

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

BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ FİKRÎ HUKUKTA KORUNMASI

Doktora Tezi

Şener DALYAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr.Şafak N. EREL

Ankara-2008

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	VIII
KAYNAKÇA.....	XI

GİRİŞ

§1. KONUNUN TAKDİMİ, SINIRLANDIRILMASI VE YÖNTEM	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	6
III. YÖNTEM	7

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR, BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HUKUKÎ KORUNMASI VE KORUMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

§2. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI, UNSURLARI VE TÜRLERİ	9
I. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI.....	9
II. BİLGİSAYAR PROGRAMININ UNSURLARI	13
A. Genel Olarak.....	13
B. Program Akışı.....	14
C. Algoritmalar.....	15
D. Kaynak Kodu ve Nesne Kodu	17
E. Arayüzler	18
III. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ TÜRLERİ.....	20
A. Genel Olarak.....	20
B. Sistem Programları	21
C. Çeviri Programları	22
D. Uygulama Programları	23
E. Mikroprogramlar (Mikrokodlar).....	25
IV. PROGRAMLAMA DİLLERİ	26
A. Genel Olarak.....	26
B. Programlama Dillerinin Türleri	27
1. Makine Dili.....	27
2. Düşük Seviyeli Programlama Dili	27
3. Yüksek Seviyeli Programlama Dilleri	28
C. Programlama Dillerinin Fikrî Hukuk'ta Korunması.....	28
§3. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HUKUKÎ KORUNMASI.....	31
I. FİKRÎ HUKUK KORUMASI	31
II. PATENT HUKUKU KORUMASI	34
III. HAKSIZ REKABET HUKUKU KORUMASI.....	41
IV. BORÇLAR HUKUKU KORUMASI	44
§4. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ULUSLARARASI HUKUKTA KORUNMASI.....	45
I. GENEL OLARAK.....	45

II. BERN SÖZLEŞMESİ	46
III. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI	
(TRIPs)	47
IV. WIPO TELİF HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	49
V. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HUKUKÎ KORUNMASINA İLİŞKİN AT	
DİREKTİFİ	50
§5. MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA FİKRÎ HUKUK	
KORUMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ	54
I. MUKAYESELİ HUKUKTA TARİHSEL GELİŞİM	54
A. Genel Olarak.....	54
B. Amerikan Hukukunda.....	55
C. İngiliz Hukukunda	58
D. Alman Hukukunda	59
II. TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİM.....	61

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİ VE ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLAR

§6. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİNİN TAYİNİ.....	64
I. GENEL OLARAK FİKRÎ HUKUKTA ESER KAVRAMI	64
II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİ	67
§7. KORUMANIN KONUSU VE KAPSAMI.....	71
I. GENEL OLARAK.....	71
II. KORUMA KAPSAMINDA YER ALAN UNSURLAR.....	74
A. Hazırlık Tasarımları	74
B. Program Akışı (Akış Şeması)	78
C. Kodlar	80
III. KORUMANIN KAPSAMI DIŞINDA KALAN UNSURLAR	81
A. Algoritmalar	81
B. Kullanıcı Arayüzleri	84
§8. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİ VE HAKLARI	
KULLANMAYA YETKİLİ SAYILAN KİŞİLER.....	88
I. GENEL OLARAK.....	88
II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİ	91
A. Bir Şahıs Tarafından Geliştirilen Bilgisayar Programlarında.....	91
B. Birden Çok Şahıs Tarafından Geliştirilen Bilgisayar Programlarında	92
1. Genel Olarak.....	92
2. Bilgisayar Programlarında Müşterek Eser Sahipliği	93
3. Bilgisayar Programlarında İştirak Halinde Eser Sahipliği.....	96
III. HAKLARI KULLANMAYA YETKİLİ SAYILAN KİŞİLER	99
A. Genel Olarak.....	99
B. İşverenin Hak Sahipliği	100
C. Tüzel Kişilerin Hak Sahipliği	107
D. Bilgisayar Programlarında Yapımcı ve Yayımcılarının Durumu	110
IV. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİ HAKKINDA	
KARİNELER	111

A. Genel Olarak.....	111
B. Sahibinin Adı Belirtilen Bilgisayar Programlarında.....	111
C. Sahibinin Adı Belirtilmeyen Bilgisayar Programlarında.....	113
§9. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİBİNİN FİKRÎ HAKLARI	114
I. FİKRÎ HAK KAVRAMI VE TERMİNOLOJİ SORUNU.....	114
II. HAKLARIN TÜRLERİ.....	116
A. Manevî Haklar.....	116
1. Genel Olarak.....	116
2. Kamuya Sunma Hakkı.....	117
3. Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı.....	119
4. Programda Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Hakkı	121
B. Mali Haklar.....	124
1. Genel Olarak.....	124
2. İşleme Hakkı.....	125
a) Genel Olarak İşleme Eser ve Bilgisayar Programlarında İşleme	125
b) Bilgisayar Programlarında İşleme Hakkı	128
3. Çoğaltma Hakkı.....	130
a) Genel Olarak	130
b) Çoğaltma Kavramı	131
c) Çoğaltmanın Bilgisayar Programlarındaki Görünümü.....	133
d) Bilgisayar Programlarına Özgü Çoğaltma Halleri	134
aa) Önbelleğe Kayıt	134
ab) Bilgisayar Programının Ağa Bağlı Olarak Kullanılması	135
ac) Routing.....	137
ad) Bilgisayar Programının Sabit Diske Kopyalanması	138
ae) Bilgisayar Programının Sabit Olmayan Diske Kopyalanması	139
af) Görüntüleme ve Çalıştırma	140
ag) Program Unsurlarının Kopyalanması Yoluyla Çoğaltma	141
4. Yayma Hakkı.....	143
5. Temsil Hakkı	147
a) Genel Olarak	147
b) Bilgisayar Programlarında Temsil Hakkı	149
6. Elektronik Yöntemlerle Kamuya İletim Hakkı.....	150
a) Genel Olarak	150
b) Bilgisayar Programlarının Elektronik Yöntemlerle Kamuya İletimi Hakkı.....	152

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAN DOĞAN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE HUKUKÎ İŞLEMLERE KONU OLMASI

§10. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI	154
I. GENEL OLARAK.....	154
II. HAKLARIN SÜRE YÖNÜNDEN SINIRLANDIRILMASI.....	156
A. Genel Olarak.....	156
B. Malî Haklarda Koruma Süreleri	157

C. Manevî Haklarda Koruma Süreleri.....	160
D. Sürelerin Bilgisayar Programları Bakımından Uzunluğu Sorunu	162
III. HAKLARIN KAMUSAL MÜLÂHAZALARLA SINIRLANDIRILMASI.....	163
A. Genel Olarak.....	163
B. Kamu Düzeni Düşüncesiyle Hakların Sınırlandırılması.....	164
C. Kamu Yararı Düşüncesiyle Hakların Sınırlandırılması	166
IV. ÖZEL MENFAAT DÜŞÜNCESİYLE HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI....	169
A. Genel Olarak.....	169
B. Çoğaltma Hakkının Sınırlandırılması	170
1. Genel Olarak.....	170
2. Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanma Amacıyla Çoğaltılması.....	171
a) Genel Olarak Şahsen Kullanma Amacıyla Çoğaltma	171
b) Bilgisayar Programların Şahsen Kullanma Amacıyla Çoğaltılmasının Mümkün Olup Olmadığı	173
c) Görüşümüz.....	176
3. Bilgisayar Programını Kullanabilecek Kimselere Tanınan Özel Yetkilerle Çoğaltma Hakkının Sınırlandırılması.....	179
a) Genel Olarak Programı Kullanabilecek Kimseler.....	179
b) Bilgisayar Programını Kullanabilecek Kimselere Tanınan Özel Yetkiler	183
aa) Programı Normal Kullanma Yetkisi	183
ab) Amaca Uygun Kullanım İçin Çoğaltma	184
ac) Bir Adet Yedek Kopya Çıkarma Suretiyle Çoğaltma Yetkisi	188
ad) Araışlerliği Sağlamak Amacıyla Ayırıştırma Kapsamında Çoğaltma Yetkisi	192
aaa) Bilgisayar Programlarında Araışlerlik ve Ayırıştırma	192
aab) Ayırıştırma Serbestisinin Koşulları	197
aac) Ayırıştırma Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması.....	204
C. İşleme Hakkının Sınırlandırılması.....	206
D. Yayma Hakkının Tükenme Prensibiyle Sınırlandırılması.....	208
E. Hataları Düzeltme Serbestisi Nedeniyle Programda Değişiklik Yapma Hakkının Sınırlandırılması.....	213
F. Program İşleyişinin Gözlemlenmesi, Tetkik Edilmesi ve Sınanması Serbestisi.....	215
§11. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA HAKLARIN DEVİR VE İNTİKALİ	217
I. GENEL OLARAK.....	217
II. HAKLARIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ.....	218
A. Manevî Hakların İntikali	218
B. Malî Hakların İntikali	220
III. MALÎ HAKLARIN HUKUKÎ İŞLEMLERE KONU OLMASI.....	222
A. Genel Olarak.....	222
B. Tasarruf İşlemleri	223
1. Tasarruf İşlemlerinin Türleri	223
a) Malî Hakların Devri.....	223
b) Malî Hakların Kullanma Yetkisinin Devri (Lisans Sözleşmesi)	225
2. Tasarruf İşlemlerinde İktisap Yolları.....	230
3. Tasarruf İşlemlerinde Cayma Hakkı.....	231
4. Hakkın Sahibine Geri Dönmesi ve Lisansın Son Bulması	234

C. Taahhüt İşlemleri	235
D. Haklara İlişkin Sözleşmelerde Şekil	237
E. Standart Bilgisayar Programlarının Devri	240
1. Genel Olarak	240
2. Standart Program Devir Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği	241

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAN DOĞAN HAKLARIN İHLÂLİ HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR VE KANUNLAR İHTİLÂFİ

§12. FİKRÎ HAKLARIN İHLÂLİ	248
I. GENEL OLARAK	248
II. İHLÂLİN TESPİTİ	250
§13. HUKUK DAVALARI	253
I. TESPİT DAVASI	253
II. TECAVÜZÜN REF'İ DAVASI	255
A. Genel Olarak	255
B. Davanın Konusu	256
1. Manevî Haklara Tecavüz Halinde Davanın Konusu	256
a) Programı Kamuya Sunma Hakkının İhlâli	256
b) Ad Belirtme Hakkının İhlâli	257
c) Programda Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Hakkının İhlâli	257
2. Malî Haklara Tecavüz Halinde Davanın Konusu	258
a) Malî Hakların İhlâli Halinde Talep Konusu	259
b) Çoğaltılan Program Nüshaların Satışa Sunulup Sunulmadığına Göre Talep Konusu	262
C. Davanın Tarafları	265
1. Davacı	265
a) Manevî Haklara Tecavüz Halinde	265
b) Malî Haklara Tecavüz Halinde	266
2. Davalı	268
a) Genel Olarak	268
b) İnternet Servis Sağlayıcılarının Davalı Konumu	269
III. TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ (MEN'İ) DAVASI	272
IV. TAZMİNAT DAVALARI	274
A. Genel Olarak	274
B. Manevî Hakların İhlâli Halinde	275
C. Mâlî Hakların İhlâli Halinde	279
D. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmeden Kaynaklanan Talep	280
§14. CEZA DAVALARI	282
I. GENEL OLARAK	282
II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA İLİŞKİN SUÇLAR	283
A. Malî ve Manevî Hakları İhlâl Suçları	283
B. Bilgisayar Programları Üzerindeki Dijital Hak Yönetimi Bilgilerinin Yok Edilmesi Suçu	286
C. Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri	289
D. İnternet Bilgi İçerik Sağlayıcıları Tarafından İşlenen Suçlar	292

III. FAİL.....	295
IV. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA	298
A. Şikâyet.....	298
B. Uzlaşma	302
§15. HUKUK VE CEZA DAVALARINDA MÜŞTEREK HÜKÜMLER.....	303
I. İHTİYATÎ TEDBİRLER VE GÜMRÜKLERDE GEÇİCİ EL KOYMA.....	303
II. HÜKMÜN İLÂNİ.....	305
III. EL KOYMA, MÜSADERE VE İMHA.....	306
A. Genel Olarak Fikrî Hukukta Müsadere ve İmha	306
B. Bilgisayar Programlarında Müsadere ve İmha	309
IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	312
§16. BİLGİSAYAR PROGRAMLARI ÜZERİNDEKİ HAKLARDAN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFİ	313
I. GENEL OLARAK.....	313
II. BAĞLAMA KURALININ BELİRLENMESİNDE KARŞILAŞILABİLECEK OLASI İHTİLÂFLAR.....	315
III. BAĞLAMA KURALININ BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINACAK TEMEL ÖLÇÜTLER.....	316
IV. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ.....	318
A. Hakların Varlığı, Korunması ve Sona Ermesi Bakımından	318
B. Hakların İhlâli Bakımından	322
C. Hakların Sözleşmeye Konu Olması Bakımından	328
SONUÇ	334
ÖZET... ..	343
ABSTRACT	346

KISALTMALAR

B.	: Bölüm
b.	: bent
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz/bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
CD-ROM	: Compact Disk Read Only Memory
Cir.	: Circuit (Court of Appeals)
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CONTU	: National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works
dn.	: dipnot
DRM	: Digital Rights Management
E.	: Esas
EC	: European Community
EIPR	: European Intellectual Property Review
FİSAUM	: Fikrî ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
F2d.	: Federal Reporter Second Series

F.Supp.	: Federal Supplement
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ISS	: İnternet Servis Sağlayıcı
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
Inc.	: In Corporated
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	: Number
PatKHK.	:Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RAM	: Random Access Memory
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
Sec.	: Section
T.	: Tarih
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TRIPs	: Trade Related Aspect of Intellectual Property
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
US	: United States
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WIPO	: World Intellectual Property Organisation

WTO	: World Trade Organisation
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Şebnem / DARDAĞAN, Esra : “Sanal Ortamda Telif Hakları”, BATIDER, C. XXI, S.1, 2001, s. 47-77.
(Kısaltma: Akipek/Dardağan, Telif Hakları)
- AKİPEK, Şebnem / DARDAĞAN : Esra, “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakları İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, C.50, S.3, 2001, s. 115-139,
(Kısaltma: Akipek/Dardağan, Uygulanacak Hukuk)
- AKSU, Mustafa : Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006.
- ALBAYRAK, Mustafa : “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar”, AD, Y. 94, S.16, Temmuz 2003, s. 127-152.
- ALTAŞ, Hüseyin : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- ALTMAN, James S. : “Copyright Protection of Computer Software”, Computer/Law Journal, Vol.VI, 1985, s. 257-285.
- APLIN, Tanya : Copyright Law in the Digital Society, The Challenges of Multimedia, Oxford – Portland Oregon 2005.

- ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- ARIDEMİR, Arzu Genç : Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003.
- ARIKAN, Ayşe Saadet : Bilgisayar Programların Korunması AB ve Türkiye, 1. Bölüm, TBBD, 1996, S.3, s. 309-380. (Kısaltma: Arıkan, I. Bölüm).
- ARIKAN, Ayşe Saadet : Bilgisayar Programların Korunması AB ve Türkiye, 2. Bölüm, TBBD, 1996, S.4, a. 469-503 (Kısaltma: Arıkan, III. Bölüm).
- ARIKAN, Ayşe Saadet : “Türk Fikrî-Sınai Haklar Mevzuatının Uyum ve KOBİ’ler”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları, Ankara 1996.
- ARIKAN, Serdar : Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Aralık 2005, http://www.abgm.adalet.gov.tr/fsh/seminer/sarikan_aralik2005sunum.pdf, (11.07.2006). (Kısaltma: Arıkan, Bilgisayar)
- ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997. (Kısaltma: Arkan, Ticari İşletme)
- ARKAN, Selda : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Patent Kanunu Çerçevesinde Bilgisayar Yazılımlarının Korunması, Ankara 2000,

http://www.kobinet.org.tr/hizmetler/bilgiban_kasi/mevzuat/012.html (son erişim: 25.04.2008)

- ARSLANLI, Halil : Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- ASLAN Adem : Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004.
- ATEŞ, Mustafa : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003. (Kısaltma: Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması)
- ATEŞ, Mustafa : The Software Copyright Protection under European Union Law, Ankara 1999. (Kısaltma: Ateş, Software Protection)
- ATEŞ, Mustafa : Fikrî Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara 2007. (Kısaltma: Ateş, Eser)
- AYDINCIK, Şirin : Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan, İstanbul 2006.
- AYİTER, Nuşin : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, B.2, Ankara 1981.
- AYİTER, Nuşin : Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları, Ankara 1961.
- BAINBRIDGE, David I. : Computers and the Law, London 1990.

- BAINBRIDGE, David I. : Introduction to Computer Law, Fifth Edition, Pearson Education, London 2004. (Kısaltma: Bainbridge, Introduction)
- BAINBRIDGE, David I. : “Computer Programs and Copyright: More Exceptions to Infringement”, Modern Law Review, 1993.
- BAINBRIDGE, David I. : Software Copyright Law, London 1992, s. 6-7 (Kısaltma: Bainbridge, Software)
- BAINBRIDGE, David : Intellectual Property, 5 th Ed. London 2002. (Kısaltma: Bainbridge, Intellectual Property)
- BAINBRIDGE, David : Software Licensing, Second Edition, London 1999. (Kısaltma: Bainbridge, Software Licensing)
- BANDEY, Brian : International Copyright in Computer Program Technology, Central Law Training Professional Publishing, Birmingham 1996.
- BANGER, Gürol : Bilgisayar Programlamanın Temel Bilgileri, Trabzon 1995.
- BAŞPINAR, Veysel / KOCABEY, Doğan : İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2007
- BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- BAYGIN, Cem : Fikrî Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Malî Hakları Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler, Prof. Dr. Ömer

- Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani, İstanbul 2002.
- BAYGIN, Cem : Fikrî Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Malî Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani, İstanbul 2002.
- BELGESAY, M.Reşit : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- BENDEL, Michael J. : “An Analysis That Is Not ‘Ad Hoc’ The Bifurcated Uniform Analysis That The Federal Courts Should Follow To Determine Computer Program Nonliteral Infringement”, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. XII, Number 3, October 1993, s. 485-510.
- BENTLY Lionel / SHERMAN Brad : Intellectual Property Law, New York 2001.
- BERKVENs, Ian M.A /
ALKEMADE, Godelieve O.M. : “Software Protection: Life After the Directive”, [1991], 12 EIPR, s. 476-481.
- BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- CONLEY, John M. / BRYAN, Robert M. : “A Unifying Theory for the Litigation of Computer Software Copyright Cases”, Computer/Law Journal, Vol. VI, 1985, s. 55-118.

- CORNISH William / LLEWELYN David : Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, London 2003.
- CORREA, Carlos M. : “TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights”, IIC, Vol. 25, No. 4/1994, s. 543-552.
- CZATNOTA Bridget / HART Robert J. : Legal Protection of Computer Programs in Europe: A Guide to the EC Directive, London 1991.
- ÇELİKEL Aysel / ERDEM, B. Bahadır : Milletlerarası Özel Hukuk, Açıklamalı MÖHUK Tasarısı ile Birlikte, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2007.
- ÇELİKEL, Aysel : Milletlerarası Özel Hukuk, 5.(Tıpkı) Basım, İstanbul 1997.
- ÇOLAK, Uğur : Bilgisayar Programlarına İlişkin Ceza Yargılaması, Aralık 2005, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/fsh/seminer> , (11.07.2006).
- ÇÖLKESEN, Rifat Çölkesen : Bilgisayar Program Tasarımına Yeni Başlayanlar İçin Programlama Sanatı, İstanbul 2004.
- ÇÖLKESEN, Rifat : Bilgisayar Programlama ve Yazılım Mühendisliğinde Veri Yapıları ve Algoritmalar, İstanbul 2002.
- DALYAN, Şener : Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Seçimi, Van Bölge Barosu Dergisi, Yıl: 4, S. 9-10, Nisan/Ekim 2004, s. 16-21/20-23.

- DAMMAN, Gregory C. : “Copyright of Computer Display Screens and Suggestions”, Computer/Law Journal, Vol. IX, 1989, 417-445.
- DARDAĞAN, Esra : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Birinci Baskı, Betik Yayıncılık, Ankara 2000.
- DAVIS, Jennifer : Intellectual Property Law, Second Edition, Lexis Nexis Butterworths, London 2003
- DERCLAYE, Erstelle : “Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law? Part I, EIPR, Issue 1, 2000, s. 7- 16 (Kısaltma: Derclaye, Part I).
- DERCLAYE, Erstelle : “Software Copyright Protection: Can Europe Learn From American Case Law?”, Part II, EIPR, Issue 2, 2000, s. 56- 68 (Kısaltma: Derclaye, Part II).
- DESSEMONTET, François : International Copyright Law and Practice, Switzerland, (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006.
- DIETZ, Adolf : International Copyright Law and Practice, “Germany”, (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006.

- DREIER, Thomas : “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, [1991] 9, EIPR, s. 319-327.
- DURAL, Mustafa : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995.
- DURMUŞ, Bülent : Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Korunması, <http://www.adaletvehukuk.com> (08.07.2007)
- ERDEM, B. Bahadır : “Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensibi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 39-54.
- ERDİL, Engin : Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003 (Kısaltma: İşlenme Eserler).
- ERDİL, Engin : İctihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 2005, s. 512-513 (Kısaltma: Erdil, Şerh)
- EREL, Şafak N. : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yenilenmiş İkinci Bası, Ankara 1998. (Kısaltma, Erel, Fikir)
- EREL, Şafak N. : “İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayım Hakları ve Korunması”, İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Haklarının İhlâli ve Bunun Sonuçları Paneli, 30 Kasım 1999, FİSAUM, Ankara 2000. (Kısaltma: Erel, Çoğaltma ve Yayım)

- EREL, Şafak N. : “Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması”, Prof. Dr. İlhan Öztırak’a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, Ocak-Haziran 1994. (Kısaltma: Erel, Bilgisayar).
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. Baskı, Ankara 2001.
- ERİŞGİN, Nuri : “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı”, AÜHFD, C.48, S.1-4, Ankara 1999, 213-253, (Kısaltma: Erişgin, Edimin Konusu)
- ERİŞGİN, Nuri : “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği”, AÜHFD, C. 52, S. 4, 2003, s. 41-68. (Kısaltma: Erişgin, Sözleşmenin Hukukî Niteliği)
- EROĞLU, Sevilay : Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İzmir 2000.
- ERTAŞ, Şeref : Yeni Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2002.
- FRIEDMAN, Mark M. : “Copyrighting Machine Language Computer Software-The Case Against”, Computer/Law Journal, Vol.IX, 1989, s. 1-35.
- GARRİE, Daniel B. : “The Legal Status of Software”, The John Marshall Journal of Computer &

Information Technology, Vol. XXIII, No. 4, 2005, s.711-679.

GORDON, Sean E.

: “The Very Idea!: Why Copyright is an Inappropriate Way to Protect Computer Programs”, [1998] 1, EIPR, s. 10-13.

GÖKYAYLA, K. Emre

: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, En Son Değişiklikleri ile 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

GÖNGÖR, Gülin

: “İnternet Yolu ile Girişilen Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, Ankara 1997, s. 101-120.

GÜDER, G.

: Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1986.

GÜL, Okutan

: “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri” Prof Dr. Nihal Uluocak Armağanı, İstanbul 1999, s. 199-250.

GÜNEŞ, Mustafa / BALDEMİR, Ercan

: Bilgisayar Programlama ve Veri Yönetimi, İzmir 1996.

GÜRZUMAR, O. Berat

: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, 1. Bası, İstanbul 1995.

HAFIZOĞULLARI, Zeki

: “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezaî Himayesi”, AÜHFD, C. 48, Ankara 1999.

- HART, Robert J. : “Interfaces, Interoperability and Maintenance”, [1991], 4 EIPR, s. 111-116. (Kısaltma: Hart, Interfaces)
- HART, Robert J. : “Copyright Protection of Computer Programs under the Proposed EC Directive”, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, (Hrsg. Hans. G. Leser/Tamotsu Isomura, Berlin 1992, s 889-908 (Kısaltma: Hart, Copyright Protection of Computer Programs)
- HAYES, David L. : “The Legality of Disassembly of Computer Programs”, Computer/Law Journal, Vol. XII, 1993, s. 1-14.
- HIRSCH, Ernst E. : Hukukî Bakımdan Fikrî Say, C. II, İstanbul 1943.
- HOEREN, Thomas : “Legal Aspects of Multimedia in Europe”, Intellectual Property Rights and New Technologies, Proceedings of the KnowRight’95 Conference, R.Oldenbourg Wien München 1995.
- HOLLER, John : “The Shadows of Software-The Grey Areas In The Definition of Software and Computer Program In Law”, Intellectual Property Rights and New Technologies, Proceedings of the KnowRight’95 Conference, R.Oldenbourg Wien München 1995.

- HUNTER, Dan : “Mind Your Language: Copyright in Computer Languages in Australia”, [1998] EIPR, Issue 3, s. 98-106.
- İNANICI, Haluk : Bilişim ve Yazılım Hukuku Uygulama İçinden Görünüşü”, İBD, Ocak-Şubat-Mart, C. 70, S. 1-2-3, 1996,
- JOHNSON, Virginia : “Copyright Protection for Computer Flow Logic and Algorithms”, Computer/Law Journal, Vol.V, 1984, s. 257-285.
- KAPLAN, Yavuz : İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin, Ankara 2004.
- KARJALA Dennis S. : “Recent United States and International Developments in Software Protection”, (Part I), [1991] 6 EIPR, s. 195-202. (Kısaltma: Karjala, Part I)
- KARJALA, Dennis : “Recent Developments in the Copyright Protection of Computer Software in the United States and Japan”, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, (Hrsg. Hans. G. Leser/Tamotsu Isomura, Berlin 1992, s. 909-923. (Kısaltma: Karjala, US and Japan)
- KARJALA, Dennis S. : “Recent United States and International Developments in Software Protection”, (Part II), [1994] 2 EIPR. (Kısaltma: Karjala, Part II)

- KAYA, Arslan : Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- KAYA, Talat : “A Comparative Analysis of The Patentability of Computer Software Under The TRIPs Agreement: The U.S., The E.U., and Turkey”, Ankara Law Review, Vol.4, No.1, Summer 2007, s. 43-81. (Kısaltma: Kaya, Comparative Analysis)
- KAYPAKOĞLU, Serhat : Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması, İzmir 1997.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişiklikler, ABD, 1995/4, Yıl: 52, Sayı: 4, (Kısaltma: Kılıçoğlu, Değişiklikler).
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Medeni Kanunda Manevî Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Tandoğan Armağanı, Ankara 1990.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara 2006. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Fikrî Haklar)
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Ankara Barosu, Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. I, 08-11 Ocak 2002, Ankara.

- KINDERMANN, Manfred Kindermann : Copyright Protection of Computer Programs in Germany: Nixdorf v Nixdorf”, [1991] 8, EIPR, s. 296-301.
- KIRCA, İsmail : Escrow Sözleşmesi, BATİDER, C.XIX, S.1, Ankara 1997.
- KRAVETZ, Paul I. : “Copyright Protection of Computer Programs”, Journal of the Patent And Trademark Office Society, Vol. 80, No: 1, January 1998, s. 41-68.
- KROKER, Erik Richard : “The Computer Directive and the Balance of Rights”, [1997] 5 EIPR, s. 247-250.
- KUNTER, Nurullah /
YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006.
- LADDIE Hugh / PRESCOTT Peter /
VITORIA Mary / SPECK Adrian /
LANE Lindsay : The Modern Law of Copyright and Designs, Third Edition, Volume 2, London 2000.
- LAUB, Christoph : “Software Patenting: Legal Standards in Europe and the US in view of Strategic Limitations of the IP Systems”, The Journal of Intellectual Property, 2006, Vol. 9, No. 3, s. 342-372.
- LUCAS, André : “The Council Directive of May 1991 Concerning the Legal Protection of

Computer Programs and its Implications in French Law”, [1992] 1 EIPR, s. 28-31.

LUCAS, André /

KAMINA, Pascal / PLAISANT, Robert : International Copyright Law and Practice, “France”, (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006.

LUTZ, Martin

: “Protection of Computer Programs in Switzerland”, IIC, Vol. 25, No. 2/1994, s. 153-177.

MEIJBOOM, Alfred P.

: “The EC Directive on Software Copyright Protection” in Copyright Protection in the EC (Edt. Jongen & Maijboom), Kluwer, The Deventer-Boston 1993.

MEMİŞ, Tekin

: Fikrî Hukukun Teorisi Açısından Yazılımların Korunması, Bilgisayar Yazılımları Telif Hakları Korunması Konulu Panel, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 16 Aralık 2005. (Kısaltma: Yazılımların Korunması)

MEMİŞ, Tekin

: “İzinsiz Bilgisayar Programları Kullanımı ve İmha Talebi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 545-561. (Kısaltma: Memiş, İmha)

MEMİŞ, Tekin

: Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002. (Kısaltma: Müzik Sunumu)

- MEMİŞ, Tekin : “Fikri Mülkiyet Hukukunda Yazılımların Korunması”, Bilişim ve Fikrî Mülkiyet Semineri, TOBB, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, FİSAUM, 20 Nisan 2006 ODTÜ-Teknokent Ankara/25 Nisan 2006 İTÜ-Arı Teknokent İstanbul, s. 57-73.
- MENELL, Peter S. : “An Analysis of the Scope of Protection for Application Programs”, Stanford Law Review, V. 41, 1989, s. 1046. (Kısaltma: Menell, Scope of Protection)
- MENELL, Peter S. : “Tailoring Legal Protection for Computer Software”, Stanford Law Review, V. 39, 1987, s. 1366. (Kısaltma: Menell, Legal Protection).
- MILLARD, Christopher J. : Legal Protection of Computer Programs and Data, Sweet & Maxwell Limited, London 1985.
- MILLARD, Christopher : Computer Law, “Copyright”, (Ed. Chris Reed/John Angel), Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2003, s. 183-234.
- MIYASHITA, Yoshiyuki : “International Protection of Software”, Computer/Law Journal, Vol. XI, 1991, s. 41-73.
- MORGAN, Richard / BURDEN, Kit : Legal Protection of Software: A Handbook Welwyn Garden City, EMIS Professional Publishing, 2002.

- MUELLER, Janice M. : “Determining the Scope of Copyright Protection for Computer/User Interfaces”, Computer/Law Journal, Vol.IX, 1989, s. 37-59.
- NOMER, Engin : Devletler Hususî Hukuku, Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi, 11. Bası, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal : İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Tandoğan Armağanı, Ankara 1990.
- ONGAN, Burak : Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukukî Durumu, Seçkin, Ankara 2007
- ÖZCAN, Mehmet : Avrupa Birliğinde Fikrî ve Sınai Haklar, Ankara 1999.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay : Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta, İstanbul 2002.
- ÖZDERYOL, Teknail : Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar, İstanbul 2006.

- ÖZEK Çetin : Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978.
- ÖZGENÇ, İzzet : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Ankara 2006.
- ÖZKAN, T. : Bütün Yönleriyle Bilgisayar ve Basic Programlama Dili Esasları, İstanbul 1992.
- ÖZTAN, Fırat : “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 222-242.
- ÖZTRAK, İlhan : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 2. Bası, Ankara 1977.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruha : Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni Yargıtay Kararları İşlenmiş ve En Son CMK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2007.
- PIROĞLU, Ünsal : “Eserden Doğan Manevî Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 553-577.
- POSNER, Steve : “Can a Computer Language Be Copyrighted? The State of Confusion in Computer Copyright Law”, Computer/Law Journal, Vol. XI, 1991, s. 97-130.
- PRESS, Tim : Computer Law “Patent Protection For Computer-Related Inventions”, (Ed. Chris Reed/John Angel), Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2003, s. 131-182.

- ROCKMAN, Howard B. : Intellectual Property Law for Engineers and Scientists, New Jersey 2004.
- SARAÇ, Tahir : “Yazıcı Kartuşlarının Doldurulması ve Patent Hukukunda Tamir Hakkı”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003
- Sayısal Haklar Yönetimi (DRM), T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı-Devlet Planlama Teşkilatı-İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Ortak Yayını, İstanbul 2006.
- SHERMAN, Cary H. /
- SANDİSON, Hamish R./GUREN, Marc D. : Computer Software Protection Law, Volume I, Washington 1991.
- SİRMEN, A. Lâle : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- SOKMAN, Barry B. : Sokman on Computer, Internet and Electronic Commerce Law, V. I, Toronto 2006.
- STECKLER, Brunhilde : “Legal Protection of Computer Programs under German Law”, [1994], 7 EIPR, s. 293-301.
- STEINBERG, Robert : “Microcode-Idea or Expression?”, Computer/Law Journal, Vol. IX, 1989, 61-72.
- STERN, Richard H. : On Copyright in Computer Programming Languages, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, (Hrsg. Hans.

- G. Leser/Tamotsu Isomura, Duncker & Humblot, Berlin 1992.
- STIM, Richard : Copyright Law, Canada 2000.
- STORY, Alan : Intellectual Property and Computer Software, A Battle of Competing Use and Access Visions for Countries of the South, UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) and ICTSD (International Centre for Trade and Sustainable Development) Geneva 2004.
- SULUK Cahit / ORHAN, Ali : Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, C. II, Arıkan, İstanbul 2005.
- SULUK, Cahit : Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004
- ŞAHİN Cumhur / ÖZGENÇ İzzet : Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Birinci Bası, Ankara 2007.
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, Ankara 1988.
- TEKİNALP Ünal : “Gümrük Birliği’nin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri”, İHMF, C.LV, İstanbul 1996.
- TEKİNALP, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 1999. (Kısaltma: Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk)

- TEKİNALP, Ünal : Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2004.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi /
AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/
ALTOP, Atillâ : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TOPALOĞLU, Mustafa : Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997, (Kısaltma: Topaloğlu, Bilgisayar Programları).
- TOPALOĞLU, Mustafa : Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005. (Kısaltma: Topaloğlu, Bilişim)
- TRITTON Guy / DAVIS Richard /
EDENBOROUGH Michael /
GRAHAM James / MALYNICZ Simon /
ROUGHTON Ashley : Intellectual Property in Europe, Second Edition, Sweet & Maxwell, London 2002.
- TÜYSÜZ, Mustafa : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- USLU, Ramazan : Türk Fikir ve Sanat Hukukunda “Eser” Kavramı, Ankara 2003.
- ÜSTÜN, Gürsel : Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz, İBD, Mart 2001

- ÜSTÜN, Gürsel : Fikrî Hukukta İşleme Eserler, İstanbul 2001.
- VOSS, Christopher : “The Legal Protection of Computer Programs in the European Economic Community”, Computer/Law Journal, Vol. XI, 1992, s. 441-459.
- WATERS Peter / LEONARD Peter G. : “The Lessons of Recent EC and US Developments for Protection of Computer Software under Australian Law”, [1991] 4 EIPR, s. 124-131.
- WHARTON Leslie : “Use and Expression: The Scope of Copyright Protection for Computer Programs”, Computer/Law Journal, Vol. VI, 1985, s. 433-468.
- WHITEMAYER, R.M. : “A Plea For Due Processes: Defining the Proper Scope of Patent Protection for Computer Software”, Northwestern University Law Review, Vol. 85, No.4, 1989.
- World Intellectual Property Organization, Model Provisions on the Protection of Computer Software” Geneva, 1978.
(Kısaltma: Model Provisions)
- WTO Workshop On Certain Topical Issues In Regard To Intellectual Property For Central And Eastern And Central Asian Countries, Background Documentation, Ankara 16-18 May 2006.
- YARSUVAT, Duygun : Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3. Bası İstanbul 1984.

- YASAMAN Hamdi : Fikrî Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1. (Kısaltma: Yasaman, Tazminat)
- YASAMAN Hamdi : Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2006. (Kısaltma, Fikrî ve Sınai Mülkiyet)
- YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 3. Bası, Beta, İstanbul 2004.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl : Standart Bilgisayar Programları Devir Sözleşmeleri, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1999.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl : “Sözleşme Hukuku Açısından Yazılım”, Bilişim ve Fikrî Mülkiyet Semineri, TOBB, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, FİSAUM, 20 Nisan 2006 ODTÜ-Teknokent Ankara/25 Nisan 2006 İTÜ-Arı Teknokent İstanbul
- YILDIZ, Burçak : “Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003.
- YUSUFOĞLU : Fülurya Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2002.
- YUSUFOĞLU, Fülurya : Eseri Meydana Getirenlerin Malî Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003 (Kısaltma: Yusufoglu, Eseri Meydana Getirenler).

ZEVKLİLER, Aydın

: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1992.

ZEVKLİLER, Aydın

: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Seçkin, Ankara 2001.

GİRİŞ

§1. KONUNUN TAKDİMİ, SINIRLANDIRILMASI VE YÖNTEM

I. KONUNUN TAKDİMİ

Bilgisayarlar, uzun ve karmaşık hesap ve işlemleri büyük hızlarda yapabilen, mantıksal bağıntılara dayalı olarak karar verip, işlem yürüten makinelerdir.¹ Bilgisayarların, gerek bilgiye ulaşmada sağladığı kolaylıklar gerek elde edilen bilgileri hızlı bir şekilde işleyebilme ve bu sayede de zamandan tasarruf sağlama özellikleri, onları çağımızda etkin ve yaygın bir araç haline getirmiştir. Gerçekten de bilgisayarlar, günümüzde sadece bu özellikleri ile değil, endüstride insan gücü yerine kullanılması sebebiyle ürün maliyetlerinde getirdiği avantajlar açısından da büyük bir öneme sahiptir. Kısaca bilgisayarlar, vazgeçemeyeceğimiz bir şekilde hayatımızın her alanına girmiş bulunmaktadır.² Ancak, eğitim, endüstri, bankacılık, ticaret, sağlık, ulaşım ve eğlence gibi hayatımızın hemen her alanına giren bilgisayar teknolojisinin öneminin giderek artması, bilgisayar ve diğer donanımların kendilerinden beklenen fonksiyonları icra etmesini sağlayacak şekilde tasarlanıp geliştirilen programlar sayesinde olmuştur. Bilgisayar üreticileri, önceleri, programları bilgisayar donanımının bir parçası olarak görüp donanım ile birlikte piyasaya sürmüşlerdir. Bununla beraber, 1960'ların sonlarına doğru üreticiler bu uygulamadan vazgeçerek, bilgisayar programlarını ayrı şekilde piyasaya sunmayı tercih etmişlerdir. Bu sayede programcılık endüstrisi önemli ölçüde gelişim göstermiş; ancak bu alandaki gerçek devrim, 1980'lerin başlarında kişisel bilgisayarların hızlı bir biçimde yayılmasıyla gerçekleşmiştir.³

Bir bilgisayar sistemi yazılım ve donanım olmak üzere iki ana yapıdan oluşmaktadır. Donanım, sistemin beyni niteliğinde olan merkezi işlem birimi (CPU),

¹Mustafa Topaloğlu, Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s. 1.

²Tahir Saraç, "Yazıcı Kartuşlarının Doldurulması ve Patent Hukukunda Tamir Hakkı", Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 365. Dünyada ilk elektronik bilgisayar, askeri amaçla ABD'de imal edildi. ENIAC isimli bu ilk bilgisayar 30 ton ağırlığında idi. Ülkemiz ise bilgisayar ile ilk defa 1960 yılında Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından satın alınması ile tanışmış; 1980 li yıllardan sonra serbest ithalat rejimine geçilmesinin ardından, Ülkemizde bilgisayarların sayısı ve kullanım oranında sürekli artış görülmüştür. Bilgisayarların tarihi gelişimi konusunda daha geniş bilgi için bkz. Topaloğlu, Bilişim Hukuku, s. 1-3.

³Yoshiyuki Miyashita, "International Protection of Software", Computer/Law Journal, Vol. XI, 1991, s. 42-44.

bellek, klavye, monitör, disk sürücüler de dâhil sistemin diğer elektronik ve mekanik nitelikli fiziksel bileşenlerinden oluşmaktadır. Bilgisayarın çalışabilmesi ve kendinden beklenen işlevleri yerine getirebilmesi için genel olarak program ya da geniş anlamıyla yazılım olarak adlandırılan talimatlara gereksinim duyulmaktadır. Donanım ya da yazılımdan biri olmaksızın diğerinin ve dolayısıyla bilgisayarın işlev görmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle, sadece donanımdan ibaret olan bir bilgisayar hiçbir değer ifade etmemekte, ancak yazılım ve bilgisayar programları sayesinde bir anlam kazanmaktadır.⁴

Bilgisayar teknolojisinin ve buna bağlı olarak bilgisayar programlarının günümüzde çok yaygın bir şekilde kullanılmasının sonucu olarak, bu alanın hukuken düzenlenmesi de bir zorunluluk halini almıştır. Bu yüzden, bilgisayar programlarının hukuken korunması pek çok uluslararası antlaşmanın konusunu oluşturmuştur. Diğer taraftan hemen tüm ülkeler, bilgisayar programını meydana getiren eser sahibinin haklarını milli mevzuatları ile koruma altına almışlardır.⁵

Fikrî hakkın elde edilmesinin kolaylığı, herhangi bir tekel oluşturmaması, esnekliği ve uluslararası antlaşmalarda kabul görmesinden dolayı, bilgisayar programlarının fikrî hukuk korunması, günümüzde uluslararası hukukta en uygun koruma yolu olarak kabul edilmektedir.

Bilgisayar programlarının korunması ile ilgili Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerin mevzuatının birbirinden farklı olmaları, bazılarında ise bu korumanın hiç olmaması üye ülke mevzuatlarının uyumlaştırılmasını gerekli kılmıştır. Bu amaçla Avrupa Konseyi, 14 Mayıs 1991 tarihli ve 91/250 sayılı “*Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması*” konulu bir Direktif⁶ kabul etmiştir. Bu Direktif üye ülkelere bilgisayar programlarının korunması konusunda millî mevzuatlarında yapmaları gereken değişikliklerin genel çerçevesini belirtmektedir. Direktifin kabulünden sonra

⁴ Paul I. Kravetz, “Copyright Protection of Computer Programs”, Journal of the Patent and Trademark Office Society, Vol. 80, No:1, January 1998; Miyashita, s. 44; Sevilay Eroğlu, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İzmir 2000, s. 1; Gürol Banger, Bilgisayar Programlamanın Temel Bilgileri, Trabzon 1995, s. 3-2.

⁵ World Intellectual Property Organization, Model Provisions on the Protection of Computer Software” Geneva, 1978, s. 5-6

⁶ Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs (Official Journal of the European Communities, 17.05.1991, no.1, 122/42-46.

bu düzenlemeye uyum sağlamak üzere üye ülkeler, kendi mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yapmışlardır. Türk Hukukunda ise, bilgisayar programlarının kanunî olarak fikrî hukuk kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunması, anılan Direktif hükümlerine uyum sağlamak amacıyla ilk kez 7.6.1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yapılan değişikliklerle kabul edilmiştir. Bu değişikliklerle, FSEK m. 2/1 kapsamı genişletilerek, herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması şartı ile bunların hazırlık tasarımlarının ilim ve edebiyat eserleri arasında yer aldığı belirtilmiştir. Bilâhare 21.02.2001 tarihli ve 4630 sayılı Kanun ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yapılan değişikliklerle de bilgisayar programı ile arayüz ve araişerlik kavramlarının tanımları yapılmıştır.

“Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması” konulu çalışmamızın başında, konunun anlaşılabilmesi için bilgisayar programlarının teknik yönlerinin sınırlı ölçüde ortaya konması ve programların fikrî hukuk korumasının uluslararası hukuk, bazı ülkelerde ve Türk Hukukundaki tarihi gelişimine değinilmesi bir zorunluluktur. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle söz konusu hususlar ele alınmıştır.

Bilgisayar programlarının diğer ilim ve edebiyat eserlerinden farklı bir takım özellikleri bulunmaktadır. Dolayısıyla, fikrî hukukta programların eser niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Yine programların, genelde tek bir kişinin ürünü olmayıp, bazen onlarca mühendisin emeğinin sonucu ve bir işverene bağlı olarak meydana getirilmesi gerçeği nazara alındığında, birden fazla kişi tarafından meydana getirilen bilgisayar programlarında eser sahibinin ve programdan doğan hakları kullanabileceklerin kimler olduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır.

Fikrî hukukun genel prensibi düşüncelerin değil, ifade tarzının koruma altına alınmasıdır. Bilgisayar programları, bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması şartıyla hazırlık tasarımlarını da kapsamaktadır. O halde bilgisayar programlarının hangi unsurlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı konusunun incelenmesi gerekmektedir.

Programlar açısından özellik arz eden yönleri bulunduğundan, fikrî hukukta eser sahibine münhasıran tanınan manevî ve malî hakların bilgisayar programlarındaki görünümü, yine bu haklara kamusal ve özel mülahazalarla getirilen sınırlandırılmalar sebebiyle diğer kimselerin özgürlük alanına dâhil olan hususlar üzerinde detaylı bir şekilde durulması icap etmektedir. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda her ne kadar program sahibine tanınan manevî ve malî haklar diğer eserlere göre özellik göstermese de, anılan Kanunda, söz konusu haklara getirilen sınırlamalar açısından programlara özgü bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bilgisayar programını geliştiren kimse, genellikle bu programı geliştirmekle ondan ekonomik menfaat elde etmeyi ister. Programın ekonomik yarar sağlayabilmesi için de piyasaya arzı ve bu suretle diğer şahısların kullanımına sunulması gerekmektedir. Program geliştiren kimse çoğunlukla programı kendi imkânları ile piyasaya arz edememektedir. Bu sebeple, programdan doğan haklarını veya bu hakların kullanma yetkisini, bu işi daha sistemli bir şekilde yapacak şahıslara devretme ihtiyacı doğmaktadır. Bu devri sağlayan sözleşmeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda özel düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bundan dolayı, bilgisayar programları da dâhil tüm eserler açısından söz konusu olabilecek bu sözleşmeler belirli ölçüde incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Kişisel bilgisayar ve Internet kullanımının yaygınlaşması ile dünyada her geçen gün korsan yazılım kullanımı artmaktadır. Bu konuda 2006 yılında 102 ülkeyi kapsayan bir araştırmada, korsan kullanımdan ötürü yazılım sektöründeki kayıpların %15 artarak 39,5 milyar ABD Doları'na yükseldiği belirtilmiştir. Aynı araştırmada, araştırmaya dâhil olan ülkelerin yarısında % 62 ve daha fazla; üçte birinde ise %75'in üzerinde bir korsan yazılım kullanım oranının olduğu tespit edilmiştir. Yine bu araştırmaya göre, Türkiye'de korsan yazılım oranı bir önceki yıla göre 1 puan azalarak % 64'e gerilemiştir.⁷ Program sahiplerinin manevî ve malî hak ihlâlinin ulaştığı nokta, bu hakların ihlâli ile ihlâl durumunda hak sahibine tanınan hukukî ve cezaî yollar ve yaptırımların incelenmesini gerektirmektedir.

⁷ IDG'nin (International Data Group) 2006 yılına ilişkin 102 ülkeyi kapsayan "Küresel Korsan Yazılım Araştırması" için bkz. <http://www.bsa.org.tr/images/download/IDC-PiracyStudy2007.pdf> (son erişim: 29.01.2007)

Küreselleşmenin de etkisiyle iletişim teknolojisinin hızlı gelişimi ve uluslararası kültürel ilişkilerin artması sayesinde, diğer tüm hukuk alanlarında olduğu gibi fikir ve sanat eserleri alanında da yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar artmıştır. Bu ilişkilerin başında bilgisayar teknolojisi ve bilgisayar programlarının konu teşkil ettiği hukukî ilişkiler gelmektedir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dan farklı olarak, 7.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı aynı adı taşıyan Kanun'da fikrî haklara özgü kanunlar ihtilafı kuralları öngörülmüştür. (m. 23) Bu yeni düzenlemeler çerçevesinde, bilgisayar programından kaynaklı yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde ihtilâfa uygulanacak hukukun belirlenmesi büyük önemi haizdir.

Bilgisayar programlarının fikrî hukukta korunması, gerek programların fikrî mülkiyet hukuku alanında korunmasını konu edinen eserlerde gerek genel fikrî hukuk eserlerinin belirli bölümlerinde ve gerekse konunun bir veya birkaç yönünü ele alınan çok sayıda yerli ya da yabancı literatürde incelenmiştir. Bununla beraber, bu korumaya hasren ve konuyu, yukarıda belirtilen tüm yönleri ile güncel mevzuatı da içerecek şekilde ele alan monografik bir çalışmanın olmaması, bizi konuyu bu kapsamda incelemeye yönlendirmiştir.

İncelememiz bir Giriş, dört Bölüm ve bir Sonuç'tan oluşmaktadır. Tezimizin Birinci Bölümünde, bilgisayar programlarına ilişkin temel kavramlar, programlar için tanınan hukukî koruma yolları, fikrî hukuk korumasının uluslararası, bazı ülkelerde ve Türk hukukundaki tarihsel gelişimi incelenmiştir. İkinci Bölümünde, bilgisayar programlarının eser niteliği, fikri hukuk korumasının konu ve kapsamı, programlarda eser sahipliği ve hakları kullanmaya yetkili sayılan kişiler, eser sahipliği hakkındaki karineler ile eser sahibinin manevî ve malî hakları üzerinde durulmuştur. Üçüncü Bölümünde bilgisayar programlarında eser sahipliğinden doğan hakların sınırlandırıldığı haller ve bu hakların hukukî işlemlere konu olması hususları ele alınmıştır. Dördüncü ve son Bölümünde, eser sahibinin haklarının ihlâli halinde açılacak hukuk davaları ile suç teşkil eden eylemler ve yargılama usulü konuları incelenmiş; bunun yanı sıra, bilgisayar programlarına ilişkin yabancı unsur taşıyan hukukî ilişkilere uygulanacak kanunlar ihtilâfı konuları irdelenmiştir. Tezimizin

Sonuç kısmında ise, bu çalışmamız sırasında varılan sonuçlar toplu bir şekilde ortaya konulmuştur.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Dar anlamda fikrî hak kavramı ile kastedilen, ilim ve edebiyat eserleri, musiki, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri üzerindeki yetki ve menfaatlerdir. Çalışmamızın konusunu fikrî hukuk kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilen bilgisayar programlarının korunması oluşturduğundan, fikrî hak kavramı bu dar anlamıyla ele alınarak konu incelenmiştir. Diğer bir deyimle, bilgisayar programlarının patent hukukunda veya haksız rekabet hukukunda korunması çalışmamızın konusunu teşkil etmemektedir. Bununla beraber, bu koruma imkânlarının fikrî hukuk koruması yanında bilgisayar programlarına tanınıp tanınmadığı, gerek Türk Hukukunda gerek mukayeseli hukukta tartışılan bir konudur. Bu sebeple, fikrî hukuk koruması ile karşılaştırma yapılabilmesi ve tartışmaların güncel durumunun ortaya konulması amacıyla, bu konular ilgili olduğu yerde gereği kadar ele alınmıştır.

Çalışmamızda bilgisayar programlarının teknik yönleri ayrıntıları ile tartışılmamıştır. Ancak programların kendine özgü diğer eserlerden farklı yönleri göz önüne alındığında, bir takım kavramların teknik terminolojiye uygun olarak tanıtılması hukukî çerçevenin daha iyi anlaşılabilmesi ve somutlaştırılması açısından kaçınılmaz bir zorunluluk arz etmiştir. Bu sebeple programların teknik yönleri, gerektiği ölçüde ve bu amaca yönelik olmak üzere, gerek dipnotlarda gerek metin içerisinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Belirli bir sistem veya yöntem çerçevesinde düzenlenmiş elektronik, mekanik yahut herhangi bir araç ile ulaşılması mümkün eser, veri ya da diğer materyallerden oluşan eserlere veri tabanı adı verilmektedir. Veri tabanları gerek Türk Hukukunda gerek karşılaştırmalı hukuk ve AB Hukukunda derleme eser olarak ayrı düzenlemelere tabi kılınmakta olduğundan çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

Eser sahibinin haklarının ihlâli halinde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir taraftan eser sahibinin ihlâl yüzünden uğradığı zararının giderilmesine veya hukuka aykırı durumun sona erdirilmesine yönelik hukukî imkânlar tanınmış iken, diğer taraftan, hakların belli şekillerde ihlâli eylemleri ceza hukuku anlamında suç sayılmaktadır. Bu suretle, hakları ihlâl eden kimse bu eyleminden dolayı bir yandan hukukî yaptırımlara tabi tutulurken, diğer yandan eyleminin cezasını da çekmekle karşı karşıya bırakılmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, tüm eserler açısından söz konusu olabilen suçların yanı sıra, bilgisayar programlarına özgü işlenebilen suçlara da yer verilmiştir. Bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasını incelediğimiz bu tezimizde, korumanın cezaî yönünden ziyade, hukukî yönüne ağırlık verilmesi amaçlandığından, konunun cezaî yönü ayrıntıya girilmeksizin, genel olarak ve 5728 sayılı Kanun ile getirilen yeni sistematığe uygun şekilde ele alınmıştır. Aynı şekilde, bilgisayar programını konu edinen yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilâfî konuları da çalışmamızın kapsamı elverdiği ölçüde ve 5718 sayılı MÖHUK hükümleri doğrultusunda ele alınmıştır.

III. YÖNTEM

Bilgisayar programları bakımından fikrî hukukun temelde tüm eserler açısından farklılık arz etmeyen esasları, çalışmamızın kapsamını aşmayacak ölçüde genel olarak ele alınmış ve konunun bilgisayar programları bakımından farklılık arz eden yönleri ise yeri geldiğinde etraflıca irdelenmiştir.

Bilgisayar programlarına özgü kısımların incelenmesi sırasında karşılaştırmalı hukuktaki yargısal ve ilmî içtihatlardan yararlanılmaya çalışılmıştır. Ayrıca Yargıtay tarafından bilgisayar programları ile ilgili verilmiş güncel kararlar da değerlendirilmiştir. Değişik ülkelerin mevzuat ve yargı kararlarına yer verirken, bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasının temel ilkelerinin olduğu, bilgisayar ve bilgisayar programcılığı endüstrisinin doğum yeri olarak kabul edilen ABD hukukuna özellikle yer verilmiştir. Türkiye'nin Avrupa Birliği uyum sürecinde olması ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki bilgisayar programlarına özgü düzenlemelerin bütünüyle Avrupa Konseyi'nin 14 Mayıs 1991 tarihli ve 91/250

sayılı “*Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması*” konulu Direktifinden iktibas edilmiş olması sebebiyle, konu ağırlıklı olarak AB mevzuatı ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bir AB ülkesi olan ve aynı zamanda Anglo-Sakson hukuk sistemini uygulayan İngiliz mevzuatı ile yargısal içtihatları da incelemelerimiz sırasında önemli bir yer edinmiştir.

İncelememizde her bir konu aynı sistematik içinde ele alınmaya çalışılmış; önce sorun ortaya konulmuş; Türk Hukukundaki yasal düzenleme ve içtihatlar yer verilmiş; ardından konunun mehz Direktif ile Amerikan hukukunda düzenlenişi belirtilmiş ve son olarak görüşümüz ifade edilmiştir. Bununla birlikte, bazı konuların incelenmesinde ise konunun mahiyetine göre, derli toplu bir inceleme yapabilmek için karma bir düzen benimsenmiştir.

Çalışmamız sırasında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yapılması önerilen kanun değişiklikleri, metnin ilgili kısmı veya dipnotlarında ifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR, BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HUKUKİ KORUNMASI VE KORUMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ş2. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI, UNSURLARI VE TÜRLERİ

I. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI

Bilgisayarlar ancak kendilerine yüklenen yazılım ve programlar sayesinde anlam kazanmaktadır. Nitekim kullanıcıların bilgisayar ile iletişimi ancak yazılım veya programlar aracılığıyla gerçekleşmektedir. Doktrinde genelde eş anlamlıymış gibi kullanılmakta ise de yazılım (*software*) ve program (*computer program*) eş anlamlı kavramlar değildir. Yazılım, bilgisayar programlarının da dahil olduğu, akış planları, yapı programları, programı tanımlayan diğer geliştirme dokümantasyonları ve programı anlamak için kullanıcıya teslim edilen malzemeyi içeren bir üst kümedir.⁸ Yazılımlar, sınırları kesin olarak belirlenemeyen ve sayarak tüketme yoluyla da saptanamayan bir yığın ürünü kapsayan içeriğe sahiptir. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) ise, yazılımı “bilgi işlem cihazının kullanımı için her türlü çalışma direktifi” olarak tanımlamaktadır.⁹

Bilgisayar programının ilk tanımlarından biri WIPO’nun, “Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler” inin 1. paragrafının (i)

⁸ Daniel B. Garrie, The Legal Status of Software, The John Marshall Journal of Computer & Information Technology, Vol. XXIII, No. 4, 2005, s. 714; Model Provisions, s. 9; Rifat Çölkesen, Bilgisayar Program Tasarımına Yeni Başlayanlar İçin Programlama Sanatı, İstanbul 2004, s. 15; David I. Bainbridge, Introduction to Computer Law, Fifth Edition, Pearson Edition, London 2004; Eroğlu, s. 1; Virginia Johnson, “Copyright Protection for Computer Flow Logic and Algorithms”, Computer/Law Journal, Vol.V, 1984, s. 257, dn. 1; David I. Bainbridge, Intellectual Property, 5 th Ed. London 2002, s. 190; Mustafa Ateş, Fikrî Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 151; Bülent Durmuş, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Korunması, http://www.adaletvehukuk.com/index.php?option=com_content&task=view&id=194&Itemid=46, (son erişim: 08.07.2007), s. 10. Doktrinde yazılım, “donanımaya yaşam veren ve bilgi işlemde kullanılan programlar, yordamlar, programlama dilleri ve belgelenelerin tümüdür” şeklinde de tanımlanmaktadır. Bu tanım için bkz. Şafak N. Erel, Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Prof. Dr. İlhan Öztürk’a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, Ocak-Haziran 1994, s. 142 Aynı yönde görüş ve daha geniş tartışmalar için bkz. John Höller, “The Shadows of Software-The Grey Areas In The Definition of Software and Computer Program In Law”, Intellectual Property Rights and New Technologies, Proceedings of the KnowRight’95 Conference, R.Oldenbourg Wien München 1995, s. 229-235.

⁹ WIPO Dok. CE/MPC/III/2; Eroğlu, s.2.

bendinde yer almıştır. Bu bentte “...bilgisayar programı bir makine tarafından okunabilen bir ortama yüklendikten sonra, bilgi işleme yeteneğine sahip böyle bir makinenin belirli bir fonksiyonu ya da amacı yerine getirmesi veya göstermesi ya da bir sonucu ortaya koymasını sağlayan komutlar dizisidir” şeklinde bir tanım yapılmıştır.¹⁰

Avrupa Birliği’nin 14 Mayıs 1991 tarihli “*Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması Hakkındaki Direktifi*” nde¹¹ ise, teknolojik gelişmelerin etkisiyle zaman içerisinde eskiyeceği ve tanımın sınırlayıcı olabileceği gerekçesi ile bir tanım verilmekten kaçınılmış¹², ancak bu Direktifin genel görüşmeleri sırasında, bilgisayar programı, “Bundan bir bilgi işlem aracının, bir bilgisayarın kendi işlevlerini yerine getirmesini sağlayan komutlar dizisi anlaşılır” şeklinde tanımlanmıştır. Öte yandan Direktifin Açıklayıcı Memorandumunda da Komisyon, bilgisayar programından, amacı bir bilgisayara belirli bir hedef ve fonksiyonu yerine getirtmek olan, (insan ya da makine tarafından algılanabilen) herhangi bir dil, şekil, sistem ve kodla ifade edilmiş talimat dizimi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sayede Komisyon, Direktif’teki tanım maddesinin tamamen açık uçlu olmasını önlemek istemiştir.¹³

Kavramların anlam farklılığına ve özellikle uluslararası mevzuatta ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda “bilgisayar programları” teriminin tercih edilmesine rağmen, fikrî hukuk korumasından, belirli bir dile dayanarak geliştirilmiş yazılım parçalarının da yararlanacağından şüphe duyulmamalıdır.

¹⁰ Model Provisions, s. 9; Mustafa Aksu, Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006, s. 44.

¹¹ Aksu, 44-45.

¹² Aksu, s. 44; Erstelle Derclaye, “Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law?”, Part I, EIPR, Issue I, 2000, s. 10. Direktifin kabul sürecinde Avrupa Parlamentosu, Direktif taslağının ilk halinde olmamasına rağmen Direktif’te bilgisayar programının tanımının yapılması yönünde değişiklik önerisinde bulunmuş; ancak bu teklife Komisyon tarafından karşı çıkmıştır. Direktifin Açıklayıcı Memorandumunda da, zamanla güncelliğini yitirebileceği düşüncesiyle, Direktifte tanıma yer verilmesi tavsiye edilmemiştir. Bkz. Bridget Czarnota/Robert J. Hart, Legal Protection of Computer Programs in Europe-A Guide to the EC Directive, London 1991, s. 16-17, 153.

¹³ Christopher Voss, “The Legal Protection of Computer Programs in the European Economic Community”, Computer/Law Journal, Vol. XI, 1992, s. 448. Komisyonun ilk Direktif taslak metninin ekinde, teklifin tarihi gelişimini, amaçlarını, mevcut düzenlemenin niteliğini ve teklifin içerdiği hususlara ilişkin Komisyonun görüşlerini ihtiva eden bir Memorandum yer almıştır. Açıklayıcı Memorandum’un metni için bkz. Czarnota/Hart, s. 153-178.

Höller'e göre, mevzuatta bilgisayar programı veya yazılımın açıkça tanımı yapılmadığı takdirde hukukun genel ilkelerinden hareketle, kanunun yazılımı mı yoksa bilgisayar programını mı koruduğu ya da korumanın her ikisini de kapsayıp kapsamadığı, kanun koyucunun iradesine ya da kanunun amacına bakılarak anlaşılabilir. Örneğin Konsey Direktifinde bilgisayar programı terimi kullanılmasına rağmen, Direktifin 1. maddesinin son cümlesinde, bu Direktifteki bilgisayar programları teriminin, onların hazırlık tasarım malzemelerini de kapsadığı ifade edilmiş olduğundan, Direktifte, bilgisayar programları yazılım anlamında kullanılmıştır.¹⁴

Türk hukukunda bilgisayar programı kavramı, 5846 sayılı FSEK'in 1/B maddesinin (g) bendinde, "bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Kanımızca Kanun Koyucu, bilgisayar programı terimini yazılım anlamında kullanmaktadır. Ancak, bu tanım Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendi ile birlikte değerlendirildiğinde bir takım karışıklıklara neden olabilecek niteliktedir. Nitekim söz konusu düzenlemede, "...her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları" ilim ve edebiyat eserleri arasında sayılmaktadır. Görüldüğü üzere bu maddede, önce bilgisayar programları, bir önceki maddedeki tanım anlamından dar bir şekilde gerçek anlamında kullanılmış; daha sonra ise, hazırlık tasarımlarının da bilgisayar programları yanında ilim ve edebiyat eseri olarak korunacağı ifade edilmiştir. Kanımızca mehz Direktif'te olduğu gibi, bilgisayar programcılığının hızlı gelişimi karşısında mevcut tanımın yeni gelişmeleri karşılamayabileceği göz önüne alınarak, tanım vermekten kaçınılmış olması daha yerinde olurdu.¹⁵

¹⁴ Höller, s. 230.

¹⁵ Amerikan Telif Hakları Kanunu'nun (1976 Copyright Act) 101. maddesinde ise bilgisayar programı, "belirli bir sonucu elde etmek üzere doğrudan veya dolaylı olarak bir bilgisayarda kullanılacak ifade ve talimatlar dizisi" olarak tanımlanmaktadır. Bununla beraber Kanunun hiçbir maddesinde bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında korunacağına ilişkin açık hükme yer verilmemiştir. Ancak, Kanunun hakların sınırlarının düzenlendiği 117. maddesindeki düzenlemeden dolayı, bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı sonucu çıkarılmaktadır.

Tanımda ifade edilen emir dizgesi ile ne ifade edildiği Kanun'da açıklanmamaktadır. Bu sebeple, emir dizgesi olan programın, hangi andan itibaren varlık kazandığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilgisayar programının varlığından söz edebilmek için, programın bilgisayarın anlayabileceği ortama dahil edilebilecek düzeye gelmiş olması gerekmektedir. Bu aşama, programın magnetik ortama getirilmiş olmasıyla sağlanabileceği gibi, insan tarafından anlaşılabilir ancak doğrudan bilgisayarın anlayabileceği şekle dönüştürülebileceği formda olması ile de sağlanabilir. O halde kısaca, programdan söz edildiğinde anlatılmak istenen, emir dizgesinin programlama dillerinden biri ile ifade edilmiş halidir.¹⁶

Fikrî hukukta koruma sadece programlama dillerinden biri ile ifade edilmiş hali olan bilgisayar programlarına hasredilmemektedir. Korumadan programların hazırlık çalışmaları da yararlanmaktadır. Bunun sebebi, sırf programı korumanın çok sınırlı kalacağı ve program geliştiricisinin fikrî emeğinin yeterince korunamayacağı gerçeğine dayanmaktadır. Zira, program geliştirme aşamalarında fikrî emeğin büyük bir bölümü hazırlık çalışmaları aşamasında sarf edilmektedir. Denebilir ki; bundan sonraki aşamada programın kodlarla ifadesi nispeten daha az fikrî emek gerektirmektedir.¹⁷

Ortaya çıkan bu kavram karmaşası bir yana bırakılırsa, her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesinden, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun'da, bilgisayar programlarının ötesinde, bir sonraki/ileriki bir aşamada program sonucunu doğurması şartıyla hazırlık tasarımlarını da içerecek tarzda yazılımların korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu hazırlık tasarımlarının hangilerinin

Amerikan doktrinde, her ne kadar bu tanım program akışı gibi tanımlamaları veya program dokümanlarını içermese de, bunun, söz konusu unsurların fikrî hukuk bakımından korunmayacağı anlamına gelmediği savunulmaktadır. Bu gibi unsurların koruma kapsamında kaldığı İçtihat Hukuku ile de kabul edilmektedir. Cary H. Sherman/Hamish R. Sandison/Marc D. Guren, Computer Software Protection Law, Vol. I, Washington 1991, s. 203-14; Derclaye, Part I, s. 11. 1988 tarihli İngiliz "Copyright, Design ve Patent Act" de, mahkemelere gelecekteki teknolojik gelişmeleri göz önüne alma imkanı tanımak üzere bilgisayar programının tanımına yer verilmemiştir. Brian Bandey, International Copyright in Computer Program Technology, Birmingham 1996, s. 13; Bainbridge, Intellectual Property, s. 193. Bilgisayar programı kavramı, Fransız mevzuatında da tanımlanmamıştır. André Lucas, "The Council Directive of May 1991 concerning the Legal Protection of Computer Programs and its Implications in French Law", [1992] 1, EIPR, s. 28.

¹⁶ WIPO Model Provisions, s. 10.

¹⁷ Hugh Laddie/Peter Prescott/Mary Vitoria/Adrian Speck/Lindsay Lane, The Modern Law of Copyright and Designs, Third Edition, Vol. 2, London 2000, s. 1611.

bilgisayar programı olarak korunacakları hususu ileride ayrıca açıklanacak olmakla beraber, Kanun ve mehz Direktif'teki ifadeye sadık kalarak, biz de çalışmamızda bilgisayar programı kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

II. BİLGİSAYAR PROGRAMININ UNSURLARI

A. Genel Olarak

Bilgisayarda belirli işlemlerin yapılabilmesi için, gerekli komutların bilgisayarın kabul edeceği formata dönüştürülmesi sürecine “program geliştirme” denilir¹⁸. Program geliştirme, kitap veya makale yazmak gibi edebi bir faaliyet olup¹⁹; bu, çok adımlı bir süreçtir. Program geliştiricisi her şeyden önce, programın gerçekleştirmek istediği amacı belirlemeli ve çözümü talep edilen problem, diğer bir deyişle program ile amaçlanan sonuç hakkında en ince ayrıntısına kadar bilgi sahibi olmalıdır. Programın neyi yapmasının istenildiği; ne tarz bilgilerin girileceği; hangi çıktıların elde edilmesinin istenildiği; hangi donanım ve işletim sistemi ile çalışacağı; renkli veya renksiz, sesli veya sessiz mi olacağı gibi pek çok sorunun programcı tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Program geliştiricisi, bunları yaparken çoğunlukla akış şemasından yararlanır.²⁰ Ayrıca program geliştiricisi, hazırlayacağı programın her çalışma ortamında oluşabilecek genel ve özel sonuçlarını dikkate alarak, problem çözümünün bütün bir mantık ile düşünülmesini ve onun bilgisayarın anlayacağı şekle sokulmasını sağlar. Bunun yanı sıra programdan beklenen amaç çerçevesinde detaylı bir çalışma yaparak, bilgisayarın anlayacağı tanımlamalar yapar. Bu tanımlamalar yapılırken önce algoritmalar hazırlanır, daha sonra bunlar asıl amaca ulaşılacak şekilde birleştirilir²¹. Bu işlemler, yüksek seviyeli programlama dilleri vasıtasıyla kaynak kodlarıyla ifade edilir. Ancak, bilgisayar için bu kaynak

¹⁸ Whitemayer, R.M.: “A Plea For Due Processes: Defining the Proper Scope of Patent Protection for Computer Software”, Northwestern University Law Review, Vol. 85, No.4, 1989, s. 1107; Garrie, s. 717-718. Program geliştirilirken kullanılan metod “top-down” olarak adlandırılmaktadır. Bu metoda dayalı program geliştirme hakkında bkz. Yıldırım, s. 15-17.

¹⁹ Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997, s.23; Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 18.

²⁰ Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 18; Bandey, s. 33; Mark M. Friedman, “Copyrighting Machine Language Computer Software-The Case Against”, Computer/Law Journal, Vol.IX, 1989, s. 4. Topaloğlu, Bilişim, s. 5.

²¹ Banger, s.3-1. Whitemayer, s.1108; John M. Conley/Robert M. Bryan, “A Unifying Theory for the Litigation of Computer Software Copyright Cases”, Computer/Law Journal, Vol. VI, 1985, s. 57-58.

kodlarının bir anlam ifade edebilmesi, diğ er bir deyişle, bilgisayarın istenilen talimatları yerine getirebilmesi için kaynak kodlarının  eviri veya derleyici programlar kullanılarak nesne koduna dönüştürülmesi gerekmektedir.²² Görüldüğü üzere, program geliştirme faaliyeti çok fazla zaman, emek ve zihnî çabayı gerektirmektedir.

Bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasında önemli olan konulardan birisi, bilgisayar programlarının hangi aşamalardan geçerek oluşturulduğ , hangi unsurlarının bulunduğ  ve bu unsurlardan hangilerinin bu korumanın kapsamında kaldığ dır. Bu sebeple, bu kısımda bilgisayar programının oluşum aşamasına göre unsurları sıra ile ele alınmıştır. Bu unsurlardan hangilerinin fikrî hukuk korumasından yararlanacağı hususu ise aşağıda ayrıca incelenecektir.

B. Program Akıřı²³

Program geliştiricisi, programını kodlarla yazmaya başlamadan önce, program ile çözülecek sorunu saptadıktan, bu sorun çerçevesinde hangi verilerin bulunduğ nu belirledikten ve nasıl bir çözüm konsepti oluşturması gerektiğ  sorununu hallettikten sonra, mevcut verileri mantıksal olarak sıraladığ  bir taslak oluşturur. Söz konusu taslakta, programın işlevini ne şekilde yerine getireceğ ni genel olarak belirleyen işlem basamakları bulunmaktadır. İşte program akışı denildiğ nde, verilerin işlem basamaklarının mantıksal bir dizi şeklinde birbirine bağlanması anlaşılmaktadır.²⁴ Diğ er bir deyişle, program akışı geliştirilecek bir programa ait algoritmanın şekilsel ya da grafiksel olarak ortaya konulmasıdır. Program akışlarında, dikdörtgen, baklava dilimi veya elips gibi simgesel şekiller kullanılmaktadır.²⁵

²² Friedman, s. 4.

²³ Program flow.

²⁴ Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 19; Eroğ lu, s. 2; Topaloğ lu, Bilişim, s. 5; Durmuş, s. 11.

²⁵   lkesen, Programlama Sanatı, s. 27. Program akışı, “bir problemin çözümüne ilişkin temel fikrin grafiksel görünümü ve program geliştiricisinin fikirlerinin ilk ifadesi olup, bilgisayarda işlenecek verilerin sırasını belirlemek suretiyle verilen problemin çözülmesidir”. Başka bir deyişle, program akışı, bilgisayarın ger ekleştireceğ  işlemlerin mantıksal diyagramıdır. Bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 19.

Program akışının oluşturulması, program geliştiricilerine kodların yazılmasında büyük kolaylık sağlamaktadır. Bundan dolayı, program akışını, bir nevi mimarların inşaat faaliyetlerine başlamadan önce hazırladıkları projeye benzetmek mümkündür. Bir bilgisayar programına temel olan fikrin ne olduğu program akışından anlaşılabilir. Diğer bir ifadeyle, program akışı bilgisayar programına temel teşkil eden fikrin ifadesidir. Bilgisayar programının fikri denildiğinde ise, o programın amaç ve fonksiyonu kastedilmektedir.²⁶

C. Algoritmalar

Program geliştirme sürecinde, program akışının hazırlanmasından sonraki aşama, program algoritmasının kurulmasıdır. Alt programların çözüm yolunu belirleyen algoritma, temel olarak, bilgisayar programı ile yapılması istenen işlerin adım adım ortaya konulmasıdır. Başka bir deyişle algoritma, çözüm yolu aranan problemin herhangi bir safhasında, aynen yemek yapma ya da çay demleme tarifinde olduğu gibi yazıyla ifade edilmiş şeklidir.²⁷

Algoritma, belirli bir problemin sonucunu elde etmek için sırasıyla uygulanacak adımları ve koşulları kesin olarak ortaya koymaktadır. Bu adımlar, öngörülen koşullar altında adım adım izlendiği durumda bir sonuca ulaşılır. Program geliştirmede birçok algoritmaya ihtiyaç duyulur. Arama algoritması, sıralama algoritması, matriks veya rektörel işlem algoritması, graf algoritması ve bir matematiksel modelin çözülmesi algoritması gibi değişik algoritma türleri bulunmaktadır. Program geliştiricisi bunlardan birini veya bir kaçını kullanır. Ayrıca, bir algoritma türü için de birden çok çözüm ortaya atılmış olup, aynı işi yapan birden çok algoritmalar bulunmaktadır. Hangi çözümün en uygun olduğu kararı, doğrudan programcının bilgi birikimine bağlıdır. Örneğin, bir milyon kaydın bulunduğu bir veri tabanında bir bilginin aranmasını, bir milyon sorgulama ile yapan arama algoritması olduğu gibi, on tane sorgulama ile yapan arama algoritması da

²⁶ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s.24, Durmuş, s. 11.

²⁷ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s.25; Aynı yönde görüşler ve algoritma örnekleri için bkz. Çölkesen, Programlama Sanatı, s. 28; Durmuş, s. 11.

bulunmaktadır.²⁸ Algoritmada her aşamada giriş ya da çıkış bilgileri, bölme, çarpma, aktarma, test ve benzeri işlemlere yer verilmektedir.²⁹

Program akışı ve algoritmanın tanımları ve işlevleri karşılaştırıldığında, her aşamanın işlevlerinin birbirine çok yakın olduğu görülmektedir. Bu sebeple, program akışı ile algoritma arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, program akışında, bir programın adımları genel olarak ve liste halinde sıralanmaktadır. Bununla beraber algoritmada ise, programın işletilebilmesi için tüm ayrıntılara yer verilmektedir.³⁰ Doktrinde, bu ayrıma ilişkin değişik kriterler verilmektedir. *Topaloğlu*, bizim de katıldığımız görüşe göre, bir metodun amacının bilgisayar ile ilgili bir işlemi yönlendirmek olduğu durumda, bu metodun algoritma olduğu, oysa, söz konusu metod, bir ya da sınırlı sayıda uygulamayı birbirine bağlamakta ise, ortada bir program akışının olduğu kriterini vermektedir.³¹

Arıkan ise, program akışında, düşüncelerin bir sistem mimarisi içinde ortaya konduğunu; algoritmada ise, bu mimarinin gerçekleştirilmesi ile ilgili komutların bilgisayar tarafından anlaşılmasının hedeflendiğini belirtmektedir.³² Bununla beraber, *Arıkan*'ın bu ayrımı, algoritmaların, program geliştirmenin bir sonraki aşaması olan kodlama aşaması ile karıştırılmasına neden olabilecektir. Zira, komutların bilgisayar tarafından anlaşılması kodlama aşamasında gerçekleşmektedir.

²⁸ Bu açıklamalar ve algoritmalar ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Rifat Çölkesen, *Bilgisayar Programlama ve Yazılım Mühendisliğinde Veri Yapıları ve Algoritmalar*, İstanbul 2002, s. 22-23.

²⁹ Topaloğlu, *Bilgisayar Programları*, s.25; Serdar Arıkan, *Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, Aralık 2005, http://www.abgm.adalet.gov.tr/fsh/seminer/sarikan_aralik2005sunum.pdf, (11.07.2006), s. 8. Çölkesen'e göre, algoritma etkin olmalı; gereksiz tekrarlara yer vermemeli; belirli sayıda adımdan sonra mutlaka son bulmalı; algoritmada işlem sonucu kesin olmalı ve tekrar yürütüldüğünde aynı giriş değerleri için aynı sonucu üretmeli ve algoritma başarımı iyi olacak şekilde tasarlanmalıdır. Çölkesen, *Programlama Sanatı*, s. 28

³⁰ Topaloğlu, *Bilgisayar Programları*, s.25.

³¹ Topaloğlu, *Bilgisayar Programları*, s.25.

³² Arıkan, *Bilgisayar*, s. 8.

D. Kaynak Kodu³³ ve Nesne Kodu³⁴

Program akışı ve algoritma hazırlanmasından sonraki program geliştirme aşaması ise, kodlama aşamasıdır. Bilgisayar programları önceleri doğrudan doğruya nesne kodu şeklinde yazılmaktaydı. Ancak programların kapsam, işlev ve içerik olarak giderek gelişmesi ve ikili sayı sisteminde hazırlanmaları denetlenmelerini zorlaştırmıştır. Bundan dolayı, zaman içinde, sadece bu konuda uzman insanların anlayabileceği programlama dilleri geliştirilmiştir. Bu şekilde, programlar, ilk olarak bu yüksek veya düşük seviyeli programlama dillerinde, o dilin deyimleri, fonksiyonları ve özelliklerinden yararlanılarak yazılmakta ve daha sonra nesne koduna çevrilmektedir. Başka bir deyişle, ilk zamanlarda kodlama, 0 ve 1'lerden oluşan ve bilgisayar tarafından işlenebilir emirler dizisi olarak nesne kodu şeklinde yapılmakta iken, artık programlar öncelikle yüksek programlama dilleriyle kodlanmaktadır. Bu şekilde kodlanmış programa kaynak kodu denilmektedir.³⁵ Kaynak kodu, insanlar tarafından okunabilmekte, yazılabilmekte ve üzerinde sonradan değişiklik yapılabilir. Bununla beraber, program, bu seviyede bilgisayar tarafından anlaşılabilir ve çalıştırılabilir nitelikte değildir. Bu amaçla, programın bilgisayarın anlayabileceği şekle, yani "0" ve "1" lerden oluşan makine diline derleyici ve yorumlayıcılar vasıtasıyla dönüştürülmesi gerekmektedir. İşte programın dönüştürüldüğü bu nihaî haline nesne kodu adı verilir.³⁶ Bu seviyede

³³ Source code.

³⁴Object code. İngilizce "object" kelimesinin "amaç" veya "nesne" gibi farklı bazı anlamlara gelmesinden dolayı doktrinde "object code" in karşılığı olarak "nesne kodu" (bkz. Aksu, s.47; Serhat Kaypakoğlu, Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması, İzmir 1997, s. 5), "amaç kodu" (bkz. Arıkan, Bilgisayar, s. 9; Eroğlu, 3; Durmuş, s.12; Mustafa Fadıl Yıldırım, Standart Bilgisayar Programları Devir Sözleşmeleri, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1999, s. 10.), "makine kodu" (Kaypakoğlu, s. 5) veya "objektif kod" (Topaloğlu, Bilişim Hukuku, s. 8; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s.25; Ünal Tekinalp, Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2004, s. 110) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

³⁵ Kravetz, s. 46; Aksu, 47; Kaypakoğlu, s. 5.

³⁶ Garrie, s. 719; Tekinalp, s. 110; Topaloğlu, s. 9; Eroğlu, s. 3. Kaynak kodları iki fonksiyon ifa etmektedir. Bu kodlar ilk olarak, metinlerde olduğu gibi karşılaştırma imkanı sağlar. Başka bir deyişle, metin olarak yazdırılabilir, okunabilir, üzerinde çalışılabilir, bilgisayarın hafızasına bu şekilde kaydedilebilir. İkinci olarak, kaynak kodları bilgisayarın programı anlamasını sağlar. Bunun için, kaynak kodu derlenir (compile). Bu aşama bilgisayar tarafından gerçekleştirilen, kaynak kodunu, insanlar tarafından anlaşılması zor nesne koduna çeviren otomatik bir süreçtir. Daha sonra programın nesne koduna dönüştürülmüş hali bilgisayar hafızasına yüklenir ve bu şekilde programın kendisinden beklenen işlevi görmesi sağlanır. Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 22.

program artık makine diliyle uyumlu halde olup, bilgisayar tarafından doğrudan işlenebilir niteliktedir.³⁷

İşte kodlardan oluşma özelliği, programların fikrî haklar kapsamında değerlendirilmesinin en önemli nedenini oluşturmaktadır.³⁸ Nitekim kaynak kodunun yazılması program geliştirme sürecinin edebi kısmı sayılmaktadır.³⁹

Programın yazım tekniği ve içerdiği gizli bilgiler, nesne koduna çevrilmiş halinde iken insanlar tarafından kolayca anlaşılamaz. Bu, ancak nesne kodunun ters işlemle kaynak koduna çevrilmesi ile mümkün hale gelir. Bu nedenle programlar, nesne kodu şeklinde piyasaya arz edilmektedir. Kaynak kodları ise kural olarak kullanıcılara verilmemektedir.⁴⁰

E. Arayüzler

5846 sayılı FSEK'in 1/B maddesinde arayüz, “bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır. Arayüzün anlamı ile ilgili açıklama Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun'da değişiklik yapan 4110 sayılı Kanunun 1. maddesinin gerekçesinde “Bir bilgisayar programının fonksiyonu, bir bilgisayar sisteminin diğer bileşenleri ve kullanıcılarıyla birlikte çalışması ve onlarla iletişimidir” şeklinde yapılmıştır. O halde arayüzün görevi, bir işlemin bilgisayar tarafından yerine getirilebilmesi için bilgisayar sisteminin makine, sistem programları, uygulama programları ve kullanıcı gibi çeşitli unsurları arasında fizikî ve mantıkî bağlantıyı sağlayarak, bunların birlikte çalışmasını sağlamaktır⁴¹.

³⁷ Aksu, s. 48.

³⁸ Kaypakoğlu, s. 5

³⁹ Topaloğlu, Bilişim, s. 8.

⁴⁰ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 26. Programlar, piyasaya, nesne kodu manyetik olarak ya da CD-ROM (Compact Disk Read Only Memory) denilen özel diskler üzerine lazer ışınları ile kaydedilmek suretiyle arz edilmektedir. Yine bilgisayar programları, milyonlarca bilgisayarın telefon hatlarıyla birbirine bağlanmasından oluşan Internet denilen ağda veya BBS (*Bulletin Board System*) diye ifade edilen ve yine telefon hatları aracılığıyla abonelerine bilgi aktarımında bulunan işletim sistemlerinde olduğu şekilde, elektronik iletişim yoluyla dağıtılabilmektedir. Bu açıklamalar için bkz. Kaypakoğlu, s. 5.

⁴¹ Fülurya Yusufoglu, Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2002, s. 44. Arıkan, Bilgisayar Programları I, s.330.

Arayüzler (*interfaces*) kullanıcı ve program arayüzleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁴² Arabirim ya da arayüzey olarak da adlandırılan program arayüzünden kasıt, bilgisayarın ana biriminin, yazıcı, disk ve modem gibi yan birimlerle bağlantısını sağlayan elektronik aksamdır.⁴³ Kullanıcı arayüzü denildiğinde ise, bilgisayar ile kullanıcıyı karşı karşıya getiren, bunların haberleşmelerini temin eden, kullanıcıya komutlar verip çıktılar almasını ve bilgisayara, verilen komutlar doğrultusunda işlem yapmasını sağlayan program bölümleri anlaşılmaktadır. Bilgisayar ile kullanıcı arasındaki bu ilişki, örneğin, toplama tuşuna basıp bilgisayara bu işlemi yaptırması halinde olduğu gibi, bazen kullanıcının bir tuşa basıp komut vermesiyle olabileceği gibi, hiçbir işlem yapılmaksızın programın çalışmasıyla beraber otomatik olarak ekrana bazı resim ve seslerin gelmesinde olduğu şekilde, işitsel ya da görsel bir biçimde de olabilmektedir.⁴⁴ FSEK'in 1. maddesinde, arayüz, program arayüzü olarak tanımlanmış, gerekçesinde ise arayüzlerin, kullanıcı ve program arayüzü ayrımına uygun olarak anlamlandırıldığı görülmektedir. Direktif'te ise, arayüzler daha ziyade program arayüzü anlamında kullanılmaktadır.⁴⁵

Program arayüzleri, bilgisayar sistemin bileşenleri ile diğer programlar arasında ilişkiyi saptadığından program geliştirme aşamasında büyük öneme sahiptir. Zira, program geliştirirken, bilgisayar sistem bileşenleri ile diğer programlar arasında iletişim ya da ara işlerlik sağlanabilmesi için, özellikle diğer programların arayüzlerinin bilinmesine gerek duyulmaktadır. Bu arayüzlerin program sahibi tarafından açıklanmadığı durumlarda, ara işlerlik sağlamak üzere arayüzlere ulaşmak için programın serbestçe ayrıştırılıp ayrıştırılamayacağı uzun süre tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda, özellikle Direktifin kabulünden sonra, Kıta Avrupası Hukuk sistemini kabul eden ülke mevzuatlarında, programı yasal kullanma hakkına sahip kimselere ayrıştırma serbestisi açıkça tanınmıştır. Ayrıştırma serbestisi aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

⁴² Erik Richard Kroker, "The Computer Directive and the Balance of Rights", [1997] 5 EIPR, s. 249; Yusufoglu, s. 44.

⁴³ Tekinalp, s. 111.

⁴⁴ Kroker, s. 249; Arkan, Bilgisayar, s. 9; Topaloğlu, Bilişim, s. 8; Durmuş, s. 13. Kullanıcı arayüzleri hakkında ve kullanıcı arayüzlerinin fonksiyonel ve görsel-işitsel bileşenleri hakkında geniş bilgi için bkz. Janice M. Mueller, "Determining the Scope of Copyright Protection for Computer/User Interfaces", Computer/Law Journal, Vol. IX, 1989, s. 42-45.

⁴⁵ Direktifte kastedilen anlama ilişkin yorum konusunda bkz. Kroker, s. 249.

III. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak şekilde düzene konulmuş emirler dizgesi olan bilgisayar programları, sınırsız sayıda fonksiyonları yerine getirebilmektedir. Programların kullanım amaçları ve fonksiyonları göz önüne alınarak, her birine farklı kapsamlarda fikrî hukuk koruması tanınıp tanınmayacağı hususu Amerikan doktrininde yoğun tartışmalara konu olmuştur. ABD Kongresi'nin 1978 yılında kurduğu CONTU adlı özel Komisyon üyelerinin çoğunluğu, kullanım amaçlarına bakılmaksızın fikrî hukuk korumasının tüm bilgisayar programlarını kapsamaması gerektiğini savunurken, aynı Komisyon'da yer alan üyelere bazıları ise, meydana getirdikleri sonuçlar nazara alınarak fikrî hukuk koruması bakımından programların ayrımlara tabi tutulabileceğini ileri sürmüştür.⁴⁶

Türk Hukukunda bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasından yararlanıp yararlanmama hususunda, meydana getirdikleri fonksiyonlar açısından herhangi bir ayırt edici düzenlemeye yer verilmediğinden böyle bir tartışmaya mahal bulunmamaktadır. Türüne veya icra ettiği fonksiyona bakılmaksızın, sahibinin hususiyetini taşıması koşuluyla, fikrî hukuk korumasından tüm programlar aynı ölçüde yararlanmaktadır.

Bilgisayar programlarının giderek yaygınlaşması program türlerinin de artmasını sağlamıştır. Doktrinde, bilgisayar programları genellikle sistem programları, çeviri programları, uygulama programları ve mikroprogramlar olarak türlere ayrılarak incelenmektedir.⁴⁷

⁴⁶ Leslie Wharton, "Use and Expression: The Scope of Copyright Protection for Computer Programs", Computer/Law Journal, Vol. VI, 1985, s. 455-456.

⁴⁷ Bu ayırım farklı bakış açılarına göre farklı şekillerde de yapılabilir. Örneğin *Yıldırım*, bilgisayar programlarını, "donanıma yerleşik programlar-donanımdan ayrılabilen programlar" olarak ya da "işletim sistemi programı-uygulama programı" veya "standart (=paket) programlar-özel (=sipariş) programlar" gibi ayrımlara tabi tutmaktadır. Bu ayrımlar hakkında geniş açıklamalar için bkz *Yıldırım*, s. 11-15)

B. Sistem Programları

Sistem programları, bilgisayarın ana ve yan belleklerinin en verimli biçimde kullanılması, çevre birimlerle haberleşmenin sağlanması, bilgi dosyaları üzerinde işlemlerin yapılması, çeşitli hizmet ve uygulama programlarının çalıştırılmasını sağlayan ve programlama dillerine destek veren programlar bütünüdür.⁴⁸

Sistem programlarına, işletim sistemleri örnek olarak verilebilir.⁴⁹ İşletim sistemi, bilgisayarın merkezi işlem birimi ile diğer birimleri arasındaki ilişkileri düzenleyen, programlanan işlemlerin yapılmasını temin eden ve bunları kontrol eden programlar topluluğudur. İşletim sistemi temel bilgisayar yazılımlarından biri olup, kullanıcı ile bilgisayar arasındaki bağlantıyı kurar ve istenildiğinde, bilgisayarın tüm sisteminin, bir komutlar dizisine göre çalışmasına izin verir.⁵⁰ Denebilir ki; işletim sistemleri, uygulama programlarının beklenen sonuçları meydana getirmesi için donanım ile uygulama programları arasında arayüz niteliğindedir.⁵¹ Kullanıcıların bilgisayar ile bir takım işlemler yapmaları, bu amaçla ellerinde bulunan uygulama programlarını bilgisayar aracılığıyla kullanabilmeleri için bilgisayarda bir işletim sisteminin bulunması zorunludur. Başlıca örnek işletim sistemi programları arasında MS DOS, WINDOWS, Unix, Apple-DOS, IBM-DOS, CP/M yer almaktadır.⁵² Bilgisayar üreticileri genelde, ürettikleri bilgisayarların kullanacağı işletim sistemini de kendileri hazırlamakta ve bu programları bilgisayar sisteminde yer alan disket veya CD'lere kaydedilmiş olarak bilgisayar ile birlikte satışa arz etmektedirler.⁵³

Sistem programlarından olan işletim sistemlerinin fikrî hukuk korumasından yararlanıp yararlanmayacakları Amerikan doktrininde tartışılmıştır. İşletim sistemlerinin, bunların altında yatan fikirlerin ifadeden ayrılmasının mümkün olmadığı, fikrî hukuk korumasından yararlanmayan makinenin bir parçasını

⁴⁸ Mustafa Güneş/ Ercan Baldemir, Bilgisayar Programlama ve Veri Yönetimi, İzmir 1996, s.37.

⁴⁹ T. Özkan, Bütün Yönleriyle Bilgisayar ve Basic Programlama Dili Esasları, İstanbul 1992, s.608; G. Güder, Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1986, s. 493; Peter S. Menell, "An Analysis of the Scope of Protection for Application Programs", Stanford Law Review, Vol. 41, 1989, s. 1046. (Menell, Scope of Protection)

⁵⁰ Banger, s. 2-1; Garrie, s.

⁵¹ Friedman, s. 5.

⁵² Garrie, s. 716, dn. 27; Özkan, s.608.

⁵³ Topaloğlu, s. 12; Eroğlu, s.4.

oluşturduğu ve son kullanıcıya hitap etmedikleri gibi gerekçelerle, fikrî hukuk korumasından yararlanamayacakları ileri sürülmüş ise de, doktrinde ağırlıklı olarak, işletim sistemlerinin, mevcut düzenlemeler karşısında fikrî hukuk korumasından yararlanacakları genel olarak kabul edilmektedir.⁵⁴ İşletim sistemlerinin fikrî hukuk korumasından yararlanacağı Amerikan Temyiz Mahkemesinin 1983 tarihli *Apple Computer, Inc. V. Franklin Computer Corp.*⁵⁵ kararı ile kabul edilmiştir. Bu kararda her iki program türünün de bilgisayara bir sonuç elde etmek üzere talimat verdiği ve bilgisayar programının tanımlandığı 101. maddede açıkça uygulama programları ile işletim sistemleri arasında bir ayrım yapılmadığı gerekçeleri ile, bu programlar arasında fikrî hukuk korumasından yararlanma bakımından bir fark bulunmadığı kabul edilmiştir.⁵⁶

Tanım ve fonksiyon ile işleyişleri nazara alındığında, işletim sistemleri ile uygulama programları arasında, işletim sistemlerinin fikrî hukuk korumasından faydalanamayacağı yönünde sonuca varılmasını gerektirir bir nitelik farkı kanımızca bulunmamaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da bu yönde bir ayrıma yer verilmediğinden, işletim sistemleri ya da daha geniş bir ifadeyle sistem programları, bir uygulama programında aranan nitelikleri haiz olması durumunda fikrî hukuk korumasından faydalanabilmelidir.

C. Çeviri Programları

Yukarıda açıklandığı üzere, bilgisayarlar sadece makine dilinde nesne kodu halinde hazırlanmış programları anlayabilmektedir. Ancak, günümüzde bilgisayar programları kaynak kodu halinde hazırlanmaktadır. İşte kaynak kodu halinde

⁵⁴ Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 18.

⁵⁵ 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983) Bu karar hakkında daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Erel, Bilgisayar Programları, s. 156-162; Miyashita, s. 54-55.

⁵⁶ Wharton, s. 458; Erstelle Derclaye, "Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law? Part II, EIPR, Issue 2, 2000, s. 56; Dennis Karjala, Recent Developments in the Copyright Protection of Computer Software in the United States and Japan, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, (Ed. Hans. G. Leser/Tamotsu Isomura, Berlin 1992, s. 912; Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 19. Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 9. Dairesi de, 1984 tarihli *Apple Computer, Inc. v. Formula International, Inc.* davasında (725 F2d. 521 9th Cir. 1984), Kanunda doğrudan kullanıcıya hitap eden uygulama programları ile bilgisayar sistemini idare eden işletim sistemleri arasında bir ayrım yapılmadığı gerekçesiyle, işletim sistemlerinin fikrî hukuk korumasından yararlanacağı sonucuna varmıştır. Bkz. Aynı Eser, s. (203) 19. Kanada Hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Barry B. Sokman, Sookman on Computer, Internet and Electronic Commerce Law, Vol. 1, Toronto 2006, s. 3-88.3.

hazırlanan programları bilgisayarın anlayacağı hale, yani nesne koduna dönüştüren programlara çeviri programları denir. Esasen çeviri programlarının işlevi bir tercüman veya çevirenden farksızdır. Çeviri programları tercümanlık veya çevirmenlik işlevi görmelerine göre yorumlayıcı ve derleyiciler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵⁷

Tıpkı bir tercüman işlevi gören yorumlayıcılar, program geliştiricisi tarafından herhangi bir dilde, kaynak kodu halinde yazılan program çalıştırıldığında, kaynak kodunun tümünü değil de programı oluşturan komutları tek tek ele alır, yorumlar, makine diline dönüştürür ve bilgisayarın mikro işlemcisine ulaştırır. Mikro işlemcinin, gelen komutu yerine getirmesini bekleyerek bir sonraki komuta geçer.

Diğer bir çeviri program türü olan derleyiciler ise, kaynak kodu halinde olan programın tamamını okuyup yorumlar ve makine diline çevirir. Derleme işlemi sonucunda makine dilinde oluşan nesne kodu halindeki program meydana gelir. Bu şekilde oluşan program artık kullanılmak üzere belli bir isim altında disk veya diskete kaydedilir.⁵⁸

Görüldüğü üzere, derleyici ve yorumlayıcı programlar nihayetinde aynı işlevi görmekte, kaynak kodu halindeki programı farklı yöntemler ile bilgisayar tarafından anlaşılabilir nesne kodu halinde dönüştürmektedirler. Ancak her ikisinin de kendine göre avantaj ve dezavantajları bulunduğundan, program geliştirme aşamasında yapılacak tercih programcıya ait olmaktadır.

D. Uygulama Programları

Uygulama programları, kullanıcıların özel bir işinin yapılması amacıyla hazırlanan programlardır⁵⁹. Bu programlar daha çok son kullanıcıya hitap

⁵⁷ Topaloğlu, Bilişim, s. 13; Eroğlu, s. 4; Özkan, s.604; Çeviri programlarına C Compiler, Pascal Compiler, Fortran Compiler, gibi programları örnek vermek mümkündür.

⁵⁸ Topaloğlu, Bilişim, s. 13-14. Hız ve bellek konusunda, derleyici programlar, yorumlayıcı programlara göre daha avantajlı iken, yazım ve hata bulma konusunda dezavantajlı konumdadır. Programın geliştirilmesi sırasında bir hata yapılması durumunda, bu hatanın ne olduğunun ve nerede yapıldığının tespiti, yorumlayıcı programların kullanılması halinde daha kolay olmaktadır. Bu açıklamalar için bkz. Aynı Eser, s. 14.

⁵⁹ Akkurt, M.: WINDOWS 3.1-WORD 2.0; 6.0-EXCEL 4.0, İstanbul 1995, s.17. Bu programlara, Word, Word Perfect, Display Writer, Ventura, Webster Writer gibi masaüstü yayıncılık ve kelime

etmektedir. Bilgisayarların günümüzde her alanda kullanıyor olmasına paralel olarak, bilgisayar programı endüstrisi giderek gelişmekte ve artık insanların ihtiyaç duyduğu her alanda bu tarz uygulama programları üretilmektedir. Bu programlar kullanıcıya, kelime işleme, muhasebe hesabı tutma ya da oyun oynama gibi çok değişik hizmetleri ifa edebilmektedir.⁶⁰

Uygulama programları, belirli bir tüketici için ve onun kullanımı amacıyla hazırlanan “sözleşme programları” nı içerdiği gibi, genel amaçlı olarak ve birden fazla tüketicinin kullanımına sunulan paket programlarını da kapsamaktadır. Hâlihazırda piyasada oldukça yaygınlaşan paket programlarının aksine, sözleşme programlarının yayılmasını program geliştiricileri kolay bir şekilde teknik olarak sınırlayabildiklerinden, fikrî hak ihlâli daha ziyade paket programları üzerinde gerçekleşmektedir.⁶¹ Diğer bir deyimle, paket programlar, yaygın kullanımları ve kopyalanmasını engelleyen teknik araçların yokluğunda kopyalanma maliyetlerindeki düşüklük⁶² sebebiyle, fikrî hak ihlâlinin en sık görüldüğü program türünü oluşturmaktadır. Öte yandan, sözleşme programları, ihtiyaca göre hazırlandığından, çoğunlukla üzerlerinde bir takım değişiklikler yapılmaksızın başkalarının işlerinin görülmesinde kullanılmaları da yarar sağlamamaktadır.

Uygulama programlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.⁶³

işlem programları, Lotus ya da Excel gibi tablo analiz programları, Dbase III+, DbaseIV, Paradox gibi veri tabanı programları, Harvard total, MS Project gibi proje yönetim programları StatGraphics, NCSS, MathCAD gibi istatistik ve eğitim programlarını, Yargımatik veya İcramatik gibi hukuk programlarını örnek olarak vermek mümkündür.

⁶⁰ Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 16; Friedman, s. 5; Ayşe Saadet Arıkan, Bilgisayar Programların Korunması AB ve Türkiye, 1. Bölüm, TBBD, S.3, 1996, s. 322-323; Uygulama programları, iletişim sistemi üzerine kurulur ve birlikte çalışmak üzere tasarlandıkları işletim sistemine uygun olarak yazılan arayüz karakterleri sayesinde, bu programların birçok temel kullanım özellikleri de doğrudan doğruya bu işletim sistemi tarafından belirlenir. Durmuş, s. 14.

⁶¹ Peter S. Menell, “Tailoring Legal Protection for Computer Software”, Stanford Law Review, V. 39, 1987, s. 1366. Doktrinde paket programları yerine standart programlar, sözleşme programları yerine de bireysel programlar tabiri de kullanılmaktadır. Bu kullanım için bkz. Nuri Erişgin, “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı”, AÜHFD, C.48, S.1-4, Ankara 1999, s. 216.

⁶² Menell, Legal Protection, s. 1368.

⁶³ Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 17.

E. Mikroprogramlar (Mikrodkodlar)

Mikroişlemci, bilgisayar sisteminin merkezi birimidir. Donanım birimi olan bu mikroişlemciler makine ya da assembly tarafından verilen talimata uygun olarak bilgileri işleme tabi tutar. Mikroişlemci verilen talimatı düşük seviyeli bir dil olan mikrokodlara dönüştürür. Bu mikrokodlar, mikroprogramları oluşturan mikro-talimatlardan meydana gelmektedir.⁶⁴ Başka bir deyişle, mikroprogramlar bilgisayarların mikroişlemcilerinin işleyişini kontrol eden programlardır. Ancak, diğer bilgisayar programlarından farklı olarak, bunlar doğrudan makinenin işleyişini kontrol etmek üzere, doğrudan donanımın tasarımına bağlanmışlardır.⁶⁵ FSEK'in 1/B maddesinin (g) bendinde yapılan tanım anlamında mikrokodların bilgisayar programı olduğuna bir şüphe bulunmamaktadır. Anılan düzenlemede bilgisayar programı, "bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesi ..." olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım çerçevesinde bakıldığında mikrokodlar tanımdaki anlamda birer talimat sayılan mikro-talimatlardan oluşmakta, diğer bir deyişle bu mikro-talimatlar (emirler) dizgesinden mikro-işlemcinin işleyişini kontrol amacıyla bir kısım elektronik tesirler meydana getirmeyi amaçlayan mikrokod ortaya çıkmaktadır. O halde denebilir ki, mikrokodlar diğer tür programların temel karakteristik özelliklerini taşımaktadır.

Mikroprogramların fikrî hukuk kapsamında bilgisayar programı olarak korunup korunmayacağı Amerikan mahkeme içtihatlarında tartışılmıştır. Bu konuda ilk ve en önemli dava *NEC Corp. v. Intel Corp.*⁶⁶ davası olup, anılan davada NEC firması, Intel firmasının 8086/8088 numaralı mikrokodlarının, bunlar program sayılamayacağından, geçerli olmadığı ve Intel'in haklarının kendi geliştirdiği V20/V50 mikrokodları tarafından ihlâl edilmediğinin tespitine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme, mikrokodların da diğer bilgisayar programları gibi fikrî hukuk korumasından aynen faydalanacağına hükmetmiştir.⁶⁷ O halde, sahibinin

⁶⁴ Sokman, s. 3-88.9.

⁶⁵ Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 22; Robert Steinberg, "Microcode-Idea or Expression?", Computer/Law Journal, Vol. IX, 1989, 64.

⁶⁶ 10 USPQ 2d 1177 (N.D.Cal. 1989)

⁶⁷ Bu karar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 27-28; Sokman, 3-88.9. Aynı doğrultuda, *Allen-Mylan, Inc. v. IBM davasında* (746 F.Supp. 520 (E.D.Pa 1990) Pensilvanya Doğu Bölge Mahkemesi de, mikrokodların bilgisayar programı olarak fikrî hukuk

hususiyetini taşımaları kaydıyla mikroprogramların veya mikrokodların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bilgisayar programlarına tanınan korumadan faydalanabilmeleri mümkündür.⁶⁸ Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken bir husus, mikrokodun, tasarlandığı amacı meydana getirmek üzere, mikrotalimatların başka programcılar tarafından farklı şekillerle ifade edilmek suretiyle yerine getirilebilir olup olmadığıdır. Buna göre, tasarlanan amacın, mikrotalimatların başa suretle dizimiyle meydana getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, Amerikan hukuk doktrinde kabul edilen düşünce-fikir birleşmesi ilkesi gereğince, o mikrokod artık fikrî hukuk kapsamında korunmayan düşünce düzeyinde kalacağından bu korumadan faydalanamamalıdır. Söz konusu amacın mikrotalimatların ancak bir ya da birkaç türlü dizimi suretiyle meydana getirilip getirilmediği tamamen teknik bir sorun olduğundan, bu durumun tespiti ancak yargılama sırasında teknik bir bilirkişinin yardımıyla ortaya çıkarılabilecektir. Zira, ancak bundan sonra program sahibinin haklarının ihlâl edilip edilmediği değerlendirilebilecektir. O halde, öncelikle, mikrokodun fikrî hukuk bakımından korunabilir niteliğe haiz olup olmadığının tespiti gerekmektedir.⁶⁹

IV. PROGRAMLAMA DİLLERİ

A. Genel Olarak

Bilgisayar programcıları, programları, bu amaçla geliştirilmiş diller vasıtası ile yazmaktadır. Programlama dilleri, makine dili, düşük seviyeli ve yüksek seviyeli programlama dilleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Günümüzde çoğu programcı, program yazarken yüksek seviyeli programlama dillerini kullanmaktadır. Zira, bu

korumasından yararlanacağına karar vermiştir. Sookman, 3-88.9. *Friedman* ise, mikrokodlar ve nesne kodlarını kapsar şekilde ifade ettiği makine dili programlarına fikrî hukuk korumasının tanınmasının yerinde olmadığını savunmaktadır. Yazar'a göre bu durum fikrî hukukun köklü ilkelerini derinden sarsmaktadır. Zira, bunlar Amerikan Anayasasında gerekli görülen "yazılı" olma (Amerikan hukuk doktrininde insanlara hitap etme olarak yorumlanmaktadır) koşulunu taşımayıp "faydalı" ürünlerdir. Ayrıca makine dili programları, kullanıcıya değil bilgisayar donanımlarına hitap etmektedir. Bunun da fikrî hukuk koruması ile güdülen anayasal "bilim ve sanatın geliştirilmesi" düşüncesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Makine dili programları yazılı olmayıp donanımın içine dercedilmiştir. Bunların fikrî hukuk korumasından yararlanması, bilgisayarların fikrî hukuk korumasından yararlanması gibidir. Bu görüşler ve geniş açıklamaları için bkz. *Friedman*, s. 18-22.

⁶⁸ Yusufoglu, s. 7. Amerikan Hukukunda mikrokodların fikrî hukuk korumasından yararlanması gerektiği yönünde görüş için ayrıca bkz. Wharton, s. 445; Steinberg, s. 71.

⁶⁹ Steinberg, s. 65-68.

diller İngilizce kelime ve söz diziminden oluştuğundan programcılara büyük kolaylık sağlamaktadır.⁷⁰ Aşağıda, söz konusu program dilleri daha ayrıntılı şekilde ele alınmış; bir sonraki başlık altında da, yabancı doktrinde tartışmalara konu olan, programlama dillerinin fikri hukukta korunup korunmayacağı hususu incelenmiştir.

B. Programlama Dillerinin Türleri

1. Makine Dili

Makine dili (*machine language*) ile ifade edilmek istenen yukarıda incelediğimiz “nesne kodu” dur. Bu dil bilgisayarın anlayabileceği tek dildir. Bu sebeple tüm programlar, kendisinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi için makine diline çevrilmek durumundadır. Makine dili, 0 ve 1 sembollerini kullanan ikili bir dildir. Örneğin, “01101001” Apple bilgisayar için, “iki sayı gir ve sonucu kaydet” anlamına gelmektedir. İlk zamanlarda olduğu gibi, bilgisayar programlarının program geliştiricileri tarafından bu dilde yazılması teknik olarak mümkün ise de, bu şekilde ikili kodlarla işlem talimatlarının düşünülüp yazılması oldukça zordur.⁷¹

2. Düşük Seviyeli Programlama Dili

Makine dilinin içerdiği zorluk düşük seviyeli dilin ya da yaygın olarak adlandırıldığı şekilde assembly dilinin (*assembly language*) gelişimine neden olmuştur. Assembly dili, ikili rakamların yerine insanlar tarafından daha kolay anlaşılıp tanınabilir semboller kullanmaktadır. Bu dilde yazılan program da, nihayetinde, bilgisayarın anlayıp işlem yapabilmesi için makine diline çevrilmek durumundadır. Bu çevrim “assembly programı” ya da “assembler” ile gerçekleştirilmektedir. Makine diline göre sağladığı kolaylık ve avantajlarına

⁷⁰ Kravetz, s. 45.

⁷¹ Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 20. Friedman, mikrokodlar ve nesne kodlarını kapsar şekilde ifade ettiği makine dili programlarına fikri hukuk korumasının tanınmasının yerinde olmadığını savunmaktadır. Yazar’a göre bu durum fikri hukukun köklü ilkelerini derinden sarsmaktadır. Zira, bunlar Amerikan Anayasasında gerekli görülen “yazılı” olma (Amerikan hukuk doktrininde insanlara hitap etme olarak yorumlanmaktadır) koşulunu taşımayıp “faydalı” ürünlerdir. Ayrıca makine dili programları kullanıcıya değil bilgisayar donanımlarına hitap etmektedir. Bunun da fikri hukuk koruması ile güdülen anayasal “bilim ve sanatın geliştirilmesi” düşüncesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Makine dili programları yazılı olmayıp donanımın içine dercedilmiştir. Bunların fikri hukuk korumasından yararlanması bilgisayarların fikri hukuk korumasından yararlanması gibidir. Bu görüşler ve geniş açıklamaları için bkz. Friedman, s. 18-22.

rağmen, her bilgisayar tipine göre kullanılan sembollerin farklılıklar arz etmesi ve yoğun zaman ve emek sarfına neden olması nedeniyle ideal olmaktan uzak niteliktedir. Bu nedenle, yüksek programlama dilleri geliştirilmiş ve program geliştiricileri tarafından yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁷²

3. Yüksek Seviyeli Programlama Dilleri

Yüksek seviyeli programlama dilleri ise, makine dilindeki “0 ve 1” ikili kodlarından ve düşük seviyeli dilin kullandığı İngilizce kelimelerin kısaltmalarından farklı olarak, program yazılırken doğrudan İngilizce kelimelerin kullanımına imkân tanımaktadır. Örneğin, “Go to 40” yazıldığında, bu kod bilgisayara, aradıkları atlayarak 40. sıraya git talimatını vermektedir. Diğer dillerden farklı olarak bunlarla yazılan programlar, araişlerliğin sağlanmasının gerektirdiği ölçüde, bazen küçük değişiklikler yapılmasını gerektirmekle beraber, bu dille uyumlu herhangi bir bilgisayarda çalıştırılabilmektedir. Günümüzde, hemen tüm programlar yüksek seviyeli programlama dilleri ile yazılmaktadır. Bu dillere, BASIC (Beginner’s All-Purpose Symbolic Instruction Code), FORTRAN (FORMula TRANslation), COBOL (Common Business-Oriented Language), PASCAL, C, ve LISP örnek olarak verilebilir.⁷³

Gerek düşük seviyeli gerek yüksek seviyeli programlarla yazılan ifadeler, yukarıda açıklanan kaynak kodunu; makine dilinde yazılanlar ise, nesne kodunu oluşturmaktadır.⁷⁴

C. Programlama Dillerinin Fikrî Hukuk’ta Korunması

Programlama dillerinin fikrî hukuk korumasından yararlanıp yararlanmayacakları hususu eskiden beri tartışmalı bir konudur. Özellikle Amerikan hukukunda programlama dillerinin fikrî hukukta korunan düşüncenin ifadesinden

⁷² Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 20-21. Bu dilde kullanılan semboller, İngilizce kelimelerin kısaltmalarından meydana gelmektedir. Örneğin, bir programın çalıştırıldığı esnada, sıradaki komutu atlayarak, direkt olarak başka bir komuta geçilmesi Makine dilinde “1101001” ile sağlanırken, Assembly dilinde bunun karşılığı İngilizce “Jump” kelimesinin kısaltması olan “jmp” ile sağlanmaktadır. Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 27.

⁷³ Sherman/Sandison/Guren, s. (101) 21.

⁷⁴ Sherman/Sandison/Guren, s. 101-21-22.

ziyade, düşünce niteliğinde olmalarından dolayı fikrî hukuk korumasından yararlanamayacakları savunulmuştur. Japon Telif Hakları Kanunu dışında, milli hukuk mevzuatları bu konuyu düzenleme gereği duymamışlardır. Dolayısıyla genel kabul, programlama dillerinin fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağı olmakla beraber, bu konu pek çok ülke hukukunda tartışmalıdır.⁷⁵ Amerikan hukukunda, 1990 tarihli *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International* davası ile birlikte, programlama dillerinin korumadan yararlanıp yararlanmayacakları hususu tartışmalı hale gelmiştir.⁷⁶ Zira mahkeme, hernekadar programlama dillerinin fikrî hukuk korumasından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda karar vermekten kaçınmış ise de, davacının, programlama dilini izinsiz kullandığı gerekçesi ile, davalının fikrî hak ihlâlinde bulunduğu karar vermiştir.⁷⁷

Bilgisayar programlarının geliştirilmesinde kullanılan bu programlama dillerinin tasarımı, büyük miktarda çaba ve yetenek gerektirmektedir. Bu sebeple, yeni programlama dillerinin geliştirilmesi, bunlara bir şekilde koruma sağlanmak suretiyle teşvik edilmelidir. Bununla beraber, programlama dillerine sağlanan fikrî hak korumasından kaynaklanan hakların kullanımı, bazı durumlarda, geliştirilen programların lisanslanması ve yayımını ciddi bir biçimde engelleyebilmektedir. Bu konuda ileri sürülen başlıca görüş, programlama dillerinin düşünce niteliğinde olduğu, dolayısıyla fikrî hukukun genel prensibinin bir sonucu olarak, fikrî hukuk korumasından yararlanmaması gerektiği yönündedir. Bu bağlamda, örneğin COBOL dilinde bir program geliştiren kimse, programı geliştirme aşamasında herhangi bir hak ihlâl etmemektedir. Gerçekten, bunun aksinin iddia edilmesi, örneğin “Esperanto”⁷⁸ dilinde bir makale yazan kimsenin bu dilin içerdiği fikrî hakkı ihlâl ettiği gibi anlamsız bir sonucu doğurabilecektir. Bununla beraber, hakkı olmadığı

⁷⁵ 48 sayılı Japon Telif Hakları Kanunun 10/3. maddesinde, bilgisayar programlarının ve algoritmaların fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağı açıkça ifade edilmektedir. Richard H. Stern, On Copyright in Computer Programming Languages, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, (Ed. Hans. G. Leser/Tamotsu Isomura, Berlin 1992, s. 1019; Dennis S. Karjala, “Recent United States and International Developments in Software Protection”, (Part II), EIPR, Issue 2, [1994], s. 62.

⁷⁶ 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990)

⁷⁷ Stern, s. 1021.

⁷⁸ Esperanto, anadilleri farklı olan insanlar arasında iletişimi sağlamak amacıyla, 1887 yılında Polonyalı Musevi asıllı göz doktoru Ludwik Lejzer Zamenhof tarafından icat edilen yapay bir dildir. Daha geniş bilgi için bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Esperanto>.

halde Esperanto-İngilizce sözlüğünün bir kopyasının yapılması ise şüphesiz fikrî hak ihlâli teşkil edecektir.⁷⁹

Mehaz Direktifin Önsözünde, programlama dillerinin düşünce ve ilkelerden oluştuğu ölçüde, fikrî hukukun genel prensibi çerçevesinde, bu düşünce ve ilkelerin, Direktif kapsamında korunmayacağı ifade edilmektedir.⁸⁰

Bir program geliştirildikten sonra, onun kullanılabilmesi için makine diline çevrilmesi gerekmektedir. Bu ya geçici olarak yorumlayıcı program vasıtasıyla veya sürekli olarak derleyici program vasıtasıyla gerçekleştirilebilmektedir. Bu yorumlayıcı veya derleyici programların, beraberindeki söz ve anlam dizimleri ile dilin nasıl kullanılacağını açıklayan dokümanlarla birlikte lisanslanabilmesi sayesinde, bunların geliştiricisi olan eser sahibi maddi çıkarını elde edebilmektedir. Başka bir deyişle, bu programlar, fikrî hukuk korumasından yararlanabilmektedir. Nitekim, bazı diller ve program geliştirme araçları, o dil kullanılarak geliştirilen uygulama ve sistem programları yayımlanmadan önce lisans elde edilmiş olmasını gerekli kılmaktadır. Bu lisans, geliştirilen programın çalıştırılabilmesi için, programlama dilinin sınırlı versiyonunun veya bazı araçlarının kopyalanması ve yayımına imkân sağlamaktadır.⁸¹

Programlama dilleri karşılaştırıldığında, gerçekten bazı dillerin diğerlerine göre daha fonksiyonel, daha hızlı kodlama imkânına sahip, hata yapmaya daha az imkân veren özellikte olduğu; herhangi bir algoritma ya da fonksiyonun doğrudan ifade edilmesine imkân sağlayabildiği görülecektir. Örneğin, Lisp dilinde Fortran’a

⁷⁹ Bainbridge, Introduction s. 36-37; Bainbridge, Software, s. 46-47. Programlama dillerinin fikrî hukuk koruması kapsamında yer almayan “düşünce” niteliğinde olduğu, bu nedenle fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağı yönünde görüş için bkz. Steve Posner, “Can a Computer Language Be Copyrighted? The State of Confusion in Computer Copyright Law”, Computer/Law Journal, Vol. XI, 1991, s. 104-105.

⁸⁰ Direktifin ilk versiyonundaki 1. maddenin 3. fıkrasında, programlama dilleri ile algoritmalar koruma kapsamı dışında bırakılmış iken, son versiyonunda bu düzenleme çıkarılarak, önsözde ifade edildiği şekilde yoruma açık bırakılmıştır. Hart, programlama dilleri ile algoritmaların kapsam dışı tutulmuş olmasının, uyumlu yazılım ürünleri geliştirecek program şirketlerine önemli katkıları olacağını ileri sürmüştür. Bkz. Robert J. Hart, Copyright Protection of Computer Programs under the Proposed EC Directive Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, (Ed. Hans. G. Leser/Tamotsu Isomura, Berlin 1992, s. 892-893.

⁸¹ Bainbridge, Introduction , s. 37.

göre, liste işleme usulünü uygulamak daha kolay olabilirken, Fortran ile karmaşık matematiksel hesaplamaları yapmak Lisp'e göre daha kolay olabilmektedir.⁸²

Kanunumuzda, diğer bazı ülke mevzuatları ile aynı doğrultuda, programlama dillerinin fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Nitekim, program geliştirmede kullanılan ve diğer programlar gibi geliştirilerek programcılarının kullanımına sunulan programlama dillerinin fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağını ileri sürmek için bir sebep bulunmamaktadır. Kanımızca düşünce kapsamından çıkıp, büyük çabaların sonucu ifade aşamasına getirilen bir programlama dili, sahibinin hususiyetini taşıması koşuluyla, tıpkı bilgisayar programları gibi fikrî hukuk korumasından yararlanabilmelidir.⁸³

§3. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HUKUKÎ KORUNMASI

I. FİKRÎ HUKUK KORUMASI

Bilgisayar programlarının hukuken korunması gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bir bilgisayar programı, sadece bir kişinin ya da sınırlı sayıda kişilerin oluşturduğu bir grubun ihtiyaçlarına cevap vermek ve münhasıran bu kişi ya da kişiler tarafından kullanılmak üzere geliştirildiğinde, bu program için hukukî koruma çok gerekli olmayabilir. Zira, bu programın başkaları tarafından kopyalanmak suretiyle kullanılması ihtiyacı söz konusu olmayacaktır. Fakat, bu şekilde sınırlı sayıda kişi ya da kişilerin kullanımına da değil de, geniş kitlelerin kullanımına uygun geliştirilen ve piyasaya sunulan programların, başkalarının, izinsiz bir şekilde elde edilmek suretiyle kullanılması her zaman mümkündür. Bu tarz programlarda, programı geliştiren eser sahibi temel olarak iki sorunla karşılaşmaktadır. Programın potansiyel kullanıcıları herhangi bir ödeme yapmaksızın

⁸² Stern, s. 1040.

⁸³ Aynı yönde görüş için bkz. Yusufoglu, s. 50; David Bainbridge, Software Licensing, Second Edition, London 1999, s. 43-44. Stern'e göre, fikrî mülkiyet hukukunun niteliği, orijinal programlama dillerinin fikrî hukuk korumasından yararlanmasını ya da onların yetkisiz olarak kullanılmasının fikrî hakların ihlali olmasını, ya da bunlarına tersini düzenlemeğe engel olmamaktadır. O halde önemli olan toplumun ve program dili meydana getirenlerin çıkarları ile programlama dillerinin gelişimi arasında dengeyi sağlayacak şekilde yasa koyucular tarafından bu korumanın sağlanıp sağlanmayacağı, mahkeme yorumlarından ziyade yasal düzenlemeler ile belirlenmesidir. Bkz. Stern, s. 1044-1045.

programın kopyasını elde edebilmekte veya tek kullanıcı lisansı elde ederek bunu kopyalayıp pek çok kimsenin kullanımına sunabilmektedir. İkinci durum ise, o program geliştiricisi ile rekabet halinde olan kimselerin, piyasada o program ile rekabet edecek benzer program geliştirmek amacıyla, programı yakından inceleme istekleridir. Her iki durum da, program geliştiricisinin ekonomik çıkarlarını zedeleyici özellikleri dolayısıyla programların hukukî korumasını gerekli kılmaktadır.⁸⁴

Bir program geliştirmek üzere zaman ve emek sarf eden kimseye, bunun ekonomik ödülünü elde etme imkânı tanınmalıdır. Yine, bilgisayar programcılığı alanında faaliyet gösteren firmalar bu alanda büyük ölçüde yatırımlar yapmaktadır. Bu yatırımcılar, yatırım yapmak ve bunları sürdürebilmek için, kârlarının hukukî güvence altında olduğundan emin olmalıdırlar. Sonuçta, hukukî güvenceye dayalı olarak, bu alandaki emek ve sermaye artışı; sağlayacağı istihdam, ticarî kalkınma ve zenginlik artışı dolayısıyla toplum çıkarını doğrudan etkileyecektir. Yine program geliştiricisi, meydana getirdiği program ile arasında manevî bir bağ kurmaktadır. Bu bağ nedeniyle, bu kimse kendi izni olmaksızın başkalarınca bu programın kullanılmasını ve piyasada dolaşımını önleyebilmelidir.⁸⁵ Programların etkili bir hukukî korumadan yoksun kılınması, program geliştirmek üzere emek ve sermaye yatırımı yapanları, bunların kolayca hukuka aykırı bir şekilde ve emek harcamaksızın çoğaltıldıkları ve piyasaya sürüldükleri bir ortamda caydırıcı bir etki sağlayacaktır. Bu durumda, program geliştiren kişiler ve bu alanda yatırım yapan şirketler yatırımlarını programların daha etkili korundukları ülkelere yönlendirecektir. Bu da, ülke ekonomisinde meydana getireceği makro ekonomik etkilerin yanı sıra ülkenin teknolojik gelişimini sınırlayıcı bir sonucu beraberinde getirebilecektir.

Bilgisayar programlarının hukuken korunmasının gerekliliği yukarıda belirtilen nedenlerle tartışmasız olmakla beraber, bu korumanın hangi hukuk dalı ile sağlanması gerektiği sürekli tartışıla gelmiştir. Geçmişte, bilgisayar programı sahipliğinden doğan hakların en iyi şekilde sözleşme, patent veya fikrî hukuk tarafından mı daha iyi korunacağı konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Fikrî

⁸⁴ David Bainbridge, Software Copyright Law, London 1992, s. 6-7.

⁸⁵ Bainbridge, Software, s. 7-8. Model Provisions, s. 3.

hukuk korumasının bilgisayar programlarına uygunluğuna ilişkin genel şüphecî yaklaşım, zamanla yerini, gelişmiş ülkelerin de tercihi sonucu, fikrî hukuk korumasının uluslararası düzeyde izlenecek yol olarak kabul edilmesine bırakmıştır. Bu kez de tartışmaların konusunu, fikrî hukukun geleneksel prensiplerinin bilgisayar programlarına nasıl uyarlanacağı oluşturmuştur.⁸⁶

Mehaz Direktifin 9. maddesinde, Direktif hükümlerinin hiçbir şekilde bilgisayar programlarına tanınan patent, marka, haksız rekabet, ticarî sır, yarı-iletken topografya ve sözleşme hukuku ile tanınan korumalara hâlel getirmeyeceği açıkça belirtilmektedir.⁸⁷

Bilgisayar programlarının fikrî hukuk koruması, uluslararası hukukta en uygun koruma yolu olarak kabul edilmektedir. Bu durum, fikrî hakkın elde edilmesinin kolaylığından, herhangi bir tekel oluşturmamasından, hakkın esnekliğinden ve uluslararası antlaşmalarda kabul görmesinden kaynaklanmaktadır.⁸⁸

Fikrî hukuk korumasının en önemli özelliği, eser olma özelliklerini taşıyan fikrî ürünlerin, hiçbir şekil şartına tabi olmaksızın, sahibinin hususiyetini taşımaları durumunda, meydana getirilme anından itibaren fikrî hukuk korumasından yararlanabilmesidir. Ayrıca eser sahibi, oldukça uzun bir koruma süresinden faydalanabilmektedir. Diğer önemli bir yanı ise, hak sahibine tanınan yetkilerin, herkese karşı ileri sürebilme imkânı veren inhisarî bir nitelikte olmasıdır. Programların korumadan yararlanabilmesi için, tescil gibi şekli bir zorunluluk

⁸⁶ Peter Waters/Peter G. Leonard, “The Lessons of Recent EC and US Developments for Protection of Computer Software under Australian Law”, [1991] 4 EIPR, s. 124; Bainbridge, Software, s. 11.

⁸⁷ Thomas Dreier, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, [1991], 9, EIPR, s. 326. Direktifin Önsözünün 26. paragrafında da bilgisayar programlarına tanınan fikrî hukuk korumasının diğer koruma türlerini bertaraf etmeyeceğini belirtmektedir. Alman Hukukunda fikri hukuk korumasının yanında patent ve haksız rekabet koruması tamamlayıcı olarak tanınmaktadır. Borçlar Hukuku koruması da bilgisayar programlarının kullanımı konusunda lisans sözleşmeleri ve sipariş üzerine geliştirilen programlar söz konusu olduğunda giderek önem kazanmaktadır. Brunhilde Steckler, “Legal Protection of Computer Programs under German Law”, [1994], 7 EIPR, s. 293. WIPO’nun 1978 yılında üye ülkelere bilgisayar programları ile ilgili mevzuat hazırlarken kullanmaları için önerdiği örnek hükümlerden 9. maddede de, örnek hükümlerle önerilen korumanın bilgisayar programlarına tanınan patent, haksız rekabet koruması gibi diğer hukuk korumasını bertaraf etmeyeceği öngörülmüştür. Model Provisions, s. 22.

