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi koşuluyla; gerektiğinde karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı ertelenerek; para alacağı dışında kalan taleplerin güvence altına alınmasına;

³⁹⁶ Yargıtay HGK, T. 14.12.2005, E. 2005/12-693, K. 2005/1726 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T. 10.12.2003, E. 2003/15-759, K. 2003/1755 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹⁷ Erişir, s. 5.

³⁹⁸ Özekes, Pekcanıtez Usul, s. 2437.

³⁹⁹ Bilge / Önen, s. 368.

⁴⁰⁰ Kuru, Cilt 4, s. 4290; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 405.

istisnaen bütün taleplerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden geçici bir hukukî korumadır.” şeklinde ifade edilmektedir⁴⁰¹.

İhtiyati tedbir kararı verilmesi için yaklaşık ispat yeterli kabul edilmekte (HMK m. 390 f.3) ve genellikle karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı ertelenmektedir⁴⁰². İspat ölçüsünün "tam ispat" düzeyinde olmayıp, maddi hakkı muhtemel gösteren ispat şekline "yaklaşık ispat" veya "hakka yakınlık kanıtı" denilmektedir⁴⁰³.

İhtiyati tedbir talebi sonrasında asıl davanın iki hafta içinde açılması ve dava açıldığına ilişkin belgenin dosyaya ibrazı şarttır, aksi takdirde tedbir kendiliğinden ortadan kalkar (HMK m. 397). Tamamlayıcı merasim olarak adlandırılan bu işlemin icra ve iflas hukukundaki görünümü, ihtiyati hacizlerde, yedi gün içinde icra takibinin açılması zorunluluğu şeklindedir (İİK m. 264).

Hukuki dinlenilme hakkının dahi ertelendiği istisnai hallerden biri olan geçici hukuki koruma talebi öncesinde arabuluculuğa başvuru işin niteliği icabı olası değildir. Ancak tamamlayıcı merasim öncesindeki iki haftalık ve yedi günlük kısa süre içinde arabulucuya başvurmak ve uyuşmazlığı asıl davayı açmadan önce arabuluculuk yoluyla çözmek için taraflar bir araya gelebilir. Bu halde zamanaşımı, tedbire itiraz ve kanun yoluna başvurma süreleri durur (HUAK m.18A f. 16)⁴⁰⁴.

3.3.1.1.3. Tahkim

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle çözümü tahkim

⁴⁰¹ Erişir, s. 137.

⁴⁰² Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 410.

⁴⁰³ Postacıoğlu / Altay, s. 564.

⁴⁰⁴ Pekcanıtez, usul hukukunda sürelerin kolay ve anlaşılır olması gerektiğini özellikle bu kadar kısa sürelerin yanlış hesabı halinde hak kaybı meydana geleceğinden dava şartı arabuluculuk uygulamasında zamanaşımının durması konusunda özel düzenleme yapılması gerektiği kanaatindedir. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, s.143.

olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁵. **Akıncı**'ya göre; “*Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır.*”⁴⁰⁶

Hakem, uyuşmazlığı yargılama yaparak çözer. Yani tahkim özel bir yargı faaliyetidir, ancak tahkim yargılaması devlet tarafından denetlenir. Hakem kararları kesin hüküm oluşturur ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilir. Tahkim HMK m. 404 ila 444 arasında düzenlenmiştir. Tahkim sözleşme yoluyla tarafların serbest iradeleriyle kararlaştırdıkları bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁴⁰⁷. Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda baskın görüş usuli bir sözleşme olduğu yönündedir⁴⁰⁸.

Tahkimin arabuluculuktan farkı, tahkimde bir yargılamanın yapılması, hakemlerin verdiği kararların bağlayıcı olmasıdır⁴⁰⁹. Ancak, arabuluculukta yargılama değil müzakere vardır, süreç tarafların hakimiyetinde ilerler ve arabulucunun karar verme yetkisi yoktur⁴¹⁰.

Arabuluculuk alternatif çözüm yolu iken, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözümü olup olmadığı tartışmalıdır. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, tahkimin yargısal yönünün ağır basması, tarafların haklılığına göre değerlendirme yapılması, hakemlerin bağlayıcı ve icra edilebilir bir karar vermesi, taraflardan birinin tahkime başvurması halinde iki taraf birden istemedikçe tahkim yargılamasından

⁴⁰⁵ Pekcanitez / Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2593; Kuru, Cilt 6, s. 5875; Üstündağ, s. 933 vd.; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 595; Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1979, s. 349; Bilge / Önen, s. 741 vd.

⁴⁰⁶ Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 23.

⁴⁰⁷ İrade serbestisinin kanunun açık veya zımni olarak izin verdiği hallerde usul hukukunda da geçerli olduğunu belirten Üstündağ, tahkimin taraflar arasındaki ihtilafın hakemler yoluyla çözümü konusunda yaptıkları anlaşma uyarınca ihtilaf hakkında karar verme gücünü devletin mahkemelerinden alarak özel şahıslara devrettiğini, böylece yargılamaya nazaran sürat, merasimden uzaklık, kolaylık, paradan ve zamandan tasarruf ve gizlilik avantajlarının elde edildiğini vurgulamaktadır., s.934. Aynı serbesti ve avantajlar arabuluculuk için de geçerlidir.

⁴⁰⁸ Pekcanitez / Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2597; Üstündağ, s. 935; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 599. Aksi yönde Postacıoğlu / Altay, s. 1027.

⁴⁰⁹ Tahkimin niteliği hakkında bkz. Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 596.

⁴¹⁰ Postacıoğlu / Altay, s. 1061.

vazgeçme imkanı bulunmaması söz konusu olduğundan alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olmadığını savunmaktadır⁴¹¹.

Özbek, tahkim usulünde hakemlerin taraflarca seçilmesi ve hakemlerin organik anlamda yargısal bir faaliyette bulunmaması nedeniyle tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olduğu kanaatindedir⁴¹². Yazar, HMK m. 432 uyarınca delilleri toplama yetkisinin mahkemelere tanındığını, hakemlerin üçüncü kişilere emretme, delilleri toplama yetkisi bulunmadığını, yemin icrası, yeminli tanık dinletme vb işlemlerin ancak mahkemeye başvuru⁴¹³ ile yapılabileceğine, hakemlerin yargısal işlemleri doğrudan yapması mümkün olmadığından tahkimin alternatif uyuşmazlık çözümü olduğuna değinmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tahkimin yargı yolu olmadığını kabul etmektedir⁴¹⁴.

Kanaatimizce, tahkimin gönüllülük ve gizlilik esasına tabi olması, tahkim kurallarını tarafların belirleyebilmesi, daha esnek usule tabi olması, daha kısa sürmesi ve uzman hakemlerin seçilebilmesi nedenleriyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındandır.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) uygulanır. MTK'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK m. 407-444 hükümleri uygulanır.

⁴¹¹ Pekcanitez / Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2600 vd. Aynı görüşte Akıncı, Ziya, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER, 1996/4, s. 100; İldır, s. 27, 60.

⁴¹² Özbek, s. 188 vd.

⁴¹³ HMK m. 410 uyarınca “Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.”

⁴¹⁴ Yargıtay HGK, T. 25.01.2006, 2005/15-728, 2006/1 (Lexpera). Hakemlerin direnme kararı veremeyeceği yönünde YİBK 23.10.1972 1972/2 E., 1972/12 K, hakem heyetlerinin dar ve teknik anlamda mahkeme olarak değerlendirilemeyeceği ve tüketici hakem heyeti önünde anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hakkında Anayasa Mahkemesi 31.05.2007, 53/61 (RG 27.12.2007 T, 26739 sayı). Tüketici hakem heyeti bir tahkim yargılaması yapmaz. Hakem heyetindeki uyuşmazlık çözümü kamusal bir ADR'dir.

Tahkim türleri kurumsal ve ad hoc (geçici) tahkim olarak ikiye ayrılmaktadır. Kurumsal tahkim, bir tahkim kuruluşunun idaresinde, önceden düzenlenen kurallara göre yürütülen tahkim faaliyetidir⁴¹⁵. Taraf iradeleri ile sözleşmede düzenlenmemiş hususlar, bu kurumun kurallarına göre yürütülür⁴¹⁶.

Türkiye’de İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM), İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), İstanbul Sanayi Odası (ISO), Türkiye Odalar Borsalar Birliği (TOBB) tahkimi kurumsal tahkim için örnek gösterilebilir.

Ad-hoc tahkim türünde ise taraflar, herhangi bir tahkim kurumuna tabi olmaksızın, hakem veya hakem kuruluşunun oluşumunu kendileri belirler. Taraflar arasındaki belirli bir olaya ilişkin olarak vücuda getirildiğinden, bu tür tahkim ad-hoc (arizi, geçici, atanmış) tahkim denilmektedir. Özellikle gizliliğin önem taşıdığı uyuşmazlıklarda ad hoc tahkimin kurumsal tahkime nazaran tercih edildiği görülmektedir⁴¹⁷. Günümüzde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) ad-hoc tahkim kuralları bu tür tahkim anlaşmalarında sıkça seçilmekte olup, tarafların belirlemediği hukuki alanlar bu kurallar tarafından belirlenmektedir.

3.3.1.2. Kolektif Hukukî Koruma Sağlayan Yöntemlerle Karşılaştırma

Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması dava şartıdır (HMK m. 114, f. 1, h). Medeni usul hukukunun amacı sadece tarafların sübjektif

⁴¹⁵ Pekcanitez / Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2610.

⁴¹⁶ Kurumsal tahkimin avantajları kurumun belirlediği tahkim şartını kabul etmekle tahkim kurallarına atıf yapılması ve kurumun saygınlığının hakem kararının icrasına olumlu etki yaratmasıdır. Bkz. Pekcanitez, Cilt 3, s. 2612. Uluslararası tahkim kurumları arasında en çok bilinenleri; Uluslar arası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization - WIPO), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (The London Court of International Arbitration -LCIA)ve Amerikan Tahkim Kurumu’dur (American Arbitration Association -AAA), Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi (Vienna International Arbitration Centre) tahkimi, İsviçre Odalar Tahkim Kurumu (Swiss Chambers’ Arbitration Institution) tahkimi, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi (Stockholm Chamber of Commerce ArbitrationInstitution) tahkimi, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (Singapore International ArbitrationCentre) tahkimi olarak sayılabilir.

⁴¹⁷ Kurumsal tahkim ile ad hoc tahkim arasındaki farklar için bkz. Pekcanitez / Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2612 vd. Hukukumuzda tahkim yoluna başvurunun zorunlu olduğu düzenlemeler için bkz. Pekcanitez / Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2614 vd.

menfaatlerinin korunmasına hizmet etmek değildir. Genel menfaatlerin korunması amacıyla ilk kez 6100 sayılı HMK ile usul hukukumuzda topluluk davası açma imkanı getirilmiştir⁴¹⁸. Topluluk davasında, dava açmaya yetkili olan tüzel kişiliği haiz bir dernek, meslek birliği, sivil toplum kuruluşu, üyelerinin menfaatlerini korumak amacıyla dava açmaktadır⁴¹⁹.

HMK m. 113 uyarınca, topluluk davası açmak, birtakım şartlara bağlanmıştır. İlk olarak, bu davaları sadece tüzel kişiler açabilir, gerçek kişiler ya da tüzel kişiliği olmayan topluluklar açamaz. Diğer bir şart, tüzel kişilerin statülerinde davaya konu edilecek menfaatin korunması amacı belirtilmiş olmalıdır⁴²⁰. Son olarak topluluk davasında, sadece ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırılığın giderilmesi ve ilgililerin haklarının gelecekte ihlâl edilmesinin önlenmesi talepleri ileri sürülebilir, tazminat talep edilemez. Topluluk davasında hukuki yararın varlığı ihlalin birden fazla kişinin oluşturduğu topluluğun menfaatlerinin ihlalinde ortaya çıkar⁴²¹. Bununla birlikte topluluğun üyelerinin tamamının kişisel menfaatlerinin zarar görmüş olması aranmaz⁴²².

⁴¹⁸ Özbay İbrahim, Grup Davaları, Ankara, 2009 s. 34,

⁴¹⁹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 28. Nitekim, HMK m. 113'ün gerekçesinde, "topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması'nın amaçlandığı belirtilmektedir. Ayrıca bkz. Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara, 2009, s.192 vd.

⁴²⁰ Yargıtay baroların adliyedeki baz istasyonlarının kaldırılması için açtığı topluluk davalarını kuruluş amaçlarının avukatlık mesleğini geliştirmesi olduğu, Baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda aktif dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. Yargıtay 14. HD, T. 10.05.2013, E. 2013/5359, K. 2013/7140; Yargıtay 14. HD, T. 22.03.2013, E. 2013/1000, K. 2013/4361 (Lexpera). Anılan kararda Yargıtay'ın aktif dava ehliyeti yokluğu gerekçesine hatalı olarak değindiği, esasen hukuki yarar yokluğundan davanın reddedilmesi gerektiği kanaatinde bkz. Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1102.

⁴²¹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1100. **Dişel**, tüzel kişinin amaç ve faaliyetlerine uygun dava açmasından anlaşılması gerekenin, tüzel kişi hangi amaç için kurulmuşsa bu amaç doğrultusunda topluluk davası açabilmesi olduğunu, sadece üyelerinin ya da mensuplarının menfaatlerini korumak gayesiyle, amacının tamamen dışında bir dava açması halinde, davanın usulden reddedileceğini, ayrıca, derneğin açtığı davanın tüzüğüne uygun olarak kabul edilmesi için, üyelerin tamamının ya da en azından çoğunluğu için hukukî yollara başvurmalarının zorunlu olmadığını, derneğin tek bir üyeye sınırladığı bir dava da şayet üyelerin tamamı veya çoğunluğunun çıkarlarını takip etme amacına hizmet ediyorsa davacının davayı açmasında hukukî yararı bulunduğunu belirtmektedir. Dişel, Buse, "Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin Statüleri Çerçevesinde Açtığı Topluluk Davaları", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir, 2015, s. 1823-1855.

⁴²² Hanağası, s. 205.

Ortak menfaatlerin ihlali halinde bireysel davaların açılması usul ekonomisine de aykırıdır⁴²³. Topluluk davaları özellikle tüketici hukuku, haksız rekabet hukuku, sendikalar hukuku ve çevre hukuku gibi alanlarda topluluğa yönelik ihlallere karşı gündeme gelmektedir⁴²⁴.

Arabuluculuk taraf menfaatlerine odaklanmıştır. Bu anlamda bireysel dava yöntemine bir alternatiftir. Ancak topluluk davasına konu edilebilecek uyuşmazlıklarda da arabuluculuk yöntemi tercih edilebilir⁴²⁵. Örneğin bir çevre koruma derneği, üyelerinin sağlığını tehdit eden yakındaki bir fabrikanın gerekli önlemleri alması için topluluk davası ikame etme yerine arabuluculuk yöntemine başvurabilir. Böylece arabuluculuğun gizlilik ilkesi çerçevesinde işletmenin itibarı sarsılmadan ve basına yansımadan barışçıl yollarla fabrikanın yarattığı kirliliğe engel olacak arıtma tesisi kurma gibi çözümler getirilebilir. Tarafların ikiden fazla olduğu uyuşmazlıklarda grup arabuluculuğu gündeme gelebilir. Örneğin genel sağlık hizmetinden sorumlu belediye ve çeşitli sivil toplum kuruluşları ile kolektif hak ihlaline yol açan gerçek veya tüzel kişilere karşı topluluk davası ile elde edilmek istenen sonuca grup arabuluculuğu ile ulaşılabilir.

Grup arabuluculuğu, çatışma taraflarının ikiden daha fazla olduğu ihtilaflara dairdir. Üç kişiden başlayarak çok geniş gruplar için uygulanabilir. Okullar, kurumsal şirketler, bürokrasiye bağlı işletmeler, kalabalık aileler, sosyal çevre, iş ortaklıkları bu başlık altında arabuluculuğun uygulanacağı gruplardır. Grup arabuluculuğuna özgü başlık belirleme, düşünce barometresi, problem üçgeni, oylama, beyin fırtınası, akvaryum, tedbir önlem planı metodu vb teknikler kullanılarak yaratıcı ve yapıcı çözümlere ulaşılabilir⁴²⁶.

Fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklarda meslek birliklerinin topluluk davası açmakta hukuki yararı bulunmaktadır. Arabuluculuk yöntemi sayesinde özellikle izinsiz eser kullanımlarının lisanslanması amacıyla taraflar

⁴²³ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1099.

⁴²⁴ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1104.

⁴²⁵ Topluluk davalarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması hakkında bkz. Özbay, s. 159.

⁴²⁶ Bkz. 3.6.3. başlıklı bölüm.

arasında ileriye yönelik yapıcı ilişkilerin kurulması sağlanabilir. Örneğin müzik meslek birlikleri ile turizm oteller ve acenteler birliği arasında umuma açık mahallerden oteller içinde yayınlanan müzik eserlerinin telif bedellerinin tahsili ve yıllık lisans sözleşmeleri imzalanması topluluk davası yolu yerine grup arabuluculuğu yoluyla uzlaşma sağlanabilir.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda topluluk davalarının, meslek birlikleri tarafından açılması gündeme gelebilir. Tüzel kişiliği haiz olan meslek birliklerinin amacı üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun (FSEK) ile tanınmış hakların idaresini ve takibini sağlamaktır (FSEK m. 42 f.1). Hükümde belirtilen hallerin gerçekleşmesi halinde ve yine maddede belirtilen esaslar dahilinde fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde kurulan Meslek Birliklerinin, topluluk davası açmalarında yasal hiçbir sakınca yoktur⁴²⁷.

3.3.2. İşbirliğine Dayalı Yöntemlerle Karşılaştırma

3.3.2.1. Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Av. K. m. 35/A)

1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35/A avukatın uzlaşma yetkisini düzenlemektedir. Avukatın özen borcu gereği müvekkiline ulaşmak istediği amaca en uygun ve makul yolu gösterme, bu kapsamda sulh ve uzlaşma ihtimali hakkında da aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır (Av.K. m.34)⁴²⁸.

Uzlaşma sağlama başlıklı m. 35/A uyarınca; *avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafa uzlaşmaya davet edebilirler.*”

Avukat uzlaşma yetkisini müzakere yoluyla gerçekleştirir. Uzlaşmaya davet etme yetkisi arabulucu yerine avukata aittir.

⁴²⁷ Şahin, Mustafa, “Umuma Açık Mahallerde Eser, İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanılmasına ve/veya İletilmesine İlişkin Hükümler Çerçevesinde Meslek Birliklerinin Durumu (FSEK m. 41)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, 2015, s. 293-304.

⁴²⁸ Özbek, s. 874.

Arabuluculuk yöntemi ile benzer şekilde, uzlaşma süreci de iradilik, eşitlik (USY m. 5) gizlilik esasına göre yürütülecektir (USY m. 6).

Uyuşmazlığın çözümünde Av. K. m. 35A anlamında uzlaşma sağlamanın yerinde olup olmadığının denetimi avukatların müvekkilleri ile birlikte yapacağı karar ağacı analizine göre anlaşılabilir⁴²⁹. Buna göre; müvekkilin beklentileri, ihtiyaçlarının aciliyeti, duygusal etkenler, kaybetme riskini göze alıp almadığına dair görüşleri ile avukatın muhtemel davayı kazanma kaybetme ihtimali, davanın kısmen kabulü ve karşılık dava açılması ihtimali, yargılamanın kanun yolları ile beraber süresi, yargılama giderlerine yönelik hesaplamaları, ilamın icra kabiliyeti verileri birleştirilip değerlendirilir ve böylece uzlaşma ile elde edilebilecek edimlerin müvekkilin menfaatlerine uygun düşüp düşmeyeceği anlaşılır⁴³⁰.

Uzlaşma görüşmeleri esnasında avukatlara çözüm önerisi getirebilme, uzlaşma konusunda müvekkili özendirme yükümlülüğü bulunmaktadır (USY m.10). Böylece Avukatlık Kanunu m. 2’de belirtilen amaçların da birlikte değerlendirilmesiyle avukatların anlaşmazlıkları çözme ve müzakere etme işlevlerinin geliştirildiği, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında avukatların etkinliğinin artırılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır⁴³¹.

Uzlaşma gönüllülük esasına dayalıdır. Uzlaşma daveti karşı tarafa yazılı olarak bildirilir (USY m.12). Uzlaşma davetini alan taraf iki hafta içinde cevap vermediği takdirde davet reddedilmiş sayılır (USY m.13).

Uzlaşma oturumlarında belge düzenleme yükümlülüğü (USY m. 11), uzlaşma görüşmelerinde uygulanan esaslar (USY m. 14) gayri resmi ortamda bir araya gelme, usulün esnek olması yönünden arabuluculuk yönteminin sağladığı kolaylıkları sağlamaktadır. Uzlaşmanın amacı da kısa sürede ve en az masrafla uyuşmazlıkları çözümüdür (USY m.1).

⁴²⁹ Demir, s. 234 vd.

⁴³⁰ Demir, s. 236.

⁴³¹ Özbek, s.877.

Arabuluculuk sonucu varılan anlaşmanın ilam niteliğini haiz olması için icra edilebilirlik şerhi alınması gerekirken, uzlaşma sonucu varılan anlaşma belgesi İİK m. 38 hükmüne göre ilam niteliğindedir. Anlaşma belgesinin içeriği cebri icraya elverişli olmalıdır.

Tarafların iddia ve savunmalarının kısa özeti, uzlaşma sonunda varılan mutabakat ve tarafların yükümlülüklerinin açıklanması, taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların sıra numarası altında birer birer, açık, kuşku ve duraksama yaratmayacak şekilde gösterilmesi ve USY m. 15'te yazılı diğer hususların anlaşma belgesinde belirtilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle uzlaşma sonucu düzenlenecek belgenin şekli konusunda bağlayıcılık söz konusu olup, arabuluculuk anlaşma tutanağındaki gibi düzenleme serbestisi yoktur⁴³².

Arabuluculuğa yargılamanın her aşamasında başvurulabilirken, uzlaşmaya ön inceleme duruşmasına kadar başvurulabilir. Arabuluculuk sürecinin başlamasıyla zamanaşımı durmakta iken, uzlaşma sürecinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Son olarak arabuluculuk anlaşması mahkeme dışı sulh niteliğindeyken, **Özbek** uzlaşma taraf vekillerinin katılımı ile gerçekleştirildiğinden, gerçekleşme zamanı, unsurları ve geçerlilik şartları açısından, uzlaşma tutanağının mahkeme dışı sulhten daha geniş nitelikte olduğunu ve tam anlamıyla mahkeme dışı sulh olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindedir⁴³³. Demir, uzlaşma tutanağının mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğunu düşünmektedir⁴³⁴.

3.3.2.2. Uzlaştırma

Uzlaştırma kurumu onarıcı adalet anlayışının gerçekleştirilmesi amacıyla mağdurun zararının giderilmesi ve failin işlediği suçun sorumluluğunu üstlenmesi amacıyla sürece toplumun katılımının sağlanması amacıyla esnek ve gönüllülük

⁴³² Özbek, s. 883; Demir s. 178 vd.

⁴³³ Özbek, s. 885. Arabuluculuk ile uzlaşma sağlamanın karşılaştırılması için bkz. Demir, s. 59 vd.

⁴³⁴ Demir, s. 175. Sulh ile uzlaşmanın karşılaştırılması için bkz. Demir, s. 171 vd.

esasına dayalı bir yöntemdir⁴³⁵. Suçtan zarar görenin devlet olarak kabul edildiği ceza adaletinde temel amaç faillerin cezalandırılması iken, onarıcı adalet anlayışında ise mağdurun ihtiyaçlarının fail tarafından giderilmesi ve failin topluma kazandırılması söz konusudur⁴³⁶.

Uzlaştırma CMK m. 253 ila 255 arasında düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nde (CMUY)⁴³⁷uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade etmektedir (CMUY m. 4/ k).

Uzlaştırma yoluna ceza uyuşmazlıklarında, ancak CMK m. 253'te yazılı çoğu şikayete bağlı suçlar bakımından başvurulabilir. Arabuluculuk yoluna ise tarafların serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıklarında başvurulur. Uzlaştırmada mağdurun tatmin edilmesi amaçlanmakta iken, arabuluculukta tarafların birlikte kazanabileceği çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olmasına benzer şekilde, CMK m. 254 uyarınca, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253.maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir.

Gerek uzlaştırmacı gerekse arabulucu taraflara çözüm önerisi getirebilir. Arabuluculukta geleceğe yönelik yapıcı ilişkiler kurma gayreti gösterilirken, uzlaştırmada geçmişte işlenen bir suçtan kaynaklanan zararın giderilmesi hedeflenmektedir. Bu anlamda arabuluculuk taraf menfaatlerine odaklanırken, uzlaştırma haklılık-haksızlık kavramları ve dava sürecine odaklıdır. Dolayısıyla uzlaştırma sürecinde uzlaşma seçenekleri daha sınırlı çoğu kez maddi ve manevi tazminat ödenmesi veya topluma faydalı bir işte çalışmak vb. iken (CMUY m. 33)

⁴³⁵ Özbek, s. 900.

⁴³⁶ Özbek, s. 899-901.

⁴³⁷ Resmi Gazete Tarihi: 05.08.2017 Resmi Gazete Sayısı: 30145.

arabuluculukta çözüm önerileri daha çeşitlidir. Gerek arabulucuların gerekse uzlaştırmacıların eğitim alması zorunludur. Arabulucuların hukuk fakültesi mezun olma ve meslekte en az 5 yıl deneyim sahibi olma şartları bulunmaktadır. Uzlaştırmacıların ise hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğu yoktur.

Fikir ve sanat eserlerinden doğan ceza davaları şikayete tabi (FSEK m. 75) olduğundan uzlaştırmaya başvurulması gerekmektedir⁴³⁸.

3.4. FİKRİ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN, SINAI HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Bu başlık altında Türk hukukunda gerek fikri gerekse sınai mülkiyet hakları ihlallerinden doğan zarar miktarının tespitinin çok zor olması, yargılamanın uzun sürmesi ve uzman eksikliği gibi unsurlar dikkate alınarak fikri ve sınai haklardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi uyarınca çözümünün avantajları ve dezavantajları karşılaştırılacaktır.

3.4.1. Arabuluculuğa Elverişlilik Yönünden Karşılaştırma

Müzik ve sinema eseri piyasalarının oldukça üretken olduğu, bu sektörlerde rekabetin yoğun yaşandığı, popüler şarkı ve filmlerin kısa süre içinde “hit” özelliklerini kaybettiği dikkate alındığında, uyuşmazlıkların hızlı çözümü önemlidir. Benzer şekilde sınai mülkiyet haklarının ihlallerinin de hızlı çözümü, markaya konu mal ve hizmetin hızlı tedavülü nedeniyle markanın garanti fonksiyonun zedelenmemesi ve markanın sulandırılmaması bakımından önem taşımaktadır. Fikri ve sınai hakların ihlali nedeniyle oluşabilecek zarar; gerek internet ortamında yayılması gerekse korsan eser ve sahte ürünlerin piyasaya sürülmesi ile telafisi imkansız şekilde büyüme potansiyeline sahiptir.

Fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklarda yayım sözleşmeleri, eser siparişi, lisans sözleşmelerinde en az taraflardan birinin tacir olduğu

⁴³⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi T. 11.11.2009, E. 2007/2455, K. 2009/13996 (Lexpera).

görülmektedir. Sınai mülkiyet hakları üzerinde ise tasarruf hakkı sahibi olanlar çoğunlukla tacirlerdir.

Ticari işletmelerin hukuki ve ekonomik anlamda güven ortamına ihtiyacı vardır. Tacirlerin ticari itibarı ve kredilibitesi belirlenirken taraf oldukları uyuşmazlıklar da değerlendirilir. Bu nedenle tacirler arasındaki fikri ve sınai mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıklarda sıradan bir alacak veya tazminat davasına nazaran başlangıçta ölçülemeyen ancak sonradan ortaya çıkan manevi zararların doğması ihtimali de yüksektir. Bu nedenle bir ticari işletme, uyuşmazlığı en kısa sürede ve en düşük maliyetle çözmeyi hedefleyecektir⁴³⁹.

Ticari uyuşmazlıkların özellikleri; ticaret hukukunda örf ve adet hukukunun önemli bir yeri olması, pratik, esnek ve hemen uygulanabilir çözümlere ihtiyaç duyulması, ticari bir işletmenin veya tacirin, üstün emek ve zaman harcayarak oluşturduğu ticari imajın, uyuşmazlığın maddi değerine göre karşılaştırılamayacak değeri olması, uyuşmazlığın uzun sürede ve aleni ortamda değerlendirilmesinin tarafların mevcut ve ileriye yönelik ticari ilişkisini ve taraflar arasındaki güven ilişkisini olumsuz etkilemesi, biçiminde sıralanabilir⁴⁴⁰.

Ekonomi bilimi, sınırlı kaynakların alternatifler arasında israf edilmeden toplum için optimum düzeyde tahsis edilmesi gerektiği (etkinlik kuramı) üzerine kuruludur.

İşte bu noktada hukukun ekonomik analizi devreye girmektedir. **Sanlı;** hukukun ekonomik analizini, kişilerin (tacirlerin) genel olarak rasyonel faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu varsayılarak, bu varsayımın hukuki ilişkiler bakımından neden olduğu sonuçların incelenmesi olarak tanımlamaktadır⁴⁴¹.

⁴³⁹ Aksu, Özge, s. 5.

⁴⁴⁰ Aksu, Özge, s. 31-32.

⁴⁴¹ Sanlı, Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul, 2007, s. 10. Yazar, verdiği bir örnekte, sözleşmede cezai şartın varlığı halinde, kişinin vereceği kararın sözleşmeyi ihlalin hukuka aykırı veya gayri ahlaki olmasından ziyade sözleşmeyi ifa etmesi halinde elde edeceği menfaat ile temerrüdün maliyeti arasında karşılaştırmaya bağlı olduğunu, ekonomik teoremin hukukun kişinin davranışları üzerindeki etkisi hakkında tahmin ve analizlere imkan verdiğine değinerek konuyu somutlaştırmaktadır. Böylece genelleştirmeler yoluyla toplumsal

Ekonomik analiz, hukukun (varacağı neticelerin) kişilerin seçimlerini nasıl etkilediği ile ilgilenir. Örneğin, cezai şartın varlığı sözleşme yapılmasını kolaylaştırır, sözleşmeler ise kaynakların dağıtılmasının temel aracı olduğundan işlem maliyetini azaltır⁴⁴².

