

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Ahu Eker Erkekoğlu

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu

İstanbul, Ağustos 2019

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Ahu Eker Erkekoğlu

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu

İstanbul, Ağustos 2019

ÖNSÖZ

Tezimin hazırlık aşamasında konu seçimi ve kaynak bulma dahil olmak üzere yazım aşamasında kuramsal çerçeveyi oluşturmamda bana destek olan, değerli vaktini bana ayıran çok saygıdeğer tez danışmanım Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu'na,

Yoğun iş, okul ve özel yaşam tempomda hep benim yanımda olan sevgili aileme,

Tecrübesi ve engin hukuk bilgisi ile desteğini eksik etmeyen saygıdeğer iş ortağım Av. Filiz Kutlu'ya

Sonsuz teşekkürü bir borç bilirim.

Ahu EKER ERKEKOğLU

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
ÖZET	ix
ABSTRACT	x
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	2
YAZILIM, LİSANS VE YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI	2
1. YAZILIM KAVRAMI	2
I. Genel Olarak Yazılım Tanımı	2
II. Fikri Hukukta Yazılım	4
III. Patent Hukukunda Yazılım	7
IV. Yazılımın Hukuki Niteliği	12
A. Yazılımı Eşya Kabul Eden Görüş	12
B. Yazılımı Eşya Olarak Kabul Etmeyen Görüş	13
C. Değerlendirme.....	14
V. Yazılım Türleri	15
A. Donanıma Yerleşik ve Donanımdan Ayrılabilen Yazılımlar	16
B. İşletim Sistemi ve Uygulama Yazılımları	17
C. Standart ve Özel Yazılımlar	19
D. Açık Kod ve Özgür Yazılımlar	20
E. Fraud ve Anti-Fraud Yazılımlar	25
VI. Yazılım Geliştirme Süreci (Yazılımın Unsurları)	26
A. Yazılımın Unsurları.....	26
B. Yazılım Unsurlarının Fikri Hukuk Kapsamında Korunması	28
2. LİSANS VE LİSANS SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI	29

I. Genel olarak Lisans ve Lisans Sözleşmesi Kavramı.....	30
II. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Lisans Sözleşmesi.....	31
III. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisansın Görünüm Biçimleri.....	34
A. Basit Lisans -Münhasır Lisans (Tam Ruhsat) Ayrımı	34
B. Zorunlu Lisans – Kanuni Lisans Ayrımı.....	36
3. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİ KAVRAMI	37
I. Yazılım Lisans Sözleşmesi.....	37
II. Yazılım Lisans Sözleşmesine Konu Olan Yazılımın Hukuka Aykırı Kullanımının Teknik Olarak Önlendiği Bazı Lisans Türleri.....	40
A. Donanıma Özel Lisanslama	40
B. Donanım Kilitli Kayar Lisanslama	40
C. Ağ Üzerinde Kayar Lisanslama	41
D. Kullanıcı Temelli Lisanslama	41
E. Bölgesel Lisanslama.....	41
F. Yetenek Kısıtlayıcı Lisanslama.....	42
G. Özellik Seviyeli Lisanslama.....	42
III. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Diğer Sözleşmelerden ve Haklardan Ayırdedilmesi .	42
A. Know-How Sözleşmesinden	42
B. Fikri Haklara İlişkin Diğer Lisans Sözleşmelerinden	44
C. Elektronik Bilgi İşlem Sistemi Devir Sözleşmesinden	45
D. Yazılım Bakım Sözleşmesinden	46
E. Yazılım İşlenme Sözleşmesinden	46
F. Yazılım Sürüm (Yayın) Sözleşmesinden	48
G. Satım Sözleşmesinden.....	48
H. Adi Kira ve Hasılat Kirası Sözleşmesinden	51
İ. İş ve Hizmet (Eser) Sözleşmesinden.....	52
J. İntifa Hakkından	54
İKİNCİ BÖLÜM	56
YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ.....	56
1. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	56
I. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Genel Olarak Hukuki Niteliği.....	56

II. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliğini Belirleyen Temel Özellikleri.....	57
A. Rızaya Dayalı Hukuki İşlem Olma Özelliği	58
B. İsimsiz ve Karma Bir Sözleşme Olma Özelliği	58
C. Sürekli Borç İlişkisi Kuran Bir Sözleşme Olma Özelliği.....	60
D. Kural Olarak İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olma Özelliği	60
III. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Türüne Göre Hukuki Niteliği	61
A. İvaz Karşılığında “Sürekli” Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri.....	62
B. İvaz Karşılığında “Sürelî” Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri.....	67
C. İvazsız Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri	70
D. Yazılım ile Donanımın Birlikte Devredildiği Yazılım Lisans Sözleşmeleri.....	71
2. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ	73
I. Sözleşmenin Kurulması.....	73
A. Elektronik Sözleşmelerin Kurulması	74
B. Elektronik sözleşmenin E-İmza ile Kurulması.....	76
C. Elektronik Sözleşmenin Özel Uygulamaları Olan Shrinkwrap-Clickwrap Browser-Wrap Lisans Sözleşmelerinin Kurulması.....	76
II. Sözleşmenin Şekli, Şekle Aykırılığın Sınır ve Sonuçları.....	80
3. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNDE TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİ	84
I. Lisans Veren Yükümlülükleri	84
A. Kullanıma Sunma ve Yararlanmayı Sağlama Yükümlülüğü	84
B. Fikrî Hak İhlallerinin Takibi Yükümlülüğü	84
C. Lisans Veren Hakkın Varlığını Tekeffül Yükümlülüğü	85
D. Lisans Veren Ayıba Karşı Tekeffül Yükümlülüğü	86
E. Eğitim ve Bakım Yükümlülükleri.....	86
II. Lisans Alanın Yükümlülükleri	89
A. Lisans Bedelini Ödeme Yükümlülüğü	89
B. Kullanma Yükümlülüğü.....	90
C. Lisansın Kullanım Kural ve Usullerine Uygun Davranma ve Katlanma Yükümlülüğü	90
4. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNDE FİKRİ HAKLARINDAN KAYNAKLANAN BAZI SINIRLAMALAR	91

I. Çoğaltma Hakkı Yönünden	91
II. Ağda Kullanım ve Kullanıcı Sayısı Yönünden	96
III. Devir ve Temlik Hakkı Yönünden.....	98
IV. Tükenme İlkesi Çerçevesinde Yayma Hakkı Yönünden.....	99
V. Süre Yönünden.....	103
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	105
YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLARIN HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI.....	105
1. LİSANS HAKKININ DEVRİ, DEVREN İKTİSAP.....	105
2. HACİZ, REHİN VE HAPİS HAKKI.....	107
I. Haciz.....	108
II. Rehin	110
III. Hapis Hakkı.....	112
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	114
YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	114
1. SÜRENİN DOLMASI VE AMACIN GERÇEKLEŞMESİ.....	114
2. İADE.....	117
3. CAYMA.....	118
4. SÖZLEŞMENİN TEK TARAFLI SONA ERDİRİLMESİ	122
I. Fesih	123
A. İleride Meydana Getirilecek Eserlere İlişkin FSEK 50/II Kapsamında Fesih	123
B. Olağan Fesih	124
C. Olağanüstü Fesih.....	125
II. Dönme	126
III. İptal	128
5. KUSURSUZ SONRAKİ İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE YOK OLMA SONUCUNDA.....	128

6. İFLAS	129
7. ÖLÜM	131
SONUÇ	134
KAYNAKÇA	140



KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AMK	: Alman Medenî Kanunu
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ALI	: American Law Institute (ABD Hukuk Enstitüsü)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz ./bkz.	: Bakınız/bakınız
COA	: Certificate of Analysis (Ürün Analiz Sertifikası)
E.	: Esas Numarası
ECJ	: European Court of Justice (Avrupa Adalet Divanı)
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSF	: Free Software Foundation (Özgür Yazılım Vakfı)
GNU	: GNU is Not Unix (GNU Unix Değildir)
GPL	: General Public License (Genel Kamu Lisansı)
H.D.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
MIT	: Massachusetts Institute of Technology
OEM	: Original Equipment Manufacturer (Orijinal Malzeme Üreticisi)
Örn./örn.	: Örneğin/örneğin
ROM	: Read Only Memory
s.	: sayfa
S.K.	: Sayılı Kanun
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikrî Mülkiyet Organizasyonu)
VAR	: Value Added Reseller (Değer Katan Satıcı)

ÖZET

YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Yazılım lisans sözleşmeleri, bir bilgisayar yazılımının kullanımının belli bir ücret karşılığında başka bir tarafa (kullanıcıya) devredildiği, lisans sözleşmesinin konusunu bir yazılımın oluşturduğu sözleşmeler olup know-how sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, elektronik bilgi işletim sistemi devir sözleşmeleri, yazılım bakım sözleşmeleri, yazılım sürüm sözleşmeleri, satım sözleşmeleri ve eser sözleşmeleri ile birtakım benzerliklere sahip olsa da temelde bu sözleşmelerden farklıdır.

Bu çalışmada yazılım lisans sözleşmeleri ve hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede temel olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu alınmakla birlikte bu kanunun eksik kaldığı durumlarda Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'na da başvurulmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünde yazılım kavramı, yazılım türleri, lisans ve lisans sözleşmesi kavramları, genel olarak ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) çerçevesinde lisans sözleşmesi kavramı, yazılım lisans sözleşmesi kavramı ve diğer sözleşme türlerinden ayırılması konuları ele alınmıştır. Yazılım lisans sözleşmesinin genel özelliklerinin incelendiği ikinci bölümde yazılım lisans sözleşmesinin hukuki niteliği, yazılım lisans sözleşmesinin kurulması ve şekli, sözleşme taraflarının yükümlülükleri ile yazılım lisans sözleşmelerinde fikrî haklardan kaynaklanan sınırlamalar işlenmiştir. Yazılım lisans sözleşmesinin sona ermesi konulu üçüncü bölümde yazılım lisans sözleşmesinden doğan hakların hukuki işlemlere konu olması, dördüncü bölümde ise sürenin dolması ve amacın gerçekleşmesi, fesih ve son olarak da kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle yok olma konuları değerlendirilmiştir.

Çalışmanın genelinde, konular farklı yazılım lisans sözleşmesi türleri ve durumlara göre karşılaştırmalı bir biçimde ele alınmıştır. Tezin içeriği gerek Türk gerekse yabancı mahkeme kararları ve konu açıklamalarıyla desteklenmiş ve uygulamaya yönelik somutlaştırmanın güçlendirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Lisans, lisans sözleşmesi, yazılım lisans sözleşmesi.

ABSTRACT

SOFTWARE LICENSE AGREEMENTS

Software license agreements are those agreements where the use of a computer software is transferred to another party (the user) for a certain fee, and where consisted of a software of which is the subject of the license agreement. Although the software license agreements have some similarities with know-how contracts, license agreements, electronic information operating system transfer agreements, software maintenance agreements, software version agreements, sale agreements and works agreements, they are basically different from these ones.

In this study, software license agreements and their legal nature were evaluated. In this evaluation, although the Law on Intellectual and Artistic Works (LIAW) is taken as a basis, the Code of Obligations, Turkish Code of Obligations and German Civil Code were applied in cases where LIAW seems insufficient.

In the first part of the study, the concept of software, its types, the concepts of licensing and license agreement, the concept of license agreement in general and within the framework of the LIAW, the concept of software license agreements and its difference from other agreement types are discussed. In the second section, which examines the general characteristics of the software license agreement, the legal nature of the software license agreement in general and according to the type of agreement, the establishment of the software license agreement, the obligations of the contracting parties, and also the restrictions on intellectual property rights in software license agreements are discussed. In the third section about the termination of the software license agreement, the rights arising from the software license agreement are subject to legal proceedings, and in the fourth section, the expiration of the software license agreement, the expiration and realization, the termination, and the extinction due to the subsequent objective impossibility issues were evaluated.

In the whole study, the topics are discussed in a comparative manner, according to different types of software license agreements and situations. The content of the thesis is supported by both Turkish and foreign court decisions and by subject descriptions, and it is aimed to strengthen the implementation oriented concretisation.

Keywords: License, license agreement, software license agreement.

GİRİŞ

Bilgisayar programlarını ifade etmede kullanılan bir kavram olan yazılım¹, en basit ifadeyle özel amaçla kullanılacak uygulamalara yönelik olarak geliştirilmiş programlardır². Yazılım lisans sözleşmeleri ise bir bilgisayar yazılımının kullanımının belli bir ücret karşılığında başka bir tarafa (kullanıcıya) devredildiği, devredenin kullanıcıya ivaz karşılığında bir elektronik bilgi işlem sistemi yazılımının imalini, bakımını ya da devrini üstlenmesinin yanı sıra programın kullanılmasına yönelik yararlı ve gerekli bilgileri/belgeleri vermekle yükümlü olduğu, lisans sözleşmesinin konusunu bir “yazılım”ın oluşturduğu sözleşmelerdir.³ Yazılım lisans sözleşmeleri; “know-how” sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, elektronik bilgi işletim sistemi devir sözleşmeleri, yazılım bakım sözleşmeleri, yazılım sürüm sözleşmeleri, satım sözleşmeleri ve eser sözleşmeleri ile bir takım benzerliklere sahip olsa da temelde bu sözleşmelerden farklıdır.

Bu çalışmada yazılım lisans sözleşmeleri ve hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Bu amaçla çalışmanın birinci bölümünde yazılım kavramı, lisans ve lisans sözleşmesi kavramları ve yazılım lisans sözleşmesi kavramı ele alınmıştır. Yazılım lisans sözleşmesinin genel özellikleri konulu ikinci bölümde yazılım lisans sözleşmesinin hukuki niteliği, yazılım lisans sözleşmesinin kurulması ve şekli, yazılım lisans sözleşmesinde taraf yükümlülükleri ile yazılım lisans sözleşmesinde fikri haklardan kaynaklanan bazı sınırlamalar işlenmiştir. Yazılım lisans sözleşmesinden doğan hakların hukuki işlemlere konu olması başlıklı üçüncü bölümde lisans hakkının devri, devren iktisap, asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, haciz, rehin ve hapis hakkı konuları incelenmiştir. Yazılım lisans sözleşmesinin sona ermesi konulu dördüncü ve son bölümde ise sürenin dolması ve amacın gerçekleşmesi, iade, cayma, sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi (fesih, dönme, iptal), kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle yok olma, iflas ve ölüm durumunda sona ermesi konuları değerlendirilmiştir.

¹ Davis, W. S., Management, Information and Systems: An Introduction to Business Information Systems, Miami University, 1st edition, Oxford 1995, s.459.

² Yozgat, U., Yönetim Bilişimleri Sistemleri, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998, s.352.

³ Yıldırım, M. F., Standart Bilgisayar Devir Sözleşmeleri, TBV – Türkiye Bilişim Vakfı, 1. Baskı, İstanbul 1999, s.17.

BİRİNCİ BÖLÜM

YAZILIM, LİSANS VE YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI

1. YAZILIM KAVRAMI

Yazılım kavramının ele alınacağı bu bölümde, genel olarak yazılım kavramına değinildikten sonra yazılım türleri incelenecektir.

I. Genel Olarak Yazılım Tanımı

Bilgisayar programlarını ifade etmede kullanılan bir kavram olan yazılım⁴, en basit ifadeyle özel amaçla kullanılacak uygulamalara yönelik olarak geliştirilmiş programlar⁵ şeklinde tanımlanabilir. Yazılım kavramının ilk tanımlarından biri WIPO'nun (World Intellectual Property Organization) Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Örnek Hükümlerin birinci paragrafının "i" bendinde yapılmış olup, yazılım; "bu kanunun amacı bakımından bilgisayar yazılımı bir makine tarafından okunabilen bir taşıyıcıya yüklendikten sonra, bilgi işleme yeteneğine sahip böyle bir makinenin belirli işlevi ya da ödevi yerine getirmesini ya da bir sonucu ortaya koymasını sağlayan komutlar dizisi" olarak tanımlanmıştır⁶.

Laudon ve Laudon'a göre yazılım, "bir bilgisayar dizgesini kontrol eden ayrıntılı bilgiler topluluğu"dur⁷. Bir bilgisayarın bir işlemi gerçekleştirebilmesi için bu işlemlere yönelik tanımların bilgisayarın belleğinde bir "yazılım" biçiminde bulunması gerekir⁸.

⁴ Davis, s.459.

⁵ Yozgat, s.352.

⁶ Aksu, M., Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 44.

⁷ Laudon, K. C. / Laudon, J. P., Management Information Systems, Prentice Hall, New York 2000, ss.588. akt. Şimşek G., "Hazır Paket Yazılımların Kalitelilik Etkinliği: Türkiye'de Faaliyet Gösteren Havayolu İşletmelerinde Kullanılan Hazır Paket Yazılımlar Üzerine Bir Uygulama", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.34.

⁸ Topaloğlu, M., Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s.4.

Topaloğlu'na göre yazılım, bilgisayarı diğer makinelerden ayırt eden ve beyin gücünün mekanikleşmesiyle olağanüstü işleri başarımındaki en önemli faktör olan bilgisayarın belirli bir işlemi yapabilmesi ve gerekli komutların bilinen düzende sıralanması işlemidir⁹.

Yıldırım, yazılımı; “elektronik bilgi işlem sistemlerinin gözle görülmeyen ancak makine çalıştırıldığında anlaşılabilen, makinaya hayatîyet kazandıran, en az bilgisayar donanımı kadar öneme sahip bir unsur” olarak tanımlamışken¹⁰, Erişgin, yazılım kavramını; bilgisayarın tarafından okunan talimatları içeren programlar olarak ifade etmiş¹¹, Kaypakoğlu ise bilgisayar ile belirli işlerin yapılması ve donanımın belirli şekillerde çalışması imkânını sağlayan programlar¹² olarak tanımlamıştır.¹³

Yazılım kavramının İngilizce karşılığı olan “Software” kavramı, “bilgisayar programı” kavramından farklı olup daha üst bir kavramdır. Dolayısıyla yazılım kavramının; bilgisayar programının yanı sıra programa eşlik eden belgeler ile diğer yordamları da kapsadığı söylenebilir.¹⁴ Bunlara yazılım kaynak ve nesne kodları da dahildir¹⁵. Bilgisayar yazılımlarının temel unsurları yazılım akışı, algoritma, arayüzler, kaynak kodu ve nesne kodu olarak sıralanabilir¹⁶. Esasen bu kavramlar bilgisayar programını oluşturan yazılımın temel unsurları olmakla birlikte bütün unsurları değildir. Zira yazılımın program betimlemeleri, refaket metaryelleri gibi diğer bileşenler de bulunmaktadır¹⁷.

Bu tanımlara göre yazılım olmaksızın bilgisayar donanımının kullanıcı-bilgisayar ilişkisini sağlayabilmesi veya bu ilişkiyi sağlayacak görevleri uygulayabilmesi mümkün olamaz. Dizgeye ilişkin bilgisayar kaynaklarını yöneterek kullanıcıların bu

⁹ Topaloğlu, Bilişim, s.4.

¹⁰ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s.7.

¹¹ Erişgin, N., “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 48, Sayı 1-4, 1999, s. 215.

¹² Kaypakoğlu, S., Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997, s. 4.

¹³ Sevinç, E., “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda bilgisayar programlarının korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 7-8.

¹⁴ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s.8.

¹⁵ Topaloğlu, M., Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, TBV Yayınları, İstanbul 1997, s. 90.

¹⁶ Şahan, G., Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 52-55.

¹⁷ Aksu, 2006, s. 43.

kaynaklardan faydalanabilmesini sağlayan araçları sunan yazılım, yüklenmiş bilgi ile dizge arasındaki arabuluculuk görevini görür.¹⁸ Mantığın, verinin, belgenin, insanın ve programın birleşmesiyle oluşan yazılımlarda temel işlev, girdi şeklinde alınan verilerin işlenerek bilgiye dönüştürülmesidir¹⁹. Bu amaçla, yazılım geliştirme sürecinde, karmaşıklık düzeyi yüksek problemler, bilgisayar tarafından kabul edilebilecek formatlardaki işlem dizilerine indirgenecek şekilde biçimlendirilir²⁰.

II. Fikri Hukukta Yazılım

Fikri mülkiyet kavramı ilk olarak 18. yüzyılın ortalarında Amerika ve Avrupa’da özgün nitelikli, emek ve yaratıcılık sonucu meydana getirilen fikirleri korumak amacıyla ortaya atılmış olup, 1967’de kurulan Dünya Fikrî Mülkiyet Organizasyonu (WIPO - World Intellectual Property Organization) tarafından yaygın hale getirilmiş ve kanuni koruma kapsamına alınması sağlanmıştır. Yazılım da bir yaratıcılık ögesine sahip özgün bir fikir ürünü olduğundan Avrupa Konseyi’nin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına ilişkin 14 Mayıs 1991 tarihli Yönergesi’nde, 9 Eylül 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına ilişkin Bern Sözleşmesi’ne uygun olarak fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında “eser” olarak korunması esas alınmıştır. Bu kapsamda Avrupa Konseyi, yazılımların hukuki korunması için gerekli düzenlemeleri genel olarak belirlemiş ve ülkelere kendi iç hukuklarında bu yönde gerekli düzenlemelerin yapması için talimat yazısı göndermiştir. İşbu direktif öncesinde yazılımlar Avrupa Topluluğu’na üye ülkelerden sadece İngiltere’de “edebi eser” olarak korunmaktayken, direktif sonrası Avrupa Topluluğu’na üye ülkelerde yazılımların eser olarak korunması sağlanmış ve ülkelerde aynı yönde hukuki uygulama yapılması sağlanmıştır. Avrupa Konseyi’nin söz konusu direktifi Türk hukukunda yazılımların FSEK kapsamına dâhil edilmesinde de etkili olmuştur.²¹

¹⁸ Şimşek, s. 35.

¹⁹ Şen, C., “Kurumsal Uygulama Yazılım Paketlerinin Seçiminde Kullanılan Yaklaşımların Karşılaştırmalı Analizi İle Bir Model Geliştirilmesi ve Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2007, s. 6.

²⁰ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s.23.

²¹ Tiftik, N. / Özdal, Ö., Yazılımda Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması. Yazılım Kalitesi ve Yazılım Geliştirme Araçları 2008 (YKGS2008), 9-10 Ekim 2008, İstanbul.