⁸⁸ Steckler, s. 295; Durmuş, s. 16; Yusufoglu, s. 14; Model Provisions, s. 5.

gerekmemektedir. Bu gibi özellikleri, programların fikrî hukuk korumasının daha elverişli bir yol olması sonucunu doğurmaktadır.⁸⁹

Aşağıda bilgisayar programların fikrî hukuk korumasının yanında patent, haksız rekabet ve borçlar hukuku gibi diğer hukuk dalları ile de korunup korunmayacağı hususları üzerinde durulmuştur.

II. PATENT HUKUKU KORUMASI

Patent Hukukunda⁹⁰ korumanın konusunu buluşlar oluşturmaktadır. Teknik nitelikli buluşlara patent verilmesinin amacı buluşları özendirmektir. Zira, endüstrinin gelişmesi, verimliliğin artması ve dolayısıyla ekonominin büyümesinin, bu alanda devamlı olarak yapılacak yeniliklerle mümkün olacağı kabul edilmektedir. Bununla beraber, patent hukukunda her buluşa patent verilmesi de söz konusu değildir.⁹¹ Uluslararası genel kabule uygun olarak, Türk Hukukunda da, bir buluşun,

⁸⁹ Arıkan, I. Bölüm, s. 336. Fikrî hukuk korumasının bilgisayar programları için elverişli olmadığı yönünde argümanlar da ileri sürülmüştür. Buna göre, patent ve haksız rekabet hukukundan farklı olarak, fikrî hukuk korumasının kapsamı sınırlıdır. Zira, koruma programların tüm yönlerini içermemektedir. Programcı, programın pazarlanabilirliğinin özünü teşkil ettikleri için, program tarafından gerçekleştirilen fonksiyonların korunmasını ister. Programcı aynı zamanda yeni düşüncelerinin, program tekniklerinin ve programın iç tasarımındaki kullanıcıya hitap eden özelliklerinin korunmasını ister. Fikrî hukuk, düşüncüyü korumayıp ifadeyi koruduğundan, programcının koruma beklentisi duyduğu bu yönlerini korumamaktadır. Bunun yerine, fikrî hukuk, sadece programın yazıldığı şekli ve algoritmaların meydana getirdiği kombinasyonu korumaktadır. Bilgisayar programlarının en değerli yönlerinin yerine getirdikleri fonksiyonları ve iç tasarımındaki teknikleri olduğunda ise, fikrî hukuk koruması, yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Zira, genellikle mantık geliştirilmesine harcanan emek ve zaman programın içeriğinden daha değerli olabilmektedir. Bu yönde argümanlar için bkz. Johnson, s. 265. Diğer hukuk korumaları ile karşılaştırıldığında fikrî hukuk korumasının avantajlarının olduğu da görülmektedir. İlk olarak, patent ve ticari sır koruması ile karşılaştırıldığında fikrî hukuk korumasının maliyeti daha az olmaktadır. Hatta bu maliyet düşüklüğü tüketiciye de yansiyabilecektir. İkinci olarak, fikrî hukuk korumasının belirliliği gereksiz takip ve davalarla vakit kaybını ortadan kaldırmaktadır. Zira fikrî hukuk, programın niteliğine, yeni olup olmadığı gibi ölçütlere bakılmaksızın tüm orijinal ifadeyi korumaktadır. Öte yandan fikrî hukuk ticari sır ve patent hukukundan, bilginin paylaşımı konusunda daha az engelleyici bir özelliğe sahiptir. Zira ticari sır hukuku bilginin paylaşımını, onun gizli olması durumunda tamamen yasaklamaktadır. Bu durumda, bir programcı sahip olduğu ve kendisinin geliştirdiği bir tekniği kamu ile paylaşmak istediğinde, eğer o tekniğin gizli bir özelliği var ise, diğer programcıların öğrenmesi ya da o tekniği bulmaları için gereksiz zaman harcamalarını önlemek üzere, o tekniği onlarla paylaşması mümkün değildir. Patent hukuku da yeni buluşların meydana getirilmesini teşvik için gereken düzeyin ötesinde bir koruma sağlamak suretiyle, gereksiz tekellerin oluşmasına sebep olabilir. İleri sürülen bu görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Johnson, s. 266-267.

⁹⁰ Türk hukukunda patentlerle ilgili temel hukukî düzenlemeler, 27.07.1995 tarih ve 22326 sayılı RG'de yayınlanan 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 05.11.2005 tarih ve 22454 sayılı RG'de yayınlanan Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik'tir

⁹¹ Tekinalp, s. 485, 494.

patent verilerek korunabilmesi için, yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olması gerekmektedir. (PatKHK. m. 5) Buluşa patent verilebilmesi için bir arada bulunması gereken bu unsurların neler olduğunun tanımları da 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de yapılmıştır. Buna göre, buluşun yeni olmasından kasıt, buluşun, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda dünyanın herhangi bir yerinde toplumca erişilebilir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya bir başka yolla açıklanmış olmamasıdır. (PatKHK. m. 7) Tekniğin bilinen durumunun aşıldığının kabulü için buluşun, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş olması gerekmektedir. (PatKHK. m. 9) Buluşun sanayiye uygulanabilir olması ise, tarım dâhil, sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte olmasıdır. (PatKHK. m. 10)

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de buluş tanımlamak yerine, 6. maddesinde nelerin buluş olmadıkları dolayısıyla KHK kapsamı dışında kaldığı sayma yöntemi ile belirtilmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde, “edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri, estetik niteliği olan yaratmalar, bilgisayar yazılımları”nın buluş olmadıkları ifade edilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, bu sayılanlar için münhasıran koruma talep edilmesi halinde patent verilmeyeceği düzenlenmiştir. O halde, bir bilgisayar programının bizzat kendisi için koruma talep edildiğinde Türk Hukukuna göre patent verilmesi ve bu kapsamda korunması mümkün görülmemektedir. Bununla beraber, bu düzenleme bilgisayar programlarının hiçbir suretle patent korumasından yararlanamayacağı anlamına da gelmemelidir.⁹² Zira, bugün dünyadaki yeni eğilim, bilgisayar programlarının patent hukuku kapsamında korunması gerektiği yönündedir.⁹³

⁹² Eroğlu, s. 21.

⁹³ Topaloğlu, Bilişim, s. 59. Bilgisayar programlarının patent hukuku ile korunmasının istenilmesinin sebebi patent hukukunun sağlayacağı güçlü korumadan kaynaklanmaktadır. Zira, patent sahibi, patentli buluşunun tüm diğer kimseler tarafından kullanımını, aynen yapılmasını ve satışını engelleyebilir. Örneğin, patent sahibi, diğer şahısların, belirli bir algoritmayı izinsiz bir şekilde kullanmalarını engelleyebileceği gibi, belirli bir yöntemle aynı fonksiyonu icra eden programlar geliştirmelerini de önleyebilir.

TRIPs Anlaşmasının 27. maddesinde, patentlerin, endüstriye uygulanabilir olmaları kaydı ile teknolojinin tüm alanlarındaki buluşlara uygulanacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. ve 3. paragrafları Taraf devletlere, tıbbi tedavi, sağlığa ya da çevreye zararlı buluşlar gibi bazı kategorileri patent koruması dışında tutabilmelerine izin vermekle beraber, bilgisayar programları ile ilgili istisnaî bir hükme yer vermemektedir. Bilgisayar programlarına ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermemekle, TRIPs Anlaşması bu hususu Taraf devletlere bırakmıştır. Dolayısıyla bu Anlaşma, bilgisayar programlarına patent verilip verilmeyeceği hususundaki tartışmaları sonuçlandırmamıştır.⁹⁴

Bilgisayar programlarına patent verilip verilmeyeceği konusunda uluslararası hukukta ortak bir yaklaşım bulunmamaktadır. Patentın getireceği maliyetlerin kazançlara galip gelip gelmediği hususunda yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Sırf bilgisayar programına patent verilmesi tartışmalı olmakla beraber, bugün çoğu ülke bilgisayar programı ile ilgili buluşlara belirli ölçüde de olsa patent verilmesini kabul etmektedir. Günümüzde artık pek çok buluşun bir şekilde, içerisinde bilgisayar ya da bilgisayar programını barındırdığı ya da bunlar kaynaklı olduğu göz önüne alındığında, bu uygulama makul ve gerekli görülmektedir.⁹⁵

ABD’de⁹⁶ bilgisayar programlarının patentle korunup korunmayacaklarının tartışıldığı ilk dava, *Gotschalk v. Benson*⁹⁷ davasıdır. İkilik sistemde kodlanmış

⁹⁴Talat Kaya, “A Comparative Analysis of The Patentability of Computer Software Under The TRIPs Agreement: The US, The EU, and Turkey”, Ankara Law Review, Vol. 4, No.1, Summer 2007, s. 61-62.

⁹⁵ Kaya, Comparative Analysis, s. 52, 62, 64.

⁹⁶ ABD 1952 tarihli Patent Kanunu’nun 101. maddesi uyarınca, her kim yeni ve yararlı bir süreç, makine, mamul ya da madde bileşimi veya her yeni ve yararlı gelişme keşfeder veya bulursa patent elde edebilir. Ancak ABD patent mevzuatında bilgisayar programlarına yönelik herhangi bir referans bulunmamaktadır. Avrupa Patent Sözleşmesi’nin 52/2 ya da PatKHK’nın 6. maddesindeki gibi patent korumasının dışında olanları listeleyen bir düzenleme de yer almamaktadır. Bilgisayar programların patent korumasına ilişkin yaklaşım ABD Patent Ofisi ile ABD Federal Mahkemelerinin kararları sayesinde inişli çıkışlı bir seyir izlemiştir. Ancak ABD Patent Ofisi uygulamasında, her geçen gün Avrupa Patent Ofisine nazaran daha az sayıda bilgisayarla ilgili buluş koruma dışında tutulmaktadır. Mevcut durumda oldukça dar kapsamda patent talepleri geri çevrilmektedir. 101. maddeden de anlaşılacağı üzere, Amerikan Hukukunda bilgisayar programları da dahil olmak üzere, yeni ve yararlı olmak kaydıyla patent koruması dışında tutulan bir şey bulunmamaktadır. Yine Amerikan Hukukunda Avrupa patent sisteminden farklı olarak buluşun teknik özelliğinin olmasına da gerek bulunmamaktadır. Bundan dolayı Amerikan Hukukunda patent verilecek buluşlar tespit edilirken daha esnek olunabilmektedir. Bkz. Tim Press, Computer Law, “Patent Protection For Computer-Related Inventions”, (Ed. Chris Reed/John Angel), Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2003, s. 154-155. Nitekim 1994 tarihli *In re Alappat* kararında Federal Yüksek Mahkemenin 3. Dairesi,

sayıları ondalık sayılara çeviren bir işletim sistemi için patent istendiği bu davada Yüksek Mahkeme, algoritmayı sıradan bir hesap makinesinin temelinde yatan matematiksel formülle eşdeğer nitelmiş ve temel gerçekler, zihinsel süreçler ve soyut fikrî kavramların patente konu olamayacağını, dolayısıyla bilgisayar programına patent verilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁹⁸ Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, daha sonra *Diamond v. Diehr*⁹⁹ davasında, patent verilebileceğini kabul etmiştir. Bu karar, bilgisayar programlarının patentlenebilirliği açısından dönüm noktası niteliğindedir. Bu davada, sertleşmemiş sentetik kauçuğun kalıba dökülebilmesi için uygun sertleşme zamanı geldiğini belirleyen bir sürece patent verilmiştir. Bu süreçte, bilgisayar, sertleşme zamanı geldiğinde sinyal vermektedir. Mahkeme, bir patent başvurusunun sadece matematiksel formül, bilgisayar programı veya dijital bilgisayar kullanmasından dolayı reddedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu karar sonrasında artık ABD’de, “somut, yararlı ve gerçek” sonuçlar ortaya çıkarması kaydıyla, çeşitli bilgisayar programı ile ilgili buluşlara patent verilebilmektedir.¹⁰⁰

Amerikan Hukukunda patent hukukunun gerekli gördüğü şartları taşıyan bilgisayar programları için patent korumasının mevcudiyetine rağmen, pek çok faktör, bilgisayar programcılarını patent koruması talep etme fikrinden uzaklaştırmaktadır. Sadece bilgisayar programının orijinal olmasını gerekli kılan fikrî hukukun tersine, patent hukuku göreceli olarak yüksek düzeyde standartları gerektirmektedir. Buna göre bilgisayar programı, yeni ve yararlı olmalı, bilinen olmamalıdır. Patent başvuru sürecindeki yüksek maliyet ve gecikmeler patent korumasının yararlarını önemli ölçüde azaltan diğer etkenlerdendir.¹⁰¹

spesifik fonksiyonlar icra eden ve matematiksel algoritmalar içeren bilgisayar programlara patent verilebileceğini kabul etmiştir. (33 F.3d 1526 (Fed. Cir.1994) Bkz. Garrie, s. 748-749.

⁹⁷ (1972) 409 US 63.

⁹⁸ Press, s. 155-156; Topaloğlu, Bilişim, s. 60-61; Durmuş, s. 56; Arıkan, I. Bölüm, s. 335; Christoph Laub, “Software Patenting: Legal Standards in Europe and the US in view of Strategic Limitations of the IP Systems”, The Journal of Intellectual Property, 2006, Vol. 9, No. 3, s. 351-352.

⁹⁹ 450 US 175, 209 U.S.P.Q. 97 (1981).

¹⁰⁰ Laub, s. 352; Kaya, Comparative Analysis, s. 46-47; Topaloğlu, Bilişim, s. 60-61; Durmuş, s. 56; Arıkan, I. Bölüm, s. 335; Aynı yönde geniş açıklamalar ve çeşitli örnek davalar hakkında geniş bilgi için bkz. Press, s. 154-166.

¹⁰¹ Menell, Legal Protection, s. 1350-1351. Bilgisayar programlarının patent hukuku ile korunmasının leh ve aleyhinde ileri sürülen argümanlar için bkz. Eroğlu, s. 23-26; Kaya, s. 64-69. Ayrıca bkz. Kaypakoğlu, s. 33-34. Tüm şartlar yerine getirilse dahi, patent başvurusu aşamasında gereken zamanın

Avrupa uygulaması ise ABD uygulamasından belli ölçüde farklılıklar arz etmektedir. Avrupa Patent Sözleşmesi'nin¹⁰² 52. maddesinin 2. fıkrası, bilgisayar programlarını açıkça patent kapsamı dışında bırakmaktadır. Ancak, aynı maddenin 3. fıkrasında, 2. fıkra bilgisayar programları ile birlikte sayılan tüm öğelerin, sadece “kendilerinin” (as such) patent koruması dışında olduğu belirtilmektedir. Kullanılan “as such” tabiri, bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasına imkân tanımaktadır. Avrupa Patent Ofisi'nin hâlihazırdaki uygulaması, bilgisayar programı ile bilgisayarın normal fiziksel iletişiminin ötesinde teknik bir etki doğurmaları kaydıyla, bilgisayar programı ile ilgili buluşlara patent verilmesi yönündedir.¹⁰³

Bilgisayar programlarının patentlenmesine ilişkin Avrupa uygulamasında dönüm noktası teşkil eden dava *Vicom System Inc.*¹⁰⁴ resim işleme için geliştirilmiş bir metot ve aygıt için patent talebinde bulunmuştur. Avrupa Patent Ofisi İnceleme Birimi tarafından bu talep reddedilmiş ve başvuran tarafından bu karar temyiz edilmiştir. Avrupa Patent Örgütü Teknik Temyiz Kurulu'nun önündeki temel uyuşmazlık, davaya konu buluşun, bilgisayar programının kendisi ile ilişkili olduğundan, Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 52/I-II. maddeleri uyarınca patent koruması dışında kalıp kalmadığıydı. Kurul, buluşun

uzunluğu ve çoğu programın piyasa ömrünün kısalığı göz önüne alındığında program için patent elde edilmesi pek pratik olmayacaktır. Programların patentle korunmasında karşılaşılabilecek diğer bir sorun da, patent elde edilmiş olsa bile bunun güvenilirliği sorunudur. Zira, elde edilen patentlere karşı açılan davaların büyük bir çoğunluğunda patentler geçersiz kabul edilmektedir. bu durum bilgisayar programları için tanınan patentlerde daha da öngörülebilir bir sonuçtur. Bkz. Johnson, s. 262.

¹⁰² Münih Sözleşmesi olarak da adlandırılan Avrupa Patent Sözleşmesi 5 Ekim 1973'de imzalanıp, 7 Ekim 1977'de yürürlüğe girmiş olup “Avrupa Patentlerinin Verilmesi İle İlgili Avrupa Patent Sözleşmesi ve Eklerine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair 27.01.2000 tarih ve 4504 sayılı Kanun ise, 29.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmiş ve ülkemiz bu tarih itibarıyla söz konusu Sözleşmeye taraf olmuştur.

¹⁰³ Kaya, Comparative Analysis, s. 47; Topaloğlu, Bilişim, s. 63. AB üye devletleri arasında uyumlaştırmayı sağlamak amacıyla Avrupa Komisyonu “Bilgisayar Uygulamalı Buluşların Patentlenebilirliğine İlişkin Konsey ve Avrupa Parlamentosu Direktifi” önerisinde bulunmuştur. Bu Direktifin amacı yeni, sanayiye uygulanabilir ve yenilik doğuran bir adım içermesi kaydıyla bilgisayar uygulamalı buluşlara patent sağlanmasıydı. Bununla beraber, söz konusu teklif, sadece üye devletler arasında değil Avrupa Parlamentosu ile Konsey arasında önemli tartışmalara neden olmuştur. Birkaç yıl süren tartışmalar sonucunda, Avrupa Parlamentosu tarafından 6 Temmuz 2005 tarihinde yapılan oylamada ezici çoğunluk kararı (648 red, 14 kabul, 18 çekimser) ile reddedilmiştir. Dolayısı ile teklif yasalaşamamış ve üye devletler kendi uygulamalarını sürdürmede serbest kılınmışlardır. Direktif ile ilgili açıklamalar hakkında ayrıca bkz. Aynı Eser, s. 47-48; EU Parliament Daily Notebook, *No Directive on Software Patents*, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PRESS+DN-20050706-1+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN#SECTION1> (son erişim 24.04.2008)

¹⁰⁴ 15.07.1986 tarih ve T 0208/84 sayılı karar <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t840208ep1.htm> (son erişim, 24.04.2008)

altında yatan fikrin matematiksel bir metot olmasına rağmen, başvurunun bir bilgisayar programının kontrolü altındaki teknik bir süreçle ilişkin olduğunu, matematiksel bir metoda ya da bilgisayar programının kendisine yönelik olmadığını kabul etmiştir. Bununla beraber, belirtmek gerekir ki, Avrupa Patent Ofisinin bu yaklaşımı Sözleşmeye taraf devletler tarafından, teknik karakterin ne olduğunda karşılaşılan yorum farklılıklarından dolayı tam olarak takip edilmemiştir. Aynı çeşit buluş için yapılan başvurular farklı ülkelerce reddedilebilmektedir.¹⁰⁵

Sonraları verdiği IBM patent başvurularına ilişkin iki kararında¹⁰⁶ ise Kurul, teknik gerekliliğin ne olduğunu ve “ileri teknik etki” söz konusu olduğu takdirde programın kendisinin patentlenebileceği şeklinde yorumlamıştır. Kurul, patent başvurusunda bulunulan bir bilgisayar programının, bilgisayarda çalıştırıldığında ya da bilgisayara yüklendiğinde, donanım ile programın normal düzeydeki etkileşiminin ötesinde bir teknik etki meydana getirmesi ya da getirme yeteneğinin olması durumunda, patent koruması kapsamı dışında tutulmadığını belirtmiştir. Kurul’a göre, tüm programlar bilgisayarda çalıştırıldığında elektronik olarak etki doğurur, ancak bu etki düzeyi yeterli değildir. Patentlenebilirlik açısından daha ileri düzeyde bir teknik etki gerekmektedir. “Daha ileri düzeyde teknik etki” yi açıklarken de Kurul, programın sadece bilgisayar aracılığıyla endüstriyel bir süreci ya da mekanizmanın bir parçasının çalışmasını yönettiği durumlarda değil, aynı zamanda, bilgisayar programının belirtilen anlamda bu teknik etkileri, örneğin programın da etkisiyle bilgisayarın iç fonksiyonu ile elde edilen bu tarz teknik etkiyi gerçekleştirmede tek araç veya gerekli araçlardan biri olduğu her durumda programa patent verilebileceğini ifade etmektedir.¹⁰⁷

Bilgisayar programlarına patent verilmesine ilişkin İngiliz Patent Ofisi uygulaması Avrupa Patent Ofisi uygulaması ile ayniyet arz etmektedir. Buna göre, Patent Ofisi, bilgisayar programlarına, salt bilgisayarda çalıştırılmalarının ötesinde

¹⁰⁵ William Cornish/David Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, London 2003, s. 779-780; Kaya, Comparative Analysis, s. 76; Topaloğlu, Bilişim, s. 61-62.

¹⁰⁶ 01.07.1998 tarih ve T 1173/97 sayılı karar, <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t971173ep1.htm>, T 0935/97.

¹⁰⁷ Bently/Sherman, s. 388-389; Kaya, Comparative Analysis, s. 75; Bu kararlar ve aynı doğrultuda örnek başka kararlar için bkz. Cornish/Llewelyn, s. 780-783.

bir teknik etki meydana getirmeleri durumunda patent verilebileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁸ Alman Hukukunda ise, bilgisayar programlarının bağımsız olarak patenle korunmayacağı, ancak bir buluşu desteklemesi koşuluyla o buluşla birlikte patent hukuku korumasından yararlanabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁹

551 sayılı PatHKH'nın bilgisayar programlarına ilişkin 6. maddesinin düzenlemesi ile Avrupa Patent Sözleşmesinin 52. maddesindeki düzenleme paralellik arz etmektedir. Bu sebeple, Avrupa Patent Ofisinin yorum tarzının Türk hukuku bakımından da benimsenmesi kanımızca yerinde olacaktır. Buna göre, teknik bir probleme çözüm getiren bilgisayar programı, bir makine ve sürece ilişkin olması ve buluşun patentlenebilirlik kriterleri olan, yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olma koşullarını taşıması durumunda, buluşun bir parçası olarak patentlenebilmelidir. Zira, buluşlara sırf bilgisayar programı içerdikleri gerekçesi ile patent verilmemesi sadece yeni buluşların meydana getirilmesini engellemeyecek, aynı zamanda TRIPs Anlaşması'nın yukarıda anılan ve sadece bazı spesifik kategorileri koruma dışında tutan 27. maddesinin de ihlâli anlamına gelecektir.¹¹⁰ Öte yandan, Türkiye Avrupa Patent Sözleşmesine taraf olduğundan, Avrupa Patent Sözleşmesi tarafından tanınan patentler, başvuranın Türkiye'de koruma talep etmesi ve Sözleşmenin, gerekli ücretlerin ödenmesi ve başvurunun Türkçe tercümesinin sağlanması gibi diğer gerekliliklerini de karşılaması şartıyla, ülkemizde de geçerli olacaktır. Bundan dolayı, Avrupa Patent Ofisinin patent verdiği buluşlara Türkiye'de patent verilmemesi, onlar aleyhine ayrımcılığa neden olacaktır.¹¹¹

¹⁰⁸ Bently/Sherman, s. 389; Bu yönde görüş ve örnek İngiliz mahkeme kararları ve uygulamaları için bkz. Press, s. 151-154.

¹⁰⁹ Stgeckler, s. 294.

¹¹⁰ Kaya, Comparative Analysis, s. 79; Teknik sonuçlar doğuran programlara patent verilebileceği hakkında bkz. Yavuz Kaplan, İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin, Ankara 2004, s. 179, dn. 62. Aksu da, bilgisayar programının yardımıyla gerçekleştirilen buluşların patent alabileceği görüşündedir. Yazar'a göre teknik mahiyette bir buluşun parçasını oluşturan, diğer bir ifade ile bilgisayar programı yardımıyla gerçekleştirilen teknik nitelikteki buluşlar patent konusu olur ve bilgisayar programı da buluşla beraber korunur. Ancak bilgisayar programının korunması, programın temelinde bulunan algoritmaların patentlenmesi anlamına gelmemektedir. Bunlar, tıpkı keşifler ve matematik yöntemleri gibi serbest kalır, bu sayede algoritmalar üzerinde tekel kurulması önlenmiş olur. Aksu, s. 216.

¹¹¹ Kaya, Comparative Analysis, s. 79; Selda Arkan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Patent Kanunu Çerçevesinde Bilgisayar Yazılımlarının Korunması, Ankara 2000, <http://www.kobinet.org.tr/hizmetler/bilgibankasi/mevzuat/012.html> (son erişim: 25.04.2008)

III. HAKSIZ REKABET HUKUKU KORUMASI

Günümüzde geçerli olan liberal ekonomi anlayışı serbest rekabet ilkesine dayanmaktadır. İşletmelerin verimini, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini artırıcı ve fiyatları düşürücü etkisi olan rekabetin, bu etkilerini sürdürebilmesi için dürüstlük kurallarına uygun yapılması ve kötüye kullanılmaması gerekmektedir. bu sebeple, rekabetin bu çerçevede yapılmasını sağlamak ve haksız rekabetin önlenmesine yönelik yasal düzenlemeler öngörülmüştür.¹¹²

Türk Hukukunda haksız rekabet hem Borçlar Kanununda (BK) hem Türk Ticaret Kanununda (TTK) düzenlenmiştir. BK'nın 48. maddesine göre, yanlış ilânlar veya iyiniyet kurallarına aykırı diğer hareketler neticesinde müşterileri azalan ya da bunları kaybetmek korkusuna maruz olan kimse, bu fiillere son verilmesi için fail aleyhine dava açabilir ve kusuru bulunuyor ise zararının tazminini talep edebilir. Anılan maddenin 2. fıkrasında da ticarî işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. O halde ticari işlerde ortaya çıkan haksız rekabete TTK hükümleri uygulanırken, ticari olmayan adi işlerdeki haksız rekabete Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Ekonomik şartlar ve buna bağlı olarak satış, pazarlama ve reklam yöntemlerinin hızla gelişme göstermesinden dolayı, haksız rekabet hallerinin neler olduğunun önceden belirlenmesi güçtür. Bu nedenle Kanun Koyucu, TTK'nın 56. maddesinde haksız rekabetin tanımını yaptıktan sonra, 57. maddede uygulamada sık rastlanan bazı haksız rekabet hallerini örnek şeklinde sıralamıştır¹¹³ Buna göre haksız rekabet, “aldatıcı hareket veya hüsniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir.” (TTK. m. 56)¹¹⁴ Görüldüğü üzere, bu düzenlemede, rekabet hakkının kullanımında Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının uygulanacağı vurgulanmaktadır. O halde rekabet, kişinin kendi çabasına dayanmalı; başkasını kötülemek, karalamak, başkasının çaba ve emeğinden yararlanmaya çalışmak suretiyle yapılmamalıdır. Aksi

¹¹²Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, Ankara 1997, s. 285.

¹¹³Arkan, Ticari İşletme, s. 291; Topaloğlu, Bilişim, s 64.

¹¹⁴TTK Tasarısının 54/II. maddesinde haksız rekabet, “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır.

halde bu durumlar, haksız rekabet teşkil edecektir. Haksız rekabet hükümleri, yalnız rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, aynı zamanda rekabete dayalı ekonomik düzenin korunmasını da hedeflediğinden, haksız rekabetin varlığından söz edilebilmesi için fail ile mağdur arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması gerekmektedir.¹¹⁵

Bilgisayar programlarının haksız rekabet hukuku kapsamında korunması hususunda TTK'nın 57. maddesinin 7 ve 8. bentleri önem taşımaktadır. Maddenin 7. bendinde müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcılarını kandırmak suretiyle, istihdam edenin ya da müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa etme veya ele geçirme haksız rekabet sayılmıştır. Sekizinci bentte ise, iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde elde ettiği ya da öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak fiili dürüstlük kurallarına aykırı hareket olarak değerlendirilmiş ve haksız rekabet sayılmıştır. Söz konusu düzenleme açısından önemli olan, gizli bilginin ya da sırrın haksız şekilde çıkar sağlamak amacıyla kullanılmasıdır.¹¹⁶ Buna göre, bir yazılım şirketi için çalışan işçinin, işten ayrıldıktan sonra, o şirket bünyesinde çalışırken öğrendiği program kodlarını kendi geliştirdiği programda kullanması hali haksız rekabet teşkil eder.¹¹⁷

Bir bilgisayar programının haksız rekabet hukuku kapsamında korumadan yararlanabilmesi için, programın, sahibinin hususiyetini taşıması gibi eser sayılmanın gerektirdiği özellikleri taşıması gerekmektedir. Önemli olan, programın dikkate değer ticarî başarı gösteren özel bir ürün olmasıdır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunmayan bir bilgisayar programının kayda değer emek harcanmadan aynen kopya edilmesi ise haksız rekabet teşkil eder.¹¹⁸ O halde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan programın başka bir rakip tarafından aynen veya önemli unsurlar itibarıyla benzerlik gösterecek şekilde taklit

¹¹⁵ Arkan, Ticari İşletme, s. 291-292. Haksız rekabetten söz edilebilmesi için ilgililer arasında rekabet ilişkisinin bulunması gerektiği yönünde görüş için bkz. Topaloğlu, s. 63-64; Durmuş, s. 64.

¹¹⁶ Arkan, Ticari İşletme, s. 299.

¹¹⁷ Miyashita, s. 66. Hukuka aykırı olarak ve teknik yöntemlerle kaynak kodlara ulaşılması da ticarî sırların ihlali suretiyle haksız rekabet teşkil edebilecektir. Steckler, s. 300-301.

¹¹⁸ Topaloğlu, s. 65; Durmuş, s. 64.

edilmesi Kanuna aykırılık teşkil edeceği gibi genel düzenlemeler olan haksız rekabet hükümlerine de aykırılık teşkil edebilecektir.¹¹⁹

FSEK'in 83. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde, bir bilgisayar programının ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir programda ya da çoğaltılmış nüshalarda kullanılamaz. Aynı maddenin son fıkrasında ise, tecavüz eden tacir olmasa bile, birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Program belirli bir ad altında kamuya arz edilmektedir ve bu ad ile tanınmaktadır. Bu adın başka bir programda kullanılması alıcıları yanıltmakta ve eser sahibinin çıkarlarını zedelemektedir. Bu sebeple, fikir ve sanat eserlerinde adın ve alametlerin haksız rekabet hukukunda korunacağı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. Haksız rekabet korumasının gerçekleşebilmesi için sadece adı kullanmak yeterli olmayıp, ürünün piyasaya sürülmüş olması ya da sürülme hazırlığı içinde olunması gerekmektedir. Burada ad veya alametlerin sadece aynı şekilde kullanılması değil, karıştırılmaya sebebiyet verecek şekilde kullanılması da haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. İltibasın mevcut olup olmadığı, kullanılan tanıtma vasıtaları arasında gerek şekil gerek söyleyiş bakımından normal ve orta düzeyde bir alıcının aldanmasına yol açacak bir benzerliğin bulunup bulunmadığına göre değerlendirilmektedir.¹²⁰ Programın adı denildiğinde, onun piyasaya sürülürken, örneğin WordPerfect, Excel gibi verilen adı kastedilmektedir. Alâmet denildiğinde ise, varsa programın isminin yanında kullanılan bir şekil ya da adın belirli özelliklerde harflerin yazılması ile

¹¹⁹ Durmuş, s. 64. Alman hukukunda da, patent ya da fikrî hukuk koruması koşullarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, bilgisayar programları Alman Haksız Rekabet Kanunu (UWG) hükümleri çerçevesinde haksız rekabet korumasından yararlanabilmektedir. Bu çevrede hukuka aykırı olarak çoğaltılmış program nüshalarının orijinalinden daha ucuz bir fiyatla piyasaya sürülmesi, programı çoğaltma ya da yayma hakkına sahip olan kimsenin veya eser sahibinin potansiyel satışlarını etkileyeceğinden haksız rekabet teşkil etmektedir. Yine, bilgisayar programının hukuka aykırı çoğaltılmasını engelleyici şifreleri bozmak ve bu sayede programın çoğaltılmasını sağlamak amacıyla program geliştiren kimselerin bu eylemi de haksız rekabet teşkil etmektedir. Haksız rekabet teşkil eden diğer eylemler ise, hukuka uygun olarak elde edilen programın, şirket bünyesinde kullanılmak üzere çoğaltılması veya hukuka aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği bilgisayar programını kendi ticarî çıkarları için kullanılmasıdır. (UWG Sec.1) Alman hukukunda bilgisayar programlarının haksız rekabet koruması hakkında geniş açıklamalar için bkz Steckler, s. 298-301.

¹²⁰ Durmuş, s. 64; K. Emre Gökyayla, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, En Son Değişiklikleri ile 2. Baskı, Ankara 2001, s. 190-191. Alman hukukunda da program adının iltibasa imkân verecek şekilde kullanılması halinin haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir. (UWG Sec. 6) Bkz. Steckler, s. 300.

oluşturulmuş logosu ifade edilmektedir.¹²¹ FSEK'in 15. maddesinde program sahibine, programa dilediği adı koyma ve başkalarını kendi koyduğu adda değişiklik yapmalarını men etme yetkisi verilirken, 83. maddedeki düzenleme, programın adının başka bir programda kullanılması suretiyle oluşan haksız rekabet halini düzenlemektedir.¹²²

IV. BORÇLAR HUKUKU KORUMASI

Bilgisayar programları, imalinden hedef kitleye ulaşmasına kadar olan süreçte pek çok sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır. Hatta hedef kitleye ulaştıktan sonra da bakım ve onarımına ilişkin bir takım sözleşmelere dahi konu olabilmektedir. Bu sözleşmeler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin bir sonucu olarak meydana geldiğinden, fikrî hukuk korumasının bir takım boşluklarının doldurulmasını sağlayabilmektedir. Yine, fikrî hukukun yeterli koruma sağlamadığını düşünen taraf, sözleşmeye koyduracağı, kanunun cevaz verdiği hükümlerle daha sıkı bir koruma elde edebilmektedir.¹²³

Bilgisayar programlarından yararlanma imkânı sağlayan lisans ve satım sözleşmeleri ile iş ilişkileri Borçlar Hukukunun sözleşmelere ve ticarî sırlara ilişkin hükümlerin uygulanmasına imkân tanımaktadır. Önceleri, bilgisayarlar sadece iş çevrelerinde kullanıldığından, bu koruma yolu ihtiyaçlara cevap vermiş ve program sahiplerinin haklarının yeterli düzeyde korunmasını sağlamıştır. Günümüzde de bu korumanın geçerliliğini sürdürdüğü tartışmasız olmakla beraber, bilgisayar programlarının kullanımının giderek yaygınlaşmış olması, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü şahısların, programı meydana getiren eser sahibinin haklarını ihlâl etmesi durumunda, bu hakların nasıl korunacağı sorusunu gündeme getirmiş ve Borçlar Hukuku hükümlerinin bu noktada yetersiz kaldığı sonucuna varılmıştır.¹²⁴

¹²¹ Kaypakoğlu, s. 36.

¹²² Ayiter, s. 83.

¹²³ M. Fadıl Yıldırım, "Sözleşme Hukuku Açısından Yazılım", Bilişim ve Fikrî Mülkiyet Semineri, TOBB, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, FİSAUM, 20 Nisan 2006 ODTÜ-Teknokent Ankara/25 Nisan 2006 İTÜ-Arı Teknokent İstanbul, s. 43-44.

¹²⁴ Arıkan, I. Bölüm, s. 334.

Sözleşmeler evrensel olarak uygulanma kabiliyeti olan standartlar getirmemektedir. Bundan ziyade, sözleşmeler, taraflar arasındaki uzlaşmanın bir ürünüdür. Sözleşme hükümleri, sözleşmenin tarafları dışında kalanlara uygulanamadığından, program sahibinin haklarının üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek ihlâllere karşı korunması için, taraflar dışındaki üçüncü kişilere uygulanacak nitelikte bir sistemin mevcudiyeti gerekmektedir. Zira, program sahibinin haklarının hukuken yeterli ve gerektiği ölçüde korunmaması, programcılık endüstrisinin bu alana yatırım yapmasını; bu da dolayısıyla, insanoğlunun programcılık teknolojisinden yararlanma düzeyinin ilerlemesini engelleyecektir.

§4. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ULUSLARARASI HUKUKTA KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

18. yüzyıl sonu ile 19. yüzyıl başlarından itibaren Avrupa ülkeleri yaptıkları kanunlarla eser ve buluş sahiplerini kendi ülkesel sınırları içerisinde korumuşlardır. Bununla beraber, uluslararası ilişkilerin, teknoloji, iletişim ve ulaşım imkânlarının hızla gelişmesi sonucu, aslında evrensel bir niteliğe sahip olan fikrî ürünlerin yabancılar tarafından istismarının önlenmesi millî kanunlar ile mümkün olamamıştır. Ülkesel sınırları aşan bir korumanın gerekliliği üzerinde bir kısım ülkeler kolayca anlaşmış ve kendi aralarında fikrî hakların karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesi uyarınca korunması hususunda ikili antlaşmalar yapma yoluna gitmişlerdir. Ancak ikili antlaşmaların da istenilen düzeyde bir koruma sağlayamayacağının kısa sürede anlaşılması üzerine, bu kez çok taraflı sözleşmeler yapılması gerekli görülmüştür.¹²⁵

Ülkeler, ihlâlleri sınırları aşan niteliğe ulaşan fikrî ve sınaî hakların korunmasında, aralarındaki sınırları kaldırma amacıyla bu alanda pek çok uluslararası sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmelerin her birinin incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından, yeri geldiğinde münferit düzenlemelerine ilgili bölümlerde yeniden değinilecektir. Ancak bu kısımda, özellikle bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasına ilişkin pek çok ülke mevzuatının dayanağını

¹²⁵ Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yenilenmiş İkinci Bası, Ankara 1998, s. 18-19.

oluşturan “Edebi ve Artistik Eserlerin Himayesi İçin Bern Sözleşmesi” ve “Ticaretile Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPs)”, WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ile “Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunmasına İlişkin Direktif” hakkında genel bilgiler verilecektir.

II. BERN SÖZLEŞMESİ

19 yüzyılda, büyük endüstriyel güçler kendi aralarında ve üçüncü ülkelerle, kendi vatandaşlarının o ülkelerdeki edebi ve sanat eserlerinin korunmasını teminen ikili sözleşmeler imzalamaya başladılar. Ancak bu sözleşmeler, bir takım belirsizlik ve karmaşıklıkları da beraberinde getirmiştir. Bunun üzerine bu ülkelerin çoğu, iki taraflı sözleşmeler yerine, çok taraflı ve uluslararası bir sözleşmenin daha etkili koruma sağlayacağı görüşünde birleştiler. “Bern Sözleşmesi” olarak anılan 9 Eylül 1886 tarihli “Edebi ve Artistik Eserlerin Himayesi İçin Bern Sözleşmesi” fikrî hakların korunması alanında ilk uluslararası düzenleme niteliğindedir.¹²⁶

Bern Sözleşmesi, 1886 yılında İsviçre’nin Bern şehrinde 10 devletin katılımıyla toplanan uluslararası konferans sonunda imzalanmıştır.¹²⁷ Bu Sözleşme ile, tüzel kişiliğe sahip ve fikir ve sanat eseri sahiplerini korumayı amaçlayan “Bern Birliği” adıyla bir birlik kurulmuştur. Sözleşme ile, tüm üye devletler için yeknesak fikrî hukuk kuralları koymaktan ziyade, eser sahiplerinin haklarının, gerek kendi ülkelerinde gerek diğer üye ülkelerde etkili bir şekilde korunması amaçlanmıştır. Zira söz konusu Sözleşme, üye ülkelerin daha geniş bir koruma hakkı saklı kalmak kaydıyla, eser sahiplerine bir kısım haklar sağlamaktadır. Sözleşme ayrıca, nelerin

¹²⁶Guy Tritton/Richard Davis/Michael Edenborough/James Graham/Simon Malynicz/Ashley Roughton, Intellectual Property in Europe, Second Edition, London 2002, s. 306-307; Tekinalp, s. 67.

¹²⁷ Sözleşme metni imzaya açıldıktan sonra farklı tarihlerde değişikliğe uğramıştır. Sözleşme metni, ilk defa 4.5.1986’da Paris’te olmak üzere, 13.11.1908’de Berlin’de, 20.3.1914’te Bern’de, 2.6.1928’de Roma’da, 26.6.1948’de Brüksel’de, 4.7.1967’de Stokholm’de, 24.7.1971 ve 28.9.1979 tarihlerinde ise Paris’te değiştirilmiştir. Türkiye Lozan Sulh Antlaşmasının eki olan Ticaret Mukavelenamesi ile sözleşmeye katılmayı kabul etmiş, ancak Türkiye’nin yabancı eserlerin çevrilmesinde kendisine istisna tanınmasını talep etmesi ve bu talebin diğer ülkelerce kabul edilmemesi nedeniyle katılım gecikmiştir. Türkiye 4117 sayılı Kanun ile Bern Sözleşmesinin Paris’te 1971 yılında revize edilmiş metninin 1979 Paris değişikliğini 33. maddesinin (1) nolu paragrafına çekince koymak suretiyle kabul etmiş; Bakanlar Kurulu da 2003/6170 sayılı karar ile söz konusu metne katılmamızı uygun bulmuştur. 4117 sayılı Kanun: RG 12.7.1995, 22341, Tutanak Dergisi, Donem 19, Yasama Yılı: 4. S.Sayısı 812. Uygun bulma kararı ve Bern Sözleşmesinin metni ise 21.10.2003 tarih ve 25266 sayılı Resmi Gazetede yer almaktadır. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. WTO Workshop On Certain Topical Issues In Regard To Intellectual Property For Central And Eastern And Central Asian Countries, Background Documentation, Ankara 16-18 May 2006, s. 47-65.

edebi ve artistik eser sayılacağını, eser sahiplerinin eser üzerindeki haklarını ve bu hakların koruma sürelerini düzenlemektedir.¹²⁸ Sözleşme ile üye ülkeler kendi kanunlarında eser sahiplerine bahsettikleri korumayı karşılıklı olarak birbirlerinin vatandaşlarına tanımışlardır. Başka bir deyişle karşılıklılık ilkesi dolayısıyla eser ve eser sahibi, Bern birliğine üye tüm ülkelerde korunmuştur.¹²⁹

Bern Sözleşmesinde bilgisayar programları ile ilgili herhangi bir somut düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin bilgisayar programları açısından önemi TRIPs Anlaşmasının 10. maddesindeki atıftan kaynaklanmaktadır. Zira bu maddenin (1) no'lu paragrafında, kaynak kodunda veya nesne kodunda olan bilgisayar programlarının 1971 tarihli Bern Sözleşmesi kapsamında edebi eserler olarak korunması gerektiği ifade edilmektedir.

Bern Sözleşmesinin 2. maddesinin (1) no'lu paragrafında “Edebiyat ve sanat eseri deyimi, ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanındaki... bütün ürünleri içerir” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme göz önüne alındığında, her ne kadar bilgisayar programları ile ilgili açık bir düzenleme bulunmasa da, bilgisayar programları, birbirlerinden ayrılmaları mümkün olmayan program akışı, algoritma, kodlar ve arayüzlerden oluştuğundan ve belirli bir sistem dâhilinde teknik bir dille ifade edildiğinden, TRIPs ile açıkça atıfta bulunulmasaydı dahi, bilgisayar programları Bern Sözleşmesi kapsamında edebi eser sayılarak korunabilirdi.¹³⁰

III. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI (TRIPs) ¹³¹

Dünya ülkeleri arasında ticaretin hızla gelişiminin sonucunda fikrî hakların ticari yönü de ön plana çıkmıştır. Teknoloji, iletişim ve ulaşımın gelişimi, ulusal ticaretin gelişimini arttırdığı gibi, doğal olarak uluslararası ticaretin de gelişimi

¹²⁸ Erel, Fikir, s. 19; Eroğlu, 35.

¹²⁹ Tekinalp, s. 68; Tritton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 307.

¹³⁰ Aynı yönde bkz. Arıkan, Bilgisayar, s. 12.

¹³¹ TRIPs=Trade Related Aspect of Intellectual Property. Dünya Ticaret Örgütünü (DTÖ) Kuran Anlaşmanın 1 C Eki olan TRIPs Anlaşmasının Türkçe metni için bkz 25.02.1995 tarih ve 22213 Mükerrer sayılı RG.

sonucunu doğurmuştur. Ancak bu gelişmeler, fikrî ve sınâî mülkiyete konu değerlerin uluslararası ticaretteki yerini arttırmakla kalmayıp, aynı zamanda taklit ve korsan mal ticaretinin de giderek yaygınlaşmasına neden olmuştur. Bu gelişmelerin hız kazandığı bir dönemde, fikrî ve sınâî haklar konusu da, dünya ticaretinde serbestiyi sağlamak amacıyla 1948’de yürürlüğe konan Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşmasının (GATT)¹³² 1986’da başlayan müzakeresinin kapsamına dâhil edilmiştir. 15 Aralık 1993’te neticelenen bu Uruguay müzakereleri (Uruguay Round) neticesinde dünya ticaretinin liberalleştirilmesi çerçevesinde pek çok antlaşma metni ortaya çıkmış, 15 Nisan 1994 tarihinde imzalanan bir anlaşma ile de Dünya Ticaret Örgütü (WTO) oluşturulmuştur. Bu arada “Sahte Mal Ticareti Dâhil Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması” uzun görüşmeler sonucunda Fas’ın Marakeş şehrinde müzakereye katılan 114 ülke ile Avrupa Topluluğu tarafından imzalanmıştır. Dünya Ticaret Örgütünü Kurucu Anlaşmasının “bütünleyici parça” sı olarak kabul edilen ve fikrî mülkiyet hukuku alanında 20. yüzyılın en önemli gelişmesi olarak kabul edilen TRIPs Anlaşması 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹³³

Fikrî ve sınâî haklarla ilgili korumanın tamamının asgari koşulları uluslararası düzeyde bu anlaşma ile belirlenmiştir.¹³⁴ TRIPs Anlaşmasının bilgisayar programları bakımından önemi ise, bilgisayar programlarının ilk kez uluslararası bir metinde düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır.¹³⁵ Bu anlaşmanın 10 ve 11. maddelerinde doğrudan bilgisayar programları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Anlaşmanın 10. maddesinin (1) no’lu paragrafında, kaynak kodunda veya nesne kodunda olan bilgisayar programlarının 1971 tarihli Bern Sözleşmesi kapsamında edebi eserler olarak korunması gerektiği düzenlenmiştir. 11. maddede ise maliklerine bilgisayar programının orijinalini veya suretini kiraya verme hakkı öngörülmüştür. Bilgisayar programlarına da uygulanacak olan 12. maddede koruma süresi, yaşam artı 50 yıl olarak öngörülmüş, 13. maddede ise hakkın sınırlarına yer verilmiştir. Anlaşmanın 9. maddesindeki genel düzenleme ile de, fikrî hak

¹³² GATT=General Agreement on Tariffs and Trade.

¹³³ Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.47-48.

¹³⁴ Arıkan, Bilgisayar, s. 12.

¹³⁵ Arıkan, I. Bölüm, s. 338.

korumasının fikirleri, usulleri, işletme yöntemlerini ve matematiksel kavramları kapsamadığı, ancak tüm bunların ifade şeklini koruduğu belirtilmiştir.¹³⁶

TRIPs Anlaşmasının fikrî hukuk mekanizması, bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin önemli yenilikler sağlamasına rağmen, Anlaşmanın, korumanın kapsamının belirlenmesi konusunda yetersiz kaldığı ileri sürülmüştür. Nitekim TRIPs Anlaşmasının bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasının kapsamına ilişkin hükümleri tamamen genel niteliklidir. Gerçekte, Anlaşmanın 9. maddesinde, fikrî hukuk korumasının düşünceye, usullere, işlem metotlarına ya da matematiksel konseptlerin kendilerine değil ifadeye tanındığı ifade edilirken, 10. maddesinde ise bu korumanın veri ve materyallerin kendilerine tanınmayacağı yönündeki paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak, düşünce ve ifade arasındaki ayrımın yapılması ise her bir üye devlete bırakılmıştır. Burada ortada kalan temel sorun, programların edebi olmayan ya da fonksiyonel yönlerinin fikrî hukuk koruması kapsamında olup olmadığı ile bu kapsamda ise ne ölçüde korumadan yararlanacağı, yine programların başta patent koruması olmak üzere diğer fikrî mülkiyet hukukları ile korunup korunmayacağı olmuştur.¹³⁷

IV. WIPO TELİF HAKLARI SÖZLEŞMESİ

1990'lı yılların ortalarına doğru internet kullanımının önemli ölçüde yaygınlaşması ve internetin fikrî eserlerin kopyalanması ve yayılması riskini de beraberinde getirmesi eser sahiplerini endişelendirmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, eserlerin online ve dijital ortamda istismar edilmesinin önlenmesini sağlayacak uluslararası düzenlemeler yapılmasına yönelik baskıların artması sonucu 20 Aralık 1996 tarihinde WIPO¹³⁸ Telif Hakları Sözleşmesi (*The WIPO Copyright Treaty*) kabul edilmiştir.¹³⁹

¹³⁶ Anılan anlaşmanın söz konusu hükümleri ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Carlos M. Correa, TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights", IIC, Vol. 25, No. 4/1994, s. 543-549.

¹³⁷ Kaya, Comparative Analysis, s. 57-58.

¹³⁸ WIPO (World Intellectual Property Organisation-Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü), Bern Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesine taraf olan ülkelerce, yaratıcı faaliyeti teşvik etmek ve fikrî mülkiyet haklarının korunmasını bütün dünyada geliştirmek arzusuyla, gerek sınai mülkiyetin gerekse edebi ve sanat eserlerinin korunması amacıyla kurulmuş olan birliklerin özerkliklerine saygı gösterilerek, 1967

Bu Sözleşme Bern Sözleşmesinin 20. maddesi anlamında “özel anlaşma” niteliğindedir. Sözleşme, bazı açılardan TRIPs Anlaşmasının hükümlerini takip etmektedir. Örneğin, fikir/ifade ayrımı, Bern Sözleşmesinin 2. maddesi anlamında bilgisayar programlarının edebi eser olarak korunması,¹⁴⁰ veri tabanlarının korunması gibi konularda benzer hükümlere yer vermektedir. Bununla beraber anılan Sözleşme, TRIPs Anlaşması ile öngörülen bir takım hakları genişletmektedir. Örneğin bilgisayar programlarını da kapsayan “kiralama hakkı” düzenlenmektedir. Ayrıca Sözleşme online ortama ilişkin hükümler içermektedir.¹⁴¹

V. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HUKUKÎ KORUNMASINA İLİŞKİN AT DİREKTİFİ

Avrupa Topluluğu kurucu anlaşmalarında fikrî haklarla ilgili genel ifadeler kullanılmış, ancak “fikrî hak” terimi bu anlaşmaların hiçbirinde açıkça zikredilmemiştir. Bununla beraber, gerek Topluluk içtihat hukukunda¹⁴² gerek doktrinde Avrupa Topluluğunu kuran Roma Anlaşmasının (EEC Treaty) 36. maddesinde¹⁴³ ifade edilen “sınaî ve ticarî mülkiyet” kavramının fikrî hukuk kapsamına giren tüm hakları içerdiği kabul edilmektedir. Topluluk hukukunun

yılında Stockholm’de imzalanan sözleşmeyle kurulmuştur. WIPO nezdinde bilgisayar programlarının hukukî korunması amacıyla yürütülen çalışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Minyashita, 54-63.

¹³⁹ 2.5.2007 tarih ve 5647 sayılı “WIPO Telif Hakları Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” 8.5.2007 tarih ve 26516 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Dışişleri Bakanlığının 8/4/2008 tarihli ve HUMŞ/397 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Türkiye’nin anılan Sözleşmeye katılımı, 14.05.2008 tarih ve 26876 sayılı RG’de yayımlanan Bakanlar Kurulu’nun 28.04.2008 tarih ve 2008/13597 sayılı kararı ile kararlaştırılmıştır.

¹⁴⁰ WIPO Telif Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesi hükmü “Bilgisayar programları, Bern Sözleşmesi’nin 2. maddesi anlamında edebi eserler olarak korunacaktır. Bu koruma, ifade ediliş biçimi ya da modu ne olursa olsun bilgisayar programlarına uygulanacaktır.” şeklindedir.

¹⁴¹ Tritton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 320-321.

¹⁴² Fikrî hakların Roma Antlaşması kapsamında yer alıp almadığı AT’de uzun süren tartışmalara neden olmuştur. Ancak 1980’li yılların başlarında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), fikrî hakları Roma Antlaşması’nın 36. maddesi kapsamında kabul ederek tartışmaları sonlandırmıştır. Bkz. Derclaye, Part I, s. 7-8. ATAD 78/70 no’lu *Deutsche Grammophon Gesselchadt v. Metro-SB-Grossmarkte* davasında, Roma Anlaşmasının sadece sınaî haklara değil, aynı zamanda fikrî haklara da uygulanabileceğini ifade etmiştir. EJC Joined Cases 55 and 57/70 *Musik-Vetriebsmembran GmbH and K-tel International v. GEMA* davasında ise Roma Anlaşmasının 36. maddesinin, “intellectual property” kavramı ile ifade edilen tüm unsurları kapsadığını, bu nedenle de maddenin uygulanması açısından copyright ile sınaî ve ticarî mülkiyet arasında bir ayırım yapma nedeninin bulunmadığına karar vermiştir. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 51, dn. 92.

¹⁴³ Roma Anlaşmasının 36. maddesi Amsterdam Anlaşmasının 30. maddesine tekabül etmektedir. 30. madde hükmü; “28 ve 29. maddelerin hükümleri kamu ahlâkı, kamu düzeni, ... ticari ve sınaî mülkiyetin korunması nedenlerinin haklı kıldığı ithalat, ihracat ya da transit yasaklamalarına veya kısıtlamalarına engel olmaz. Bununla beraber, bu yasaklamalar ya da kısıtlamalar, Üye Devletler arasındaki ticarete keyfî bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturamaz.”

üstünlüğü ilkesi gereğince üye ülkeler Topluluk mevzuatını uygulamak ve ulusal mevzuatını Topluluk mevzuatı ile uyumlu hale getirmekle yükümlüdür. Diğer tüm hukuk alanlarında olduğu gibi fikrî hukuk alanında da, üye ülke mevzuatları arasındaki farkların asgariye indirilmesi amacıyla Topluluk düzeyinde yasama faaliyetleri gerçekleştirilmiştir. Bu amaçla gerek Topluluk düzeyinde gerek üye ülkelerde derhal ve doğrudan uygulama kabiliyeti bulunan tüzükler ve ilgili üye ülkeleri belirli bir neticeyi elde etmeyi temin edecek mahiyette düzenleme yapmaya zorlayan “direktif”¹⁴⁴ ler çıkarılmaktadır.¹⁴⁵

AT Komisyonu, fikrî mülkiyet hakları alanında iç pazarda ticaretin ve malların serbest dolaşımı önünde bir dizi engelleri belirleyen “İç Pazarın Tamamlanması” konulu bir Beyaz Kağıdı 1985 yılında yayımlamıştır. Bu kağıtta yarı-iletken ürünler ile biyoteknolojik buluşların hukukî korunması ihtiyacı ve bilgisayar programların Avrupa’da hukukî korunmasının uyumlu hale getirilmesi gerekliliği söz konusu engeller olarak belirlenmiştir. Komisyon, Beyaz Kağıtta bu üç alandaki eksikliklerin giderilmesi için hukukî önlem tekliflerinin acilen gündeme getirileceğini belirtmiştir. Bunun üzerine Çip Direktif teklifi Ocak 1987 yılında; biyoteknolojik buluşların hukukî korunmasına dair Konsey Direktif teklifi de 17 Ekim 1988 tarihinde yayımlanmıştır. Bilgisayar programlarının hukukî korunmasına ilişkin Konsey Direktif teklifi ise, Nisan 1989 yılında Komisyon tarafından yayımlanmıştır.¹⁴⁶

Bilgisayar programlarının korunması ile ilgili üye ülke mevzuatlarının birbirinden farklı olmaları, bazılarında ise bu korumanın hiç olmamasından dolayı, üye ülke mevzuatlarının uyumlaştırılması amacıyla Avrupa Konseyi 14 Mayıs 1991

¹⁴⁴ Direktif yerine “yönerge” veya “yönetmelik” kavramları da kullanılmaktadır. Direktifler sadece üye devletleri muhatap almakta ve muhataplarını, tespit edilen amaç, ilke ve süreler açısından bağlar. Üye devletler, direktifte belirlenen süre içerisinde kendi hukuk düzenlerinin gerekleri açısından uygun göcekleri ulusal düzenleme aracını tespit ve tercih etmek suretiyle, direktifteki amaç ve ilkeler doğrultusundaki düzenlemelerini iç hukukta gerçekleştirirler. Görüldüğü üzere direktifler, doğrudan etkili tüzükler gibi, kendiliğinden iç hukukta geçerlilik kazanmamakta, ancak üye devletlerin konu ile ilgili yapacakları iç hukuk düzenlemeleri sonucu ulusal hukukta geçerlilik kazanmaktadırlar. Bununla beraber, yeterince açık, kesin ve şarta bağlı olmayan direktif hükümleri ise, direktifin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin dolmasından sonra doğrudan etki doğurabilmekte, başka bir deyişle, bireyler için iç hukukta ileri sürülebilecek haklar yaratabilmektedir.

¹⁴⁵ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 51. Fikrî mülkiyet alanında çıkartılan direktifler için bkz. ve aynı eser s. 52.

¹⁴⁶ Czarnota/Hart, s. 3.

tarıhli “Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması” konulu Direktifi kabul etmiştir. Bu Direktif temel olarak, üye ÷lkelere bilgisayar programlarının korunması konusunda milli kanunlarında yapmaları gereken değışikliklerin genel çerçevesini belirtmektedir.¹⁴⁷ Direktif ile, bir taraftan bilgisayar programlarının Topluluk düzeyinde etkili bir şekilde korunmasının sağlanması amaçlanırken diğler taraftan topluluk üyesi ÷lkelerin bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin hükümlerinin uyumlu hale getirilmesi hedeflenmiştir.¹⁴⁸

Avrupa Topluluğunun fikrî haklar alanındaki ilk girişimini bu Direktif oluşturmaktadır. Bu Direktif ile Avrupa Birliğinde fikrî ve sınai mülkiyet hakları konusunda oldukça önemli bir adım atılmıştır. Bu Direktif ile bilgisayar programları, Bern Sözleşmesi ile aynı doğrultuda edebi eserler kategorisinde koruma altına alınmıştır. Bu sayede programların korunması milli muamele ilkesi ve manevî hakların da dâhil olduğu belli minimum haklar sağlayan uluslararası kurulu bir sistem içerisine dâhil olmuştur. Direktif’te yer alan düzenlemeler TRIPs Sözleşmesi ile de uyum içindedir. Bu Direktif kabul edilmeden önce bilgisayar programlarını fikrî hukuk kapsamında korumakta olan Üye Devletler bulunmakla beraber, bunları edebi eser olarak koruyan tek Üye Devlet İngiltere idi. Bu Direktif ile “bilgisayar programlarının ne şekilde korunacağının tespiti,” eser sahibinin kim olacağının tespiti, koruma sağlanması için bir bilgisayar programında aranacak özelliklerin ve

¹⁴⁷ Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs (Official Journal of the European Communities, 17.05.1991, no.1, 122/42-46. Direktifin kabul edildiği tarihte Avrupa Topluluğunun toplam 12 üye ÷lkesinin 7’sinde bilgisayar programlarının hukukî korunmasından açıkça söz eden mevzuat bulunmuyordu. Czarnota/Hart, s. vii. Belçika, Danimarka, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İspanya, Almanya ve İngiliz Telif Hakları Yasalarında, Direktifin kabulünden önceki bilgisayar programların korunmasına ilişkin durum ve bu kanunlarda Direktifle uyum sağlamak üzere yapılması gereken değışiklikler hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Czarnota/Hart, s. 103-118. Direktifin hazırlanması çalışmaları Komisyonun 1985 yılında “White Paper” ı yayınlamasıyla başlamıştır. Komisyon 1988 yılında “Telif Hakları ve Teknolojik Sorunlar” kenar başlıklı “Green Paper” ın yayınlanıp ilgili tarafların bir araya gelmesinden sonra 1989 yılının ilkbaharında ilk taslağı teklif etmiştir. Temmuz 1990’da Avrupa Parlamentosu, genel tartışmalar ve üç adet komite raporu temelinde, metni Bern Sözleşmesi ile daha uyumlu hale getiren ve araışlerliği sağlamaya çalışacak şekilde birkaç değışiklik önerisinde bulunmuştur. Bu değışiklikler Komisyonun 18 Ekim 1990 tarihli değışik teklifine dercedilmiş ve bu değışmiş teklif 13 Aralık 1990 tarihinde birkaç küçük değışiklikle beraber oybirliği ile Konsey Ortak Pozisyonu (Council Common Position) olarak kabul edilmiştir. Avrupa Parlamentosunda 17 Nisan 1991 tarihinde ikinci kez okunmasında, Hukukî İşler Komitesince önerilen birkaç değışiklik önerisinin reddiyle birlikte metnin nihaî hali oybirliği ile kabul edilmiştir. 14 Mayıs 1991 tarihinde de Direktifin son hali AT Konseyi tarafından kabul edilmiştir.

¹⁴⁸ Triton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 326-327; Mustafa Ateş, The Software Copyright Protection under European Union Law, Ankara 1999, s. 17.

koruma kapsamının belirtilmesi” hedeflenmiştir. Bu Direktif ile Üye Devletler Ortak Pazarın tamamlanma tarihi olan 1 Ocak 1993 tarihinde önce Direktif hükümlerini iç hukuklarına adapte etme ile yükümlü kılınmışlardır. Üye Devletler her ne kadar zaman sınırlamasına tam olarak uymamış olsalar da Direktifi kelime kelime uyarlama yerine amaçları doğrultusunda, ancak özgün bir biçimde adapte etme yolunu tercih etmişlerdir.¹⁴⁹

Direktifin hazırlanması aşamasında bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında mı yoksa patent hukuku kapsamında mı korunacağı konusunda tartışmalar çıkmıştır. Yoğun tartışmalar sonucunda, fikrî hukukun daha kapsamlı koruma sağlayacağı ve teknolojik gelişmelere karşı kendini daha çabuk yenileme özelliği nedeniyle patent korumasına göre daha avantajlı olduğu sonucuna varılarak bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında korunması kararlaştırılmıştır. Bu sonuca varılmasında uluslararası alanda bu konuyu düzenleyen ve bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasından yararlandırılmasını öngören sözleşmelere taraf olan ülke sayısının çokluğu da etkili olmuştur.

Bilgisayar programlarının sadece bilgisayar endüstrisi için değil aynı zamanda diğer çeşitli endüstri alanları için de giderek artan önemi dikkate alındığında, o dönemde Direktif, Avrupa Topluluğunun endüstriyel kalkınması açısından büyük öneme sahip bulunmuştur. Direktif ile, tüm Üye Devletlerde bilgisayar programları için güvenilir ve etkin bir koruma sağlanması ile Ortak Pazarın işleyişini olumsuz yönde etkileyen milli mevzuatlardaki mevcut farklılıkları ortadan kaldırmak ve aynı etkiye sahip olabilecek yeni farklılıkların ortaya çıkmasını önlemek amaçlanmıştır. Bu nedenle Direktif, kimin hangi haklara hangi koşullarda hangi süre boyunca sahip olduğu gibi temel hususları uyumlaştırmaya teşebbüs etmiş; manevî haklar gibi diğer bazı konulardaki boşlukları doldurma görevi ise milli mevzuatlara bırakılmıştır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Bilgisayar programlarının AB Hukukunda korunmasının tarihi gelişimi hakkında bu açıklamalar ve daha geniş bilgi için bkz. Mehmet Özcan, Avrupa Birliğinde Fikrî ve Sınai Haklar, Ankara 1999, s. 152-155. Lionel Bently/Brad Sherman, Intellectual Property Law, New York 2001, s. 43; Dreier, 320.

¹⁵⁰ Dreier, s. 319; Voss, s. 443-445.

Programların mümkün olduğu en geniş ölçüde korunması hususunda genel olarak bir anlaşma mevcut olmakla beraber, Direktifin hazırlanma aşamasında önceden öngörülmeleyen sıcak tartışmalar yaşanmıştır. Genel olarak bu tartışmalar bilgisayar endüstrisinin lider pozisyonunda olanlar ile kendilerini pazarın lideri konumunda olanların ürünlerine ait arayüzlere ilişkin bilgilere bağımlı olarak görenler arasında yaşanmıştır. Bu tartışmaların üçüncü bir tarafını da, programın bakımı ve uyarlanması gibi konularda program sahibinin ek izni alınmasından rahatsızlık duyan programın yasal kullanıcıları oluşturmuştur. Pek çok tartışma noktalarının arasında arayüzlere erişim imkânı ile tersine mühendislik serbestisinin tanınıp tanınmayacağı konuları, tartışmaların merkezinde yer almıştır. Bu tartışmalar dikkate alınarak Komisyon tarafından önerilen taslakta pek çok değişiklik yapılmış ve tartışmaların tarafı olanların hakları dengelenmeye çalışılmıştır.¹⁵¹

§5. BAZI ÜLKELERDE VE TÜRK HUKUKUNDA FİKRÎ HUKUK KORUMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ

I. BAZI ÜLKELERDE TARİHSEL GELİŞİM

A. Genel Olarak

Avrupa’da bilgisayar programlarının fikir ve sanat eseri olarak korunup korunmayacağı 1970’lerde tartışılmaya başlamıştır. Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş, fikir ve sanat eserleri üzerlerindeki korumanın birer fikrî ürün olan bilgisayar programlarını da kapsaması gerektiğini savunurken, diğer görüş, edebi ve estetik özellikler taşımadığından ve sahibinin hususiyetini taşıma özelliğinin bilgisayar programları bakımından yüzeysel kaldığı gerekçesi ile programların fikir ve sanat eseri olarak korunmaması gerektiğini ileri sürmekteydi. Belirtilen görüş ayrılıkları benzer gerekçelerle aynı zamanda Avrupa hukuk uygulamasında da mevcuttu.¹⁵² Bununla beraber, yeni ve kendine özgü bir koruma yöntemi oluşturmaktan ziyade, gerek milli gerek uluslararası hukuk sisteminde mevcut olan

¹⁵¹ Direktifin hazırlık aşamalarındaki tartışmalar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Dreier, s. 319 ve aynı Eser, dn. 3’te belirtilen eserler; Ayrıca bkz. Ian M.A Berkvens/Godelieve O.M Alkemade, “Software Protection: Life After the Directive”, [1991], 12 EIPR, s. 476-476; Czarnota/Hart, s. 13-14; Kroker, s. 247; Voss, s. 444-446; Ateş, Software Protection, s. 10-14.

¹⁵² Yusufoglu, s. 9-10. Örnek Avrupa Mahkeme kararları için bkz. Aynı eser, s. 11, dn. 34-35-36-37.

tefif hakkı koruması yaklaşımları kanun koyucu ve uygulayıcılar tarafından tercih edilmektedir.¹⁵³

Bilgisayar programlarını, 1972 yılında fikir ve sanat eseri olarak resmi şekilde ilk koruma altına alan devlet Filipinler’dir. WIPO da, 1977 yılında kendi bünyesinde bir kurul oluşturmuştur. Bu kurul bilgisayar programları konusunda dünya çapında yaşanan tartışmalara son vermek amacıyla, bilgisayar programlarının “sui generis” düzenlemeler ile korunması görüşünü ileri sürmüştür. Bu koruma yolunu Japonya ve Brezilya önceleri kabul etmiş, ancak Amerikalı sanayicilerin baskıları sonucunda bu ülkeler daha sonra kanunlarında değişiklik yapmak suretiyle, bilgisayar programlarını fikir ve sanat hukuku kapsamında koruma yolunu tercih etmişlerdir. Uygulamadaki farklılıkları gidermek isteyen Fransa, İngiltere ve Japonya da 1985 yılında yaptıkları değişikliklerle bilgisayar programlarını fikir ve sanat eseri olarak kabul etmişlerdir. Bu tarihten sonra, başta Avrupa Topluluğu üyesi ülkeler olmak üzere pek çok ülke de, bilgisayar programlarını aynı yönde korumayı tercih etmiştir. Bununla beraber, koruma süreleri ve kapsamı bakımından ülkelerin milli kanunlarındaki düzenlemelerin farklılığının, ortak pazarın işleyişinde olumsuz bir etkiye sahip olduğunun anlaşılması üzerine, bu alanda yatırım yapmak isteyen yatırımcılar, üye devlet hükümetlerine, gerekli yasal korumanın bir an önce sağlanabilmesi amacıyla baskılar yapmaktaydılar. Bu farklılıkları gidermek üzere ve artan baskıları da dikkate alan Avrupa Topluluğu 14 Mayıs 1991 tarihli “Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması” konulu direktifi kabul etmiştir. Bu şekilde en azından AT üyesi devletlerin mevzuatlarındaki koruma kapsamı ve şartları uyumlu hale gelmiştir.¹⁵⁴

B. Amerikan Hukukunda

ABD öteden beri en fazla bilgisayar programı üreten ve ihraç eden ülke olduğu gibi aynı zamanda Amerikan mahkemelerince verilen kararlar da, bilgisayar

¹⁵³Josef Drexl, “What is Protected in a Computer Program?, Copyright Protection in the United States and Europe”, Copyright Studies in Industrial Property and Copyright Law, Vol. 15, 1994, s. 3-4.

¹⁵⁴Yusufoğlu, s. 11-12.

programlarına ilişkin hukukî sorunların çözümünde ve yasal mevzuatların dünya çapında gelişiminde o ölçüde etkili olmuştur.¹⁵⁵

Bilgisayar programlarının fikir ve sanat eseri olarak korunmasını öngören ilk inceleme, programını kaydettirmek isteyen bir kimsenin başvurusu üzerine, fikrî hukuktan doğan sorunları çözmekle görevli “US Copyright Office” tarafından 1964 yılında yapılmıştır. “Copyright Office” anılan başvuruyu kabul ederek, zımnî olarak bilgisayar programlarının fikir ve sanat eseri olarak korunabileceğini kabul etmiştir. Ancak söz konusu karar, bu konudaki tartışmaları sonuçlandırmamıştır.¹⁵⁶

ABD Kongresi, 1976 yılında kabul edilen “Copyright Act” in yeni teknolojik gelişmelere uygulanabilir olması için, 1978 yılında özel bir komisyon kurmuştur. CONTU¹⁵⁷ adlı bu komisyon 31 Temmuz 1978 tarihli Raporu ile bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında korunması gerektiğini tavsiye ederek mevzuat taslağı önermiştir. Bunun üzerine Kongre de, CONTU’nun tavsiyelerini 12 Aralık 1980 yılında “Computer Software Copyright Act”i onaylayarak kabul etmiştir. Bu Rapor ve 1980 tarihli mevzuat, bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasına sahip olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Bu Kanunun 101. bölümüne bilgisayar programının tanımı dâhil edilmiş; 117. Bölüm ise gözden geçirilerek, program kullanıcılarına, programın kullanımı için gerekli olduğu durumlarda, kopyalama ve uyarlama yetkisi vermiştir. 1980 tarihli Kanun bilgisayar programlarının fikrî hukukta korunabilirliğini açıklığa kavuşturmuş olmakla beraber, pek çok konu da çözümsüz kalmıştır. Belirli programların fikri hukuk kapsamında korunup korunmadığı ve korunan ifade tarzı ile korunmayan düşünce arasındaki

¹⁵⁵ Alan Story, Intellectual Property and Computer Software, A Battle of Competing Use and Access Visions for Countries of the South, UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) and ICTSD (International Centre for Trade and Sustainable Development) Geneva 2004, s. 9.

¹⁵⁶ Bandey, s. 93.

¹⁵⁷ National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU). Komisyon’a göre, bilgisayar programları zaten 1976 Telif Hakları Kanunu kapsamında korumadan faydalanmaktaydı. Bundan dolayı Komisyon söz konusu Kanunda küçük değişiklikler yapılmasını önermiştir.

çizginin belirlenmesi gibi pek çok konunun çözümü Amerikan mahkemelerine bırakılmıştır.¹⁵⁸

Amerikan içtihat hukukunda bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasının gelişimi doktrinde, aynen kopyalama ve mealen kopyalamaya ilişkin uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak iki kuşağa ayrılmak suretiyle incelenmiştir.¹⁵⁹

İlk kuşak davalarda Mahkemeler, daha ziyade bilgisayar programlarının birebir kopyalanması uyuşmazlıklarına yoğunlaşmaktaydı. Bu noktada 1980 tarihli Kanun yeterince açık hükümler içerdiğinden, bilgisayar programlarının hangi şeklinin koruma altında olup olmadığı tartışma konusu edilmekteydi. Örneğin, bilgisayar programlarına ilişkin ilk önemli dava olan *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Company*¹⁶⁰ davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi 3. Dairesi, bilgisayar programlarının, ROM (Read Only Memory)'da depolanmış olsa bile, nesne kodu şeklinin de korunacağını kabul etmiştir. Bu karar 9. Daire tarafından takip edilerek *Apple Computer Inc. v. Formula International Inc*¹⁶¹ davasında, herhangi bir ortamda yer alan bir bilgisayar programının, amaç veya fonksiyonuna bakılmaksızın korunacağına hükmetmiştir. Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi de *NEC Corp. v. Intel Corp.* davasında mikro kodların telif hakkı kapsamında korunacağına karar vermiştir. Sonuçta Amerikan Mahkeme kararları ile, herhangi bir şekildeki bilgisayar programının, hangi ortamda cisimlendiğine ve fonksiyonunun ne olduğuna bakılmaksızın korunacağı konusu netleşmiştir.¹⁶²

Öte yandan ikinci kuşak davalar ise, bilgisayar programlarının programların kodlar dışındaki unsurlarının kopyalanmasına (non-literal) yoğunlaşmıştır. Bu kararların çoğu, düşünce ve ifade arasındaki çizginin yerinin belirlenmesine yöneliktir. İlk ve en etkili kararlardan biri olan *Whelan Associates v. Jaslow Dental*

¹⁵⁸ Drexl, s. 15-16; Kravetz, s. 51-52; James S. Altman, "Copyright Protection of Computer Software", *Computer/Law Journal*, Vol.VI, 1985, s. 423-424; Bandey, s. 93. Örnek Amerikan Mahkeme kararları için bkz aynı eser, s. 10-11, dn. 32-33-34.

¹⁵⁹ Drexl, s. 15; Altman, s. 425.

¹⁶⁰ 714 F2d 1240 (3d Cir 1983)

¹⁶¹ 725 F2d 521 (9th Cir 1984)

¹⁶² Bu açıklamalar ve anılan Mahkeme kararları ile ilgili geniş bilgi için bkz. Drexl, s.16-18, Ayrıca bkz. Bandey, s. 96-97; Altman, s. 427-429.

*Laboratories*¹⁶³ davasında 3. Daire, telif hakkı korumasını, programın edebi yönünü oluşturan kodlarının dışında edebi olmayan programın yapısı, dizimi ve organizasyonu gibi yönlerine de genişletmiş ve “düşünce” nin tanımını “programın bütün işleyişi” olarak daraltmıştır. Aynı şekilde *Lotus v. Paperback* davasında Mahkeme, kullanıcı arayüzünün, bilgisayar programının fikrî hukuk kapsamında korunan bir unsuru olduğuna karar vermiş, bunun yanında ekran görüntülerinin hangilerinin ifade hangilerinin düşünce kapsamında yer aldığını ayırt etmeye çalışmıştır. Amerikan mahkemeleri bunlar gibi diğer pek çok davada da, uyuşmazlığın çözümünde, ihlâlin mevcut olup olmadığını saptarken düşünce/ifade ayrımı üzerinde yoğunlaşmışlardır.¹⁶⁴

C. İngiliz Hukukunda

1956 tarihli İngiliz Telif Hakları Kanununda “bilgisayar” kelimesi hiç geçmemesine rağmen bu kanun bilgisayar programlarına oldukça iyi düzeyde bir koruma sağlamıştır.¹⁶⁵ Bununla beraber, 1985 tarihli değişik Telif Hakları Kanunu, bilgisayar endüstrisinin yoğun baskılarının bir sonucu olarak bilgisayar programlarının, edebi eserler olarak 1956 tarihli Telif Hakları Kanunu kapsamında açıkça korunmasına imkan sağlamıştır. 1988 tarihli Telif Hakları, Tasarımlar ve Patent Kanunu ise İngiliz fikrî mülkiyet hukukunu tamamen yenilemiştir. İngiliz Hukuku, Kıta Avrupası Hukuk sisteminin bir adım ilerisine gitmeyi hedeflemiştir. Bu kanun manevî haklar ile komşu hakları hukuk sistemine dâhil etmiştir. Bununla beraber, bilgisayar programlarına ilişkin 1985 tarihli hukukî düzen aynen muhafaza edilmiştir. Buna göre, bilgisayar programları İngiliz Hukukunda edebi eserler olarak korunmaktadır. Ancak Kanunda, bilgisayar programının bir tanımı yapılmamıştır. Bu Kanun da, bir eserin fikrî hukuk kapsamında korunabilmesi için “orijinal” olma ve yazılı ya da herhangi bir şekilde kaydedilmiş olması kistaslarını öngörmektedir.

¹⁶³ 645 FSupp 590 (NDCal 1986)

¹⁶⁴ Bu karar ve diğer örnek kararlar için bkz. Drex1, 18-27.

¹⁶⁵ Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1602; Bandey, s. 6. Bainbridge’ye göre, 1985 değişikliğinden önce bilgisayar programlarının fikri hukuk korumasından yararlanıp yararlanmayacağı belli değildi. Bainbridge, Introduction, s. 25.

Orijinallik ölçütü ise Mahkeme uygulamaları ile belirlenmekte ve uyuşmazlıkları çözümünde göz önüne alınmaktadır.¹⁶⁶

İngiltere, AT Direktifinin öngördüğü uyumlaşma tarihi olan 1 Ocak 1993 tarihine kadar gerekli uyumu sağlamak üzere mevzuatında değişiklik yapan üç üye ülkeden birisidir. 1992 yılında Bilgisayar Programları Yönetmeliği ile 1988 tarihli Kanun hükümlerinde gerekli değişiklikler yapılarak Direktif'e gerekli uyum sağlanmıştır.¹⁶⁷

D. Alman Hukukunda

1965 tarihli Alman Telif Hakları Kanunu (*Urheberreshsgesetz*) 1985 yılında değiştirilmesinden önce, bilgisayar programları konusunda herhangi bir hüküm içermemekteydi. Bilgisayar programları, ilk kez, 1985 yılında yapılan değişiklikle Alman Telif Hakları Kanunun 2(1). maddesinde korumadan yararlanan eserler arasına dahil edilmiştir.¹⁶⁸ Bu tarihe kadar Alman mahkemeleri bilgisayar teknolojisindeki hızlı gelişmeler karşısında, bilgisayar programlarının telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda karar vermek durumunda kalmışlardır. Örneğin 1981 yılında Kassel Bölge Mahkemesi (*Landgericht*) bilgisayar programının telif hakkı korumasından yararlanacağını kabul etmişken, aynı zamanda Mannheim Bölge Mahkemesi, estetik özelliği olmadığı gerekçesiyle bilgisayar programlarının telif hakkı korumasını reddetmiştir. Ancak, bu son Mahkeme kararı, ilk olarak Karlsruhe Temyiz Mahkemesince, bilgisayar programının telif hakkı korumasından yararlanacağı gerekçesi ile bozulmuş; kararın bu kez Federal Yüksek Mahkeme (*Bundesgerichtshof*) önüne götürülmesi sonucunda Yüksek Mahkeme, 9 Mayıs 1985 tarihli ünlü *Inkassoprogramm* kararını vermiştir. Bu karar ile Yüksek Mahkeme özetle, bilgisayar programlarının, Kanunun 2 (2) maddesi uyarınca, eser sahibinin şahsi fikrî yaratıcılığını ispat etmesi koşuluyla telif hakkı korumasından yararlanacağını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, eğer program şimdiye kadar bilinen programlardan bir farklılık göstermiyorsa ortada fikrî

¹⁶⁶ Drex1, s. 66-68; Aynı görüşler ve bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasının İngiliz hukukundaki tarihi gelişimi hakkında daha geniş bilgi için bkz. Bainbridge, Software, s. 28-35; Bainbridge, Introduction, s. 25.

¹⁶⁷ Bainbridge, Introduction, s. 26; Ateş, Software Protection, s. 53;.

¹⁶⁸ Czarnota/Hart, s. 114.

hukukça korunacak bir eserden söz etmek mümkün değildir. Yine Mahkeme, ortalama bir programcının geliştireceği bir programın, fikrî hukuk bakımından korumayı hak etmeyeceğini kabul etmiştir.¹⁶⁹ Bu karardan sonra da, 1 Temmuz 1985 tarihinde Alman Telif Hakları Kanunu, “veri işleme programlarının” edebi eser olarak korunmasına imkan sağlayacak şekilde değiştirilmiştir. Alman Kanun Koyucu veri işleme programlarını olduğu gibi orijinallik ölçütünü de Kanunda tanımlamamış, bunu Mahkemelere bırakmıştır. Bu sebeple, söz konusu değişiklik, *Inkassoprogramm* kararı ile gerekli görülen şahsi fikrî yaratıcılık ölçütünü geçersiz kılmamıştır.¹⁷⁰

Federal Yüksek Mahkeme 4 Ekim 1990 tarihli *Betriebssystem* kararı ile de, *Inkassoprogramm* kararındaki orijinallik ölçütünü biraz daha geliştirerek, “fikrî hukuk korumasından yararlanacak yeterli seviyedeki yaratıcılığın sadece, bir programcının, az çok rutin, el ürünü, mekanik-teknik ardışık düzenlemesi ve materyalin bir araya getirilmesine dayanan ortalama eseri açıkça aşılsa elde edilebileceğini” ifade etmiştir. Bu şekilde Mahkeme, önceki kararındaki subjektif nitelikteki “ortalama programcı” ölçütünün yerine, aslında yeterli kabiliyeti olmayan, ancak istisnaen de olsa başarılı olan bir programcının da ulaşabileceği daha objektif nitelikteki “bir programcının ortalama eseri” kriterini getirmiştir. Bununla beraber, Mahkemenin aradığı orijinallik ölçütü Direktifin 1. maddesi anlamındaki orijinallik gerekleri ile uyum arz edememiştir.¹⁷¹

Direktiften sonra Alman Telif Hakları Kanunu’na (*Urheberrechtsgesetz*), 9 Haziran 1993 tarihinde yapılan değişiklik ile Kanunun 69. maddesinden sonra gelmek üzere “Bilgisayar Programlarına Özel Hükümler” başlıklı 69 (a-g) maddeleri eklenmiştir.¹⁷² Bu değişiklikler, Direktif ile uyum sağlamak üzere yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler incelendiğinde bunların hemen tümünün Direktifle paralel düzenlemeler olduğu görülmektedir. Özellikle Alman mahkeme içtihatlarında

¹⁶⁹ Inkassoprogramm kararı hakkında geniş değerlendirme için bkz. Tekin Memiş, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Yazılımların Korunması”, Bilişim ve Fikri Mülkiyet Semineri, TOBB, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, FİSAUM, 20 Nisan 2006 ODTÜ-Teknokent Ankara/25 Nisan 2006 İTÜ-Arı Teknokent İstanbul, s. 62-64.

¹⁷⁰ Drex1, s. 44-49.

¹⁷¹ Drex1, s. 48-49; Söz konusu kararın değerlendirilmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Manfred Kindermann, Copyright Protection of Computer Programs in Germany: *Nixdorf v Nixdorf*, [1991] 8, EIPR, s. 296-301; Ayrıca bkz Arıkan, I. Bölüm, s. 350.

¹⁷² Ateş, Software Protection, s. 54-55.

aranan, “ileri düzeydeki orijinallik ölçütü” terk edilerek, 69a maddesi ile, Direktifle aranan “orijinallik” ölçütü esas alınmıştır. Aynı maddede hazırlık tasarımlarının bilgisayar programı olarak korunacağı belirtilmiştir. Çalışanlarca geliştirilen programlarda çalışanların eser sahibi olacağı, çalıştırılanların ise aksi kararlaştırılmadığı müddetçe malî hakları kullanmaya yetkili sayılacağı 69b maddesinde öngörülmüştür. 69c maddesinde program sahibinin hakları, 69d maddesinde ise bu haklara getirilen sınırlamalar Direktifle aynı doğrultuda kaleme alınmıştır. Ayırıştırma serbestisi 69e maddesinde düzenlenmiş; “hakların ihlâli” kenar başlıklı 69f maddesinde ise hak sahibinin, hukuka aykırı olarak üretilmiş ve dağıtılmış ya da dağıtılması düşünülen program nüshalarının imha edilmesini isteyebileceği, bunun yanında, başlıca amacı programı korumak üzere programa takılan teknik araçların yetkisiz kaldırılmasını ve dağıtımını kolaylaştırmak olan durumlarda, hak sahibinin bunların imhasını isteme hakkının bulunduğu, yine bu durumlarda Kanunun 92. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen tecavüzün durdurulması talebine ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanunun 69g maddesinde ise, programlara tanınan fikrî hukuk korumasının, patent, yarı-iletken topografya, markalar ve ticari sırlar da dâhil haksız rekabet ve borçlar hukuku çerçevesinde sağlanan korumaya hâlel getirmeyeceği Direktifle paralel bir şekilde kaleme alınmıştır.¹⁷³

II. TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİM

Uluslararası ilişkilerin hızla gelişmesi, özellikle Avrupa ülkeleriyle artan kültür alışverişi, yerli ve yabancı fikir ve sanat eserlerinin uluslararası alanda korunması zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.¹⁷⁴ Artık bir çok hükmü eskiyen ve ihtiyaca cevap vermemeye başlayan Hakk-ı Telif Kanunu ile Bern Sözleşmesi’ne katılımın da mümkün olmayacağının anlaşılması üzerine, Prof. E. Hirsch’in hazırladığı tasarı 1950 yılında TBMM’ye sunuldu ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 1 Ocak 1952 yılında yürürlüğe girmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri

¹⁷³ Alman Telif Hakları Kanunu’nun yararlanılan İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/de/de080en.html#JD_DE080_S69b (Son erişim: 05.02.2008)

¹⁷⁴ Ülkemizde fikrî haklarla ilgili ilk düzenleme 1857 yılında çıkartılan Telif Nizamnamesidir. Bu nizamname imtiyaz usulüne son vermiş ve yazarların haklarını da ileri düzeyde korumuştur. Bkz. Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, B.2, Ankara 1981, s.30; Erel, s.28.

Kanunu, bugüne kadar 1983, 1995, 2001, 2004, 2007 ve 2008 yıllarında değişikliğe uğramıştır¹⁷⁵. Bilgisayar programlarının fikri hukuk kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunacağı ilk kez 1995 yılında 4110 sayılı Kanun ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yapılan değişikliklerle kabul edilmiştir. Anılan Kanunda yapılan tüm değişikliklerin ortaya çıkmasında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara uyumlaştırma çabaları etkili olmuştur.

Bilgisayar programlarının korunmasını doğrudan ilgilendiren iki anlaşmadan birisi 1995 tarihli Türkiye-Avrupa Birliği Gümrük Birliği Anlaşması; diğeri ise 1994 tarihli TRIPs Anlaşmasıdır. Toplam 64 madde ve 10 Ek'ten oluşan Gümrük Birliği Anlaşması'nın 29. maddesi, fikrî ve sınaî hakların uygun ve etkin bir biçimde korunması ile bu korumayı sağlayıcı usul ve yaptırımların Gümrük Birliği'nin sağlıklı bir şekilde işlemesindeki önemini vurgulamıştır¹⁷⁶. Bu Anlaşmanın Ek 8. maddesinde yer alan ve Türkiye'ye getirilen yükümlülüklerden birisi de TRIPs Anlaşması ile bu konudaki bazı uluslararası anlaşmalara taraf olunması ve 91/250 sayılı “Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması Hakkındaki Direktif’e uyumlu mevzuat değişikliklerinin yapılmasıdır. İşte Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4110 sayılı Kanun’la getirilen ve anılan Direktif’e büyük ölçüde uyumlu düzenlemeler, Gümrük Birliği Anlaşmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷⁷

Türkiye, Bern Sözleşmesi'nin 1979 yılında tadil edilen Paris metnine 07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı Kanunla katılmıştır. Bilgisayar programlarına ilişkin

¹⁷⁵ İkinci Meşrutiyet döneminde ise, fikrî haklarla ilgili ilk esaslı düzenleme olan “Hakk-ı Telif Kanunu” 1910 yılında kabul edilmiştir. Bu Kanun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1952 tarihine kadar uygulanmıştır. Hakk-ı Telif Kanunu, devrin ihtiyaçlarına cevap vermekle beraber, aynı dönemde yürürlükte bulunan ancak Osmanlı İmparatorluğunun taraf olmadığı 1886 tarihli Bern Sözleşmesi ve Batıda yerleşmiş bulunan fikrî hukuk esaslarına uygun olmayan hükümler içermektedir. Bu kanunda, koruma kapsamındaki eserler tadadi olarak sayıldığı için gelişen teknoloji ile ortaya çıkan yeni ürünler korumadan faydalanamıyor, ayrıca hakların doğumu ve kullanılıp korunabilmesi için eserin tescil edilmiş olması şartı aranıyordu. Hakk-ı Telif Kanununun özellikleri ile ilgili daha geniş açıklamalar için bkz Erel, Fikir, s. 28; Ayiter, s. 30-31. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda değişiklik yapan Kanunlar sırasıyla, 3.11.1983 tarih ve 2936 sayılı; 7.6.1995 tarih ve 4110 sayılı, 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı; 12.03.2004 tarih ve 5101 sayılı; 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı; 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunlardır.

¹⁷⁶ Ayşe Saadet Arıkan, “Türk Fikrî-Sınai Haklar Mevzuatının Uyumu ve KOBİ’ler”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları, Ankara 1996, s.15.

¹⁷⁷ Ünal Tekinalp, “Gümrük Birliği’nin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri”, İHMF, C.LV, İstanbul 1996, s. 59; Ayşe Saadet Arıkan, Bilgisayar Programların Korunması AB ve Türkiye, III. Bölüm, TBBD, S.4, 1996, s. 475.

hükümlerin de yer aldığı Bern'e Bir Protokol Eklenmesi Komite Çalışmaları'nın sona ermesi beklenmeden 1995 yılında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, söz konusu çalışmalara uyumlu hükümler getirilmiştir. 4110 sayılı Kanunla, FSEK'in 2/1. maddesi genişletilerek, herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşulu ile bunların hazırlık tasarımlarının da ilim ve edebiyat eserleri arasında yer aldığı belirtilmiştir. Mevzuat AT Direktifinin bir yansıması olarak, bilgisayar programlarının ilim ve edebiyat eserleri arasında yer aldığı ilk kez açık bir şekilde düzenlenmiştir. Uygulamada da bilgisayar programları, bu kanun değişikliğinden beri tartışmasız bir şekilde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunmaktadır. Anılan Kanunda 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle de, bilgisayar programı ile arayüz ve araışlerlik kavramlarının tanımları yapılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİ İLE ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLAR

§6. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİNİN TAYİNİ

I. GENEL OLARAK FİKRÎ HUKUKTA ESER KAVRAMI

Fikrî hukukta, zihinsel bir çabanın mahsulü olan tüm fikrî ürünler değil de “eser”¹⁷⁸ niteliğine haiz fikrî ürünler korunmaktadır. Zira, rastgele herkesin meydana getirebileceği, sıradan fikrî ürünlerin koruması hem zordur hem de gereksiz bir durumdur. Bu sebeple, korumanın ancak toplumun kültürel varlığını zenginleştiren veya ona katkıda bulunan fikrî ürünlere tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu özelliklere sahip olmayan bir fikrî ürün için ise, üçüncü kişilerin özgürlük alanının kısıtlanmaması benimsenmiştir.¹⁷⁹

FSEK’in “tanımlar” kenar başlıklı 1/B maddesinde eser, “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini... ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, Kanunda eser kavramı açık ve net ifadelerle tanımlanmayıp, bu kavramın unsurları ya da özellikleri belirtilerek, bu unsurları veya özellikleri taşıyan fikir ve sanat¹⁸⁰ ürününün Kanun kapsamında eser sayılacağı ifade edilmiştir. O halde, fikrî hukuk kapsamında korunan “eser” i, kişinin sadece fikrî

¹⁷⁸ “Eser” Arapça’dan dilimize geçmiş bir sözcüktür. Günlük dilde eser denildiğinde, zihinsel gayretler sonucu ortaya çıkarılan ürünler yanında, bedenî ve fiziksel çalışmalar sonucu ortaya çıkan neticeler de kastedilmektedir. Bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 55. Bunun yanı sıra, bir yapı, ev, köprü, resim, şarkı veya türkü için de eser tabiri sıklıkla kullanılmaktadır.

¹⁷⁹ Erel, Fikir, s. 32; Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara 2006, s. 115-116; Eroğlu, 42.

¹⁸⁰ Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda kullanılan “eser” kelimesi, Kanun kapsamında yer alan tüm eser türlerini kapsamaktadır. Öte yandan yine kanunda eser kelimesinin “fikir ve sanat” ile nitelendirme gereği duyulmasının sebebi anlaşılamamaktadır. Ayrıca Kanunda düzenlenen eserlerden hangilerinin “fikir eseri” hangilerinin ise “sanat eseri” olduğu belirlenmemiştir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, eser kavramına ilişkin Kanunda yer alan “fikir” ve “sanat” deyimleri, fikrî hukuk kapsamına giren ürünleri, sınai ve ticarî mülkiyet olarak da isimlendirilen patent ve marka hukuku kapsamında yer alan ürünlerden ayırmak amacıyla kullanılmıştır. Aynı yönde görüş için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 56, dn. 115.

faaliyeti sonucu ortaya koyduğu ve hukukî bakımdan değer ifade eden ürünler olarak tanımlamak mümkündür.¹⁸¹

Eser kavramının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki tanımından da anlaşılacağı üzere, bir ürünün fikrî hukuk kapsamında eser olarak korunabilmesi için, bu ürünün iki unsura sahip olması gerekmektedir. Bu unsurlardan biri, eserin “sahibinin hususiyetini taşıması” diğeri ise “kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dâhil olması” dır. Hemen tüm ülkelerin kanunlarında fikrî hukuk kapsamında eser olarak kabul edilecek ürünlerde bu iki unsurun varlığı aranmaktadır. Doktrinde bu unsurlardan ilki için “sübjektif unsur” veya “esasa ilişkin şart”, ikincisi için ise “objektif unsur” ya da “şekle ilişkin şart” tabirleri kullanılmaktadır.¹⁸²

İster sübjektif unsur, ister esasa ilişkin şart olarak ifade edilsin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda da belirtildiği üzere, bir ürünün fikrî hukuk anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için olmazsa olmaz koşul, bu eserin sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Bu şart gerek diğeri ülke mevzuatlarında gerek bu alandaki uluslararası mevzuatlarda benzer şekillerde ifade edilmektedir. Bununla beraber, bazı ülke mevzuatlarında ise “eserin orijinalliği” kavramı tercih edilmektedir.¹⁸³

Eserin, sahibinin hususiyetini taşıma özelliğine haiz olduğunun kabulü için bağımsız bir fikrî çalışmanın ürünü olması ve bu suretle sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerekmektedir. Bağımsız bir fikrî çalışma ürünü olmasından kasıt, kendinden önce meydana getirilen diğeri eserlerden hiçbir şekilde

¹⁸¹ Aynı yöndeki tanım için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 55-56; Ateş, Eser, s. 26. Yargıtay 4. HD 01.07.1977 tarih, 1976/5913 Esas ve 1077/7617 Karar sayılı kararı ile, her ne kadar eserden söz edebilmek için fikrî ürünün iktisaden değerlendirmeye elverişli olması, başka bir deyişle kamuya sunularak faydalı olması imkanının gerekli olduğunu belirtmekte ise de, bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira fikrî eserlerde marka haklarında olduğu şekilde iktisadî elverişlilik şartını aramak doğru değildir. Çünkü eserlerin iktisadî bir amaç dışında da meydana getirilmesi mümkündür. Aynı yönde görüşler için bkz. Arslanlı, Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 4; Erel, Fikir, s. 32-33.

¹⁸² Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 56-57; Ateş, Eser, s. 29.

¹⁸³ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 57-58. Sahibinin hususiyetini taşıma kavramı yerine farklı ülkelerde tercih edilen kavramlar için bkz Aynı eser, s. 57, dn. 118. İngiliz Hukukunda bir edebi, dramatik, müzik ve sanat eseri ancak orijinal olması koşuluyla korumadan yararlanabilir. Kanunda orijinalliğin tanımı yapılmamış olup, orijinallikle, eserin, yazarından kaynaklanması ve kopya olmaması kastedilmektedir. Dolayısıyla eserin sahibinin bilgi, tecrübesi ve fikri faaliyeti sonucu meydana getirildiği çoğu durumda orijinalliğin bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Christopher Millard, Computer Law, “Copyright”, (Ed. Chris Reed/John Angel), Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2003, s. 193.

yararlanılamaması değildir. Burada önemli olan husus, kendinden önceki eserlerden yararlanma ile birlikte eser sahibine atfedilebilecek “az çok bağımsız bir fikrî emeğin” bulunup bulunmadığıdır. Buna göre, intihal düzeyine varmayan ve başka eserlerden yararlanılmak suretiyle meydana getirilen eserlerde de sahibinin hususiyetinden söz etmek mümkündür. Sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması ifadesi ile, eserde daha önce duyulmamış ya da görülmemiş mutlak bir orijinallik bulunması kastedilmemektedir. Buradaki yaratıcılıktan anlaşılması gereken “var olandan başkasını meydana getirmek” tir.¹⁸⁴ O halde, mevcut olan bir eserin, sahibine özgü bir biçimde şekillendirilerek ve tekrar yorumlanmak suretiyle, dış dünyaya bu yeni görünümü ile, değişik bir fikrî çaba olarak sunulması mümkündür.¹⁸⁵

Yukarıda açıklanan esasa ilişkin şartın yanında, bir ürünün fikrî hukuk kapsamında eser olarak korunabilmesi için, bu ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda öngörülen eser türlerinden¹⁸⁶ birine dâhil olması gerekmektedir. Bir

¹⁸⁴ Erel, Fikir, s. 33-34. Aynı yönde görüşler için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 59. “Eser sahibinin hususiyeti” tabirinin anlamına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. *Hirsch’e* göre, eser ancak yaratıcı bir çalışmanın ürünü olabilir. Eğer bir ürün herkes tarafından vücuda getirilebilecek nitelikte ise, hususiyet de söz konusu olamayacağından, bu ürünün korunmasında toplumun bir menfaati bulunmamaktadır. Ernst E. Hirsch, Hukukî Bakımdan Fikrî Say, C. II, İstanbul 1943, s. 12-13. *Hirsch’in* bu görüşü *Arslanlı* tarafından, hususiyeti Kanunun amacının ötesinde sınırlandığı, eser vasfını çok ağır şartlara tabi kıldığı düşüncesi ile eleştirmektedir. Yazar’a göre Hirsch’in bu görüşü kabul edildiğinde ancak şaheser sayılabilecek ürünler korunabilecek, pek çok fikrî ürün ise korumadan faydalanamayacaktır. Bu nedenle sahibinin özelliğini sadece yüksek derecede taşıyan eserlere korunma sağlanması doğru bir çözüm tarzı değildir. Bu eleştiriler için bkz., Arslanlı, s. 6. *Tekinalp* ise, “Hirsch’in bu görüşü ile şaheserleri kastetmediğini, hiçbir yorumu, düşüncüyü, özel çabayı yansıtmayan ve herkesçe her an, çeşitli nedenlerle ortaya konulan ürünlerle, sahibinin zihinsel çabasını ve yorumunu, bilimsel erkini, yeteneğini bir araya getirerek şekillendirmesini, yani hususiyetini taşıyan ürünü ayırt etmek istediğini” ifade ederek, Hirsch’in görüşüne açıklık getirmektedir. Tekinalp ayrıca, bu farkı bir kavgayı tanıgın ifadesinden nakleden mahkeme tutanağı ile bir kavgayı kendine özgü cümleler ile ve teknikle anlatan Sait Faik arasındaki fark şeklinde örnek vererek bu görüşü somutlaştırmaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 98. *Arslanlı*, fikrî hukuk kapsamında korumadan faydalanacak bir eserdeki hususiyetin “eser sahibine nispet edilebilecek fikrî çalışmanın nispî bağımsızlığında aranması” gerektiği görüşündedir. Yazar’a göre, yeni meydana getirilen bir eserin daha önce meydana getirilmiş bütünüyle ve mutlak manada yeni ve bağımsız olması gerekmemektedir. Herkes, belli ölçülerde başka eserlerden yararlanmış olabilir. Eğer bir eser nispeten başka eserlerden bağımsız ise hususiyetin olduğu söylenebilir. Nispeten bağımsızlıktan kasıt ise, yeni eserin hususiyetinin eski eserin hususiyetine galip gelmemiş olmasıdır. Bkz. Arslanlı, s. 3-4. *Yarsuvat*, hususiyeti “orijinal” ölçütü ile belirlemeye çalışmakta ve orijinallığın tespitinde eser kategorileri arasında fark bulunduğunu ileri sürmektedir. Yazar’a göre, güzel sanat eserlerindeki orijinallik şekilde belirlenirken, ilim ve edebiyat eserlerindeki orijinallik, fikrî işleniş ve sunuluşunda kendini göstermektedir. Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 53.

¹⁸⁵ Ramazan Uslu, Türk Fikir ve Sanat Hukukunda “Eser” Kavramı, Ankara 2003, s. 40. Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Aynı Eser, s. 34-50 arası.

¹⁸⁶ Bir fikrî ürünün korumadan faydalanabilmesi için bu ürünün Kanununda dört kategori halinde belirlenen ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri olarak

fikrî korunabilmesi için düşünce ortamından çıkarak algılanabilir, fark edilebilir ya da idrak edilebilir bir ortama çıkması öncelikli şarttır. Bununla beraber, fikrin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunabilmesi için düşüncenin açıklanma formatı da önem arz etmektedir. Nitekim hukuk her şekilde açıklanan fikrî ürüne eser niteliği vermemekte, korunması istenen fikirlerin öngörülen formatlarda açıklanmış olmasını şart koşturmaktadır.¹⁸⁷ Kanunda öngörülen kategoriler sınırlı sayıda belirlenmiştir. Bundan dolayı henüz düzenlenmemiş, öngörülmemiş ya da bugün yaygın olarak görülmeyen bazı eserlerin koruma kapsamına alınabilmesi için kanun değişikliğine ihtiyaç duyulacaktır. Eser kategorilerinin sınırlı sayıda belirlenmesinin önemi, fikrî eser düzeyine henüz ulaşmamış ya da hukukî anlamda yeterli değeri olmayan ürünlerin kolayca eser niteliğine sahip olmasında yatmaktadır.¹⁸⁸ Eser kategorileri Kanunda sınırlı sayıda belirtilmekle beraber, her bir kategorinin içine nelerin dâhil olduğu örnekleyici olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla o kategorinin ayırt edici özelliğine sahip bir eserin bunlara dâhil edilmesi her zaman imkân dâhilindedir.¹⁸⁹ Eserin belirlenen şekillerde ifade edilmesi şartının pozitif hukuk açısından en önemli sonucu, bir fikrî ürünün öngörülen şekillerden biri halinde ifade edilmiş olmasının onun eser olduğuna karine teşkil etmesidir.¹⁹⁰

II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİ

Bilgisayar programlarının, kendine özgü nitelikleri dışında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda belirtilen diğer eserler ile arasında belirgin farklılıklar yoktur. Bu nedenle Kanunun tüm eserlere ilişkin genel nitelikteki hükümleri, niteliklerine aykırı düşmedikçe bilgisayar programlarına da uygulanır.

Bir bilgisayar programının meydana getirilmesi de fikrî bir faaliyet olup, özellikle çok karmaşık nitelikteki programlar için çok yoğun, etraflı ve uzun bir çaba harcanmaktadır. Bu nedenle bilgisayar programlarındaki fikrî çabanın fikrî hukuk kapsamında korunan diğer eserlerden geri kalır bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim

sayılan formlardan biriyle ifade edilmiş olması gerektiği Kanunun 1/B maddesi ile öngörülmektedir. Bu eserlerin neler olduğu ise müteakip dört maddede sayılmaktadır. Bu kategorilerin neleri kapsadığı hususu çalışmamızın kapsamını dışında kaldığından incelenmeyecektir.

¹⁸⁷ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 60-61.

¹⁸⁸ Ateş, Eser, s. 60; Erel, Fikir, s. 37.

¹⁸⁹ Ateş, Eser, s. 61; Eroğlu, s. 45.

¹⁹⁰ Erel, Fikir, s. 38.

bilgisayar programları, programlama dilleri aracılığıyla ve kodlar vasıtasıyla oluşturulsa dahi yazılı bir görünüme sahiptir. Belirli işaret, harf, sayı vs. den meydana gelen ve bir işaret ve programlama dili mahsulü olan bilgisayar programlarının eser olarak korunması, fikrî hukukun eser anlayışına uygundur. Bu sebeple, bilgisayar programının ifade edildiği dilin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira, bir eserin dili normal bir dil olabileceği gibi, matematik sembolleri, grafiksel semboller veya programlama dili de olabilir. Buradaki durumun, Türkçe, İngilizce veya Fransızca olan bir dilin fikrî hukuk koruması kapsamında korunurken bir değişiklik arz etmemesinden farklı bir yönü bulunmamaktadır.¹⁹¹ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4110 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce tartışılan bu konunun artık Kanunun 2. maddesi karşısında bir önemi kalmamıştır.¹⁹² Nitekim Kanun'un açık hükümleri karşısında Yargıtay'ın bilgisayar programlarının eser olduğu yönündeki içtihatları istikrarlık kazanmıştır.¹⁹³

¹⁹¹ Aksu, s. 77.

¹⁹² Danıştay 10. Dairesi, FSEK'in 2. maddesindeki bu değişiklikten önce de 1994 yılında verdiği karar ile, bilgisayar programlarının aynı zamanda teknik talimat ve ifadeleri içerseler dahi, ister normal dil ya da semboller ile isterse programlama dili ile ifade edilsinler aynı zamanda birer metin niteliğinde olduklarını belirtmiştir. Aksu, s. 78. Danıştay 10. Dairesinin 27.04.1994 tarihli, 1992/4550 Esas ve 1994/1856 Karar sayılı kararının ilgili kısmı aynen şöyledir: "Anılan Yasanın 2. maddesi 1. fıkrasında ise 'herhangi bir şekilde dil ile ifade olunan bütün eserler' ilim ve edebiyat eseri olarak belirlenmiştir. Dil ile ifade olunan eserler geniş bir fikir alanını kapsarlar. Buna göre, korumanın tek gereği, fikir içeriği herhangi bir şekilde dil ile ifade edilen eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Bir bilgisayar dili ile ifade olunan ve bilgisayar sisteminin diğer bileşenleri ve kullanıcıları ile birlikte çalışması ve iletişimi işlevini üstlenen bilgisayar program sonucunu doğuran hazırlık tasarım çalışmaları ile birlikte ve her biçim altındaki ifadeleriyle; eser sahibinin kendi fikrî yaratımı anlamında özgün ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 2/1 maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunacaktır. Bu şekilde koruma altına alınan eserler, programın herhangi bir elemanına temel oluşturan fikirler değil, bunların bilgisayar programı olarak ifadeleridir" Kararın tüm metni için bkz. <http://www.danistay.gov.tr> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise 15.04.1996 tarihli, 1996/2213 Esas ve 1996/2716 Karar sayılı ve dönemin ilk ve tek kararı ile, o tarih itibarıyla artık bilgisayar programlarının FSEK'in 2. maddesi kapsamında "eser" olduğunun doktrinde kabul edildiğini belirtmiştir Karar ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Haluk İnancı, Bilişim ve Yazılım Hukuku Uygulama İçinden Görünüşü", İBD 1996, Ocak Şubat Mart, C. 70, S. 1-2-3, s. 522-523. Kararın metni için ayrıca bkz. Suluk/Orhan, s. 256-257.

¹⁹³ Bilgisayar programlarının eser niteliğinin kabulüne ilişkin örnek Yargıtay kararları: Yarg. 11. HD, 30.09.1996 T., 1996/5922 Esas, 1996/6203 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 08.11.1999 T., 1999/8228 Esas, 1996/8830 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 18.01.2000 T., 1999/8912 Esas, 2000/98 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 08.04.2003 T., 2002/11872 Esas, 2003/3442 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 08.04.2003 T., 2002/11871 Esas, 2003/3458 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 10.04.2003 T., 2002/11874 Esas, 2003/3494 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 09.04.2003 T., 2002/11873 Esas, 2003/3500 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 15.05.2003 T., 2002/13098 Esas, 2003/4989 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 22.09.2003 T., 2003/2117 Esas, 2003/8131 Karar sayılı kararı; Yarg. 11. HD, 23.01.2004 T., 2003/14159 Esas, 2004/575 Karar sayılı kararı. Söz konusu karar metinleri için bkz. Suluk/Orhan, s. 254-267.

Fikrî bir çabanın ürünü olan bir bilgisayar programının, fikrî hukuk kapsamında korumadan faydalanabilmesi için, her şeyden önce, herkes tarafından meydana getirilebilecek sıradan bir özelliğe sahip olmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, bilgisayar programının fikrî hukuk anlamında eser niteliğini haiz olması gerekir. Bilgisayar programının eser niteliğine sahip olup olmadığı belirlenmesi yapılırken de göz önünde bulundurulması gereken yegâne şart, FSEK'in 1/B maddesinde, öngörülen “sahibinin hususiyetini taşıma” şartıdır. Objektif veya şekle ilişkin şartın aranmasına ise gerek bulunmamaktadır. Zira, ilim ve edebiyat eserlerinin örnek olarak sayıldığı FSEK'in 2. maddesinin 1. fıkrasında, herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları ilim ve edebiyat eserleri arasında açıkça belirtilmiştir. O halde, pozitif hukuk bakımından bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında korunacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.¹⁹⁴ Buna göre, bir fikrî ürün bilgisayar programı formatında vücuda getirildiğinde, bu programın fikrî hukuk anlamında eser olduğu karine olarak kabul edilmelidir. Daha sonra ise bu programın eser niteliğinin tespiti amacıyla, bu programın sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.

Bilgisayar programının, sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı belirlenirken, programın bağımsız bir fikrî çalışmanın ürünü olup olmadığı ve bu şekilde sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtıp yansıtmadığı hususları inceleme konusu edilmelidir. Program geliştiricisinin kendinden önce meydana getirilen eserlerden yararlanması her zaman imkân dâhilinde olduğundan, programda eser sahibine atfedilebilecek “az çok bağımsız bir fikrî emeğin” bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Yine programda daha önce duyulmamış ya da görülmemiş mutlak bir orijinallik bulunması gerekmemektedir. Önemli olan var olandan farklı kabul edilebilecek bir eserin ortaya çıkarılmasıdır.

¹⁹⁴ İsviçre Hukukunda bilgisayar programları herhangi bir kategori arasına dahil edilmemiş, bunun yerine İsviçre Telif Hakları Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında bilgisayar programları “eser” olarak kabul edilmiş ve Kanunda programlara özgü hükümlere yer verilmiştir. François Dessemontet, International Copyright Law and Practice, Switzerland, (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006, SWI-29.

FSEK'in 2. maddesine 4410 sayılı Kanunla eklenen düzenlemenin kaynağını oluşturan Direktifin 5 Ocak 1989 tarihinde AT Komisyonu'na sunulan Açıklayıcı Memorandumunda, bilgisayar programlarının orijinal olup olmadıkları tespit edilirken, programın kalitatif ya da estetik ölçüler bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir. Direktifin 1. maddesinin 3. fıkrasına¹⁹⁵ göre, eser niteliğinin tespitinde üzerinde durulması gereken tek nitelik, eser sahibinin kendi yaratıcılığıdır. Başka hiçbir ölçüye izin verilmemektedir. Buna göre, bir bilgisayar programının fikrî hukuk anlamında eser sayılıp korumadan faydalanabilmesi için, kendisinden önceki programlar ile kıyaslandığında, onlara göre daha fazla yaratıcılık ya da hünere sahip olmasına veya programın basit yahut karmaşık olup olmadığına göre bir kalite değerlendirmesine gerek bulunmamaktadır. Fikrî hukukun sağladığı korumadan faydalanabilmesi için bilgisayar programının, sahibinin kendi fikrî faaliyetinin ürünü olması ve aynı zamanda başka bir eserden kopya edilmemiş olması yeterli sayılacaktır.¹⁹⁶ Direktifte öngörülen ölçüte göre, programcıların kendinden öncekilerin gösterdiği performanstan daha az veya fazla performans gösterdikleri, programın basit ya da karmaşık olduğu, belirli bir probleme optimal bir çözüm getirip getirmediği gibi ölçülere bakılmayacaktır. Direktifte, programın korumadan yararlanabilmesi için eser sahibinin kendi yaratıcılığından başka bir ölçütün aranmayacağı şeklinde doğrudan bir düzenlemeye gidilmesinin amacı, özellikle Almanya gibi oldukça yüksek bir orijinallik standardı arayan farklı Üye Devletlerde öngörülen değişik koruma standartlarını uyumlu hale getirmek ve Almanya'daki gibi aşırı bir orijinallik kriteri öngörmemektir.¹⁹⁷ Bu nedenle Direktif'teki orijinallik ölçütü, Direktifin başarılı bir şekilde uygulanması için temel bir öneme sahiptir. Zira, eğer bir program, bir ülke tarafından aranılan

¹⁹⁵ Direktifin söz konusu düzenlemesinin tercümesi şöyledir: "Bir bilgisayar programı, eser sahibinin kendi fikrî yaratımı olması açısından orijinal ise korunur. Korumaya uygunluğunun tespitinde başka hiçbir kriter uygulanmaz"

¹⁹⁶ Erel, Bilgisayar, s. 144; Czarnota/Hart, s. 44. İngiliz Hukuku'nda aranan orijinallik ölçütüne ilişkin yorumunda Bandey, bilgisayar programının yerine getirdiği fonksiyonun piyasadaki başka yüzlerce program tarafından yerine getiriliyor olmasının, programın eser sayılıp sayılmaması açısından bir önem taşımadığı, önemli olanın, başka bir programdan kopya edilmemiş olması ve sahibinden sudur etmesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bandey, s. 28.

¹⁹⁷ Dreier, s. 320. Direktifte aranan orijinallik ölçütü Almanya'da aranan yüksek seviyedeki orijinallik ölçütü ile İngiliz hukukunda aranan düşük seviyeli orijinallik ölçütü arasında bir uzlaşma sonucu doğmuştur. Komisyon, tek bir orijinallik ölçütü getirme düşüncesini sürekli canlı tutarak orijinallik seviyesinin daha fazla sayıda bilgisayar programının korumadan yararlanabilmesi için zayıf olmasında ısrar etmiştir. Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. Derclaye, Part I, s. 15.

yüksek düzeyli orijinallik ölçütü nedeniyle orada korumadan yararlanamaz ise Direktifin geri kalan hükümleri bir anlam ifade etmeyecektir.¹⁹⁸

§7. KORUMANIN KONUSU ve KAPSAMI

I. GENEL OLARAK

Programların unsurları doktrinde edebi unsurlar ve edebi olmayan unsurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Edebi unsurlar ile nesne ve kaynak kodları, edebi olmayan unsurlar ile de programların kodlar dışındaki tüm unsurları ifade edilmektedir. Amerikan yargı kararlarında programların edebi olmayan unsurları programın yapısı, dizimi, organizasyonu, ekran görünüşleri, menü yapıları ve genel akış şemaları olarak belirlenmektedir.¹⁹⁹

Bilgisayar programlarının hangi unsurlarının koruma kapsamında yer aldığı hususunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, FSEK'in 2. maddesinin son fıkrasında ise, arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerin eser sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu sayede nelerin koruma kapsamında yer almayacağı sorunu, bu unsurların sayma yöntemi ile belirtilmesi yerine, fikrî hukukun düşünceyi korumayan genel prensibinin bir görünümü niteliğindeki genel bir ifade ile çözümlenmeye çalışılmıştır.

Direktif'in 1. maddesi ile Önsözünün 14. paragrafında düşünce/ifade ayrımına değinilerek, bazı korunmayan unsurlar genel olarak ifade edilmektedir. FSEK'in 2/son maddesindeki ifade ile genel olarak uyum halinde olan Direktifin 1. maddesinin 2. paragrafında, Direktif kapsamındaki korumanın, bilgisayar programının her ne biçim altında olursa olsun ifadesine uygulanacağı belirtildikten sonra, programın arayüzü de dahil olmak üzere herhangi bir unsurunun altında yatan düşünce ve ilkelerin bu Direktif çerçevesinde fikrî hukukça korunmayacağı belirtilmektedir. Öte yandan Direktifin Önsözünün 14. paragrafında, mantık,

¹⁹⁸ Czarnota/Hart, s. 43.

¹⁹⁹ Derclay, Part I, 14.

algoritma ve programlama dillerinin, düşünce ve ilkeleri oluşturdıkları müddetçe Direktif hükümleri çerçevesinde korunmayacakları ifade edilmektedir.

Tüm eseler yönünden uygulanma kabiliyeti bulunan düşüncelerin fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağına ilişkin genel ilkenin düzenlendiği Amerikan Telif Hakları Kanununun 102. (b) maddesi, “Düşünceler, usuller, aşamalar, sistemler, işletim yöntemleri, kavramlar, ilkeler veya keşifler, tanımlandıkları, açıklandıkları, gösterildikleri veya konumlandıkları şekle bakılmaksızın fikrî hukuk tarafından korunmayacaktır” şeklindedir.

Programların hangi unsurlarının korunacağı hususu ise, FSEK’in 2. maddesindeki “...her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları” ifadesinden çıkarılabilmektedir.

Korunmayan unsurlarına ilişkin 1 maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeye nazaran Direktifin korunan unsurlarının ifade edilmesi açısından 1. maddesinin 1. fıkrası daha açık bir şekilde kaleme alınmıştır. Öncelikle, Direktifteki program teriminin hazırlık tasarımlarını da kapsayacağı belirtilmektedir. Bu sayede bilgisayar tasarımının önceki aşamasında meydana getirilen unsurlar ve akış şemaları korumanın kapsamına girmektedir. Diğer taraftan Direktif Taslağı ile Önsözün 7. paragrafı kodların korunacağını belirtmektedir. Direktif Önsözünün 10. paragrafı kullanıcı arayüzlerini dolaylı yoldan koruma altına almaktadır. Son olarak Direktif taslağında alt-programlar, yordamlar ve modüller fikrî hukuk tarafından korunan unsurlar olarak belirtilmekteydi. Ancak Taslakta bu unsurların derleme eser olarak korunacakları öngörülmekteydi.²⁰⁰

Amerikan Telif Hakları Kanunu ise, programın korunabilir unsurlarına ilişkin bütünüyle sessiz kalmaktadır. Bu yönde bir düzenlemenin bulunmayışı ise Mahkemeleri, 102 (b) maddesinden hareketle hangi unsurların korunduğunu belirleme yoluna itmiştir. Bunu yaparken Amerikan yargıçlar, fikrî hukukun geleneksel olarak kabul ettikleri “düşünce/ifade birleşimi” ve “dış faktörlerce

²⁰⁰ Derclaye, Part I, s. 14.

dayatılan unsurlar” ilkeleri ile ve tüm eserler açısından uygulanma kabiliyeti bulunan fonksiyonellikten hareket etmişlerdir. Ancak yargıçlar, bu unsurların derleme eser olarak korunabileceği düşüncesine ise mesafeli durmuşlardır.²⁰¹ İkinci dairenin 1992 yılında verdiği *Computer Associates v. Altai kararı*²⁰² bilgisayar programlarında hangi edebi unsurların fikrî hukuk kapsamında korunacağını belirlenmesinde ölçüler getiren ilk karar olma özelliği taşımaktadır. Daire bu kararda sonuca varırken, diğer edebi eserler için uygulanan bir testi kullanmıştır. Kabul edilen kıyas yaklaşımına göre, “eğer edebi eserlerin edebi olmayan unsurları da korumadan yararlanıyor ve bilgisayar programları da edebi eserlerden ise, o halde bilgisayar programlarının edebi olmayan unsurları da korumadan yararlanır”. Daire bu çerçevede koruma kapsamında yer alan edebi ve edebi olmayan unsurları belirlemiştir. Buna göre edebi olmayan unsurlar, programın esas fonksiyonu, modülleri, organizasyonel ve akış şemaları, parametre listeleri, yapısı ve makrolarıdır. Dairenin bu belirlemesi, Telif Hakları Yasasında bu belirleme açıkça yapılmadığından Amerikan Hukukunda büyük bir öneme sahip olmuştur. Daire, edebi unsurları ise, edebi olmayan unsurların uygun kodlara dönüştürülmüş halleri olarak ifade etmiştir.²⁰³

Tüm bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, bilgisayar programlarının hangi unsurlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağını ya da yararlanamayacağını tespit ederken fikrî hukukun genel ilkelerinden, özellikle düşünce/ifade ayırımından hareket etmek gerekmektedir. Zira, fikrî hukuk bir eserin altında yatan düşünceyi değil düşüncenin ifade biçimini korumaktadır. O halde, bilgisayar programlarında korumadan yararlanacak unsurları tespit ederken,

²⁰¹ Derclaye, Part I, s. 14. Amerikan Hukukunda “düşünce/ifade birleşimi ilkesi” (*merger doctrine/elements dictated by efficiency*) ile anlatılmak istenen, spesifik talimatların belirli bir amacı elde etmek için sadece ve gerekli araçlar olması ve bu talimatların başkalarının kullanılmasının ihlâl sonucunu doğurmamasıdır. Eğer belirli hedeflere sadece sınırlı sayıda yapılarla ulaşılabilirse, bunlar fikrî hukukça korunmamaktadır. “Dış faktörlerce dayatılan unsurlar ilkesi” (*elements dictated by external factors/scènes à faire doctrine*) ise, belli bir konuya standart, stok veya yaygın olan ve iyi bilinen sanayi teknikleri niteliğinde olan ifadeler ile zorunlu olarak yaygın bir tema ve dizimi izleyen ifadelere koruma tanınamaktadır. Bu ilkeler hakkında açıklamalar için aynı sayfanın 689 no’lu dipnotuna bakınız.

²⁰² *Computer Associates v. Altai* 982 F. 2d 693 (2 nd Cir. 1992). Bu davada bölge mahkemesi, korunabilir nitelikte herhangi bir edebi olmayan unsurun bulunmadığına karar vermiştir.

²⁰³ Declaye, Part II, s. 58.

programın herhangi bir unsuru altında yatan düşünceler ve ilkeler sıyrıldıktan sonra koruma kapsamında yer alan “ifade” tespit edilebilecektir.²⁰⁴

Düşünce ile ifade arasında tam anlamıyla bir ayrım olduğunu düşünmek ve bu ayrımı hukukî olarak belirlemek oldukça güç bir durumdur. Zira, bilgisayar programlarında düşünce ve ifade, salt düşünceden bunların “0” ve “1” lerle ifade edilen edebi ifade tarzına kadar süregelen bir aşamayı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, bu ikisi arasında gri bir alan mevcuttur ve bu alandaki çizginin belirlenmesi hukukî bir sorun olmaktan ziyade politik bir sorundur. Bu yapılırken bireysel program geliştiricisinin o programdan gerekli ticarî faydayı elde etmesine yönelik haklarının korunması ile yeni gelişmelerin dolaşımındaki sosyal değerler ve programlar arasındaki araişlerliğin sağlanması arasında bir dengenin sağlanması önem arz etmektedir.²⁰⁵ Ancak, düşünce ve ifade ayrımının yapılması diğer edebi eserlerde oldukça zor iken bunun bilgisayar programlarında yapılabilmesi imkânsıza yakın zorluktadır. Diğer tüm fikrî eserlerde olduğu gibi, düşüncenin nerede sona erdiği ve ifadenin başladığı hususunu değerlendirmek mahkemelerin görevidir.²⁰⁶

Doktrinde, bilgisayar programlarında fikrî hukuk kapsamında genel olarak akış şeması ile kaynak ve nesne kodlarının korunduğu tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir.²⁰⁷

II. KORUMA KAPSAMINDA YER ALAN UNSURLAR

A. Hazırlık Tasarımları

Bilgisayar programının kodlarla ifade edilmiş son hali, bir dizi hazırlık çalışmalarını içeren uzun ve zorlu bir çalışmanın sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bu süreçte tarifler yapılır. Programın işleyiş dizimini ile yapısal ilişkileri gösteren akış şemaları üretilir. Program tarafından kullanılacak veri tabanlarının

²⁰⁴ Derclaye, Part I, s. 15. Bu ilke TRIPs Antlaşmasının 9. maddesinin 2. paragrafında “Fikrî hukuk koruması ifadeyi kapsayıp, düşünceleri, usulleri, işletim metotlarını veya matematiksel kavramları kapsamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁰⁵ Waters/Leonard, s. 127.

²⁰⁶ Waters/Leonard, s. 128; Czarnota/Hart, s. 37; Derclaye, Part I, s. 14.

²⁰⁷ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 397; Kaypakoğlu, s. 83 vd; Topaloğlu, s. 83 vd, 89-92.

yazılı tanımlamaları yapılır. Ekran görünümünün çizimleri yapılır.²⁰⁸ Bu sebeple hangi aşamaya gelmiş hazırlık tasarımlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı hususu önem arz etmektedir. Program talimatlar dizisinin kodlar halinde gösterilmesi gerekmeksizin, programın organizasyonu, yapısı ve genel aşamalarının belirli bir düzeyde ifade edilmiş olması durumunda, bu husus, özellikle tartışmaya değerdir.²⁰⁹

FSEK'in "tanımlar" kenar başlıklı 1. maddesinin (g) bendinde bilgisayar programı, "bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesi ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları" olarak tanımlandıktan sonra, FSEK'in 2. maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendinde ise, "...her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları" ilim ve edebiyat eserleri arasında sayılmaktadır. Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, 2. maddede, bilgisayar programlarının, bir önceki maddedeki tanım anlamından dar bir şekilde, gerçek anlamında kullanıldığı, daha sonra ise hazırlık tasarımlarının da bilgisayar programları yanında ilim ve edebiyat eseri olarak korunacağı ifade edilmiştir.²¹⁰ Hazırlık tasarımlarının da bilgisayar programı olarak hukukî korumadan yararlanacağını öngören Kanun Koyucu, yerinde olarak ve Direktif'le aynı doğrultuda, hangi hazırlık tasarımlarının koruma kapsamında yer alacağını sayma yöntemi ile belirtmemektedir. Bunun yerine, Kanun Koyucu daha genel bir ölçütü öngörmektedir. Buna göre, hazırlık tasarımları ancak bir sonraki aşamada program haline gelmesi şartıyla bilgisayar programı olarak korumadan yararlanabilecektir. Kısaca, programın, henüz son halini almamış plan ve projeleri olarak tanımlayabileceğimiz hazırlık tasarımlarının korumadan yararlanabilmesi için, bunların bir sonraki aşamada bilgisayar programı haline gelmeleri gerekmektedir. O halde, programın daha ilk geliştirme aşamalarındaki hazırlık tasarımlarının eser olarak korunması mümkün değildir.²¹¹ Kanunun lafzı doğrultusunda yorum yapıldığında ise, korumadan yararlanabilecek yegâne hazırlık tasarımı, programın kaynak kodunda yazılmış halidir. Zira, bir

²⁰⁸ Bainbridge, Software Licensing, s. 42.