Uyuşmazlıkların çözümünde sağlanan hukuki araçların, işlem maliyetini azaltacak şekilde kurgulanması, hukuk kurallarının açık, kesin, öngörülebilir olması, pazarlıkları kolaylaştıracak piyasalarda haklar etkin şekilde tahsis edilebilecektir⁴⁴³.

Yukarıda özetlenen gerekçelerle, fikri ve sınai hak ihlallerine dair uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü için taraflar arasında henüz uyuşmazlık doğmadan sözleşmelere eklenen arabuluculuk şartları işlem maliyetini azaltır. Kurumsal arabuluculuk merkezlerinde veya uzman arabulucu nezdinde uyuşmazlıkların ele alınması taraflar için güvence teşkil edecek, hızlı, gizli, az maliyetli yollardan çözüme ulaşma ihtimali işletmeler için güven ve öngörülebilirlik sağlayacaktır⁴⁴⁴. Özellikle sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin taraflar için dava yoluna nazaran çok daha tatminkar olduğu söylenebilir.

Patent, faydalı model ve tasarımda koruma süresi az olduğu için hızlı koruma sağlanması yüksek arge maliyetleri ve know how değerinin korunması için hızlı, etkin, gizli usullerle çözüme ulaşmak önemlidir. Eser korumasının ise görece uzun bir süre olan 70 yıl ile sınırlı olduğu dikkate alındığında fikri haklar için de zaman baskısının mevcut olduğu görülmektedir.

etkiler; davranışın ekonomik etkinliği ya da gelir dağılımı üzerine etkisi hakkında analiz imkanı elde edilir. Bkz. Sanlı, s. 11.

⁴⁴² Anlaşma yapmanın sebep olacağı tüm maliyetler işlem maliyeti olarak adlandırılır. Bir anlaşmanın hazırlık, pazarlık ve uygulama aşamaları vardır. Karşı tarafın belirlenmesi, iletişim kurulması, görüşmeye gidilmesi hazırlık maliyetleri, harcanan zaman, hukuki danışma ücreti, anlaşmayı kaleme alma, belgeleme, noter masrafı vb. maliyetler pazarlık maliyetleri, ani edimli olmayan sözleşmelerde diğer tarafın ifa performansının izlenmesi için yapılan masraflar uygulama maliyetlerinin temel nedenleridir. Söz konusu masraf maliyetleri dışında bilgi maliyetleri (bilgisizlik, bilgi asimetrisi) ve pazarlık taktiklerinin neden olduğu sorunlar (stratejik davranışlar) da işlem maliyetleri arasında sayılmaktadır. Bkz. Sanlı, s. 131-132.

⁴⁴³ Sanlı, s. 137.

⁴⁴⁴ Bkz. 3.8.2. başlıklı bölüm.

Fikri ve sınai hakların korunmasında caydırıcılık unsurunun ön plana çıktığı tecavüz hallerinde ise hak sahibine sağlanan tekелci korumanın etkisinin artırılması ve muhtemel ihlallerin önlenmesi amacıyla çatışmacı yöntemlerin arabuluculuğa nazaran tercih edildiği görülmektedir. Çünkü burada gizlilik yerine aleniyet, muhtemel tecavüzlere karşı önleme etkisi yaratmaktadır.

Chi, marka uyuşmazlıkları çözümünde en etkin yöntemin arabuluculuk olduğunu savunmaktadır⁴⁴⁵. Yine dava konularının oldukça karmaşık ve uzmanlık gerektiren yapısı, yargıç ve jürinin dava konusu somut alanda uzmanlaşmış olmasının her zaman mümkün olmadığını, uzman görüşü alınmasının maliyeti artırdığını, zararın belirlenme aşamasına gelince fikri mülkiyet haklarının soyut niteliği nedeniyle miktarın belirsiz ve spekülasyona açık olduğunu, bu durumun tarafların gerçek zararı ispat için delil bulmakla mücadele etmek zorunda kalmalarına yol açtığı ve tazminat miktarının belirlenmesinin çok zor ve maliyetli olduğunu dikkate alarak yargılama maliyetinin çok yüksek olduğunu savunan **Chi**, ABD’de davaların ortalama 7,5 yıl sürdüğünü, bunu dava konusunun karmaşık ve zarar miktarının spekülasyona açık olmasına ve taraflarca çoğu kez kanun yollarına başvurulmasına bağlamaktadır. **Chi**’ye göre fikri mülkiyet yasalarının somut olaya göre nasıl uygulanacağı konusu öngörülebilir değildir, belirli bir standart yoktur, hâkimin takdir yetkisi geniştir. Yargılama sonucunda yüksek tazminata hükmedilmesi kaybeden tarafı kanun yollarına başvurmaya teşvik etmektedir. Sonuçta, kazanan taraf bile bu kadar emek, zaman ve para harcadıktan sonra tatmin olmamaktadır.

Alternatif çözüm yollarına başvurmak her iki taraf için zaman ve para kaybını önlemekte, üstelik her iki taraf için daha makul, elverişli ve yaratıcı çözüm bulma potansiyeli taşımaktadır. Alternatif yollar, yargılama yükünün azaltılmasına yardımcı olmakta, uyuşmazlığın sınırının çizilmesi ve anlaşma aralığının arabulucu yardımıyla da olsa belirlenmesi, tarafların çözüme odaklanmalarını sağlamakta ve birbirini geniş ve ilgisiz taleplerle boğmasına da

⁴⁴⁵ Chi, Stephanie, Marka Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Rolü (“The Role Of Mediation In Trademark Disputes”) American Journal of Mediation, Sayı: 2, 2008, s. 105-114.

engel olmaktadır. Alternatif yollara başvuru, uyuşmazlık konusuna özgü uzmanlık alanında iyi eğitimi ve deneyimi olan bir uzman arabulucunun taraflarca seçimine imkan tanımaktadır. Patent uyuşmazlığında patente ilişkin bilimsel veya teknik alanda sektöre ilişkin uzmanlığı olan bir arabulucunun seçimi uyuşmazlık konusunun hakime nazaran çok daha iyi anlaşılmasına imkan sağlayacaktır. Telif uyuşmazlıklarında edebiyat eseri, müzik, sinema eseri veya bilgisayar programına özgü deneyimi olan uzman arabulucular seçilebilir. Marka hukukundan doğan uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusu olan marka adı ve tescil edildiği mal veya hizmet sınıfındaki değişik tüketici davranışlarını bilen bir uzman, arabulucu olarak tercih edilebilir.

Fikri mülkiyet haklarının çoğunlukla birçok hakkı içinde barındırdığı dikkate alındığında uyuşmazlığın çözümü için alternatif yollara başvurulması, her iki tarafın da hakkın bahsettiğini belirli menfaatlerden faydalanabileceği örneğin kısmi lisanslama yoluyla tatmin edileceği bir çözüm bulmakta oldukça yaratıcıdır. Dava yoluyla uyuşmazlık çözümün hakkı bölmek ve taraflar arasında ihtiyaca göre paylaşmak mümkün değilken, tarafların hakkın ihtiyaç duyulan kısımları ile tatmin edilmesi seçeneği ancak arabuluculuk yöntemi ile mümkündür.

Markalar tanıtım ve reklam amacıyla kullanıldığı için uyuşmazlıklarda hızlı sonuç almak tarafların iş ve finansal kayıplarını engelleyecektir. Bir markanın değeri tüketicinin markayı bilmesine bağlı olduğundan, bu ibareyi kullanmaktan men edilmesi tüm müşteri portföyünü kaybetmesine yol açacaktır. Ayrıca pek çok marka hakkı sahibi markanın itibarını ürün gamını genişletmek için kullanmaktadır. Şirket, sahip olduğu marka ile yeni ürün piyasalarına girerken markanın müşteri tarafından bilinirliğine göre karar vermektedir. Tanınmış marka, piyasaya yeni giriş ve reklam maliyetini azaltmaktadır. Marka hakkını kullanmaktan men edilme ihtimali, şirketin ileriye yönelik büyümesinin de önünde engel teşkil edecektir. Hızlı çözüm almak marka hakkı sahibi şirketin gelecek planlarını da olumlu etkiler.

Marka uyuşmazlıklarının daha çok ticari ilişki içindeki taraflar arasında meydana geldiği görülmektedir. Taraflar lisans veya franchise anlaşması ile bağlıken uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi çoğu zaman her iki taraf için de kayıplara yol açmaktadır. Alternatif yollar ile sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak kadar basit bir çözüme ulaşmak mümkün iken dava yoluyla ancak siyah ya da beyaz olarak tabir edilebilecek bir çözüme ulaşılmaktadır ve bu çözüm çoğunlukla her iki taraf için de yıkıcı etki doğurmaktadır.

Marka uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurmanın bazı dezavantajları da vardır. Öncelikle arabuluculuk ile uyuşmazlık çözümünün ardından doğrudan başvuru kanun yolu denetimi yoktur.

Halihazırda marka hukukunun sağladığı tekelci hak ve mutlak koruma nedeniyle dava yolunun daha çok tercih edildiği görülmektedir. Globalleşme ve ticaret ağının gelişimi nedeniyle şirketler markalarını, müşteri portföylerini, ticari itibarını korumakta daha agresif tutum sergilemektedir. Güçlü bir marka, soyut bir hak olmasına rağmen, ürün satışı ve ürün gamını genişletme stratejileri ile somut malvarlığı değerleri yaratabilir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, marka hakkı sahibine, markayı kullandığı sürece koruma hakkı tanımaktadır. Oysa patent hakkı 20 yıl (SMK m.101/1), fikri mülkiyet hakları ise eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl boyunca koruma hakkı sağlar. Marka hakkının sınırsız süreyle korunması özelliği de sahibine markayı yaratmak ve korumak için zaman emek ve para harcama motivasyonu sağlamaktadır.

3.4.2. Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümünün Fikri Haklarda Arabuluculuk ile Karşılaştırılması

Bu bölümde öncelikle sınai haklardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümü ile fikri haklardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümünde kullanılan modeller karşılaştırılacak, ayrıca fikri ve sınai hakların arabuluculuğa elverişliliği konusunda da karşılaştırma yapılacaktır.

3.4.2.1. Sınai Haklarda İhtiyari Arabuluculuk

3.4.2.1.1. HUAK kapsamında İhtiyari Arabuluculuk

Taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda ihtiyari arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklarını çözme yoluna başvurabilirler⁴⁴⁶. Bu anlamda SMK m. 5 kapsamındaki marka tescilinde mutlak red nedenleri hariç olmak üzere, SMK kapsamında doğan hemen her uyuşmazlık tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği niteliktedir. İstisnaen, mutlak red nedenleri arasında sayılan SMK m. 5 (ç) bendine konu itirazlar üzerinde tarafların tasarruf serbestisi vardır. Zira, SMK m. 5 (ç) bendi uyarınca; “*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler*” hakkında marka hakkı sahibinin SMK m.5 f.3⁴⁴⁷ uyarınca muvafakatname vermesi ile tescil engeli ortadan kalkmaktadır⁴⁴⁸. Bu kapsamda muvafakatnameye dayalı SMK m.5 f.3 ç bendinden doğan uyuşmazlıklarda tasarruf serbestisi bulunduğundan arabulucuya başvurulabilir.

Fikri ve sınai hakların kesiştiği bir konu; marka tescilinde nisbi red sebeplerini düzenleyen SMK m. 6 f. 6 uyarınca “*Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, teelif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir*” şeklindeki düzenlemedir.

Uygulamada kitap, müzik eseri, sinema filmi, dizi film gibi eser adlarının, karakterler⁴⁴⁹ vb. içerikler hakkında marka tescil talebinde bulunduğu görülmektedir. FSEK ile SMK’nın kesiştiği bu noktada telif hakkına dayalı nisbi

⁴⁴⁶ Bkz. 1.4.6. başlık bölüm.

⁴⁴⁷ “*Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.*”

⁴⁴⁸ Giray, R. Eda, “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar/Yardım), Ankara, 2019, s. 39 vd.

⁴⁴⁹ Bkz. Yıldız, Kurgusal Karakterler, s. 71.

red sebepleri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği alanlar olduğundan uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurulabilir.

3.4.2.1.2. TPMK Bünyesindeki İtiraz Kapsamında İhtiyari Arabuluculuk

Marka tescil başvurularının yayımlanmasından sonra herkes, marka başvurusunun 5.maddenin birinci fıkrasının (ç) bendi hariç diğer bentleri kapsamında tescil edilemeyeceğini belirten yazılı ve gerekçeli görüşlerini markanın tesciline kadar Kuruma sunabilir (SMK m. 17 f. 1).

İtiraz gerekçeleri SMK m. 18’de yazılıdır. Hükme göre *“Bültende yayımlanmış bir marka başvurusunun, 5 inci veya 6 ncı maddelere göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içinde yapılır.”*

Yayıma itirazın incelenmesine dair SMK m. 19 f. 4 uyarınca Türk Patent ve Marka Kurumu’na önüne gelen uyuşmazlıklarda tarafları arabuluculuğa teşvik etme yetkisi tanınmıştır⁴⁵⁰. Aynı şekilde SMK m. 40 f. 5 uyarınca coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı başvurusuna yapılan itirazlarda da TPMK’ya arabulucuya yönlendirme yetkisi tanınmıştır.

Tarafların vekille temsil edildiği durumlarda, uzlaşma teklifini ve uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olduğunu vekil asile özen yükümlülüğü kapsamında bildirmelidir⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ SMK m. 19 f. 4; “Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır. SMK m. 21 f. 3; Kurul, 19 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca verilen kararlara karşı yapılan itirazlarda, gerekli görürse, tarafları 19 uncu maddenin dördüncü fıkrasına göre uzlaşmaya teşvik edebilir. Coğrafi işaretler itiraz ve itirazın incelenmesi SMK m. 40 f.5; Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.”

⁴⁵¹ Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2018, s. 125.

Taraflar arabulucuya başvuracaklarını TPMK'ya birlikte bildirmeleri halinde, itiraz incelemesi 3 ay ertelenir. Bu sürenin tarafların talebi ile 3 ay uzatılması mümkündür.

SMK m. 19 f. 4'te; "kurumun gerekli görmesi halinde" ibaresine yer verilerek TPMK'na takdir hakkı tanınmıştır. Kanunla getirilen düzenleme mahkeme safhasından önce olmakla birlikte, mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvikine benzemektedir. Halihazırda TPMK bünyesinde sınai mülkiyet hukukunda uzmanlaşmış bir arabuluculuk merkezi bulunmamaktadır. *İmamoğlu*, TPMK bünyesinde arabuluculuk faaliyeti önerisi getirmektedir⁴⁵². Kanaatimizce, TPMK nezdinde oluşturulacak bir kurumsal arabuluculuk merkezi bünyesinde patent, marka, tasarım vd. sınai mülkiyet haklarındaki potansiyel uyuşmazlıkların henüz mahkemeye taşınmadan tescil başvurusu aşamasında sona erdirilmesinde veya her iki taraf için de hakkın belirli bölümlerinden faydalanma imkanı getiren lisans, devir, muvafakatname gibi işlemlere konu edilerek çözümlenmesi için oldukça yararlı olacaktır. Zira, anlaşmazlık yargı yoluna taşınarak uyuşmazlık noktasına geldiğinde, çözüm için tarafların bir araya gelmesi daha güçtür. Başvuru aşamasında taraflar henüz yatırım yapmaya başlamışken taviz vermek daha kolay olacaktır. Ayrıca, ortalama tüketici, karıştırılma ihtimali, iltibasın tespiti uzmanlık gerektiren bir konu olup sadece TPMK uygulaması ve içtihatların belirlediği çeşitli kriterlerin yanı sıra, ortalama tüketicinin marka ve tasarımlarda karıştırma ihtimali ve benzerlik algısının tespitine yönelik göz izleme tekniği, seçici algı alanlarının tespiti için teknik ekipmanlar ve psikoloji biliminin verilerinden faydalanılmakta ve böylece objektif kriterler getirilebilmektedir⁴⁵³. Örneğin, "*göz izleme kullanıcıların nereye ne kadar süre ve kaç kere baktığına, anlık ve geçmiş dikkatinin nerede yoğunlaştığına, niyetine, zihinsel durumuna ilişkin bilgi*

⁴⁵² İmamoğlu Mustafa, Marka Hukuku'nda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü'ndeki Uygulama Alanı, TPMK Uzmanlık Tezi, Ankara 2014, s. 65 vd.

⁴⁵³ Pekdinçer, Tamer R. / Ertem, Hakan, Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2004, s. 303-344.

*sağlamakta kullanılan bir yöntem*⁴⁵⁴” olup göz izleme cihazı yardımı ile uygulanmaktadır. Bu noktada kurumsal arabuluculuk merkezinin varlığı uzman arabulucunun yarattığı güvencenin yanı sıra, anılan cihazların ve testlerin yardımıyla uyuşmazlık konularında BATNA’nın ortaya konulması veya anlaşma içeriğinin belirlenmesinde taraflara karar vermede önemli katkı sağlanabilecektir.

TPMK tarafından tarafların arabuluculuğa teşviki halinde, bir tarafın diğerine yaptığı teklifin 30 gün içinde kabul edilmemesi durumunda arabuluculuk teklifi reddedilmiş sayılmakla birlikte HUAK kapsamında tarafların sonraki süreçlerde arabuluculuk kurumuna başvurmalarının önünde engel bulunmamaktadır.

Nisbi red sebeplerine dayalı hükümsüzlük davalarının konusu para alacağı veya tazminat olmadığı için ihtiyari arabuluculuğa uygundur. Ancak hükümsüzlük davası sonucu marka tescili iptal edilir ve lisans alan veya markayı devralan SMK m. 27 uyarınca tazminat talep ederse konusu para alacağına dönüşeceğinden zorunlu arabuluculuğa tabi olacaktır⁴⁵⁵.

3.4.2.2. Sınai Haklarda Zorunlu Arabuluculuk

TTK m. 4 f. 1 (d) bendi uyarınca fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır⁴⁵⁶.

Madde gerekçesinde; fikri mülkiyet ile kastedilenin sınai mülkiyet haklarını da kapsadığı belirtilmektedir “*TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak “Fikrî mülkiyet hukukuna” ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO’nun terminolojisine uygun olarak interalia fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı*

⁴⁵⁴ Pekdinçer / Ertem, s. 315.

⁴⁵⁵ Giray, R. Eda, “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar/Yardım), Ankara, 2019, s. 36.

⁴⁵⁶ Ticari davalar hakkında detaylı bilgi için; Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Fusun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 122.

modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir.”

Bu durumda marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretlere ilişkin hususları düzenleyen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun ve 5147 Sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanunda fikri mülkiyet mevzuatına ilişkin düzenlemelerden doğan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Bu kapsamda dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunlu olduğu davalara örnek olarak; SMK m. 74 uyarınca çalışanın tasarımında bedel isteme hakkı, SMK m. 136 zorunlu lisans bedelinde veya şartlarında değişiklik talebi, sınai haklara tecavüz halinde maddi ve manevi zararın tazmini talepleri (SMK m. 149, ç) sayılabilir⁴⁵⁷.

SMK m. 115 f.11'e dayanarak çıkarılan Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik⁴⁵⁸ m.24 uyarınca çalışan buluşlarına dair uyuşmazlıklarda zorunlu tahkim öngörülmüştür. Çalışanların meydana getirdiği tasarım ve buluşlar hakkında tahkim şartı bulunduğundan HUAK m. 18A istisnası olarak arabulucuya başvurulamaz.

⁴⁵⁷ Alica, Türkay, Sınai Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi BİLFİM atölye çalışması kapsamında yapılan 10.04.2019 tarihli sunum.

⁴⁵⁸ Bkz. 29.9.2017 tarihli ve 30195 sayılı Resmi Gazete.

3.5. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA ARABULUCULUK MODELLERİ

3.5.1. İhtiyari Arabuluculuk

HUAK kapsamında ihtiyari arabuluculuk konusuna ilk bölümde 1.4.6 değinilmiştir⁴⁵⁹. Bu bölümde dava şartı arabuluculuk hakkında inceleme yapılacaktır.

3.5.2. Zorunlu – Bağlayıcı Arabuluculuk

Bazı ticari davalarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesiyle birlikte mutlak ticari dava olarak kabul edilen fikri ve sınai mülkiyet hukuku davaları için arabulucuya başvuru zorunlu hale gelmiştir. Bu bölümde fikir ve sanat eserlerinden doğan hangi uyuşmazlıkların dava şartına tabi olduğu incelenecektir.

3.5.2.1. Bazı Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk

Bir davanın ticari dava olup olmadığının tespiti, görevli mahkemenin ve ticari davalara özel usul kurallarının uygulanıp uygulanmayacağının tespiti bakımından önem arz eder⁴⁶⁰.

3.5.2.1.1. Mutlak Ticari Davalar

Mutlak ticari davalar ve çekişmesiz yargı işleri TTK m. 4 f.1’de 6 bent halinde sayılmıştır. Çekişmesiz yargı işleri arabuluculuğa tabi değildir⁴⁶¹. Bu çalışmanın konusunu ilgilendiren fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan hangi davaların ticari dava sayılacağı ve dava şartı arabuluculuğa tabi olacağı şu başlıklar altında incelenebilir.

⁴⁵⁹ Bkz. 1.4.6 başlıklı bölüm.

⁴⁶⁰ Poroy / Yasaman, s. 109.

⁴⁶¹ Bkz. 3.4.1.1.1. başlıklı bölüm.

- TTK m. 4 f. 1 (a) bendi kapsamında TTK’nda düzenlenen haksız rekabete ilişkin tazminat talepleri,
- TTK m. 4 f. 1 (c) bendi kapsamında TBK’nda yayım sözleşmesine dair 487 ilâ 501 inci maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları,
- TTK m. 4 f.1 (d) bendi kapsamında fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari davalardır.
- Ancak, yukarıda sayılan bentler kapsamında herhangi bir ticari işletmeyi⁴⁶² ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır (TTK m. 4 f.1 son cümle).

TTK m. 4 f. 1 son cümledeki istisnada “fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar” istisna tutulmaktadır.

FSEK’ten doğan mali ve manevi hakların ihlalinden doğan zararın tazmini için ikame edilen davalar taraflardan en az birinin ticari işletmesi ile ilgili olması halinde ticari dava sayılacağından dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

3.5.2.1.1.1. TTK’nda Öngörülen Hususlardan Doğan Davalar

TTK m. 4 f.1 (a) bendinde, TTK’nda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı öngörülmektedir. Çalışmamız kapsamında TTK’nda düzenlenen ve FSEK ile bağlantılı davalar incelenecektir.

Haksız rekabet başlıklı FSEK m.83 uyarınca “*bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekillerinin, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılması*” hali ile m. 84 uyarınca *bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimsenin, aynı işaretin,*

⁴⁶² TTK m. 11 uyarınca ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir.

resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılması veya yayımlanması halinin” “haksız rekabet” olarak nitelendirmiş ve taraflar tacir olmasa dahi TTK m. 54vd. haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür⁴⁶³.

FSEK kapsamında haksız rekabet teşkil eden tecavüz fiillerinin gerçekleştirilmesi halinde TTK m. 54 vd. haksız rekabet hükümlerine atıf yapıldığından TTK m. 4 f.1 uyarınca FSEK’ten doğan haksız rekabet davaları mutlak ticari dava kapsamında sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

TTK m. 4 f. 1 son cümledeki istisna herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen ve FSEK m. 1/B (a) anlamında “eser” niteliğini haiz fikir ve sanat ürünlerinden doğan haklara yöneliktir.

Bu durumda herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların kapsamına FSEK m. 83 ve FSEK m. 84 uyarınca haksız rekabetten doğan davalar girecek midir? FSEK m. 83 ve FSEK m. 84 genellikle eser niteliğini haiz olmayan fikri ürünlerin korunmasına yönelik getirilen düzenlemelerdir. Ancak eser niteliğini haiz ürünlerin korunması için haksız rekabet davası açılmasına da bir engel bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, eser niteliğindeki haklardan doğan ve herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen haksız rekabet davalarında TTK m. 4 f. 1 son cümlede belirtilen istisna nedeniyle arabulucuya başvuru dava şartı değilken, eser niteliğini haiz olmayan veya herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendiren fikri ürünlerden doğan haksız rekabet davaları mutlak ticari dava sayılacak ve arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilecektir. Zira, istisnanın amacı “eser”in varlığı halinde FSEK korumasına öncelik sağlamaktır.

⁴⁶³ Bkz.2.2.1.2.8. başlıklı bölüm.

Ancak FSEK m. 85 ve m. 86'daki kişilik haklarına dayalı taleplerde BK m. 58 uygulansa dahi haksız rekabet atfı sebebiyle TTK m. 4 uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabidir⁴⁶⁴.

TTK m. 55'te dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar fikir ve sanat eserleri kanunu ile bağlantılı haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır⁴⁶⁵.

- TTK m. 55 f. 1 (a) bendi 4nolu "Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,
- TTK m. 55 f. 1 (c) bendi "Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;
 1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,
 2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,
 3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak."
- TTK m. 55 f. 1 (d) bendi "Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur."

FSEK'ten kaynaklanan haksız rekabet davalarında eser niteliğini haiz olmayan iş ürünlerinden doğan tazminat ve para alacaklarının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilecektir.

⁴⁶⁴ Alica Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi BİLFİM atölye çalışması kapsamında yapılan 06.03.2019 tarihli sunum.

⁴⁶⁵ Alica Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi BİLFİM atölye çalışması kapsamında yapılan 06.03.2019 tarihli sunum.

TTK m.55. f. 1.c kapsamında başkalarının iş ürünlerinden izinsiz yararlanma fikri mülkiyet haklarıyla korunamayan ancak ticaret hayatında önem taşıyan proje taslağı, teklif, hesap, plan gibi fikri emek sonucu oluşturulan ürünlerin haksız rekabet kapsamında korunmasını amaçlamakta olup “emek ilkesi”nin geniş bir uygulaması niteliğindedir⁴⁶⁶. **Şehirali Çelik**, hükmün, sözleşme ilişkisinde potansiyel müşterileri kazanmak amacıyla hazırlanan ayrıntılı plan ve teklifler için verilen emeğin korunmasına hizmet ettiği, sözleşme dışı alanda ise modern kopyalama teknikleri sayesinde piyasada elde edilebilen ürünlerin üretim aşamalarının maliyetine katlanmaksızın haksız rekabet avantajı sağlandığını, özellikle eser olarak korunmayan ürünlerin fotomekanik kopyalarının yapılması, plak, müzik kaseti ve bilgisayar programlarının kopyalanmasının yanı sıra teknik ürünlerin çoğaltılmasının da yaygın uygulama örnekleri olduğunu belirtmektedir⁴⁶⁷.

FSEK kapsamında özellikle reklam ajansları veya yapım şirketlerinin çeşitli projelerin hazırlık aşamalarında yapmış olduğu iş ürünleri, konsept⁴⁶⁸ veya eser siparişi kapsamında ortaya konulan fikri ürünler eser niteliğini haiz olmadığı takdirde haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabilmekte ve alacak ve tazminat davaları öncesinde arabulucuya başvuru dava şartı olarak gündeme gelmektedir.

Keza, hususiyet taşıyan kurgusal karakterler FSEK m. 4 f. 1, 8 uyarınca eser olarak korunacaktır. Ancak eser vasfını haiz olmayan kurgusal karakterlerin

⁴⁶⁶ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, “6102 sayılı TTK m. 55.1.c Kapsamında Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015, s. 346.

⁴⁶⁷ Şehirali Çelik, s.349. Yazar Türk hukukunda fizibilite, rapor, iş akış şemaları, üretim hazırlık çalışmalarına ilişkin taslaklar, kumaş desenleri, bir evin kaba mimari çizimi, fabrika işletmesine dair masraf döküm listesi, yol tarifleri, kol saatlerine ait ürün çözümleri, iş düzeni, iş metotları, diğer emek gerektiren bilgilerin iş ürünü kavramı içinde mütalaa edildiğini belirtmektedir. Bkz. Şehirali Çelik, s. 361.

⁴⁶⁸ “Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacının iddia ettiği ... Konsepti üzerinde davacının herhangi bir eser sahipliğinin söz konusu olmadığı, davacı tarafından hazırlanan reklamlardaki unsurların yurt dışında süt ve süt ürünleri sektöründeki başka şirketler tarafından daha önceki yıllarda yayınlanmış örnekleri bulunan jenerik unsurlardan ibaret olduğu, dava dışı ... Şirketi'nin siparişi ile oluşturulan reklamlarda kullanılan soyut reklam düşüncelerinin eser koruması elde edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 3.5.2016, E. 2015/11095, K. 2016/4992 (Lexpera).

eserin alameti olarak korunması FSEK m. 83 f. 4 gereği haksız rekabet hükümlerine göre sağlanacak⁴⁶⁹ olup para alacakları ve tazminat taleplerinde arabuluculuğa başvuru dava şartıdır.

3.5.2.1.1.2. TBK’nda Düzenlenen Belirli Konulara İlişkin Olarak Açılan Davalar (TTK m.4 f.1 ç)

Yayım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ikinci bölümde yer verilmiştir⁴⁷⁰. Burada yayım sözleşmesinden doğan ve dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar belirlenecektir. Mali ve manevi hak ihlallerinden doğan tazminat ve alacak davalarının yanı sıra aşağıda belirtilen BK hükümleri para alacaklarına dair talep hakkı içerdiğinden taraflardan en az birinin ticari işletmesiyle ilgili olması koşuluyla söz konusu hükümlere istinaden açılacak davalar da dava şartı arabuluculuğa tabidir⁴⁷¹.

- BK m. 496 “Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça yayımlatan, bedel ödenmesini isteyebilir. Bedel ödenmesi gereken hâllerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir.”
- BK m. 497 f.1, c. 2. “Bu düzeltme ve iyileştirme gerektirdiği hâlde sözleşmede öngörülmemiş giderler, yayımlatan tarafından karşılanır.”