FSEK’te 7.6.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun’la yapılan değişlikle bilgisayar programları olarak adlandırılan yazılımlar, hukuki koruma altına alınmış ve yazılımlar ile yazılım sonucu doğurması şartıyla hazırlık tasarımları, “ilim ve edebiyat eserleri” kategorisine dahil edilmiştir. Bilgisayar programı ya da yazılımın tanımı FSEK “Tanımlar” başlıklı madde 1-B’de “bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem ya da görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları” şeklinde yapılmıştır.

Bir fikri ürünün FSEK kapsamına eser sayılabilmesi için; kanunda sayılan katagorilere dahil olma olarak tanımlanan “şekli şarta”, sahibinin özelliklerini taşıma olarak tanımlanan “subjektif şarta” ve üçüncü kişilerce algılanabilme ve tasarrufa elverişli olma şeklindeki “objektif şarta” haiz olması gerekmektedir.²²

Bu kapsamda bir yazılımın, fikri hukuk çerçevesinde korunabilmesi için öncelikle eser vasfında olması için zorunlu olan objektif şartı barındırmalıdır. Bilgisayar programları, programlama dilleri ile vücut bulduğundan ve temel olarak yazılı metinlerden oluştuğundan, dil ve yazı ile ifade edilen bilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmektedir. Türk Hukukunda da bilgisayar programı olarak anılan yazılım ve bir sonraki aşamada program haline gelmesi koşulu ile yazılımın hazırlık çalışmaları, FSEK 2/I maddesi gereğince “ilim ve edebiyat eseri” olarak tanımlanmış ve FSEK kapsamındaki “eser” katagorileri arasında yer almıştır²³.

Subjektif unsur gereği ise yazılımın, sahibinin başka eserlerden kopya etmeksizin gerçekleştirdiği bağımsız fikri faaliyeti sonucu meydana getirdiği bir ürün olarak onun fikri yaratıcılık özelliklerini taşıması gerekmektedir²⁴. Başka bir ifade ile yazılım, benzerlerinden farklılık yaratacak mahiyette kendine ait özellikler taşımalı ve emek gerektiren bir çalışma sonucunda üretilmiş olmalıdır.

Yazılımın sahibinin hususiyetini yansıtacağı temel alanlardan bir tanesi program yapısının kurulması ve algoritmaların gerçekleştirilmesi aşamalarıdır. Yazılımın aşamalarında olağan olmayan ve kendine özgü özellik taşıyan içeriklerin varlığı,

²² Suluk, C. / Karasu, R. / Nal, T., Fikri Mülkiyet Hukuku. Seçkin, Ankara 2017, s. 42.

²³ Aksu, 2006, s. 79.

²⁴ Erel, Ş., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s. 33.

yazılımın sahibinin hususiyetini yansıttığının işaretidir. İşte fikir ve sanat eserleri hukuku yazılımı, programlama faaliyetindeki özgünlüğünün bu biçimde oluşturulmuş olması halinde korumaktadır²⁵.

Yazılımların eser niteliğinde ele alınması gereken önemli bir husus ise fiziki bir şekle bürünmüş olması gerekliliğidir. Esasen kural olarak bir fikrin eser olarak korunabilmesi mümkün değilse de bu kuralın istisnası olarak fikir, fiziki bir şekle bürünerek ifade edilmiş ise eser olarak korunabilir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1976/5913 Esas, 1977/7617 Karar sayılı ve 01.07.1978 tarihli kararı ile de; “sadece bir düşüncenin eser olarak kabul edilmesi mümkün olmadığı, söz konusu fiziki şekle bürünme ve ifade edilme şartı film şeridi, tahta, kaset ve CD gibi fiziki araçlarla olabileceği gibi söz, ses, görüntü ve hareket tarzı sabit olmayan vasıtalarla da yerine getirilebildiği, bilgisayar programlarının da eser olarak kabul edilebilmeleri için bu şartı gerektiği, sadece bir bilgisayar programına ilişkin düşüncelerin korunması mümkün olmayacağı, ayrıca günümüzde bilgisayar programlar yaygın olarak internet üzerinden yayınlanmakta ve indirilmeye sunulmakta olduğundan internet üzerinden yayınlanma da fiziki bir şekle alma ve ifade edilme olarak kabul edilmesi gerektiğine” hükmedilmiştir.²⁶

Bu bilgiler ışığında, verilen komutlar dizisini yerine getiren ve bilgisayarı kullanan herkesin aynı sonuca ulaşabileceği bilgisayar üretimi niteliğindeki hesaplar, şekiller, çizimler, çeviriler, uydu hava durumu haritaları yön bulma işaretleri vb. ürünler eser sayılmazlar. Zira sayılan bu kavramlar, eserin insanın fikri çabası sonucu meydana getirilen bir ürün olması şartına haiz olmadığından eser olarak nitelendirilemeyecektir. Ayrıca bilgisayar üretimi ürünlerinde bir eser sahibi söz konusu olmadığından hususiyet unsurunu da barındırmamaktadırlar ve bu yönü ile de eser olarak nitelendirilemezler. Zira ancak bilgisayar destekli olarak meydana getirilmiş olsa bile bilgisayarı kullanan

²⁵ Aksu, 2006, s. 88.

²⁶Y4.HD, 01.07.1978-1976/5913-1977/7617, Uzun, F. B., “Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi Ödevi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016., s. 12.

kişinin hakimiyetine bağlı, onun hususiyetini taşıyan ürünler eser niteliğine sahip olabilecektir.²⁷

Yazılımların unsurlarından olan; bilgisayar programlarının programlama dillerinden biriyle yazılması ve sonra da kodun bilgisayarın anlayacağı dile çevrilmesi aşamaları olan ve fikirlerin detaylı ifadelerle dönüştürülmüş hali olan kaynak ve object kod da fikri hukuk tarafından korunur. Bunun yanı sıra yazılım unsurlarından ara yüzlerin estetik niteliği fonksiyonel niteliğe göre baskın olması halinde görsel unsuru fikri hukuk koruması altına girebilecekken, yazılımın kullanıcı ile bilgisayar arasındaki iletişimi sağlayan kullanıcı ara yüzünün endüstriyel standartlar ve fikir niteliğinde olmayan fonksiyonel unsuru fikri hukuk tarafından korunmaz.²⁸

III. Patent Hukukunda Yazılım

“Patent”, sanayiye uygulanabilir teknik buluşlara resmi makamlarca verilen ve buluş sahibine izni haricindeki kullanımları öngörülen süre boyunca engelleme yetkisi kazandıran resmi bir belgedir. Dar yorumla belgeden doğan hakkı ifade eden patent, geniş anlamda ise hem buluş üzerindeki tekeli hakkı, hem de bu hakkı ortaya koyan resmi belgeyi ifade eder.²⁹

Patentin konusunu; “teknik buluş”lar oluşturur. Teknik buluş; doğal kuvvetleri etkisi altına alarak teknik ilerleme kaydeden maddi nesnenin içinde yatan fikrin gerçekleştirdiği sonuçtur. Başka bir ifade ile teknik buluş teknik ilerleme sonucu somutlaşmış fikir olarak da tanımlanabilir.³⁰

Bir buluşa patent verilebilmesi için yenilik niteliği taşınmalı; yani buluşta tekniğin hali hazır kuralı bulunmamalı, sanayiye uygulanabilir olmalı; yani buluş somut ve cismani bir ürün elde etmeye imkan sağlamalı ve patente konu yenilik ile tekniğin

²⁷ Merdivan, F., / Yavuz, L., / Alıca, T., Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (2 Cilt), Seçkin, İkinci Baskı, Ankara 2014, s. 55.

²⁸ 4M Danışmanlık, Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Korunması, 14 Haziran 2012, <http://www.4mpatent.com/2012/06/bilgisayar-programlarinin-eser-olarak-korunmasi/> e.t. 20.07.2019.

²⁹ Suluk / Karasu / Nal, s. 233-234

³⁰ Topaloğlu, Bilişim, s.55.

bilinen durumu aşılmış olmalı yani ortalama bir uzman tekniğin durumundan patente konu yeni çözüme ulaşamamalıdır.³¹

Patent için öngörülen bu şartlar kapsamında eğer buluş, buluş basamağını yani tekniğin bilinen durumunun aşılması durumunu taşııyorsa patent korumasından mahrum kalır. Bu durumda, patentle koruma altına alınamayan ancak barındırđı teknolojik yenilikler nedeniyle korunması faydalı ve gerekli görülen buluşlar bakımından benimsenen faydalı model korumasından yararlanabilir.³²

Ülkemizde patent tescil işlemleri Türk Patent Kurumu tarafından gerçekleştirilmektedir. Patent koruması için öncelikle, SMK madde 90'da belirtilen bilgi ve belgelere havi başvurular Türk Patent Kurumu'na sunulur. Patent koruması başvuru tarihinden başladığı için, başvurunun kesinleştiği tarih önemlidir. Başvuru Türk Patent Kurumu tarafından ilk aşamada şekil şartları açısından incelenir.³³ Patent başvurusu şekil bakımından aranan niteliklere haiz ise veya bildirilen eksiklikler giderilmiş ise, başvuru araştırılmaya hazır hale gelir. SMK'da öngörülen prosedürler tamamlandıktan sonra patent talebi tescil edilir ya da uygun olmayan başvurular reddedilir. Patent koruması başvuru tarihinden itibaren 20 yıldır. Patent sahibi, kendisine patent belgesi verilmesi ile birlikte buluş üzerinde birtakım fiileri tekelci yetkilere sahip olur ve söz konusu tekelci yetkiler patent sahibinin izni olmaksızın kullanılamaz.³⁴

Bilgisayar programlarının patent hukukunca koruma altına alınması konusu farklı hukuk sistemlerinde ciddi tartışmalara sebep olmuş bir konudur. Bu konuda açık kanuni düzenlemeler yapılması dahi bu tartışmaları sona erdirmiş değildir.

Yazılımlar ABD'de patente konu olabilmekte iken, Kara Avrupası'nda ve Türkiye'de ise teknik yönü olmayan bilginin derlenmesi, düzenlenmesi, sunulması ve iletilmesine ilişkin usuller patente konu olamaz.³⁵ Almanya Fransa, İngiltere vb.

³¹ Topaloğlu, Bilişim, s. 56-57.

³² Suluk / Karasu / Nal, s. 234.

³³ Suluk / Karasu / Nal, s. 265.

³⁴ Topaloğlu, Bilişim, s. 58.

³⁵ Suluk / Karasu / Nal, s. 243.

ülkelerin patent kanunlarındaki açık düzenlemeler uyarınca ise yazımlara patent verilmez.³⁶

Türk Hukukunda bu konuda SMK'da düzenleme yapılmıştır. SMK'nun "Patentlenebilir Buluşlar ve Patentlenebilirliğin İstisnaları" başlıklı 82/1. Maddesi gereği; teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir ancak aynı maddedenin 2. Fıkrasının c bendi gereğince bilgisayar programları buluş niteliğinde sayılmaz ve patentlenebilirliğin dışında kalır.

Zira, fikri ürün niteliğinde yazılımlar patent hukuku değil fikri hukuk kapsamında ele alınır. Yazılım unsurlarından fikri hukuk kapsamına giren, program akışı, kaynak veya nesne kodu ile kullanıcı ara yüzünün görüntülü ve sesli kısımları da patente konu olamaz.³⁷

Başka bir ifade ile teknik yönü olmayan yazılımlar patent korumasından yararlanamaz. Ancak bu hükümlerden ülkemizde yazılımların hiç bir şekilde patente konu olamayacağı şeklinde bir sonuca ulaşmak doğru olmaz. Zira teknik yönü bulunan bir yazılım patentlenebilir.³⁸ Nitekim yazılım unsurlarından program akışı, kaynak ve object kod ile kullanıcı arayüzünün audiovisual kısmı patente konu olmasa bile, fonksiyonel nitelikteki kullanıcı arayüzü unsurlarının patent hukuku tarafından korunması mümkündür. Ayrıca bilgisayar programlarının bizahiti kendisinin patente bağlanabilmesi bakımından da algoritmanın patentlenebilirliği konusu önem taşımaktadır.³⁹ Program algoritmaları, teknik bir sonuç meydana getirecek bir alana ilişkin olmaları kaydıyla, kanunda aranan patentlenebilirlik için gerekli olan yenilik, sanayiye uygulanabilir olma ve bilinen tekniği aşma şartlarını taşıyabilir. Özellikle de sistem programı algoritmalarının da bu teknik niteliğinin daha baskın olduğu söylenebilir. Teknik bir fikrin, bilgisayar donanımında yer alması veya programda bir

³⁶ Topaloğlu, Bilişim, s. 59.

³⁷ Altunkaynak A. ,Türk Patent Enstitüsü Patent Dairesi Başkanlığı,Uzmanlık Tezi,Bilgisayar Yazılımlarının Ve İş Metotlarının Patentlenebilirliği, Aysun Altunkaynak, Ekim 2003, Ankara,s. 24

³⁸ Suluk / Karasu / Nal, s. 243.

³⁹ Topaloğlu, Bilişim, s. 59.

unsuru olarak mevcut olması arasında bir fark olmadığı göz önüne alındığında teknik fikir niteliğindeki algoritmaların patent hukuku koruması sağlamak gerekir.⁴⁰

Nitekim bu konuda Alman Federal Patent Mahkemesinin 12 Ağustos 1987 tarihli kararı ile; program algoritmalarının teknik bir proseste kullanılması veya teknik bir sonuç meydana getirmeleri halinde, patente konu olabileceğini belirtmiştir.⁴¹

Bunun yanı sıra yazılımlar, kendisinin değil de yazılımın içinde bulunduğu teknik buluşun patentlenmesi yolu ile de dolaylı bir patent korumasına konu olabilmektedir. Yani yazılımın patent koruması, onun bir makinenin veya endüstriyel bir prosesin parçasını oluşturuyor olmasından kaynaklanmaktadır. Yazılımın içerdiği talimatlara göre işletilen bir makine veya bilgisayar, yeni ve buluş basamağı şartına havi bir teknik işlemi yerine getirebilirse, bu teknik işleme yönelik patent başvurusu kabul edilebilir.⁴²

Örneğin bir fırının sıcaklık derecesini ayarlayan bir yazılım, patente konu olacak bir buluş olmamasına rağmen, aynı yazılım ile kontrol edilen fırının kendisine patent verilmesi mümkündür.⁴³

AB ve Türk hukukundan farklı olarak fikrî-işlevsel ürün niteliği nedeniyle yazılımlar başta ABD olmak üzere pek çok gelişmiş ülkede patent korumasından yararlanabilmektedir. Hatta yerleşmiş telif hakkı kurallarının gelişen teknolojik gelişmelere uyarlanmasında yaşanan güçlükler nedeniyle, yazılımlar bakımından patent korumasına giderek artan bir eğilim sergilendiği söylenebilir⁴⁴. Amerikan Hukukunda bilgisayar programlarının patentlenmesi ilk kez U.S. Supreme Court'un 1981 yılında verdiği karar ile kabul edilmiştir. Amerika Yüksek Mahkemesi; bir patent başvurusunun sadece matematiksel formül, bilgisayar programı veya dijital bilgisayar kullanılmasından ötürü reddedilmesinin hukuka uygun olmayacağına hükmetmiştir. Ve

⁴⁰ Topaloğlu, Bilişim, s. 62.

⁴¹ Altunkaynak, s.25.

⁴² Altunkaynak, s.25.

⁴³ Topaloğlu, Bilişim, s. 63.

⁴⁴ Adam, C., Hukuki ve cezai boyutları ile bilgisayar programlarının korunması. 30 Aralık 2018, <https://medium.com/@agbabacansu/hukuki-ve-cezai-boyutlari-i-75e31969e59f> e.t. 20.07.2019.

bu karar sonrasında “somut, yararlı ve gerçek” sonuçlar meydana getirmesi kaydıyla çeşitli bilgisayar programlarına ilişkin buluşlara patent verilebilmektedir⁴⁵.

Avrupa Patent Ofisi uygulamalarına göre ise yazılıma patent verilebilmesi için yazılım ile bilgisayarın olağan fiziksel iletişimin ötesinde farklı teknik bir etki doğurmaları gerekmektedir. Bu görüşün dayanağı Avrupa Patent Örgütü Teknik Temyiz Kurulu’nun vermiş olduğu T.0208/84 Dosya No’lu ve 15.07.1986 tarihli kararı olup söz konusu kararda; “buluşun altında yatan matematiksel bir metot olmasına karşın, başvurunun bir bilgisayar programının kontrolü altındaki teknik bir sürece ilişkin olduğu belirtilerek, patentin söz konusu matematiksel metoda ya da bilgisayar programına yönelik olmadığı” kabul edilmiş ve dava konusu buluşa patent verilmesinin kabul edilmesine dair hüküm oluşturulmuştur.⁴⁶

Yazılımların patente konu olması ya da eser olarak korunmasına ilişkin tartışmaların sadece hukuki boyutta değil ekonomik ve teknik boyutta da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yazılımlar için patent korumasının sağlayabileceği avantaj ve dezavantajlara kısaca değinmek uygun olacaktır. Yazılımlar hakkında patent korunması uygulanmasının avantajları; patent korunmasının ürünün arkasındaki fikri de korunması ile patent korunması için mahkemeler haricinde idari makamların da bulunması hususlarıdır. Patent korumasındaki tescil sistemi sayesinde patente konu olan değer daha net ve keskin bir şekilde belirlenmektedir. Bu iki durumun yazılım sahiplerine büyük avantajlar sağlayacağı açıktır⁴⁷.

Patent korumasının bazı dezavantajları da söz konusudur. Patent korumasının dezavantajı olarak; telif haklarındaki 70 yıllık koruma süresinin patent korumasında 20 yıla düşmesi ve patent korunmasının ifşa yükümlülüğü gösterilebilir. Koruma süresinin kısılmasının yazılımların kısa ömürleri ve hızlı gelişimleri nedeniyle çok büyük olumsuzluklara neden olmayacağı ileri sürülebilirse de, patent tescil süreçlerinin uzunluğu, kısa ömürlü yazılımlar açısından patent alınmasını elverişsiz hale getirebilecektir. Ayrıca yazılımın patent ile korunması halinde, telif hakları korumasından farklı olarak tüm kaynak kodlarının kamuya açıklanması gerekecek ve bu

⁴⁵ Uzun, s. 15.

⁴⁶ Uzun, s. 16.

⁴⁷ Uzun, s. 15.

kodlar 20 yıllık koruma süresi sonunda herkes tarafından kullanılabilir. Ayrıca patent korumasına sahip olabilmek için yazılımın telif haklarına oranla daha yüksek standartlara sahip olması gerekmektedir⁴⁸.

IV. Yazılımın Hukuki Niteliği

Yazılımın hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda yazılımı eşya olarak niteleyen ve eşya olarak nitelemeyen iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

A. Yazılımı Eşya Kabul Eden Görüş

Yazılımı “eşya” olarak ileri süren görüşe göre; yazılım kendisinden beklenen fonksiyonu ancak maddî bir nitelik kazandığında, başka ifadeyle cismanileştiğinde yerine getirebilmektedir. Bu görüşe göre; imal edilmiş bir yazılımın işleme konu olabilmesi, ekonomik bir değer kazanması ve kullanıcının yazılımdan yararlanabilmesi için yazılımın herhangi bir veri taşıyıcısı üzerine yerleştirilmiş olması gerekmektedir.⁴⁹

Yine bu görüşe göre; yazılımın devri ile veri taşıyıcısının devri eşit niteliktedir, zira her ne kadar donanım, yazılım ve kullanıcı arasındaki bilgi aktarımı maddî nitelikte yani gözle görülür şekilde olmasa da bilginin kaydedilebilmesi için maddileşmiş olması gerekmektedir.⁵⁰

Alman hukukçuları tarafından ileri sürülen⁵¹, İsviçre⁵² ve bazı Türk Hukukçuları⁵³ tarafından da benimsenen diğer bir görüşe göre yazılım ya da program maddi bir varlık

⁴⁸ Uzun, s. 14-15.

⁴⁹ Şahan, s. 14; Marly, J. P., “Softwareüberlassungsverträge”, München 1991, s. 73; Taeger, J., “Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme”. CR, 1996, s. 261; König, M. M., “Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen des §90 BGB”, NJW 1989, s. 2605; Marly, J. P., “Softwareüberlassungsverträge”, München 1991, s. 433.

⁵⁰ Şahan, s. 14.

⁵¹ König, M. M., “Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen des §90 BGB”, NJW 1989, s. 2605; König, M. M., “Zu Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung”, NJW 1990/25, s.1584; König, M. M., “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sach kant”, NJW 1993/48, s.3124; Marly, J. P., “Softwareüberlassungsverträge”, München 1991, s. 73; Taeger, J., “Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme”. CR, 1996, s. 261; Hoeren, T., “Anmerkung für BGH”. Urt. V. 18.10.1989- VIII ZR 325/88. JZ 1990/5, 236-241.

⁵² Fuhrer, S., “Computerviren und Haftung”, SJZ 1991/87, s.130-131.

olup ister disket, CD-ROM gibi bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş olarak teslim edilmiş olsun, ister veri taşıyıcısı olmaksızın doğrudan kullanıcının bilgisayarına kaydedilmiş olsun, yazılımın devri sözleşmenin konusu bir eşya devri ve teslimidir.⁵⁴

Bu görüş savunucuları BGH kararını da öne sürerek görüşlerini, BGH'nin 1987 tarihli bir karardaki; "sözleşmenin konusunun ... içinde cisimlendirdiği programla birlikte veri taşıyıcısı olduğu ve bundan dolayı program devrinin hiç olmazsa maddi bir varlık, bir şey devrinde olduğu gibi şey satışına ilişkin hükümlere tabi tutulmasının uygun olacağı" şeklindeki gerekçesine ve yine BGH'nin farklı bir kararındaki "veri taşıyıcısı olmaksızın doğrudan program aktarımının gerçekleştiği" yönündeki karar gerekçesine dayandırmışlardır.⁵⁵

B. Yazılımı Eşya Olarak Kabul Etmeyen Görüş

Yazılımı "eşya olarak kabul etmeyen" görüşe göre; yazılım onu taşıyan veri taşıyıcısından bağımsızdır ve o veri taşıyıcısından başka iletişim araçları vasıtasıyla da taşınabilmektedir. Nitekim bilgisayara internetten indirilen bir yazılım söz konusu olduğundan bir veri taşıyıcısına da gerek kalmamakta ve sonuç olarak yazılımı taşıyabilmek için veya devredebilmek için yazılımın kendisinden başka bir eşyanın varlığına gerek olmamaktadır.⁵⁶

Bu görüşe göre yazılımın bir veri taşıyıcısı üzerinde devir edildiği durumlarda eşya hukuku anlamında şey olduğu doğrudur; ama bu veri taşıyıcısı ile veri taşıyıcısı içine yüklenen veri ekonomik anlamda ayrı önem taşınmaktadır. Esas olan taşıyıcı içindeki veri olup, sözleşmenin konusunun da taşıyıcı içindeki veridir. Bu nedenle taşıyıcıya yüklenmiş veri, veri taşıyıcısından kıyas kabul edilmeyecek boyutta çok daha yüksek bir değere sahiptir.⁵⁷

⁵³ Yıldırım, M. F., Standart Bilgisayar Devir Sözleşmeleri, TBV – Türkiye Bilişim Vakfı, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 51-55; Kaypakoğlu, S., Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997, s. 135-138.