²⁰⁹ Czarnota/Hart, s. 32.

²¹⁰ Ateş'e göre bu hüküm henüz tamamlanmamış eserleri koruyan özel bir düzenlemedir. Bkz. Ateş, Eser, s. 93.

²¹¹ Suluk/Orhan, s. 252.

sonraki aşamada program sonucunu doğuran tek ürün programın kaynak kodundaki görünümüdür.²¹² Lafzî yorum yapıldığında Türk hukuku bakımından bu sonuca ulaşmak mümkün olmakla beraber, bu yorum tarzı anılan düzenlemenin anlam ve amacına uygun değildir.²¹³ Zira bu halde, bir sonraki aşamada program sonucunu doğurma safhasına gelmemiş önemli nitelikteki ara tasarımlar korumadan yararlanamayacaktır.²¹⁴

Mehaz Direktife baktığımızda bu husus, gerek Direktifin Önsözünde gerek 1. maddesinde ifade edilmektedir. Önsözde, bilgisayar programlarının, donanıma yerleştirilen programlar da dahil, her türlü programları içerdiği ve bu terimin aynı zamanda daha sonraki herhangi bir aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla bilgisayar programının gelişimini sağlayan hazırlık tasarımlarını da kapsadığı belirtilmektedir.²¹⁵ Direktifin 1. maddesinde ise, Direktifin amaçları açısından bilgisayar programlarının hazırlık tasarım materyallerini içerdiği açıkça belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, maddede hangi nitelikte hazırlık tasarımlarının korunacağı konusunda bir açıklık yer almamaktadır. Burada Direktifin önsözünden yola çıkarak korunacak tasarımların neler olabileceği konusunda bir sonuca gitmek mümkündür. Bunun için, Direktifin Önsözünün 7, 8, 13 ve 15. paragraflarına göz atmak gerekmektedir. Başlangıçta bu paragraflardan, hazırlık çalışmalarının değil sadece bilgisayar programlarının korunmak istendiği anlaşılabılır. Ancak daha sonra gerek 7. paragraf gerek 1. maddenin 1. fıkrasında hazırlık çalışmalarının korunacağını ifade edilmiştir.²¹⁶ Her ne kadar Direktifin Önsözü bağlayıcı olmasa da ilgili maddeler yorumlanırken Önsözde yer alan ifadelerin göz önüne alınması gerekmektedir.

Hazırlık çalışmalarının, gerek Direktif gerek Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında fikrî hukuk korumasından yararlanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak Direktifin bütününe, Fikir ve Sanat Eserleri

²¹² Ateş Eser, s. 152-153. Nitekim *Tekinalp* de hazırlık tasarımının FSEK'in 2. maddesi anlamında korumadan yararlanabilmesi için daha sonraki aşamada bilgisayar programı haline gelmesini şart koşmaktadır. Yazar'a göre, yalnız tasarım aşamasında kalmış bir programın korumadan yararlanması mümkün değildir. Bkz. *Tekinalp*, s. 110.

²¹³ Kaypakoglu, s. 63-64; Aslan, 431; Aksu, s. 99.

²¹⁴ Ateş, Eser, s. 153.

²¹⁵ Ateş, Eser, s. 153.

²¹⁶ Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, 1611.

Kanununun ise bilgisayar programları ile ilgili hükümlere bakıldığında, bunların hazırlık tasarım çalışmalarına ilişkin hükümler olmayıp bilgisayar programlarına özgü düzenlemeler olduğu göze çarpmaktadır.²¹⁷

Kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun, Direktifin Önsözünden alındığı anlaşılan 2. maddenin 1. fıkrasının (1) numaralı bendinde “...bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla...” ifadesi mehzaz düzenlemeden yanlış tercüme edilmiştir. Zira bu düzenlemeden, sadece bir sonraki aşamada program sonucunu doğuracak niteliğe sahip hazırlık tasarımlarının korumadan yararlanacağı gibi bir sonuç çıkarmak mümkündür. Ancak, mehzaz Direktifin Önsözündeki “*at a later stage*” ifadesi doğru tercüme edildiğinde “daha sonraki bir aşamada” anlamına geldiği görülecektir. Direktifteki düzenleme, her olayın koşullarına göre, program geliştirme aşamasının henüz ilk başlarında dahi oluşturulan bir hazırlık tasarımının, eser olarak korunma için öngörülen diğer şartları da bulundurması koşuluyla korumadan yararlanmasına imkân sağlayıcı niteliktedir. Ancak biz, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda her ne kadar sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmiş olsa dahi, Kanun Koyucu’nun Direktif ile tam bir uyum sağlamak iradesi göz önüne alındığında, 2/I maddenin (1) numaralı bendindeki ifadenin, Direktifin Önsözündeki gibi geniş bir şekilde anlaşılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.²¹⁸ Belirtmek gerekir ki, hazırlık tasarım çalışmaları yazılı olmaları koşuluyla ve eser sayılmanın gerektirdiği diğer koşulları da taşımaları kaydıyla, fikrî hukuk korumasından yararlanabilir.²¹⁹ Ancak bir kimse, bu hazırlık çalışmalarından yetkisi olmadığı halde yararlanarak bunların dayanağını oluşturduğu programın kopyası niteliğinde bir program geliştirdiğinde, bu çalışmaların bilgisayar programı olarak korunması söz konusu olacaktır. Bu noktada hazırlık tasarımlarından ne ölçüde yararlanılıp kopya program geliştirildiği ve program sahibinin haklarının ihlâl edilip edilmediği somut olayın koşullarına göre hâkim tarafından takdir edilecektir.²²⁰

Program kullanım kılavuzları ile programa ekli bulunan diğer dokümanların ise hazırlık tasarımı olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, bunlar, program

²¹⁷ Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, 1612.

²¹⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Ateş, Eser, s. 154.

²¹⁹ Czarnota/Hart, s. 32; Bandey, s. 36-37; Bainbridge, Introduction, s. 28; Ateş, Eser, 94-95.

²²⁰ Czarnota/Hart, s. 32.

olarak fikrî hukuk koruması kapsamında yer almamaktadır. Ancak bunlar, gerekli koşulları taşımaları kaydıyla edebi eser olarak korumadan yararlanabilecektir.²²¹ O halde bir programdan, metin halindeki bir kullanım kılavuzuna ya da el kitabına alıntı yapıldığında bu edebi bir eserin içerisindeki harita ya da fotoğraflara alıntı yapılması gibi bir durum oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, programların ya da program parçacıklarının, bir sayfa ya da edebi eser gibi kopyalanması durumunda, bu eyleme edebi eserlerin kopyalanmasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır.²²² Bununla beraber, programın asli kısımlarının ya da tamamının, kullanım kılavuzu ya da el kitaplarında tekrar ifade edilmeleri durumunda, kitapçık üzerindeki ayrı fikrî haktan bağımsız bir şekilde, söz konusu kitapçığın bilgisayar programının tabi olduğu korumadan yararlanması da imkân dâhilindedir.²²³ Sonuç olarak, bazen bilgisayar programları yerine kullanılan yazılım kavramı içerisinde yer alan ve refakat malzemesi olarak adlandırılan, hazırlık tasarımı dışında kalan program kullanım kılavuzları ve diğer dokümanlar gibi yazılım unsurları bilgisayar programı olarak fikrî hukuk korumasından yararlanamamaktadır.²²⁴

Aşağıda belli başlı program geliştirme aşamalarının hangilerinin hazırlık tasarım çalışması olarak korumadan yararlanıp yararlanamayacağı hususları üzerinde ayrı ayrı durulmuştur.

B. Program Akışı (Akış Şeması)

Program akışı yukarıda, geliştirilecek bir programa ait algoritmaların şekilsel ya da grafiksel olarak ortaya konulması olarak tanımlanmıştı. Yine program geliştiricilerine kodların yazılmasında büyük kolaylık sağlayan, kodların yazım aşamasında rehberlik eden program akışının, bir nevi mimarların inşaat faaliyetlerine başlamadan önce hazırladıkları projeye benzetmenin mümkün olduğu ifade edilmişti. Gerçekten program şeması, programın bileşenlerini göstermesi yanında bu bileşenlerin programın çalışması esnasında hangi sıra ile fonksiyon ifa edeceklerini ve yine belirli durumların oluşması halinde ortaya çıkacak alternatif mekanizmaları

²²¹ Czarnota/Hart, s. 32; Bainbridge, Introduction, s. 28; Arıkan, I. Bölüm, s. 361; Ateş, Eser, s. 156; Aksu, s. 124.

²²² Czarnota/Hart, s. 32; Bainbridge, Introduction, s. 28; Arıkan, I. Bölüm, s. 361; Ateş, Eser, s. 156.

²²³ Arıkan, I. Bölüm, s. 361; Ateş, s. 156.

²²⁴ Ateş, Eser, s. 156.

göstermek üzere grafiksel formatta hazırlanır. Program akışına bakıldığında, o programın hangi bileşenlerden oluştuğu ve nasıl çalışacağı anlaşılabilir.²²⁵ Program geliştiricisi, program akış mantığını bu akış şemasında çok genel bir biçimde ifade edebileceği gibi ihtiyacına göre ayrıntılı bir şekilde de ifade edebilir. Akış şemasının geliştirilmesi genellikle kodların yazılmasından daha fazla bir çaba gösterilmesini gerektirmektedir. Zira, kodların yazım aşamasında, programcı bu akış şemasında belirtilen adımları ifade edecek kelime ve kalıpları seçmekte ve ifade etmektedir. Kod yazım aşamasında kelimeler anlamına göre değil, programcılık literatüründe ifa etkileri fonksiyonlara göre seçilmektedir. O halde programcılar, program akış şemasını meydana getirmek için büyük çaba sarf ettiklerinden, programlara tanınan fikrî hukuk korumasının anlam ifade edebilmesi için program akış şemasının bu koruma kapsamında yer alması gerekmektedir. Zira, program akışına ulaşan bir kimse, bu akış şemasını kolay bir şekilde kod ortamında ifade edip bir program geliştirebilir. Bu itibarla denebilir ki, program akışının korunmadan faydalanamaması durumunda bilgisayar programının korunmasının fazla bir önemi olmayacaktır.²²⁶

Kanımızca sahibinin özelliğini taşıyan bir program akışının fikrî hukuk korumasından yararlanmaması için bir engel bulunmamaktadır. Program akışı programın hazırlık çalışmalarının en önemli ve emek gerektiren aşamalarından birini oluşturmaktadır. Bir sonraki aşamada program sonucunu doğurmadığından, bunların, FSEK'in 2. maddesinin (1) numaralı bendi anlamında ilim ve edebiyat eserleri arasında hazırlık tasarımı olarak korunamayacağı iddia edilebilirse de, bilgisayar programının tanımının yapıldığı FSEK'in 1/B maddesinin (g) bendinde programı oluşturan emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayan hazırlık çalışmaları da program kapsamına dâhil edildiğinden, sahibinin hususiyetini taşıması koşuluyla bu kapsamda korunacağından şüphe duymamak gerekir.²²⁷

Program akışının, bilgisayar programının bir hazırlık çalışması olarak programa bağlı korunmasının yanında, kanımızca ilim ve edebiyat eseri olarak

²²⁵ Bandey, s. 38; Johnson, s. 268. Basit bir örnek program akışı için bkz Aynı Eser, s. 39.

²²⁶ Johnson, s. 268.; Durmuş, s. 24.

²²⁷ Program akışının hazırlık tasarımı olarak korunacağı yönünde bkz. Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 90; Sokman, s. 3.88-4; Durmuş, s. 24. Program akışının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı yönünde görüş için ayrıca bkz. Arıkan, Bilgisayar, s. 17.

bağımsız şekilde korunması da mümkündür. Zira, ilim ve edebiyat eserlerinin neler olduğunun sayıldığı, FSEK'in 2. maddesinin 1. fıkrasının (3) numaralı bendinde “bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette... planlar, projeler, krokiler” bu kapsamda kabul edilmektedir. Bu nedenle, grafiksel olarak hazırlanan program akışının, fikrî eser sayılmanın diğer şartlarını da taşıması kaydıyla, kendi başına ve ayrı bir ilim ve edebiyat eseri olarak korunması da mümkündür.²²⁸

C. Kodlar

Program geliştirmede son aşama, programın Assembly dili veya günümüzde genelde tercih edildiği gibi yüksek seviyeli programlama dillerinden biri yardımıyla kaynak kodu halinde yazılması; daha sonra ise kaynak kodlarının bilgisayarın anlayabileceği şekle, yani nesne koduna dönüştürülmesidir.

Gerek kaynak kodu gerek nesne kodu, bir kitabın kelimeleri ve diyalogları ya da bir müzik eserinin notaları hükmündedir.²²⁹ Bu aşamada fikirler detaylı bir şekilde ifadelere dönüştürüldüğü için hem kaynak kodu hem de nesne kodu fikrî hukuk tarafından korunmaktadır.²³⁰ Nitekim FSEK'in 2/I. maddesinin (1) numaralı

²²⁸ İngiliz doktrininde *Bandey*, program akışının 1988 tarihli Copyright, Designs and Patents Act'in 4(2). maddesinde sanat eserleri arasında yer alan grafik eserlerin “resim, çizim, diyagram, harita, şema ve planları” kapsıyor olması nedeniyle ve program akışının da çizim veya diyagram şeklinde ifade ediliyor olmasından dolayı, gerek ayrı bir sanat eseri olarak gerekse hazırlık tasarımı niteliğinden dolayı bilgisayar programı ile birlikte edebiyat eseri olarak korunacağı görüşündedir. Bkz. *Bandey*, s. 39.

²²⁹ *Sherman/Sandison/Guren*, s. (203) 22.

²³⁰ Topaloğlu, *Bilgisayar Programları*, s. 90; Arıkan, *Bilgisayar*, s. 17; Aksu, s. 103. Amerikan içtihat hukukunda kaynak kodunun fikrî hukuk korumasından yararlanacağı konusunda hiçbir tereddüt doğmamış ise de, nesne kodunun fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağı bazı yerel mahkeme kararlarında ileri sürülmüştür. Ancak Amerikan Temyiz Mahkemesi 3. Dairesi 1982 tarihli *Apple Computer, Inc v. Franklin Computer Corp.* kararında yerel mahkemenin bu yöndeki görüşünün yerinde olmadığını ifade ederek, bilgisayar programının, gerek kaynak gerek nesne kodunda olsun, edebi bir eser olmasından dolayı, kaynak veya nesne kodundan yapılacak her türlü kopyalamaya karşı korunması gerektiğine hükmetmiş ve Mahkemenin bu içtihadı yerleşmiştir. Bkz. *Sherman/Sandison/Guren*, s. (203) 25-26. Aynı yönde görüş için bkz. *Conley/Bryan*, s.65. Program geliştiricisinin “ifadesi” ni teşkil ettiğinden kodların fikrî hukuk korumasından kayıtsız şartsız yararlanacağı yönünde görüş için bkz. *Johnson*, s. 267. *Friedman* ise, mikrokodlar ve nesne kodlarını kapsar şekilde ifade ettiği makine dili programlarına fikrî hukuk korumasının tanınmasının yerinde olmadığını savunmaktadır. Yazar’a göre bu durum fikrî hukukun köklü ilkelerini derinden sarsmaktadır. Zira, bunlar Amerikan Anayasasında gerekli görülen “yazılı” olma (Amerikan hukuk doktrininde insanlara hitap etme olarak yorumlanmaktadır) koşulunu taşımayıp “faydalı” ürünlerdir. Ayrıca makine dili programları kullanıcıya değil bilgisayar donanımlarına hitap etmektedir. Bunun da fikrî hukuk koruması ile güdülen anayasal “bilim ve sanatın geliştirilmesi” düşüncesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Makine dili programları yazılı olmayıp, donanımın içine dercedilmiştir. Bunların fikrî hukuk korumasından yararlanması bilgisayarların fikrî hukuk korumasından yararlanması gibidir.

bendinde yer alan “her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları” ifadesinden de, gerek kaynak gerekse nesne kodunun fikrî hukuk korumasından yararlanabileceği, herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır. O halde, kaynak ya da nesne kodunun aynen ya da küçük bazı değişiklikler yapılmak suretiyle kopyalanması program sahibinin çoğaltma hakkını ihlâl edecektir.

Koruma açısından, kodların yerleştirildiği, cisimlendirildiği veya kaydedildiği somut ortamın bir önemi bulunmamaktadır. O halde, program geliştiricileri bu kodları, floppy disk, manyetik band, kağıt ortamında veya ROM üzerinde de cisimlendirebilirler. Önemli olan bunların, cisimlendiği yerde algılanmaları ve çoğaltılmalarına yetecek kadar belirli bir süre kalabilmeleridir.²³¹

Programı oluşturan ifade ve talimatlar dizisi olan kaynak kodu programın fikrî hukuk korumasından yararlanan unsurunu teşkil etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, fikrî hukuk koruması sadece kaynak kodlarının yazımı ve dizimine hasredilmemektedir. Bunların yanı sıra, değişkenler, altprogramlar, prosedürler ve diğer programlama bileşenleri de programcının kendi emeğinin birer ürünüdür.²³²

III. KORUMANIN KAPSAMI DIŞINDA KALAN UNSURLAR

A. Algoritmalar

Alt programların çözüm yolunu belirleyen algoritmanın, bilgisayar programı ile yapılması istenen işlerin adım adım ortaya konulması olduğu, yine bir programın değişik adımları gösteren çok sayıda algoritmadan meydana geldiği yukarıda açıklanmıştı. Burada üzerinde durulacak husus ise, algoritmaların, fikrî hukuk kapsamında korunup korunamayacağıdır.

Henüz bir mahkeme içtihadına konu olmamakla beraber, Amerikan doktrininde, tek basit bir algoritmanın fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağı

Yazar kaynak kodunun hiç şüphesiz fikrî hukuk korumasından yararlanacağı, ancak nesne kodunun bu korumadan yararlanamayacağı görüşündedir. Bu görüşler ve geniş açıklamaları için bkz. Friedman, s. 18-25.

²³¹ Sookman, s. 3-88.4-5; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 90.

²³² Wharton, s. 442.

kabul edilmektedir.²³³ Bununla beraber yine doktrinde, fikrî hukuk korumasından faydalanabilecek tarzda ifade edilmiş yeterli uzunluk ve içerikte algoritmaların olabileceği kabul edilmektedir. Doktrinde ayrıca, algoritmaların kopyalanmaları durumunda, bu kopyalamanın orijinal programın değerini önemli ölçüde azaltması halinde, algoritmaların bir grup şeklinde “derleme” olarak fikrî hukuk korumasından yararlanabileceği ileri sürülmüştür.²³⁴

Algoritmalar, bir bilgisayar programının temel düşünce yapısı ile özünü oluşturmaktadır. Programın meydana getirilmesinde temel iş algoritmanın geliştirilmesi olduğundan, algoritmanın programın en önemli unsurunu teşkil ettiği söylenebilir. Bununla beraber algoritma, düşünce niteliğinde kalmakta olup, kodlar vasıtasıyla somut şekilde ifade edilmeyi beklemektedir. O halde, fikrî hukukun düşünceyi değil, onun ifade tarzını koruduğu prensibinden hareketle, algoritmalar fikrî hukuk korumasından yararlanamamaktadır.²³⁵ *Johnson’a* göre ise, algoritmalar düşünce olmaktan ziyade, bünyesinde geliştirilmiş düşünceyi barındırmaktadır. Algoritmalar ifadeden de farklıdır. Zira, onlar diğer programlarda da kullanılabilecek tekniklerdir. Düşünce/ifade birliği prensibinden hareketle de algoritmalar fikrî hukuk korumasından yararlanamamaktadır. Düşünce/ifade birliği prensibine göre, bir düşünce sadece bir ya da sınırlı sayıda bir yöntemle ifade edilebiliyorsa, bu takdirde düşüncenin bu ifade tarzı korumadan yararlanamamaktadır. İşte bu prensip, algoritmaların fikrî hukuk koruması kapsamı dışında ele alınması sonucunu doğurmaktadır.²³⁶

²³³ Bu yönde düşünen yazarlar için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 22, dn. 167. Japon Telif Hakları Kanununun 10/3. maddesinde, algoritmaların fikrî hukuk korumasından yararlanamayacağı açıkça ifade edilmektedir. *Karjala’ya* göre, bilgisayar programları bilgisayar talimatlarının bileşkesi iken, algoritmalar bu talimatları birbirine bağlama metodudur. Başka bir deyişle, algoritmalar programı yapma metodudur. Akış şemasında ifade edilen programın organizasyon ve yapısı ise, istenen sonucu elde etmek için belirli talimatları bağlamak amacıyla detaylı bir kod meydana getirmeye yarayan bir çerçevedir. Bkz. Karjala, US and Japan, s. 914.

²³⁴ Johnson, s. 281-285. Türk Hukukunda aksi yönde görüş için bkz. Arıkan, Bilgisayar, s. 17.

²³⁵ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 91; Aksu, s. 50-56; Yusufoglu, s. 52; Ateş, Eser, s. 155-156. Eroğlu ise, karmaşık nitelikte algoritmaların, diğer koşulların da bulunması durumunda, hususiyet şartını taşıdıkları takdirde korumaya dahil olması gerektiği görüşündedir. Yazar’a göre, algoritmanın koruma kapsamında kalıp kalmadığı hususu her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bkz. Eroğlu, s. 46-47. Bilgisayara yönelik aritmetik kural niteliğinde olan algoritmalar, bilimsel bir teorinin iç parçası olduğundan Alman hukukunda fikrî hukuk korumasından yararlanamamaktadır. Bkz. Steckler, s. 295.

²³⁶ Johnson, s. 281-282; Aksu, s. 117.

Mehaz Direktifin Önsözünde de fikrî hukukun genel prensibine uygun olarak algoritmaların düşünce ve ilkeleri oluşturdukları ölçüde, fikrî hukuk korumasından yararlanamayacakları ifade edilmektedir. Direktifin Avrupa Komisyonunca hazırlanan ilk taslağının 1/3. maddesinde programı meydana getiren algoritmaların koruma kapsamında yer almadığı açıkça düzenlenmiş idi. Komisyon bu düzenlemeyi öngörürken, algoritmaları, bir şair ya da yazarın edebi bir eser meydana getirirken yararlandığı kelimeler ile eş değerde görmüştür.²³⁷ Komisyona göre, algoritmaların üzerine bina edilen modüller, yordam ya da alt yordamlar bir bütün olarak, gerekli orijinallik ölçütünü taşıdıkları takdirde algoritmalarından oluşan derleme eser olarak fikrî hukuk korumasından faydalanabilecektir. Ancak Komisyonun, mantık, algoritmalar ve programlama dillerinin korumanın kapsamı dışında olduğuna ilişkin düzenlemesi AT Ekonomik ve Sosyal Komitesi ile Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmemiştir. Bunun yerine, Direktifin 1. maddesinin 2. fıkrasındaki düşünce ve ifade arasındaki ayrım genel olarak yapılmış ve korumanın ifadeye hasredilmesi sistemini benimsemiştir. Komiteye göre, mantık ve algoritmalar yeterince açık terimler olmayıp, zamanla değişimleri kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple, gelecekte bu terimler gereksiz tartışmalara ve karışıklıklara neden olabilecektir.²³⁸ Doktrinde, Direktifin 2. maddesindeki genel düzenleme ile Önsözün 14. paragrafındaki düzenlemeden hareketle, Direktifin, algoritmaların düşünce niteliğinde olmadıkları müddetçe fikrî hukukça korunabileceği, en azından bu hususun mahkemede iddia edilebileceği ileri sürülmüştür.²³⁹ Gerçekten lafzî yorum yapıldığında, Direktifin bu hükümleri, *Derclaye'nin* yorumuna kanımızca elverişli niteliktedir.

FSEK'in "tanımlar" kenar başlıklı 1/B maddesinin (d) bendinde derleme eserin tanımı yapılmaktadır. Buna göre derleme eser, "özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri" ifade etmektedir. *Johnson'un* yukarıda değinilen Amerikan Hukukundaki yaklaşımı

²³⁷ Komisyon bu görüşü için bkz. Direktif taslağın Açıklayıcı Memorandumu'nun 2.4. paragrafı.

²³⁸ Waters/Leonard, s. 124-125.

²³⁹ Bu yönde görüşler için bkz. Derclaye, Part I, s. 13; Dreier, s. 320. Dreier'e göre ise, Direktif mantık, algoritma ve programlama dillerini, düşünce ve prensip niteliğinde olmamaları koşuluyla fikrî hukuk koruması kapsamı dışında tutmamaktadır. Ancak buna karar verirken her olayın koşulları ayrı ayrı göz önüne alınmalıdır.

kanımızca Türk Hukuku bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Buna göre, tek başına bir algoritma fikrî hukuk korumasından yararlanamasa dahi, eser sahibinin hususiyetini taşıması koşuluyla, belirli bir düzen dahilinde bir araya getirilen algoritma grubunun derleme eser olarak fikrî hukuk korumasından yararlanması mümkün olmalıdır. Ancak fikrî hukukun düşünceyi değil ifadeyi koruduğu genel prensibinden hareketle, algoritmalar bilgisayar programının bir unsuru olarak Türk Hukuku bakımından fikrî hukuk korumasından yararlanamayacaktır. Zira, FSEK'in 2. maddesinin son fıkrasında, bilgisayar programının herhangi bir unsuruna temel oluşturan fikir ve ilkelerin eser sayılamayacağı hükme bağlanmış ve anılan maddenin gerekçesinde de algoritmanın korumadan yararlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir.²⁴⁰ Bu durum karşısında konu Türk Hukuku bakımından tartışmalı olmaktan çıkmıştır.

B. Kullanıcı Arayüzleri

Kullanıcı arayüzleri, bilgisayar ile kullanıcıyı karşı karşıya getiren, bunların haberleşmelerini temin eden, kullanıcıya komutlar verip çıktılar almasını ve bilgisayarın, verilen komutlar doğrultusunda işlem yapmasını sağlayan program bölümleridir. Bilgisayar ile kullanıcı arasındaki bu ilişki, bazen kullanıcının bir tuşa basıp komut vermesiyle olabileceği gibi, hiçbir işlem yapılmaksızın programın çalışmasıyla beraber otomatik olarak ekrana bazı resim ve seslerin gelmesinde olduğu şekilde işitsel ya da görsel bir şekilde de olabilmektedir.²⁴¹ Bu sebeple kullanıcı arayüzü terimi, programın menüleri, dizimi, yapısı ve organizasyonu, programın çıktısı, ekran görüntüleri, sesleri gibi programın edebi olmayan unsurlarını içermektedir. Görüldüğü gibi, kullanıcı arayüzü terimi oldukça geniş kapsamlı olup, bunların her birinin fikrî hukuk kapsamında korunup korunmayacağının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.²⁴²

²⁴⁰Durmuş, s. 25.

²⁴¹Yabancı doktrinde ara yüzlerin programların “look and feel” unsurunu oluşturduğu ileri sürülmüştür. “Look” ya da Türkçeye “görünüm” olarak çevrilebilecek tabir ile kastedilen, programın çalıştırıldığı esnada son kullanıcıya sunulan görünümüdür. “Feel” ya da “hissetme” tabiri ile anlatılmak istenen ise, programın, çalıştırıldığında içerisinde barındırdığı çok sayıda komut ve menüleri kullanan kullanıcıda bıraktığı izlenimdir. Bu konuda geniş açıklama için bkz. Bandey, s. 88-89.

²⁴² Sherman/Sandison/Guren, s. (203) 39-40.

Bilgisayar program endüstrisinde kullanıcı arayüzleri büyük öneme sahiptir. Gerçekten bir program ne kadar etkili, işlevsel veya fonksiyonel olursa olsun, kullanıcı ara yüzünün karmaşıklığı ya da zorluğu gibi nedenlerle piyasada yeterli talep görmeyebilir. Öte yandan, yeterli fonksiyon ve işleve sahip olmayan bir program da, sırf kullanıcıya hitap eden ara yüzünün basitliği ya da çekiciliği nedeniyle daha fazla talep görebilir. Bunun gibi, piyasaya değişik programlar süren bir program üreticisi, söz konusu programlarda kullandığı basit ve kullanışlı arayüzleri sayesinde, kullanıcıları, yeni piyasaya sürdüğü programları almaya sevk edebilecektir. Zira kullanıcılar, nasıl kullanılacağına, diğer bir deyişle, arayüzlerine alışık oldukları programları üreten program şirketinin ürünlerini almayı daha fazla tercih edecektir. Bu nedenlerden dolayı program şirketleri açısından arayüzlerinin başka şirketler tarafından kullanılmaması; diğer şirketler açısından da, piyasada sırf arayüzlerinden dolayı daha fazla talep gören programların arayüzlerine benzer arayüzler meydana getirebilmeleri önem arz etmektedir.²⁴³

Kullanıcı ara yüzleri bilgisayar programının fikrî hukuk tarafından korunan kapsamı içinde yer almakta mıdır, yoksa ayrı birer eser olarak mı korunacaktır? Fikrî hukuk düşünceyi değil de, fikrî ifade edilmiş şeklini koruduğuna göre, kullanıcı arayüzünün, kullanıcı ile bilgisayar arasında bağlantıyı sağlayan hangi unsurları bu korumadan yararlanacaktır? FSEK'in 2. maddesinin son fıkrasında yer alan, "Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, arayüzlere²⁴⁴ temel teşkil eden düşünce ve ilkeler fikrî hukuk tarafından korunmayacaktır. Bununla beraber, kullanıcı arayüzlerinin hangi unsurlarının düşünce, hangi unsurların ifade olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Bilgisayar programlarında büyük öneme sahip olan kullanıcı arayüzlerinin fikrî hukukta korunup korunmayacağı hususu özellikle Amerikan doktrininde ve mahkeme kararlarında yoğun bir şekilde tartışılmıştır.

²⁴³ Bandey, s. 87-88; Bainbridge, Software, s. 100.

²⁴⁴ Kaypakoğlu'nun bizim de katıldığımız görüşüne göre, maddede tekil olarak "arayüz" kelimesi kullanılmış ise de, bir bilgisayar programında birden fazla arayüz kullanıldığı göz önüne alındığında burada tekil ifade kullanılmış olması yerinde değildir. Nitekim bu hata kanımızca kanuni düzenleme yapılırkenki tercüme hatasından kaynaklanmaktadır. Zira, Mehaz Direktif'in 1. maddesinin 2. fıkrasında "interfaces" tabiri kullanılmıştır. Kaypakoğlu, s. 67.

Kullanıcı arayüzünün fonksiyonel unsuru -kullanıcının klavyenin herhangi bir tuşuna basıldığında programın bir fonksiyon yerine getirmesi- fikrî hukuk korumasından faydalanamamaktadır.²⁴⁵ Nitekim bu husus, *Digital v. Softklone*²⁴⁶ davasında Kuzey Georgia Bölge Mahkemesi kararında da ifade edilmektedir. Mahkeme bu kararda, bir programın kullanıcıdan komutları nasıl aldığı ve programın bu komutlara verdiği cevapların fikrî hukuk koruması sağlanmayan düşünce niteliğinde olduğunu; sadece bu komutların düzenlenmesi gibi sunum tarzının korumadan yararlanacağına hükmetmiştir.²⁴⁷ Görüldüğü gibi, Mahkeme bu kararda kullanıcı arayüzlerinin estetik görüntüye sahip görsel-işitsel (*audiovisual*) yönlerinin fikrî hukuk korumasından bağımsız olarak yararlanacağını kabul etmiştir. *Whelan* davasında da 3. Daire, davaya konu korunan ve ihlâl edilen programlar arasındaki, kod kopyalanması olmaksızın mevcut olan önemli benzerlikten hareketle programın edebi olmayan unsurlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağını, bunun tespitinin ise her davada fiilen yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁴⁸ Buna karşılık *Lotus v. Paperback*²⁴⁹ davasında ise 2. Daire, ekran görünümlerinin programın fikrî hukuk bakımından korunan unsurları arasında olmadığı hükmüne varmıştır. Aynı şekilde, Amerikan içtihat hukukunun en önemli ekran görünümü davalarından biri

²⁴⁵ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 91; Durmuş, s. 25.

²⁴⁶ *Digital Communications Associates v. Softklone Distribution Corp.*, 659, F.Supp. 449, 456 (N.D.Ga.1987). Bu davada Digital şirketi, büyük emek sarf edilerek hazırladığı ve kodların yoğun biçimde ekran görünümünde rol oynadığı Crosstalk isimli programının, herhangi bir kod kopyalanmamış olmakla beraber, Softklone şirketi tarafından piyasaya sürülen programda kesinlikle kopyalandığını iddia etmiştir.

²⁴⁷ Drexler, s. 29. *Whelan v. Jaslow* davasında, 3. Daire, programın yapısı, dizimi, ve organizasyonunu, onun ifadesi olarak, dış laboratuvarının idaresinin kontrolü fonksiyonunu ise düşünce olarak kabul etmişti. Bu karar ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Kravetz, s. 53-55. *Digital v. Softklone* kararı da Whelan kararı ile belirli ölçüde yakınlık arz etmektedir. Bu husus ünlü *Baker v. Selden* kararında da ele alınmış ve mahkeme, kullanıcı arayüzlerinin fonksiyonel unsurlarının, ne kadar yaratıcı olursa olsun ya da aynı sonucu elde etmeyi sağlayan kaç tane yol olursa olsun, fikri hukuk koruması kapsamında yer almadığı sonucuna varmıştır. (101 U.S. 99 (1980)) Ancak *Applied Innovation, Inc. v. Regents of the University of Minnesota*, 876 F. 2d 626 (8 th Cir. 1989), *Educational Testing Service v. Katzman*, 793 f. 2d 533 (3rd Cir. 1986) gibi diğer bazı davalarda ise kelime ya da sembollerle ifade edilen ölçme araçlarının (measurement tools), tamamen fonksiyonel özelliklerine rağmen fikri hukuk korumasından yararlanacakları kabul edilmiştir. Bkz. Karjala, US and Japan, s. 917, dn. 38.

²⁴⁸ *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratories.*, 797 F. 2d 1222 (3 rd Cir. 1986). Benzer bir yaklaşım Broderbund Software, Inc. v. Unison World, Inc. davasında da (648 F. Supp. 1127 (N.D. Cal. 1986)) benimsenmiştir. Bu davada da Mahkeme, Whelan davasındaki prensiplerden hareketle, fikrî hukuk korumasının sadece bilgisayar programlarının edebi yönlerini kapsamayıp, bunun yanında programın görsel-işitsel görünümünü de dahil genel yapısını da içerdiği sonucuna varmıştır. Bkz. Miyashita, s. 57-58.

²⁴⁹ *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International*, 740 F Supp. 37 8D. Mass. 1990)

olan *Apple v. Microsoft (III)*²⁵⁰ davasında da, *Whelan* kararından farklı, ancak *Lotus v. Paperback* davası ile aynı yönde sonuca ulaşmıştır. Bu davada Mahkeme, Apple Computer tarafından geliştirilen Macintosh ekran görünümünün farklı özelliklerinin incelenmesi neticesinde, çoklu pencere ve ikonların, menülerin kullanımı ve nesnelerin ekranda açılıp kapanmalarının fikrî hukukun koruması kapsamı dışında kalan düşünce niteliğinde olduğuna, bu nedenle Microsoft Windows 2.03'te var olduğu iddia edilen benzerliklerin bir ihlâl oluşturmadığına hükmetmiştir.²⁵¹ Amerikan Mahkemelerinin farklı kararlarından anlaşılacağı üzere, kullanıcı arayüzlerinin görsel-işitsel yönlerinin bilgisayar programının bir unsuru olarak fikrî hukuk korumasından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır.

İngiliz Hukukunda ise, kullanıcı arayüzleri ve komut yapılarının, bir eserde bulunması gereken orijinallik ölçütüne haiz olmaları durumunda, bir taraftan kendi türüne göre ayrı bir korumadan faydalanmaları mümkün iken diğer taraftan bilgisayar programının edebi olmayan unsuru olarak da fikrî hukuk korumasından yararlanmaları mümkün görülmektedir.²⁵²

Sonuç olarak, kullanıcı arayüzleri Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun açık düzenlemesi karşısında program kapsamında fikrî hukuk korumasından

²⁵⁰ *Apple Computer Inc. v. Microsoft*, 799 F. Supp 1006, 1020 (N.D. Cal.1992)

²⁵¹ Drexler, 18-32. Amerikan Hukukunda, kullanıcı arayüzlerinin hangilerinin fikrî hukuk koruması kapsamında yer alıp almadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken faktörler hakkında geniş bilgi için bkz. Mueller, s. 48-55. *Karjala* da kullanıcı arayüzlerinden olan ekran görüntülerinin görsel-işitsel eserler ve derlemeler çerçevesinde korunan eserler kapsamında değerlendirilebileceği görülmüştür. Bkz. *Karjala*, US and Japan, s. 917.

²⁵² Bandey, s. 110. Ekran görüntülerinin fikrî hukuk korumasından ne ölçüde yararlanıp yararlanmayacağı hususu İngiliz hukukunda *John Richardson Computers Ltd. v. Flanders* [1993] FSR 497 davasında incelenmiştir. Bu davada davacı, eczacılara, ilaçları adlandırma ve ilaçların envanterini tutmayı sağlayan ve BBC programlarında çalışabilen assembly kodunda geliştirilmiş bir programda fikrî haklarının ihlâlini ileri sürmüştür. Davalı, daha önce davacıya bağlı olarak çalışan baş programcı statüsünde çalışmış olup, IBM bilgisayarlarında çalışmak üzere kaynak kodunda rakip bir program geliştirmiştir. Davacı kendi programının kodlarının davalı tarafından kopyalanmadığını ancak bazı yordamların kişisel ayrıntıları da dahil programın genel görünümünün kopyalandığını iddia etmiştir. Görüldüğü üzere dava genel olarak bilgisayar programının edebi olmayan kopyalanması iddiasına dayanan bir davadır. Mahkeme yargılama sonucunda, ekran görüntülerinin başlı başına fikrî hukuk korumasından yararlanabilecek edebi bir eser olmadığını, programın bir ürünü olduğunu, görsel bir kullanıcı arayüzü olan ekran görüntülerinin fotoğraf ya da film gibi sanat eseri olarak ayrı fikrî hukuk korumasından yararlanabileceğini, diğer bir ifadeyle bu arayüzlerin bilgisayar programı olarak değil de kendi türüne göre fikrî hukuk korumasından faydalanabileceğini belirtmiştir. Söz konusu dava ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Aplin, s. 40. Aynı yönde görüş için bkz. Bainbridge, *Software*, s. 95.

yararlanamamaktadır. Bununla beraber, görsel-işitsel unsurlar, estetik niteliğinin fonksiyonel niteliğine göre baskın olması halinde, kendi türüne göre fikrî hukuk korumasından faydalanabilmelidir.²⁵³ Şu halde, grafiksel yapı arz eden kullanıcı arayüzleri, gerekli şartları taşımaları koşuluyla güzel sanat eseri olarak korunabilecektir. Yine, ikon ve menüler gibi grafiksel nitelikte kullanıcı arayüzleri de, yeni ve ayırt edici özellik taşımaları koşuluyla tasarım olarak korunabilecektir.²⁵⁴ Ancak, ekran görüntülerinin sıralanması ile ekran görünümündeki metinler ve komutların etkin bir şekilde kullanımı mümkün kılacak sınırlı sayıda dizim yolunun bulunduğunu gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Böyle durumlarda ise, ekran görüntüleri ve kullanıcı arayüzleri artık düşünce aşamasında kalıp ifade seviyesine ulaşamayacaklarından fikrî hukuk koruması kapsamında yer almamalıdır.²⁵⁵

§8. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİ VE HAKLARI KULLANMAYA YETKİLİ SAYILAN KİŞİLER

I. GENEL OLARAK

Günümüzde genelde bir ya da birkaç kişi tarafından meydana getirilen diğer fikrî eserlerin aksine modern bilgisayar programları artık geniş bir ekip çalışmasının ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazen bir programı geliştirmek için birkaç ayrı grup

²⁵³ Derclaye, Part II, s. 67, Ateş, Eser, s. 155; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 91. Topaloğlu, bu şartın pek çok olayda gerçekleşmeyeceği göz önüne alındığında kullanıcı arayüzlerinin fikrî hukuk korumasından ancak çok sınırlı hallerde yararlanmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Aynı Eser, s. 91.

²⁵⁴ Ateş, Eser, s. 155; Suluk/Orhan, s. 253.

²⁵⁵ *Damman'a* göre, ekran görünümü ve ekrandaki metinlerin konumlandırılmasının fikrî hukuk kapsamında korunmamasının peşinen kabul edilmesi, bilgisayar endüstrisinde standartlaşmayı beraberinde getirecektir. Zira bu sayede, bilgisayar kullanıcıları ekran görüntülerinin genel karakteristik özelliklerine alışacak ve bilgisayar kullanma yeteneklerini programların diğer fonksiyonel özelliklerine yoğunlaştırabileceklerdir. Aynı şekilde program geliştiricileri de, geliştirdikleri programların fonksiyonel işlevlerini düzenli olarak geliştirmeye önem vereceklerdir. Çünkü böyle bir durumda program geliştiricileri yeni getirdikleri işlevlere kullanıcıların alışıp alışamayacakları kaygısını taşımayacaklardır. Oysa ki ekran görünümü ve ekrandaki metinlerin konumlandırılmasının aksi kanıtlanabilir bir karine olarak kabul edilmesi, standartlaşmanın önünü engelleyebilecek, ancak bunun yanı sıra bunların gerçekten fikrî hukuk korumasından yararlanmayı hak edecek niteliğe sahip olmaları durumunda fikrî hukuk korumasından yararlanmalarını sağlayabilecektir. Gregory C. Damman, "Copyright of Computer Display Screens and Suggestions", *Computer/Law Journal*, Vol. IX, 1989, 445. Kanımızca *Damman'ın* ileri sürdüğü ikinci görüşün kabulü yerindedir. Kullanıcı arayüzü olarak da kabul edilebilecek ekran görüntülerinin fikrî hukukun genel ilkelerinden hareketle korumadan yararlanabileceklerinin kabulü menfaatler dengesine daha uygun bir çözüm tarzı olacaktır.

programcı ya da birkaç şirket bir araya gelebilmektedir.²⁵⁶ Bu ekibe dahil olan programcılar çoğu zaman o programı ticarî dolaşıma sokan bir firma ya da tüzel kişinin çalışanı durumunda olmaktadır. Programı piyasadan satın alan kimseler ise, o programı geliştiren kimsenin adından ziyade, programın adına ve onu yayımlayan firmaya dikkat etmektedirler. İşte birden çok şahıs tarafından meydana getirilen programlarda kimin eser sahibi sayılacağı, işveren ya da tüzel kişinin de eser sahibi olup olmadığı hususlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.²⁵⁷

Fikrî hukukta hakkın konusunu, sahibinin hususiyetini taşıyan eserler oluşturmaktadır. FSEK'in "Tanımlar" kenar başlıklı 1/B maddesinde eser sahibi, "Eseri meydana getiren gerçek kişiyi... ifade eder" şeklinde tanımlanmaktadır.²⁵⁸ Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasında ise, eseri meydana getiren o eserin sahibi olduğu hükme bağlanmıştır. Eser sahibi doktrinde, "yaratıcı gücünün özelliğini meydana getirdiği fikir ürününe yansıtan şahıstır" şeklinde tanımlanmaktadır.²⁵⁹ Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, bir eser meydana getiren şahıs, sadece bu eylemi sayesinde eser sahibi olmaktadır. Bu sayede meydana getirilen eser üzerindeki tüm hakların sahibi olmaktadır. O halde eser sahibi sayılmak için ve eser üzerindeki hakların doğumu için, bu konuda bir iradede bulunulmasına gerek olmadığı gibi tescil, beyan, kayıt vs. gibi herhangi bir hukukî işleme de ihtiyaç bulunmamaktadır. Eser sahipliği eserin meydana getirilmesi sonucu kendiliğinden ve herhangi bir iradeye gereksinim göstermeksizin fiilî bir durum sonucu ortaya çıktığından, fiil ehliyetine sahip olmayanlar dahi, eser niteliğini haiz bir fikrî ürünü meydana getirdikleri takdirde eser sahibi olmaktadır. Eser sahipliği konusunda Alman doktrinde ileri sürülüp, Fransız ve İsviçre hukukunda da benimsenen "yaratma gerçeği ilkesi" ortaya atılmıştır. Bu ilke "fikrî hakların sadece yaratma olgusuyla yaratan şahsa aslen kazandırılması" olarak açıklanmaktadır.²⁶⁰

²⁵⁶ Erel, Bilgisayar, s. 145; Bandey, s. 125.

²⁵⁷ Erel, Bilgisayar, s. 145.

²⁵⁸ İngiliz 1988 tarihli Telif Hakları, Patent ve Tasarımlar Kanununun 7. maddesinde eser sahibi, onu meydana getiren kişi olarak tanımlanmaktadır.

²⁵⁹ Tanım için bkz. Erel, Fikir, s. 69. Aynı yönde tanım için ayrıca bkz. Cem Baygın, Fikrî Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Malî Hakları Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler, Prof. Dr. Ömer Teoman'A 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 145.

²⁶⁰ Erel, Fikir, s. 69; Ayiter, s. 90; Aynı yöndeki görüşler için bkz.; İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 2. Bası, Ankara 1977, s. 35; Arslanlı, s. 62-63; Baygın, s. 145-146.

Fikrî bir faaliyeti gerektirdiğinden, bir eser ancak bir insan tarafından meydana getirilebilir. Yaratma gerçeği ilkesi çerçevesinde bir eserin sahibi, ancak onu meydana getiren gerçek kişi olabilir. Dolayısıyla eser üzerindeki tüm manevî ve malî haklar kural olarak eseri meydana getiren gerçek kişiye ait bulunmaktadır. O halde tüzel kişiler, organlarını teşkil eden gerçek kişilerin fikrî faaliyetleri dışında herhangi bir eser meydana getiremez, başka bir deyişle meydana gelen bir eserin sahibi olamazlar.²⁶¹ Zira tüzel kişiler, hukukî işlem ve eylemlerini ancak organlarını oluşturan gerçek kişiler eliyle yapmaktadırlar. Öte yandan, eser üzerindeki hakların kazanılmasında irade söz konusu olmadığından temsil yoluyla da eser sahibi olunması mümkün değildir.²⁶² FSEK'in 1. maddesine 4630 sayılı Kanunla eklenen 1/B maddesinde, eser sahibinin gerçek kişi olacağı açıkça düzenlendiğinden, Türk pozitif hukuku bakımından, bu konunun tartışılabilir olmaktan çıktığı söylenebilir.²⁶³

Eser sahipliği, eserin meydana getirilmesi ile kendiliğinden doğduğundan, sonradan eser sahipliği statüsünün devredilmesi de mümkün değildir. Doktrinde buna “eser sahipliğinin devredilmezliği ilkesi” denilmektedir. Bununla beraber, eser sahipliğinden doğan ve sahibine eserden ekonomik olarak yararlanma konusunda inhisarî nitelikte yetkiler veren malî hakların devredilmesi ise her zaman imkân dâhilindedir.²⁶⁴

²⁶¹ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 119.

²⁶² Erel, Fikir, s. 69; Tekinalp, s. 133; Baygın, s. 145. AT Konsey Direktifinin 2. maddesinde de, bir programın eser sahibinin, o programı meydana getiren gerçek kişi ya da kişilere, üye ülke mevzuatlarının izin vermesi durumunda da mevzuatta hak sahibi olarak gösterilen tüzel kişilere ait olduğu belirtilmektedir.

²⁶³ Kanunî düzenleme böyle olmakla beraber, fikir ve sanat eserlerini içeren yapımlar üzerinde hak ihdas etmek amacı taşımaksızın malî ve manevî hak sahiplerinin söz konusu haklarının ihlâl edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla eserlerin ve yapımların kayıt ve tescilinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla 5846 sayılı Kanuna dayanılarak “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır. (17.05.2006 tarih ve 26171 sayılı RG) Anılan Yönetmeliğin “Tanımlar” kenar başlıklı 4. maddesinin (ç) bendinde eser sahibi “Eseri meydana getirenleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen çalıştırıcı ve tayin edenleri ve 19 uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen mirasçıları” ifade eder şekilde, Kanunun açık hükmüne aykırı bir biçimde tanımlanmıştır.. Kanımızca, Yönetmelikte yapılacak bir değişiklikle, 18 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen çalıştırıcı ve tayin edenler, hakkı devralanlar bakımından hak sahibi, devralmamış olanlar açısından hakkı kullanmaya yetkili şahıs ya da 19 uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen mirasçılar açısından ise hak sahibi olarak gösterilmelidir.

²⁶⁴ Baygın, s. 146.

Eser sahipliği ve dolayısıyla eserden doğan hakların sahibi olma imkânı kural olarak gerçek kişi olan eser sahiplerine ait olmakla beraber, eser sahipliğine bağlı bulunan bir kısım malî hakların belirli durumlarda eserin meydana getirildiği anda, onu meydana getiren dışında başka kişilere ait olabileceği kabul edilmektedir.²⁶⁵ Başka bir deyişle, eser sahibi dışında bazı kimselerin kanundan dolayı eser üzerindeki malî haklara sahip olmaları kabul edilmektedir. Biz de bu kısımda bilgisayar programlarında eser sahibi ve bilgisayar programları üzerinde malî hakları kullanmaya kanunen yetkili olan şahısları ayrı ayrı inceleme konusu yapmaktayız.

II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİ

A. Bir Şahıs Tarafından Geliştirilen Bilgisayar Programlarında

Yukarıda açıklandığı üzere, gerek fikrî hukukun genel ilkelerinden çıkarıldığı, gerek FSEK'in 1/B maddesinde yer alan açık düzenleme ile ifade edildiği üzere, eser sahibi onu meydana getiren gerçek kişidir. Bir şahsın eser sahipliği ise, bir eserin meydana getirilmesine, başından sonuna kadar fikrî çaba göstermek suretiyle başka bir şahsın dahlinin olmadığı eserlerde söz konusu olmaktadır. Buna göre, bir bilgisayar programı başından sonuna kadar bütünüyle bir kişinin fikrî faaliyetinin sonucu meydana getirilmiş ve bundan dolayı program sadece bir kişinin hususiyetini yansıtmakta ise, bir kişinin eser sahipliği söz konusudur.

Bilgisayar programının türüne ve kapsamına göre onun meydana getirilmesi sırasında, bir şahsın, başka kimselerin yardımından faydalanması her zaman mümkündür. Bununla beraber, bu kişiler programın meydana getirilmesine kendi şahsi özelliklerini yansıtmaksızın yardım ve katkıda bulunmuşlar ise, onların eser sahibi olduğundan söz etmek mümkün değildir.²⁶⁶ Bu durumda programın sahibi, yine, onu geliştiren tek kişidir.

²⁶⁵ Erel, Fikir, s. 70

²⁶⁶ Erel, Fikir, s. 71.

B. Birden Çok Şahıs Tarafından Geliştirilen Bilgisayar Programlarında

1. Genel Olarak

Bilgisayar programının kapsamı ve kendisinden beklenen işlevi bazen o kadar geniş olabilir ki, o program, bir kişinin fikrî çabası sonucu meydana getirilemeyebilir ve çok sayıda şahsın fikrî çabalarının birleştirilmesini gerektirebilir. Bazı durumlarda ise, eser sahipleri kendileri tarafından meydana getirilen ve birleştirildiğinde daha yararlı ve işlevsel olabileceklerini düşündükleri programları birleştirmeye karar verebilirler. Teknoloji ve sanatın hızla geliştiği, kültürel ihtiyaçların her geçen gün artmakta olduğu günümüzde bu durum aynı zamanda ihtiyaç haline de gelmiş durumdadır. Nispeten daha sınırlı sayıda yazar tarafından meydana getirilebilen diğer edebi eserlerden farklı olarak, günümüzde artık geniş çaplı bilgisayar programları çok sayıda programcı grupları tarafından geliştirilmektedir. İşte bu durumlarda, birden fazla kişi tarafından meydana getirilen programların sahibinin kim olacağı sorunu doğacaktır.

Birden fazla şahsın hususiyetini taşıyan eserler ya baştan itibaren ayrılmaz bir bütün oluşturacak şekilde meydana getirilmiş olabilmekte ya da birbirinden ayrı ve bağımsız olan değişik eserler, eser sahiplerinin iradeleriyle meydana getirilirken veya tamamlandıktan sonra, tek ve yeni bir eser meydana getirecek şekilde birleştirilmiş olabilmektedir. İşte birden çok kişinin aynı eserin sahibi oldukları bu durum, eşya hukukundaki toplu mülkiyet rejimine benzetilmekte ve doktrinde ona göre bir ayırım yapılmaktadır. Ayrılmaz bir bütün teşkil edecek şekilde meydana getirilen eserin sahipliğine, iştirak halinde mülkiyete benzetilerek “iştirak halinde eser sahipliği”, farklı eserlerin bağımsızlıklarını belirli ölçüde korumak suretiyle sonradan birleştirildikleri eserlerin sahipliğine ise müşterek mülkiyete benzetilerek “müşterek eser sahipliği” denilmektedir.²⁶⁷ Kanundaki düzenlenme sırasına bağlı kalarak birden çok eser sahipliği hallerini aşağıda ayrı ayrı inceleyeceğiz.

²⁶⁷ Erel, Fikir, s. 71.

2. Bilgisayar Programlarında Müşterek Eser Sahipliği

FSEK'in 9. maddesi hükmü “Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm malî hakların kullanılmasında da uygulanır.” şeklindedir.

Anılan maddenin 1. fıkrasında, ayrı ayrı ve tek başlarına değerlendirilmeleri ve fikrî haklara konu olabilmeleri mümkün olan birden çok bağımsız eserin, sahiplerinin rızalarıyla tek bir eser halinde birleştirilmelerine imkân tanınmaktadır. Doktrinde baskın görüş, bu durumu müşterek eser sahipliği olarak adlandırmaktadır.²⁶⁸ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ise, bu konuyu 9. maddede “eser sahiplerinin birden fazla oluşu” kenar başlığı ile ele alıp düzenlemektedir. Bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz iştirak halinde eser sahipliğinde de, nihayetinde eser sahiplerinin birden fazla olma durumu söz konusu olduğundan, maddenin kenar başlığının yerinde seçilmiş olmadığı kanısındayız. Bu kenar başlığın maddenin içeriğini kapsar şekilde ve doktrinde baskın olarak kabul edildiği üzere “müşterek eser sahipliği” olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır. Biz de çalışmamızda, “müşterek eser sahipliği” kavramını tercih etmekteyiz.

Müşterek eser sahipliği, eser sahiplerinin birbirinden bağımsız eserlerin tekrar ayrılabilir tarzda birbirlerine bağlanmak hususundaki ortak iradesi ile doğmaktadır. Burada amaç, ortak bir çalışma ile bir eser meydana getirmek olmayıp, mevcut eserlerin birbirine bağlanmasıdır. Anılan durumda birden çok şahıs tarafından meydana getirilen ve daha sonra birleştirilen yeni eserin bölümlerini oluşturacak olan eserler, asıl eser halinde bir araya getirilinceye kadar bağımsız birer eser niteliğini korumaktadırlar. Başka bir deyişle, müşterek eser sahipliğinden söz

²⁶⁸ “Müşterek eser sahipliği” olarak adlandıranlar için bkz. Erel, Fikir, s. 75-77; Hirsch, Fikrî Say, s. 85; Arslanlı, 71; Öztrak, s. 48; Yarsuvat, s. 84. Kılıçoğlu bu kavramı anlatmak için “paylı eser sahipliği” tabirini kullanmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 181-182.

edilebilmesi için, birden çok bölümden oluşan bir fikir ve sanat eserinin mevcudiyeti, bu eserin her bölümünün bağımsız bir varlığa ve tek başlarına “eser” niteliğini haiz olması ile bu bağımsız eserlerin birden fazla şahıs tarafından meydana getirilmiş olması gerekmektedir.²⁶⁹ Bu açıklamalar çerçevesinde 9. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeye bakıldığında, burada kullanılan “Birden fazla kimsenin birlikte vücuda getirdikleri eserin” tabirindeki “birlikte” kelimesinin yanlış kullanıldığı anlaşılmaktadır. Zira açıklandığı gibi, bu eser sahipliğinde, birden fazla eser sahibi birlikte bir eser vücuda getirmiyor, daha önceden bağımsız olarak meydana getirilmiş eserlerini, tekrar ayrılabilir surette bir araya getiriyorlar.²⁷⁰ O halde müşterek eser sahipliğinde en az iki şahsın meydana getirdiği bağımsız eserlerin bir araya getirilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Buna göre, bir şahsın meydana getirdiği üç ayrı ve bağımsız eser ile bir başka şahsın meydana getirdiği tek bağımsız eserin bir araya getirilmesi sonucu müşterek eser sahipliğinin doğması mümkündür.

Bu şekilde meydana getirilen eserlerde önemli olan husus, bütünü meydana getiren bölümlerin kendi başlarına ayrı ayrı fikrî haklara konu olabilmesi ve bunların iktisaden değerlendirilebilme olanaklarının bulunmasıdır. Bu imkânın fiilî olarak kullanılıp kullanılmadığı veya bağımsız her bir bölümün eserin tümüne olan katkılarının nitelik ya da yoğunluğu önemli değildir. Aynı şekilde, bu bölümlerden bazıları ayrıldıktan sonra, eserin tümünün değerini kaybedip kaybetmediği de önem taşımamaktadır.²⁷¹

Kanundaki müşterek eser sahipliği, paylı mülkiyete benzer şekilde düzenlenmiştir.²⁷² Bundan dolayı da Medeni Kanunun paylı mülkiyete ilişkin

²⁶⁹ Erel, s. Fikir, s. 75-76. Sayın *Erel*, söz konusu eserinde müşterek eser sahipliğini, Osmanlı İmparatorluğunun kuruluş ve yükselme devirleriyle, gerileme ve çöküş dönemlerinin farklı tarihçiler tarafından kaleme alınıp, hepsinin “Osmanlı Tarihi” adı altında ve tek bir eser halinde yayımlanması veya birden çok modacının meydana getirdiği elbise modellerinin defilede tek bir koleksiyon halinde sunulmasını ya da bir sinema eseri için film müziğinin bestelenmesini örnek vererek konuyu somutlaştırmaktadır.

²⁷⁰ Tekinalp, s. 139; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 181; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 81-82.

²⁷¹ Erel, Fikir, s. 76; Ayiter, s. 99.

²⁷² Erel, Fikir, s. 77; Hirsch, s. 85. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 688. maddesinde paylı mülkiyet, birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Paylı mülkiyette birden fazla şahıs bir eşyanın tamamına paylı olarak ve bu malı maddi olarak paylaşmaksızın malik olmaktadırlar. Paylı mülkiyet konusunda daha geniş bilgi için bkz. Şeref Ertaş, Yeni Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve

hükümleri niteliklerine uygun düştüğü sürece müşterek eser sahipliğine kıyasen uygulanabilmelidir.²⁷³ Buna göre, herkes kendi meydana getirdiği bölüm üzerinde eser sahiplerine tanınan hakları bizzat kullanabilir. Ancak, eserin tümü üzerindeki haklar eserlerini birleştiren tüm eser sahiplerine aittir. Eser sahipliğinden doğan bu hakların kullanılmasına ilişkin kararların aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, oybirliği ile alınması gerekmektedir. FSEK'in 9. maddesinin 2. fıkrasında, oybirliği, malî hakların kullanılması ile manevî haklardan olan eserde değişiklik yapma ve yayımlama hakları açısından aranmaktadır.²⁷⁴ Her ne kadar kanunî düzenleme bu şekilde olsa da, doktrinde, eserin tümünü ilgilendiren manevî hakların kullanılması için de oybirliğinin gerekli olduğu kabul edilmektedir.²⁷⁵ Kanunda, müşterek eser üzerindeki hakların kullanımı için, eser sahiplerinden birinin diğer eser sahiplerinin katılımını isteyebileceği belirtildikten sonra, haklı bir neden olmaksızın bu hakkın kullanımına katılmadığı tespit edildiğinde, o hakkın kullanılmasına mahkemece izin verilebileceği öngörülmektedir.

Kendi eserleri bağımsızlıklarını muhafaza ettiğinden diğer eser sahipleri kabul ettiği sürece müşterek eser sahiplerinden her biri, kendi eserini ayırmak suretiyle müşterek eser sahipliğinden her zaman çıkabilir. Rıza gösterilmediği takdirde ise müşterek eser sahipliğinden ayrılma,²⁷⁶ Borçlar Kanununun fesih ve sözleşmeden dönmeyle ilişkin hükümleri uyarınca mümkün olabilecektir.

Müşterek eser sahipliği hakkında kanundaki düzenlemeler aynen bilgisayar programlarına da uygulanabilir niteliktedir. Buna göre ayrı ayrı ve tek başlarına değerlendirilmeleri ve fikrî haklara konu olabilmeleri mümkün olan birden çok bağımsız bilgisayar programı, sahiplerinin rızalarıyla tek bir program halinde birleştirdiklerinde, birleştirilen programların sahipleri arasında müşterek eser sahipliği statüsü doğmaktadır.

Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2002, s. 222-243. Yeni Medeni Kanun'da Eski Kanundan farklı olarak müşterek mülkiyet terimi yerine paylı mülkiyet teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁷³ Tekinalp, s. 140.

²⁷⁴ Arslanlı, s. 73; Öztrak, s. 44; Erel, Fikir, s. 77.

²⁷⁵ Bu görüş için bkz. Erel, Fikir, s. 77.

²⁷⁶ Tekinalp, s. 140.

3. Bilgisayar Programlarında İştirak Halinde Eser Sahipliği

FSEK'in 10. maddesinin 1. fıkrasında, birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumunda, eser sahibinin, onu meydana getirenlerin birliği olduğu hükme bağlanmıştır.²⁷⁷ Bu tür eser sahipliği için doktrinde baskın görüş, “iştirak halinde eser sahipliği”²⁷⁸ tabirini kullanırken diğer bir görüş de “eser sahipleri arasında birlik”²⁷⁹ tabirini kullanmaktadır. Doktrinde baskın görüş doğrultusunda biz de bu eser sahipliğini iştirak halinde eser sahipliği olarak adlandırıyoruz. Özellikle bilgisayar programlarında da söz konusu olan bu eser sahipliğinde, eserin meydana getirilmesinde birden çok şahsın sarf ettiği çabalar birbirine o kadar karışmaktadır ki, eserin niteliği bozulmadan onların birbirinden ayrılması mümkün bulunmamaktadır. Yine, eserin meydana getirilmesi için yapılan katkıların eserin tümünden ayrı bir şekilde tek başlarına eser olarak fikrî haklara konu olması mümkün değildir. Ancak bu durum, eserin özelliğinin de tek ve bölünmezliği manasına gelmemektedir. Zira birden çok kişinin ortaklaşa meydana getirdiği bir mimari projede, tabloda, heykelde veya bilgisayar programında, eseri meydana getirenlerin her birinin hususiyeti konunun uzmanlarınca ayırt edilebilir. Fakat, eserin ayırt edilebilen bu parçaları hiçbir şekilde bağımsız eser sayılamaz.²⁸⁰

Birden fazla kişinin fikrî çabalarını koyarak meydana getirilen bir eserde, her bir kişinin fikrî faaliyeti aynı yoğunlukta olmayabilir. Bu husus kendi hususiyetleri eserden anlaşılabilen iştirak halinde eser sahipleri arasında bir fark oluşturmaz.²⁸¹ Bununla beraber, 10. maddenin 3. fıkrasında, bir eserin meydana getirilmesinde yapılan teknik hizmetlerin ya da teferruata ait yardımların iştirak halinde eser sahipliğine yol açmayacağı düzenlenmektedir. O halde, örneğin bir güzel sanat eserin meydana getirilmesine sadece fikir vermek ya da eleştiride bulunmak suretiyle yardımda bulunmanın veya bilimsel içerikli bir kitabın

²⁷⁷ Direktifin 2. maddesinin 2. fıkrasında da, bir grup gerçek kişi tarafından meydana getirilen eserlerde hakların ortak sahip olunduğu belirtilmektedir.

²⁷⁸ İştirak halinde eser sahipliği tabirini tercih edenler için bkz. Erel, Fikir, s. 71; Hirsch, Fikrî Say, s. 87; Öztrak, s. 50; Yarsuvat, s. 85; Arslanlı, s. 67; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 82.

²⁷⁹ Eser sahipleri arasında birlik tabirini tercih eden görüş için bkz. Tekinalp, s. 141. Konunun düzenlendiği FSEK'in 10. maddesinin kenar başlığında da Kanun Koyucu “eser sahipleri arasında birlik” tabirini kullanmayı tercih etmiştir. Kılıçoğlu ise “elbirliği eser sahipliği” ve “eser sahipleri birliği” deyimini tercih etmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 182-192.

²⁸⁰ Erel, s. 72; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 82-83.

²⁸¹ Erel, Fikir, s. 72.

hazırlanması için, kaynak toplayarak destek olmak, iştirak halinde eser sahipliğine imkân sağlamaz.²⁸² Bilgisayar programlarında genellikle eser sahipliği, programın kodlarını yazan kimselere ait olduğundan, bir bilgisayar programının geliştirilmesine program kodlarının yazımı dışında, teknik destekte bulunmak, hataları belirlemeye yönelik testler yapıp bunları rapor etmek, donanım ile ilgili teknik destekte bulunmak tarzlarından bir ya da birkaçıyla katkıda sağlamak, o kimse ya da kimselere programın iştirak halinde eser sahipliğini sağlamayacaktır.²⁸³

Birden fazla şahıs tarafından geliştirilen bu tür bir bilgisayar programındaki eser sahipliğinde, programa yaratıcı fikrî çabalarıyla özellik katanların hepsi bir birlik oluşturmaktadır. Bundan dolayı eser sahipliği tek tek bu şahıslardan hiçbirine ait olmayıp, oluşturdukları birliğe ait olmaktadır. Burada, program geliştiricilerin her birinde, programın tamamlanmasına kadarki herhangi bir aşamada bulunması gereken, ortaklaşa çalışmaya yönelik bir iradenin mevcudiyeti aranmaktadır.²⁸⁴

²⁸² Erel, Fikir, s. 72. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 22.10.1992 tarihinde verdiği 1991/5141 Esas ve 1992/11254 Karar sayılı kararında, “Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyet Çağlarında Kazı Tarihi” isimli 12 ciltlik bir eserin hazırlanmasına yaratıcı çaba ve katkılarda bulunmayan, sadece eserin meydana getirilmesine devlet arşivlerinde tarama yaparak buldukları belgeleri zaman zaman tercüme de yaptırarak, davacılarından bir kısmının da Hamit tarafından hazırlanan yazıları daktilo ederek ve belge toplayarak yardımda bulunmalarına rağmen, bu şahıslara yerel mahkemece telif hakkı paylaştırılmasını hatalı bulmuştur. Bu karar için bkz. (YKD.Cilt 18, Sayı 12, Aralık 1992, s. 1849-1851) Benzer şekilde Yargıtay 11. HD de 22.01.2004 tarihli kararında, davacının “teknik hizmetler veya ayrıntıya ilişkin yardımlardan ibaret” olan katkısının eser sahipliğine vücut vermeyeceği kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 22.01.2004 T, 2003/6239 E., 2004/568 K. sayılı kararı, Suluk/Orhan, s. 171-172.

²⁸³ İngiltere’de *Fylde Microsystems Ltd. v. Key Radio Systems* [1998] FSR 449 davasında bu hususlar açıklanmaktadır. Bu davada, davacı telekomünikasyon araçları ile bunlara ilişkin bilgisayar yazılımları üreten ve pazarlayan bir şirket olup, davalı ise taşınabilir radyolar üreten ve ithal eden bir şirkettir. Bu iki şirket davalı tarafından satılacak yeni nesil radyolarda kullanılmak üzere yeni bir yazılım tasarımı konusunda anlaşmaya varmışlardır. Davacı tarafından açılan ihlâl davasında, davacının söz konusu programın kodlarını yazdığı hiçbir şekilde tartışma konusu edilmemekle beraber, davalı, bu söz konusu programın geliştirilmesine önemli ölçüde katkıda bulunduğundan iştirak halinde eser sahibi olduğunu ileri sürmüştür. Davalı yaptığı katkılar olarak, programın test işlemlerini yapıp hataları ve bu hataların hangi nedenlerden kaynaklandığını rapor ettiğini, hataları düzelttiğini, programın yerleştirileceği donanım hakkında teknik bilgi sağladığını, programın amaçlarını tasvir ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme, davalının yaptığı katkılarının çok önemli ve teknik olarak ileri düzeyde oldukları ile bu katkılarının davalının çok fazla zamanını aldığını belirtmekle beraber, bu katkılarının, kodların yazılmasına yönelik olmadığını, dolayısıyla bunların eser sahibi olmak için yapılan yanlış türde yetenek ve işgücü tahsis oluşturduğunu ifade ederek davalının bu programın iştirak halinde eser sahibi olmadığına hükmetmiştir. Bu dava hakkında geniş bilgi için bkz. Tanya Aplin, *Copyright Law in the Digital Society, The Challenges of Multimedia*, Oxford – Portland Oregon 2005, s. 86.

²⁸⁴ Arslanlı, s. 68; Erel, Fikir, s. 73; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 185.

İştirak halinde eser sahiplerinin oluşturduğu birliğe Borçlar Kanunun 520 ve 541. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan adi şirkete ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır. (FSEK. m. 10/II) Ortaklar adi şirket malları üzerinde kural olarak iştirak halinde mülkiyet sahibi olduklarından Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, Borçlar Kanununun adi şirket hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Bundan dolayı da, Medeni Kanunun elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümleri niteliklerine uygun düştüğü sürece iştirak halinde eser sahipliğine kıyasen uygulanacaktır.²⁸⁵ İştirak halinde eser sahipleri, aralarındaki ilişkileri adi ortaklık hükümlerine tabi tutmak yerine, bir sözleşme ile düzenleyebilirler. Bu şekilde bir sözleşmenin varlığı halinde, bu birliğe sözleşme hükümleri, sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda ise BK 520. vd maddeleri uygulanacaktır.²⁸⁶

İştirak halinde eser sahipliğinde, eser sahiplerinin ne eserin tümü ne de eserdeki gizli payları üzerinde tek başlarına tasarruf yetkileri bulunmaktadır.²⁸⁷ Burada eser sahipleri eser üzerindeki hakların kullanımına ilişkin kararları oybirliği ile almalıdırlar. Ancak eser sahiplerinden birinin, birlikte yapılacak bu tarz bir işleme haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermemesi durumunda, bu iznin mahkeme tarafından verilebileceği FSEK'in 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Yine eser sahiplerinden her birinin, esere ve iştirak halinde eser sahipliğine yönelen dışarıdan gelecek tecavüzlerde, tecavüzde bulunanlara karşı tek başına hareket edebileceği aynı fıkranın devamında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, eser sahiplerinden her biri, özellikle ihtiyati tedbir isteminde bulunma, hukuk davası açma ve cezaî soruşturma yapılması için şikâyetle bulunma konularında diğer eser sahipleri adına hareket etme yetkisine sahiptir. Bununla beraber, tazminat davası

²⁸⁵ Hirsch, Fikrî Say, s. 87; Erel, Fikir, s. 73. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 701. maddesinde kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyetinin elbirliği mülkiyeti olduğu belirtildikten sonra, elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş paylarının bulunmadığı her birinin hakkının, ortaklığa giren malların tamamına yaygın olduğu hükme bağlanmıştır. Elbirliği mülkiyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Ertaş, s. 243-252; Nuşin Ayiter, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları, Ankara 1961, s. 69 vd. Yeni Medeni Kanun'da Eski Kanundan farklı olarak iştirak halinde mülkiyet terimi yerine elbirliği mülkiyeti teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁸⁶ Tekinalp, s. 142.

²⁸⁷ Erel, Fikir, s. 74.

sonucu hükmedilecek tazminat tutarı üzerinde ise hiçbir eser sahibi tek başına tasarruf etme yetkisine sahip değildir.²⁸⁸

FSEK'in 10. maddesine 4630 sayılı Kanun ile eklenen yeni fıkra ile, iştirak halinde eser sahipliğinde, bir sözleşmede veya hizmet şartlarında ya da eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasada aksinin öngörülmemesi durumunda, eser üzerindeki hakların, eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılacağı da düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile eseri kendi fikrî çabası sonucu meydana getirmemiş, sadece eser sahiplerini bir araya getirmiş olan gerçek veya tüzel kişiye, eserden kaynaklanan hakları kullanma imkânı sağlanmış olmaktadır.

III. HAKLARI KULLANMAYA YETKİLİ SAYILAN KİŞİLER

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, FSEK'in 1/B maddesindeki düzenlemeye göre bir eserin sahibi onu meydana getiren gerçek kişidir. O halde kural olarak, bir kişinin meydana getirdiği eser üzerinde başka birinin eser sahipliği söz konusu olamaz. Eser sahipliği adeta çocuk ile ebeveyni arasındaki tabii bağ gibi kabul edilmektedir. Ancak, eserden doğan malî hakların devri ya da bu hak ve menfaatlerden başkalarının yararlandırılması imkân dâhilindedir.²⁸⁹

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda eser sahibinin düzenlendiği İkinci Bölüm altında yer alan 8. maddenin değiştirilmeden önceki ilk metninde, aralarında özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin sahiplerinin, bunları çalıştıran veya tayin edenler olduğu, bu kuralın tüzel kişileri de kapsadığı öngörülmekteydi. Anılan Kanunda 4110 ve 4630 sayılı Kanunlar ile yapılan değişikliklerden sonra bu düzenleme, 18. maddeye alınmıştır. Ancak düzenlemenin son hali öncekinden farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Onsekizinci maddenin birinci fıkrasında, malî hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait

²⁸⁸ Arslanlı, s. 70; Öztrak, s. 46.

²⁸⁹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 85.

olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrasında ise, aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların, bunları çalıştıran ya da tayin edenlerce kullanılacağı ifade edilmiştir. Anılan fıkranın devamında ise, söz konusu düzenlemenin önceki halinde olduğu gibi, tüzel kişilerin uzuvları hakkında da aynı hükümlerin geçerli olduğu öngörülmektedir.

Bu düzenlemelerden sonra artık hukukumuzda çalıştıranların ve tüzel kişilerin eser sahibi olup olmadıkları tartışması sona ermektedir. Zira anılan maddede, bunların ancak eser üzerindeki hakları kullanmaya yetkili kimseler oldukları açıkça ifade edilmektedir.

B. İşverenin Hak Sahipliği

Günümüzde piyasaya sürülen programların pek çoğu gördükleri işlevler ve kapsamaları göz önüne alındıklarında bir işverene bağlı olarak çalışan çok sayıda programcılar tarafından geliştirilmektedir. Hatta artık tüketiciler için programı geliştiren bireysel eser sahiplerinden ziyade programın hangi şirket tarafından piyasaya arz edildiği büyük önem taşımaktadır. Çoğunlukla onları geliştirenlerin isimleri bile alenileştirilmemektedir. Bu sebeple, bir işverene bağlı olarak işçi ya da hizmetliler tarafından geliştirilen programlarda programı geliştirenler ile çalıştıranların konumunun tayini önem arz etmektedir.

Anglo-Sakson Hukuk düzenlerinde, bir istisna ya da hizmet akdi çerçevesinde meydana getirilen eserler üzerindeki ilk hak sahipliğinin, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, işverene ait olduğu kabul edilmektedir.²⁹⁰ Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde de bu yaklaşımı benimseyen bazı ülkeler bulunmaktadır. İtalya, İrlanda, Hollanda ve Portekiz Hukuk sistemlerinde işveren eser sahibi kabul edilirken, Yunanistan, İzlanda ve Norveç Hukuklarında, eser üzerindeki hakların, sözleşmenin amacı gerektirdiği ölçüde işverene devredildiği kabul edilmektedir. Bununla beraber, “yaratma gerçeği ilkesi”nden hareketle

²⁹⁰ Bu prensibin Amerikan hukukundaki görünümü ile ilgili açıklamalar için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. 205-8. İngiliz hukukunda işverenin, hakların ilk sahibi olduğuna ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Millard, s. 197-198.

Avusturya, Fransa, Almanya, Türkiye, Belçika ve İsviçre gibi bazı ülkelerde ise, iş ilişkisi çerçevesinde meydana getirilen eserlerden doğan hak sahipliğinin eseri meydana getiren kişiye ait olduğu kabul edilmektedir.²⁹¹

İsviçre Hukukunda bir eseri meydana getiren kimse o eserden doğan hakların sahibi kabul edilmektedir. İşverenin talimatları doğrultusunda bir eser meydana getirildiğinde, işveren ancak aralarındaki sözleşmede bir hüküm var ise hakların sahibi olabilmektedir. Ancak İsviçre Fikrî Haklar Kanununda (URG) bilgisayar programları açısından özel bir hükme yer verilmiştir. Anılan Kanunun 17. maddesine göre, bilgisayar programının bir hizmet ilişkisi çerçevesinde ve hizmetin yerine getirildiği esnada ya da bir sözleşmenin ifası sırasında meydana geliştirilmiş olması durumunda işverenin, malî hakları kullanmaya münhasıran yetkili olduğu düzenlenmiştir.²⁹²

Alman hukukunda da bir eseri meydana getiren gerçek kişi ya da kişiler eserin sahibi olarak kabul edilmektedir. Bu kural, bir işin ifası sırasında işçiler tarafından meydana getirilen eserler bakımından da geçerlidir.²⁹³ Ancak Alman Telif Hakları Kanunun (UrhG) 69b maddesinde bilgisayar programları açısından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “Bir işçinin görevini ifa ederken veya

²⁹¹ Esra Dardağan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Betik Yayıncılık, Ankara 2000, s. 66-67. Amerikan Hukukunda ise, işveren tarafından istihdam edilen çalışanın söz konusu işini ifa ettiği sırada meydana getirdiği eserin sahibinin istihdam eden olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, çalıştırılan hem eserin fizikî varlığının hem de eserden doğan tüm hakların sahibi durumundadır. Çalışan ise, bu hakların hiçbirine sahip bulunmamaktadır. Ancak çalışanın, eseri iş kapsamı dışında meydana getirmesi durumunda, meydana getirdiği eserin ve eserden doğan tüm hakların sahibi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Rockman, s. 397. İngiliz Hukukunda da kural olarak bir eserin ilk sahibi eseri meydana getiren eser sahibidir. Bu, eserin meydana getirilmesine fikren ya da malî olarak destek olanın kim olduğuna bakılmaksızın geçerli olan bir ilkedir. Ancak, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, çalışan tarafından, iş ilişkisi çerçevesinde geliştiren bir eserden doğan hakların ilk sahibi işverendir. Bkz. Millard, s. 197-198. 1988 Tarihli İngiliz Telif Hakları, Tasarım ve Patent Kanununun konuyu düzenleyen 11. maddesi hükmü için bkz. Baygın, s. 153. WIPO’nun 1978 yılında üye ülkelere bilgisayar programları ile ilgili mevzuat hazırlarken kullanmaları için önerdiği örnek hükümlerden 2. maddenin 1. fıkrasında, bilgisayar yazılımlarından doğan hakların onu meydana getirene ait olduğu belirtildikten sonra, işini ifa ettiği sırada çalışan tarafından meydana getirilen bilgisayar programından doğan hakların, aksi kararlaştırılmadığı sürece işverene ait olduğu düzenlenmiştir. Bkz. Model Provisions, s. 13.

²⁹² Dessemontet, s. SWI-39-40; Martin Lutz, “Protection of Computer Programs in Switzerland”, IIC, Vol. 25, No. 2/1994, s. 162-163. İsviçre Telif Hakları Kanununun metni için bkz. http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/ch/ch004en.html (son erişim: 25.04.2008). Avusturya Hukukunda da aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı müddetçe, işverenin programdan doğan hakları kullanmaya münhasıran yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Bandey, s. 215-216.

²⁹³ Adolf Dietz, International Copyright Law and Practice, “Germany”, (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006, s. GER-52.

işverence verilen talimatlara uyarak yarattığı bilgisayar programlarında, işveren, aksi kararlaştırılmadıkça, program üzerindeki bütün ekonomik hakları kullanma yetkisine sahiptir” demek suretiyle, işverenin malî hakları kullanma yetkisinin bulunduğu düzenlenmiştir.²⁹⁴

Fransız Telif Hakları Kanununda tüm eserler bakımından genel kural, işverenin talimatları ile olsa dahi çalışan tarafından meydana getirilen bir eserden doğan hakların çalışana ait olduğu yönündedir. Ancak Kanunda, bilgisayar programları bakımından bu kurala istisna öngörülmüştür. Kanunun 113-9. maddesine göre, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı müddetçe, bir veya birden fazla çalışanın, işveren tarafından verilen talimatlar doğrultusunda veya görevlerini yerine getirirken meydana getirdikleri bilgisayar programı veya onun dokümanları üzerindeki malî haklar, onları münhasıran kullanabilecek işverene aittir. Maddedeki “aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı müddetçe” tabiri, işverenin, bu hakların asıl sahibi olmayıp, çalışan işten ayrıldıktan sonra bile malî hakları elinde tutan hakkı devralan konumunda olduğuna işaret etmektedir. İşverenin sadece malî hakları elinde bulundurduğu maddede ifade edildiğinden, programı geliştiren çalışan ya da çalışanlar sınırlı şekilde manevî hakları ellerinde tutmaya devam etmektedir.²⁹⁵ Görüldüğü üzere Fransız düzenlemesi, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde tüm eserler bakımından işverene tanınan hak sahipliğini bilgisayar programları açısından işverenlere tanımaktadır.

Türk Hukukunda ise, bu konuda bilgisayar programlarına özgü bir düzenleme yapılmamış; programları da içerecek şekilde tüm eserlere uygulanabilir bir düzenlemeye yer verilmiştir. FSEK’in 18 maddesinin 2. fıkrası hükmü, “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran ya da tayin edenlerce kullanılır” şeklindedir.²⁹⁶ O halde genel kural,

²⁹⁴ Dietz, s. GER-55.Alman Telif Hakları Kanunun anılan maddesinin tercümeleri için bkz Baygın, s. 153.

²⁹⁵ André Lucas/Pascal Kamina/Robert Plaisant, International Copyright Law and Practice, “France”, (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006.

²⁹⁶ Bu konunun 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce düzenlendiği 5846 sayılı Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrası hükmü aynen şöyleydi: Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden

bir işin görülmesi sırasında memur, hizmetli ve işçilerin meydana getirdikleri eserlerde malî hakları kullanma yetkisinin çalıştıran veya tayin edenlere ait olduğu ise de, bu, aksi kanıtlanabilir bir karine niteliğindedir. Nitekim Kanun, taraflara, aralarında yapacakları sözleşme ile bunun aksini kararlaştırmalarına imkân tanımakta ve yine işin mahiyetinden bunun aksinin anlaşılmasının mümkün olabileceğini belirtmektedir. O halde işçi ile işveren arasında akdedilen bir hizmet sözleşmesinde, işçinin, meydana getirdiği eser üzerinde aynı zamanda kısmî ya da tamamen hak sahibi olabileceğini kararlaştırabilirler. Yine taraflar, hak ve menfaatler dengesinin sağlanması amacıyla, aralarındaki sözleşme ile bu hakların kullanılmasını belirli bir süre ya da amaç bakımından sınırlandırabilecekleri gibi, çalıştıranın bir fikir ve sanat eseri meydana getiren işçiye eser başına uygun bir bedel ödeme yükümlülüğünü de öngörebilirler. Öte yandan bu husus, örneğin bir başyazarın makalesinde ya da profesörün takrirlerindeki hak sahipliğinde olduğu gibi işin mahiyetinden de anlaşılabilir.²⁹⁷

Düzenlemenin, tarzı ve maddenin Kanundaki yeri dikkate alındığında, işverenin hangi hakları kullanabileceği konusunda farklı yorumlara neden olabilecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme, Kanunun “Fikrî haklar” başlıklı Üçüncü Bölümünde, eser sahibinin haklarının düzenlendiği kısımda, manevî haklara ilişkin 14-17 arasındaki maddelerden sonra, ancak malî hakların düzenlendiği 20 vd. maddelerden önce 18. maddede yer almaktadır. Bu maddenin kenar başlığı ise, “hakların kullanılması” dır. Yine 18. maddenin 1 ve 3. fıkralarında “malî haklardan” söz edilmekte iken, 2 fıkroda “haklar”dan söz edilmektedir. Tüm bu durumlar, maddede çalıştıran veya tayin edenlerin hem manevî hem de malî hakları kullanmaya yetkili olup olmadığı tartışmasının doğmasına neden olmaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, çalıştıran ve tayin edenler eser sahibi olarak kabul edilmekte iken,

aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin; işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu kaide, tüzel kişilerin uzuvlarına da şamildir.”
4110 sayılı Kanun değişikliğinden sonraki hali ise, “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin malî hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır.”

²⁹⁷ Erel, Fikir, s. 81; Fülurya Yusufoglu, Eseri Meydana Getirenlerin Malî Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 407-408.

bu Kanun değişikliği ile birlikte bunların eser sahipliğine son verilerek, ancak malî hak sahipleri oldukları kabul edilmiştir. Manevî haklar ise bu düzenleme ile asıl eser sahibine bırakılmıştır.²⁹⁸ 4630 sayılı Kanun ile de eser üzerindeki hakların çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

Doktrinde bir görüş, eser üzerindeki manevî haklar aynen kişilik hakları gibi kişiye bağlı ve devredilemez nitelikte olduğundan maddedeki haklar sözcüğünün “malî haklar” olarak anlaşılması gerektiğini ve eseri meydana getiren kimselerin malî ve manevî hakları ellerinden alındıktan sonra geriye kalan kuru eser sahipliğinin hiçbir şey ifade etmeyeceğini ileri sürmektedir.²⁹⁹ Aynı görüşü savunan *Tekinalp* de, eser sahibinin onu meydana getiren gerçek kişi olduğu ilkesinden hareketle ve 18. maddenin 2. fırcasının bu temel ilkeyi değiştiren doğrudan ve dolaylı bir hükmü içermediği, 1. fırcanın malî hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu belirttiğini; 2. fırcada ise bu kuralın bir istisnasının düzenlendiğini, bu istisnanın da malî haklara ilişkin olduğunu ve hükmün hiçbir şekilde manevî hakları iermedięini³⁰⁰ ileri sürmektedir.

Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, eser üzerindeki manevî ve malî haklar, eser sahipliğinden doğan tek bir mutlak hakkın sağladığı çeşitli yetkilerden oluşmaktadır. Buradaki ayrım yapay bir ayrımdır. Çünkü bu hakların kullanılması çoğu kez birbirine bağlıdır. Aynı zamanda bu haklardan birine yapılacak tecavüz diğerini de etkilemektedir. Eser üzerindeki manevî haklar eser sahibinin şahsına bağlı olmakla beraber, bunların kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik haklarından olduğu kabul edilemez. şahsa sıkı sıkıya bağlı kişilik hakları da eser üzerindeki manevî haklar gibi başkasına devredilemez. Ancak kişilik hakları hak sahibinin ölümüyle son bulduğu halde, manevî haklar eser sahibinin ölümünden

²⁹⁸ Bu konuda ve FSEK’te 4110 sayılı Kanun ile yapılan tüm değişlikler ile ilgili etraflı açıklamalar için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişiklikler*, ABD, Yıl: 52, Sayı: 4, 1995/4, s. 13-27.

²⁹⁹ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Baygın, s. 149; Gürsel Üstün, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz*, İBD, Mart 2001, s. 117.

³⁰⁰ Tekinalp, s. 135. Ancak Tekinalp, aradaki sözleşme sarıh bir yetkiyi içermese bile, memur, hizmetli ve işçilerin meydana getirdikleri eserlerde, umuma arz yetkisinin, kanunen, bunları çalıştıranlara devredilmiş sayılması gerektiğinin kabul olunmasını ileri sürmektedir. Ayrıca, FSEK 8/2 (yazar notu: 18/2 olmalı)den sadece malî hakların çalıştıranlara ait olduğu anlamı ıkısa da işin niteliğinin bu yetkinin de devredildiğini haklı çıkardığını belirtmektedir. Bkz. aynı eser, s. 155. Aynı yönde görüş için bkz. Aydıncık, s. 122.

sonra son bulmamakta, Kanunun 19. maddesinde sayılan kimselere intikal edebilmektedir.³⁰¹ Kanaatimizce burada malî ve manevî haklar devredilmemekte; sadece bunlara ilişkin kullanma yetkisi devredilmektedir. Başka bir deyişle, eserden doğan manevî ve malî haklar özü itibarıyla eser sahibinde kalmakla beraber, bu hakların kullanma yetkisi çalıştıran veya tayin edenlere bırakılmaktadır. Bu durumda eser sahibinin durumunu mülkiyet hakkı sahibine, çalıştıran ya da tayin edenin durumunu ise intifa hakkı sahibine benzetmek mümkündür.³⁰² Yine eser sahiplerinin haklarını haleldar etmemek için, onlara aksini sözleşme ile kararlaştırma imkânı tanınmaktadır. Buna rağmen aksi kararlaştırılmadığında ise, eser sahibinin malî ve manevî hakları kullanma yetkisini işveren ya da tayin eden lehine kullanmaktan rızasıyla vazgeçtiği kabul edilmelidir. Nitekim sübjektif (klasik-tarihi) yorum yöntemi ile de konu ele alındığında pozitif hukuk açısından bu yorum tarzı Kanun koyucunun iradesi ile uyum arz etmektedir.³⁰³

Direktifin 2. maddesinin 3. fıkrasında, bir bilgisayar programının, işverenin talimatları doğrultusunda ve işin icrası sırasında çalışan tarafından meydana getirilmesi durumunda, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı sürece, işverenin tüm malî hakları münhasıran kullanmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, söz konusu Direktif ile, çalıştırana sadece bilgisayar programının meydana getirilmesinden doğan malî hakları kullanma yetkisi tanınmış; milli mevzuatın eser sahibine tanıdığı diğer haklar ise, eser sahibine bırakılmıştır.³⁰⁴

³⁰¹ Bu açıklamalar için bkz. Erel, Fikir, s. 111-114.

³⁰² Baygın bu benzetmeyi malî hak sahibi ile çalıştıran ve tayin eden açısından yapmaktadır. Söz konusu benzetme için bkz. Baygın, s. 152. Yargıtay 11 HD de 04.06.2000T., E. 2001/2687 ve K. 2001/5080 sayılı kararında, memur, hizmetli ve işçilerin yarattıkları eserlerde, bunları çalıştıranların eser sahibine ait sadece malî hakları kullanma yetkisine sahip olduklarını belirtmektedir. Bu karar ve eleştirisi için bkz. Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 173. Yargıtay'ın aynı yönde örnek kararları için bkz. Yargıtay 11. HD, 04.06.2001 T., 2001/2687 E., 2001/5080 K., YKD, C. 27, S. 10/2001, s. 1537-1539; Yargıtay 11. HD, 23.02.2004 T., 2003/7032 E., 2004/1586 K. sayılı kararı, Suluk/Orhan, s. 312. İşverenin malî hakları kullanma yetkisine sahip olduğu yönünde örnek kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, 18.11.2005 T., E. 2004/13221, K.2005/11244 sayılı kararı (Yayınlanmamış); Yargıtay 11. HD, 24.01.2006 T., E. 2005/13780, K. 2006/460 sayılı kararı (Yayınlanmamış)

³⁰³ Nitekim 4630 sayılı Kanun tasarısının görüşüldüğü ve karara bağlandığı Komisyon Raporunda "... Mevcut Kanunun 10 ncu maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, tüzel kişilerin, çalıştırdıkları kişiler tarafından yaratılan eserler üzerindeki manevî ve malî hakları kullanabileceği de hükme bağlanmıştır" denilmektedir. Bkz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), Dönem 21, Yasama Yılı: T.B.M.M. (S. Sayısı : 402)

³⁰⁴ Erel, Bilgisayar, s. 146; Czarnota/Hart, s. 50.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bilgisayar programının meydana getirilmesinden doğan hakların çalıştıranlar tarafından kullanımına ilişkin spesifik bir düzenleme bulunmadığından, 18. maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenleme bilgisayar programlarına da uygulanacaktır. Bu durumda kaynak Direktifin 2. maddenin 3. fıkrası ile kıyaslandığında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile çalıştıran ve tüzel kişilere, Direktifle öngörülenden daha geniş haklar tanındığı açıktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hakların kullanılmasına ilişkin düzenlemenin yeri kanun tekniği açısından kanımızca yanlıştır. Bu düzenlemenin tereddütte yer vermemek amacıyla, manevî ve malî haklar ile ilgili düzenlemelerden sonra, her iki hak grubunu da kapsayacak şekilde, ileriki maddelerde düzenlenmesi gerekmektedir.

Burada bilgisayar programını meydana getiren kişilerin çalışma ilişkisinin kamu hukukundan doğan bir memuriyet ya da özel hukukundan doğan hizmet, vekâlet yahut istisna sözleşmesine dayanan bir istihdam ilişkisi olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus, programın işin görülmesi sırasında ve işle bağlantılı olarak meydana getirilmesidir.³⁰⁵ Buna göre, örneğin bir işverene bağlı olarak çalışan bir muhasebeci, işlerini kolaylaştırmak amacıyla bir bilgisayar programı geliştirdiğinde, işverenin bu programdan doğan hakları kullanabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Nitekim, muhasebeci ile işveren arasındaki istihdam ilişkisinin konusu, program geliştirme olmayıp, işletmenin muhasebe işlemlerinin yerine getirilmesidir. Burada muhasebeci, programdan doğan hakların hem sahibi hem de hakları münhasıran kullanmaya yetkili kimsedir.³⁰⁶

Üzerinde durulması gereken önemli bir konu da, işçi ya da memurların, iş ya da memuriyet ilişkisi sona erdikten sonra meydana getirdikleri, işverene bağlı oldukları sırada meydana getirdiklerine benzer eserler üzerindeki hak sahipliği durumudur. Gerçekten, bir işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra, daha önce o işveren için meydana getirmiş olduğu programa çok benzeyen yeni bir bilgisayar programı

³⁰⁵ Erel, Fikir, s. 81. Kanunda işçi ve memur kavramları haklı olarak tanımlanmamış olup, bu konuda işçi tanımı için İş Kanunu hükümlerine, memur kavramı için ise Devlet Memurları Kanunu hükümlerine bakmak gerekmektedir.

³⁰⁶ Bainbridge, Introduction, s. 49.

geliştirmesi durumunda, işverenin haklarının zarara uğrayacağı açıktır. Bununla beraber, bir kimseden elde ettiği bilgi ve tecrübelerini, ancak bir işverene bağlı olarak kullanabileceğini, işyerinden ayrıldıktan sonra ise bu tecrübelerini hiçbir şekilde kullanamayacağını ve dolayısıyla önceki meydana getirdiği programlara benzer programları geliştiremeyeceğini şart koşturmak da her zaman hakkaniyete uygun bir çözüm olmayacaktır. Bu durumda en uygun çözüm tarzı, her olayın somut koşulları değerlendirilmek suretiyle, bir işçinin işten ayrıldıktan sonra, başka bir işverene bağlı olarak ya da kendisi için geliştirdiği bir programın önceki işverenin haklarına halel getirip getirmediğinin kararlaştırılmasıdır.³⁰⁷

C. Tüzel Kişilerin Hak Sahipliği

Özel hukuk tüzel kişileri, belirli bir amaç etrafında toplanan kişi toplulukları ya da belirli bir amaca tahsis edilen mal toplulukları biçiminde oluşmaktadır. Tüzel kişiler ancak tüzüğünde veya ana sözleşmelerinde yazılı işlerle uğraşır ve o konularda faaliyette bulunabilir. Tüzel kişinin iradesini açıklayarak, onun işlemlerini yapma ve faaliyetlerini yürütme görevi organlarına aittir. Kurul biçiminde olabileceği gibi tek bir kişiden de oluşan organlar, aynen gerçek kişilerin organlarında olduğu gibi tüzel kişinin ayrılmaz parçasını oluşturur. Tüzel kişinin iradesini açıklamayan ve faaliyetlerini yönetmeyen, ancak faaliyetlerinde tüzel kişiye yardımcı olan işçi, hizmetli, memur gibi kişiler ise tüzel kişinin organı sayılmamaktadır.³⁰⁸

FSEK'in 18. maddesinin ikinci fıkrasında çalıştıranlara ilişkin düzenlemeden sonra, bu düzenlemenin tüzel kişinin uzuvları hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre tüzel kişiler, organlarını oluşturan gerçek kişilerin meydana getirdiği eserler üzerindeki hakları kullanmaya yetkilidirler. Tüzel

³⁰⁷ Yusufoğlu, Eseri Meydana Getirenler, s. 409. Bu konuda İngiliz mahkemelerince farklı davalarda değişik sonuçlara ulaşılmıştır. 23 Ağustos 1989 tarihli *Computer Aided Systems Ltd. v. Bolwell* davasında, programcının işyerinden ayrılmasından sonra benzer bir programı başka bir işveren için geliştirmesi, bunu bilgi ve yeteneklerini kullanmak suretiyle gerçekleştirdiğinden bir ihlâl hali olarak görmez iken, 1994 tarihli *IBCOS Computer Ltd. v. Barclays Mercantile Highland Finance Ltd.* kararında mahkeme, bir programcının, farklı işveren şirketler için geliştirmiş olduğu programlar arasındaki yapı benzerliklerinde tecavüzün varlığına hükmetmiştir. Söz konusu kararlar için bkz. Bainbridge, Intellectual Property, s. 129, 205 vd.

³⁰⁸ Tüzel kişiler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Aydın Zevkliler, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992, s. 551 vd.

kişilerin hakları kullanma yetkileri ancak, organların tüzel kişinin amacı doğrultusunda iradelerini açıklar ve faaliyette bulunurken meydana getirilen eserler ile sınırlıdır.³⁰⁹ O halde, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı ve işin mahiyetinden anlaşılmadığı sürece tüzel kişiler, organlarını oluşturan gerçek kişilerce meydana getirilen bilgisayar programlarından doğan manevî ve malî hakları kullanma yetkisine sahiptir. Programı meydana getiren gerçek kişi, kendisinin tüzel kişinin organı olarak faaliyette bulunmasını sağlayan hukukî ilişkiyi meydana getiren sözleşmede malî hakları kullanma yetkisinin tüzel kişiye ait olmadığını kararlaştırdığını ya da yapılan münferit bir sözleşme ile uyumsuzluğa konu bilgisayar programından doğan hakların tüzel kişi tarafından kullanılmayacağını öngörüldüğünü veya programın meydana getirilmesi ile organ olarak yaptığı görev arasında ilişkin bulunmadığını kanıtlamak suretiyle, söz konusu karineyi çürütüp programdan doğan hakları münhasıran kullanabilecektir.³¹⁰

Burada önemle belirtmek gerekir ki, bilgisayar programı ancak tüzel kişinin amacı ve faaliyet alanı çerçevesinde meydana getirildiğinde, o tüzel kişi hakları kullanma yetkisine sahip olur. Tüzel kişinin amacı ve faaliyet alanını ilgilendirmeyen bilgisayar programından doğan haklar ise, bütünüyle eseri meydana getiren gerçek kişiye ait olur ve tüm haklar onun tarafından kullanılır. Yine hakları kullanma yetkisi bakımından özel hukuk tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişileri arasında bir fark bulunmamaktadır.³¹¹

Mehaz Direktif'in 2. maddesinde, Üye Devletlerin, mevzuatlarının el vermesi durumunda, tüzel kişileri eser sahibi olarak belirleyebilecekleri ifade

³⁰⁹ Erel, Fikir, s. 82; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 87; Baygın, s. 159; Mustafa Tüysüz, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 43; Dardağan, s. 65-66. Söz konusu düzenleme, bu özensiz kaleme alınışı nedeniyle, bazı Yazarlarca farklı şekilde yorumlanmıştır. Bu Yazarlara göre, eseri meydana getiren gerçek kişinin tüzel kişi tarafından istihdam edilmesi durumunda, çalışan gerçek kişi, eserin, dolayısıyla eserden doğan hakların sahibi olup, tüzel kişi bu hakları kullanma yetkisine sahiptir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Tekinalp, s. 136; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 174; Şirin Aydıncık, Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 123. FSEK'in 18. maddesinde değişiklik yapan 4630 sayılı Kanun tasarısına ilişkin Komisyon raporunda yer alan "...tüzel kişilerin, çalıştırdıkları kişiler tarafından yaratılan eserler üzerindeki manevî ve malî hakları kullanabileceği ..." ifadesi de anılan Yazarların bu görüşü savunmalarında etkili olmaktadır. Bkz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), Dönem 21, Yasama Yılı: T.B.M.M. (S. Sayısı : 402)

³¹⁰ Erel, Fikir, s. 82.

³¹¹ Erel, Fikir, s. 82-83; Ateş, Hakların Sınırlandırılması, s. 87, dn. 230.

edilmektedir. Dolayısı ile tüzel kişilerin eser sahibi olup olmayacağını belirleme yetkisi üye devletlere bırakılmıştır.³¹² Yukarıda açıklandığı üzere, bilgisayar programları da dahil tüm eserler açısından uygulanabilir olan FSEK'in 18/II. maddesinde yer alan tüzel kişilere ilişkin bu düzenleme ile, tüzel kişilere eser sahipliği tanınmayıp, hakları kullanma yetkisi tanınmaktadır.

Kıta Avrupası Hukuk sisteminde Anglo-Sakson hukuk sisteminden farklı olarak, gerçek kişilerin, hakların ilk sahibi olabileceği kabul edilmiş; bazı istisnalar dışında, tüzel kişilerin hak sahipliği ise kural olarak reddedilmiştir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde tüzel kişilerin hak sahibi sayılması ise, genellikle kamu tüzel kişileri bakımından kabul edilmektedir. Mesela Fransız içtihatlarına göre, bir kamu görevlisi, görevini ifa ettiği sırada bir eser meydana getirdiğinde, ilgili idare, eser üzerinde hak sahibi sayılmaktadır. Amerikan ve İngiliz hukuklarında ise, aksine bir hüküm bulunmadığında, bir istisna ya da iş akdi çerçevesinde meydana getirilen eser üzerindeki ilk hak sahipliği işverene ait olup, bu hükmün tüzel kişiler açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.³¹³

Bir bilgisayar programı, tüzel kişi bünyesindeki, organları oluşturmayan ancak tüzel kişinin istihdam ettiği memur, müstahdem ya da işçiler tarafından meydana getirildiğinde tüzel kişi ile istihdam edilen kişiler arasındaki ilişki çalışan- işveren ilişkisidir. Bu durumda tüzel kişi, işveren olarak hakları kullanmaya yetkili sayılacaktır. Ancak FSEK'in 10. maddesinde organ sıfatıyla hareket etmeyen iştirak halinde eser meydana getiren gerçek kişiler yönünden özel bir düzenleme öngörülmektedir.³¹⁴ Buna göre, birden fazla kişinin iştiraki ile meydana getirilen bir eserin, ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumunda, sözleşmede, hizmet şartlarında ya da eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasada aksi öngörülmediği takdirde, eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılacaktır.³¹⁵

³¹² Triton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 328.

³¹³ Dardağan, s. 65-66.

³¹⁴ Ateş, Hakların Sınırlandırılması, s. 87

³¹⁵ Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinde dava konusu olan bir olayda, davacı dava konusu bilgisayar programlarından doğan eser sahipliğinin müvekkil şirkete ait olduğunun tespitini talep etmiştir. Davalı ise, "bahse konu bilgisayar programlarının 1999 yılı sonundan itibaren verilen Bakanlık kararı ile oluşturulup geliştirilmesine karar verildiğini, bu amaçla dönemin Bilgi İşlem

D. Bilgisayar Programlarında Yapımcı ve Yayımcılarının Durumu

FSEK'in 18. maddesinin 3. fıkrasında, bir eserin yapımcısı ya da yayımcısının, malî hakları, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre kullanabileceği düzenlenmektedir. Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı fikrî hukuk anlamında eser sahibi olmadığı gibi, çalıştıran sıfatına haiz olmadığı sürece, kural olarak eser üzerindeki malî hakları kullanmaya yetkili de değildir. Yapımcı ve yayımcı kavramları Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda tanımlanmamıştır. Yapımcı ile kastedilen, istisna sözleşmesi çerçevesinde bir eseri sipariş edendir. Yayımcı ise yayım sözleşmesinin karşı tarafını oluşturmaktadır.³¹⁶ Yayımlama, yayma hakkından doğan eseri veya kopyalarını dağıtma yetkileri kullanılarak, eser nüshalarının kamuya dağıtımıdır.³¹⁷ Yapımcı ve yayımcının ancak eser sahibi ile yapacakları istisna, devir veya lisans sözleşmesi hükümleri çerçevesinde malî hakları kullanabilmeleri mümkündür.

Dairesi Başkanı ve diğer Bakanlık memurlarının katılımı ile Sağlık Bakanlığı Bilişim Derneğinin kurulduğunu, daha sonra 39/40 hissesi bu derneğe ve 1/40 hissesi de adı geçen daire başkanına ait olmak üzere SB Bilişim ve Elektronik Bilgi Sistemleri Turizm ve Sağlık işletmesinin kurulduğunu, bunu müteakip elemanlara Oracle firması tarafından Forms ve Reports eğitimleri verildiğini, dernek ve şirketin Bakanlık tarafından oluşturulan komisyonlarda bulunanlar tarafından gerçekleştirilen yazılımlara destek sunduklarını, Bakanlık görevlisi olan kişilerin dönemin Bakanının istifasının ardından Bakanlıktan ayrıldıklarını ve programlar ile kaynak kodlarını da beraberinde götürdüklerini, uzun yazışma ve çabalar sonunda program ve kaynak kodlarının alınıp çalıştırılabildiğini, daha sonra Bakanlığa bağlı bir kısım hastanelerde kurularak uygulamaya konulduğunu, dava konusu programların tüm haklarının davalıya ait olduğunu" ifade ederek açılan davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, söz konusu bilgisayar programının tek bir gerçek kişi tarafından yazılmadığı, Sağlık Bakanlığında çalışan doktor ve diğer personel ile bu amaçla kurulan ve ücretleri ödenen dernek ve şirket tarafından temin edilen görevlilerin katımı ile oluşturan bir ekip tarafından vücuda getirildiğinin sabit olduğu; Bakanlık ile dernek ya da şirket arasında katkılarının ne olacağı ve karşılığında ödenecek ücretin ne olacağı hususunda yapılmış bir sözleşmenin bulunmadığı; Sağlık Bakanlığının eseri meydana getiren kişileri bir araya getiren tüzel kişi konumunda olduğu; Bakanlığın, belli bir plan ve maksada uygun olarak nasıl bir eser meydana getirilmesi gerektiğini belirlediği ve bu eseri vücuda getirebilecek kimseleri görevlendirme ya da dışarıdan ücretle çalıştırma gibi yöntemleri uygulayarak bir araya getirdiği ve programları yazdırdığı sabit kabul edilmiştir. Mahkeme bu gerekçelerden hareketle, FSEK'in 10/IV, c. 1 ve 18/II . maddeleri uyarınca dava konusu bilgisayar programlarının malî haklarının sahibinin davalı Bakanlık olduğuna hükmetmiştir. Ankara Fikri Sınai Haklar Mahkemesi 10.03.2005 T., 2004/E. ve 2005/134 K. sayılı kararı (Yayınlanmamıştır) Mahkemenin bu kararı Yargıtay 11. HD, 27.06.2006 T., 2005/5049 E. ve 2006/7575 K. sayılı kararı ile onanmış, bilahare davacının karar düzeltme talebi ise aynı Dairenin 16.11.2006 T., 2006/11268 E. ve 2006/11768 K. sayılı kararı ile reddedilmiştir. (Söz konusu Yargıtay kararları yayınlanmamıştır) Yerel Mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamakla beraber, kanımızca kararda davalı Bakanlığın malî hak sahibi olduğunun kabulü yerine FSEK'in 10/IV, c. 1'in açık hükmü karşısında malî hakları kullanmaya yetkili olduğunun kabul edilmesi daha yerinde olurdu.

³¹⁶ Tekinalp, s. 137; Baygın, s. 159-160.

³¹⁷ Topaloğlu, Bilişim, s. 40.

FSEK'in 10. maddesine 4630 sayılı Kanun ile getirilen 4. fıkra ile, yapımcı ve yayıncının ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşme çerçevesinde malî hakları kullanabileceğine bir istisna getirilmektedir. Buna göre, bir eserin birden fazla kişinin iştiraki ile meydana getirilmesi durumunda, meydana getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyor ise, sözleşme veya hizmet şartlarında ya da eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasada aksi öngörülmediği takdirde, eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek ya da tüzel kişi yapımcı tarafından kullanılabilir. Ancak bu durumda eser üzerindeki hak sahipliği, yapımcıya ait olmayıp, eseri meydana getiren gerçek kişilerin oluşturduğu birliğe aittir.³¹⁸

IV. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİ HAKKINDA KARİNELER

A. Genel Olarak

Gerek Türk hukukunda gerek uluslararası fikrî hukuk mevzuatında, eser sahibinin ispatını kolaylaştırmaya yönelik bazı karineler kabul edilmektedir. Çoğunlukla, bir eserin üzerinde kimin adı belirtilmiş ya da eser kimin adı ile kamuya arz edilmiş ve aleniyet kazandırılmış ise, o şahıs eser sahibi olarak kabul edilmektedir. Ancak, adın mutlaka tam olarak açıklanması şart olmadığından, eser sahibinin isterse bir rumuz ya da takma ad kullanması yahut ismini gizli tutması imkân dâhilindedir. Böyle durumlarda eser sahibinin tespiti ile eser sahibi gizli kalmak istediğinde eserden doğan hakları kimin kullanacağı FSEK'in 11 ve 12. maddelerinde düzenlenmektedir.³¹⁹

B. Sahibinin Adı Belirtilen Bilgisayar Programlarında

Bilgisayar programı geliştiricisinin, program üzerinde adını belirtmesi onun manevî hakları arasındadır. Bu şahıs aynı zamanda adını belirtmeme yetkisine de sahiptir. Ancak yayımlanmış bir bilgisayar programı nüshalarında, o eserin sahibi olarak adını ya da onun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimsenin, aksi ispat edilinceye kadar o programda eser sahipliğine haiz olduğu kabul edilmektedir.

³¹⁸ Baygın, s. 160.

³¹⁹ Erel, Fikir, s. 83.

(FSEK. m.11)³²⁰ Bu şekilde adın veya tanınmış müstear adın belirtilmesi aksi ispat edilebilen bir karine oluşturmaktadır. Bu durumda artık programda adı belirtilen şahıs kendisinin eser sahibi olduğunu ispatla yükümlü olmayıp, ispat yükü o şahsın eser sahibi olmadığını iddia edene düşmektedir. Bu karinenin doğabilmesi için program geliştiricisinin adını tam olarak belirtmesi gerekli olmayıp, bir kısaltma, takma ad veya herhangi bir işaret ya da rumuz kullanması mümkün bulunmaktadır. Önemli olan kullanılan işaret, kısaltma veya rumuzun kime ait olduğunun tespit edilebilir olmasıdır.³²¹ Bu karinenin aksi her türlü delille ispat edilebilir.³²²

Yine umumî yerlerde veya radyo-televizyon aracılığı ile verilen konferanslarda sürekli olarak, bir bilgisayar programı üzerinde eser sahibi olarak tanıtılan kimse, diğer bir kimse program üzerinde eser sahibi olarak adını veya takma adını belirtmediği takdirde, o eserin sahibi sayılmaktadır. (FSEK. m. 11/2) Görüldüğü üzere, 1. fıkarda belirtilen karinenin, şartların mevcut olması durumunda 2. fıkradaki karineye nazaran bir önceliği bulunmaktadır. Başka bir deyişle, bir bilgisayar programının aslı veya çoğaltılmış nüshalarının farklı bir isimle kamuya sunulmuş olması ya da şahsın eser sahibi olmadığı herhangi bir şekilde ispat edilebildiği takdirde, umumî yerlerde veya radyo-televizyon aracılığı ile verilen konferanslarda, sürekli olarak, bir bilgisayar programı üzerinde eser sahibi olarak tanıtılan kimsenin eser sahipliğine ilişkin karine hükümden düşmektedir.

İngiliz Hukukuna göre de, yayımlanmış bir edebi, müzik ve sanat eser nüshası üzerinde eser sahibi olarak gösterilen kimse, aksi ispatlanıncaya kadar o eserin sahibi kabul edilmektedir. Bilgisayar program nüshaları üzerinde yer alan fikrî hak bildirimlerine yönelik özel bir düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre, elektronik olarak kamuya arz edilmiş program nüshaları üzerinde, nüshaların kamuya arz edildikleri tarihte adları yazılan kişilerin eser sahibi olduğu kabul edilecektir. Yine, üzerinde ilk kez belirtilen ülkede yayınlandığı ya da kopyaların elektronik tarzda belirli bir yılda yayınlandığı yönünde bildirimler yer aldığı anda, bu bildirimler söz

³²⁰ İsviçre hukukunda da aynı karine kabul edilmiştir. Bkz. Dessemontet, s. SWI-37.

³²¹ Erel, Fikir, s. 83-84; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 88; Baygın, s. 172.

³²² Tekinalp, s. 144.

konusu olguların varlığına delil teşkil edecek ve aksi ispat edilinceye kadar doğru kabul edilecektir.³²³

C. Sahibinin Adı Belirtilmeyen Bilgisayar Programlarında

Bir bilgisayar programının isimsiz olarak ya da kime ait olduğu belli olmayacak bir şekilde kamuya açıklanmış olması mümkündür. Böyle bir durumda dahi eser meydana getiren kimsenin hakları korunmalıdır. Buna göre, yayımlanmış bir bilgisayar programı sahibinin, FSEK'in 11. maddesinde belirtilen karineler çerçevesinde belirlenememesi durumunda, yayımlayan veya o da belli değilse çoğaltan kimse, eser sahibine ait hak ve yetkileri kendi adına kullanabilecektir.³²⁴ (FSEK. m. 12/I) Bu karineler çerçevesinde eser sahibi olarak belirlenen yayımlayan veya çoğaltan, hem manevî hem de malî hakları kullanabilecektir. Bununla beraber, bu şahısların gerçek eser sahibinin adını açıklamaya zorlanamayacakları kabul edilmektedir. Yine bu şahıslar ile asıl hak sahipleri arasındaki ilişkilerde, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, âdi vekâlet hükümleri (BK. m.386-398) uygulanacaktır.³²⁵ (FSEK m.12/III)

Bu şekilde fikrî hakları kullanan kimseler kendi adlarına fakat eser sahibi hesabına hareket etmekte olduğundan aralarında bir dolaylı temsil ilişkisi söz konusu olmaktadır. Kanunun yetkili kıldığı bu kimselerin esere ilişkin üçüncü şahıslarla yaptıkları sözleşmelerden doğan hak ve borçlar öncelikle onların hukukî alanında doğmaktadır. Bununla beraber, bu şahıslar BK'nın 392. maddesinde düzenlenen "vekilin hesap verme ve iade borcu" kapsamında, eser sahibine malî konular hakkında bilgi vermek ve yapacakları devir işlemleri ile ilgili kazandıklarını eser sahibine nakletmekle yükümlüdürler.³²⁶

³²³ 1988 sayılı Telif, Tasarımlar ve Patent Kanunu, m. 105/3. Millard, s. 234.

³²⁴ İsviçre hukukunda sahibinin belli edilmediği ya da bilinmediği durumlarda eserin editörünün, onun da bilinmediği durumlarda ise onu umuma arz eden kimsenin, eserden doğan hakları bilinmeyen eser sahibi adına kullanabileceği kabul edilmektedir. (İsviçre Fikri Haklar Kanunu, m. 8/2) Bkz. Dessemontet, s. SWI-37.

³²⁵ Erel, Fikir, s. 84; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s.168-169.

³²⁶ Erel, Fikir, s. 85; Baygın, s. 172-173.

§9. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİBİNİN FİKRÎ HAKLARI

I. FİKRÎ HAK KAVRAMI VE TERMİNOLOJİ SORUNU

Fikrî hak kavramının tanımı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılmamıştır. Ancak Kanun'da kullanılan “eser sahibinin hakları” tabiri ile kastedilen eser sahipliğinden doğan fikrî haklardır. “Geniş anlamda fikrî hak” kavramı için doktrinde, “kişinin her türlü fikrî ve zihnî çaba ve emeği sonucunda ortaya çıkardığı ürünler üzerinde hukuken korunan ve hak sahibi dilediği takdirde bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaatlerdir” şeklinde kapsamlı bir tanım yapılmaktadır. Bu tanım ilim ve edebiyat eserleri, musiki, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri üzerindeki yetki ve menfaatleri içerdiği gibi, “sınaî mülkiyet hakları” olarak da ifade edilen patentler, markalar, faydalı modeller ve tasarımlar gibi diğer fikrî ve sınaî faaliyet ürünleri üzerindeki menfaat ve yetkileri de içermektedir. Dar anlamda fikrî hak kavramı ise, ilim ve edebiyat eserleri, musiki, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri üzerindeki yetki ve menfaatleri ifade etmektedir.³²⁷ Çalışmamızın konusunu ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilen bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında korunması oluşturduğundan fikrî hak kavramını dar anlamıyla ele alarak konuyu inceleyeceğiz.

Fikrî haklar doktrinde, gayri maddi mallar üzerinde söz konusu olan ve şahıs varlığı hakları ile mal varlığı haklarının terkiibinden oluşan “karma nitelikli haklar” olarak nitelendirilmektedir.³²⁸ Bu haklar, hak sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan hâkimiyet kurma ve bu hakkını herkese karşı ileri sürme yetkisi veren ve herkes tarafından ihlâl edilmesi mümkün olan mutlak haklar kategorisine dahildir.³²⁹ O halde, bir bilgisayar programını meydana getiren kimse, eserin meydana getirilmesi ile başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın fikrî hakların

³²⁷ Tanım ve açıklamalar ile konu hakkında daha geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 93.

³²⁸ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 97. Fikrî faaliyet sonucu meydana getirilen eserler üzerindeki hakların niteliğini açıklamak üzere doktrinde çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlar; fikrî mülkiyet teorisi, tekeli hak teorisi, şahsiyet hakkı ve malvarlığı hakkı teorileri ile eser sahipliği teorisidir. Bu teoriler hakkında geniş açıklamalar için bkz. Erel, Fikir, s. 9-15.

³²⁹ Erel, Fikir, s. 2.

sahibi olacak ve bu eserden doğan malî ve manevî haklarını herkes karşı ileri sürebilecektir. FSEK'in 13/son maddesinde öngörülen ve bilgisayar programları açısından tanınan kayıt ve tescil imkânı mecburi olmayıp ihtiyarîdir. Yine bu kayıt ve tescil, programın eser sahibi sayılması açısından kurucu etkiye sahip değildir. Bu imkân, hak sahiplerinin haklarının belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi maksadıyla, ancak eser sahiplerinin talebi üzerine yapılabilir.³³⁰

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, fikrî bir çabanın ürünü olarak meydana getirilen eser üzerindeki hakları sınırlı bir şekilde saymak suretiyle, manevî ve malî haklar olarak ikiye ayırmaktadır. Nitekim eser üzerindeki haklar, Kanunun "Fikrî Haklar" ana başlıklı üçüncü bölümünde "Manevî Haklar" (FSEK. m. 14-17) ve "Malî Haklar" (FSEK. m. 20-25) alt başlıkları altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Aslında eser üzerindeki haklar bir bütün olup yapılan bu ayrım teorik bir nitelik arz etmektedir. Çünkü bu hakların kullanılması çoğunlukla birbirine bağlıdır. Yine bu

³³⁰ Bilgisayar programlarının isteğe bağlı kayıt ve tesciline ilişkin esaslar, 17/05/2006 tarih ve 26171 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik" in 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ihtiyari kayıt talebinde bulunacak program sahipleri; başvuru formu, program üzerinde hak sahipliğini gösteren ve aksinin ispatı halinde her türlü hukukî ve cezaî sorumluluğun üstlenildiğini gösterir Yönetmeliğin Ek-3'ünde yer alan taahhütname ve kayıt ve tescil ücretinin ödendiğine dair banka dekontu ile birlikte bir kısım ilave belgeleri ibraz ederek programların kayıt ve tescilini yaptırabilirler. İbraz edilmesi gereken diğer belgeler ise şunlardır: (1) Ticari sırı olmayan bilgisayar programları söz konusu olduğunda alenileşmiş olsun ya da olmasın bilgisayar programının belirleyici özelliklerini taşıyan (kaynak kodunun ilk yirmi beş ve son yirmi beş sayfası; eğer elli sayfadan az ise tümü), herhangi bir araca gerek olmaksızın görülebilecek şekilde, varsa özel işareti ile birlikte çoğaltılmış bir kopyası, (2) ticari sır içeren bilgisayar programları söz konusu olduğunda ise ilk ve son yirmi beş sayfalık ticari sırlar bloke edilmiş şekilde kaynak kodu veya bloke edilmeksizin ilk ve son on sayfası veya amaç kodunun ilk ve son yirmi beş sayfası ile kaynak kodunun herhangi on veya daha fazla ardışık sayfası veya elli sayfadan kısa uzunluktaki programlar için ticari sırlar bloke edilerek tüm kaynak kodu, (3) yeniden düzenlenmiş olan bilgisayar programları söz konusu olduğunda düzeltmeler ilk ve son yirmi beş sayfada yer alıyorsa (2) numaralı alt bentte düzenlenen seçeneklerden biri, değilse; bloke edilmemiş şekilde kaynak kodunun düzeltmelerin de bulunduğu yirmi sayfası veya bazı bölümler bloke edilerek düzeltmelerin yer aldığı elli sayfasıdır. Bu bilgilerin "text" formatında "unicode" karakterlerden oluşacak şekilde verilmesi gerekmektedir.

Amerikan Hukukunda da, bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için herhangi bir tescil ya da kayda gerek bulunmamaktadır. Ancak eserlerin kaydedilmiş olması, bir ihlâl durumunda yargısal müdahale talebinde bulunabilmek için gerekli görülmektedir. Bununla beraber, eserin meydana getirildiği ülkenin ABD dışında bir ülke olması ve ihlâlin Bern Sözleşmesi'ne tabi eserlere yönelik olması durumunda ise, yargısal talepte bulunabilmek için eserin kaydedilmiş olması gerekli değildir. Tescil talebinde bulunulabilmesi için eserin yayınlanmış olup olmadığı önemli değildir. Maksimum koruma elde edebilmek amacıyla, ABD'de bilgisayar programı sahipleri genellikle, iki nüshasını teslim etmek şartıyla, Copyright Office'e tescil talebinde bulunmaktadır. Bkz. Bandey, s. 95-96. Amerikan hukukunda eserlerin kayıt ve tescili ile depozit edilmesi usulü, şartları ve hukukî sonuçları hakkında geniş açıklamalar için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. 208-3-48.

haklardan birine tecavüz edildiğinde, bu tecavüzün diğer hakları etkilemesi söz konusudur.³³¹

Kanunun söz konusu hakların düzenlendiği maddelerinde bilgisayar programları ile ilgili istisnâ bir hükme yer verilmediğinden, gerek manevî haklara gerekse malî haklara ilişkin düzenlemeler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bilgisayar programlarına da uygulanacaktır. Bu çerçevede, nasıl ki bir romanın yazarının ya da bir şarkının bestecisinin eseri üzerinde malî ve manevî hakları mevcut ise bilgisayar programı geliştiricisinin de meydana getirdiği bilgisayar programı üzerinde manevî ve malî hakları bulunmaktadır.³³²

II. HAKLARIN TÜRLERİ

A. Manevî Haklar

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası Hukuk sisteminde genellikle eser sahibinin malî hakları fikrî hak kanunlarında açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler eser sahibini, onun şahsiyet ve onuruna zarar verecek nitelikte bir takım eylemlere karşı korumayı hedeflemektedir. Bununla beraber, Amerikan hukukunda eser sahibinin manevî hakları fikrî hukukun bir özelliği olarak görülmemiştir. Fakat manevî hakların benzer düzeyde korunması haksız rekabet veya haksız fiil gibi içtihat hukukunun genel prensipleri sayesinde tanınmaktadır.³³³

³³¹ Erel, Fikir, s 111; Tekinalp, s. 149; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 122-123. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen malî ve manevî haklar ayrımı fikrî hukukun tarihi süreç içerisindeki gelişim seyri ve bu süreçteki bilimsel faaliyetler ile oldukça ilgilidir. Önceleri sadece, eşya hukukundaki eşya üzerindeki mülkiyet hakkına benzer şekilde malî haklar ile ilgilenilirken, zamanla eser üzerinde şahsiyet haklarına koşut hakların da varlığı ve öneminden hareket edilerek manevî haklar da gündeme getirilmiştir. Bunun sonucu olarak da zaman içerisinde, eser sahibinin, meydana getirdiği eseri üzerinde malî ve manevî haklarının olacağı genel olarak kabul görmüş ve buna bağlı olarak pek çok ulusal ve uluslararası mevzuatta eser sahipliğinden doğan malî ve manevî haklara yer verilmiştir. Arslan Kaya, Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 435.

³³² Eroğlu, s. 77.

³³³ Howard B. Rockman, Intellectual Property Law for Engineers and Scientists, New Jersey 2004, s. 390.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda manevî haklar, umuma arz yetkisi (m. 14), adın belirtilmesi yetkisi (m. 15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama (m. 16) ve eser sahibinin eserin üzerinde cisimlendiği malın malik ve zilyetlerine karşı hakları (m. 17) olarak sayılmıştır.

Fikrî hukukta manevî haklar eser sahibinin şahsına bağlıdır. Belirtilen bazı istisnaî durumlarda manevî hakların kendilerinin değil, ancak bunların kullanma yetkilerinin devredilmesine Kanun'da imkân tanınmaktadır. FSEK'in 14/1 ve 15/1. maddelerinde belirtilen manevî hakların kullanılması, eser sahibi tarafından, kendisi hayatta iken başkalarına bırakılabileceği gibi, bu haklar onun ölümünden sonra da, 19/1. maddede ifade edilen vasiyeti tenfiz memuru, sağ kalan eş ve çocukları ile mansup mirasçılar, anne babası ya da kardeşleri tarafından kullanılabilecektir. Manevî haklar işte bu noktada kişilik haklarından ayrılmaktadır. Zira kişilik haklarının miras yoluyla intikali ve bu hakların kişinin ölümünden sonra kullanılması mümkün değildir.³³⁴

2. Kamuya Sunma Hakkı

Bilgisayar programının, fikrî hukukta eser olarak korunabilmesi için kamuya arz edilmiş olması gerekmektedir. Bunun için de programın, sahibinin kişisel gizlilik alanından çıkarak fikir ve sanat dünyasına mâl olması gerekmektedir. Bilgisayar programının kamuya sunulması ise ya o eserin yayımlanması ya da diğer herhangi bir yoldan aleniyete kavuşturulması ile mümkün olmaktadır.³³⁵

Eser sahibinin eserini kamuya sunma hakkı FSEK'in "Umuma Arz Salâhiyeti" kenar başlıklı 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, bilgisayar programları bakımından bir istisna tanınmamıştır. Bu sebeple, ilim ve edebiyat eser olarak kabul edilen bilgisayar programını meydana getirenin, programı kamuya sunma hakkının olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Kamuya sunma, eserin ülkenin bütününde ya da bir yöresinde, dar veya geniş üçüncü kişiler çevresinde aleniyete kavuşturulması, herhangi bir şekilde

³³⁴ Erel, Fikir, s. 113.