TBK’nda düzenlenmekle beraber FSEK ile bağlantılı olan ve TTK m. 4 f.1 ç bendi uyarınca mutlak ticari davalar arasında sayılan yayım sözleşmelerinde yayımcı açısından ticari bir iş söz konusu olduğundan yayım sözleşmesinden doğan borçlar ticari dava kapsamındadır ve arabulucuya başvuru dava şartıdır.

Yayımcı, bir ticari işletme olduğundan kanunun yayım sözleşmesinden doğan davaları ticari dava olarak düzenlediği kabul edilmektedir⁴⁷². Matbaanın bir

⁴⁶⁹ Yıldız, Kurgusal Karakterler, s.70. Yargıtay Bizimkiler dizisindeki Horozcu katil tiplemesinin reklam filminde kullanılmasında kurgusal karakteri FSEK m. 83 kapsamında eserin alameti olarak kabul etmiş ve haksız rekabet hükümlerini uygulamıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 22.10.1996, E. 1996/6796, K. 1996/7173. Bu karara ilişkin eleştiriler için bkz. Tekinalp, s. 111; Ateş, Eser, s. 408.

⁴⁷⁰ Bkz. 2.2.3.3.4.3. başlıklı bölüm.

⁴⁷¹ Alica, Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 06.03.2019 tarihli sunum.

⁴⁷² Arkan, s.110.

esnaf işletmesi olması halinde dahi uyuşmazlık yayım sözleşmesinden kaynaklanmakta ise mutlak ticari dava sayılacaktır⁴⁷³. Keza uyuşmazlığın para veya tazminat alacaklarına dair olması gereklidir.

3.5.2.1.1.3. Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuatta Öngörülen Hususlardan Doğan Davalar

TTK m. 4 f. 1 (d) bendi uyarınca fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan kaynaklanan davalar nispi ticari dava olup ancak bir ticari işletmeye ilişkin ise ticari dava olarak kabul edilecektir. Fikir ve sanat eserleri kanunundan doğan davaların önemli bir kısmı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklardır. Ancak eser sahibinin kişilik haklarından sayılan ve kendisine karşı dahi korunan bazı hakları üzerinde tasarrufu kısıtlanmıştır⁴⁷⁴.

Ayrıca fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olmakla beraber, dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilebilmesi için uyuşmazlık konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri içermesi gerekir. Bu nedenle eser sahipliğini tespiti davası⁴⁷⁵, tecavüzün meni davası⁴⁷⁶ ve tecavüzün ref'i davası⁴⁷⁷ dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Yukarıda değinilen FSEK m. 68 uyarınca varsayımsal bedelin 3 katının ödenmesi ile taraflar arasında kurulan farazi sözleşme ilişkisi ile mali hak ihlalleri hukuka uygun kullanımlar haline dönüşmektedir. Bu durumda tecavüzün refi talep

⁴⁷³ Kaya, s. 120-121.

⁴⁷⁴ Bkz. 2.1.1. başlıklı bölüm.

⁴⁷⁵ Bkz. 2.2.1.2.1. başlıkta eser sahipliğinin tespiti davası

⁴⁷⁶ Bkz. 2.2.1.2.2. başlıkta tecavüzün refi davası

⁴⁷⁷ Bkz. 2.2.1.2.3. başlıkta tecavüzün meni davası

edilemez⁴⁷⁸. Kurulan farazi sözleşme ilişkisi manevi haklara yönelik ihlalleri kapsamaz. Zamanaşımı süresi 10 yıldır. Arabulucunun FSEK’i iyi bilmesi ve uyuşmazlık konusunda uzman olması son tutanağın doğru kurgulanması açısından önemlidir.

Mali haklara tecavüz halinde ref tazminatı talebi dava şartı arabuluculuğa tabidir. FSEK m. 68 f. 1 uyarınca *“sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.”*

FSEK m.68 f. 2 *“İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”*

Alica, FSEK’te kümülatif talepler nedeniyle dava şartı uygulamasının zafiyet taşıdığı görüşündedir⁴⁷⁹. Ref, men, fiili toplatma arabuluculuğa tabi değilken, tazminat ödenmesi tabidir.

Aşağıda belirtilen taleplerin konusu para alacağı veya tazminat olduğundan taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olması koşulu ile dava öncesi arabulucuya başvurulması dava şartıdır⁴⁸⁰.

- FSEK m. 70 uyarınca tazminat davalarında dava şartı arabuluculuk uygulanır.

⁴⁷⁸ Yargıtay HGK, T. 20.03.2002, E. 2002/11-176, K. 2002/214; “Davacı, bedel istemiş, zikredilen madde hükmü gereğince (FSEK. 68) davacı yararına bedele hükmedilmiş olmakla, artık tecavüzün (ref’i) isteminde bulunamaz. Zira bedeli %50 fazlasıyla almış olmakla taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmuştur.”

⁴⁷⁹ Alica, Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 06.03.2019 tarihli sunum.

⁴⁸⁰ Alica, Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 06.03.2019 tarihli sunum.

- FSEK m. 58 cayma hakkının ileri sürülmesinde, iktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap edenin, münasip bir tazminat isteyebileceği yönündeki hükümde öngörülen tazminat talebi dava şartı arabuluculuğa tabidir.
- FSEK m. 9 f.2 ve FSEK 10 f. 2,
- FSEK m. 12 f.3 adi vekalet sözleşmesine dayalı talepler,
- Kamuya arz hakkı ve karşı tazminat hakkını düzenleyen FSEK m. 14 f. 3 uyarınca eser sahibi eserinin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzının, şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette olması sebebiyle umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını men ettiği takdirde, diğer tarafın tazminat talep etme hakkını dava yoluyla ileri sürmeden önce dava şartı olarak arabulucuya başvurmak zorundadır.
- Yetkisi olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse; salahiyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması lazım geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir. Tekeffül sorumluluğunun düzenleyen FSEK m. 54 f. 2’de düzenlenen tazminat hakkı için arabuluculuğa başvurulması zorunludur.

3.5.2.1.2.Nispi ticari davalar

Nispi ticari davalar, her iki tarafın da tacir olduğu ve uyuşmazlığın da her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olduğu davalardır⁴⁸¹.

Esasen ticari iş niteliğinde olmayan istisna, kira, satış vb sözleşmelerden doğan hukuk davaları, her iki tarafın da tacir olması ve her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğduğu takdirde nispi ticari davalara konu olur⁴⁸².

⁴⁸¹ Arkan, s. 115; Börü / Koçyiğit, s.24.

⁴⁸² Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 41. Burada TTK m. 19 f.2 uyarınca taraflardan biri için ticari iş sayılan sözleşmeler diğeri için de ticari iş sayılır hükmü uygulanmaz.

TTK m. 3 uyarınca ticari iş, TTK’nda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerdir. Ticari işler iki kategoride ele alınmaktadır. TTK’nda düzenlenen tüm hususlar –bir ticari işletmeyi ilgilendirmese dahi- ticari iş sayılır. TTK’nda düzenlenmemekle birlikte uyuşmazlığın esası bir ticari işletmeyi ilgilendirmekte ise ticari iş sayılır⁴⁸³.

TTK m. 19’da düzenlenen ticari iş karinesi uyarınca bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Tüzel kişi tacirler açısından yapılan tüm işler ticari niteliktedir. Bu durumda tüzel kişi tacirler tüketici sayılmaz⁴⁸⁴, yaptıkları işlemler tüketici işlemleri değil ticari işlerdir. Ancak gerçek kişi tacirler açısından bir istisna getirilmiş ve gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirdiği ya da somut olayın özelliklerinin işin ticari sayılmasına elverişli olmadığı hallerde borcun adi nitelikte sayılacağı kabul edilmiştir⁴⁸⁵. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır (TTK m. 19 f.2). Anılan hüküm taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı halinde uygulanır, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan ilişkilerde uygulanmaz⁴⁸⁶.

3.5.2.1.3.Görevli Mahkeme Yönünden Değerlendirme

Fikri ve sınai mülkiyet hukuku uyuşmazlıkların yönünden fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ihtisas mahkemesi görevli kılınmıştır (FSEK m. 76 f.1 atfen SMK m. 156 f.1).

TTK m. 4 gerekçesinde; fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davaların, yasa gereği mutlak ticari davalar olduğu, ihtisas mahkemelerinin görevli olmalarının, bu davaları ticari dava

⁴⁸³ TTK m.3’te yazılı bu hükmün geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara, 2018, s. 73.

⁴⁸⁴ TKHK m. 3/1-k: Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir.

⁴⁸⁵ Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Konya, 2014, s.52-53; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan, s. 64-66.

⁴⁸⁶ Arkan, s. 75.

niteliklerini değiştirmediği vurgulanmaktadır. Fikri mülkiyet davalarına bakan mahkemelerin tek hakimli olmalarının da fikri ve sınai haklar mahkemesinin ticaret mahkemesi olmadiğı anlamına gelmediği, zira, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde tek hakimli asliye mahkemesi de ticaret mahkemesi sıfatıyla ticari davalara bakmakta olduğu gerekçede yer almaktadır⁴⁸⁷.

Arkan, “durumun açıklığa kavuşabilmesi için fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin ticaret mahkemesi sayıldığıının kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği” kanaatindedir⁴⁸⁸.

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar kural olarak TTK m. 4 uyarınca mutlak ticari dava niteliğini haiz olduğundan, ihtisas mahkemelerinde görülse de, ticari davaya ilişkin usul hükümleri uygulanacaktır⁴⁸⁹. Nitekim Yargıtay, fikri mülkiyetten doğan davalara ihtisas mahkemesi tarafından bakılmasının ticari dava niteliğini değiştirmediği kanaatindedir⁴⁹⁰.

Poroy/Yasaman; TTKm. 4, f. 1, d bendi uyarınca ticaret mahkemesinin görev alanına giren işlerde düzenleme sonraki tarihli FSEK m. 76 f.1’in atıf yaptığı SMK m. 156 uyarınca fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren işlere asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılır denilmekle 6102 sayılı TTK’ya göre sonraki düzenleme olması sebebiyle TTK m. 4 f. 1, d bendinin yürürlükten kaldırılmış sayıldığı görüşündedir⁴⁹¹.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanunun 2. Maddesiyle TTK’nun 5. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda asliye hukuk mahkemesi

⁴⁸⁷ Moroğlu’na göre, fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan davalara bakmaya ihtisas mahkemesi görevli olduğundan bu tür davaların mutlak ticari davalar olarak nitelendirilmesi anlamsız ve gereksizdir, pratik önemi yoktur. Bu bent ile adeta ticaret mahkemesinde bakılamayacak ticari dava türü ihdas edilmektedir. Bkz. Moroğlu, s. 27. Ayrıca bkz. Börü, Levent / Koçyiğit, İlhan, Ticari Dava, Ankara, 2013, s. 20.

⁴⁸⁸ Arkan, s. 118.

⁴⁸⁹ Börü / Koçyiğit, s. 20.

⁴⁹⁰ Yargıtay 11 HD, T. 14.2.2006, E. 2005/9637, K. 2006/13262 (Lexpera).

⁴⁹¹ Poroy / Yasaman, s. 116.

ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki işbölümü ilişkisinden görev ilişkisine dönüştürülmüştür. *Pekcanitez/Özekes/Atalay*'a göre, anılan değişiklik ile asliye ticaret mahkemeleri özel mahkemeye dönüştürülmüştür⁴⁹².

Mevcut düzenlemede asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır (TTK m. 5 f. 3).

3.5.2.1.4. Uyuşmazlık Hakkında Diğer Kanunlarda Başkaca Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yoluna Başvuru Zorunluluğu Bulunması

Söz konusu uyuşmazlık hakkında diğer kanunlarda başkaca bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru zorunluluğu veya tahkim sözleşmesi bulunmamalıdır (HUAk m. 18/A, f. 18).

3.5.2.1.5. Uyuşmazlık Konusunun Bir Miktar Paranın Ödenmesi Olan Alacak veya Tazminat Taleplerine Dair Olması Şartı

Ticari davalarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olması için uyuşmazlığın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat taleplerine dair olmalıdır (TTK m. 5/A f.1).

Dava konusu talep sonucuna göre belirlenir. Eda davalarında; davacı, davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir iş yapmamaya mahkum edilmesini ister (HMK m. 105). Eda davasının kabulüne ilişkin karar aynı zamanda tespit hükmüdür.

Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır (HMK m. 106).

⁴⁹² Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 42 vd. Aynı görüşte, özel mahkemelerin belirli kişiler arasında belirli uyuşmazlıklara bakabileceği, TTK m. 5 f.1'de yapılan değişiklik ile ticari davalar ve ticari çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli mahkemelerin ticaret mahkemeleri olduğu yönünde bkz. Börü / Koçyiğit, s. 507.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın internet sitesinde arz edilen Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk isimli kitapta menfi tespit davaları ile itirazın iptali davalarının dava şartı kapsamında olduğunun belirtildiği görülmektedir⁴⁹³.

Kanaatimizce dava şartının tespitinde yasa koyucunun iradesi ön planda tutulmalı, hak kaybına uğramamak bakımında dava şartı uygulamasının kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceği gözetilmelidir⁴⁹⁴. Kanun değişikliği ile tespit davaları hakkında arabuluculuk dava şartı olarak öngörülmedikçe uygulamanın yorum yoluyla genişletilmesi hukuk güvenliği ilkesini zedeler.

3.5.2.1.6. Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuru

Dava şartı arabuluculuğa başvuru adliyelerde kurulan arabuluculuk büroları nezdinde yapılır (HUAKE m. 28 f.3).

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabulucuların uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler (HUAKE m. 18A f. 3).

HUAKE m. 23 f. 2'ye göre, *“Tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru yapılmış ise, başvurunun hukuki sonuçları bakımından ilk başvuru esas alınır.”*

“Başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir (HUAKE m. 23 f.3). Arabuluculuk

⁴⁹³ Koçyiğit, İlker / Bulur, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara, 2019, s.190-191. Aksi yönde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14 Hukuk Dairesi, 2019/521 E., 2019/423 K., 21.03.2019 T. kararında menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 2019/19 E., 2019/26 K., 21.01.2019 T kararı ile aynı mahkemenin 2019/20 E., 2019/27 K., 21.01.2019 T. kararında itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğuna karar verilmiştir, bkz. Yumrutaş Dilek, Erdem Ümit, Fikri ve Sınai Haklar Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul, 2019, s. 63-69.

⁴⁹⁴ Pekcanitez, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, s. 144-145.

başvurusu sırasında başvurandan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanması istenir” (HUAKY m. 23 f.4).

“Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmî kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür (HUAK m. 18A f.6). Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar.” (HUAK m. 18A f.7).

3.5.2.1.6.1. Yetkili Arabuluculuk Bürosu

HUAK m. 18A f. 4 uyarınca *“Başvuru, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.”*

Yetkili yerin belirlenmesinde HUAKY m. 23 f. 1 genel hükümlerden hareketle karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna, adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılacağını belirtmektedir

Uyuşmazlık konusuna göre yetkili mahkemenin yetkisinin belirlenmesinde, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere HMK m. 5 ila m.19’da düzenlenmiş genel yetki kuralları uygulanacaktır.

Genel yetkili arabuluculuk bürosu, karşı tarafın gerçek veya tüzel kişinin başvuru tarihindeki yerleşim yeri mahkemesinin bulunduğu yer arabuluculuk bürosudur (HMK m. 6). Yerleşim yeri, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

hükümlerine göre belirlenir. TMK m. 19 uyarınca “*Gerçek kişilerin yerleşim yeri, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*” TMK m. 51 tüzel kişilerin yerleşim yerini düzenlemektedir; “*tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.*”

Özel yetki halleri genel yetkiyi kaldırmaz, başvuran taraf seçim hakkına sahiptir. Kesin yetkinin söz konusu hallerde, sadece yasa koyucunun belirttiği yerdeki mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu yetkilidir. Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler (HMK m. 17). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucuya başvuru sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerin bulunduğu yer arabuluculuk bürosunda açılır.

Yine, uyuşmazlık konusuna göre mahkemenin yetkisinin belirlenmesinde, arabuluculuğa başvuran tarafın yazılı beyanı esas alınır ve buna göre görevlendirme yapılır. Arabuluculuk bürosu yetki konusunda bir değerlendirme yapamaz.

Arabulucu, görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını re’sen denetleyemez. HUAKY m. 25 f. 4 uyarınca “*Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle adliye arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir (). Yetki itirazında bulunulması halinde; arabulucu, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden ivedilikle yapacağı inceleme sonunda yetkili adliye arabuluculuk bürosunu belirleyip kesin olarak karara bağlar ve dosyayı adliye arabuluculuk bürosuna iade eder.*”

3.5.2.1.6.2. Dava Şartı Olarak Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi

Arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama

yöntemiyle belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları hâlinde taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılan arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilir. Dava şartı olan arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez (HUAk m. 18A f.5, HUAkY m.24).

3.5.2.1.7. Dava Şartı Olarak Arabuluculukta Arabuluculuk Faaliyeti

HUAkY m. 25 f.1 uyarınca “*Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları, idareler ise oluşturacakları komisyon aracılığıyla katılabilirler. İşverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir.*”

İş uyuşmazlıklarında işverenin herhangi bir çalışanı için adi veya resmi yazılı yetki belgesi tanzim etmesi yeterliyken, kendilerini avukatları aracılığıyla temsil etmeleri için HMK m. 74 gereği noter onaylı özel yetkili vekaletname gerekmektedir. Ticari uyuşmazlıklarda da ancak özel yetkili vekaletname ile arabuluculuk görüşmelerine katılmak mümkündür.

Dava şartı arabuluculukta, hazırlık ve ön görüşme aşaması genellikle telefon veya eposta yoluyla gerçekleştirilmektedir. Taraflar arabulucu nezdinde bir araya geldikten sonra arabulucunun açılış konuşması yapması, arabuluculuk ilkeleri ve safhaları hakkında bilgi vermesi ile süreç başlar.

Arabuluculuk süreci hakkında bilgilendirme tutanağının imzalanması sonrasında uyuşmazlığa dair başlıkların belirlenmesi aşamasına geçilir. Arabulucu her iki taraftan uyuşmazlığı kendi bakış açıları ile ortaya koymalarını talep eder. Bu esnada arabulucu eşitlik ve tarafsızlık ilkelerini gözetmeli taraflara eşit mesafede durmalı, tarafları eşit süre ile dinlemelidir.

3.5.2.1.8. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Sürelere Etkisi

“Adliye arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede uyuşmazlık konusu hususlarda zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez” (HUAK m. 18A f.15, HUAKY m. 27).

“Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanunun 397 nci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez” (HUAK m.18A f.16).

Anılan hüküm uygulamada sürenin yetersiz olduğu ve hesabının pratik olmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Zira HMK m. 397 uyarınca ihtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar. Bu durumda tedbir sonrası arabulucuya başvuru ve akabinde son tutanağın düzenlenmesi arasında süre duracak ve son tutanak tarihinden itibaren kalan gün sayısına göre hemen dava açılması gerekecektir. İİK m. 264 uyarınca; dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklı; haczin tatbikinden, haciz gıyabında yapılmışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ya takip talebinde (Haciz veya iflas) bulunmaya veya dava açmaya mecburdur. Söz konusu 7 günlük sürenin arasına dava şartı arabulucuya başvuruyu sıkıştırmak, süre hesabında yapılacak muhtemel bir hata halinde önemli hak kayıplarına yol açacaktır⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Pekcanitez, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, s. 143.

Arabuluculuk bürosuna başvurmakla sadece maddi hukuktaki değil, usul hukukundaki hak düşürücü süreler de işlemeyecektir. HMK tarafından belirtilen sürelerle örnek olarak; davaya cevap verme süresi 2 hafta (HMK m.127 f.1); tamamen ıslahta yeni dilekçe verme süresi 1 hafta (HMK m. 180 f.1); yargılamanın yenilenmesi süresi 3 ay (HMK m.377 f.1); haksız ihtiyatî tedbirden doğan tazminat davasının açma süresi 1 yıldır (HMK m.399 f.3)⁴⁹⁶.

Tarafların ihtiyari olarak arabulucuya dava açılmadan önce başvurmaları hâlinde, süreç; arabuluculuk bürosuna başvurulması ile değil, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bir başka deyişle taraflar ile arabulucu arasında arabuluculuk sözleşmesi yapıldığı tarihten itibaren zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemmez (HUAK m. 16 f. 1).

Ticari uyuşmazlıklarda arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir (TTK m.5/A f.2).

İş uyuşmazlıklarında arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir (İMK m. 3 f. 10).

3.5.2.1.9. Dava Şartı Arabuluculuğun Anlaşma ile Sona Ermesi

HUAK m. 18A f. 9 uyarınca *“Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.”*

“Arabulucu; taraflara ulaşılamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması

⁴⁹⁶ Yılmaz, Ejder, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, Journal of Yaşar University, Özel Sayı (Armağan) Vol 8, Prof.Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, 2013, s. 3167-3190.

hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirir” (HUAk m. 18A f. 10).

Ticari uyuşmazlıklarda 6 hafta olarak (zorunlu hallerde en fazla 2 hafta uzatılabilir) düzenlenen arabuluculuk süresi (TTK m. 5/A f.2) özellikle alanında uzman olmayan arabulucular için çok kısadır. *“Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları halinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir” (HUAkY m. 25 f.6).*

“Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları hâlinde, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilir ve ücret taraflardan aksi kararlaştırılmadıkça eşitçe alınır” (HUAkY m. 25 f.7).

Ücret konusunda bkz. HUAk m. 18/1 f. 12, f. 13 ve f. 14.

Arbuluculuk tutanağında hangi hususlara yer verileceğini belirlemek tamamen tarafların tasarrufundadır. Gizli kalmasını tercih ettikleri hususlara hiç değinmemeyi tercih edebilirler, icra edilebilirliği sağlamak adına bazı hususlara ilişkin detaylı açıklamaya yer verebilirler. Burada arabulucunun görevi, düzenlenen tutanağın içeriğe ve sonuçlarına dair tarafları bilgilendirmektir.

Arbuluculuk faaliyetin sonunda hazırlanan tutanak, kanuna ve ahlaka aykırı anlaşma maddeleri içermemelidir. Taraflarca serbestçe kararlaştırılacak olan arabuluculuk uzlaşma belgesi, arabuluculuğun esnek yapısına uygun olarak yasa koyucu tarafından herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır.

3.5.2.1.10. Dava Şartı Arabuluculuğun Anlaşmama ile Sona Ermesi

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması

gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (HUAk m. 18A f.2).

Arabuluculuk sürecinin anlaşamama ile sona ermesi halinde en azından tarafların uzlaşamadıkları noktaları tespit edip kaleme almak sürecin boşa gitmemesini sağlayacak ve yargılama sırasında hakime ışık tutacaktır.

3.5.2.1.11. Yürürlük

TTK geçici m. 12 uyarınca *“Bu Kanunun dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz.”*

3.5.2.1.12. Dava Şartı Arabuluculuğun Dava Türleri Açısından Değerlendirilmesi

Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi ile birlikte, davaların yığılması, karşı dava, ıslah, terditli dava, seçimlik dava, belirsiz alacak davası vb. usul işlemlerinin dava şartına tabi olup olmadığı sorunları gündeme gelmiştir. Her ne kadar belirtilen konularda temel usul ilkeleri uyarınca çeşitli yorumlar ve getirilmekte ise de, bu durum farklı uygulamalara yol açmaktadır. Hukuk güvenliğini sağlamak için en kısa sürede kanunda düzenleme yoluyla usul işlemleri konusunda açıklık getirmektedir.

3.5.2.1.12.1. Karşı Dava

Açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada, davacıdan olan kendi hakkının hüküm altına alınmasını isteyerek davacıya

yönelik bir dava açmasına karşı dava denir⁴⁹⁷. Karşı dava açabilmek için; asıl dava derdest olmalı, iki dava arasında bağlantı bulunmalı ve aynı yargı yoluna tabi olmalıdır (HMK m. 132). Bağlantı bulunmasından kasıt, taleplerin aynı veya benzer vakıalara dayanması veya davalar sonucunda verilecek kararların diğer davada kesin delil niteliği taşıyacak olmasıdır⁴⁹⁸.

Karşı davanın, cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçeyle açılması gerekir (HMK m. 133 f.1). Cevap süresinin HMK m. 127 uyarınca uzatılması halinde, bu ek süre içinde karşı dava açılması da mümkündür⁴⁹⁹. Yargıtay cevap süresi içinde açılmayan karşı davanın cevap dilekçesinin ıslahı suretiyle açılmayacağı görüşündedir⁵⁰⁰.

HMK m. 134 uyarınca “*asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz*”. Asıl dava ve karşı dava hakkında davanın sonunda birlikte hüküm verilir; ancak, bu iki dava hakkındaki kararlar hükümde ayrı ayrı belirtilir. Asıl dava ile karşı dava, kanun yolları bakımından da birbirinden bağımsızdır.

Karşı davanın konusu dava şartı arabuluculuk kapsamında ise, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede, karşı dava açma süresi durur. Uygulamada asıl dava hakkında arabuluculuk görüşmesi yapıldığı sırada karşı taraf başvurandan olan hakları konusunda taleplerini gündeme getirmekte ve karşı dava açılacağı bildirilmesi halinde son tutanağa bu talepler de yazılmaktadır. Böylece, karşı davaya konu edilecek talepler için yeniden arabulucuya başvurmaksızın her iki taraf içinde arabulucuya başvuru şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

⁴⁹⁷ Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 422; Bilge / Önen s. 459.

⁴⁹⁸ Budak / Karaaslan, s. 179.

⁴⁹⁹ Budak / Karaaslan, s. 180.

⁵⁰⁰ Yargıtay 2. HD, T. 09.09.2009, 13544/15234 (Kazancı İçtihat Bankası).

3.5.2.1.12.2. Kısmi Dava

Kısmi dava, “davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı dava” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰¹.

Kısmi dava bölünebilir bir alacağın bulunması ve davacının aynı hukuki ilişkiden doğmuş alacağının bir kısmının dava edilmesi gerekir (HMK m. 109). Özellikle ispat zorluğu olan dosyalarda yargılama masraflarının indirilmesi için kısmi dava yolu tercih edilmekle beraber, kısmi davanın kazanılması halinde geri kalan kısım için yeniden dava yoluna başvurmak yerine bu defa arabuluculuk yolu ile uzlaşmayı ve uyuşmazlığı basit, hızlı, kolay yoldan çözmeyi teşvik edeceği düşünülmektedir⁵⁰². Bu durumda kısmi davada ıslah ile müddeabihin artırılması konusunda ıslah ile arttırılan kısım dava şartı arabuluculuğa tabi değilken, kısmi dava sonunda verilen hükme istinaden yeniden dava açılması halinde arabulucuya başvurunun ise yukarıda belirtildiği üzere yeniden yargılama ile zaman, emek ve para kaybetmeksizin çözüme ulaşmayı kolaylaştıracağı düşünülmektedir.

3.5.2.1.12.3. Belirsiz Alacak Davası

HMK m. 107 uyarınca “Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.” Alacaklı, dava açtığı anda alacağının tümünün hüküm altına alınmasını istediği için belirsiz alacak davasının açılmasına bağlanan sonuçlar, alacağın tümü bakımından gerçekleşmekte olduğundan belirsiz alacak davası, kısmi dava olmayıp tam bir eda davasıdır. Bu nedenle belirsiz alacak davasında talep artırılırken, dava şartı arabuluculuğa başvuru gerekmecektir kanaatindeyiz.

⁵⁰¹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 990.

⁵⁰² Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 990.

3.5.2.1.12.4. Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)

Davaların yığılması, geniş anlamda terditli, seçimlik ve kümülatif davaları, yani talep sonucunda farklı şekillerde de olsa birden fazla talebin yer aldığı durumu ifade etmek için kullanılmaktadır. Dar anlamda ise sadece kümülatif, yani davacının, aynı davalıya karşı sahip olduğu birden fazla talebini açtığı tek bir davada istemesi anlamında kullanılmaktadır⁵⁰³.

Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir⁵⁰⁴. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır (HMK m. 110).

Hangi taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunun saptanması için her bir asli talebin bağımsız değerlendirilmesi gerekir⁵⁰⁵. Örneğin, FSEK kapsamında mali ve manevi haklara tecavüz nedeniyle açılan, men, ref, maddi ve manevi tazminat taleplerinden men ve ref talebi dava şartına tabi değilken FSEK m. 68 anlamında bedel ödenmesi talebi (aslında ref yöntemi olmakla beraber konusu para alacağı olduğundan dava şartına tabi olduğu düşünülmektedir) ile maddi ve manevi tazminat talepleri zorunlu arabuluculuğa tabidir.

Alica, FSEK’te kümülatif talepler nedeniyle dava şartı uygulamasının zafiyet taşıdığı görüşündedir⁵⁰⁶. Ref, men, fiili toplatma arabuluculuğa tabi değilken, tazminat ödenmesi tabidir.

⁵⁰³ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1092.

⁵⁰⁴ Kuru, Cilt 2, s. 1496 vd.

⁵⁰⁵ Alica Türkay, Sınai Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi BİLFİM atölye çalışması kapsamında yapılan 10.04.2019 tarihli sunum.

⁵⁰⁶ Alica, Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 06.03.2019 tarihli sunum.

3.5.2.1.12.5. Terditli Dava

Terditli davalarda, davacı kademeli olarak birden fazla talepte bulunur, ilk olarak asıl talebi hakkında karar verilmesini ister, asıl talebi reddedildiği takdirde ise yardımcı talebinin karara bağlanmasını ister⁵⁰⁷.

Terditli davanın şartları; aynı davalıya karşı ileri sürülecek birden fazla talep arasında bir asli talep, daha sonra da fer'i talep bulunmalı ve bu talepler arasında ekonomik veya hukuki bağ bulunmalıdır (HMK m. 111).