⁵⁴ Erişgin, Standart Yazılım, s. 226.

⁵⁵ Erişgin, Standart Yazılım, s. 229.

⁵⁶ Şahan, s. 18.

⁵⁷ Erişgin, Standart Yazılım, s. 222-223; Engel, s. 1159-1165; Megede, s. 2582; Mehrings, s. 1986, 1905; Heussen, s. 781.

Bunun yanı sıra son kullanıcının bilgisayara doğrudan, elektronik ağlar ya da kablolar üzerinden aktarılarak yüklenen yazılımların da eşya olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira bu halde maddi bir şey teslimi yapılmamakta, sadece fikri bir varlığı olan veri aktarılmaktadır.⁵⁸

Bu görüş kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir görüşe göre de yazılım, fikri hukukun koruma alanına dahil olan gayri maddi bir mal olarak, veri taşıyıcısı ise eşya olarak nitelendirilmelidir. Bunun sonucu da yazılım fikir ve sanat eserleri hukuku hükümlerine, veri taşıyıcısı ise eşya hukuku hükümlerine tabi olmalıdır.⁵⁹

Bu görüşe göre yazılım, taşınabilir bir veri taşıyıcısına yüklenerek veri taşıyıcısının teslimi ile devralana devredilebileceği gibi, doğrudan devralanın bilgisayarına yüklenerek de devredilebilmektedir. Ancak yazılım hangi şekilde devir edilirse edilsin, amaç yazılımı maddileştirmek olmadığı gibi devir şekli yazılımın maddileşmesini de sağlamaz. Zira yazılımı taşıyan CD Room, disket, harddisk vs. gibi taşıyıcılar adeta yazılımın ambalajıdır. Maddî nitelikteki bu veri taşıyıcısının eşya olduğu sabittir. Ancak veri taşıyıcısının maddi eşya olma niteliği yazılımın fikrî hukuk kapsamında gayri maddi bir mal olma niteliğini etkilemez. Bu nedenle ki taşıyıcısından ayrılabilen yazılım, kendi taşıyıcısından ayrı bir varlık olarak değerlendirilmelidir.⁶⁰

C. Değerlendirme

Yazılım üç farklı şekilde devredilebilir. Şöyle ki:

- i. Yazılım, satıcıdan perakende olarak yüklü olduğu CD veya başkaca bir taşıyıcı materyal içeriğinde kutulu şekilde offline şekilde teslim edilebilir/alınabilir.
- ii. Yazılım, OEM Sürüm (Orijinal Equipment Manufacturer / Orijinal Donanım Üreticisi) olarak adlandırılan, bilgisayar donanımının üretici

⁵⁸ Erişgin, Standart Yazılım, s. 224.

⁵⁹ Erişgin, Standart Yazılım, s. 224.

⁶⁰ Erişgin, Standart Yazılım, s. 235-249.

tarafından bilgisayara yüklenmiş şekilde bilgisayarla birlikte offline şekilde teslim edilebilir/alınabilir.

- iii. Yazılım, hak sahibinin web sitesinden on-line olarak satın alınması suretiyle doğrudan bilgisayara indirilme şeklinde teslim edilebilir/alınabilir⁶¹.

Her ne şekilde teslim edilirse edilsin, yazılımların fikri hak konusu olarak kabul edildiği ve FSEK kapsamında eser olarak tanımladığı göz önüne alındığında yazılım şüphesiz “gayri maddi bir mal”dır⁶². Yazılımın yüklendiği harici veri taşıyıcısı ise maddi bir varlık olup, eşya niteliğindedir⁶³.

Bu nedenledir ki, bir yazılım, floppy diske, manyetik banda veya ROM cihazına vb. harici bir veri taşıyıcısına yüklendiğinde bu maddi şeylerin mülkiyeti dışında fikri hukuk korumasına konu farklı bir mülkiyet hakkı daha doğmaktadır⁶⁴.

Sonuç olarak; yazılım geliştirilip harici bir veri taşıyıcısına kaydedildiğinde, iki farklı mülkiyet söz konusu olmaktadır. Bunlar⁶⁵:

- i. Veri taşıyıcısı üzerindeki fiziksel mülkiyet,
- ii. Veri taşıyıcısına yüklenen gayrimaddi mal olan yazılım üzerindeki mülkiyettir.

V. Yazılım Türleri

Yazılım türlerinin farklı sınıflandırmalarının yapıldığı görülmekte ise de birçok sınıflandırmaya göre yazılımlar, uygulama yazılımları ve sistem yazılımları olmak üzere iki ana grupta toplanmaktadır. Uygulama yazılımları son kullanıcılar için bilgi işlem görevlerini yerine getiren yazılımlarken, sistem yazılımları ise ağ ve bilgisayar sistemi operasyonlarını yöneten ve destekleyen yazılımlar olma özelliği taşır. Uygulama yazılımları, genel amaçlı uygulama yazılımları ve uygulamaya özel yazılımları içine

⁶¹ Oğuz, S. Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Oniki Levha, Birinci Baskı, İstanbul, 2017, s. 471.

⁶² Topaloğlu, M., Bilgisayar Programlarının Fikri Hukuka Göre Korunması, Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2 Mayıs 2009, <https://bilfim.bilgi.edu.tr/public/docs/MustafaTopaloglu.ppt> e.t. 22.07.2019.

⁶³ Erişgin, Standart Yazılım, s. 224.

⁶⁴ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 126.

⁶⁵ Topaloğlu, Bilgisayar Programlarının, s.1.

alır. Sistem yazılımları ise sistem yönetim yazılımları ve sistem geliştirme yazılımlarını kapsar.⁶⁶

Ancak bu çalışmada Yıldırım'ın dört grup altında toplanan ikili sınıflandırması⁶⁷ temel alınmakla birlikte bu sınıflandırmaya açık kod ve özgür yazılımlar ile fraud ve anti-fraud yazılımlar da eklenmiştir. Buna göre, bu çalışmada incelenecek yazılım türleri; Donanıma yerleşik ve donanımdan ayrılabilen yazılımlar, İşletim sistemi ve uygulama yazılımları, Standart ve özel yazılımlar, Açık kod yazılımlar ile Fraud yazılımlar olacaktır.

Türk Hukukunda yazılımlar, türüne ve icra ettiği fonksiyona bakılmaksızın sahibinin hususiyetini taşıması şart ile fikri hukuk korumasından aynı ölçüde yararlanmaktadır. Zira fikri hukuk korumasından yararlanıp yararlanmaması konusunda meydana getirdikleri fonksiyonlar açısından Türk hukukunda herhangi bir ayırt edici düzenlemeye yer verilmemiştir.⁶⁸

A. Donanıma Yerleşik ve Donanımdan Ayrılabilen Yazılımlar

Bilgisayarların gelişim tarihinde ilk kuşak ve ikinci kuşak bilgisayarların yazılımlarının donanıma bitişik olduğu, donanımla birlikte onun tamamlayıcı bir parçası olarak devredildiği; donanımdan soyutlanabilen, böylece bir veri taşıyıcısına bağımsız olarak kaydedilebilen bilgisayarların üçüncü kuşakla birlikte ortaya çıktığı bilinmektedir. Bununla birlikte elektronik sistemlerle çoğunlukla, yalnızca belirli bir sorunu çözmeye yönelik, donanıma yerleştirilen bir bilgisayar yazılımı da kullanılmaktadır. Örneğin otomobillerde fren sistemlerinin ve çeşitli göstergelerin bilgisayara bağlanması, otomatik çamaşır ve bulaşık makinelerinde, akıllı fırın denilen zaman ayarlı, programlanabilen fırınlarda, hesap makinelerinde, belirli bir dilde sözlük yazılımını içerir cep bilgisayarında, yazılım, donanıma yerleştirilmiştir.⁶⁹

⁶⁶ O'Brien, J. A., Management Information Systems - Managing Information Technology in the Business Enterprise, McGraw-Hill, 6th edition, New York 2003.; Şen, s. 8.

⁶⁷ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 11-14.

⁶⁸ Dalıyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 35.

⁶⁹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s.11.

Kişisel bilgisayarlarda da donanıma yerleştirilmiş yazılımlar kullanılmaktadır. Bu yazılımlar, bilgisayarda başlama (start-up), kapama (switch-off) ve giriş/çıkış işleminin kontrolü için gereklidir. Yerleşik yazılımlar belleğin, ROM (Read Only Memory) veya EPROM bölümünde bilgisayarın yapımı sırasında normal olarak bir daha değişiklik yapılmayacak şekilde konur. Bilgisayar açılır açılmaz devreye girerler ve bilgisayarı komut almaya elverişli hale getirirler.⁷⁰

Buna karşılık donanımdan bağımsız yazılımlar; donanımdan soyutlanabilen ve uyumlu her donanımda fonksiyonel olan, bağımsız olarak bir veri taşıyıcısında bulunabilen yazılımlardır. Donanımdan ayrı olarak yazılımlar üzerinde sözleşmelerin yapılmaya başlanması, ancak teknolojinin sunduğu bu imkânla birlikte gerçekleşebilmiştir.⁷¹

Bu iki yazılım türünün donanımın hukuki kaderine tabi olup olmama bakımından farklılık söz konusu olduğu gibi geliştiricilerin sahip oldukları haklar açısından da farklılıklar bulunmaktadır. Donanıma yerleşik bir yazılım geliştiren, donanımın her el değiştirmesinde yazılımın da el değiştirmesini engelleyemeyecektir. Diğer yandan donanıma yerleşik olmayan yazılımları geliştirenler bazı durumlarda yazılımın el değiştirmesinin önüne geçecek yasal zemin oluşturabilmektedirler. Yine de standart bir bilgisayar yazılımı denildiğinde genelde donanıma yerleşik olmayan yazılımlar anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, donanıma yerleşik yazılımların da standart, kişilerin arzularına göre değişmeyen yazılımlar oldukları unutulmamalıdır. Donanıma yerleşik yazılımlar donanımın kaderine bağlı olduğundan ve farklı bir özellik göstermediğinden, bu çalışmada özellikle donanıma yerleşik olmayan standart yazılımlar incelenmektedir.⁷²

B. İşletim Sistemi ve Uygulama Yazılımları

Sistem yazılımının geliştirilmesi karmaşık bir iştir ve bilgisayar teknolojisi hakkında kapsamlı bilgi gerektirir. Karmaşıklığından dolayı kullanıcılar onu

⁷⁰ Meadows, R., / Parsons, A. J., Microprocessors: Essentials, Components and Systems, Pitman Publishing, London 1983, s. 7.

⁷¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 12.

⁷² Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 12.

geliştiremez.⁷³ Sistem yazılımı, bir bilgisayar sisteminin ayrı ayrı donanım bileşenlerini kontrol etmek, entegre etmek ve yönetmekten doğrudan sorumlu olan birkaç yazılımdan oluşur. Yeni bir bilgisayar sistemine her zaman, üretici tarafından sağlanan bir diskette veya CD’de depolanan bazı yazılımlar eşlik eder. Bu yazılımlar bilgisayar sistemini ve bilgi işlem faaliyetlerini yönetir ve destekler. Kullanıcılar tarafından daha az fark edilen sistem yazılımları, genellikle donanımla veya bu yazılımla sağlanan uygulamalarla etkileşime girerek yazılımcıların gereksinimlerini karşılamak için uygulamalar oluşturabilecekleri bir programlama⁷⁴ ortamı sağlar. Bu ortam, donanımda bulunmayan fonksiyonları yerine getirerek bir uygulama yazılımının yürütülmesi ile ilgili görevleri yerine getirir. Bu nedenle, sistem yazılımı, bilgisayarın donanımı ile yazılım uygulaması arasında bir ara yüz görevi görür. Sistem yazılımlarına başlıca örnekler; işletim sistemi, aygıt sürücüler, dil işlemcileri ve sistem yardımcı yazılımlardır.⁷⁵

Bir kullanıcı ile donanım arasında bir ara yüz oluşturan bir yazılım olan işletim sistemi, bilgisayar donanım aygıtları arasındaki etkinlikleri koordine eden talimatlar içerir, bu nedenle sabit diskten ana belleğe yüklenmesi gerekir. Bu işletim sistemini ana bellekte yükleme işlemine “Önyükleme” (Booting Up veya Bootstrapping) adı verilir⁷⁶.

Aygıt sürücüler, işletim sistemi için tarayıcı, yazıcı, modem, kamera vb. farklı donanım aygıtlarını çalıştıracak bir dizi talimatlar içeren yazılımlar veya dosyalardır. Dil işlemcileri, kaynak kodunu bir nesne koduna veya makine koduna çevirebilen yazılımlardır⁷⁷.

Sistem yardımcı yazılımları ise diski yedekleme, virüs taraması/temizliği veya bilgi düzenleme gibi temizlik işlevlerini gerçekleştirerek bilgisayara yardımcı olan uygulama yazılımlardır. Antivirüs yazılımları, dosya yönetimi araçları, sıkıştırma

⁷³ Petruzella, F. D., Unit 3: Software and Programming Languages. In Programmable Logic Controllers, McGraw-Hill Science/Engineering/Math, 2nd edition, New York 1988, s. 61-63. <http://download.nos.org/basiccomp/13.pdf>, e.t. 13.03.2019.

⁷⁴ Bilgisayarların istenen işlemi yapabilmesi için belirli bir düzende çalıştırılması ve yönlendirilmesi gerekir. Bu yönlendirme işlemine ‘programlama’ denir (Topaloğlu, Bilişim, s. 1).

⁷⁵ Parameswaran, R., Software Flowcharts and Program Development: Software Types. In Computer Application in Business, , S.Chand & Company Pvt. Ltd., New Delphi 2008, s. 58.

⁷⁶ Kendriya V., Armapur, Chapter 2: Software Concepts, 2017, s. 1. www.kv1armapur.org/admin/downloads/545732416chapter_2.pdf e.t. 01.03.2019.

⁷⁷ Kendriya, s. 4.

araçları ve disk yönetimi araçları, yaygın olarak kullanılan sistem yardımcı yazılımlarına örnek olarak gösterilebilir.⁷⁸

Uygulama yazılımları; bilgisayar kullanıcılarının hesaplar, mağazalar, ödeme sistemleri gibi belirli görevlerini yerine getirmek için yazılmış bir dizi programdır. Bu yazılımlar, kullanıcının görevleri gerçekleştirmesine yardımcı olmak için yüksek seviyede bir dilde geliştirilmiştir. Örneğin, sınıftaki her öğrencinin not kağıdını basmak veya bir şirketin hesaplarını oluşturmak için bir paket geliştirilebilir⁷⁹. Uygulama yazılımlarının birincil işlevi, bilgisayarın gücünden yararlanarak bireylere, çalışma gruplarına ve tüm kuruluşa sorunları çözme ve belirli görevleri gerçekleştirme yeteneği kazandırmaktır. Uygulama yazılımları, sistem yazılımıyla etkileşime girer; daha sonra sistem yazılımı gerekli işleri yapmak için bilgisayar donanımını yönlendirir⁸⁰.

Uygulama yazılımı, bilgisayar sistemlerinin kullanıcının istediğini yapmasını sağlayan prosedürleri ve talimatlardan oluşur. Yazılım tasarımı temel olarak üç soyut kavram içerir. Bunlar: algoritmalar, veri yapıları ve dosya yapılarıdır. Algoritmalar hesaplama için prosedürler veya tariflerdir⁸¹. Bunlar, örneğin sıralama, metin arama vb. sayısal veya sayısal olmayabilirler. Öte yandan, veri yapıları, bilgisayarın hafızasında, örneğin dizide veya ağaç yapısında bilgilerin nasıl düzenlendiğini belirtir. Dosya yapıları ise art arda, doğrudan erişilen veya ters çevrilmiş dosyalar gibi büyük miktarlarda bilginin depolanma şeklini gösterir.⁸²

C. Standart ve Özel Yazılımlar

⁷⁸Kendriya V., Armapur, Chapter 2: Software Concepts, 2017, s. 1-4. www.kvlarmapur.org/admin/downloads/545732416chapter_2.pdf e.t. 01.03.2019.

⁷⁹ Petruzella, s.61.

⁸⁰ Unibo, Lecture Notes. Introducing Software - Software Applications A.Y. 2018/2019: What is software?, 2018, s.25. www.cs.unibo.it/~nuzzoles/courses/sw-applications/slides/Software.pdf. e.t. 05.03.2019.

⁸¹ Algoritma en geniş anlamıyla, verilerden hareketle istenen sonucun nasıl alınacağını gösteren bir uygulama metodudur. Algoritma; çözüm yolu aranan problemin herhangi bir adımında ne gibi işlemler yapılacağını tıpkı bir yemek tarifinde olduğu gibi yazıya dökülmüş halidir. Algoritmada her adımda giriş veya çıkış bilgileri, bölme, çarpma, aktarma, test ve benzeri işlemler yer almalıdır. (Topaloğlu, Bilişim, s. 7).

⁸² EGyanKosh, Unit 4: Introduction to Application Software: 4.3. Applications Software, 2007, s.6. www.egyankosh.ac.in/bitstream/123456789/33166/1/Unit-4.pdf e.t. 05.03.2019.

Standart ve özel yazılımlar, uygulama yazılımlarının türleridir. Standart yazılımlar, bir bilgisayar sisteminde ortak görev yapmak zorunda olan kişiler için yazılır. DBase, Lotus 1-2-3, FoxPro, MS Office gibi paketler standart yazılımlara örnek olarak gösterilebilir. Herhangi bir kişi bu yazılımları kullanabilir çünkü farklı uygulama ve amaçlar için kullanılabilir. Bir diğer deyişle standart yazılımlar toplu veya genel tüketim için yazılmışlardır.⁸³

Özel yazılımlar ise özellikle kullanıcı için yüksek seviyeli bilgisayar dilleri kullanan bir yazılım tarafından geliştirilmiştir. Örneğin, herhangi bir okula özel bir durum raporunu hazırlamak için özel bir yazılım geliştirildiğinde, öğrencilerin adı, adresleri, veli adı, ödemeler, alınan puanlar gibi okula özel özel bir paket geliştirilmiş olur ve bu paket diğer okullar için herhangi bir şekilde kullanılamayacağından özel yazılımlar olarak adlandırılır.⁸⁴ Nelson, Richmond ve Seidmann, standart ve özel yazılımlar arasındaki temel farka yönelik olarak; standart yazılıma yapılan değişiklikler yoluyla kullanıcı gereksinimlerini karşılamanın maliyet açısından faydalı olmadığı durumlarda özel yazılımın geliştirildiğini belirtmektedir⁸⁵.

D. Açık Kod ve Özgür Yazılımlar

Açık kod ya da açık kaynak kodlu yazılımlar telif hakkı olmayan ve herhangi bir kısıtlama olmadan özgürce kullanılabilen yazılımlardır⁸⁶. Açık kaynak kodlu yazılımların temel unsurları, kaynak kodlarının açık olması ve bu kodların rahatça geliştirilebilir, değiştirilebilir olmasıdır⁸⁷. Kaynak kodu müşteriye ücretsiz verilen bu yazılımlarda bazı durumlarda ücret söz konusu olabilmektedir. Bu yazılımın daha fazla

⁸³ Petruzella, s. 61.

⁸⁴ Petruzella, s. 61.

⁸⁵ Nelson, P., / Richmond, W., / Seidmann, A., “Two Dimensions of Software Acquisition”, Communications of the ACM, 1996, Cilt 39, Sayı 7, s. 25.

⁸⁶ ILTA, Best Practices in Licensing Agreements, ILTA’s Licensing Task Force, 2010, s .9. www.iltanet.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=9725dd0b-348f-4a75-92fa-68bfbce6d552_.e.t. 02.03.2019.

⁸⁷ Demirtel, H., / Sağiroğlu, Ş., “Özgür Dağıtım Konu Olan Yazılımlar: Nedir, Ne Kadar Güvenlidir?” TÜBAV Türk Bilim Araştırma Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2011, s. 56.

geliştirilebilmesi için ödeme alınabilmektedir⁸⁸. Açık kaynak kodlu yazılımlar arasında günümüzde en kapsamlı ve en bilinen yazılımların başında Linux gelmektedir⁸⁹.

Açık kaynak kodlu yazılımların en yaygın çeşidi olan özgür yazılım; kullanıcılarına yazılımı çalıştırma, kopyalama, dağıtma, üzerinde çalışma, değiştirme ve geliştirme özgürlüğü sağlayan yazılımdır. Bir yazılım her türlü amaç için programı çalıştırma, program kaynak koduna erişim suretiyle programın nasıl çalıştığını inceleme ve kendi gereksinimleri doğrultusunda değiştirme, yeniden dağıtma ve toplumla paylaşma, programı geliştirme ve gelişmiş haliyle topluma dağıtma şeklinde dört temel hakka birlikte sahipse ‘özgür yazılım’ olarak değerlendirilebilir. Bu özgürlüklere sahip olmak, kimseden izin almamayı da içermektedir.⁹⁰ Özgür yazılımlar için ise herhangi bir ödeme yapılması gerekmez. Bu tür yazılımlara erişim ücretsizdir ve bu yazılımlar herkes tarafından özgürce kullanılabilir, değiştirilebilir, geliştirilebilir.