³³⁵ Erel, Fikir, s. 115.

tanıtılması yahut hakkında bilgi verilmesidir. FSEK'in 14. maddesindeki "umum" kelimesi dar yorumlanmalıdır.³³⁶ Bir eserin kamuya sunulması için çoğaltılmasına, yayımlanmasına ya da temsil edilmesine gerek bulunmamaktadır. Eserin herhangi bir suretle bir grup kişinin bilgisine sunulmuş olması yeterlidir. Kamuya sunulma bir defaya mahsus gerçekleşen hukukî bir fiildir. Bir eser sahibinin rızası dairesinde alenileştirildikten sonra bu durumun değiştirilmesi mümkün değildir.³³⁷ Eserin yayımlanması ise, FSEK'in 7. maddesinde, bir eserin çoğaltma ile elde edilen nüshalarının hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılması veya dağıtılması ya da diğer herhangi bir tarzda ticaret mevkiine konulmak suretiyle kamuya sunulması olarak tanımlanmaktadır.

Bilgisayar programının kamuya sunulup sunulmayacağını, onun nüshalarının satışa çıkarılma, dağıtılma veya diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma zamanını ve şeklini programı meydana getiren belirler. (FSEK.m.14/I)³³⁸ Öte yandan, tümü ya da önemli bir kısmı henüz alenileşmemiş olan veya ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir programın içeriği hakkında bilgi verme hakkı da ancak programı meydana getirene aittir. (FSEK. m.14/II)

Programı meydana getiren kimse, kamuya sunma hakkını bizzat kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılmasını malî hakkı devrettiği şahsa da bırakabilir. Zira bazı durumlarda, bir malî hakkın kullanılması ancak programın kamuya sunulması ile mümkün olur. Bu halde söz konusu hakkı devralan malî hak sahipleri de programı kamuya sunma yetkisine sahiptir. Ancak, programı kamuya sunma yetkisini devralan malî hak sahibinin bu yetkiyi program sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanmaması gerekir. Örneğin, programın çirkin bir kapak altında işportada satılması, duruma göre program sahibinin itibarını zedeleyebilecek bir kamuya sunma tarzı sayılabilir. Özellikle bilgisayar programının kamuya sunulma zamanı veya şekli sahibinin şeref ve itibarını zedelediği takdirde,

³³⁶ İsviçre hukuk doktrinde umuma arz, bir eserin, aile ya da arkadaş çevresini teşkil etmeyen bir grup insan açısından ulaşılabilir olması olarak yorumlanmaktadır. Buna göre, eserin bir şirket çalışanlarına, kamu kurumlarının temsilcilerine, basın mensuplarına ya da aralarında eser sahibinin arkadaşı olmayan kimselerin de bulunduğu törendeki hazır bulunan davetlilere gösterilmesi ya da anlatılması halinde eserin umuma arz edildiğinden söz edilebilecektir. Bkz. Dessemontet, s. SWI-50.

³³⁷ Tekinalp, s. 152-153.

³³⁸ Dietz, s. GER-91.

programı meydana getiren önceden izin vermiş olsa dahi, programın gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin kamuya tanıtılması ve yayımlanmasını yasaklayabilir. Bu yasaklama yetkisinden önceden sözleşme ile vazgeçmek ise geçersizdir. Önceden vazgeçmenin geçersiz sayılması, Medeni Kanunun şahsiyetin içe karşı korunmasının özel bir uygulamasını oluşturmaktadır.(TMK. m.23)³³⁹ Buna göre, taraflar aralarındaki sözleşmeye yasaklama yetkisinden program sahibi tarafından önceden feragat edildiğine dair bir hüküm koyarlar ise, sözleşmenin sadece bu kısmı hukuka aykırılık nedeniyle batıl olacak, ancak bu kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamı batıl sayılacaktır.³⁴⁰

Programın sadece umuma arz edilmesi yetkisinin devredilmesi malî hakların da devredildiği anlamına gelmemektedir. Yine bir programın aile ve dost çevresinin bilgisine veya bir bilgisayar şirketinin beğenisine sunulması, eser sahibinin kamuya sunma iradesini taşımadığından kamuya sunma olarak kabul edilemez.

FSEK'in 14. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde, eser sahibinin, devrettiği kamuya sunma yetkisini geriye alması halinde, diğer tarafın da tazminat hakkının saklı olduğu öngörülmektedir. Burada tazminat isteme hakkı, kamuya sunma hakkının haksız bir şekilde eser sahibi tarafından yasaklanması durumunda zarara uğrayan tarafa tanınmaktadır.³⁴¹

3. Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı

Eser sahibinin eseri ile kendisi arasındaki ilişkiyi kamuya bildirip bildirmeme hususunda münhasır bir hakkı bulunmaktadır. Eser sahibi istediği takdirde bu ilişkiyi adını belirtmek suretiyle kullanır. Bununla beraber adının tam olarak açıklaması zorunlu olmayıp, adın yerine, eser sahibinin tanınmasına imkân verecek şekilde bir kısaltma, rumuz veya takma ad da kullanılabilir. Eserde adın belirtilmesi, eser sahipliğine bir karine oluşturması ve eser üzerindeki tasarruf

³³⁹ Erel, Fikir, s. 115, 118; Eroğlu, s. 78. Türk Medeni Kanunun 23. maddesinin 2. fıkrasına göre kimse özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

³⁴⁰ Kısmî butlan hakkında geniş bilgi için bkz. Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998. Ayrıca bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 130-131.

³⁴¹ Tekinalp, s. 155.

yetkisinin ispatı açısından önem arz etmektedir.³⁴² Nitekim FSEK'in 11. maddesinde bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yayımlanmış bir programın nüshalarında, o programın sahibi olarak adını yahut bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi ispat edilinceye kadar o eserin sahibi sayılmaktadır. O halde, kendi meydana getirdiği bilgisayar programının başka birinin adıyla kamuya sunulduğunu iddia eden kimse bunu ispatlayarak söz konusu karineyi çürütebilir. Ancak bir kimse kendi adına kamuya sunulan bir bilgisayar programını kendisinin meydana getirmediğini iddia ettiğinde, onun bu iddiasını kabul etmek menfaatler dengesi açısından doğru bir çözüm tarzı olacaktır.³⁴³ Zira kişinin bir şeyi kendisinin yapmadığını ispat etmesi zordur.

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, FSEK'in "adın belirtilmesi salâhiyeti" kenar başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında, "Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salâhiyeti münhasıran eser sahibine aittir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde bilgisayar programını meydana getiren kişi ya da kişilerin de adlarını bilgisayar programı üzerinde belirtme ya da belirtmeme hakları bulunmaktadır. Zira Kanunda, adın belirtilmesi yetkisine ilişkin, bilgisayar programları bakımından bir istisnaya yer verilmemiştir. Nitekim, diğer eser sahiplerine bu hakkın tanındığı yerde bilgisayar programlarını meydana getirenlerin bu hakka sahip olmadıklarını söylemenin tutarlı bir yönü bulunmamaktadır.³⁴⁴

İngiliz 1988 tarihli Telif Hakları, Tasarım ve Patent Kanunun 79. (2) ve (7) maddelerinde, bilgisayar programlarında ve bu programlardan geliştirilen eserlerde, hanedana ait teliflerde, hizmetlilerin yaptığı filmlerde, gazete, magazin ve dönemsel yayınlarda eser sahibinin adının gösterilmesinin şart olmadığı açıkça düzenlenmektedir.³⁴⁵

³⁴² Erel, Fikir, s. 118-119; Dietz, s. GER-92; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 226; Eroğlu, s. 78-79.

³⁴³ Erel, Fikir, s. 121-122; Topaloğlu, Bilgisayar, s.47; Gökyayla, s. 152.

³⁴⁴ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 226; Eroğlu, s. 79; Topaloğlu, Bilgisayar, s. 47-48. Bern Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesinde de eser sahibinin, malî haklardan bağımsız olarak ve bu haklar devredilmiş olsa bile eser sahibi olduğunu ileri sürme hakkı olduğu düzenlenmektedir.

³⁴⁵ Tekinalp, s. 157.

Adın belirtilmesi hakkı, bilgisayar programını bizzat meydana getiren tarafından kullanılabileceği gibi, bu hakkı kullanma yetkisi başka malî hakları devralmış kimselere ya da başka herhangi bir şahsa bırakılabilir. Programı meydana getiren kimsenin ölümünden sonra ise, bu yetki, FSEK'in 19/I maddesinde belirtilen şahıslar tarafından kullanılabilir. Bununla beraber, programı meydana getiren önceden adının açıklanmasını istememiş ise, bu şahısların onun iradesine uymaları gerekmektedir.³⁴⁶

Programı meydana getiren eser sahibi, adın belirtilmesi hakkını, program CD'sinin kapağında, CD'nin üzerinde ya da program çalıştırıldığında, programın herhangi bir aşamasında adının zikredilmesi suretiyle kullanabilir.

Birden fazla kimse tarafından ister müşterek isterse iştirak halinde eser sahipliği oluşturacak şekilde bir bilgisayar programı meydana getirilmiş olsun, bu program üzerinde adın belirtilmesi hakkı tüm eser sahiplerine aittir. Başka bir deyişle birlikte eser meydana getirenlerin hepsinin program üzerinde adlarının belirtilmesini isteme hakları bulunmaktadır.

Programı meydana getiren, onu kendi adı veya takma adı ya da bir rumuz ile yayımlamış ise, bu adda sahibinin izni olmaksızın başkaları tarafından sonradan değişiklik yapılamaz, ad kısaltılamaz ve rumuz açıklanamaz. Aksi halde program üzerinde eser sahipliğine haiz olan şahıs her türlü değişikliği önleyebilme yetkisine sahiptir. (FSEK. m16/I)

4. Programda Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Hakkı

Bir eser, sahibinin adı, içeriği ve biçimi ile bir bütün teşkil etmektedir. Ancak eser sahibinin hususiyeti eserin tümünde değil, her bölüm, parça ve detayında kendini göstermektedir. Dolayısıyla eserde herhangi bir suretle yapılacak değişiklik, eserin bütünlüğüne hâlel getirebilir, bu suretle de eser, sahibinin hususiyetini kaybedebilir. Bu durum ise, eser sahibinin özellikle manevî çıkarlarını zedeleyici bir husustur. Bu sebeple, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eser sahibinin bu hakkını zedeleyecek nitelikte, başkalarının eser üzerinde yapacakları değişiklikleri

³⁴⁶ Erel, Fikir, s. 119.

yasaklamaktadır.³⁴⁷ Bu sayede eser sahibi, eserin bütünlüğünün korunmasını sağlayabilmektedir.³⁴⁸

Bilgisayar programları statik olmayıp düzenli olarak geliştirilmekte ve yenilenmektedir. Sipariş üzerine belirli bir şirket ya da kişinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere geliştirilen bilgisayar programlarında bile, zamanla o kişinin ihtiyaçlarının veya programdan beklentilerinin artması gibi sebeplerle değişiklik yapılması zaruri hale gelebilmektedir. Aynı şekilde, geliştirme aşamasındaki testler sırasında fark edilemeyen bazı hataların mevcudiyeti, program belirli bir süre kullanıldıktan sonra anlaşılabilir. Zira, hiçbir programcı programının tamamen hatasız olduğunu iddia edememektedir.³⁴⁹

Kanunun bilgisayar programlarına da aynen uygulanma kabiliyeti bulunan ve “Eserde değişiklik yapılmasını menetmek” kenar başlıklı 16. maddesi ile, eser sahibinin izni olmadığı sürece bir eserde ya da eser sahibinin adında kısaltmalar, eklemeler ve başkaca değiştirmelerin yapılamayacağı belirtilmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ile de, eser sahibinin, kayıtsız ve şartsız bir şekilde izin vermiş olması durumunda dahi, onun şeref ve itibarını zedeleyen ya da eserin nitelik ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelerin men edilebileceği öngörülmüş; menetme yetkisinden vazgeçmeye ilişkin sözleşmenin ise hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme, Bern Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesi hükmü ile de uyumlu niteliktedir. Nitekim Sözleşmenin anılan maddesinin 1. fıkrası ile, eser sahibinin, eserin kendi şeref ve şöhretine zarar veren her türlü bozulmasına, parçalanmasına ya da herhangi bir suretle değişikliğe uğratılmasına veya aynı eserin başka herhangi bir şekilde zarar uğratılmasına muhalefet etme hakkını muhafaza edeceği öngörülmüştür. Buna göre, kural olarak bir bilgisayar programında ya da program geliştiricisinin adında, sahibinin izni olmadığı sürece kısaltma, ekleme ya da diğer bir değişiklik yapılması mümkün değildir. Ancak Kanunun ya da programı meydana getirenin izni ile o programı işleyen, kamuya sunan, yayımlayan, temsil eden veya diğer bir suretle yayan kimse işleme, çoğaltma, temsil ya da yayım tekniği icabı olarak zarurî kabul edilebilecek değiştirmeleri yapabilir. Programı meydana

³⁴⁷ Erel, Fikir, s. 122; Tekinalp, s. 158; Gökyayla, 153.

³⁴⁸ Dessemontet, s. SWI-58; Gökyayla, s. 153.

³⁴⁹ Bainbridge, Software, s. 156.

getirenden bu konuda özel bir iznin alınmış olmasına gerek bulunmamaktadır. (FSEK. m.16) Nitekim, bazen bir programdan gerektiği şekilde yararlanılabilmesi için programda değişiklik yapma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bununla beraber, programda yapılacak değişiklik objektif olarak onu meydana getirenin şeref ve itibarını düşürmekte ya da programın nitelik ve hususiyetini bozmakta ise, programı meydana getiren önceden izin vermiş olsa dahi bu değişikliklere engel olabilir.³⁵⁰ Bu hakkın kullanılması çerçevesinde, hakkın ihlâli devam etmekte ise programı meydana getiren açacağı tecavüzün ref'i davası ile, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayımının engellenmesini veya tecavüz edenin tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini, başka bir deyişe bunların eski hale getirmesini isteyebilir. Tecavüzün henüz başlamamış olması, ancak bu tecavüzün gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olması durumunda, bunun önlenmesini teminen tecavüzün men'i davası açabilir, tecavüzde bulunanın kusurlu olması halinde ise maddi ve manevî tazminat davası açılabilir.³⁵¹ Engel olma hakkının dürüstlük kuralını ihlâl etmeyecek şekilde makul bir süre içerisinde kullanılması gerekmektedir. (TMK. m.2)³⁵² Bu engel olma hakkından programı meydana getiren daha önce feragat etmiş ise, buna ilişkin sözleşme ya tam butlan ile ya da duruma göre kısmî butlan ile geçersizdir.

Uygulamada off-the-shelf programları olarak piyasaya sürülen programlara ilişkin lisans sözleşmelerinde genellikle ne olursa olsun programda değişiklik yapılmasını önleyici hükümlere yer verilmektedir. Öte yandan bu tarz programları edinenler de, aslında nadiren bir değişiklik ihtiyacı hissetmektedirler. Bununla beraber, edinilen programlarda hatalar ile karşılaşılması ise her zaman imkan dâhilindedir. Bu tarz programları piyasaya süren yazılım şirketleri genellikle müşterilerinin, hatalarını düzelterek piyasaya sürdükleri yeni versiyonları az bir ücretle veya ücretsiz elde etmelerine imkân tanıyabilmektedir.³⁵³ Bir müşterinin talebi üzerine sadece onun istekleri göz önüne alınarak geliştirilen bilgisayar

³⁵⁰ Erel, Fikir, s. 123; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 230-231; Topaloğlu, s. 48-49; Kaypakoglu, s. 79-80.

³⁵¹ Erel, Fikir, s. 124; Gökyayla, s. 155.

³⁵² Tekinalp, s. 160.

³⁵³ Bainbridge, Software, s. 156-157.

programlarında (bespoke software) ise taraflar, programın bakım ve tamirine ilişkin hükümlere lisans sözleşmelerinde yer vermektedirler.³⁵⁴

B. Mali Haklar

1. Genel Olarak

Eser sahibinin eseriyle olan ekonomik ve malî bağlarına ilişkin haklarına malî haklar denmektedir.³⁵⁵ FSEK'in 20. maddesinde, henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde olursa olsun faydalanma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu ve alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkının ise, bu Kanunda sınırlı bir şekilde sayılan malî hak olarak gösterilenlerden ibaret olduğu belirtilmektedir. O halde, eser sahipliğinden doğan FSEK'te öngörülen malî hakların varlığından söz edilebilmesi için öncelikle eserin alenileşmiş olması gerekmektedir.³⁵⁶ Aynı maddede devamla, malî hakların birbirine bağlı olmayıp, bunlardan herhangi birinin tasarrufu ve kullanılmasının diğerine bir etki etmeyeceği ifade edilmektedir. Buna göre, bir bilgisayar programının sahibi, aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan malî haklardan herhangi birini ayrı bir tasarrufa tabi tutabilecek, bunlardan birine yönelecek bir işlem diğerini etkilemeyecektir. Örnek vermek gerekirse, program sahibi programın çoğaltma hakkını bir kimseye, yayma hakkını ise bir başka kimseye sözleşme ile devredebilecektir.³⁵⁷ Bununla beraber, bir hakkın devri, o haktan gerektiği şekilde yararlanılabilmesi için başka bir hakkın da

³⁵⁴ Bainbridge, Software, s. 157-158. Lisans sözleşmesi ile programın kendisi için geliştirildiği müşteriye programın sahibi programın nesne kodunu vermektedir. Ancak gerekli değişiklik ve yenilikleri yapabilmesi için müşteri çoğunlukla programın kaynak kodlarına da ihtiyaç duyacaktır. Uygulamada escrow sözleşmesi yapılmak suretiyle programın kaynak kodları, akış şeması ve diğer hazırlık dokümanları üçüncü bir kişiye tevdi edilmektedir. Bu sözleşme, programı alan müşteriye ileride programın bakımı ve geliştirme yetkisi tanımaktadır. Escrow sözleşmesi ile dokümanların kendisine emanet edildiği kişi, programı geliştiren kimsenin sözleşme ile belirlenen, örneğin yazılım şirketinin iflas etmesi ya da diğer herhangi bir sebepten dolayı programı destekleme imkanından yoksun kalma gibi durumların ortaya çıkması durumunda elinde tuttuğu dokümanları müşteriye vermekle yükümlü kılınmaktadır. Dolayısıyla bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, söz konusu kişi bu dokümanları müşteriye vermektedir. Müşteri ise, dokümanları elinde tutan kimseye bu hizmet karşılığı belirli bir ücret ödemektedir. Görüldüğü gibi, escrow sözleşmesi program geliştiricisinin bir şekilde artık programın bakımını yapamayacak hale gelmesi durumunda müşterinin o programdan sürekli ve gerektiği şekilde yararlanmasını güvence altına alan bir sözleşme niteliğindedir. Bkz. Bainbridge, Software, s. 159-160. Escrow Sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. İsmail Kırca, Escrow Sözleşmesi, BATİDER, C.XIX, S.1, Ankara 1997.

³⁵⁵ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 237.

³⁵⁶ Alenileşmemiş eserler ise Medeni Kanunun şahsiyetin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde korunur. Bkz. Erel, Fikir, s. 133.

³⁵⁷ Erel, Fikir, s. 134; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 237-238.

devredilmesini gerekli kılıyorsa bu durumda, hak sahibinin, o hakkın devrine de muvafakat ettiği kabul edilmelidir. Örneğin, programın işleme hakkının devredildiği durumlarda devralan, işleme hakkından gerektiği şekilde ekonomik fayda sağlayabilmek için, aynı zamanda, işleme sonucu meydana getireceği programın yayma hakkına da sahip olmalıdır.³⁵⁸

2. İşleme Hakkı

a) Genel Olarak İşleme Eser ve Bilgisayar Programlarında İşleme

İşleme eser,³⁵⁹ FSEK'in "tanımlar" kenar başlıklı 1/B maddesinin (c) bendinde "Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanmaktadır. Kanunun 6. maddesinde ise, belirli başlı örnekler verilmek suretiyle ve sınırlayıcı olmaksızın nelerin işlenme sayılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında da, istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlemlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanundaki bu düzenlemeler dikkate alınarak, bir fikir ve sanat ürününün işleme eser sayılabilmesi için esasa ve şekle ilişkin bir kısım şartların bulunması gerekmektedir. Yararlanılan esere sadık kalınması ile eserde işleyenin özelliklerinin bulunması esasa ilişkin şartları oluştururken, işlemenin asıl eserle aynı ana kategoride yer alması³⁶⁰ ve asıl eserle olan ilişkinin belirtilmesi şekle ilişkin şartları

³⁵⁸ Erel, Fikir, s. 134.

³⁵⁹ FSEK'in 1/B maddesinde "işleme" yerine "işlenme" tabiri kullanılmıştır. Doktrinde mevcut bir eserden yararlanmak suretiyle bağımsız bir eser meydana getirme eylemi "işleme" olarak, bu eylem neticesi meydana getirilen eserin ise "işlenme" olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bkz. Ateş, Eser, s. 291. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ise her iki durum için de "işlenme" tabiri kullanılmıştır. Nitekim bazı Yazarlar bu iki durum için de "işlenme" terimini tercih ederken, diğer bazı Yazarlar her iki durum için "işleme" tabirini kullanmaktadır. İşlenme tabirini tercih eden Yazarlar için bkz. Öztürk, s. 31; Ayiter, s. 64; Tekinalp, s. 124. İşleme tabirini tercih eden Yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s. 53; Arslanlı, s. 29; Gürsel Üstün, Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul 2001. Biz çalışmamızda bu iki durum için de "işleme" tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

³⁶⁰ Üstün, doktrindeki genel kabulden farklı olarak, bir eserin işleme sayılabilmesi için bağımsız eser ile işleme eserin aynı kategoride yer almasının zorunlu olmadığı görüşündedir. Yazar'a göre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir eserin başka bir esere dönüştürülmüş halinin işleme eser sayılamayacağı şeklindeki bir hükmün mevcut olmaması nedeniyle ve asıl eser ile işleme eser arasındaki bağlantı kopmadığı müddetçe işleme eserin mevcudiyetinden söz etmek mümkündür. Bu görüş hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Üstün, s. 84-85.

oluşturmaktadır.³⁶¹ O halde işleme eser, kendisinden önce meydana getirilen eser niteliğini haiz bir fikrî üründen, o eserin sahibinin haklarına halel getirmemek şartıyla yararlanılarak oluşturulan ve meydana getirenin hususiyetini taşıyan, ancak kendisinden yararlanılan esere oranla müstakil nitelikte olmayan fikrî ürün olarak tanımlanabilir.

Nelerin işleme sayılacağına örnek olarak belirtildiği FSEK'in 6. maddesinin 10. bendinde, bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya programda herhangi bir değişim yapılmasının işleme sayılacağı düzenlenmiştir. Anılan maddede yer alan kavramlar tanımlanmadığından yeterince açık değildir. Bu kavramların kapsamı doktrinde belirlenmeye çalışılmıştır. Bununla beraber, “uyarlama” (*adaptation*) ile kastedilen, programın yazıldığı programlama dilinden başka bir dile dönüştürülmesidir. Daha teknik bir ifadeyle uyarlama, yüksek seviyeli bir programlama diliyle, örneğin BASIC diliyle yazılmış bir programın derleyici program vasıtasıyla bilgisayarın anlayacağı düşük seviyeli, örneğin Z80 assembly diline dönüştürülmesidir.³⁶² Düzenleme (*arrangement*) ile anlatılmak istenen, bağımsız program ya da program parçacıklarının birbirine bağlanmasıdır.³⁶³ Öte yandan “herhangi bir değişiklik” ile ifade edilen ise, FSEK'in 38/II maddesi kapsamında yer alan ve kişisel kullanma için gerekli olan değişikliği aşan değişikliklerdir.³⁶⁴ Bununla beraber, bu üç şekilde yapılacak işlemler neticesinde bir işlemeyen söz edilebilmesi için, yukarıda ifade edilen esasa ve şekle ilişkin şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Buna göre, daha önce meydana getirilen bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi ya da programda herhangi bir değişiklik yapılması durumunda, yeni meydana getirilen programın işleme sayılabilmesi için, bu bilgisayar programının, önceki programdan, onu meydana getirenin haklarına zarar verilmeksizin yararlanılmak ve geliştiricisinin hususiyetini taşımak suretiyle

³⁶¹ Bu ayırım ve işleme eserler hakkında geniş bilgi için bakınız Erel, Fikir, s. 53-62; Engin Erdil, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003, s. 35-50; Fırat Öztan, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 222-242.

³⁶² Bainbridge, Intellectual Property, s. 207; Aplin, 120. İngiliz 1988 Telif Hakları, Tasarımlar ve Patent Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında, bilgisayar programlarında işleme, programın düzenlenmesi, değiştirilmiş bir versiyonu ya da tercümesi olarak tanımlanmıştır. Çevirinin tanımı ise, anılan maddenin 4. fıkrasında, bir bilgisayar programının geliştirildiği dilden veya kodlardan farklı bir dile ya da kodlara dönüştürülmesi şeklinde yapılmıştır. Bkz. Bandey, s. 178-179.

³⁶³ Aksu, s. 123-124.

³⁶⁴ Tekinalp, s. 129-130; Erdil, İşlenme Eserler, s. 71.

oluşturulması icap etmektedir. Ayrıca, işleme programın, yararlanılan bilgisayar programından müstakil bir varlığının bulunmaması gerekmektedir.

Yukarıda, bir bilgisayar programının yazıldığı programlama dilinden başka bir dile dönüştürülmesi suretiyle yeni bir program meydana getirildiğinde, bunun işleme sayılabileceği belirtildi. Bu şekilde meydana getirilen işlemlerde, her somut olayın koşullarına göre durumun değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, günümüzde program endüstrisindeki gelişmeler sayesinde artık bilgisayar kullanma bilgi ve becerisine sahip bir kimsenin de kolaylıkla yapabileceği şekilde, sadece çevirici programların bir tuşuna basmak suretiyle programın yazıldığı bir dilden başka bir dile dönüştürülmesi mümkün hale gelmiştir. Bu durumda da pek tabiidir ki, programı dönüştüren kişiye atfedilebilecek bir hususiyetin varlığından, dolayısıyla dönüşen programın işleme eser olarak fikrî hukuk korumasından yararlanacağından söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, dönüşen programda sahibinin hususiyetinin bulunup bulunmadığı her somut olayın koşullarına göre dikkate alınmalıdır.³⁶⁵

Mehaz Direktifin 4. maddesinin (b) bendinde de, bir bilgisayar programının çevrilmesi, uyarlanması, düzenlenmesi ve programın diğer herhangi bir şekilde değiştirilmesi ile onun sonuçlarının çoğaltılması hakkının, programda değişiklik yapanın hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ve yetkili kılacağı şahsın münhasır hakkı olduğu belirtilmiştir. Direktifin anılan maddesi ile, uygulamada bilgisayar programlarının işlenmesi açısından en sık karşılaşılan durumlara yer verilmiş ve programda herhangi bir şekilde yapılacak değişikliklerin de işleme sayılacağı öngörülmüştür. O halde, bilgisayar programının, bir program dilinden başka bir dile çevrilmesi, kaynak kodundan nesne koduna veya tersine çevirme yoluyla yapılacak değişiklikler, mevcut programda ekleme, silme ya da yeni düzenlemeler yapılması, hazırlık tasarım malzemesinin yüksek düzeyde bir programlama diline ya da makine tarafından okunabilecek bir koda dönüştürülmesi, bilgisayar programlarındaki belli başlı işlemlerdendir.³⁶⁶ Yine herhangi bir

³⁶⁵ Arıkan, Bilgisayar, s. 21.

³⁶⁶ Erel, Bilgisayar Programları, s. 148. Kaynak kodundaki bir programın derlenmesi ile nesne kodundaki bir programın ayrıştırılarak kaynak koduna dönüştürülmesi işleme sayılmakta olup, program geliştiricisinin izni olmaksızın gerçekleştirilen böyle bir eylem eser sahibinin hakkını ihlâl etmektedir. Bainbridge, Software, s. 45.

programlama diliyle (ör: BASIC) yazılmış bilgisayar programının başka bir program diliyle (ör: COBOL) yeniden yazılması durumunda, sonraki program önceki programın işlemesi olarak kabul edilmektedir.³⁶⁷

b) Bilgisayar Programlarında İşleme Hakkı

Bir bilgisayar programından, onu işlemek suretiyle yararlanma hakkı münhasıran onu meydana getirene aittir. (FSEK. m. 21) Buna göre, bilgisayar programını geliştiren kimse, o programdan işleme yoluyla meydana getirilecek iktisaden değerlendirilmeye elverişli yeni eserin kamuya sunulması ve iktisaden değerlendirilmesi hususunda karar verme hak ve yetkisine sahiptir. Bu kimse, söz konusu hakkını bizzat kullanabileceği gibi, başka bir deyişle bilgisayar programını kendisi işleyebileceği gibi, bu hakkını başkalarına da devredebilir. Bu yetki ancak işleme suretiyle meydana getirilen bilgisayar programının kamuya arz edilecek ya da iktisaden değerlendirilecek olması halinde söz konusudur. Zira, programın kâr amacı güdülmeksizin, şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere belirli sayıda nüshalara münhasır kalmak kaydıyla serbestçe işlenmesi mümkün olduğundan bu konuda açıkça bir yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır.³⁶⁸

Kendisine bir programı işleme yetkisi verilen şahıs bu hakkını, kendine bu sıfatla tanınan malî hakları işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl program sahibinin müsaade ettiği ölçüde kullanabilir (FSEK. m.20).

FSEK'in 52. maddesinde bütün malî hakların devrine ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şart koşulduğundan, işleme hakkının devrine ilişkin sözleşme de yazılı şekilde yapılmalıdır. Kanımızca, Kanunda öngörülen yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır. Yine tür belirtilmeksizin genel olarak bütün işleme haklarının devredildiği yolundaki bir sözleşme de gerek FSEK'in 20/II gerekse 52. maddesi uyarınca geçerli olarak kabul edilemeyecektir.³⁶⁹ Bu halde, BASIC dilinde yazılmış bir bilgisayar programının geliştiricisi, diğer bir şahsa, aralarındaki yazılı sözleşme ile, o programı COBOL dilinde yazma konusunda işleme hakkı tanımış ise, o şahsın bu programı

³⁶⁷ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 49-50.

³⁶⁸ Erel, Fikir, s. 135; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 162-163.

³⁶⁹ Erel, Fikir, s. 135.

başka bir programlama dili ile yazma hakkı bulunmamakta olup, işleme hakkını ancak kendisine tanınan hakka uygun olarak kullanabilir.

Kendisine bir programı işleme hakkı tanınan kimse, o işleme türüne münhasır kalmak şartıyla, kendi işlemesi üzerinde, işleme hakkının iktisaden değerlendirilebilmesi için zorunlu olan eser sahipliğinden doğan bütün hak ve yetkilere sahiptir. Buna göre işleme hakkı sahibi, işlemeyi kamuya sunma, işleme üzerinde asıl eser sahibi ile birlikte kendi adını belirtme, işlemde başkaları tarafından değişiklik yapılmasını men etme gibi bir takım manevî haklar yanında işlemeyi iktisaden değerlendirmek için gerekli malî haklara da sahip bulunmaktadır. İşleyen işleme hakkının iktisaden değerlendirilebilmesi için zorunlu olan eser sahipliğinden doğan bu hak ve yetkileri devir sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olmasına gerek olmaksızın kullanabilir.³⁷⁰ Yukarıdaki örnek çerçevesinde konuyu somutlaştıracak olursak, önceki programı COBOL programlama dili ile yazarak işleme meydana getiren kimse, o işlemeyi çoğaltma hakkına sahip bulunmaktadır. Zorunlu değişiklik yapma hakkı bakımından ise, FSEK'in 16/II maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, Kanunun ya da eser sahibinin izni ile bir eser işleyen kimse, işleme, çoğaltma veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin özel bir iznine gerek olmaksızın yapabilir. Yine sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu halinde, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukukî yollardan edinen kişi tarafından işlenmesine Kanun açıkça izin vermektedir. (FSEK. m. 38/II)

İşleme suretiyle meydana getirilen bilgisayar programının aslı ya da çoğaltılmış nüshaları üzerinde, asıl bilgisayar programının geliştiricisinin ad ya da alametinin, kararlaştırıldığı ya da mutad olduğu şekilde belirtilmesi ile, yeniden meydana getirilen bu bilgisayar programının bir işleme olduğu açıkça gösterilmesi zorunludur. (FSEK. m. 15/II)

³⁷⁰ Erel, Fikir, s. 135-136; Tekinalp, s. 169; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 163. Öztan'a göre bu haklar "devren iktisap edilen haklar" olmayıp aslen iktisap olunmuş müstakil ve inhisarî haklardır. Bkz. Öztan, s. 231-232.

Program sahibinin iznine dayalı olarak yapılan işleme, gerek asıl program sahibine gerek üçüncü kişilere karşı korunmaktadır. Örneğin, BASIC diliyle yazılmış bir programı, COBOL diliyle yeniden geliştirme konusunda bir başka şahsa işleme hakkı tanıyan eser sahibi, sonradan başka birine de aynı programı COBOL dilinde geliştirme hakkı tanıyamaz.³⁷¹

İşleme hakkı konusunda akla gelebilecek bir sorun da, işleme hakkı sahibinin, işleme suretiyle meydana getirdiği eser üzerinde üçüncü bir şahsa işleme hakkı verip veremeyeceğidir. İşleme suretiyle meydana getirilen bilgisayar programının yeniden işlenmesi dışındaki malî hakların devri yetkisi münhasıran işleyene aittir. Ancak, işlemenin yeniden işlenmesine ise, işleyen ve asıl eser sahibinin birlikte izin vermesi gerekmektedir.³⁷² Zira, işleme eserin yeniden işlenmesi, hem eser sahibinin hem de işleme hakkı sahibinin haklarını etkilemektedir.

Bir bilgisayar programına ilişkin işleme hakkı iktisap eden kimsenin bu hakkını başkasına devredebilmesi için, program sahibinin veya mirasçılarının bu devre yazılı şekilde muvafakat etmeleri gerekmektedir. (FSEK. m. 49/II)

3. Çoğaltma Hakkı

a) Genel Olarak

Malî haklar eser sahibine eserden ekonomik olarak yararlanma imkanı tanıyan mutlak haklardır. Mutlak hak olması dolayısıyla da eser sahibi, eserden yararlanmanın şeklini ve süresini kendi belirler, hakkına bir tecavüz durumunda ise bunu hukukî olarak engelleyebilir. İşte eser sahibine tanınan bu malî hakların başında çoğaltma hakkı gelmektedir.³⁷³ Çoğaltma hakkı eser sahibinin eserden yararlanabilmesinin en eski, en olağan ve en yaygın yoludur. Bu hak bugünkü fikir ve sanat eserleri hukukunun çekirdeğini oluşturmaktadır.³⁷⁴

³⁷¹ Erel, Fikir, s. 136; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 50.

³⁷² Erel, Fikir, s. 136; Arslanlı, s. 96; Öztan, 225; Topçuoğlu, s. 56-57; Öztrak, s. 56; Ateş, s. 164.

³⁷³ Kaya, s. 436.

³⁷⁴ Tekinalp, s. 170.

FSEK'in 22. maddesinde, bir eserin aslını ya da nüshalarını kısmen veya tamamen çoğaltma hakkının, münhasıran eser sahibine ait olduğu öngörülmektedir. Eser sahibi çoğunlukla bu hak sayesinde eserinden ekonomik bir menfaat elde edebilmektedir.

Eser sahibinin çoğaltma hakkını bizzat kullanması mümkün olduğu gibi başkasına devretmesi de mümkündür. İşleme ve yayma haklarının kullanılması için genellikle eserin çoğaltılması da gerekmektedir. Bu sebeple, söz konusu hakları devreden eser sahibi, işin niteliği aksini gerektirmedikçe, çoğaltma hakkını da devretmiş sayılır.³⁷⁵

Malî hakların merkezinde yararlanma ölçütü yer almaktadır. Bu yüzden, üçüncü kişiler, malî hakların kullanımına hemen her zaman doğrudan veya dolaylı, haklı ya da haksız bir biçimde katılmaktadır. Bir malî hak olan çoğaltma hakkı, eser sahibi ya da mirasçıları tarafından yer, süre ve içerik itibarıyla, sınırlı³⁷⁶ veya sınırsız, karşılıklı ya da karşılıksız şekilde üçüncü bir şahsa tümüyle devredilebileceği gibi, bu hakkın yalnızca kullanılması yetkisi de devredilebilir.³⁷⁷

Eser sahibinin çoğaltma hakkına gerek Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda gerek diğer ülke kanunlarında sınırlamalar getirilmiştir. Bu sayede, kanunî koruma süreleri dolmadan da, eserin serbestçe çoğaltılabilmesine izin verilmektedir.

b) Çoğaltma Kavramı

Çoğaltma kavramının yasal tanımı, FSEK'in 22. maddesinin 2. fıkrasında, "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 kaydedilmesi, ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje krokilerinin uygulanması da çoğaltma sayılır" şeklinde yapılmaktadır.

³⁷⁵ Erel, Fikir, s. 138.

³⁷⁶ FSEK'in 44. maddesi ile, malî hak sahipleri ile fikir ve sanat eserlerinin işaret, ses ve resimle tekrarına yarayacak aletleri imal edenler ve basanların, çoğaltılarak satışa çıkarılacak eserlerin bütün nüshalarında işaret ve seri numarası bulundurmakta müştereken sorumlu tutulmuştur. Bu düzenleme özellikle, çoğaltma hakkını sayı itibarıyla sınırlı olarak devralan şahısların eseri sözleşmede kararlaştırılardan daha fazla sayıda çoğaltarak bu hakkı ihlâl etmelerini önlemeyi amaçlamaktadır. Erel, Fikir, s. 142.

³⁷⁷ Kaya, s. 436-437.

Günlük dilde “çoğaltma” denildiğinde, bundan, eserden geniş halk kitlesinin yararlanmasını sağlayacak ölçüde çok sayıda nüsha çıkarılması anlaşılmaktadır. Fikrî hukuk anlamında ise, aslının yerine eserden yararlanmayı sağlayacak tek bir nüshanın dahi çıkarılması çoğaltma sayılmaktadır.³⁷⁸ Eserin tekrarlanma imkânını sağlayan bir nüshasının elde edilmesi de “teknik çoğaltma” olarak tanımlanmaktadır.³⁷⁹

Çoğaltmada ayırt edici özellik, bu işlem neticesinde, eserin aslına ihtiyaç duyulmaksızın kendisinden yararlanma imkanı sağlayan ikinci bir nüshanın maddi bir ortamda tecessüm ettirilmesidir. Bu işlemin nasıl ve hangi madde üzerine yapıldığı ya da kaydın sayısı önem arz etmemektedir. Herhangi bir şekil veya yolla, eserin aslından kısmen veya tamamen ikinci bir nüshanın veya kopyanın çıkarılması, eserin ses, işaret veya görüntü nakline yarayan bir araca kaydının yapılması çoğaltma sayılmaktadır.³⁸⁰ Eserin sanal ortamda çoğaltılması da imkân dâhilindedir. Buna göre, çoğaltmanın kapsamına eserin herhangi bir ortamda elektronik yollarla depolanması da girmektedir. Diğer bir ifade ile, bir eserin bilgisayar hafızasına alınmak suretiyle web sitesi üzerinden kamuya aktarılması çoğaltmanın kapsamı dâhilindedir.³⁸¹

Çoğaltmanın kim tarafından yapıldığı ise, sadece çoğaltma nedeniyle ileri sürülecek hakların kime karşı ileri sürüleceği bakımından önem taşımaktadır. Kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da, eserin işaret, ses ve görüntü nakil veya tekrarına yarayan bir araca kaydedilmesi yahut eserin bu araçlar aracılığıyla kağıt ya da benzer bir madde üzerine çekilmesi de fikrî hukuk anlamında çoğaltma sayılmaktadır. Zira çoğaltmada belirleyici olan husus, eserin, tekrarlanmasına imkan sağlayan bir nüshasının elde edilmesidir.³⁸²

³⁷⁸ Erel, Fikir, s. 139.

³⁷⁹ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s.50; Tekin Memiş, İzinsiz Bilgisayar Programları Kullanımı ve İmha Talebi, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 548; Dessemontet, s. SWI-65.

³⁸⁰ Halil Arslanlı, Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 97-98; Kaya, 438-439.

³⁸¹ Şebnem Akipek/Esra Dardağan, Sanal Ortamda Telif Hakları, BATIDER, C. XXI, S.1, 2001, s. 56-57.

³⁸² Arslanlı, s. 98; Kaya, s. 439.

c) Çoğaltmanın Bilgisayar Programlarındaki Görünümü

Bilgisayar teknolojisindeki geline seviyede, çok kapsamlı ve bir o kadar da maliyetli bir bilgisayar programının diğer fikir ve sanat eserlerine göre daha kısa bir zamanda, daha hızlı ve az maliyetle ve diğer eserlerden farklı yöntemlerle çoğaltılması mümkündür. Çoğaltma terimi, klâsik unsurları korunmakla beraber, özellikle bilgisayar programları alanında içerik, çoğaltma teknikleri ve yöntem itibarıyla günümüzde farklı bir anlama sahip olmuştur. Bunu düşünen Kanun Koyucu da, bilgisayar programlarında şahsen kullanma amacıyla çoğaltılmaya ilişkin hükmü ayrıca ve ayrıntılı bir biçimde düzenlemeyi ve korumanın kapsamını daha geniş tutmayı tercih etmiştir.³⁸³

Çoğaltma hakkına ilişkin FSEK'in 22. maddesinin III. fıkrasında, diğer fikir ve sanat eserlerinden farklı olarak, ikinci bir nüshanın müstakil olarak çıkarılmasının yanında, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin de bilgisayar programlarının çoğaltılması kapsamında kaldığı düzenlenmiştir. Gerçekten de bilgisayar programlarının nitelikleri itibarıyla değişik çoğaltma süreçleri bulunmaktadır. O halde çoğaltma genel anlamıyla ele alındığında, CD ROM veya bir diskette yüklü olarak satılan bir programın, bu ortamlardan, farklı amaçlarla bir bilgisayara veya diğer disket ya da CD ROM'lara yüklenmesi çoğaltma sayılmaktadır.

Gerçekten bilgisayar programlarının çoğaltılması, genelde diğer fikir ve sanat eserlerine yönelik klâsik çoğaltmadan bir takım farklılıklar arz etmektedir. Şöyle ki, klâsik çoğaltmada bu eylem sonucu birbirinden bağımsız kullanılabilen iki eser ortaya çıkmakta iken, bilgisayar programlarında durum her zaman bu şekilde değildir. Zira, örneğin programın çalıştırılması da FSEK'in 22. maddesi anlamında çoğaltma sayıldığından burada programın ikinci bir nüshasının kalıcı olarak cisimleşmesi söz konusu değildir. Yine klasik çoğaltmada, çoğaltmayı yapanın amacı her zaman ikinci bir nüshayı elde etmek iken, bilgisayar programlarına özgü

³⁸³ Kaya, s. 439.

çoğaltma, bazen sadece o programdan yararlanmak için zorunlu bir yöntem olduğu için yapılmak durumundadır.³⁸⁴

Diğer eserlerden, örneğin bir kitaptan yararlanmak için o kitabın çoğaltılması gerekmez. Ancak bilgisayar programından yararlanabilmek için, programın kısmen ya da tamamen bulunduğu ortamdan bilgisayarın RAM'ine ya da merkezi işlem birimine geçici dahi olsa kopyalanması gerekmektedir.³⁸⁵

FSEK m. 22/3'te yer alan düzenlemenin kaynağını Direktif'in 4a maddesi oluşturmaktadır. Bu madde ile, bir bilgisayar programının herhangi bir şekilde veya herhangi bir araçla kısmen ya da tamamen geçici veya kalıcı bir şekilde çoğaltılmasıyla, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, aktarılması ya da depolanması çoğaltma sayılmaktadır. Direktifin söz konusu maddesi ile FSEK'in 22/3. maddesi kıyaslandığında, kaynak düzenlemeden farklı olarak 22/3. maddede kalıcı çoğaltmadan söz edilmemektedir. Bununla beraber, bu durum kalıcı çoğaltmanın kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Zira, geçici yükleme çoğaltma sayıldığında, kalıcı çoğaltmanın, çoğaltma kapsamında kaldığı öncelikle kabul edilmelidir.³⁸⁶ Direktifin 4b maddesinde bu yetkilerin lisans sözleşmelerinde sayılarak, izinsiz kullanılmaması özellikle vurgulanmaktadır.³⁸⁷

d) Bilgisayar Programlarına Özgü Çoğaltma Halleri

aa) Önbelleğe Kayıt

Bu aşamada bilgisayara CD veya disket yüklenen veriler, ekranda görünebilmesi için öncelikle önbelleğe ya da geçici hafızaya (RAM) kaydedilmektedir. Bu kayıt, eserin görülebilmesi için zorunlu olan teknik bir çoğaltma işlemi niteliğindedir. Önbelleğe yapılan bu kayıt (*caching*) bilgisayar açık olduğu sürece muhafaza edilmekte, bilgisayar kapatıldığında ise anında silinmektedir.

³⁸⁴ Memiş, İmha, s. 551-552.

³⁸⁵ Millard, s. 213.

³⁸⁶ Kaya, a. 439; Arıkan, 1. Bölüm, s. 336.

³⁸⁷ Arıkan, 1. Bölüm, s. 336.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, bu kayıt fikrî hukuk bakımından bir çoğaltmadır.³⁸⁸ Bu konudaki diğer bir görüş ise, önbelleğe kaydın, CD ya da diskte depolama gibi değerlendirilmemesi gerektiğinden hareketle, önbelleğin dijital verileri kısa bir süre için ve sadece teknik nedenlerle zorunlu olarak kaydettiği, kullanıcının bu aşamadan sürekli olarak faydalanamadığı gerekçeleriyle, bu kaydın fikrî hukuk anlamında çoğaltma sayılamayacağı yönündedir.³⁸⁹ Amerikan hukukunda RAM'e kaydın çoğaltma olup olmadığı, buradaki kaydın tutulduğu sürenin uzunluğuna göre değerlendirilmektedir. Kabul gören genel prensibe göre, program RAM'de sadece geçiş süreci boyunca tutulduğunda bir çoğaltmadan söz edilmemekte; geçiş sürecini aşan bir süre RAM'de kaldığında ise programın çoğaltıldığı kabul edilmektedir. Ancak çoğaltmadan söz edebilmek için, RAM'e kaydedilen kısmın programın önemli bir bölümünü teşkil etmesi de gerekmektedir.³⁹⁰

Kanımızca ilk savunulan görüş Türk hukuku bakımından daha yerindedir. Zira, FSEK'in 22/III. maddesinde açıkça çoğaltma hakkının, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsadığının ifade edilmektedir. Bu sebeple, RAM'de gerçekleşen bu geçici yükleme ve çoğaltma eylemi çoğaltma sayılmalıdır.

ab) Bilgisayar Programının Ağa Bağlı Olarak Kullanılması

Bilgisayar ağı (*network*), birden fazla bilgisayarın, birbirine kablolu veya kablesiz bir biçimde bağlanmak suretiyle, kendi aralarında haberleşme ve iletişimi sağlayan çalışma şekli olarak tanımlanabilir. Bilgisayar ağları yerel (*Local Area Network-LAN*) ya da genel ağlar olarak iki gruba ayrılmaktadır. Yerel ağlar genellikle aynı binada veya yakın çevrede faaliyet gösteren şirket, kamu kurumu veya üniversite gibi kuruluşlarının bünyesinde bulunan birden fazla bilgisayarın

³⁸⁸ Aplin, s. 113; Kaya, s. 437-438; Memiş, İmha, s. 549; Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 58; Memiş, Müzik Sunumu, s. 115; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 392; Kaypakoğlu, s. 144.

³⁸⁹ Thomas Hoeren, "Legal Aspects of Multimedia in Europe", Intellectual Property Rights and New Technologies, Proceedings of the KnowRight'95 Conference, R.Oldenbourg Wien München 1995, s. 56; Başpınar/Kocabey, s. 125-126.

³⁹⁰ Sherman/Sandison/Guren, s. 206-14.

birbirine bağlanması ile oluşan küçük çaplı ağlardır. Bu bağlantı için kablolar ya da uydu gibi başka bağlantı sistemlerinin yanı sıra ağ işletim sistemini çalıştıran bir programa gereksinim duyulmaktadır. Yerel ağ sistemi kullanıldığında, ağa bağlı bir bilgisayarda yer alan bilgi ve belgeler ile bilgisayar programları, paylaşım açıldığı müddetçe diğer bilgisayar kullanıcıları tarafından da ulaşılabilir. Bu yerel ağ sistemleri “Intranet” olarak da adlandırılmaktadır.³⁹¹ Öte yandan birden fazla bilgisayar ağının birlikte meydana getirdiği, tüm dünya üzerine yayılmış, metin, grafik, müzik ve bilgisayar programları gibi insanlık bilgisinin paylaşılabilirliği bilgisayarlar arasında kurulmuş uluslararası ağa da “Internet” denilmektedir.³⁹²

Günümüzde bilgisayar programlarının gerek yerel ağa bağlı bilgisayarlar gerek uluslararası ağa (Internet) bağlı bilgisayarlar üzerinden ücret ödeyerek veya ücretsiz olarak kullanılması mümkün olduğu gibi, bunların aynı şartlar altında, bilgisayarların sabit disklerine ya da sabit olmayan dijital ortamlara kopyalanması veya indirilmesi de mümkün hale gelmiştir. Yerel ağların bazılarında merkezi bir bilgisayara çok sayıda ekran ve klavye bağlanmakta ve bu şekilde merkezi bilgisayarda yüklü olan bir program, bu bilgisayar üzerinden birden fazla kullanıcının erişimine açılmaktadır. Görüldüğü üzere bu çeşit ağlarda, ana bilgisayar dışındaki bilgisayarlarda sabit diskler kullanılmamakta, dolayısıyla program sadece bu ana bilgisayarın hafızasına kurulmaktadır. Sistem çalıştırılıp program başlatıldığında merkezi bilgisayarda yüklü programlar, diğer kullanıcılar tarafından merkeze bağlı bilgisayarların geçici hafızasına (RAM) yüklenerek kaydedilmektedir. Bu şekilde ana bilgisayardaki program diğer bilgisayarlara geçici olarak yüklenmekte ve aynı anda birden fazla kimse tarafından kullanılabilir.³⁹³ FSEK’in 22/III. maddesinde açıkça çoğaltma hakkının, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsadığının ifade edilmiş olması karşısında, RAM’de gerçekleşen bu geçici yükleme ve çoğaltma eylemi çoğaltma sayılmalıdır.³⁹⁴

³⁹¹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 390-391.

³⁹² Ali Osman Özdilek, İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s. 13.

³⁹³ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 391-392; Kaypakoğlu, s. 141.

³⁹⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Kaya, s.437-438; Akipek/Dardağan, Telif Hakları s. 58; Memiş, İmha, s. 549; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 392; Kaypakoğlu, s. 144. Aksi yönde görüş için bkz. Hoeren, s. 56.

Diğer yerel ağ sistemleri ile İnternet üzerinden kullanımlarda ise, ağa bağlı bilgisayarın her birinin işletim sistemleri, sabit diskleri ve RAM'leri bulunmaktadır. Bu tarz kullanımlarda programların tümü en azından bilgisayarın RAM'ine, bazı durumlarda zorunlu olarak veya gerekmediği halde sabit diske kaydedilmektedir. Bu eylem de aynı şekilde çoğaltma sayılmaktadır.³⁹⁵ Programların bu ağlardan manyetik ortamlara kopyalanması veya indirilmesi (*download*) işleminin bir çoğaltma olacağından ise kuşku duymamak gerekmektedir.

Program sahibinin gerek yerel ağ sistemleri gerek İnternet üzerinden programın kullanımına açıkça izin vermiş olması durumunda, program, izin verilen sınırlar dahilinde kullanıldığında çoğaltma hakkının ihlâli söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, programın hangi hallerde sahibinin izni olmaksızın ağ üzerinde kullanılabileceği hususlarına aşağıda hakların sınırlandırılması bahsinde ayrıca değinilecektir.

ac) Routing

Bu çoğaltma türü, programın ağa bağlı kullanımlarında söz konusu olmaktadır. World Wide Web (www), birbirine bağlı milyonlarca bilgisayardan oluşmaktadır. Bir veri, bağlı olan bu bilgisayarlar arasında bilgisayardan bilgisayara giderken birden çok yol izlemektedir. İzlenen bu yolda yine bilgisayarlardan oluşan pek çok durak bulunmaktadır. Duraklardaki “*router*” olarak adlandırılan bu bilgisayarlar kendilerine gelen bilgileri hedef bilgisayara aktarmaktadır. Bunun yanı sıra, bu aşamaların her birinde veriler kaydedilmekte ve iletilmektedir. İstenilen veriler internet ortamında küçük parçacıklara ayrılmakta, daha sonra ise hedef bilgisayarda bir araya getirilmektedir. Buradaki kayıtlar başka bir bilgisayara transfer için yapılan kayıtlar niteliğindedir.³⁹⁶ İşte routing, “bir bilginin İnternetten kullanıcının bilgisayarına gelene kadar, değişik duraklarda kaydedilmesi” dir.³⁹⁷

³⁹⁵ Kaypakoglu, s. 141-142; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s.392.

³⁹⁶ Memiş, İmha, s. 550; Tekin Memiş, Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin, Ankara 2002, s. 114; Veysel Başpınar/Doğan Kocabey, İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, 124.

³⁹⁷ Başpınar/Kocabey, s. 124.

Routing işleminin fikrî hukuk kapsamında çoğaltma olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, verilerin göndericisinin arada bulunan router'ları da iktisadî amacı için kullanmakta olduğu gerekçesi ile, routing sürecindeki kayıtların çoğaltma kavramına dahil olduğunu savunmaktadır³⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, sanal ortamda vazgeçilmez olarak gerçekleşen routing işlemi bir çoğaltma olmakla beraber, bu işlemin gerçekleşmesi ile eser sahibinin çoğaltma hakkı ihlâl edilmemektedir.³⁹⁹ Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, routing, iktisadî bir amaç taşımadığından ve verinin belirli parçalarının taşınması için gerekli olan teknik bir süreç olduğundan çoğaltma değildir. Nitekim burada bilgiler, eserden beklenen istifadeyi temin edemeyecek derecede küçük parçalara ayrıldığından çoğaltma sayılmamalıdır. Hatta veri paketçiklerinin içeriği genellikle, bunların, eserin birer parçası olduğu anlaşılamayacak kadar küçüktür. Dolayısıyla sadece bir nakil işlemi niteliğinde olan routing çoğaltma olarak değerlendirilmemelidir.⁴⁰⁰ Ancak routing işlemini bir önceki başlıkta ele alınan, web sayfasında yer alan bir bilgisayar programının çoğaltılmasından ayırt etmek gerekmektedir. Zira, bir programa ulaşmak için Internette programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, aktarılması ya da depolanması işlemleri, FSEK. m. 22/3 anlamında çoğaltma sayılmaktadır. Öte yandan, programın, eser sahibinin izni olmaksızın Internet ortamına alınmasında da çoğaltma ve yayma hakkının ihlâl edileceği şüphesizdir.⁴⁰¹

ad) Bilgisayar Programının Sabit Diske Kopyalanması

Ana bellek (*harddisk*) ya da sabit disk denildiğinde bilgisayarın ana hafızası kastedilmektedir. Ana belleğe yapılan kayıtlar, bilgisayarın kapatılması ile silinmemekte ve bilgiler, istenildiğinde bu ortamda sürekli olarak saklanabilmektedir. Ayrıca istenildiğinde, bilgiler buradan diğer veri taşıyıcılarına

³⁹⁸ Alman hukukunda bu görüşü savunan yazar için bkz. Memiş, İmha, s. 550, dn. 16. Bkz.

³⁹⁹ Memiş, Müzik Sunumu, s. 114; Başpınar/Kocabey, s. 124-125.

⁴⁰⁰ “Alman Federal Meclisinin Ekonomi ve Toplumda Medyanın Geleceği-Almanya Enformasyon Toplumu Olma Yolunda konulu Anket Komisyonunun İkinci Ara bildirgesinde de aynı sonuca ulaşılmıştır. (BT, Drucksache 13/8110, 4.2.1) www.bundestag.de/flp/9000500a.htm. Memiş, İmha, s. 550, dn. 15’ten naklen. Aynı yönde gerekçelerle routing işleminin İngiliz Telif Hakları, Tasarım ve Patent Kanunu’nun 17(6). maddesi anlamında geçici çoğaltma olarak kabul edilmeyeceği görüşü için ayrıca bkz. Aplin, s. 113.

⁴⁰¹ *Akipek/Dardağan* da, bir eserin bilgisayar hafızasına alınması yoluyla kamuya açık kılınmasını çoğaltma kavramı içerisinde mütalaa etmektedir. Bkz. *Akipek/Dardağan*, Telif Hakları, s. 57.

kaydedilmekte ya da Internet ortamına nakledilebilmektedir. Yukarıda açıklanan önbelleğe yapılan kayda nazaran, ana belleğe kayıt işlemi kalıcı nitelikte olup, tartışmasız şekilde fikrî hukuk bakımından çoğaltma olarak kabul edilmektedir.⁴⁰² Buna göre, bir web sitesinde kamuya arz edilmiş bir bilgisayar programının, download edilerek bilgisayarın ana hafızasına kaydedilmesi durumu açıkça programın çoğaltılması işlemi teşkil edecektir.⁴⁰³

Aslında bilgisayar programlarından amaca uygun olarak yararlanılabilmesi için genellikle onların sabit diske kaydedilmesi veya yüklenmesi gerekmektedir. Öte yandan, CD veya DVD’lerde cisimlendirilmiş olup da, çalıştırılması ya da kullanılabilmesi için sabit disklere yüklenmesi gerekli olmayan programlar da bulunmaktadır. Programın kullanılabilmesi için bilgisayara yüklenmesinin zorunlu olduğu durumlarda, programın hukukî yollardan elde edilmiş olması ya da programı kullanma yetkisine sahip olunması durumunda, bilgisayarın sabit diske yüklenmesi eylemi FSEK. m.38/IV uyarınca hukuka uygun olacaktır. Zira bu düzenlemede, bilgisayar programını hukukî yollardan elde edinen kimsenin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesinin kanunî bir hak olduğu belirtilmektedir.⁴⁰⁴

ae) Bilgisayar Programının Sabit Olmayan Diske Kopyalanması

Bilgisayar programları üzerindeki eser sahipliğinden doğan hakların en fazla ihlâl edildiği ve eser sahiplerini en fazla ekonomik zarara uğratan çoğaltma türünü, bilgisayar programlarının sabit olmayan disklere kopyalanıp bunların ticarî amaçla piyasaya sürülmesi oluşturmaktadır.⁴⁰⁵ Hukuka aykırı bir şekilde yapıldığı

⁴⁰² Sherman/Sandison/Guren, s. 206-8; Memiş, İmha, s. 551; Memiş, Müzik Sunumu, s. 115; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 388; Başpınar/Kocabey, s. 126.

⁴⁰³ Sherman/Sandison/Guren, s. 206-8; Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 58.

⁴⁰⁴ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 388.

⁴⁰⁵ Zira yoğun mesai ve emek harcayan programcılar tarafından geliştirilen bilgisayar programları, günümüz teknolojisinin sunduğu imkânlarla çok az bir masrafla elde edilebilecek CD veya DVD yazıcısı gibi teknik aygıtlar sayesinde çok kısa sürede kopyalanarak piyasaya sürülebilmektedir. Bu şekilde piyasaya sürülen programlar “korsan yazılım” olarak adlandırılmaktadır. Bilgi teknolojisi ve telekomünikasyon sanayinde yer alan kuruluşlar için haber alma ve danışmanlık hizmetleri veren ilk global kuruluş olan IDG’nin (International Data Group) 2006 yılına ilişkin 102 ülkeyi kapsayan “Küresel Korsan Yazılım Araştırması”nda, kişisel bilgisayar ve internet kullanımının yaygınlaşması ile korsan yazılım kullanımının da arttığı vurgulanarak korsanlıktan ötürü yazılım sektöründeki kayıpların %15 artarak 39,5 milyar dolara yükseldiği; araştırmaya dahil olan ülkelerin yarısında %62 ve daha fazla; üçte birinde ise %75’in üzerinde bir korsan yazılım kullanım oranının olduğu; Türkiye’de ise korsan yazılım oranının bir önceki yıla göre 1 puan azalarak %64’e gerilediği; üst üste üçüncü yıldır korsanlığın azaldığı ülkemizde kayıpların ise, son üç yılda %250 artarak yılda 314

durumlarda “korsan çoğaltma” olarak adlandırılan bu tür çoğaltmada, bilgisayarın sabit diskinde ya da CD veya DVD gibi manyetik ortamda yüklü olan bir bilgisayar programının aynı şekilde taşınabilir CD ya da DVD gibi manyetik ortamlara aktarılması söz konusudur.⁴⁰⁶ FSEK’in 22. maddesinin 2. fıkrasında, 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 çoğaltma olarak kabul edildiğinden, bilgisayar programının sabit olmayan disklerle yüklenmesi ya da kopyalanması eylemi FSEK’in 22/II. maddesi anlamında çoğaltma sayılmaktadır.⁴⁰⁷ Çoğaltma hakkı eser sahibinin münhasır malî haklarından olduğundan, programın, sahibinin izni olmaksızın sabit olmayan disklerle kopyalanması hukuken mümkün değildir. Ancak aşağıda “hakların sınırlanması” bahsinde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, eser sahibinin bu hakkı da sınırsız bir hak değildir.

af) Görüntüleme ve Çalıştırma

FSEK’in 22. maddesinin III. fıkrasında, geçici çoğaltmayı gerektirdiği ölçüde bilgisayar programının görüntülenmesi ve çalıştırılması çoğaltma olarak kabul edilmiştir. Ancak Alman doktrininde sadece ekranda görüntüleme, çoğaltma olarak kabul edilmemektedir.⁴⁰⁸ Yine, bilgisayar ekranında bir disket ya da CD içeriğinin görüntülenmesi veya listelenmesi de çoğaltma olarak kabul edilmemektedir. Kanunda açıkça programın görüntülenmesinin çoğaltma kavramına dahil edilmiş olması karşısında, Türk hukuku bakımından sadece görüntüleme ve çalıştırma bile çoğaltma sayılmalıdır. Bununla beraber, görüntüleme ve çalıştırmanın çoğaltma olarak kabulü için geçici bir çoğaltmanın gerekliliği şartının Kanunda aranmış olması anlamsız kalmaktadır. Nitekim, programın ekranda görüntülenebilmesi ya da çalıştırılabilmesi için öncelikle bilgisayarın ön belleğine (RAM) kaydedilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁹ O halde, henüz bir lisans alınmadan bir

milyon dolar’a ulaştığı; Türkiye’de korsan yazılıma yol açan temel etkenin bir taraftan pazarın hızlı büyümesi diğer taraftan da yeni satılan bilgisayarlara yapılan yasadışı yüklemeler olduğu belirtilmektedir. Rapor için bkz. <http://www.bsa.org.tr/images/download/IDC-PiracyStudy2007.pdf> (son erişim: 29.01.2007)

⁴⁰⁶ Sherman/Sandison/Guren, s. 206-7; Memiş, Müzik Sunumu, s. 115; Başpınar/Kocabey, s. 126-127.

⁴⁰⁷ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 38.

⁴⁰⁸ Bu görüşü savunan Alman yazarlar için bkz. Memiş, İmha, s. 551, dn. 18.

⁴⁰⁹ Memiş, İmha, s. 551.

bilgisayar programının geçici olarak görüntülenmesi veya çalıştırılması durumunda, geçici dahi olsa hukuka aykırı bir çoğaltma eylemi söz konusu olmaktadır.⁴¹⁰

ag) Program Unsurlarının Kopyalanması Yoluyla Çoğaltma

Programın fikrî hukuk tarafından korunan unsurların neler olduğu ayrıntılı şekilde yukarıda incelenmiştir. Bilgisayar programlarına özgü bu çoğaltma, doktrinde, kopyalanan unsurun türüne göre “aynen/lafzî kopyacılık” (*literal*) ve “mealen kopyacılık” (*non-literal*) olarak ikiye ayrılmaktadır.

“Yazılımcı kopyacılığı”⁴¹¹ ya da “aynen kopyacılık”⁴¹² olarak adlandırılan birinci tür çoğaltma, diğer ilim ve edebiyat eserlerindeki “intihal” in bilgisayar programlarındaki bir yansımasıdır. Burada programın fikrî hukuk tarafından korunan kaynak ve nesne kodlarının, program sahibinin izni olmaksızın bir başkası tarafından kopya edilerek, asıl program ile esaslı bir surette benzerlik arzeden ve aynı programlama dili ile yazılan diğer bir programın geliştirilmesinde kullanılması söz konusudur.⁴¹³ O halde bu çoğaltmada, kağıt ortamında bulunan ve fikrî hukuk bakımından korunan akış şeması ya da bilgisayardan yazdırılarak kağıt ortamına alınmış kaynak veya nesne kodları sahibinin rızası ile veya rızası dışında elde edilerek kullanılmakta ve yeni bir program geliştirilmektedir. Bu çoğaltma ayrıca kağıt ortamında yer almayan, ancak ayrıştırma ve dönüştürme işlemleri sonucunda elde edilen kaynak ve nesne kodlarından yararlanılarak da gerçekleştirilebilmektedir. Bunun yanı sıra programın kayıtlı olduğu diskten başka bir diske bire bir kopyasının çıkarılması da aynen kopyacılık olarak değerlendirilmektedir.⁴¹⁴

⁴¹⁰ Yargıtay da, davacı vekilinin, müvekkili tarafından hazırlanan bilgisayar programının davalılar tarafından izinsiz olarak kullanıldığının ileri sürüldüğü bir davada, davalıların fikrî hakkı davacıya ait olan programı izinsiz olarak kullandıklarını, dolayısıyla mali hak ihlâlinin mevcudiyetini kabul eden yerel mahkeme kararını onamıştır. (Yarg. 11. HD., 15.05.2003 T., 2002/13098 Esas ve 2003/4989 Karar sayılı kararı) Karar metni için bkz. Suluk/Orhan, s. 254-255.

⁴¹¹ Kaypakoğlu, s. 146.

⁴¹² Bainbridge, Intellectual Property, s. 195.

⁴¹³ Bainbridge, Intellectual Property, s. 195; Sherman/Sandison/Guren, s. 206-7; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 397-398; Jennifer Davis, Intellectual Property Law, Second Edition, Lexis Nexis Butterworths, London 2003, s. 146; Kaypakoğlu, s. 146.

⁴¹⁴ Davis, s. 146. Yargıtay da eski tarihli bir kararında, “...davacının orijinal olarak hazırladığı paket programının ufak değişikliklerle davalı tarafından hazırlanıp – pazarlandığı, bir başkasının davacı programlarını görmeden benzerini yapmasının teknik açıdan imkansız olduğu..” nu kabul ederek, davacının programının izinsiz olarak kopyalandığı, dolayısıyla davacının haklarının ihlâl edildiği

Kaynak veya nesne kodlarının yazıcı aracılığıyla kağıt ortamında çıktısı alınıp bunların dağıtımı halinde, hem program sahibinin çoğaltma hakkı hem de yayma hakkı ihlal edilebilir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 tarihli *Hubco Data Prods. Corp. v. Management Assistance, Inc.*⁴¹⁵ kararında, davalı tarafından, davacının nesne kodlarının kağıt ortamına çıktısının alınmasını, çoğaltma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Yine Federal Mahkeme başka kararlarında, kaynak kodunun çıktısının alınmasını, bu çıktılarının kopyalarının yapılmasını, bu kodların davacının manyetik ortamından davacının disk hafıza aracına kaydedilmesi hallerinde çoğaltma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.⁴¹⁶

Kaynak ve nesne kodlarının ayırıştırma ve dönüştürme işlemleri sonucunda ulaşılarak araişlerliğin dışında, ifade ediliş bakımından esas ölçüde benzer bir başka programın geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması ya da program sahibinin haklarını ihlâl eden diğer herhangi bir fiil için kullanılması, FSEK'in 38/VII. maddesi ile açıkça yasaklanmış olduğundan hukuka aykırı sayılmaktadır.⁴¹⁷

Aynen kopyacılık yapılırken kopyalamayı gerçekleştiren kimse kodlarda, gerek kodların kaynağını saklamak gerek kendi programına ilave fonksiyonlar katabilmek için bir takım değişiklikler yapmış olabilir. Aynen kopyacılığın ortaya çıkarılması nispeten kolaydır. Bu yönde bir ihlâlde bulunulduğunda mahkeme, davacının programının fikrî hukuk korumasından yararlanıp yararlanmadığı, diğer bir ifadeyle sahibinin hususiyetini taşıyan bir program olup olmadığı, davalının davacının programının edebi unsurlarını kopya edip etmediği ve kopya etmiş ise, davalının kopya ettiği edebi unsurların davacının programının önemli bir kısmını oluşturup oluşturmadığına ilişkin üç temel soru ile karşı karşıya kalacaktır. Bu soruların tümünün cevabı olumlu olduğu takdirde, davalının bu eylemi gerçekleştirirken kanunun izin verdiği bir hakkı kullanmadığı da tespit edildiğinde,

sonucuna varmıştır. (Yarg. 11. HD, 06.06.1996 T., 1996/1805 Esas, 1996/4104 Karar sayılı kararı. Karar metni için bkz. Suluk/Orhan, s. 256-257.

⁴¹⁵ 219 USPQ 450, 456 (D. Idaho 1983)

⁴¹⁶ Bu yönde kararlar için bkz. *S & H Computer Sys. Inc. v. SAS Inst., Inc.*, 568 F. Supp 416, 420 (M.D.Tenn. 1983); *SAS Inst., Inc. v. S & H Computer Sys. Inc.*, 605 F. Supp. 816, 828-29 (M.D.Tenn. 1985) Bu kararlar ve açıklamaları için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. 206-8.

⁴¹⁷ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 398.

davacının çoğaltma hakkının davalı tarafından ihlâl edildiği sübut bulmuş olacaktır.⁴¹⁸

Mealen gerçekleştirilen kopyacılıkta ise kodlar doğrudan kopyalanmaksızın, programın yapısı, fonksiyonları, akış şeması, arayüzleri gibi unsurlarının kopyalanması söz konusudur. Aynen kopyacılıktan farklı olarak, burada her iki program aynı programlama dilinde yazılmış olabileceği gibi bunların farklı programlama dilleri ile yazılması da mümkündür.⁴¹⁹

Kanunun açıkça yasakladığı bu eylemlerin gerçekleştirilmesi durumunda, program sahibinin gerek malî gerek manevî hakları ihlâl edilecektir. Söz konusu korunan unsurlardan ister bütünüyle yararlanılarak yeni bir program geliştirilsin, ister işleme niteliğinde bir program geliştirilmiş olsun, bu eylem bir çoğaltma sayılacak ve program sahibinin izni dışında yapıldığından onun çoğaltma hakkını ihlâl edecektir. Bu şekilde geliştirilen programın başka nüshalar elde edilerek piyasaya sunulmasında ise, program sahibinin çoğaltma hakkının ihlâlinin yanı sıra yayma hakkı da ihlâl maruz kalacaktır. Yine, taklit edilen programın korunan unsurları kopyalanarak geliştirilen programın gerçek sahibi, kullanıcılar tarafından hiçbir zaman bilinmeyeceğinden program sahibinin manevî haklarından biri olan “eser sahibi olarak tanıtılma hakkı” da ihlâl edilmiş olacaktır. (FSEK.m.15)⁴²⁰

4. Yayma Hakkı

Yayma hakkı her hukuk sisteminde açıkça ortaya konmuş bir hak değildir. Ayrı bir hak olarak belirlenmesinin yerine, örneğin Fransız Hukukunda sadece çoğaltma hakkı kabul edilmiş; ancak bu hak eser nüshalarının kamuya sunulmasını da içerecek tarzda düzenlenmiştir. Ancak İngiliz ve Amerikan hukuklarında olduğu gibi Türk Hukuku’nda yayma hakkı özel olarak düzenlenmiştir.⁴²¹ Yayma⁴²² hakkı

⁴¹⁸ Bainbridge, Intellectual Property, s. 196.

⁴¹⁹ Bainbridge, Intellectual Property, s. 196; Davis, s. 147.

⁴²⁰ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 398; Kaypakoğlu, s. 147.

⁴²¹ Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 58-59.

⁴²² “Yayma” ve “yayımlama” kavramları birbirinden farklı anlama gelmekte olup, yayma kavramı ile eser ya da nüshalarının herhangi bir şekilde dağıtılması iradesi, yayımlama kavramı ile de bu iradenin açıklanmasına ilişkin fiili durum ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, yayma eser üzerindeki malî nitelikteki bir yetkinin kullanılmasını, yayımlama ise FSEK’in 7. maddesi anlamında, eserin kamuya

FSEK'in 23. maddesinin 1. fıkrasında, “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak ...” şeklinde tanımlanarak, bu hakkın münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmektedir. O halde bir bilgisayar programının aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının satışa sunulması, kiralanması, lisans sözleşmesine konu edilmesi, ödünç verilmesi ya da diğer herhangi bir yolla dağıtılması hakkı münhasıran programı geliştiren kimseye aittir. Programı meydana getirenin rızası olmaksızın eserin satılmak üzere piyasaya sunulması, başkalarına kiralanması, ödünç verilmesi ya da dağıtılması mümkün değildir. Buna göre, bir programın salt çoğaltılması işini üstlenen bir şirket, çoğalttığı nüshaları piyasaya arz etme yetkisine sahip değildir. Yine bir bilgisayar programının 20 adet nüshasını satın alan bir kimse bu nüshaları, program geliştiricisinin izni olmaksızın üçüncü kişilere kiraya veremeyeceği gibi ödünç vermesi de mümkün değildir.⁴²³

İşin niteliği aksini gerektirmediği sürece, işleme hakkının devriyle birlikte, işleme esere ilişkin yayma hakkının da intikal edeceği kabul edilmektedir. Nitekim işleme hakkından ekonomik olarak gerekli şekilde istifade edilmesi için, işleyenin genellikle yayma hakkını kullanması gerekmektedir.⁴²⁴ O halde, bir bilgisayar programını başka bir dile çevirme suretiyle işleme hakkına sahip olan kimse, aksi işin niteliğinden anlaşılmadıkça, meydana getirdiği işleme programı yayma hakkına da sahiptir.

Yayma hakkının konusunu, bilgisayar programının çoğaltma suretiyle elde edilen maddi nüshaları teşkil etmektedir. Çoğaltma yapılmadan yayım da mümkün olamayacağından, bir programın doğrudan doğruya aslının kamuya sunulması durumunda yayma hakkının kullanıldığı kabul edilemez.⁴²⁵ Buna göre, programın fuarda bir işletmenin standında reklam amacıyla sergilenmesi ve müşterilere

sunulmak suretiyle ilk kez alenileştirilmesini ifade etmektedir. Bu konuda açıklamalar için bkz. Ayiter, s. 133-135; Erel, s. 145; Tekinalp, s. 177; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 170.

⁴²³ Bununla beraber 20 adet program nüshasını satın alan kimse bu programları ödünç veremez ve başkalarına kiralayamazken, üçüncü şahıslara bunları satması imkanı dahilindedir. İleride ayrıntılı olarak işlenecek “tükenme ilkesi” uyarınca, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlâl etmemektedir. (FSEK. m. 23/III)

⁴²⁴ Erel, Fikir, s. 145.

⁴²⁵ Erel, Fikir, s. 146; Eroğlu, s. 100. Ayrıca bkz Şafak Erel, “İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayım Hakları ve Korunması”, İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, 30 Kasım 1999, FİSAUM, Ankara 2000, s. 34-35, 42.

tanıtılması durumunda yayma hakkının kullanıldığı söz edilemez, bu durumda ancak FSEK'in 7. maddesi anlamında programın umuma arz edilmek suretiyle alenileştirildiğinden söz etmek mümkün olur.

Türk Hukukunda yayma hakkının kullanılması programın aslının ya da çoğaltılmış fiziki nüshalarının zilyetliğinin veya mülkiyetinin herhangi bir şekilde devri suretiyle gerçekleşir. Bundan dolayı, bir programın sanal ortamda belli bir para karşılığında ya da ivazsız olarak üçüncü kişilerin istifadesine sunulmasını satım veya kiralama olarak mütalaa etmek mümkün değildir. Bu tür eylemler “dolaylı temsil” ya da eserin “elektronik olarak kamuya iletim hakkının kullanılması” şeklinde değerlendirilebilir. O halde, bir bilgisayar programının, sahibinin rızası dışında, İnternet üzerinden üçüncü kişilerin istifadesine sunulması, yayma hakkını değil eserin kamuya iletim hakkını ihlâl eder. Nitekim yayma hakkının konusunu eserin aslı ya da çoğaltılmış fiziki nüshaları teşkil eder.⁴²⁶

Öte yandan, yayma hakkının kullanılmış sayılması açısından, eserin sadece klasik ticarî usullerle satışa sunulması ya da tedavüle sunulması şart değildir. Günümüzdeki teknik imkanlar sayesinde ortaya çıkan yeni satış ve dağıtım yöntemleri ile de eserin yayma hakkı kullanılabilir. Nitekim, FSEK'in 25. maddesinin 2. fıkrasında, bir eserin telli ya da telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılması veya sunulmasına izin vermek veya yasaklamak hakkının eser sahibine ait olduğu, kanun tekniği bakımından isabetsiz bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla beraber bu düzenleme olmasaydı bile, 23. maddenin 1. fıkrasındaki yayma hakkının tanımında yer alan “diğer yollarla dağıtmak” ibaresi sayesinde, eserin fizikî nüshalarının yeni yöntemlerle ya da bundan sonra ortaya çıkacak tekniklerle kamuya sunulması suretiyle yayma hakkının kullanılması her zaman mümkün olabilecekti.⁴²⁷ Örneğin, programı piyasaya sunan kimsenin, bu programı müşterilerine veri gönderme yoluyla iletmesi durumunda, alıcıda

⁴²⁶Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, 172-173; Gökyayla, s. 170. Bir bilgisayar programının, sahibinin rızası dışında, İnternet üzerinden üçüncü kişilerin istifadesine sunulmasının yayma hakkını ihlâl edeceğine ilişkin aksi yönde görüş için bkz. Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 59.

⁴²⁷Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 173-174. Gökyayla, s. 170. Akipek ve Dardağan, sanal ortamdan, örneğin bir web sitesinden programa ulaşan bir kimsenin herhangi bir biçimde o programı başka kullanıcılara göndermesinin yayma hakkının ihlâli olarak değerlendirilememesi gerektiği, bu halde olsa olsa duruma göre çoğaltma ya da temsil hakkının ihlâli söz konusu olabileceği görüşündedir. Bkz. Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 59.

çoğaltılmış bir nüsha hazırlandığından, yayma hakkının kullanıldığından söz etmek mümkündür.⁴²⁸

Yayma hakkının mutlaka “kâr amacıyla” kullanılmasının gerekip gerekmediği akla gelebilecek bir sorundur. Nitekim FSEK’in 23/I. maddesinde de yayma hakkı, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak olarak tanımlandığına göre, bu hak acaba kâr amacı olmaksızın kullanılabilir mi? Maddenin anılan fıkrasının 4630 sayılı Yasa ile değiştirilmesinden sonraki mevcut hali hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde bu soruyu olumlu olarak cevaplamaya imkan vermektedir.⁴²⁹ Kanunda her ne kadar kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak ve diğer yollarla dağıtmak kavramları açıklanmamış ise de, bu kavramların açıklanmasına kanımızca gerek bulunmamaktadır. Nitekim kiralamak, ödünç vermek ve satışa çıkarmak kavramlarının kapsamı Borçlar Kanunu çerçevesinde belirlenebilecektir. Diğer yollarla dağıtmak ile kastedilen de, bir eserin satışa çıkarılmak, ödünç vermek ve kiralamak dışında kalan hukukî işlemlerle kamuya arz edilmesidir.

Çoğaltma hakkı ile yayma hakkı arasında çok yakın bir münasebet bulunmakla beraber Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda bu haklar, isabetli şekilde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Program geliştiricisi çoğaltma ve yayma hakkını aynı kişiye devredebileceği gibi, programın çoğaltılmasından sonra, bunun yayımlanması için başka bir zaman, yer ve şahıs seçebilir. Diğer bir ifade ile, belli bir yerde çoğaltılan programın başka bir yerde dağıtımını isteyebilir. Nitekim Kanun Koyucu, bilgisayar programlarına da tereddütsüz bir şekilde uygulanma kabiliyeti bulunan bu yönde bir hükme 23. maddenin 2. fıkrasında yer vermektedir. Bu hüküm ile, eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir.⁴³⁰

⁴²⁸ Eroğlu, s. 99-100.

⁴²⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Gökyayla, s. 171. Maddede değişiklik yapılmasından önce de doktrinde yayma hakkının kâr amacı güdülmeksizin kullanılabilmesi savunulmaktaydı. Bu yönde görüş için bkz. Erel, Fikir, s. 146; Erel, Çoğaltma ve Yayım, s. 43; Arslanlı, s. 102.

⁴³⁰ “Paralel ithalat yasağı” denilen bu uygulama ile, bir fikir ve sanat eserinin yurt dışında çoğaltılmış nüshalarının ülkeye sokulması suretiyle daha ucuz fiyata piyasaya sürülmesine ve dolayısıyla da eser sahibinin ekonomik olarak zarara uğratılmasına engel olmak amaçlanmıştır. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 174.

Yayma hakkı bizzat program geliştiricisi tarafından kullanılabileceği gibi, bu hakkın süreli ya da süresiz, ivazlı veya ivazsız, belirli bir memleket ya da böyle bir tahdit konulmaksızın başkalarına devri mümkündür. Bu hakkın devri uygulamada BK. 372. maddesi anlamında “neşir sözleşmesi” ile yapılmaktadır. Bu durumda yayımlayan, eseri hem çoğaltma hem de yayma taahhüdü altına girmektedir.⁴³¹

5. Temsil Hakkı

a) Genel Olarak

Temsil hakkı en basit ifadeyle, bir eserin yayım dışında kalan yollardan ve doğrudan doğruya insan duyularına hitap edecek şekilde kamuya sunulmasıdır.⁴³² Yukarıda, yayma hakkının kullanılmasının, programın aslının ya da çoğaltılmış fiziki nüshalarının zilyetliğinin veya mülkiyetinin herhangi bir şekilde devri suretiyle gerçekleştiği, bu çerçevede yayma hakkının konusunu, eserin aslı ya da çoğaltılmış fiziki nüshalarının maddi şekilde kamuya sunulmasının teşkil ettiğini belirtmiştik. Temsil ile kastedilen ise, eserin “sabit olmayan” ya da “gayrimaddi” bir formatta kamuya sunulmasıdır.⁴³³

Temsil hakkı FSEK’in 24. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan maddenin 1. fıkrasında, bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu hükme bağlanmıştır. Fıkra da yer alan “gibi” kelimesinden de anlaşılacağı üzere, eseri duyularla algılamaya uygun hale getiren fiiller, “okumak, çalmak, oynamak ve göstermek” ten ibaret olmayıp, bu haller örnek olarak ifade edilmiştir. Buna göre, bir eserin bu sayılanlar dışındaki herhangi bir yolla, örneğin yeni geliştirilecek teknik ve

⁴³¹ Erel, Fikir, s. 145; Erel, Çoğaltma ve Yayım, s. 42. Ayrıca bkz. Direktifin Açıklayıcı Memorandumu, II. Bölüm, 1(a). Yayma hakkının devri ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 176-177.

⁴³² Erel, Fikir, s. 150; Ayiter, 136; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 175-176; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 54; Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 60, Gökyayla, s. 172.

⁴³³ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 178.

şekillerle, insan duyularınca algılanabilir hale getirilmesi durumunda temsilin varlığından söz etmek mümkün olabilecektir.⁴³⁴

Anılan maddede temsil hakkı “doğrudan temsil” ve “dolaylı temsil” olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan temsil ile kastedilen, bir eserin umumî mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi yollarla, doğrudan doğruya dinleyici ya da seyirci durumundaki kimselere sunulmasıdır. Bir şiirin bir topluluğa okunması, canlı müzik konseri verilmesi, tiyatro piyesinin sahnede oynanması, bir resim tablosunun bir sergide teşhir edilmesi gibi fiiller doğrudan temsile örnek olarak verilmektedir.⁴³⁵ Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, umumî mahalde gerçekleştiğini varsaydığımız bu durumlarda söz konusu eserler, işaret, ses veya resim nakline yarayan aletler araya girmeksizin, doğrudan ve duyularına hitap edecek şekilde muhataplara sunulmaktadır.

Dolaylı temsil ile anlatılmak istenen ise, bir eserin umumî mahalde işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle, okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi yollardan dinleyici ya da seyirci durumundaki kimselere sunulmasıdır. Okunan bir kitap ya da söylenen bir şarkının teyp veya video bandına kaydından ya da sahnelenen bir tiyatro oyununun kamera ile kaydedildikten sonra, ses veya resim nakline yarayan teyp veya video gibi aletlerle çalınması ya da gösterilmesi dolaylı temsile örnek olarak verilebilir. Yine, stadyumda verilen bir konserin, aynı anda ses nakline yarayan bir araçla başka bir mekanda dinletilmesi de dolaylı temsile örnek teşkil etmektedir.⁴³⁶

Eser sahibi temsil hakkını bizzat kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılmasını bir sözleşme ile üçüncü şahıslara bırakabilir. İşleme hakkının devri durumunda, işleme hakkından iktisaden yararlanma, işleme eserin temsili de gerektiriyor ise, işleyenin temsil hakkına da sahip olduğu kabul edilmelidir.⁴³⁷ İşte,

⁴³⁴ Erel, Fikir, s. 150; Ayiter, s. 137; Arslanlı, s. 108; Tekinalp, s. 178; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 180; Gökyayla, s. 172.

⁴³⁵ Erel, Fikir, 152; Arslanlı, s. 106; Ayiter, s. 137; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, 54. Aynı yönde görüş ve anılan örnekler için ayrıca bkz Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 180.

⁴³⁶ Erel, Fikir, 152; Arslanlı, s. 106; Ayiter, s. 137; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, 54. Aynı yönde görüş ve anılan örnekler için ayrıca bkz Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 178; Gökyayla, s. 173.

⁴³⁷ Erel, Fikir, s. 150; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 183-184.

temsilin doğrudan ve dolaylı temsil olarak ayrılması bu noktada önem arz etmektedir. Nitekim temsil hakkının devri, sözleşmede aksine bir hükmün bulunmaması durumunda, yalnızca doğrudan temsili kapsamaktadır.⁴³⁸

Şu halde temsilde önemli olan, muhatapların eserden yararlanmalarının geçici olması, diğer bir ifadeyle, yararlanmanın o an ile sınırlı kalmasıdır. Ayrıca temsilin, kamunun yararlanmasına imkan verecek umumi bir mahalde gerçekleşmesi de gerekmektedir. Buna göre, eserin tek bir şahsa veya nispeten dar bir topluluğa ya da serbestçe girilmesi mümkün olmayan bir yerde kamuya sunulması durumunda temsilin varlığından söz etmek mümkün değildir.⁴³⁹

b) Bilgisayar Programlarında Temsil Hakkı

Yukarıda anlatılan temsil hakkı ile ilgili ve tüm fikrî eserlere ilişkin esaslar, niteliklerine uygun olduğu ölçüde, bilgisayar programlarına da uygulanabilir. Doktrinde savunulan bizim de katıldığımız görüşe göre, bilgisayar programları hem doğrudan temsile hem dolaylı temsile konu olabilmektedir.⁴⁴⁰

Bilgisayar programları ancak bir bilgisayar vasıtasıyla kullanılabildiğinden, programın insan duyuları ile algılanabilmesi de ancak bilgisayar aracılığıyla söz konusu olabilmektedir. Buna göre, bir bilgisayar programının umuma açık mahallerde dinleyici ya da seyirci durumundaki kimselere, bilgisayar aracılığıyla ve büyük ekranlar kullanılmak suretiyle sunulması durumunda doğrudan temsilden söz edilebilecektir. Programın ya da kodlarının televizyon, hareketli görüntü taşıyıcıları, telefax veya internet aracılığıyla kamuya sunulması durumunda ise, araya aktarıcı başka vasıtalar girdiğinden dolaylı temsil söz konusudur.⁴⁴¹

⁴³⁸ Erel, Fikir, s. 153; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 184.

⁴³⁹ Bu görüş ve “umumi yer” tespitine ilişkin geniş açıklama ve karşılaştırmalı hukuktan örnek Mahkeme içtihatlarına ilişkin bkz. Erel, Fikir, s. 151; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 178-179. Öte yandan, umumi olarak kabul edilemeyecek bir yerde icra edilmesine rağmen, eserin, burada kamuya sunulmak niyetiyle temsil edildiğinin anlaşılması durumunda temsilin varlığından söz etmenin mümkün olabileceği *Arsılanlı* tarafından ileri sürülmektedir. Yazara göre önemli olan kıstas, eserin “kamuya sunulmak niyeti”yle temsil edilmesidir. Bkz. Arslanlı, s. 107.

⁴⁴⁰ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 54. *Kaypakoğlu*, temsil hakkının günün koşulları itibarıyla (1997) bilgisayar programlarına uygulanabilir olmadığı görüşündedir. Kaypakoğlu, s. 79.

⁴⁴¹ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 54-55.

Bilgisayar programları, genelde kullanıcının gireceği verileri işleme tabi tutacak şekilde tasarlanmakla beraber, örneğin interaktif programlar gibi bir kısım programlar kullanıcının veri girmesini gerektirmemektedir. Bu programlar, bir nevi veri tabanları gibi, amaçlarına göre gerekli verileri kendi bünyesinde içerirler ve söz konusu verileri değişik amaçlarına göre işleme tabi tutarlar. Bu tür programlarda veriler ile program, sıkı şekilde iç içe geçmiş durumdadır. Harita ve oyun programları bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu tarz programlar, kamuya açık mahallerde doğrudan ve dolaylı temsile uygun niteliktedir. O halde bir bilgisayar oyununun, eser sahibinin izni olmaksızın, geniş bir ekrandan restorana gelen müşterileri eğlendirmek amacıyla gösterilmesi eser sahibinin haklarını ihlâl edecektir.⁴⁴²

6. Elektronik Yöntemlerle Kamuya İletim Hakkı

a) Genel Olarak

Kamuya iletim hakkı, “sanat ve edebiyat eserlerinin, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla veya işaret, ses ve görüntü nakline yarayan herhangi bir araç veya yöntemle umuma iletilmesi suretiyle parasal menfaat elde edilmesi yetkisi” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴³ Teknolojinin günümüzdeki gelişimi, eserlerin artık klâsik yöntemlerden ziyade radyo, televizyon ve özellikle internet gibi ses, görüntü ve veri nakline yarayan araçlar vasıtasıyla piyasaya sunulmasını ön plana çıkarmıştır. Yine eserlerin kamuya iletim yöntem ve teknikleri, bilgisayar teknolojisindeki hızlı gelişmeler sayesinde daha da gelişmiş ve elektronik ortamda ve özellikle İnternet aracılığıyla eserlerin her türlü iletimi mümkün hale gelmiştir. Bundan dolayı, eserin dijital formatlarda iletim hakkının eser sahibinin münhasır yetkileri arasında olduğunu vurgulamak ve Bern Sözleşmesindeki bu boşluğu doldurmak amacıyla WIPO öncülüğünde imzalanan İnternet Antlaşmalarında, eser sahibinin eserin dijital ortamlarda iletimi haklarının korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.⁴⁴⁴

⁴⁴² Örnek için bkz. Bainbridge, Software, s. 44-45.

⁴⁴³ Tanım için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 187.

⁴⁴⁴ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 189-190. İnternet Antlaşmaları tabiri WIPO Telif Hakları Antlaşması ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşması için kullanılmaktadır. Bu

Eserin elektronik yöntemlerle kamuya iletim hakkı FSEK'in "İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı" kenar başlıklı 25/I maddesinde, "bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı" olarak tanımlanmış ve bu hakkın münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen husus, eserin radyo-televizyon ve benzeri araçlarla yayınlanmak suretiyle umuma iletilmesidir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, eser sahibinin, 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 sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Bu fıkranın ilk kısmında ise, bir taraftan FSEK'in 23. maddesinde düzenlenen yayma hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verilirken diğer taraftan da kişilerin, elektronik ortamda sunulan eserlere ulaşmalarına izin verme yetkisi düzenlenmektedir.

Eserin elektronik yöntemlerle kamuya iletim hakkı, eserden o ana mahsus ve geçici bir şekilde yararlanılması ve eserin temsilinin kamuya yönelik olması özelliklerini bünyesinde barındırdığından, dolaylı temsilin özel bir türü niteliğindedir. Ancak bu hak, Bern Sözleşmesinin mükerrer 11. maddesi hükmüne paralel olarak, temsil hakkından ayrı ve bağımsız bir hak olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiştir.⁴⁴⁵

sözleşmelerde fikri eserlerin Internet üzerinde kullanıcının seçeceği yer ve zamanda erişimi ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin "Kamuya iletim hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinde, edebiyat ve sanat eserleri sahiplerinin, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibi oldukları öngörülmüştür. Yine, paralel bir düzenleme WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer almaktadır.

⁴⁴⁵ Erel, Fikir, s. 157-159.

b) Bilgisayar Programlarının Elektronik Yöntemlerle Kamuya İletimi Hakkı

Eserin elektronik yöntemlerle kamuya iletim hakkı, ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer alan bilgisayar programları bakımından özel önem arz etmektedir. Nitekim İnternet kullanımının giderek yaygınlaşması, bilgisayar programlarının, gerek İnternet ortamından bilgisayara indirilmek (*download*) gerek doğrudan İnternet üzerinden programa erişilmek suretiyle kullanımını artırmıştır.

FSEK'in 25. maddesinin 2. fıkrasında, eser sahibinin eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına izin verme ya da yasaklama hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, bu hak aslında FSEK'in 23. maddesinde düzenlenen yayma hakkı niteliğindedir. Bu itibarla, bir bilgisayar programının İnternet aracılığıyla elektronik ticaret konusu edilerek tedavüle konulması durumunda yayma hakkının kullanılmasından söz etmek mümkündür. Zira yayma hakkı, bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmaktır. Bu bağlamda, İnternet üzerinden ücretli ya da ücretsiz olarak bir programın kişisel bilgisayarlara ya da değişik dijital ortamlara indirilmesine (*download*), kopyalanmasına veya yüklenmesine izin vermek ya da bunları yasaklamak yetkisi programı geliştirene aittir.⁴⁴⁶

Bilgisayar programın fizikî nüshasının indirilerek kullanılmasına izin verilmek dışında, online olarak web sayfalarında veya İnternet sunucularında, kişilerin erişimini mümkün kılacak şekilde bulundurulmasına izin verilmesi durumu ise FSEK'in 25. maddesinin 2. fıkrası anlamında kamuya iletim hakkının tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Bu hakkın kullanılması da münhasıran programı geliştirene aittir. Nitekim anılan fıkradaki “fırtların kendileri tarafından seçilen yer ve zamanda, bu eserlerden bireysel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesi” deyişini,

⁴⁴⁶ Aplin, s.123-124.

büyük ölçüde Internet kavramını karşılamaktadır. Zira, Internette kullanıma sunulan bir programa erişimin yeri ve zamanı, kullanıcı tarafından belirlenmektedir.⁴⁴⁷

Bir bilgisayar programını geliştiren kimse, diğer malî haklarda olduğu gibi kamuya iletim hakkını kendisi kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanımını yazılı sözleşme ile başkalarına devredebilir.⁴⁴⁸

FSEK'in 25. maddesinin sonra fıkrasında, bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumunun eser sahibinin yayma hakkını ihlâl etmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu maddenin anlamı kaleme alınışı sebebiyle yeterince açık değildir. Bununla beraber, program geliştirenin, örneğin programın Internet aracılığıyla kamuya iletilmesi hakkını devretmiş olması durumunda, başka bir deyişle, programın Internet üzerinden üçüncü kişilerin ulaşımına imkan sağlayacak şekilde yayınlanmasına izin vermiş olması durumunda, bu programın fiziksel nüshalarını yayma hakkına kendisinin sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

⁴⁴⁷ Tekinalp, s. 179; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 193; Başpınar/Kocabey, s. 128.

⁴⁴⁸ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 194.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAN DOĞAN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

§10. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Tüm hakların çeşitli kanun ve kurallarla belirlenen bir takım sınırları olduğu gibi, fikrî bir çabanın sonucu meydana getirilen eserlerde de onları meydana getirenlerin haklarına bir takım sınırlamalar getirilmektedir. Eser sahibinin haklarına sınırlamalar getirildiğinde, eser sahibi ya haklarını kullanmaktan alıkonulmakta veya eser sahibine ait bir takım yetkiler ondan izin alınmaksızın başkalarının kullanılabilir. ⁴⁴⁹ Yukarıda bir bilgisayar programının geliştirilmesi ile onu meydana getirenin sahip olduğu hakların neler olduğu incelenmiştir. Günümüzde geliştirilen programların karmaşıklığı ve meydana getirilmesi için harcanan emeğin yoğunluğu göz önüne alındığında, program geliştiricisinin, söz konusu haklardan en geniş ölçüde yararlanmak suretiyle, her türlü emeğinin karşılığını alması en doğal hakkıdır. Diğer bir deyişle, genellikle programı şahsi haz elde etmek amacıyla meydana getirmeyip, onu toplumun istifadesine sunmak suretiyle ondan bir takım ekonomik ve manevî nitelikte yarar elde etmek isteyen program geliştiricisi, meydana getirdiği eserin niteliğine göre makul düzeyde yarar elde edebilmelidir. Program, toplumun istifadesine sunulmak üzere geliştirildiğine göre, toplum ve bireylerin de, yasal kullanma hakkına sahip oldukları programdan, ihtiyaçlarının karşılanmasına imkan verecek düzeyde istifade edebilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, toplum ve bireyin yararına olmak üzere hak sahibinin haklarına bir takım sınırlamalar getirilmesi kaçınılmazdır. Bununla beraber, haklara sınırlama getirilirken, eser sahibinin hakları ile toplum ve bireylerin çatışan hakları arasında bir denge sağlanması gerekmektedir. Bu denge kurulurken, programı geliştirenin, gelecekte emek ve mesai harcayarak yeni programlar meydana getirmekten

⁴⁴⁹ Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 72.

kaçınmasının engellenememesi, bu sayede toplumun, yeni meydana getirilecek ileri düzeyde programlardan en iyi şekilde yararlanmasının mümkün kılınması, mevcut programı kullanma hakkı elde eden bireyin ise, ondan makul düzeyde faydalanmasının temin edilmesi önem arz etmektedir.⁴⁵⁰

Diğer haklara kamu yararı, kamu düzeni ve özel yarar gibi mülahazalarla getirilen sınırlamalarda olduğu gibi, eser sahibinin haklarına da, hukuk düzenince benzer düşüncelerle sınırlamalar getirilmiştir.⁴⁵¹ Genel olarak ve niteliklerine uygun olduğu ölçüde bilgisayar programlarına da uygulanabilir nitelikte olan ve eser sahibinin haklarına getirilen bu sınırlamalar, FSEK'in 30 vd. maddelerinde öngörülmektedir. *Ateş'in* bizim de katıldığımız görüşüne göre, her ne kadar Kanun süre bakımından sınırlandırmayı “Tahditler” başlığı altında yer alan düzenlemeler arasında ele almayıp, “Malî haklar” başlığı altında yer alan hükümler arasında düzenlenmiş ise de, kanun tekniği açısından bu düzenleme tarzı yerinde değildir. Nitekim doktrinde tartışmalı olmakla beraber, süre yönünden sınırlama sadece malî haklar bakımından olmayıp, aynı zamanda manevî haklar açısından da söz konusudur. Bu sebeple, süre bakımından sınırlandırmanın da “tahditler” başlığı altındaki 30. maddeden sonra gelmek üzere, bu kısımda düzenlenmesinin kanun sistematigi açısından daha yerinde olacağı görüşündeyiz.⁴⁵² Dolayısıyla biz de çalışmamızda kanun sistematiginden ayrılarak, hakların süre bakımından sınırlandırılmasını, program sahipliğinden doğan hakların kamu düzeni, kamu ve özel menfaat nedeniyle sınırlandırılması başlığı ile birlikte bu bölüm altında incelemekteyiz.

⁴⁵⁰ Dreier, s. 322.

⁴⁵¹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 237-239; Rockman, s. 390. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde fikrî haklara getirilen en önemli sınırlamalardan biri “fair use/fair dealing” ya da Türkçe ifadesi ile “dürüst kullanım” sınırlamasıdır. Bu kurala göre, eserlerin eleştiri, yorum, haber, eğitim-öğretim ya da araştırma gibi amaçlar için çoğaltılması mümkündür. Bu kuralın uygulanmasında, kullanımın amacı ve niteliği, özellikle bu kullanımın ticarî bir amaç taşıyıp taşımadığı, eserin niteliği, kullanımın, eserin potansiyel piyasası ve değeri üzerinde oluşturacağı etki gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Daha geniş bilgi için bkz. Akipek/Dardağan, s. 74-75.

⁴⁵² Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 240-241.

II. HAKLARIN SÜRE YÖNÜNDEN SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Mutlak hakların süreyle sınırlı olmama ilkesinin bir istisnası olarak, günümüzde hemen tüm ülke mevzuatlarınca ve onlara temel oluşturan uluslararası sözleşmeler tarafından fikrî hakların belirli sürelerle sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Öngörülen süreler ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, bu konuda giderek bir yeknesaklık sağlanmaktadır.

Korumanın belirli bir süre ile sınırlandırılması görüşünde olanların temel dayanak noktası, eserin, sadece onu meydana getirenin değil aynı zamanda meydana getirildiği toplumun kültürel ortamının da bir ürünü olduğudur. Bu sebeple, eser bir kez meydana getirilip alenileştirildikten sonra, onu meydana getiren ve müteakiben de mirasçıları, eserden makul bir süre ekonomik olarak yararlanmalı, bu süreden sonra ise, eser serbestleştirilerek topluma olan borç ödenmelidir. Yasal olarak günümüzde genel kabul, fikrî hakların süre ile sınırlandırılması gerektiği yönündedir. Bununla beraber, doktrinde fikrî mülkiyet teorisinden hareketle, maddî mallar üzerindeki hakların süresiz olması gibi, en az onlar kadar değer taşıyan fikir ve sanat ürünleri üzerindeki hakların da süre yönünden sınırlandırılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁴⁵³

Öngörülen sürenin sona ermesi ile, bahse konu eser bir nevi serbest mal haline gelmektedir. Diğer bir deyişle, eser sahibi ya da başka herhangi bir kimsenin eser üzerindeki hakları sona ermekte ve eserden herkes dilediğince yararlanma imkânına kavuşmaktadır. (FSEK. m. 26/1)⁴⁵⁴

Bu kısımda, hakların süre yönünden sınırlanması bakımından gerek Türk hukukunda gerek uluslararası mevzuatta bilgisayar programlarına da aynen uygulanabilir nitelikte olan süreler, sürelerin hesaplanması ve bu sürelerin bilgisayar programları açısından uzun olup olmadığı konuları ele alınacaktır.

⁴⁵³ Erel, Fikir, s. 93. Hakların süre yönünden sınırlandırılmaması yönünde görüş için bkz. Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, s. 535 vd. Fikrî hakların süre yönünden kısıtlanmasının yararları ile tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 241- 245.

⁴⁵⁴ Erel, Fikir, 94; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 244.

B. Malî Haklarda Koruma Süreleri

Fikir ve sanat eserlerinden doğan malî haklara uygulanacak süreler, FSEK'in 26 ve 27. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 26. maddesinde, eser sahibine tanınan malî hakların süre ile sınırlı olduğu belirtildikten sonra, 27. maddenin 1. fıkrasında, eserlere uygulanacak genel koruma süresi "... eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder" şeklinde belirtilmiştir. Anılan maddelerde ayrıca, sürelerin eser türlerine ve eser sahibinin bir ya da birden fazla ve gerçek veya tüzel kişi olmasına göre arz ettiği özel durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, gerçek kişi tarafından geliştirilmiş ve herhangi bir şekilde alenileşmiş ya da yayımlanmış bir bilgisayar programından doğan malî haklar, programın alenileşmesinden itibaren geliştiricisinin yaşamı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl boyunca korunmaktadır. Program meydana getirildikten sonra ancak alenileşmesinden önce, onu meydana getirenin ölmesi durumunda ise malî haklar, sahibinin ölümünden sonra programın alenileştirilmesi koşuluyla, ölüm tarihinden itibaren 70 yıl daha korunabilecektir. (FSEK. m. 27/II)

Yukarıda ifade edildiği üzere, bilgisayar programının birden fazla şahıs tarafından, ayrılmaz bir bütün teşkil edecek şekilde veya parçalara ayrılabilir tarzda meydana getirilmesi mümkündür. İşte program üzerinde müşterek veya iştirak halinde eser sahipliğinin söz konusu olduğu durumlarda koruma süresinin hangi andan itibaren başlayacağı hususiyet arz etmektedir. Programın iştirak halinde eser sahipliği meydana getirecek şekilde, yani birbirinden ayrılmaz bir bütün teşkil eder tarzda meydana getirilmesi durumunda, söz konusu program üzerindeki malî haklar, programın herhangi bir şekilde alenileştirilmesinden başlamak üzere, program sahiplerinden herhangi birinin hayatta olduğu son ana kadar korunmakta, ayrıca son hayatta kalan program sahibinin ölüm anından itibaren 70 yıl daha korunmaktadır. (FSEK. m. 27/I) ⁴⁵⁵

Programın müşterek eser sahipliği şeklinde bir araya getirilmesi durumunda ise, programı oluşturan tüm parçalar birbirinden ayrılabilir nitelikte olduğundan ve başlı başına birer eser niteliğini taşıdıklarından koruma süreleri her parça bakımından

⁴⁵⁵ Erel, Fikir, s. 95; Ayiter, s. 153; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 253.

ayrı ayrı işlemektedir. Buna göre, koruma süresi her bir parçanın sahibi için, aleniyet tarihinden başlamak üzere onların her birinin yaşam süresi ve ilaveten 70 yıldır. (FSEK. m. 26/III).⁴⁵⁶

Yayımlanmış bir bilgisayar programı üzerinde onu meydana getirenin adının belirtilmemiş olması durumunda, hakları kullanma yetkisine sahip sayılan yayımlayan veya o da belli değilse çoğaltan yönünden ise süreler, programın aleniyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bununla beraber, programı meydana getirenin bu sürenin bitiminden önce adını bizzat açıklamış olması durumunda ise, genel kural geçerli olacak ve program geliştiricisinin hakları programın alenileşmesinden itibaren yaşamı boyunca artı 70 yıl korunacaktır. (FSEK. m. 27/III). Doktrinde baskın olan görüşe göre, program sahibinin ismi bizzat kendisi tarafından açıklanmadığı durumda, adın açıklanması hakkı FSEK'in 19. maddesinde ifade edilen şahıslara geçmekle beraber, adın açıklanmak suretiyle sürenin uzatılması imkânı, FSEK'in 27/III maddesinde sadece onu meydana getirene tanınmıştır. O halde mirasçıların, bu şekilde süreyi uzatma imkânları bulunmamaktadır.⁴⁵⁷

Bir tüzel kişinin amaç ve faaliyet alanı çerçevesinde, bu tüzel kişinin organları tarafından istihdam edilen çalışanlarca, işlerini görürken meydana getirilen eserden doğan malî ve manevî hakları tüzel kişinin kullanma hakkına sahip olduğu, tüzel kişilerin eserin meydana getirilmesi ile birlikte gerçek kişilerde olduğu gibi eser sahibi olmalarının mümkün olmadığı yukarıda incelenmişti. FSEK'in 27/IV. maddesinde, "İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmektedir. Her ne kadar maddenin ifadesinden tüzel kişilerin eser sahibi olabilecekleri anlaşılmakta ise de, FSEK'in 18/II. maddesinde 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik karşısında tüzel kişilerin eser sahibi olmaları mümkün olmadığından, bu düzenleme, tüzel kişilerin, eserin alenileşmesinden itibaren 70 yıl süre ile malî hakları kullanabilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ Erel, Fikir, s. 95-96; Ayiter, s. 153; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 253-254.

⁴⁵⁷ Erel, Fikir, s. 95; Ayiter, s. 152-153; Arslanlı, s. 119.

⁴⁵⁸ Erel, Fikir, s. 96, dn. 24. 1976 Amerikan Telif Hakları Kanunu'nda (US Copyright Act) 1998 tarihinde yapılan değişiklik sonucu, programı meydana getirenin adının belirtilmemiş ya da hak

Bir programın aslı ile işleme suretiyle meydana getirilen programdan kaynaklanan malî hakların koruma süreleri birbirinden bağımsızdır. (FSEK. m. 26/II) Programın aslı alenileşmemiş olsa dahi, işleme programın alenileşmiş olması durumunda asıl programın da alenileşmiş olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵⁹

Yukarıda ifade edilen sürelerden aleniyet tarihinden başlayanlar, programın ilk defa alenileştiği yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunacaktır. Eser sahibinin ölümünden itibaren başlayanlar ise, eser sahibinin öldüğü seneyi takip eden yılın ilk günü başlangıç tarihi sayılmak suretiyle hesaplanacaktır. (FSEK. m. 26/V,VI)

Mehaz Direktif'in 8. maddesinde, bilgisayar programlarına ilişkin korumanın, eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 50 yıllık⁴⁶⁰ bir süre için sağlanacağı düzenlenmiştir. Programın isimsiz veya takma adlı olması durumunda veya millî mevzuat uyarınca Direktifin 2/1. maddesine uygun olarak bir tüzel kişinin eser sahibi olarak belirtilmesi durumunda ise koruma süresinin, programın hukukî olarak alenileşmesinden itibaren 50 yıl olacağı belirtilmiştir. Koruma süresinin söz konusu olayları takip eden yılın Ocak ayının ilk günü başlayacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrası ile de, üye ülkelerce 50 yıllık süreden daha uzun bir koruma süresi öngörülmüş ise, Topluluk hukukunda koruma sürelerinin daha genel bir çerçevede uyumlu hale getirilmesine kadar bu sürelerin

sahibinin bir tüzel kişi olması durumunda koruma süresinin, eserin ilk kez yayınlanmasından itibaren 95 yıl ya da meydana getirilmesinden itibaren 120 yıl olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu sürelerden hangisi önce dolarsa koruma sona ermektedir. Daha geniş bilgi için bkz. Rockman, s. 395-396.

⁴⁵⁹ Erel, Fikir, s. 96; Ayiter, s. 66-67.

⁴⁶⁰ Direktifle ilgili görüşmeler sırasında Komisyon tarafından hazırlanan ilk teklifte, söz konusu sürenin, programların genelde ekip halinde çalışanlarca meydana getirildiği ve esere onu meydana getirenin hayatı süresince tanınacak bir korumanın uzun bir koruma süresine neden olacağı için, meydana getirme anından itibaren 50 yıllık bir koruma süresinin daha uygun olacağı gerekçesi ile programın meydana getirildiği tarihten itibaren 50 yıl olması öngörülmüş idi. Ancak sonradan Komisyon, Bern Sözleşmesi çerçevesinde edebi eser sayılan bilgisayar programlarının her türlü hak ve koruma sürelerinden diğer edebi eserler gibi yararlanması gerektiği görüşüne itibar ederek Direktifi bu haliyle teklife sunmuştur. Erel, Bilgisayar Programları, s. 154; Czarnota/Hart, s. 92; Ateş, Software Protection, s. 41. Direktifin kabulünden önce Topluluk üyesi devletlerin bazıları minimum koruma süreleri kabul etmişlerdi. Buna göre, Fransa 1985 tarihli Telif Hakları Kanunun 48. maddesi ile programın meydana getirildiği tarihten itibaren 25 yıllık bir koruma süresi öngörürken, İngiliz 1988 tarihli Telif, Tasarım ve Patent Kanunu ile programların eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıllık bir süre için korumadan yararlanacağını öngörmekte idi. Almanya da ise bilgisayar programlarının koruma süresi, eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra 70 yıl olarak kabul ediliyordu. Bu açıklamalar için bkz. Ateş, Software Protection, s. 40.

muhafaza edilebileceği hükme bağlanmıştır.⁴⁶¹ Öte yandan, üye devletlerin fikrî mülkiyet hukuklarınınca tanınan koruma sürelerinin farklılıklarını nazara alan AT Konseyi, 29 Ekim 1993 tarih ve 93/98 sayılı Direktifi⁴⁶² ile bu farklılıkları belirli düzeyde uyumlaştırma yoluna gitmiş ve fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar yönünden üye ülkelerde uygulanacak sürelerin, eser sahibinin yaşam süresi artı 70 yıl olacağını öngörmüştür. Ayrıca bu Direktifin 11. maddesinde, 91/250 sayılı Direktifin 8. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı düzenlenmektedir. Dolayısıyla, bilgisayar programları da dahil olmak üzere tüm fikir ve sanat eserlerinde süreler 93/98 sayılı Direktifte öngörülen hükümlere tabi kılınarak, tüm üye ülkelerde koruma süreleri bakımından yeknesak bir uygulama sağlanmak hedeflenmiştir.⁴⁶³

İsviçre hukukunda eserden doğan haklar için öngörülen koruma süresi, yaşam artı 70 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak İsviçre Fikri Haklar Kanununun 29/2. maddesinde bilgisayar programlarında koruma süresinin eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıl olduğu kabul edilerek, diğer eserlere göre farklılık öngörülmüştür.⁴⁶⁴

C. Manevî Haklarda Koruma Süreleri

Bilgisayar programlarında eser sahipliğinden doğan ve manevî hakları oluşturan umuma arz yetkisi, adın belirtilmesi yetkisi ve eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakları yukarıda incelenmiştir. Bu başlık altında ise, bu hakların, malî haklarda olduğu gibi süre bakımından bir sınırlamaya tabi olup olmadığı hususları ele alınmaktadır.

Bern Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesinin 1. fıkrasında, eser sahibinin manevî haklarının, malî haklardan bağımsız olarak ve hatta onlar devredildikten sonra dahi kullanma yetkisinden söz edilmektedir. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise, devletlerin düzenleme serbestisi bulunmakla beraber, yetkili kimseler tarafından bu

⁴⁶¹ Direktifin Giriş kısmında koruma sürelerine ilişkin düzenlemenin Bern Sözleşmesi hükümlerine uyum sağlamak amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir. Bern Sözleşmesinin 7. maddesi ile koruma süresinin eser sahibinin yaşamı artı ölümünden sonra 50 yıllık bir süre için sağlanacağı hükme bağlanmıştır. Öte yandan anılan maddenin 6. fıkrası ile de, üye devletlerin öngörülen sürelerden daha uzun bir süreyi koruma süresi olarak belirleyebilecekleri düzenlenmektedir.

⁴⁶² COUNCIL DIRECTIVE 93/98/EEC of 29 October 1993 "Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights"

⁴⁶³ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 248-249; Ateş, Software Protection, s. 42.

⁴⁶⁴ Dessemontet, s. SWI-33.

hakların, eser sahibinin ölümünden sonra da en az malî hakların kullanım süresi boyunca kullanılabileceği hükme bağlanmıştır.

AT'nin gerek 91/250 sayılı gerek 93/98 sayılı Direktifinde, manevî hakları sınırlayan belirli bir süre öngörülmemekte, ancak 93/98 sayılı Direktifin 9. maddesinde bu konuda düzenleme yapma yetkisinin üye devletlere ait olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁵ Nitekim bu Direktifin Önsözünde de, anılan Direktifin manevî hakların korunması konusunda uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir.

Türk hukukunda ise, manevî hakların kullanılmasında süre yönünden bir sınırlama söz konusu değildir. Buna göre, bir bilgisayar programının sahibi programa ilişkin yayın ya da çoğaltma hakkı gibi malî haklarını devretmiş olsa bile, manevî haklarını süre ile sınırlı olmaksızın ileri sürme hakkına sahiptir. Fransız hukukundaki manevî hakların süresiz korunması prensibinin aksine, hukukumuzda, eser sahibi dışındaki şahıslar bakımından manevî hakların kullanımı da malî haklarda olduğu gibi belirli bir süre ile sınırlıdır.

Bilgisayar programının geliştiricisi, program sahipliğinden doğan manevî haklarının ölümünden sonraki kullanış tarzını ölmeden önce tespit etmemiş ya da bu yetkiyi başka herhangi bir kimseye bırakmamış olması durumunda, bu yetkilerin kullanılması vasiyeti tenfiz memuruna, onun tayin edilmemiş olması durumunda ise, sağ kalan eşi ile çocuklarına, atanmış mirasçılara ve ana-babasına aittir. (FSEK. m.19/I) O halde bahse konu şahıslar, program sahibinin ölümünden sonra, geliştiricisinin şeref ve haysiyetini düşürecek bir suretle programın kamuya sunulması ya da yayımlanmasını men etme, geliştiricisinin kim olduğunun tespitini talep etme ve programın bütünlüğünün korunmasını isteme yetkisine, madde 19/I'de sayılan kişilerden en son kişinin hayatı boyunca sahiptir. Onların ölümünden sonra ise bu haklar, onların mirasçıları tarafından kullanılamaz.⁴⁶⁶ Bununla beraber,

⁴⁶⁵ Topluluk üyesi ülkelerden Fransa'da, malî hakların korunmasına ilişkin eser sahibinin ölümünden sonraki 70 yıllık sürenin dolumundan sonra dahi, manevî hakların korunmasının belirli şartlar dahilinde mirasçılar tarafından talep edilmesi mümkündür. (Fransız IPC:Art.L.121-2(2). Öte yandan Alman Hukukunda ise, malî ve manevî hak ayırımına yer verilmediğinden, tüm hakların eser sahibinin yaşam süresi artı 70 yıllık süre ile korunacağı benimsenmiştir. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 258.

⁴⁶⁶ Erel, Fikir, s. 98; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 260.

maddede sayılan kimseler bu hakları, program sahibinin ölümünden itibaren en fazla 70 yıl süre ile kendi adlarına kullanabilirler. (FSEK. m.19/II)

D. Sürelerin Bilgisayar Programları Bakımından Uzunluğu Sorunu

Fikrî hukukta tüm eserler bakımından uygulanan eser sahibinin yaşam süresi artı 70 yıllık korumanın, teknolojik gelişme ve bilgisayar programlarındaki gelişim hızı dikkate alındığında oldukça uzun ve anlamsız olduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir.⁴⁶⁷ Günümüz koşullarında, eser sahibinin hayatı artı 70 yıllık koruma bir yana, birkaç yıl geçtikten sonra bile bilgisayar programlarının güncelliğini yitirdiği, işletim sistemlerinde bile bu sürenin 10 yılı aşmadığı göz önüne alındığında, bu koruma süresinin bilgisayar programları bakımından gereğinden uzun olduğu ileri sürülebilir.

Teorik bir tartışma olmakla beraber, bu konuda bizim de katıldığımız görüşe göre, ilim ve edebiyat eseri olarak korunan bilgisayar programlarının, niteliklerinden kaynaklanan güncelliklerini yitirmesi gibi nedenlerle, diğer ilim ve edebiyat eserlerinden ayrı mütalaa edilerek, farklı bir koruma süresine tabi tutulmasının tutarlı bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, fikrî hakların süre ile sınırlandırılmasında önemli olan husus, eser sahibine, meydana getirdiği fikrî üründen yeterli düzeyde ekonomik yarar sağlayabileceği ve haksız rekabete karşı korunabileceği makul bir sürenin tanınmasıdır. Meydana getirilen program kısa bir sürede güncelliğini yitirmekle beraber, bu kısa süre için bile ticarî değerini koruyor ise, onu daha uzun bir süre korumamak için bir neden bulunmamaktadır. Öte yandan, piyasaya sürüldükten bir süre sonra güncelliğini ve ticarî değerini kaybetmiş bir programın daha ne kadar bir süre ile korunacağı geliştiricisi dışında kimseyi ilgilendirmemelidir.⁴⁶⁸ Diğer bir deyişle, bir program alenileşmesinden itibaren hâlâ 10 ya da 40 yıl süre ile piyasada kalabiliyor ise, bu programın diğer eserler için öngörülen 70 yıllık koruma süresinden yararlanmaması

⁴⁶⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Tekin Memiş, Fikrî Hukukun Teorisi Açısından Yazılımların Korunması, Bilgisayar Yazılımları Telif Hakları Korunması Konulu Panel, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 16 Aralık 2005, s. 4; Kaypakoğlu, s. 82; Durmuş, s. 42.

⁴⁶⁸ Erel, Bilgisayar Programları, s. 154; Programların korunma süresi konusunda uluslararası genel kabul gören sistemden ayrılınmasını haklı kılacak yeterli gerekçe olmadığı görüşü için bkz. Dreier, s. 326, dn. 63.

gerektiği ileri sürülmemelidir. Bunun gibi, program alenileştikten bir yıl sonra piyasada hiçbir şekilde talep görmüyorsa, o program pek tabiidir ki 25 yıl sonra da piyasada hiçbir şekilde talep görmeyecektir. Bundan dolayı, bu programın fikrî hukuk koruması kapsamında kalmasının kimseye bir yarar ya da zararı olmayacaktır. Görüldüğü üzere, bilgisayar programlarının koruma süresi pek çok açıdan değerlendirildiğinde akademik bir tartışma konusu teşkil etmektedir.⁴⁶⁹

Öte yandan, günümüz koşullarında bilgisayar programlarının güncelliğini kısa sürede kaybetmeleri söz konusu ise de, gelecekte bu alandaki gelişmelerin belirli bir doyum noktasına ulaşması durumunda meydana getirilen programların çok daha uzun süre güncelliğini korumasının mümkün olabileceği de göz ardı edilmemelidir. Aynı şekilde programın raf ömrü günümüz şartlarında çok uzun sürmese dahi, programın korumadan yararlanan unsurları arasında belki uzun süre bu korumadan yararlanmayı hak edenlerinin bulunması imkân dâhilindedir.

III. HAKLARIN KAMUSAL MÜLÂHAZALARLA SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Tüm haklarda olduğu gibi fikrî hakların da bir takım kamusal nedenlerle sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir. Bazı durumlarda bu hakların sınırlandırılması toplum yararının temini açısından zorunluluk arz edebileceği gibi belli durumlarda ise sınırlandırma, kamu yararı bakımından gerekli kabul edilir. Bu çerçevede, eser sahibinin haklarının, toplumun eğitim-öğretim amacına, bilgi alış-verişi ve haberleşme gayesine, sosyal, kültürel ve ekonomik yönden toplumun gelişmesine, kamunun sağlık, güvenlik, esenlik ve genel ahlâkının korunmasına yönelik sınırlandırılması mümkündür. Bununla beraber yapılacak sınırlamaların, toplumun vazgeçilmez ihtiyaçlarının gerekli kıldığı ölçüde olması ile amaç ve sınırlandırma arasındaki hassas dengenin korunmasına dikkat edilmesi gerekmektedir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Czarnota/Hart, s. 92.

⁴⁷⁰ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 268-269.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda hakların kamusal mülâhazalarla sınırlandırılması 30 ilâ 37. maddeler arasında düzenlenmiştir. “Amme intizamı mülâhazası ile” kenar başlıklı 30. maddede hakların kamu düzeni düşüncesi ile sınırlandırılması düzenlenmiş, “Genel menfaat mülâhazasıyla” başlıklı 31 ilâ 37. maddeleri arasındaki bölümde ise, hakların kamu yararı düşüncesi ile sınırlandırılması hususları öngörülmüştür.

Her ne kadar kamu yararı geniş anlamı ile düşünüldüğünde kamu düzenini de kapsayan bir kavram ise de, biz dar anlamları ile ele alarak bu sınırlandırmaları ayrı başlıklar altında ve bilgisayar programlarına uygulanabilir yönleri itibarıyla inceleyeceğiz. Bu kavramlar dar anlamları ile ele alındığında farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Şöyle ki; kamu düzeni düşüncesi ile yapılan sınırlandırmalar - konusu suç olan bir eserin toplatılmasında olduğu gibi- eserden doğan bir ya da birden fazla hakkın, eser sahibi tarafından kısmen veya tamamen kullanılmasına engel olmakta yahut hakkın kullanılmasını denetim ya da kamu otoritelerinin iznine tabi kılacak sonuçlara neden olabilmektedir. Öte yandan, kamu yararı düşüncesi ile yapılan sınırlamalar ise, genellikle eser sahibinin eser üzerindeki hak ya da haklarını kullanmasını engellememekte veya onun haklarını kullanmasını denetim ya da bir izne tabi kılmamaktadır. Bunun yerine üçüncü kişilere, bu haklardan eser sahibinden daha sınırlı bir düzeyde yararlanma serbestisi tanımaktadır.⁴⁷¹

B. Kamu Düzeni Düşüncesiyle Hakların Sınırlandırılması

Yukarıda ifade edildiği üzere, kamu düzeni düşüncesiyle eser sahipliğinden doğan hakların sınırlandırılmasında, eser sahibinin o eserden doğan hakları kullanmasına kısmen veya tamamen engel olunmakta ya da hakların kullanılması denetim ya da kamu otoritelerinin iznine tabi kılınabilmektedir. Bu tarz sınırlamalar nitelikleri gereği çoğunlukla Ceza veya Basın Kanunları ile öngörülmektedir.⁴⁷² Diğer tüm fikrî ürünlerde olduğu gibi, bilgisayar programı sahipliğinden doğan hakların da kamu düzeni düşüncesiyle sınırlandırılması mümkündür.

⁴⁷¹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 270-271.

⁴⁷² Erel, Fikir, s. 195; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 271.

Kamu düzeni düşüncesiyle hakların sınırlandırılması, FSEK'in 30. maddesinde,

“Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelittlak zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mani değildir.

Eserin her hangi bir suretle ticaret mevkiine konmasını, temsilini veya diğer şekillerde kullanılmasını men eden yahut müsaade veya kontrole bağlı tutan kamu hukuku hükümleri mahfuzdur.”

Şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kamu düzeni düşüncesiyle programdan doğan hakların sınırlanması, bu hakların, kamu mercilerince kullanılması suretiyle olabileceği gibi, program geliştiricisi tarafından kullanılmasının kısıtlanması veya men edilmesi suretiyle olabilecektir. Maddenin ilk fıkrası uyarınca bir bilgisayar programı geliştiricisine tanınan haklar, programın ispatı amacıyla mahkeme veya diğer resmî merciler huzurunda ve kolluk ya da soruşturma veya kovuşturma işlemlerinde bir muameleye tabi tutulmak üzere kullanılabilir. Bu çerçevede iki kişi arasında ihtilâf konu olan ya da muhtevası itibarıyla bir şekilde üçüncü bir şahsın haklarının ihlâl edildiği ileri sürülen bir bilgisayar programında, gerçekte münhasıran program geliştiricisine tanınan çoğaltma veya temsil hakları, mahkeme ya da yetkili diğer resmi merciler tarafından kullanılabilir. Bu çerçevede, örneğin bir programın hukuka aykırı bir şekilde kopya edildiği iddia edildiğinde, bu iddianın doğruluğunun tespiti amacıyla, adli mercilerce bizzat ya da onların talepleri çerçevesinde veya onlar tarafından tayin olunan kimseler tarafından bir ya da ihtiyaca cevap verecek miktarda olmak üzere, programın bir bilgisayara yüklenmesi, disket ya da CD ortamlarına kopyalanarak çoğaltılmaları FSEK 30/I kapsamında hukuka uygundur. Bu durumda programı geliştirenin çoğaltma hakkının ihlâlinden söz etmek mümkün değildir. Bu noktada önemli olan, amaca uygun olarak sınırın aşılmasıdır. Örneğin, ihtilâfın çözülmesine teknik bilgileri ile yardımcı olmak üzere yetkili adli makam tarafından

üç bilirkişinin görevlendirildiği durumda programın üç yerine yüz adet kopyasının çıkarılması doğal olarak hukuka aykırı olacaktır.⁴⁷³

Anılan maddenin ikinci fıkrasında, fikrî hakların kullanılmasını ya tamamen yasaklamak veya izne bağlamak ya da kontrole tabi tutmak suretiyle eser sahibinin haklarını kullanmasını men eden kamu hukuku hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede akla gelebilecek sorun, bir suçun işlenmesinde kullanılan bilgisayar programının müsadere edilip edilemeyeceğidir. Türk Ceza Kanunu'nun 244. maddesinde, bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, yine sistemdeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi gibi bir takım eylemler cezaî yaptırıma bağlanmıştır. Yine Kanunun 54. maddesinde, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsadere edileceği hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin devamında ise, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edileceği öngörülmüştür. Kanaatimizce TCK'nın 244. maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlenmesini teminen geliştirilen bir bilgisayar programı suçun işlenmesinde kullanıldığında veya kullanılmamış olsa dahi, kullanılmak üzere hazırlanan programın kullanılmasının kamu düzenini bozucu özelliğe sahip olması durumunda, o program müsadere edilebilecektir. İşte böyle bir durumda, program geliştiricisinin o program üzerindeki haklarını kullanması tamamen men edilmektedir. Bu şekilde bir sınırlama elbette FSEK m. 30/II anlamında hukuka uygun ve kamu düzeni düşüncesiyle yapılmış bir sınırlama niteliğini taşımaktadır.

C. Kamu Yararı Düşüncesiyle Hakların Sınırlandırılması

Hemen tüm haklarda olduğu gibi fikrî hakların da kamu yararı düşüncesiyle sınırlandırılması mümkündür. Nitekim Kanun Koyucu kamu yararı düşüncesi ile sınırlandırma hallerini FSEK in 31 ilâ 37. maddeleri arasında düzenlemiştir. Bununla beraber, Kanunda belirtilen bu hallerden 33. maddede düzenlenen eğitim ve öğretim amacı ile temsil serbestisi ile 34. maddede düzenlenen eğitim ve öğretim amacı ile seçme ve toplama eserler meydana getirmek için iktibas serbestisi niteliklerine uygun

⁴⁷³ Erel, Fikir, s. 194; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 352-353.

düştüğü ölçüde bilgisayar programlarına da uygulanabilir niteliktedir. Yukarıda bilgisayar programının, umumî mahallerde dinleyici ya da seyirci durumundaki kimselere, bilgisayar aracılığıyla büyük ekranlar kullanılmak suretiyle sunulması veya programın ya da kodlarının televizyon, hareketli görüntü taşıyıcıları veya Internet aracılığıyla kamuya sunulması durumlarında temsilin söz konusu olduğu ve bu hakkın münhasıran program geliştiricisine ait olduğu belirtilmiştir. FSEK'in 33. maddesinde ise, program sahibinin bu hakkına belirli şartlar dahilinde üçüncü şahıslar lehine bir sınırlama getirilmektedir. Başka bir deyişle bu hallerde program sahibi, programın üçüncü şahıslar tarafından söz konusu maddede belirtilen şartlar dahilinde kullanılmasına engel olamamaktadır. Buna göre, yayımlanmış bir programın tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim amacıyla, doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, program geliştiricisinin ve program adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir. (FSEK. m. 33) Buna göre, yayımlanmış olmak kaydıyla bir bilgisayar programı, yüz yüze eğitim ve öğretim amacı ile sınırlı olmak üzere, okullar, üniversiteler, dershaneler ve eğitim merkezleri gibi bilgisayar programcılığı eğitimi verilen yerlerde temsil edilebilir ve eğitim-öğretim amacıyla öğrencilere gösterilebilir. Bunun için programın sahibinden önceden izin alınması ve ona herhangi bir bedel ödenmesi gerekli değildir. Maddede ifade edilen “yüz yüze eğitim ve öğretim” ibaresi ile anlatılmak istenen, programın eğitim amacıyla kullanılabilmesinin, bu tür eğitimin sınıf, amfi dersane gibi öğrencilerle öğretmenin genellikle bir arada bulundukları ortamlarla sınırlı olduğudur. O halde, Kanunun açık hükmü karşısında programın kâr amacı güdülmeksizin ve eğitim-öğretim amacıyla sınırlı olsa dahi son zamanlarda yaygınlaşmaya başlayan televizyon ya da Internet aracılığıyla “uzaktan eğitim” tarzıyla temsili madde kapsamında mütalaa etmek mümkün değildir. Maddede “doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin” eserin temsiline izin verilmiş olması karşısında akla gelebilecek bir sorun da, programın temsiline, ücret karşılığında bilgisayar programcılığı eğitim ve öğretimi veren özel dersane veya eğitim merkezlerinde yüz yüze eğitim ve öğretim amacıyla temsil edilip edilemeyeceğidir. Belirli bir programın eğitim ve öğretim amacıyla temsili karşısında ücret talep edilmeyip de, eğitim dönemi karşılığında ücret alındığı durumlarda, söz konusu temsili 33. madde anlamında değerlendirmek mümkündür. Aksi halde temsil

serbestisinden söz etmek mümkün olmayıp, bu şekilde yapılacak bir temsil, program sahibinin münhasır temsil hakkının bir ihlâli anlamına gelecektir. Bu noktada önemli olan husus ise, temsil öncesi veya sırasında programın ve eser sahibi olarak program geliştiricisinin adının mutlaka açıklanması gereğidir.⁴⁷⁴

Bilgisayar programlarında eser sahipliğinden doğan hakların kamu yararı düşüncesiyle sınırlandırılmasının bir diğer hali ise, programdan eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama program meydana getirmek için iktibas serbestisidir. İktibas denildiğinde, bir eserden alınan parçaların diğer bir eserde kullanılması anlaşılmaktadır.⁴⁷⁵ İktibas, alıntı yapılan kaynaktaki cümle, ifade ya da pasaj, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın aynen yapılabileceği gibi, başka bir eserdeki fikir ve düşünceler, anlam ve özünde değişiklik yapılmaksızın, alıntı yapan şahsın kendi kelime, cümle ve ifade tarzı ile başka bir esere aktarılacak suretiyle mealen de yapılabilir. FSEK'in 34/I. maddesi ile kastedilen iktibas ise, FSEK'in 6/VII anlamında belirli bir amaca göre ve hususî bir plan dahilinde seçme ve toplama eser tertibi şeklinde ifade edilen işleme eser meydana getirmedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, işleme hakkı münhasıran program geliştiricisine aittir. Ancak 34/I. maddede eğitim ve öğretim amacıyla ve seçme ve toplama suretiyle meydana getirilecek işlemlerde kamu yararı düşüncesi ile bir istisna tanınmaktadır. Maddede tanınan iktibas serbestisi aynen yapılacak iktibaslara yöneliktir.⁴⁷⁶ Burada önemli olan hususlardan biri, farklı kişilere ait programlardan eğitim ve öğretim amacıyla yapılan iktibasın derecesinin eğitim ve öğretim amacı ile sınırlı ölçüyü aşmamasıdır. Diğer önemli olan husus ise, bu şekilde meydana getirilecek seçme ve toplama programda, eğitim ve öğretim amacının gerektirdiği ölçüde, iktibas edilen program parça ya da parçaları üzerinde kısaltma veya değişiklik yapılabileceğidir. Öte yandan iktibas edilen parçaların ait olduğu ana programın ve o programı geliştirenin adının mutad şekilde belirtilmesi ise zorunludur. (FSEK. m. 34/III)⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 283-288.

⁴⁷⁵ Erel, Fikir, s. 204.

⁴⁷⁶ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 290.

⁴⁷⁷ Erel, Fikir, s. 217-219; Ayiter, s. 166-167; Arslanlı, s. 140; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 291-296.

IV. ÖZEL MENFAAT DÜŞÜNCESİYLE HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Eser sahipliğinden doğan haklar, hukuk düzenleri tarafından sadece yukarıda belirtilen kamusal mülahazalarla değil, bir takım özel ya da şahsî menfaat düşünceleri ile de sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Özel menfaat düşünceleri ile hakların sınırlandırılması başlıca üç temel düşünceden kaynaklanmaktadır. Bu düşüncelerden biri, kişisel kullanma çerçevesinde bir yetki üçüncü bir şahıs tarafından kullanıldığında eser sahibine onun katlanabileceği düzeyde bir zarar verilmektedir. Diğeri, eser üzerindeki hakların üçüncü kişiler tarafından kullanımının sürekli denetlenmesi bir takım güçlükler arz etmektedir. Sonuncusu ise, bu şekildeki sınırlamalar fikir ve sanat eserlerinden istifade edilmesini kolaylaştırmaktadır. Bununla beraber, tüm sınırlamalarda olduğu gibi, bu tarz sınırlandırmalarda da eser sahibinin menfaati ile toplum menfaati arasındaki hassas dengenin sağlanması önem arz etmektedir.⁴⁷⁸ Bu çerçevede, alenileşmiş bir eserin belli şartlar dahilinde üçüncü şahıslar tarafından şahsî mülahazalarla çoğaltılması, yayımlanabilmesi veya temsiline pek çok ülke kanunlarında izin verilmektedir.⁴⁷⁹

Türk Hukukunda ise, eser sahibinin münhasır haklarından olan çoğaltma, işleme ve temsil haklarının özel menfaat düşüncesiyle sınırlandırılması, FSEK'in 38, 40 ve 41'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu sınırlamaların ortak özelliği, serbestinin, kâr amacı güdülmeksizin ve şahsen yararlanılmak üzere tanınmış olmasıdır. Bu kısımda söz konusu haklara getirilen sınırlamalar, bilgisayar programlarının niteliklerine uygun düştüğü ölçüde incelenecek, programlara özgü getirilen düzenlemeler ise ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

⁴⁷⁸ Erel, Fikir, s. 226; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 360.

⁴⁷⁹ Nitekim Bern Sözleşmesinin 9/II. maddesi ile, eser sahibinin menfaatlerine ve eserden normal düzeyde yararlanılmasına engel olmamak koşuluyla, bazı özel durumlarda eserin çoğaltılmasına izin verilmesi hususunun Birlik ülkelerinin mevzuatlarının konusunu oluşturacağı öngörülmektedir.

B. Çoğaltma Hakkının Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, FSEK'in 22. maddesinin 2. fıkrasında, "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 kaydedilmesi, ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje krokilerinin uygulanması" halleri çoğaltma olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin 3'ncü fıkrasında ise, diğer fikir ve sanat eserlerinden farklı olarak, ikinci bir nüshanın müstakil olarak çıkarılmasının yanında, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin de bilgisayar programlarının çoğaltılması kapsamında kaldığı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, teknik özellikleri itibarıyla bilgisayar programlarında çoğaltma halleri daha fazla sayıda eylemi içermektedir. Bu hallerden herhangi bir şekilde yapılacak bir çoğaltma hakkı kural olarak münhasıran eser sahibine tanınmıştır. O halde, çoğaltma sayılan tüm bu eylemlerin başkalarının gerçekleştirilmesi eser sahibi olan program geliştiricisinin iznine tabidir. Buna göre, geçici kullanmanın gerektiği ölçüde programın çalıştırılması ve depolanması gibi fiiller çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirildiğinden, satın alınan bir bilgisayar programını çalıştırmak, görüntülemek veya depolamak için program sahibinden ayrıca izin alınması gerekmektedir. İşte bu ve benzeri durumlarda eser sahibinin münhasır çoğaltma hakkına, üçüncü şahıslar yararına, şahsen kullanmaları kaydıyla bir takım sınırlamalar öngörülmektedir.

FSEK'in 22. maddesi ile 38. maddedeki, bilgisayar programlarında çoğaltma hakkına getirilen sınırlamalar göz önüne alındığında denebilir ki; Kanun koyucu, bilgisayar programları açısından diğer eser türlerine nazaran daha sıkı bir koruma rejimi benimsemektedir. Buradan ıkarılacak sonuç ise, kanun hükümlerinin yorumlanmasında, Kanun koyucunun bu amacı göz önünde bulundurularak şüphe durumunda eser sahibinin haklarına öncelik veren bir yorum tarzının tercih edilmesinin daha uygun olacağıdır. Zira, günümüzde teknolojinin ulaştığı noktada programlarının oğaltılmasındaki kolaylık ve bu alandaki denetim güçlüğü ile,

çoğaltılan programın, bir kitabın fotokopisinde ya da bir müzik kaseti kopyasının ses kalitesindeki azalmada olduğu gibi, herhangi bir kalite düşüklüğü olmaksızın aynı işlevi yerine getirmesi hususları göz önüne alındığında, programların daha sıkı ölçüde korunmasının gerekliliği anlaşılabilmektedir.⁴⁸⁰

2. Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanma Amacıyla Çoğaltılması

a) Genel Olarak Şahsen Kullanma Amacıyla Çoğaltma

Türk hukukunda, evrensel düzenlemelere paralel olarak, bireylerin kültürel yaşama katılmalarını temin ve teşvik etmek amacıyla, eser sahibinden ayrıca izin alınmasına gerek olmaksızın, kişisel kullanıma mahsus olmak üzere ve amacın gerektirdiği ölçüde her bireyin alenileşmiş bir eseri çoğaltmasına izin verilmektedir. Hukuk düzeni bu çoğaltmaya izin verirken, bu amaçla ve çerçevede yapılacak bir çoğaltmanın, eser sahibinin haklarını zarara uğratmayacağı varsayımından hareket etmektedir.⁴⁸¹ Nitekim FSEK'in "Şahsen kullanma" kenar başlıklı 38. maddesinin 1'nci fıkrasında, eserler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın, tüm fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılmasının mümkün olduğu belirtildikten sonra, bu çoğaltmanın, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremeyeceği ya da eserden normal yararlanmaya aykırılık teşkil edemeyeceği öngörülmektedir. Görüldüğü üzere anılan fıkra, eser sahibinin izini olmaksızın eserlerin şahsen kullanılmaya mahsus olmak üzere çoğaltılabilmesinin şartları belirtilmektedir. Buna göre öncelikli şart, yapılacak çoğaltmanın şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere yapılmasıdır. Bununla beraber, eser sahibinin haklarının korunması ve üçüncü şahısların bu kapsamda haklarının

⁴⁸⁰ Aksu, s. 141.

⁴⁸¹ Tekinalp, s. 190-191. "Fikrî mülkiyet hukukunda eser sahibinin hakları korunurken yasal kullanıcının (*lawful acquirer*), eser sahibinin haklarına zarar vermeden normal kullanım gereği olacak biçimde çoğaltma yapması genellikle ihlâl sayılmamakta ve böyle bir çoğaltma meşru görülmektedir. 5846 sayılı Yasada da yer alan bu istisna, Bern Sözleşmesi'nden kaynaklanmakta ve literatürde "*three-step test*" olarak bilinmektedir. Buna göre, şahsî kullanım istisna ve sınırlamaları, a) ancak belirli özel durumlarda, b) eserin normal kullanımıyla çelişmeyecek bir biçimde, c) hak sahiplerinin meşru menfaatlerine haklı sebep olmaksızın zarar vermeyecek ise söz konusu olabilir "*Three-step test*" olarak bilinen bu koşullar, Bern Sözleşmesi'nin 9/2. maddesinde düzenlenmiş olup, TRIPs Sözleşmesinde (m.13), WIPO Telif Hakları Sözleşmesi'nde (m.10), Bilgisayar Programları Direktifi'nde (m. 6/3), WIPO Fonogram Yapımcıları ve İcracı Sanatçılar Sözleşmesi'nde (md. 16) ve Veri Tabanları Direktifi'nde (m.6/3) de bulunmakta ve tekrarlanmaktadır." Uğur Çolak, Bilgisayar Programlarına İlişkin Ceza Yargılaması, Aralık 2005, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/fsh/seminer> , s. 7.

sınırının belirlenebilmesi için bu ifadenin tanımlanması büyük önem arz etmektedir. Ancak maddede şahsen kullanmanın ne olduğu ve sınırı açıklanmadığından, bu açıklama doktrinde yapılmaya çalışılmıştır.

‘*Şahsen kullanma*’ tabiri, eser nüshalarının bizzat çoğaltan tarafından şahsî ihtiyaçları için kullanılmasını ifade ettiği gibi, bu nüshaların aile ve iş çevresi gibi yakın ve şahsî bir muhit içinde kullanılmasını da içermektedir. Söz konusu serbesti, gerçek kişiler için olduğu kadar, tüzel kişilerin organları bakımından da, bu sınırlar dahilinde geçerlidir.⁴⁸² Burada öncelikle önemli olan, anılan fıkrada da ifade edildiği gibi, şahsen kullanma amacıyla yapılan çoğaltmada kâr amacının güdülmemesidir. Şahsen kullanma denildiğinde, çoğaltmanın, çoğaltılacak eseri tedavüle sürmek suretiyle ondan ekonomik yarar elde amacıyla yapılmasını kesinlikle kapsam dışında bıraktığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber, hak ve nısfet ölçüsünü aşar düzeyde bir giderden tasarruf edilmek amacıyla yapılan bir çoğaltmayı da, maddede zikredilen serbesti içerisinde mütalaa etmek mümkün değildir. Örnek vermek gerekirse, bir araştırma görevlisinin tez çalışması sırasında bir monografinin bir iki sayfasının fotokopisini çektiği durumda, çalışmalarında kolaylık elde etme düşüncesi gibi şahsî bir kullanma amacı yer almaktadır. Ancak, 60 YTL olan kitabın tümünün fotokopisinin 5-10 YTL gibi bir fiyata çektirilmesi durumunda “giderden tasarruf” düşüncesi gibi dolaylı bir kâr amacının güdülmesi söz konusu olmaktadır. Bu sebeple ikinci durumun, FSEK’in 38/I. maddesi kapsamında serbest bir çoğaltma olduğu söylenemez.⁴⁸³

Maddede öngörülen ve üçüncü kişilerin kendilerine tanınan bu haklarını kötüye kullanmalarını engelleyici diğer bir şart da, çoğaltmanın hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermemesi ve çoğaltmanın eserden normal yararlanmaya aykırı olmamasıdır. Kanunumuzda, yoruma açık olan bu deyimler ile ne ifade edilmek istendiği de açıklanmış değildir. Nitekim bu nedenle

⁴⁸² Erel, Fikir, s. 226-227. Ateş, günümüz teknolojik gelişmelerinin ortaya çıkardığı kopyalama alet ve tekniklerindeki çeşitlilik ve kolaylık ile, bunun eser sahiplerinin menfaatlerini etkileme riskinin büyüklüğü dikkate alındığında, şahsî kullanımın “şahsî muhit” ile sınırlandırılması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 368. Tekinalp, tüzel kişiler bakımından şahsen kullanmanın, çok istisnâî, alanı dar ve sınırları kesin varsayımlarla gerçekleşebileceği görüşündedir. Bkz. Tekinalp, s. 191.

⁴⁸³ Aynı yönde görüş ve benzer bir örnek için bkz. Tekinalp, s. 193; Kaya, s. 444.

her somut olaya göre bu sınırların aşıp aşılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Aslında eser sahibinin izni dışında, herhangi bir kimse tarafından bir eserin çoğaltılan her nüshası eser sahibinin zararına olan bir durumdur. Bununla beraber Kanun koyucu, belirli şartlarda ve haklı sebeplerin varlığı durumunda, zararın eser sahibi tarafından kabullenilmesi gerektiğinden hareket etmektedir. Örneğin, eğitim, öğretim, bir nüsha ile sınırlı kopyalama, kâr amacı bulunmaması vs. durumlar haklı sebep olarak kabul edilebilmektedir.⁴⁸⁴

b) Bilgisayar Programların Şahsen Kullanma Amacıyla Çoğaltılmasının Mümkün Olup Olmadığı

FSEK'in 38. maddesinin 1'nci fıkrasında, ayırt edilmeksizin tüm eserlerin, belli şartlar çerçevesinde şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Anılan maddenin diğer fıkralarında ise sadece bilgisayar programlarına özgü çoğaltma hallerine ilişkin bir takım özel düzenlemelere yer verilmiştir. Maddedeki açık hükme rağmen, maddenin lafzından, düzenlemeye esas teşkil eden Mevaz Direktif hükümlerinden, karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinden ve maddenin düzenleme şekli ile gerekçesinden hareketle doktrinde, bilgisayar programlarının, diğer tüm eserlerde olduğu gibi, şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere serbestçe çoğaltılıp çoğaltılamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

FSEK'te 1995 yılında 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler Ankara Antlaşmasının bir sonucu olarak genel itibarıyla Direktife uyum amacıyla gerçekleştirilmiştir. İşte 38. maddede bilgisayar programları hakkında öngörülen bu hükümler de bu çerçevede düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası dışındaki tüm hükümleri bilgisayar programlarına ilişkin olup, bu fıkraların tümü söz konusu Direktif hükümleri ile tam bir uyum arz etmektedir. Mevaz Direktif hükümleri incelendiğinde ise, Direktifin bilgisayar programlarında şahsen kullanma amacıyla çoğaltılmasına ilişkin FSEK. m.38/I anlamındaki bir hükme yer vermediği görülmektedir. Bununla beraber, Direktifin Giriş bölümünün son paragrafında, Direktifin, üye devletlerin, Bern Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak kabul edilip de Direktifin içermediği konularda düzenleme yapmalarını etkilemeyeceği

⁴⁸⁴ Tekinalp, s. 191-192.

öngörülmektedir. Bern Sözleşmesinin 9/II. maddesinde ise, yukarıda ifade edildiği gibi, eser sahibinin menfaatlerine ve eserden normal düzeyde yararlanılmasına engel olmamak koşuluyla, bazı özel durumlarda eserin çoğaltılmasına izin verilmesi hususunun Birlik ülkelerinin⁴⁸⁵ mevzuatlarının konusunu oluşturacağı belirtilmektedir. O halde denebilir ki, FSEK m. 38/I'in bilgisayar programlarını kapsadığı kabul edildiğinde, bu durum ne Bern Sözleşmesi ne de Mevaz Direktif ile, en azından lafız itibarıyla, bir uyumsuzluk teşkil etmeyecektir.⁴⁸⁶

Doktrinde bir kısım yazarlar, FSEK m. 38/I'in bilgisayar programlarını da kapsadığı ve bu nedenle bilgisayar programlarının da diğer tüm fikrî eserler gibi şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılmalarının mümkün olduğu görüşündedir.⁴⁸⁷ Diğer bir kısım yazarlar ise, 38/I. maddenin bilgisayar programlarını kapsamadığını savunmaktadır.⁴⁸⁸

Şahsen kullanma amacıyla çoğaltma istisnasına ilişkin FSEK m. 38/I hükmünün bilgisayar programlarına da uygulanabilir olduğu görüşünde olan yazarlar, temel olarak ve öncelikle maddenin lafzından hareketle bu sonuca varmaktadırlar. Nitekim maddede tüm eserlere yönelik bir düzenleme öngörülmüş; ayrıca bilgisayar programlarının kapsam dışında kaldığına dair herhangi bir kayda yer verilmemiştir. Hatta “bütün” kelimesi ilave edilmek suretiyle bu durum pekiştirilmiştir.⁴⁸⁹ Ayrıca maddenin 4110 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki

⁴⁸⁵ Diğer eserler açısından şahsen kullanma amacıyla çoğaltma Fransız Hukukunda mümkün iken, Fransız Telif Hakları Kanunu'nun 122-6 maddesine göre, bilgisayar programlarının şahsen kullanma amacıyla çoğaltılması eser sahibinin hakkını ihlâl edecektir. Bkz. Lucas/Kamina/Plaisant, s. FRA-131. Alman Telif Hakları Kanununda da benzer yönde bir düzenleme mevcuttur. İsviçre Telif Hakları Kanununun fikir ve sanat eserlerinin şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılmasını düzenleyen 19/IV maddesinde de, bu maddenin bilgisayar programlarında uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, 379-380. Amerikan hukukunda ise, bilgisayar programlarının şahsen kullanmaya mahsus çoğaltma serbestisinin olup olmadığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık doktrinde, bilgisayar programının şahsen kullanımının “fair use” teşkil edip etmediğinin, 1976 tarihli Telif Hakları Kanununun 117. maddesi çerçevesinde her somut olayın koşullarına göre değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Sherman/Sandison/Guren, s. 210-63.

⁴⁸⁶ Aksu, s. 143.

⁴⁸⁷ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s.231; Topaloğlu, Bilgisayar, 51, Topaloğlu, Bilişim, s. 38; Kaypakoglu, s. 108; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 390;

⁴⁸⁸ Bu yönde görüşler için bkz. Aksu, s. 148-149; Eroğlu, s. 84; Arıkan, Bilgisayar Programlarının Korunması, s. 23; Durmuş, s. 35.

⁴⁸⁹ Kaya, s. 431, 445-446. Ancak Kaya, Mevaz Direktif ve buna dayanarak yasalarında düzenleme yapan üye ülke hukuklarına bakıldığında ve Kanun Koyucunun madde gerekçesinde yer verdiği amacı da göz önüne alındığında, şahsen kullanmaya mahsus çoğaltmaya ilişkin genel ve esnek ifadelerle yer

halinde, bütün eserlerin şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere belli sayıda nüshalarla sınırlı olarak çoğaltılabileceği belirtildikten sonra, aynı fıkra da ses ve görüntü tekrarına yarayan vasıtalarla alınmış sinema filmleri, video kasetleri ve benzerleri hakkında bu hükmün uygulanmayacağı açıkça belirtilmişti. Ancak 1995 yılında yapılan değişikliklerle birinci fıkraya bugünkü hali verilmiş, ayrıca devamında bilgisayar programlarında çoğaltma hakkına ilişkin bir takım özel düzenlemelere yer verilmiştir. Yeni hükümde, öncekinde bir takım eserlere tanınan istisna gibi ve yine Fransız Telif Hakları Kanunu'nda olduğu gibi açıkça bilgisayar programları yönünden bir istisna tanınmadığına göre bilgisayar programlarının kapsam dışında bırakılmadığı tartışılabilir bir durumdur.⁴⁹⁰

Şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltma istisnasının bilgisayar programları bakımından da geçerli olduğunu savunan yazarlardan bir kısmı da, 38. maddenin diğer fıkralarında yer alan düzenlemelerin aksi görüşü dayanaksız bıraktığı düşüncesindedirler. Şöyle ki, anılan maddenin ikinci fıkrasında bilgisayar programını hukukî yollardan elde edinen kimsenin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesinin önlenemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Yine üçüncü fıkra da bir adet yedekleme kopya çıkartılmasının engellenemeyeceği belirtilmiştir. FSEK'in 22. maddesinin üçüncü fıkrasında ifade edildiği üzere, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiilleri de bilgisayar programlarının çoğaltılması kapsamında yer almaktadır. Ancak çoğu zaman bu eylemlerden bir ya da bir kaç gerçekleşmeden bilgisayardan yararlanmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere, özellikle 38. maddenin iki ve üçüncü fıkraları ile kişisel amaçlı çoğaltmaya zaten izin verilmektedir.⁴⁹¹

Bilgisayar programlarının şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılmasının mümkün olmadığı görüşünde olan yazarlar ise, temel olarak FSEK'in 38. maddesini değiştiren 4110 Sayılı Kanunun 14. maddesinin gerekçesine

veren FSEK. m. 38/I hükmünün bilgisayar programları bakımından uygulanamayacağı, dolayısıyla bu kuralın dar yorumlanması gerektiği görüşündedir. Bkz. aynı Eser, s. 454. Suluk ve Orhan da bilgisayar programının, ancak onu hukukî yoldan elde edinen kimse tarafından kişisel kullanım amacıyla çoğaltılabileceği görüşündedir. Bkz. Suluk/Orhan, s. 566.

⁴⁹⁰ Aksu, s. 144.

⁴⁹¹ Erel, Fikir, 231.

dayanmaktadırlar. Söz konusu maddenin gerekçesinde, “...özel bir düzenleme gerektiren bilgisayar programları için bu maddenin (38/1) uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir.” denmektedir.⁴⁹² Bu şekilde, Kanun Koyucu iradesini gerekçede açıkça belli etmiştir. Yine bu görüşte olanlar, Kanun Koyucunun bilgisayar programları bakımından ayrıntılı özel hükümler vaz ederek iradesini ortaya koyduğunu ileri sürerek argümanlarını kuvvetlendirmektedirler.⁴⁹³

c) Görüşümüz

Kişisel kullanım amacıyla çoğaltma imkânına ilişkin 38. madde metninin düzensiz ve muğlâk şeklinin, yeni bir kanun değişikliği ile yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu yapılırken de bilgisayar programlarına şahsen kullanma amacıyla çoğaltmaya ilişkin bir istisna öngörülmekte ise, bunun açıkça maddede belirtilmesi gerekmektedir.⁴⁹⁴ Bununla beraber, biz Kanun Koyucunun, 38. maddede değişiklik öngören 4110 sayılı Kanunun 14. maddesinin gerekçesinde açıklanan sarih iradesinden hareketle amaçsal yorum yapmak suretiyle, bilgisayar programlarının 38. maddenin 1’nci fıkrası anlamında şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılmasının pozitif hukukumuz açısından mümkün olmadığı görüşündeyiz. Nitekim düzenlemeye kaynak teşkil eden mehzaz 91/250 sayılı AT Direktifinin bilgisayar programlarını eser sahibinin lehine olmak üzere sıkı ve özel bir şekilde koruma genel düşüncesi, bizim bu sonuca ulaşmamıza katkı sağlamaktadır. Nitekim 38. maddedeki düzenleme Direktifin bu düşüncesini doğrudan yansıtır niteliktedir. Zira Direktife paralel olarak düzenlenen maddede

⁴⁹² Madde Gerekçesinde “Teknolojik ilerleme sonucunda kişilerin görüntü ve ses kaseti kullanarak kendi kullanımları için çoğaltma imkânları çok fazla artmış, dolayısıyla, 38/1’in son cümlesi (Eski m. 38/1 c.son: Ancak ses ve görüntü tekrarına yarayan vasıtalarla alınmış sinema filmleri, video kasetleri ve benzerleri hakkında bu hüküm uygulanmaz) bugün uygulanamaz hale gelmiştir. Bu yüzden ancak hala ticari bir mal olma niteliğini sürdüren film şeritleriyle özel bir düzenleme gerektiren bilgisayar programları için bu maddenin uygulanamayacağı hükmü getirilmiştir. Bilgisayar programlarının bütün öteki eserlerden ayrılan önemli özellikleri olduğundan, onlar için şahsen kullanma konusunda ayrı bir düzenleme getirilmiştir.” denmektedir. Her ne kadar gerekçede programlar için 38/1’in “uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir” denmekte ise de, gerekçe bile madde ile tutarlı değildir. Zira 38. maddenin hiçbir yerinde bu yönde, yani 38/1’in bilgisayar programları bakımından uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle gerekçenin bu ifade tarzı da 38. maddenin yorumlanmasında dikkate alınırken ne derece ciddiye alınabileceği kuşkusunu uyandırmaktadır.

⁴⁹³ Aksu, s. 146.

⁴⁹⁴ 38. maddedeki düzenlemenin, kanun yapma tekniği açısından mevcut sıkıntıları konusunda daha geniş bilgi için bkz. Kaya, s. 433, 451 vd.

programı hukukî yoldan elde eden kimselerin bile bu programdan yararlanma ve onu çoğaltmalarına ilişkin bir takım sınırlamalar öngörülmektedir.

Ancak FSEK'in 38/I. maddesi anlamında tüm eserlere yönelik şahsen kullanma serbestisi bilgisayar programlarına uygulanamayacak ise de, bu, Kanunda hiçbir şekilde şahsen kullanma serbestisine cevaz verilmediği anlamına gelmemektedir. Zira, aynı maddenin 3. fıkrasında, sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu halinde, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programlarının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, programın onu hukukî yollardan edinen kişi tarafından, bilgisayar programlarına özgü çoğaltma sayılabilecek işlemlere tabi tutulmasına izin verilmektedir. O halde, eğer amaca uygun kullanımı için gerekli ise, onu hukukî yollardan elde edinen kimse, madde 38/III çerçevesinde çoğaltma da yapabilecektir. Buna göre, bilgisayar programlarına özgü çoğaltma hallerini oluşturan programın görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiilleri amaca uygun kullanma kapsamında yer alacağından, programı hukukî yollardan elde edinen kimsenin bu eylemleri gerçekleştirmesi programın hukuka aykırı olarak çoğaltılması olarak değerlendirilemeyecektir.⁴⁹⁵

Aslında bilgisayar programlarının 38/I. maddesi anlamında şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılabilmesi tartışmasının, pratik olmaktan ziyade teorik bir düzeyde kaldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim, *Kaypakoğlu'nun* bizim de katıldığımız görüşüne göre, programların madde 38/I kapsamında şahsî amaçla çoğaltılabilmesi kabul edildiğinde, çoğaltmanın mutlak suretle hukukî yoldan elde edilmiş bir nüsha üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira yasa dışı yollardan elde edilmiş bir programın, kişisel amaçlı çoğaltılması ve hatta kullanılması dahi kanuna aykırılık teşkil etmektedir.⁴⁹⁶ FSEK'in 22. maddesine göre çoğaltma hakkı yalnız eser sahibine ait bir haktır. Onun dışında bilgisayar programlarında çoğaltma hakkına kimlerin hangi şartlarda sahip

⁴⁹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Kaya, s. 453 ve Arzu Genç Arıdemir, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003, s. 76.

⁴⁹⁶ Kaya, s. 446. Nitekim Yargıtay 11. HD, davalı Belediye Başkanlığına tanıtımı yapılan bilgisayar programının daha sonra Belediye Başkanlığının bilgisayar ağına bağlı bilgisayarlarda izinsiz kullanımı sonucu davalı Belediye Başkanlığının program sahibinin malî haklarını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD., 23.01.2004 T., 2003/14159 E.2004/575 K. sayılı kararı, Suluk/Orhan, s. 255.

olduğu ise 38. maddenin 2. fıkrasından itibaren müteakip fıkralarda belirtilmiştir. Bu maddede sayılan kimselerin de çoğaltma hakları belirli şartlarla sınırlandırıldığından, bu şartlar dışında ve başka şahısların programı herhangi bir nedenle çoğaltma hakları bulunmamaktadır. Hukukî yoldan programı elde eden şahsa, 22. maddede belirtilen suretlerde çoğaltma serbestisi, 38. maddede belirtilen şartlar dahilinde tanınmaktadır.

Bu konuda akla gelebilecek bir sorun da, bir programı kişisel bilgisayarında kullanmak için alan bir kimsenin, aynı evde bulunan aile fertlerinin veya kendisinin kullandığı tüm bilgisayarlara ya da dizüstü bilgisayarına yüklemek suretiyle bu programı aynı anda kullanma imkanının olup olmadığıdır. FSEK'in 38/I. maddesinde açıkça izin verilmiş olsaydı, kişisel amaçla, kâr amacı güdülmeyp eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar verilmediğinden ve bu çoğaltma, haklı bir sebebe dayanmakta olduğundan, yine programdan normal yararlanmaya aykırılık teşkil eden bir durum da söz konusu olmadığından kanuna aykırı olmayacaktı. Her ne kadar pozitif hukukumuz bakımından 38/I. madde bu tarz bir çoğaltmaya izin vermemekte ise de, bu durum, Kanunun bu tarz bir çoğaltmayı tamamen yasakladığı anlamına gelmemektedir. Kanımızca, bu tarz bir çoğaltmaya, 38/II. maddede yer alan düzenleme çerçevesinde de cevaz vermek mümkün olabilecektir.⁴⁹⁷ Nitekim anılan fıkradaki “bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda” ibaresi, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, kişisel amaçlarla kullanılmak üzere hazırlanmış bir programın, onu hukukî yollardan elde edinen kimse tarafından, yine aynı kişisel amaçlarla kullanılmak üzere -örneğinizde olduğu şekilde- çoğaltılmasına imkan tanınmakta olduğunu düşünmekteyiz.⁴⁹⁸ Yine

⁴⁹⁷ Arıkan da, 38. maddenin 2 ila 7. fıkraları arasındaki hukukî sebeplerin bulunması durumunda kişisel kullanım ile ilgili sınırlamanın kalkacağı görüşündedir. Bkz. Arıkan, Bilgisayar Programlarının Korunması, s. 23.

⁴⁹⁸ Ateş ise, bir kimsenin evinde kullanmak üzere satın aldığı bir programın, aynı evde onunla birlikte oturan eşi, çocukları veya konukları tarafından kullanılabileceği düşüncesinde iken, eser sahibinin tek taraflı olarak muvafakat etmemiş ya da taraflar arasındaki sözleşmede, tek bir nüshanın birden çok bilgisayara veya manyetik ortama yüklenmek suretiyle kullanılabileceğinin kararlaştırılmamış olması durumunda programın yaygın kullanımının mümkün olmadığı görüşündedir. Bkz. Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 384, dn. 458. Her olay kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Beraber, verdiğimiz örnek açısından, bilgisayar programının düşünüldüğü kişisel amaca uygun kullanımı için gerekli olması durumunda, aynı kişinin o programı daha rahat şekilde ve geniş ölçüde kullanabilmesi için, kendi kullandığı masa üstü bilgisayarlarına ya da diz üstü bilgisayarına kaydetmek suretiyle programı çoğaltabilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz. Burada elbette bir işletmesindeki bilgisayarda kullanmak üzere satın aldığı işletim sistemini başka işletmesinde yer alan bilgisayarlara da yüklemek isteyen kimsenin durumunu ayrı tutmak gerekmektedir. Zira, bu durumda

kanımızca, maddenin 3'ncü fıkrasının ilk cümlesi ile de benzer durumlarda aynı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir.

3. Bilgisayar Programını Kullanabilecek Kimselere Tanınan Özel Yetkilerle Çoğaltma Hakkının Sınırlandırılması

a) Genel Olarak Programı Kullanabilecek Kimseler

Bilgisayar programlarının özel niteliklerini göz önüne alan Kanun Koyucu, Mehaz Direktife uygun olarak, FSEK'in 38. maddesinin üç ve devamı fıkralarında, üçüncü şahıslara özel yetkiler tanımak suretiyle programı meydana getiren eser sahibinin münhasır çoğaltma hakkına bir takım sınırlamalar öngörmektedir. Ancak söz konusu fıkraların incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, burada program sahibi aleyhine sonuçlar doğuran özel yetkiler⁴⁹⁹, ya bilgisayar programını “hukukî yollardan elde edinen” veya “bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişilere” tanınmaktadır.⁵⁰⁰ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu fıkralarda tanınan ve duruma göre ya programı hukukî yoldan elde edinen veya kullanma yetkisine sahip olan kimse tarafından bu yetkilerin kullanılması, her şeyden önce programın hukukî yoldan elde edilmiş olmasına bağlıdır. Aksi halde, bu yetkilerden herhangi birinin kullanımı eser sahibinin haklarının ihlâli anlamına gelir.⁵⁰¹ Üçüncü kişilere tanınan bu yetkilerin incelenmesine geçmeden önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından bu kavramların ele alınması önem arz etmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu kavramlar tanımlanmadığı gibi, mehaz Direktif'te de herhangi bir tanıma rastlamak mümkün değildir. Söz konusu deyimlerle ne ifade edilmek istendiği konusunda Direktif'te bir tanım verilmemiş olması, bu konuda üye ülkelere serbestlik tanımak ile açıklanabilir ve mazur

artık şahıs kâr amacı güttüğünden şahsen kullanma sınırının dışına çıkmaktadır. Aksi yönde görüş için bkz. Çolak, s. 7.

⁴⁹⁹ Tekinalp, bu yetkiler için “serbesti” kavramını kullanmakta ve bunların hiç kimseye karşı dermeyan edilememeleri sebebiyle, eser ve malî hak sahibine def'i olarak ileri sürülebilecekleri görüşündedir. Bkz. Tekinalp, s. 194.

⁵⁰⁰ “Hukukî yollardan elde edinen” deyiminin Direktifin 5. maddesindeki karşılığı “lawful acquirer”; “bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişi” deyimini ise “person having a right to use the computer program” olarak ifade edilmektedir. Gerek Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda gerek Direktif'te kullanılan söz konusu deyimler arasında anlam bakımından bir fark bulunmamaktadır. Öte yandan, FSEK'in 38. maddesinin 5. fıkrasının 1. bendinde ise “ruhsat sahibi” ve “bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkına sahip diğer bir kişi” deyimlerine de yer verilmektedir.

⁵⁰¹ Tekinalp, s. 194.

görülebilir ise de, Kanunumuzda bu deyimlerin açıkça tanımlanması yerinde olacaktır.⁵⁰² Zira, tanımlarının verilmemiş olması sebebiyle, anılan deyimlerin anlamlarına ilişkin doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Nitekim *Meijboom*, Direktifte ifade edilen her iki deyim ile, normal olarak bir bilgisayar programını ya da onun kopyasını kullanmaya yasal olarak yetkili olan kişinin kastedildiğini savunmaktadır.⁵⁰³ *Bainbridge* ise, “hukukî yollardan elde edinen” tabiri ile bilgisayar programını bir lisans sözleşmesi ya da başka herhangi bir hukukî işleme dayanarak kullanma hakkına sahip olan kimsenin anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar bu açıklamadan hareketle, programı lisansa dayanarak kullanmakta olanın istihdam ettiği kişilerin, aksinin sözleşme ile kararlaştırılmamış olması durumunda lisans sahibinin temsilcilerinin, bağımsız danışmanlarının, yine örneğin, lisans sahibinin üniversite olması durumunda üniversite öğrencilerinin; hayır kurumu olması durumunda ise, o kurumda gönüllü olarak çalışanların programı hukukî yollardan elde edinen deyimini içerisinde mütalaa edilmesi gerektiği görüşündedir.⁵⁰⁴

Erel’e göre ise, programı hukukî yollardan elde edinen kimse, programı satın alan şahıs olabileceği gibi, lisans sahibi, kiracı veya programı onların ad ve hesabına kullanan başka biri olabilir. Ancak bu kişinin, mutlaka programın üzerinde kayıtlı bulunduğu maddi vasıtanın mülkiyetini kazanmış olması gerekmemektedir. Onun zilyetliğini geçerli bir şekilde elde etmiş olması yeterlidir.⁵⁰⁵ *Tekinalp’e* göre, programı hukukî yollardan edinen kişi, onu devralan, lisans sahibi, bunların yetkilendirdiği kişi ve anılan kişilerin halefidir.⁵⁰⁶ *Arıkan* ise, programı hukukî yollardan elde edinen kişiyi lisans alan veya satın alan kişi olarak; bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişiyi ise, “o programın kullanılmasının sözleşme gereği hedeflendiği ortamda, programı yasal yollardan edinen kişi ile

⁵⁰² Nitekim bu husus AT Hukukunda da tartışılmış ve eleştiri konusu olmuş ise de, bazı Avrupalı yazarlarca Direktif’te farklı deyimlerin kullanılmasının bilinçli bir tercihe dayandığı ve bu konuda ulusal hukuk mevzuatları ve uygulayıcılarına serbesti tanınmak amaçlandığı görüşünü paylaşmaktadırlar. Bkz. Alfred P. Meijboom, “The EC Directive on Software Copyright Protection” in Copyright Protection in the EC (Ed. Jongen & Meijboom), Kluwer, Deventer-Boston 1993, s. 12.

⁵⁰³ Meijboom, s. 12.

⁵⁰⁴ David Bainbridge, “Computer Programs and Copyright: More Exeptions to Infringement”, Modern Law Review, 1993, 56, s. 598-599.

⁵⁰⁵ Erel, Bilgisayar Programları, s. 149.

⁵⁰⁶ Tekinalp, s. 194.

birlikte ikamet edenler veya sürekli çalışanlar” olarak ifade etmektedir. Yazar’a göre, bu yorum tarzı, eser sahibinin haklarının korunması amacına daha uygundur. Nitekim *Arıkan* bu yorumdan hareketle, bir işyerinde yapılan işle ilgili bir program satın alan işyeri sahibinin, programı hukukî yoldan elde edinen kişi olarak FSEK m. 38/4 maddesi uyarınca programın bir adet yedek kopyasını çıkarması mümkün iken, işyerinde o programın kullanılması suretiyle işler yapan istihdam edilenler ise, kullanım hakkına sahip kişiler olarak, yedek kopya çıkaramayacak, ancak Kanunun açıkça izin verdiği fiilleri yapabilecektir.⁵⁰⁷

Doktrinde ifade edilen görüşlerin leh ve aleyhinde tartışmalara girilmeksizin, bu görüşlerden hareketle, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kişi deyimi, programı hukukî yoldan elde eden kimseyi de kapsar şekilde geniş bir kapsama sahiptir. Şöyle ki, programı hukukî yoldan elde edinen kimse deyimi, programı, lisans ya da telif hakkının devri sözleşmesi uyarınca kullanma hakkını elde edinenin yanı sıra, onu, satım, bağış, kira ve ödünç gibi Borçlar Hukuku sözleşmelerinden biri çerçevesinde devralanı, ayrıca kanun hükmü veya miras hükümleri uyarınca iktisap eden kimseyi de ifade eder. Başka bir deyişle, bilgisayar programını ya da onun yasal kopyasının zilyetliğine hukuka uygun olarak sahip olan kimseleri ifade etmektedir. Yine programı hukukî yoldan edinen kimse tabiri, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, onun ad ve hesabına hareket eden kimseyi de içermektedir. Programı kullanma yetkisine sahip olan kimse ile ifade edilmek istenen ise, doğal olarak programı hukukî yoldan elde edinenin yanında, ayrıca programı devreden sözleşme ile kararlaştırılan veya Kanun hükümlerine göre programı kullanma hakkına sahip kimseleri ifade etmektedir.⁵⁰⁸ Örneğin, bir enstitünün hukukî yoldan elde ettiği programın, öğrenciler tarafından serbestçe kullanılması sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda öğrenciler programı kullanma yetkisini haiz kimseler olarak kabul edilmelidir. Yine FSEK’in 30/1. maddesi çerçevesinde, davaya bakan hakim veya bilirkişiler ise, Kanun hükmü gereği davaya konu programı kullanma yetkisine sahip kişilerdir.

⁵⁰⁷ Arıkan, Bilgisayar Programları II, s. 489.

⁵⁰⁸ Aynı yönde görüş için bkz Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 383.

Sözleşmede hüküm bulunan hallerde programın kullanılmasının sözleşme gereği hedeflendiği ortamda, programı yasal yollardan edinen kişi ile birlikte ikamet edenler veya sürekli çalışanların programı kullanma hakkı sahibi oldukları kabul edilmelidir. Bununla beraber, bu konuda sözleşmede bir hüküm bulunmayabilir. Bu halde, eser sahibinin haklarını en üst düzeyde koruyacak yorum tarzı tercih edilmelidir. Bu şekilde sınırlayıcı bir yorumla, programın, onu hukukî yoldan elde edinen dışında, ancak bilgisi dahilinde, kendisi ile birlikte ikamet edenler veya yanında sürekli çalışanlarca kullanılması durumunda, bu şahısları kullanım hakkı sahibi kabul etmek mümkün olmalıdır. Ancak bu kullanım tarzı hukukî müktesip bakımından hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir.⁵⁰⁹ Aksi halde bu şahısların programı kullanması, eser sahibinin haklarını ihlâl eden hukuka aykırı bir kullanım sayılmalıdır. O halde, her olayın koşullarına göre kimlerin programı kullanma hakkına sahip olduğu, sözleşmede açık hüküm bulunmaması durumunda hâkim tarafından tayin edilecektir.

Anılan deyimlerin açıklanmasına ilişkin genel çerçeveyi çizdikten sonra, belirtmek gerekir ki, Direktif ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda tanımlanmayan bu terimler, Kanun'da pek yerinde kullanılmamıştır. (ör: FSEK. m. 38/III-son cümle) Bu tartışmalara, her bir yetkinin incelenmesi sırasında ayrıca değinilecektir.

⁵⁰⁹ *Ateş* ise, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde, eserin hukukî müktesibi ile birlikte hareket edenlerin ya da onunla beraber çalışan kimselerin, programın kopyasını çoğaltmamak kaydı ile bile kullanmaları durumunun haksız kullanım teşkil edeceği görüşündedir. Bu yönde görüş için bkz. *Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, s. 383-384. Bununla beraber *Yazar* 458 no'lu dipnotta verdiği ilk örnekte, evde kullanılmak üzere program satın alındığında, bu programın evde beraber kalan eş, çocuklar ve hatta misafirler tarafından kullanılabileceğini ifade etmiştir. İkinci örnekte ise, şirket yöneticisinin ofisinde şahsi bilgisayarında kullanılmak üzere satın aldığı program CD'sinin, o müessesedeki tüm çalışanlar tarafından ancak tek bir bilgisayara yüklenilmek suretiyle kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Üçüncü örnekte de *Ateş*, eser sahibinin tek taraflı olarak muvafakat etmemesi ya da sözleşmede kararlaştırılmamış olması durumunda, tek nüshanın birden fazla bilgisayara ya da manyetik ortama yüklenmek suretiyle, yaygın kullanım tarzında kullanılamayacağı görüşündedir. Bu örneklerin her birinin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, tüm bu hallerin dürüstlük kuralı çerçevesinde ve hayatın olağan akışına uygun olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

b) Bilgisayar Programını Kullanabilecek Kimselere Tanınan Özel Yetkiler

aa) Programı Normal Kullanma Yetkisi

Bir programın ikinci bir nüshasının müstakil olarak çıkarılmasının yanında, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiilleri aslında bilgisayar programının çoğaltılması hallerini teşkil etmekte olup, bunların yapılması, yani çoğaltma hakkı prensip olarak eser sahibinin münhasır haklarındandır.(FSEK. m.22/III). Bununla beraber, programın özelliğine göre bu yetkilerden bir ya da bir kaçını icra edilmeksizin programdan yararlanmak çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu sebeple, FSEK'in 38. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında programı gerek hukukî yoldan elde edinenin gerek onu kullanma hakkına sahip olan kimsenin, programı normal kullanma yetkisi kapsamında zorunlu olarak değerlendirilebilecek bu fiilleri gerçekleştirmelerine açıkça izin verilmektedir. Zira anılan maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde, programı hukukî yoldan elde edinen kimsenin programı yüklemesi ve çalıştırmasının sözleşme ile önlenemeyeceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, “Bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişinin yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiillerini ifa ettiği sırada ...” ifadesi ile, programı kullanma hakkına sahip kimsenin yukarıda çoğaltma niteliğinde sayılabilecek fiilleri icra edebileceği dolaylı olarak kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, bir bilgisayar programını hukukî yollardan elde edinen ile onu kullanma hakkına sahip kişi ya da kişiler, programın normal kullanımı için olmazsa olmaz kabul edilebilecek, onun bilgisayara yüklenmesi, çalıştırılması, görüntülenmesi, iletilmesi ve depolanması gibi fiilleri, eser sahibi olan geliştiricisinden özel bir izin alınmasına gerek olmaksızın yapabileceklerdir.⁵¹⁰ Zira bunlar, anılan kimselerin sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan mutlak hakları niteliğindedir.⁵¹¹

⁵¹⁰ Tekinalp, s. 195; Kaypakoğlu, s. 117; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 384

⁵¹¹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 384-385.

ab) Amaca Uygun Kullanım İçin Çoğaltma

FSEK'in 38. maddesinin 2. fıkrasında, sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dâhil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, programın onu hukukî yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesinin serbest olduğu belirtilmektedir. Maddede ifade edilen hata düzeltme ve işleme hususları ayrıca ele alınacak olup, bu başlık altında çoğaltma yetkisine ilişkin hususlar üzerinde durulacaktır.

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde incelendiği üzere, FSEK'in 22. maddesinin 2. fıkrasında, “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 kaydedilmesi, ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje krokilerinin uygulanması” halleri çoğaltma olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin 3'ncü fıkrasında ise, diğer fikir ve sanat eserlerinden farklı olarak, ikinci bir nüshanın müstakil olarak çıkarılmasının yanında, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin de programın çoğaltılması kapsamında kaldığı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, aslında 3. fıkra da belirtilen ve genellikle programdan normal düzeyde yararlanılabilmesi için zorunlu sayılabilecek bir takım fiiller çoğaltma kabul edilerek, bu eylemlerin yapılabilmesi dahi eser sahibinin hakları arasında sayılmıştır. Ancak bu hususu göz önüne alan Kanun Koyucu, mehzaz Direktif'in 5/1 maddesi ile paralel şekilde, 38/III. maddede eser sahibinin bu hakkına sınırlama getirmiştir. Buna göre, sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğunda, programdaki hataları düzeltme veya kendisinden beklenen amaca uygun kullanılabilmesi için gerekli olduğu durumda, bir bilgisayar programının onu meydana getiren eser sahibinden ayrıca bir izin alınmaksızın, onu hukukî yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması imkanı tanınmıştır.

Anılan fıkra da, mehzaz Direktif'in 5/I. maddesinin tercümesine uygun olarak belirtilen “sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda” tabirinden anlaşılması gereken, programdan doğan hakların kullanma yetkisinin devrine ilişkin sözleşme ile bu yetkilerin aksinin serbestçe kararlaştırılabileceğidir. Her ne kadar bu

deyimin ifade tarzı aksi yönde bir yoruma da elverişli ise de, mehzaz Direktif'in 9/1.c.2 maddesinde hangi hususların aksinin kararlaştırılamayacağını belirtildiği düzenlemede, Direktifin 5/I maddesine yer verilmemiştir. Direktifin bu hükmü dikkate alındığında, FSEK'in 38/II'nci maddesinin de aynı şekilde yorumlanması uygun olacaktır.⁵¹² Bununla beraber, sözleşme ile amaca uygun kullanma için çoğaltma serbestisini sınırlandırılırken veya kaldırılırken, söz konusu sınırlama ile hakkın varlığı sınırlanmamalıdır. Başka bir deyişle, programın belirlenen amaca uygun kullanımını büsbütün engelleyen bir sınırlama yapılmamalıdır.⁵¹³ Zira aksi durum, kullanılamayan ve kendisinden beklenen faydayı sağlamayan anlamsız bir hale sebebiyet verecek ve programı hukukî yoldan elde edenin haklarının özünü etkileyecektir. Örneğin, hukukî yoldan edinilen bir programın, yüklendiği CD'den bilgisayarın hafızasına kopyalanması çoğaltma eylemini teşkil etmekle beraber, programdan yararlanmak için bazı durumlarda bu zorunluluk arz edebilmektedir.

Üzerinde durulması önem arz eden diğer bir konu da, anılan fıkrada ifade edilen “bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda” ile hangi amacın veya kimin amacının kastedildiğidir. Gerçekten bu konuda mehzaz Direktif'ten de bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira, FSEK düzenlemesi tamamen Direktif ile uyumlu bir şekilde kaleme alınmıştır.⁵¹⁴ Acaba program meydana getirilirken, onu meydana getiren eser sahibinin düşündüğü, programın hizmet etme amacı mı dikkate alınacak, yoksa programın devri sırasında taraflar arasında yapılan sözleşmede belirtilen amaçlar ile programın kullanılma şartlarını ve sınırlarını belirleyen şartlar mı esas alınacaktır. Her iki yorum tarzı farklı sonuçlara varılmasına neden olabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, bir kişinin şahsi ihtiyaçlarında kullanmak üzere evine aldığı bir kelime işlemci programını, acaba, şahsen kullandığı ve kendisine ait birkaç bilgisayara birden yükleyebilecek midir?

⁵¹² Bu serbestinin aksinin kararlaştırılabileceği yönde görüşler için bkz. Erel, Fikir, s. 231; Tekinalp, s.195; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 385; Arıkan, Bilgisayar, s. 24; Eroğlu, s. 86. aksi yönde görüşler için bkz. Eroğlu, s. 86, dn. 129 ve 130'da yer alan yazarlar.

⁵¹³ Eroğlu, s. 86.

⁵¹⁴ Direktifin 5/I. maddesinde bu deyim “*use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose*” olarak ifade edilmiştir. Kanunumuzda “intended” kelimesi karşılığında “düşünüldüğü” tabirinin kullanılması yerindedir.

Tekinalp, “amaca uygun kullanım” ile kastedilenin programdan beklenen yararın elde edilebilmesinin onun çoğaltılmasına bağlı olması olduğu görüşündedir.⁵¹⁵ Doktrinde genel kabul gören bizim de katıldığımız görüşe göre⁵¹⁶, programın düşünüldüğü amaca uygun kullanımı ile kastedilen, programın belirlenen amaca uygun kullanımıdır. Programın belirlenen amaca uygun kullanımı ile anlatılmak istenen ise, genellikle lisans veren eser sahibi ile lisans alan arasında yapılan lisans sözleşmesinde belirtilen, programın yazılması sırasında hizmet etmesi öngörülen amacın yanı sıra, programın kaç bilgisayar üzerinde kullanılabileceğine, üzerine yüklenip çalıştırılabilecek bilgisayarın sahip olması gereken teknik özellikleri gibi, programın hangi şartlarda, ne şekilde ve hangi amaçla kullanılabileceğine ilişkin koşullardır.⁵¹⁷ O halde programı hukukî yoldan elde edinen bir kimse, programı, eser sahibinin sözleşmede öngördüğü koşullar çerçevesinde çoğaltma imkanına sahiptir. Bununla beraber, uygulamada lisans sözleşmeleri genel işlem şartları olarak düzenlenmektedir. Hatta programı alan kimse bu sözleşmelerin içeriğine çoğunlukla programın ambalajını açtıktan sonra vakıf olmaktadır. Bu durumlar göz önüne alındığında, maddede öngörülen amaç unsurunun hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre hâkim, hakkaniyete uygun bir yorum tarzıyla, sözleşmede öngörülen amacın, programı elde edenin haklarını kullanmasını engelleyip engellemediğini takdir etmelidir. Başka bir deyişle hâkim sadece, sözleşmede tek taraflı olarak öngörülen ve alıcının çoğunlukla tartışma olanağı olmayan şartlar çerçevesinde değil, aynı zamanda programın meydana getirilmesi sırasında eser sahibinin düşündüğü programın hizmet etme amacını da göz önüne almalıdır. Bu suretle hâkimin, sözleşmeye konan şart ya da amacın, o programdan hakkaniyete uygun yararlanılmasını sınırlayıp sınırlamadığını değerlendirmesinin, taraf çıkarlarının dengelenmesi açısından daha uygun bir çözüm

⁵¹⁵ Tekinalp, s. 194.

⁵¹⁶ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Bridget Czarnota/Robert J. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe: A Guide to the EC Directive*, London 1991, 65; Erel, *Bilgisayar Programları*, s. 150; Eroğlu, s. 86, dn. 128; Ateş, *Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, s. 385; Arkan, *Bilgisayar*, s.24.

⁵¹⁷ Czarnota/Hart, s. 65; Erel, *Bilgisayar Programları*, s. 150.

tarzı olacağı kanısındayız.⁵¹⁸ Özetle denebilir ki; programın düşünüldüğü amacı, tüm tarafların çıkarları göz önüne alınarak nesnel bir biçimde tespit edilmelidir.⁵¹⁹

Programın ne şekilde, hangi amaçla ve hangi şartlarda kullanılacağına dair bir hükmün sözleşmede yer almaması halinde, mevcut koşullara göre bir sonuca gitmek gerekmektedir. Buna göre, programın düşünüldüğü amaca uygun kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, belirli işlevleri yerine getirilmek üzere tasarlanmış söz konusu programın teknik kapasitesi, değişmeksizin bir ortamdan diğerine aktarılabilmesi ile kullanıcı sayısının kısıtlanmasına yönelik konulmuş olabilecek teknik kısıtlamalara bakmak gerekebilecektir.⁵²⁰ Bu çerçevede bir program, bir kurum ya da şirketin dahili bilgisayar ağına (Intranet) konularak tüm çalışanlar tarafından kullanılmaya elverişli hale getirilecek ya da tüm çalışanların bilgisayarlarına kopyalanarak çoğaltılacak ise, taraflar arasında programın devrine ilişkin sözleşmede bunu yasaklayan bir hükmün bulunmaması gerekir.⁵²¹ Yine, bir avukatlık bürosu, çeşitli dava dosyaları ve icra takiplerine ilişkin dosyaların hangi avukatlarda bulunduğunu, dava ve işlemlerin safahatının takibini, dosyaların birbirleriyle ilişkilerini gösteren bir program aldığı anda, bu program eşgüdümü sağlayan sekreter ve yöneticiler ile tüm avukatlara çoğaltılarak dağıtılabilir. Zira programın amaca uygun kullanımı, onun ancak söz konusu şahısların tümü tarafından kullanılabilmesi ile mümkün olabilecektir. Buna karşılık bir holding aldığı bir programı yavru ortaklarının kullanması için çoğaltmamalıdır.⁵²² Benzer şekilde, bir bankanın, değişik şubeleri arasında iletişimi de kapsayan bankacılık işlemlerini kolaylaştıran bir programı satın alması durumunda, bu programın amaca uygun kullanımı, tüm şubelerin bu programı kullanmasıyla gerçekleştirilebilir. Kanımızca banka, sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa dahi, bu programı çoğaltarak tüm mevcut şubelerine kullanılmak üzere gönderebileceği gibi, programı ileride açacağı şubelerine de iletebilecektir. Öte yandan, şubeler arasında iletişimi gerektirmeyen, sadece şube içi işlemlerde kullanılacak ve belli sayıda şubede kullanılmak üzere alınan bir program söz konusu olduğunda ise, programın mevcut şubelere ek olarak

⁵¹⁸ Aynı yönde bkz. Kaypakoğlu, s. 113-114.

⁵¹⁹ Tritton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 330.

⁵²⁰ Czarnota/Hart, s. 65; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 384.

⁵²¹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 385.

⁵²² Örnekler için bkz. Tekinalp, s. 194-195.

gelecekte açılacak şubelerine gönderilip gönderilmeyeceği konusunda ise, sözleşmede buna imkân veren açık bir hükmün varlığı aranmalıdır. Zira, program sahibinin izni olmaksızın yapılacak bu tarz bir çoğaltma hukuka aykırıdır.

Maddede düzenlenen çoğaltma serbestisi her ne kadar sadece programı hukukî yoldan elde edinen şahsa tanınmış ise de, kanımızca kalıcı çoğaltma tarzında olmayan ve programın amaca uygun kullanılabilmesi için zorunlu olabilecek programın görüntülenmesi veya çalıştırılması gibi, FSEK'in 22/III. maddesi kapsamında geçici çoğaltma sayılan eylemleri, o programı kullanma yetkisine sahip olanların da gerçekleştirebilecekleri kabul edilmelidir.

ac) Bir Adet Yedek Kopya Çıkarma⁵²³ Suretiyle Çoğaltma Yetkisi

FSEK'in 38. maddesinin 3. fıkrasında, bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, programı kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapmasının sözleşme ile önlenemeyeceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, mehz Direktifin 5/II. maddesi ile tam bir uyum arz etmektedir.

Uygulamada yazılım firmalarının çoğunun, lisans sözleşmelerinde lisans alanlara, bir ya da daha fazla sayıda yedek kopya çıkarma imkânı tanıdıkları görülmektedir. Hatta yazılım firmaları, bilgisayar programında olabilecek bir eksiklik nedeniyle programın kullanılamaz hale gelmesinden dolayı oluşabilecek veri kaybından doğacak maddî ve manevî zararlardan sorumlu olmamak amacıyla yedek kopya çıkarılmasını teşvik de edebilmektedir.⁵²⁴ Bunun en yaygın olan yöntemi ise, programın kurulum talimatları ile, lisanslı kullanıcıya programın bir kopyasının diske yapılmasını ve sözleşme konusunu oluşturan program nüshasını, bilgisayara

⁵²³ “Back up copy”

⁵²⁴ Bandey, s. 136. Öte yandan uygulamada bilgisayar programlarının çoğu, kullanılmadan önce programın bilgisayarın sabit diskine kaydını zorunlu kılmaktadır. Bu yükleme sürecinde çoğunlukla sıkıştırılmış dosyaların açılması ya da program paketinin bilgisayara kurulumu söz konusudur. Bu halde, programın ayrı bir diske kaydı suretiyle yedek kopyasının çıkarılması gerekliliği ortadan kalkmaktadır. Çünkü, hukukî yoldan edinilen programın orijinal kopyası, kullanılmaksızın zaten ayrı şekilde muhafaza edilebilmektedir. Bundan dolayı, özellikle böyle durumlarda yedek kopya çıkarma serbestisinin kullanımı sınırlı uygulama alanına sahiptir. Millard, s. 228.

kopyalanan nüshanın zarar görmesi durumunda devreye sokmak üzere, çalışma nüshası olarak kullanmasını isteyip istemediğinin sorulmasıdır.⁵²⁵

Diğer eserlerin hiçbirinde, kullanıcılara tanınmayan bu hak, bilgisayar programlarının cisimlendiği CD, disket veya hard disk gibi manyetik ortamların kolaylıkla bozulma riski taşımalarından kaynaklanmaktadır. Gerçekten günümüzde virüsler, güçlü manyetik dalgalar sonucu programın kayıtlı olduğu manyetik ortamın bozulması, en basit bir elektrik kesilmesi gibi pek çok nedenle bilgisayar sisteminin çökmesi ve dolayısıyla bilgisayar hafızasında kayıtlı programların silinmesi her zaman ihtimal dahilindedir. İşte yedekleme kopyası çıkarma hakkı, programı kullanma yetkisine sahip kimselere, bilgisayar programını sürekli kullanma haklarını güvenceye almak üzere tedbir amacıyla tanınan bir yetkidir. Gerçekten günümüzde artık pek çok işyerinde, işyerinin işleyiş sisteminin bilgisayar sistemlerine bağlı olarak düzenlemekte olduğu nazara alındığında, bilgisayar sisteminin çökmesi sonucu sistemdeki programların da kullanılamaz duruma gelmesinin açacağı maddi zarar yüksek boyutlarda olabilmektedir. İşte yedek kopya bu gibi durumlar ortaya çıktığında, bilgisayar programından kesintisiz bir süre ile yararlanılabilmesini temin edebilmektedir.⁵²⁶ Hal böyle iken, gerek FSEK'in 38. maddesinin 3. fıkrasında gerek mehzaz Direktifin 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen yedek kopya çıkartma serbestisinin, bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece tanınmış olması pek anlaşılabilir olmadığı gibi, aynı zamanda dar bir sınırlamadır. Zira yedek kopya çıkarma hakkının kullanılması çok istenen bir durum olmasına rağmen, programın kullanımı çoğunlukla yedek kopya çıkarılmasını gerektirmemektedir.⁵²⁷ Bu yorum tarzı kabul edildiğinde akla gelebilecek bir durum, programın ayırıştırma yapmak amacıyla yedek kopyasının alınıp alınamayacağıdır. *Dreier'e* göre, ayırıştırma amacıyla da yedek kopya çıkartılması mümkündür. Zira, ayırıştırma

⁵²⁵ Bainbridge, *Software Licensing*, s. 34-35; Bainbridge, *Intellectual Property*, s. 211; Tritton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 330-331. Böyle bir durumda programın bir nüshası bilgisayarın sabit diskine kurulduğundan, diğer bir nüshası da kullanıcının elinde kaldığından, kullanıcının ayrıca yedek kopya çıkarması teknik koruma araçları ve sözleşme ile engellenebilir. Zira, sabit diskteki program bir şekilde kullanılamaz hale geldiğinde, programdan kesintisiz şekilde yararlanma imkanı sağlayacak ikinci bir nüsha her zaman kullanıcının elinde bulunmaktadır. Aynı yönde görüş için bkz. Tritton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 331.

⁵²⁶ David I. Bainbridge, *Computers and the Law*, London 1990, s. 21-22; Topaloğlu, *Bilgisayar Programları*, s. 52; Eroğlu, s. 88.

⁵²⁷ Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1638.

serbestisinin aksi sözleşme ile kısıtlanamadığına göre ayırıştırma her zaman gerekli şartların mevcudiyeti halinde izin verilen bir kullanma şeklini teşkil etmektedir.⁵²⁸

Avustralya Telif Hakları Kanunu'nda, programı kullanma hakkı sahibi ya da onun adına, yedek kopya çıkarma amacıyla çoğaltılmasının orijinal programın kaybolması, bozulması ve kullanılamaz hale gelmesi durumunda, onun yerine kullanılmak üzere yapılacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu serbestinin, anılan Kanun'da oldukça yerinde ve amaca uygun düzenlendiği söylenebilir.⁵²⁹

Bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kimsenin yedek kopya çıkarma yetkisi mutlak olup, eser sahibinin sözleşme ile bu yetkiyi kaldıramayacağı Kanunda açıkça belirtilmiştir. Yine Kanunumuz bu yetkiyi bir adet ile ve yedek olarak kullanmak amacıyla sınırlandırmıştır. O halde, birden fazla yedek kopya çıkarma ve bunu başka bir amaçla yapma yetkisi bulunmamaktadır.⁵³⁰ Ancak, bir adetle sınırlı olma, aynı anda birden fazla yedek kopya yapmama olarak anlaşılmalıdır. Nitekim program aslının bir şekilde kullanılamaz hale gelip yedek kopyanın devreye sokulması durumunda, aynı risk bu yedek kopya açısından doğacaktır. O halde bu yedek kopyanın da yedek kopyasının yapılması mümkün

⁵²⁸ Dreier, s. 323.

⁵²⁹ 1968 tarihli Avustralya Telif Hakları Kanunu'nun 43a maddesi: **"43A. (1) Subject to subsection (2), the copyright in a literary work being a computer program is not infringed by the making of a reproduction of the work, or of a computer program being an adaptation of the work, if:**

....

(b) the reproduction is made for the purpose only of being used, by or on behalf of the owner of the original copy, in lieu of the original copy in the event that the original copy is lost, destroyed or rendered unusable." şeklindedir.

⁵³⁰ Erel, Bilgisayar Programları, s. 150; Tekinalp, s. 195; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 385-386; Arıdemir, s. 77; Durmuş, s. 35. İsviçre Fikri Haklar Kanunu 24. maddesinin 2. fıkrasında bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kimsenin bir adet yedek kopya çıkarabileceği ve bu hakkın sözleşme ile yasaklanamayacağı öngörülmüştür. AT Direktifi'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında "bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kimsenin bir adet yedek kopya yapmasının engellenemeyeceği hükmü bazı ülke kanunlarına bir adet yerine "gerekli kopyanın yapılması" olarak aktarılmıştır. "Gerekli" tabiri bu kanunlarda tanımlanmadığından, bu ölçünün ne olacağı konusu tartışmalara neden olabilmektedir. Yusufoglu, s. 113. *Czarnota/Hart*, Direktif'in anılan düzenlemesindeki yedek kopya çıkarmanın bir adetle sınırlı olduğu görüşündedir. Bkz. *Czarnota/Hart*, s. 68. *Aplin*, İngiliz Telif, Tasarım ve Patent Kanununun alınan düzenlemede yer alan "gerekli" tabiri ile bu serbestinin bir adetle sınırlı olduğu yorumuna varmaktadır. Bkz. *Aplin*, s. 172. Kanımızca Direktif'in anılan maddesindeki ifade yedek kopyalamayı bir adetle sınırlayıcı şekilde kaleme alınmış değildir. Maddede koruma altına alınan programı kullanma yetkisine sahip olan kimsenin, bu programdan kesintisiz bir şekilde yararlanmasını teminen gerektiğinde kullanabileceği en azından bir adet yedek kopya alınmasının engellenemeyeceğidir. Bir adetin üzerinde yedek kopya yapılmasına imkan tanıyan ülkelerin düzenlemeleri Direktif ile uyum arz edeceği gibi, bunu bir adet ile sınırlayan mevzuat hükmü de Direktife uygun bir düzenleme olacaktır.

müdür? Gerek Kanunumuzda gerek mehzaz Direktif'te bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu durumda, önemli olan programın kullanılabilir olduğu müddetçe kesintisiz bir şekilde onun kullanımının garanti alınması olduğundan, programın aslının kullanılamaz olması durumunda, devreye sokulan yedek kopyanın da bir adet yedeğinin çıkarılması mümkün olmalıdır. Ayrıca, bu silsilenin programı kullanma hakkının devam ettiği süre boyunca sürdüğü kabul edilmelidir.⁵³¹

İleride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı gibi, programların haksız yere çoğaltılmasının önlenmesi amacıyla teknik koruma mekanizmalarının kullanması hukuken geçerlidir. Bunlar FSEK'in 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla değişik 72. maddesinde özel olarak korunmaktadır. Ancak 38. maddenin 3. fıkrasındaki açık hüküm göz önüne alındığında, teknik koruma mekanizmaları yoluyla programı kullanma hakkına sahip olanın yedek kopya çıkarma yetkisi sınırlanmamalı, bu mekanizmalar ancak haksız kopyalamanın önlenmesine yönelik olarak kullanılmalıdır. Aksi halde, programı kullanma hakkına sahip kişi bu mekanizmanın kaldırılmasını isteyebileceği gibi, kendisinin bu mekanizmayı yedek kopya yapmak amacıyla geçersiz kılması da FSEK. m. 72 anlamında suç teşkil etmeyecektir.⁵³²

Gerek FSEK'in 38/III gerek mehzaz Direktifin 5/II. maddesinde yedek kopya çıkarma yetkisi programı kullanma hakkına sahip kişiye tanınmaktadır. Yukarıda programı kullanma hakkına sahip kimseler ile kastedilenlerin kimler olduğu açıklanmış; programı hukukî yoldan elde edinen kimselerin yanı sıra programın devrine ilişkin sözleşmede açık hüküm bulunan hallerde programın kullanılmasının sözleşme gereği hedeflendiği ortamda, programı yasal yollardan edinen kişi ile birlikte ikamet edenler veya sürekli çalışanların programı kullanma hakkı sahibi oldukları belirtilmişti. Maddenin açık ifadesi karşısında, tüm bu programı kullanma hakkına sahip kimseler acaba yedekleme kopyası çıkarma

⁵³¹ Erel, Bilgisayar Programları, s. 150; Arıkan, Bilgisayar, s. 24. *Eroğlu*, yedek kopyanın programın satışı sırasında programcı tarafından kullanıcıya sağlanması durumunda, verilen bu yedek kopya da bozulursa, kullanıcının ikinci bir yedek kopya elde etme hakkının doğacağı görüşündedir. Bkz. *Eroğlu*, s. 89.

⁵³² *Eroğlu*, s. 90.

yetkisine sahip midir? Programı hukukî yoldan elde edinen ve aynı zamanda kullanma hakkına sahip kimsenin bir adet yedekleme kopya yapabileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla beraber, hukukî yoldan programı elde eden dışında kalan tüm kullanma hakkına sahip kimselerin yedek kopya çıkarma yetkisine sahip olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Her olayın özelliğine göre bunlardan hangilerinin bu yetkiye sahip olacaklarının değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵³³ Örneğin, bir programı hukukî yoldan elde eden bir enstitü, yedek kopya çıkarma yetkisine doğal olarak sahip iken, programı kullanma yetkisine sahip olan enstitü öğrencilerinin bu yetkinin olmayacağı açıktır. Öte yandan bir bankanın tüm şubelerinde kullanmak üzere satın alıp gönderdiği programın bir adet yedek kopyasının, programı kullanma yetkisine sahip her bir şube tarafından çıkartılabileceği kabul edilmelidir.

ad) Araişlerliği Sağlamak Amacıyla Ayırıştırma Kapsamında Çoğaltma Yetkisi

aaa) Bilgisayar Programlarında Araişlerlik ve Ayırıştırma

Bilgisayar programlarının dışında kalan edebi eserlerin, örneğin bir romanın salt okunmak suretiyle, altında yatan ve fikrî hukuk kapsamında korunmayan düşüncelerin tespiti her zaman mümkündür. Dolayısıyla bu suretle elde edilen düşüncelerden faydalanılarak yeni bir fikrî eser meydana getirmek mümkün olabilmektedir. Buna karşılık, bilgisayar programlarında durum farklılık arz etmektedir. Programı sadece kullanmak veya kullanımını izlemek suretiyle, programın belli bazı yönlerini veya altında yatan düşünceyi çok sınırlı ölçüde öğrenmek imkân dâhilindedir. Ancak bilgisayar programlarının altında yatan düşünce diğer kimselere ulaşılabilir kılınmadığından, bu düşüncelerin öğrenilebilmesi için çoğunlukla nesne kodu formunda olan bilgisayar programının kaynak koduna dönüştürülmesi gerekmektedir. Bununla beraber, bilgisayar programlarının bu şekilde dönüştürülmesine fikrî hukukta ancak belli amaçla, yani diğer program geliştiricileri için büyük önem arz eden araişlerliği gerçekleştirmek

⁵³³ *Czarnota/Hart*, bir programın yedek kopyasının, programı satın alan ya da lisans alan tarafından yapılabileceği gibi onlar adına hareket edenler ve çalıştırmanın talimatları doğrultusunda hareket eden çalışan tarafından da yapılabileceği görüşündedir. Bkz. *Czarnota/Hart*, s. 68.

amacıyla cevap verilmektedir.⁵³⁴ Yine, bu işlem gerçekleştirilirken, ayrı kopyaları yapılmasa dahi, programın bilgisayarın hafızasına yüklenmesi, dolayısıyla çoğaltılması zaruret arz etmektedir.⁵³⁵

Günümüzde bilgisayar teknolojisinden en üst düzeyde yararlanabilmek için, aynı anda değişik fonksiyonlar ifa eden pek çok bilgisayar programından yararlanılmaktadır. Nitekim, faaliyet alanı çerçevesinde bir bilgisayar programı kullanıcısının tüm ihtiyaçlarına aynı anda cevap veren bilgisayar programı geliştirmek ihtiyaçların sınırsız çeşitliliği göz önüne alındığında mümkün değildir. Çok çeşitli amaçlara hizmet eden bu türlü programlar, programcılık endüstrisinde faaliyet gösteren çok sayıda ayrı programcı tarafından geliştirilmektedir. Farklı kişilerce geliştirilen bu değişik programların bilgisayara yüklenir yüklenmez sorunsuz şekilde bir arada çalışmaları, birbirleri ile veri alıp vermeleri teknik olarak her zaman olanaklı değildir. İşte değişik fonksiyonlara sahip bilgisayar programlarının her birinin, bilgisayara yüklendiğinde kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için bunların birbirleri ile araişerliğinin (*interoperability*) sağlanması gerekmektedir.

Araişerlik, FSEK'in "tanımlar" kenar başlıklı 1/B maddesinin (ı) bendinde "Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneği" olarak tanımlanmaktadır.⁵³⁶ Araişerliğin doğrudan bilgisayarın anlayabileceği nesne kodunun ya da programın işleyişi izlenerek sağlanabilmesi mümkün olmayıp, bunun için mutlak suretle programın kaynak kodlarının bilinmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Araişerliğin sağlanabilmesi için kaynak kodlarının öğrenilebilmesinin ilk yolu, araişerlik sağlanmak istenen program geliştiricisinin bu programa ilişkin doküman ve bilgileri program ile birlikte vermesi veya bunları daha sonra gerektiğinde kullanıma açık tutmasıdır.⁵³⁷ Diğer bir yöntem, deneme yanılma

⁵³⁴ Bainbridge, Software, s. 107.

⁵³⁵ Sherman/Sandison/Guren, s. 206-17.

⁵³⁶ Mehaz Direktifin önsözünde ise araişerlik (*interoperability*), "bilgi alışverişinde bulunma ve bu bilgiyi karşılıklı kullanma kabiliyeti" olarak tanımlanmaktadır.

⁵³⁷ Bazı programcılar başkalarını kendi programları ile uyumlu program yapmaya teşvik etmek ya da onlara yardımcı olmak amaçlarıyla araişerliğin sağlanmasına yönelik bazı arayüzleri piyasaya

yoluyla yararlanılan programın işleyişinin öğrenilmesidir.⁵³⁸ Program geliştiricisi kaynak kodlarını kamuya sunmamış olması veya deneme yanılma yoluyla da programın işleyişinin öğrenilememesi durumlarında yapılabilecek tek şey, programı edinen kişinin nesne kodu halindeki programı, bu iş için geliştirilmiş özel programlardan (*ayrıştırıcı-disassembler*) yararlanmak suretiyle kaynak koduna çevirmesidir.⁵³⁹ Bu işlem ayrıştırma (*decompilation*)⁵⁴⁰ veya daha çok sanayide kullanılan, ancak bilgisayar programlarına da uygulanabilen ismiyle tersine mühendislik (*reverse engineering*)⁵⁴¹ işlemi olarak adlandırılmaktadır. Esasen ayrıştırma sonucu da kaynak koduna eksiksiz bir şekilde ulaşılamamaktadır. Zira bu işlemde, kaynak kodundaki açıklamalara, notlara, değişkenlerin isimlerine ulaşmak mümkün olmamaktadır. Ancak bu süreçte, kaynak kodunun elde edilen ve işlemciye yönelik komutlarıyla, programın temel ve özel yapısının, programın arkasındaki fikrî yapının anlaşılması ve ilkelerinin yeniden oluşturulması mümkün olabilmektedir.⁵⁴² O halde, bu işlem neticesinde araişlerlik sağlanmak istenen ilk programın

sürmektedir. Bununla beraber bazen de programcılar, arayüzleri piyasaya sürmeyip gizli tutmaktadırlar. Burada güdülen amaçlardan birisi, program geliştiricilerinin, ileride kendi programlarıyla uyumlu ve başkalarının geliştirebilecekleri programları kendileri tekel oluşturmak suretiyle geliştirmek istemeleridir. Daha makul görülen sebeplerden bir diğeri ise, programcılığın gelişen bir alan olmasına dayanmaktadır. Bir işletim sistemi bir kez geliştirilip piyasaya sürüldüğünde, gerek işletim sistemindeki olabilecek aksaklıkların giderilmesi gerek işletim sistemin fonksiyonlarını daha iyi icra edebilmesine matuf bir kısım değişikliklerin sonraki versiyonlarında yapılması ihtiyacı duyulmaktadır. Bu durumda önceki versiyon ile piyasaya sunulan arayüzlere bağlı kalarak program geliştirenlerin, meydana getirdikleri programların daha sonra araişlerlik sağlandığı düşünülen işletim sistemi ile uyumlu çalışmama sorunu doğabilecek ve bu durum da işletim sistemini geliştirenlerin piyasadaki itibarlarına zarar verebilecektir. Arayüzlerin gizli tutulmasında güdülen diğer makul bir amaç da, araişlerlik sağlanmak istenen programı hukuka aykırı bir şekilde kopya etmek için bu imkânın kötüye kullanılabilme endişesidir. Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1627.

⁵³⁸ Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1268-1269.

⁵³⁹ Yukarıda ifade edildiği üzere, bilgisayar programları kaynak kodu şeklinde hazırlanmakta, daha sonra ise derleyici (*compiler*) veya birleştirici (*assembler*) adı verilen özel programlar sayesinde bilgisayarın anlayacağı makine dili olan nesne koduna çevrilmektedir.

⁵⁴⁰ Direktifte ayrıştırma işlemi için "*decompilation*" terimi tercih edilmiştir. (Art.6) Assembly dilinde yazılan programlarda gerçekleştirilen ayrıştırma işlemi ise "*disassembly*" olarak adlandırılmaktadır. "*Decompilation*" ile kastedilen ise, C, C++, Pascal, Basic gibi Assembly'den daha üst düzeyde yazılmış programlar için kullanılan bir terimdir. Kaypakoğlu, s. 124.

⁵⁴¹ Tersine mühendislik sanayide, yeni piyasaya sunulmuş makine, motor veya elektronik aletlerin, imalat aşamalarını tersten başa doğru izlemek suretiyle, parçalarının sökülüp tekrar bir araya getirme yöntemi ile incelenmesidir. Bkz. Kaypakoğlu, s. 124, dn. 450; Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1628.

⁵⁴² Aksu, s. 154-156; Bainbridge, Intellectual Property, s. 208.

arayüzlerine ulaşılabilmekte ve bu sayede yeni geliştirilecek programa buna uygun kodlar yazılarak iki program arasında uyum sağlanmaktadır.⁵⁴³

Görüldüğü gibi ayrıştırma sonucu ulaşılan kaynak kodları, programlar arasında araişlerliğin sağlanmasında faydalı olabileceği gibi, bu yolla çözümlenen programa benzer veya özdeş başka program geliştirilerek, bunun özgün şekilde geliştirilmiş bir program olarak piyasaya sürülmesi tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Her ne kadar ayrıştırma işlemi de zaman ve emek gerektiren bir işlem olsa da, bu işlemin gerektirdiği fikrî emeğin yoğunluğunun, bağımsız bir program geliştirirken gereken fikrî emeğin yoğunluğu derecesinde olmayacağı açıktır. İşte anılan bu risk nedeniyle, ayrıştırma da eser sahibi program geliştiricisinin münhasır hakkıdır ve bu işlemin yapılması onun iznini gerektirir. Bu yasağın ardında, başkasının fikrî gayretinin alınarak haksız yere kullanılmasının engellenmesi düşüncesi yatmaktadır. Nitekim bilgisayar programlarının kendine özgü teknik özellikleri ve bu özelliklerinden dolayı fikrî çabanın ve özgünlüğünün kolayca üstlenilip yeni bir programa kolayca aktarılabilme özelliği, ayrıştırma yasağı getirilmesinin temelini teşkil etmektedir.⁵⁴⁴

Direktifin hazırlık çalışmaları sırasında ayrıştırma serbestisinin tanınıp tanınmayacağı AT’de yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Bir bilgisayar programının altında yatan ve fikrî hukukça korunmayan düşünce ve prensiplere serbest ulaşım imkânı tanınmasını savunan görüşe göre,⁵⁴⁵ kitaplar okunduğunda veya müzik parçaları dinlendiğinde, salt bu eylemler aracılığıyla söz konusu serlerin altında yatan korunmayan düşünceler kolayca anlaşılabilirken, bilgisayar programlarının altında yatan düşünceler ancak programın parçalara ayrılması ile, özellikle de ayrıştırma yöntemiyle anlaşılabilir. Ayrıştırma yasaklandığında, bu durum program

⁵⁴³ Bainbridge, Intellectual Property, s. 208; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 395; Kaypakoğlu, s. 125; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 25-26. Arayüz, FSEK’in 1. maddesinin (h) bendinde, “bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri” olarak tanımlanmaktadır.

⁵⁴⁴ Aksu, s. 155-156. Aslında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ayrıştırmanın programı meydana getiren münhasır hakkı olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Ancak FSEK’in 38/6-7-8. maddesinde belli şahıslara bu hakkın sınırlı şartlar çerçevesinde tanınmış olduğu göz önüne alındığında, ayrıştırmanın eser sahibinin mahfuz hakları arasında sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Bkz. Eroğlu, s. 90, dn. 146.

⁵⁴⁵ Bu yönde lobi faaliyetinde bulunan şirketler “European Council of Interoperative Systems” (ECIS)’ı oluşturan Microsystems, Amdahl, Bull, Olivetti ve Fujitsi adlı program üreticilerinden oluşmaktaydı.

geliştiricilerine düşünceler üzerinde tek el imkânı verebilecektir.⁵⁴⁶ Ayırıştırma serbestisinin tanınmamasını savunan görüşe⁵⁴⁷ göre ise, ayırıştırma bir program altında yatan düşünceleri öğrenmek için kesin şekilde gerekli olmayıp, bu düşünceler, program ile sunulan dokümanları inceleyerek veya test verilerini program aracılığıyla işleyerek ya da zor olmakla beraber, yetenekli programcılar tarafından nesne kodları incelenmek suretiyle de öğrenilebilir.⁵⁴⁸ Bu tartışmalar arasındaki Komisyonun ilk taslağında ayırıştırmadan hiçbir şekilde söz edilmemiştir. Bununla beraber, eser sahibinin iznine bağlanan çoğaltma hakkına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ayırıştırmayı yasaklayıcı sonuçlara ulaşmaya elverişli bir durum arz etmekteydi. Bu tarz bütüncül bir yasaklamanın geniş ve genellikle Avrupalı olmayan şirketlerin hakim durumunu güçlendirebileceğini öngören Avrupa Parlamentosu, ayırıştırmaya belli koşullar dahilinde serbestlik tanıyan bir öneri sundu ve bu öneri Avrupa Konseyince büyük ölçüde kabul edilerek Direktifin 6. maddesindeki halini aldı.⁵⁴⁹

Kıta Avrupası Hukuk sisteminden farklı olarak Amerikan Hukukunda ayırıştırmadan ya da tersine mühendisliğin yasak veya serbest olduğu açıkça kanunla düzenlenmemiştir. Bununla beraber, sadece araişlerliğin sağlanmasının temini amacıyla sınırlı olmaksızın, tersine mühendisliğin serbest olduğu içtihat hukukunda kabul edilmektedir. Amerikan Temyiz Mahkemesi Federal Dairesi *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.* davasında⁵⁵⁰, tersine mühendisliğin, programın korunmayan unsurlarının ortaya çıkarılmasına yönelik olarak yapılmasının adil kullanım (fair use)⁵⁵¹ sınırları içerisinde kaldığını ifade etmiştir. Yine benzer *Sega*

⁵⁴⁶ Waters/Leonard, 128; Kroker, s. 248.

⁵⁴⁷ Bu yönde lobi faaliyetinde bulunan şirketler de “Software Action Group for Europe” (SAGE)’yi oluşturan IBM, Digital, Microsoft ve Lotus adlı program üreticilerinden oluşmaktaydı.

⁵⁴⁸ Waters/Leonard, 128. Bu tartışmalar hakkında geniş açıklamalar için ayrıca bkz. Voss, s. 457.

⁵⁴⁹ Waters/Leonard, 129; Tritton/Davis/Edenborough/Graham/Malynicz/Roughton, s. 332.

⁵⁵⁰ 975 F.2d 1510 [9th Cir. 1992]

⁵⁵¹ Amerikan hukukunda kullanılan ve Türkçeye adil kullanım olarak tercüme edilebilecek “Fair use” ilkesi, fikri hukukça korunan bir eserin, normal koşullarda ihlâl teşkil edebilecek belirli kullanım durumlarında, kullanıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hakkaniyet savunmasıdır. Bu ilke Amerikan mahkemelerince ilk olarak 1909 yılında geliştirilmiş ve 1976 tarihli Telif Hakları Kanununun 107. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde “106. madde hükümlerine hâlel gelmeksizin, fikri hukukça korunan bir eserin, kopyalanmak ya da fiziken kaydedilmek suretiyle ya da bu maddede belirlenen diğer yollarla, eleştiri, yorum, haber yapma, öğretim (sınıf kullanımı için çoklu kopyalama da dahil), bilim ya da araştırma amaçları ile kullanımı da dahil “adil kullanım”ı fikri hakları ihlâl etmez. Belirli bir davada, herhangi bir eserin kullanımının “adil kullanım” olup olmadığının tespitinde dikkate alınacak faktörler: (1) böyle bir kullanımın ticarî nitelik taşıyıp

Enterprises Ltd v. Accolade Inc. davasında⁵⁵² da aynı Daire, programın korunmayan unsurlarına ulaşılabilmesi amacıyla tersine mühendisliğin mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Bununla beraber Mahkeme, Accolade'nin tersine mühendislik sonucu elde ettiği nesne kodlarını yazıcı ile yazdırmak suretiyle davacının çoğaltma hakkını ihlâl ettiğini kabul etmiştir. Amerikan içtihat hukukundan kaynaklanan tersine mühendisliğe izin verilmesi, fikrî hukukun düşüncüyü korumadığı, bu nedenle düşünceye ulaşılmasının serbest olması gerektiği, bu suretle düşünceler üzerindeki de facto monopolün engellenebileceği fikrinden hareket etmektedir.⁵⁵³

aab) Ayırıştırma Serbestisinin Koşulları

Yukarıda belirtildiği gibi genel kural, ayırıştırma yasağı olmakla beraber, fikir ve sanat hukuku, bir taraftan eser sahibinin hak ve menfaatlerini korurken, öte yandan diğer insanları da fikrî çaba göstermeye teşvik etmek suretiyle bilim ve sanatın gelişmesini hedeflemektedir. Bu sebeple, aslında ilk bakışta ayırıştırma yasağının fikrî hukukun bu yöndeki prensibinin, bilgisayar programlarında eser sahibinin lehine ihlâl edildiğini söylemek mümkündür. Zira, fikrî hukuk esere hâkim olan fikri değil, onun dış dünyaya yansımış şekil veya ifadesini korumaktadır. Bununla beraber, programı kullanma hakkına sahip olan kimselerin hakları ile eser sahibinin hakları arasında makul dengenin sağlanmasının bir tezahürü olarak, gerek mehzaz Direktif ile gerek ona paralel olarak FSEK'in 38. maddesinde belli şartlar dâhilinde, belli kişilere ayırıştırma yapma serbestisi tanınmaktadır.⁵⁵⁴ Görüldüğü

taşımadığı ya da kâr elde etme amacı olmaksızın eğitim amacı ile olup olmadığı, (2) korunan eserin niteliği, (3) eserin kullanılan kısmının tümüne olan oranının miktarı ve büyüklüğü ve (4) kullanımın eserin piyasası ve değeri üzerindeki potansiyel etkisi" şeklindedir.

Kanunun 107. madde metninden de anlaşılacağı üzere, anılan maddede "*fair use*" ilkesinin tanımı yapılmadığı gibi hangi durumların "*fair use*" teşkil ettiği de düzenlenmemiştir. Bunun yerine, mahkemelerce geleneksel olarak hangi kullanımların "*fair use*" olarak görüleceğine ilişkin örnekler verilmiş ve mahkemelerin belirli bir kullanımın "*fair use*" kapsamında kalıp kalmadığını, dolayısıyla bu kullanımın ihlâl teşkil edip etmediğini kararlaştırırken genel olarak dikkate aldığı dört husus sıralanmıştır. Sayılan bu dört husus da sınırlayıcı olmayıp davanın koşullarına göre mahkemelerce ilgili görülen başka faktörler de göz önüne alınabilir. Bilgisayar programları açısından örneğin, davacının programı ile davalının programı arasındaki mevcut büyük ölçüdeki benzerliğin, teknik nedenlerle kaçınılmaz olup olmadığı dikkate alınabilecek bir faktördür. Bu açıklamalar ve "*fair use*" ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. 210/11-25.

⁵⁵² 975 F. 2d 1510 [9 th Cir. 1992]

⁵⁵³ Anılan davalar hakkında geniş açıklamalar hakkında bkz. Drexler, s. 36-39; David L. Hayes, "The Legality of Disassembly of Computer Programs", Computer/Law Journal, Vol. XII, 1993, s. 1-14.

⁵⁵⁴ Aksu, s. 156-157. AT Direktifi ile ilk kez belli ölçüde serbesti tanımına kadar, ayırıştırma genellikle hukuka aykırı sayılmıştır. Bu düzenlenmeden önce yazılım imalatçıların büyük çoğunluğu tarafından, o ana kadarki gelişmenin, ayırıştırmaya izin verilmeksizin de gelişmiş programlar meydana

üzere, eser sahibinin iznini gerektirmeyen bu serbestinin kullanımı, eser sahibinin hakkının sınırlanması anlamına gelmektedir.

FSEK'in 38. maddesinde, bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile meydana getirilecek diğer programların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek amacıyla, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifasının belli şartlar dahilinde serbest olduğu ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, maddede ayrıştırma terimi yerine kodun çoğaltılması ve kod formunun çevrilmesi deyimleri kullanılmaktadır. Kod formunun çevrilmesi ile anlatılmak istenen, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanan, programın nesne kodunun büyük ölçüde kaynak koduna dönüştürülmesidir. Kodun çoğaltılması denildiğinde ise, bu dönüşümün nihai aşamasına gelinceye kadar anılan kodların gerektiği sayıda çoğaltılması kastedilmektedir. Nitekim Kanunda her iki işlemin yapılmasına, aşağıda incelenecek belli şartlar dahilinde izin verilmektedir. Bu düzenleme, mehz Direktifin ayrıştırma kenar başlıklı 6. maddesi aynen tercüme edilerek büyük ölçüde aynen Kanunumuza dercedilmiştir.⁵⁵⁵

Maddede belirtilen şartlar çerçevesinde ayrıştırma işlemlerinin belli şahıslar tarafından yapılması için eser sahibinden ayrıca izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Buna göre, her şeyden önce ayrıştırma serbestisi amaç yönünden sınırlandırılmıştır. Ayrıştırma, diğer bir ifade ile kodun çevrilmesi ve çoğaltılması işlemi, ancak iki program arasında araişerliğin sağlanması amacıyla gerekli bilgileri elde etmek üzere gerçekleştirilebilir. (FSEK. m. 38/V).⁵⁵⁶ Kanunda araişerliğin

getirilebildiği gerekçesi ile ayrıştırmanın kapsamlı bir biçimde yasaklanması gerektiği savunulmuştur. Yazılım endüstrisinde ayrıştırmanın yasaklanmasının karşısında olanlar ise, mümkün olduğunca verimli ve yararlanılabilir ürünlerin imali için uygun ölçüde yabancı ve iyi fikirlerin alınması gerektiğini savunmuştur. Yazılım endüstrisinin gelişimi yönünden olabilecek katkı ve zararlarının yanı sıra, program kullanıcılarının ise, ticarî bir amaç güdülmeksizin sadece bilgi ihtiyacını karşılamak ya da kullanım anında olabilecek sorunu gidermeye yönelik veya programa virüs bulaşıp bulaşmadığı endişesini gidermek gibi sebeplerle ayrıştırmada menfaatlerinin mevcut olduğu açıktır. Daha geniş açıklamalar için bkz. Eroğlu, s. 90-92.

⁵⁵⁵ Mehz Direktifin “ayrıştırma (*decompilation*)” 6. maddesinde de, kodun çoğaltılması ve çevrilmesinden söz edilmektedir.

⁵⁵⁶ Erel, Bilgisayar Programları, 151; Tekinalp, s. 195; Eroğlu, s. 93; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 51-52; Arıkan, Bilgisayar Programları (II), s. 490; Aksu, s. 152-153; Arıdemir, s. 77. Ancak *Eroğlu*, araştırma amaçlı ayrıştırma işlemi yapılmasına izin verilmemiş olmasının, fikrî hukukun, tekel haklarının araştırma faaliyetlerini engellememesi gerektiği yönündeki prensibinin bir ihlâli olduğunu savunmaktadır. Öte yandan, programın bakımı amacıyla ayrıştırmaya izin verilmemiş

sağlanması için elde edilecek bilgilerin ne olduğu yönünde bir tanım yapılmamıştır. Bu durumda burada kastedilen bilgiler, semboller, sayılar, adresler, bunların bir araya geldikleri protokoller olarak algılanmalıdır.⁵⁵⁷ O halde başka amaçlarla, örneğin kazanç amacı olmaksızın sadece bilgi amaçlı veya kazanç amacı olsun ya da olmasın yeni bir program geliştirmek yahut programın bakımı amacıyla ayırıştırma yapılabilmesi için eser sahibinin açıkça izin vermiş olması gerekmektedir.⁵⁵⁸

Ayırıştırmanın yapılabilmesi için bunun zarurî olması gerekmektedir. Zaruretin tespitinde aranması gereken ölçü ise, programın başka bir program ile beraber kullanılabilmesini sağlayacak ilgili bölüme ilişkin bilgilerin temininin, ayırıştırma yapılmaksızın mümkün olmamasıdır. O halde, programın kaynak kodları, program ile birlikte eser sahibi tarafından verilmiş ya da bunların ileride gerektiğinde sağlanabileceği sözleşme ile düzenlenmiş ise, bu durumda zaruret durumu ortadan kalkacağından ayırıştırma işlemi yapılamayacaktır.⁵⁵⁹ Bununla beraber, ayırıştırmanın hukuka uygun olması için gerekli zorunluluk ölçütü, durumun şartlarına göre aranmalıdır. Zira, araişlerlik sağlanmasına yönelik gerekli bilgiler alternatif bir yol kullanılarak, örneğin deneme yanılma yöntemiyle teknik olarak belirli ölçüde de olsa elde edilebilir. Ancak, bu şekilde elde edilen bilgilerden yararlanılarak geliştirilen program sonuçta istenildiği şekilde çalışmayabilir ya da bu yöntem kullanılarak kodların elde edilmesi aşırı bir emek ve zaman kaybına sebep olabilir. Bu da ticarî açıdan pratik bir çözüm olmayabilir. Bu nedenle kanımızca, her somut olayın

olması nedeniyle de, programcılık alanında bakım hizmeti sunan işletmelerin haklı menfaatlerinin ihlâl edildiği, zira bu durumun program üreticilerinin bakım hizmeti sektörünü de kontrol edebilmelerine olanak sağlayacağı görüşündedir. Bkz Eroğlu, s. 93. Buna karşılık *Kaypakoğlu* ise, piyasaya sürülmüş bir programın kaynak kodlarının ele geçirilmesinin, bu kodların kullanılması suretiyle kopya programları yapılmadığı müddetçe fikrî hukuku ilgilendirmedeği görüşündedir. Zira, kopya program üretilmesi dışında hangi amaçla olursa olsun ayırıştırma gibi yöntemler kullanılarak kaynak koduna ulaşılmasını fikrî hukukta engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yazar'a göre kaynak kodlarının fikrî hukuk kapsamında korunması ile onların gizliliğinin korunması hususları çok ayrı şeylerdir. Kaynak kodlarının sahibinden izin alınmaksızın açıklanması durumu, gerekli koşulların varlığı halinde kişisel veya ticarî sırların korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşler için bkz. *Kaypakoğlu*, s. 127-128.

⁵⁵⁷ Czarnota/Hart, s. 78.

⁵⁵⁸ Eroğlu, s. 93; Drexler, s. 36-39. Direktif Avrupa Parlamentosunun önüne geldiğinde Parlamento, ayırıştırmanın programın bakımı amacıyla da yapılabilmesi önerisinde bulunmuş, ancak bu öneri kabul edilmemiştir. Dreier, s. 324.

⁵⁵⁹ Erel, *Bilgisayar Programları*, s. 151; Czarnota/Hart, s. 95; *Kaypakoğlu*, s. 126; *Topaloğlu*, *Bilgisayar Programları*, s. 51; Ateş, *Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, s. 396; Arıdemir, s. 78. Zorunluluk ölçütü 38. maddenin 5. fıkrasında belirtilmiş, aynı fıkranın (2) no'lu bendinde ise araişleriliğin sağlanması için gerekli bilgilerin, bu işlemi yapmaya hakkı olan kimselere temin edilmiş olması durumunda zaruretin varlığından söz edilemeyeceği dolaylı bir şekilde ifade edilmektedir.

özelliğine göre ayırıştırma serbestisine ilişkin zorunluluk ölçütünün bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.⁵⁶⁰ Hatta, ileride yapılacak bir kanun değişikliği ile FSEK'in 38. maddesinin 5. fıkrasındaki “Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların araişlerliğini gerçekleştirmek üzere... kod formunun çevirisinin de *gerekli olduğu* ...” şeklinde bir değişiklik yapılarak, hâkime ayırıştırma serbestisinin daha esnek bir düzenlemeye tabi tutulması yerinde olacaktır. Nitekim 1988 tarihli İngiliz Telif, Patent ve Tasarım Kanunun 50B maddesinde “zorunluluk” yerine “gereklilik” terimi kullanılmaktadır.

Zorunluluk ölçütü ile bağlantılı olarak akla gelebilecek bir sorun da ayırıştırma yapacak kimsenin program geliştirmenin hangi aşamasında ayırıştırma yoluna gidebileceğidir. Başka bir deyişle, henüz tasarım aşamasında dahi olsa somut bir çalışması olmayan, bunun yanı sıra bir program geliştirmeyi düşünen kimsenin başkasının programı ile araişlerlik sağlama düşüncesinden hareketle ayırıştırma işlemine girişebilmesi mümkün müdür? Burada aranması gereken tek ölçüt, ayırıştırma yapacak kimsenin FSEK'in 38. maddesinin 5 ve 6. fıkraların uyarınca eyleminin haklılığını ortaya koyabilmesidir. Şu halde, henüz aklından bir program geliştirme düşüncesi geçen kimsenin ayırıştırma serbestisini ileri sürerek, bir başka programın ayırıştırmasını yapması durumunda, gerekli bilgilere ulaşmada ayırıştırmanın zorunlu olduğunu ve bu bilgilerin herhangi bir şekilde sunulmuş olmadığı gibi şartları ispat etmesi oldukça güç olacaktır. Buna göre program geliştiricisi, bağımsız olarak geliştirilecek programın nesne kodu ile ifade edilmesinden önce ya da daha önceki bir aşamada, araişlerlik sağlamak amacıyla gerekli bilgilere ulaşmak için ayırıştırma işlemine başvurabilmelidir. Bundan öte, ikinci program geliştiricisinin araişlerliğe girişmeden önce programın tamamlanmış olmasına ise gerek bulunmamaktadır.⁵⁶¹

Ayrıştırma yapıldığı sırada kullanılan vasıtalar veya ayırıştırmanın hangi düzeye kadar yapılacağına ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir.⁵⁶² Yine ayırıştırma, ayırıştırılan programı tamamlayıcı nitelikte bağımsız bir program meydana

⁵⁶⁰ Ayrıştırma serbestisindeki zorunluluk ölçütü mehz Direktifin Önsözünün 23. paragrafında aranmaktadır. Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1632.

⁵⁶¹ Czarnota/Hart, s. 79.

⁵⁶² Erel, Bilgisayar Programları, s. 151; Czarnota/Hart, s. 77.

getirmek amacıyla gerçekleştirilebileceği gibi, o program ile rekabet edecek aynı ya da benzer bir işlevi olan bir program geliştirmek üzere de gerçekleştirilebilir. Ancak burada aranacak yegane ölçüt, ayırıştırmanın yararlanılan program ile araişlerliği gerçekleştirmek üzere yapılmış olmasıdır.⁵⁶³

Ayırıştırma serbestisinin düzenlendiği mehz Direktifin 6. maddesi ile FSEK'in 38. maddesi hükümleri arasında bir fark bulunmamakta ise de, bu serbestiye ilişkin söz konusu düzenlemeler arasındaki tek fark, Direktifin 9/I maddesinin yaptığı atıftan kaynaklanmaktadır. Nitekim Direktifin anılan maddesinde ayırıştırma serbestisinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılamayacağı açıkça ifade edilmesine⁵⁶⁴ rağmen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu husus açıkça belirtilmemektedir. 4110 Sayılı Kanunun 14'ncü maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde, kod değiştirmeksizin yapılacak analizlerin engellenemeyeceği ifade edilmektedir. Öte yandan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ile, Direktif ile tam bir uyum sağlamanın amaçlandığı ve Kanunun gerekçesi dikkate alındığında, programlar-arası araişlerliğin sağlanması amacıyla ayırıştırma serbestisinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılamayacağını kabul etmek gerekmektedir.⁵⁶⁵ Öte yandan FSEK'in 38. maddesinde, belirli şartların mevcudiyeti halinde bu işlemin yapılmasının serbest olduğu ifade edilmektedir. Kanımızca, Direktiften farklı olarak bu serbestinin aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, düzenleme yapılırken, bu hususun Kanun Koyucunun gözünden kaçmış olmasından kaynaklanmaktadır. Zira, Kanun Koyucu bu konuda Direktiften farklı bir yaklaşım sergileseydi bunun maddede açıkça ifade etmesi gerekirdi. Bu nedenle 38. madde,

⁵⁶³ Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1635, Czarnota/Hart, s. 83; Bainbridge, Intellectual Property, s. 210; Aplin, s. 166. Bu konuda ileri sürülen aksi yöndeki görüşe göre Direktif'te yer alan ifade tarzından dolayı ayırıştırma yapılmak suretiyle bir programdan yararlanıldığı takdirde ancak o programı tamamlar nitelikte bir program geliştirilebilir. Diğer bir deyişle, ayırıştırma yapan programcı o program ile rekabet edecek bir program geliştiremez. Bu yönde görüş için bkz. Waters/Leonard, s. 130.

⁵⁶⁴ Direktif ile ayırıştırma serbestisinin aksinin kararlaştırılamayacağının öngörülmüş olmasının sebebi, bu serbestinin sadece diğer program geliştiricilerinin çıkarını korumakla kalmayıp aynı zamanda rekabetçi piyasanın sürekli işleyişindeki ortak çıkara hizmet ettiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu açıklamalar için bkz. Dreier, s. 326.

⁵⁶⁵ Eroğlu, s. 94-95. Direktife uyum amacıyla 1992 yılında yapılan değişiklikle, İngiliz 1988 Telif Hakları, Tasarımlar ve Patent Kanunu'nun 296A maddesi ile, sözleşmede yer alan ayırıştırma serbestisini ortadan kaldıran hükümlerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bandey, s. 24.

Direktifin 9/1 maddesi ile birlikte değerlendirilmeli ve bu hakkın aksinin sözleşme ile kararlaştırılamayacağı kabul edilmelidir.

Ayrıştırma serbestisine ilişkin tartışmalı olan bir konu da ayrıştırmanın program ile donanım arası araişerliğin sağlanması amacıyla yapılabileceğidir. Nitekim doktrinde bir kısım yazarlar, ayrıştırma serbestisinin düzenlendiği mehz Direktifin 6. maddesinin geniş yorumlanması gerektiği, bu suretle donanım-program araişerliğini sağlamak üzere de ayrıştırmanın mümkün olabileceği görüşündedirler. Bu görüşte olan yazarlar, Direktifin giriş bölümünde yer alan, bilgisayar sisteminin tüm unsurları arasında bağlantının sağlanması gerektiği yönündeki ifadeden ve programların yanında donanımın da bilgisayar sistemini oluşturduğu görüşünden hareket etmektedirler. *Eroğlu*'na göre, bu görüşün aksinin kabulü piyasada sadece program geliştiricisinin ürettiği ve programla uyumlu çalışan donanımların hâkim duruma gelerek rekabeti önleyici etki oluşturacağı görüşündedir.⁵⁶⁶ Ancak bu görüşün aksini savunan yazarlar ise, maddenin sadece programlar-arası araişerliği sağlamak üzere ayrıştırmanın yapılabileceği şeklinde dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar.⁵⁶⁷ Kanımızca Türk hukuku bakımından donanımlar-arası veya donanım ile program araişerliğinin sağlanması amacıyla ayrıştırmanın yapılması mümkün değildir. Zira FSEK'in 1/B maddesinde araişerlik,

⁵⁶⁶ *Eroğlu*, s. 96; Bu görüşü savunan diğer yazarlar için Aynı Eser, s. 96, dn.178.

⁵⁶⁷ Bu görüşte olan yazalar için bkz. *Eroğlu*, s. 96, dn. 179; Aynı görüşü savunan *Moritz*, uygulamada farklı üreticilerin donanımları arasında bağlantının uzun süredir kullanılmakta olan “emülatör programları” aracılığıyla gerçekleştirildiğini ifade etmektedir. Bu açıklama için bkz. *Eroğlu*, s. 96, dn. 179. Söz konusu Direktifin hazırlık aşamalarında yer alan *Czarnota/Hart* da eserlerinde, ayrıştırmanın Direktif’te sadece programlar-arası araişerliğin sağlanması amacıyla yapılması ile sınırlandırıldığını, Direktifin önsözünde yer alan ifadelerle dayanan ve ayrıştırmanın programlar ile donanımlar-arası araişerliğin sağlanması için de gerçekleştirilebileceğine ilişkin görüşlerin yerinde olmadığını ifade etmektedir. Bkz. *Czarnota/Hart*, s. 84-86; *Hart*, yazıcı örneğinden hareketle, bir yazıcının sürücü yazılımının, yeni bir yazıcı tasarlamak amacıyla ayrıştırılmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Yazar’a göre, yazıcı ve onun işlemci portundan geçen sinyaller kaydedilmek suretiyle yazıcının arayüzünün gözlemlenebileceği, yine yazıcının, elektronik sistem şeması analiz edilmek suretiyle, elektronik fonksiyonlarının belirlenebileceğini ifade etmektedir. Bunun sonucunda Yazar, donanım tasarlanırken ayrıştırmaya başvurmaksızın gerekli bilgilere diğer kaynaklar sayesinde ulaşmak mümkün iken, diğer bir deyişle, böyle bir istisna tanınması gerekmediği halde, ayrıştırma serbestisinin donanımları da içerecek şekilde genişletilmesinin bazı programlara tanınan korumayı zayıflatabileceği görüşündedir. Daha geniş bilgi için bkz. Robert J. Hart, *Interfaces, Interoperability and Maintenance*, [1991], 4 EIPR, s. 115-116 Ancak *Hart*, 1992 yılında yayımlanan makalesinde, Direktifin önsözündeki gerekçelerden hareketle, önceki görüşlerinin tam aksine, 6. maddenin donanım araçları ile mevcut programlar arasında araişerliğin sağlanmasını da kapsadığını savunmaktadır. Yazar’a göre, yeni üretilen bir donanımın mevcut bir işletim sistemi ile araişerliğinin sağlanması amacıyla işletim sisteminin ilgili kısımlarının ayrıştırılması mümkün olmalıdır. Bkz. *Hart*, *Copyright Protection of Computer Programs*, s. 907.

“bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneği” olarak tanımlanmaktadır. Yine FSEK’in 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, “Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların araişlerliğini gerçekleştirmek üzere..” ifadesinden de ayırıştırmanın programlar-arası araişlerliğin sağlanması dışında bir amaçla gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Araişlerliğin sağlanması amacıyla ayırıştırma, ancak ruhsat sahibi veya bilgisayar kopyasını kullanma hakkı sahibi⁵⁶⁸ ya da onlar adına bu işlemi yapmaya yetkili kimse tarafından yapılabilecektir. (FSEK. m.38/V, b.1) Bu düzenlemeden dolayı olarak anlaşılabileceği gibi, ayırıştırmanın yapılabilmesi için, her şeyden önce programın hukukî yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir. O halde programı lisans veya satım sözleşmesi ya da diğer hukukî yollardan elde etmemiş ya da programı kullanma yetkisine sahip olmayan kimselerin -örneğin korsan yollardan programı elde edinen şahısların- bu gibi bir işlemi yapma serbestileri bulunmamaktadır.⁵⁶⁹

Anılan fıkranın 2. bendinde öngörülen diğer bir şart ise, yukarıda değinildiği üzere, araişlerliği gerçekleştirmek üzere gerekli bilgilerin, eser sahibi tarafından bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kimselere verilmemiş olmasıdır. Program sahibinin araişlerliğe ilişkin bilgileri belirli bir ücret karşılığında piyasaya sunması durumunda ise, tam olarak bu bilgilerin ulaşılabilir kılındığından söz etmek mümkün değildir. O halde, bu koşullar altında ek ücret ödememek için bu bilgileri satın almamış olan kullanıcı açısından ayırıştırma serbestisinin mevcudiyeti kabul edilmelidir.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Maddede ifade edilen ruhsat sahibinden “lisans sahibi”; programın kopyasını kullanma hakkı sahibinden ise, “programın herhangi bir nüshasını kullanmak yetkisine sahip olan kimse” anlaşılmalıdır. Bkz. Erel, Bilgisayar Programları, s. 152. Aynı yönde görüş için bkz. Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, s. 1632. O halde denebilir ki; yukarıda incelediğimiz anlamda programı kullanma yetkisine sahip kimseler, durumun gereklerine uygun düştüğü ölçüde ayırıştırma serbestisine sahip bulunmaktadır.

⁵⁶⁹ Erel, Bilgisayar Programları, s. 152; Aplin, s. 165; Dreier, s. 324; Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 396; Kaypakoglu, s. 126;

⁵⁷⁰ Dreier, s. 324.

Direktif ile aynı doğrultuda öngörülen üçüncü bir şart ise, kodun çevrilmesi ile çoğaltılması işlemlerinin, ancak araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli olan program parçaları ile sınırlandırılmış olmasıdır. (FSEK. m.38/V, b.3) O halde, araişlerliğin sağlanması için gerekli olmayan parçaların veya gerekli olmadığı halde tüm programın ayrıştırılması, ayrıştırma serbestisi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Buna göre, araişlerliği gerçekleştirmek üzere tüm programın ayrıştırılması mümkün olmayıp, ayrıştırma, programın arayüzler gibi araişlerliği sağlayacak ilgili bölümlerine yönelik yapılabilecektir. Bu şekilde bir sınırlamaya gidilmesinin sebebi, araişlerliği gerçekleştirme amacıyla tüm programın ayrıştırılmasının önüne geçmektir. Ancak ayrıştırmanın sadece programın belirli bölümlerine yönelik yapılabilmesine ilişkin bu düzeltme, doktrinde sınırlayıcı ve teknik olarak pratik olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁵⁷¹ Zira, çoğunlukla programın hangi bölümünün araişlerliği gerçekleştirmeye elverişli olduğunun tayini mümkün bulunmamaktadır. Bu ancak programın tümünün ayrıştırılması ile mümkün olabileceken, söz konusu düzenleme programın tümünün ayrıştırılması engellemektedir. Bu haliyle söz konusu düzenleme ayrıştırma serbestisinin kullanılmasını adeta imkansızlaştırmaktadır.⁵⁷²

aac) Ayrıştırma Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması

Ayrıştırma serbestisinin ana esas ve koşullarını belirleyen FSEK'in 38. maddesinin 6. fıkrasında ise, araişlerlik sonucu elde edilen bilgilerin amacı dışında kullanımını önlemek için, bunların kullanımı belirli şartlara tabi kılınmıştır. Ayrıştırma işlemi gerçekleştirildiğinde, eser sahibinin hakları açısından önemli olan bu işlemin gerçekleştirilmesi olmayıp, bunun sonucunda elde edilen bilgilerdir. Zira bu bilgilerin yeni geliştirilecek programda kullanılması halinde eser sahibinin hakları zarara uğrayabilecektir. Bu sebeple, söz konusu bilgilerin kullanım şartları anılan fıkra 3 bent halinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁵⁷³ Buna göre, ayrıştırma sonucu büyük ölçüde elde edilen kaynak kodları ile diğer bilgiler, bağımsız yaratılmış bilgisayar programın araişlerliğini gerçekleştirmenin dışında başka amaçlar için kullanılamayacaktır. (FSEK. m.38/VI, b.1) Yine bu bilgilerin araişlerlik

⁵⁷¹ Ateş, Software Protection, s. 37-38; Aplin, s. 168

⁵⁷² Kroker, s. 247; Aplin, s. 168.

⁵⁷³ Erel, Bilgisayar Programları, s. 152.

için gerekli olduğu haller dışında başkalarına verilmesi mümkün değildir. (FSEK. m.38/VI, b.2). Maddede ayrıştırmanın ancak araişerliğin sağlanması amacıyla yapılabileceğini vurgulayan bu şartların yanında, (3) numaralı bentte de, ifade tarzı bakımından esas itibarıyla benzer bir programın geliştirilmesi, üretilmesi ya da pazarlanması veya eser sahibinin fikrî haklarını ihlâl eden diğer herhangi bir fiil için kullanılmasının yasak olduğu açıkça belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, elde edilen bilgilerin işleme eser meydana getirmek amacıyla kullanılması da mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada yasaklanan fiil olarak, ayrıştırma sonucunda asıl programdan elde edilen bilgilerin kullanılmasından kasıt, bunların ifade tarzının yeni programda aynen kullanılmış olmasıdır. Zira fikir ve düşünceler, fikrî hukuk koruması kapsamında olmayıp, bunların ifade tarzı korunmaktadır. *Erel*'e göre, bazı durumlarda yeni program yapanın, teknik olarak başka seçeneğinin olmaması sebebiyle orijinal ifade tarzını kullanması durumunda ise, burada düşünce ve ifadeyi ayırma imkanı olmayacağından, istisnaî olarak orijinal ifadenin aynen kullanılmasına izin vermek mümkün olabilecektir.⁵⁷⁴

FSEK'in 38. maddesinin son fıkrasında ise, ayrıştırma serbestisine ilişkin yukarıda açıklanan, altıncı ve yedinci fıkra hükümlerinin, programdan normal yararlanma ile çelişecek ya da hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale edecek şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamayacağı belirtilmektedir.⁵⁷⁵ Aslında, oldukça soyut bir içeriğe sahip olan bu düzenleme,

⁵⁷⁴ Erel, Bilgisayar Programları, s. 152-153. Aynı yönde bkz. Czarnota/Hart, s. 81-82. *Arıkan*, (3) numaralı bentte ifade edilen ayrıştırma sonucu elde edilen bilgilerin, bir başka programın üretilmesi, geliştirilmesi ve pazarlanması için kullanılması durumunu “yazılım intihali” olarak adlandırmaktadır. Yazar, bu şekilde bir intihal yapıp yapılmadığının, başka bir deyişle, kod ayrıştırması yapıldığında bu kodların ifade tarzının yeni bir programın geliştirilmesinde kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, uygulamada, patent istemlerinin yorumlanıp eşdeğerlerinin belirlenmesindeki sisteme uygun bir yönteme başvurulmasının mümkün olabileceği görüşündedir. Yazar'a göre, bunun için öncelikle, intihal yapıldığı kabul edilen bilgisayar programı ile intihal sonucu üretilen yazılımın program akış şeması ve kodları getirtilmeli; kodlar nesne kod halinde ise, taraflardan kaynak kodlar istenilmeli; bunun mümkün olmaması durumunda da, tersine mühendislik yöntemi kullanılmak suretiyle nesne kodun kaynak koda çevrilmesi uzman bilirkişiler yardımıyla gerçekleştirilmeli ve bilirkişilerden programın niteliği, kullanım alanı ve amacı dikkate alınarak bir senaryo yazmaları istenilmeli ve farazi senaryoya göre muhtemel program akış şeması oluşturulmalıdır. Bundan sonra da her bir programın, sahibinin hususiyetini sağlayan unsurları belirlenip, bu nitelikte olmayanlar elenmeli, kalanlar ise birbirleriyle bire-bir karşılaştırılmalıdır. Bu karşılaştırma neticesinde ortak unsurlar bulunur ve intihal yaptığı ileri sürülen kişi, bunu davacı taraftan habersiz ve taklit etmeden yaptığını ispatlayamazsa, kısmî intihalin yapıldığı kabul edilmeli, hususiyet veren unsurlarda benzerlik olmaması durumunda ise, intihalin varlığından söz etmek mümkün olmamalıdır. Bkz. *Arıkan*, Bilgisayar, s. 26-27

⁵⁷⁵ Mehaz Direktifin 6. maddesinin 3. fıkrasında da benzer şekilde, Bern Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak, Direktifin 6. maddesi hükümlerinin, hak sahibinin meşru menfaatlerini makul olmayan

kanımızca 4721 sayılı TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkelerinin, ayırıştırma serbestisinin kullanımının hukuka uygun olup olmadığının Mahkeme tarafından değerlendirilmesi sırasında dikkate alınması gerektiğinin hatırlatılmasından başka bir anlam ifade etmemektedir.

Araişerlik sağlanmak istenen programdan ayırıştırma sonucu elde edilen bilgilerin, geliştirilen diğer bir programda hukuka uygun olarak kullanıldığından söz edebilmek için, bu bilgilerin sadece bu amaç çerçevesinde kullanılmış olması gerekmektedir. O halde her şeyden önce, her iki program arasında kodlar açısından büyük ölçüde bir benzerliğin bulunmaması gerekmektedir. Kodlar arasında bir kısım benzerliklerin olması ise kaçınılmazdır. Belirtmek gerekir ki, analiz edilen programın araişerlik açısından yararlanılan kısmının genellikle kısa ve basit bir bölüm olması göz önüne alındığında, bu bölümlerin fikrî hukuk bakımından korunacak nitelikte bir özgünlüğün ya da orijinalliğin bulunmadığı söylenebilir. Öte yandan, programın bu bölümleri daha ziyade fonksiyon ağırlıklı bir işlev görmekte olduğundan, bu açıdan da fikrî hukuk koruması kapsamında yer almamaktadır. Bu itibarla, programın geri kalan kodlarında önemli ölçüde bir benzerlik bulunmadığı takdirde, araişerlik sonucu elde edilen bilgilerin kullanılması program sahibinin haklarını ihlâl etmeyecek, dolayısıyla hukuka aykırı bir kullanımın varlığından söz edilemeyecektir. Programı oluşturan kodların, araişerliğin sağlanması açısından yeni geliştirilen programa aynen alınmasının kesinlikle gerekli olduğu durumlarda, bunlar tamamen fonksiyon işlevi gören kodlar olmasa dahi, bu eylem, eser sahibinin haklarını ihlâl etmeyecektir.⁵⁷⁶

C. İşleme Hakkının Sınırlandırılması

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere işleme eser, kendisinden önce meydana getirilen eserden, o eserin sahibinin haklarına hâlel getirmemek şartıyla yararlanılmak suretiyle oluşturulan ve meydana getirenin hususiyetini taşıyan, ancak kendisinden yararlanılan esere oranla müstakil nitelikte olmayan fikrî üründür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda nelerin işleme sayılacağına örnek

ölçüde ihlâl edecek şekilde ve bilgisayar programından normal yararlanmaya aykırı bir tarzda yorumlanamayacağı ifade edilmektedir.

⁵⁷⁶ Dreier, s. 325.

olarak belirtildiği 6. maddenin 10. bendinde ise, bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya programda herhangi bir değişim yapılmasının işleme sayılacağı ifade edilmektedir.

Kural olarak, bir bilgisayar programından onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran onu geliştiren eser sahibine aittir. Ancak, bu hak da eser sahibinin münhasır çoğaltma hakkında olduğu gibi özel menfaat mülâhazaları ile Kanun tarafından sınırlandırılmaktadır. Buna göre, sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa dahi, hata düzeltme de dahil olmak üzere, kendisinden beklenen amaca uygun kullanılabilmesi için gerekli olduğu durumda, bir bilgisayar programının onu meydana getiren eser sahibinden ayrıca bir izin alınmaksızın, programı hukukî yollardan edinen kişi tarafından işlenmesi serbesttir. (FSEK. m. 38/II). Anılan fıkra da ifade edilen, “sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu” ve “düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda” deyimleri ile ne anlatılmak istendiği hususları üzerinde, amaca uygun kullanma için çoğaltma yetkisi bahsinde ayrıntılı bir biçimde durulmuştur. Bu kısımda anlatılanlar, amaca uygun kullanma için işleme serbestisi bakımından da aynen geçerli olduğundan ayrıca üzerinde durulmayacaktır. O halde, bir bilgisayar programını hukukî yollardan elde eden kimsenin, programdan beklenen amaca uygun kullanım için gerekli olduğu durumda veya programda mevcut bir hatanın giderilmesi amacıyla, o programı yazıldığı programlama dilinden başka bir dile dönüştürmesi mümkündür. Yine, o programa, bağımsız başka bir program ya da program parçacıklarını da ekleyebilir. Ayrıca söz konusu programda, bu çerçevede herhangi bir değişiklik de yapabilecektir. Ancak bunların aksinin sözleşme ile kararlaştırılmamış olması gerekmektedir. Örneğin, bir banka, akreditifin nasıl açılacağı, işlem için aranacak gerekli belgeler ile hangi sigorta ve muayenelere gerek olduğunu gösteren bir belgeli akreditif programı satın aldığı anda, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, bu programa, program geliştiricisi eser sahibinden ayrıca izin almaksızın, uygulamada sıklıkla rastlanan fakat programın ihtiva etmediği poliçenin iştirai bölümünü eklemek üzere işleme yapabilir.⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ Örnek için bkz. Tekinalp, s. 195.