Terditli davaya konu uyuşmazlıkta asli veya fer'i taleplerden sadece birisinin dava şartı arabuluculuğa tabi olması halinde, tüm talepler yönünden arabuluculuğa başvurulması makul olacaktır. Örneğin, BK 497 f. 3'te "Aksi kararlaştırılmadıkça yayımlatanın, eserden, teamül uyarınca verilmesi gereken miktarda bedelsiz alma hakkı vardır." denilmekte olup açılan dava sonucunda bedelsiz nüsha verilmesini, bedelsiz nüsha bulunmadığı takdirde bedelin ödenmesini talep ettiği takdirde, önceden öngörülemeyen bu durum karşısında arabuluculuğun sonradan tamamlanabilir bir dava şartı olarak düzenlenmemesi de dikkate alınarak, dava açılmadan önce taleplerden birinin dava şartına tabi olduğunun açık olması nedeniyle arabulucuya başvurulması gerekir⁵⁰⁸.

3.5.2.1.12.6. Seçimlik Dava

Seçimlik dava, seçimlik borçlarda söz konusudur. HMK m. 112. uyarınca *"seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde, alacaklı seçimlik dava açabilir"*.

Bir borcun konusu iki veya daha fazla edim olduğunda bunlardan sadece birinin ifası ile borç sona erecek ise, bu borçlara seçimlik borçlar denir. Seçimlik borçlarda seçim alacaklıya veya borçluya ait olabilir. Ancak seçimlik dava ancak

⁵⁰⁷ Kuru, Cilt 2, s. 1484, Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 1083; Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 147.

⁵⁰⁸ Alica, Türkay, Fikri mülkiyet davalarında dava şartı arabuluculuk sunumu, 06.03.2019.

seçim hakkının borçluya ait olması halinde ikame edilebilir, zira alacaklı dava sonucunda borçlunun seçimine göre alternatif taleplerde bulunmak zorundadır⁵⁰⁹.

Terditli dava ile benzer şekilde, seçimlik davada, seçimlik taleplerden sadece birisinin dava şartı arabuluculuğa tabi olması yeterlidir.

3.5.2.1.13. Diğer Usuli Kurumlar Açısından Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

3.5.2.1.13.1. Dava Arkadaşlığı

Mecburi dava arkadaşlığı hakkındaki HMK m. 59 uyarınca “*Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.*”

İhtiyari dava arkadaşlığı ise HMK m. 57’de düzenlenmektedir. “*Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması*” durumlarında birden çok kişi birlikte dava açabilirler veya birden çok kişiye karşı dava açılabilir.

Bu durumda davalılardan birine karşı arabulucuya başvuru dava şartı iken diğerine karşı zorunlu değilse ne yapılması gerektiği tartışma konusudur. Örneğin yayım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta davacı yayımcıya ve mtecevize karşı dava ikame ettiğinde yayımcı ticari işletme iken mtecevizin gerçek şahıs olması halinde arabuluculuk görüşmesine her iki davalı da katılmalıdır. Zira dava sonunda verilen hüküm iki tarafı da baęlayacaktır⁵¹⁰. Demir, Av. K. m. 35/A’ya

⁵⁰⁹ Kuru, Cilt 2, s. 1495; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 1088; Muşul, s. 147.

⁵¹⁰ Alica, verdiği örnekte yayımcıların yayım sözleşmesinde yayımlatanın eserinin intihal olduğunun ortaya çıkması halinde uğradığı zararı rücu etme klozu yer aldığını, bu nedenle yayımlatanın da sorumluluğu doğacağından her ne kadar gerçek şahıs olsa da, dava şartı

göre uzlaşma sağlamada, ihtiyari ve mecburi uzlaşma arkadaşlığının söz konusu olduğunu belirtmektedir⁵¹¹.

Bu nedenle muhtemel bir dava arkadaşlığı durumu söz konusu ise uyuşmazlık konusu olay taraflardan sadece biri için dava şartı arabuluculuğa tabi ise de, mecburi dava arkadaşlarının tamamı için arabuluculuk görüşmesine katılma zorunluluğunun, bir başka deyişle mecburi ve ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığının mevzuat ile zorunlu hale getirilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

3.5.2.1.13.2. Davanın Islahı Halinde Arabuluculuğa Başvuru

Islah; taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltmesidir (HMK m. 176). Medeni usul hukukunda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bulunduğu karışı tarafın muvafakati olmayan durumlarda ancak ıslah yoluyla iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkündür (HMK m. 141)⁵¹².

Nitekim **Pekcanitez**, ıslahı, *"tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde yaptığı usûl işlemlerini, kanunda öngörülen sınırlar içinde düzeltmeye yarayan, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının istisnası olan bir hukukî imkân"* şeklinde tanımlamaktadır⁵¹³.

Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu durumlarda iddianın ıslah yoluyla değiştirilmesi gündeme geldiğinde yeniden arabulucuya başvurmak

arabuluculuk görüşmelerine katılmasının zorunlu tutulmasının uygun olacağı kanaatindedir. (Fikri mülkiyet davalarında dava şartı arabuluculuk sunumu, 06.03.2019)

⁵¹¹ Demir s. 116 vd. Yazar, uzlaşma sonucu düzenlenecek tutanağın ilam niteliğini haiz olması dolayısıyla tarafların uyuşmazlığı birlikte ve ayrı ayrı görüşme imkanının olması gerektiğini, nasıl mahkeme içi sulhun geçerli olabilmesi için tüm mecburi dava arkadaşlarının sulh olmayı kabul etmesi gerekli ise, uzlaşmada da uzlaşma tutanağının ancak mecburi uzlaşma arkadaşlarının tamamının kabulü ile geçerli olacağının kabulü gerektiği kanaatindedir.

⁵¹² Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK'ya göre Değiştirilmiş 4. Bası, Ankara 2013, s. 482-483; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 266; Deynekli Adnan, Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara, 2013, s. 15.

⁵¹³ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1487.

gerekli midir, yoksa arabulucuya dava öncesinde başvurmuş olmakla dava şartı yerine getirilmiş midir?

Bu noktada ıslahın etkisine göre ikili bir ayrıma gidilebileceği düşünülmektedir. Davanın tamamen ıslah edilmesi halinde (HMK m. 180), eski dava ortadan kaldırılmakta, yeni bir dava açılmaktadır⁵¹⁴. Bu sebeple, önceki tüm usul işlemleri yapılmamış sayılır (HMK m. 179/1). Islahla beraber önceki taleplerden vazgeçildiğinden dava şartı arabulucuya başvuru da hükümsüz hale gelecektir⁵¹⁵. Kaldı ki, ıslah eden taraf önceki dilekçesinde yer almayan yeni bir talebi de ıslah ile ileri sürmekte olabilir. Bu halde yeni dava konusu dava şartı arabuluculuğa tabi ise arabulucuya başvurmak gerekir. Fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan davalarda örneğin FSEK m. 68 f. 2 uyarınca izinsiz çoğaltılmış kopyaların ve bunları çoğaltmaya yarayan araçların kendisine verilmesini isteyebilir. Ancak bu talebinden ıslah ile vazgeçip tazminat talep etmesi halinde dava şartı arabuluculuğa gidilmesi gerekir.

Kısmi ıslahta ise (HMK m. 181); tam ıslahın aksine ıslah tarihine kadar yapılmış bütün usul işlemleri yapılmamış sayılmaz. Kısmi ıslah, yapıldığı tarihten ileriye yönelik olarak hüküm ifade eder⁵¹⁶.

Özekes, ıslahın yapılabileceği ilk anın iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağının başladığı an olduğunu ileri sürmektedir⁵¹⁷. Yazılı yargılama usulünde davacı için replik davalı için düplik dilekçesinin verilmesi, basit yargılama usulünde ise davacı için dava, davalı için cevap dilekçesinin verilmesi ile dilekçeler teatisi tamamlanır.

Islah tahkikata tabi davalarda tahkikat bitinceye kadar yapılabilir (HMK m. 177). Bir başka deyişle hakimin tahkikatın bitmiş olduğunu tefhim etmesine (HMK m. 184) kadar dava ıslah edilebilir, taraflar tahkikatın bittiği bildirilerek sözlü yargılama aşamasına geçildiğinde sözlü yargılama duruşmasında ıslah

⁵¹⁴ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1540; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 272.

⁵¹⁵ Tartışmalar için bkz. Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk s. 151 vd.

⁵¹⁶ Yargıtay HGK, T. 03.07.2002, E. 2002/564, K. 2002/572 (Lexpera).

⁵¹⁷ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1520.

yoluna başvuramazlar⁵¹⁸. Tahkikata tabi olmayan davalarda ise ıslah sözlü yargılamanın bitimine kadar yapılabilir⁵¹⁹.

Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu davalar genelde tahkikata tabi davalar olduğundan, taraflar hakimin tahkikatın bitmiş olduğunu tefhim etmesine (HMK m. 184) kadar ıslah hakkını haizdir. Bu durumda ıslah ile değiştirilen dava konusunun zorunlu arabuluculuğa tabi olması durumunda, ıslah öncesinde mi sonrasında mı arabuluculuğa başvurmak gerektiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

HUAK'ta arabulucuya başvuru HMK m. 115 f. 2 uyarınca sonradan tamamlanabilir dava şartı olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, tam ıslahta ıslah dilekçesi verildikten sonra bir hafta içinde yeni dava dilekçesinin ibrazı zorunlu olduğundan (HMK m. 180) önce arabulucuya başvurmak ve uzlaşma sağlanamadığı takdirde ıslah yoluyla yargılamaya devam etmek gerekir. Son olarak ıslah talebi sonrasında yeni dava dilekçesinin 1 hafta içerisinde verilmesi zorunluluğu bulunduğundan bu esnada arabulucuya başvurulduğu takdirde 1 haftalık sürenin arabuluculuk süresi boyunca duracağını belirtmek gerekir (HMK m. 180).

Kısmi ıslahta ise, dava değerinin artırılması söz konusu ise amaca göre yorum yapılarak daha az miktar için anlaşamayan tarafların daha çok miktar için anlaşmaları beklenemeyeceğinden arabulucuya başvuru zaman kaybından öteye gitmeyecektir.

⁵¹⁸ Kuru, Cilt 4 s. 3975.

⁵¹⁹ Kuru, Cilt 4 s. 3974.

3.6. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA İLİŞKİN MÜZAKERE MODELLERİ, MÜZAKERE TEORİLERİ VE YAKLAŞIMLARI İLE MÜZAKERE TAKTİKLERİ

3.6.1. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Temel Müzakere Modelleri

İnsanoğlu var olduğu müddetçe çatışma ve uyuşmazlıkların ortaya çıkması doğaldır. Arabuluculuk modelleri; kültürel, teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucu ihtiyaçların değişmesi ile zaman içerisinde gelişmiştir. Geleneksel toplumların birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi (geleneksel) arabuluculuktur⁵²⁰. Farklı dönem ve toplumlarda uyuşmazlığın çözümü için farklı yöntemler geliştirilmekte örneğin şiddet zaman içinde terk edilirken, yargılama gibi yöntemler yerleşip kurumsallaşmaktadır⁵²¹. Modern dünyada küreselleşmenin etkisiyle, farklı toplumlara ait bireyler ile uluslararası ticaret yapan şirketler arasında hukuki ilişkiler artmıştır. Modern toplumların birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi yargılamadır⁵²². Ancak, mahkemelerin iş yükünün ağırlığı, yargılamanın uzun sürmesi ve masraflı oluşu nedeniyle, ilk kez 1976 yılında ABD’de düzenlenen bir konferansta farklı çözüm arayışları gündeme gelmiştir⁵²³. Böylece “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” devlet tarafından hukuk kurallarıyla düzenlenen, yargılama dışı, kurumsallaştırılmış bir dizi yöntem olarak ortaya çıkmış, Geleneksel toplumların uyuşmazlık kurumlarının ve çözüm yöntemlerinin modern topluma aktarımı böylece alternatif uyuşmazlık çözümü ile olmuştur⁵²⁴.

⁵²⁰ Şahin Ceylan, s. 147. Geleneksel toplumlarda uyuşmazlık çözüm yöntemleri; kaçınma, dile getirme, sadakat veya tahammül etme, uyuşmazlığın sembolik ve doğaüstü kavramlara dönüştürülmesi, zorlama, kendine yardım (şiddet), müzakere, arabuluculuk ve tahkimdir. Bkz. Şahin Ceylan s.142-148.

⁵²¹ Şahin Ceylan, s. 1.

⁵²² Modern toplumlardaki hukuk kuralları ve yargılama teşkilatının geleneksel toplumlara aktarılması ise sömürgecilik aracılığıyla olmuştur. Bkz. Şahin Ceylan s.152-155.

⁵²³ Bkz. 1.3. başlıklı bölüm.

⁵²⁴ Şahin Ceylan, s. 155 vd.

3.6.1.1. Geleneksel Arabuluculuk

Geleneksel arabuluculuğun geçmişi insanlık tarihi kadar eskilere uzanmaktadır. Özellikle akrabalık bağlarının güçlü olduğu, aşiretler, azınlıklar, kabileler gibi kapalı toplumlarda uygulanan toplumun çıkarlarının ön planda olduğu bir arabuluculuk modelidir. Toplulukta lider konumunda olan ve genellikle yaşlı bir arabulucu, toplumsal barış ve denge sağlama amacıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığı sosyal statüsü, bilgeliği ve nüfuzunu kullanarak çözmeye ikna eder⁵²⁵.

Devlet yapılanmasının ve yargı yolunun mevcut olmadığı geleneksel toplumlarda, arabuluculuk birincil uyuşmazlık çözüm yoludur⁵²⁶. Uzlaşmanın alternatifi çoğunlukla intikam olduğundan, arabulucu olaydan hemen sonra devreye girer, çoğunlukla kamuya açık alanda görüşmeler yapılır, arabulucu sosyal baskı ile tarafları etkileyebilir ve anlaşma hemen uygulanır⁵²⁷.

Fikir ve sanat eserleri hukuku modern toplumların fikri ürünlerini korumaya yönelik olduğundan geleneksel arabuluculuk yöntemine rastlanması güçtür.

3.6.1.2. Yargısal Arabuluculuk

Yargısal arabuluculukta, arabulucu hakimdir⁵²⁸. Arabulucu öncelikle tarafları sulhe teşvik eder, uzlaşmama halinde bağlayıcı karar verme yetkisini haizdir. Elbette bu karar yasaya göre verilir, bir taraf kazanırken diğer tarafın kaybetmesi söz konusudur. Geleneksel arabuluculuğun aksine yargısal arabuluculukta arabulucunun toplumun nüfuzlu bir üyesi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabulucu devleti temsil eder. Modern toplumda yargısal arabuluculuk yerine tahkimin tercih edildiği görülmektedir.

⁵²⁵ Geleneksel, yargısal ve modern arabuluculuk modellerinin birbirleriyle karşılaştırılması için bkz. Özbek, s. 613.

⁵²⁶ Şahin Ceylan, s. 147.

⁵²⁷ Şahin Ceylan, s. 148.

⁵²⁸ Özbek, s. 595 vd.

3.6.1.3. Modern Arabuluculuk

Modern toplumlarda birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi yargılamadır. Modern arabuluculuk 1970’lerden itibaren küreselleşme ve uzmanlaşmanın etkisiyle yargılamaya alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Geleneksel arabuluculuktan ilham alan modern arabuluculukta, arabulucu, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi olup, taraflar adına bağlayıcı karar verme yetkisi yoktur. Her iki tarafında kazanacağı yaratıcı çözümlere ulaşmak için taraflar arasında iletişimin sağlanması amaçlanmaktadır. Arabulucunun uzmanlığı müzakere sürecinde ve çözüm arayışında yol gösterici olabilir.

3.6.1.3.1. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk

Arabulucunun amacı taraflar arasında iletişimin sağlanmasıdır. Tarafların, ihtiyaç ve çıkarlarına odaklı bir süreçtir. Tarafların uyuşmazlıkları hakkında yaratıcı çözümler üretmesini teşvik eder, ancak çözüm öneremez. Uyuşmazlık konusunda uzman olması şart değildir. Ancak sistematik iletişim teknikleri kullanarak taraflar arasında iletişim kurulmasını sağlar, tarafların kendi çözümlerini yaratmalarını kolaylaştırır.

Bu yöntemde, arabulucu tarafları aktif dinleme tekniklerini kullanarak dinlemek, doğrudan sorular sormak, ortak menfaatlerini tespit etmek, bakış açılarını onaylamak, uyuşmazlığın tarafları arasındaki gerilimi gidermek ve uyuşmazlık için alternatif çözüm geliştirmede taraflara yardım etmek suretiyle, ihtilafı çözüme kavuşturmayı amaçlamaktadır⁵²⁹.

Ancak kolaylaştırıcı arabuluculuk, arabulucunun çözüm önerisi getirememesi nedeniyle, sürecin uzamasına, bazen çözümsüz kalmasına yol açtığından eleştirilmektedir. 12.10.2017 tarihli değişiklikten önce HUAK sistemi kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini benimsemişti. Halihazırda tanımlar başlıklı m. 2’nin “arabuluculuk” tanımını ifade eden (b) bendine “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen,” ibaresi

⁵²⁹ Özmemcu, s. 328.

eklenmiş, aynı yönde m. 15 f. 7 “Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir.” cümlesi eklenerek kolaylaştırıcı ve değerlendirici model ile karma bir model yaratılmıştır.

Kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli taraflar arasında uyuşmazlığın başlangıç seviyesinde daha etkili olabilecektir. Fikir ve sanat eserlerinden doğan hakların ihlali ihtimali gündeme geldiğinde ihlal fiili ve zarar gerçekleşmeden veya henüz büyümeden taraflar arasında iletişimi kolaylaştıran arabuluculuk faaliyeti oldukça etkili sonuçlar doğurabilir.

Örneğin verdiği röportaj sonrası vefat eden ünlü bir sanatçının kayıt altına alınan son görüntüleri ve sesi üzerindeki eser sahipliği ve eserden doğan mali ve manevi hakların kim tarafından kullanılacağına dair bir uyuşmazlıkta, mirasçıların gazeteci ile aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk ile çözmesi medya eleştirilerine maruz kalmaksızın hızlı ve kolay çözüm sağlamış, mirasçıları mahkeme huzurunda yaşanacak streten ve üzüntüden kurtarmıştır⁵³⁰.

3.6.1.3.2. Değerlendirici Arabuluculuk

Değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucu uzmanlığını ve deneyimini kullanır. Arabulucu bilgisiyle tarafları çözüme yönlendirir. Genelde alanında uzman hukukçular olası bir yargılamanın sonucunu tahmin ederek veya hukuki danışmanlık vererek tarafların zayıf ve güçlü yanlarını, dosya içeriğini değerlendirerek adeta bilirkişi gibi tarafsız bir uzman görüşü sağlar. Sadece hukuki değil teknik uzmanlık gerektiren alanlarda da sektör bilgisine dayalı olarak uygun sonucun bulunmasını sağlar. Değerlendirici arabuluculuğun tercih edilme sebebi karmaşık ve teknik konularda tarafların uzmanlığı bulunması sayesinde objektif değerlendirme yapılabilmesi, tarafların dosyanın hukuki içeriği hakkında gerçek dışı beklentileri olması, taraflar arası ilişkiden ziyade uyuşmazlık için hızlı

⁵³⁰ Sargın, s. 353; Agris Cheryl H., Gilbert Stephen P., Miller Charles E. and Kahn Sherman The Benefits of Mediation and Arbitration for Dispute Resolution in Intellectual Property Law, NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, 2011, Vol. 4, No. 2, s. 62.

özüm elde etme istedikleri durumlarda başvurulur⁵³¹. Fikir ve sanat eserlerinden hakların ihlaline dair gizliliğin ön planda olduğu ve hızlı çözüm elde edilmesi gereken uyuşmazlıklarda uzman arabulucu eşliğinde değerlendirici arabuluculuğun faydalı olacağı düşünölmektedir. Burada uzmanlık kilit noktadır.

Sargın, “Fikri Mülkiyet Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk” isimli makalesinde telif hakları konusundaki uyuşmazlıkların eserin kopyalanıp kopyalanmadığı, eser sahibine atıfta bulunup bulunmadığı noktalarında toplandığını, bilgisayar yazılımları ya da karmaşık teknik bilgi gerektiren bir eserin kopyalanması gibi örnekler dışında uyuşmazlığın çözümünün uzmanlık gerektirmediğini ileri sürmektedir. Yazara göre, uzmanlık gerektiren bir uyuşmazlık olsa dahi, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuk için uygundur⁵³².

Örneğin, sanat eseri üzerinde lisans sözleşmesi ile mali hakları kullanma yetkisini devralan kişi, üçüncü kişiye eseri, ambalaj üzerinde kullanma hakkı tanıdığında, eser sahibinin ihlal iddiasıyla üçüncü kişiye karşı ileri sürdüğu tazminat talebinde zararın gerçekçi olarak değerlendirilmesi arabulucu sayesinde hesaplanabilir ve böylece uzlaşma saęlanır⁵³³.

Kanaatimizce, “eser” niteliği tartışması uzmanlık gerektiren bir konudur. Ancak uyuşmazlığın kapsamına ve tarafların birbirlerine karşı rekabetçi veya işbirliği odaklı duruşlarına göre kolaylaştırıcı, değerlendirici veya dönüştürücü model kullanılabilir. Taraflar arasında iletişim mevcut ise kolaylaştırıcı arabuluculuk, uzmanlık gerektiren hızlı çözüme ihtiyaç duyulan teknik bir konu mevcut ise değerlendirici arabuluculuk, ileriye yönelik işbirliğine dönüştürebilecek bir uyuşmazlık söz konusu ile dönüştürücü arabuluculuk modeli etkili olacaktır.

⁵³¹ Kekeç, s. 240-241.

⁵³² Sargın, Alper, Fikri Mülkiyet Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Editör Tekin Memiş, s. 352.

⁵³³ Agris / Gilbert / Miller / Kahn Sherman The Benefits of Mediation and Arbitration for Dispute Resolution in Intellectual Property Law, s. 63.

3.6.1.3.3. Dönüştürücü (Teröpatik) Arabuluculuk

Dönüştürücü arabuluculuk (transformative mediation), ABD’de, Bush/Folger tarafından “The Promise of Mediation” isimli çalışmada ilk defa 1994 yılında incelenmiştir.

Dönüştürücü arabuluculuk ilişki odaklı arabuluculuk olarak da ifade edilmekte olup, uyuşmazlığa çözüm bulmaktan ziyade kişilerin bakış açılarını değiştirerek empati ve tolerans geliştirmelerini sağlamaya çalışır⁵³⁴. Değerlendirme yapmak, çözüm önermek söz konusu değildir. Dönüştürücü arabuluculuk modeli “tanıma” ve “güçlendirme” için fırsat olarak görülür. “Güçlendirme”, bireylerin karşılaştıkları kötü durumlar karşısında, yüzleşme, mücadele etme becerisi kazanmaları ve bunu geliştirmelerine ilişkin bir kazanımdır. “Tanıma” ise, bireylerde diğer tarafın görüşlerine saygı duyma, değerlerini, menfaatlerini anlama, kabul etme veya empati duymayı ifade etmektedir⁵³⁵.

Dönüştürücü arabuluculuk modelinin başlıca özellikleri, süreç boyunca tanıma ve güçlendirme işlevinin vurgulanması, nihayetinde seçimin taraflara bırakılması ve tarafların sorumluluk almasının sağlanması, taraflara karşı yargılayıcı olunmaması ve “en iyi taraflar bilir” prensibi doğrultusunda sürecin yürütülmesi, tarafların haklarını ve taleplerini iyimser bir bakış açısı ile ele alınması, taraflara duygularını tanımlamaları ve altında yatan nedenleri bulmaları için imkan vermesi olarak sayılmaktadır⁵³⁶.

Sorunların altında yatan nedenler, psikolojik ve duygusal boyutların incelenmesini sağlar. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için uygundur.

Fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan uyuşmazlıklarda özellikle birlikte eser sahipliği gibi durumlarda sanatçılar arasında veya sanatçılar ile

⁵³⁴ Kekeç, s. 243-244.

⁵³⁵ Özmumcu, Seda, Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, İÜHFM C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 325-356.

⁵³⁶ Özmumcu, s.329 vd.

menajerleri veya yapımcılar gibi üçüncü kişiler arasındaki sürekli ilişkilerde yapıcı ilişki kurulması adına dönüştürücü arabuluculuğun uygulanması gündeme gelebilir. HUAK sisteminde arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olmaları zorunlu olduğundan hem hukukçu hem terapistlik eğitimi olan kişilerin dönüştürücü arabuluculuk modelini uygulaması mümkün olabilir.

Nitekim *Sargin*, arabuluculuğun taraflar arasında özellikle ticari ilişkinin zedelenmemesini sağladığını hatta fikri haklardan doğan uyuşmazlıkların bu alanda umulmadık fırsatlara dönüştüğünü ve beklenmedik iş ortaklıkları doğmasına vesile olduğu belirtilmektedir⁵³⁷.

3.6.2. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Müzakere Teorileri

Müzakere; başlangıçta farklı hedefleri olan ancak birlikte bir sonuca varmaları gereken iki veya daha fazla tarafın karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşabilmeleri için tartışma ve ikna yoluyla farklılıkları çözmeye çalıştıkları bir etkileşim sürecidir⁵³⁸. Tanımdan anlaşılacağı üzere müzakerenin taraflar arasında iletişim ve müşterek karar verme olmak üzere iki temel unsuru vardır. Müzakere karşılıklı etkileşim ve bilgi alışverişini içerdiğinden dinamik bir süreçtir. Tüm alternatif çözüm yollarında en çok kullanılan yöntem müzakeredir.

Bütün müzakere süreçlerinde ortak olan müzakerenin temel unsurları; en az iki tarafın olması, tarafların çatışan çıkarlarının olması, tarafların geçici ve gönüllü olarak bir araya gelmesi, belli kaynakların bölünmesi, değiştirilmesi ya da oluşturulmasını veya manevi konuların çözülmesini sağlaması, süreç içerisinde istek ya da tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi, fedakarlıklar ve karşı tekliflerin bulunması gibi alt süreçlerin bulunması olarak özetlenmektedir⁵³⁹.

⁵³⁷ Sargin s. 352, naklen Yu, “Pirates to Partners”, s. 902.

⁵³⁸ Çetin, Canan / Arslan Mehmet Lütfi, Müzakere Teknikleri, İlke, Süreç, Uygulama, 5. Baskı, İstanbul, 2014, s. 8.

⁵³⁹ Çetin / Arslan, s. 7 vd.

Müzakere teorileri, dağıtıcı müzakere (zero-sum/distributive) ve bütünleyici müzakere (positive-sum/integrative) olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁴⁰. Dağıtıcı müzakere; aynı bir tahterevallli üzerindeki iki insan gibi, anlaşmanın koşullarının bir taraf lehine olması aynı oranda diğer taraf aleyhine sonuç doğurur. Ortada tek bir pasta vardır, taraflardan her birinin pastadan aldığı pay, diğer tarafın payını küçültür. Bu nedenle ya hep-ya hiç (zero-sum) müzakere adı da verilir. Özellikle konusu para olan alacaklar dağıtıcı müzakereye konu olur. Bütünleyici müzakere ise, birinin şartlarının iyileşmesi diğerinin şartlarının kötüleşmesi anlamına gelmeyecek şekilde taraflar pastayı büyütmenin yollarını ararlar⁵⁴¹.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda lisanslama sözleşmeleri, yayım sözleşmeleri, eser siparişi sözleşmelerinden özellikle televizyon programı ve dizi film yapım sözleşmeleri vb. ileriye yönelik sürekli edimli sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tarafların bütünleyici müzakere teorisi, mali veya manevi hakların ihlali halinde zararın giderilmesi için tazminat ödenmesine dayalı taleplerde ise rekabetçi teori temelli hareket edilebilecektir. Uyuşmazlığın kaynağını tespit etmek tarafların hangi müzakere yaklaşımına yakın hareket edebileceğini öngörmek ve süreci yönetmek için gereklidir.

3.6.3. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Arabuluculuğa İlişkin Müzakere Yaklaşımları

Dağıtıcı ve bütünleyici müzakere teorilerinden doğan müzakere yaklaşımları; rekabetçi (mücadeleci), işbirlikçi, problem çözücü ve iyileştirici müzakere yaklaşımı olmak üzere dört ana grupta incelenir⁵⁴².

Arabuluculuk sürecinde kullanılan temel müzakere yaklaşımlarının birçoğu fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklara da rahatlıkla uygulanabilecektir. Esasen müzakere modellerinden hangisinin en faydalı

⁵⁴⁰ Kekeç, s. 44.

⁵⁴¹ Kekeç, s. 45.

⁵⁴² Kekeç, s. 45.

olduğunu söylemek mümkün değildir. Uyuşmazlığın konusuna, şartlara, tarafların sayısına, tarafların tutumlarına, beklentilerine, kişiliklerine, çıkarlarına ve diğer koşullara göre bu yaklaşımlardan biri tercih edilmektedir⁵⁴³. Bazen, müzakere sürecinin farklı aşamalarında farklı yöntemler kullanılarak, birden fazla yönetime başvurulabilir.

İyi bir müzakere, iyi hazırlanmış ve iyi uygulanmış müzakere becerileri, stratejileri, ve taktikleriyle önemli bir şey üzerinde anlaşmaya varmak adına barışçıl, çözüm odaklı bir girişimdir⁵⁴⁴.

3.6.3.1. Rekabetçi (Mücadeleci) Yaklaşım

Rekabetçi yaklaşım (*competitive approach*)dağıtıcı müzakere temellidir. Her iki taraf da müzakereden en karlı sonucu elde etmeye çalışır. Bunun için taraflar anlaşmanın yapılmaması sonucunu doğuracak risklere katlanmaya hazırdırlar. Taraflar arasında geçmişten gelen bir ilişkinin olmadığı veya önem verilmediği, genelde tek seferlik ilişkilerde bu yaklaşımın tercih edildiği görülmektedir⁵⁴⁵. Mücadeleci yaklaşıma en çok iş uyuşmazlıklarında, sigorta vb. uyuşmazlıklarda rastlanmaktadır⁵⁴⁶.

Mücadeleci yaklaşımı benimseyen tarafın amacı karşı tarafı; kendisinin taahhüt ettiğiinden daha fazla ödün vermeyeceği, kendi öne sürdüğü koşullarda oluşturulacak bir anlaşmanın, karşı tarafın daha önce kabul etmeye istekli olduğu koşullardan daha faydalı olacağı, bir anlaşmaya ulaşmamasının karşı tarafa getireceği maliyetleri, onun daha önce fark ettiğiinden çok daha fazla olacağına ikna etmeye çalışır⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Kekeç, s. 45.