Özgür yazılımlardan güncel olarak en yaygın olarak kullanıldığı lisans türü, GNU GPL olarak bilinen “General Public License” adlı lisans türüdür⁹¹. GPL, Türkçe anlamı ile “Genel Kamu Lisansı” olarak bilinen lisanstır. İlk defa 1989’da Richard Stallman tarafından hazırlanmıştır⁹². Richard Matthew Stallman, MIT’nin (Massachusetts Institute of Technology) yapay zekâ laboratuvarlarında serbest yazılımı destekleyen bir grupla beraber yazılım geliştirici olarak çalışmış ve 1984 yılında “GNU” olarak adlandırdıkları tamamen özgür yazılımların meydana getirdiği bir işletim sistemi geliştirilmesi çalışması başlatmıştır. GNU’nun açılımı, “GNU is Not Unix” (GNU Unix Değildir) şeklindedir. Stallman tarafından yapılan bu çalışmada yazılan özgür yazılımları bir araya toplanmak amacı ile 1985 yılında Özgür Yazılım Vakfı’nı (FSF - Free Software Foundation) kurulmuş ve GNU yazılımlarını korumak için 1989 yılında

⁸⁸ Kendriya V., s. 4.

⁸⁹ Tekeli, E., Açık Kaynak İşletim Sistemi Ders Notu – 1, Çukurova Üniversitesi, Adana 2015, s. 2. www.abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/BL%20121/57143086_linux1.pdf e.t. 25.02.2019.

⁹⁰ Güneş, İ., Kamu Kurumlarında Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Kullanılmasının Ekonomik Faydaları: Yerel Yönetimler İçin Pilot Uygulama Önerisi, Şelçuk Üniversitesi Karaman İ.İ.B.F. Özel Sayısı, Mayıs 2017, s. 153

⁹¹ Özalp, M., Özgür Yazılım Nedir? 8 Aralık 2015, <http://web.bilecik.edu.tr/murat-ozalp/page/17/> e.t. 12.07.2019.

⁹² WM Aracı, GPL Nedir? GPL Lisansı ve GPL Lisansı Nasıl Alınır? 16 Kasım 2016, <https://wmaraci.com/nedir/gpl> e.t. 12.07.2019.

GPL yazılım lisansı oluşturulmuştur. GPL lisansının esaslı amacı, GPL lisansı ile lisanslanan özgür yazılımların, özgürlüklerini korumaktır.⁹³

Özgür Yazılım Vakfı özgür yazılımı; aşağıda belirtilen “0 dan başlayan 4 özgürlüğü koruyan lisans” olarak tanımlamaktadır.

- i. 0 No’lu özgürlük: Programı çalıştırma özgürlüğü.
- ii. 1 No’lu Özgürlük: Kaynak koduna erişme gereksinimleri uyarınca değiştirme özgürlüğü
- iii. 2 No’lu özgürlük: Programın kopyalarını yeniden dağıtma özgürlüğü
- iv. 3 No’lu özgürlük: Programı geliştirilmiş kopyalarını dağıtma özgürlüğü

Ancak bu dört özgürlük, kullanıcının yarattığı yazılımın değiştirilmiş bir versiyonunu kullanma hakkı için başkalarından ücret talep etme özgürlüğünü içermemektedir.⁹⁴

Görüleceği üzere, GNU-Genel Kamu Lisansı, özgür yazılımı paylaşma ve değiştirme özgürlüğünü garanti eden bir lisans türüdür.⁹⁵

GPL'nin üç ana amacı ise şöyle sıralanabilir; Birinci en önemli amacı, yazılımın lisans verenin ek izni olmaksızın dağıtılması ve değiştirilebilmesi anlamında yazılımı serbest tutmaktır. İkinci amacı, yazılımların “olduğu gibi” ve “garanti olmaksızın” dağıtıldığıının bilinmelerini sağlamaktır. Üçüncü amacı ise, lisanslı yazılımın kısıtlayıcı patentler içermemesidir yani hem telif haklarının hem de patentlerin GPL'nin şartlarına tabi olmasıdır.⁹⁶

⁹³ Filozof, Genel Kamu Lisansı (General Public Licence) GPL, 16 Ekim 2008, <http://www.getgnu.org/gnulinix/gnulinix-ipuclari/genel-kamu-lisans-i-general-public-licence-gpl.html> e.t. 13.07.2019.

⁹⁴ Phillips, D. E., The Software License Unveiled: How Legislation by License Controls Software Access. Kindle Edition, Oxford 2009, s. 119.

⁹⁵ ST. Laurent A. M., Understanding Open Sources & Free Software Licensing, USA, August 2004, s.36.

⁹⁶ ST. Laurent, s.37.

Bu kapsamda GPL her türlü garantiyi açıkça reddeder. Yani yürürlükteki yasalara uygun olduğu ölçüde programın hiç bir teminatı yoktur ve programın kalitesi ve performansı ile ilgili tüm risk kullanıcıya aittir.⁹⁷

Ayrıca GPL uyarınca yürürlükteki yasalarla zorunlu tutulmadığı veya yazılı olarak mutabık kalınmadığı sürece hiçbir durumda, hiçbir telif hakkı sahibi ya da programda değişiklik yapan ve/veya programı taşıyan taraf; herhangi bir genel, özel, doğrudan ya da dolaylı olarak, programın kullanımından veya yetersizliğinden doğan (veri kaybı, veya hatalı bulunan veri, veya tarafınızdan yahut üçüncü taraflarca zarara uğratılma, veya programın diğer programlarla çalışmakta başarısız olması da dahil olmak üzere ve bunlarla kısıtlı olmaksızın) zararlar dahil olmak üzere, böyle bir telif sahibi ya da diğer tarafın bu gibi zararlardan haberdar edildiği koşullarda dahi hasarlardan sorumlu değildir.⁹⁸

Bu kapsamda geliştirilen 1. Versiyon GPL 1989 yılında, 2. Versiyon GPL 1992 yılında ve 3. Versiyon GPL ise 2007 yılında çıkarılmıştır.⁹⁹

GPL'nin 3. Sürüm metni 17 maddeden oluşmaktadır. Giriş kısmında özetle GNU Genel Kamu Lisansının yazılım ve diğer ürünler için kamu malı haline getirilmiş, özgür bir lisans olduğu, bir programın tüm sürümlerini paylaşma ve değiştirme özgürlüğünün güvence altına aldığı, böylece tüm kullanıcıları için özgür yazılım özelliğini koruduğu ve garanti altına aldığı, özgür yazılım kavramında vurgulanmak istenilenin yazılımın ücretsiz olması değil, özgürce kullanılabilir olması olduğu, özgür yazılımın kopyalarını dağıtma özgürlüğünün; bu yazılımların kaynak kodlarına erişime, ya da değiştire ya da parçalarını yeni bir özgür yazılımda kullanma özgürlüğünün garanti altına alındığı, diğerlerinin özgürlüğüne saygı göstermekle yükümlü olduğu, devir alınan özgürlükleri bir sonraki alıcılara da devretmek zorunda olduğu, bir sonraki alıcıya kaynak kodlarına erişimini ya da isterlerse kaynak kodların onlara sunulmasını taahhüt edilmesi gerektiği, özgür yazılıma bir teminatı verilmediği, yeni sürümlerdeki

⁹⁷ ST. Laurent, s.38.

⁹⁸ ST. Laurent, s.48.

⁹⁹ Phillips, s. 119.

sorunların bir önceki sürümlerin yaratıcılarına mal edilmeyeceği şeklinde bilgiler sunar. Giriş bölümü sonrasında Çoğaltma, dağıtma ve değiştirme hakları için;

0. Tanımlar

1. Kaynak Kod

2. Temel Yetkiler

3. Kullanıcının Yasal Haklarını Sahtekarlık Karşıtı Kanunlara Karşı Korumak

4. Birebir Kopyaları Taşımak.

5. Değiştirilmiş Kaynak Sürümlerini Taşımak.

6. Kaynak Kod Dışındaki Biçimlerin Taşınması.

7. Ek Koşullar.

8. İptal.

9. Kopya Almak İçin Onay Gerektirmeyen Durumlar.

10. İndiren Alıcıların Kendiliğinden Lisanslanması.

11. Patentler

12. Diğerlerinin Haklarından Vazgeçmemek.

13. GNU Affero Genel Kamu Lisansı ile Kullanım.

14. Lisansın Değiştirilmiş sürümleri.

15. Teminattan Vazgeçmek.

16. Yükümlülüğün Kısıtlanması.

17. 15 ve 16'ncı bölümlerin yorumlanması. Şeklinde 17 maddelik bir lisans metni hazırlanmıştır.¹⁰⁰

Özgür Yazılım Vakfının GPL-Genel Kamu Lisansının yanı sıra; “kod kitaplıkları-kütüphaneleri” için hazırlanmış olduğu GNU Lesser General Public License yani “Kısıtlı Genel Kamu lisansları” da mevcuttur. Kütüphane terimi ile bir uygulama veya birleştirilmiş çalışma dışındaki çalışmaları kastededilir. LGPL, bu tür kütüphaneler için GPL modelinin faydalarının çoğunu koruyan alternatif bir lisans sunar. LGPL lisanslı kütüphaneler, özel yazılımlar dahil GPL lisanslı olmayan programlarla bağlanabilir.¹⁰¹

E. Fraud ve Anti-Fraud Yazılımlar

Fraud yazılımlar, sahtecilik amaçlı yazılımlardır. Baravalle ve Lee, dünya genelinde karanlık web olarak tabir edilen derin internet ağında pazarlanan ürünlerin %15,35'ini dijital ürünlerin oluşturduğunu, bu ürünlerin en fazla pazarlandığı ülkenin Japonya olduğunu, bu ürünler arasında oyun anahtarları (ürün kodları), kötü amaçlı yazılımlar (malwares) ve güvenlik yazılımları ile birlikte fraud yazılımların da bulunduğunu¹⁰² belirtmişlerdir.

Anti-fraud yazılımları sahtecilik amaçlı yazılım ve diğer dijital eylemleri incelemek amacıyla yazılmış yazılımlardır. Günümüzde sahtecilik amaçlı yazılımların en fazla kullanıldığı alan banka ya da kredi kartı bilgilerinin çalınmasına yöneliktir. Dolayısıyla anti-fraud yazılımların önemli bir bölümü de bu alanda geliştirilmiştir. Bir kredi kartı her kullanıldığında, kartın ayrıntıları ödeme işlemcisi, kart ağı ve veren banka tarafından doğrulanır. İhraç eden bankadan olumlu bir onay alan işlemler, siparişin tamamlanması ardından silinir. Çalınan veya kara listeye alınmış olan kartlar kullanılarak girilen işlemler, kartın doğrulanması sırasında ödeme işlemcisi tarafından otomatik olarak reddedilir, böylece sipariş satıcının sonunda tamamlanamaz. Bu işlemler, bu araçlar tarafından uygulanan özel sahtekârlık algılama ve önleme amaçlı

¹⁰⁰ ST. Laurent, s. 35-49.

¹⁰¹ ST. Laurent, s. 35.

¹⁰² Baravalle, A., / Lee, S.W., Dark Web Markets: Turning the Lights on AlphaBay. (H. H. et al., Eds.), Springer Nature Switzerland AG 2018 (WISE 2018). Switzerland: Springer International Publishing, 2018, s.512. www.doi.org/10.1007/978-3-030-02925-8_35. e.t. 26.02.2019.

anti-fraud yazılımlarla gerçekleştirilir. Bu tür dolandırıcılık karşıtı yazılımlar kart faaliyetlerini takip eder ve olası dolandırıcılık tespit etmek için bunları analiz eder. Kart sahibinin normal satın alma düzenine girmeyen herhangi bir işlem kırmızı işaretlenir ve bu, kart kullanıcısının kimliğini doğrulamak için ikinci bir kimlik doğrulama yönteminin kullanılmasına neden olur. Alternatif olarak, bu tür bir faaliyet, işlemi doğrulamak için kart sahibine temas eden bir müdahale ekibine bildirilir. Kart sahibiyile iletişim kurulamaması durumunda işlem sahtekârlığı önlemek için bekletilir veya iptal edilir. Kart sahibi, genellikle belirli zorluktaki soruları yanıtlayarak kimlik bilgilerini kanıtlayana kadar kartlar bloke edilebilir.¹⁰³

Fraud yazılımların kullanıldığı bir diğer önemli alan da elektronik sağlık kayıt sistemlerinin kötüye yönelik kullanımına ilişkindir. Anti-fraud yazılımlar, bu tür kötüye kullanımlarla mücadelede agresif bir önleyici yaklaşım sunmaktadır. Anti-fraud yazılımlar basitçe, elektronik sağlık kayıt sisteminin güvenlik açıklarını güçlendirerek ve ek güvenlik tedbirleri ekleyerek yasadışı amaçlarla kullanılmasının önüne geçer ve kanun uygulama ihtiyacını ortadan kaldırmaya çalışır.¹⁰⁴

VI. Yazılım Geliştirme Süreci (Yazılımın Unsurları)

Yazılımların fikri hukuk kapsamındaki korunmasında öne çıkan önemli konulardan birisi de yazılımın hangi aşamalardan geçerek oluşturulduğu, bünyesinde hangi unsurları barındırdığı ve barındırdığı unsurlarından hangilerinin bu koruma kapsamında kaldığının incelendiği yazılımın geliştirme sürecidir¹⁰⁵.

Yazılımın geliştirme sürecinin hukuki değerlendirilmesi açısından ele alınması gereken unsurlar, programın yapısı, akışının oluşturulması, algoritmanın yeri, aşamalardaki programlama derecesi ve aşamaların birbiri ile ilişkisi gibi hususlardır¹⁰⁶.

A. Yazılımın Unsurları

¹⁰³ Nandy, D., Countermeasures to Credit Card Frauds. The Management Accountant - The Journal for CMAs, Cilt 53, Sayı 3, 2018, s. 29.

¹⁰⁴ Potente, R., Maximizing the Future: The Case for Mandating Fraud Prevention Tools in Electronic Health Record Software, Law School Student Scholarship, No:547, 2014, s. 35.

¹⁰⁵ Dalyan, Ş., Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin, Ankara 2009, s. 29.

¹⁰⁶ Aksu, 2006, s. 46.

Yazılım geliştirme sürecinin iki basamaklı olarak değerlendirilebilecek ilk aşaması sorun analizi ve çözümü aşamasıdır¹⁰⁷. Bu aşamada yazılım ile çözülecek sorun saptanır, saptanan sorun kapsamındaki veriler belirlenir ve çözüm konsepti oluşturularak verilerin sıralandığı bir taslak oluşturulur¹⁰⁸. Bu taslak, yazılım geliştiricisinin programı herhangi bir kodla yazmaya başlamadan önce elde ettiği verilerin mantıksal olarak sıralandığı bir taslaktır¹⁰⁹.

Bu aşamada görsel simge ve semboller aracılığı ile bir nevi grafik olarak ifade edilen program akış planı oluşturulur ve uygun algoritmalar belirlenir¹¹⁰. Program akışı yazılımın ana fikrinin ifadesi olup, yazılım ana fikri program akışındaki yer alan ayrıntılardan tespit edilebilir¹¹¹. Algoritma ise, temel olarak yazılım ile yapılması amaçlanan işlerin adım adım ortaya konulmasıdır¹¹².

Program akışı ile algoritmanın işlevsel açıdan birbirleri ile benzer olduğu görülmekte ise de aralarında önemli farklar bulunmaktadır; zira program akışında adımlar, ayrıntılı olarak belirtilmeksizin genel bir liste halinde sıralanmakta iken, algoritmada programın bütün detaylarına yer verilmektedir¹¹³. Bir metodun amacı bilgisayar ile ilgili bir işlemi yönlendirmek ise bu metod algoritma, bir metod bir ya da sınırlı sayıda uygulamayı birbirine bağlamakta ise program akışıdır¹¹⁴.

Yazılım geliştirme sürecinin ikinci aşaması kodlama aşaması olup, bu aşamada yazılım, nesne kodu şeklinde yazılarak, bilgisayar tarafından anlaşılabilen emirler dizisi haline getirilmek suretiyle makine diline aktarılmaktadır¹¹⁵. Bu aşamada önce yüksek seviyeli programlama dillerinin kullanımı suretiyle yazılımın kaynak kodu yazılır ve yazılımın kodlanmış şekli olarak tanımlanan ve insanlar tarafından okunabilinen, yazdırılabilen, üzerinde değişiklik yapılabilen ancak bilgisayar tarafından anlaşılması

¹⁰⁷ Aksu, 2006, s. 47.

¹⁰⁸ Dalyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 29.

¹⁰⁹ Topaloğlu, Bilişim, s. 5.

¹¹⁰ Aksu, 2006, s. 47.

¹¹¹ Topaloğlu, Bilişim, s. 6.

¹¹² Dalyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 30.

¹¹³ Topaloğlu, Bilişim, s. 8.

¹¹⁴ Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 25.

¹¹⁵ Aksu, 2006, s. 47.

mümkün olmayan kaynak program oluşturulur¹¹⁶. Oluşturulan kaynak program ek bir işlemle bilgisayarın anlayabileceği bir şekle çevrilir ve “0”-“1”lerden oluşan ve insanlar tarafından kolayca anlaşılabilen, makine diline dönüştürülmüş objektif kod oluşturulur¹¹⁷. Bu aşamanın tamamlanması ile yazılım, bilgisayar diline uygun ve bilgisayar tarafından doğrudan işlenebilir bir hal almış olur¹¹⁸.

Son aşama ise arayüzlerin oluşturulması aşamasıdır. Zira yazılım fonksiyonu; bilgisayarın diğer birleşenleri ve kullanıcıları ile birlikte çalışması ve iletişim kurması ise de bir yazılımın fonksiyonunu ve kendisinden beklenen hizmeti tek başına yerine getirmesi mümkün değildir. Bu nedenle yazılımın beklenen fonksiyonu yerine getirmesi ve diğer program ve kullanıcılarla birlikte uygun bir biçimde çalışabilmesi için fiziksel bir arabağlantı ve etkileşim gereklidir. Arayüzler; işte bu gerekli fiziksel bağlantıyı ve etkileşimi gerçekleştiren bilgisayar programları olup, işlevleri yalnızca bu ara bağlantıyı ve etkileşimi sağlamaktır¹¹⁹. FSEK m 1/B maddesinde de arayüz; Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri olarak tanımlanmıştır. Arayüzler; bilgisayarın ana biriminin yan birimlere bağlantısını sağlayan “program arayüzleri” ile bilgisayar ile kullanıcı arasındaki haberleşmeyi sağlayan, kullanıcıya komut veren ve/veya kullanıcı tarafından verilen komutların bilgisayar tarafından yerine getirmesini sağlayan kullanıcı arayüzleri olarak ikiye ayrılmaktadır¹²⁰.

B. Yazılım Unsurlarının Fikri Hukuk Kapsamında Korunması

Yazılımın unsurlarından program akışı, kaynak kodu ve nesne kodu ile yazılımın hazırlık tasarımı olarak nitelendirilebilecek aşamaları fikrî hukuk korunmasında iken, FSEK’in 2’nci maddesinin son fıkrasında ifadesini bulan, arayüze temel oluşturan

¹¹⁶ Topaloğlu, Bilişim, s. 8.

¹¹⁷ Topaloğlu, Bilişim, s. 9.

¹¹⁸ Aksu, 2006, s. 48.

¹¹⁹ Yıldırım, s. 32.

¹²⁰ Dalyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 33.

düşünce ve ilkeler de dâhil olmak üzere yazılımın herhangi bir ögesine temel teşkil eden düşünce ve ilkeler fikri hukuk koruması dışında bırakılmıştır.¹²¹

FSEK 2/1. maddesi hükmü uyarınca yazılımların hazırlık tasarımları program sonucunu doğurmaları şartı ile eser kabul edilir. Madde hükmü gereğince bir hazırlık tasarımı herhangi bir nedenle yazılım olma sonucuna gelmemiş ise fikri hukuk korumasından yararlanamaz. Esasen madde hükmünde bahsi geçen hazırlık tasarımı kavramı program akışını da kapsamaktadır. Bu nedenledir ki; yazılımın şekil niteliğindeki unsuru olan program akışı da eser olarak FSEK koruması altındadır.¹²²

Yazılımların kodlama aşamasında ortaya çıkan fikirlerin detaylı ifadelerle dönüşmesi ile oluşan kaynak kod ve object kod'un da FSEK m.2'de bahsi geçen her biçim altında ifade edilen hazırlık aşamalarından olduğu şüphesiz olup, kaynak kod ve object kod da fikri hukuk koruması altındadır.¹²³

FSEK'in 2. maddesinin son fıkrası uyarınca yazılımın herhangi bir unsuruna temel oluşturan fikir ve ilkeler ile kullanıcı arayüzüne hakim olan fikir ve esaslar ise eser sayılmazlar. Söz konusu maddenin gerekçesinde algoritmanın koruma kapsamı dışında olduğu da açıkça belirtilmiştir.¹²⁴

2. LİSANS VE LİSANS SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI

Bu bölümde genel olarak lisans ve lisans sözleşmesi kavramları ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) çerçevesinde lisans sözleşmesi kavramı ele alınacaktır.

¹²¹ Adam, C., Hukuki ve cezai boyutları ile bilgisayar programlarının korunması. 30 Aralık 2018, <https://medium.com/@agbabacansu/hukuki%CC%87-ve-cezai%CC%87-boyutlari-i%CC%87le-bi%CC%87lgi%CC%87sayar-programlarinin-korunmasi-75e31969e59f> e.t. 20.07.2019.

¹²² Topaloğlu, Bilişim, s. 25.

¹²³ Topaloğlu, Bilişim, s. 26.

¹²⁴ Topaloğlu, Bilişim, s. 27-28.