D. Yayma Hakkının Tükenme Prensibiyle Sınırlandırılması

Yayma hakkı, bir eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının satışa sunulması, kiralanması, ödünç verilmesi ya da diğer herhangi bir yolla dağıtılmasıdır. Eser sahibinin münhasır malî hakları arasında sayılan bu hak, yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenmişti. Bir programı meydana getiren eser sahibi, ancak, o programın aslı ya da çoğaltılmış nüshalarını satmak, kiraya vermek veya diğer herhangi bir suretle piyasaya sürmek suretiyle ekonomik menfaat elde edebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, yayma hakkının sadece ekonomik menfaat elde etmek amacıyla kullanılması şart değildir. Örneğin bağış veya ödünç vermek suretiyle herhangi bir ekonomik menfaat elde edilmeksizin de, eser sahibi tarafından programın yayımı mümkündür. Yayma hakkı, prensip olarak eser sahibine tanınmış bir hak olmakla beraber, bir takım mülâhazalarla bu hakka sınırlama getirilmiştir. Bu mülâhazalar arasında, eser sahibinin yayma hakkını süresiz olarak tek başına kullanması ve bu suretle eserin ilk kez dolaşıma konduktan sonraki her yayma eylemini kontrol altında tutması imkân dahilinde olmadığı, eser sahibine bu şekilde verilecek mutlak bir yetkinin, geniş kitlelerin bu eserden yararlanmalarını engelleyebileceği düşünceleri yer almaktadır.⁵⁷⁸ Kısaca, bu hak da üçüncü kişilerin özel menfaatleri göz önüne alınarak sınırlandırılmıştır.

Hemen tüm ülke hukuk sistemlerince benimsenen bu ilke uyarınca, herhangi bir fikir ve sanat eserinin asıl ya da nüshaları, eser sahibi ya da onun rızası dahilinde üçüncü kişiler tarafından bir kez tedavüle sokulduktan sonra, onlar üzerinde başkalarınca yapılacak dağıtım eser sahibi tarafından engellenemez. Ancak eserin tedavüle sokulan nüshalarının, müteakip dolaşımlarda başkalarınca satım dışında tasarruflara tabi tutulması eser sahibinin haklarının zedeleyebilecektir. Bu sebeple, müteakip dolaşımlarda eser sahibinin denetiminin bütünüyle ortadan kaldırılmaması da gerekmektedir.⁵⁷⁹ İşte, menfaatler dengesinin sağlanmasını teminen yayma hakkının sınırlanmasına ilişkin tükenme ilkesi (*first-sale doctrine / exhaustion*) Türk hukukunda da kabul edilmiştir. Bu ilke, FSEK'in 22. maddesinin 2.

⁵⁷⁸ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 409. Yayma hakkının tükenmesi ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Burçak Yıldız, "Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, 579-616.

⁵⁷⁹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 410.

cümlesinde, “Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlâl etmez.” şeklinde düzenlenmiştir.⁵⁸⁰ Buna göre, bir bilgisayar programının aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının Türkiye sınırları içerisinde ilk kez satım yoluyla ya da herhangi bir şekilde devredilmesi sonrasında, bu program aslı veya nüshalarının mülkiyeti devralmış olan kimse tarafından yeniden satımı suretiyle yayımı serbesttir. Görüldüğü üzere, yayma hakkının kapsamı içerisinde yer alan en önemli haklardan biri olan satım hakkı, prensip olarak eser sahibine ait olmasına rağmen, eserin mülkiyeti bir kez devredildikten sonra, artık devredilen eser aslı ya da nüshaları üzerinde başkaları satış suretiyle tasarrufta bulunabilmektedir. Başka bir deyişle, bu durumda eser sahibinin yayma hakkı ihlâl edilmemektedir.

Tükenme ilkesinden söz edilebilmesi için öncelikle, ilk satım işleminin eser sahibinin iradesi dahilinde yapılması gerekmektedir. Bu husus maddede, “hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu” ifadesinden çıkmaktadır. O halde, bir programın asıl ya da nüshalarının, sahibinin rızası olmaksızın ele geçirilip satım suretiyle tedavüle çıkarılması durumunda tükenme ilkesi nedeniyle yayma hakkının düşmesinden söz etmek mümkün değildir. Zira bu durumda, yayma hakkı ihlâl edilmektedir. Bu takdirde program sahibinin, en azından, programın rızası dışında tedavüle sokulduğunu bilen kötü niyetli kimselerin bu nüshaları üçüncü kişilere devretmelerine engel olması mümkündür.⁵⁸¹

Tükenmenin söz konusu olabilmesi için, programın asıl ya da nüshalarının sadece satım yoluyla ilk kez tedavüle sürülmüş olması gerekli olmayıp, satım dışında mülkiyeti devreden bağış ya da trampa sözleşmeleri ile devredilmiş olmaları yeterlidir. Burada önemli olan husus mülkiyetin devridir. O halde, programın ilk kez

⁵⁸⁰ Mehaz Direktifin 4. maddesinin (c) bendinde de, eser sahibinin malî haklarında yer alan yayma hakkı, programın aslı ya da kopyalarının, kiralama hakkı da dahil olmak üzere, herhangi bir biçimde kamuya dağıtımı olarak belirtildikten sonra, programın kopyasının Topluluk içerisinde, hak sahibi veya onun izniyle ilk satışından sonra, bu nüshanın yayma hakkının, programın asıl ya da nüshasının kiralama hakkı hariç olmak üzere tükeneceği ifade edilerek, Topluluk düzeyinde tükenme ilkesi kabul edilmiştir.

⁵⁸¹ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 412-413; Yıldız, s. 584.

kiraya veya kamuya ödünç verilmiş olması, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılması, finansal kiralama veya programın aslı ya da nüshaları üzerinde intifa hakkı kurulması sonucu yayma hakkının tükenmesi söz konusu olmaz. Başka bir deyişle, mülkiyetin devrini sağlamayan işlemlerden herhangi biri ile eser sahibinin ilk kez yayma hakkını kullanması bu hakkın tüketilmesi sonucunu doğurmamaktadır.⁵⁸² Aynı şekilde, bir program nüshasının ilk kez lisans verilmesi durumunda da hakkın tükenmesinden söz edilemez.⁵⁸³

Anılan maddede ülke sınırları içerisinde ilk satış ve dağıtımdan söz edildiğine göre, Türk Hukukunda “ülkesel tükenme”⁵⁸⁴ prensibi benimsenmiştir. Buna göre, yayma hakkının tüketilmiş sayılabilmesi için, program aslı ya da nüshalarının mülkiyetin devri sonucunu doğuran ilk satışı ve dağıtım işlemlerinin Türkiye sınırları dahilinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. O halde, Türk vatandaşı olan programı meydana getiren bir kimse, programı ilk kez yurt dışında satışa sunduğu takdirde, programı yurt dışında elde edinen kimsenin bunu getirip Türkiye’de satımına engel olabilir. Zira bu durumda, eser sahibinin yayma hakkı tükenmiş olmamaktadır. Bu husus, 22. maddede özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” (FSEK. m. 22/II) Yine ülkesel tükenme ilkesinin bir sonucu olarak, aynı maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde “paralel ithalat yasağı” düzenlenmiştir. Buna göre, yurt dışında çoğaltılmış eser nüshaları her ne surette olursa olsun, eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez.⁵⁸⁵

FSEK’in 23/III. maddesinin ikinci cümlesinin karmaşık ifade tarzı, eserin nüshasının dağıtımının ilk kez mülkiyetinin devri suretiyle yapılmasının, eser

⁵⁸² Eroğlu, s. 104; Tekinalp, s. 177; Arıkan, Bilgisayar Programları, III. Bölüm, s. 493; Yıldız, s. 584; Adem Aslan, Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004, s. 203 vd.

⁵⁸³ Dreier, s. 322. Dreier’e göre, satım ve lisans arasındaki ayrımı yapmak her zaman pek kolay değildir. Ancak hakkın tükenmesi programın kaydedildiği disket veya CD’nin satımı ve kullanma hakkının belirli bir süre ile sınırlı olmaksızın tanındığı durumlarda söz konusu olabilmektedir.

⁵⁸⁴ Mehaç Direktifte ise “topluluk düzeyinde tükenme ilkesi” kabul edilmiştir. Buna göre, programın ilk satışının Topluluk üyesi ülkelerin birinde gerçekleşmiş olması durumunda, diğer ülkeler bakımından da yayma hakkının tükenmesi söz konusu olmaktadır.

⁵⁸⁵ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 414-415; Arıkan, Bilgisayar Programları (II), s. 492-493; Eroğlu, s. 107-108.

sahibinin eseri kiralama ve ödünç verme hakkının da tükenmesi sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışmasına neden olmaktadır.

Erel'e göre, anılan düzenleme “eser sahibinin nüshaları kiralama ve kamuya ödünç verme hakkını saklı tutmamış olması şartıyla, üçüncü şahıslarca satın alınan nüshaların yeniden satışı, kiralınması veya ödünç verilmesi eser sahibinin yayma hakkını ihlâl etmez” şeklinde anlaşılmalıdır.⁵⁸⁶ O halde bu görüş kabul edildiğinde, eser sahibinin, eser aslı veya nüshalarının dağıtımını mülkiyeti devreden bir işlemle gerçekleştirirken, kiralama ve kamuya ödünç verme hakkını açıkça saklı tutmamış olması durumunda, bu hakların da yayma hakkının tükenmesi kapsamında tükeneyeceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, bu haklar saklı tutulmadığında, eser aslı ya da nüshalarını devralan şahıslar, bunları serbestçe kiraya veya kamuya ödünç verebilecektir. *Erel*, FSEK'in 38. maddesinin 5. fıkrasının 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde yer alan ve nüshalar üzerinde bir kayıtla men edilmiş olmadıkça, yayımlanmış bir eserin ücret karşılığında kiralınmasının caiz olduğuna dair hükmün, her ne kadar yürürlükten kaldırılmış olsa da, 23/III. maddesi ile aynı sonuca ulaşılmasını mümkün kıldığını ifade etmektedir.

Bu konuda doktrinde genel kabul gören⁵⁸⁷ bizim de katıldığımız görüşe göre ise, eserin herhangi bir şekilde mülkiyeti devredilerek ilk dağıtımının gerçekleştirilmesi durumunda, eser sahibinin yayma hakkı sadece eserin tekrar mülkiyetinin devri yönünden tükenmekte, ancak kiralama ve kamuya ödünç verme yetkileri bakımından tükenmemektedir. Başka bir deyişle, eser sahibi bu konuda açıkça izin vermediği müddetçe, eserin kiralınması ve kamuya ödünç verilmesi hakkı eser sahibinde kalmaya devam etmektedir. Eserin mülkiyetini herhangi bir şekilde devralan şahısların, bu eserin aslı ya da nüshalarını eser sahibinin izni olmaksızın kiralama veya kamuya ödünç verme yetkileri bulunmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarların dayandığı gerekçelerin her birinin irdelenmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır.⁵⁸⁸ Ancak kanımızca, FSEK'in 23/III

⁵⁸⁶ *Erel*, s. 147. Aynı yönde görüş için bkz. Kılıçoğlu, *Değişiklikler*, s. 18.

⁵⁸⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz, Tekinalp, s. 177; Eroğlu, s. 102-103; Ateş, *Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, s. 419-422; Arıkan, *Bilgisayar*, s. 27; Yıldız, s. 585.

⁵⁸⁸ Bu konuda ileri sürülen gerekçeler hakkında geniş bilgi için bkz. Ateş, *Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, s. 420-421.

maddesinin ifade tarzı ve özellikle “Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla” tabirinden sonra kullanılan virgül, bu hakların eserin ilk dağıtımı ile birlikte sona ermeyeceği yorumunu daha elverişli kılmaktadır.⁵⁸⁹ Nitekim 23. maddede değişiklik öngören 4110 sayılı Kanun Tasarısına ilişkin Komisyon Raporunda⁵⁹⁰ da, madde metninde, kiralama ve ödünç verme fiillerinin eser sahibinin ilk satış yetkisini devretmesi durumunda bile eser sahibinde kalmasının düzenlendiğinin ifade edilmiş olması, bu görüşümüzü desteklemektedir.

Sonuç olarak, bir bilgisayar programının aslı ya da nüshaları, eser sahibi ya da onun izniyle bir başkası tarafından mülkiyeti devredilmek suretiyle ülke sınırları dahilinde bir kez dağıtımına sokulmuş ise, o programın aslı ya da nüshalarını devralan şahıslar, program sahibinin iznine gerek olmaksızın onu/onları tekrar mülkiyeti devredici işlemlere tabi tutabilirler. Program sahibinin açıkça izin vermemiş olması durumunda ise, bu hak ancak kendisi tarafından kullanılabileceğinden, programı devralan şahısların onu kiraya veya kamuya ödünç verme yetkileri bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, burada tükenme sadece yayma hakkı bakımındandır.⁵⁹¹ Başka bir deyişle, programı devralanlar sadece, devralınan programın aslı ya da nüshaları tekrar mülkiyeti devredici işlemlere tabi tutabilirler. Zira, nüshaların çoğaltılarak yeniden satılması eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlâl edecektir.

Mehaz Direktifin 4. maddesinin (c) bendinde, bir bilgisayar programının hak sahibinin izni ile Topluluk içerisinde bir kez satılması ile, yayma hakkının, programın ya da nüshasının kiralınmasına ilişkin kontrol etme hakkı saklı kalmak kaydıyla Topluluk düzeyinde tükeneceği öngörülmektedir. Buna göre, bir bilgisayar programı, Avrupa Birliği ülkelerinden birinde, örneğin Hollanda’da eser sahibi ya da lisans verenin onayı ile satıldığı takdirde, satılan bu kopyanın, örneğin İngiltere’de

⁵⁸⁹ Nitekim mehaz Direktifin 4. maddesinin (c) bendinde de, programın kopyasının Topluluk içerisinde, hak sahibi veya onun izniyle ilk satışından sonra, bu nüshanın yayma hakkının, programın asıl ya da nüshasının kiralama hakkı hariç olmak üzere tükeneceği ifade edilerek, Topluluk düzeyinde tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Her ne kadar Direktifte ödünç verme hakkından bahsedilmemiş ise de, kiralama hakkı hariç olmak üzere tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Nitekim Sayın *Erel* de, Direktif’te yer alan bu hükmün, eser sahibine, müteakip satışları denetleme imkânı vermediği, ancak programın kiralama yoluyla dolaşıma sokulmasını denetleme yetkisi verdiğini belirtmektedir. Bkz. *Erel*, *Bilgisayar Programları*, s. 149.

⁵⁹⁰ Bkz. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu* (1/538), Dönem : 21, Yasama Yılı : 2.

⁵⁹¹ *Yıldız*, s. 585.

satılmasına ya da kira dışında başka bir hukukî işleme tabi tutulmasına eser sahibi veya lisans veren engel olamayacaktır.⁵⁹²

E. Hataları Düzeltme Serbestisi Nedeniyle Programda Değişiklik Yapma Hakkının Sınırlandırılması

Bir bilgisayar programında ya da program geliştiricisinin adında, sahibinin izni olmadığı sürece kısaltma, ekleme ya da diğer bir değişiklik yapılması kural olarak mümkün değildir. Başka bir deyişle, programda herhangi bir suretle değişiklik yapma eser sahibinin münhasır haklarından biridir.⁵⁹³ Ancak Kanunun ya da programı meydana getirenin izni ile o programı işleyen, kamuya sunan, yayımlayan, temsil eden veya diğer bir suretle yayan kimse, eser sahibinden ayrıca izin alınmasına gerek olmaksızın, işleme, çoğaltma, temsil ya da yayım tekniği icabı olarak zarurî kabul edilebilecek değiştirmeleri yapabilir. (FSEK. m.16)

Eser sahibinin değişiklik yapma hakkı, programı hukukî yollardan edinen kimselerin özel menfaatleri dikkate alınarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, sınırlandırılmıştır. Buna göre, bir bilgisayar programını hukukî yollardan edinen kimsenin programda yer alan hataları düzeltmesi mümkün olduğu gibi, bu hakkın sözleşme ile de önlenemeyeceği FSEK'in 38. maddesinin 3'ncü fıkrasının ilk cümlesinde belirtilmektedir. Hatta yukarıda değinildiği gibi, FSEK'in 38/II. maddesinde, programı hukukî yollardan edinen kimselere, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hata düzeltme amacıyla bilgisayar programını çoğaltma ve işleme yetkisi vermektedir.

Mehaz Direktifin 5. maddesinde ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki ki düzenlemeden farklı olarak, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı müddetçe hata düzeltme için eser sahibinden izin alınmasına gerek bulunmadığı hükme bağlanmıştır. Bu açıdan karşılaştırıldığında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda programı hukukî yoldan elde edinen kimselerin, programdan kesintisiz olarak yararlanmalarının daha fazla güvence altına alındığı anlaşılmaktadır.

⁵⁹² Laddie/Prescott/Vitoria/Speck/Lane, 1622.

⁵⁹³ Programda değişiklik yapma hakkının eser sahibinin münhasır hakları arasında olduğu mehaz Direktifin 4. maddesinin (b) bendinde de açıkça ifade edilmektedir.

FSEK'in 38/III. maddesinde tanınan hataları düzeltme serbestisi hakkaniyete uygun bir düzenlemedir. Fikir ve sanat eserleri arasında sadece bilgisayar programlarına özgü olan bu düzenleme, programların teknik özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, teknik olarak hiçbir program sıfır hata ile piyasaya sürülememektedir.⁵⁹⁴ Programlarda mevcut hatalar da, genelde onların temel işlevini görmesini engellemeyecek kadar önemsiz olduklarından piyasaya sürülmekte ve kullanıcılar tarafından satın alınmaktadır. Ancak bu küçük ve önemsiz hatalar, bazı kullanıcıların yaptığı işlemlerin kapsamı ve çeşitliliğinden dolayı onlar için önemli hale gelebilir. İşte bu durumda programdan beklediği şekilde fayda sağlayamayan ve onu hukukî yoldan edinen kimsenin, bu hakkının güvence altına alınması gerekmektedir.⁵⁹⁵ Programda meydana getirildiği sırada mevcut hataların sonradan düzeltilmesinin yanı sıra, ilk geliştirildiği sırada hata olarak mevcut olmayan ancak sonradan mevzuat değişikliği gibi nedenlerle programın, kullanıcının ihtiyacına cevap vermediği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, bir muhasebe programını lisans sözleşmesi ile edinen bir kullanıcı, vergi oranlarında sonradan yapılan yasal değişiklikleri programa dahil etmeye yönelik ve işleme eser meydana getirmeyecek nitelikteki değişiklikleri, FSEK'in 38/III maddesi çerçevesinde kendisi yapabilmelidir.

Programı hukukî yoldan elde edinenin hataları düzeltme serbestisi sözleşme ile engellenemeyecek ise de, programda hata düzeltme yapılabilmesi için kaynak koduna ulaşılması gerekmektedir. O halde acaba bu amaçla ayrıştırma yapılması mümkün müdür? FSEK'in ayrıştırma serbestisini düzenleyen 38. maddesi hükümleri uyarınca bu mümkün değildir. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, ayrıştırma ancak programlar-arası araişerliğin sağlanması amacıyla tanınmaktadır. Lisans veya satım sözleşmesi ile, ki uygulamada çoğunlukla yapılmadığı gibi, kaynak kodlarının sağlanmadığı da göz önüne alındığında, programı hukukî yoldan edinen kimsenin fiilen hataları düzeltmesi mümkün görülmemektedir.⁵⁹⁶ Ancak

⁵⁹⁴ Bilgisayar programcılığının doğasında barındırdığı karmaşıklık, program geliştirenler üzerinde gerek piyasa koşulları gerek işverenlerce yüklenen zaman ve maliyet baskıları nedeniyle bilgisayar programlarında bir takım hataların mevcudiyeti kaçınılmaz olmaktadır. Bundan dolayı da, genellikle yazılım firmaları kullanıcılarına, ücretli ya da ücretsiz, dönemsel bakım ve servis desteği sağlamaktadır. Bandey, s. 55-56.

⁵⁹⁵ Kaypakoğlu, s. 117.

⁵⁹⁶ Berkvens/Alkemade, s. 477; Kaypakoğlu, s. 118-119.

FSEK'in 38/III. maddesinin, programda bir hata vukuunda, programı meydana getiren eser sahibini, gerektiğinde mahkeme kararı ile söz konusu hataları düzeltmeye veya bu yapılmadığında ya da yapılamadığında üçüncü şahıslar aracılığıyla hataların düzeltilmesini teminen gerektiğinde kaynak kodlarını vermeye zorlanabilmesi açısından, programı hukukî yollardan edinenlere önemli bir güvence sağladığını söylemek mümkündür.

Programı meydana getirenin gerek başlangıçta gerek hatanın meydana gelmesinden sonra hata düzeltme amacıyla kaynak kodlarını sağlaması durumunda, programda hata düzeltme amacıyla yapılacak değiştirme, hata düzeltmenin gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Zira programda hata düzeltme amacıyla yapılacak değişiklik, objektif olarak, onu meydana getirenin şeref ve itibarını düşürmekte veya programın nitelik ve hususiyetini bozmakta ise, eser sahibi bu değişikliklere engel olabilmelidir.(FSEK. m.16/III)

F. Program İşleyişinin Gözlemlenmesi, Tetkik Edilmesi ve Sınanması Serbestisi

Bilgisayar programları, düşünce ve ilkelerin herkesçe kolay anlaşılabilirlikleri açısından diğer fikir ve sanat eserlerinden farklılık arz etmektedir. Çoğu kez bilgisayar programlarının altında yatan düşünce ve ilkeler açıkça belli değildir. Ancak bir roman, şiir ya da resmin altında yatan düşünce ve ilkeler ise, roman ya da şiiri okuyan ve resme bakan bir kimse tarafından genellikle kolayca anlaşılabilir niteliktedir. Fikrî hukuk düşünce ve ilkeleri korumadığından, bunların herkesçe ulaşılabilir olması da büyük önem arz etmektedir. Zira düşünce ve ilkelerin ulaşılabilir olmaması, bunların, tekelleşmeleri suretiyle haksız rekabeti doğuracak ve başkalarının aynı fonksiyonu icra eden bilgisayar programları meydana getirmesini oldukça güçleştirecektir. Düşünce ve ilkelerin kolayca ulaşılabilir olmamasından dolayı, diğer eserlerden farklı olarak bunlar, çoğunlukla eser sahibine münhasır olarak tanınan hakların kullanılması sonucunda öğrenilebilmektedir.⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ Bainbridge, Intellectual Property, s. 212-213.

Kanunumuzda, bilgisayar programını hukuken kullanma yetkisine sahip kimselerin, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ya da depolanması eylemlerini yerine getirdikleri sırada, o programın herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek üzere, programın işleyişini gözlemleme, tetkik etme ve sınaama yetkilerine sahip oldukları hükme bağlanmıştır. (FSEK. m. 38/IV)

Programın herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek için, programın işleyişini gözleme, tetkik etme ve sınaama yetkileri, sadece bilgisayar programını hukuken kullanma yetkisine sahip kimselere programın normal kullanma kapsamında kalan işlemleri yaptıkları sırada tanınmaktadır. O halde programın belli bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirleme amacını aşan şekilde, programdan özel bilgiler çıkarılması veya fikrî hukukun koruma kapsamında kalan kaynak kodlarını elde etmeye yönelik ayrıştırma kapsamında değerlendirilebilecek bir analiz bu düzenlemenin kapsamında yer almamaktadır. Ayrıca amaç, düşünce ve ilkelerin belirlenmesi olsa dahi, bu ancak maddede belirtilen sınırlı eylemlerin icrası sırasında yapılabilecek analiz ile sınırlıdır. Dolayısıyla, bu amaca yönelik olmak üzere çoğaltma, işleme ya da uyarılma gibi işlemlerle analiz yapılamayacaktır.⁵⁹⁸ O halde her ne kadar bu düzenlemeden, araştırma amaçlı analiz yapılamayacağı söylenebilse de, uygulamada kimin ne amaçlı analiz yaptığının fiilen tespiti mümkün olmadığından, önemli olan, maddede sınırlı olarak belirtilen eylemlerin dışında kalan fiillerle analiz yapılmamış olmasıdır.⁵⁹⁹

Anılan maddedeki düzenleme mehz Direktifin 5. maddesinin (3) numaralı bendi ile tam bir uyum arz etmektedir. Kanunumuzda, programı kullanma yetkisine sahip olan kimselerin, programın işleyişini gözlemleme, tetkik etme ve sınaama yetkilerinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde bunun aksinin kararlaştırılabileceği ileri sürülmüştür.⁶⁰⁰ Mehaz Direktif düzenlemesi ile FSEK.m.38/III düzenlemesi tam bir ayniyet arz etmekte ise de, Direktifin 9. maddesinde, 5. maddenin 3. bendinin aksi sözleşmeyle kararlaştırılamayacağı, aksi

⁵⁹⁸ Erel, Bilgisayar Programları, s. 151.

⁵⁹⁹ Yusufoğlu, s. 114.

⁶⁰⁰ Ateş, Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 386.

halde bunun geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. Kanımızca bu düzenlemenin Kanunumuza alınmamış olması bilinçli bir tercihten kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan düzenlemeyi amaçsal yorum yöntemiyle Direktif hükümleri ile uyumlu tarzda yorumlamak, Kanun Koyucunun anılan Direktif hükümleri ile tam bir uyum sağlamayı amaçlayan iradesine daha uygun bir yorum olacaktır.⁶⁰¹ Öte yandan fıkri hukukun düşünce ve ilkelerin korunmadığına ilişkin genel ilkesinden hareketle de, fıkri hukuk tarafından korunmayan ve başkalarının ulaşılabilir olması gereken düşünce ve ilkelere ulaşmak amacıyla, programı hukuken kullanma yetkisine sahip olan kimselerin, programın işleyişini gözlemleme, tetkik etme ve sınama yetkilerinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılamaması gerekmektedir. Buna rağmen tarafların sözleşme ile bunu yasaklamış olmaları durumunda ise, kanımızca, sözleşmenin bu hükmü hukuka aykırılık nedeniyle BK. m. 20/II uyarınca kısmî butlanla geçersiz⁶⁰² kabul edilmelidir.

§11. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA HAKLARIN DEVİR VE İNTİKALI

I. GENEL OLARAK

Eser sahibine tanınan malî ve manevî hakların sadece varlığı, eser sahibinin o eserden ekonomik olarak yarar sağlamasını temin etmez. Bunun için eserin piyasaya sürülmesi ve başkalarının istifadesine sunulması gerekmektedir. Eserin piyasaya sürülerek başkalarının istifadesine sunulması ise, eser sahibinin münhasıran sahip olduğu hakların ya da bunların kullanım yetkilerinin devrini zorunlu kılmaktadır. Zira günümüzde eser sahiplerinin, bir taraftan yeni eserler meydana getirmesi diğer taraftan bunların pazarlaması işiyle uğraşması fiili olarak pek

⁶⁰¹ Aynı yönde görüş için bkz. Arıkan, Bilgisayar, s. 25. Bununla beraber, gerek FSEK m.38/IV gerekse mehzaz Direktifin 5. maddesinin (3) numaralı bendinde düzenlenen hususlara ilişkin tüm yorum ve tartışmalar tamamen teorik düzeyde kalmaktadır. Zira *Czarnota ve Hart* ile *Kaypakoğlu*'nun da belirttiği gibi, bu düzenleme, kanuna, okuyucunun satın aldığı kitabı dilediği gibi okuyup inceleyebileceğine dair düzenleme getirmekten öte bir anlam ifade etmemektedir. *Czarnota/Hart*, s. 69; *Kaypakoğlu*, s. 119-120.

⁶⁰² İngiliz Telif Hakları, Tasarım ve Patent Kanunu'nun 269A maddesinde Direktifle uyum sağlamak üzere 1992 tarihinde yapılan değişiklikle, programı hukuken kullanma yetkisine sahip bir kimsenin programın altında yatan düşünce ve ilkeleri gözlemlemesi, çalışması ve test etmesini yasaklayan sözleşmedeki bir hükmün geçersiz olacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

mümkün bulunmamaktadır. Eser sahipliğinden doğan malî hakların devri bir yandan sağlararası işlemlerle gerçekleşirken diğeryandan eser sahibinin ölümü üzerine miras hukuku kurallarına göre mirasçılara intikal edebilmektedir. Belirtmek gerekir ki; eserin meydana getirilmesi ile doğan eser sahipliğı hukukî bir durum olduğundan bu statünün devir veya intikali söz konusu değildir.⁶⁰³

Türk Hukukunda eser sahipliğinden doğan malî hakların hem kendisinin hem de kullanma yetkisinin, süre, yer ve içerik açısından sınırlı ya da sınırsız olarak devredilmesi kabul edilmiş iken (FSEK. m. 48) manevî hakların kendisinin devri caiz görülmemiştir. Öte yandan, manevî hakların sadece kullanma yetkisinin devri söz konusu olabilmektedir. Malî haklardan farklı olarak manevî haklar, eser sahibi öldükten sonra terekeye dahil olmaz ve mirasçılara intikal etmez. Bu hakların kullanım yetkisinin devri ise, FSEK'in 19. maddesinde özel düzenlemeye tabi tutulmuştur.⁶⁰⁴ Aşağıda bilgisayar programları bakımından temelde farklılık arz etmeyen bu hususlar, çalışmamızın kapsamının elverdiği ölçüde ele alınmış ve konunun bilgisayar programları bakımından farklılık arz eden yönleri yeri geldiğinde ayrıca irdelenmiştir.

II. HAKLARIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

A. Manevî Hakların İntikali

Medeni hukuktaki kişilik haklarından farklı olarak fikrî hukukta manevî haklar, ölümle son bulmaz. Yine kişilik haklarının kullanımı başkalarına devredilemezken, manevî hakların kullanımı gerek sağlararası işlemle, gerek ölüme bağılı tasarruf ile ve gerekse eser sahibinin ölümü üzerine kendiliğinden üçüncü şahıslara intikal edebilmektedir.⁶⁰⁵

Eser sahibi manevî hakların kullanımını bırakmak üzere bir ölüme bağılı tasarruf yapmış ise, ölenin mirasçıları ve daha önce malî hakları devralan kimselerin bu haklar üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi kalmayacaktır. Manevî haklar

⁶⁰³ Erel, Fikir, s. 239; Ayiter, s. 199.

⁶⁰⁴ Erel, Fikir, s. 239; Ayiter, s. 199.

⁶⁰⁵ Erel, Fikir, s. 240; Tekinalp, s. 165; Gökyayla, s. 54.

kendisine kullanım hakkı verilen kimse tarafından kullanılabilir. Ancak ölüme bağlı bir tasarruf yapılmadığı durumda ise manevî hakların kullanım yetkisi, eser sahibinin ölümü üzerine, FSEK'in 19. maddesinde sayılan kimselere intikal edecektir.⁶⁰⁶ O halde eser sahibinin, münhasıran sahip olduğu manevî hakların kullanımını herhangi bir kimseye vasiyetname veya miras sözleşmesi ile bırakmamış olması durumunda, bu hakların kullanma yetkisi öncelikle vasiyeti tenfiz memuruna ait olacaktır. Ölen eser sahibinin vasiyeti tenfiz memuru belirlememiş olması halinde ise manevî hakların kullanım yetkisi, sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılara, ana – babasına ve kardeşlerine ait olmaktadır. (FSEK. m.19/I) Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, vasiyeti tenfiz memurunun olmayışında kullanma yetkisinin geçeceği kimseler sınırlı şekilde sayılmıştır. Anılan şahıslar kendilerine intikal eden manevî hakları, eser sahibinin ölümünden itibaren, eserlerin koruma süresi olan yetmiş yıl boyunca kendi adlarına kullanabilirler. (FSEK. m.19/II)

Ancak Kanun Koyucu tüm manevî hakların değil de 19. maddenin 1 ve 2. fıkralarında açıkça ifade edilen manevî hakların kullanım yetkisinin mirasla intikal edeceğini düzenlemiştir. Buna göre yukarıda sayılan kişilere kullanım yetkisi intikal edecek olan haklar, eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayınlanma zamanı ve tarzını belirleme yetkisi (FSEK. m.14/I), eser sahibinin şeref ve itibarını düşürücü suretle yapılan umuma arzı ya da yayımı menetme yetkisi (FSEK.m.14/III), eseri, sahibinin adı ya da müstear adıyla veya adsız olarak kamuya sunma ve yayımlama yetkisi (FSEK. m.15/I), eser sahipliğinin çekişmeli olduğu durumlarda, mahkemeden eserin gerçek sahibinin tespitinin talep yetkisi (FSEK. m.15/III), eser sahibinin şeref ve itibarını ya da eserin nitelik ve özelliklerini bozan değişikliklere karşı koyma yetkisi (FSEK.m.16/III) dir.⁶⁰⁷

Malî haklardan gerektiği şekilde yararlanılması ancak ilgili manevî haklardan da faydalanılması suretiyle olacağından ve yine manevî hakların kullanım tarzı veya bunlara yapılan tecavüz malî hak sahiplerini de etkileyeceğinden, Kanun Koyucu, malî hak sahiplerini, manevî haklara yönelik tecavüzlere karşı belirli şartlar

⁶⁰⁶ Erel, Fikir, s. 240; Arslanlı, s. 167; Gökyayla, s. 54.

⁶⁰⁷ Erel, Fikir, s. 241; Gökyayla, s. 55.

dahilinde korumak istemiştir. Buna göre 19. maddenin 1. fıkrasında sayılan kendilerine manevî hakları kullanma yetkisi intikal eden kimselerin, manevî hak ihlâllerine karşı gereken önlemleri almamaları durumunda, malî hak sahipleri meşru menfaatlerini korumak üzere söz konusu manevî hakların bazılarını kendi adlarına kullanabilirler. (FSEK.m.19/III) O halde program sahibi veya onun halefinden bir malî hakkı devralan kişi, program sahibinin şeref ve itibarını düşürecek şekilde onun umuma arzı ya da yayımına karşı koyabilir; programdan doğan eser sahipliğinin ihtilâflı olduğu durumlarda gerçek eser sahibinin tespitini isteyebilir; yine eser sahibinin itibarını zedeleyici veya programın bütünlük ve özelliğini bozan değişikliklere karşı koyabilir. Burada malî hak sahibi açısından aranacak şartlar, eser sahibi veya 19/I. maddede sayılan kimselerin bu yetkilerini kullanmamış olmaları ya da bu şahıslardan hiçbirinin bulunmaması ve malî hak sahibinin dava açmakta meşru menfaatinin bulunduğunu ispat etmesidir.⁶⁰⁸

Manevî hakları kullanmaya yetkili bu şahısların birden fazla olması ve yapılacak müdahale hususunda anlaşamamaları halinde ise, mahkeme eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekilde ve basit yargılama usulü ile ihtilâfı çözecektir. (FSEK. m.19/IV).

Kültür Bakanlığı tarafından memleket kültürü açısından önemli görülen eserler üzerindeki, FSEK'in yukarıda açıklanan 14, 15 ve 16. maddelerinin 3. fıkralarında belirtilen manevî haklar, eser sahibi ya da onun ölümü halinde 19/I. maddede belirtilen yetkililer veya malî hakları devralmış olanların bulunmaması ya da bulundukları halde yetkilerini kullanmaktan kaçınmaları veya 19. maddenin 2. fıkrasında öngörülen 70 yıllık sürenin bitmiş olması durumunda, anılan Bakanlık tarafından herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın kullanılabilir.⁶⁰⁹

B. Malî Hakların İntikali

FSEK'in 63. maddesinde malî hakların miras yolu ile intikal edeceği ve bu hakların ölüme bağlı tasarruflarının konusunu oluşturabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, eser sahibinin malvarlığına dahil olan malî haklar eser sahibinin ölümü

⁶⁰⁸ Arslanlı, s. 168; Erel, Fikir, s. 244; Ayiter, s. 200-202; Tekinalp, s. 166.

⁶⁰⁹ Erel, Fikir, s. 245; Gökyayla, s. 56.

ile birlikte kendiliğinden mirasçılara geçer. Bu hakların intikali Medeni Kanunun miras hükümleri çerçevesinde olur.⁶¹⁰ Eser sahibi öldüğünde mirasçısı bulunmuyor ve bu haklar ölüme bağlı tasarruf ile de bir başkasına bırakılmamış ise Hazineye geçer. (TMK.m.501) Çalışmamızın kapsamını aşacağından burada, malî hakların miras yolu ile intikalinde uygulanacak Medeni Kanunun genel miras hükümlerine (TMK. m. 495-682) atıfla yetineceğiz.

Yukarıda, günümüzde bilgisayar programlarının genellikle birden fazla şahıs tarafından geliştirildikleri, dolayısıyla programlar üzerinde müşterek eser sahipliği ya da iştirak halinde eser sahipliğinin söz konusu olduğunu belirtmiştik. Burada üzerinde durulması gereken husus, birden fazla şahıs tarafından geliştirilmeye başlanan bir programın tamamlanması veya tamamlandıktan sonra alenileşmesinden önce ya da program alenileştirildikten sonra, programcılardan birinin ölümü halinde ölen programcının malî hakların akıbetinin ne olacağıdır.

FSEK'in 64. maddesinde⁶¹¹ bir eserin tamamlanması veya alenileşmesinden önce ve alenileştikten sonra eser sahibinin ölümü arasında ayırma gidilmiştir. Buna göre, iştirak halinde geliştirilen bir program tamamlanmadan veya tamamlanmış olmakla beraber alenileşmesinden önce, programı geliştiren eser sahiplerinden birinin ölümü halinde, ölenin hissesi diğerleri arasında paylaşılır. Bu takdirde, diğer eser sahipleri ölenin mirasçılara uygun miktarda tazminat ödemekle yükümlüdür. Mirasçılara ödenecek miktarda anlaşılamaz ise, bunu mahkeme belirler. (FSEK. m.64/I) Burada belirtmek gerekir ki; paylaşım tabi olan haklar malî haklardır. Zira yukarıda açıklandığı üzere, eser sahibinin ölümü halinde bazı manevî

⁶¹⁰ Arslanlı, s. 165; Tekinalp, s. 109.

⁶¹¹ Maddenin kenar başlığı hernekadar “Müşterek eser sahiplerinden birinin ölümü” ise de maddenin içeriğinde iştirak halinde eser sahiplerinden biri öldüğünde hukukî durumun ne olacağı düzenlenmiştir. Nitekim bu husus, maddenin üçüncü fıkrasındaki ‘birliğe karşı hakların kullanılması’ ibaresinden anlaşılmaktadır. Birlik ise, yukarıda açıklandığı üzere eser sahiplerinin birbirinden ayrılmaz şekilde bir eseri birlikte meydana getirmeleri halinde, diğer bir deyimle iştirak halinde eser sahipliğinde söz konusu olabilmektedir. Müşterek eser sahipliğinde eser sahiplerinden birinin ölümünün malî ve manevî haklar üzerindeki etkisi ise kanunla düzenlenmemiştir. Ancak müşterek eserler kısımlara ayrılıp birbirinden ayrı şekilde kullanılabilirdiklerinden, müşterek eser sahiplerinden birinin ölümünün malî ve manevî haklar üzerindeki etkisi, bütün eseri oluşturan münferit parçalar açısından bir özellik göstermemektedir. Bu açıklamalar için bkz. Erel, Fikir, s. 247, 249 Bu gerekçelerle *Gökyayla* tarafından ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre, ileride yapılacak bir kanun değişikliği ile maddenin kenar başlığının “İştirak Halinde Eser Sahiplerinden Birinin Ölümü” şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır. Bkz. *Gökyayla*, s. 58.

hakların kullanma yetkisi belirli şahıslara intikal etmekte, ancak manevî hakkın kendisi mirasçılara geçmemektedir.⁶¹²

Bilgisayar programını birlikte meydana getirenlerden birinin programın alenileşmesinden sonra ölmesi durumunda ise diğerleri, ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirip ettirmemekte serbesttir. Sağ kalanlar bu seçimlik yetkiyi oybirliği ile alacakları bir kararla kullanabilirler. Burada hayatta kalan program sahiplerine bir seçim imkanı getirilmiştir. Ölenin mirasçıları ile birliği devam ettirmek istedikleri takdirde, sağ kalan program sahipleri, birliğe karşı haklarının kullanılması hususunda bir temsilci tayinini mirasçılardan talep edebilirler. Devam edilmek istenmediğinde ise ölenin hissesi, eserin tamamlanmasından ya da alenileşmesinden önceki durumda olduğu gibi, diğer program sahipleri arasında paylaştırılır. Bu takdirde, diğer program sahipleri ölenin mirasçılarına, uygun miktarda tazminat ödemekle yükümlüdür. (FSEK. m.64/II-IV)⁶¹³

III. MALÎ HAKLARIN HUKUKÎ İŞLEMLERE KONU OLMASI

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere malî haklar, eser sahibine eserinden iktisaden yararlanma imkânı sağlayan haklardır. Bu haklar eser sahibine münhasır olarak tanındığından üçüncü kişilerin bunlardan izinsiz olarak yararlanması mümkün değildir. Bununla beraber, eser sahiplerinin kendi başlarına malî haklardan iktisadi olarak yararlanması diğer bir deyişle o eser dolayısıyla bir gelir elde edebilmesi genellikle mümkün bulunmamaktadır. Bunun için eser sahibinin bir örgütlenme ve sermaye birikimine ihtiyaç duyacağı açıktır. İşte eser sahibi, geliştirdiği bir bilgisayar programından en iyi şekilde gelir elde edip yararlanabilmek için, eserini piyasaya sürebilen, dağıtımını ve gerektiğinde reklamını yapabilen üçüncü şahısların katkısına ihtiyaç duyacaktır.⁶¹⁴ Bu şekilde, bilgisayar programının piyasaya sunulmak üzere üçüncü kişilerin katkısının temin edilmesi ya da programın kullanımının üçüncü kişilere bırakılabilmesi için bu şahıslarla bir takım hukukî ilişkilere girilmesi

⁶¹² Erel, Fikir, s. 247-248; Gökyayla, s. 59-60.

⁶¹³ Erel, Fikir, s. 249.

⁶¹⁴ Ayiter, s. 210; Aydınçık, s 40 ; Bainbridge, Intellectual Property, s. 86.

gerekmektedir. Bu çerçevede belirli hakların üçüncü kişilere devri söz konusu olabileceği gibi bu haklardan bir kısmının sadece kullanım yetkisinin üçüncü kişilere bırakılması da tercih edilebilir. Bu sebeple, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda eser sahibine malî haklar üzerinde bir takım hukukî işlemler yapma imkânı getiren hükümler öngörülmüştür. Bu hukukî imkanlar, tasarruf işlemi niteliğindeki malî hakların devri ve bu hakların kullanım yetkisinin devri sözleşmeleridir. Ayrıca, malî hakların kendisinin veya kullanım yetkisinin devri hususunda şahsi borç doğuran taahhüt işlemlerine de Kanunda yer verilmiştir. Öte yandan Kanunda, malî hakkın eser sahibi ya da onun mirasçılarının devralınması asli iktisap (FSEK m.48), malî hakkın daha önce eser sahibi ya da mirasçılarının devralan kimseden devralınması durumu ise devren iktisap olarak düzenlenmiştir.

Manevî haklar, kural olarak eser sahibine kaldığından ve hukukî işlemler devri mümkün olmadığından Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bunların devrine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. O halde manevî hakların devrine ilişkin sözleşmeler batıldır. Malî hakların yanı sıra manevî hakların devrini konu edinen bir sözleşme ise manevî haklara ilişkin kısmı itibarıyla kısmen batıldır. (BK.m.20)⁶¹⁵

B. Tasarruf İşlemleri

1. Tasarruf İşlemlerinin Türleri

a) Malî Hakların Devri

Eser sahibi veya onun mirasçıları eserden doğan malî haklarını süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı ya da sınırsız bir şekilde, karşılıklı yahut karşılıksız olarak başkalarına devredebilir. (FSEK. m.48/I) Doktrinde genel kabul gören görüş, devredilen malî hakkın, eser sahibi veya onun mirasçılarının malvarlığından çıkarak hakkı devralanın malvarlığına geçeceği yönündedir.⁶¹⁶ Buna göre, bilgisayar

⁶¹⁵ Arlanlı, s. 171.

⁶¹⁶ Ayiter, 197; Arslanlı, s. 172-173; Erel, Fikir, s. 259; Tekinalp, s. 215-216; Gökyayla, s. 45; Tüysüz, s. 69. Bu konuda savunulan aksi yönde görüşe göre ise, devredilen hak, eser sahibinin malvarlığından çıkmamakta, devirden sonra dahi eser sahibi ile ilişkisini sürdürmektedir. Nitekim *Aydıncık*'a göre, devir işleminin süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlandırılabilmesi; hakkı devralanın bu hakkı üçüncü bir kişiye devredebilmek için eser sahibinin iznine muhtaç olması; diğer bir deyimle, hakkı devralamakla sınırsız bir tasarruf yetkisine sahip olmaması; hakkı devralanın bu hakkı kullanmadığı durumlarda eser sahibinin cayma hakkını kullanarak hakkı geri alma hakkının

programından doğan bir malî hakkı devralan kimse devir işleminde öngörülen şartlar dahilinde, ondan aynen eser sahibi gibi yararlanır ve hakkı devreden de dahil olmak üzere, diğer tüm şahısların o haktan faydalanmasını yasaklayabilir.⁶¹⁷

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu malî hakların kısmen ya da tamamen devrine imkân tanımaktadır. Yine hakların her birinin farklı şahıslara devri de mümkündür. Örneğin programın çoğaltma hakkı bir kimseye yayma hakkının ise başka bir kimseye, işleme hakkının da üçüncü bir kişiye devri mümkündür. Hakkın süreli olarak devredilmesi durumunda hakkı devralan, eserin nihaî koruma süresi sonuna kadar bu haktan yararlanabilir. Ancak sürenin sona ermesi ile beraber, daha önce devralınan hak herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden eser sahibinin malvarlığına geri döner.⁶¹⁸

Malî hakların kullanılması manevî hakları da yakından ilgilendirdiği ve etkileyebildiğinden, malî hakkı devralan, eser sahibinin manevî haklarını da gözeterek bu hakkı kullanmak zorundadır. Devralanın malî hakkı kullanımı manevî hakları ihlâl ediyorsa, eser sahibi önceden izin vermiş olsa bile her zaman buna müdahale edebilir.⁶¹⁹

Malî hakkın devri sözleşmesi alacağın temlik gibi aynî etkili bir tasarruf işlemidir. Dolayısıyla devrin dayandığı hukukî sebebin gösterilmesi gerekmez. Bununla beraber, taraflar yine de sözleşmenin dayanağını oluşturan sebebi gösterebilirler. Sebebin geçersiz olması durumunda ise, devir, devralanın malvarlığında haksız bir zenginleşme meydana getireceğinden BK 61. vd yer alan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca dava açılması mümkündür.⁶²⁰

mevcudiyeti; malî hak devredildikten sonra da eser sahibinin söz konusu malî hakla irtibatını kesmediğinin, dolayısıyla hakkın malvarlığından çıkmadığının bir göstergesidir. Bu görüş ve daha geniş açıklama için bkz. Aydınçık, s. 43-44.

⁶¹⁷ Arslanlı, s. 173; Aydınçık, s. 42.

⁶¹⁸ Ayıyter, s. 207; Erel, Fikir, s. 259-260.

⁶¹⁹ Erel, Fikir, s. 259; Aydınçık, s. 43; Gökyayla, s. 45-46.

⁶²⁰ Arslanlı, s. 172-173; Ayıter, s. 206; Erel, Fikir, s. 260; Tekinalp, s. 215. Devrin sebebe bağlı olması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Gökyayla, s. 47.

b) Malî Hakların Kullanma Yetkisinin Devri (Lisans Sözleşmesi)

1970’li yılların başlarında yazılım şirketleri programların hukuka aykırı kopyalanması sebebiyle doğacak gelir kaybından ciddi şekilde endişe duymaya başlamışlardır. Zira programlar bugün olduğu gibi, o gün de kolay bir şekilde kopyalanabilmekteydi. Bunun dışında söz konusu şirketleri, programı satın alana onu kiraya verme yetkisi de veren ilk satış doktrini de kaygıya sevk etmiştir. Bu endişelerin bir sonucu olarak fikrî hukukçular çözüm arayışlarına girmiş ve programların satılması yerine lisans sözleşmelerine konu edilmesinin daha koruyucu olacağı sonucuna varmışlardır.⁶²¹ Zira lisans sözleşmesi, lisans alana belli koşullar altında bir şeyi yapma yetkisi veren bir sözleşmedir. Şu halde lisans sözleşmesi hükümlerini ihlâl eden lisans alan sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Lisans sözleşmesi yapıldığında programın satımından söz edilemeyeceğinden, ilk satış doktrini de gündeme gelmeyecektir.

Fikrî hukukta malî hakların kendisinin, devir sözleşmesi ile üçüncü kişilere devri kabul edildiği gibi, hakkın kendisi devredilmeyip sadece kullanma yetkisinin devrine de imkân tanınmaktadır. Doktrinde eserin geçici ya da kısa süreli kullanımı için malî hakkın devrine yönelik bir tasarruf işlemi yerine, o malî hakka ilişkin kullanma yetkisinin tanınmasının daha yerinde bir çözüm olduğu ileri sürülmüştür.⁶²² Nitekim FSEK’in 48. maddesinin 2. fıkrasında, malî hakların sadece kullanma yetkisinin de diğer bir kimseye bırakılabileceği hükme bağlanmıştır. Hakkın kullanma yetkisinin devredildiği bu sözleşmeler Kanunda “ruhsat” olarak

⁶²¹ Uygulama bu yönde gelişirken ortaya çıkan başlıca tartışma konularından biri bilgisayar programının “şey” sayılıp sayılmayacağı olmuştur. Zira, program şey sayılırsa eşya hukuku kuralarına tabi olacaktır. Bu takdirde de, programın mülkiyetine sahip olan kimse, o şeyde herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın dilediği biçimde tasarrufta bulunabilecek ve onu dilediği şekilde kullanabilecektir. Ancak “şey” değil de gayrimaddi mal olarak kabul edildiğinde ise, bilgisayar programını devralan kimse mülkiyet hakkına sahip olmayıp, sadece yararlanma yetkisi elde edecektir. Alman ve İsviçre hukuklarında bu konu yoğun bir şekilde tartışılmış; bilgisayar programlarını şey sayan görüş”, bilgisayar programlarını gayrimaddi mal sayan görüş” ve “birleştirici görüşler” olmak üzere üç görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşleri ayrıntılı bir şekilde ele alan *Yıldırım*, Türk hukuku bakımından bilgisayar programının “şey” sayılıp sayılmamasının aradaki sözleşme ilişkisinin niteliğini doğrudan etkilemeyeceği görüşündedir. Yazar bu görüşünü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 4 ve 5. maddelerinde açıkça “hizmet” satımından bahsedilmiş olmasına dayandırmaktadır. Tüm bu açıklamalar ile İsviçre ve Alman hukuklarında programın niteliğine ilişkin ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Yıldırım*, s. 41-52. Standart program devir sözleşmelerinde edimin konusunu oluşturan programın hukukî niteliği hakkında ileri sürülen görüşler hakkında ayrıca bkz., *Erişgin, Edimin Konusu*, s. 222

⁶²² *Erel, Fikir*, s. 260; *Ayiter*, s. 212.

adlandırılmakta ise de, doktrinde yerinde olarak “lisans” terimi tercih edilmektedir.⁶²³

Lisans terimi, lisans alanın sahip olduğu hukukî durumu veya lisans alanın yetkilerinin tamamını ifade eden toplu bir kavramdır. Lisans verilmesi denildiğinde ise, geniş anlamda fikrî mülkiyet haklarının kullanımının devredildiği durumlar kastedilir. Bu kavram günümüzde en yaygın olarak gayri maddi bir hakkın kullanılması yetkisinin sözleşme yolu ile devredilmesi anlamında karşımıza çıkmaktadır.⁶²⁴

Kullanma yetkisinin devrini konu alan bu sözleşmeler akdedildiğinde, hakkın özü eser sahibinde ya da onun mirasçılarında kalmaktadır. Ancak maddi malın hasılat kirasına verilmesinde veya intifa hakkına konu olmasındaki gibi, malî hakkı kullanma ve semerelerinden faydalanma yetkisi sözleşmede öngörülen şartlar çerçevesinde devralana geçmektedir.⁶²⁵ Zira, malî hakkın kendisinin devrinde olduğu üzere, hakkın kullanma yetkisinin devri de süre, içerik ve yer bakımından sınırlandırılabilir.⁶²⁶ O halde, lisans sözleşmelerinin konusunu lisans alana fikrî hukuk tarafından eser sahibinin münhasır hakları arasında sayılan haklardan bir ya da bir kaçının kullanım yetkisi verilmesi oluşturmaktadır. Bununla beraber, lisans sözleşmesi diğer bazı hak ve yükümlülükler de getirmektedir. Özellikle kurulum, yazılımın test edilmesi, lisans alan şirketin personelinin yazılımın kullanımı konusunda eğitimi ve yazılımın sürekli bakımı gibi hizmetlerin yerine getirilmesi lisans verene yüklenebilir. Yine lisans veren, bilgisayar ekipmanları, manyetik diskler ve dokümanlar gibi şeyleri sağlamakla yükümlü kılınabilir. Görüldüğü gibi, eser sahibinin münhasır haklarının kullanımına izin verme lisans sözleşmelerinin temel konusunu oluşturmaya rağmen, bundan çok daha karmaşık hak ve yükümlülükler de sözleşmenin konusunu teşkil edebilmektedir.⁶²⁷ Buna karşılık lisans sözleşmelerinde genellikle lisans alanın borcu ise, öngörülen hak ya da hakların kullanımı karşılığında belirli bir ücreti ödemesidir. Bununla beraber ücret,

⁶²³ Ayiter, s. 210; Êrel, Fikir, s. 251; Tekinalp, s. 215; Aydınçık, s. 46.

⁶²⁴ Aydınçık, s. 45; Saibe Oktay Özdemir, Sınâî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 9.

⁶²⁵ Arslanlı, s. 173; Gökyayla, s. 49; Özdemir, s. 15; Aydınçık, s. 47.

⁶²⁶ Arslanlı, s. 173; Gökyayla, s. 49.

⁶²⁷ Bainbridge, Software Licensing, 85.

lisans sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Zira, ücretsiz lisanslar da söz konusu olabilmektedir.⁶²⁸

Doktrinde lisans sözleşmesinin tasarruf işlemi mi taahhüt işlemi mi olduğu hususu tartışmalıdır. *Ayiter* tarafından savunulan azınlıkta kalan görüşe göre⁶²⁹, lisans sözleşmesi bir taahhüt işlemidir. Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüş, lisans sözleşmesinin kurulması ile birlikte hakkın kullanımı da devredilmiş olduğundan, bu sözleşmenin tasarruf işlemi olduğu yönündedir.⁶³⁰

Genel olarak lisans ile kastedilen, bir eylemin icrasına izin vermedir. O halde bir bilgisayar programının, sahibi tarafından lisans verilmediği ve kanunda da izin verilen bir durum olmadığı müddetçe diğer bir kimse tarafından kullanımı eser sahibinin hakkını ihlâl eder. Bu sebeple, bu kullanıma izin verilmesi gerekmektedir. Bu izin de, genellikle lisans sözleşmesi ile verilir.⁶³¹

Kanun Koyucu lisans sözleşmelerini basit (inhisarı olmayan) ve tam (inhisarı) ruhsat olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bu ayrım FSEK'in 56/I. maddesinde "Ruhsat; malî hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat) tır" şeklinde ifade edilmek suretiyle yapılmıştır. Anılan maddenin düzenleniş tarzı doktrinde basit ve tam lisanstan ne anlaşılması gerektiği hususunda iki farklı görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre, malî hakka özgü kullanma ve yararlanma yetkilerinin tamamen bir şahsa devredilmiş olması halinde tam lisans; bu yetkilerinin bölünerek devri durumunda ise basit lisans söz konusu olur. Tam lisansta lisans alan devraldığı yetkileri tek başına kullanmaktadır. Kanunda her ne kadar hak sahibinin başkalarına da aynı lisansı vermesi durumu basit lisans olarak ifade edilmiş

⁶²⁸ Ayiter, s. 211; Aydınçık, s. 46.

⁶²⁹ Ayiter, s. 210-211.

⁶³⁰ Arslanlı, s. 175; Erel, Fikir, s. 263; Tekinalp, s. 217; Gökyayla, s. 53. Tasarruf işlemi, bir hakkı veya hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemlerdir. Bu işlem, işlemi yapan kişiye ait olan bir hakkın varlık yahut içeriğini bir başka şahıs lehine doğrudan doğruya ya da kesin olarak değiştirmektedir. Tasarruf işlemleri hakkında geniş açıklamalar için bkz. Eren, s. 165-170.

⁶³¹ Bainbridge, Software Licensing, 86.

ise de aynı süre, nitelik ve kapsamdaki lisansın ayrı ayrı şahıslara verilmesi mümkün değildir. Bu yapılsa bile, lisans alanlardan hangisi ilk önce lisansı devralmış ise onun iktisap ettiği kabul edilmelidir. Bundan dolayı, basit lisans, aynı malî hakka ilişkin farklı içerik ya da süre itibarıyla farklı kullanma yetkilerinden bir kısmının devri şeklinde anlaşılmalıdır. Ayrıca tam ruhsat malî hakka ait kullanma yetkilerinin tamamen devri olduğundan, malî hak sahibinin lisans veren karşısındaki durumu, çıplak mülkiyet sahibinin, intifa hakkı sahibinin durumu ile benzerlik arz etmektedir.⁶³²

Doktrinde savunulan baskın görüşe göre ise, tam lisansta lisans veren eser sahibi aynı hakkın kullanımına ilişkin aynı yer ve zamanda aynı lisansı bir başkasına vermeme taahhüdü altına girer. Ayrıca, hakkını sözleşmede saklı tutmamış ise kendisi de bu hakkı kullanmamakla yükümlüdür. Basit lisansta ise lisans veren, bir başkasına lisans konusu hakkın kullanımına, gerek yer gerek zaman açısından aynı koşullarda izin verme yetkisine sahiptir. Öte yandan, sözleşmede hüküm bulunmasına gerek olmaksızın hak sahibinin kendisi de, bu hakkını her zaman kullanabilir.⁶³³

Kanundaki düzenlemenin metni her iki yorum tarzına ulaşmaya imkan verecek niteliktedir. Bu sebeple, her iki görüşün de büyük haklılık payı bulunmaktadır. Kanımızca, bilgisayar programlarından doğan hakların kullanma izninin tam lisans şeklinde devri durumu söz konusu olduğunda her iki görüşe uygun ya da her iki görüşü kapsar şekilde bir lisans verilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, bir firma sadece kendi ihtiyaçları doğrultusunda geliştirilen bir bilgisayar programına ilişkin lisans sözleşmesinde, program geliştiricisine bu programdan doğan çoğaltma hakkının gerektirdiği tüm yetkilerin kendisine devrini ve aynı zamanda bu yetkilerin tümünün aynı anda bir başkasına tanınmamasını, hatta programın geliştiricisi tarafından dahi kullanılmamasını isteyebilir. Bunda firmanın önemli çıkarı

⁶³² Bu görüş için bkz. Erel, Fikir, s. 262.

⁶³³ Ayiter, s. 212; Özdemir, s. 12-13; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 282; Bainbridge, Software Licensing, 86; Yıldırım, s. 56; Burak Ongun, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukukî Durumu, Seçkin, Ankara 2007, s. 52-53. 1988 tarihli İngiliz Telif Hakları, Tasarımlar ve Patent Kanununun 92/1. maddesinde tam lisans, yazılı olarak yapılan ve lisans veren tarafından imzalanan bir sözleşme ile, eser sahibi tarafından münhasıran kullanılabilen bir hakkın diğer tüm kişiler dışarıda tutulmak suretiyle lisans alan tarafından kullanılmasına izin verilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bandey, s. 139.

olabileceği gibi program geliştiricisinin çıkarı da basit lisansa nazaran lisans alandan büyük miktarda ücret talep edebilmesi olacaktır. Yine eser sahibinin, bilgisayar programının maddi nüshalarının yayımı ile programın internetten yayımı dahil olmak üzere, tüm şekillerde yayımı hakkını sadece bir kimseye kullandırması mümkündür. Bu durumda bir taraftan yayma hakkından doğan tüm yetkiler bir şahısta toplanırken, aynı zamanda yayma hakkını kullanma yetkisini alan kimse, lisans verenden bu hakkın kullanımına aynı süre içerisinde bir başkasına izin vermemesini taahhüt etmesini isteyebilir. Basit lisans açısından da benzer sonuca gitmek mümkündür. Nitekim program sahibinin, programın CD ortamındaki maddi nüshalarının yayımı yetkisini bir şahsa, internetten yayımı yetkisini ise başka bir şahsa devretmesi durumunda birinci görüş doğrultusunda aynı haktan doğan farklı yetkilerin devri söz konusudur. Bunun karşılık, program sahibi programının internetten yayımına yönelik lisans verirken, aynı süre içerisinde farklı web siteleri üzerinden yayımı yapılmak üzere aynı lisansı farklı bilgi içerik sağlayıcılarına verebilir. Bu durumda da ikinci görüş doğrultusunda bir basit lisansın varlığından söz edilebilecektir. Yine standart bilgisayar programlarının tümü piyasaya sürülürken kullanıcılara tanınan lisanslar, ikinci görüş doğrultusunda basit lisans niteliğindedir. Zira programı piyasadan edinen kimseler, lisans sözleşmesinde kendilerine tanınan çoğaltma hakkına ilişkin bir kısım yetkileri aynı anda elde etmektedir. Özellikle bu son durumda, birinci görüş uyarınca ifade edilen, basit lisansla aynı süre, nitelik ve kapsamdaki lisansın ayrı ayrı şahıslara verilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüşün standart programlarını konu alan lisans sözleşmeleri açısından geçerli olmayacağı görüşündeyiz.

FSEK'in 56. maddesinin 3. fıkrasında, basit lisanslar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında ise intifa hakkına dair hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin her yönüyle ve doğrudan doğruya lisans sözleşmelerine uygulanması mümkün değildir. Söz konusu hükümlerin lisans sözleşmelerine uygulanabilmesi, ancak niteliklerine uygun düştüğü ölçüde ve kıyas yoluyla mümkündür.⁶³⁴

⁶³⁴ Bu açıklamalar ve lisans sözleşmesi ile hasılat kirasının ayrışan yönleri hakkında geniş açıklamalar için bkz. Gökyayla, s. 51-52. Ayrıca bkz. Erel, Fikir, s. 262-263.

Lisans sözleşmesi ile hakkın kullanımının devredilmesi, hakkın kendisinin de ayrıca devrini engellememektedir. Bununla beraber, hakkın kullanımı tam lisans ile devredilmiş ise, bu takdirde intifa hakkı hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Kanunda yapılan atıftan dolayı, tam lisans, hakkı devralan kimselere karşı da ileri sürülebilir. Doktrinde baskın görüş bu yöndedir.⁶³⁵

İster tam ister basit lisans olsun, lisans alan kimse, eser sahibi ya da onun mirasçılarının yazılı izni bulunmaksızın, hakkın kullanımını başkasına devredemez. (FSEK. m.49/I) Verilen lisansın tam lisans mı yoksa basit lisans mı olduğu yönünde tereddüt hasıl olduğunda ise, lisansın basit olduğunun kabul edileceği FSEK'in 56/II. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

2. Tasarruf İşlemlerinde İktisap Yolları

Malî haklarının kendisinin ya da kullanım yetkisinin devri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre aslen iktisap ve devren iktisap olmak üzere iki yoldan olabilmektedir. Buna göre devir, doğrudan doğruya eser sahibinden ya da onun mirasçılarından gerçekleşmiş ise aslen iktisap söz konusudur.(FSEK. m.48) Malî hak ya da kullanma yetkisi, eser sahibi veya mirasçılardan değil de, onların devrettiği kimselerden devralınmış ise devren iktisaptan söz edilir.(FSEK. m. 49)⁶³⁶ Hakkın veya kullanma yetkisinin eser sahibi ya da mirasçılar dışında bir kimseden devralınması, onların buna yazılı şekilde izin vermiş olmalarına bağlıdır. Burada aranan yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır. Nitekim kanunlarda yazılı şeklin geçerlilik şartı olarak öngörülmesinin sebebi olan, tarafları daha iyi düşünmeye ve dikkatli olmaya sevk etmek amacı, FSEK'in 49. maddesi açısından da aynen geçerliliğini korumaktadır. Zira eser sahibi ya da mirasçılardan, bir hakkı ya da kullanma yetkisini devrederken, ileride bu hakkın, devralan tarafından istediği şekilde ve rastgele üçüncü şahıslara devredilmesi durumunda, eserden doğan hakkın gerektiği şekilde kullanılmayabileceğini öngörmeleri gerekmektedir.⁶³⁷ Burada eser sahibi ya da

⁶³⁵ Erel, Fikir, s. 264; Gökyayla, s. 51-52. Aksi görüşü savunan Ayiter'e göre, lisans alan, sadece malî hakkı devreden ile arasındaki hukukî ilişkiye dayanabilir. Bkz. Ayiter, s. 213-214.

⁶³⁶ Erel, Fikir, s. 269-270

⁶³⁷ Yazılı şekil şartının geçerlilik şartı değil ispat şartı olduğu yönünde görüş için bkz. Arslanlı, s. 184-185. Geçerlilik şartı olduğu yönünde görüşler için bkz. Erel, Fikir, s. 270; Ayiter, s. 208. Yargıtay da 2006 tarihli bir kararında, "...FSEK'nun 52. maddesine göre, malî haklara dair sözleşme ve

mirasçılarının devren iktisaba verecekleri izin bir defaya mahsus olup, her yeni devir için ayrıca izinlerinin alınması gerekmektedir.⁶³⁸

Kaynak eserin dönüştürülerek yeni bir eser meydana getirilmesi söz konusu olduğundan, işleme hakkının devredilmesinde devralan kişinin şahsı büyük önem taşımaktadır. Bundan dolayı Kanun Koyucu, işleme hakkının devrinde, devren iktisap eden kimsenin şahsı hakkında da eser sahibi veya mirasçılarının yazılı izin vermeleri gerekmektedir. (FSEK. m.49/II)⁶³⁹ Esasen kanunda işleme hakkı bakımından bir istisna getirilmemiş olsa dahi, 49. maddenin 1. fıkrasındaki genel düzenlemeden hareketle aynı sonuca varmak mümkün olabilirdi. Nitekim, hakların ya da kullanım yetkisinin devrinde birinci derecede önemli olan, devralanın şahsıdır. Elbette eser sahibi ya da onun mirasçılarından, haktan gerektiği şekilde yararlanamayacak, bu suretle eserin değerinin düşmesine sebep olacak kimselere hakkın devrine izin vermeleri beklenmemelidir. Zira kanımızca, hangi hakkın ya da kullanım yetkisinin devri söz konusu olursa olsun, eser sahibi ya da mirasçısı izin verirken, öncelikle devralanın şahsını dikkate alacaklardır.

3. Tasarruf İşlemlerinde Cayma Hakkı

Eser sahibi, kendi başına eseri değerlendirip, gerektiği şekilde ekonomik fayda sağlama imkânına sahip olmadığından eserden doğan malî hakları başkalarına devretme ihtiyacı duyar. Malî haklarını ya da kullanma hakkını devreden eser sahibi ya da onun mirasçısı, bu hakkın kararlaştırılan ya da makul bir süre içerisinde uygulamaya konulmasını ister. Örneğin bir bilgisayar programı geliştiren programcının, söz konusu programın binlerce nüshasını yapıp, bunları tüm Türkiye çapında piyasaya sürmesi için çoğaltma ve yayma hakkını devrettiğini düşünelim. Sözleşmede herhangi bir süre öngörülmemiş ise, programın mümkün olan en kısa süre içerisinde çoğaltılıp piyasaya sürülmesi gerekir. Zira, çok hızlı gelişen programcılık endüstrisinin koşulları göz önüne alındığında, belli bir süre sonra rakip

tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Yine, aynı yasanın 49. maddesine göre de eser sahibinden aslen iktisap edilen bir malî hakkın veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatının başkasına devrinin yazılı olması gerekmektedir. Bu husus sözleşmenin geçerliliği için sıhhat şartıdır. ...” demek suretiyle yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 11. HD, 21.07.2006 T., E. 2005/7177, K.2006/8148 sayılı kararı (Yayınlanmamış)

⁶³⁸ Erel, Fikir, s. 270.

⁶³⁹ Erel, Fikir, s. 271.

programların piyasaya daha önce çıkması gibi nedenlerle programın sürüm değerinde çok ciddi kayıplarla karşılaşılması söz konusu olabilir.

İşte bu gibi sakıncaları düşünen Kanun Koyucu, eser sahibine belli durumlarda sözleşmeden cayma imkanı tanımıştır. Buna göre, malî bir hakkı ya da kullanma yetkisini iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre uygun bir zaman içinde hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlâl edilirse eser sahibinin sözleşmeden cayması mümkündür. (FSEK. m.58/I). Bu imkân, hakkı ya da kullanma yetkisini devralanın bu haktan yararlanmasının hem hak hem yükümlülük olmasından kaynaklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, taahhüt işlemlerinde henüz bir devir söz konusu olmadığından cayma hakkının kullanımı söz konusu değildir.

Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak olup, bu hakkın kullanımı bozucu yenilik doğuran bir işlemidir.⁶⁴⁰ Eser sahibi ile hakkı devralan arasındaki menfaatler dengesini gözetken Kanun Koyucu, cayma hakkının kullanılabilmesi için, eser sahibini, noter vasıtasıyla diğer tarafa uygun bir mehil vermek zorunda bırakmaktadır. Hakkın kullanılması iktisap eden kimse için imkânsız olur ya da reddedilir veya bir mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatleri esaslı surette tehlikeye düşerse mehil tayinine gerek bulunmamaktadır. (FSEK. m. 58/II) Kanunda her ne kadar cayma hakkının eser sahibi tarafından kullanılacağından söz edilmekte ise de mirasçılarının da bu hakkı kullanabilmeleri mümkündür.⁶⁴¹ Devralan, noterden yapılan ihbara rağmen gerektiği şekilde hakkın sağladığı yetkilerden faydalanmaz, diğer bir deyişle, ihbara konu eylemini sürdürmeye devam ederse, veya 2. fıkrada sayılan ve mehil verilmesine gerek olmayan durumlardan biri mevcut ise, cayma hakkı kullanılmış kabul edilir. İhbarın haksız olduğunu düşünen devralana caymaya karşı itiraz davası açma hakkı tanınmıştır. Ancak bu davanın açılması dört haftalık hak düşürücü süreye⁶⁴² tabi kılınmıştır. Cayma ihbarının tebliğinden itibaren dört

⁶⁴⁰ Ayiter, s. 222; Gökyayla, s. 308; Tüysüz, s. 130.

⁶⁴¹ Erele, Fikir, s. 257; Gökyayla, s. 308-309.

⁶⁴² Caymaya itiraz davası için tanınan dört haftalık sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde görüşler için bkz. Ayiter, s. 220; Arslanlı, s. 196; Erel, Fikir, s. 258; Gökyayla, s. 309; Tüysüz, s.132. Yargıtay 11. HD de dört haftalık sürenin hak düşürücü süre olduğu ve hakim tarafından re'sen

hafta geçtikten sonra itiraz davası açılması mümkün değildir. Söz konusu süre hak düşürücü olduğundan hâkim bu süreyi re'sen nazara almalıdır. (FSEK. m. 58/III)

Cayma hakkı kullanıldığında hakkı ya da kullanma yetkisini devralanın bir zarara uğraması muhtemeldir. Cayma hakkının kullanılabilmesi için karşı tarafın, devraldığı hakkı kullanmamakta kusurunun bulunması şart değildir.⁶⁴³ Bununla beraber, devralanın malî hakkı kullanmamakta kusurunun olmaması ya da eser sahibinin kusurunun daha ağır olması durumunda devralan, cayma hakkını kullanan eser sahibi ya da mirasçılardan hakkaniyet gerektiği hallerde uygun bir tazminat isteyebilecektir. (FSEK. m. 58/IV)⁶⁴⁴

Cayma hakkından önceden vazgeçmenin mümkün olmadığı FSEK'in 58/son maddesinde hükme bağlanmıştır. Cayma hakkının iki yıllık süreye kadar kullanılamayacağının kararlaştırılması mümkün iken, iki yıllık süreden sonrasına yönelik sınırlamalar geçersizdir. (FSEK. m.58/son) Doktrinde, cayma hakkının iki yıldan fazla süre ile sınırlandırılmasının kararlaştırıldığı durumlarda, geçersizliğin iki yılı aşan kısma yönelik kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁶⁴⁵ Alman Telif Hakları Kanununun 41. maddesine göre, cayma hakkının iki yıldan önce kullanılması mümkün değildir. Taraflar, bu hakkın en fazla beş yıla kadar kullanılamayacağını aralarında kararlaştırabilirler. O halde Alman hukukuna göre taraflar, cayma hakkının kullanılamayacağı süreyi ancak iki ilâ beş yıllık bir süre için belirleyebilirler.⁶⁴⁶

Cayma hakkının kullanılmasıyla sözleşmeye konu haklar kendiliğinden geri döner. Hakkın kendisinin ya da kullanma yetkisinin devrine yönelik sözleşmeler sürekli borç doğuran sözleşmeler olduğundan, kanımızca cayma hakkının kullanılmasının sonucu ileriye etkili olmalıdır. Cayma hakkının kullanıldığı ana kadar, geçerli olarak kurulmuş sözleşme bütün hüküm ve

gözetilmesi gerektiği görüşündedir. Örnek karar için bkz. Yarg. 11. HD., 11.04.2006 T., E.3973, K.3918 sayılı kararı (Yayınlanmamış).

⁶⁴³ Tekinalp, s. 222; Gökyayla, s. 309-310.

⁶⁴⁴ Dietz, GER-67.

⁶⁴⁵ Gökyayla, s. 310.

⁶⁴⁶ Dietz, s. GER-67.

sonuçlarını doğurur.⁶⁴⁷ Bu andan itibaren ise haklar sahibine geri döner. Lisans ortadan kalkar ve borç ilişkisi sona erer.⁶⁴⁸

Bilgisayar programlarından doğan haklar açısından konu ele alındığında, cayma hakkı özellikle, programdan doğan hakların devredildiği ya da hakların kullanımına tam lisans sözleşmesi ile izin verildiği durumlarda önem taşımaktadır. Zira basit lisans hallerinde, hakkın kullanma yetkisinin başkalarına da devri imkânı söz konusu olduğundan, program sahibi ya da mirasçılarının, kullanma yetkisinin devralan tarafından gerektiği şekilde kullanılmaması sebebiyle zarara uğramaları söz konusu olmayacaktır.⁶⁴⁹

4. Hakkın Sahibine Geri Dönmesi ve Lisansın Son Bulması

FSEK'in 59. maddesine göre, eser sahibi ya da mirasçılarının, malî bir hakkı belirli bir amacın gerçekleşmesi veya belirli bir süre için devretmiş olmaları durumunda, amacın ortadan kalkması yahut sürenin dolması ile söz konusu hak, sahibine geri döner. Aynı şartlarda, verilen lisans da son bulur. Örneğin bir bilgisayar programının 1000 adetle sınırlı olarak çoğaltılmasına ve yayımına izin verilmiş ise, 1000 adet programın çoğaltılması ile çoğaltma hakkına ilişkin izin sona erer. Bilâhare bu programların tamamının yayımlanması ile de, yayma hakkına ilişkin izin sona erer. Bu haklar amacın gerçekleşmiş olmasından dolayı program sahibine avdet eder.

Bu hüküm bozucu (infisahi) şart gibi sonuç doğurmakta, amacın gerçekleşmesi ya da belirlenen sürenin dolması ile şart gerçekleşmiş sayılıp devralanın iktisabı sona ermektedir.⁶⁵⁰ Doktrinde *Ayiter* tarafından ileri sürülen görüşe göre, FSEK'in 59. maddesinde öngörülen imkân sadece hakkın ya da kullanma yetkisinin aslen iktisap edildiği, diğer bir deyişle doğrudan eser sahibi ya da mirasçıları tarafından yapılan devirlerde kullanılabilecektir.⁶⁵¹ Buna karşılık

⁶⁴⁷ Gökyayla, s. 310.

⁶⁴⁸ Ayiter, s. 219-220; Tüysüz, s. 130.

⁶⁴⁹ Ayiter, s. 219.

⁶⁵⁰ Arslanlı, s. 189; Ayiter, s. 221; Erel, Fikir, s. 275. Bozucu (infisahî) şart konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. A. Lâle Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara 1992, s. 54-60. Bozucu şartın hukukî sonuçları hakkında bkz. aynı Eser, s. 179-185.

⁶⁵¹ Ayiter, s. 221.

bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise, 59. maddedeki imkân gerek aslen gerek devren iktisap hallerinde geçerlidir. O halde, hak ya da lisans, eser sahibinin ya da mirasçılarının muvafakatiyle üçüncü kişilere devredilmiş ise, öngörülen amacın veya belirlenen sürenin geçmesiyle hak kendiliğinden sahibine döner. Burada aranan yegane şart, eser sahibi ya da mirasçılarının devre muvafakatlerinde, devrin belirli bir amaçla ya da süre ile sınırlandırılmış olduğunun açıkça ya da zımnen anlaşılabilmesidir.⁶⁵²

Malî hakkın kendisi ya da kullanma yetkisi, devralındıktan sonra ekonomik bir değer olarak devralanın malvarlığına dahil olur. Bundan dolayı, devir amacı gerçekleşmeden ya da belirlenen süre dolmadan önce hakkı devralanın ölmesi ya da iflâs etmesi durumunda, hak ya da lisans, eser sahibi ya da onun mirasçılarına dönmez. Bu hak ve lisans, anılan durumda, hakkı ve lisansı devralanın kendi mirasçılarına ya da iflâs masasına intikal eder. Devralan kimseye hak ya da lisansı üçüncü kişilere devretme yetkisi tanınmamış olması halinde dahi durum değişmez. Bu şahsın ölüm ya da iflâsı hakkı eser sahibine ya da onun mirasçılarına döndürmez. Bununla beraber, Kanunda bu son durumun bir istisnasına da yer verilmiştir. Buna göre, hakkın kullanımının işin niteliği gereği devralanın şahsına bağlı olması durumunda, onun ölüm ya da iflâsı, hakkın bizzat kendisi tarafından kullanımını imkânsızlaştıracığından, hakkın ya da lisansın eser sahibine intikal edeceği öngörülmüştür. (FSEK. m. 59/II)⁶⁵³

C. Taahhüt İşlemleri

Taahhüt işlemleri ya da borçlandırıcı işlemler, borçlunun, alacaklıya karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, ona maddi ya da manevî bir yarar sağlamayı yüklediği işlemlerdir. Bu işlemler, hakkı derhal devreden, dolayısıyla malvarlığının aktifini doğrudan etkileyen, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemler değildir. Taahhüt işlemlerinde borç konusu olan edimin sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmasına da gerek bulunmamaktadır. Önemli olan, borcun ifası sırasında borçlunun edime sahip olması, onu ifaya hazır

⁶⁵² Bu yönde görüş için bkz. Arslanlı, s. 276; Erel, Fikir, s. 276; Tüysüz, s. 143-144.

⁶⁵³ Erel, Fikir, s. 275-276; Ayiter, s. 221.

olmasıdır.⁶⁵⁴ Yukarıda, hakkın kendisinin ya da kullanım yetkisinin devrine yönelik sözleşmelerin birer tasarruf işlemi⁶⁵⁵ olduğu ifade edilmişti. Bu işlemlerin henüz meydana getirilmemiş veya ileride tamamlanacak olan bir esere ilişkin yapılması durumunda batıl olacağı FSEK'in 48/son maddesinde açıkça düzenlenmiştir. O halde, henüz gelişim aşamasında olan bir bilgisayar programından doğan, örneğin çoğaltma hakkının devrine yönelik devir sözleşmesi ya da bu hakkın kullanımına izin vermeye yönelik bir lisans sözleşmesinin akdedilmesi durumunda, tasarruf işlemi niteliğinde olan bu sözleşmeler, BK'nın 20. maddesi anlamında mutlak butlanla geçersiz olacaktır. Zira henüz meydana getirilmemiş bir fikrî ürünün eser niteliğini haiz olup olmayacağı bile henüz belli değildir.

Bununla beraber Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, henüz meydana gelmemiş, müstakbel bir eser üzerindeki malî hakların devri ya da kullanım yetkisinin devrine yönelik taahhüt işlemleri yapılmasına imkân tanınmaktadır. (FSEK.m.50/I)⁶⁵⁶ Burada kastedilen, bir malî hak üzerinde tasarruf işlemi yapmaya, diğer bir deyişle eserin meydana getirilmesi ile malî hakkın doğduğu anda karşı tarafa devredilmesine yönelik taahhüt işlemleridir. Uygulamada genellikle fikrî haklara yönelik taahhüt işlemleri ile tasarruf işlemlerin bir arada yapıldığı görülmektedir. Taahhüt işlemi, hakkı devralacak kimseye, eser sahibi ya da mirasçılara, hakkın devri hususunda şahsi bir talep hakkı bahşetmektedir. Sözleşmeye aykırı davranış halinde, mahkemenin kararı, eser sahibi ya da mirasçılarının iradesi yerine geçerek tasarruf işleminin yapılmasını, dolayısıyla hakkın ya da kullanma yetkisinin doğrudan devrini sağlar.⁶⁵⁷

Eser sahibinin, ileride meydana getireceği tüm bilgisayar programlarından doğan haklarını ya da bunlardan doğan kullanma yetkilerinin devrini taahhüt etmesi mümkündür. Esasen Borçlar Hukukunda şahsî ve iktisadî hürriyeti aşırı kısıtlayan bu tarz sözleşmelerin akdedilmesi hukuken geçerli değildir. Ancak, Fikir ve Sanat

⁶⁵⁴ Borçlandırıcı işlemler konusunda geniş açıklamalar için bkz. Eren, s. 164-165.

⁶⁵⁵ Tasarruf işlemi, bir hakkı veya hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemlerdir. Bu işlem, işlemi yapan kişiye ait olan bir hakkın varlık yahut içeriğini bir başka şahıs lehine doğrudan doğruya ya da kesin olarak değiştirmektedir. Tasarruf işlemleri hakkında geniş açıklamalar için bkz. Eren, s. 165-170.

⁶⁵⁶ Tüysüz, s. 71.

⁶⁵⁷ Erel, Fikir, s. 255; Aydınçık, s. 50.

Eserleri Kanunu’nda bu tarz sözleşmelerin yapılması mümkün kılınmıştır. Bununla beraber, bu tarz taahhüt işlemlerinde sözleşmenin taraflarına, karşı tarafa yapacakları ihbarla, ihbar tarihinden itibaren bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere sözleşmeyi feshetme imkanı tanınmıştır. Ancak maddenin açık lafzı karşısında, sözleşmenin konusunu ileride meydana gelecek birkaç programdan doğan hakların oluşturması durumunda sözleşmenin feshi imkânından söz etmek mümkün değildir. (FSEK. m. 50/II) Doktrinde fesih yetkisinin, sözleşme ile, örneğin fesih halinde tazminat ödenmesi gibi, herhangi bir şarta tabi kılınamayacağı kabul edilmektedir.⁶⁵⁸ Dolayısıyla sözleşmenin her iki tarafı da haklı bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi feshedebilir.

Kanunda ayrıca, henüz tamamlanmamış bir eserden doğacak haklara ilişkin taahhüt sözleşmesi yapıldığında, eserin tamamlanmasından önce eser sahibinin ölmesi veya tamamlama kabiliyetini kaybetmesi, yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesi durumlarında, söz konusu taahhüt sözleşmesinin kendiliğinden münfesihi olacağı hükme bağlanmıştır. Yine kendisine taahhütte bulunulan tarafın iflâs etmesi veya sözleşme uyarınca devralacağı malî hakları ileride kullanmaktan aciz duruma düşmesi yahut kusuru olmaksızın kullanmanın imkânsız hale gelmesi durumlarında da aynı şekilde sözleşme münfesihi olacaktır. (FSEK. m. 50/III) Kanımızca, burada sayılan sebeplerle kendiliğinden münfesihi olma, gerek ileride meydana getirilecek tüm eserlerden gerek münferit bir eserden doğan hakları konu alan taahhüt sözleşmeleri açısından uygulanabilir niteliktedir.

D. Haklara İlişkin Sözleşmelerde Şekil

Malî hakların devrine ilişkin taahhüt ve tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelerde aranan şekil şartı FSEK’in 52. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre malî hakkın kendisinin ya da kullanma yetkisinin devrine ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konularını oluşturan hakların ayrı ayrı gösterilmesi

⁶⁵⁸ Erel, Fikir, s. 253-255; Ayiter, s. 215; Arslanlı, s. 178; Tekinalp, s. 222; Aydınçık, s. 52. Alman hukukunda tarafların, ileride meydana getirilecek eserleri konu alan taahhüt sözleşmelerini, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl sonra feshedebilecekleri, ancak bu fesih için karşı tarafa 6 ay mehil verileceği ve fesih hakkından önceden feragat etmenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Dietz, s. GER-68.

gerekmektedir. Maddede tasarruf ile anlatılmak istenen yukarıda incelenen ve tasarruf işlemi niteliğinde olan hakkın devri ve lisans sözleşmeleri olup, sözleşme tabiri ile kastedilen ise taahhüt işlemleridir. Buna göre, gerek taahhüt gerek tasarruf işlemleri kanunen yazılı şekil şartına tabi kılınmıştır.⁶⁵⁹

Her ne kadar Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, aranan yazılı şekil şartının hukuki niteliği belirtilmemiş ise de bu geçerlilik şartıdır. Zira BK’nın 11/1 maddesinde kanunun aksini belirtmediği durumlarda, aranan şeklin, geçerlilik şartı olduğu belirtilmektedir.⁶⁶⁰ Kanımızca şekle uyulmadığı takdirde, bunun yaptırımının tespitinde “kendine özgü geçersizlik” görüşü daha yerindedir.⁶⁶¹ Buna göre, hakkın kendisinin ya da kullanma yetkisinin devrine yönelik sözleşme yazılı şekilde yapılmamış ise, başlangıçtan itibaren geçersiz olmasına rağmen, taraflardan biri geçersizliği ileri sürene kadar geçerli bir sözleşme imiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Şekil eksikliği ileri sürüldüğünde ise, sözleşme baştan itibaren geçersiz olur. Hâkim şekle aykırılığı re’sen nazara alamayacağı gibi, bu aykırılık üçüncü kişilerce de ileri sürülemez.⁶⁶² Ancak taraflarca şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin MK’nın 2/II. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi durumunda, artık şekle aykırılığın ileri sürülmesi mümkün değildir. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin

⁶⁵⁹ Tüysüz, s. 87-88. İngiliz Hukukunda basit lisanslar herhangi bir şekil şartına tabi kılınmamıştır. Buna göre, lisans sözleşmesi sözlü veya yazılı yapılabileceği gibi, lisans verildiği, halin icabından veya örf ve adetten anlaşılabilir. Bandey, s. 134; Millard, s. 200. Alman hukukunda telif haklarına ilişkin sözleşmeler için herhangi bir şekilde şartı öngörülmemiştir. Ancak ileride meydana getirilecek eserlere ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Dietz, GER-57. İsviçre Hukukunda da hakların devri ya da kullanma hakkının devrine yönelik lisans sözleşmeleri herhangi bir geçerlilik şartına tabi tutulmamıştır. Dessemontet, s. SWI-44. Fransız Hukukunda ise, hakların devrine ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve devre konu hakların sözleşmede tek tek gösterilmesi gerekmektedir. Devre konu hakların sözleşmede gösterilmemesi halinde sözleşme geçersiz kabul edilmektedir. Lucas/Kamina/Plaisant, s. FRA-63.

⁶⁶⁰ Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 285. Yargıtay da FSEK’in 52. maddesinde aranan yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğu görüşündedir. Örnek karar için bkz. Yarg. 11. HD, 27.01.2003 T., E.2002/8451, K. 2003/791. Kararın ilgili kısmı için bkz. Aydıncık, s. 95.

⁶⁶¹ Şekle aykırılığın yaptırımı ile ilgili ileri sürülen “yokluk görüşü”, geçersizlik görüşü kapsamında “mutlak butlan görüşü”, yumuşatılmış butlan görüşü”, “eksik borç görüşü”, “fiili sözleşme ilişkisi görüşü”, iptal edilebilirlik görüşü” ve “kendine özgü geçersizlik görüşü” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. s. 89-177.

⁶⁶² Altaş, s. 134-146.

hakkın kötüye kullanımı oluşturup oluşturmadığını ise hakim re'sen nazara almalıdır.⁶⁶³

Burada kastedilen adi yazılı şekildir. O halde sözleşmenin el yazısı veya mekanik araçlarla yazılmış metin halinde olması ve kural olarak borç altına giren kimselerin el yazısı ya da güvenli elektronik imza ile atılmış imzalarını içermesi gerekmektedir. (BK. m. 14/I) Malî hak veya kullanma yetkisinin devri ivazsız bir sözleşmenin konusunu oluşturuyorsa, bu takdirde sözleşmenin sadece eser sahibi ya da hakkın sahibi tarafından imzalanmış olması yeterlidir. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, her iki tarafın da sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir.⁶⁶⁴

Anılan maddede sözleşmelerin yazılı olmasının yanında sözleşmenin konusunu oluşturan hakların da sözleşmede ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Buna göre, “tüm haklarımı devrettim” gibi bir kayıt sözleşmeyi tümüyle geçersiz kılacaktır. Zira bu husus, sözleşmenin objektif olarak zorunlu bir unsuru olarak öngörülmüştür. Doktrinde bu şekil şartı “munzam şekil şartı” olarak da adlandırılmaktadır.⁶⁶⁵

Eserden doğan malî haklar üzerindeki rehin sözleşmesi de yazılı şekil şartına tabi olup, bu sözleşmede de üzerinde rehin kurulan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. (FSEK m. 62/II) Buna göre yazılı şekle uymadan yapılan rehin sözleşmesi de geçersizdir.

⁶⁶³ Altaş, s. 156-158. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımını teşkil etmemesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Aydınçık, s. 102. Nitekim Yargıtay 11. HD de bir kararında “...aynı yasanın 52. maddesinde yer alan yazılı sözleşme kuralının sıhhat şartı olması karşısında MK'nın 2. maddesinin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağının da araştırılması gerekir. ... Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil etmekte olup bu buyurucu kuralın hakim tarafından re'sen gözetilmesi gerektiği ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmelidir. ...” (Yarg. 11. HD, 29.01.1999 T., E.1998/10031, K. 1999/250 sayılı kararı) Bkz. Suluk/Orhan, s. 713; Diğer bir örnek karar için bkz. Yarg. 11. HD, 01.10.1999 T., E.1999/1726, K. 1999/7358 sayılı kararı, Suluk/Orhan, s. 633.

⁶⁶⁴ Eren, s. 252-253; Aydınçık, 95.

⁶⁶⁵ Erel, Fikir, s. 277; Arslanlı, s. 176; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 284; Ayiter, s. 217; Tüysüz, s. 88; Aydınçık, s. 96.

E. Standart Bilgisayar Programlarının⁶⁶⁶ Devri

1. Genel Olarak

1970’li yılların başlarında yazılım şirketleri programların hukuka aykırı kopyalanması sebebiyle doğacak gelir kaybından ciddi şekilde endişe duymaya başlamışlardır. Bunun dışında programı satın alana onu kiraya verme yetkisi de veren ilk satış doktrini de söz konusu şirketleri kaygıya sevk etmiştir. Bu endişelerin bir sonucu olarak fikrî hukukçular çözüm arayışlarına girmiş ve programların satılması yerine lisans sözleşmelerine konu edilmesinin daha koruyucu olacağı sonucuna varmışlardır. Zamanla standart uygulama programlarının son derece yaygınlaşması nedeniyle, artık kullanıcıların programcılarla doğrudan temas ederek programları elde etme imkanları ortadan kalkmıştır. Bunun üzerine kullanıcılar perakende satıcılardan bu programları elde etmeye başlamışlardır. Yazılım şirketleri ise halen de yaygın olarak yapıldığı gibi, program paketlerinin içerisine lisans sözleşmesi yerleştirmeyi tercih etmiştir.⁶⁶⁷

İlk kez ABD’de ortaya çıkan bu uygulama sonucu günümüzde bilgisayar programları shrink-wrap ya da click-wrap sözleşmelerle kullanıcılara ulaşmaktadır. Shrink-wrap uygulamasında programı satın alan tüketici, programın sarıldığı plastik ambalajı yırttığı ya da bozduğu anda yazılım firması ile arasında lisans sözleşmesi akdedilmiş olmaktadır. Programlar satın alındığında zarfın ya da paketin dışında, genellikle zarf ya da paket açıldığında tüketicinin sözleşmede yazılı şartları kabul etmiş sayılacağı yönünde bir uyarı yer almaktadır. Tüketici, sözleşme ile bağlı olmak istemediği takdirde ambalajı açmaksızın iade ederse bir sözleşme ilişkisi oluşmamakta, ne zaman ki ambalajı açar, bu takdirde sözleşme ilişkisi

⁶⁶⁶ Standart bilgisayar programları “önceden hazırlanmış ve geniş bir kullanıcı çevresinin ihtiyaçlarına cevap veren” programlara denmekte olup, “kullanıcının arzularına paralel olarak hazırlanan programlara ise “ferdi, özel uygulama programları” denir. Tanım için bkz. Yıldırım, s. 13. Çalışmamızın kapsamını aşacağından uygulamada en sık karşılaşılan ve tartışmalı hususlar içeren standart bilgisayar programı devir sözleşmeleri bu başlık altında ele alınmış; bunun yerine bilgisayar programı sürüm sözleşmeleri, bilgisayar programı imal sözleşmeleri ve bilgisayar programı bakım sözleşmeleri ele alınmamıştır.

⁶⁶⁷ Kaypakoğlu, s.133.

doğmaktadır.⁶⁶⁸ Bu sözleşme internet üzerinden ya da CD’de yüklü programın bilgisayara yüklenmesi suretiyle gerçekleştirildiği durumlarda ise click-wrap sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Bu halde, programı kullanmaya başlamadan önce kullanıcılar, ekrana gelen “evet” ya da “kabul ediyorum” ve “hayır” veya “kabul etmiyorum” şıklarından oluşan soruları cevaplandırmakla yükümlü kılınmakta ve kullanıcı şartları kabul edip ilgili şıkkı işaretlediğinde sözleşme ilişkisinin doğması sağlanmaktadır.⁶⁶⁹

Standart bilgisayar programı devir sözleşmeleri süreli veya süresiz olarak yapılmaktadır. Süreli ya da süresiz olmasına göre sözleşmenin hukukî niteliği değişmektedir. Yine ivazlı yahut ivazsız olmasına göre de sözleşmenin niteliği değişmektedir.⁶⁷⁰ Bu sözleşmelerin her birinin hukukî niteliğinin incelenmesi çalışma konumuzun kapsamını aşacağından, uygulamada yaygın olan, standart programların süresiz devri halinde sözleşmenin hukukî niteliği üzerinde bir sonraki başlık altında kısaca durulacaktır. Zira uygulamada standart programlarının süreli devrine pek rastlanmamaktadır.

2. Standart Program Devir Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği

Bu sözleşmeler yazılım firmaları tarafından her ne kadar lisans sözleşmesi olarak adlandırılmakta ise de, bunların doğrudan lisans sözleşmesi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira taraflar, aralarında akdettikleri sözleşmeye ‘lisans’ veya ‘satım’ gibi hangi ismi vermiş olursa olsun, sözleşmenin hukukî niteliğinin tayini açısından önemli olan, sözleşmenin şartlarına göre tarafların o sözleşmeye ilişkin gerçek iradeleridir.⁶⁷¹ Nitekim lisans sözleşmesi

⁶⁶⁸ Stim, s. 88; Richard Morgan/Kit Burden, Legal Protection of Software: A Handbook Welwyn Garden City, EMIS Professional Publishing, 2002, s. 121-123; Topaloğlu, s. 131; Yıldırım, s. 108-109.

⁶⁶⁹ Stim, s. 88; Morgan/Burden, s. 124-125; Topaloğlu, s. 131.

⁶⁷⁰ Yıldırım, s. 40. Örneğin standart programın ivaz karşılığı sürekli devri halinde satım ve lisans sözleşmesi unsurlarından meydana gelen geniş anlamda bir karma sözleşme söz konusu olabilirken, aynı programın ivaz karşılığı süreli devri halinde ise kira ve lisans sözleşmelerinin unsurlarından meydana gelen geniş anlamda bir karma sözleşme söz konusudur. Kamuya mal olmuş bilgisayar programlarının ivazsız devrinde ise bağışlama sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Standart program devir sözleşmelerin tüm bu türlerinin hukukî nitelikleri hakkında geniş bilgi için bkz. Yıldırım, s. 68-97.

⁶⁷¹ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul

hükümleri doğrudan uygulandığında bu sözleşmelerin geçersiz sayılması söz konusu olabilecektir. Zira Türk hukukunda shrink-wrap sözleşmeleri, FSEK'in 52. maddesinde lisans sözleşmelerinde geçerlilik şartı olarak aranan yazılı şekil şartı nedeniyle geçersiz sayılmalıdır. Çünkü, yazılı şekil şartı aranan sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, yazılı olarak düzenlenmiş ve tarafların ıslak imzalarını içermesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, bu sözleşmelerde tarafların ıslak imzaları bulunmamaktadır. Click-wrap sözleşmeleri ise internet ortamında kurulmakta olup, bu ortamdaki sözleşme, ancak Elektronik İmza Kanunu'na uygun ve güvenli bir elektronik imza ile imzalandığı takdirde geçerli olarak kabul edilebilecektir. Nitekim elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurmaktadır. (Elektronik İmza Kanunu, m. 5) Yine yazılım şirketlerinin lisans sözleşmesi olarak adlandırıldıkları program paketleri içerisinde çıkan bazı sözleşmelere, program nüshasının verilmesi ile mülkiyet hakkının kendisinde kaldığı, ancak kullanıcıya lisans verildiği yönünde hükümler koydukları görülmektedir. Türk hukuku bakımından mülkiyeti muhafaza kaydı ile satım olarak adlandırılan bu sözleşmelerin Noterlik Kanununun 89. maddesi uyarınca noter aracılığıyla yapılması gerektiğinden, bu şekilde yapılmadıkları takdirde anılan sözleşmelerin geçersiz olacağı doktrinde haklı olarak ileri sürülmüştür.⁶⁷²

Shrink-wrap sözleşmeleri önceleri ABD mahkemelerince geçersiz kabul edilmekte iken⁶⁷³ ABD Yüksek Mahkemesi bu tutumundan 1996 yılında vazgeçmiş⁶⁷⁴ ve söz konusu sözleşmenin akdî bir hukukî ilişki kurduğunu kabul etmiştir.

Standart programlarının kullanıcılara sunulması uygulamasında ortaya çıkan başlıca tartışma konularından biri, sözleşmenin konusunu oluşturan bilgisayar programının “şey” sayılıp sayılmayacağı olmuştur. Zira, program şey sayılırsa eşya hukuku kurallarına tabi olacaktır. Bu takdirde de programın mülkiyetine sahip olan

1993, s. 150; Kaypakoğlu, s. 135; Erişgin, Edimin Konusu, s. 220; Nuri Erişgin, Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği, AÜHFĐ, C. 52, S. 4, 2003, s. 45.

⁶⁷² Kaypakoğlu, s. 136.

⁶⁷³ Step-Saver Data System Inc. v. Wyse Technology and Software Link Inc., [939 F.2d (3rd Cir. 1991)]; Arizona Retail Systems Inc. Software Link, Inc., [831 F. Supp. 759 (D. Ariz.1993)]

⁶⁷⁴ ProCD, Incorporated v. Zeidenberg [86 F. 3d 1447 (7 th Cir. 1996)]

kimse, o şeyde herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın dilediği biçimde tasarrufta bulunabilecek ve onu dilediği şekilde kullanabilecektir. Ancak “şey” değil de gayrimaddi mal olarak kabul edildiğinde ise, bilgisayar programını devralan kimse mülkiyet hakkına sahip olmayıp, sadece yararlanma yetkisi elde edecektir.⁶⁷⁵ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, bilgisayar programlarının “mal” ya da diğer bir ifade ile “şey” sayılacağı hususunda Türk hukuku bakımından kanımızca bir tereddüt kalmamıştır. Zira anılan maddenin (c) bendinde mal, “alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları, ...ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. O halde yazılımı oluşturan bir bilgisayar programı “mal” sayılabilecek ve dolayısıyla satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Bununla beraber, programın cisimlendiği ya da kaydedildiği CD, DVD gibi ortamlar üzerindeki aynı hak ile program üzerindeki haklar birbirinden ayrıdır.⁶⁷⁶ Bu durum, FSEK’in bilgisayar programları da dahil tüm eserlere uygulanabilecek nitelikteki 57/I. maddesinden anlaşılabilir. Zira anılan fıkra, asıl ya da çoğaltılmış eser nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının devrinin, aksi kararlaştırılmadığı sürece fikrî hakların devrini kapsamayacağı düzenlenmiştir.⁶⁷⁷ Buna göre, piyasadan paket içerisinde bir standart bilgisayar programı satın alındığında, sözleşmenin konusunu programın aslı ya da çoğaltılmış nüshası mı yoksa tüm hakları ile birlikte bilgisayar programı mı oluşturmaktadır? Bir programın asıl ya da çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkı bir aynî hak

⁶⁷⁵ Alman ve İsviçre hukuklarında bu konu yoğun bir şekilde tartışılmış; bilgisayar programlarını şey sayan görüş”, bilgisayar programlarını gayrimaddi mal sayan görüş” ve “birleştirici görüşler” olmak üzere üç görüş ileri sürülmüştür. Yıldırım’a göre, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 4 ve 5. maddelerinde açıkça “hizmet” satımından bahsedilmiş olması karşısında, Türk hukuku bakımından bilgisayar programının “şey” sayılıp sayılmamasının aradaki sözleşme ilişkisinin niteliğini doğrudan etkilemeyecektir. Bu görüşlerin her birinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. İsviçre ve Alman hukuklarında programın niteliğine ilişkin ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 41-52. Standart program devir sözleşmelerinde edimin konusunu oluşturan programın hukukî niteliği hakkında ileri sürülen görüşler hakkında ayrıca bkz. Erişgin, Edimin Konusu, s. 222-235. Doktrinde satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malın mutlaka “eşya” olmasının gerekmediği, para ile değiştirilmesi mümkün ve ekonomik değeri haiz maddi ya da gayri maddi varlıkların da satım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği savunulmuştur. Tandoğan, C. I, s. 79.

⁶⁷⁶ Ayiter, s. 218; Erel, Fikir, s. 279.

⁶⁷⁷ Paralel bir düzenleme de Fransız Telif Hakları Kanununun 111-3. maddesinde yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Lucas/Kamina/Plaisant, s. FRA-61. Amerikan hukukunda da geçerli olan söz konusu prensip ile ilgili açıklamalar için bkz. Sherman/Sandison/Guren, s. 205-3.

olup, bu hakkın devir şekli ve devrin kapsamı aynî hakların devrine ilişkin hükümlere tabi olacaktır. O halde, programın asıl ya da nüshası üzerindeki mülkiyet hakkının devri zilyetliğin nakli ile birlikte ve herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın gerçekleşir.⁶⁷⁸ Bu çerçevede, taraflar arasında, ilk olarak konusunu programın aslı ya da çoğaltılmış nüshası teşkil eden bir satım sözleşmesinin akdedildiği kabul edilmelidir. Esasen, üzerinde mülkiyet hakkı kazanılmış olduğundan, bu şekilde devralınan programın devralan tarafından mülkiyet hakkının tanıdığı tüm yetkiler çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Ancak programdan doğan fikri hakların, programın aslı veya nüshasından ayrı bir varlığının bulunmasının bir sonucu olarak, burada aksi kararlaştırılmadığı müddetçe hakların devri gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla bu haklar programı geliştiren eser sahibinde ya da hakkı daha önce ondan devralmış kimsede kalmaya devam etmektedir. Bu sebeple, satın alınan programdan gerektiği şekilde yarar elde edilebilmesi için, aynı zamanda programdan doğan hakların kullanımı da gerekmektedir. Bunun için de eser sahibinin hakları kullanmaya izin vermiş olmasına gereksinim duyulmaktadır. Bu izin ise, lisans sözleşmesi ile verilmektedir.

Yazılım şirketleri tarafından lisans sözleşmesi olarak adlandırılrsa dahi bu sözleşmelere konulan hükümlerle getirilen sınırlamaların satım sözleşmesi ile ne derece bağdaştırılabileceği, diğer bir deyimle satım sözleşmesi ile satın alanın, satım konusu oluşturan şey ya da gayrimaddi malı kullanım yetkisine sınırlama getirilip getirilemeyeceği hususu akla gelmektedir. Nitekim yazılım firmaları, lisans olarak adlandırdıkları bu sözleşmelerde devralanın çoğaltma ve işleme serbestini sınırlayan kayıtlara yer vermektedir. Bu sınırlamalara bakıldığında, kullanıcılardan satım sözleşmesinde alacaklının sahip olduğu haklardan pek çoğunun esirgenmek istendiği görülecektir. Bu sınırlamalar ile satın alanın, programı kiralaması, devretmesi, değiştirmesi önlenmeye çalışılmaktadır. Hatta devredilen programın sadece kararlaştırılan sistem ya da sistemler üzerinde kullanılabileceği ve fakat kendisine ait sözleşmenin kapsamı dışında kalan diğer bilgisayarlarda kullanamayacağı yönünde

⁶⁷⁸ Arslanlı, s. 186-187.

sınırlayıcı hükümler bulunmaktadır.⁶⁷⁹ Satım sözleşmesinin taraflarını oluşturan yazılım firması ile kullanıcı, sözleşmenin içeriğini kanunların emredici düzenlemeleri dahilinde serbestçe belirleyebilirler. O halde tarafların, bir bilgisayar programının maddi nüshasının sürekli devrini konu alan sözleşmede, kullanıcının bu programı kullanımına yönelik bir takım sınırlamalar öngörmeleri imkân dahilindedir. Bununla beraber, bu sözleşmede, kullanıcının programı yüklemesi, hataları düzeltmesi, bir adet yedek kopya çıkarılması, araişlerliği gerçekleştirmek amacıyla ayırıştırma yapılması hakkının sınırlandırılması ise mümkün değildir. Zira, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinde bu hususların aksinin kararlaştırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.⁶⁸⁰ Sözleşmede öngörülen ve Kanunda aksinin kararlaştırılmasına cevaz verilen kayıtlar, borç ilişkisinin nisbîliği ilkesinin bir sonucu olarak yazılım şirketi tarafından sadece sözleşmenin diğer tarafını oluşturan kimseye karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişilere karşı ise, sözleşmede yer alan bu kayıtlara dayanılması mümkün olmayıp, programın fikri hukukça eser olarak korunabilme özelliklerine sahip olması koşuluyla, eser sahibinin haklarını koruyan hükümlerine dayanabilecektir.

Uygulamada yaygın olarak akdedilen programın ivaz karşılığında sürekli devrine ilişkin sözleşmeler, tipik sözleşmelerden satım sözleşmesinin özelliğini teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra programın çoğaltılmasına izin verilmesi ise, lisans sözleşmesi niteliğindedir.⁶⁸¹ FSEK'in 48/II. maddesinde düzenlenen, fakat tanımlanması ve isimlendirilmesi yapılmayan ve hakkın kullanma yetkisinin devrini konu alan lisans sözleşmesi, doktrinde isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaktadır.⁶⁸² O halde gerek shrink-wrap gerek click-wrap şeklinde satın alınsın, ortada biri kanunla düzenlenen satım sözleşmesine, diğeri kanunla düzenlenmekle beraber kanunen isimlendirilmemiş lisans sözleşmesine ait unsurların, kanunun öngörmediği

⁶⁷⁹ Erişgin, Edimin Konusu, s. 244-245; Mülkiyet hakkının sözleşme ile sınırlanamayacağına dair mevzuatımızda sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Erişgin, Sözleşmenin Hukukî Niteliği, s. 53, dn. 71.

⁶⁸⁰ Kaypakoğlu, s. 137; Yıldırım, s. 60-61.

⁶⁸¹ Yıldırım, s. 74.

⁶⁸² Lisans sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme olup, özel hüküm bulunmadığı sürece bu sözleşmelere, Borçlar Kanununun genel hükümleri ile mümkün olduğu ölçüde benzer hukukî ilişkilere ilişkin hükümler uygulanır. Bkz. Ayiter, s. 211. Bu sözleşme satım, hasılat kirası ve şirket sözleşmesine benzer özellikler taşımaktadır. Bkz. Erel, Fikir, s. 263.

şekilde bir araya getirildiği kendine özgü bir sözleşme söz konusudur.⁶⁸³ Kanımızca bu sözleşmeler karma sözleşme olarak adlandırılmalıdır. Zira, geniş anlamda karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen ya da düzenlenmeyen çeşitli sözleşme unsurlarının karışımı olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸⁴ Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlere ilişkin sözleşme boşluğunun giderilmesi için doktrin ve uygulamada bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, terkip (kombinezon) teorisi uyarınca bu sözleşmelerde her tipin kendine özgü kurallara tabi olması kabul edilebileceği gibi, soğurma (imtisas) teorisi uyarınca, sözleşmenin konusunu oluşturan temel edim hangi sözleşme tipine uygun ise, bu sözleşme hükümlerinin tüm borç ilişkisine uygulanması söz konusu olabilir. Yine, kıyas yolu ile uygulama teorisi uyarınca karma sözleşmelere, özel sözleşme türlerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Bu konuda ileri sürülen diğer bir teori ise, örf ve adet kuralının bulunmaması durumunda, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin MK'nın 1/II. maddesi uyarınca hakim tarafından bizzat konmasıdır.⁶⁸⁵ Kanımızca, uygulanacak hükümlerin tespitinde bu dört çözüm tarzından hangisinin benimseneceği, her olayda menfaatler durumunda göre belirlenmelidir. Bu açıklamalar ışığında, borçlar hukukunun sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde ticarî hayatın pratik

⁶⁸³ Yıldırım, s. 74.

⁶⁸⁴ Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 52. Karma sözleşmeler hakkında ayrıca bkz. Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 14-15; Yavuz, s. 11-12. *Erişgin*'e göre standart uygulama programının sürekli devrini amaçlayan bir sözleşmenin, içeriğindeki kısıtlamalar nedeniyle tam anlamıyla satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yine, yalnız kullanma ve kimisinde yararlanma hakkı veren borç ilişkileri olan kira, hasılat kirası, leasing gibi sözleşme hükümlerinin ise, malın kullanımını süre bakımından sınırladıkları için programın sürekli devri sözleşmelerine doğrudan uygulanma olasılığı bulunmamaktadır. Geriye, lisans sözleşmesi hükümlerinin uygulanması kalmaktadır. Ancak, mevzuatta yer alan lisans sözleşmesi ile ilgili hükümlerin teslim ve ayıp konularında özel düzenlemelere yer vermemiş olmasından dolayı, bu konularda en elverişli ve kapsamlı hükümler içeren taşınır satımı hükümlerine kıyasen başvurulabilmesi mümkündür. Yazar ayrıca standart uygulama programlarının sürekli devri sözleşmelerini atipik sözleşme olarak adlandırmaktadır. Anılan sözleşmelerin hukukî niteliği hakkında doktrinde ileri sürülen “satım sözleşmesi görüşü”, “karma sözleşme görüşü”, “lisans sözleşmesi görüşü” ve “intifa hakkı görüşü” gibi görüşler ve değerlendirmeleri için bkz. *Erişgin*, Sözleşmenin Hukukî Niteliği, s. 47-66. Standart uygulama sözleşmelerinin satım sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar: Kaypakoğlu, s. 137-138; Yusufoglu, s. 125. *Yıldırım*'a göre bu sözleşmeler dar anlamda kendine özgü sözleşme, geniş anlamda ise karma sözleşme niteliğindedir. Yazar bu sözleşmeleri “kanunen düzenlenmemiş, tam iki tarafa borç yükleyen (=synallagmatik), ivazlı, kural olarak şekle tabi olmayan, rızai, sağlararası, temlik borcu doğuran ve hükümlerini borçlar hukuku alanında meydana getiren bir akit” olarak tanımlamaktadır. Yazar, standart bilgisayar programlarının ivaz karşılığı belli bir süre kullanılıp, süre sonunda geri verme yükümlülüğü öngören, diğer bir deyimle sürekli devri amaçlayan sözleşmelerin ise, kira ve lisans unsurlarını içeren kendine özgü ve karma nitelikli bir sözleşme olduğu görüşündedir. Bkz. Yıldırım, s. 74-81.

⁶⁸⁵ Söz konusu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, 56-57.

zaruretlerinden doğmuş bulunan click/shrink/web-wrap sözleşmelerini, yazılı şekilde yapılmamış olsa dahi geçerli kabul etmek kanımızca menfaatler dengesine daha uygundur. Zira, şekle aykırılığın yaptırımını olarak kabul ettiğimiz kendine özgü geçersizlik görüşü karşısında, bu tarz bir sözleşmenin geçersizliği gerek lisans veren gerek lisans alan tarafından sürüldüğünde hemen her durumda hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşılacaktır.⁶⁸⁶

Öte yandan bu sözleşmelerin şartları, yazılım firmaları tarafından tek yanlı olarak genel ve soyut genel işlem şartları biçiminde hazırlanmakta, bu safhaya kullanıcılar hiçbir şekilde müdahil olamamaktadır. Hatta kullanıcılar bu koşullardan paketi açtıktan sonra haberdar olmaktadır. Diğer bir deyimle, sözleşme koşulları kullanıcılara dayatılmaktadır.⁶⁸⁷ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu 6. maddede, sözleşmedeki haksız şartlar düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasında “satıcı ya da sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır” denmektedir. İkinci fıkrada ise, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı hükme bağlanmıştır. O halde, programı satın alanın tüketici olması durumunda, standart bilgisayar programı devir sözleşmelerinde yer alan haksız şartlar 4077 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabilecek ve sözleşmeye konulan iyiniyet kurallarına aykırı şartlar tüketici açısından bağlayıcı olmayacaktır.

⁶⁸⁶ Yıldırım’a göre de, shrink-wrap veya click-wrap şekliyle yapılan standart programlarının sürekli devrini amaçlayan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerekmez. Bkz. Yıldırım, s. 111.

⁶⁸⁷ Genel işlem şartların tanımı, ayıt edici özellikleri ve denetimi hakkında geniş bilgi için bkz. Aydın Zevkliler, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Seçkin, Ankara 2001, s. 43-47. Kaypakoğlu da bu tarz sözleşmelerle yapılan koşulların kullanıcılara dayatılmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Bkz. Kaypakoğlu, s. 137-138.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAN DOĞAN HAKLARIN İHLÂLİ
HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR VE KANUNLAR İHTİLÂFİ

§12. FİKRÎ HAKLARIN İHLÂLİ

I. GENEL OLARAK

Yukarıda program geliştiricisinin geliştirdiği program dolayısıyla sahip olduğu malî ve manevî haklar ile bu hakların özel ya da kamusal nedenlerle sınırlandırıldığı haller ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. İşte program sahibinin söz konusu haklarının, sınırlandırıldığı istisnaî haller dışında, onun izni olmaksızın herhangi bir şekilde ihlâlî mümkündür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin söz konusu haklarının ihlâlî durumunda, bu hakların korunmasına yönelik değişik hukukî ve cezaî dava hakları düzenlenmiştir. Bunların yanı sıra Kanunda, eser sahibine, ihtiyatî tedbirler, gümrüklerde geçici olarak el koyma, zapt, müsadere, imha ve hükmün ilânı gibi türlü hukukî kurumlardan da yararlanma imkânı da tanınmıştır.

Mehaz Direktif'te bilgisayar programlarından doğan haklar ve bu hakların sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş; ancak ihlâl halinde uygulanacak hukukî ve cezaî yaptırımlar belirlenmemiştir. Bunun yerine, Direktifin 7. maddesi ile Üye devletler, program sahibinin hakları, bu haklara yönelik sınırlamalar ve ayırıştırma serbestisinin düzenlendiği 4, 5 ve 6. maddelerin hükümleri saklı kalmak kaydı ile, maddede belirlenen eylemleri gerçekleştirenler hakkında, milli mevzuatları çerçevesinde uygun yaptırımlar öngörmekle yükümlü kılınmaktadır.⁶⁸⁸ Anılan maddenin 1. fıkrasında üç bent halinde sayılan ve uygun yaptırımlar öngörülmesi istenen eylemler, bilgisayar programı nüshasının hukuka aykırı olarak çoğaltıldığını bilen ya da bilmesi gereken bir kimse tarafından dolaşıma konulması veya bilgisayar programı nüshasının, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığını bilen ya da bilmesi gereken bir kimse tarafından ticari amaçlarla zilyet olunmasıdır. Üye devletlerden yaptırıma bağlanması istenen diğer bir eylem ise, yegane amacı, bir

⁶⁸⁸ Czarnota/Hart, s. 88; Erel, Bilgisayar Programları, s. 153.

bilgisayar programını korumak için kullanılabilen herhangi bir teknik aygıtın hukuka aykırı olarak kaldırılması ve dolanılmasını kolaylaştırmak olan herhangi bir vasıtanın/aracın (*means*) dolaşıma konulması veya ticarî amaçla zilyet olunmasıdır. Yine 7/2. maddede, üye devletlerin iç mevzuatlarına uygun olarak, hukuka aykırı olarak çoğaltılmış bilgisayar programı nüshasını müsadereye tabi tutacakları emredici şekilde düzenlenmiştir. Halbuki 7/3. maddede, dolaşıma konulan ya da ticarî amaçla zilyet olunan ve yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için kullanılabilen herhangi bir teknik aygıtın hukuka aykırı olarak kaldırılması ve dolanılmasını kolaylaştırmak olan herhangi bir vasıta/aracın müsadereyesini öngörme hususu üye devletlerin takdirine bırakılmaktadır.

Bilgisayar programında eser sahipliğinden doğan hakların ihlâli durumunda açılacak gerek ceza davalarında gerek hukuk davalarında, öncelikle inceleme konusunu oluşturan hususların başında ihlâl maruz kalan programın fikrî hukuk kapsamında korunan bir bilgisayar programı olup olmadığının tespiti. Bundan sonra incelenmesi gereken husus ise, ihlâl teşkil ettiği ileri sürülen eylemin gerçekleştirilmesinde, bu eylemi yapanın bir hukuka uygunluk sebebinin olup olmadığıdır. Hukuka uygunluk sebebinin olmaması durumunda, yani eylemin program sahibinin haklarına getirilen sınırlamalar çerçevesinde gerçekleştirilmemiş olması durumunda ise, bir ihlâlin mevcut olup olmadığına bakılmalıdır.

Öncelikle, programın kopyalanması dışında kalan ve onun fikrî hukuk tarafından korunan edebi ya da edebi olmayan yönlerinin kopyalanması suretiyle bir ihlâl iddiasında bulunulduğunda, ihlâlin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için, söz konusu eylemin programın önemli bir bölümüne yönelik yapılması gerekmektedir.⁶⁸⁹ Yine ihlâlin varlığı tespit edilirken yasaklanan eylemler ile ihlâl iddiası karşısında getirilen savunmalar bir arada değerlendirilmelidir. Zira, bir programın bağımsız olarak geliştirilmiş olması durumunda, eğer bu program önceki programdan kopya edilmeksizin geliştirilmiş ise ihlâlin varlığından söz etmek her zaman mümkün olmayacaktır.⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Bainbridge, Software, s. 17; Conley/Bryan, s. 77.

⁶⁹⁰ Bainbridge, Software, s. 17.

II. İHLÂLİN TESPİTİ

Bilgisayar programları ile ilgili hukuk ve ceza yargılaması diğer fikrî eserlere ilişkin yargılamalara göre daha teknik ve karmaşık özellikler göstermektedir. Bu nedenle uyuşmazlıkların çözümünde çoğu kez teknik bilirkişilere başvurulması kaçınılmazdır.⁶⁹¹ Bilirkişiye başvurma'nın gerekliliği ve önemi yanında, bir o kadar önemli olan da bilirkişilerce izlenen yöntemlerin yeknesaklığıdır. Zira farklı yöntemlerin uygulanarak sonuca gidilmesi benzer ihlâl iddialarında farklı mahkeme kararlarının verilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Amerikan mahkemelerince bulunan ve AFC testi ya da Altai testi olarak adlandırılan bu yöntem bugün Amerikan mahkemelerinde ihlâl olup olmadığı ile fikrî hukuk kapsamında korunan unsurların tespitinde genel olarak kabul gören bir yöntemdir. Bu yöntem sadece bilgisayar programları için değil aynı zamanda diğer eserler için de uygulanabilmektedir. Anılan yöntemin başarısı, uygulanmasındaki esneklikte ve içerdiği argümanların yapılandırılmasında yatmaktadır.⁶⁹²

Soyutlama, filtreleme ve karşılaştırma şeklinde üç adımdan oluşan bu testi ilk kez Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 2. Dairesi, 1992 yılında *Computer Associates International Inc. v. Altai Inc.*⁶⁹³ davasında uygulayarak, testin temel ilkelerini ortaya koymuştur.⁶⁹⁴ Buna göre “soyutlama” safhasında bilgisayar programı bileşenlerine ayrılmalı, diğer bir deyişle ihlâl edildiği ileri sürülen davacının program yapısı çok iyi incelenmeli ve bu yapının içerdiği her bir soyutlama seviyesi ayrılmalıdır. Bunun için ayrıştırmaya benzer bir yöntem kullanılmalıdır. Daha sonra özelden genele doğru gidilmeli, diğer bir deyimle kodlardan başlanmalı ve programın esas fonksiyonuna kadar ulaşılmalıdır. Bu şekilde programın gelişim adımları tekrar ortaya konmuş olacaktır. Bir sonraki adım ise “filtreleme” adımı olup, bu safhada, her soyutlama düzeyinin yapısal bileşenleri incelenmeli ve bu seviyedeki her bir ilâvenin düşünce mi ifade mi olduğu, dış

⁶⁹¹ Çolak, s. 1. Bilirkişi seçiminde dikkat edilecek hususlar hakkında geniş bilgi için bkz. Şener Dalyan, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Seçimi, Van Bölge Barosu Dergisi, Yıl: 4, S. 9-10, Nisan/Ekim 2004, s. 16-21/20-23.

⁶⁹² Derclaye, Part II, s. 60; Bainbridge, Software Licensing, s. 28.

⁶⁹³ 982 F2d 693 (2nd Cir)

⁶⁹⁴ Derclaye, Part II, s. 58; Bandey, s. 99.

faktörlerce gerekli görülen ya da kamu alanındaki verimlilik gayesiyle dikte edilip edilmedikleri ortaya konulmalıdır. Bu adım fikrî hukukça korunmayan unsurlar ile korunan unsurları birbirinden ayırır ve davacının fikrî haklarının kapsamının belirlenmesine hizmet eder. Filtreleme adımıyla birlikte programın özü ile karşılaşılır. Son safha olan “karşılaştırma” adımı ise, bu “altın külçe” ile ihlâl oluşturduğu iddia edilen program, aralarında büyük ölçüde bir benzerlik olup olmadığının tespiti amacıyla birbiriyle karşılaştırılır ve bu suretle bir ihlâlin mevcut olup olmadığı sonucuna varılır. Kısaca soyutlama ve filtreleme adımlarında programın unsurları üzerinde çalışma yapıp düşünce ve ifadeler ortaya konmakta; bundan sonra ise artık ifadeyi oluşturan unsurlar üzerinde büyük ölçüde benzerlik olup olmadığına bakılmaktadır. Altai mahkemesi bu testin her davanın kendi özel koşullarına uyarlanması gerektiğini vurgulamıştır. Bu teste, programların dahili bileşenlerine kolay uygulanabilirliği ile açıklığından dolayı ve bunun yanında *Nichols v Universal Picture Corp.* ve *Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.* kararlarına dayanılarak verilmiş olduğundan Amerikan Mahkemelerinde büyük bir değer atfedilmiştir.⁶⁹⁵

Söz konusu test halihazırda mahkeme kararlarında genel kabul gören bir testtir. Bununla beraber, Amerikan doktrininde bu testin bilgisayar program unsurlarının fikrî hukuk korumasının tespiti açısından yeterliliği hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı Amerikalı yazarlar bu testin boşluk dolduran en iyi test olduğunu ileri sürerken, bazıları da bu testi ciddi boyutta eleştirerek alternatif yöntemler önermektedir.⁶⁹⁶

Kanımızca Amerikan Mahkemelerince genel kabul gören bu test Türk Hukukunda da özellikle programların kodlar dışında kalan unsurlarından hangilerinin fikrî hukuk kapsamında korunup korunmadığının tespiti ile korunan unsurların diğer bir program tarafından ne ölçüde ihlâl edildiğinin tespitinde uygulanabilir nitelikte bir testtir. Elbette mahkemeler teknik özelliğinden dolayı bu konuda açılacak davalarda konuyu tayin edecekleri teknik bilirkişiler yardımıyla çözmeyi tercih edeceklerdir. Bu konuda uygulama birliğinin sağlanması ve hukuka olan güvenin

⁶⁹⁵ Derclaye, Part II, s. 58; Bandey, s. 99-100; Davis, s. 147.

⁶⁹⁶ Soyutlama-filtreleme-karşılaştırma testinin lehinde olan görüşler için bkz. Bkz. Derclaye, Part II, s. 63, dn. 83'te yer alan yazarlar, aleyhinde olan yazarlar için bkz. aynı Eser, dn.84'te belirtilen yazarlar.

temini açısından bilirkişilerin bu testi uygulayıp uygulamadıkları mahkemelerce araştırılmalıdır. Zira, bu konuda genel kabul gören bir sistemin kabul edilmesi büyük önem taşımaktadır.⁶⁹⁷ Aksi halde aynı programı farklı test ve usullerle inceleyen bir bilirkişinin korunan unsurlar ve iki program arasında büyük ölçüde bir benzerliğin olup olmadığını tayin ederken farklı sonuçlara varması kaçınılmaz olacaktır.