⁵⁴⁴ Sander, s. 21.

⁵⁴⁵ Kekeç, s. 47; Kıyak, Emre, Dönüştürücü Arabuluculuk – Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara, 2018, s. 89.

⁵⁴⁶ Kekeç, s. 47.

⁵⁴⁷ Kıyak, s. 88.

Bu yaklaşıma dayalı müzakere süreçlerinde taraflar baskıcı, tedirgin ve yanlış yönlendiren taktikler kullanılır⁵⁴⁸. Rekabetçi yaklaşımın benimsendiği müzakerelerde kullanılan bu taktikler; ilk teklifi yapmak veya yapmaktan kaçınmak, müzakerelere çok yüksek bir açılış teklifiyle başlamak, mümkün olduğunca küçük tavizler vermek, yapılan teklifin kabul edilmemesi halinde müzakerenin son bulacağı şeklinde ultiatom vermek, karşılık ödün beklemek ve taviz hilelerine başvurmak, verilen tavizlerin geri alınması, blöf yapmak ve aldatmak, kendinden emin duruş sergilemek, deneme teklifleri yapmak, yedek taviz taktiği uygulamak, ya hep ya hiç taktiği, zaman kazanma, yetkim yok taktiği, artan talepler ve son dakika eklemeleri taktiği, basılı belgelerin gücünden yararlanma taktiği, kaybedecek bir şeyim kalmadı taktiği ve dava seçeneğini hatırlatma taktikleri şeklinde sayılmaktadır⁵⁴⁹. Rekabetçi yaklaşımda karşı tarafın stresinden faydalanmak için küçümseme, tehdit etme, iyi polis kötü polis taktiği uygulama, müzakerelere sayıca üstün katılma, abartma ve suçluluk hissettirme, devamlı reddetme, dikkat dağıtma ve beklenenin tersini yapma, öfke veya aşırı üzüntü gösterme, susma, kuzu postunda kurt taktiği ile karşı tarafta kazanan olduğu hissini uyandırma, zayıf görünme, anlamıyormuş gibi yapma, müzakere yerinin yaratacağı stresten faydalanma şeklinde duygusal taktikler de kullanılır⁵⁵⁰.

Rekabetçi yaklaşım katı davranmayı gerektirdiği için bazen müzakerenin anlaşma ile sonuçlanmasını imkansız hale getirebilir. Anlaşmaya varılması halinde bu anlaşma uzun ömürlü olmayabilir. Taraflar arasında bir güvensizlik geliştirir, bu da tarafların gelecekte ilişkilerini olumsuz etkiler. Bu yaklaşım, bazı bilgilerin gizlenmesi ve karşı tarafı yanlış yönlendirmelerini içerdiğinden, ortak değerlerin oluşmasını engeller ve bundan iki taraf da zarar görür⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Kekeç, s. 47.

⁵⁴⁹ Demir, s. 251-268.

⁵⁵⁰ Demir, s. 257-262.

⁵⁵¹ Kekeç, s. 48.

3.6.3.2. İşbirlikçi Yaklaşım

İşbirlikçi yaklaşım (cooperative approach) dağıtıcı müzakere temellidir. Ancak rekabetçi yönetime göre taraflar daha makul teklifler ileri sürer. Eşit olmayan bir anlaşma yerine objektif ve adil bir anlaşmanın hedeflendiği daha medeni bir müzakere şekli olup müzakere eden taraflar hukuki pozisyonlarından çok talep ve ihtiyaçlarına odaklanmaktadır⁵⁵².

İşbirlikçi yaklaşımda iki tarafı da memnun edecek bir anlaşmaya varmak amaçlanır. Bunun için taraflar objektif ölçütleri bilimsel verileri, emsal değerleri esas alarak müzakere yürütür. Aralarındaki ilişkinin sürekli nitelikte olduğu taraflar işbirlikçi yaklaşımla uyuşmazlığı hızlı çözmek isterler⁵⁵³.

İşbirlikçi yaklaşımın başarılı olabilmesi için tarafların tümünün aynı tutum içinde olması gerekir. Aksi takdirde, işbirlikçi yaklaşımda olan kişi karşı tarafın saldırılarına maruz kalabilir. Bu nedenle, işbirlikçi bir tutum içinde olan taraf, karşı tarafın tavrından emin olmalıdır. Bunu anlamak için, karşı tarafa ödün tek parça halinde değil azar azar verilebilir. Karşı tarafa, istenirse kendisinin de rekabetçi bir taraf olabileceği, ancak işbirlikçi olmanın iki taraf için de daha kazançlı olduğu hissettirilebilir⁵⁵⁴.

3.6.3.3. Problem Çözücü Yaklaşım

Problem çözücü yaklaşım (*problem solving approach*) bütünleyici müzakere teorisi çerçevesinde ele alınmaktadır. Arabulucu, taraf anlatımlarının arkasındaki ihtiyaç ve menfaatlerine odaklanarak bu ihtiyaçtan kaynaklanan problemleri anlamaya çalışır. Birden fazla konunun varlığı ve taraf çıkarlarının birbirleri ile uyumlu olması durumlarında bu yaklaşıma başvurulabilir⁵⁵⁵. Rekabetçi ve işbirlikçi yaklaşımdan farklı olarak artı değer üretme anlayışı hakim olduğundan kazan kazan müzakeresi (winwinnegotiation) ve her iki tarafın

⁵⁵² Kekeç, s. 49.

⁵⁵³ Demir, s.268-270.

⁵⁵⁴ Kekeç, s. 50.

⁵⁵⁵ Kekeç, s. 51.

menfaatleri aynı seviyede ön plana çıkarıldığından menfaat temelli arabuluculuk (interest-basedmediation), bütünleyici pazarlık(integrativebargaining), işbirliğine dayalı müzakere (collaborativenegotiation), ilkeli müzakere (princepled model of negotiaion) olarak da ifade edilmektedir⁵⁵⁶.

Harvard Modeli (“gettingtoyes” ve “Harvard concept”) olarak bilinen yaklaşım, 1976 yılında, RogerFisher, William Ury ve Bruce Patton tarafından ortaya konulmuştur. Bu yaklaşıma göre; başarılı bir müzakere için, uyuşmazlığın taraflarına değil soruna odaklanmak, pozisyonlar yerine menfaatlere odaklanmak, opsiyonları çoğaltarak paylaşılacak olan pastayı büyötmek, objektif kriterlerle çalışmak, sınırları bilmek ve en iyi alternatif(BATNA) ile en kötü alternatiffi (WATNA) tespit etmek gerektiğini ortaya koymuşlardır⁵⁵⁷.

Etkili müzakere için, tarafları (duyguları, önyargıları ve algıları), tartışılan sorundan ayırştırmak gereklidir. Bunun için, olumsuz algıları bir kenara bırakmak, karşı tarafın da nihayetinde bir çözüme ulaşmak istediğini fark etmek, empati yapmak, molalar vermek, etkili iletişim kurmak önerilmektedir⁵⁵⁸.

Bu yaklaşıma göre müzakere ile elde edilecek anlaşmaya en iyi alternatifin (BATNA)belirlenmesi önerilmektedir. BATNA (Best Alternativeto a Negotiated Agreement-müzakere edilen bir anlaşmaya en iyi alternatif), kişinin müzakere etmemiş olsaydı elde edebileceği en iyi sonuçtur. BATNA müzakere öncesinde hazırlık aşamasında geliştirilir ve böylece taraflar seçenekleri daha iyi değerlendirerek planlı hareket eder, alternatiflerin çokluğu hakkında yanılgıya düşmez. Böylece BATNA’nın bilinmesi tarafların müzakere ettikleri anlaşmayı en iyi alternatifi ile kıyaslama imkanı sayesinde aslında kabul etmeyecekleri bir anlaşmayı kabul etme riskinden korur⁵⁵⁹.

BATNA oluşturulurken ilk olarak, anlaşmaya varılamaması halinde devreye sokulabilecek alternatifler oluşturulması, bu alternatifler içinden en yakın

⁵⁵⁶ Demir, s.270-271.

⁵⁵⁷ Özbek, s. 141 vd.; Kekeç s. 52 vd.; Demir s. 271; Keçer Korkmaz s. 70 vd.

⁵⁵⁸ Sander, s. 45-46.

⁵⁵⁹ Demir, s. 276.

bulunanın, gerçek bir alternatife dönüştürülmesi, bu seçenekler arasında en iyisinin seçilmesi tavsiye edilir⁵⁶⁰.

Haynes tarafından geliştirilen WATNA (*Worst Alternative to a Negotiated Agreement*) müzakere edilen anlaşmaya en kötü alternatifi belirlemesi, böylece müzakerenin sonuçsuz kalması halinde karşılaşılabilecek en kötü senaryonun bilinmesini sağlar⁵⁶¹.

Fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklarda özellikle sözleşmeye dayalı taleplerde problem çözücü yaklaşımın kullanılması uygundur. Problem çözücü yaklaşımda temel amaç sorunu çözmek olduğundan taraf menfaatleri doğrultusunda ortak çözüme ulaşabilmek için çeşitli tekniklerden yararlanılması tavsiye edilmektedir⁵⁶².

- Kaynakların genişletilmesi (*expansion of the resource*): Örneğin, bir işçi-işveren müzakeresinde asıl uyuşmazlık maaş artışı ise, maaşın yanına sigorta, çalışma koşulları, kreş gibi konuların dahil edilmesi ile müzakere bir kazan/kaybet mücadelesinden her iki tarafı da tatmin eden bir sonuca ulaşılan anlaşmaya dönüşebilir. Bir müzik eserine bazı dijital mecralarda umuma erişim hakkı tanınması karşılığında aynı veya bağlantılı mecralarda esere ilişkin reklam hizmeti verilmesi örnek verilebilir.
- Karşılıklı menfaat değişimi (*logrolling*): Tarafların farklı değer biçtiği menfaatleri arasında değişim yapılması söz konusu olabilir. Bir menfaat taraflardan biri için çok değerliyken, diğeri için daha az değerli olabilir. Örneğin; eser sahibinin vefatı sonrasında mirasçılara tanınan mali hakları kullanma yetkisinde mirasçılar arasındaki uyuşmazlıklar menfaatlerin değişimi yoluyla çözülebilir.
- Menfaatlerin nöbetleşe tatmini (*alternation*): Bu yöntemde taraflardan hiçbirini tercihinden vazgeçmez, ancak her biri farklı zamanlarda kullanır. Böylece hiçbir kayıp olmadan istenilen şeyin bölünemeyeceği hallerde iki

⁵⁶⁰ Kekeç, s. 53.

⁵⁶¹ Özbek, s. 144; Demir, s. 276.

⁵⁶² Kekeç, s. 53-54.

tarafı da tatmin eden bir çözüme ulaşılmış olur. Bir güzel sanat eserinin farklı sergi salonlarında değişik zamanlarda sergilenmesi örnek verilebilir.

- Yeni ve özellikle bütünleyici menfaat temelli çözümler üretilmesi (new and specifically integrative interest based solutions): Bu yöntemde tarafların tümünün ihtiyaçları karşılanmakta ancak karşı tarafın ihtiyaçlarına zarar verilmemektedir. Aynı portakalı farklı nedenlerle isteyen iki çocuk örneğinde birine portakalın kabuğunun, diğerine içinin verilmesi halinde; her iki taraf da yarım portakal sahip olmaktan daha çok tatmin olacaktır. Korsan eser basımında yayınevinin imha yerine taklit eserlerin kapağını değiştirerek piyasaya sürmesi örnek verilebilir.

3.6.3.4. İyileştirici Müzakere Yaklaşımı

İyileştirici müzakerede ilişkileri bozulmuş, kırılgan, küskün taraflar arasında iletişim kurulması ve ilişkinin düzeltilmesi amaçlanır. Bu yaklaşımın temelinde yatan düşünce şudur: İnsanlar anlaşmazlıkları ortadan kaldıracabilecek ve uyuşmazlıkları çözebilecek durumdadırlar. Bunun sağlanabilmesi için birbirleri ile saygı sınırları içinde ve yapıcı bir biçimde iletişim kurmayı başarmalarına yardımcı olunmalıdır⁵⁶³.

3.6.4. Arabuluculuk Sürecinde Kullanılan Temel Taktikler

Arabuluculuk taraflar arasında iletişim sağlamak, ilkeli müzakere yönetmek ve uyuşmazlığı çözüme ulaştırmak amacıyla sistematik teknikler kullanmayı gerektirir. Her arabulucu kendine özgü yaklaşımlar geliştirir, çeşitli safhalarda farklı teknikler kullanır⁵⁶⁴. Bu bölümde fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli arabuluculuk safhalarında kullanılabilecek temel bazı taktikler incelenecektir.

⁵⁶³ Kekeç, s. 56.

⁵⁶⁴ **Kekeç**, arabuluculukta kullanılan temel taktikleri iletişime yönelik temel taktikler, çözüm için gerekli temellere ulaşmaya yönelik taktikler, taraflara doğru bakış açısı sağlamaya yönelik taktikler, anlaşmanın içeriğinin belirlenmesine yönelik taktikler, arabuluculukta düzenin sağlanmasına yönelik taktikler olarak beş grupta incelemektedir (s. 261 vd.).

Taraflar arabulucu nezdinde bir araya geldikten sonra arabulucunun açılış konuşması yapması, arabuluculuk ilkeleri ve safhaları hakkında bilgi vermesi ile süreç başlar. Özellikle ihtiyari arabuluculukta arabuluculuk sözleşmesi imzalanması ve usulünün belirlenmesi için ön görüşme ve hazırlık aşamalarının daha önce gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak dava şartı arabuluculukta, hazırlık ve ön görüşme aşaması genellikle telefon veya eposta yoluyla gerçekleştirilmektedir.

Arabuluculuk sözleşmesinin imzalanması sonrasında uyuşmazlığa dair başlıkların belirlenmesi aşamasına geçilir. Arabulucu her iki taraftan uyuşmazlığı kendi bakış açıları ile ortaya koymalarını talep edecektir. Bu esnada arabulucu eşitlik ve tarafsızlık ilkelerini gözetmeli taraflara eşit mesafede durmalı, tarafları eşit süre ile dinlemelidir.

Arabulucunun süreç boyunca tarafsızlığına gölge düşürecek “iletişimi bozan hallere” dikkat etmesi gerekmektedir. Bu haller, arabulucunun taraflardan birinin bakış açısını benimsemesi (özdeşleşme), önyargılı hareket ederek uyuşmazlık veya taraflar hakkında peşin hükümlü davranması, uyuşmazlığı geçmişte öğrendiği ve benimsediği kalıplarla değerlendirmesi (içe yansıtma), tarafların konuşmalarından etkilenip kendi duygularını bir projektör gibi yansıtması, örneğin öfkelenen arabulucunun karşı taraf esasen sinirli olmamasına rağmen sinirli olduğunu hissetmesi (yansıtma), arabulucunun tarafları dinlerken tepkisel davranması, kendi düşüncelerini dayatması (tepkisellik) ve uyuşmazlığa bağlı olarak ortaya çıkan bazı duyguları abartılı olarak içselleştirmesi, kendine yönelterek bu duyguların acısını birtakım fiziksel davranışlarda bulunarak çıkartma hali (kendine zarar verme) durumlarında iletişim bozulduğu kabul edilir⁵⁶⁵.

Bu hallerde arabulucu öz denetimini yapmalı, taraflara belli bir mesafede durmalı, taraflardan birinden etkilendiğini hissettiği anda kendisine dönme, mola verme, nefes alma gibi taktiklerle tarafsızlığını ve eşit duruşunu korumalıdır.

⁵⁶⁵ Keçer Korkmaz, s. 55-58.

Arabulucu kendisini iletişimi bozan hallerden biri içinde bulduğunda esasen tarafları anlamadığını ve onlara yardımcı olamayacağını hatırlamalı ve profesyonel davranmalıdır⁵⁶⁶.

Uyuşmazlığın belirlenmesi aşamasında arabulucu aktif dinleme ve açık uçlu soru sorma tekniklerini kullanarak olaya dair mümkün olduğunca bilgi edinmeye çalışacaktır.

3.6.4.1. Aktif dinleme tekniği

Aktif dinleme, dinleyicinin verilen sözlü mesajı çözmesi, ifade edilen duyguyu tanımlaması ve aynı anlam ve duygusal yoğunluğu içeren sözcüklerle, mesajın içeriğini onay veya açıklık için tekrar konuşmacıya söylemesinden oluşan bir iletişim tekniğidir⁵⁶⁷. Tercüman olmak gibi unsurları da içeren aktif dinleme tekniği, olayın ortaya konulması, algıların, duyguların, beklenti ve ihtiyaçların ifade edilmesi aşamalarında tarafları anlatmaya teşvik eden, gerginliği azaltan bir yöntemdir⁵⁶⁸. Zira, taraflar kendi taleplerini ve ihtiyaçlarını ortaya koymadan ve anlaşılmadan karşı tarafın taleplerini dinleyemez. Konuşurken dinlendiğini hisseden taraf, süreci sahiplenir ve daha çok bilgi verir⁵⁶⁹.

Aktif dinlemek karşı tarafça anlaşıldığını hissettirmek ve empati kurmak için önemlidir. Nitekim **Rosenberg**, empati kurmak için çok iyi konsantre olarak dinlemenin önemini şu sözlerle vurgulamaktadır: “*Empati başkalarının yaşadıklarını saygıyla anlamaktır. Çoğu kez, empati kurmak yerine kuvvetli bir tavsiye verme, teselli etme, kendi durumumuzu veya duygularımızı açıklama dürtüsü ağır basar. Oysa empati bizi zihnimizi boşaltıp bütün varlığımızla diğerlerini dinlemeye çağırır*”⁵⁷⁰. Aktif dinlemede dikkatli ve ilgili olmak fakat karşı tarafı sorgulamamak, söz kesmemek, konuyu yönlendirmemek gerekir,

⁵⁶⁶ Keçer Korkmaz, s. 56.

⁵⁶⁷ Kekeç, s. 263.

⁵⁶⁸ Rosenberg, Marshall B, Şiddetsiz İletişim Bir Yaşam Dili, 15. Basım, İstanbul 2019, s.124; Keçer Korkmaz, s. 59.

⁵⁶⁹ Demir, s. 292.

⁵⁷⁰ Rosenberg, s. 124.

arabulucu söylenenleri özetleyerek veya “doğru anladıysam şunu ifade ediyorsunuz” vb geri bildirimlerle bunları açığa kavuşturarak ilerler⁵⁷¹.

Müzakereler sırasında taraflar, aynı fikirde olmasalar dahi, karşı tarafı dinlediklerini ve anladıklarını gerek sözlü iletişim gerekse beden dili ile ifade etmelidir. **Çetin**, müzakere eden kişilerin mesajlarının %55’i sözsüz iletişimle, %7’si sözcüklerle, %38’inin ise nasıl söylendiği ile algılandığını belirtmektedir⁵⁷².

3.6.4.2. Açık Uçlu Soru Sorma Tekniği

Açık uçlu sorular; herhangi bir noktaya odaklanmamış, geniş bir cevap potansiyeli olan sorulardır⁵⁷³. Zira, cevabı “evet” ve “hayır” olmayan, diyalogun kesilmesine sebebiyet vermeyen ve anlatımın detaylandırılmasını sağlayan sorulardır. Müzakere başladığında tarafların uyuşmazlıkla ilgili pozisyonunun anlaşılması için sorulur⁵⁷⁴. Açık uçlu sorular ile olayın aydınlatılması hedeflenmektedir. Neden, niçin, niye gibi sorular, taraflara kendilerini savunma ve haklı çıkarma imkanı sağladıklarından ötürü gerginliğin ve çatışmanın tırmanmasına sebebiyet verirler; dolayısıyla bu gibi sorular sormaktan kaçınmak gerekmektedir⁵⁷⁵. Açık uçlu sorulara örnek olarak; sizin için neler önemli, bu size ne hissettirdi, bu durumda ne yaptınız, neye ihtiyaç duyuyorsunuz, tazminat tutarını hesaplarken kullandığınız ölçütler ne, gibi sorular verilebilir⁵⁷⁶. Kapalı uçlu sorular ise cevabı evet ya da hayır olan veya belirli cevabı gerektiren sorulardır⁵⁷⁷. Müzakerenin ilerleyen aşamalarında özelliği olan konulara odaklanmak, gelinen aşamayı teyit etmek için kapalı uçlu sorular sorulabilir⁵⁷⁸.

⁵⁷¹ Kekeç, s. 264.

⁵⁷² Çetin, s. 75.

⁵⁷³ Kekeç, s. 291.

⁵⁷⁴ Demir, s. 309.

⁵⁷⁵ Keçer Korkmaz, s. 60.

⁵⁷⁶ Demir, s. 310; Keçer Korkmaz, s. 60.

⁵⁷⁷ Kekeç, s. 292.

⁵⁷⁸ Demir, s.311.

3.6.4.3. Smart Analiz Tekniği

Bu teknik uyarınca benimsenen çözümde anlaşılmayan hiçbir noktanın kalmaması hedeflenmektedir. Arabuluculuk süreci sonunda mutabık kalınan çözümün uygulanabilir olması için hangi özelliklere sahip olması gerektiğine ilişkin bir tür test olan bu teknik, “*Specific, measurable, achievable, relevant, timely*” kelimelerinin baş harflerinin bir araya getirilmesi ile ifade edilmektedir. Amaç üretilen çözümün her iki taraf için netlik kazanmasını sağlamaktır⁵⁷⁹.

3.6.4.4. Perspektif Değiştirme Tekniği

Perspektif değiştirme metodu ile, bireylere kendi kemikleşmiş pozisyonlarından çıkarak karşı tarafın olayı algılayış biçimleri, duyguları ve ihtiyaçları ile empati kurmalarını sağlamak hedeflenir. Ortak bir çözüm etrafında birleşilebilmesi için olaya farklı açılardan bakabilmek önemlidir. Arabuluculuk esnasında her iki tarafın da bir diğerirolüne bürünerek, olayı karşı tarafın dilinden anlatması ve onun adına birtakım söylemlerde bulunması şeklinde ifade edilen perspektif değiştirme yöntemi, ayrıca tarafların tamamen objektif bir üçüncü kişi olarak olaya dışarıdan bakarak çatışmayı bir tablo gibi uzaktan gördükleri gibi izah etmeleri talep edilmektedir. Böylece “ben”, “sen” ve “üçüncü kişi” gözünden olay değerlendirilerek gerginliğin azaltılması ve başrolde olmak yerine olayın dışarıdan gözlemlenmesi, duygusal yoğunluğun hafifletilmesi ve empati kurulması hedeflenmektedir⁵⁸⁰.

3.6.4.5. Şiddetsiz İletişim Tekniği

Şiddetsiz iletişim, Amerikalı Psikolog Marshall Rosenberg tarafından geliştirilmiş bir tekniktir. Rosenberg, Amerika’da Şiddetsiz İletişim Enstitüsü’nü kurmuş ve bu alanda çalışmalar yaparak bu tekniği dünyaya tanıtmıştır⁵⁸¹. “Kurt dili” ve “zürafa dili” üzerinden tanımlanan şiddetsiz iletişim dilinin sembolik olarak bu iki hayvanı seçmiş olması, kurdun agresif bir hayvan, zürafanın ise,

⁵⁷⁹ Keçer Korkmaz, s. 76.

⁵⁸⁰ Keçer Korkmaz, s. 60.

⁵⁸¹ Keçer Korkmaz, s. 65.

karada yaşayan memeli hayvanlar içinde en büyük kalbe sahip olan, uzun boynu sayesinde yukarıdan bakabilme yetisine sahip bir hayvan oluşundan kaynaklanmaktadır. **Rosenberg**, kişilerin iletişim içinde bulundukları esnada, pek çok defa farkında dahi olmadan saldırgan, suçlayıcı, tehditkar ve eleştirel bir dil olan kurt dilini kullandıklarını belirtmektedir. Şiddetsiz iletişimin unsurları gözlem, duygu, ihtiyaçlar ve ricadır. Şiddetsiz iletişimi bozan haller ise; ahlakçı yargılar, karşılaştırma yapmak, sorumluluğu reddetmektir⁵⁸².

3.6.4.6. Anlaşma aralığının belirlenmesi

Bu yöntemle taraf menfaatlerinin (pazarlıktaki alt ve üst sınırlarının) kesiştiği muhtemel uzlaşma alanının saptanması ile tarafların birbirine ne kadar yaklaştığı tespit edilip böylece daha kısa sürede ortak noktaya ulaşılması sağlanabilir⁵⁸³.

3.6.4.7. Çerçeveleme (reframing)

Çerçeveleme, tarafların söylediklerini, dikkati tarafların çıkarlarına odaklayacak şekilde tekrar ifade etmek şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁸⁴. Bu yöntemde olumsuz söylemlerin daha nazıkçe ifade edilmesi, temel ihtiyaca odaklanmak ve üslubun sertliğinden kaynaklanacak tepki ve gerginliğin azaltılması amaçlanır.

3.6.4.8. Pat Patfoort Modeli

Belçikalı çatışma çözüm uzmanı ve arabulucu Pat Patfoort tarafından geliştirilen bir çatışma çözüm modelidir⁵⁸⁵. Bu model; aşama aşama şiddetin nasıl

⁵⁸² Rosenberg, s. 22.

⁵⁸³ Demir, s. 326-327.

⁵⁸⁴ Demir, s. 306.

⁵⁸⁵ Bu başlık altındaki açıklamalar için bkz. Besemer Christoph, Mediation Die Kunst der Vermittlung in Konflikten, Druckwerkstatt Kollektive GmbH, Darmstadt, 2009, s. 41-47 (Naklen: Keçer Korkmaz, Sevede, Arabuluculuk ve Psikoloji, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uygulamalı Psikoloji Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek lisans projesi, İstanbul 2009).

ortaya çıktığının, üstünlük ve aşağılık duygusunun, kazanma ve yenilmenin, tartışmanın tırmanmasının çatışma ve çözümü için nasıl etkili olduğunu açıklamaktadır. Patfoort'a göre çatışmalar yapıcı biçimde ele alınmadığı takdirde yıkıcı sonuçlar doğurur. Major ve minör model tarafların çatışma esnasındaki pozisyonlarını anlatmak için kullanılır. Aynı bir tahteravalli üzerinde olmak gibi tarafların amacı çatışmada yukarıda (üstün) olmaktır. Taraflardan birinin güçlü birinin güçsüz olduğu durumlarda, güçlü olanın istediğini yapmaktadır. Güçlü pozisyonda bulunma, maddi, manevi, psikolojik, ruhsal veya yapısal sebeplerden kaynaklanabilir. İktidar pozisyonunun kullanılması Patfoort'a göre yıkıcı bir unsurdur ve şiddetin kökünü oluşturur zira bir gerginlik yaratır ve gerginliğin tırmanmasına yol açar. Buna karşılık güçsüz konumdakinin özsaygısı zedelenir. Bu kızgınlık, insanların kendilerini değersiz bulmasına ve ikinci plana itilerek ihtiyaçlarının karşılanmamasına dayanmaktadır.

Güçsüz konumdaki taraf kızgınlığını 3 yöne çevirebilir. İlki, kızgınlığı karşı tarafa yönlendirmektir, bu durumda çatışma tırmandırılır. Örneğin, B kişisi, kendi durumunu güçlendirmek için A kişisine karşı güç kullanmaya çalışır. Bunu da, fiziksel veya sözel saldırı (tartışarak veya hakaret ederek) ile gerçekleştirmeye çalışır. A yine güçlü konumunu geri kazanmak için cevap verir, sertleşir sonuçta ani ve geri dönülemez bir şekilde tırmanan bir tartışmaya dönüşür.

İkinci yön; zincir olarak tanımlanan kızgınlığı üçüncü bir kişiye yöneltmedir. B, A'ya karşı güç kullanmaya çekinirse o zaman tırmanma yukarı değil aşağıya doğru ilerler. B, kendine daha güçsüz bir kişi (C) bulur. C zincirde B'nin de altına bulunan bir halkadandır. C de kızgınlığını kendinden daha aşağı pozisyonda birine yöneltir ve bu şekilde şiddet ortadan kalkmak yerine sürekli başka bir kişiye yönelmek suretiyle devam eder. Kurban ne kadar güçsüzse, ne kadar alt bir kademedeyse, elindeki tartışma aracı da o kadar ilkelleşir. Fiziksel şiddete doğru gitmeye başlar.

Kızgınlığın yönelebileceği üçüncü yön ise, kendine zarar vermektir. Kişi kızgınlığını birtakım dini, etik veya kişisel sebeplerden dolayı başkasına

yöneltemiyorsa, kendine çevirebilir. Bu durumun neticeleri kızgınlıkla kendine zarar verme, moralini bozma, depresifleşme, öfkesini bastırma, kendisine fiziksel şiddet uygulama ve hatta intihara teşebbüs ve intihardır.

Patfoort, çatışmanın yıkıcı doğasına karşılık yapıcı bir metot önermekte ve tarafların eşit ve dengede tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Şiddetsiz davranış biçimi, güçsüz tarafın sessiz kalması ile değil, aksine kendini ifade ederek diğer taraf ile aynı seviyeye çıkması üzerine kuruludur.

3.6.4.9. Friedrich Glasl Yöntemi

Glasl, bir çatışmanın tırmanma sürecinde hangi aşamalardan geçtiğini, bu aşamalarda tarafların ne şekillerde davrandıklarını, bunun başlangıç ve son noktalarının neler olduğunu inceleyerek çatışmalara dair bir profil geliştirmiştir. Glasl metodu, mevcut uyuşmazlık için arabuluculuk faaliyetinin uygulanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır⁵⁸⁶. Arabulucunun, önüne gelen çatışmanın hangi aşamada olduğunu bilmesi, çözüme ulaşmanın mümkün olup olmadığını değerlendirebilmesi açısından gereklidir. Glasl'a göre çatışmanın tırmanma sürecinde her biri üç basamaktan oluşan üç aşama bulunmaktadır. Glasl toplam dokuz basamaktan oluşan tırmanma şemasını her bir aşamanın taraflara etkisi yönünden tanımlamıştır⁵⁸⁷. Buna göre, birinci sınıf; kazanma-kazanma (win-win), ikinci sınıf; kazanma-kaybetme (win-lose), üçüncü sınıf ise kaybetme-kaybetme (lose-lose) sınıfı olarak nitelendirilmiştir.