I. Genel olarak Lisans ve Lisans Sözleşmesi Kavramı

Eski Yunanca ve Latince kökenli olan lisans kavramı, Latince’de “yetkili kılmak, izin vermek” anlamına gelen “licare” sözcüğünden¹²⁵ ve “izin verilmiş, müsaade edilmiş” anlamına gelen “licet” sözcüğünden¹²⁶ gelmektedir. Günümüzdeyse bu kavram uluslararası bir anlam kazanmıştır. Esasen lisans, sahip olunan yetkiden bağımsız olarak kendi başına bir anlama sahip değildir. Lisans kavramı, lisans alanın sahip olduğu hukuki durumu veya bir diğer ifadeyle lisans alanın yetkilerinin tamamını ifade eden toplu bir kavramdır.¹²⁷

“Lisans verilmesi” kavramı, geniş anlamda bir fikri mülkiyet hakkının kullanımının devredildiği anlamına gelir. Ancak bu kavramın günümüzdeki kullanımı daha çok “sınai ve ticari mülkiyet alanında yer alan gayri maddi bir hakkın kullanım yetkisinin sözleşme yoluyla devredilmesi” anlamında kullanılmaktadır.¹²⁸ Yine de lisans hakkının kazanılma yolları çeşitlidir. Örneğin lisans hakkı sözleşmeyle kazanılabildiği gibi vasiyetnâme ile de kazanılabilir.¹²⁹ Ayrıca FSEK’te “zorunlu ruhsat” olarak adlandırılan mahkeme kararıyla lisans hakkının kazanılması ve “tam ve eksik kanunî ruhsat” olarak adlandırılan doğrudan bir kanun hükmüyle veya idari düzenlemeyle lisans hakkı kazanılması düzenlenmiştir. Yine de lisans hakkının kazanılmasının en yaygın şekli, bu hakkın “lisans sözleşmesi” adı verilen sözleşme ile tanınmasıdır. Dolayısıyla “lisans verilmesi” kavramıyla günümüzde özellikle ilk akla gelenler; patent, endüstriyel tasarım, marka gibi sınai mülkiyet hakları ile dar anlamda fikri hakların kullanımına ilişkin sözleşmelerdir.¹³⁰

Lisans sözleşmeleri, geniş anlamda gerek 5846 sayılı FSEK’te gerekse diğer sınai hakları düzenleyen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu gibi mevzuatla koruma altına alınmış sözleşmelerdir. Lisans sözleşmesine konu olan fikri ve sınai hakların bir kısmı

¹²⁵ Oktay Özdemir, S., Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2002, s. 9.

¹²⁶ Ongan, B., Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin, Ankara 2007, s. 17.

¹²⁷ Oktay Özdemir, s. 9.

¹²⁸ Aydıncık, Ş., Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2006, s. 44-45.

¹²⁹ Oktay Özdemir, s. 10.

¹³⁰ Özel, Ç., Marka Lisans Sözleşmesi, Seçkin, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 43.

da özel kanunlarca koruma altına alınmıştır.¹³¹ Fikri haklara ilişkin lisans sözleşmesi, FSEK'in "Sözleşme ve Tasarruflar" başlıklı Dördüncü Bölümü'nde yer alan 49 ve 50. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak lisans sözleşmesine konu olan gayrimaddi malların kanunen koruma altına alınmış olması gerekmez¹³². Lisans sözleşmesinde; "lisans veren" ve "lisans alan" olmak üzere en az iki tarafın bulunması gerekmektedir.

Lisans sözleşmesinin süresi belirli ya da belirsiz bir süre için kurulmuş olabilir¹³³. Sözleşmenin konusunu, lisans verenin hukuken ya da fiilen korunan gayrimaddi bir hakkının oluşturması, lisans verenin lisans alana bu gayrimaddi hakkı sınırlı veya sınırsız olarak kullanma yetkisi tanınması gerekmektedir¹³⁴. Bunun yanı sıra sözleşme muhteviyatına göre lisans alanın genelde karşı edim yükümlülüğü bulunmakta, bu da genelde hakkın kullanılmasının devri karşılığında belli bir ücreti ödeme borcu şeklinde kararlaştırılmaktadır¹³⁵.

Tüm bu tanım ve özelliklerinden yola çıkıldığında lisans sözleşmesinin; "kanunlar tarafından özel olarak korunan ya da özel kanunlarca değil genel hukuk normlarıyla korunan gayrimaddi bir hakkın ya da fiili bir durumun başkasına verildiği sözleşme"¹³⁶ olduğu anlaşılmaktadır.

II. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Lisans Sözleşmesi

Fikrî hukuk alanında koruma esas itibariyle "eser" kavramı üzerine olup eser, onu meydana getirenin özelliklerini taşıyan ve onun fikrî çalışmasının bir ürünü olarak koruma kapsamına alınmıştır¹³⁷.

FSEK kapsamında bir eser türü olan yazılım üzerinde maddi ve manevi haklar söz konusudur. Yazılım üreticisinin manevi hakları; yazılımı kamuya sunma, yazılımın sahibinin adını belirleme ve programda değişiklik yapılmasını yasaklama haklarıdır.

¹³¹ Aydınçık, s. 45.

¹³² Oktay Özdemir, s. 31.

¹³³ Aydınçık, s. 45-46.

¹³⁴ Oktay Özdemir, s. 582.

¹³⁵ Aydınçık, s. 46.

¹³⁶ Oktay Özdemir, s. 30; Özel, s. 42; Aydınçık, s. 46.

¹³⁷ Başpınar, V., / Kocabey, D., İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Basımevi, Ankara 2007, s. 47.

Yazılım üzerindeki üreticisinin ekomonik kazancına yönelik mutlak ve tekelci nitelikli mali haklar ise; çoğaltma, işleme, yayma ve temsil haklarıdır. Yazılım sahibi, mali haklarının aslını veya sadece bunların kullanma yetkisini başkalarına devredebilir. Yazılım üzerindeki mali hakkın devri, aynı zamanda o hakkın kullanılabilmesi için zorunlu bulunan manevi hakların da devri sonucunu doğurur. İşte mali hakların kullanma yetkisinin devri FSEK’te “ruhsat”, uygulamada ise “lisans sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır.¹³⁸

Ruhsat; FSEK m.48’in 2. Fıkrasında; “Mali hakların sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir”. Hüküm ile tanımlanmıştır. FSEK’te, eser sahibi ve mirasçuları tarafından eser üzerindeki malî haklarının tamamen ya da bu malî hakların parçalara bölünerek kısmî olarak devrinin yanı sıra yalnızca kullanma yetkisinin de devredilebileceği öngörülmüştür.

FSEK’te “ruhsat” şeklinde adlandırılan bu hukuki işlemin, uluslararası hukuk dilinde de “lisans” anlamına geldiği genel kabul görmüştür¹³⁹. Gerçekten de burada anılan sözleşmelerin nitelik itibariyle geniş anlamda lisans sözleşmeleri olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü lisans sözleşmelerinin tipik bir özelliği olan “gayri maddi bir malın kullanım yetkisinin bir başka şahsa bırakılması” durumu bu sözleşmelerde de mevcuttur¹⁴⁰.

Ruhsat veya lisans verme, ruhsata konu mali hakka ait kullanma veya yararlanma yetkisinin tamamının veya bir kısmının mali haktan ayrılarak ruhsat alana sunulmasıdır. Bu nedenle lisans verilmiş olması mali hakkın başkalarına devir ve intikaline manî değildir. Erel’e göre lisans alan sahip olduğu yetkileri mali hak sahibine karşı ileri sürebileceği gibi üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir, yetkisinin kullanımını engelleyen müdahale ve tasarrufları bizzat men edebilir. Ayrıca lisans alan, kullanma yetkisinin gereği gibi yararlanabilmesi için gerektiği ölçüde lisansa konu eserin aslının zilyetliğinin kendisine devrini de talep edebilir.¹⁴¹ Lisans sözleşmesiyle yazılımı

¹³⁸ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 126.

¹³⁹ Ayiter, s. 210; Erel, s. 5; Tekinalp, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, Arıkan, İstanbul 2005, s. 3.

¹⁴⁰ Aydınçık, s. 46.

¹⁴¹ Erel, s. 261.

devralan kişi, kullanma hakkının ihlal edilmesi halinde hem bilgisayar program sahibine hem de üçüncü kişilere karşı dava açma hakkına sahiptir¹⁴².

Lisans sözleşmesi her türlü gayri maddi mal ile ilgili yapılabilir. Lisans sözleşmesinin özü gayri maddi bir malın kullanılmasıdır. Ayiter'e göre lisans sözleşmesi; konusu kullandırma olan kiraya daha çok da hasılat kirasına benzeyen bir ilişki yaratır, fakat satış, şirket akdi ile benzerlikler göstermesi de mümkündür.¹⁴³

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliği ise tartışmalı olup, tartışma lisans sözleşmesinin bir tasarruf mu yoksa borçlanma işlemi mi olduğu noktasından doğmaktadır. Nitekim Türk doktrininde de bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Lisans sözleşmesini Erel ve Arslanlı alacağın temlikinde olduğu gibi bir tasarruf işlemi olarak kabul ederken, Ayiter ise lisans sözleşmesinin bir borç ilişkisi doğurduğu ve mutlak bir hak sağlamadığı görüşündedir. Ancak Türk doktrininde de yabancı doktrininde olduğu gibi lisans sözleşmesinin tasarruf işlemi görüşü hakimdir.¹⁴⁴

Lisans sözleşmesinin tasarrufi işlem olduğu yönündeki hakim görüşün isabetli olduğu kanatındeyiz. Zira eser sahibince mali haklarıyla ilgili ruhsat verilmesi halinde, mali hak eser sahibinin malvarlığında kalmakta, ruhsat alan ise mali hakkın kapsamında bulunan kullanma yetkisini kazanmakta olup, FSEK m. 48/III. maddesi hükmünde de tıpkı mali hakkın devri gibi mali hakkın kullanım yetkisinin devrinin de bir tasarruf işlemi olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla ruhsat olarak tanımlanan mali hakkın kullanım yetkisinin devri de tasarrufi niteliktedir. Ruhsat verme işleminin tasarrufi bir işlem olduğu Yargıtayca da kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 26.04.1999 tarihli 1999/594 Esas, 1999/3250 Karar sayılı kararında; "... kullanma yetkisinin ruhsat veya lisans ile devri kanun tarafından mali hakkı tahdit eden kanıtlayan bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmiş..." şeklinde karar vermiştir.¹⁴⁵

Ayrıca lisans sözleşmesinde malî hakkın devrinden farklı olarak, mali hakkın kendisi eser sahibi ya da mirasçılarının malvarlığında kalmakla beraber maddi bir malın

¹⁴² Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 126.

¹⁴³ Ayiter, N., Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, S Yayınları, Ankara 1981, s. 211.

¹⁴⁴ Tekinalp, s. 219.

¹⁴⁵ Y11.HD, 26.04.1999-1999/594-1999/3250, Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1495.

hasılat kirasına verilmesinde veya intifa hakkına konu olmasında olduğu gibi malî hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi karşı tarafa geçmektedir¹⁴⁶.

III. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisansın Görünüm Biçimleri

A. Basit Lisans -Münhasır Lisans (Tam Ruhsat) Ayrımı

Kullanma yetkisinin devri, FSEK’te tam ve basit ruhsat olarak iki şekilde düzenlemiştir. FSEK 56. maddesi hükmü gereğince, ruhsat, mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine engel değilse “basit ruhsat”, sadece bir kişiye mahsus olarak verilmekte ise “tam ruhsat”tır.¹⁴⁷

Tam ruhsat, münhasır lisans olarak da tanımlanmakta olup, münhasır lisansta eser sahibi lisansa konu yetkiyi başka üçüncü şahıslara veremeyeceği için ruhsat alan devir aldığı yetkiyi tek başına kullanır ve bu yetkisinden tek başına yararlanır. Tam ruhsatta mali hakka ait kullanma yetkisinin tümüyle devri söz konusu olduğundan, malî hak sahibinin ruhsat sahibi karşındaki durumunun çıplak mülkiyet sahibinin intifa hakkı sahibi karşısındaki duruma benzediği söylenebilir. Keza FSEK 56/III. maddesinde de bu benzetmeden hareketle tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümlerin uygulanacağını belirtilmiştir¹⁴⁸. Tam lisans ile mali hakkın devri arasındaki fark ise tam lisansın malî hakkın devrine engel teşkil etmemesidir.¹⁴⁹

Yazılımlarda tam veya münhasır lisans verilmesi de yazılım üzerindeki mali hakka ilişkin kullanma ve yararlanma yetkisinin tamamen bir kişiye devredilmesi halinde söz konusu olur. Tam lisans sahibi, sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca yazılım üzerindeki mali yetkileri kendisi kullanır ve yazılım sahibi aynı yazılım için bir başka kişiye lisans veremez.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Ayiter, s. 211.

¹⁴⁷ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1500.

¹⁴⁸ Erel, s. 262.

¹⁴⁹ Suluk / Karasu / Nal, s. 122.

¹⁵⁰ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 126.

Basit lisans ise; aynı mali hakka ilişkin olan ancak süre veya içerik itibariyle farklı kullanma yetkilerinden bir kısmının devri şeklinde tanımlanabilir¹⁵¹.

Yazılım sektöründe çoğunlukla kullanılan basit lisansla ise bir yazılım ile ilgili aynı anda birden fazla kişiye lisans verilmesi mümkündür. Burada yazılımın kullanma yetkisi çeşitli yönleriye bölünerek başkalarına devredilebilmektedir. Ayrıca FSEK 56/II. maddesi hükmü gereğince lisans sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça her lisans basit lisans sayılır¹⁵².

FSEK madde 56/3 uyarınca basit ruhsatlar hukuksal niteliği itibari ile hasılat kirası, tam ruhsatlar ise hukuksal niteliği itibari ile intifa hakkı hükümlerine tabi olacaktır¹⁵³. Ancak münhasır lisanslara intifa ve basit lisanslara hasılat kirası hükümleri doğrudan doğruya değil, sadece kıyas yolu ile hükümlerin durumun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.¹⁵⁴

Sonuç olarak FSEK’te öngörülen münhasır ve basit lisans ayrımı göz önüne alınarak fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmelerini de münhasır lisans hakkı doğuran lisans sözleşmesi ve basit lisans hakkı doğuran lisans sözleşmesi olarak ikiye ayırmak mümkündür.¹⁵⁵

Erel’e göre eserin geçici ya da kısa süreli kullanımı için malî hakkın devri gibi bir tasarruf işlemi yerine, malî hakka ilişkin bir kullanma yetkisinin tanınması daha uygun bir çözüm yoludur.¹⁵⁶ Aydınçık, basit lisanslar dışında bu tespiti katılmamaktadır. Ona göre diğer sınav haklarına ilişkin lisans sözleşmelerinden farklı olarak, FSEK kapsamındaki malî hakkın devri sözleşmesi ile (kanunda tam ruhsat olarak tanımlanan) münhasır lisans sözleşmesi arasında pratik açıdan bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü münhasır lisansın söz konusu olduğu durumlarda, eser sahibinin münhasır lisans sahibi yanında, kural olarak eserden yararlanma hakkının olmaması, yine mali hakların niteliği gereği tamamıyla bir devrin mümkün olmaması, ayrıca her iki işlemin de tasarruf işlem

¹⁵¹ Erel, s. 262.

¹⁵² Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 127.

¹⁵³ Kılıçoğlu, A.M., Sınai Haklara Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Ankara 2006, s. 292.

¹⁵⁴ Erel, s. 263; Arslanlı, H., Fikri Hukuk Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954, s. 176.

¹⁵⁵ Arbek, Ö., Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 83.

¹⁵⁶ Erel, s. 260; Ayiter, s. 212.

niteliği taşıması, münhasır lisansın, eser üzerindeki mali hakların bir devir sözleşmesine konu olmasıyla aynı sonuçları doğurması anlamına gelmektedir. Basit lisansın ise, devir sözleşmesine nazaran bazı farklı ihtiyaçlara cevap verdiği açıktır. Basit lisans tanınması durumunda, eser sahibi eseri üzerindeki hakkını eseri iktisaden değerlendirebilecek olan aynı yerdeki sayısız kişiye, aynı anda aynı şekil ve yöntemde değerlendirmek üzere lisans verebilecektir. Bu imkân mali hakların devri sözleşmeleriyle sağlanamaz. Bu şekilde lisans sözleşmesinin, bu sözleşmeye konu olan eserin birçok tüketici tarafından - özellikle aynı tipte yapılan toplu sözleşmeler durumunda- aynı zamanda ve aynı tarzda değerlendirilmesini mümkün kılan özelliği ortaya çıkmaktadır. Basit veya münhasır şekilde yapılan lisans sözleşmesinin yer, zaman ve konu bakımından çeşitli şekillerde sınıflandırılabilmesi, eser sahibine buna yönelik çeşitli haklar ve borçlarıyla birlikte çok yönlü bir kullanım hakkı sağlamakta, bu yönüyle lisans sözleşmesi tarafların tüm ihtiyaç ve isteklerine yanıt verebilmektedir.¹⁵⁷

B. Zorunlu Lisans – Kanuni Lisans Ayrımı

Zorunlu lisans, mali hak sahibinin lisans vermeyi reddetmesi halinde, lisans talep edenin bir kanun hükmüne dayanarak mahkemeden kendisine lisans verilmesi talebinde bulunması sonucu mahkeme kararı ile lisansın verilmesi halidir. Yani lisans hak sahibince değil, mahkeme kararı ile verilmektedir. Arsanlı'ya göre FSEK madde 9/2'deki; "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 mali hakların kullanılmasında da uygulanır." hükmü ile FSEK madde 10/2 maddesindeki "Birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muameleye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir." hükmü zorunlu lisans niteliğindedir.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Aydınçık, s. 47.

¹⁵⁸ Tekinalp, s. 215.

Ayrıca eğer lisans alan, kanundan kaynaklanan bir yetki ile karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahipse bu lisans da zorunlu lisans olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁹.

Kanuni lisans ise lisansın bir kanun hükmünden kaynaklanması, başka bir ifade ile lisansın kanun gereği hak sahibi olarak gösterilen kişiye ait olması olarak tanımlanmaktadır. Kanuni lisansta zorunlu lisansla farklı olarak mahkeme kararına gerek yoktur. Lisans alanın yetkisi doğrudan kanun hükmünden kaynaklanıyor, ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmuyorsa tam kanuni lisans, kanun hükmü bir idari düzenleme ile ruhsat verilmesine imkân veriyor ise eksik kanuni lisans vardır. FSEK madde 43 kanuni lisansa, FSEK madde 47 ise eksik kanuni lisansa örnektir.¹⁶⁰

3. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Bu bölümde genel olarak yazılım lisans sözleşmesi kavramı ele alınarak diğer sözleşme türlerinden farklılıkları işlenecektir.

I. Yazılım Lisans Sözleşmesi

Tipik olarak, bilgisayar yazılımı satıcıları, yazılımlarının satılmasından ziyade lisanslı olduğunu belirtirler. Bu, yazılımları, genellikle müşterilere satılan çoğu benzeri ticari işletme veya tüketim malından ve hatta belirli kopyaları son kullanıcılara satılan birçok fikri mülkiyetten (kitaplar, ses kaynakları, patentli cihazlar vb.) ayırır. Yazılım lisans sözleşmeleri, her iki tarafça imzalanan ve çoğu toplu pazar yazılımına dahil olan lisanslara ilişkin müzakereleri, kullanım ve destek yükümlülüklerini düzenleyen karmaşık formlar olabilir.¹⁶¹

Yazılım lisans sözleşmesi, bir bilgisayar yazılımının kullanımının belli bir ücret karşılığında başka bir tarafa (kullanıcıya) devredildiği, devreden kullanıcılara ivaz karşılığında bir elektronik bilgi işlem sistemi yazılımının imalini, bakımını ya da devrini

¹⁵⁹ Aydınçık, s. 63.

¹⁶⁰ Tekinalp, s. 215.

¹⁶¹ Lemley, M. A. / Menell, P. S. /Merges, R.P., /Samulson, P., Software and Internet Law, New York, Aspen Law & Business, s. 439.

üstlenmesinin yanı sıra yazılımın kullanılmasına yönelik yararlı ve gerekli bilgileri/belgeleri vermekle yükümlü olduğu, konusunu bir “yazılım”ın oluşturduğu bir sözleşme olarak tanımlanabilir¹⁶². Bir kişi, kurum ya da kuruluş yeni bir yazılım parçasını, özellikle tahminleme, proje yönetimi veya muhasebe/iş maliyet sistemleri gibi daha büyük uygulamaları lisansladığında, genellikle yazılım lisans sözleşmesinin taraflarından biri haline gelir. Burada en önemli konu yazılım lisans sözleşmesinin kendisidir. Yazılımı lisanslayan taraf, uygulamaların yetkili bir kullanıcısı olarak, belirsiz bir kiralama hakkına sahip olur.

Yazılım lisans sözleşmeleri uygulamada genel olarak üç türde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar:

1. Yazılımın donanımda takılı olduğu, donanımın ayrılmaz bir parçasını teşkil eden ve donanımı çalışmasını sağlayan yazılımları konu alan sözleşmeler.
2. Yazılımın süresiz kullanımı tüm haklarını devrini öngören satım sözleşmesi benzeri sözleşmeler.
3. Yazılımı kullanacak olan kişiye yazılımın yalnızca eser sahibinin öngördüğü haklarla kullanımını sağlayan lisans sözleşmeleri.

Yazılım üreticileri, lisans sözleşmesi ile esasen lisansa konu eser niteliğindeki yazılım üzerinde sahip oldukları mali haklarının kullanımı için bir başkasına izin vermektedirler. Bu şekilde yazılımın kullanıcısı ve/veya çalıştığı platformlar, yazılı üretici tarafından bir nevi onaylanmış olur ve gerektiğinde sağlanan lisans kullanımları yazılı üreticileri tarafından denetlenebilir hale gelir¹⁶³.

Yazılımı kullanıcılara lisanslamanın hukuki boyutunun yanı sıra teknik boyutu da bulunmaktadır. Sözleşmenin hukuki boyutunda amaç, yazılım üreticisi ile son kullanıcı arasında akdedilen ‘lisans sözleşmesi’ hükümlerine uyulması iken, teknik boyutta amaç yazılım lisanslarının denetimi, kontrolü ve yönetimi için gerekli teknik tedbirleri almaktır. Bu doğrultuda yazılım lisans sözleşmesi, üreticinin ve kullanıcının fikrî ve

¹⁶² Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 17.

¹⁶³ Tiftik / Özdal.

ticarî haklarını korumayı garanti altına alan, belirli bir yazılım ürününün sahibi tarafından izin verilmiş kullanım şartlarını ifade eden metin olup, yazılım lisans sözleşmesinde lisans sözleşmesinde, yazılıma sahip olan kullanıcının haklarını belirten ve gerekli düzenlemeleri içeren şartlar yer almaktadır¹⁶⁴.

Pek çok yazılım geliştiricisi şirket düşük-orta düzeyde bilançolara sahip olup tüm öz kaynakları yazılımlarına bağlıdır. Bu nedenle, yazılım geliştiricileri gelir kaynaklarını korumak için yaptıkları lisans sözleşmelerinde kaynak kodlarını serbest bırakma taraftarı olmazlar.