Programın aynen kopyalanmasına ilişkin ihlâl iddialarında, iki program arasındaki sitil benzerliklerine, bireysel özelliklere, ortak hatalara ve gereksiz ortak özelliklere yoğunlaşılması da ihlâlin tespitinde kolaylık sağlayabilecektir. Yine davalının geliştirdiği programın benzerlik teşkil eden ilgili kısma ilişkin, davalı tarafından hazırlanmış bir hazırlık tasarım çalışmasının bulunmaması da ihlâlin varlığının tespitinde dikkate alınabilecek diğer bir husustur.⁶⁹⁸

Bilgisayar programının lisans sözleşmesine dayanmaksızın hukuka aykırı şekilde kopyalandığı iddialarına ilişkin davalarda programın izinsiz kopyalanıp kopyalanmadığının tespiti bazı durumlarda güçlük arz etmektedir. Zira, çoğunlukla aleyhlerine iddiada bulunulan şahıslar, yapılan arama sırasında lisans sözleşmelerini ibraz etmeyip, her nasılsa yargılama aşamasında bu sözleşmeleri ibraz etmektedirler. Böyle durumlarda ise arama sırasında ele geçen sabit disklerin güvenli bir biçimde muhafaza edilmiş olması ve yine arama sırasında ele geçen kopya yazılım CD'lerin

⁶⁹⁷ Yargıtay 11. HD, davacının, kendisince geliştirilen bilgisayar programının davalı tarafından izinsiz bir şekilde yeniden meydana getirildiği ve piyasaya sürüldüğü iddiasına ilişkin, davacının ibraz ettiği disketlerin bozuk olması ve bu nedenle illiyet bağının kurulamadığını kabul eden yerel mahkeme kararını, herne kadar disketler bozuk olsa da bu programların başka nüshalarının davacının elinde olduğu, ayrıca bunların noterde de bulunduğu, bu nedenle davacıya elindeki nüshaları sunma fırsatı verilmeden ve sunulacak bu nüshalar ile davalı tarafından geliştirildiği iddia edilen programlar karşılaştırılmadan, ayrıca bu konuda “ikisi bilgisayar programından anlayan, biri fikir ve sanat eserleri konusunda uzman bir hukukçudan oluşan bilirkişi kurulundan, tarafların dayandıkları tüm delilleri irdeleyen, tartışan ve denetime elverişli bulunan bir rapor” alınması gerektiği gerekçesi ile eksik incelemeyi dolaylı isabetli olarak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Karar metni için bkz. Yargıtay 11. HD, 03.11.2003 T., 2003/3630 E., 2003/10303 K. sayılı kararı, Suluk/Orhan, s. 262. Çolak da, davanın programın değiştirildiği ya da büyük ölçüde kopyalandığı iddiasına dayanması durumunda Altai testinin temel unsurlarını içeren bir incelemenin yapılması görüşündedir. Yazar’a göre, öncelikle kayıt tescil Yönetmeliğinin 7(c) maddesinde Kültür Bakanlığı’na verilmesi öngörülen kaynak kod sayfaları getirtilerek, yaptırılması gereken bu incelemede, program akışlarının ne olduğu; programların ne ölçüde birbirine benzer oldukları, hangi noktalarda ayrıldıkları, ifade ediliş bakımından esaslı benzerliklerinin bulunup bulunmadığı; programların genel yapılarının ve kurgularının aynı olup olmadığı; kaynak ya da nesne kodlarının ne ölçüde aynı olduğu, bunların aynen alınmış ve kullanılmış olup olmadığı; programın kaç sayfadan ibaret olduğu ve bunlardan kaç sayfasının aynı olduğu; bu benzerlik ya da ayniyetlerde teknik zorunluluk bulunup bulunmadığı; programın oluşturulma tarihi gibi hususlar tespit ettirilerek sonuca varılmalıdır. Bkz. Çolak, s. 8-9.

⁶⁹⁸ Bandey, s. 148-149; Sherman/Sandison/Guren, s. 209/9-10.

bozulmaksızın muhafazası büyük önem taşımaktadır. Bu halde hakimın atayacağı bilirkişilerin, bilgisayar ya da bilgisayarlardaki programın ne olduğu, yüklenme tarihi, lisans sahibinin kim olduğu, aynı CD KEY'in birden fazla bilgisayarda kullanılıp kullanılmadığı, ibraz edilen lisanslar var ise bunların fatura tarihleri ile programın bilgisayara yükleme tarihlerinin uyumlu olup olmadığı gibi hususları araştırmaları gerekli olacaktır.⁶⁹⁹

§13. HUKUK DAVALARI

I. TESPİT DAVASI

FSEK'in 15/III. maddesinde, bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiğinin ihtilaflı olması durumunda veya herhangi bir kimsenin, eserin sahibi olduğunu iddia etmesi halinde, eserin gerçek sahibinin, hakkının tespitini mahkemeden isteyebileceği hükme bağlanmıştır. *Tekinalp*'e göre bu dava, mahkemenin kararının yalnızca bir hukukî olguyu tespit etmekle kalmayıp, eser sahipliğini davayı kazanan kimseye de vermesi nedeniyle bir eda davası niteliğindedir.⁷⁰⁰ Ancak bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira, tespit davasının işlevi bir hukukî ilişkinin tespitinden öteye gidememektedir. Nitekim, tespit davası sonucunda mahkemece davalının bir şey yapmasına, vermesine ya da yapmamasına hükmedilmeyip, davacının eserin sahibi olup olmadığının tespiti ile yetinilmektedir.⁷⁰¹

Eser sahibinin ihtilâflı olması durumunda, birden fazla kişinin eserin kendisi tarafından meydana getirildiği iddiası söz konusudur. Bir kimsenin eserin sahibi olduğunu iddia etmesi halinde ise, eserin görünürde bir sahibi bulunmakla beraber başka bir kişinin o eserin kendisi tarafından meydana getirildiğini iddia etmesinden söz edilir. Bu son durum özellikle, eser üzerinde sahibinin adının hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan adın iltibasa meydan verecek mahiyette olduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir.⁷⁰² Eser sahibinin tespitine yönelik müspet tespit davası olarak açılacak bu davanın, bir şahsın adı ile

⁶⁹⁹ Çolak, s. 5, 9.

⁷⁰⁰ Tekinalp, s. 291.

⁷⁰¹ Yasaman, Tazminat, s. 806-807 dn 1; Erdil, İşlenme Eserler, s. 167.

⁷⁰² Tekinalp, s. 291-292.

tanınan bir eserin, bu şahıs tarafından kendisine ait olmadığı şeklinde menfi tespit davası olarak da açılabilir. doktrinde kabul edilmektedir.⁷⁰³

FSEK'in 15. maddesinde eser sahibinin tespiti davası hükme bağlanmıştır. Burada Kanun Koyucu'nun sadece eserin sahibinin tespitine yönelik tanımış olmasının, eserden doğan hakların ihlâlinin söz konusu olduğu durumlarda bu ihlâl tespitine yönelik bir dava açma imkanı tanımak istemediği sonucuna varılmamalıdır. Kanun Koyucu eser sahibinin kim olduğuna ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıkların çokluğunu nazara almak suretiyle bu dava hakkının mevcudiyetini vurgulamak istemiştir. O halde hukukun genel ilkelerinden hareketle, eser sahibi, haklarının ihlâl edildiği düşüncesinde ise, eylemin hukuka aykırılığının ve haklarının ihlâl edildiğinin tespitini açacağı bir tespit davası ile her zaman isteyebilecektir.⁷⁰⁴

Tespit davasını açabilecek kimseler FSEK'in 19. maddesi uyarınca belirlenmektedir. Buna göre, söz konusu dava öncelikle eseri meydana getiren kimse tarafından açılmalıdır. Bu kişinin ölümü ve manevî hakların kim tarafından kullanılacağını belirtmemiş olması durumunda dava, vasiyeti tenfiz memuru, bu tayin edilmemiş ise, anılan maddede belirtilen yakınları tarafından açılabilir. Bu kişilerin de haklarını kullanmamaları halinde bilgisayar programından doğan bir malî hakkı iktisap etmiş olan kimse, meşru menfaati bulunduğunu ispat etmek koşuluyla söz konusu davayı açabilecektir.⁷⁰⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, malî hak sahibinin burada talep edebileceği husus eser sahibinin tespiti olacaktır.

Her ne kadar bilgisayar programları bakımından pratikte uygulama olanağı oldukça dar olsa bile bazı istisnaî hallerde, ülke kültürü açısından önemli görülmesi durumunda, eser sahibinin tespitine yönelik davanın yukarıda belirtilenler tarafından açılmaması durumunda, bu dava Kültür Bakanlığı tarafından da açılabilir (FSEK. m. 19/son). Tespit davasının, somut olayın koşullarına göre hasımlı ya da hasımsız olarak açılması mümkündür.

⁷⁰³ Ayiter, s. 120; Erel, Fikir, s. 121-122; Tekinalp, s. 292.

⁷⁰⁴ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 381.

⁷⁰⁵ Yusufoglu, s. 143.

II. TECAVÜZÜN REF'İ DAVASI

A. Genel Olarak

FSEK'in 66. maddesinin 1. fıkrasında, manevî ve malî hakları tecavüze uğrayan kimsenin tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebileceği ifade edilmektedir. Doktrinde, tecavüzün ref'i davasının, tecavüzün devam ettiği sürece veya bitmiş bir tecavüzün sonuç doğurmaya devam etmesi halinde açılabileceği ileri sürülmekte ise de⁷⁰⁶, bizim de katıldığımız görüşe göre tecavüzün ref'i davası ancak, başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüzün ref'i amacıyla açılabilecektir. Zira tecavüz sona ermiş ise, sonuçlarını devam ettirmeye devam etse dahi artık davanın amacı kalmadığından bu davanın açılması mümkün bulunmamaktadır.⁷⁰⁷ Bu dava ile manevî ve malî haklara yönelik devam eden tecavüzün ortadan kaldırılması, başka bir deyişle tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın giderilmesi hedeflenmektedir.

Bir bilgisayar programını meydana getiren eser sahibinin manevî ve malî haklarına yönelik devam eden bir tecavüzün kaldırılmasına yönelik bu davanın açılabilmesi için tecavüzün objektif olarak hukuka aykırılık oluşturması tek şart olup, tecavüzde bulunan şahsın kusuru gerekmemektedir. Bunun gibi, tecavüzün, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmış olması durumunda, işletme sahibinin de kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır. (FSEK. m. 66/III) Bununla beraber, her ne kadar hâkimin, kusuru ve varsa ağırlığını dikkate alacağı aynı maddenin 4. fıkrasında ifade edilmekte ise de, bunun tespitinin tecavüzün ref'i bakımından değil, çoğunlukla onunla beraber ve aynı mahkemede açılacak olan tazminat davaları bakımından önem arz ettiği doktrinde ileri sürülmektedir.⁷⁰⁸ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, fıkarda sözü edilen kusurdan bahsedilmekle, hakime tecavüzün ref'i için gerekli göreceği tedbirleri alırken failin kusurlu olup olmadığı, kusurlu ise kusurunun derecesini göz

⁷⁰⁶ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Tekinalp, s. 293; Hamdi Yasaman, Fikrî Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, s. 807; Arıdemir, s. 183; Kılıçoğlu, s. 382-383; Cahit Suluk, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s. 142.

⁷⁰⁷ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s. 292; Arslanlı, s. 211-212; Ayiter, s. 253; Öztrak, s. 74; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 107; Engin Erdil, İçtihat ve Gerekeçli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 2005, s. 512-513; Erdil, İşlenme Eserler, s. 149.

⁷⁰⁸ Erel, Fikir, s. 292; Erel, Çoğaltma ve Yayım, s. 41; Tekinalp, s. 293-294; Erdil, Şerh, s. 513, dn. 617.

önüne alabileceği yönünde bir yetki verilmektedir. Ancak salt kusurun varlığı ya da yokluğu hâkimin bu yönde bir tedbire hükmetmesi ya da talebi reddetmesi hususunda belirleyici olmayacaktır. Hâkim maddede ifade edilen diğer unsurları da göz önüne alabilecek ve kararını ona göre verecektir.⁷⁰⁹

Öte yandan ref davasının açılabilmesi için bir zararın doğmuş olması da şart değildir. Zira bu dava tazminat davasından farklı olarak, zararın giderilmesine yönelik bir dava değildir. Bu dava ile zararın doğmaması ya da artmaması hedeflenmektedir. Zarar doğduğu takdirde ise, hiç şüphesiz aşağıda incelenecek olan tazminat davasının açılması söz konusu olabilecektir.⁷¹⁰

B. Davanın Konusu

1. Manevî Haklara Tecavüz Halinde Davanın Konusu

a) Programı Kamuya Sunma Hakkının İhlâli

Henüz alenileşmemiş bir programın, sahibinin rızası olmaksızın ya da arzusuna aykırı bir biçimde umuma arz edilmesi durumunda tecavüzün ref'i davası, umuma arz keyfiyetinin, ancak programın çoğaltılmış nüshalarının yayımlanması suretiyle gerçekleşmesi halinde açılabilir. (FSEK. m. 67/I) Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için öncelikle bilgisayar programının henüz alenileşmemiş olması gerekmekte, ayrıca programın, onun sahibinin hiçbir şekilde rızası olmaksızın ya da rızası olmakla beraber onun rızasına uygun olmayan bir surette kamuya arz edilmiş olması gerekmektedir. Bu iki şarta ek olarak, doğmuş ve devam etmekte olan bir saldırı için programın çoğaltılmış nüshalarının kamuya arz edilmiş olması aranmaktadır.⁷¹¹ O halde programın kamuya sunulması teşhir ya da temsil suretiyle gerçekleştirilmişse, burada eylemin süreklilik arz etmemesi nedeniyle bu dava açılmayacak olup, ancak tazminat istenmesi söz konusu olabilecektir.⁷¹²

⁷⁰⁹ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 386.

⁷¹⁰ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 384.

⁷¹¹ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 387.

⁷¹² Erel, Fikir, s. 296.

b) Ad Belirtme Hakkının İhlâli

Bir bilgisayar programını meydana getiren eser sahibi programının anonim olarak yayınlanmasını veya müstear bir isimle umuma arz edilmesini, yani program üzerinde adının gizli kalmasını talep edebilir. Eser sahibinin bu talebine rağmen, program bu arzusuna aykırı olarak umuma arz edilmiş olabilir. Bu ihtimal göz önüne alınarak FSEK'in 67. maddesinin 1. fıkrasında, eserin çoğaltılmış nüshalarının, sahibinin isteğine aykırı olarak ad konmak suretiyle umuma arz edilmiş olması durumunda tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi öngörülmüştür. Bunun gibi, program sahibi adının konulmasını istediği halde adın hiç konulmamış, yanlış konulmuş veya konulan adın karıştırmaya yol açması durumunda da adın belirtme hakkının ihlâli söz konusu olabilmektedir. Bu durumlarda da tecavüzün ref'i davasının açılmasından söz edilebilmektedir. Bu halde açılacak ref davasının konusu, adın, programın aslı ve tedavüle sunulmuş nüshaları üzerinde gerektiği şekilde belirtilmesi olacaktır. Bununla beraber, adın bu yoldan düzeltilmesi ya da belirtilmesi çoğunlukla, yukarıda incelenen tespit davasının sonuçlanmasından sonra mümkün olabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, durdurma davası ile tespit davasının birlikte açılması her zaman mümkündür. Davacı açacağı davada, hükmün en fazla üç gazetede ilân edilmesini de talep edebilecektir. Bu durumda adın belirtilmesi ya da düzeltilmesine yönelik masraflardan başka, hükmün ilânına yönelik masraflar da tecavüz edene ait olacaktır. (FSEK. m. 67/II)⁷¹³

c) Programda Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Hakkının İhlâli

Yukarıda bir bilgisayar programında sahibinin izni olmaksızın yapılacak herhangi bir değişikliğin programın bütünlüğüne hâlel getirebileceği, bu suretle sahibinin hususiyetini kaybedebileceği, bu durumun da eser sahibinin manevî çıkarlarını zedeleyici bir husus olduğu ifade edilmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin bu hakkını zedeleyecek nitelikte, başkalarının eser üzerinde yapacakları değişikliklerin yasaklandığı belirtilmiştir. Buna göre sahibinin izni olmadığı sürece bir programda ya da program sahibinin adında kısaltmalar, eklemeler ve başkaca değiştirmelerin yapılması mümkün değildir. (FSEK. m. 16)

⁷¹³ Erel, Fikir, s. 297; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 388-389; Yasaman, Tazminat, s. 807; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 108.

Ancak Kanunun ya da programı meydana getirenin izni ile o programı işleyen, kamuya sunan, yayımlayan, temsil eden veya diğer bir suretle yayan kimse, işleme, çoğaltma, temsil ya da yayım tekniği icabı olarak zarurî kabul edilebilecek değişiklikleri yapabilir. Programı meydana getirenden bu konuda özel bir iznin alınmış olmasına gerek bulunmamaktadır. (FSEK.m.16) Bazen de bir programdan gerektiği şekilde yararlanılabilmesi için değişiklik yapma ihtiyacı hasıl olabilir. Ancak, programda yapılacak değişiklik objektif olarak onu meydana getirenin şeref ve itibarını düşürmekte ya da programın nitelik ve hususiyetini bozmakta ise, programı meydana getiren önceden izin vermiş olsa dahi bu değişikliklere engel olabilir.

Bu hakkın kullanılması çerçevesinde hakkın ihlâlinin devam etmesi durumunda, programı meydana getiren açacağı tecavüzün ref'i davası ile, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının ve yayımının engellenmesini veya tecavüz edenin tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini, başka bir deyişe bunların eski hale getirmesini isteyebilir. (FSEK. m. 67/IV)⁷¹⁴

2. Malî Haklara Tecavüz Halinde Davanın Konusu

Malî haklara tecavüz halinde açılacak tecavüzün ref'i davasını düzenleyen FSEK'in 68. maddesinde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve madde gerek içerik gerekse sistematik açıdan yeniden kaleme alınmıştır.

Anılan madde ile ilk olarak, hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan bir eserin işlenmesi, çoğaltımı, çoğaltılmış nüshaların yayımı, temsili veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi halinde açılacak tecavüzün ref'i davasında talep edilecek hususlar düzenlenmiştir. Müteakip fıkralar ile de çoğaltılmış eser nüshalarının satışa çıkarılıp çıkarılmamasına göre talep konusunun ne olacağı öngörülmüştür. Biz de maddenin bu düzenleme sırasına uygun olarak, bilgisayar programlarının niteliklerine uygun olduğu ölçüde konuyu inceleyeceğiz.

⁷¹⁴ Erel, Fikir, s. 298; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 390-391.

Belirtmek gerekir ki; malî haklar eser sahibinin eserle olan ekonomik ve malî ilişkilerinden kaynaklanan haklardır. Bu sebeple, bu haklar ihlâl edildiğinde saldırının devamı süresince açılacak durdurma davasının, manevî hakların ihlâli durumunda açılacak durdurma davasından farklı olarak, bir takım malî sonuçlar doğurması düşünülerek düzenleme yapılmıştır. Bundan dolayı söz konusu davanın eser sahibinin telif haklarının tazminine yönelik olması amaçlanmıştır. Bu nedenle de Kanun’da, eser sahibi ile malî hakları ihlâl eden arasında bir sözleşme yapılmış olsa idi bu haklar için ödenmesi gereken telif ücreti ne olacaksa, açılacak durdurma davasının bu ücretin ödenmesine matuf olması esası benimsenmiştir. Fakat burada caydırıcılık açısından, dava durumunda telif ücretinin en fazla üç kat fazlasının talep edilebilmesine imkan tanınmaktadır.⁷¹⁵

a) Malî Hakların İhlâli Halinde Talep Konusu

FSEK’in 68. maddesinin 5728 sayılı Kanunun 137. maddesi ile değiştirilmiş 1. fıkrasında, “Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü 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” hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeden hareketle, bir bilgisayar programının hak sahibinin yazılı izni olmaksızın işlenmesi, çoğaltılması, yayımı, temsili ya da her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi durumunda, hak sahibi tecavüzün ref’i davası açabilecektir. Her ne kadar maddede salt sahibinin yazılı izni olmaksızın işleme ve çoğaltmadan söz edilmiş ise de, bu düzenleme kanımızca FSEK’in 38. maddesi ile birlikte ele alınmalıdır. Zira yukarıda açıklandığı üzere, 38. maddenin 2. fıkrasında, sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, programın onu hukukî yollardan edinen kişi tarafından işlenmesi serbest kılınmaktadır. Bu nedenle

⁷¹⁵ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 393-394. FSEK’in 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 68. maddesinin sistematüğinde, malî haklardan önce işleme, temsil ve radyo ile yayın haklarının ihlâli halinde açılacak tecavüzün ref’i davasında talep edilecek hususlar düzenlendikten sonra, müteakip fıkralar ile de ayrı ayrı çoğaltma ve yayma haklarının ihlâli durumunda açılacak tecavüzün ref’i davasında talep konusunun ne olacağı düzenlenmiş idi.

durdurma davasının açılmasına neden olacak devam eden bir saldırının varlığından söz edebilmek için, işlemenin 38. maddede cevaz verilen işleme veya çoğaltma dışında kalması da gerekmektedir. O halde, sahibinin yazılı izni olmaksızın, FSEK'in 6. maddesinin 10. bendinde ifade edilen ve bilgisayar programlarına mahsus işleme halleri sayılan programın yazıldığı programlama dilinden başka bir dile dönüştürülmesi suretiyle uyarlanması, bağımsız program ya da program parçacıklarının birbirine bağlanması suretiyle düzenlenmesi veya programda FSEK'in 38/II maddesi kapsamında yer alan ve kişisel kullanma için gerekli olan değişikliği aşan değişiklikler yapılması durumunda hukuka aykırı bir tecavüzün varlığından söz edilebilecek ve bunun durdurulmasına yönelik ref davası açılabilir. Aynı şekilde sahibinin izni olmaksızın bir bilgisayar programının umuma açık mahallerde dinleyici ya da seyirci durumundaki kimselere, bir bilgisayar aracılığıyla ve örneğin büyük ekranlar kullanılmak suretiyle doğrudan temsil suretiyle sunulması veya program ya da kodlarının televizyon, hareketli görüntü taşıyıcıları, telefax veya internet aracılığıyla dolaylı temsil yoluyla kamuya sunulması durumunda tecavüzün giderilmesine yönelik durdurma davası açılabilir.

Hak sahiplerinden yazılı izin alınmaksızın söz konusu malî hakların hukuka aykırı bir şekilde ihlâli durumunda açılabilir durdurma davası ile izni, alınmamış olan hak sahipleri, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri uyarınca tespit edilecek raiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilme imkanına kavuşmaktadır.⁷¹⁶ FSEK'in 68. maddesinin 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, eser sahibine, aralarında sözleşme yapılmış olması halinde davalıdan isteyebileceği bedelin veya emsal ya da raiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilme imkanı tanımaktaydı. Ancak durdurma davası açılabilmesi için bir zararın doğmuş olma şartı

⁷¹⁶ Yargıtay 11. H.D. 10.04.2003 T., E.2002/11874 ve K.2003/3494 sayılı kararında, "Photoshop" adlı bilgisayar programını lisanssız olarak işyerinde kullanan kişinin eyleminin FSEK 69. madde gereğince önlenmesine ve 68. maddeye göre üç kat raiç bedelin maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Bkz. Durmuş, s. 43.

bulunmadığından⁷¹⁷, kanımızca yeni düzenleme bu davanın niteliğine daha uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Öte yandan, 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, bedel tespiti sırasında hâkimin öncelikle ilgili meslek kuruluşlarının görüşünün alması gerektiği Kanunda emredici bir şekilde hükme bağlanmıştı. Ancak, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığından ve bu hususta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelerin ihtiyaca cevap verebileceği düşüncesiyle, söz konusu fıkranın son cümlesi 5728 sayılı Kanun'un 137. maddesi ile maddeden çıkarılmıştır. Bununla beraber, elbette hâkimin ilgili meslek birliği mensupları arasından bilirkişi görevlendirmesi her zaman imkân dahilindedir.⁷¹⁸

Anılan düzenleme ile davacıya talep hakkı konusunda iki adet seçimlik imkân tanınmaktadır. Buna göre davacı, birinci imkânı tercih ediyor ve davalıdan, sözleşme yapılmış olsaydı istenecek bedelin⁷¹⁹ en çok üç kat fazlasına kadarını talep ediyor ise, bedel öznel olarak o eser için aldığı veya meydana getirdiği aynı nitelikteki diğer eserleri için almakta olduğu ücret esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Bu halde belirlenecek bedel eser sahibinden eser sahibine göre değişecektir. O takdirde, emsal veya rayiç bedel gibi nesnel ölçütler göz önünde bulundurulmamaktadır. Bu durum hakkı ihlâl edilenin büyük ve tanınmış bir bilgisayar programcılığı şirketi olması veya sıradan bir programcı olması durumunda önem arz etmektedir. Davacının ikinci imkânı tercih etmek suretiyle rayiç bedelin en çok üç kat fazlasına kadarını talep etmesi durumunda ise, öncelikle eser sahibinin

⁷¹⁷ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 394.

⁷¹⁸ Bkz. 5728 sayılı Kanunun Gerekçesi, Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/335), Dönem 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 56.

⁷¹⁹ Kılıçoğlu, Kanun Koyucu'nun "sözleşme yapılmış olsaydı istenecek bedel" tabirine yer vermek suretiyle, haksız fiil sonucu eser sahibinin uğradığı zararın hesaplanmasında taraflar arasında sözleşme yapılmış olması varsayımından hareket ettiği görüşündedir. *Yazar*, maddedeki bu zarar hesabı ilkesini "farazî sözleşme ilkesi" olarak adlandırmaktadır. Ancak malî hakların ihlali halinde çoğaltılan veya yayımlanan eserin kopya yahut nüsha sayısı belli ise bu ilke uygulama alanı bulur. Belli olmaması durumunda ise, gerçek kanıtlara göre karar verilir. Kanun Koyucu'nun amacı bu maddeye dayanan talep haklarını sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin hükümlere bağlamak olmayıp, haksız bir fiille bir tecavüz gerçekleştiğinden haksız fiillere ilişkin esaslar burada uygulanacaktır. Farazî sözleşme ilkesi ise, yalnız bedelin tespitinde uygulanır. Geniş bilgi için Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Ankara Barosu, Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. I, 08-11 Ocak 2002, Ankara, s. 387-390. Yargıtay da farazî sözleşme ilkesi tabirini kararlarında kullanmaktadır. Örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD 06.03.2000 T., 1999/9978 E ve 2000/1893 K sayılı kararı (Yayınlanmamış)

kendi eserleri arasındaki emsal veya rayiç bedeli dikkate alınacak, fakat bunun tespitine yarayan eser sahibinin bir eserin bulunmaması durumunda ise, “emsal ve rayiç” bedel artık nesnel olarak belirlenecektir. Dolayısıyla somut olayın koşulları göz önüne alınarak bedelin tespiti gerekmektedir. Bu durumda, bilgisayar programının beğeni ölçüsü, estetik görünümü, ihlâlin süresi ve yapıldığı vasıta, programın ihlâl suretiyle ulaştığı kitlenin boyutu gibi objektif ölçüler göz önünde bulundurulacaktır. Fıkarda yer verilen “üç kat fazlasını” ifadesi ise yerinde olmayıp, bu ifade “üç katı” nı isteyebilir şeklinde anlaşılmalıdır.⁷²⁰

Hak sahibi, bedel talebinde bulunduğunda, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması durumunda sahip olabileceği tüm hak ve yetkileri ileri sürebilecektir. (FSEK. m. 68/son)

b) Çoğaltılan Program Nüshaların Satışa Sunulup Sunulmadığına Göre Talep Konusu

Çoğaltma ve yayma hakların ihlâli durumunda açılacak tecavüzün ref'i davasında ileri sürülebilecek talepler, FSEK'in 68. maddesinde, kanuna aykırı olarak çoğaltılan eser nüshalarının satışa çıkarılmış olup olmamalarına göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre eser sahibinden izinsiz veya FSEK m. 38'de Kanunun izin verdiği ölçüyü aşacak şekilde bir çoğaltma işlemi gerçekleştirildiğinde, çoğaltılan nüshalar henüz satışa çıkarılmamış, diğer bir deyimle yayımlanmamış ise, sadece çoğaltma hakkı ihlâl edilmiş durumdadır. Bu durumda hak sahibine üç seçimli talep hakkı tanınmaktadır.⁷²¹ Buna göre hak sahibi programın çoğaltılmış kopyalarının,

⁷²⁰ Tekinalp, s. 299-300. Anılan ibarenin “üç kat” olarak anlaşılması gerektiği görüşü için ayrıca bkz. Yasaman, Tazminat, s. 808; Arıdemir, s. 189; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 397. Bedelin tespitinde dikkate alınacak ölçütlere ilişkin bkz. Yarg.HGK, 20.02.2002 T., 2002/11-176 E., 2002/214 K sayılı kararı, YKD, C. 28, S. 6/2002, s. 840-845. Ayrıca bkz. Yarg.11. HD, 06.03.2000 T., 1999/9978 E., 2000/1893 K. sayılı kararı, YKD, C. 26, S. 10/2000, s. 1543-1545. Yarg. 1. HD 06.03.2000 T., 1999/9978 E ve 2000/1893 K sayılı kararında farazî sözleşme ilkesi uyarınca bedel tespitinde dikkate alınacak kıstasları belirlemiştir. Buna göre, “...miktarın hesabı için, önce eserin ve eseri meydana getiren özellikleri itibarıyla eserin değerini etkileyen bütün faktörler ve çoğaltılan nüsha sayısı nazara alınmak suretiyle normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eseri çoğaltacak olanın hak sahibine vermesi gereken para miktarının bulunması, bundan sonra ise bu miktarın üç katının hesaplanması gerekmektedir. Hak sahibinin isteyebileceği miktar, farazî sözleşme ilkesi uyarınca hesaplanan miktarın üç kat fazlasını geçemez”. (Yayınlanmamış karar)

⁷²¹ Erel, Fikir, s. 299. Yarg.11. HD 08.04.2003 tarihinde verdiği kararına konu olayda, davacı vekili tarafından müvekkiline ait bilgisayar programlarının izinsiz ve kanuna aykırı bir şekilde davalı tarafından ticari amaçla kullanıldığının tutanakla tespit edildiğini, bu nedenle eylemin haksız olduğunun tespitine, haksız tecavüzün önlenmesine, izinsiz çoğaltılan nüshaların imhasına, FSEK.

çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri gereçlerin uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da tecavüzde bulunan kişi ile arasında sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. (FSEK. m. 68/II) Bu haklardan hangisinin ileri sürüleceği ise hak sahibinin tercihinine bırakılmaktadır.

Program sahibinden izin alınmaksızın çoğaltılan program nüshalarının satışa çıkarılmış olması durumunda ise, çoğaltma hakkının yanı sıra yayma hakkı da ihlâl edilmiş olmaktadır. Bu durumda da FSEK'in 68. maddesinin 3. fıkrası yollamasıyla hak sahibine yukarıda ifade edilen seçimlik haklar aynen tanınmaktadır. Bununla beraber, söz konusu seçimlik haklardan çoğaltılmış nüshalarının imhası ya da maliyet fiyatını aşmayacak uygun bir bedelle devrini isteme imkânı, sadece tecavüz eden kişinin elinde kalan nüshalar açısından mümkündür. Nüshaların üçüncü kişilere satılmış olması durumunda, program nüshalarının zilyetliğinin yanı sıra, mülkiyet de üçüncü şahıslara geçeceğinden bunların imha ya da devri istenemeyecektir. O halde, mütecavizin elinden çıkan nüshalar bakımından, hak sahibi, seçimlik haklardan ancak çoğaltmaya yarayan araç ve gereçlerin imhası ya da maliyet fiyatını aşmamak şartıyla uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebileceği gibi sözleşme olması durumunda talep edebileceği miktarın üç kat fazlasını isteyebilecektir. Maddede ifade edilen nüshaların elden çıkmış olması ile kastedilen ise, bunların, mülkiyetlerinin devrini gerektirir şekilde zilyetliğinin nakledilmiş olmasıdır.⁷²² Bunun gibi, çoğaltmaya yarayan araçların mütecavizden

m.68/2 uyarınca lisans ücreti ve 3 kat fazlasının tazminat olarak ödenmesine ve ayrıca 70 nci madde uyarınca elde ettiği gelir miktarı kadar bir bedelin ödenmek zorunda olduğunun tespiti ile hükmün ayrıca ilanına karar verilmesini talep etmiş. Yerel mahkemece “davacıya ait bilgisayar programlarının FSEK'in 2 nci maddesi gereğince koruma altında olduğu, davalının herhangi bir lisans bedeli ödemeksizin bu programları haksız olarak işyerinde bulundurduğu, eylemin FSEK'in 69 ncu maddesinde öngörülen haksız tecavüz oluşturduğu, 68/2 nci maddesi gereğince rayiç değerin 3 üncü katı (üç katı) tazminat tutarının 6837 USD olduğu, davacının 70 nci maddeye dayanarak istediği tazminatın kanıtlanmadığı gerekçesiyle, davalının eyleminin haksız rekabet olduğunun tespitine, önlenmesine, 3000 USD'nin tahsiline, hükmün özetinin ilanına karar vermiştir.” Bu karar ise daha sonra 11. HD tarafından usul ve yasaya aykırı bir yön olmadığından onanmıştır. Karar metni için bkz. Suluk/Orhan, s. 258. Belirtmek gerekir ki, yerel mahkemenin söz konusu kararında temel hukukî hatalar bulunmaktadır. Öncelikle Mahkeme halihazırda süregelen bir ihlâl olmasına rağmen, FSEK'in 69. maddesi uyarınca isabetsiz bir şekilde tecavüzün önlenmesine karar vermiştir. Yine, davalının eylemi açıkça eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlâli olduğu halde, mahkemece davalının eyleminin haksız rekabet olduğunun tespitine yönelik bölümü de temel bir hata olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷²² Erel, Fikir, s. 299-300; Kaypakoğlu, s. 157-158.

başka birine ait olması halinde, diğer bir ifade ile mütecavizin elindeki kopya CD'lerin veya bunları çoğaltmaya yarayan araçların tecavüz eden dışında birine ait olması durumunda, bunların devir ve imhasını talep etmek mümkün değildir. Bu halde hak sahibi, şartları var ise, ileride gerçekleşebilecek muhtemel bir ihlâli önlemeye matuf tecavüzün önlenmesi (men'i) davası açabilecektir.⁷²³

Burada bilgisayar programları bakımından konu daha da somutlaştırılacak olursa akla gelebilecek en önemli sorun, acaba bilgisayar programını çoğaltmaya yarayan bilgisayar, programının üzerinde kaydedildiği disk, disket veya CD gibi manyetik ortamların ya da programı çoğaltmaya yarayan CD veya DVD yazıcı gibi bilgisayar donanımlarının, programın hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılması durumunda tecavüzün ref'i davası kapsamında FSEK'in 68/II-III. maddesi çerçevesinde devir ya da imhasının istenilip istenilmeyeceğidir. Burada bu soruya genel olarak olumlu bir cevap vermenin mümkün olmadığını ifade etmekle yetiniyoruz. Zira bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı şekilde incelenecektir.

Bu konuda doktrinde tartışmalı olan bir husus da, hak sahibinin tecavüzün ref'i davasında diğer iki seçimlik talep yerine, tecavüzde bulunan ile aralarında bir sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep etmesi durumunda, mahkeme tarafından hükmedilen bedelin tamamı fiilen ödendikten sonra tecavüz edenin elinde bulunan nüshaların bu şahıs tarafından kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu konuda doktrinde savunulan baskın görüş, tecavüz edenin, hükmedilen bedeli ödedikten sonra, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş gibi olacağından, davanın kabulüyle de tecavüz eylemi geriye dönük olarak hukuka uygun hale geldiğinden elinde kalan çoğaltılmış nüshaları kanuni şartlar dahilinde yayımlayabileceği yönündedir.⁷²⁴ Öte yandan doktrindeki azınlık görüşüne göre ise,

⁷²³ Erel, Fikir, s. 300; Ayiter, s. 260, Kaypakoğlu, s. 158.

⁷²⁴ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s. 301-302; Arslanlı, s. 218; Tekinalp, s. 302; Üstün, s. S.237-238. Çoğunluk görüşü ile aynı yönde olan 1987 tarihli ve 1987/1836 Esas, 1987/4131 Karar sayılı kararında da Yargıtay Hukuk Dairesi, olayda davacı yararına bedele hükmedilmiş olmakla taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmakta ve davalının kullanma ve çoğaltma durumu yasal hale gelmektedir. 5846 sayılı Yasanın 68. maddesinin düzenlenme şeklindeki amacın da bu olduğu anlaşılmaktadır. O halde Mahkemece bedele hükmedildiğine göre, davanın tecavüzün men'i bölümünün reddi gerekirken ona da hükmedilmesi bozmayı gerekmiştir." şeklinde karar vermiştir. Kararın metni için bkz. Erdil, İşlenme Eserler, s. 155.

çoğunluk ve aynı doğrultudaki Yargıtay'ın görüşü tazminat hukukunun temel ilkelerine aykırı olup, ceza niteliğindeki bir ödeme sonrasında, hukuka aykırı bir işlemin hukuka uygun hale geldiğinin ileri sürülmesi mümkün değildir. Caydırıcı nitelikli üç misli bedel ödemenin cezaî bir yükümlülük olduğu dikkate alındığında tecavüz edenin kanunen hak sahibi olduğunu kabul etmek yerinde değildir.⁷²⁵

Asıl program sahibinden izin alınmaksızın oluşturulan işleme programın izinsiz çoğaltılması ve yayımlanması da 68. madde kapsamında korumadan yararlanacaktır. Bu çerçevede asıl programın sahibi, izinsiz meydana getirilen işleme program dolayısıyla anılan maddede öngörülen seçimlik talepleri, açacağı tecavüzün ref'i davası ile ileri sürebilecektir.⁷²⁶

FSEK'in 68. maddesine 5728 sayılı Kanun ile eklenen 5. fıkrasında hak sahiplerinden birinin, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca talepte bulunması durumunda, Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümlerinin delil elde etmek amacı dışında uygulanmayacağı öngörülmektedir.

C. Davanın Tarafları

1. Davacı

a) Manevî Haklara Tecavüz Halinde

Manevî hakların tecavüze uğradığı durumlarda, tecavüzün ref'i davasını açma hakkı öncelikle onu meydana getiren eser sahibine aittir. Eser sahibi öldükten sonra ise manevî hakların ihlâli ile bağlantılı olarak bu davayı açma hakkı FSEK'in 19/I maddesinde sayılan kimselere geçmektedir. O halde bunlar, sırasıyla vasiyeti tenfiz memuru, bunun tayin edilmemiş olması durumunda sağ kalan eş ve çocuklar, mansup mirasçılar, ana-baba ve kardeşlerdir.⁷²⁷

Kural olarak manevî haklara tecavüz halinde, malî hakları devralmış olan kimseler tecavüzün ref'i davası açma hakkına sahip değillerdir. Bununla beraber, program sahibinin kendisi veya onun ölümü halinde mirasçıları tarafından bu

⁷²⁵ Yasaman, Tazminat, s. 811; Erdil, İşlenme Eserler, s. 156.

⁷²⁶ Üstün, s. 234; Erdil, İşlenme Eserler, s. 152-153.

⁷²⁷ Erel, Fikir, s. 292-29; Tekinalp, s. 303.

davanın açılmaması durumunda, meşru menfaatlerini ispat etmeleri koşulu ile malî hakları devralmış olanlar bu davayı açabilmektedir. (FSEK. m. 19/III)⁷²⁸ Kültür Bakanlığının da 19/I’de belirtilen şahısların hiçbirinin kendilerine tanınan bu hakkı kullanmamaları ya da bu şahısların hiçbirinin bulunamaması durumunda, programın memleket kültürü açısından önemli görülmesi halinde tecavüzün ref’i davasını açma hakkı bulunmaktadır. (FSEK. m.19/son).

Program üzerinde müşterek eser sahipliğinin söz konusu olması durumunda, program sahiplerinden her biri kendi meydana getirdiği kısım ile ilgili olarak bu davayı açabilecektir. Eserin tümüne yönelik bir tecavüzün mevcudiyeti halinde her eser sahibi, diğerlerini temsilen dava açabilecektir. İştirak halinde program sahipliği söz konusu olduğunda ise, eser sahiplerinden her birinin, birlik menfaatlerine tecavüz edilmesi durumunda tek başına hareket edebileceğinin FSEK. m. 10/II’de açıkça hükme bağlanmış olması nedeniyle bu konuda bir tereddüt bulunmamaktadır.⁷²⁹

b) Malî Haklara Tecavüz Halinde

Bilgisayar programı üzerindeki malî hakların ihlâli durumunda tecavüzün ref’i davasının davacısına ilişkin genel kural, “malî hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref’ini dava edebilir” demek suretiyle FSEK’in 66/I maddesinde düzenlenmiştir. FSEK’in 68/I maddesinde ise, malî haklara tecavüz halinde talepte bulunabilecek kimse 5728 sayılı Kanun ile değişiklikten önce eser sahibi olarak belirtilmekte iken, yeni değişiklikle hak sahibi deyimini tercih edilmiştir. Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, tecavüz edildiği ileri sürülen malî hakkın sahibinin programı meydana getiren eser sahibi veya onun ölümü halinde mirasçılarının olması durumunda, tecavüzün ref’i davasını programın sahibi veya ölmüş ise mirasçıları açabilecektir. Malî hakkın üçüncü şahıslara devri durumunda ise, tecavüze uğrayan hakkı devralan şahısların dava açma hakkı söz konusu olacaktır. Nitekim 68. maddeye 5728 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkra ile, anılan maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının eser sahibinden başka hak sahiplerine uygulanabilmesi için, eser sahibinin FSEK’in 52. maddesine uygun olarak yazılı

⁷²⁸ Erel, Fikir, s. 293.

⁷²⁹ Erel, Fikir, s. 293.

çoğaltma izninin varlığı şart kılınmıştır. O halde hakkı yazılı olarak devralan kimse de hak sahibi olarak, devraldığı hakka vaki bir tecavüz durumunda 68. maddenin iki ve üçüncü fıkralarında yer alan seçimlik hakları kullanabilecektir. Zira bu durumda, devredilen hak ya da haklar, eser sahibinin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına dahil olmaktadır. Programın sahibi ise, devrettiği bu malî hakka yönelik tecavüz, ancak aynı zamanda onun manevî haklarını da ihlâl etmekte ise, sadece manevî haklarını korumaya yönelik olmak üzere tecavüzün ref'i davaya edebilecektir.⁷³⁰ Buna göre, bir bilgisayar programının çoğaltma hakkının, eser sahibi tarafından diğer bir şahsa devri durumunda, eğer bu program devralan şahıs dışında kalan bir kimse tarafından hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılacak olursa, tecavüzün ref'i ancak hakkı devralan talep edebilecektir.

Hakkın kendisinin değil de, kullanma hakkının devri durumunda, hakka bir tecavüz gerçekleştiğinde, lisans alanın tecavüzün ref'i davası açıp açamayacağına ilişkin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda açık bir hüküm olmadığından, bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan ilk görüşe göre, lisans alan böyle bir tecavüz vukuunda, üçüncü şahıslara karşı bu davayı açamaz. Ancak lisans alan, aralarındaki sözleşmeye istinaden bu davanın açılması için gerekli tedbirleri almasını lisans verenden isteyebilir. Hakkın korunması, lisans verenin sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğunu teşkil ettiğinden, lisans veren bu davayı açmakla yükümlüdür. Lisans verenin bu davayı açmaması sözleşmeye aykırılık teşkil eder.⁷³¹ Bu konuda savunulan diğer görüşe göre ise, lisans verme aynî etkisi olan bir tasarruf işlemi olduğundan, lisans alanın da bizzat tecavüzün ref'i davasını açma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada hakkın kullanımını basit ya da tam lisans ile devralan kimse arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak bu durumda hakkın kendisi, özü ya da devredilmeyen yetkiler itibarıyla programın sahibinde kalacağından, onun da dava açmasına engel bir durum bulunmamaktadır.⁷³² Doktrinde savunulan bir diğer görüş ise, basit ve tam lisans ile kullanma yetkisinin devralınmış olması arasında ayırım yaparak, basit lisans alanın bu hakkı olmadığını, ancak tam lisans alanın tecavüzün

⁷³⁰ Erel, Fikir, s. 294; Öztrak, s. 79; Topaloğlu, Bilişim Hukuku, s. 45; Tekinalp, s. 303. Yazar, lisans alana bu hakkın verilmesinin eser sahibinin ya da malî hakları devralan şahsın gelecekteki haklarını ihlâl edileceğini ileri sürerek, tecavüz vukuunda lisans alanın zararının karşılanması FSEK'in 70. maddesi çerçevesinde maddi tazminat davası ile korunmasının yerinde olacağı görüşündedir.

⁷³¹ Bu görüş için bkz. Ayiter, s. 254; Tekinalp, s. 304; Topaloğlu, Bilişim Hukuku, s. 45.

⁷³² Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s. 294; Arslanlı, s. 209.

ref'i davasını açma hakkının bulunduğunu savunmaktadır. Bu görüşte olan yazarlar, görüşlerini, FSEK'in 56/son maddesinde basit lisansların hasılat kirasına, tam lisansların ise intifa hakkına ilişkin hükümlere tabi kılınmış olmasına dayandırmaktadırlar.⁷³³ Biz de basit lisans alanların bu hakka sahip olmadığı, ancak tam lisans alanların, kanunda intifa hakkına ilişkin yapılan atıf sebebiyle tecavüzün ref'i davasını açma haklarının olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.⁷³⁴ Örneğin, bir bilgisayar programını çoğaltma ve yayma yetkisi tam lisansla devredildiğinde, eser sahibi bu yetkiyi başkasına devredemeyecek ve öngörülen süre ya da amaç gerçekleşinceye kadar kendisi dahi bu hakkı kullanamayacaktır. Bu arada söz konusu programın hukuka aykırı olarak çoğaltılıp piyasaya sürüldüğü düşünüldüğünde, tam lisans alanın tecavüzün ref'i davası açmakta hukukî yararının bulunacağı açıktır.

Üzerinde müşterek veya iştirak halinde eser sahipliğinin söz konusu olduğu bir programdan doğan malî haklara yönelik tecavüz vukuunda davanın kim tarafından açılacağına ilişkin yukarıda manevî haklara tecavüz halinde davacının belirlenmesi ile ilgili anlatılan hususlar aynen geçerli bulunmaktadır.⁷³⁵

2. Davalı

a) Genel Olarak

Malî ve manevî haklara tecavüz halinde, tecavüzün ref'i davası kural olarak hakka tecavüzde bulunana karşı açılır. Buna göre tecavüzün kaldırılması davasında davalı, hak sahibinin malî ve manevî haklarına getirilen sınırlamalar dışında ve sahibinin izni olmaksızın programı kullanan ya da ticari amaçlı olsun veya olmasın diğer hakları ihlâl eden kimsedir.

⁷³³ M.Reşit Belgesay, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, s. 103-104; O. Berat Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması, 1. Bası, İstanbul 1995, s. 97, dn. 625); Tüysüz, s. 117; Yusufoglu, s. 150.

⁷³⁴ Nitekim bu husus Yargıtay'ın muhtelif kararlarında da tartışılmıştır. Yargıtay 11. HD bir kararında, "...kullanma yetkisinin ruhsat veya lisans ile devri, Kanun tarafından malî hakkı tahdit eden, kayıtlayan bir tasarruf işlemi kabul edilmiş olup, tam ruhsat sahibi haiz olduğu yetkileri gerek mali hak sahibine gerek üçüncü şahıslara karşı öner sürebilecek ve kullanmayı engelleyen müdahaleleri men ettirebilecektir. Tam ruhsatta, mali hakka ait kullanma yetkisi tamamen ruhsat sahibine devredildiğinden, devir alan da bu yetkiyi kendi başına kullanabilecek ve tecavüzün men'i ve ref'i davası ile birlikte 68 inci ve devamı maddelerinde yazılı bedel davasını açabilecektir. ..." demek suretiyle tam lisans alanın dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. (Yarg. 11. HD, 26.04.1999 T, 1999/594 Esas ve 1999/3250 Karar sayılı kararı) Karar metni için bkz. Suluk/Orhan, s. 718-719.

⁷³⁵ Erel, Fikir, s. 295.

Tecavüz eyleminin hizmetlerini ifa ettikleri esnada işletmenin temsilcisi ya da müstahdemlerince işlenmiş olması durumunda ise dava, istihdam eden işletme sahibi ya da tüzel kişi hakkında da açılabilir. (FSEK. m. 66/I-II)⁷³⁶ Davanın açılabilmesi için tecavüzde bulunan kimse veya işletme sahibi ya da tüzel kişinin organlarının kusuruna gerek bulunmamaktadır. (FSEK. m.66/III) Bu düzenleme istihdam edenin sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 55 ile tüzel kişilerin organlarının fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen TMK. m. 50’de yer alan düzenlemenin özel bir uygulamasını oluşturmaktadır. Bu sebeple, burada istihdam eden veya tüzel kişi ile istihdam edilenin sorumluluğu müteselsil bir nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla, tecavüzün ref’i davası bunlara karşı birlikte açılabilir gibi, bu dava her birine karşı ayrı ayrı da açılabilir.⁷³⁷

b) İnternet Servis Sağlayıcılarının Davalı Konumu

Son yıllarda bilgisayar programı sahipliğinden doğan hakların, internet ortamında ihlâl edilmesi giderek yaygınlaşmıştır. Günümüzde her türlü program, İnternette, sahibinin izni olmaksızın sabit veya sabit olmayan disklere kolayca kaydedilebilmekte veya bu ortamda kullanılabilir. İnternette yer alan bir programı sahibinin izni olmaksızın bilgisayarına kaydeden veya kullanan kimseye karşı tecavüzün ref’i davası açılacağında şüphe bulunmamaktadır. Aynı şekilde hukuka uygun veya aykırı bir şekilde elde ettiği programı, elektronik posta yolu ile arkadaş çevresine ya da daha geniş bir çevreye gönderen kimseye karşı da bu davanın açılacağı şüphesizdir.⁷³⁸ Bu sorumluluk türü, Anglo-Amerikan İçtihat hukukunda geliştirilen doğrudan sorumluluk olarak ifade edilmektedir. Haklarının bu şekilde ihlâl edildiğini ileri süren kimse, ihlâlın gerçekleştiğini ve ihlâl ile tecavüzde bulunanın eylemi arasında illiyet bağının mevcudiyetini ispat etmekle yükümlüdür. Bunun dışında ayrıca, ihlâlın kasten veya bilerek yapıldığının ispatına gerek

⁷³⁶ Her ne kadar FSEK’in 66. maddesinin 2. fıkrasında, tecavüz fiilinin işletmenin temsilcisi veya müstahdemi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, davanın işletme sahibine karşı açılabilirliği belirtilmekte ise de, *Tekinalp*’in bizim de katıldığı görüşüne göre, Fikir ve Sanat Eserlerin Kanununda tanımlanan tecavüz fiilleri gerçek ya da tüzel kişi herkes tarafından işlenebildiğinden, maddedeki işletme tabiri, TTK anlamındaki ticarî işletmeden daha geniş bir şekilde, kâr elde etme amacı olmayan tüzel kişiliğe haiz teşebbüsleri de içine alacak şekilde yorumlanmalıdır. Bkz. *Tekinalp*, s. 304-305.

⁷³⁷ Erel, Fikir, s. 295. Tüzel kişiler ile istihdam edenlerin kural olarak müteselsil sorumlu olamayacaklarına ilişkin aksi yönde görüşü için bkz. *Tekinalp*, s. 305.

⁷³⁸ Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 64.

bulunmamaktadır. Bu bir çeşit kusursuz sorumluluktur.⁷³⁹ Bununla beraber, bu davalıların yanı sıra kullanıcıların internete ulaşımını sağlayan ve örgütleyen kuruluşların da internet ortamında bir bilgisayar programının kullanılabilir olmasından sorumlu olup olmayacakları sorunu karşımıza çıkmaktadır. Zira bir kimsenin, sadece kendi bilgisayarını kullanmak suretiyle, başka araçlar olmaksızın İnternette sunulan hizmetlerden faydalanması mümkün değildir. İnternete erişimi sağlayacak kişi ya da kuruluşlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar İnternet Servis Sağlayıcıları (ISS) ile BSS operatörleridir.⁷⁴⁰

ISS'ler, internete bağlanmak isteyen kişi ile internet arasında köprü vazifesini üstlenen kuruluşlardır. Diğer bir deyişle, İnternete bağlanmak isteyen bir kullanıcının ISS kuruluş olmadan bağlantı sağlaması mümkün değildir. İşte, bireylerin İnternete bağlanmaları, İnternet üzerinden iletişim sağlamaları ve İnternetin sağladığı diğer imkânları kullanmalarını mümkün kılan ISS'ler, bu amaçla altyapı kuran, işleten ve sürdüren kuruluşlardır.⁷⁴¹ Konumuz açısından tartışılacak kısım ise, İnternet üzerinden program sahibinin haklarının ihlâl edilmesi durumunda tecavüzün ref'i davasının ISS'ye karşı açılıp açılmayacağıdır.

Çok yaygın kullanılan bir programın, ISS tarafından program sahibinin izni olmaksızın kendi web sitesine veya ilân tahtasına konulup kullanıma arz edilmesi durumunda, hak sahibinin çoğaltma ve yayma hakkını ihlâl ettiğinden ISS bu eyleminden sorumlu olacaktır.⁷⁴² Zira bu durum, fikrî hak ihlâlinin doğrudan ISS tarafından yapılmasına örnek teşkil etmektedir.

ISS'ler tarafından değil de başkaları tarafından yapılan doğrudan ihlâllere gelince, doktrinde fotokopi makinesi sahiplerine benzetilmek suretiyle, nasıl fotokopi makinesi sahipleri başkalarınca yapılan doğrudan fikrî hak ihlâllerinden sorumlu tutulamayacak ise, ISS'lerin de ilk bakışta sorumlu olmayacakları ileri sürülmüştür.⁷⁴³ Bu konu Amerikan İçtihat Hukukunda 1990'lardan beri değişik

⁷³⁹ Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 68-69.

⁷⁴⁰ Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 64.

⁷⁴¹ Bu açıklamalar ve ISS'ler hakkında geniş bilgi için bkz. Özdilek, s. 93.

⁷⁴² Özdilek, s. 119.

⁷⁴³ Bu yönde görüşler için bkz. Ginsburg, J.: "Putting Cars on the 'Information Superhighway': Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, V. 95, 1998, s. 1492; MacQueen, H.L.: "Copyright

davalara konu olmuştur.⁷⁴⁴ Bu konuda Amerikan Hukukunda yerleşik içtihat, fikrî hakların ihlâl edildiği eserlerin bulunduğu web sayfasına salt bağlantı sağlayan ISS'nin başkalarının yapılan doğrudan ihlâl eyleminden sorumlu olmayacağı yönündedir. Ancak ISS'lerin, ihlâlden mutlak suretle haberdar olması ve hatta bu ihlâli kolaylaştırması durumunda sorumlu olabilecekleri kabul edilmektedir. *Playboy Enterprises Inc. v. Hardenburg* davasında, Hardenburg BBS operatörü abonelerine, kendileri tarafından sağlanan fotoğrafları sisteme yüklemelerini teşvik ettiği ve ihlâlin varlığından da haberdar olduğundan, söz konusu ihlâl nedeniyle sorumlu tutulmuştur. İşte ISS, bir bilgisayar programının sisteme program sahibinin haklarını ihlâl edecek şekilde yüklenmesi halinde başkalarının yapılan bu eylem nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Bu ikincil nitelikteki sorumluluk (*secondary infringement*) türü “katılım yoluyla sorumluluk”⁷⁴⁵ olarak adlandırılmaktadır. Bu sorumluluk çerçevesinde bir taraf, diğerinin tecavüz teşkil eden eylemlerini bilerek onun bu davranışına neden olduğu veya bu eylemine katkı sağladığı takdirde, fikrî hak ihlâlinden sorumlu tutulmaktadır.⁷⁴⁶

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, ISS'lerin başkalarının gerçekleştirilen doğrudan ihlâl eylemleri nedeniyle sorumlu olup olmayacaklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, ISS'nin bu şekildeki ihlâl fiillerinden bilgi sahibi olması, onları teşvik etmesi, kolaylık sağlaması, yönlendirmede bulunması durumlarında, ISS aleyhine FSEK'in 66/III. maddesi çerçevesinde

and the Internet in Edwards, I./Waelde, C., Law and the Internet Regulating Cyberspace, Oxford 1997, s. 85 (Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 64'ten naklen)

⁷⁴⁴ Bu sorumluluk genel olarak *Sega Enterprises v. MAPHIA* davasında incelenmiştir. Dava konusu olayda, davalı MAPHIA, aboneleri arasında video oyunu dağıtmakta olan bir BBS'nin sahibi ve işleticisidir. Pek çok video oyunu üzerinde fikrî hak sahibi olan davacı Sega Enterprises ise, video oyunu üreticisidir. BBS aboneleri, Sega'nın fikrî hak sahibi olduğu bazı oyunları davalının bilgi ve teşviki çerçevesinde, ancak davacının izni alınmaksızın “upload” ederek Internet'e sokmuş; diğer bazı aboneleri de bunları “download” yöntemi ile kendi bilgisayarlarına kaydetmişlerdir. Öte yandan MAPHIA ayrıca, tek bir video oyununun hukuka aykırı bir biçimde kopyalanmasını mümkün kılacak bir araç da satmıştır. Dava sonucunda Mahkeme, davalının bu eylemlerinden, başkalarının yapılan bu ihlâl fiillerinden bilgi sahibi olması, teşvik etmesi, kolaylık sağlaması, yönlendirmede bulunması gibi gerekçelerle katılım yoluyla sorumlu olacağı sonucuna varmıştır. Karar için bkz. Akipek/Dardağan, Telif Hakları, s. 70. Ayrıca bkz. Özdelek, s. 120-121.

⁷⁴⁵ Özdelek, katılım yoluyla sorumluluk deyimi yerine “müterafik tecavüz” kavramını kullanmaktadır. Özdelek, s. 119-120.

⁷⁴⁶ Akipek/Dardağan, s. 66-70; Bu konuda ve *Playboy Enterprises Inc. v. Hardenburg* davası hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. Özdelek, s. 119- 121.

tecavüzün ref'i davası açılabilirdir.⁷⁴⁷ Öte yandan ISS, fikrî hakkın ihlâl edildiğini bilmede dahi, hakkı ihlâl edilenlerin haber vermeleri durumunda tecavüzün ref'ine ilişkin taleplerin gereğini yerine getirmelidir. Aksi durumda bilerek tecavüzün devamına neden olacaktır ve bu halde de artık doğacak zarardan kusuru sebebiyle sorumlu tutulabilecektir.⁷⁴⁸

III. TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ (MEN'İ) DAVASI

Tecavüzün önlenmesi (men'i)⁷⁴⁹ davası, eserden doğan malî ve manevî haklara karşı gerçekleşmesi muhtemel bir tecavüzün önlenmesi amacıyla açılabilir bir davadır.⁷⁵⁰ Bu dava ayrıca, gerçekleştirmiş bir tecavüzün devam etmesinin ya da tekrarlanmasının muhtemel olduğu durumlarda da açılabilir. (FSEK. m. 69/I) Tecavüzün ref'i davası ile, devam eden ya da sonuçları sürmekte olan bir tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması ve bu suretle hak sahibinin daha fazla zarara uğramasının önlenmesi amaçlanırken, tecavüzün önlenmesi davası ile, başlamış bir tecavüzün devamının ya da tekrarının önlenmesinin yanı sıra, henüz başlamamış bir tecavüz tehlikesinin ortadan kaldırılması da amaçlanmaktadır. Tecavüzün önlenmesi davası ile, saldırı ya da tekrarı kaynağında kurutularak zarar önlenmek istenilmektedir. Amaçlarının farklı olması sebebiyle bu iki davanın birlikte açılması mümkün olduğu gibi, tecavüzün ref'i davasının açılmamış olması durumunda

⁷⁴⁷ Yargıtay ise, yerel mahkemece ISS'nin "Çocuk isimleri sözlüğü" adlı bir eserin internet aracılığıyla sahibinin izni olmaksızın yayımlanma eylemi nedeniyle doğan zarardan sorumlu olduğunun kabul edildiği bir onama kararında, bu hususları tartışmaksızın ISS'lerin sorumluluğunu kabul etmiştir. Söz konusu kararda "...Uyuşmazlığı doğuran faaliyetlerin gerçekleştiği tarihlerde yürürlükte olan 4630 sayılı Kanun ile değişik 25/2. maddesinde tanımlanan anlamda davacıya ait işleme esere gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişimi sağlamak biçimindeki eser sahibinin umuma iletim hakkına aykırılık oluşturmaya, davalılar arasındaki sözleşmede davalı servis sağlayıcı şirketin (Superonline A.Ş.) üçüncü kişilere yönelik hak ihlalinin sorumsuz kalınmasının iç ilişkide geçerli olmasına ve davacıya karşı oluşan hukukî sorumluluğu etkisiz kılmayacak bulunmasına göre , davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmektedir. Yarg. 11. HD, 30.04.2004 T., 2003/12494 E., 2004/9096 K. sayılı kararı. Cahit Suluk/Alî Orhan, Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, C. II, İstanbul 2005, s. 30.

⁷⁴⁸ Kaplan, s. 162.

⁷⁴⁹ Tecavüzün önlenmesi davasının düzenlendiği FSEK'in 69. maddesinin kenar başlığında "tecavüzün men'i davası" kavramı kullanılmış iken maddenin içeriğinde "... muhtemel tecavüzün önlenmesini..." kavramı tercih edilmiştir; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda ise "tecavüz tehlikesinin önlenmesi" kavramı tercih edilmiştir. Biz daha doğru bir anlam ifade etmesi açısından 69. maddenin içeriğinde ifade edildiği gibi "tecavüzün önlenmesi" kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁷⁵⁰ Erel, Fikir, s. 302; Erel, Çoğaltma ve Yayım, s. 41; Öztrak, s. 79; Arslanlı, s. 212; Ayiter, s. 261; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 398; Suluk/Orhan, s. 781-782.

yapılan bir tecavüzün devam ve tekrarına engel olmak için, tecavüzün önlenmesi davası açmak da imkân dahilindedir.⁷⁵¹

Tecavüzün önlenmesi davasının düzenlendiği FSEK'in 69/I. maddesinde yapılan atıf uyarınca, muhtemel bir tecavüz tehlikesinin ya da gerçekleşmiş bir tecavüzün devamı veya tekrar etmesi tehlikesinin, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi ya da istihdam edilenleri tarafından meydana getirilmiş olması durumunda işletme sahibi hakkında da tecavüzün önlenmesi davası açılabilecektir (FSEK. m.66/II). Öte yandan bu davanın açılabilmesi için de, tecavüz edenin veya işletme sahibinin kusurlu olması gerekmemektedir (FSEK. m.66/III).⁷⁵²

Her ne kadar tecavüzün önlenmesi davası FSEK'in 69. maddesinde isabetli olmayan bir şekilde sadece eser sahibinin açabileceğini ima edecek şekilde kaleme alınmış ise de, her iki davanın davacı ve davalı sıfatları ayniyet göstermektedir.⁷⁵³ Bundan dolayı, tecavüzün ref'i davasının davacılarına ilişkin yukarıda belirtilen esaslar, tecavüzün önlenmesi davasını açabilecekler açısından da uygulanmalıdır. Hal böyle iken, Kanun Koyucu'nun 5728 sayılı Kanun ile 68. maddede yaptığı değişiklikle, davacı olarak eser sahibi yerine hak sahibi tabirini tercih etmesine rağmen, 69. maddede bu yönde bir değişikliğe gitmemiş olması anlaşılamamaktadır.

Tecavüzün önlenmesi davasının açılabilmesi için bir zamanaşımı süresi bulunmamakta olup, bu dava tecavüzün devam veya tekrarı ya da muhtemel tecavüz tehlikesi devam ettiği sürece açılabilecektir.⁷⁵⁴ Tecavüzün önlenmesi davasının sonuçları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda durdurma davasından farklı olarak ve isabetli biçimde, malî ve manevî haklara yönelik tecavüz tehlikesi yönünden ayrı ayrı ele alınmamıştır. Zira hangi haklara yönelik olursa olsun tecavüzün önlenmesi davasının açılabileceği durumlarda henüz bir saldırı doğmuş değildir. Bu dava ile saldırının, henüz doğmadan engellenmesi amaçlanmaktadır. Tecavüzün önlenmesi davası açıldığında mahkeme, bilgisayar programı sahipliğinden doğan haklara tecavüz tehlikesi ya da gerçekleşmiş bir tecavüzün devamı veya tekrarı durumunu

⁷⁵¹ Erel, Fikir, s. 302; Tekinalp, s. 306; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 398; Topaloğlu, Bilişim, s. 46-47, Suluk/Orhan, s. 782.

⁷⁵² Erel, Fikir, s.303; Tekinalp, s. 307.

⁷⁵³ Erel, Fikir, s. 302; Topaloğlu, Bilişim, s. 47.

⁷⁵⁴ Tekinalp, s. 307.

saptayacak olursa, bunun önlenmesine hükmedecektir. Önleme davasına işlerlik kazandırmak isteyen Kanun Koyucu, FSEK'in 69. maddesindeki atıfla, özel ihtiyari tedbir hükmünün önleme davasında da uygulanabileceğini öngörmüştür. Buna göre mahkeme, eser sahibinin manevî ve malî haklarını, tecavüz tehlikesinin kapsamını, tecavüzde bulunan veya işletme sahibinin kusurunun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün önlenmesi durumunda tecavüz edenin uğraması muhtemel zararlarını değerlendirip durumun gereklerini göz önüne alarak tecavüzün önlenmesi için gerekli göreceği tedbirlerin uygulanmasına da karar verir (FSEK. m. 66/III).⁷⁵⁵ Mahkemenin karar vereceği bu tedbirler, tecavüzde bulunan ya da bulunması muhtemel olan kişiye bir işin yapılması ya da yapılmamasını emretmek veya izinsiz çoğaltılmış program nüshalarının ve çoğaltmada kullanılan araçların ihtiyati tedbir yolu ile geçici olarak zaptı şeklinde olabileceği gibi, gerektiğinde bu nüshaların bozulması ya da imhası suretiyle de uygulanabilecektir.⁷⁵⁶

IV. TAZMİNAT DAVALARI

A. Genel Olarak

Bir eserden doğan hakların hukuka aykırı biçimde ihlâli nedeniyle meydana gelecek zararın giderilmesine yönelik açılacak tazminat davaları FSEK'in 70. maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda incelenen tecavüzün kaldırılması ve önlenmesi davaları, fikrî eserden doğan hakların ihlâli nedeniyle doğan hukuka aykırı sonuçları bertaraf etmek ya da bu ihlâlâ engel olmak amacı ile açılmaktadır. Oysa tazminat davaları, eser sahibi veya haleflerinin hakkın ihlâli nedeniyle malvarlıklarında yahut maruz kaldıkları manevî zararların giderilmesi amacıyla açılmaktadır. Bu sebeple, tecavüzün ref'i veya önlenmesi davalarının açılıp açılmadığına bakılmaksızın tazminat davası açılması her zaman imkân dahilindedir. Nitekim uygulamada bu davaların birlikte açıldıkları görülmektedir.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 400; Erel, Fikir, s. 303; Tekinalp, s. 307.

⁷⁵⁶ Erel, Fikir, s. 303.

⁷⁵⁷ Erel, Fikir, s. 303, Topaloğlu, Bilişim Hukuku, s. 47. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, eser sahibinin ölümü halinde mirasçılarının manevî hakların ihlâli halinde manevî tazminat davası açabileceği yönündedir. Bkz. Yargıtay 11 HD., 03.07.2000 T., 2000/4764 E., 2000/6252 K. sayılı kararı, BATİDER, C. XX, S. 4/2000, s. 265-267.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bu davaların, manevî ve malî hakların ihlâl edilmiş olma durumlarına göre ayrı ayrı düzenlenmiş olması sebebiyle, biz de tazminat davalarını, bu sıraya uygun olarak çalışmamızda ele alacağız.

B. Manevî Hakların İhlâli Halinde

FSEK'in 70/I. maddesinde yer alan manevî haklara tecavüz halinde açılacak manevî tazminat davasına ilişkin düzenleme, 4110 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki şahsiyet haklarının ihlâli halinde açılacak manevî tazminat davası ile paralellik sağlanmak amaçlanmıştır.⁷⁵⁸ Maddedeki değişiklikten önce, manevî hakların ihlâli durumunda tecavüz edenin kusurunun bulunması halinde maddi zararın da tazmin edileceği ve yine manevî tazminat istenebilmesi için tecavüz edenin kusurunun bulunmasının yanı sıra kusurun ağırlığının bunu gerektirmesi şartları açıkça düzenlenmekteydi.

Düzenlemenin bu son hali tartışmalı bir takım sorunları da beraberinde getirmiştir. Buna göre, manevî hakların ihlâli halinde manevî tazminat istenebilmesi için tecavüzde bulunanın kusurunun gerekli olup olmayacağı, bu halde uğranılabilecek maddi zararların tazmininin istenip istenemeyeceği ve yine manevî hakların salt ihlâlinin manevî tazminat istenebilmesi için yeterli olup olmayacağı ya da bunun için ayrıca ihlâl nedeniyle manevî bir zarara uğramış olmanın gerekip gerekmeyeceği hususları doktrinde başlıca tartışmalı olan hususlardır.

Kusura ilişkin doktrinde ileri sürülen bir görüş, manevî hakların ihlâli halinde manevî tazminat davası açılabilmesi için, tecavüzde bulunanın kusurlu

⁷⁵⁸ 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce maddedeki bu düzenleme, "Manevî hakları ihlâl edilen kimse, tecavüz edenin, kusuru varsa zarar ve ziyan, kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde, ayrıca manevî zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir" şeklinde idi. Nitekim bu değişikliğin gerekçesinde, "70. madde hükmüne dayanak oluşturan BK. m. 49 hükmü 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş; eski maddedeki tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan, kusur ve tecavüzün ağırlığı oranında, manevî zarar adıyla bir paranın verilmesinin dava edilebileceğine ilişkin hüküm, yürürlükten kaldırılmış, hukuka aykırı bir tecavüz yeterli sayılmıştır. Maddede bu hükme uygun değişiklik yapılmıştır." denilmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun anılan fıkrasındaki değişikliğe temel teşkil eden BK'nın 49/I maddesi, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" şeklindedir.

olmasının gerekmediği yönündedir.⁷⁵⁹ Bu konuda savunulan diğer görüşe göre ise, her ne kadar manevî tazminat davası açılabilmesi için bahse konu düzenlemede kusurdan söz edilmemekte ise de, bu talep haksız fiil esasına dayanacağından, haksız fiilde aranan kusurun varlığı şartı da diğer şartların yanında aranacaktır.⁷⁶⁰

Kanun Koyucunun FSEK'in 70/I maddesi ile BK'nın 49/I maddesi arasında paralellik sağlamak istediği dikkate alındığında, FSEK'in 70/I maddesi uyarınca manevî tazminat davası açılabilmesi için tecavüzde bulunanın kusurunun gerekip gerekmeyeceği hususunda bir sonuca varabilmek için BK'nın 49/I maddesindeki düzenlemenin kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK'nın 49. maddesinde her ne kadar manevî tazminat davasının şartları arasında zarar verenin kusurundan bahsedilmemekte ise de, Kanun Koyucu böyle yapmakla, BK 49'da bir kusursuz sorumluluk hali öngörmüş değildir. Haksız fiilden sorumluluğa ilişkin genel şartlar aynı Kanunun 41. maddesinde düzenlenmiş olup, bunlar arasında "kusur" şartı bulunmaktadır. BK'nın 49. maddesi de haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK'nın 41. maddesinin bir devamı olduğundan, bu maddede mevcut olanı tekrarlamamak için "kusur" şartına yeniden yer verilmemiştir. Manevî tazminat davasının genel şartları, BK'nın 41. maddesi çerçevesinde tayin edilecektir.⁷⁶¹ Yine, ağır kusur şartı BK'nın 49. maddesinden kaldırıldığı ve kusurun her türlü sorumluluk için yeterli olduğundan, kusursuz sorumluluk hallerinde de BK'nın 49. maddesi uygulanabilecektir. Üstelik kusursuz sorumlulukta, sorumluluk için kusurun bulunmasına da gerek olmadığından, diğer şartların mevcudiyeti halinde, tazmin yükümlüsü, doğan manevî zarardan BK. m. 49 uyarınca kusur olmasa dahi sorumlu olacaktır.⁷⁶² O halde, BK'nın 49. maddesi kusursuz sorumluluğa ilişkin bir düzenleme değildir. Bir şahsın şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğradığında maruz kalınan zarardan sorumlu tutulabilmesi için ya tecavüzde bulunan şahsın tecavüz fiilini işlemekte kusurlu olması ya da bu eylem

⁷⁵⁹ Bu yönde görüş için bkz. Tekinalp, s. 309; Ünsal Piroğlu, Eserden Doğan Manevî Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 570.

⁷⁶⁰ Bu görüş için bkz. Erel, Fikir, s. 303-304; Hamdi Yasaman, Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2006, s. 20; Erdil, İşlenme Eserler, s. 163.

⁷⁶¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. Baskı, Ankara 2001, s. 788; Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanunda Manevî Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Tandoğan Armağanı, Ankara 1990, s. 107; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2003, s. 288, dn. 236; Yasaman, Fikrî ve Sınai Mülkiyet, s. 20; Oğuzman/Öz, s. 648.

⁷⁶² Eren, s. 788; Oğuzman/Öz, s. 648-650.

nedeniyle bir kimsenin sorumluluğunu gerektiren ve kanunla öngörölmüş bir kusursuz sorumluluk halinin olması gerekmektedir.⁷⁶³ Diğer bir deyişle, bu hükümle bir kusursuz sorumluluk hali öngörölmemiş; ancak, kusurun mevcudiyeti halinde olduğu gibi kusursuz sorumluluk durumlarında da manevî tazminat istenebilmesi mümkün kılınmıştır.⁷⁶⁴

Bu değerlendirmeler ışığında FSEK'in 70. maddesi uyarınca, bilgisayar programından doğan manevî hakların ihlâli durumunda manevî tazminat istenebilmesi için, tecavüzde bulunanın kusurlu olması gerekmektedir. Maddede tecavüzde bulunanın ya da onu istihdam edenin kusurlu olmasa bile sorumlu olacağı açıkça ifade edilmediğinden, böyle bir ihlâl durumunda tecavüzde bulunanı ya da onu istihdam eden 70/I maddesi uyarınca manevî zarardan sorumlu tutmak mümkün bulunmamaktadır. Bununla beraber, istihdam edenin meydana gelen manevî zarardan BK. m. 55 veya zarara uğrayan ile aralarında bir sözleşme ilişkisinin bulunması halinde ise BK. m. 100 uyarınca sorumlu tutulması her zaman mümkündür.

Maddenin ifadesi nedeniyle ortaya çıkan diğer bir tartışmalı husus da, manevî hakların ihlâli halinde manevî tazminat davasının yanı sıra ya da ondan ayrı olarak FSEK'in 70. maddesi uyarınca maddi tazminat davası açılıp açılmayacağıdır. Kanundaki düzenleme manevî hakların ihlâli halinde sadece manevî zararların doğacağını varsayarak, ihlâl durumunda sadece manevî tazminat davası açılmasına olanak sağlamaktadır. Ancak manevî hakların ihlâli durumunda, manevî zararların yanı sıra maddi bir zararın doğması imkân dahilindedir.⁷⁶⁵ Örneğin bir programda sahibinin izni olmaksızın yapılan değişiklik o denli kötü olabilir ki, programa olan ilgi ve programın sürümü azalmış, bu suretle de programın sahibi önemli maddi zarara uğramış olabilir. İşte program sahibinin, manevî bir hak türü olan programda değişiklik yapılmasını yasaklama hakkının ihlâli halinde maddi zararını FSEK'in 70. maddesinin açık ifadesi karşısında, bu madde uyarınca tazminini talep etmesi mümkün değildir. Bununla beraber, eser sahibi, Borçlar Kanunun haksız fiillere

⁷⁶³ M. Kemal Oğuzman, İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Tandoğan Armağanı, Ankara 1990, s. 42; Yasaman, Fikrî ve Sınai Mülkiyet, s. 20-21.

⁷⁶⁴ Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995, s. 156.

⁷⁶⁵ Erdil, İşlenme Eserler, s. 164.

ilişkin 41 vd maddelerine ya da ihlâl eylemini gerçekleştiren ile aralarında bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti halinde BK 96 vd. hükümlerine göre söz konusu maddi zararının tazmini talep edebilecektir.⁷⁶⁶

Manevî hakların ihlâli halinde manevî tazminat davasının açılabilmesi için, bir görüşe göre, eser sahibinin herhangi bir manevî hakkının ihlâli yeterli olup, eser sahibinin bu ihlâl nedeniyle ayrıca bir “manevî zarara” uğramış olmasına gerek yoktur. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, manevî haklardan birinin ihlâli ile birlikte ayrıca ispatı gerekmeyen manevî zarar olduğu, diğer bir deyişle kanunî bir sebep sonuç bağının kurulduğu varsayılmaktadır.⁷⁶⁷ Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, manevî tazminat davasının açılabilmesi için, eser sahibinin veya FSEK. m.19’da belirtilen haleflerinin, manevî haklarının ihlâli nedeniyle manevî bir zarara uğramış olmaları gerekmektedir.⁷⁶⁸ Bununla beraber, bu davanın açılması için eser sahibinin kişilik haklarının tecavüze uğramış olması gerekmemektedir.⁷⁶⁹ Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.⁷⁷⁰ Nitekim *Kılıçoğlu*’nun yerinde olarak belirttiği gibi, kanımızca Kanun Koyucu, FSEK. m. 70/I’deki “uğradığı manevî zarara karşılık” ifadesi ile, bu davanın açılabilmesi için manevî hakların ihlâlinin yanında, manevî bir zarara uğranılmış olmasını da şart koşmaktadır. Örnek vermek gerekirse, kendisine ait bir bilgisayar programının bir başkasının adına yayınlanmış olması durumunda programın sahibi, emeklerinin boşa gittiğini düşünecek ve büyük bir üzüntü yaşayabilecektir. Bu durumda da duyduğu üzüntü nedeniyle maruz kaldığı manevî zararının tazmini için, manevî tazminat davası açabilecektir.⁷⁷¹

⁷⁶⁶ Kılıçoğlu, s. 408-409.

⁷⁶⁷ Bu görüş için bkz. Tekinalp, s. 307-308.

⁷⁶⁸ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s. 304; Ayiter, s. 262; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 410-411.

⁷⁶⁹ Erel, Fikir, s. 304-305.

⁷⁷⁰ Bu husus Yargıtay 11. HD’nin 02.03.2000 T., 2000/864 E. ve 2000/1697 K. sayılı kararında, “Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, manevî hakların ihlâli sebebiyle manevî tazminat davası açabilmek için eser sahibinin kişilik haklarının tecavüze uğramış olması koşul değildir. FSEK’in 70. maddesi, manevî tazminat istemini kişilik haklarının ihlâlinden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK nun 49. madde hükmünü, FSEK’in 70. maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Zira, bu iki hükmün yaptırma bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır. Zarar miktarının tayini hususunda hakim, BK nun 42/2. maddesi hükmüne göre takdir yetkisine sahiptir.” şeklinde ifade edilmektedir. (Yayınlanmamış karar)

⁷⁷¹ Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 410-411. Nitekim Yargıtay 11. HD, mevzuatı belirli bir dizi ve plan dahilinde bir araya getiren bir bilgisayar programını aynen alıp kendi eseriymiş gibi internette

Açılan bir manevî tazminat davasında, manevî haklara tecavüz edilip edilmediği fikrî hukuk çerçevesinde değerlendirilecek olmakla beraber, kusurun niteliği ile derecesi ve zararın miktarı borçlar hukukun genel ilkeleri çerçevesinde takdir edilecektir. Mahkeme manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi yerine veya buna ek olarak başka bir tazmin şekline de karar verebilir (FSEK. m. 70/I, 2. cümle). Örneğin Mahkeme FSEK. m. 78 uyarınca hükmün ilanına karar verebileceği gibi, mütecavizin, eser sahibinden özür dilemesine ya da tecavüz eyleminin kınanmasına da karar verebilir.⁷⁷²

C. Mâlî Hakların İhlâli Halinde

FSEK'in 70. maddesinin 2. fıkrasında, malî hakları ihlâl edilen kimsenin, tecavüzde bulunanın kusurunun mevcudiyeti halinde haksız fiillere ilişkin hükümler dairesinde tazminat talep edebileceği belirtilmektedir. O halde malî hakları ihlâl uğrayan kimse, mütecavizin kusuru var ise, Borçlar Kanunun 41-60. maddeleri arasındaki haksız fiillere ilişkin hükümlerden yararlanabilecektir. Buna göre, bir bilgisayar programından doğan malî hakların ihlâli durumunda, hakkı ihlâl edilenin tazminat talebinde bulunabilmesi için, öncelikle ihlâl eyleminin hukuka aykırı olması gerekir. Ayrıca, ihlâl nedeniyle maddi ya da manevî bir zararın doğmuş olması, doğan zarar ile ihlâl eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması ve mütecavizin kusurunun mevcudiyeti şarttır.⁷⁷³ Borçlar Kanunu'na göre kusursuz sorumlu olanların, örneğin istihdam edenlerin aleyhine tazminat davası açılabilmesi ise, kanımızca FSEK'in 70/III. fıkrasının açık ifadesi karşısında bu maddeye dayanılarak mümkün olmamaktadır. Bununla beraber, Borçlar Kanunu'nun 55 vd. maddelerine dayanmak suretiyle, malî hakların, eylemlerinden sorumlu olduğu

yayınlayan davalının FSEK'in 15. maddesinde düzenlenen adın belirtilmesi yetkisini ihlâl ettiği ve yerel mahkemece FSEK'in 70. maddesi uyarınca manevî tazminata hükmedilmesinde bir isabetsizlik olmadığı hükmüne varmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, 22.09.2003 T., 2003/2117 E. ve 2003/8131 K. sayılı kararı, Suluk/Orhan, s. 257-258. Fikrî hakların ihlaline yönelik açılan tazminat davasında zarar miktarının tayini hususunda hakimin, BK'nın 42/2.maddesi hükmüne göre takdir yetkisine sahip olduğu yönünde örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD, 06.03.2000 T., E.2000/863 ve K. 2000/1762 sayılı kararı.(Yayınlanmamış)

⁷⁷² Erel, Fikir, s. 305; Tekinalp, s. 309; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 414-415.

⁷⁷³ Erel, Fikir, s. 305; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, 415-416. Erdil, İşlenme Eserler, s. 164. Malî hakların ihlâli halinde şartları var ise hem maddi hem de manevî tazminat davası açılabilir. Tekinalp, s. 313; Arıdemir, s.199-200; Erdil, İşlenme Eserler, s. 164.

kimseler tarafından ihlâl edilmesi durumunda şartları var ise, istihdam edenin sorumlu tutulabilmesi her zaman mümkündür.

D. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmekten Kaynaklanan Talep

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmek doktrinde, işgörenin başkasına ait olduğunu bildiği ya da bilmediği bir işi kendi çıkarına yapması veya işgörenin, başkasına ait işle, iş sahibine karşı o işi yapmaya mezuun olmayan bir üçüncü kişinin yararına, bu üçüncü kişinin vekâletine dayanarak uğraşması olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷⁴

FSEK'in 70. maddesinin 3. fıkrasında, malî ve manevî hakları ihlâl edilen kimsenin, tazminattan başka mütecavizin temin ettiği kârın kendisine verilmesini de isteyebileceği belirtilmektedir. Burada hak sahibinin malî veya manevî haklarına tecavüz etmek suretiyle kâr elde eden kimse, hak sahibinin menfaati için bu kârı elde etmemiş olsa dahi hak sahibi açısından vekâletsiz bir iş görmektedir. Dolayısıyla hak sahibi, yapılan işten ortaya çıkan faydaların devrini isteyebilmelidir.⁷⁷⁵ Bu talep nitelik itibarıyla bir tazminat olmadığı gibi, zararı veya tazminatı belirleme ve hesaplama yöntemi de değildir. Nitekim tecavüzde bulunanın sağladığı kâr, olağan şartlarda hak sahibinin sağlamayı beklediği kârdan fazla da olabilir. Yine bu istem, herhangi bir zarar doğmamış olsa da yapılabilir. Bu yönde bir talepte bulunabilmek için tecavüzde bulunanın kusurlu olması gerekli değildir. O halde kârın verilmesinin istenebilmesi için hakkı tecavüze maruz kalanın kendi zararını ve mütecavizin kusurunu ispat etmesi gerekmemektedir.⁷⁷⁶ Her ne kadar kârın verilmesinin hukukî niteliği maddede ifade edilmemiş ise de, bu talep Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekaletsiz işgörmekten özel bir çeşiddir.⁷⁷⁷

Anılan fıkra da yer alan “tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir” ifadesi ile anlatılmak istenen, tecavüze uğrayana, tazminata ek olarak kârın devrinin de tanındığı olmayıp,

⁷⁷⁴ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara 1977, s. 446; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) Yenilenmiş 3. Bası, Beta, İstanbul 2004, s. 471.

⁷⁷⁵ Tekinalp, s. 313.

⁷⁷⁶ Tekinalp, s. 313-314; Erel, Fikir, s. 307; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 402.

⁷⁷⁷ Erel, Fikir, s. 307; Kılıçoğlu, Fikrî Haklar, s. 402; Yasaman, Tazminat, s. 816.

tazminattan başka bir imkânın daha tanındığıdır.⁷⁷⁸ Buna göre manevî tazminat ile temin edilen kâr ayrı işlevlere sahip olduklarından, malî ya da manevî hakkın ihlâli durumunda hem temin edilen kârın hem de manevî tazminatın birlikte istenmesi mümkündür. Maddi tazminat açısından ise bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Şöyle ki, meydana gelen maddi zararın sadece yoksun kalınan kârdan ibaret olması durumunda, hak sahibi yalnızca mütecavizin temin ettiği kârın devrini isteyebilir. Bu durumda ayrıca fiili bir zarar söz konusu olmadığından, ilaveten maddi tazminat istenmesi mümkün değildir. Buna karşılık maddi zararın hem fiili zarardan hem de yoksun kalınan kârdan meydana geldiği durumlarda, hak sahibinin, bu iki tür zararın tazmininin yanı sıra temin edilen kârın devrini de isteyebilmesi mümkün bulunmamaktadır.⁷⁷⁹

FSEK'in 70. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde, hakkı tecavüze uğrayanın tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini talep ettiği durumda, 68. madde uyarınca talep edilen bedelin indirileceği hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, 68. maddede hak sahibine iki bedelden birini talep etme imkânı tanındığından, burada kastedilen bedelin hangisi olduğu tartışmalıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, indirilecek bedel tecavüzün kaldırılması davasında hak sahibinin yapacağı tercihe göre ya çoğaltılmış nüsha ve kalıpların devir bedeli ya da sözleşme yapılmış olsaydı talep olunabilecek telif ücretinin üç kat fazlasıyla ödenmesine ilişkin taleptir.⁷⁸⁰ Bu konuda *Tekinalp* tarafından savunulan diğer görüşe göre ise, indirilecek bedel ile kastedilen çoğaltılmış nüsha ve kalıpların devir bedelidir.⁷⁸¹ Kanımızca, FSEK'in 70/III. maddesinde 68. maddeye yapılan

⁷⁷⁸ Tekinalp, s. 314.

⁷⁷⁹ Tekinalp, s. 314; Erel, Fikir, s. 307.

⁷⁸⁰ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Erel, Fikir, s. 307; Erdil, İşlenme Eserler, s. 165.

⁷⁸¹ Yazar, bu bedelin sözleşme yapılmış olsaydı talep olunabilecek telif ücretinin üç kat fazlasıyla ödenmesine ilişkin talep olduğunun anlaşılması durumunda ve tecavüze uğrayanın temin edilen kârdan rayiç telif ücretinin üç katı indirildikten sonra kalan tutarı almak zorunda kalarak zarara uğrayacağı, diğer durumda ise böyle bir zararın söz konusu olmayacağı görüşündedir. Bu yönde görüş için bkz. Tekinalp, s. 314. Kanımızca tecavüze maruz kalan, tecavüzün kaldırılması davasında 68/II. madde uyarınca bir seçimde bulunduğu ve aynı zamanda 70. maddeye göre kârın devrini talep ettiğinde her iki durumda da devredilecek kârdan 68. madde uyarınca hangi seçimi yaptığına bakılmaksızın aldığı bedelin indirilmesi yerinde olacaktır. Aksi durumda, hakkı tecavüze uğrayanın, sözleşme yapılmış olsaydı talep olunabilecek telif ücretinin üç kat fazlasıyla ödenmesinin yanı sıra buna ilaveten hem açacağı tazminat davası ile uğradığı zararının tazmini hem de 70. maddede öngörülen kârın devrini talep edip bunların tümünü elde etmesi hakkaniyete aykırı bir biçimde zenginleşmesi sonucunu doğuracaktır.

atıfta herhangi bir ayrıma gidilmediğinden, burada iki bedele de atıfta bulunulduğunu kabul eden birinci görüş maddenin lafzına daha uygun bulunmaktadır.

§14. CEZA DAVALARI

I. GENEL OLARAK

Eser sahibinin haklarının ihlâlî halinde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bir taraftan eser sahibinin ihlâl nedeniyle uğradığı zararının giderilmesine ya da hukuka aykırı durumun sona erdirilmesine yönelik yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenen hukukî imkânlar tanınmış iken, diğer taraftan hakların belli şekillerde ihlâlî eylemleri ceza hukuku anlamında suç sayılmaktadır. Bu suretle hakları ihlâl eden kimse bu eyleminden dolayı bir yandan hukukî yaptırımlara tabi tutulurken, öte yandan eyleminin cezasını da çekmekle karşı karşıya bırakılmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, tüm eserler açısından söz konusu olabilen suçların yanı sıra bilgisayar programlarına özgü işlenebilen suçlara da yer verilmiştir.

5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun cezaî hükümlerinde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Kanun Tasarısının gerekçesinde,⁷⁸² anılan Kanun ile, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, idarî yaptırım kararı gerektiren fiiller ve suç açısından uygulama birliği sağlanması, ceza hükmü içeren kanunların uygulanmasından kaynaklanan tereddütlerin giderilmesi, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Kabahatler Kanunu hükümleri dikkate alınmak suretiyle, ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, bu kanunlarla uyumlu hâle getirilmesi, ayrıca, bazı suçların unsurlarında 5237 sayılı Kanuna uyum sağlanması”nın amaçlandığı belirtilmiştir. Kanunun amacı bu şekilde belirlenmiş olmakla beraber, aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na 5728 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin, bu amacı aşar nitelikte yapıldığı görülmektedir. Hatta daha da ileri gidilerek, tecavüzün ref'i davasında bile

⁷⁸² 5728 sayılı Kanunun Gerekçesi için bkz. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/335), Dönem 23, Y. Yılı: 2, S. Sayısı: 56.

değişiklik yapılmıştır. Öte yandan malî ve manevî hakların ihlâli halinde öngörülen cezaların önemli ölçüde azaltıldığı da göze çarpmaktadır.

Bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasını incelediğimiz bu tezimizde, korumanın cezaî yönünden ziyade hukukî yönüne ağırlık verilmesi amaçlandığından, konunun cezaî yönünü, ayrıntıya girilmeksizin genel olarak ve 5728 sayılı Kanun ile getirilen yeni sistematığe uygun şekilde inceleyeceğiz.

II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA İLİŞKİN SUÇLAR

A. Malî ve Manevî Hakları İhlâl Suçları

5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce FSEK'in 71. maddesinde manevî hakların ihlâli halinde işlenebilen suçlara, 72. maddesinde malî hakların ihlâli suretiyle işlenen suçlara yer verilmiş iken 73. maddede ise “diğer suçlar” kenar başlığı altında bir takım suçlara yer verilmekteydi. Bu Kanun ile yapılan değişiklikle manevî, malî ve bağlantılı haklara tecavüz suretiyle suç teşkil eden eylemler 71. maddede düzenlenmiş; 72. maddede ise, bilgisayar programlarına özgü bir suça yer verilmiştir Maddenin gerekçesinde,⁷⁸³ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda koruma altına alınan malî ve manevî haklara tecavüz fiilleri iç içe mahiyet taşıdığı, bir fiille, bir kişinin sadece manevî veya malî hakkı ya da bunların her ikisi de ihlâl edilmiş olabileceği, korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle malî ve manevî hakların ihlâli suretiyle oluşan suçların bir arada düzenlendiği ifade edilmiştir.

Malî, manevî ve bağlantılı hakların ihlâli suçlarını teşkil eden eylemler ve bu eylemlere uygulanacak yaptırımlar FSEK'in 5728 sayılı Kanun ile değişik 71. maddesinde 6 bent halinde sayılmıştır. Bu eylemlerden 3 ve 5. bentlerde sayılanlar daha ziyade basılı eserlere münhasır nitelikte olup, bilgisayar programlarına uygulanabilme özelliğine sahip değildir. Buna karşılık, öteki bentlerde sayılan

⁷⁸³ Madde gerekçesi için bkz. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/335), Dönem 23, Y. Yılı: 2, S. Sayısı: 56.

eylemler ise, diğer tüm eserlerin yanı sıra bilgisayar programları açısından da uygulanma kabiliyetine sahiptir.

Bir bilgisayar programından doğan manevî ve malî haklar ihlâl edilerek,⁷⁸⁴ programı, hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın işleme, temsil etme, çoğaltma, değiştirme, dağıtma, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletme, yayımlama ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan bilgisayar programını satışa arz etme, satma, kiralama veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayma, ticarî amaçla satın alma, ithal veya ihraç etme, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma ya da depolama eylemleri suç teşkil etmektedir. Bu fiilleri gerçekleştiren fail hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis ya da adli para cezasına hükmolunması öngörülmektedir. (FSEK. m. 71/I, b.1)⁷⁸⁵ Adli para cezasının miktarı Kanunda belirtilmediğinden, bu miktar TCK'nın 52. maddesine göre hâkim tarafından takdir edilecektir.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Söz konusu maddenin ilk fıkrasında yer verilen “Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleri ile ilgili manevî, malî veya bağlantılı hakları ihlâl ederek:” tabiri kanımızca yerinde olmamıştır. Bu ifade 71 ve 72 maddelerin önceki halinde yer alan “Bu kanun hükümlerine aykırı olarak” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

⁷⁸⁵ FSEK'in 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 72. maddesinde ve aynı Kanunla yürürlükten kaldırılan 73. maddesinde öngörülen malî hakların ihlâli fiilleri 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu bu kez 71. maddenin 1. bendinde yaptırıma bağlanmıştır. Daha önce 72 ve 73 maddelerde düzenlenen malî hakların ihlâli eylemlerinden bir kısmı için iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzelli milyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilirken, yeni düzenleme ile bu eylemler 71. maddeye alınmış, ancak söz konusu eylemler için öngörülen yaptırımlar değiştirilmiştir. Hatta daha önce 73. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış eser nüshalarının, çoğaltma ve yayma hakkı sahiplerinin ayırt edici unvan, marka ve künye bilgileri ile birlikte tıpkı basım ve yapım yoluyla, işaret, yazı, ses, hareketli veya hareketsiz görüntü ya da veri tekrarına yarayan alet veya yöntemlerle çoğaltan veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları kasten yayan kişiler hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis veya yirmimilyardan ikiyüzmilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilebilmekteydi. Yeni düzenleme ile, daha önce 73 ve 72. maddede suç olarak düzenlenen eylemleri kapsayan yeni 71. maddede, cezanın alt sınırı iki yıldan bir yıla indirilmiş iken, üst sınırı dört yıldan beş yıla yükseltilmiştir. Öte yandan, para cezası ile hürriyeti bağlayıcı ceza seçimlik ceza olarak öngörülmüş, önceki düzenlemede yer verilen, zararın ağırlığı dikkate alınmak suretiyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezasının ikisine birden hükmetme imkanı ise kaldırılmıştır. Bu itibarla, her ne kadar cezanın üst sınırı yükseltilmiş ise de, uygulamada temel cezanın genellikle alt sınırdan belirlenmesi alışkanlığının süregelmeye göz önüne alındığında, kanımızca, söz konusu eylemler için öngörülen cezaların etkinliği ve caydırıcılığı ciddi oranda azaltılmıştır.

⁷⁸⁶ TCK'nın 52. maddesine göre “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.” Hâkim adli para cezasının miktarını, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hallerini dikkate alarak, bir gün karşılığı en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olmak

Kanunun 5728 sayılı Kanun ile değişik 71. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde öncelikle adın belirtilmesi hakkı yaptırıma bağlandıktan sonra, bu eylem ile birlikte malî hakların ihlâli halinde öngörülecek yaptırım belirtilmiştir. Buna göre, başkasına ait bir bilgisayar programına kendi geliştirdiği program olarak ad koyan kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis ya da adlî para cezası ile cezalandırılacaktır. Bu eylemin dağıtmak ya da yayımlanmak suretiyle işlenmesi halinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adlî para cezasına hükmolunamaz. Aynı maddenin altıncı bendine göre de, bir programı tanınmış bir başkasının adını kullanmak suretiyle çoğaltan, dağıtan, yayan ya da yayımlayan kimse ise, üç aydan bir yıla kadar hapis ya da adlî para cezası ile mahkum edilecektir.⁷⁸⁷ Hak sahiplerinin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir programın muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. (FSEK. m. 71/I, b.4)

Her ne kadar 71. maddede açıkça ifade edilmemekte ise de, maddenin önceki şeklinden farklı olarak, bu suçların oluşabilmesi kastın varlığına bağlıdır. Failin kastından söz edebilmek için de, suçların kanunda belirtilen tanımlarındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olması zorunluluk arz etmektedir. Diğer bir deyimle, fail işlediği fiil ile neticesi arasında manevî bir bağ kurmaktadır.⁷⁸⁸

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu konuda bir açıklama yer almadığından kastın varlığı ve yokluğu belirlenirken ceza hukukunun genel prensiplerinden hareket etmek gerekmektedir. O halde, kastın tespitinde TCK'nın 21. maddesinden yararlanılır. 5237 sayılı TCK ile mevzuatımıza, doğrudan ve olası kast

üzere takdir eder ve kararında, adlî para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarı ayrı ayrı gösterir.

⁷⁸⁷ Adın belirtilmesi yetkisinin ihlâli durumunda öngörülen yaptırım miktarı, önceki 71. madde ile öngörülen yaptırıma nazaran önemli ölçüde azaltılmıştır. Gerçekten önceki düzenleme ile eser sahibinin adın belirtilmesi yetkisini kasten ihlâl eden faile iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzelli milyar liraya kadar adli para cezası veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilebilirken, 71. maddenin 5728 sayılı Kanun ile değişik halinde, aynı suçtan fail altı aydan iki yıla kadar hapis ya da adlî para cezası ile cezalandırılabilir. Hatta bu manevî hakkın dağıtmak ve yayımlamak suretiyle ihlâli durumunda alt sınır değişmeksizin sadece cezanın üst sınırı beş yıla çıkarılmakta; ancak adli para cezasına dahi hükmedilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu son hali ile kanımızca adın belirtilmesi hakkının ihlâli, özellikle bu hakkın dağıtmak ve yayımlamak suretiyle ihlâli halinde öngörülen yaptırım etkin ve caydırıcı olmaktan uzak gözükmemektedir.

⁷⁸⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Ankara 2006, s. 284.

kavramları girmiştir. Kanunun gerekçesinde⁷⁸⁹ de belirtildiği gibi, kasten işlenebilen suçlar, kural olarak hem doğrudan hem de olası kast ile işlenebildiğinden, FSEK'in 71. maddesinde öngörülen bu suçlar da hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlemeye elverişlidir. Failin, işlediği suçun maddi unsurlarının tümünü düşünmüş, öngörmüş ve bütün bunlar hakkında bilgiye sahip olması durumunda doğrudan kastın varlığı söz konusudur. Doğrudan kasıtlı suç işlediğinde fail, suçun maddî unsurlarını ve özellikle eylemin günlük hayat tecrübelerimize göre, kesinlikle sebebiyet vereceği neticeleri öngörmektedir. Olası kast durumunda ise, suçun kanunî tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği muhtemel görülmesine rağmen fail eylemi gerçekleştirmektedir.⁷⁹⁰

FSEK'in 71. maddesine 5728 sayılı Kanun ile eklenen son fıkra ile, malî ve manevî hakların ihlâlî halinde etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Getirilen bu yeni düzenleme ile, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebileceği de hükme bağlanmıştır.

B. Bilgisayar Programları Üzerindeki Dijital Hak Yönetimi Bilgilerinin Yok Edilmesi Suçu

Günümüzde, başta bilgisayar programları olmak üzere, fikir ve sanat eserlerinin çoğunun dijital ortamlara kaydedilip, piyasaya bu ortamlarda sürülmesi, eser sahiplerinin haklarının çok kolay bir şekilde ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan gelinen teknolojik düzey, bu hakların söz konusu ortamlarda teknolojik bir takım yöntemlerle etkin bir biçimde korunması, izlenmesi ve kısıtlanması sonucunu doğurmuştur. İşte bu yöntemlere “dijital/elektronik hak yönetim sistemleri” adı verilmektedir. Uygulanan teknolojik yöntem sayı ve çeşidinin fazlalığı sebebiyle üzerinde uzlaşılmış bir tanımla bulunmamakla beraber, dijital hak yönetimi “elektronik yöntemler kullanılarak dijital veriler üzerinde

⁷⁸⁹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 664.

⁷⁹⁰ Doğrudan kasıt ve olası kasıt ayrımı hakkında daha geniş bilgi için bkz. Özgenç, s. 292-304.

bulunan fikrî hakların kullanılan tekniğe göre korunması, izlenmesi ve kısıtlanması” olarak tanımlanabilmektedir.⁷⁹¹

Dijital hak yönetim sistemi, fikrî mülkiyetin tanımlanması ile kullanım kısıtlamalarının uygulanması olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Fikrî mülkiyetin tanımlanması bölümünde en azından, hakkın sahip ya da sahipleri, korunan hakların neler olduğu, eserin meydana getirilmesi zamanı tanımlanmakta ve tanımlama yöntemi belirtilmektedir. Oysa dijital hak yönetim sisteminin fonksiyonel olan kısıtlamaların uygulanması bölümünde, hak sahiplerince, tüketicilerin kullanım ve erişim hakkını sınırlamak için uygulanan kullanım kısıtlamaları yer almaktadır. Bu bölümde, eser içeriğinin tümü ya da kısmî bir bölümüne, zaman ya da kişiyle sınırlı olarak veya süresiz erişim kısıtlaması getirilebilirken, eserin içerik ya da bütünlüğünün değiştirilmesi de kısıtlanabilmektedir.⁷⁹²

Dijital hak yönetimi tanımına yer veren veya doğrudan ve sadece bu konuyu düzenleyen bir uluslararası anlaşma bulunmamakla beraber, dijital hak yönetimine ilişkin bazı hususları düzenleyen uluslararası düzenlemeler bulunmaktadır. WIPO Telif Hakları Antlaşması’nın 11 ve 12. maddeleri ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşmasının 18 ve 19. maddelerinde taraf ülkeler, eser sahiplerinin, yorumcuların ve fonogram yapımcılarının, haklarını korumak için kullandıkları teknolojik önlemlerin bertaraf edilmesini önleyici gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlü kılınmaktadır.⁷⁹³

⁷⁹¹ Sayısal Haklar Yönetimi (DRM), T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı-Devlet Planlama Teşkilatı-İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Ortak Yayını, İstanbul 2006, s. 15; Teknail Özderiyol, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar, İstanbul 2006, s. 231. WIPO Telif Hakları Andlaşmasının 12. maddesinin 2. fıkrasında “Hak yönetim bilgisi” ifadesi, “bilgi öğelerinden herhangi biri eser nüshası üzerinde olduğunda veya eserin topluma iletimine bağlı olarak görüldüğünde eser, eser sahibi, eser üzerindeki herhangi bir hakkın sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve koşullar hakkındaki bilgiler ve bu bilgileri temsil eden tüm sayı ya da kodları tanımlayan bilgiler” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁷⁹² Sayısal Haklar Yönetimi, s. 16-17.

⁷⁹³ Sayısal Haklar Yönetimi, s. 58, 60. 02.05.2007 tarih ve 5647 sayılı “WIPO Telif Hakları Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” un 08.05.2007 tarih ve 26516 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanması ile birlikte aynı tarihte yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası olan WIPO Telif Hakları Andlaşmasının “Teknolojik Tedbirlere İlişkin Yükümlülükler” kenar başlıklı 11. maddesi hükmü, “Âkit Taraflar, ilgili eser sahiplerine yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Anlaşma ve Bern Sözleşmesi ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde eser sahiplerince kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngörecektir.” şeklindedir. Esas amacı WIPO Telif

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda dijital hak yönetim bilgilerinin korunmasına ilişkin ilk düzenleme, 3.3.2002 tarih ve 4630 sayılı Kanunun 37. maddesi ile Kanuna eklenen Ek 4. madde ile yapılmıştır.⁷⁹⁴ Oldukça karışık ve anlaşılması zor bir şekilde kaleme alınan bu maddenin 1. fıkrasına göre, “Eser ve eser sahibi ile, eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz veya değiştirilemez. Bilgileri ve bu bilgileri temsil eden sayıları veya kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilmez.”

5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce maddenin son fıkrasında, yasaklanan bu eylemleri kasten ve yetkisiz olarak gerçekleştiren kimseler hakkında, aynı Kanunun 72 nci maddesinin (2) numaralı bendi hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştü. Ancak, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (r) bendi ile Ek 4.

Hakları Andlaşması ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması hükümlerini Birlik içerisinde uyumlu bir şekilde uygulanması olan Avrupa Birliği'nin 22.05.2001 tarih ve 2001/29 Sayılı “Enformasyon Toplumunda Eser Sahiplerinin ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi”nde teknolojik önlemlerin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmesinin yanı sıra teknolojik önlemlerin tanımı da yapılmaktadır. Söz konusu Direktif hükümleri hakkında geniş açıklamalar için bkz. Sayısal Hak Yönetimi, s. 61-63.

⁷⁹⁴ Bu düzenleme Hükümet tasarısının ilk şeklinde bulunmamakta olup, daha sonra Milli Eğitim, Kültür ve Gençlik ve Spor Komisyonu tarafından tasarıya dercedilmiştir. Bu düzenlemenin “taraf olunması düşünülen WIPO Telif Hakları Anlaşmasının 11 ve 12 nci maddeleri ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasının 18 ve 19 uncu maddelerine uygun olarak” gerçekleştirildiği Komisyon gerekçesinde ifade edilmiştir. Hükümet tasarısının ilk şekli ve Komisyon raporu için bkz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538), Dönem 21, Yasama Yılı 2. Düzenlemeye mehzaz teşkil eden WIPO Telif Hakları Andlaşması'nın “Hak Yönetim Bilgilerine İlişkin Yükümlülükler” kenar başlıklı 12. maddesi “(1) Âkit Taraflar, bu Andlaşma veya Bern Sözleşmesi ile öngörülen herhangi bir hakkın ihlâlinin mümkün kılındığını, kolaylaştırıldığını veya saklandığını düşündürecek geçerli sebeplerle aşağıdaki fiilleri bilerek işleyenlere karşı veya hukukî tedbirlere tabi olanlar için yeterli ve etkin yasal tedbirler öngörecektir. (i) Yetkisiz olarak elektronik hak yönetim bilgilerini değiştirmek ya da ortadan kaldırmak, (ii) Elektronik hak yönetim bilgilerinin izinsiz değiştirildiği ya da ortadan kaldırıldığı bilinen, eserleri veya eser nüshalarını yetkisiz olarak dağıtmak, dağıtmak üzere ithal etmek, radyo ve televizyonla yayınlamak ya da topluma iletmek,

(2) Bu maddede geçen “Hak yönetim bilgisi” ifadesi, bilgi öğelerinden herhangi biri eser nüshası üzerinde bulunduğu veya eserin topluma iletimine bağlı olarak görüldüğünde eser, eser sahibi, eser üzerindeki herhangi bir hakkın sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve koşullar hakkındaki bilgiler ve bu bilgileri temsil eden tüm sayı ya da kodları tanımlayan bilgiler anlamına gelmektedir.” şeklindedir.

maddenin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bu eylemin yaptırımını ise, 5728 sayılı Kanun'un 138. maddesi ile değişik 71. maddenin 2. fıkrasında belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, FSEK'in Ek 4. maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fail hakkında daha önce Ek 4. maddenin son fıkrası ile 72/2. maddeye atfen üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunabilirken, yeni düzenleme ile fail hakkında sadece üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Şu halde, bir bilgisayar programı üzerinde yer alan dijital hak yönetim bilgilerin ya da kodlarının yetkisiz bir şekilde değiştirilmesi veya yok edilmesi, bu tür programların asıllarının ya da kopyaların dağıtılması, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, yayımlanması veya topluma iletilmesi halinde fail, eylemi daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası cezalandırılacaktır.

Maddede açıkça ifade edildiği üzere, bu suç da kasıtlı işlenebilen bir suçtur. Suç teşkil eden hareketlerle ilgili olarak birden fazla harekete yer verildiğinden, bu suç seçimlik hareketli bir suç olup, bu eylemlerden herhangi birinin icrası ile suç gerçekleşmiş olmaktadır. Hareketin yapılmasıyla suç da gerçekleşmiş olduğundan, aynı zamanda neticesi harekete bitişik suç niteliğindedir.⁷⁹⁵

C. Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri

Bilgisayar programları kolayca kopyalanabildiği için hak sahipleri, onların hukuka aykırı olarak çoğaltmalarını önleyebilmek için bazı teknolojik önlemlere başvurmaktadır. Bunlardan birisi de, bilgisayar programlarının izinsiz kopyalanmasının önüne geçmek için programı koruyucu çeşitli şifreler kullanmaktır. Bu gibi teknik engellemeler sayesinde, hak sahipleri dışında kalan kimseler tarafından programın kullanımının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ne var ki bu

⁷⁹⁵ Özderol, s. 234.

gibi teknolojik önlemler de, kötü niyetli kimseler tarafından kolaylıkla aşılabilmektedir.⁷⁹⁶ İşte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, bu önlemlerin etkisiz kılınmasına yönelik bir takım program ve donanımların, herhangi bir kimse tarafından henüz bu amaçla kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, salt ticaret konusu edilmesi ya da kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurulması suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla Kanun'da, söz konusu önlemlerin etkisiz kılınmasına yönelik, henüz bu eylemin hazırlık hareketi niteliğinde olan fiiller yaptırıma bağlanmıştır.

FSEK'te daha önce 73/I. maddenin (c) bendinde düzenlenen, bilgisayar programlarının hukuka aykırı çoğaltılmasını önlemek amacıyla oluşturulmuş teknik aygıtların elde bulundurulmasını yaptırıma bağlayan düzenleme, müstakil olarak 72. maddeye alınmış ve suçun tanımı yeniden kaleme alınmıştır. FSEK'in yukarıda incelenen Ek 4. maddesi, bilgisayar programları açısından da aynen uygulanabilir olan ve tüm eserlere yönelik bir düzenlemeydi. Bu maddede, bir eser üzerinde yer alan dijital hak yönetim bilgilerin ya da kodlarının yetkisiz bir şekilde değiştirilmesi yahut yok edilmesi, bu tür programların asıllarının veya kopyaların dağıtılması, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, yayımlanması veya topluma iletilmesi suç olarak düzenlenmişti. FSEK'in yeni 72. maddesinde ise sadece bilgisayar programları açısından uygulanabilen Ek. 4. maddeden farklı bir suça yer verilmiştir.

FSEK'in 72/I. maddesinde, teknik koruma önlemlerinin bertaraf edilmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla, diğer bir deyişle bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik programların veya teknik donanımların üretimi, satışa arz edilmesi, satımı ya da kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurulması suç olarak tanımlanmıştır. Maddede öngörülen seçimlik eylemlerden birini gerçekleştiren fail, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bir taraftan bahse konu eylemin tanımı yeniden yapılarak suç 72. maddede ayrı şekilde düzenleme altına

⁷⁹⁶ Çolak, s. 5

alınırken, diğer taraftan suç için öngörülen yaptırımlar da önemli ölçüde azaltılmıştır.⁷⁹⁷

Bu düzenlemenin kaynağını 91/250 sayılı mehz Direktifin 7/c maddesi teşkil etmektedir. Nitekim Direktifin bu maddesi ile üye devletler, kendi mevzuatlarına uygun olarak, “yegane amacı, bir bilgisayar programını korumak için kullanılabilen herhangi bir teknik aygıtın hukuka aykırı olarak kaldırılması ve dolanılmasını kolaylaştırmak olan herhangi bir vasıtanın/aracın (*means*)”⁷⁹⁸ ticarî amaçla elde bulundurulması veya dağıtımı” eylemini işleyen fail hakkında, uygun tedbirleri almakla yükümlü kılınmışlardır. Direktifte ifade edilen “herhangi bir vasıta” teknik bir aygıt olabileceği gibi, bu amaçla geliştirilmiş, örneğin bir şifre kırma programı gibi bir program da olabilir.⁷⁹⁹

Daha önce söz konusu suçun düzenlendiği FSEK’in 73/I maddesi (c) bendi, Direktifin 7 (c) maddesinin tercümesi ile tam bir uyum arz etmekteydi. Bununla beraber, 72. maddede kaleme alınan suçun yeni tanımında Direktif metninden belli ölçüde uzaklaşıldığı görülmektedir. Zira Direktif metninde, söz konusu araçların “ticari amaçla” elde bulundurulması ya da dağıtımından söz edilmekte iken, 72. maddede, söz konusu araçların, satımı, satışa arzı ve üretimi eylemleri sayıldıktan sonra ticari amaçla elde bulundurma yerine “kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurma” fiili yaptırıma bağlanmıştır. Her ne kadar 5728 sayılı Kanun Tasarısının ilk şeklinde ticarî amaçla elde bulundurma tabiri tercih edilmiş ise de, Komisyon’da bu metin değişikliğe uğramış ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmesi açısından “kişisel kullanım amacı dışında” tabiri tercih edilmiştir.⁸⁰⁰

⁷⁹⁷ 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, daha önce madde 73/I, bent (c)’de düzenlenen söz konusu eylem için iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzelli milyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmetme imkanı öngörülmüş iken, yeni düzenleme ile failin söz konusu eylem nedeniyle altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması hükmüne bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu bir taraftan eylem için öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza önemli ölçüde azaltılırken, öte yandan failin para cezası ile cezalandırılması imkanı da ortadan kaldırılmıştır.

⁷⁹⁸ Erel, “means” kelimesi yerine “vasıta ve gereçler” tabirini kullanmaktadır. Bkz. Erel, Bilgisayar Programları, s. 153.

⁷⁹⁹ Çolak, s. 5.

⁸⁰⁰ Bkz. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/335), Dönem 23, Y. Yılı: 2, S. Sayısı: 56.

D. Internet Bilgi İçerik Sağlayıcıları Tarafından İşlenen Suçlar

FSEK'in Ek 4. maddesinin 3. fıkrasında, dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserlerin içerikten çıkarılacağı öngörülmektedir. İçeriğin çıkarılması için, hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişinin öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin ref'ini istemesi gerekmektedir. Bu talebe rağmen ihlâlin devamı halinde ise, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce maddenin son fıkrasında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, 72 nci maddenin (2) numaralı bendi hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştü. Ancak, 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (r) bendi ile, FSEK'in Ek 4. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bu eylemin yaptırımını ise, 71. maddenin 2. fıkrasında belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, FSEK'in Ek 4. maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. FSEK'in Ek 4. maddesinin son fıkrası ile yapılan atıf sonucu 72/2. madde uyarınca daha önce bilgi içerik sağlayıcısı hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunabilirken, yeni düzenleme ile fail hakkında sadece üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

Eser sahipliğinden doğan hakların Internet ortamında ihlâli halinde, bu ihlâlin hangi usulle sona erdirileceği FSEK'in Ek 4. maddesinde düzenlenirken, ihlâlin devamı halinde suça uygulanacak yaptırım FSEK'in 71/II. maddesinde öngörülmüştür.

Maddede ifade edilen bilgi içerik sağlayıcı ile anlatılmak istenen, Internet kullanıcıları tarafından erişilebilen herhangi bir internet yayınının içeriğini hazırlayan kimsedir. Diğer bir ifade ile, bilgi içerik sağlayıcılar bir bilgi ya da belgeyi, örneğin bilgisayar programını, Internet ortamında yayınlayacak şekilde düzenleyenlerdir. Örnek vermek gerekirse, bir web sayfasının içeriğini hazırlayan ve Internet ortamına yükleme işlemini Internet servis sağlayıcı (ISS) aracılığıyla gerçekleştiren kimse bilgi içerik sağlayıcısıdır. Bilgi içerik sağlayıcı Internet ortamında meydana getirdiği içeriğin bir fikrî hak ihlâline sebep olması durumunda bizzat bu eyleminden sorumlu olmaktadır.⁸⁰¹ Buna karşılık ISS ise, bireylerin Internete bağlanmaları, Internet üzerinden iletişim sağlamaları ve Internetin sağladığı diğer imkânları kullanmalarını mümkün kılan, bu amaçla altyapı kuran, işleten ve sürdüren kuruluşlardır.⁸⁰² ISS'lerin bilgi içeriğine etkiye bulunma olanakları mevcut olmadığından, kural olarak ceza hukuku anlamında sorumlu olmadıkları kabul edilmektedir. Bununla beraber, servis sağlayıcıların ihlâlden haberdar olur olmaz gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.⁸⁰³ Buna karşılık, FSEK'in Ek 4. maddesinde, dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserlerin öncelikle içerikten çıkarılacağı düzenlenmiştir. Ancak bunun için, hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişilerin, öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını

⁸⁰¹ Özderiyol, s. 236, Başpınar/Kocabey, s. 213.

⁸⁰² Bu açıklamalar ve ISS'ler hakkında geniş bilgi için bkz. Özdelek, s. 93; Ayrıca bkz. Özderiyol, s. 235; Başpınar/Kocabey, s. 212-213. Günümüzde ttnet, superonline, kablonet gibi kuruluşlar internet servis sağlayıcısı olarak hizmet vermektedir.

⁸⁰³ Özderiyol, s. 235. Nitekim Avrupa Birliğinin 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Direktifinin 14. maddesinde, ISS'nin içeriğin yasal olmadığını öğrenmesi veya içerik sağlayıcının kendi gözetim ve denetimi altında çalışan biri olması durumunda, yasal olmayan içeriği derhal kaldırması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı Direktifin 15. maddesinde de, ISS'lere ilettikleri ve sakladıkları bilgileri saklama zorunluluğu getirilemeyeceği öngörülmektedir. Bkz. Sayısal Hak Yönetimi, s. 89. Bununla beraber, bu açıklamalardan ISS'lerin hiçbir şekilde cezaî sorumluluğun olmadığı anlamı da çıkarılmamalıdır. Zira Ceza hukukunun genel prensiplerinden hareketle başkası tarafından işlenen suça bilerek ve isteyerek yardım eden kimse, bu eyleminden sorumlu tutulmaktadır. Yukarıda ISS'lerin davalı konumunun tartışıldığı bölümde de incelendiği üzere, başkalarının gerçekleştirilen doğrudan ihlâl eylemleri nedeniyle sorumlu olup olmayacaklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, kanımızca, ISS'nin bu şekildeki ihlâl fiillerinden bilgi sahibi olması, onları teşvik etmesi, kolaylık sağlaması, yönlendirmede bulunması durumlarında katılım yoluyla TCK'nın 37 vd maddeleri uyarınca ISS'nin suça yardım etme hükümleri çerçevesinde cezaî sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, her olayın koşulları göz önüne alınarak cezaî sorumluluğun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

istemeleri gerekmektedir. Bu başvuruya rağmen içerik kaldırılmayarak ihlâlin sürmesi durumunda ise, Cumhuriyet savcısına başvuruda bulunularak, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenebilmektedir. Anılan maddenin son fıkrasında ise, eser sahibinin malî ya da manevî haklarını ihlâl etmeyi sürdüren bilgi içerik sağlayıcılar hakkında fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile Kanun Koyucu, “uyar ve kaldır” sistemi kurmak istemiştir.⁸⁰⁴ Burada bilgi içerik sağlayıcı açısından suçun gerçekleştiği an, hakkı ihlâl edilen gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılan ihtarla rağmen içeriğin makul süre içerisinde kaldırılmadığı ve bu suretle ihlâlin devam ettirildiği andır. Görüldüğü üzere, eser sahibinin hakkı aslında bilginin dijital ortama konulması ile ihlâl edilmeye başlanmasına rağmen, bu ihlâl eylemi hemen cezalandırılmamaktadır.⁸⁰⁵ Bununla beraber, Kanunda bilgi içerik sağlayıcısına içeriğin hak ihlâline sebebiyet verip vermediğini değerlendirme yetkisi tanınmadığı gibi, bilgi içerik sağlayıcısının bir ihlâl olup olmadığını kolayca tespit etmesi de, örneğin bir bilgisayar programının başka bir programın kodları kopyalanmak suretiyle geliştirilmiş olması durumunda olduğu gibi, mümkün olmayabilir. Bu nedenle, maddenin kaleme alınış tarzı uygulamada büyük güçlükleri ve kötü niyetli ihbarları beraberinde getirecektir. Zira, kendisine bu yönde bir ihbar gelen içerik sağlayıcısı ihbarın kötü niyetli olup olmadığına veya içeriğin ihlâl oluşturup oluşturmadığına bakmaksızın içeriği kaldırmakla yükümlü kılınmaktadır. Suçun oluşup oluşmadığı ise, soruşturma ve yargılama aşamasında içeriğin hak ihlâli teşkil edip etmediği araştırılmak suretiyle ortaya çıkacaktır.⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ Sayısal Hak yönetimi, s. 88.

⁸⁰⁵ Özderol, s. 237-238.

⁸⁰⁶ Çıkabilecek bu sorunları engellemek amacıyla doktrinde, maddede yapılacak bir değişiklikle, bilgi içerik sağlayıcının yükümlülüğünün, hak sahibine, hak ihlâli gerçekleştiği yönünde ihtarla bulunulduğu ihbarında bulunma yükümlüğü getirmekle sınırlandırılması veya bilgiyi sağlayan kimseye içeriği kaldırmadan önce karşı bildirimde bulunma imkanı sağlanması ya da içerik sağlayıcının kendi uygulaması kapsamında hangi durumlarda tek taraflı olarak içeriği kaldıracağına dair ilkeler ortaya konması ve bunun bilgiyi sağlayan kimse tarafından kabul edilmesinin zorunlu kılması gibi düzenlemeler yapılması önerilmiştir. Bkz. Sayısal Hak Yönetimi, s. 88.

Düzenlemenin sorunlu olan diğer bir yönü ise, hak ihlâli teşkil eden bilgiyi, örneğin bilgisayar programını, web sayfasında yayınlayan bilgi içerik sağlayıcısı hakkında 71. maddenin 2. fıkrası uyarınca üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi öngörülmüş iken, aynı maddenin 1. fıkrasında bir eseri her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten bilgi içerik sağlayıcı dışındaki kimseler hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükümlenacağını öngörülmüş olmasıdır. Aslında bilgi içerik sağlayıcısının da hak sahibinin izni olmaksızın eseri yayan diğer kişilerden farkı bulunmamaktadır. Bundan dolayı, kanımızca Ek 4. maddenin 3. fıkrasında öngörülen eylemin bilgi içerik sağlayıcı tarafından işlenmesi halinde, hakkında 71/I. maddede öngörülen yaptırımın uygulanması ceza adaleti, eşitlik ve hakkaniyet açısından daha yerinde olabilecektir.

III. FAİL

Ceza Hukukunda suçun faili dendiğinde genel olarak, kanunun suç saydığı fiili işleyen kimse kastedilmektedir.⁸⁰⁷ FSEK'in daha önce suçun failini düzenleyen "Fail" kenar başlıklı 74. maddesi 5728 sayılı Kanunun 578. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ceza Hukukunun genel prensiplerine aykırı olarak getirdiği objektif sorumluluk ve tüzel kişileri cezaî yönden hükmedilen para cezasından müteselsil olarak sorumlu tutan söz konusu düzenlemenin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyumlaştırılması amacıyla yürürlükten kaldırılmış olması kanımızca yerinde olmuştur.

Bu değişiklikten sonra artık Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda öngörülen suçlarda faili tespit ederken, TCK'nın konuyu düzenleyen 37 vd. maddelerinden yararlanmak gerekecektir. Buna göre, suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, işlenen suçun faili olarak sorumlu tutulacaktır. Öte yandan, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulacaktır. (TCK. m. 37) Başkasını suç işlemeye azmettiren kimse azmettiren olarak TCK'nın 38. maddesi uyarınca, başkasına suç işlerken yardımcı olan kimse ise, aynı Kanunun 39. maddesi çerçevesinde sorumlu olacaktır. Buna

⁸⁰⁷ Zeki Hafizoğulları, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezaî Himayesi", AÜHFD, C. 48, Ankara 1999, s. 3.

göre, bir bilgisayar programından doğan malî ve manevî hakların ihlâlî suretiyle FSEK'in 71 ve 72. maddelerinde öngörülen suçların faili, cezaî sorumluluğu olan herhangi bir kimse olabilir. Zira bu maddeler açısından suçu işleyen failde herhangi bir nitelik aranmamıştır. Yine, FSEK'in Ek 4. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen eser üzerindeki dijital hak yönetim bilgilerinin değiştirilmesi suçu da herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan, fail yönünden bir özellik arz etmemektedir. Buna karşılık, aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen suç ise, ancak bilgi içerik sağlayıcılar tarafından işlenebilen bir suçtur.

Burada üzerinde önemle durulması gereken bir konu da, malî veya manevî hakların bir tüzel kişi yararına ihlâl edilmesi durumunda, tüzel kişinin bu eylem nedeniyle cezaî olarak sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. FSEK'in yürürlükten kaldırılmadan önceki 74. maddesinde, bir tüzelkişinin işleri çevrilirken 71, 72, 73 ve 80. maddelerde sayılan suçlardan birinin işlenmesi durumunda, tüzelkişinin, masraf ve para cezasından diğer suçlularla birlikte müteselsilen sorumlu olduğu açıkça hükme bağlanmıştı. Bununla beraber, 5728 sayılı Kanun ile bu madde yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan böyle, tüzel kişilerin cezaî yönden sorumlu olup olmayacağının TCK hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsîliği ilkesinin bir gereği olarak yeni Türk Ceza Kanununda cezaî sorumluluk sadece gerçek kişiler bakımından kabul edilmiştir. Tüzel kişiler hakkında ise, TCK'nın 60. maddesinde müsadere veya faaliyet izninin iptali şeklinde öngörülen iki güvenlik tedbirinden birine hükmedilmesi imkanı getirilmiştir. Ancak 60. maddenin son fıkrasında, güvenlik tedbirlerine, her suç açısından değil, kanunda özel olarak belirtilen hâllerde hükmedilebileceği öngörülmektedir.

FSEK'in bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarını düzenleyen 81. maddesinin son fıkrasında, Kanun'da tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişiler hakkında TCK'nın tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda öngörülen tüm suçlar bakımından geçerliliği olan bu yönde bir düzenlemenin, sadece bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarının düzenlendiği 81. maddeye alınması kanımızca kanun yapma tekniği açısından son derece yanlış

olmuştur. Bunun yerine söz konusu düzenlemenin, kaldırılan 74. maddede veya 81. maddeden sonra gelmek üzere, bağımsız bir maddede düzenlenmesi gerekirdi. O halde, bir bilgisayar programından doğan malî veya manevî hakların ihlâlî suçlarının, bir tüzel kişinin yararına ve tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, bahse konu tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda öngörülen malî veya manevî hakları, özellikle ticarî amaçlı ihlâl eden kimseler, bu ihlâl nedeniyle büyük miktarlarda maddi yarar elde etmektedirler. Nitekim TCK'nın 60/III. maddesinde, özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, işlenen suç dikkate alındığında, çok ağır sonuçlar doğabileceği, örneğin çok sayıda kişinin işsiz kalması ya da iyi niyetli üçüncü kişiler açısından telafisi güç kayıplar meydana gelmesi gibi durumlarda, mahkemenin bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebileceği de düzenlenmiş olduğundan, bazı durumlarda tüzel kişiler hakkında herhangi bir güvenlik tedbirine hükmedilmeyebilecektir. Kanımızca bu suçların tüzel kişiler yararına işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında en azından etkin, caydırıcı ve orantılı idari para cezasına hükmedilebilmesine imkan sağlayacak bir düzenlemeye Kanunda yer verilmesi ilerde büyük çapta ihlâllerin önlenmesi açısından caydırıcılık sağlayabilecektir.