Birinci aşamada ilk basamak; gerilmedir. Her çatışma tarafların gerginleşmesiyle başlamakta, ancak her gerilmenin uyuşmazlığa dönüşmesi zorunlu bulunmamaktadır. Akabinde kutuplaşmaya gidilir. Bu basamakta karşıt görüşler net bir biçimde ortaya çıkarak, gerilimlerin çatışmaya dönüşmesine sebep olmaktadır. Fikir ve görüş rekabeti mevcuttur ve iletişim bunun üzerinden gerçekleştirilerek bazı taktik ve silahlar kullanılmaya başlanmaktadır. Üçüncü basamak, sözün yerine davranışın geçmesidir. Bu noktada, taraflar için önem

⁵⁸⁶ Bu başlıktaki açıklamalar için bkz. Keçer Korkmaz, s. 84 vd.

⁵⁸⁷ <https://www.mediate.com/articles/jordan.cfm>

taşıyan tek husus, kendi niyetlerini ve hedeflerini gerçekleştirmek ve karşı tarafı isteklerini gerçekleştirme yolunda frenlemektir. Üçüncü basamağa ulaşıldığı zaman artık iletişimde kopmalar meydana gelmektedir. Öfke açık ve net biçimde yaşanmaya, ifade edilmeye ve kendi isteklerini gerçekleştirme arzusu ön plana çıkmaya başlamaktadır. Glasl, ilk üç basamakta çatışmanın kazanma-kazanma (win-win) durumuna getirilebileceğini savunmaktadır.

İkinci aşamada, ilk basamak koalisyonlar oluşturma şeklinde tanımlanmaktadır. Bu seviyede artık başka bir tablo ortaya çıkmaktadır. Karşı tarafla savaşılabilmek için kişi kendi konumunu güçlendirme arayışına geçmektedir. Bunu gerçekleştirebilme yolunda kendine taraftar toplamaya ve karşı tarafı kötülemeye başlamaktadır. Akabinde itibar zedeleme noktasına gelinmektedir. Taraflar, bir diğerinin itibarını zedelemeye konsantre olmaktadır. Bu şekilde karşı taraf yok edilmiş olacaktır. Güven kaybı ise iletişimi zehirlemekte ve kısır döngüyü de kuvvetlendirmektedir. Tehdit etme aşamasında ise taraflar birbirlerini tehdit etmek suretiyle güç gösterisi yapmaktadırlar. Bu şekilde olayın kontrolünü ele geçirmeyi hedeflemektedirler. Bu aşamalara gelindiğinde artık kazanma-kazanma durumu güçleşmekte, kazanma-kaybetme (win-lose) öne çıkmaktadır.

Son aşamada sınırlı yok etme, zarar verici davranışlar planlanmaya ve yürütülmeye başlanmaktadır. Bu seviyede henüz tamamen yok etmeye değil, kısmi zarara odaklanılmaktadır. Yok etme seviyesinde, artık karşı tarafı kökünden yok etmek üzere zarar verici davranışlarda bulunmaktadır. Karşı taraf felç edilmeye ve ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Birlikte yok olma aşamasından sonra ise artık geri dönüş bulunmamaktadır. Bu basamak tarafların yalnızca birine değil, her ikisine de zarar vermektedir. Kendini yok etme pahasına karşı tarafın yok edilmesine odaklanılmaktadır. Sonuçta her iki taraf birlikte yıkıma uğramaktadırlar. Son üç seviye kaybetme kaybetme (lose-lose) seviyesidir. Bu noktada kazanan kimse bulunmamaktadır.

Arabuluculuğun altıncı basamak olan “tehdit” basamağından itibaren uygulanması güçleşmektedir. Zira, taraflar aynı odada bulunarak uyuşmazlığı birlikte çözüme ulaştırabilmeleri çok düşük bir olasılıktır. Arabulucu, Glasl Yöntemi ile çatışmanın seviyesini ölçebilir, tarafları yapıcı seviyede tutmaya çalışır.

3.6.4.10. Grup Arabuluculuğu Teknikleri

Fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklarda örneğin meslek birliklerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda ve eser siparişi sözleşmesi, film yapım sözleşmeleri gibi uyuşmazlıklarda hem taraf sayısı ve uyuşmazlık konuları fazladır. Topluluk davası başlığında da değinildiği üzere⁵⁸⁸ çok taraflı uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümünde grup arabuluculuğuna özgü tekniklerin kullanılması önerilebilir.

Grup arabuluculuğu, çatışma taraflarının ikiden daha fazla olduğu ihtilaflara daırdır. Üç kişiden başlayarak çok geniş gruplar için uygulanabilir. Okullar, kurumsal şirketler, bürokrasiye bağlı işletmeler, kalabalık aileler, sosyal çevre, iş ortaklıkları bu başlık altında arabuluculuğun uygulanacağı gruplardır. Grup arabuluculuğuna özgü başlık belirleme, düşünce barometresi, problem üçgeni, oylama, beyin fırtınası, akvaryum, tedbir önlem planı metodu vb. teknikler kullanılarak yaratıcı ve yapıcı çözümlere ulaşılabilir.

3.6.4.10.1. Başlık Belirleme Tekniğı

Çok taraflı uyuşmazlıklarda veya birden fazla uyuşmazlık konusunun bulunduğu hallerde başlık belirleme tekniğı uygulanarak konuşulacak konular belirlenebilir ve oylama metodu ile bir sıralama yapılarak konular sırayla ele alınabilir.

3.6.4.10.2. Oylama Tekniğı

⁵⁸⁸ Bkz. 3.3.1.2. başlıklı bölüm.

“Oylama metodu” uyarınca arabulucu, grup üyelerinin her birine birkaç tane etiket verilerek belirlenen konu başlıklarını kendileri için önem sırasına göre etiket yapıştırmalarını isteyecektir. Böylece bu metodun sonunda hangi konunun en önemli olduğu ortaya çıkacak, uyuşmazlığın çözülmesine de ilk sıradaki konunun tartışılması ile başlanacaktır⁵⁸⁹.

3.6.4.10.3. Düşünce Barometresi Tekniği

Yukarıdaki teknikleri takiben gerektiği hallerde “düşünce barometresi” tekniği uygulanmaktadır. 0-100 arası bir çizelgeyi temsilen 4 noktadan oluşan değerler belirlenir ve grup üyelerine “sorunun giderilebileceğine dair düşünceniz nedir?” diye sorularak, tarafların buna göre 0-100 arası 4 noktadan kendilerine yakın hissettiklerinin üzerinde toplanmaları istenecektir⁵⁹⁰.

3.6.4.10.4. Akvaryum – Fish Bowl Tekniği

Bu teknikte iç ve dış çember olmak üzere iki çember bulunmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti iç çemberde gerçekleşmekte, dış çemberdekiler ise bu süreci izlemektedirler. Dış çemberden çıkarak iç çembere geçmek ve sürece aktif olarak katılmak isteyen yahut iç çemberden çıkarak süreci dışarıdan izlemek isteyen grup üyelerine bu imkanı tanıyan akvaryum tekniğinin örneğin çok sayıda işçi çalıştıran projelerde sinema sektörü çalışanları ile yapımcılar arasındaki uyuşmazlıklarda hizmet akdine dayalı taleplerde kullanılabileceği düşünülmektedir⁵⁹¹.

3.6.4.10.5. Beyin Fırtınası Tekniği

Beyin fırtınasının amacı, çözüm için mümkün olduğunca seçenek üretmek ve ortaya çıkan seçeneklerin yeni seçenekler akla getirmesinden de yararlanarak

⁵⁸⁹ Keçer Korkmaz, s. 78.

⁵⁹⁰ Keçer Korkmaz, s. 79.

⁵⁹¹ Keçer Korkmaz, s. 80.

geniş bir çözüm katalogu oluşturmaktır⁵⁹². Temel kural, üretilen seçeneklerin denetim ve eleştirisinin ertelenmesidir.

Çok taraflı uyuşmazlıklarda çözüm önerileri beyin fırtınası (brainstorming) tekniği ile de toplanabilir. Beyin fırtınası kısa zamanda akla gelen ilk fikirlerin ifade edilmesiyle mümkün olduğunca fazla fikir toplanmaya çalışılır. Bu teknik uygulanırken örneğin, “çözüm önerileriniz nelerdir?” cümlesini arabulucu tahtaya yazacak, altına da söylenen her fikri not ederek tekniği görselleştirecektir⁵⁹³. Bu yöntemle ayrılması gereken zaman on-on beş dakika ile sınırlandırılmaktadır.

3.6.4.10.6. Tedbir ve Önlem Planı Tekniği

Önlem planı tekniği, arabuluculuk sürecinin sonuçsuz kalmaması ve uyuşmazlığın çözümüne dair ilerleme kaydedilebilmesi için mutlaka her görüşmenin sonunda uygulanması gereken bir tekniktir. Arabulucular tahtaya, “yapılacaklar, kim, ne zaman, nerede, notlar” olmak üzere ihtiyaca göre daha fazla veya daha az sütundan oluşan bir tablo yapmakta ve kararlaştırılan hususları bir sonraki oturuma kadar yerine getirmek üzere görev dağılımı yapmaktadır. Böylelikle sorunun çözümünde taraflar o oturumdan itibaren görevler üstlenmiş ve aktif olarak sürece katılmış olmaktadır⁵⁹⁴.

Sonuç olarak; arabulucu, aktif dinleme tekniği kullanacak, açık uçlu sorular ve söyleneni yeniden formüle etme (reframing) tekniği ile olumsuz söylemleri bertaraf ederek ortak menfaatlerin ve olumlu, yapıcı düşüncelerin belirginleşmesini sağlayacaktır⁵⁹⁵.

Harvard Modeli ve beyin fırtınası tekniklerinin uygulanması ile birden fazla çözüm opsiyonu yaratmak, tarafların tek bir çözümde ısrarcı olunmasını önleyecektir. Uzman arabulucuların deneyimi ve sektör bilgisi sayesinde tarafların

⁵⁹² Demir, s. 321.

⁵⁹³ Keçer Korkmaz, s. 81.

⁵⁹⁴ Keçer Korkmaz, s. 81.

⁵⁹⁵ Keçer Korkmaz, s. 36.

yaratıcı çözümlere ulaşması sağlanarak paylaşılacak olan pastanın büyütülmesine çalışılmalıdır.

3.7. KARŞILAŞTIRMALI FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Fikri mülkiyet hakları ülke sınırlarını aşar mahiyette etki doğurmaktadır. Özellikle lisans sözleşmeleri ile farklı milletlere ait fikri ve sınai hakları kullanma yetkisi devredilmekte ve uyuşmazlıkların tarafsız ve objektif kural ve usullere göre çözümü için uluslararası arabuluculuk merkezleri tercih edilmektedir. Böylece birden fazla hukuk sistemi ve milli kanunlar arasında ihtilaf yaşanmaksızın “belirlilik” sağlanmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ve uygulayan ülkelerde uygulanmaya başlanmıştır⁵⁹⁶. Bu yöntemlerin gelişimi ABD’de 1960’lı yıllara dayanmaktadır⁵⁹⁷. Kıta Avrupası’nda ise 1990’lı yıllarda gelişmeye ve uygulanmaya başlanmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından arabuluculuk merkezleri genellikle tahkim merkezleri bünyesinde kurulmaktadır. Fikir ve sanat eserlerine özgü herhangi bir arabuluculuk merkezi bulunmamakta, ticaret hukuku veya fikri mülkiyet hukuku (intellectual property) kapsamında fikri ve sınai mülkiyet hukukuna özgü bazı kuruluşlar bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme bağlantılı arabuluculuk⁵⁹⁸ ve kurumsal arabuluculuk modelleri bulunmaktadır. Bu çalışmada fikri mülkiyet hukukundaki uyuşmazlıklara özgü arabuluculuk mekanizmalarına değinilecektir.

⁵⁹⁶ Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 151.

⁵⁹⁷ Özbek, s. 222 vd.

⁵⁹⁸ Karşılaştırmalı hukukta mahkeme bağlantılı arabuluculuk hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek, s. 322 vd.

3.7.1. ABD ve İngiltere Uygulamaları

3.7.1.1. ABD Uygulaması

3.7.1.1.1. Amerikan Tahkim Kurulu (AAA)

Amerikan Tahkim Kurulu 1926 yılında kurulmuş olup kar amacı gütmeyen, devlete bağlı olmayan kurumsal tahkim ve arabuluculuk hizmeti veren bir kuruluştur. Mexico City ve Singapur ofisleri mevcuttur. AAA'nın uluslararası paneli yarısı fikri mülkiyet hukuku alanında uzmanlaşmış, 410 yüksek kalitede, tecrübeli hakemden ve arabulucudan oluşur⁵⁹⁹. AAA 1998 yılı için, 10-12%'si 80% başarı ile arabuluculuğa gitmiş olan 400 dava rapor etmiştir.

New York'ta kurulan Uluslararası İhtilaf Çözümü Merkezi ICDR, 1926 yılında kurulmuş olan AAA'ın uluslararası şubesidir. AAA, her yıl neredeyse hepsi Birleşik Devletler'de vuku bulan onbinlerce tahkimi yürütmekte olup dünyanın en büyük kurumsal tahkim merkezi sıfatını taşımaktadır⁶⁰⁰. ICDR, uluslararası faaliyet ağını bölge ofisleri ve 43 ülkede 60'dan fazla tahkim kuruluşuyla işbirliği yaparak geliştirmiştir. ICDR, ayrıca UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre yürütülen milletlerarası tahkimlerde atama mercii olarak idari hizmetler sunmaktadır.

3.7.1.1.2. Fikri Mülkiyet Hukukunda Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri Federal Circuit Temyiz Mahkemesi tarafından 3 Ekim 2005'te yürürlüğe konulan alternatif uyuşmazlık çözüm programı, tarafların sözlü yargılamadan önce anlaşamadıkları konuların çözümünü müzakere etmelerine yardımcı olmak için tasarlanmıştır⁶⁰¹. Mahkeme'nin arabuluculuk

⁵⁹⁹ Fernandez Carmen Collar / Spolter Jerry, International IntellectualPropertyDisputeResolution: Is Mediation a SleepingGiant?,DisputeResolutionJournal, AAA Inc, 1998.

⁶⁰⁰ Karademir, Ebru, Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması, MHB, C. 32, S. 2, 2012, s. 87.

⁶⁰¹ Levenson Dean Wendy, Let'sMake a Deal: NegotiatingResolution of IntellectualPropertyDisputesthroughMandatoryMediation at the Federal Circuit , 6 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. [i] (2007).

programı, taraflara fikri mülkiyet alanında uzmanlaşmış bir arabulucunun hizmetinden faydalanarak uyuşmazlıklarını riskten uzakta, resmi ve bağlayıcı olmayan bir zeminde, gizlilik içinde, zaman kazandıran ve yaratıcı çözümlerle çözüme imkanı tanımıştır.

Federal Circuit Programı, avukat aracılığıyla takip edilen tüm uyuşmazlıklar için uygundur. Arabuluculuk ofisi çalışanları, arabulucunun tayininde uyuşmazlığı özetleyen metindeki parametreleri değerlendirir. Arabuluculuk seçimiyle ilgili sorular arasında; uzlaşma geçmişi, "Bu dosyanın arabuluculuk için uygun olabileceğine inanıyor musunuz?" gibi soruların bulunmasının yanı sıra Danışman, aday arabulucuya bir davanın arabuluculuk için neden olgunlaşmadığını gerekçelendirmesini isteyebilir yahut davanın mahkemenin arabuluculuk programına dahil edilmesine ilişkin diğer bilgileri sunmasını talep edebilir. Uzlaştırma potansiyelinin değerlendirilmesine Mahkeme heyeti başvuru notları, ilgili kararları ve alt mahkemelerden gelen itirazları da göz önünde bulundurur. Circuit Arabulucu Şefi ve Circuit Arabuluculuk Görevlisi, bir dosyanın zorunlu arabuluculuk makamına atanması konusunda karar almadan önce, avukatlara, başta arabuluculuk kurumuna katılmada tereddütleri olduğu anlaşılan tarafa uzlaşmaya engel olabilecek olası engellerin daha iyi anlaşılması için ek sorular sorabilir. Arabuluculuk ofisinin başvurunun, arabuluculuk programına dahil edilmesine karar vermesiyle birlikte tarafları yüz yüze veya telefon ortamında gerçekleşecek arabuluculuk oturumun tarihi ve atanan arabulucunun kim olduğu hususunda bilgilendirir.

Mahkemenin görevlendirdiği Circuit Arabulucu Şefi'nin yanı sıra Mahkeme, fikri mülkiyet konusunda uzmanlaşmış ve tamamen gönüllülük esasına dayalı şekilde arabulucu olarak hizmet verecek bilirkişi kadrosunu da tayin eder.

Gönüllü arabulucular, arabulucu olarak sahip oldukları engin tecrübeler dikkate alarak, atandıktan sonra arabuluculuk sürecinin yürütülmesi hususunda geniş bir serbestiye sahiptir. Mahkeme görevlisi gibi kurum içi arabulucular ise

daha standart bir formata tabidir. Arabulucular çoğunlukla Washington D.C.'de bulunan Federal Circuit tesislerinde görevlerini ifa ederler.

Uzlaşma oturumunun başlamasından bir hafta önce taraflar, Circuit Arabulucu Şefine arabuluculuk konusu ile ilgili gizli ifadelerini ibraz ederler. Bu beyanlar kamuya ifşa edilmeyeceği gibi karşı tarafla da paylaşılmayacaktır. Beyanların, uyuşmazlığın mahiyeti, uyuşmazlıkla ilgili vakaları, ilgili otoriteyi, yetki alanıyla ilgili sorunları, önceki anlaşma çabalarını, her iki tarafın en güçlü ve en zayıf olduğu hususları, uzlaşmaya tabi olamayacak pozisyonları ve uzlaşmaya engel olabilecek diğer tartışmaları vb. samimi bir şekilde içermesi gereklidir.

Federal Circuit Arabuluculuk Başvuru Kılavuzu uyarınca taraflar bir avukatın yanı sıra anlaşmaya yetkili bir temsilci ile oturuma katılmak zorundadır. Anlaşmaya yetkili temsilci ile asgari yahut azami sınırlar içerisinde bir miktar parayı teklif veya kabule izin verilmiş kişi anlamında kullanılmamaktadır. Bunun ötesinde, taraf temsilcisini arabuluculuk oturumu esnasında yaşanan gelişmelere bağlı olarak bağımsız karar alabilecek ve tecrübesine bağlı olarak yaratıcı çözümler üretebilecek kişi olarak öngörmüştür.

Bir mahkeme alternatif uyuşmazlık çözüm programına iyi niyetle katılım bekleyebilirken, "zorunlu" bir arabuluculuk programı aracılığıyla bile uzlaşmayı zorlayamaz. Bununla birlikte, avukatlar müvekkillerini arabuluculuk görüşmesine hevesli ve açık fikirlerle gelmeleri için teşvik etmelidir. Arabuluculuk, geniş ilgi alanlarını karşılayan sonuçlar vererek, benzersiz sorunlara özel olarak tasarlanmış bir yaklaşım sunabilir⁶⁰².

3.7.1.1.3. Örnek Davalar ve Arabuluculuk Uygulamaları

ABD Fikri Mülkiyet Hukuku Derneği'nin (AIPLA) yapmış olduğu araştırmaya göre fikri mülkiyet davalarının ortalama maliyetinin 400.000.- USD'den fazla olduğu, patent davalarında bu miktarın arttığı, örneğin Kodak vs.

⁶⁰² Zorunlu Arabuluculuk uygulamasının aktarıldığı makale için bkz. Dean Wendy Levenson, "Let's Make a Deal: Negotiating Resolution of Intellectual Property Disputes through Mandatory Mediation at the Federal Circuit", 6 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. [i] (2007), s. 365-372.

Polaroid davasının taraflardan her birine 100.000.000.-USD'ye mal olduğu, marka ve haksız rekabet davalarının ortalama 500.000 USD maliyeti olduğu tespit edilmiştir⁶⁰³.

AIPLA'nın yapmış olduğu araştırmaya göre 2017 yılında 2015 yılına göre patent ihlali davalarının maliyetlerinde ciddi bir düşüş yaşanmıştır. Bunun nedeni olarak da tarafların dava yolu yerine, Patent ve Marka Ofisi'nde hak arama yolunu seçtikleri gösterilmiştir⁶⁰⁴.

Apple ile Samsung arasındaki uyuşmazlığın çözümü için davaya bakan mahkeme, Apple'ın Nisan 2012'de ikinci davayı açmasından sonra uyuşmazlığı arabulucuya sevk etmiş, ancak taraflar anlaşmazlıklarını çözümleyebilecek ortak bir zemin bulamamışlardır⁶⁰⁵. İkinci yargılamadaki jüri, her ne kadar Apple lehine 119,6 milyon USD ödenmesine karar vermişse de, Apple'ın da Samsung'un patent hakkını ihlal etmesinden dolayı Samsung'a 158.000 USD ödemesi gerektiğini karar altına alınmıştır. İlk yargılamadan ikinci yargılamaya, Samsung'un verdiği zararın 1 milyar dolardan 119.6 milyon dolara düştüğü gerçeği, tarafların arabuluculuğa başvurmalarının her ikisi için de faydalı olabileceği anlamına gelmekteydi. Arabuluculuğun sunmuş olduğu avantajlara karşın Apple ve Samsung arabuluculuk vasıtasıyla uzlaşma konusunda başarılı olamamışlardır. 2014 Ağustos ayında taraflar yapmış oldukları ortak açıklama ile birbirlerine karşı ABD dışında yöneltmiş oldukları tüm talepleri geri çektiklerini

⁶⁰³ Chis. X. Marka hukuku uyuşmazlıkları genelde iltibas ihtimalinden doğar. Taraflar tüketici nezdinde karıştırılma ihtimali olup olmadığı konusunda mahkemeye sunmak üzere delil toplamak zorunda kalacaktır. Tüketici davranışlarına dair bu araştırmaların maliyeti 40.000 USD'den fazla tutmaktadır. Ancak her iki taraf da araştırma için bu kadar zaman ve para harcayacaklarına, belirli bir miktar karşılığında anlaşıp birlikte uyuşmazlığın kapsamını daraltabilecektir. Esasen taraflar yönettikleri veya girmeyi umdukları pazarın özelliklerini gayet iyi bilmekte, bu tür araştırmaları ortak mutabakatla sınırlandırarak, kendi pozisyonları hakkında çoktan bildikleri zayıf ve güçlü yanlarını ispat etme yükümlülüğünü azaltmaktadır. Yargılama yolunun ne kadar uzun sürdüğü konusunda bir örnek vermek gerekirse; "Gatorade is ThirstAidforThatDeepDown Body Thirst." sloganından doğan uyuşmazlıkta, davacı "THIRST-AID" ve "First AidforYourThirst" marka hakkı sahibinin 1984 yılında başlattığı dava, 1990 yılında sona ermiş, davacı lehine 43 milyon USD hükmedilmiş iken temyiz sonunda 1995 yılında rakam 27 milyon USD ye inmiştir.

⁶⁰⁴ <https://www.aipla.org/detail/journal-issue/economic-survey-2017>

⁶⁰⁵ JeonHyejin / ChoyKenneth, ComparativeStudy on CivilMediationand Apple v. Samsung: Mediation in IntellectualPropertyDisputes, Journal of KoreanLaw, Vol. 14, December 2014, s. 117-130.

ve sadece ABD’de devam eden yargılamaya devam edeceklerini beyan etmişlerdir. Anlaşma, iki titan arasında herhangi bir lisans düzenlemesi içermiyordu. Taraflar arasında 9 farklı ülkede süren yargılama süreçleri vardı ve bu sözleşme ile bu yargılama süreçlerinden ABD’de devam eden haricindekilerin sona erdirilmesine karar verilmişti. Dava bilgi teknolojileri sektöründe arabuluculuk kurumunun karşılaştığı zorlukları yansıtmaktadır⁶⁰⁶.

3.7.1.2. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi

İsmi ve merkezi Londra olmakla beraber LCIA, milletlerarası bir tahkim kurumudur. LCIA, 1892 yılında “Londra Tahkim Odası” altında kurulmuş olup 1995 yılında bugünkü ismini almıştır. Tahkim kurumlarının en eskisidir. LCIA, ICC kadar olmasa da her sene kayda değer sayıda başvuru kabul etmektedir. Bu başvuruların %30’u İngiltere ve Birleşik Devletler’den gelmektedir⁶⁰⁷. LCIA, 2008 yılında Dubai Uluslararası Finans Merkezi işbirliğiyle Dubai’de bir bölge ofisi (“DIFC-LCIA”) açmıştır. 2009 yılında ise, Yeni Delhi’de bir ofis kurmuştur. Milletlerarası tahkimi teşvik etmek ve tahkim için önem arz eden bölgelerdeki kullanıcıları ile ilişkisini daha iyi yapılandırmak için LCIA; Avrupa, Kuzey Amerika, Asya-Pasifik, Orta Doğu, Afrika ve Latin Amerika’da kullanıcı konseyleri kurmuştur.

Kurumsal arabuluculuk hizmeti de veren LCIA bünyesinde çok sayıda uzman arabulucu bulunmaktadır⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ JeonHyejin / ChoyKenneth, ComparativeStudy on CivilMediationand Apple v. Samsung: Mediation in IntellectualPropertyDisputes, Journal of KoreanLaw, Vol. 14, 2014, s. 117-130. Apple tarafından açılan davalar, akıllı telefon pazarında Samsung’un faaliyet göstermesini durdurmaya yönelik ihtiyati tedbir taleplerini içeriyordu. Buna karşılık arabuluculuk süreci, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak üzere tasarlanmış olup bu süreçte taviz vermek, uyuşmazlığın ortadan kaldırılması için gereklidir. Tarafların birincil hedefinin rakibini tamamen pazar dışında bırakmak ve ikincil hedefinin de maddi anlamda zarar uğratmak olduğu bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk süreci ile çözümü olası değildir. Bilgi teknolojileri sektöründeki tazminat ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklarda, lisans sözleşmesinin ihlali gibi sözleşmeye dayalı uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, arabuluculuk sorunun çözümünü kolaylaştırmaya olanak sağlar.

⁶⁰⁷ Karademir, s. 73-104.

⁶⁰⁸ https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Mediation.aspx

3.7.2. Avrupa Birliği Uygulamaları

Yeşil Kitap çalışmasından sonra AB’de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından özellikle arabuluculuğa önem verilmeye başlanmış ve 18 Eylül 2002 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı” yayınlanmıştır. Bu kararla Komite, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’nin, Avrupa Birliği genelinde hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun yaygınlaşması için AB kurumlarını teşvik etmesini öngörmektedir.

Komisyon nezdinde 2004 yılında “Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları” hazırlanmıştır. Akabinde, 2008/52 sayılı ve 21.05.2008 tarihli “Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi” yürürlüğe girmiştir. Yönerge ile en geç 21 Mayıs 2011 tarihine kadar üye ülkelerin yönergeyi iç hukuklarına aktarmaları öngörülmüştür. Yönerge, temel olarak sınır ötesi uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümünde uygulanacak olup, milli uyuşmazlıkların çözümünde de uygulanabilir. AB’de yaşanan gelişmeleri dikkate alan OHIM, 24 Ekim 2011 tarihinden itibaren marka ve tasarım uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk hizmeti sunmaya başlamıştır⁶⁰⁹. EUIPO (Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi) bünyesinde, taraflara Alicante veya Brüksel şehirlerinde arabuluculuk hizmeti sunmaktadır⁶¹⁰. Arabuluculuk hizmeti Alicante şehrinde ücretsiz olarak, Brüksel şehrinde ise 750 Euro ücret karşılığında verilmektedir.

3.7.3. Asya, Uzakdoğu ve Ortadoğu Uygulamaları

3.7.3.1. Japonya Fikri Mülkiyet Tahkim Merkezi (JIPAC)

Japonya’da “chusia” sözcüğü “ortada karar vermek” anlamına gelmekte olup arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarının Japon uluslararası tahkim

⁶⁰⁹ İmamoğlu, s. 58.

⁶¹⁰ <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/mediation>

yönteminde güçlü bir etkisi bulunmaktadır⁶¹¹. Japonya Fikri Mülkiyet Tahkim Merkezi (JIPAC) 1998 yılında kurulmuştur⁶¹². Japonya Barolar Birliği ile Japon Patent Vekilleri Kurumunun desteklediği JIPAC'ın bünyesinde arabuluculuk merkezi de mevcuttur.

3.7.3.2. Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu (CIETAC)

CIETAC dünyada en iyi bilinen ve tanınmış tahkim merkezlerinden biri olup kuruluşu 1954 yılına dayanmaktadır. Hong Kong ve Pekin'deki ofisleri ile CIETAC hızla uluslararası dava yönetimi konusunda başlıca görev üstlenmektedir. Komisyon bünyesinde arabuluculuk hizmeti de verilmektedir⁶¹³.

3.7.3.3. Hong Kong Tahkim Merkezi (HKIAC)

1985 yılında kurulan Hong Kong Tahkim Merkezi bünyesinde oluşturulan Hong Kong Arabuluculuk Konseyi 1994 yılında kurulmuştur⁶¹⁴. HKIAC sistemi uyarınca herhangi bir sözleşme ile ilgili veya sözleşme dışı bir uyuşmazlık öncelikle arabuluculuk usulüne havale edilmektedir⁶¹⁵.

3.7.3.4. Ürdün Uygulaması

Ürdün'de fikri mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklar için zorunlu bir arabuluculuk sistemi öngörülmemektedir. Uygulamada ihlal şüphesi halinde mahkemelerin re'sen araştırma yetkisi olduğu için alternatif çözümler yerine uyuşmazlık halinde mahkemeler tercih edilmektedir. Arabuluculuk 2006 yılında yasalaşmış ve özel hukuk alanında üç tip arabuluculuk mekanizması kabul edilmiştir⁶¹⁶. İlk olarak gönüllü arabuluculuk, ayrıca Arabuluculuk Müdürlüğü

⁶¹¹ Özmumcu, s. 215.

⁶¹² <https://www.ip-adr.gr.jp/eng/business/mediation/>

⁶¹³ <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=index&id=393&l=en>

⁶¹⁴ <http://www.hkiac.org/mediation/what-is-mediation/hong-kong-mediation-council>

⁶¹⁵ Özmumcu, s. 207.