Yazılım lisans sözleşmelerinde öne çıkan bileşenler kısaca şu şekilde özetlenebilir. Muhtemelen, herhangi bir lisans sözleşmesinin en sık görüşülen bileşeni fiyattır. Yazılım şirketleri, bir teklif sunarken yazılımları için bir liste fiyatı sağlarlar. Yazılımı kiralayan taraf sözleşmeyi sonlandıran ya da sonlandırmak istediğini belirtene kadar da bu fiyatlarda pek indirim yapılmaz.

Yazılım lisans sözleşmelerinde uyuşmazlıkların yargı alanı genellikle yazılım geliştiricisinin ülkesi olarak tanımlanmaktadır. Yazılımları kiralayan bazı güçlü taraflar yetki alanlarını kendi devletlerine göre başarıyla değiştirmiş olsalar da bu, anlaşmazlıkların tahkim ile çözülmesi gerektiğine karar vermekten daha az önemlidir. Ayrıca, seçilen hakemin fikri mülkiyet konularına aşina olması gerekir ki bu genellikle zor olmaz. Çoğu yazılım şirketi, yazılımlarının yalnızca bir makineye kurulmasını tercih eder. Bunun biraz riskli olduğunu ve birincil sunucuya bir şey olması durumunda ikinci bir makinede yedek bir kopyaya ihtiyaç olabileceğini bilirler. (FSEK’te yedek kopyalamaya ait 38.madde hükmünün incelenmesi gerekir.) Çoğu yazılım lisans sözleşmesinde, ürüne ilişkin her türlü garantiyi özel olarak sınırlayan veya hariç tutan hükümlere yer verilir. Bu hükümlerde genellikle amaca uygun kullanımın yanı sıra oluş(turul)abilecek hasarlara ilişkin sınırlamalar yer alır.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Tiftik / Özdal.

¹⁶⁵ Burger, Christian R., Software License Agreements, CFMA BP, 2004, s. 1-4. www.burgerconsulting.com/wp-content/uploads/2013/10/Print_Pgs24-31software_burger.pdf e.t. 05.03.2019.

II. Yazılım Lisans Sözleşmesine Konu Olan Yazılımın Hukuka Aykırı Kullanımının Teknik Olarak Önlendiği Bazı Lisans Türleri

Yazılımın denetimsiz ve hukuka aykırı olarak çoğaltılması, dağıtılması ve işletilmesini engellemek amacıyla, dünyada uygulanan bir takım lisans yönetim politikaları bulunmaktadır. Lisans yönetimi ile üreticinin fikrî ve ticari haklarının korunmasının garanti altına alınmasına çalışılmaktadır. Bazı temel bazı lisans yönetimi politikaları şunlardır.¹⁶⁶

A. Donanıma Özel Lisanslama

Yazılımın sadece belirli bir bilgisayara ya da yüklendiği donanıma lisanslanmasıdır. Bu lisanslama şeklinde yazılım, bilgisayarın ağ kartı, sabit disk, CPU, vb. temel donanım kaynaklarına kitlenmekte ve bunun sonucu olarak yazılım, sadece kitlendiği o donanımda çalışmaktadır. Donanım kaynaklarından üretilen özel bir şifre veya kod yazılıma bildirilmekte, yazılım her çalıştığı ilgili donanım ID numarasını lisans koduyla eşleştirmekte ve yaptığı eşleştirme doğru ise yazılım çalışmakta, eşleştirme yapamaz ise önceden belirlenen tedbirin uygulanması sağlanmaktadır.¹⁶⁷

B. Donanım Kilitli Kayar Lisanslama

Yazılım ile birlikte, sadece o yazılım konfigürasyonu ile çalışan ek bir donanım kullanılmasıyla uygulanan bir lisanslama yöntemidir. Bu lisanslama türünde bilgisayarların seri kapı, paralel kapı ve USB kapılarına takılabilen veya PC-kartı olarak kullanılan donanım kilitleri mevcut olup, donanım kilitleri genelde bir algoritmik şifreleme yöntemi içermektedir. Yazılım, çalıştığı süre içerisinde donanım kilidinin varlığını kontrol etmekte ve onunla şifreli bir iletişim içinde olmaktadır. Donanın kilidi ile yazılım arasındaki şifreli iletişimde bir sorun yaşanması halinde yazılımın lisanssız kullanıldığı konusunda uyarılmış olur ve istenilen tedbiri uygulaması sağlanmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Tiftik / Özdal.

¹⁶⁷ Tiftik / Özdal.

¹⁶⁸ Tiftik / Özdal.

Yazılım kullanıcısının, aynı anda birden fazla platformda yazılımı kullanması, ayrı bir donanım kilidi temin etmesine bağlı olduğundan, her yeni platform kullanımını için yeni lisans alması gerekmektedir.¹⁶⁹

C. Ağ Üzerinde Kayar Lisanslama

Bu lisanslama türü bilgisayar ağına bağlı bilgisayar donanımlarında söz konusu olup, yazılımın bilgisayar ağına aynı anda kaç adet çalıştırıldığı kontrolünü yaptığı lisanslama şeklidir. Sunucu bilgisayar “lisans yöneticisi”, yazılım ürünleri ise “istemci” konumundadır. Sunucu yeterince lisans mevcutsa istemciye onay verir ya da istek yapıldığı sırada boş lisans olmaması durumunda istemci uygulamanın kapanmasını ya da kısıtlı bir konumda çalışmasını sağlar. Bu yöntem ile yazılımın kopyaları buldukları ağ üzerindeki bilgisayarlara belirlenen sayıda yüklenebilmektedir.¹⁷⁰

D. Kullanıcı Temelli Lisanslama

Esasen ağ üzerinde kayar lisanslama yönteminin daha özel bir uygulaması olup, belirli bir kullanıcıya lisanslanan ve kullanıcının user ID olarak adlandırılan hesap numarasının başkasına devretmesinin mümkün olmadığı bir lisanslama yöntemidir.¹⁷¹

E. Bölgesel Lisanslama

Yazılımın şirket binaları, üniversite yerleşkeleri vb. gibi belirli bir coğrafi bölgeye ya da yerleşkeye lisanslanması yöntemidir. Kullanıcı sayısının veya kullanım sıklığının çok belirgin olmadığı uygulamalardır.¹⁷²

¹⁶⁹ Tiftik / Özdal.

¹⁷⁰ Tiftik / Özdal.

¹⁷¹ Tiftik / Özdal.

¹⁷² Tiftik / Özdal.

F. Yetenek Kısıtlayıcı Lisanslama

Yazılımların demo, deneme, tanıtım amaçlı kullanıldığı durumlarda sadece belirli bir zaman dilimi için yazılımın çalışmasının sağlandığı lisanslama yöntemidir.¹⁷³

G. Özellik Seviyeli Lisanslama

Bu lisanslama türü, yazılımın farklı özellikli seviyelerinin bulunduğu bir yapıya sahip olması halinde söz konusu olup, yazılımın özellikleri ayrı ayrı lisanslanmaktadır.¹⁷⁴

III. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Diğer Sözleşmelerden ve Haklardan Ayırdedilmesi

Bir önceki bölümde verilen yazılım lisans sözleşmesine ilişkin genel açıklama, tanımlar ve yazılım lisans sözleşmesinin temel özelliklerinden sonra bu bölümde yazılım lisans sözleşmesinin diğer sözleşmelerden (Know-How sözleşmesi, lisans sözleşmesi, elektronik bilgi işletim sistemi devir sözleşmesi, yazılım bakım sözleşmesi, yazılım sürüm [yayın] sözleşmesi, satım sözleşmesi, adi-hasılat kirası sözleşmesi ve eser sözleşmesi) ve intifa hakkından ayırdedilebilmesi için karşılaştırmalı özellikleri ele alınacaktır.

A. Know-How Sözleşmesinden

Literatürde yazılım lisans sözleşmelerinin sıklıkla know-how sözleşmeleriyle karıştırıldığı görülür, ancak bazı benzer özellikler taşıyıcılar da aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Rekabet avantajının belirleyicilerinden biri olarak kabul edilen ve “sınai mülkiyet ile ilgili tekniğin kullanılmasına yarayan bilgi ya da üretim yöntemleri” şeklinde tanımlanan¹⁷⁵ know-how (teknik ve mesleki bilgi birikimi) teknoloji lisanslamada vazgeçilmez bir rol oynamaktadır. Bu, yalnızca genel olarak tüm

¹⁷³ Tiftik / Özdal.

¹⁷⁴ Tiftik / Özdal.

¹⁷⁵ Topçu, D., Patent Lisans Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara 2016, s.113.

lisanslama anlaşmalarının üçte birini oluşturan salt know-how sözleşmeleri için değil, aynı zamanda know-how devriyle birlikte bir patent lisansı verilen karma anlaşmalar için de geçerlidir. Uygulamada, iki anlaşma türü arasındaki sınır belirsizdir: Örneğin, know-how lisansına sahip bir patent yalnızca lisans sırasında kullanılmaya başlanır ve daha sonra verilmez veya lisanslı patentin bulunduğu durumda sona erer, geçersiz ilan edilir veya başka bir nedenden ötürü teknik bilginin transferi devam ederken geçerliliğini yitirir. Karma know-how anlaşmalarına bu tür dönüşümlere sıklıkla rastlanmaktadır.¹⁷⁶

Bilgi birikiminin devredilmesine ilişkin know-how sözleşmeleri esas olarak tedarik eden tarafındaki bir zorunluluktan oluşur. Bu noktada da bu tür bir yükümlülüğün yalnızca araçlara ilişkin bir yükümlülük olarak mı yoksa belirli sonuçların yerine getirilmesini içeren bir yükümlülük olarak mı tanımlanabileceğinin aydınlatılması gerekir. Know-how sözleşmeleri genel olarak kapsamlı bir şekilde düzenlenmez. Bazı ülkelerde (örneğin, Brezilya’da), mevcut yasalar ve düzenlemeler, teknoloji transferiyle ilgili sözleşmelerin içermesi gereken belirli “garantiler” sağlar. Diğer mevzuatta, esas olarak sözleşmenin sona ermesinden sonra kullanımıyla ilgili olarak, know-how içeren sözleşmelerin belirli yönleriyle ilgili ayrı hükümler de vardır. Bu konulardaki düzenleme eksikliğinin bir sonucu olarak, karşılaşılan sorunların mevcut yasa uyarınca yeterince çözülebilmesi pek mümkün olmayabilir. Genel uygulama dikkate alınacaksa, teknik bilginin aktarılması için anlaşmalar, teknik bilginin uygulanmasından beklenen sonuçları içeren yükümlülükler olarak kabul edilebilir.¹⁷⁷

Know-how sözleşmelerle bilgi (teknik ya da meslekî) birikiminin bir yazılım yoluyla aktarılması halinde know-how sözleşmesi ile yazılım lisans sözleşmesi aynı eksende buluşabilmektedir. Ancak bu özel durum, bu iki sözleşmenin aynı olduğu sonucuna varmayı sağlamaz. Know-how sözleşmelere konu olan durum, bir işletmenin ya da bir mesleğin faydalı bulduğu bilgi birikiminin transferi veyahut devridir. Ancak

¹⁷⁶ AEI, The treatment of know-how licensing under competition rules, 86/EM-1, [EU Commission - Working Document], Archive of European Integration, 1986, s.4. www.aei.pitt.edu/39936/1/A5194.pdf. e.t. 24.02.2019.

¹⁷⁷ Correa, Carlos M., Legal Nature and Contractual Conditions in Know-How Transactions, Georgia Journal of International & Comparative Law, Cilt 11, Sayı 3, 1981, s. 472. www.digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1958&context=gjicl e.t.25.02.2019.

yazılım lisans sözleşmelerinde konu her zaman bilgi birikiminin devri değildir.¹⁷⁸ Görüldüğü üzere bu iki sözleşme türü yalnızca yazılım lisans sözleşmelerinin konusunun teknik ya da meslekî bilgi birikiminin devri olduğunda ortak paydada buluşmaktadır.

B. Fikri Haklara İlişkin Diğer Lisans Sözleşmelerinden

Lisans sözleşmeleri, kanunlar tarafından özel olarak korunan ya da özel kanunlarca değil genel hukuk normlarıyla korunan gayrimaddi bir hakkın ya da fiili bir durumun başkasına verildiği sözleşmelerdir¹⁷⁹. Lisans sözleşmesi; “lisans veren” ve “lisans alan” olmak üzere en az iki taraf ile belirli ya da belirsiz bir süre için kurulmuş olmalıdır¹⁸⁰. Sözleşmenin konusunu, lisans verenin hukuken ya da fiilen korunan gayrimaddi bir hakkının oluşturması, lisans verenin lisans alana bu gayrimaddi hakkı sınırlı veya sınırsız olarak kullanma yetkisi tanınmasını gerektirir¹⁸¹. Lisans sözleşmesinde genel olarak lisans alanın belli bir ücreti ödeme borcu şeklinde kararlaştırılmış olan karşı edim yükümlülüğü bulunur¹⁸².

Bilgisayar yazılımlarında yazılımı geliştiren tarafın herkese karşı ileri sürebildiği, mutlak nitelikli fikri hakları bulunmaktadır. Bu haklar sayesinde yazılımı geliştiren tarafın rızası olmaksızın yazılımın çoğaltılması, yayılması, işlenmesi, vb. eylemlere izin verilmez. Bundan dolayı yazılım ister özel ister standart yazılım olsun, bu yazılımdan yararlanılması sadece yazılımı geliştiren tarafın rızasına bağlıdır. Dolayısıyla yazılımın bu özelliklerine bağlı olarak lisans sözleşmeleri ile yazılım lisans sözleşmelerinin bulunduğu ortak bir paydanın olduğu görülmektedir. Ancak bu durum, yazılımlara ilişkin tüm sözleşmelerin lisans sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaştırmaz. Çünkü sözleşme konusunun bakım, satım, kira vb. olduğu durumlar da bulunmaktadır. Örneğin; bir eserin çoğaltılmış nüshaları tükenme ilkesine uygun olarak devredilmişse sözleşme satımın sonuçlarını doğurur, eserin nüshasını devralan kimse

¹⁷⁸ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 22.

¹⁷⁹ Oktay Özdemir, s. 30; Özel, s. 42; Aydınçık, s. 46.

¹⁸⁰ Aydınçık, s. 45-46.

¹⁸¹ Oktay Özdemir, s. 582.

¹⁸² Aydınçık, s. 46.

onun sahibi olur.¹⁸³ Bu durum FSEK’te “Mülkiyetin intikali” başlıklı m.57’de “Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez” şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Diğer fikir ve sanat eserleriyle karşılaştırıldığında yazılımlar konusundaki yasal düzenlemeler daha farklıdır. Örneğin kitap, video veya müzik kaseti gibi fikri haklarca korunan eserlerde eser sahibinin rızası olmaksızın çoğaltma¹⁸⁴ hakkı mümkün değilken standart yazılımların çoğaltılmış bir nüshasını satın alan kişiye kanunda sınırlı da olsa bir çoğaltma hakkı tanınmıştır. Bu nedenle sözleşme saf bir satım, kira vb. olmaktan çıkarak isimsiz sözleşmeler alanına kaymaktadır. Özetle, yazılım lisans sözleşmelerinde lisans unsuru bulunmakla birlikte satım ve kira gibi unsurlar da bulunabilmektedir. Lisans sözleşmelerinde sözleşmenin öncelikli amacı fikri bir hakkın devri veya fikri hakkın kullanım hakkının devriyken, standart yazılım lisans sözleşmelerinde öncelikli amaç hukuken “şey” sayılan bir varlıktan devralanın yararlanmasını sağlamaktır.¹⁸⁵

C. Elektronik Bilgi İşlem Sistemi Devir Sözleşmesinden

Elektronik Bilgi İşlem Sistemi Devir Sözleşmeleri; “teslimatçı firma (imalatçı, satıcı, kiralayıcı) müşteriye ivaz karşılığında elektronik bilgi işlem sistemi (donanım ve/veya yazılımdan oluşan sistem) devrettiği ve bununla birlikte çeşitli iş görme edimlerini (bilgilendirme, eğitim, sistemi kurma, bakım vs.) üstlendiği sözleşmeler” olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁶. Yazılım lisans sözleşmelerine esas olan konu bir bilgisayar yazılımıyken, Elektronik Bilgi İşlem Sistemi Devir Sözleşmeleri’ne esas olan konu

¹⁸³ Yıldırım, Standart Bilgisayar, ss.22-23.

¹⁸⁴ ‘Çoğaltma’nın en temel özelliklerinden biri esas itibarıyla gayri maddi nitelik taşıyan eserin, duyu organları ile algılanabilecek biçimde sabit bir cisim üzerinde tespit edilmesi gerekliliğidir. Örneğin ilmi eser niteliğindeki bir makalenin bir konferansta okunması her ne kadar işitme duyusu ile algılanan bir şeyse de sabit bir cisim üzerine kayıtlı olmadığı için kaydedilmiş ve daha sonra tekrar dinlenebilecek, incelenebilecek bir niteliğe sahip olmadığından ‘çoğaltma’ kapsamına girmemektedir. Halbuki bu makalenin okunması sırasında eser sahibinin sesiyle birlikte görüntüsünün videoya alınması veya sadece sesinin ses taşıyıcı bir cihaza kaydedilmesi veya duyulan seslerin el ile bir kâğıda yazılması veya konferans kitapçığında yazılı olarak basılması, eserin bir cisim üzerinde tespit edilebilmesi nedeniyle ‘çoğaltma’ kapsamına girer (Çelik, A., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali, İhlalin Sonuçları, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara 2011, s.31).

¹⁸⁵ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 23.

¹⁸⁶ Dağdeviren, N., Bilgisayar Yazılımlarının Hukuki Korunması ve Lisans Hakları, 2008, s. 19-20. www.nezihdagdeviren.com.tr/wp-content/uploads/2016/11/B%C4%B0LG%C4%B0SAYAR-PROGRAMLARININ-KORUNMASINA-%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0N-MENFAATLER.doc e.t. 12.03.2019.

yazılımın yanı sıra donanım ve çoğu zaman bunlara eşlik eden çeşitli iş görme sözleşmeleridir¹⁸⁷.

D. Yazılım Bakım Sözleşmesinden

Yazılım bakım sözleşmesi, yazılım sağlayıcısının (geliştiricisinin), ilk lisans garantisinin sona ermesinin ardından oluşabilecek sorunların teşhisi üzerine yapılan ve bir yama veya düzeltme şeklinde programlama değişiklikleriyle ilişkili olan bir anlaşmadır¹⁸⁸. Yazılım bakım sözleşmesi, ayrı bir sözleşme halinde yapılabildiği gibi lisans sözleşmesinin bir parçası da olabilir¹⁸⁹.

Yazılım bakım sözleşmesiyle belirsiz süreli ve ivaz karşılığında yazılımdaki aksaklık ve eksikliklerin giderilmesi, kullanıcı problemlerinin çözülmesi ve yazılımın her zaman işlevsel şekilde çalışabilmesinin sağlanması taahhüde bağlanırken¹⁹⁰, yazılım lisans sözleşmelerine esas olan konu yazılımın kullanıcının yararına sunulmasıdır¹⁹¹.

E. Yazılım İşlenme Sözleşmesinden

Bilgisayar yazılımının, kullanıcının yeni gereksinimlerine ayarlanmasının ve yazılım sisteminin gelecekte kullanıcıların ihtiyaçlarını karşılayabilmesinin bir sözleşme ile güvence altına alınması gerekir. Bu güvence, yazılım bakım sözleşmesi kapsamına alınabildiği gibi ayrı bir sözleşme ile -yazılım işleme sözleşmesi ile- de sağlanabilir. Yazılımın uyarlanması veya işlenmesi¹⁹² her zaman yazılımın geliştiricisi ve kullanıcısının birlikte çalıştığı bir süreçtir, çünkü yazılımı geliştirenin kullanıcıların yeni

¹⁸⁷ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 24.

¹⁸⁸ Gay Gordon-Byrne, An IT Manager's Guide to Controlling the Product Lifecycle: Buying, Supporting, Maintaining Software and Equipment. Boca Raton, London, New York: CRC Press, Taylor & Francis Grup, Informa Business, 2014, s.30-31.

www.ittoday.info/Excerpts/Maintenance_in_the_Digital_World.pdf e.t. 16.02.2019.

¹⁸⁹ ILTA, s.6.

¹⁹⁰ Dağdeviren, s. 20.

¹⁹¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 24.

¹⁹² Bir eser sahibinin özelliğini taşıması şartıyla oluşturulan her yeni eser diğerinden bağımsız ve ayrıdır. Ancak bazı eser türlerinde eserin yaratıcısının özellikleri bulunmakla beraber eserin tam manasıyla bağımsız olduğu da söylenemez. Benzer şekilde bir kimsenin kendi özelliğini vererek yarattığı bir eserin bağlı olduğu başka bir fikir veya sanat eseri de bulunabilir. İşte bu gibi eserlere, yani eser sahibinin özelliğini taşıyan ancak münferit ve bağımsız bir eser özelliği taşımayan eserlere FSEK'te 'işlenme' denmektedir (Gökyayla, E., Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 107).

gereksinimleri bilmesi gerekir. Yazılım geliştiricisi yazılımı düzenlemeyi reddettiğinde veya işi yapamadığında, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğini anladığı anda kullanıcıyı bilgilendirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, yazılımın uyumsuzluğundan kaynaklanan hasar, işin tamamlanmadığı her gün artabilir. Uygulamada, yazılım geliştiricisine, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlar için dava açabilmesi kullanıcıya pek yardımcı olmayacaktır. Bu nedenle yazılım işleme sözleşmesinde yazılımın işlenmesinin reddi veya başarısızlığına ilişkin durumların da listelenmesi kullanıcılar açısından yararlı olacaktır.¹⁹³

FSEK'in "İşlenmeler ve Derlemeler" başlıklı 6. maddesinde işleme eserin tanımı "Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip bu esere nispetle müstakil olmayan ve aşağıda başlıcaları yazılı fikir ve sanat mahsulleri" şeklinde yapılmış, bu maddeye 1995 yılında eklenen 10. fıkrada "bir bilgisayar yazılımının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması" da işleme eserler arasına alınmıştır. Ancak işleme sözleşmesi kanunda açıkça tanımlanmamıştır. 5846 sayılı FSEK'ten önce 1910-01.01.1952 tarihleri arasında yürürlükte olan Hakkı Telif Kanunu m.100'de "işleme sözleşmesiyle eser sahibi ve halefi, fikri bir eser üzerindeki işleme hakkı sözleşmesinin ifası için icabeden genişlikte işleyene devretmeyi, diğer tarafta eseri kararlaştırılan şekilde işlemeyi üstlenir" denmektedir. Bu tanıma göre işleme sözleşmesinden bahsedilebilmesi için eseri işlemeye verenin eserin sahibi ya da hukuki halefi olması gerekir. Sözleşmenin konusu, fikri bir eser üzerindeki işleme hakkının devredilmesi yükümlülüğü ile işleyenin eseri kararlaştırılan şekilde işlemesidir. Buradan, fikir ürünü olmayan eserlerin işleme sözleşmesinin konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Bu sözleşme ile iş sahibine işleme hakkını işleyene devretme yükümlülüğü, işleyene ise eserin işlenmesi yükümlülüğü verilmektedir. Bu doğrultuda değerlendirildiğinde yazılım lisans sözleşmeleri, konusu itibarıyla yazılımın işlenmesi ya da işleme hakkının devredilmesini kapsamadığından, yazılım işleme sözleşmelerinden açıkça ayrılmaktadırlar.¹⁹⁴

¹⁹³ Yankova, S. / Hecheltjen, M., Legal Aspects of Digital Preservation, (Thomas Hoeren, Barbara Kolany-Raiser, Eds.), 2013, s. 195.