Bilgisayar programları ile ilgili suçlarda failin belirlenmesi bazı durumlarda güçlük arz edebilecektir. Sahibinden izinsiz çoğaltma biçimindeki eylemlerde failin tespitinde genellikle güçlükle karşılaşılmayabilecektir. Bununla beraber, şirketler tarafından lisanssız yazılım kullanılması hallerinde suçun failinin belirlenmesi her zaman kolay olmayacaktır. Bir şirkette kullanılan bilgisayarlarda tespit edilen lisanssız bilgisayar programlarının kim tarafından yüklendiği, kim tarafından kullanıldığı, yükleme talimatının kim tarafından verildiği gibi hususların tespiti gerekecektir.⁸⁰⁸ Bu şirketin sahip ya da sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, şube ya da mağaza müdürü, bilgi işlem müdürü ya da sorumlusu, bilgisayarı kullanan çalışan personel, bilgisayara lisanssız yazılımı kuran kimseden hangisi ya da hangilerinin sorumlu olacağı, her olayın koşullarına göre TCK'nın genel hükümlerine göre belirlenecektir.

⁸⁰⁸ Çolak, s. 7.

IV. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

A. Şikâyet

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen suçlar, kural olarak takibi Şikâyetle bağlıdır. Bu suçlarda mağdur, genellikle eser sahibi ya da bağlantılı hak sahipleri olduğu için Kanun, hakları haleldar olan kimselere Şikayet hakkını kullanıp kullanmama hususunda inisiyatif bırakmaktadır. Oysa 81. maddede düzenlenen bandrol uygulamasına aykırılık su larında ise, korunan menfaat hak sahiplerinin menfaatlerinin yanında, vergi kaybının önlenmesi açısından devletin de menfaatidir. Bundan dolayı bu suçlarda, Cumhuriyet savcısı re'sen harekete geçebilmektedir.⁸⁰⁹

Malî ve manevî haklara yönelik işlenen suçlarda soruşturma ve kovuşturma usulünün düzenlendiği FSEK'in "Kovuşturma ve tekerrür" kenar başlıklı 75. madde de 5728 sayılı Kanunun 140. maddesi ile esaslı Şekilde değiştirilmiştir. Madde gerekçesinde Şikâyet kurumu, Türk Ceza Kanununda ayrıntılı olarak düzenlendiğinden bu hakkın kimler tarafından, ne sürede ve ne Şekilde kullanılacağı hususunda ayrıca düzenleme yapılmasına gerek bulunmadığı, ayrıca, bu suçlardan dolayı Şikâyet hakkının kullanılmasının Şikâyet hakkına sahip olan kişiler bağlamında genişletilmesinin, özellikle Şikâyet süresi bakımından bu kurumu iőlevsiz hale getirdiği ifade edilmiştir.

FSEK'in "Soruşturma ve kovuşturma" kenar başlıklı yeni 75/I. maddesi uyarınca, eserden doğan malî ve manevî haklara yönelik, FSEK'in 71 ve 72. maddelerinde öngörülen yukarıda ayrıntılı biçimde incelenen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması Şikâyetle bağlıdır. Yapılan Şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için, hak sahiplerinin veya  yesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekmektedir. Bu belge ve sair delillerin, Şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi durumunda kovuőturmaya yer olmadığı kararı verilecektir.

⁸⁰⁹ özderyol, s. 249.

Anılan madde, gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kimlerin şikayet hakkı olduğu, şikayetin süresi ile usulü konusunda Türk Ceza Kanunun “şikayet” i düzenleyen 73. madde hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir. O halde, kural olarak suçtan zarar gören kimsenin şikayette bulunma hakkı vardır.⁸¹⁰ Maddenin önceki halinde her ne kadar, hakları tecavüze uğrayan kimseler dışında suça konu esere göre Milli Eğitim ve Kültür Bakanlıkları, Basın Yayın Genel Müdürlüğü ile Türk basınını temsil eden kurumların yanı sıra meslek birliklerinin şikayete haklarının olduğu açıkça düzenlenmekte idiye de, son değişiklik ile söz konusu kurumlar ve meslek birliklerinin şikayete haklarının olduğuna dair bölüm maddeden çıkarılmıştır. Maddenin son hali karşısında, şikayet hakkı kural olarak, eser üzerindeki malî ve manevî hak sahibi kişilere aittir. Bu kişiler eser sahibi olabileceği gibi, eser sahibinden usulüne uygun olarak bu hakları devralmış kişiler de olabilecektir. Hakkın kullanım yetkisini tam lisansla devralanlar da kanımızca şikayet hakkına sahip sayılmalıdır. Meslek birliklerinin ise, önceki düzenlemede olduğu gibi, her ne kadar açıkça şikayet hakkına sahip oldukları anılan maddede belirtilmemekte ise de, kanımızca, maddenin birinci fıkrasında yer alan örtülü ifadeden meslek birliklerinin şikayete hakları bulunduğu sonucuna varılmalıdır.⁸¹¹

Maddede yapılan değişiklikle ayrıca, başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişilere, manevî ve malî hak sahibi kişileri, şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar etme yükümlülüğü getirilmiştir.

Şikayet süresi, dava zamanaşımı süresinin dolmamış olması kaydıyla, şikayete hakkı olan kimsenin fiili ve faili öğrenmesinden itibaren 6 aydır. Bu süre

⁸¹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 80; Bahri Öztürk/Mustafa Ruha Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni Yargıtay Kararları İşlenmiş ve En Son CMK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2007, s. 88.

⁸¹¹ Nitekim FSEK’in 42. maddesi uyarınca, meslek birliklerinin faaliyet gösterdikleri alanla ilgili olarak herhangi bir hak ihlâline sebep olunması halinde şikayete hakları bulunmaktadır. Bkz. Özderiyol, s. 253. Her ne kadar madde gerekçesinde Türk Ceza Kanununda ayrıntılı olarak düzenlendiğinden şikayet hakkının kimler tarafından kullanılacağı hususunda ayrıca düzenleme yapılmasına gerek bulunmadığı belirtilmiş ise de, maddenin birinci fıkrasında yer verilen “yapılan şikayetin geçerli olabilmesi için ... üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir.” ifadesinden, madde içeriğinde örtülü bir biçimde bu yönde bir düzenlemeye yer verildiği, bu kapsamında meslek birliklerinin şikayete hakkı olduğu sonucu çıkmaktadır.

hak düşürücü süre olup, altı ay içinde şikâyetle bulunulmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkün değildir.⁸¹²

Şikayet kural olarak, Cumhuriyet başsavcılıkları ile kolluk makamlarına yapılabilir. Bununla beraber, valilik, kaymakamlık, mahkeme, elçilik ve konsolosluklar ile ilgili kurum ve kuruluşlara da şikayette bulunmak mümkündür. Ancak bu şikayet ve ihbarlar gecikmeksizin Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Yine suça ilişkin ihbar veya şikâyetler yazılı ya da tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. (CMK. m. 158) Bununla beraber, şikayetin geçerli kabul edilebilmesi için FSEK'in 75. maddesinde, hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri şart kılınmıştır.

Kanunda her ne kadar açıkça öngörülmemiş olsa dahi şikayet hakkı kullanıldığında, kesin delil olmasa dahi, şikayetin haklılığını gösteren ya da en azından şikayet konusu eylemin varlığına işaret eden eylem ve işlemlere ilişkin makul delil ve emarelerin gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde soyut olarak yapılan bir şikayet üzerine, yapılan arama veya elkoyma işlemleri gibi soruşturma tedbirleri nedeniyle şikayet edilenin maddi ve/veya manevî zarara uğraması durumunda, şikayetin haksız olduğu anlaşılırsa, şikayet eden bu zararları hukuken tazmin etmekle yükümlü kılınabilir. Nitekim Yargıtay yakın tarihte verdiği bir kararında haksız şikayette bulunanın, şikayet edilenin maruz kaldığı zararları karşılamakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır.⁸¹³ Kanımızca da Yargıtay 11.

⁸¹² Özderiyol, s. 251; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 85.

⁸¹³ Yargıtay 11. HD'nin kararına konu olayda, "davacıların vekili, davalıların haksız şikayeti üzerine davacı şirketin fabrikasına kolluk güçlerince baskın yapıp tüm bilgisayarlarının incelemeye alındığını ve o sırada Japon işadamı, banka ve sigorta şirketi yetkilileri ile toplantı halinde olan davacı şirketin ortak ve yöneticisi olan diğer davacıların bulunduğu ortama da baskın yapılması sonucunda konukların toplantıyı terk ettiklerini, keza 6 saat süren soruşturma boyunca bilgisayarların kullanılamaması nedeniyle fabrikada üretimin durduğunu, çalışanların gözünün önünde müvekkillerinin suçlu durumuna düşürüldüğünü, soruşturma sonucunda davalıların şikayetine aksine davacı şirkete ait işyerinde yasal olmayan hiçbir yazılım sisteminin tespit edilemediğini ileri sürerek, şimdilik 10.000 YTL maddi 290.000 YTL manevî tazminatın davalılardan tahsilini istemiştir. Davalıların vekili ise, davacı şirkete ait işyerinde yapılan aramada şirketi ve diğer davacıların itibarını sarsıcı herhangi bir eylemin söz konusu olmadığını, davacı şirketin 7 adet bilgisayarında Microsoft Corporation' a ait Windows 95 yazılımının izinsiz olarak kullanıldığının belirlendiğini savunarak asıl davanın reddi ile karşı davada 5.000 USD lisans ücretinin davacı-karşı davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davalının şikayette kötüniyetli olduğunun kanıtlanamadığı, esasen şikayet hakkının kullanımı için şikayeti haklı gösterecek bazı emarelerin varlığının yeterli olduğu,

davacının yazılım durumunun incelenmesinin başka türlü bir imkanının bulunmadığı ve bu yüzden şikayet yolunun seçilmesinin hukuka aykırı görülmediği, taraflar arasındaki yazılım kullanım sözleşmesi bulunduğu ve davacının lisans kullanımının sözleşmeye uygun olup olmadığı konusunda davalıyı aydınlatma yükümlülüğünün olduğu, bu denetim olanağının sağlanmaması durumunda kullanım niteliği gereği yazılımının izinsiz kullanıldığı başka vasıtalarla tespitinin olanaksız olduğundan bu konuda istihbarat alan firmanın şikayet başvurusunda bulunmasının doğal görüldüğü, FSEK 75. maddesinin de, şikayetçiye korunmak istenen eser üzerindeki hak sahipliğini kanıtlama dışında herhangi bir yükümlülük getirmediği, şikayet dilekçesinin verilmesinden sonraki tüm işlemlerin savcılığın yetki ve inisiyatifinde olduğu, davacı gerçek kişilerin karakola götürülmelerinin zabıtaca gerçekleştirildiği, buna gerek olup olmadığı ve bu işlem sırasında yetkinin aşılp aşılmadığı konusunda davalıya sorumluluk yüklenemeyeceği, incelemenin sadece 2 saat süre içinde yapılmasının mümkün ve bu süre içinde davacı fabrikasının üretimine engel olmayacağı gerekçesiyle asıl davanın, davacıların izinsiz yazılım kullandığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle de karşı davanın reddine karar verilmiştir.”

Davanın temyizi üzerine 11. HD’nin kararında vardığı sonuçlar şu şekildedir. “Dava haksız şikayet nedeniyle maddi/manevî tazminat istemine ilişkindir. Davalılar vekilinin 24.4.2000 tarihli dilekçesinde, davacıların işyerindeki bilgisayarlarda izinsiz kopyalama yoluyla müvekkiline ait yazılımların kullanıldığı ihbarları alındığını, gerekli soruşturmanın yapılarak davacıların cezalandırılmasının istendiği anlaşılmaktadır. Dilekçeye ekli herhangi bir delil ve emare eklenmemiş, vaki şikayet üzerine C.Savcılığının talimatı ile davacıların işyerinde saat 11.00 da kolluk güçleri, davalılar vekili ve teknik bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılmış, saat 15.10 da inceleme bitirilerek işyeri bilgisayarlarında izinsiz yazılım kullanılmadığı, tüm yazılımların lisanslı olduğu anlaşılmıştır.

Davacılar, davalıların şikayetine mesnet herhangi bir delil ve emare göstermeden yapılan şikayet üzerine şikayetin tahkiki sırasında işyeri bilgisayarlarının çalıştırılmamış olması nedeniyle iş durması sonucunda maddi, ayrıca müşteri ve personel nezdinde de manevî olarak zarar gördüklerini ileri sürmektedir. Haksız şikayet tıpkı HUMK’nun 421. maddesinde düzenlenen haksız dava, İİK’da düzenlenen haksız takip, ihtiyati haciz gibi BK’nun 41. maddesinde düzenlenen haksız eylem niteliğinde olup, failin eyleminin sonucunda oluşan maddi ve manevî zararın tazmini yükümlülüğü sonucunu doğurmaktadır.

Şikayet hakkının yasal bir hak olması, bu hakkın kullanımı sırasında şikayetin haklılığını gösteren kesin delil gösterilemese dahi, en azından şikayet konusu eylemin varlığına işaret eden eylem ve işlemlere ilişkin makul delil ve emarelerin gösterilmesi gerekmektedir. Soyut olarak yapılan şikayetçi tarafından varlığı düşünülen bir durumun tespitine yönelik olarak yapıldığı anlaşılan şikayetin sonucunda böyle bir durumun var olmadığı saptandığı takdirde, şikayetin haksız olduğunun kabulü ile haksız şikayetin sonucuna da şikayetçinin katlanması gerekmektedir. Somut olay bakımından, yukarıda 1. paragrafta açıklandığı gibi davalıların şikayetinin herhangi bir delil ve emareye dayanmamış olması nedeniyle yapılan işlemlerde zarar gördüğünü ileri süren davacıların bu zararlarının ispatı durumunda davalılardan tazminini istemeleri mümkündür. O halde, şikayetin haksızlığı karşısında davacının oluştuğunu iddia ettiği zararları açısından delilleri ibraz ettirilip maddi tazminat açısından gerektiğinde işlem yerinde bilirkişi incelemesi yapılması ve manevî tazminat açısından da oluşa uygun, tatmin edici tutarda bir manevî tazminata hükmedilmesi gerekir iken, yazılı gerekçeyle davanın tümüyle reddedilmesi doğru görülmemiş, kararın davacılar yararına bozulması gerekmiştir. ...” Yargıtay 11. HD., 27.03.2008 T., 2006/11692 E. ve 2008/3945 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış karar) Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, haksız şikayet nedeniyle açılan tazminat davaları ile ilgili olarak, hak arama özgürlüğü ve kişilik değerlerinin korunmasının Anayasa ile güvence altına alındığını, hak arama özgürlüğünün sınırsız olmadığını vurguladıktan sonra, uyuşmazlığın çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişinin, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zarara uğratmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Kararlarda ayrıca şikayet hakkının hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olmasının zorunlu olmadığı; şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığının yeterli olduğu; bu olgu veya emareye dayanılarak, orta düzeydeki başka bir kişinin de böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği, diğer bir deyişle orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve şikayet hakkını kullanmasının uygunluğunun kabul edilmesi gerektiği; aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğünün, sınırları aşılarak kullanıldığı ve şikayet

HD'nin bu kararı yerindedir. Zira, bilgisayar programlarının, özellikle endüstri başta olmak üzere hemen tüm alanlarda yaygın olarak kullanımı nazara alındığında, bir fabrika ya da şirketin, lisanssız bilgisayar programı kullandığı ileri sürüldüğünde, iddianın ortaya çıkarılması için yapılacak soruşturma işlemleri nedeniyle şirketin işlerinin belki bir süre durması yine ticari itibarının önemli ölçüde zedelenmesi söz konusu olabilecektir. Bu sebeple, delile dayanmayan, salt soyut iddialarla şikâyet hakkı kullanıldığında şikâyet edilenin maruz kaldığı zararların şikâyetçi tarafından tazmini hakkaniyet açısından yerinde olacaktır.

Hükmün kesinleşmesine kadar, şikâyetten vazgeçme veya şikâyetin geri alınması mümkündür. Bununla beraber, şikâyetin geri alınmasının etkili olabilmesi için sanığın bunu kabul etmesi şarttır. Şikâyetin kovuşturma aşamasında geri alınması halinde hâkim, davanın düşmesine karar verir.⁸¹⁴ Soruşturma aşamasında geri alınması durumunda ise, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmayla yer olmadığına karar verilir.

B. Uzlaşma

5237 sayılı TCK'nın 73. maddesinde, suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda fail ile mağdurun uzlaşmasına imkân sağlayan bir usul işlemine yer verilmiştir. FSEK'in 71 ve 72. maddelerinde düzenlenen malî ve manevî hakların ihlâli suretiyle işlenen suçlar takibi şikâyete bağlı olduğundan, uzlaşma bu suçlar bakımından da uygulanabilir. Buna göre, uzlaşmadan söz edilebilmesi için, failin öncelikle suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi ya da gidermesi koşuluyla mağdur ile failin özgür iradeleri ile uzlaşmaları gerekmektedir. Uzlaşmanın gerçekleştiği Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz ya da davanın düşürülmesine karar verilir.(TCK.

edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmasının icap ettiği belirtilmektedir. Örnek Yargıtay HGK kararları için bkz Yargıtay HGK 24.11.2004 T., 2004/4-604 E. ve 2004/608 K. sayılı kararı (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı); Yargıtay HGK, 2005/4-13 E. ve 2005/37 K. sayılı kararı (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı); Aynı yönde örnek Yargıtay 4. HD kararları için bkz. Yargıtay 4. HD., 27.01.2005 T., 2005/6575 E. ve 2005/410 K. sayılı kararı (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı); Yargıtay 4. HD., 02.05.2005 T., 2004/10554 E. ve 2005/4675 K. sayılı kararı (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

⁸¹⁴ Öztürk/Erdem, s. 89.

m. 73/son) Uzlaşma sürecinin başlayabilmesi için şikayete hakkı olan kimsenin, şikayet süresi içinde bu hakkını kullanmış olması gerekmektedir.⁸¹⁵ Zira, ancak bundan sonra uzlaşma sürecinden söz etmek mümkün olabilecektir.

§15. HUKUK VE CEZA DAVALARINDA MÜŞTEREK HÜKÜMLER

I. İHTİYATÎ TEDBİRLER VE GÜMRÜKLERDE GEÇİCİ EL KOYMA

FSEK'in 77. maddesinin 1. fıkrasında, “Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için veya diğer herhangi bir sebepten dolayı zarurî ve bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse hukuk mahkemesi, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlâl veya tehdiye 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 yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına karar verebilir. Kararda, emre muhalefetin İcra ve İflas Kanununun 343 üncü maddesindeki cezaî neticeleri doğuracağı açıklanır.” hükmü yer almaktadır.

İhtiyati tedbirler, uyuşmazlık hakkındaki esas hükme kadar davanın uzamasından dolayı davacı açısından doğması muhtemel sakıncaları gidermek ve geçici hukukî koruma sağlamak amacıyla yapılan yargısal tasarruflardır. İhtiyatî tedbirler genel olarak HUMK m. 101 vd. maddelerinde düzenlenmekle beraber, FSEK'in 77. maddesinde de özel olarak düzenlenmiştir. İhtiyatî tedbir talebi, esas dava açılmadan önce yapılabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da bu yönde talepte bulunmak mümkündür.⁸¹⁶

İhtiyatî tedbir talebinde bulunan kimse, her şeyden önce, tedbir kararı verildiği andan yargılamanın normal süreci sonuna kadar, bu karar verilmediği

⁸¹⁵ Özderiyol, s. 260.

⁸¹⁶ Tekinalp, s. 324; Arıdemir, s. 209.

takdirde önemli zararlar doğacağı yönünde hâkimde kanaat uyandırmalıdır. Bu amaçla tedbir talebinde bulunan kimse, talebini haklı gösteren bir kısım deliller sunmalıdır.⁸¹⁷ Hâkim talebi yerinde görürse, davalı tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyatî tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına karar verebilecektir.

Doktrinde⁸¹⁸ her ne kadar, bu fıkra da öngörülen ihtiyatî tedbirlerin hem ceza hem hukuk mahkemelerince alınabileceği savunulmuş ise de, bizim de katıldığımız görüşe⁸¹⁹ göre, bu fıkra da düzenlenen ihtiyati tedbirler sadece hukuk davalarında hukuk mahkemelerince alınabilecek tedbirler niteliğindedir. Zira söz konusu düzenlemenin incelenmesinden de anlaşıldığı üzere, burada ihtiyati tedbir alınmasında izlenen yöntem ve alınan kararlar hukuk davalarına özgü niteliktedir. Zaten anılan düzenlemeye, bu kararın hukuk mahkemesince, hakları ihlâl veya tehdide maruz kalanların ya da meslek birliklerinin talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra verilebileceği belirtilmektedir.⁸²⁰ Görüldüğü üzere, ceza hukukundaki karşılığı elkoyma olan ihtiyati tedbirler ancak talep üzerine alınabilmektedir. Oysa elkoyma kararı, Cumhuriyet savcısı ya da mahkeme tarafından re'sen verilebilmektedir. Şu halde söz konusu ihtiyati tedbirlere, hukuk mahkemesinin dışında, ayrıca ceza mahkemesince de karar verilebilmesi mümkün değildir. Ceza mahkemesince verilecek karar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca el koyma kararı olacaktır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, haklara tecavüz oluşturma ihtimali bulunan eser nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57. maddesi hükümleri uygulanacağı öngörülmektedir. Bu yetki, esas itibarıyla, sahibinin izni olmaksızın çoğaltılmış bilgisayar programları açısından önem arz etmektedir. Bu eser nüshalarına gümrük idareleri tarafından el konulmasına

⁸¹⁷ Tekinalp, s. 324; Arıdemir, s. 210.

⁸¹⁸ Bu yönde görüş için bkz. Erel, Fikir, s. 315; Arslanlı, s. 222; Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 948; Topaloğlu, Bilişim, s. 52; Erdil, İşlenme Eserler, s. 181.

⁸¹⁹ Bkz. Özderiyol, s. 265.

⁸²⁰ Erdil, İşlenme Eserler, s. 180.

ilişkin işlemler, Gümrük Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre yürütülecektir.⁸²¹ Bu tedbirin uygulanmasını hak sahibi ya da temsilcisi talep edebileceği gibi, bu yönde bir talep olmaksızın, gümrük idaresi de re'sen bu tedbire karar verebilir.⁸²² Tedbir niteliğindeki bu durdurma işlemi, hukuk ve ceza davalarından bağımsız, tamamıyla idari bir önlem niteliği taşımaktadır.

II. HÜKMÜN İLÂNI

FSEK'in "Hükmün ilânı" kenar başlıklı 78. maddesinde, 67. maddenin 2. fıkrasında belirtilen hal dışında, haklı olan tarafın, muhik bir sebep veya menfaatinin bulunması durumunda, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya özet şeklinde ilân edilmesini talep etme hakkını haiz olduğu belirtilmektedir. Bu husus, gerek hukuk gerek ceza davalarına ilişkin ortak hükümler niteliğinde olan "Çeşitli Hükümler" başlığı altında düzenlenmiş olduğundan, hükmün ilânı hem ceza davalarında hem de hukuk davalarında talep edilebilmektedir.

Anılan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, mahkemenin hükmün ilânı yönünde karar verebilmesi için, ilânı isteyen tarafın geçerli bir sebebi ya da

⁸²¹ 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57. maddesi "1. Fikrî ve sınaî mülkiyet haklarının korunması mevzuatına göre, marka, coğrafi işaret, endüstriyel tasarım hakları ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamına giren haklarla ilgili olarak, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri; hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine veya söz konusu eşyanın sahte markalı ya da telif hakkına tabi taklit mal tarifine uyduğuna ilişkin açık deliller olması halinde, re'sen gümrük idareleri tarafından durdurulur. Durdurma kararı ithalatçıya veya hak sahibine veya temsilcisine bildirilir.

2. Gümrük idareleri, olayın özelliğine göre ithalatçının veya kamunun hakkını güvenceye almak ve suistimalleri önlemek amacıyla, başvuru sahibinden eşyanın kıymeti oranında bir teminat isteyebilirler.

3. Başvurunun kabul edildiği tarihte şikayet konusu eşya serbest dolaşıma girmiş ise başvurunun gümrük idaresince kabul edilmesi; söz konusu eşyanın gereğince muayene edilmeden ithaline izin verildiği gerekçesiyle hak sahibine tazminat hakkı doğurmaz. Sahte markalı veya taklit mallarla mücadele kapsamında, gümrük işlemleri gümrük idaresince re'sen durdurulan eşyadan dolayı, ilgili kişilerin yapılan işlemler sonucunda fayda veya zarara uğraması halinde, gümrük idaresi yetkilileri bu kişilere karşı sorumlu tutulmaz.

4. Gümrük idaresince alınan durdurma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren on gün içinde esas hakkında yetkili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır.

5. Gümrük işlemleri durdurulan eşya, yetkili mahkemece alınan karar doğrultusunda, tasfiye rejimi hükümlerine göre imha veya asli nitelikleri değiştirilerek satış suretiyle tasfiye edilebilir.

6. Yolcu beraberinde getirilen zati ve hediyeleş eşya ile posta kolileri ile gönderilen ticari mahiyette olmayan eşya için bu madde hükümleri uygulanmaz." şeklindedir. Ayrıntılı düzenleme için ayrıca bkz. Gümrük Yönetmeliği, m. 36, 36a, 36b, 36c, 37 ve 37a hükümleri.

⁸²² Arıdemir, s. 215.

menfaatinin bulunması gerekmektedir. Öte yandan, ilân talebinin hükümden önce ya da hükmün kesinleşmesinden itibaren en geç üç ay içerisinde yapılması icap eder. Bu süre hak düşürücü olup, üç ay içerisinde talep edilmediği takdirde, bir daha talepte bulunulması mümkün değildir. (FSEK. m. 78/III) Mahkeme, yapılan talebi uygun gördüğü takdirde, ilânın şekil ve muhtevasını, ilân edileceği haberleşme vasıtasını, hükmün tamamının mı, özetinin mi ilân edileceğini kararında belirtir. (FSEK. m. 78/II)

III. EL KOYMA, MÜSADERE VE İMHA

A. Genel Olarak Fikrî Hukukta Müsadere ve İmha

5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce FSEK'in 75/III ve 79. maddelerinde hakların ihlâli durumunda müsadere ve imha talebine ilişkin hükümler yer almaktaydı. Örneğin FSEK'in 75/III. maddesinde, fikrî hakların ihlâli durumunda şikâyeteye yetkili olan kimselerin müracaatı üzerine, tecavüzün gerçekleştiği ya da sonuçlarının meydana geldiği yerin Cumhuriyet savcısının, yetkili mahkemeden usulsüz çoğaltılmış nüshalara el konulmasını, bunların imha edilmesini, bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini, satışını ve usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını talep edebileceği öngörülmüştü.⁸²³ FSEK'in 79. maddesinde ise, "Bu Kanun hükümlerine göre imali veya yayımı cezayı mucip olan çoğaltılmış nüshalarla bunları çoğaltmaya yarayan kalıp ve buna benzer vasıtaların zabıt"⁸²⁴, müsadere ve imhasında Ceza Kanununun 36 ncı maddesi hükümleriyle Ceza

⁸²³ FSEK'in 68. maddesinde tecavüzün ref'i davasında hak sahibinin imha talebi düzenlenmiş iken, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce 75. maddede ise, şikâyeteye hakkı olanların imha talebinden bahsedilmekteydi. Bu iki düzenlemede müsadere tabirine açıkça yer verilmemekle beraber, 79. maddede müsadere ve imha işlemlerinin Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine tabi olduğu öngörülmüştür. Oysa ki gerek Türk Ceza Kanunu gerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu) ilgili maddelerinde hiçbir şekilde imha tabirinden söz edilmemektedir. Aslında burada ifade edilmek istenen, kanımızca müsadere'dir. Zira imha, ön koşul olan müsadere kararından sonra gerçekleştirilen idari bir işlemdir. Bu nedenle kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda imha kelimesi yerine müsadere kelimesinin tercih edilmesi daha yerinde olurdu.

⁸²⁴ Her ne kadar gerek hükmün kenar başlığında gerek metninde "zabıt" tabiri kullanılmış idiyse de, kanımızca bu tabir, elkoyma anlamında kullanılmış olmayıp "müsadere" tabirinin yerine kullanılmıştır. Zira maddede yapılan atıflar, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun elkoyma ile hükümlerini düzenlemeyip müsadereyi düzenleyen hükümleridir. Ayrıca elkoymaya ilişkin düzenleme FSEK'in 77/I. maddesinde yer almakta, bu düzenlemede de açıkça elkoyma tabiri yerine "ihtiyati tedbir yoluyla geçici olarak zabıt" deyiimi tercih edilmiştir. *Özderyol*'un bizim de katıldığımız görüşüne göre, bu düzenlemede zabıt ve müsadere tabirlerinin ardı arda kullanılmış

Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 392, 393 ve 394 üncü maddeleri uygulanır.” denmekteydi. Ceza kovuşturmalarında el koyma ve müsadereye ilişkin bu düzenlemeler, 5728 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla bundan sonra ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarında el koyma ve müsadere hususlarında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

FSEK’in 68/II. maddesinde, bir özel hukuk önlemi olarak yer alan, malî haklara tecavüz vukuunda, hak sahibinin kendisine tanınan seçimlik haklardan biri olan programın çoğaltılmış kopyalarının, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını isteyebileceği yönündeki düzenleme ise, halen geçerliliğini korumaktadır.

5271 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak, eşya müsadere (TCK. m.54) ve kazanç müsadere (TCK. m.55) şeklinde iki ayrı müsadere türüne yer verilmiştir. Müsadere en genel ifadeyle, mahkumiyetin bir sonucu olarak, bir eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi demektir. Çalışma konumuz açısından önemli olan eşya müsadere, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak üzere, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan ya da suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesidir. Kazanç müsadere ise, suçun işlenmesi ile elde edilen yahut suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi ya da dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların devlete geçmesidir.⁸²⁵ Elkoyma da, suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacı ile ya da müsadereye tabi olduğu için bir eşyanın, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörülen usullere göre, bir kimsenin elinden rızası dışında geçici olarak alınmasıdır.⁸²⁶ İmha ise, müsadere sonucu mülkiyeti Devlete geçen eşyanın imha edilmesi işlemidir. Müsadere edilen eşya mahkeme kararının kesinleşmesi ile birlikte artık devletin mülkiyetine, yani devletin hüküm ve

olmasının sebebi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da bu şekilde ardı ardına kullanımın benimsenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Özderiyol, s. 265. Eski TCK’nın 86. maddesinde “zabıt” “elkoyma”nın yerine kullanılmaktaydı.

⁸²⁵ Müsadere hakkında geniş bilgi için bkz. Özgenç, s. 684-693.

⁸²⁶ Elkoyma ile ilgili geniş bilgi için bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006, s. 932-957; Halûk Çolak/Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Güncellenmiş-Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 553-610.

tasarrufuna geçer. Zira devletin, elkonulan bir eşyayı imha edebilmesi için, öncelikle o eşyanın mülkiyetini elde etmiş olması gerekmektedir. Ancak bundan sonra o eşya, Adalet Bakanlığınca çıkarılan Suç Eşyası Yönetmeliği hükümlerine göre imha edilir.⁸²⁷

El koyma ise müsadereeden farklı olup, zilyetliği geçici olarak ortadan kaldıran bir tedbirdir.⁸²⁸ 5271 sayılı CMK'nın 123. maddesinde, ispat aracı olarak yararlı görülen veya eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınacağı düzenlenmektedir. Aynı maddede ayrıca, yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyalara ise elkonulabileceği hükme bağlanmıştır.

Hak sahibi tarafından, malî veya manevî hakların ihlâl edildiğine dair, usulüne uygun olarak yapılan bir şikayet üzerine Cumhuriyet savcısı, suça konu eşyalarla ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca elkoyma tedbirinin alınmasına yönelik gerekli işlemleri yapmakla yükümlüdür. (FSEK. m. 75/III) Gecikmesinde sakınca bulunan hal var ise, Cumhuriyet savcısı, elkoyma kararını kendisi verir. Aksi halde bu hususta karar verme yetkisi hâkimindir. Hâkim kararı olmaksızın verilen elkoyma işleminin, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekmektedir. (CMK. m. 127)

Elkoyma açısından özellik arz eden diğer bir husus da, bilgisayarlarda ve bilgisayar programlarında elkoyma konusudur. Zira, bilgisayar programlarına yönelik hak ihlâlleri çoğunlukla bilgisayarlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. İzinsiz çoğaltılmış bilgisayar programları, bir şirketin bilgisayarlarında yüklü olabileceği gibi, kodun çoğaltılması durumunda kodların kopyaları veya bu eylemin diğer delilleri, bir kimsenin bilgisayarında bulunabilir. Bu delillere ya da çoğaltılmış nüshalara ulaşmak amacıyla bilgisayarlarda arama yapılması ve bunlara el konulması ise son derece ağır sonuçlar doğurabileceğinden,

⁸²⁷ Özderol, s. 267. CMK'da elkoyma hakkında geniş bilgi için bkz. Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 932-957; Öztürk/Erdem, s. 588-613. Öztürk/Erdem, elkoymayı "İspat vasıtalarından olup da ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tâbi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınması" olarak tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Öztürk/Erdem, s. 592.

⁸²⁸ Özderol, s. 267.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sıkı koşullara bağlanmıştır. Zira, ağırlıklı olarak bilgisayarlarla iş yapan bir şirketin bilgisayarlarına el konulması demek, duruma göre o şirketin iş yapamaz haline gelmesi demek olabilir.⁸²⁹ CMK'nın 134. maddesinde öngörülen usul uyarınca, fikrî hakların ihlâli suretiyle işlenen suçlar da dahil olmak üzere, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma kapsamında, başka türlü delil elde etme imkânının bulunmaması durumunda, Cumhuriyet savcısının talebi üzerinde şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkartılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hâkim karar verir. Bu ortamlara şifrenin çözülememesi nedeniyle girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması durumunda çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulması mümkündür.

B. Bilgisayar Programlarında Müsadere ve İmha

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bilgisayar programı sahibinin hakların ihlâli durumunda gerek hukuk gerek ceza davalarında müsadere ve imhaya ilişkin ayrı düzenlemelere yer verilmediğinden Kanun'da eserler için öngörülen müsadere ve imhaya ilişkin yukarıda incelenen hususların bilgisayar programları bakımından da aynen uygulanıp uygulanamayacağının ele alınması gerekmektedir. Bilgisayar programlarında çoğaltma diğer programlardan farklılıklar arz etmektedir. Bir programın bilgisayarda görüntülenmesi bir çoğaltma sayılmaktadır. Bu sebeple, program ve programın kaydedildiği bilgisayarın; yine programın değişik nüshalarının bir bilgisayara takılı bulunan DVD yazıcı ile çoğaltılması ve piyasaya sürülmesi durumunda piyasada ele geçirilen nüshaların yanı sıra çoğaltmanın yapıldığı bilgisayar ve/veya DVD yazıcısının müsadere ve imhasının istenip istenmeyeceği değerlendirilmelidir.

FSEK'in 68. maddesinde, çoğaltmaya yarayan kalıp ve benzeri vasıtaların imhasının istenebileceği belirtilmektedir. Bilgisayar programının değişik nüshalarının yapılmasından ziyade çalıştırılması, görüntülenmesi gibi eylemlerin de çoğaltma sayıldığı göz önüne alındığında ve düz mantıkla konuya yaklaşıldığında,

⁸²⁹ Öztürk/Erdem, s. 606-607.

programın sahibinden izin almaksızın salt görüntülenmesi durumunda bile programı görüntülemeye yarayan bilgisayar, “çoğaltmaya yarayan benzeri vasıta” kabul edilerek imhası talep edilebilecektir. Ancak programın çalıştırılması ve görüntülenmesi gibi eylemleri, klâsik anlamda bir çoğaltma olarak görmek yerinde olmayacaktır. Bilgisayarların asıl fonksiyonu, programın çoğaltılması olmayıp, onun çalıştırılması ve görüntülenmesini sağlamaktır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun imhaya ilişkin bu düzenlemelerinde her ne kadar programlara özgü ve bu farklılığı nazara alan bir istisnaya yer verilmemiş ise de, hükmün konuluş amacı ve menfaatler dengesi açısından bakıldığında, bilgisayarın, hukuka aykırı kullanımlarda bir çoğaltma aracı olarak kabul edilip müsadere ve imhasının kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Sahibinden izinsiz olarak kullanılan programların imhasına gelince, bunun için programın bilgisayarın sabit diskinden silinmesi mümkündür. Yine, hukuka aykırı olarak çoğaltılan bir nüshanın kullanımı durumunda, programın kaydedildiği CD’nin imhası imkân dahilindedir. Aynı suretle, satın alınan bir bilgisayar programının bir şirketin birden çok bilgisayarının sabit diskine sözleşmeye aykırı olarak yüklenip kullanılması durumunda da, programın bilgisayarların hafızalarından silinmesi suretiyle imha işlemi yapılabilir.⁸³⁰ Burada göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, eğer eserin üzerine kaydedildiği ortamdan basit bir biçimde silinmesi mümkün ve amaç bu şekilde kolayca elde edilebilecek ise, değer yok edilmemesine özen göstermek olmalıdır. Bu çerçevede, üzerine kopya programın lazer ışınıyla yakılmak suretiyle kaydedildiği CD’lerin imhası kaçınılmaz olmakla beraber, disketlere ya da tekrar yazılabilir CD, DVD veya sabit disklerle kaydedilen programların bu ortamlardan kolayca silinip imhası mümkün olduğundan böyle durumlarda bu ortamların imhasına karar verilmemelidir.⁸³¹ Zira, burada imhadan beklenen amaç, programın bu ortamlardan silinmesiyle gerçekleşebilecektir. Öte yandan 68. maddede ifade edilen “çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçlar” ile kastedilen, sırf münferit bir eserin çoğaltılması amacıyla kullanılan ve bu eserden başka bir eserin çoğaltılması amacıyla daha sonra kullanılamayan araçlardır. Bundan hareketle, bilgisayar⁸³² veya CD ya da DVD yazıcı gibi donanımlar sırf program

⁸³⁰ Memiş, İmha, s. 559-560; Özderiyol, s. 267-268.

⁸³¹ Ayiter, s. 260; Kaypakoğlu, s. 159;

⁸³² İmhanın kusurdan soyutlanmış yaptırım karakterli olduğunu ifade eden Tekinalp, FSEK. m. 68/II uyarınca imhası talep edilebilecek araçların arasında bilgisayarı da saymaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 301.

çoğaltma amacıyla kullanılmadıklarından, kanımızca sadece bu amaca tahsis edilmiş olsalar bile imhalarının talep edilmesi mümkün görülmemektedir.⁸³³ Üstelik sadece bilgisayar programlarına mahsus görüntüleme, çalıştırma gibi çoğaltma hallerinde ise hiçbir şekilde donanımların imhası söz konusu olmamalıdır.⁸³⁴

Üzerinde durulması gereken önemli bir husus da, hukuka aykırı olarak çoğaltılan program nüshalarının ya da çoğaltmaya yarayan CD gibi manyetik teçhizatın müsadere ve imhasının, bunların ancak tecavüzde bulunanın, onunla beraber müteselsilen sorumlu olanın veya suça asli ya da fer'i iştirak eden şüphelinin mülkiyetinde olması halinde söz konusu olabilmesidir. Zira satım halinde, bu nüshaların zilyetliğinin yanı sıra mülkiyet de iyiniyetli üçüncü şahıslara geçeceğinden, müsadere veya imhaları istenemez. Bunlar üzerinde üçüncü kişilerin mülkiyet dışında, örneğin rehin hakkı gibi başka bir aynî hak sahibi olmaları durumunda da yine müsadere ve imha talebinde bulunulamayacaktır. Zira üçüncü kişilerin, nüsha ya da çoğaltmaya yarayan araçlar üzerinde fikrî hukuktan kaynaklanan haklarının olup olmadığına bakılmaksızın, maddi mal üzerindeki aynî hakları her halükârda koruma altındadır.⁸³⁵

Direktifin 7. maddesi ile Üye Devletler, amacı sırf bir bilgisayar programını korumak için uygulanan herhangi bir teknik aygıtın atlatılması ya da izinsiz bir şekilde ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı ticari bir amaç için elinde bulundurmak yahut dağıtmak eylemine müsadere yaptırımını uygulamak ile yükümlü kılınmaktadır. Bu düzenleme Hukukumuzda aktarılmamıştır. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından teknik önlemlerin aşılması için kullanılan aletlerin müsaderesinin kabulü mümkün değildir. Bu düzenlemenin Fikir ve Sanat Eserleri

⁸³³ Aynı yönde görüş için bkz. Memiş, İmha, s. 560. Ancak *Memiş* aynı eserinde, bu durumda bilgisayar yerine, hususî bir şekilde ve ticarî amaçla tahsis edilmiş olmaları durumunda CD veya DVD yazıcıların imha edilebileceği görüşünü savunmaktadır. Alman Yargıtayı (BGH) 26.11.1987 tarihli ve I ZR 26/86 sayılı kararında, yapılan aramalarda işyerlerinde ele geçen film çoğaltmaya yarayan video kaydedicilerin imhasına hükmeden yerel mahkemenin kararı ile bu kararı onayan istinaf mahkemesi kararını bozmuştur. Alman Yargıtayı, kural olarak video kaydedici gibi değiştirilebilir ve diğer amaçlarla kullanılabilen tesisatların Alman Telif Kanunun (UrhG) 98. maddesi anlamında hukuka aykırı çoğaltmada kullanılan araç olarak kabul edilemeyeceğini, hukuka uygun amaçlar için de kullanılabilen teçhizat, dizgi makinesi, fotokopi makinesi gibi cihazların imhadan muaf olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karar ve değerlendirilmesi için daha geniş bilgi için bkz. Memiş, İmha, s. 556-559.

⁸³⁴ Memiş, İmha, s. 560; Özderiyol, s. 268.

⁸³⁵ Erel, Fikir, s. 299-300; Arslanlı, s. 215; Ayiter, s. 260. Kaypakoğlu, s. 157-158.

Kanunu'na alınmamış olmasının Kanun Koyucu'nun gözden kaçırmış olmasından kaynaklanabileceğini düşünüyoruz.

Kanımızca, bir bilgisayar programını korumak için uygulanan herhangi bir teknik aygıtın atlatılması ya da izinsiz bir şekilde ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracın, bir kimse tarafından ticari bir amaç için elinde bulundurulması yahut dağıtılması eylemi karşısında, hak sahibine bu teçhizatların müsadere sinin talep edilmesi hakkının verilmesine imkan sağlayacak bir düzenlemeye Kanun'da yer verilmesi yerinde olacaktır.⁸³⁶ Zira günümüzde bilgisayar programlarının pek çoğu, onların hukuka aykırı bir şekilde kullanımı ve çoğaltılmasını önleyecek teknik koruma sistemi ile birlikte piyasaya sunulmaktadır. Hak sahipleri, haklarını korumak üzere eğer böyle bir sistem kullanıyor ise, onların izni olmaksızın bu sistemin başkaları tarafından kaldırılması hukuken mümkün olmamalıdır.

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen hukukî ilişkilerden doğan davalarda görevli mahkemenin hangisi olduğu Kanunun 76. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, dava konusunun miktarına ve Kanun'da öngörülen ceza-ya bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenir.

Hukuk davalarında yetkili mahkeme genel kural uyarınca, davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir. (HUMK. m. 9) Tecavüzün haksız fiil teşkil etmesi durumunda ise, haksız fiilin ika edildiği yer mahkemesi yetkilidir. (HUMK. m. 21) Bu genel kurallar dışında FSEK'in 66. maddesinde, eser sahibinin, tecavüzün kaldırılması ve önlenmesi davalarını ikametgâhı mahkemesinde

⁸³⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Memiş, İmha, s. 560-561.

açabileceği de hükme bağlanmıştır.⁸³⁷ Ceza davalarında ise yetkili mahkeme, CMK'nın 8 ilâ 20. maddeleri uyarınca belirlenecektir.

§16. BİLGİSAYAR PROGRAMLARI ÜZERİNDEKİ HAKLARDAN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

I. GENEL OLARAK

“Kanunlar ihtilafı” ya da diğer bir deyişle “milletlerarası özel hukuk, yabancı unsurlu bir olayda birden çok devletin özel hukukundan hangisinin uygulanacağını tespit eden (gösteren) kurallardan meydana gelir”. Milletlerarası özel hukuk kuralları, belirli bir hukukî olay ile hukuk düzeni arasında bağlantı kurdukları için bağlama kuralları olarak da adlandırılmaktadır.⁸³⁸

İletişim teknolojisinin hızlı gelişimi ve uluslararası kültürel ilişkilerin artması sayesinde, diğer tüm hukuk alanlarında olduğu gibi, fikrî hukuk alanında da yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar artmıştır. Yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde, öncelikle uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Nitekim, belirli bir ülkede elde edilen fikrî hakların bir diğer ülkede ileri sürülüp sürülemeyeceğinin, eser sahipliğinden doğan hakların ihlâli durumunda hak sahibinin hangi hukuka göre haklarının korunacağını, bu hakların devri ya da kullanılmasına ilişkin akdedilen sözleşmelerin hangi hukuka tabi olacağını belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.⁸³⁹

Eser üzerindeki hakları sırf maddî veya kişilik hakkı olarak nitelendirmek mümkün olmadığından, bu haklara ilişkin olarak geliştirilen klâsik bağlama kurallarının, fikrî haklara aynen uygulanması mümkün değildir. Zira fikrî haklar, diğer maddî veya şahsî haklara nazaran, günümüzde daha fazla sınır ötesine yayılma kabiliyeti göstermektedir. Fikrî haklarda kanunlar ihtilâfının belirlenmesine yönelik öneriler, genellikle “koruma yeri hukuku” ve “menşe yeri hukuku” üzerinde

⁸³⁷ Tekinalp, s. 322.

⁸³⁸ Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 1999, s. 13.

⁸³⁹ Gül Okutan, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri” Prof Dr. Nihal Uluocak Armağanı, İstanbul 1999, s. 199; Dardağan, s. 44.

yoğunlaşmıştır.⁸⁴⁰ Doktrinde baskın görüş ve fikrî haklara ilişkin başlıca çok taraflı sözleşmeler olan Bern ve Cenevre Sözleşmeleri, “korumanın talep edildiği yer hukuku” nu fikrî haklara ilişkin genel bağlama kuralı olarak kabul etmiştir. “Korumanın talep edildiği yer hukuku” genel itibarıyla, fikrî hakka ilişkin uyuşmazlığa yol açan, eserden yararlanma veya eser üzerindeki hakkın ihlâli gibi eylemlerin gerçekleştiği yer hukukunu anlatmaktadır.⁸⁴¹

Daha ziyade Anglo-Sakson Hukuk sisteminde rağbet gören “menşe yeri hukuku” bağlama kuralı ise, hakkın kazanıldığı ülke hukukunun milletlerarası alanda tanınmasını ve söz konusu hakka ilişkin uyuşmazlık hangi ülkede ele alınırsa alınsın, uyuşmazlığın menşe hukuku çerçevesinde çözülmesinin gerekli kılar. Bu bağlama kuralı, fikrî hukukta adeta evrensel kabul gören “ülkesellik ilkesi” ne aykırı sonuçları beraberinde getirmektedir. Ülkesellik ilkesine dayanan koruma yeri hukuku uygulandığında ise, fikrî hak, ihlâl edildiği her ülkede bu ülke hukukuna tabi olacaktır.⁸⁴²

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku belirten 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 04.12.2007 tarihli RG’de yayınlanarak yürürlüğe giren 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni MÖHUK’ta 2675 sayılı Kanundan farklı olarak, milletlerarası özel hukuk ilişkileri açısından duyulan ihtiyaçlar ve gelişmelere uyum sağlamak amacıyla fikrî haklara özgü kanunlar ihtilâfı kuralları öngörülmüştür.

Eski MÖHUK zamanında, fikir ve sanat eserlerine ilişkin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmalıklara uygulanacak hukuku belirleyen bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmuyordu. Her ne kadar FSEK’in 88. maddesinde “Kanunlar ihtilafı” kenar başlığı altında bir takım düzenlemelere yer verilmiş idiyse de bu hüküm, yabancılık

⁸⁴⁰ Dardağan, s. 109-110; Başpınar/Kocabey, s. 256. Bunların dışında “milli hukuk”, “mahkemenin hukuku (*lex fori*)”, “fikrî hakların ihlâl edildiği yer hukuku (*lex loci delicti*)” de önerilen diğer bağlama kurallarıdır. Bkz. Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Açıklamalı MÖHUK Tasarısı ile Birlikte, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2007, s. 318.

⁸⁴¹ Şebnem Akipek/Esra Dardağan, “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakları İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, C.50, S.3, 2001, s. 116-117; Başpınar/Kocabey, s. 256.

⁸⁴² Dardağan, s. 128.

unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyen tam bir kanunlar ihtilafı hükmü olmayıp, bu maddede Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun uygulama alanını gösteren hükümlere yer verilmişti. Bundan dolayı sorun, eski MÖHUK hükümlerinin uyuşmazlığın kendine özgü niteliğine uygun yorumlanması yoluyla çözümlenmek durumundaydı.⁸⁴³ Bu düzenleme, 5718 sayılı MÖHUK'un 64. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve uygulanacak hukukun tespiti bütünüyle bu Kanun ile öngörülen yeni düzenlemelere tabi kılınmıştır. Bu itibarla, MÖHUK'ta fikrî haklara uygulanacak somut kanunlar ihtilâfı kurallarına yer verilmesi oldukça olumlu bir gelişmedir.

II. BAĞLAMA KURALININ BELİRLENMESİNDE KARŞILAŞILABİLECEK OLASI İHTİLÂFLAR

Bilgisayar programlarının konu teşkil ettiği yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta ortaya çıkabilecek ilk ihtilaf söz konusu programın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser olarak korunup korunmayacağı, diğer bir deyişle eser olma özelliklerini taşıyıp taşımadığıdır. Aynı şekilde Türk Hukukuna göre eser

⁸⁴³ Okutan, s. 199-200; Kaypakoğlu, s. 176-177. FSEK'in 88. maddesi hükmü: “*Bu Kanun hükümleri:*

1. *Eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arzedilen ve Türkiye’de bulunup henüz umuma arzedilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan bütün mektup ve resimlere;*
2. *Türk vatandaşlarının henüz umuma arzedilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine;*
3. *Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir andlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancıların henüz umuma arzedilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine; uygulanır.*

Eser sahibinin mensup bulunduğu devletin; Türk eser sahiplerinin haklarını kafi derecede koruması veya milletlerarası bir andlaşmanın yabancı eser sahiplerine taalluk eden hususlarda istisna ve tahditlere cevaz vermesi hallerinde Bakanlar Kurulunca bu maddenin birinci ve üçüncü bentleri hükümlerinden istisnalar yapılması kararlaştırılabilir.” şeklindeydi. Her ne kadar düzenlemenin kenar başlığı “Kanunlar ihtilafı” ise de, doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre, bu hüküm gerçek bir bağlama kuralı içermemekte, dolayısıyla bir kanunlar ihtilâfı kuralı niteliğinde değildi. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Okutan, s. 240; Dardağan, s. 158-159. Aksi görüşü savunan *Tekinalp*’e göre FSEK.m.88/1’de, “ülkesellik ilkesi” ni esas alan bir kanunlar ihtilâfı kuralı düzenlenmiştir. Bkz. Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 245; Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. Tekinalp, s. 54; Yusufoglu, s. 161-162. Zira yukarıda açıklandığı üzere, kanunlar ihtilâfı, yabancı unsurlu bir olayda birden çok devletin özel hukukundan hangisinin uygulanacağını gösteren kurallardır. Görüleceği üzere bu düzenlemede teknik anlamda, örneğin bir eserden doğan hakkın ihlâli durumunda herhangi bir yer hukukunun uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Anılan maddenin amacı ise, herhangi bir kanunlar ihtilâfı sorununu çözüme kavuşturmak olmayıp, bu sorun bir şekilde çözüldükten sonra Türk hukuku, dolayısıyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uygulanacak olursa, Kanunun hangi eserler açısından etki doğuracağını belirtmek idi. Bkz. Okutan, s. 240.

olarak korunabilecek bir bilgisayar programının yabancı bir hukuka göre eser olarak kabul edilmeme ihtimali bulunmaktadır. Bilgisayar programlarının teknik niteliği ve üzerinde uzlaşmış bir tanımın bulunmadığı nazara alındığında bu yönde bir ihtilafın çıkması kuvvetle muhtemel bir durumdur.⁸⁴⁴

Programın eser olarak korunabilirliği tespit edildikten sonra, ortaya çıkabilecek diğer bir sorun, özellikle birden fazla kimse tarafından geliştirilen bilgisayar programlarına eser sahibinin tespitinde yaşanacaktır. Zira eser sahibinin belirlenmesinin temel esasları, her ülke kanununun kendi kabul ettiği sisteme ve gözettiği menfaatler dengesine göre değişebilecektir. Örneğin bir ülkenin hukuku, tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde geliştirilen bilgisayar programlarında tüzel kişiyi eser sahibi kabul ederken, Türk hukukunda olduğu gibi, diğer bir ülkenin mevzuatı da sadece programı geliştiren gerçek kişiyi eser sahibi kabul edebilir. Bu durumda ise, ortaya bir uyuşmazlığın çıkacağı kaçınılmazdır.⁸⁴⁵ Yine eser sahipliğinden doğan hakların doğumu, devri ve sona ermesine ilişkin bağlama kuralları belirlenirken de hakların hukukî niteliğinin bilinmesi gerekecektir.

III. BAĞLAMA KURALININ BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINACAK TEMEL ÖLÇÜTLER

Aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, bağlama kuralı belirlenirken, her bağlanma konusu açısından olası bağlanma noktalarının tespiti gerekmektedir. Bağlanma konuları arasında, bilgisayar programında eser sahipliğinden doğan hakların mevcudiyeti, kapsamı, kullanımı, devri, sona ermesi, intikali, hakların kullanılmasında sözleşmeye aykırılık ve haklara sözleşme dışı tecavüz şeklinde uyuşmazlıklar yer almaktadır. Bağlanma konularının herhangi bir hukuk sistemi ile bağlantısını sağlayan bağlantı noktaları ise, eserin umuma arz edildiği yer, toprakları bakımından koruma talep edilen ülke, mahkemenin hukuku, kişisel statü, miras statüsü, aynı hak statüsü, sözleşme statüsü ya da haksız fiil statüsü olabilmektedir.⁸⁴⁶ İşte her bağlama konusuna göre bağlantı noktaları tespit edilirken menfaatler dengesi ve “ülkesellik ilkesi” nin göz önüne alınması gerekmektedir.

⁸⁴⁴ Okutan, s. 202.

⁸⁴⁵ Okutan, s. 203.

⁸⁴⁶ Okutan, s. 212.

Bağlama kuralı belirlenirken menfaatler dengesi uyarınca dikkate alınacak husus, daha fazla gözetilmeye ihtiyaç duyan tarafın menfaatlerini en iyi ölçüde koruyacak hukuk sisteminin seçimidir. Bilgisayar programları açısından öncelikle gözetilmesi gereken menfaat, yaratıcı gücünü kullanmak suretiyle programı geliştiren eser sahibinin menfaatidir.⁸⁴⁷

Bağlantı noktalarının tespit edilmesinde göz önüne alınması gereken temel ilke ise, “ülkesellik ilkesi” dir.⁸⁴⁸ Sadece fikrî hukukta olmayıp tüm fikrî mülkiyet hukuku bakımından geçerli olan ve pek çok hukuk sisteminde kabul gören bu ilke, korumanın talep edildiği devlet kanunlarının (*lex loci protectionis*) fikrî mülkiyet hakkının mevcudiyetini, içerik ve kapsamını belirlediğini; devletin milli mevzuatının sağladığı korumanın sadece bu devletin ülkesi ile sınırlı olduğunu, yine kural olarak bu sınırlar haricinde herhangi bir etkisinin olmadığını ve bu korumanın diğer devletlerin sağladığı veya sağlayacağı korumadan bağımsız olduğu hususlarını içermektedir.⁸⁴⁹ Bunun sonucu olarak da eser sahibi, eseri üzerindeki haklardan, yalnızca bu hakları kendisine tanıyan devletin ülkesinde yararlanabilir, diğer bir ülkede bu hakları kullanması mümkün değildir.⁸⁵⁰ Maddi mallarda ise durum farklıdır. Örneğin Türkiye’de bir taşınır malın maliki olan bir kimse, Almanya’ya götürdüğü bu malın orada da maliki sayılmaktadır.

Korumanın her ülkede bağımsız olarak sağlandığını bir örnekle açıklamak yararlı olacaktır. Bilgisayar programı, sahibi tarafından meydana getirildiği andan itibaren ve gerekli koşulları taşıyor ise, fikrî hukukta korunabilir eser niteliğine sahip olmaktadır. Bu koruma hem Türk hem İsviçre hukuku bakımından aynıdır. Ancak yukarıda incelendiği üzere, Türk Hukukunda bir bilgisayar programı, gerçek kişi eser sahibi açısından eser sahibinin yaşamı boyunca, artı öldükten sonra 70 yıl süreyle fikrî hukuk korumasından yararlanabilecektir. İsviçre hukukunda ise, koruma süresi 50 yıldır. İsviçre ve Türkiye’de 1990 yılında aynı anda umuma arz edilmiş bir bilgisayar programının 2040 yılına kadar her iki ülkede çoğaltılabilmesi ya da

⁸⁴⁷ Okutan, s. 208.

⁸⁴⁸ Ülkesellik ilkesi hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. B. Bahadır Erdem, “Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensibi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 39-54.

⁸⁴⁹ Okutan, s. 208-209; Çelikel/Erdem, s. 316-317; Erdem, s. 46.

⁸⁵⁰ Dardağan, s. 141.

bundan bir işleme program geliştirilebilmesi için eser sahibinden izin alınması gerekmektedir. Bu tarihten sonra ise, İsviçre’de söz konusu programdan belirtilen surette faydalanılabilmesi için eser sahibinden izin alınmasına gerek yok iken, Türkiye’de, daha 20 yıl süre ile bu programın çoğaltılabilmesi ve işlenebilmesi için program sahibinin buna rıza göstermesi gerekmektedir. Sonuç itibarıyla, söz konusu ilke uyarınca, bir ülke bilgisayar programından doğan haklardan hangilerini tanımakta ise, o ülkede ancak bu haklar bakımından koruma söz konusu olabilir.⁸⁵¹

Ancak, belirlenecek bağlama kuralının Türk Mahkemesince somut bir olaya uygulanmasında hakim bir de uygulanacak hukukun ilgili düzenlemesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Zira, MÖHUK’un 5. maddesinde, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanacak hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, bu hükmün uygulanmayacağı; gerekli görülen durumlarda ise, Türk hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.

IV. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ

A. Hakların Varlığı, Korunması ve Sona Ermesi Bakımından

Burada belirlenecek bağlama kuralı, henüz bir hak ihlâli ya da bir sözleşme ile hakların devri söz konusu olmadan önce, daha o bilgisayar programının eser olarak korunup korunmayacağı, korunacak ise eser sahibinin kim olduğu ve onun hangi haklara sahip olduğu, bu hakların kapsamı, sınırlandırılması ve sona ermesine ilişkin uyuşmazlığın çözümünün hangi ülke hukukuna tabi olacağını belirten bağlantı noktasını göstermektedir.

Bu bağlama kuralının tespitinde aynı hak statüsü, eserin ilk umuma arz edildiği veya kamuya açıklandığı yer, eser sahibinin mülkiyeti gibi bağlantı noktalarının esas alınması ileri sürülmüştür. Ancak aynı hak statüsü, milletlerarası özel hukukta taşınır ve taşınmaz maddi mallar dikkate alınarak kabul edildiğinden, bu statünün, gayrimaddi mallara uygulanması kabul görmemiştir. Malın bulunduğu yer hukukunu esas alan bu bağlama kuralı, gayrimaddi mal olarak kabul edilen eserler bakımından, bunların nerede olduğunun tespitinin imkânsızlığı nedeniyle

⁸⁵¹ Okutan, s. 211.

uygulanabilir değildir.⁸⁵² Eserin ilk kamuya açıklandığı kaynak ülke hukuku (*lex loci originis*), sabit ve değişmeyen bir bağlantı noktası oluşturmaktadır. Bu bağlantı noktası da, kaynak ülkenin, örneğin bir Microsoft şirketinin 1995 yılında tanıttığı Windows 95 adlı işletim sistemini aynı anda dünyanın her yerinde kamuya arz etmesi durumunda olduğu gibi, tek ve aynı ülke olarak tespiti her zaman mümkün olmayabilir. Bu bağlantı noktası ayrıca, eserin kamuya arzından önce başka, arzından sonra ise başka bir ülke hukukunun uygulanması gibi bir sonucu doğuracağından yeknesak bir hukuk uygulamasını engelleyici niteliktedir. Öte yandan kaynak ülke hukukunun kabul edilerek esere bağlı hakların varlığı, korunması ve sona ermesine ilişkin tüm uyuşmazlıkların tek bir ülke hukukuna tabi kılınması, fikrî haklara uygulanacağı genel olarak kabul gören ve koruma talep edilen ülke hukukunun fikrî haklara ilişkin tüm sorunlara uygulanmasını öngören “ülkesellik ilkesi” ne de aykırı düşmektedir. O halde kaynak ülke hukukunun bağlantı noktası olarak esas alınması da yerinde olmayacaktır.⁸⁵³ Eser sahibinin milliyetinin bağlantı noktası olarak esas alınması ve eser sahibinin vatandaşlık hukukuna göre tespiti her zaman arzu edilen sonucu doğurmayacaktır. Bu durum özellikle birden çok kişinin eser sahipliği durumunda sorunlara sebep olacaktır. Zira, bu şahıslardan bir ya da bir kaçının farklı tabiiyetlerden olması durumunda, eserin birden fazla ülke hukuku çerçevesinde korunması sonucu doğacaktır.⁸⁵⁴

Önerilen yukarıdaki bağlantı noktalarının yetersizliği karşısında, fikrî hakların varlığı, kapsamı, sınırlandırılması ve sona ermesi bakımından en uygun bağlama kuralı, Alman ve İsviçre Hukuklarında da genel kabul gören, “toprakları bakımından koruma talep edilen ülkenin hukuku” (*lex loci protectionis*) dur.⁸⁵⁵ Burada koruma talep edilen ülkenin hukuku ile kastedilen, talebin önüne getirildiği mahkemenin hukuku (*for* ülkesi) olmayıp, uyuşmazlığın kendi hukuk düzeni içinde

⁸⁵² Dardağan, s. 165; Okutan, s. 212.

⁸⁵³ Dardağan, s. 173. *Tekinalp ve Nomer*, fikrî hakların doğum, içerik, devir ve sona ermesinin, doğduğu, devredildiği ve sona erdiği ülke hukukuna, bu hakların korunmasının ise, korumanın talep edildiği devlet hukukuna tabi olduğu görüşündedir. Bkz. Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuku, s. 245-246; Engin Nomer, Devletler Hususî Hukuku, Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi, 11. Bası, İstanbul 2002, s. 310.

⁸⁵⁴ Tüm bu bağlama noktalarının ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Okutan, s. 212-217.

⁸⁵⁵ Nomer, s. 261; Okutan, 218; Dardağan, s. 171-189. Bu bağlama kuralını anlatmak üzere doktrinde “koruma yeri hukuku”, “korumanın talep edildiği yer hukuku” gibi tabirler de kullanılmaktadır Bkz. Dardağan, s. 132.

doğduğu ileri sürülen ve bu ihlâli gidermesi talep edilen ülkenin hukukudur. *Lex loci protectionis* uygulamasında hem o ülkenin iç maddi hukuk kuralları, hem de taraf olduğu fikrî hukuk alanındaki uluslararası sözleşmeler bir bütün olarak uygulanır. Eşit muamele ilkesini öngören uluslararası sözleşmeler sayesinde, koruma talep eden kimse o ülkenin vatandaşları ile eşit düzeyde bir korumadan yararlanır.⁸⁵⁶

Nitekim Kanun Koyucu, 5718 sayılı MÖHUK'un "Fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk" kenar başlıklı 23. maddesinin 1. fıkrasında, "Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir"⁸⁵⁷ şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun Koyucu bu düzenlemeyle, doktrinde genel kabul gören ve bu alandaki temel uluslararası sözleşmelere paralel olarak, fikrî haklara ilişkin ülkesellik ilkesine en uygun bağlama kuralı olan korumanın talep edildiği yer hukukunu (*lex loci protectionis*) kabul etmiştir. Buna göre, fikrî haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, o ülke hukukuna tâbi kılınmıştır.⁸⁵⁸ Ancak koruma yeri hukuku kavramı, diğer klasik bağlama kurallarından farklı olarak tek başına bir anlam ifade edememekte ve dolayısıyla uygulanacak hukuku belirlemekte yetersiz kalmaktadır. Bundan dolayı çoğunlukla, yetkili hukukun hangisi olduğunun anlaşılabilmesi için klâsik bağlama kurallarına müracaat edilmekte ve bu kurallarla özdeşleştirilerek konu açıklığa kavuşmaktadır. Diğer bir deyişle, koruma yeri hukuku genel olarak, "fikrî hakkın ihlâl edildiği yer hukuku" ya da "yararlanma fiilinin gerçekleştiği yer hukuku" olarak somutlaştırılmaktadır. Türk hukukunda ise daha ziyade, "hakkın ihlâl edildiği yer hukuku"⁸⁵⁹ olarak anlandırılmaktadır.⁸⁶⁰ O halde MÖHUK'un 23/I maddesi çerçevesinde, bir bilgisayar programının eser niteliği, eser sahibi, eser sahipliğinden doğan haklar ve bunların kapsamı, hakların sınırlandırılması, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacak olan hakların ihlâli ve sona ermesi gibi, hakların

⁸⁵⁶ Okutan, s. 218.

⁸⁵⁷ İsviçre IPRG'nin 110/1. maddesinde de aynı doğrultuda "fikrî hukuka ilişkin haklara bu hakkın korumasının talep edildiği ülkenin hukuku uygulanır" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Alman hukukunda ise, aynı içerikte açık bir hüküm bulunmamakla beraber, doktrinde genel kabul görüş bu yöndedir. Bkz. Çelikel/Erdem, 319, dn. 84. İtalyan Devletler Özel Hukuku Kanununun 54. maddesinde, gayrimaddi mallar üzerindeki hakların kullanım ülkesi hukukuna tabi olacağı düzenlenmiştir. Bkz. Kaplan, s. 169.

⁸⁵⁸ Bkz. 5718 sayılı MÖHUK'un Gerekçesi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), Dönem:23, Yıl: 2, Sıra Sayısı: 47.

⁸⁵⁹ Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 244-245.

⁸⁶⁰ Dardağan, s. 137-138.

esasına ilişkin ve maddi hukuku statüsü ile bağlantılı konulara uygulanacak hukuk *lex loci protectionis*'tir.⁸⁶¹

Burada tartışma konusu edilecek bir husus, menşe yeri hukukunda eser niteliği taşıyan bir bilgisayar programının *lex loci protectionis*'e göre eser niteliği taşımadığı takdirde korumanın talep edildiği ülkede yine de kazanılmış haklara saygı ilkesi gereğince eser olarak korunup korunamayacağıdır. Doktrinde savunulan bizim de katıldığımız görüş uyarınca, bu durumda söz konusu programa, koruma talep edilen ülkede eser olarak koruma sağlamak mümkün olmamalıdır. Hukukî güvenliğe zarar verilmemesi ve aynı şartlarda ülke içinde koruma elde edemeyen yerli bir program aleyhine eşitsiz bir duruma mahal vermemek bakımından, bu çözüm tarzı daha yerindedir. Ancak aksi varsayımda, yani koruma talep edilen ülke tarafından eser olarak kabul edilen bir program, menşe hukukunda eser sayılma koşullarını taşımasa dahi *lex loci protectionis*'e göre eser olarak korumadan yararlanmalıdır.⁸⁶²

Akla gelebilecek diğer bir sorun, *lex loci protectionis* ilkesinin istisnasız kabulü halinde, bazı hukuk sistemlerinde manevî hakların eser sahibinin münhasır hakları arasında kabul edilmemesi nedeniyle, eser sahibinin mağduriyete uğrayabileceği gerçeğidir. Zira bir kimse, Türkiye'de geliştirdiği bir bilgisayar programı nedeniyle, manevî hakların tanınmadığı ABD'de bir hak iddiasında bulunduğunda bu iddiası reddedilecektir. Bu takdirde, bir taraftan *lex loci protectionis*'i esas alırken, diğer taraftan manevî hakların da etkin bir şekilde korunmasını garanti altına alacak ilâve bir mekanizmanın bulunması gerekmektedir. Bu durumda koruyucu önlem kamu düzeni müdahalesidir. Buna göre, eğer *lex loci protectionis* gereğince uygulanacak hukuk manevî hakları tanımıyor ve bu durum da mahkeme ülkesinin kamu düzenini ihlâl ediyor ise, bu takdirde o ülke hukuku yerine mahkemenin hukukunun maddi hukuk kuralları uygulanabilecektir.⁸⁶³ Nitekim MÖHUK'un 5. maddesinde kamu düzeni müdahalesi açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmayıp, gerekli görülen durumlarda Türk hukuku uygulanacaktır.

⁸⁶¹ Akipek/Dardağan, Uygulanacak Hukuk, s. 119.

⁸⁶² Dardağan, s. 175-176.

⁸⁶³ Okutan, s. 235-236; Dardağan, s. 183, 201-202.

Benzer bir durum ile, özellikle iş ilişkisi çerçevesinde veya sipariş üzerine geliştirilen programlarda, eser sahibinin belirlenmesinde de karşılaşılabilir. İş sözleşmesi veya sipariş üzerine geliştirilen eserler üzerindeki hak sahipliği ulusal mevzuatlar arasındaki farklılığın belirgin olarak kendini gösterdiği alanlardan biridir. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde, iş ilişkisi çerçevesinde işçi tarafından geliştirilen programın sahibi işveren kabul edilirken, diğer hukuk sistemlerinde ancak gerçek kişi olan işçi, programın eser sahibi olarak kabul edilmektedir. İşte bu gibi bazı hallerde *lex loci protectionis*'in doğrudan uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bu nedenle, doktrinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde, programın geliştirilmesine esas teşkil eden iş ilişkisinin dikkate alınması önerilmiştir.⁸⁶⁴ Nitekim Kanun Koyucu, 5718 sayılı MÖHUK'ta bu konuyu açıkça düzenleyen bir hükme yer vermiştir. Anılan Kanunun 28. maddesinin 3. fıkrasında, bir işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin tabi olacağı hukuk da, aynı Kanunun "İş sözleşmeleri" kenar başlıklı 27. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmeleri öncelikle, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların kendi aralarında seçtikleri hukuka tâbi olup, bu konuda bir seçim yapmamış olmaları durumunda, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanacak; işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde ise, iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır. Yine hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde ise, sözleşmeye, diğer objektif bağlama kurallarının yerine, bu hukukun uygulanabileceği konusunda hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır.

B. Hakların İhlâli Bakımından

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir bilgisayar programının eser niteliği, eser sahibi, eser sahipliğinden doğan haklar ve bunların kapsamı, hakların sınırlandırılması, sona ermesi gibi, hakların esasına ilişkin ve maddi hukuku statüsü

⁸⁶⁴ Dardağan, s. 182.

ile bağlantılı konuların yanı sıra yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde, hakların ihlâline uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı da *lex loci protectionis*’tir.

MÖHUK’un 23. maddesinde, fikrî mülkiyete ilişkin hakların, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbi olacağı düzenlenmekle, fikrî haklara ilişkin söz konusu hususlarda *lex loci protectionis*’in uygulanacağı teyit edilmiştir. Anılan maddesinin ikinci fıkrasında ise, taraflara sınırlı bir hukuk seçimi yetkisi tanınmıştır. Buna göre, taraflar, ancak hakkın ihlâlinden sonra mahkemenin hukukunu seçebileceklerdir. O halde, hakkın ihlâlinden sonra taraflar, hak Türkiye’de ihlâl edilmemiş olsa dahi, hakkın ihlâl edildiği ülke hukukunun değil de Türk hukukunun uygulamasını (*lex fori*) talep edebilirler. Bu sınırlı hukuk seçimi, aynı dava kapsamında birden fazla koruma hukuku ihlâl edildiğinde, hâkime, taleplerin hepsini bir hukuk kapsamında değerlendirme açısından kolaylık sağlayabilecektir. Belirtmek gerekir ki, 5718 sayılı MÖHUK’ta fikrî haklara uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralına açıkça yer verilmesi, bu alandaki önemli bir eksikliği gidermiştir.⁸⁶⁵

Lex loci protectionis, milletlerarası özel hukuk sistemi içerisinde, hakların ihlâli açısından, haksız fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti commissi*) olarak somutlaşmaktadır.⁸⁶⁶ Esasen bir bilgisayar programından doğan hakların ihlâli durumunda *lex loci delicti commissi* ile *lex loci protectionis* zorunlu olarak aynı hukuka atıfta bulunacaktır. Zira bir hak ihlâli ileri sürüldüğünde, öncelikle hakkın var olup olmadığının tespiti gerekecektir. Hakkın var olup olmadığı da hakkın ihlâl edildiği ülke hukukuna göre tespit edilecektir.⁸⁶⁷ Yukarıda bilgisayar programlarında eser sahipliğinden doğan hakların neler oluşu, bu hakların kapsamı ile ihlâl halinde başvurulacak hukukî yollar ve uygulanabilecek cezaî yaptırımların neler olduğu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Eser sahibinin malî ve manevî haklarının hukuka aykırı bir şekilde ihlâli eylemi bir taraftan ceza hukuku anlamında suç teşkil ederken,

⁸⁶⁵ İsviçre milletlerarası özel hukukunda da haksız fiillerden doğan taleplerde taraflara, sınırlı hukuk seçim imkanı tanınmaktadır. İsviçre IPRG’nin 110/II. maddesi hükmü, “Haksız fiillerden doğan taleplerde taraflar her zaman, haksız fiil teşkil eden olaydan sonra, mahkemenin hukukunun uygulanması konusunda anlaşabilirler” şeklindedir. Çelikel/Erdem, s. 320-323.

⁸⁶⁶ Akipek/Dardağan, Uygulanacak Hukuk, s. 119.

⁸⁶⁷ Okutan, s. 221.

diğer taraftan bir haksız fiil niteliği de taşımaktadır. Zira bu ihlâl durumunda, eser sahibi bir yandan tecavüzün kaldırılması veya önlenmesini talep ederken, diğer yandan uğradığı maddi ve manevî zararlar nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmektedir.

Milletlerarası özel hukukta haksız fiiller bakımından genel kabul gören bağlama kuralı, haksız fiilin işlendiği yer hukukudur (*lex loci delicti commissi*). Nitekim MÖHUK'un 34. maddesinde de haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabi kılınmış; haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yine, aynı maddenin 3. fıkrasında haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun⁸⁶⁸ uygulanacağı, eski Kanunun 25. maddesinden farklı olarak emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Yine önceki kanundan farklı olarak, tarafların, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçme yetkileri bulunmaktadır. Bununla beraber, taraflara sınırlı bir hukuk seçimi tanınmıştır. Zira, taraflar sadece *lex fori*'yi uygulanacak hukuk olarak seçebilirler.⁸⁶⁹

Doktrinde, sıkı ilişki hukuku lehine tanınan bu istisnaya, ihlâlin gerçekleştiği ya da bazı durumlarda zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasının hakkaniyet ve somut uyumsuzluğun niteliğine aykırı sonuçlar doğuracağının kesin olarak tespiti durumunda başvurulması gerektiği ileri

⁸⁶⁸ Borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olmasına doktrinde haksız fiiller bakımından verilen örneği uyarladığımızda, örneğin bir Türk vatandaşı tarafından Türkiye'de geliştirilen bir bilgisayar programının İsviçre'de başka bir Türk vatandaşı tarafından çoğaltılması halinde, Türkiye'de açılan bir davada hakim, kanımızca, ihlâl fiilinin gerçekleştiği yer olan İsviçre hukukunu değil de borç ilişkisinin daha sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke olarak kabul ederek Türk hukukunu uygulamalıdır. Genel örnek için bkz. Çelikel/Erdem, s. 386.

⁸⁶⁹ Doktrinde fikrî hakların ihlâli bakımından tecavüz teşkil eden fiilin işlendiği yer ile zararın doğduğu yerin farklı olması durumunda, haksız fiil statüsünün zararın meydana geldiği yer hukukuna ya da borç ilişkisine daha yakın ilişki içinde bulunan hukuka yollamada bulunan kuralın uygulanamayacağı, bunun yerine, Alman Hukukunda da kabul edildiği üzere, böyle durumlarda sadece *lex loci protectionis*'in uygulanmasının yerinde olacağı savunulmuştur.⁸⁶⁹ Okutan, s. 222. Dardağan da, "zararın meydana geldiği yer hukukunu" esas alan bir çözümün fikrî hakların niteliğine uygun olmayacağı görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Dardağan, s. 192

sürülmüştür. Zira bu sayede, fiilin meydana geldiği yer hukukunun dayanağını teşkil eden fikrî hukukta hâkim “ülkesellik ilkesi”nden de sapılmamış olacaktır.⁸⁷⁰

Lex loci delicti commissi uygulandığında fikrî hakların ihlâlini oluşturan izinsiz çoğaltma veya yayma gibi fiillerin kurucu unsurları, ihlâl uygulanacak tüm özel hukuk yaptırım türleri ve ihlâl davasına uygulanacak usul kuralları, bu hukuk çerçevesinde belirlenecektir.⁸⁷¹ Bununla beraber, bu hukukun saptanmasında da bir takım sorunların çözümü gerekmektedir.

Her şeyden önce, bu hukukun tespiti için, tecavüz teşkil eden fiilin ika yerinin ya da zararın ortaya çıktığı yerin tespiti önem taşımaktadır. Bunların tespiti ise, tecavüz teşkil eden eylemin birden fazla ülkede gerçekleşmesi ya da zararın sonucunun birden fazla ülkede ortaya çıkması gibi durumlarda güçlük arz etmektedir.

İnternetin giderek yaygınlaşması, kişilerin birbiriyle ve dünya ile çok uzak mesafelerden, süratli ve kolay biçimde iletişim kurmalarını sağlamaktadır. İnternet ortamındaki bilgi akışı ile bağlantılı hukukî taleplerin tâbi olacağı hukukun belirlenmesi, söz konusu ortamın dinamik yapısı nedeniyle son derece zordur.⁸⁷² Özellikle hakların internet ortamda ihlâli halinde, ihlâl yerinin tespitindeki güçlük nedeniyle uygulanacak hukukun tespiti ise ayrıca zorluk taşımaktadır. Gerçekten de, bir bilgisayar programının sahibinin izni olmaksızın bir web sitesine konulması, internette sörf yapılırken programın ekranda görüntülenmesi, bilgisayarın hafızasına veya taşınabilir disklerle kaydedilmesi gibi durumlarda, fiilin ika yeri ya da zararın doğduğu yerin neye göre tespit edileceği tartışma konusu olmaktadır.

Sanal ortamda hakların ihlâli halinde uygulanacak bağlama kuralının tespitinde pek çok ölçüt ileri sürülmüştür. Burada önemli olan husus birden fazla devletle irtibat halinde olan bir hukukî ilişkinin, "en sıkı, en yakın şekilde bağlı bulunduğu" devletin hukukuna tâbi kılınmasıdır.⁸⁷³ Bu öneriler arasında özellikle fiil yeri ve sonuç yeri hukuku, eser sahibinin mutad mesken hukuku, failin mutad mesken hukuku yer almaktadır. Yersel bağlamayı esas alan fiil yeri ve sonuç yeri

⁸⁷⁰ Dardağan, s. 197.

⁸⁷¹ Dardağan, s. 190.

⁸⁷² Akipek/Dardağan, Uygulanacak Hukuk, s. 119.

⁸⁷³ Akipek/Dardağan, Uygulanacak Hukuk, s. 121.

hukuku bağlama kuralları, sanal ortamdaki girişimciler, kullanıcılar veya eser sahipleri gibi kesimlerin yararına ya da zararına sonuç doğurmaya müsait görülmektedir. Buna karşılık, fikrî haklardan doğan kanunlar ihtilâfi alanındaki genel düşünceyi yansıttıklarından, anılan bağlama kuralları, belli bir fikrî tutarlılığa sahip görülmektedir. Eser sahibinin kişisel hukuku olan "mutad mesken" veya "işyeri" hukukunun esas alınması ise, ihlâl fiili ile yersel bağlantısı mevcut olmayabilecek bir hukuka çok geniş bir etki alanı bahşetmektedir. Bu sebeple pek kabul görmemektedir. Tespit edilebildiği ölçüde, uygulanma açısından önemli belirsizlikleri beraberinde getirebilecek olan "sonuç yeri hukuku" bağlama kuralı, eser sahiplerinin menfaatlerini daha iyi koruması bakımından fazla ağırlık kazanan bir çözüm önerisi olmuştur.⁸⁷⁴

Bu çözüm önerileri bir tarafa bırakıldığında, Türk Hukuku bakımından, bilgisayar programından doğan hakların internette ihlâli halinde uygulanacak hukuk açısından yukarıda ifade edilen hususlar bir farklılık arz etmemektedir. Buna göre, *lex loci protectionis*'in, milletlerarası özel hukuk sistemi içerisinde hakların ihlâlindeki yansımaları teşkil eden haksız fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti commissi*) İnternette bu hakların ihlâlinde de uygulanacak hukuk olacaktır. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacak; haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde ise, bu ülke hukuku uygulanacaktır. (MÖHUK. m.34) Bir bilgisayar programının sahibinin izni dışında İnternet ortamına konulması ile başlayan süreçte, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer çoğu zaman farklı ülkeler olacaktır. Bu durumda ise, zararın meydana geldiği yer hukuku esas alınacaktır. Yine bu noktada akla gelebilecek en önemli sorun ise, zararın meydana geldiği ülkenin birden fazla olması durumunda çözümün ne olacağıdır. Nitekim bilgisayar programı, A ülkesinde izinsiz olarak bir web sitesine konulduğunda, ağa koyma eylemi açısından fiilin işlendiği yer, A ülkesi olmakla beraber, İnternet üzerinden dünyanın her yerine bu programın ulaşacak olmasından dolayı zararın meydana geldiği yer, bu web sayfasına erişim sağlayan

⁸⁷⁴ Her birinin ayrıntılı incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından, üzerlerinde ayrıntılı bir şekilde durulmamıştır. Söz konusu çözüm önerileri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akipek/Dardağan, Uygulanacak Hukuk, s. 121-132; Başpınar/Kocabey, s. 255-264.

diğer tüm ülkeler olacaktır. Öte yandan bilgisayar programı, A ülkesinde ağ üzerinden görüntülendiğinde ya da bilgisayarın hafızasına kaydedildiğinde (*download*), bu eylem açısından fiilin işlendiği ve zararın meydana geldiği yer aynı olup, söz konusu eylemlere A ülkesinin hukuku uygulanacaktır. İkinci durumda, uygulanacak hukukun tespitinde sorun yaşanmaz iken, uygulanacak hukukun tespiti ilk durumda güçlük arz etmektedir. Bu halde, tabiatıyla zararın doğduğu tüm ülkelerin hukukunun uygulanması durumu söz konusu olacaktır. Bu çözüm tarzı, her ülkede doğan zarara hâkimin bu ülke hukuklarını getirtip uygulaması zorunluluğunu beraberinde getirecek olup, uygulaması oldukça zor bir çözüm tarzıdır. Zira bu durumda, hem farklı ülke hukuklarına göre tazminat miktarlarının hesabı hem de verilen mahkeme kararının tanınması ve tenfizi bakımından önemli güçlüklerle karşılaşılacaktır. Öte yandan bu bağlama kuralının benimsenmesi, internet servis sağlayıcılarına, erişim imkanı sağladıkları tüm ülkelerin hukuklarını bilme ve bunlara riayet etme yükümlülüğü doğuracaktır. Yine doktrinde, böyle durumlarda haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde, bu ülke hukukunun uygulanmasına imkan veren düzenlemenin uygulama alanı bulması ve ihlâl fiilinin gerçekleştiği ülke, borç ilişkisinin daha sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke olarak kabul edilerek, bu ülkenin hukukunun uygulanabileceği ileri sürülmüştür.⁸⁷⁵

Internet ortamında fikrî hakların ihlâli halinde uygulanacak hukukun tespitine imkân verecek milletlerarası düzeyde yeknesak düzenlemeler halihazırda bulunmadığından, bu konuda ülkeler arasında uyumlu bir uygulamadan söz etmek de mümkün değildir. Örneğin çoğaltma hakkı açısından, ilk kopyalama fiilinin ABD'de gerçekleşmesi halinde, sonuç yeri neresi olursa olsun, fikrî hak ihlâllerinin Amerikan hukukuna tâbi olacağı, Amerikan doktrini ve yargı kararlarında kabul edilmektedir.⁸⁷⁶ Bizim de katıldığımız *Akipek ve Dardağan* tarafından yerinde olarak ifade edilen görüşe göre, Internet ortamında kamuya iletilen eserler üzerinde etkin ve tarafların menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyen bir koruma sağlanması için bir an önce milletlerarası yeknesak düzenlemeler yapılması gerekmektedir.⁸⁷⁷ Internet ortamında eserlerin kamuya iletimi suretiyle gerçekleşen ihlâllere uygulanacak bir

⁸⁷⁵ Akipek/Dardağan, *Uygulanacak Hukuk*, s. 132-133, 136; Kaplan, s. 232; Başpınar/Kocabey, s. 260.

⁸⁷⁶ Akipek/Dardağan, *Uygulanacak Hukuk*, s.124, 136.

⁸⁷⁷ Akipek/Dardağan, *Uygulanacak Hukuk*, s.136; Kaplan, s. 233

bağlama kuralı öngörülmediği, diğer genel kuralların da bu konuya uygulanabilir bir çözüm getirmede göz önüne alındığında, ileride Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yapılacak bir değişiklikle etkin ve tarafların menfaatlerini dengeleyecek yasal bir düzenleme yapılması da, kanımızca bir zorunluluk arz etmektedir.

C. Hakların Sözleşmeye Konu Olması Bakımından

Fikrî hukukta bilgisayar programlarına ilişkin sözleşmeler denildiğinde, çoğunlukla programın kullanımı, çoğaltımı, yayımı, elektronik ortamda iletimi ve işlenmesi gibi eser sahipliğine bağlı hakların kendisinin veya kullanma yetkisinin devri sonucunu doğuran veya devir borcu yükleyen sözleşmeler anlaşılmaktadır. Kanunlar ihtilâfı kurallarının tespiti ve uygulanması açısından bu sözleşmelerin birbirinden farkı bulunmamaktadır. Bu hakların aynı ülke içerisinde ifa edilecek sözleşmelere konu edilmesi halinde uygulanacak hukuk sorunu bulunmamaktadır. Ancak genellikle yapıldığı üzere, bir programın yayım hakkının uluslararası bir yayın şirketine devredilip bu programın birden fazla ülkede yayımı kararlaştırılabilir. Bu takdirde, taraflar arasındaki sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir.⁸⁷⁸

Sözleşme hukukunda geçerli olan irade serbestisinin bir yansıması, milletlerarası özel hukukta taraflara tanınan, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku serbestçe belirleme yetkisidir. Bu yetki milletlerarası özel hukukta “irade muhtariyeti” olarak adlandırılmaktadır.⁸⁷⁹

Fikrî hakları konu alan sözleşmelere uygulanacak hukuk, 2675 sayılı MÖHUK’un 24. maddesindeki, tüm sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen düzenlemelerden hareketle tespit ediliyordu. 5718 sayılı MÖHUK’ta ise, tüm sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen 24. madde dışında, 28. maddede, kendine has özelliklerinden dolayı fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde uygulanacak hukuku belirleyen yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁸⁷⁸ Çelikel/Erdem, s. 351; Dardağan, 211-212.

⁸⁷⁹ İrade muhtariyeti hakkında geniş açıklamalar için bkz. Nomer, s. 263-277.

MÖHUK'un 28/I. maddesinde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabi olacağı belirtilmiştir. Kanun Koyucu, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin hükümler düzenlenirken hâkim olan genel yaklaşıma uygun olarak, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde de tarafların uygulanacak hukuku seçme imkânını herhangi bir kısıtlama getirilmeksizin tanımak istemiştir.⁸⁸⁰ O halde, bilgisayar programından doğan hakkı konu alan bir sözleşmeye, öncelikle tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Tarafların hukuk seçiminin açık veya zımnî olup olmayacağı hususunda bu maddede herhangi bir açıklığa yer verilmemiştir. Kanımızca bu husus, MÖHUK'un 24. maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Nitekim 24. maddenin 1. fıkrası uyarınca, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi olduğu belirtildikten sonra, sözleşme hükümlerinden ya da hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. O halde hukuk seçimi, açıkça yapılabileceği gibi, sözleşmenin tüm hükümleri veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması koşuluyla, zımnî de yapılabilecektir.

Taraflar, sözleşme yapılırken uygulanacak hukuku serbestçe belirlemiş olabilir. Bu durumda herhangi bir sorun yaşanmayacak ve tarafların serbest iradeleri ile açıkça belirledikleri hukuk tereddütsüz bir biçimde uygulanacaktır. Bunu yapmadıkları takdirde, borcun ifa yerinin tespiti gerekecektir. Fikrî hak sözleşmeleri genellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğundan, borcun ifa yeri birden fazla olmaktadır. Bu durumda, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden karakteristik edimin ifa yerinin belirlenmesi gerekir. Zira, tarafların hukuk seçimi yapmamaları hâlinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk, bu sözleşmedeki karakteristik edim çerçevesinde belirlenecektir. MÖHUK'un 28. maddesinin 2. fıkrasında, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde hakkı ya da sadece hakkın kullanımını devreden taraf, karakteristik edim borçlusunu olarak kabul edilmiş ve sözleşmenin kuruluşu sırasındaki onun "işyeri"; bulunmadığı takdirde ise, "mutad meskeni" hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir.⁸⁸¹ Kanunda karakteristik

⁸⁸⁰ Bkz. 5718 sayılı MÖHUK'un Gerekçesi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), Dönem:23, Yıl: 2, Sıra Sayısı: 47. (Anılış: 5718 sayılı MÖHUK'un Gerekçesi)

⁸⁸¹ Bkz. 5718 sayılı MÖHUK'un Gerekçesi. İsviçre IPRG'de 122/II'de "fikrî hukuktan doğan haklara ilişkin akitlerde, hukuk seçimi caizdir" demek suretiyle taraflara fikrî haklara ilişkin sözleşmelerde

edim borçlusu olarak hakkı bütünüyle devreden ya da lisans sözleşmesi ile kullanma yetkisi veren tarafın belirlenmiş olmasının sebebi, devreden hak sahibi ile eser arasındaki doğal bağdan kaynaklanmaktadır.⁸⁸²

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, işçilerin meydana getirdiği fikrî ürünler konusunda, işçi ile işveren arasında doğabilecek ihtilâfların, taraflar arasında yapılmış iş sözleşmesine uygulanan hukuka tâbi tutulacağı öngörülmüştür. Bu takdirde uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 27. maddesi çerçevesinde belirlenecektir. Anılan maddede açıkça belirtildiği üzere, bir bilgisayar programının, işçinin işverenle arasındaki iş sözleşmesine göre yapılan iş kapsamında ve işinin ifası sırasında geliştirilmesi durumunda işçi ile çalıştıran arasında çıkacak bir uyuşmalık iş sözleşmesi hukukuna tabi olacaktır.⁸⁸³

Fikrî hakları konu alan bir sözleşmede, programın birden fazla ülkede yayımı kararlaştırılabilir. Tabiatıyla böyle bir durumda borcun ifa yeri birden fazla olduğundan, esas alınacak yegane kriter sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku olacaktır. Doktrindeki genel kabule göre, borç ilişkisinin en yakın irtibat halinde olduğu hukuk, iktisaden yararlanma yetkisini devralan kişinin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Örneğimizden hareketle, uluslararası yayın kuruluşunun ikametgâhının bulunduğu yerin sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer olarak kabul edilmesi ve bu yer hukukunun uygulanmasının benimsenmesi en makul çözüm tarzı gözükmektedir.⁸⁸⁴

Burada uygulanacağı belirlenen hukuk, taahhüt sözleşmenin kurulması, geçerliliği, hükümleri, ifa yeri, zamanı ve sözleşmenin sona ermesi gibi hususlar açısından uygulama alanı bulacaktır. Tasarruf işleminin konusunu oluşturan hakkın varlığı, hak üzerinde gerçekleştirilecek tasarruf türleri, bu işlemin tabi olacağı şekil, sözleşmenin ve ifasının üçüncü kişiler üzerindeki etkisi, bu hakların tabi olduğu hukuk düzeni tarafından emredici bir biçimde düzenlendiğinden, tasarruf işlemi ve

hukuk seçimi yapma yetkisi tanınmıştır. Aynı Kanunun 121/I. maddesine göre de, fikrî haklardan doğan haklara ilişkin akitler bu hakkı temlik eden ya da lisans sözleşmesi ile bu konuda imtiyaz veren kişinin mutad meskeni hukukuna tabidir” demek suretiyle objektif bağlama kuralı belirlenmiştir. Çelikel/Erdem, s. 354-355.

⁸⁸² Çelikel/Erdem, s. 373.

⁸⁸³ Çelikel/Erdem, s. 373.

⁸⁸⁴ Okutan, s. 223; Dardağan, s. 252-254; Yusufoglu, s. 162.

ifanın üçüncü kişiler açısından etkisi akit statüsüne değil *lex loci protectionis*'e tabi olacaktır.⁸⁸⁵

Hukuk seçimi sözleşmenin yapılması sırasında yapılabileceği gibi, bunun sonradan kararlaştırılması da mümkündür. Yine tarafların, hukuk seçimine ilişkin sözleşme hükmünü, aralarında anlaşarak sonradan değiştirilmeleri imkân dahilindedir. Ancak tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra yaptıkları hukuk seçimi veya hukuk seçimi değişikliklerinin geçmişe etkili olabilmesi için, bu seçimin üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını ihlâl etmemesi gerekir. (MÖHUK. m. 24/III)

Öte yandan taraflar, uygulanacak hukuku kısmen seçebilecekleri gibi, sözleşmenin belirli kısımlarına etkili olmak üzere birden fazla hukuku da seçebilirler. (MÖHUK. m. 24/II) Tarafların seçtiği hukuk, o ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları olmayıp, olaya uygulanma kabiliyeti bulunan iç maddi hukukudur.⁸⁸⁶ Birden fazla hukukun, sözleşmenin değişik kısımlarına uygulanmak üzere seçildiği durumda, seçilen hukukların ilgili hükümlerinin çelişkili sonuçlar meydana getirmesi durumunda ise, hukuk seçiminin geçersiz olduğu düşünülmeli ve seçim yapılmamış gibi objektif bağlama kuralına yönelinmelidir.⁸⁸⁷

Günümüzde İnternet, eserlerden doğan hakların kendileri ile bunları kullanma haklarının devrine yönelik borç ilişkilerinin saniyeler içerisinde kurulabildiği bir ortam haline gelmiştir. Bu sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinin tarafları bazen farklı ülkelerde olabilmektedir. Bundan dolayı da, ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.⁸⁸⁸ Yine İnternet ortamında, özellikle bilgisayar programlarından doğan fikrî haklara ilişkin sözleşmelerin oldukça yaygınlaştığı görülmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da İnternet ortamında gerçekleştirilen fikrî haklara ilişkin uygulanacak hukuku belirleyen özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, fikrî haklara ilişkin sözleşmelerde

⁸⁸⁵ Okutan, s. 225.

⁸⁸⁶ Çelikel, s. 237; Dardağan, s. 234.

⁸⁸⁷ Dardağan, s.234.

⁸⁸⁸ Sanal ortamda akdedilen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda geniş bilgi için bkz. Gülin Göngör, İnternet Yolu ile Girişilen Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, Ankara 1997, s. 101-120.

bağlama kuralının düzenlendiği MÖHUK'un yukarıda açıklanan 28. maddesi, Internet ortamında akdedilen bu sözleşmelere de uygulanacaktır. Burada üzerinde önemle durulması gereken bir husus, sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olduğu fikrî haklara ilişkin sözleşmelerde MÖHUK'un 28. maddesinin mi yoksa tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen ve 5718 sayılı Kanun ile ilk kez Türk milletlerarası hukukunda düzenlenen 26. maddenin mi uygulanacağıdır.

MÖHUK'un 26. maddesinin I. fıkrasına göre, meslekî ya da ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ise, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulur. Bu hukukun uygulanabilmesi için, tüketici sözleşmesinin, hangi şartlar altında yapılması gerektiği maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya diğer taraf veya onun temsilcisinin, tüketicinin siparişini bu ülkede almış olması gerekmektedir. (MÖHUK. m. 26/II) O halde, tarafların kendi aralarında uygulanacak hukuku kararlaştırmamış olmaları ya da kararlaştırmış olsalar dahi, belirlenen hukukun, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumadan daha az düzeyde bir koruma sağladığı durumda, objektif bağlama kuralı olarak öngörülen, "tüketicinin mutad meskeni hukuku" uygulanacaktır. Zira bu hukuk, tüketicinin en iyi bildiği, bu sebeple de tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu kabul edilen hukuktur.⁸⁸⁹ Bundan dolayı, örneğin bir bilgisayar programından doğan fikrî hakları konu alan tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukukun MÖHUK'un 26. maddesi hükümleri uyarınca belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

MÖHUK'un 32. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen, fikrî hakları konu alan sözleşmeleri de içeren tüm sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından geçerli olan düzelemeye göre, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacak ise, o

⁸⁸⁹ Çelikel/Erdem, s. 369 .

hukuka tâbidir. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise 1. fıkraya bir istisna getirilmiştir. Buna göre, taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı durumun şartlarından anlaşıldığı takdirde, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

SONUÇ

Bilgisayar teknolojisinin ve buna bağılı olarak bilgisayar programlarının yaygın kullanımı, bu alanın istikrarlı ve güvenli bir biçimde hukuken korunması ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak bilgisayar programlarının hukukî korunması, pek çok uluslararası antlaşmanın konusunu oluşturduğu gibi, hemen tüm ülkeler de, bilgisayar programını meydana getiren eser sahibinin haklarını millî kanunları ile koruma altına almıştır.

Yeni ve gelişmiş bir programın meydana getirilmesi çoğunlukla yoğun bir çaba ile uzun zaman ve büyük miktarda malî kaynak harcanmasını gerektirmektedir. Bu sebeple, bilgisayar programlarının güçlü ve etkili bir hukukî korumadan yararlanması, gelecekte daha verimli ve gelişmiş programların meydana getirilmesi açısından büyük öneme sahiptir. Koruma seviyesinin düşük olması veya korumanın taraflı, bölünmüş ya da hiç bulunmaması, yazılım şirketleri için tam bir felaket olacaktır. Zira bilgisayar programlarının kolayca kopyalanması ve bu eylemlerin yeterli hukukî yaptırımlara bağlanmaması, o ülkede yazılım endüstrisinin gelişimini olumsuz etkiler. Dolayısıyla bu alanda yapılacak araştırma ve yatırımlar en alt düzeye iner ve yatırımcılar korumanın yetersiz olduğu ülkelere yatırım yapmaktan her zaman kaçınır. Öte yandan bilgisayar programlarına, diğer program geliştiricilerinin programın altında yatan düşüncelere dahi ulaşmalarını engelleyecek şekilde gereğinden fazla hukukî koruma tanınması da, tekelciliği beraberinde getirir. Bu da, programcılık endüstrisinin gelişimini olumsuz yönde etkileyici diğer bir faktördür. O halde, bilgisayar programları için kabul edilecek hukukî sistemin çıkarlar dengesini çok iyi gözetecek düzeyde olması büyük önem arz etmektedir.

Elde edilmesinin kolaylığı, herhangi bir tekel oluşturmaması, hakkın esnekliği ve uluslararası antlaşmalarda kabul görmesinden dolayı, bilgisayar programlarının fikrî hukuk koruması uluslararası hukukta en uygun koruma yolu olarak kabul edilmiştir. Ülkemizde de gerek karşılaştırmalı hukuka gerek TRIPs Anlaşması ve özellikle Avrupa Konseyi'nin 14 Mayıs 1991 tarihli ve 91/250 sayılı "Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması" konulu Direktifi'ne paralel olarak,

bilgisayar programlarının ilim ve edebiyat eseri olarak fikrî hukuk kapsamında korunması benimsenmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, bir taraftan eser sahibinin haklarını güvence altına alan düzenlemelere yer verilirken, diğer taraftan daha önce geliştirilmiş bir programdan diğer şahısların araişlerlik sağlamak amacıyla serbestçe ayrıştırma yapmalarına izin veren düzenlemeler getirilmiştir. Bilgisayar programlarına ilişkin Kanun'da öngörülen düzenlemeler gerek hukukî gerek cezai bakımdan TRIPs sözleşmesi ile uyumlu olup, bu alandaki Avrupa Birliği mevzuatı da iç hukukumuza tamamen aktarılmıştır.

Bilgisayar programlarının hangi unsurlarının ve hangi hazırlık tasarımlarının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı hususu, üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda korumadan yararlanacak hazırlık tasarımlarının sayma yöntemi ile belirlenmesi yerine, daha genel bir ölçüt öngörülmüştür. Buna göre, hazırlık tasarımları ancak bir sonraki aşamada bilgisayar programı haline gelmesi şartıyla fikrî hukuk korumasından yararlanabilecektir. Programın daha ilk geliştirme aşamalarındaki hazırlık tasarımlarının eser olarak korunması mümkün değildir. Kanımızca FSEK'in, mehz Direktif'in Önsözünden alındığı anlaşılan 2/I. maddesinin (1) numaralı bendinde “.. bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla...” ifadesi mehz düzenlemeden yanlış tercüme edilmiş olup, bu düzenleme, sadece bir sonraki aşamada program sonucunu doğuracak niteliğe sahip hazırlık tasarımlarının korumadan yararlanacağı sonucunun çıkarılmasına neden olabilmektedir. Ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun, bu sınırlayıcı ifadesi Kanun Koyucu'nun Direktif ile tam bir uyum sağlamak iradesi göz önüne alındığında, Direktifin Önsözündeki gibi geniş şekilde anlaşılmalıdır. Zira Direktif düzenlemesi, her olayın koşullarına göre program geliştirme aşamasının ilk aşamalarında dahi oluşturulan bir hazırlık tasarımının, eser olarak korunma için öngörülen diğer şartları da bulundurması koşuluyla korumadan yararlanmasına imkân sağlayıcı niteliktedir.

Programın hazırlık çalışmalarının en önemli ve emek gerektiren aşamalarından biri olan program akışının fikrî hukuk korumasından yararlanacağı

hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kaynak ve nesne kodları, bir kitabın kelimeleri ve diyalogları ya da bir müzik eserinin notaları hükmünde olup, fikirler bu aşamada detaylı bir şekilde ifadelere dönüştürüldüğünden fikrî hukuk tarafından korunmaktadır. Algoritmalar bir bilgisayar programının temel düşünce yapısı ile özünü oluşturmaktadır. Fikrî hukukun düşünceyi değil, onun ifade tarzını koruduğu prensibinden hareketle, algoritmalar fikrî hukuk korumasından yararlanamamaktadır. Tek başına bir algoritma fikrî hukuk korumasından yararlanamasa dahi, eser sahibinin hususiyetini taşıması koşuluyla, belirli bir düzen dahilinde bir araya getirilen algoritma grubunun derleme eser olarak korunması mümkün olmalıdır. Kullanıcı arayüzleri ve ekran görünümünün ise, fikrî hukukça korunmayan fonksiyonel özellikleri soyutlandıktan sonra, geriye kalan estetik özellikleri, kendi türüne göre fikrî hukuk kapsamında korumadan faydalanabilmelidir.

Türk hukukunda türüne ve meydana getirdiği fonksiyona bakılmaksızın sahibinin hususiyetini taşıması koşuluyla tüm bilgisayar programlarının fikrî hukuk korumasından aynı ölçüde yararlanacağı kabul edilmektedir. Tanım ve fonksiyon ile işleyişleri nazara alındığında, işletim sistemleri ile uygulama programları arasında, işletim sistemlerinin fikrî hukuk korumasından faydalanamayacağı yönünde sonuca varılmasını gerektirir bir nitelik farkı bulunmamaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu yönde bir ayrıma yer verilmediğinden, işletim sistemleri ya da daha geniş bir ifadeyle sistem programları, bir uygulama programında aranan nitelikleri haiz olması durumunda fikrî hukuk korumasından faydalanabilmelidir.

Evrensel düzenlemelere uygun olarak Türk hukukunda, bireylerin kültürel yaşama katılmalarını temin ve teşvik etmek amacıyla, eser sahibinden ayrıca izin alınmasına gerek olmaksızın, kişisel kullanıma mahsus olmak üzere ve amacın gerektirdiği ölçüde, her bireyin alenileşmiş bir eseri çoğaltmasına izin verilmektedir. FSEK'in 38. maddesinin 1'nci fıkrasında, ayırt edilmeksizin tüm eserlerin, belli şartlar çerçevesinde şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere çoğaltılmasının mümkün olduğu ifade edildikten sonra, maddenin diğer fıkralarında sadece bilgisayar programlarına özgü çoğaltma hallerine ilişkin bir takım özel düzenlemelere yer verilmektedir. Bununla beraber, bilgisayar programlarının 38. maddenin 1'nci fıkrası anlamında şahsen kullanmaya mahsus olmak üzere

çoğaltılması, pozitif hukukumuz açısından mümkün bulunmamaktadır. Kişisel kullanım amacıyla çoğaltma imkanına ilişkin 38. madde metninin düzensiz ve muğlak şeklinin yeni bir kanun değişikliği ile gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira maddenin düzenleme tarzı, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır.

Bir bilgisayar programını hukukî yollardan elde edinen ile onu kullanma hakkına sahip kişi ya da kişiler, normal kullanım için olmazsa olmaz kabul edilen, programın bilgisayara yüklenmesi, çalıştırılması, görüntülenmesi, iletilmesi ve depolanması gibi filleri, eser sahibi olan geliştiricisinden özel bir izin alınmasına gerek olmaksızın yapabilir.

Kanunun ya da programı meydana getirenin izni ile o programı işleyen, kamuya sunan, yayımlayan, temsil eden veya diğer bir suretle yayan kimse, eser sahibinden ayrıca izin alınmasına gerek olmaksızın, işleme, çoğaltma, temsil ya da yayım tekniği icabı olarak zarurî kabul edilebilecek değiştirmeleri yapabilir. Mevzuatın 5. maddesinde ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hata düzeltme için eser sahibinden izin alınmasına gerek bulunmadığı hükme bağlanmıştır. Bu açıdan karşılaştırıldığında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda programı hukukî yoldan elde edinen kimselerin, programdan kesintisiz olarak yararlanmaları daha güvenceli kılınmıştır.

Programdan doğan hakların kullanma yetkisinin devrine ilişkin sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, programı hukukî yollardan edinen kimsenin, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda programı çoğaltabileceği gibi işlemesi de mümkündür. “Bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda” cümlesi ile kastedilen, programın lisans veren eser sahibi ile lisans alan arasında yapılan sözleşmede ifade edilen, programın yazılması sırasında hizmet etmesi öngörülen amacın yanı sıra, programın kaç bilgisayar üzerinde kullanılabileceğine, üzerine yüklenip çalıştırılabilecek bilgisayarın sahip olması gereken teknik özellikleri gibi, programın hangi şartlarda, ne şekilde ve hangi amaçla

kullanılabileceğine ilişkin sözleşmede belirtilen koşullardır. Bu yönde bir hükmün sözleşmede yer almaması halinde de, durumun koşullarına göre bir sonuca gitmek gerekmektedir.

Bilgisayar programlarının özel niteliklerini göz önüne alan Kanun Koyucu, FSEK'in 38/III ve devamı fıkralarında yer alan özel düzenlemeler ile, üçüncü şahıslara özel yetkiler tanımak suretiyle programı meydana getiren eser sahibinin münhasır çoğaltma hakkına bir takım sınırlamalar öngörmüştür. Programı kullanma yetkisine sahip kimselere, programdan kesintisiz ve sürekli kullanım hakkını güvenceye almak üzere ve tedbir amacıyla, bir adetle sınırlı olmak üzere yedek kopya çıkarma yetkisi tanınmıştır. Kanunda bir açıklık olmamakla beraber, program aslının kullanılamaz olması durumunda devreye sokulan yedek kopyanın da bir adet yedeğinin çıkarılması mümkün olmalıdır.

Bilgisayar programlarının altında yatan ve fikrî hukukça korunmayan düşünce, diğer kimselere ulaşılabilir kılınmadığından, bu düşüncelerin öğrenilebilmesi için çoğunlukla nesne konu formunda olan bilgisayar programının kaynak koduna dönüştürülmesi gerekmektedir. Fikrî hukukta bilgisayar programlarının bu şekilde dönüştürülmesine ancak tek bir amaçla, yani diğer program geliştiricileri için büyük önem arz eden araişerliği gerçekleştirmek amacıyla izin verilmektedir. Başka amaçlarla, örneğin kazanç amacı olmaksızın sadece bilgi amaçlı veya kazanç amacı olsun ya da olmasın yeni bir program geliştirmek yahut programın bakımı amacıyla ayırıştırma yapılabilmesi için eser sahibinin buna açıkça izin vermiş olması gerekmektedir. Ayırıştırmanın yapılabilmesi için bunun zaruri olması icap etmektedir. Bu nedenle, her somut olayın özelliğine göre ayırıştırma serbestisine ilişkin zorunluluk ölçütünün bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Burada aranması gereken yegane ölçüt, ayırıştırma yapacak kimsenin FSEK'in 38. maddesinin 5 ve 6. fıkraları uyarınca eyleminin haklılığını ortaya koyabilmesidir. Ayırıştırma yapıldığı sırada kullanılan vasıtalar veya ayırıştırmanın hangi düzeye kadar yapılacağına ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir. Yine ayırıştırma, ayırıştırılan programı tamamlayıcı nitelikte bağımsız bir program meydana getirmek amacıyla gerçekleştirilebileceği gibi, o program ile rekabet edecek aynı ya da benzer bir işlevi olan bir program geliştirmek üzere de

gerçekleştirilebilir. Ancak burada aranacak tek ölçüt, ayrıştırmanın, yararlanılan program ile araişlerliği gerçekleştirmek üzere yapılmış olmasıdır. Türk Hukuku bakımından donanımlar-arası veya donanım ile program araişlerliğinin sağlanması amacıyla ayrıştırmanın yapılması mümkün değildir.

Direktif'in ayrıştırma serbestisini düzenleyen 6. maddesinde bu serbestinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılamayacağı açıkça düzenlenmesine rağmen, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu konuda açık bir sınırlayıcı hükme yer verilmemiştir. Bununla beraber, Türk Hukuku bakımından da programlar-arası araişlerliğin sağlanması amacıyla ayrıştırma serbestisinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılamayacağını kabul etmek gerekmektedir.

Ayrıştırma, ancak lisans alan ya da bilgisayar kopyasını kullanma hakkı sahibi veya onlar adına bu işlemi yapmaya yetkili kimse tarafından yapılabilir. Fakat ayrıştırmanın yapılabilmesi için, her şeyden önce programın hukukî yollardan edinilmiş olunması gerekmektedir. Yine araişlerliği gerçekleştirmek üzere gerekli bilgilerin, eser sahibi tarafından bilgisayar programını kullanma hakkına sahip olan kimselere verilmemiş olması da ayrıştırma serbestisinin kullanılması için gerekli olan diğer bir şarttır. Program sahibinin araişlerliğe ilişkin bilgileri belirli bir ücret karşılığında piyasaya sunması durumunda tam olarak bu bilgilerin ulaşılabilir kılındığından söz etmek mümkün değildir. Araişlerliği gerçekleştirmek üzere tüm programın ayrıştırılması mümkün olmayıp, ayrıştırma, programın arayüzler gibi araişlerliği sağlayacak ilgili bölümlerine yönelik yapılabilir. Esasen ayrıştırmanın sadece programın belirli bölümlerine yönelik yapılabilmesine ilişkin Kanun'da aranan bu kısıtlama, bu serbestinin kullanılmasını aşırı şekilde sınırlamaktadır. Zira, genellikle programın hangi bölümünün araişlerliği gerçekleştirmeye elverişli olduğunun önceden tayini mümkün bulunmamaktadır.

Ayrıştırma işlemiyle elde edilen kaynak kodları ile diğer bilgiler, bağımsız yaratılmış bilgisayar programın araişlerliğini gerçekleştirmenin dışında başka amaçlar için kullanılamaz. Yine bu bilgilerin araişlerlik için gerekli olduğu haller dışında başkalarına verilmesi de mümkün değildir. Ayrıca elde edilen bilgilerin, ifade tarzı bakımından esas itibarıyla benzer bir programın geliştirilmesi, üretilmesi

ya da pazarlanması veya eser sahibinin fikrî haklarını ihlâl eden diğer herhangi bir fiil için kullanılması da hukuka aykırıdır.

Program sahibinin haklarının ihlâli durumunda, bir taraftan eser sahibinin ihlâl nedeniyle uğradığı zararının giderilmesine ya da hukuka aykırı durumun sona erdirilmesine yönelik hukukî imkanlar tanınmış iken diğer taraftan, hakların belli şekillerde ihlâli eylemleri ceza hukuku anlamında suç sayılmaktadır. Hak ihlâlinde bulunan kimse, bu eyleminden dolayı bir yandan hukukî yaptırımlara tabi tutulurken öte yandan eyleminin cezasını da çekmekle karşı karşıya bırakılmaktadır. Bunların yanı sıra eser sahibine, ihtiyatî tedbirler, gümrüklerde geçici olarak el koyma, zapt, müsadere, imha ve hükmün ilânı gibi türlü hukukî imkanlardan da yararlanma fırsatı da Kanun'da tanınmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, tüm eserler açısından söz konusu olabilen suçların yanı sıra bilgisayar programlarına özgü işlenebilen suçlara da yer verilmiştir. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun cezaî hükümlerinde esaslı değişiklikler yapılmış ve suçların düzenleniş sistematigi önemli ölçüde değiştirilmiştir. Yine manevî ve malî hakların ihlâli halinde uygulanacak cezalar da önemli ölçüde azaltılmıştır.

Uygulamada bilgisayar programlarında eser sahipliğinden doğan hakların ihlaline yönelik açılan davalarda, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin yargısal uygulamaları yanı sıra bilgisayar ve bilgisayar programcılığı teknolojisinin doğduğu yer olan Anglo-Sakson Hukuk uygulamalarından, özellikle Amerikan Mahkeme içtihatları ile doktrininin faydalanılması yararlı olacaktır. Örneğin, Amerikan yargı içtihatları ile geliştirilen, soyutlama-filtreleme-karşılaştırma testi (*Altai test*), programlar arasındaki benzerliğin araştırıldığı davalarda kullanılabilecek bir yöntem olup, dosya bu belirleme yapılmak üzere bilirkişiye havale edilirken, bilirkişinin bu yöntemi uygulaması teşvik edilip, hazırlayacağı raporda söz konusu yöntemi izleyip izlemediği göz önüne alınmalıdır. Nitekim teknik olarak halihazırda en uygun yöntem olarak kabul edilen, Amerikan mahkemeleri yanı sıra Avrupa mahkeme uygulamalarında da kabul gören bir yöntemin yeknesak olarak uygulanması,

yargılama sonucunda farklı kararlar verilmesinin önlenmesi, dolayısıyla hukukî güvenilirlik ve istikrarın sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

FSEK'in 68. maddesinde çoğaltmaya yarayan kalıp ve benzeri vasıtaların imhasının istenebileceği belirtilmektedir. Bilgisayarların asıl fonksiyonu programın çoğaltılması olmayıp, onun çalıştırılması ve görüntülenmesini sağlamaktır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun imhaya ilişkin düzenlemelerinde her ne kadar programlara özgü ve bu farklılığı nazara alan bir istisnaya yer verilmemiş ise de, hükmün konuluş amacı ve menfaatler dengesi açısından bakıldığında, bilgisayarın, hukuka aykırı kullanımlarda bir çoğaltma aracı olarak kabul edilip müsadere ve imhasının kabulü mümkün olmamalıdır. Program sahibinden izinsiz olarak kullanılan programların imhasına gelince, burada göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, eğer programın üzerine kaydedildiği ortamdan basit bir biçimde silinmesi mümkünse ve amaç bu şekilde kolayca elde edilebilecek ise, değer yok edilmemesine özen göstermek olmalıdır. Zira, imhadan beklenen amaç, programın bu ortamlardan silinmesiyle elde edilebilmektedir. Yine, bir bilgisayar veya CD ya da DVD yazıcı gibi donanımlar sırf program çoğaltma amacıyla kullanılmadıklarından, sadece bu amaca tahsis edilmiş olsalar bile, imhalarının talep edilmesi mümkün olmamalıdır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin kaynağını oluşturan Direktif, Avrupa Birliği ülkelerinin yasal mevzuatlarının dayanağını oluşturmaktadır. Ülkemiz mevzuatı da neredeyse tüm AB ülkeleri mevzuatı ile uyumlu hale gelmiştir. Bu sebeplerle, AB üyesi ülke mahkemelerince verilen mahkeme kararları ile bu ülkelerdeki bilimsel içtihatların takibi de büyük öneme sahiptir.

Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku belirten 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da eski MÖHUK'tan farklı olarak, milletlerarası özel hukuk ilişkileri açısından duyulan ihtiyaçlar ve bu alandaki gelişmelere uyum sağlamak amacıyla fikrî haklara özgü kanunlar ihtilâfı kuralları öngörülmüştür. Bu Kanun, daha önce bir kanunlar ihtilafı kuralı olup olmadığı doktrinde tartışmalı olan FSEK'in 88. maddesini yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile, fikrî haklara ilişkin ve bilgisayar programları için de uygulanabilir nitelikte olan kanunlar ihtilâfî kurallarının açıkça düzenlenmiş olması bu alandaki tartışmaların ortadan kalkması adına önemli bir gelişme teşkil etmektedir.

Bir bilgisayar programının eser niteliği, eser sahibi, eser sahipliğinden doğan haklar ve bunların kapsamı, hakların sınırlandırılması ve ihlâli ile sona ermesi gibi, hakların esasına ilişkin ve maddi hukuk statüsü ile bağlantılı konulara uygulanacak hukuk *lex loci protectionis*'tir. Bu bağlama kuralı, milletlerarası özel hukuk sistemi içerisinde, hakların ihlâli açısından, *lex loci delicti commissi* olarak somutlaşmaktadır. Ancak Internet ortamında kamuya iletilen eserler üzerinde etkin ve tarafların menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyen bir koruma sağlanması için, bir an önce milletlerarası yeknesak düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Yine, Kanunda Internet ortamında eserlerin kamuya iletimi suretiyle gerçekleşen ihlâllere uygulanacak bir bağlama kuralı öngörülmediği, diğer genel kuralların da bu konuya uygulanabilir bir çözüm getirmediği göz önüne alındığında, ileride MÖHUK'ta yapılacak bir değişiklik, etkin ve tarafların menfaatlerini dengeleyecek yasal bir düzenleme yapılması da kanımızca bir zorunluluk arz etmektedir.

ÖZET

Günümüzde bilgisayarlar, eğitim, endüstri, bankacılık, ticaret, sağlık, ulaşım ve eğlence gibi hayatımızın hemen her alanına girmiş bulunmaktadır. Bilgisayar teknolojisinin öneminin giderek artması, bilgisayar ve diğer donanımların kendilerinden beklenen fonksiyonları icra etmesini sağlayacak şekilde tasarlanıp geliştirilen programlar sayesinde olmuştur. Bilgisayar teknolojisinin ve buna bağlı olarak bilgisayar programlarının yaygın kullanımı, bu alanın istikrarlı ve güvenli bir biçimde hukuken korunması ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak, bilgisayar programlarının hukukî korunması pek çok uluslararası antlaşmanın konusunu oluşturduğu gibi, hemen tüm ülkeler de, bilgisayar programını meydana getiren eser sahibinin haklarını millî kanunları ile koruma altına almıştır.

Elde edilmesinin kolaylığı, herhangi bir tekel oluşturmaması, hakkın esnekliği ve uluslararası antlaşmalarda kabul görmesinden dolayı, bilgisayar programlarının fikrî hukuk koruması uluslararası hukukta en uygun koruma yolu olarak kabul edilmiştir. Türk Hukukunda da Avrupa Konseyi'nin 14 Mayıs 1991 tarihli ve 91/250 sayılı "Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması" konulu Direktifine paralel olarak bilgisayar programlarının ilim ve edebiyat eseri olarak fikrî hukuk kapsamında korunması benimsenmiştir.

Türk hukukunda bilgisayar programı kavramı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinin (g) bendinde, "bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Korumadan tüm hazırlık çalışmaları değil, bir sonraki aşamada program sonucunu doğuracak nitelikteki hazırlık çalışmaları yararlanabilmektedir. Program akışı ile kaynak ve nesne kodları hazırlık tasarımı olarak korumadan yararlanabilmektedir. Fikri hukuk düşüncüyü değil ifadeyi korumaktadır. Bu çerçevede algoritmalar ve kullanıcı arayüzleri, bilgisayar programının unsuru olarak fikrî hukuk koruması kapsamında yer almamaktadır.

Bilgisayar programının eser niteliğine sahip olup olmadığı belirlemesi yapılırken göz önünde bulundurulması gereken yegane şart, sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığıdır. Tüm eserlerde olduğu gibi bilgisayar programlarında da eser sahibi onu meydana getiren gerçek kişidir. Eser sahibi meydana getirdiği programdan doğan malî ve manevî haklara münhasıran sahiptir. Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar, bunları çalıştıran ya da tayin edenlerce kullanılır. Bu durum, tüzel kişilerin organları için de geçerlidir. Tüm hakların çeşitli kanun ve kurallarla belirlenen bir takım sınırları olduğu gibi, fikrî bir çabanın sonucu meydana getirilen bilgisayar programlarını meydana getirenlerin haklarına da bir takım sınırlamalar getirilmektedir. Türk Hukukunda eser sahipliğinden doğan malî hakların hem kendisinin hem kullanma yetkisinin, süre, yer ve içerik açısından sınırlı ya da sınırsız olarak devredilmesi kabul edilmiş iken manevî hakların kendisinin devri caiz görülmemiştir. Manevî hakların sadece kullanma yetkisinin devri söz konusu olabilmektedir.

Program sahibinin söz konusu haklarının, sınırlandırıldığı istisnaî haller dışında, onun izni olmaksızın herhangi bir şekilde ihlâli mümkündür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin söz konusu haklarının ihlâli durumunda anılan hakların korunmasına yönelik değişik hukukî ve cezaî yaptırımlar düzenlenmiştir.

Bir bilgisayar programının eser niteliği, eser sahibi, eser sahipliğinden doğan haklar ve bunların kapsamı, hakların sınırlandırılması ve ihlâli ile sona ermesi gibi, hakların esasına ilişkin ve maddi hukuk statüsü ile bağlantılı konulara uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı *lex loci protectionis* 'tir.

Tezimizin adı “Bilgisayar programlarının fikri hukukta korunması” dır. Tezimiz bir Giriş kısmı, Dört Bölüm ve bir Sonuç kısmından oluşmaktadır. Tezimizin Birinci Bölümü'nde, bilgisayar programlarına ilişkin temel kavramlar, programlar için tanınan hukukî koruma yolları, fikrî hukuk korumasının uluslararası, bazı ülkelerde ve Türk hukukundaki tarihsel gelişimi incelenmiştir. İkinci Bölümünde, bilgisayar programlarının eser niteliği, fikri hukuk korumasının konu ve kapsamı, programlarda eser sahipliği ve hakları kullanmaya yetkili sayılan kişiler,

eser sahipliği hakkındaki karineler ile eser sahibinin manevî ve malî hakları üzerinde durulmuştur. Üçüncü Bölümünde, bilgisayar programlarında eser sahipliğinden doğan hakların sınırlandırıldığı haller ve bu hakların hukukî işlemlere konu olması hususları ele alınmıştır. Dördüncü Bölümünde, eser sahibinin haklarının ihlali halinde açılacak hukuk davaları ile suç teşkil eden eylemler ve yargılama usulü konuları incelenmiş; bunun yanı sıra bilgisayar programlarına ilişkin yabancı unsur taşıyan hukukî ilişkilere uygulanacak kanunlar ihtilâfı konuları irdelenmiştir. Tezimizin Sonuç kısmında ise, çalışmamız sırasında varılan bazı önemli sonuçlar toplu bir şekilde ortaya konulmuştur.

ABSTRACT

In today's world, computer programs are used in almost every field of our lives such as education, industry, banking, commerce, health, transportation and entertainment. Computer programs, designed so as to enable computers and other hardware to perform its functions, have gradually increased the importance of computer technology. Such widespread usage of computer programs necessitated the protection of them in a steady and secure manner. As a result of this need, legal protection of computer programs has become the subject of many international instruments and almost all of the countries have protected the rights of the authors developing computer programs by their national laws.

Copyright is internationally accepted as the most suitable form of protection since it can be obtained easily, does not result any monopoly, and its flexibility. In Turkish law, computer programs are protected by copyright as literary works in parallel with Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs.

The term computer program is defined in article 1/B of Turkish Copyright Law No. 5846 as "set of instructions designed so as to enable a computer system to perform a task and function, and preparatory design material leading to development and composition of this set of instructions". Preparatory design materials can be protected only if a computer program can result from it at a later stage. Program flow, source codes and object codes are copyrightable. Copyright protects expression rather than ideas which underlie any element of a computer program. Algorithms and user interfaces are not copyrightable as an element of a computer program.

While determining the eligibility for copyright protection of a computer program, the only criteria is whether it has "characteristic of its author" or not. Similar to other works, the author of a computer program can be natural person (s). Author is the owner of the exclusive moral and economic rights as soon as the program is developed. Unless otherwise provided by contract or understood from the nature of the commission, where a computer program is created by an employee in the execution of his/her duties, the employer or appointer is entitled to exercise the

rights in the program. This rule is also applicable to organs of legal persons. As all rights are subject to some limitations determined by laws and other rules, the exclusive rights of authors of the computer programs are also subject to limitations.

In Turkish Law, while the transfer of economic rights or of authority to use of those rights are possible, moral rights cannot be transferred to others. Nevertheless the transfer of the authority to use the moral rights is legally possible.

Apart from the exceptional limitations provided by laws, exclusive rights of the author of a computer program can be infringed by others. Some civil and criminal sanctions and remedies are provided by Turkish Copyright Law in case of infringement of author's rights.

The rule of conflict of law is *lex loci protectionis* in relation with the issues such as the nature of the author's rights and substantial legal statute of them including the nature of intellectual work, rights arising from authorship and the scope of, limitations to, and infringement of those rights.

The topic of the Thesis is "Copyright Protection of Computer Programs". The Thesis consists of an Introduction Part, four Chapters and one Conclusion Part. Chapter one examines basic terms regarding computer programs, protection of programs by patent, unfair competition and contract law, historical background of copyright protection of computer programs in international, comparative and Turkish law. Chapter two sets out the nature of computer programs as works, the scope of copyright protection, authorship, presumptions on authorship, those people who have the authority to exercise the rights, economic and moral rights of the author. Chapter three brings out limitations on the rights of authors of computer programs and transfer of rights. Chapter four deals with legal and criminal remedies and sanctions to be applied in case of an infringement of author's rights arising from authorship of a computer program, and conflicts of law regarding copyright protection of computer programs. The thesis ends with a Conclusion Part displaying the some of main results reached throughout the thesis in a collective manner.