⁶¹⁶ Malkawi Bashar H., Using Alternative Dispute Resolution Methods to Resolve Intellectual Property Disputes in Jordan, California Western International Law Journal, Vol. 43, 2012, s. 141-155.

bünyesinde hakimlerden oluşan arabuluculuk kurulu ve üçüncü model ise Adalet Bakanlığının atadığı uzman arabuluculardan oluşmaktadır. Ürdün’de fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında tahkim usulü yasa ile düzenlenmemiştir.

3.7.4. WIPO Arabuluculuk Merkezi Kuralları

WIPO, Birleşmiş Milletler’in fikri mülkiyet alanında uzman kuruluşu olup, 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm’de imzalanarak 1970 yılında yürürlüğe giren, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Anlaşması ile kurulmuştur.

WIPO, kuruluşunun ilk dönemlerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili bir kurum olmamakla birlikte zaman içerisinde WIPO tarafından fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümünde uzmanlaşmış bir kuruma ihtiyaç olduğu tespiti yapılmıştır. WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi 1994 yılı Ekim ayından itibaren WIPO’nun idari işlerini yürüten Uluslararası Büro’nun idari bir birimi olarak Cenevre’de hizmet vermeye başlamıştır.

Merkez, arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözümü için 28 maddeden oluşan WIPO Arabuluculuk Kuralları (WIPO Mediation Rules) hazırlanmıştır⁶¹⁷.

WIPO tarafından, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak; arabuluculuk, tahkim, hızlandırılmış tahkim ve uzman değerlendirmesi öngörülmektedir⁶¹⁸. Ayrıca WIPO ADR bünyesinde alan adı uyuşmazlık çözüm merkezi bulunmaktadır⁶¹⁹. WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi bünyesinde ve yönetiminde yürütülen bu yöntemlere ilişkin kurallar, ayrı ayrı düzenleme alanı bulmuştur. WIPO Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleriyle ilgili kurallar, her hukuk sistemiyle uyumlu olacak şekilde hazırlanmıştır⁶²⁰.

⁶¹⁷ <https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/> (erişim tarihi 14.07.2019)

⁶¹⁸ <https://www.wipo.int/amc/en/> (erişim tarihi 14.07.2019)

⁶¹⁹ <https://www.wipo.int/amc/en/domains/> (erişim tarihi 14.07.2019)

⁶²⁰ Ekler, Çağdaş, Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları ve Arabuluculuk, Ankara 2013, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı yayımlanmamış yüksek lisans tezi, s. 78.

WIPO Arabuluculuk Kuralları (WIPO Mediation Rules) ile bu kuralların kapsamı (m. 2), arabuluculuğun başlangıcı (m. 3-6), arabulucunun seçimi (m. 7), arabulucunun rolü (m.14), gizlilik (m. 15-18), arabuluculuk sürecinin yürütülmesi (m. 9-12), arabuluculuk sürecini sona erdiren haller (m. 19-21), arabulucunun ücreti ve masraflar (m. 22-25), arabulucu ile WIPO ve WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinin sorumsuzluğuna ilişkin hükümler (m. 25-26) ve arabuluculuk sürecinin dava zamanaşımına etkisi (m. 28), yirmi sekiz madde halinde düzenlenmiştir.

WIPO Arabuluculuk Kuralları uyarınca, arabuluculuk süreci, arabuluculuk anlaşmasının taraflarından birinin WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi'ne bir "Arabuluculuk Talebi" göndermesi ile başlar (m. 3). Taraflar arasında imzalanmış bir arabuluculuk sözleşmesi bulunmadığı takdirde Merkez, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümü talebini karşı tarafa iletir (m. 4). Arabuluculuğun başlangıç tarihi olarak Merkez'e başvuru tarihi esas alınır (m. 5). Merkez, arabuluculuk talebi ve başlangıç tarihi konusunda düzenleyeceği bir belge ile tarafları derhal haberdar eder (m. 6). Arabulucunun seçimi m. 7'de detaylı olarak düzenlenmektedir. Madde uyarınca; Aksi kararlaştırılmamışsa, Merkez taraflara aday arabulucuların listesini gönderir. Listede en az üç arabulucu adayının isimleri alfabetik sırayla yazılır. Liste arabulucuların özelliklerine dair bilgiler içerir. Tarafların arabulucu hakkında mutabık kaldığı belirli özellikler bulunduğu takdirde listede bu özellikleri haiz arabulucu adaylarına yer verilir. Taraflardan her biri itiraz ettiği adayın ismini silme hakkına sahiptir ve tercih ettiği arabulucu adaylarını öncelik sırasına göre numaralandırır. Taraflardan her biri işaretlediği listeyi kendisine ulaştığını izleyen tarihten itibaren yedi gün içinde Merkez'e geri göndermekle yükümlüdür. Aksi takdirde listedeki tüm adaylara muvafakat etmiş sayılacaktır. (m. 7). Taraflarca listenin geri gönderilmesi veya gönderilmesi için tanınan sürenin dolmasını takiben, en kısa sürede, Merkez tarafların tercihleri ve itirazlarını dikkate alarak listeden en uygun kişiyi arabulucu olarak atar. Eğer taraflarca geri gönderilen liste, her iki tarafça kabul edilebilir bir arabulucu belirlenmesine uygun değil ise, Merkez arabulucuyu re'sen atama yetkisini

haizdir. Arabulucu tarafsız ve bağımsızdır (m. 8). Taraflar arabuluculuk görüşmelerine temsilci ile katılabilirler (m. 9). Arabuluculuk tarafların kabul ettikleri usule göre yürütülür. Taraflarca belirlenmemiş ise arabulucu WIPO arabuluculuk kuralları uyarınca izlenecek usulü belirler. (m. 10). Arabulucu uygun olduğuna inandığı çözümü teşvik edebilir ise de tarafları kabule zorlama yetkisi yoktur (m. 14). Görüşmeler kayıt altına alınamaz (m. 15). Aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk sürecine katılan herkes gizlilik ilkesine saygı göstermek zorundadır (m. 16). Aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk sırasında sunulan belgeler kullanılmaz, alınan notlar süreç sonunda imha edilir (m. 17).

Arabuluculuk süreci, tarafların uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmının çözümüne dair bir anlaşma imzalaması; arabulucunun sürecin devam ettirilmesinde fayda görmemesi veya taraflardan birinin tek taraflı arabuluculuk sürecini sona erdirdiği yönünde yazılı beyanda bulunması ile sona erebilir (m. 19).

WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi verilerine göre, Merkez kuruluşundan bugüne kadar büyük bir kısmı fikri mülkiyet hakları ile ilgili olmak üzere 600’ün üzerinde tahkim, arabuluculuk ve hakem bilirkişilik vakası yönetmiştir⁶²¹. Başvuruların ağırlıklı kısmını tahkim ve arabuluculuk vakaları teşkil etmekte olup, % 33’lük kısmı önce arabuluculuk sonrasında ise tahkim yöntemi ile takip edilen arabuluculuk-tahkim (Med-Arb) yöntemini içermektedir. Başarı oranı ise arabuluculukta %70, tahkimde %40 olarak açıklanmıştır⁶²².

WIPO arabuluculuk çözüm usulünde, taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde arabuluculuk yolunun tercih edileceğine ilişkin bir arabuluculuk anlaşması bulunması gerekmektedir. Arabuluculuk anlaşması bulunan bir uyuşmazlıkta, taraflardan birinin Merkez’e “Arabuluculuk Talebi” göndermesi ile arabuluculuk süreci başlamış olur. Aynı tarafın ilgili talebin bir kopyasını uyuşmazlığın diğer tarafına da göndermesi gerekmektedir.

⁶²¹ <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>

⁶²² <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tarafsız ve bağımsız bir arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına da danışılarak Merkez tarafından seçilir. Arabulucu, WIPO tarafından hazırlanan 70 ülkeden 1.500'e yakın bağımsız ve konusunda uzman arabulucu, hakem ve bilirkişi listesinden seçilebileceği gibi farklı bir arabulucunun seçimi de mümkündür. Arabulucu yardımıyla taraflar arasındaki sorun tanımlanır, tarafların ihtiyaçları değerlendirilerek kazan-kazan yöntemi ile aralarındaki uyuşmazlığa ortak bir çözüm bulunmaya çalışılır.

WIPO nezdinde, fikir ve sanat eserleri hukuku sinema ve medya endüstrisi uyuşmazlıkları için özel olarak hazırlanan “tailormade” kurallar hazırlanmıştır⁶²³. Arabuluculuk için biçilmiş kaftan diye tabir edilen kurala bir örnek vermek gerekirse; Filmler ve Medya için arabuluculuk kuralları üzerinde kısa bir analiz yapılabilir. Bu film ve medya endüstrisindeki yapım, ortak yapım, telif hakkı, finansman, dağıtım, yayıncılık, laboratuvar girişi, fonlama, geliştirme, müzik senkronizasyonu, pazarlama, sigorta, sanatçı ve yetenek, yeni medya, sponsorluk, ortak mülkiyet hakkı ve yine lisans sözleşmeleri, gizlilik ve TV ve medya formatları gibi faaliyetlere ilişkin değişik türdeki belli başlı sözleşmeler ile ilgili sınır ötesi ihtilaflar için tasarlanmıştır. Bu ihtilaflarda azaltılmış iş programı ve film ve medya endüstrisindeki uzmanlık oldukça önemlidir. Bu anlatılanlar ışığında tarafsız ve film ve medya alanında uzman kişilere ilişkin bir liste oluşturulmuştur. Söz konusu kurallar ile en hızlı çözüm garanti edilmiştir.

3.7.5. Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

DTÖ, uluslararası ticaretin eşitlik ilkesi gözetilerek serbestleştirilmesi amacıyla 1995 yılında kurulmuş uluslararası bir örgüttür. DTÖ Kuruluş Anlaşması⁶²⁴ ülkemizde 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve Türkiye 26.03.1995 tarihinde DTÖ’nün kurucu üyelerinden biri olmuştur. Üye ülkeler arasında Dünya Ticaret

⁶²³ Hatanaka, AsakoWechs, Mediation And IntellectualPropertyLaw A European And ComparativePerspective, Strazburg Üniversitesi doktora tezi, 2016, s. 248.

⁶²⁴ “Marrakesh Agreement Establishing The World TradeOrganisation” olarak adlandırılan anlaşmanın tam metni için bkz. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

Örgütü anlaşmalarının uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usulleri Hakkındaki Mutabakat Metni (DSU) ile kurulmuş olan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması'nda (UÇM) görülmektedir.

Yu; “Korsanlıktan Ortaklığa” isimli makalesinde ABD'nin Çin'e karşı uyguladığı politikanın değişimi ile korsanlıktan ortaklığa giden yol anlatılmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü'nün zorunlu uyuşmazlık çözüm mekanizması aracılığıyla ABD ve Çin arasındaki taklit ürün uyuşmazlıklarına dair fikri mülkiyet hukukuna ilişkin sorunlar çözülmüştür⁶²⁵.

DTÖ Anlaşmaları, uluslararası ticarete gümrük ve tarifeleri düzenleyen GATT⁶²⁶, ticaretle bağlantılı fikrî mülkiyet haklarını düzenleyen (TRIPS⁶²⁷), tarım ürünlerinin ticaretini düzenleyen (AoA⁶²⁸), hizmet ticaretini düzenleyen (GATS⁶²⁹) gibi birçok alanı kapsamaktadır. Üyeler, bu uyuşmazlıkların çözümü için başkaca bir tahkim, arabuluculuk veya yargı merciine başvuramayacakları gibi, DTÖ uyuşmazlık çözüm organına da, DTÖ anlaşmaları dışında bir konu ile ilgili başvuruda bulunamazlar⁶³⁰. “En çok gözetilen ulus” ve “ulusal muamele” ilkeleri DTÖ'nün tüm anlaşmalarına hâkim en temel iki ilkedir. Bu ilkelerle uluslararası ticarete yerli yabancı ayrımı gözetmeksizin tüm üretici ve ihracatçıların aynı kurallara tabi olması, eşitlik prensibi ile davranılması amaçlanmaktadır⁶³¹. DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasına 1 Ocak 1995

⁶²⁵ Yu Peter K, “From Pirates To Partners: From Pirates to Partners (Episode II): Protecting Intellectual Property in Post-WTO China, The American University Law Review, 2006, s. 904.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578585

⁶²⁶ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm

⁶²⁷ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

⁶²⁸ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag_01_e.htm

⁶²⁹ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm

⁶³⁰ Canbeldek Akın, Özlem, Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir, 2015, s.1715.

⁶³¹ TRIPS genel hükümler m. 3 ulusal muamele, m. 4 en çok gözetilen ulus ilkelerini düzenlemektedir. Buna göre, üye devletlerin kendi vatandaşları için tanınmış haklardan, diğer üye devletlerin vatandaşları da yararlanabilecektir. Antlaşmaya taraf devletler, tükenme ilkelerinden hangisini kabul edecekleri konusunda serbest bırakılmıştır. Ancak iç hukukta veya bir başka devlete karşı uluslararası tükenme ilkesini kabul eden bir ülke bakımından, bunu TRIPS'e üye diğer ülkelere ve onların vatandaşlarına da uygulamak zorunluluğu doğacaktır. Bu kuralın istisnası; ancak GATT'ın XXIV. maddesinin şartları altında, yalnızca serbest ticaret bölgeleri ve gümrük birlikleri çerçevesinde mümkündür.

tarihinden bugüne kadar toplam 581 dava başvurusu olmuştur⁶³². Uyuşmazlık çözüm süreci; müzakere, panel, temyiz ve akabinde kararın uygulanması olmak üzere dört ana aşamadan oluşmaktadır.

3.7.6. Uluslararası Ticaret Odası (ICC)

ICC, global yapısıyla öne çıkmaktadır. 91 ülkede temsilciliği ve 130 ülkede üyesi vardır. 1923 yılında kurulmuş olup merkezi Paris'tedir. 2008 yılında Hong Kong, 2010 yılında Singapur ve en son 2012 yılında New York'ta ofis açmıştır. ICC'ye 2009 yılından beri yılda ortalama 800 yeni dava başvurusu yapılmış olup kuruluşundan bu yana 16.000 üstünde milletlerarası tahkimi yönetmiştir⁶³³. Uluslararası Ticaret Odası özellikle uluslararası içerikli ihtilaflar için oluşturulmuş, devlete bağlı olmayan bir organizasyondur. ICC nezdinde 1 Ocak 2014 itibariyle arabuluculuk kuralları kabul edilmiş ve kurumsal arabuluculuk faaliyetleri başlamıştır⁶³⁴.

3.8. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA UZMAN ARABULUCU, TARAF VEKİLLİĞİ VE UZMAN GÖRÜŞÜNÜN ÖNEMİ İLE KURUMSAL ARABULUCULUK

Fikir ve sanat eserlerinden doğan davalara bakmaya Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin görevli kılınması, uyuşmazlıkların değerlendirilmesi için uzmanlığa ihtiyaç duyulmasındandır. Bu alandaki ihlallerin maddi zararların da ötesinde kişilik hakları ve ticari itibar zedelenmesine yol açması, telafisi güç manevi zararlara yol açmaktadır. Bu nedenle hızlı ve etkin müdahaleye ihtiyaç duyulan FSEK uyuşmazlıklarında ve SMK'da ihtiyati tedbirler özel olarak düzenlenmiştir. Etkin hukuki korumaya; hukuki korumanın üç unsuru olan yargı mercilerinin oluşturulması; kişilerin yargı mercilerine başvurabilmeleri ve yargı

⁶³² https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm (03.04.2019 itibariyle)

⁶³³ Karademir, s. 84.

⁶³⁴ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/>

mercilerinin meseleyi incelemesinde etkinlik sağlandığı takdirde ulaşılabilir⁶³⁵. Uzmanlık uyuşmazlığın halinde önemli bir güvence sağlamaktadır.

İhtisas mahkemelerinin varlığına rağmen fikri mülkiyet davalarında bilirkişiye başvurma oranı çok yüksektir. **Çolak**, İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 2009 yılında usuli nedenlerle sonuçlanan davalar hariç olmak üzere, esastan karara bağlanan davalarda ortalama bilirkişiye başvurma oranının %82,15 olduğunu ifade etmektedir⁶³⁶. Dava türlerine göre bilirkişiye başvurma oranı incelendiğinde ise marka davalarında %62,49, patent ve faydalı model davalarında %95,24, endüstriyel tasarım davalarında %94,44, FSEK'ten kaynaklanan davalarda ise %76,42'dir⁶³⁷. Bilirkişi incelemesinde geçen ortalama süreler de çok uzundur. Örneğin FSEK'ten kaynaklanan davalar ortalama 1071 gün sürmekte, bunun 258 günü bilirkişi incelemesinde geçmektedir. FSEK'ten doğan uyuşmazlıklarda bilirkişi incelemeleri dava konusu fikri ürünün eser niteliğinde olup olmadığı, intihal durumunun mevcut olup olmadığı, dava konusu müzik eserinin anonim özellikli olup olmadığı, FSEK m.68 kapsamında rayiç bedelin ya da 68'in uygulama yeri yoksa mütecavizin elde ettiği gelirin ne olabileceği konularına ilişkin olduğu aynı istatistik sonucu ortaya çıkmıştır⁶³⁸.

Hususiyyetin tespitinde bilirkişi incelemesi yaptırılması doktrinde ve Yargıtay içtihatları uyarınca kabul edilmektedir⁶³⁹. FSEK'ten kaynaklanan tazminat talepleri konusunda muhasip bilirkişi incelemesine hemen hemen tüm maddi tazminat davalarında başvurulmaktadır⁶⁴⁰.

⁶³⁵ Erişir, s. 48.

⁶³⁶ Çolak, Uğur, Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010 (Ed. Tekin Memiş), İstanbul 2011, s. 140.

⁶³⁷ Bu oran Almanya'da patent davalarında bile %15 ile sınırlıdır. Bkz. Çolak, Bilirkişi Raporları, s. 140, dn. 9.

⁶³⁸ Çolak, Bilirkişi Raporları, s. 151.

⁶³⁹ Çolak, Bilirkişi Raporları, s. 151; Bozgeyik, Hayri, Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyyet, BATİDER, C. 25, S. 31, 2009, s. 212. Yargıtay HGK, T. 14.05.2008, E. 2008/11-392, K. 2008/377 (Lexpera).

⁶⁴⁰ Çolak, Bilirkişi Raporları, s. 153.

Uygulamanın bu şekilde bilirkişiye bağımlı gelişmesi haklı olarak eleştirmekle beraber, yukarıda aktarılan verilere yer verilmesinin sebebi, yargılama sisteminde uyuşmazlıkların adeta bilirkişi tarafından çözümlendiği gerçeği karşısında bu tespitin arabuluculuk uygulamasına etkilerini değerlendirmektir.

3.8.1. Uzman Arabulucu

Özellikle değerlendirici arabuluculuk modelinde⁶⁴¹ karşımıza çıkan uzman arabulucu, sadece iletişim tekniklerinde ve arabuluculuk mesleğinde değil, aynı zamanda uyuşmazlığa özgü alanda akademik kariyeri veya mesleki deneyimi olan uzmanlığı ifade etmektedir. Örneğin bir uyuşmazlığın konusu; belirli bir akıma ait güzel sanat eserinin hususiyetine dair ise, bu alanda uzman arabulucunun varlığı, arabulucu ve taraflar arasında iletişimi sağladığı gibi, müzakerelerin çözüme yönelmesinde arabulucunun bilgi ve deneyiminin katkısı büyük olacaktır. Keza arabulucu, tarafların öngöremediği bir çözümü mesleki deneyimi sayesinde ileri sürebilir, somut olaya özgü yaratıcı çözümler ortaya koyabilir. Şu halde fikir ve sanat eserlerinin sınırsız doğasında uzman arabulucunun rolü yadsınamaz.

Fikri mülkiyet hukukunda uyuşmazlık konularının oldukça karmaşık ve uzmanlık gerektiren yapısı, hakimlerin, hatta mahkemeler nezdindeki bilirkişilerin dava konusu somut alanda uzmanlaşmış olmasının her zaman mümkün olmadığı dikkate alındığında, uzman arabulucunun varlığı taraflar için başlı başına güvence yaratacaktır.

3.8.2. Taraf Vekilliği ve Uzman Görüşünün Önemi

3.8.2.1. Etkili Taraf Vekilliği

Günümüzde tüm avukatlar, gerek özen borcu uyarınca müvekkilin menfaatlerine en uygun uyuşmazlık çözümünün önerilmesi yükümlülüğü⁶⁴²,

⁶⁴¹ Bkz. 3.6.1.3.2. başlıklı bölüm.

⁶⁴² Demir, avukatın müvekkili uzlaşma sağlamaya yönlendirmesi için karar ağacı analizini önermektedir. Bkz. Demir, s.234 vd.

gerekse arabuluculuk müzakereleri esnasında taraf vekili sıfatıyla müvekkilin menfaatleri doğrultusunda uzlaşmaya varılmasını sağlamak için arabuluculuk hakkında bilgi sahibi olmalıdırlar. Avukatların süreç içinde bazı yükümlülükleri vardır. Bunlar, sürece katılmaya karar vermek ve diğer tarafları da sürece yönlendirmek arabuluculuk için uygun olan zamanı belirlemek, arabulucuyu seçmek, arabuluculuk öncesi hazırlık sürecini kontrol etmek, arabuluculuk aşamalarında ekip yönetimi, nihayetinde müvekkilini tatmin edecek bir anlaşmayı güvence altına almak şeklinde sayılmaktadır⁶⁴³.

Avukatların hukuk eğitiminden ve uyuşmazlıkla beslenen klasik avukatlık anlayışından kaynaklanan bazı dezavantajlar nedeniyle arabuluculukta taraf vekilliğinde bürünecekleri rolde sorun yaşadıkları tecrübe edilmektedir. Zira, hukuk eğitimi sırasında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yeterince yer verilmemesi, dava avukatlığı anlayışının rekabetçi yapısı, mahkemeler nezdinde hakime hitaben yazılan dilekçeler ve söylemler ile dolaylı iletişim kurulması gibi yerleşmiş alışkanlıklar terk edilmemiştir. **Demir**; Türk hukuk fakültesi mezunlarının savaşıma hazırlanan gladyatörler gibi yetiştirildiği, alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında eğitim almadıkları, avukatların müzakere bilgi ve becerisi edinmedikleri, yargılama sırasında benimsedikleri rekabetçi yaklaşımın arabuluculuk müzakerelerinde olumsuz etki yaratacağı, müzakerede taraf vekillerinin mizaç, eğilim ve bilgi düzeylerindeki farklılığın önemli olduğu, avukatların müvekkili dava yolundan caydırmalarının kendi güvenilirliklerinin sorgulanmasına yol açacağı inancı, avukatların aşırı güven sergilemesi ve rollerini abartmaları gibi etkenlerin uzlaşmaya engel olabileceğini vurgulamaktadır⁶⁴⁴.

Açıklanan nedenlerle, arabuluculukta taraf vekilliği en az tarafların duruşu kadar hatta hukuki bilgi asimetrisi nedeniyle tarafların yaklaşımdan daha etkilidir. Geleneksel yargılama anlayışındaki avukatlık ile arabuluculukta avukatlık rolü değişmiş olup avukatların karşılıklı müzakere anlayışı ve uzlaşma kültürüne ayak uydurması gerekmektedir. Arabuluculuk müzakereleri esnasında strateji kurmak

⁶⁴³ Goodman Andrew, Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği Uygulama Rehberi, 2016, s. 54.

⁶⁴⁴ Demir, s.337 vd.

ile dava stratejisini yönetmek de farklı bakış açıları gerektirir. Uyuşmazlığın çözümünde taraf vekilliğinin rolü en belirleyici etkenlerden biridir. Konuya hakim ve makul davranan taraf vekili çözüm önerilerinin çeşitliliğini sağlar. Uyuşmazlığın taraf hakimiyetinde yapıcı ilişkilere dönüştürülmesinde ve tatminkar şekilde çözümünde taraf vekilince sağlanan katkı, yargılama sonunda kaybedene karşı kazanılan zafere kıyasla çok daha tatmin edici olacaktır.

3.8.2.2. Uzman görüşü

3.8.2.2.1. Genel olarak

Medeni yargıda, taraflardan birinin, dava açılmasından önce veya yargılama sırasında, çözümü özel ya da teknik bir bilgiyi gerektiren husus hakkında, konunun uzmanından, uzmanlık alanının verilerine dayanarak, oy ve görüşünü içeren bir bilimsel mütalaa alması halinde, uzman görüşünden söz edilir⁶⁴⁵. HMK m. 293 f.1; tarafların, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabileceğini düzenlemektedir.

Ceza yargısında ise, CMK m. 67 f. 6 uyarınca “*Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler*”.

Uzman görüşünü verenin objektif ve tarafsızlığı ile oy ve görüşüne başvurulmuş konuya vakıf olması gerekir. HMK m. 279 f. 4 uyarınca mahkemece görevlendirilen bilirkişilerin raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapması ve hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunması yasaktır. Ancak uzman görüşünde hukuki değerlendirme yapılabilir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Tanrıver, Süha, Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara, 2017, s. 30-31.

⁶⁴⁶ Tanrıver, s. 31.

Uzmanın raporunda belirttiği oy ve görüş HMK m. 282 uyarınca hakimi bağlayıcı değildir. Uzman görüşü taraf iddia ve savunmalarını güçlendirmeye yönelik açıklamalardan ibaret olup delil niteliği yoktur, zira resmi bilirkişilere ilişkin güvencelerden (HMK m. 272) yoksundur⁶⁴⁷. Ancak, uzman görüşü mahkemenin atadığı bilirkişi görüşü ile çelişiyorsa veya tarafların karşılıklı olarak sundukları uzman görüşleri çelişkili ise hakim tarafından çelişkinin giderilmesi gerekir⁶⁴⁸.

Hakim dosyaya sunulmuş olan uzman görüşüne itibar etmediği takdirde bunun sebeplerini açıklamak ve gerekçeli kararında değinmek zorundadır⁶⁴⁹. Aksi halde hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) ve adil yargılanma hakkının (İHAS m. 6, Ay m. 36) ihlali söz konusudur⁶⁵⁰.

3.8.2.2.2. Arabuluculuk Görüşmesi Sırasında Fikir ve Sanat Eserleri Uzmanının Hazır Bulundurulması

Yargılama hukukunda hakim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir⁶⁵¹. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir (HMK m.293).

Benzer şekilde arabuluculuk görüşmelerinde taraflarının vekillerinin yanı sıra uzman kişiler ile müzakereye katılması özel ve teknik konularda doğru müzakere etmeyi sağlayacaktır. Nitekim HUAK m. 15. f. 6'da *“Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir.”* denilerek uzmanın katılmasına cevaz verilmektedir.

⁶⁴⁷ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1960. Aksi görüşte Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım; uzman görüşünün sadece taraf açıklamasından daha üstün değerde olduğu kanaatindedir s. 370.

⁶⁴⁸ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1960.

⁶⁴⁹ Tanrıver, s. 33; Postacıoğlu / Altay, s. 756.

⁶⁵⁰ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1962. Nitekim Yargıtay 15 HD, T. 10.11.2016,5127/4635, *“Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK'nun 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir.”*

⁶⁵¹ Kuru, Ders Kitabı, s. 316.

Arabuluculuk anlaşmasının bağlayıcılığı da göz önünde bulundurulduğunda uzman tarafından yapılan yönlendirmeler telafisi güç zararların önlemesi bakımından da değerli olacaktır.

3.8.3. Kurumsal Arabuluculuk

3.8.3.1. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyeti, “amaca özel, geçici ya da bireysel (ad-hoc)” diyebileceğimiz usul veya “kurumsal (institutional)” usul ile yürütülebilen bir faaliyettir⁶⁵². Kurumsal arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlara örnek olarak Londra İngiltere merkezli Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)⁶⁵³, Roma İtalya merkezli ADR Center⁶⁵⁴, Nijmegen Hollanda merkezli ACB Mediation⁶⁵⁵ ve Paris Fransa merkezli Center for Mediation and Arbitration of Paris⁶⁵⁶ verilebilir.

Türkiye’de kurumsal arabuluculuk hizmeti veren kurumlara örnek olarak İstanbul Sanayi Odası Arabuluculuk Merkezi⁶⁵⁷ (İSO), İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk⁶⁵⁸ (İSTAC), İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi⁶⁵⁹ (İTOTAM) verilebilir. Kurumsal arabuluculuk hizmeti veren bu kuruluşların fikri mülkiyete özgü uyuşmazlıklar için uzman arabulucular tayin etmesinin oldukça faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu çalışmada özellikle ticaret hukukunda uzman arabulucular ile çalışan İTOTAM Arabuluculuğu hakkında kısaca bilgi verilecektir. İTOTAM kuralları İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Tahkim Divanı ve Sekreterliği tarafından yürütülür⁶⁶⁰. İTOTAM arabuluculuk hizmetinden

⁶⁵² Koçyiğit / Bulur, s. 34.

⁶⁵³ <https://www.cedr.com/>

⁶⁵⁴ <https://www.adrcenterglobal.com/>

⁶⁵⁵ <http://www.mediationbedrijfsleven.nl/>

⁶⁵⁶ <http://www.cmap.fr/>

⁶⁵⁷ <http://www.iso.org.tr/arabuluculuk/>

⁶⁵⁸ <https://istac.org.tr/arabuluculuk/>

⁶⁵⁹ <https://www.itotam.com/Arabuluculuk.aspx>

⁶⁶⁰ https://www.itotam.com/Arabuluculuk_Kurallari_2603218.pdf

faaydalanacak taraflar, İTOTAM Arabuluculuk Kurallarına atıf yapan bir arabuluculuk sözleşmesi yapabilecekleri gibi, arabuluculuk sözleşmesi mevcut olmasa bile, arabuluculuk talebini Sekreterliğe ulaştırmak ve başvuru ücretini yatırmak suretiyle Merkez nezdinde arabuluculuk sürecini başlatabileceklerdir. Kurallar, hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde taraflara yardımcı olacak arabulucu ve uyuşmazlık konusunda uzman bir veya birden fazla yardımcı gerçek kişinin atanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Uzman, arabulucunun ihtiyaç duyduğu konularda yardımcı olur. Sözleşmede bu kuralların uygulanması kararlaştırılmış ise taraflardan biri, arabuluculuk sürecini başlatmak için Sekreterliğe yazılı olarak talepte bulunabilir.