¹⁹⁴ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 24.

F. Yazılım Sürüm (Yayım) Sözleşmesinden

Yayım Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Yayım sözleşmesi" başlıklı 487. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir". Bu maddeye dayanarak yayım sözleşmesi çerçevesinde eserin sahibi veya halefi eser üzerindeki çoğaltma ve yayma haklarından¹⁹⁵ oluşan fikri hakkını yayınlayana devretmeyi, eseri çoğaltıp yayabilmesi için yayınlayana eseri devretmeyi ve bu hakların varlığını sağlamayı borçlanırken, yayınlayan da yayın sözleşmesinde kararlaştırılan miktar ve şekilde eseri çoğaltıp dağıtmayı/yaymayı borçlanır¹⁹⁶.

Yazılım lisans sözleşmelerinde de teslim bulunmaktadır ancak teslimin konusu yazılımın çoğaltılması ve dağıtılması için değil bizzat kullanılması içindir. Elbette ki yazılım lisans sözleşmelerinde de kullanıcıya kanunda sınırlı ve sıkı şartlara bağlı olsa da bir çoğaltma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte yayın sözleşmelerinde yayınlana kural olarak yazar ücreti (telif) ödenmesi gerekirken yazılım lisans sözleşmelerinde devralanın telif ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁹⁷

G. Satım Sözleşmesinden

Satım sözleşmesiyle lisans sözleşmesi arasında benzerlikler bulunmakta ise de esasen aralarında önemli farklılıklar söz konusudur. Öncelikle satım sözleşmesinin konusunu maddi varlıkları olan mallar da oluştururken, lisans sözleşmesinin konusunu sadece gayri maddi varlıklar başka bir deyişle fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri haklardan kaynaklanan mali yetkilerin kullanılmasının devri oluşturur. Satım sözleşmesiyle lisans sözleşmesi arasındaki diğer bir önemli fark ise satım sözleşmesinde satıcı satım konusunun mülkiyetini geçirme taahhüdünde bulunmaktayken, lisans

¹⁹⁵ Çoğaltma ve yayma hakkı arasında benzerlik bulunmasına karşın FSEK'te bu haklar isabetli şekilde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yazılımı geliştiren çoğaltma ve yayma hakkını aynı kişiye devredebileceği gibi, yazılımın yayımlanması için başka bir zaman, yer ve şahıs da seçebilir. Bir diğer deyişle belirli bir yerde çoğaltılan yazılımın dağıtımının başka bir yerde yapılmasını isteyebilir (Dalyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 139).

¹⁹⁶ Aydınçık, s. 93; Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 25.

¹⁹⁷ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 23-25.

sözleşmesinde lisans alan lisans konusunun mülkiyetini geçirme yönündeki bir taahhütte bulunmaz.¹⁹⁸

Satış sözleşmesinde alıcı, satım konusu mal üzerinde süresiz ve eşyayı tamamen yok etme yetkisini de içeren sınırsız kullanma yetkisine sahip olmaktadır. Ancak lisans sözleşmesinde lisans alanın tasarruf yetkisi satıma nazaran dar kapsamlı olup, lisans alan lisansa konu yazılımı lisans sözleşmesinde belirtilen sürede ve kararlaştırılan şekilde kullanmakla ve yazılım sahibinin manevi haklarına zarar vermemekle yükümlüdür. Ayrıca, satım sözleşmesi ile lisans sözleşmesi arasındaki en önemli farklardan biri de taşınır malların satımı herhangi bir şekilde tabi değilken, yazılım lisans sözleşmelerinin FSEK'e göre mutlak surette yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.¹⁹⁹

Satım sözleşmesi ile satım konusu üzerinde sahip olunan hakkın bütünüyle devri amaçlanırken, lisans sözleşmesinde sadece kullanım hakkı devredilmekte ve örneğin basit lisansta lisans veren kendi kullanım hakkını veya kendisi ile birlikte hak tanıdığı üçüncü kişilerin kullanım hakkını saklı tutmaktadır. Bu doğrultuda lisans sözleşmesinin "hak satımı" olarak değerlendirilmesi mümkün değildir²⁰⁰. Ancak yazılım devir sözleşmelerinin ivaz karşılığı sürekli olarak devredilmesi halinde bir nevi ivazlı temlikten yani bir nevi satımdan bahsetmek mümkündür²⁰¹. Bu konu İvaz Karşılığında "Sürekli" Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri bölümünde detaylı olarak incelenmiştir.

Saf bir satım sözleşmesiyle karşılaştırıldığında yazılım lisans sözleşmesinde fikri haklardan kaynaklı hak ve yükümlülükler bulunmamakta, fikri bir hak olan çoğaltma hakkı kanunî sınırlar çerçevesinde yazılımı devralana geçmektedir. Bu özelliği ile yazılım lisans sözleşmeleri, fikri haklarla korunan diğer eser nüshalarından da farklılık göstermektedir.²⁰² Örneğin basılı bir kitap ve yazılımın her biri FSEK'e göre telif hakkına konu eser sayılmaktadır. Kitap, hakkın tüketilmesi ilkesi gereği başkalarına

¹⁹⁸ Arbek, s. 92.

¹⁹⁹ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 127.

²⁰⁰ Aydınçık, s. 90.

²⁰¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 26.

²⁰² Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 26.

serbestçe satılabilir ve ayrıca kitabın farklı kişilerce okunması telif hukuku bakımından herhangi bir önem taşımaz. Oysa ki; yazılımın çalıştırılabilmesi için bilgisayarın hafızasına geçici olarak yüklenmesi gerekir ki, bu işlem de FSEK m.22'ye göre bir mali hak türü olan çoğaltma anlamına gelmektedir.²⁰³

Yazılım lisans sözleşmeleri ile satım sözleşmeleri arasında bir diğer önem arz eden farklılık da satım sözleşmesinde kural olarak bir ani borç ilişkisinin söz konusu iken, yazılım lisans sözleşmesinde taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi olmasıdır. Bu durum, taraflar arasındaki güven ilişkisinin niteliği ve lisans verenin borçları bakımından da birtakım farklılıklar yaratmaktadır.²⁰⁴

Literatürde bazı yazarlar, satımla ilgili hükümlerin mali hakkın devri ve lisans sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacağını ileri sürmüşse²⁰⁵ de ani ve sürekli borç ilişkilerine uygulanacak hükümlerdeki farklılık nedeniyle satımla ilgili hükümlerin en azından sürekli borç ilişkisi taşıyan lisans sözleşmelerine doğrudan doğruya uygulanması pek mümkün görünmemektedir.²⁰⁶

Bu bilgiler ışığında yazılımın sürekli devrini amaçlayan bir sözleşme öngörülen bu kısıtlamalar nedeniyle tam anlamıyla bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Bununla birlikte FSEK'te lisans sözleşmesi ile ilgili teslim ve ayıp konularında özel düzenlemeye yer vermediği göz önüne alındığında bu hususlarda taşınır satımı hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür²⁰⁷.

²⁰³ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 127.

²⁰⁴ Ortan, A. N., Patent Lisansı Sözleşmesi, Doğan Basımevi, Ankara 1979, s. 26.

²⁰⁵ Arslanlı, s. 183; Ortan, s. 26-27.

²⁰⁶ Aydınçık, s. 91.

²⁰⁷ Nuri Erişgin, N., "Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği". Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 64.

H. Adi Kira ve Hasılat Kirası Sözleşmesinden

Yazılım lisans sözleşmesi ile adi kira sözleşmesi sözleşme konusunun kullanımı, sözleşmenin diğer tarafına bırakılması yönündeki ortak özellikleri gereği bazı yönleri benzerlik göstermektedir. Ancak her iki sözleşme türü arasında önemli bazı farklılıklar da söz konusudur. Adi kira sözleşmesinin konusu maddi varlığı olan menkul veya gayrimenkul bir mal iken, yazılım lisans sözleşmesinin konusu maddi varlığı olmayan ve fikri haktan kaynaklanan mali yetkililerdir.²⁰⁸

Adi kira sözleşmesinde kiralayan kira sözleşmesinin konusunu belirli veya belirsiz bir süre için ivazlı olarak kiracıya bırakmayı yükümlenirken, yazılım lisans sözleşmesinde ivaz zorunlu bir unsur değildir.

Adi kira sözleşmesinde kiralayanın kiracıya yardım etme yükümlülüğü yönünde pozitif edim yükümlülüğü bulunmamakta iken yazılım lisans sözleşmesinde lisans verenin bu şekilde öngörülmüş bir yükümlülüğü bulunmaktadır²⁰⁹ Bu nedenlerle adi kira sözleşmesi hükümleri yazılı lisans sözleşmesine kıyas yoluyla ve uygun oldukları ölçüde uygulanmalıdır.²¹⁰

Yazılım lisans sözleşmesi hasılat kirası sözleşmesi ile de benzer özellikler göstermekte ise de önemli nitelikte farklılıklar barındırmaktadır. Öncelikle Türk Borçlar Kanunu'nda lisans sözleşmesine konu olan türden bir gayrimaddi hak, hasılat kirası sözleşmesinin konusu olarak öngörülmemiştir. Adi kirada olduğu gibi hasılat kirası sözleşmesinde de yazılım lisans sözleşmesinde öngörülmeleyen yardım sağlama şeklindeki pozitif edim yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine adi kira sözleşmesinde olduğu gibi hasılat kirası sözleşmeleriyle lisans sözleşmesi arasında hasılat sözleşmesinde kiracıya kiralanan üzerinde tanınan şahsi hak ile lisans sözleşmesinde lisans alan lehine doğan mutlak hak ayrımı bulunmaktadır.²¹¹

²⁰⁸ Arbek, s. 89-90.

²⁰⁹ Tunçer, R. O., Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara 2010, s. 32.

²¹⁰ Arbek, s. 90.

²¹¹ Aydınçık, s. 89-90.

Bunun yanı sıra münhasır lisanslarda lisans hakkı üçüncü kişiler tarafından ihlal edildiğinde lisans alanın üçüncü kişilere karşı dava açabilme yetkisi genellikle lisans alana tanınmışken, hasılat kirasında kiracının böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Bir diğer önemli farklılık ise hasılat kirası sözleşmesinde aksine bir hüküm olmaması halinde kiracı hasılat kirasının konusu malı veya hakkı başka birisine kiraya verebilmesi yani alt kiralama yapması mümkün iken, yazılım lisans sözleşmesinde lisans alanın lisans konusunu alt lisansa konu etmesi ayrı bir yetki devri gerektirdiğinden mümkün değildir. Sonuç olarak bu farklılıklar göz önüne alındığında Türk Borçlar Kanunu'ndaki hasılat kirası hükümlerinin yazılım lisans sözleşmesine doğrudan doğruya değil, yine uygun olduğu ölçüde kıyas yoluyla uygulanması gerektiği görülmektedir.²¹²

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bazı kararlarında lisans sözleşmesinin hasılat kirası sözleşmesinin esaslı unsurlarını taşıdığı gerekçesi ile (BGE 61 II 142, BGE 39 II 79) hasılat kirası sözleşmesinin hükümlerini doğrudan doğruya lisans sözleşmesi hükümlerine uygulanması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Ancak Federal Mahkeme zamanla bu görüşünü değiştirmiş ve hasılat kirası ve kanunda yer alan benzer diğer isimli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin doğrudan lisans sözleşmesine uygulanmasının uygun olmadığına hükmetmiştir (BGE 85 II 38).²¹³

İ. İş ve Hizmet (Eser) Sözleşmesinden

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Eser Sözleşmesi" başlıklı yedinci bölümü m.470'e göre eser (istisna) sözleşmesi "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m.363'e göre ise eser sözleşmesi "yüklenicinin iş yürütmeyi taahhüt ettiği ve müşterinin kendisine bu iş için para ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme"dir²¹⁴. Esasen literatürde yaygın olarak "eser

²¹² Arbek, s. 91.

²¹³ Arbek, s. 90.

²¹⁴ İlgili maddenin İngilizce metni şu şekilde geçmektedir: Title Eleven: The Contract for Work and Services, Art. 363: A contract for work and services is a contract whereby the contractor undertakes to carry out work and the customer undertakes to pay him for that work. İBK, Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code 220. (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 April 2017). The Federal Assembly of the Swiss Confederation, having considered the Dispatches

sözleşmesi” olarak kullanılan kavramın İBK’nın İngilizce versiyonunda “iş ve hizmet sözleşmesi” (The Contract for Work and Services) şeklinde geçtiği, dolayısıyla bu şekilde kullanılmasının fikir ve sanat eserleri hukukundaki “eser” kavramıyla karıştırılmasının önüne geçilebileceği görülmektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesi yerine iş ve hizmet sözleşmesi teriminin kullanılması da mümkün bulunmaktadır. Yine de TBK’da eser sözleşmesi olarak geçmesi nedeniyle bu çalışmada da o şekilde kullanılmıştır.

BK’nın “İstisna Akdi” başlıklı On birinci bab’ının 355. maddesinde ise eser sözleşmesi; “İstisna, bir akittirki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermediği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Kökeni Arapça’ya dayanan ve BK’da eser sözleşmesine ismini veren “istisna” terimi, “sanat ve maharet emeği harcayarak bir şeyi meydana getirmeyi istemek” şeklinde tanımlanmaktadır. Eser sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır: Biri gerek BK gerekse TBK’daki tanımlara göre “iş sahibi”, diğeryse TBK’ya göre “yüklenici”, BK’ya göre “müteahhit”dir. Burada iş sahibi, ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında eserin meydana getirilmesini yükleniciye bırakan kişi iken yüklenici ise bir eserin meydana getirilmesini taahhüt eden kişidir.²¹⁵

Standart yazılım sözleşmesinde zaten meydana getirilmiş olan bir eser (bir yazılım) mevcuttur, yani sözleşmenin yapılması sırasında meydana getirilmesi taahhüt edilen veyahut meydana getirilecek olan yeni bir eser yoktur. Bu bakımdan da eser sözleşmesinden ayrılmaktadır. Ancak standart yazılım türünün kullanıcı isteklerine göre özelleştirildiği “özel yazılım”a döndürülmesi halinde (yani özel yazılım lisans sözleşmelerinde) meydana getirilmesi gereken bir eser söz konusu olacağından, bu tür bir yazılım lisans sözleşmesinin bir “eser sözleşmesi” unsuru taşıyacağı muhakkaktır.²¹⁶

of the Federal Council dated 3 March 1905 and 1 June 1909, s. 137. www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf e.t. 17.03.2019.

²¹⁵ Şahin, T., “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 1.

²¹⁶ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 26.

J. İntifa Hakkından

İntifa hakkı Medeni Kanun'da tanımlanmış olup, en basit tanımı ile belirli bir kişiye eşyanın çıplak mülkiyetini muhafaza etmek kaydı ile eşya veya malvarlığı üzerinde, tam yararlanma imkânı sağlayan sınırlı bir ayni haktır.

Alman Hukukçusu Bösert, yazılım lisansı devrinin bir intifa hakkı tanınması olduğunu savunmuştur. Bösert'e göre yazılımın bir veri taşıyıcısı üzerine kayıt edilmesi vazgeçilmez bir öge olduğundan yazılım eşya niteliğindedir. Yazılımın veri taşıyışı içeriğinde veya internet üzerinden indirilmesi suretiyle edinilmesi bu sonucu değiştirmez. Yazılım devrinde ne basit bir mülkiyet devri ne de basit bir kullanma hakkı söz konusu olmadığından, bu devir ile amaçlanan aslında yazılım üzerinde mutlak etkili bir hakkın tanınmasıdır. Bu da ancak eşya niteliğindeki yazılım üzerindeki mülkiyet hakkında tanınan intifa ile mümkün olabilecektir. Devir yasağı da intifa hakkında hak sahibine sağlanan hukuksal koruma ile de uyumludur.²¹⁷ Görüleceği üzere Bösert, yazılım üzerinde kurulan intifayı yazılımın eşya olduğu görüşüne dayandırmıştır.

Ancak bu görüş birçok yönüyle eleştirilebilir. Şöyle ki;

Öncelikle intifa hakkının kurulduğu eşya olarak nitelendirilen yazılım daha isabetli görüş çerçevesinde eşya değildir. Bir an için intifa hakkının veri taşıyıcı üzerinde kurulduğu kabul edilese dahi, bu durumda da veri taşıyıcısının düşük iktisadi değeri ekonomik değeri intifa hakkını özü ile bağdaşmaz. Yazılımın ağ üzerinden doğrudan kullanıcının bilgisayarına yüklenmiş olduğu durumda ise intifa hakkının ne üzerine kurulmuş olduğu tartışmalıdır. Zira intifa hakkı nesnenin hak sahibine teslimini gerektirdiğinden ve uzaktaki bilgisayara yapılan yüklemeye teslim söz konusu olmadığından bu durumda intifa hakkının ne üzerine kurulmuş olduğu belirlenebilir değildir. İntifa hakkının, fikrî bir varlık olarak bizzat yazılım üzerinde kurulduğu iddiası ise eser olan yazılım üzerinde mutlak (hak) etkili olarak ancak özel yasında düzenlenen haklar kurulabilmesi kuralı ile çelişir. Bunun yanı sıra intifa hakkı sahibi, intifa konusunu muhafaza etmekle ve intifa sona erdiğinde intifa konusunu iade etmekle yükümlüdür. Ancak yazılım kullanıcısı yazılımı dilediğinde bilgisayarından kaldırabilir

²¹⁷ Bösert, B., Niessbrauch an Computerprogrammen: Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz durch Vertragsgestaltung, O. Schmidt, Köln 1992, s. 143, 153, akt. Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 51.

ve hattâ yazılım bir veri taşıyıcısı ile teslim edilmiş olması halinde bu taşıyıcısı yok edebilir. Bu durum intifa hakkının özüyle bağdaşmaz.²¹⁸



²¹⁸ Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 57-58.

İKİNCİ BÖLÜM

YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bu bölümde genel olarak yazılım lisans sözleşmesinin hukuki niteliği ele alınarak, sözleşmenin kurulması, tarafların yükümlülükleri ve sözleşmeden doğan haklardaki sınırlamalar işlenecektir.

I. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Genel Olarak Hukuki Niteliği

Her ülkenin yargı alanlarında, fikri mülkiyet hakları ve yazılım lisanslarını korumayı amaçlayan birbirinden farklı ulusal yasaları bulunmaktadır. Örneğin İngiltere’de uygulanan yasa 1988’deki Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Yasası, 1977 sayılı Patent Yasası ve Ticari Markalar Yasası’nı kapsamaktadır. ABD’de Patent Yasası ve çeşitli devlet yasaları, bilgisayar yazılımlarındaki fikri mülkiyet hakları için geçerlidir. Genel olarak yazılım lisans sözleşmelerinin, Fikri ve Sinai Haklar, Patent, Telif Hakkı, Ticari Sır, Marka, Vergi, Sözleşme hukuku ile ilgili mevzuat içerisinde düzenlenebildikleri görülmektedir. Ayrıca birçok Avrupa Birliği (AB) yönergesi, mahkeme kararları ve bu alanı düzenleyen diğer uluslararası düzenlemeler de bulunmaktadır.²¹⁹

Tüm dünyada yazılım sözleşmelerinin temelini, yazılımlara ilişkin çeşitli düzenlemelere sahip olan Sözleşmeler Hukuku (ABD Hukuk Enstitüsü / ALI “American Law Institute” İlkeleri, Brezilya Yazılım Sözleşmeleri vb.) oluşturmaktadır. ALI İlkeleri, özel sözleşmeler hukukunu teşkil etmekte olup; satışlar, lisanslar, kiralamalar veya erişim sözleşmeleri, pazarlık veya standart biçim ve yazılımın tesliminin somut veya elektronik bir araç tarafından yapılıp yapılmadığı dahil olmak

²¹⁹ Madatli, K., “Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations”, Baku State University Law Review, Cilt 2, Sayı 1, 1996, s. 128.