3.8.2.2. Fikri Mülkiyet Kuruluşları Nezdinde Bağımsız Arabuluculuk Önerisi

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukundan doğan uyuşmazlıklarda bu alanda faaliyet gösteren dernekler, kuruluşlar veya sivil toplum örgütleri nezdinde bağımsız kurumsal arabuluculuk merkezlerinin oluşturulmasının oldukça faydalı olacağı kanaatindeyiz⁶⁶¹. Zira, WIPO Arabuluculuk ve EUIPO Arabuluculuk Merkezleri örneğinde olduğu gibi, anılan kuruluşların sektör bilgisi ve uzmanlığının husumetin işbirliğine dönüşmesine büyük katkısı olacaktır.

3.8.2.3. Meslek Birlikleri Nezdinde Kurumsal Arabuluculuk Önerisi

Fikir ve sanat eserleri hukukunun temelini oluşturan eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin mali ve manevi hakları üzerinde tasarruf etme yetkisi münhasıran hak sahiplerine aittir. Ancak uygulamada söz konusu hakların bireysel olarak takibi, gerek kullanım sayısının çokluğu ve yaygınlığı, gerekse takibin masraflı oluşu nedeniyle neredeyse imkansızdır⁶⁶². İşte tam bu noktada meslek birlikleri devreye girer ve böylece bir yandan eser sahiplerine haklarını kolayca takip etme imkanı verirken, diğer yandan da radyo, televizyon yayıncıları gibi

⁶⁶¹ Bu derneklere, Uluslararası Fikri Mülkiyet Haklarını Koruma Derneği (AIPPI) Türkiye Şubesi örnek gösterilebilir. Bkz. <https://www.aippiturkey.org/>

⁶⁶² Okutan Nilsson, Gül / Tosun, Yalçın / Çataklar, Eda, Görsel İşitsel Sektörde Toplu Hak Yönetimi, İstanbul, 2014, s. 116.

ticari faaliyetleri sırasında çok sayıda eser kullanan yayın kuruluşlarının lisanslı kullanım için tek tek hak sahiplerinin onayını alma külfetinden kurtarır⁶⁶³. FSEK uyarınca zorunlu toplu hak yönetimi sistemi getirilmemiştir. Ancak FSEK m. 41 ve m. 43 uyarınca umuma açık mahallerde lisanslama faaliyetleri için meslek birliklerine ortak tarife yayınlama yetkisi verilmiştir. Bu çerçevede müzik meslek birlikleri “Müzik Lisanslama Birimi” çatısı altında bir araya gelerek gerektiğinde kullanıcılarla hak sahipleri arasındaki ilişkilerin tek elden yürütülmesini sağlamaktadır.

FSEK m. 41 f. 2 uyarınca tarifeler umuma açık mahallin nitelik ve niceliği, müziğin işletmenin sunduğu ürün veya hizmete katkı mı (örneğin lokanta-otellavm-mağaza) yoksa ayrılmaz bir parçası mı (canlı müzik, bar, gece kulübü) olduğuna göre belirlenmektedir⁶⁶⁴.

Buna göre belirlenen tarifeler uyarınca müzik yayını yapan ticari kuruluşların lisanslanması faaliyeti için yargı mercilerine başvuru ile önce delil tespiti yapılarak, akabinde FSEK m. 68 uyarınca 3 kat bedel talebinde bulunulması ve farazi sözleşme ilişkisi ile lisanslama sağlanması uyumsuzluğun dava yoluyla çözümünde izlenilen usuldür. Fakat umuma açık bir mahalde müşterilerin huzurunda polis eşliğinde yapılan tespitler, kullanıcılar ile meslek birlikleri arasındaki ilişkinin bozulmasına yol açmaktadır.

Bunun üzerine, 2015 yılının Mart ayında Müzik Meslek Birlikleri Lisanslama Birimi bünyesinde ihtiyari arabuluculuk organizasyonu başlatılmıştır. 2016 yılının ortasına kadar devam eden arabuluculuk faaliyetiyle Müzik Meslek Birlikleri (MESAM-MSG-MÜYAP-MÜYORBİR) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında umuma açık mahallerde gerçekleştirilmiş olduğu tespit işlemlerine

⁶⁶³ Okutan Nilsson / Tosun / Çataklar, s. 117.

⁶⁶⁴ 25486 sayılı “Eser, İcra, Yapım Ve Yayınların Kullanılması Ve/Veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”te; mahallin bulunduğu bölge, şehir, mahallin türü, konaklama tesisi, yeme, içme, eğlence tesisleri, sağlık ve spor merkezleri, kongre ve sergi alanları, rekreasyon tesisleri, özel tesisler, ticaret merkezleri, terminaller, eğitim kurumlarının ticari amaçlı sinema ve gösteri yerleri, 50 m2 den büyük umuma açık diğer mahaller şeklinde 10 farklı kategori olup müziğin umuma iletildiği alanın büyüklüğü (mahallin oda sayısını veya M2’sini, net kullanım alanının kaç metrekare olduğu), mahallin varsa yıldız sayısı veya belgesi veya belirlenmiş ise sınıfını, çalışma süresi esas alınarak sınıflandırma yapılır.

ilişkin, kullanıcı ile sözleşme akdedilirken doğabilecek tüm uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözmeye çalışmış ve oldukça başarılı sonuçlar elde etmişlerdir.

Çalışmamız kapsamında, meslek birliklerinden edindiğimiz bilgiye göre; süreci aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

Arabuluculuk organizasyonun asıl amacı delil tespitleri ile ortaya çıkan anlaşmazlıkların diyalog yolu ve uzlaşma kültürü ile çözülmesine katkı sağlamak, uzun süren ve masraflı olan yargılama yoluna alternatif bu sayede alternatif yaratmaktır.

2015 yılında arabuluculuk sisteminin çok yeni olması nedeniyle meslek birlikleri ilk etapta pilot bölge olarak İstanbul'u seçmiştir. Meslek Birlikleri İcra ve Koordinasyon kurullarından, ihtiyari arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi izni için kararlar alınmıştır. İlk adım, İstanbul'da faaliyet gösteren arabuluculuk derneklerinin başkanlarına davetiye çıkarılması olmuştur.

Dernek başkanları ile yapılan görüşmelerin ardından kullanıcı ve meslek birlikleri arasında akdedilecek sözleşmelere etki edecek hususlar uzun süre karşılıklı olarak istişare edilmiş, arabuluculuk derneklerinin pilot bölge ve projede birlikte hareket etmeyi kabul etmesiyle arabuluculuk organizasyonunun temeli atılmıştır.

Meslek Birlikleri İstanbul'da savcılık şikayetinde bulunduğu ya da kendilerine karşı dava açılmış tüm işletmeleri listeleterek uzlaşma sağlamak istedikleri kullanıcıları tespit etmişlerdir. Akabinde arabulucular tarafından uyuşmazlık tarafı olan lisanssız kullanıcılar, arabuluculuk görüşmelerine davet edilmiştir.

Arabuluculuk sürecinde, toplantılara meslek birliklerini temsilen lisanslama birimi personeli ve indirim yetkisini haiz avukatları katılmıştır. Meslek birliği temsilcileri; icra kurullarından aldıkları yetkiye istinaden, kullanıcılara

çeşitli indirimler uygulayarak (mevcut lisans bedeline indirim yapılması, ödeme şekilleri veya bir sonraki uzama bedeli yapılacak indirim gibi) farklı seçenekler sunmuş nihayetinde taraflarca lisans sözleşmesi imzalanarak, mahkeme ortamından uzakta anlaşma sağlanmıştır.

Sözleşmenin imzalanması sonrasında meslek birlikleri savcılık makamı nezdindeki şikayetlerinden vazgeçmiştir. Arabuluculuk ücreti ise resmi tarifeye göre belirlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetinin yapıldığı şehirler, İstanbul, Ankara, Antalya, Bursa, İzmir, Kayseri'dir. Yaklaşık 200 adet dosya arabuluculuk organizasyonu adı altında anlaşma ile çözülmüştür. Yapılan görüşmelerin %80'inde uzlaşma sağlandığı saptanmıştır.

Halihazırda Meslek Birlikleri nezdinde dava şartı arabuluculuk uygulaması gereği mahkeme tarafından atanan arabulucular veya ceza davalarında uzlaştırmacılar ile uzlaşma faaliyetleri sürdürülmektedir.

Ancak meslek birlikleri nezdinde kurulacak kurumsal arabuluculuk merkezi sayesinde uyuşmazlık yargılama makamları ile karşılaşmadan doğrudan doğruya arabuluculuk masasında gerçekleşecek ilk karşılaşma ile çözülebilecektir.

Fikir ve sanat eserleri hukukunu ve meslek birliklerinin çalışma usul ve esaslarında uzmanlaşan arabulucuların varlığı, taraflar açısından güvence teşkil edecektir. Meslek birlikleri tarafından kurumsal arabuluculuk hizmeti verilmesi ilk bakışta tarafsızlık ilkesine aykırı gibi gözüktse de meslek birliklerinin esasen kamu hizmeti ifa etmesi, Bakanlık tarafından denetime tabi tutulması, arabuluculuk mesleğinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı göz önünde bulundurulduğunda herhangi bir soruna yol açmayacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Günümüzün modern toplumlarında, adalete erişim yolunda, mahkemelerin yanı sıra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri önemli oranlarda tercih edilmektedir. Uyuşmazlığın sona erdirilmesi; haklı ile haksızın mahkeme huzurunda savaşı, bir tarafın zaferi diğer tarafın mağlup olduğu bir yargılama anlayışından çok farklı bir boyutta, uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözümü hatta husumetin yapıcı ilişkilere dönüştürülmesi temelinde ele alınmaktadır. Bu yolda en iyi araçlardan biri şüphesiz arabuluculuktur.

Fikir ve sanat eserlerinin ticari olarak değerlendirilmesinde, yatırımcının karını maksimize etme bakış açısı ile sanatçının hassas ve kırılgan yönünün ortak bir paydada buluşamaması ve bu alanda gerçekleşen her türlü hak ihlalleri, uyuşmazlıklara davetiye çıkarırken, çözümün taraf iradelerini göz ardı eden mahkemeler nezdinde aranması günümüzün adalet anlayışı ile bağdaşmadığı gibi, tarafları da tatmin etmemektedir.

Arabuluculuk uyuşmazlığın yapıcı yollardan çözülmesi sanatıdır. Mahkemelerin aksine esnek ve dayatmasızdır, kural olarak gönüllülük esasına tabidir. Arabuluculuk yöntemi sayesinde tarafların uyuşmazlıkları hakkında hümanist, medeni, yapıcı çözümlere ulaşılması imkân dâhilindedir. Zira fikir ve sanat eserleri hukuku pratik ve yaratıcı çözümler gerektirir.

Uyuşmazlığın, arabuluculuk yoluyla çözümünde kurumun doğası gereği ancak tarafların gönüllü olarak katılımı ile başarı sağlanabileceği düşünülmektedir. Taraflardan en az birinin ticari işletmesiyle ilgili olmak koşuluyla fikir ve sanat eserleri kanunundan doğan davalarda, geniş anlamda fikri mülkiyet hukukundan doğan davalarda, yayım sözleşmesinden doğan davalarda ve haksız rekabet davalarında; konusunun para alacağı veya tazminat olması koşuluyla, dava şartı haline getirilen arabuluculuğun, süreci tanımak adına bir fırsat olarak görülmesi mümkün ise de, uyuşmazlığın sona erdirilmesinin sadece

bir yükten “kurtulma” olarak değil, esasen “dönüştürme” bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Zira, ABD ile Çin arasındaki taklit ürün savaşında, hukuki mücadelenin yerini uzlaşmaya bıraktığı “korsanlıktan ortaklığa” dönüşme hikayesindeki gibi, ihlal eylemlerinin işbirliğine vesile olması ancak gönüllü ve iyi niyetli bir çaba ile gerçekleşecektir. Arabuluculuğun dava ve tahkim yargılamasına nazaran en temel farkının taraf hakimiyetinde, menfaatlere odaklı ve yaratıcı çözümlere imkan sağlaması olduğu düşünülmektedir.

Bu bağlamda, çalışmamızda fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliğine ilişkin olarak uyuşmazlıklar özelinde ayrı ayrı değerlendirme yapılmıştır. Fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklar sözleşmeye aykırılık, haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplerden kaynaklanabilir. Uyuşmazlıkların, fikri ürünün eser niteliğini taşıyıp taşımadığı, eserin özgünlüğü, bir başka eserden intihal veya iltibasın mevcut olup olmadığı, tecavüzün gerçekleşip gerçekleşmediği, ihlalden doğan zararın miktarı, tazminatın hesaplanması ve tecavüzün sonuç ve etkilerinin giderilmesi gibi konular ekseninde toplandığı görülmektedir.

Belirtilen hususların tespiti ve değerlendirilmesi uzmanlık gerektirmekte olup özellikle umuma arz edilmemiş eserler açısından uyuşmazlığın gizli tutulması büyük önem taşımaktadır. Lisans sözleşmelerinin çoğu zaman yabancılık unsuru içermesi, yargılama masraflarının yüksek olması, tükenme ilkesine tabi olması, yine hak sahipleri veya meslek birlikleri tarafından izinsiz eser kullanımlarının tespiti ve lisanslanması faaliyetlerinde ileriye yönelik sürekli ilişkiler kurulması, fikir ve sanat eserleri hukukundan doğan uyuşmazlıklarda çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun seçilmesinin temel nedenlerindendir.

Sadece sözleşmeden doğan ihlallerin değil, haksız fiilden doğan uyuşmazlıkların da arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuşturulması özellikle FSEK m. 68 ile mahkeme tarafından kurulan farazi sözleşme ilişkisinin bu defa rızai zeminde kurgulanmasını sağlar. Eser üzerindeki hakların ihlalinde tarafların birbirini önceden tanıma ve seçme imkanı olmamasına rağmen, ihlal sonrası rayiç

lisans bedelinin üç katının ödenmesi ile kurulan farazi bir sözleşme ilişkisinin, mahkeme yerine arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlık büyümeden temellerinin atılması arabuluculuğun felsefesine çok uygundur. Zira, uyuşmazlıklara yapıcı şekilde yaklaşan, hümanist bakış açısıyla değerlendiren ve uyuşmazlıkları mevcut ilişkileri dönüştürme yolunda bir fırsat olarak gören arabuluculuk kurumu sayesinde, sanat gibi naif bir alanın, sıkı şekil kurallarına bağlı hantallaşmış adalet sistemi ile çarpışmadan toplumla paylaşılmasına ön ayak olunur.

Fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıklarda kullanılabilecek arabuluculuk modelleri, müzakere teorileri, modelleri, yaklaşımları ve taktikler çalışmamızda incelenmiş olup uyuşmazlığın kapsamına ve tarafların birbirlerine karşı rekabetçi veya işbirliği odaklı duruşlarına göre kolaylaştırıcı, değerlendirici veya dönüştürücü modellerin etkili olabileceği öngörülmektedir. Fikir ve sanat eserlerinden doğan hakların ihlali ihtimali gündeme geldiğinde, haksız eylem ve zarar gerçekleşmeden veya henüz büyümeden taraflar arasında iletişimi kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli etkili sonuçlar doğuracaktır. Uzmanlık gerektiren ve hızlı çözüme ihtiyaç duyulan özellikle teknik özellikleri fazla bir uyuşmazlık konusu mevcut ise değerlendirici arabuluculuk modeli elverişlidir. İzinsiz eser kullanımı, eserlerin “korsan” olarak çoğaltılması, yayılması, umuma iletimi gibi ihlallerde ileriye yönelik işbirliğine dönüştürebilecek bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda veya birlikte eser sahipliği halinde sanatçılar arasında veya sanatçılar ile menajerleri veya yapımcılar gibi üçüncü kişiler arasındaki sürekli ilişkilerde yapıcı ilişkiler kurulmasının dönüştürücü arabuluculuk modelinin uygulanması ile mümkün kılınacağı düşünülmektedir.

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet hukukunda arabuluculuk örneklerine yer verilerek, ülkemizde müzik meslek birlikleri nezdinde 2015-2016 yıllarında gerçekleştirilen ve yüzde 80 oranında anlaşma ile sonuçlanan ihtiyari arabuluculuk deneyimi paylaşılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde uzman arabulucular, meslek birlikleri veya

bağımsız fikri mülkiyet örgütleri nezdinde oluşturulacak kurumsal arabuluculuk merkezleri nezdinde gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyeti önerilmektedir.

Arabuluculuğun uyuşmazlık çözme kültürü oluşturma becerisinin ortaya konulması ve benimsenmesinde, konusu fikir ve sanat eserleri hukuku olan uyuşmazlıkların, toplumsal katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Zira söz konusu uyuşmazlıkların sanatın naif doğasına yakışır biçimde çözümlenmesi, toplum fertleri nezdinde arabuluculuğa ilgiyi ve uyuşmazlık çözümünde taraf hâkimiyetine duyulan inancı destekleyecektir. Uyuşmazlıkları bu anlamda da fırsat olarak görüp bireyler arası ve toplumsal ilişkilerin arabuluculuk yöntemi ile yapılandırılması sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007.
- Akıncı, Ziya:** “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, BATİDER, 1996/4.
- Aksu, Özge:** Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009.
- Aksu, Mustafa:** “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 121-158.
- Alangoya, H. Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, 2009.
- Alıca, Türkay:** Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 06.03.2019 tarihli sunum.
- Alıca, Türkay:** Sınai Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi BİLFİM atölye çalışması kapsamında yapılan 10.04.2019 tarihli sunum.
- Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, İstanbul, 1960.
- Arbek, Ömer:** Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2005.
- Arkan, Akbıyık, Azra:** Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 1999.
- Arkan, Sabih:** İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema:** Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2017.

- Arslanlı, Halil:** Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954.
- Ateş, Mustafa:** Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012 (Eser Sahipliği).
- Ateş, Mustafa:** Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007 (Eser).
- Ayiter, Nuşin:** Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981.
- Bashar H. Malkawi:** Using Alternative Dispute Resolution Methods to Resolve Intellectual Property Disputes in Jordan, 43 Cal. W. Int’l L.J. 141, 2012.
- Baş Süzel, Ece:** Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2015.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1939.
- Bellican, Cüneyt:** “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı”, İKÜHFD, C.7, S.1, 2008, s. 67-91
- Berki, Şakir:** Hukuk Muhakemeleri Usulu, Ankara, 1959.
- Berkin, Necmettin:** Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.
- Beşiroğlu, Akın:** Düşünce Ürünleri Üzerinde Fikri Haklar, Fikir Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2002.
- Bilge, Necip / Önen, Ergun:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978.
- Bilgili, Ali Cem:** “İş İlişkisi Kapsamında Meydana Getirilen Eserlerde Eser Sahipliği”, Legal FSHD, C. 13, S. 49, 2017, s. 83-112.
- Bozbel, Savaş:** 6102 sayılı TTK’na göre Haksız Rekabet Hukuku, Nürnberg, 2018 (Haksız Rekabet).
- Bozbel, Savaş:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012 (Fikir ve Sanat Eserleri).
- Bozbel, Savaş:** “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, BATİDER, C.XXV, S.3, 2009 (Hususiyet).
- Bozbel, Savaş:** FSEK’e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfası ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Özelinde Bazı Düşünceler, TFM, 2015/1

(Sinema).

- Bozgeyik, Hayri:** Mimaride Telif Hakları, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- Börü, Levent / Koçyiğit, İlhan:** Ticari Dava, Ankara, 2013.
- Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017.
- Bush, Robert A. Baruch / Folger, Joseph P.:** Arabuluculuk ve Getirileri Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, (Çeviren: Gamze Sart), Ankara, 2013.
- Canbeldek Akın Özlem:** Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, İzmir, 2015.
- Cumalıoğlu, Emre:** Yayım Sözleşmesi, İstanbul, 2018.
- Çeçen, Anıl:** Anayasa ve Sanat, Yeni Dizi, S. 45, 15 Nisan 1982.
- Çetin, Canan / Arslan Mehmet Lütfi:** Müzakere Teknikleri, İlke, Süreç, Uygulama, 5. Baskı, İstanbul, 2014.
- Çiçek, Mustafa:** İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018.
- Çolak, Uğur:** Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2018 (Marka Hukuku).
- Çolak, Uğur:** “Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010, Editör Tekin Memiş, İstanbul 2011, s. 133-182 (Bilirkişi Raporları).
- Dalyan, Şener:** Bilgisayar Programlarının Fikri Hukuk'ta Korunması, Ankara, 2009.
- Dayıoğlu, Sadettin:** “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Müzik Edisyon Faaliyeti ve Edisyon Sözleşmeleri”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul, 2011.
- Demirbaş, Ali:** FSEK'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, 2015.

- Dişel, Buse:** “Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin Statüleri Çerçevesinde Açtığı Topluluk Davaları”, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, İzmir, 2015.
- Deutsch, Morton / Coleman, Peter T.:** “JusticeandConflict”, The Handbook of ConflictResolution: TheoryandPractice San Francisco: Jossey-Bas Publishers, 2000, pp. 41-64.
- Deynekli, Adnan:** Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara, 2013.
- Dür, Orhan:** Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara, 2018.
- Erdil, Engin:** İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Cilt II, İstanbul,2009.
- Erel, Şafak:** Türk Fikir ve Sanat Hukuku,Ankara, 2009.
- Eren Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 2001.
- Erişir, Evrim:** Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Erişir, Evrim / Tekin, Ceren:** Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S. 9, 2008/1.
- Ertürk, Mustafa:** Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara, 2019.
- Erverdi, Zeynep:** Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki, Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- Garth, Bryant G. / Cappelletti, Mauro:** “Access toJustice: The NewestWave in theWorldwideMovementtoMakeRightsEffective”, Articles by MaurerFacultyPaper 1142, <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>
- Giray, R. Eda:** “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar/Yardım), Ankara, 2019, s. 29-40.
- Giritlioğlu, Necla:** Yayın Sözleşmesi, İstanbul, 1967.

- Goodman, Andrew:** “Arabuluculuğa Hazırlanmak - Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber”,(Çevirenler: Adnan Bıçaksız / Zeynep Alkın) , Ankara, 2017.
- Gökyayla, Emre** “5728 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde YapılanDeğişikliklerin Değerlendirilmesi”, Fikri Hukuku Mülkiyet Yıllığı, 2010, İstanbul 2011 (Değişiklikler).
- Gökyayla, Emre:** Film Yapım Sözleşmesi, İstanbul 2015 (Film Yapım).
- Gökyayla, Emre:** Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2000 (Telif Hakkı).
- Güneş, İlhami:** Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin yayınları, Ankara, 2015.
- Hanağası, Emel:** Davada Menfaat, Ankara, 2009.
- Hatemi, Hüseyin:** “Türk Hukuku’nda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2010, s. 383-389.
- Ildır, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- İmamoğlu, Mustafa:** Marka Hukukunda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü’ndeki Uygulama Alanı, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık tezi, Ankara, 2014.
- İnceoğlu, Murat / Tosun, Yalçın:** “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi”, BATİDER, C. XXVIII, Sa. 3, 2012, s. 75-113.
- Jeon Hyejin / ChoyKenneth:** ComparativeStudy on CivilMediationand Apple v. Samsung: Mediation in IntellectualPropertyDisputes, Journal of KoreanLaw I Vol. 14, December 2014.
- Kanadoğlu, Korkut:** “Sanat Özgürlüğü”, Hukuk ve Sanat, (Ünver Yener / Yenerer Çakmut Özlem), 2. Baskı, Ankara, 2016.
- Kaplan Güler, Beyhan:** Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk,İstanbul, 2014.
- Karademir, Ebru:** Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması, MHB, C. 32, S. 2, 2012.

Karafakih, İsmail Hakkı:	Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1952.
Karahan, Sami:	Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Konya, 2014.
Karşı, Abdürrahim:	Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2014.
Keçer Korkmaz, Sevde:	Arabuluculuk ve Psikoloji, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uygulamalı Psikoloji Yüksek Lisans Programı, yayımlanmamış yüksek lisans projesi, İstanbul 2009.
Kekeç, Elif Kısmet:	Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara, 2016.
Kılıçoğlu Ahmet M.:	Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak), TBB Dergisi, Sayı 54, 2004.
Kılıçoğlu, Ahmet M.:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
Kıyak, Emre:	Dönüştürücü Arabuluculuk – Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara, 2018.
Kocayusufpaşaoğlu, Necip:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2017.
Koçyiğit, İlker / Bulur, Alper:	Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara, 2019.
Kuru, Baki:	Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 2, İstanbul, 2001 (Cilt 2).
Kuru, Baki:	Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 4, İstanbul, 2001 (Cilt 4).
Kuru, Baki:	Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 6, İstanbul, 2001 (Cilt 6).
Kuru, Baki:	Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017 (Ders Kitabı).
Küçükali, Canan:	Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, 2017.

Levenson Dean Wendy:	Let's Make a Deal: Negotiating Resolution of Intellectual Property Disputes through Mandatory Mediation at the Federal Circuit , 6 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. [i] 2007.
Memiş, Tekin:	“Fikri Mülkiyet İhlallerinde basiretli tacir kavramı”, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, İstanbul 2011.
Moore, Christopher:	“Arabuluculuk Süreci-Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler”, (Çevirenler; Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), 4. Basımdan Çeviri, İstanbul, 2016.
Muşul, Timuçin:	Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012.
Nişanyan, Sevan:	Nişanyan Sözlük Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, Liber Plus Yayınları, İstanbul, 2018.
Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami:	Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul, 2015.
Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul, 2015.
Okutan Nilsson Gül:	“Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, 2. Cilt, İstanbul, 2008, s. 469-500.
Okutan Nilsson, Gül:	“İleride Meydana Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 15/2008.
Okutan Nilsson, Gül / Tosun, Yalçın / Çataklar, Eda:	Görsel İşitsel Sektörde Toplu Hak Yönetimi, İstanbul, 2014.
Önen, Ergun:	Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1979.
Öngören Gürsel / Ceritoğlu Filiz:	Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Mimari Eserler ve İlgili Yargı Kararları, İstanbul, 2007.
Özbay, İbrahim:	Grup Davaları, Ankara, 2009.
Özbek, Mustafa Serdar:	Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013.

- Özmumcu, Seda:** Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, İÜHFM C. LXXIII, S. 2, 2015.
- Öztan, Fırat:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Parlak Börü, Şafak:** Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.
- Pekcanıtez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya (Ed.):** Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir, 2007.
- Pekcanıtez, Hakan:** Tartışmalar, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar/Yardım), Ankara, 2019, s. 141 vd.
- Pekdiñçer, R. Tamer:** Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II, Ankara, 2019.
- Pekdiñçer Tamer R. / Ertem Hakan:** Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2004.
- Piroğlu, Ünal:** “Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddesinin Farklı Konum ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi, C.30, S.4, Ekim, 2004.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul, 2015.

- Rosenberg, Marshall B:** Şiddetsiz İletişim Bir Yaşam Dili, 15. Basım, İstanbul, 2019.
- Sami, Şemsettin:** “Kamus-i Türki - Temel Türkçe Sözlük”, Tercüman Gazetesi Yayınları, İstanbul, 1995.
- Sander, Peter:** Müzakere 101, Strateji Oluşturmaktan İkna Tekniklerine Müzakere Hakkında Bilmeniz Gereken Her Şey, (Çeviren: Özlem Özarpacı), Ankara 2018.
- Sanlı, Kerem Cem:** Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul, 2007.
- Serozan, Rona:** Medeni Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2017.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel:** Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2018.
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali:** Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt: 2, İstanbul, 2005
- Süral Efeçinar, Ceyda / Yardım, Mehmet Ertan (Ed.):** Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2019.
- Şahan, Gökhan:** Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara, 2016.
- Şahin Ceylan, Şule:** Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, 2009.
- Şahin, Ayşenur:** “Fikri Hukukta Eser Sahibinin Pay ve Takip Hakkı”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 (Editör: Tekin Memiş), Ankara, 2011, s. 527-557.
- Şahin Mustafa:** “Umuma Açık Mahallerde Eser, İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanılmasına ve/veya İletilmesine İlişkin Hükümler Çerçevesinde Meslek Birliklerinin Durumu (FSEK m. 41)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, 2015.
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal:** “6102 sayılı TTK m. 55.1.c Kapsamında Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015.

- Tanrıver, Süha:** Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006.
- Tanrıver, Süha:** Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara, 2017.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2012.
- Tekinalp, Ünal:** Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul, 1992.
- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tosun, Yalçın:** Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, İstanbul, 2016 (Manevi Haklar).
- Tosun, Yalçın:** Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, 2. Baskı, İstanbul, 2013 (Sinema Eserleri).
- Ulukapı, Ömer:** Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Konya, 2015.
- United Nations:** UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, New York, 2004.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.
- Üstün, Gürsel:** Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul, 2001.
- Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2000.
- Yasaman, Hamdi:** “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul, 2002, s. 805-819.
- Yavuz, Levent:** “Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK m.14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK

- m.19)”, Yargıtay Dergisi, C. 33, S. 1-2, Ocak-Nisan 2007, s. 59-70
- Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi:** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt 1, Ankara, 2013 (Cilt 1).
- Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi:** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt 2, Ankara, 2013 (Cilt 2).
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2. Baskı, 2013.
- Yeşilirmak, Ali:** Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2011.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl:** Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul, 1999.
- Yıldız, Ozan Ali:** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul, 2017 (Çizgi Roman).
- Yıldız, Ozan Ali:** “Türk Hukukunda Kurgusal Karakterlerin Korunması”, THD, S. 124, 2016, s. 67-73 (Kurgusal Karakter).
- Yıldız, Ozan Ali:** “Mektup, Hatıra ve Benzeri Yazıların Kişilik Hakkı Kapsamında Korunması”, MÜHF-HAD, C. 25, S. 1, 2019, s. 449-469 (Mektup).
- Yılmaz, Ejder:** “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, Journal of Yaşar University, Özel Sayı (Armağan) Vol 8, Prof.Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, 2013, s. 3167-3190 (Süreler).
- Yılmaz Ejder:** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK’ya göre Değiştirilmiş 4. Bası, Ankara 2013 (Islah).
- Zevkiler, Aydın / Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.