üzere “ivaz karşılığı yazılım devir sözleşmeleri” için geçerlidir.²²⁰ Avrupa'nın birçok yerinde satış sözleşmelerine de özel hukuk kuralları uygulanmaktadır. Bununla birlikte, İskoçya'da, birçok Avrupa ülkesi ve ABD'nin bazı kısımlarında bu haklardan yararlanılabilmektedir. Bu, yazılımın orijinal sağlayıcı tarafından atanmış Orijinal Malzeme Üreticileri (OEM “Original Equipment Manufacturer”), Değer Katan Satıcılar (VAR “Value Added Reseller”) ve diğer satıcılar tarafından dağıtıldığı durumlarda daha da önem kazanır. Bu durumlarda yazılım sağlayıcısının, lisans sahibine karşı haklarını uygulama hakkına sahip olma veya alt lisansta herhangi bir sorumluluk sınırını koruma hakkına sahip olma konularında daha dikkatli olması gerekmektedir.²²¹

Yazılımlarda kullanılan kodların temelinde matematiksel algoritmalar bulunmakta olup, bu algoritmalar yazılım dilinde ifade edilerek yazılım kodlarını oluşturmaktadır²²². Bilgisayar yazılımları yukarıda da bahsedildiği üzere çeşitli kanunlarla koruma altına alınmışken, fikir niteliğinde değerlendirilen yazılım algoritmaları ve kullanıcı arayüzünün fonksiyonel kısmı, fikrî hukuk kapsamı dışında kalmaktadır²²³. Avrupa Konseyi Yönergesi'nin gerekçesinde de algoritmalar doğrudan korunma dışı bırakılan fikir ve temel ilkeler kapsamında anılmamış, sadece bunların temelinde yer alan düşünce ve temel ilkelerden bahsedilmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere esas olarak algoritmayı oluşturan fikrin korunmayacağı temel düşüncesinden hareket etmekle birlikte, bu konunun tartışılması ve algoritmalara ilişkin yasal düzenlemelerin anlamlandırılması gerekmektedir.²²⁴

II. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliğini Belirleyen Temel Özellikleri

Türk Hukuku uyarınca genel bir ifade ile yazılım lisans sözleşmesinin, Borçlar Hukuku açısından, rızaya dayalı, sürekli borç doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen karma bir sözleşme olduğu söylenebilecektir.

²²⁰ Hillman, R. A., “Contract Law in Context: The case of Software Contracts”, Wake Forest L. Rev., Cilt 45, Sayı 669, 2010, s. 673.

²²¹ Bond, R. T.J., “Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents”, 2004, s. 114.

²²² Leith, P., Software and Patents in Europe, Cambridge University Press, UK, s. 145.

²²³ Topaloğlu, Bilişim, s. 143.

²²⁴ Aksu, 2006, s. 109-110.

A. Rızaya Dayalı Hukuki İşlem Olma Özelliği

Lisans sözleşmesi ancak sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin beyanlarının varlığı ile geçerli olarak kurulabildiğinden, yazılım lisans sözleşmesi rızaya dayalı bir hukukî işlemdir²²⁵. Zira yazılım lisans sözleşmesinin kurulabilmesi için yazılımın kaşı tarafa teslim edilmiş olması şart olmadığı gibi FSEK 50/I. maddesi hükmü de lisans sözleşmenin rizai niteliğini teyit eder.²²⁶

B. İsimsiz ve Karma Bir Sözleşme Olma Özelliği

Borç ilişkilerine dair sözleşmeler, “kanun tarafından düzenlenen isimli sözleşmeler” ve “kanun tarafından düzenlenmeyen isimsiz sözleşmeler” şeklinde ikiye ayrılır. İsimli sözleşmede sözleşmenin unsurları, tarafların edimleri ve bunlar aykırılık hali ilgili hükümler kanunda belirlenmiştir. İsimsiz sözleşmelerde ise sözleşmenin unsurları kanun tarafından düzenlenmemiştir.²²⁷

Bu anlamada lisans sözleşmesinin isimsiz sözleşmeler grubuna dahil olduğu görüşü genel kabul görmekle birlikte lisans sözleşmesinin karma sözleşme mi yoksa kendine özgü yapısı olan sözleşme mi olduğuna dair farklı görüşler bulunmaktadır²²⁸.

Söz konusu görüş ayrılıklarını değerlendirmeden evvel isimsiz sözleşme çeşitleri olan kendine özgü (sui generis) sözleşme ile karma sözleşme kavramlarını kısaca açıklamak uygun olacaktır.

İsimsiz sözleşmeler içerdikleri unsurların tipik sözleşmelere ait olup olmadığı yönünden kendine özgü-sui generis sözleşmeler ile karma sözleşmeler olarak ikiye ayrılırlar. Kendine özgü-sui generis sözleşme, kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerin hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana geldiği gibi tamamiyle yeni bir sözleşme tipini oluştururlar. Örneğin sulh sözleşmesi, garanti sözleşmesi, satım için tevdi sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi sui-generis sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

²²⁵ Tunçer, s. 28.

²²⁶ Gökyayla, s. 227.

²²⁷ Kıratlı, M., “Marka lisans sözleşmeleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 6.

²²⁸ Aydınçık, s. 72.

Karma sözleşme ise sözleşme tiplerini edimin muhtevası veya kanunen öngörülmeyen bir bütünlük içinde birleştirilerek tek bir sözleşme haline getiren, başka bir ifade ile kanunun öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesi sonucunda oluşan bir sözleşmedir.²²⁹

Arberk'in de katıldığı görüşe göre lisans sözleşmesinin unsurları ne Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ne de diğer kanunlarda yer almadığından lisans sözleşmesi ismsiz ve kendine özgü-sui generis bir sözleşmedir²³⁰.

Aydıncık'a göre lisans sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerinden herhangi birine dahil edilemediği gibi, tipik sözleşmelerin unsurlarının birleşmelerinden de meydana gelmiş değildir. Bu nedendir ki, lisans sözleşmesi sui generis bir sözleşmedir.²³¹

Diğer bir görüş ise bizim de katıldığımız karma sözleşme görüşüdür. Keza Lisans sözleşmesinin kanunda düzenlenen diğer sözleşme tipleriyle bazı unsurları açısından benzerlik gösterdiğini ileri süren Tekinalp²³², genel anlamda lisans sözleşmesini satım ve adi ortaklık sözleşmesi unsurlarından oluşan karma bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Karma sözleşme görüşü uyarınca lisans sözleşmesi; satım, adi ortaklık ve hasılat kirası sözleşmesinde bulunan unsurları içerir ve somut olayın özelliklerine göre bu sözleşme hükümleri lisans sözleşmesine kıyasen uygulanmalıdır. Ongan²³³ ise, lisans sözleşmesinin esaslı unsurlarının ancak kanunda düzenlenmiş tipik bir sözleşmenin unsurları ile birleşmesi halinde lisans sözleşmesinin karma nitelik kazanacağını görüşündedir.²³⁴

Schluep de bilgisayar sistem devrini konu edinen sözleşmelerin karma sözleşme niteliğinde görmekte ve program üzerinde kullanma hakkının sağlanmasına ilişkin

²²⁹ Tekinalp, s. 199.

²³⁰ Arbek, s. 80; Oktay Özdemir, s. 52-53; Aydıncık, s. 73; Ortan, s. 39; Özel, s. 112; Hatemi, H., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 33; Ayiter, s. 211; Erel, s. 263.

²³¹ Aydıncık, s. 72-73.

²³² Tekinalp, s. 435.

²³³ Ongan, 2007, s. 39.

²³⁴ Özyeşil, B., "Marka lisans sözleşmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 16.

yükümlülüğün kombine sözleşmenin satım veya kiraya ilişkin bir ögesi olduğuna ya da lisans hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir öge olduğuna işaret etmektedir²³⁵.

C. Sürekli Borç İlişkisi Kuran Bir Sözleşme Olma Özelliği

Lisans sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir²³⁶. Zira lisans sözleşmesinde sözleşme bir tasarruf işlemiyle kurulmuş ve bazı borçların ifası bir defada gerçekleşmiş olmasına rağmen tarafların lisans sözleşmesinden bekledikleri menfaatleri bir kere de meydana gelmez. Aksine lisans veren belirli bir zamana yayılan bir eylem yükümlülüğündedir.²³⁷

Bunun yanı sıra lisans sözleşmesi var olduğu sürece tarafların hak ve yükümlülükleri de aynen devam etmektedir. Başka bir anlatımla, sözleşmenin tarafları, edimleri bir kez ifa ederek tüketilecek nitelikte değildir.²³⁸

D. Kural Olarak İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olma Özelliği

Edim ilişkisine göre sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile çok taraflı sözleşmeler şeklinde sınıflara ayrılmıştır. Sadece bir tarafın borç yükümlülüğü altına girdiği ve diğer tarafın hiçbir edim yükümlülüğünün bulunmadığı sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler iken her iki sözleşme tarafının borç edim yükümlülüğü altında olduğu sözleşmelerse iki taraflı sözleşmelerdir.²³⁹

Lisans sözleşmesinde de lisans veren, sözleşme konusu lisansı lisans alana gayri maddi hakkın kullanımını devretme, lisans alan ise bu devrin karşılığında genellikle bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Bu itibarla lisans sözleşmesindeki

²³⁵ Schluep, s. 963-966.

²³⁶ Arbek, s. 82.

²³⁷ Aydınçık, s. 74.

²³⁸ Tunçer, s. 30.

²³⁹ Gökyayla, s. 231.

karşılıklı edimler gereği lisans sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen “sinallagmatik” (karşılıklı) ve ivazlı bir sözleşme olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.²⁴⁰

Lisans sözleşmesinin ivazsız olması ise onun tek taraflı hukukî bir işlem olduğu şeklinde yorumlanamaz²⁴¹. Bu durumda ancak lisans sözleşmesinin tek taraf borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edebilir²⁴².

III. Yazılım Lisans Sözleşmesinin Türüne Göre Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin hukuki niteliği, o sözleşmeye uygulanabilecek hükümlerin belirlenmesi anlamına gelir. Yazılım lisans sözleşmelerinde de sözleşmeye taraf olanların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kapsam ve sınırlılıkların, onların sözleşmede yer alan hükümlerde somutlaşmış olan iradelerine dayanılarak belirlenmesi gerekir. Bu konuda açıklık bulunmaması halinde, somut sözleşmeye ilişkilendirilebilen yasal - soyut- sözleşme türü ya da türlerine bakılması gerekir. Daha net ifade etmek gerekirse somut hukuki ilişkinin -ki burada yazılım lisans sözleşmesinin kararlaştırılan içeriğinin- yasada öngörülen sözleşme türlerinden hangisi veya hangilerinin hükümlerine uygun olduğunun araştırılması gerekir.²⁴³ Bu durumda yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin araştırmalarda öncelikle ilgili sözleşme türlerinin ve barındırdıkları unsurların neler olduğunun saptanmasını gerektirmektedir.

Bu sözleşme türlerinin tamamı bahsi geçen unsurlarla birlikte bünyesinde barındırması zorunlu olunmayan bazı unsurları da içerebilir. Bu nedenle ticari sözleşmelerde temel olarak yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin olarak dört sözleşme tipine rastlanmaktadır. Bunlar; sözleşmenin bir nüshasının son kullanıcıya “ivaz karşılığında sürekli” olarak devredildiği, “ivaz karşılığında süreli” olarak devredildiği, “ivazsız” olarak devredildiği ve son olarak “yazılım ile donanımın birlikte” devredildiği sözleşmelerdir.²⁴⁴

²⁴⁰ Aydınçık, s. 75; Tunçer, s. 31.

²⁴¹ Arbek, s. 81.

²⁴² Aydınçık, s. 75.

²⁴³ Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 43.

²⁴⁴ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 68.

Bu sözleşmelerin her birinin hukuki nitelikleri farklı olduğundan, uygulanması gereken hükümleri de farklılık arz etmektedir. Aşağıda yazılım lisans sözleşmesinin hukuki niteliği sözleşme türlerine göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. İvaz Karşılığında “Sürekli” Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri

İvaz karşılığında sürekli olarak devredilen yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar; yazılımları “mal” sayan ve “şey” sayan görüşlerdir.

Literatürde bilgisayar yazılımlarını “şey” olarak kabul etmeyen araştırmacılar, bunları “gayrimaddi, fikrî bir mal” olarak kabul etmekte ve yazılımın ivaz karşılığında sürekli olarak devredildiği sözleşmeleri “lisans” sözleşmesi olarak nitelemektedirler²⁴⁵. Bu durumda yazılım, fikrî bir mal olduğundan, üzerindeki fikrî haklar hak sahibinde kalmak suretiyle kullanıcıya tam bir devir gerçekleşir.²⁴⁶ Buna göre yalnızca yazılımın özünde bulunan ve bir sorunu çözmeye yardımcı olan işlevlerin kullanımına yönelik bir yetki verme söz konusu olacaktır²⁴⁷ ki bu da son kullanıcının, sadece yazılımı kullanma yetkisini alma değil bununla birlikte yazılımın fikrî hak sahibiyle iş birliğinde bulunma yükümlülüğünü de yükler. Bu yükümlülükler örnek olarak, yazılıma ilişkin ayıpların (yazılım hatalarını) bildirilmesi veya bu ayıpların kaldırılmasında iş birliğinde bulunulması, yazılıma dışarıdan gelen izinsiz müdahalelerin bildirilmesi, sözleşmenin sona erme durumunda yazılımın iade edilmesi veya yok edilmesi, lisansı veren fikri hak sahibinin korunan haklarının sayılması ve korunması gösterilebilir²⁴⁸. Yıldırım’a göre bu sözleşmeleri “lisans sözleşmeleri” olarak niteleme, pratik hayatta da geniş kabul

²⁴⁵ Heussen, B., “Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenz-verträgen”, GRUR 1987/11, s.789; Honsell, H., “Schweizerisches Obligationenrechts, Besonderer Teil”, 5. Aufl., Bern 1999, s. 406; Kindermann, C.R. Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR, 1983, s.150; Ulmer & Kolle, Copyright Protection of Computer Programs, 14 Int'l Rev. of Indus. Prop. & Copyright L., 1983, s.489; Kolle, Die patentfähige Erfindung im europäischen Patenterteilungsab ereinkommen, in Mitarbeiterfestchrift for Eugen Ulmer, 1973, s.216. Widmer, U.: Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bern 1990, s. 42, 46, 74.

²⁴⁶ Honsell, s. 406.

²⁴⁷ Widmer, s. 42.

²⁴⁸ Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 50.

görmüş olmakla birlikte bilgisayar yazılımlarını “mal” sayan araştırmacılar arasında da görüş ayrılıkları bulunmaktadır²⁴⁹. Bu farklı görüşlerin üç grupta toplanması mümkündür. Bunlar; hak satımı ile ilgili hükümlerin uygulanması görüşü, kira (hasılat kirası) ile ilgili hükümlerin uygulanması görüşü ve son olarak da hak satımı ve kira (hasılat kirası) ile ilgili hükümlerin beraber uygulanması görüşüdür.

Hak satımı ile ilgili hükümlerin uygulanması görüşüne göre ivaz karşılığında sürekli olarak devredilen yazılım lisans sözleşmeleri “bilgi lisansı sözleşmesi” olarak nitelendirilmektedir. Her bilgisayar yazılımında özellikle de uygulama yazılımlarında fikrin kanunen korunup korunmaması önemli olmaksızın bir işin, bir ticari sırrın mevcudiyeti söz konusudur. Bu görüş doğrultusunda yazılım lisans sözleşmelerinde konu, esasen kaynağı bilgi ya da fikri haklar olan bir yararlanma hakkıdır. Bu nedenle son kullanıcının “yazılımın sahibi” değil “yazılımın faydalanıcısı/kullanıcısı” olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Kilian’a²⁵⁰ göre söz konusu bu ilişkiye uygulanabilecek en uygun hüküm Alman Medenî Kanunu’nda (AMK) yer alan (BGB - Bürgerliches Gesetzbuch) m.433/1 olup, ilgili maddeye göre bir hak satıcısı, alıcı hakkı satın alarak o şeye sahip olma hakkına sahipse ona o şeyi teslim etmekle yükümlüdür. Aynı maddenin 2.bendine göre ise (BGB, m.433/2) alıcının sözleşmede mutabık olunan satın alma bedelini satıcıya ödemesi ve satın alınan ürünü kabul etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat hakkın satımında satıcının, sadece devir sırasında hakkın bulunmasından sorumlu olup, hakkın sağlamlığına ilişkin ayrıca kefil olmadıkça sorumlu değildir. Bu durumda “şey”in satımı ile ilgili hükümlerin bazı durumlarda kıyas yoluyla uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu görüşün gerekçesi ise şudur: Bir hak karşı tarafa sağlandığında mülkiyet gibi bir yararlanma sonucu doğuruyorsa, “şey”in satımı ile ilgili tekellüf hükümlerinin uygulanması, zapta karşı tekellüf hükümlerinden önce gelir²⁵¹.

Kira (hasılat kirası) ile ilgili hükümlerin uygulanması görüşü, bilgisayar yazılımlarının fikri hukuk çerçevesinde korunmasının, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine etki edeceği fikrine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, eşya satımı ile ilgili hükümlerin ancak Fikrî Haklar Yasası çerçevesinde kişisel, fikrî yaratma sayılmayan

²⁴⁹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 69.

²⁵⁰ Kilian, W., Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs. In Arbeiten zur Rechtsvergleichung (H.-L. Weyers Eds.), Cilt 155, 1992, s. 80.

²⁵¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 70.

yazılımların devredilmesinde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu görüşü taşıyanlar, fikrî hukuk tarafından korunan yazılımlarda, yazılımı yazanın fikrî hakkı değil sadece eser üzerindeki yararlanma hakkını devredebileceğini, bu nedenle de yazılımı devralan kişinin “malik” benzeri bir durumu kazanmayacağını delil olarak sunmaktadırlar. Sözleşmeye kira sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanması gerekmekte iken yazılımın üzerinde tecessüm ettiği veri taşıyıcısının devrine ise satım hükümlerinin uygulanması gerekir.²⁵² Heussen tarafından bu kapsamda değerlendirebileceğimiz ancak oldukça farklı olduğunu söyleyebileceğimiz bir görüş ileri sürülmektedir. Yazılımın ivaz karşılığında sürekli olarak devredildiği sözleşmeleri “lisans sözleşmesi” olarak nitelendirmiş olan Heussen, bu ilişki doğrultusunda uygulanması gereken hükümlerin esasen hasılat kirası olmakla birlikte, kira sözleşmesiyle ilgili ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yerine Borçlar Hukuku’ndaki genel hükümlerin uygulanması gerektiğini öne sürmektedir. Heussen’e göre bu hükümlerin uygulanmasında bile dürüstlük kuralının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.²⁵³

Hak satımı ve kira (hasılat kirası) ile ilgili hükümlerin beraber uygulanması (karma) görüşü, yazılım sistem devrini konu alan sözleşmeler, Scheulep tarafından, yazılım ve donanım ayırt edilmeksizin sürümün yapıldığı 1979 yılında, ekonomik bir bütünlüğe sahip olmasına karşın henüz işlem hayatına özgü bir tip oluşturulmaması nedeniyle “isimsiz sözleşmeler” kategorisinde değerlendirilmiş ve “karma sözleşmeler” şeklinde nitelendirilmiştir.²⁵⁴ Bu görüşten hareketle, yazılıma ilişkin kullanım hakkı sağlanmasına yönelik yükümlülüğün, açıkça olmasa da karma sözleşmenin satım ya da kiraya ilişkin bir ögesi olduğu ya da lisans hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir öge olarak kabul edildiği görülmektedir.²⁵⁵ Sözleşmenin kurulma sürecinde yazılım, kullanıcının özel ihtiyaçlarına uygun şekilde oluşturulmuş ya da uyarlanmışsa bu durumda yazılım lisans sözleşmesi özel bir sözleşme niteliği taşımaktadır.²⁵⁶ Bu durum, yazılım kullanıcısının eğitim, danışmanlık veya bakım desteği ihtiyaçlarının

²⁵² Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 70.

²⁵³ Heussen, s. 787-790.

²⁵⁴ Schlupe, W. R., “Innominatverträge - Anhang: Die Verträge im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung”, SPR VII/2, Basel-Stuttgart 1979, s. 959.

²⁵⁵ Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 49-50.

²⁵⁶ Brandi-Dohn, M., “Meistbegünstigungsklausel in Lizenzverträgen”, BB, 1982, ss. 1083-1086.

karşılanması yükümlülükleriyle beraber devri halinde geçerli olup, bu şartlarda satımdaki aslî edimde bir yan yükümlülük söz konusu olmayacak, bizzat bir yükümlülükten söz edilmesi gerekecektir²⁵⁷. Böylece, sözleşmenin kendine has özellikleri olacağından kira (hasılat kirası) sözleşmesi ile satım sözleşmesi arasında ancak satım sözleşmesine daha yakın olacak şekilde değerlendirilmesi, hem satım hem kira hem de Borçlar Hukuku genel kurallarının uygulanması gerekecektir²⁵⁸.

Bilgisayar yazılımlarını “şey” sayan görüşte ise yazılımların “şey” sayılmasının yanı sıra bunların devredilmesiyle ilgili sözleşmelere uygulanması gereken hükümlere ilişkin tıpkı yazılımları “gayrimaddi mal” sayanlarda olduğu gibi bir takım görüş farklılıkları bulunmakla birlikte bu görüşlerin iki temel grupta toplanması mümkündür. Bunlar; “şey” satımı ile ilgili hükümlerin “doğrudan” uygulanması görüşü ve “şey” satımı ile ilgili hükümlerin “kıyasen” uygulanması görüşüdür.²⁵⁹

Yazılım sözleşmelerine “şey” satımı ile ilgili hükümlerin “doğrudan” uygulanması görüşü, bilgisayar yazılımlarının “şey” niteliğini kabul eden Harold Bartl, Thomas Hören ve Michael König gibi bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır²⁶⁰. Bu görüşe göre; standart bir yazılım nüshasının ivaz karşılığında “sürekli” olarak devredildiği durumlarda “satım” sözleşmesi ile ilgili hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Satılan yazılımın ayıplı olması halinde ise doğrudan “şey” satımına ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekmektedir²⁶¹. Bu görüşte bilgisayar yazılımının bir veri taşıyıcısı üzerine/içine kaydedilmesi ve/veya bir ağ üzerinden doğrudan kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi/kaydedilmesi yoluyla “maddî olarak cisimlendiği” varsayılır. Bu görüşün, eşya hukukunda yer alan kanunda belirlenmiş türlere uygun olarak işlem yapılması zorunluluğu ve türe bağlı olma

²⁵⁷ Staudegger, E., Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, In Informatikrecht (D. Jahnel, A. Schramm & E. Staudegger, Eds.), Wien-New York 2000, s. 56.

²⁵⁸ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 71. Bu konuda Kaypakoğlu ise özel yazılım sözleşmelerinin, bir eserin sipariş edilmesi veya eserin talimat altında çalışırken meydana getirilmesini konu edinmelerine göre BK'nın istisnai akti veya 1475 Sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır (Kaypakoğlu, S., Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997, s. 130).

²⁵⁹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 72.

²⁶⁰ Bartl, H., Rechliche Problematik der Softwarevertrageage, BB, 1988, s. 2122-2123; Hören, T, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber und Vertragsrecht, GRUR, 1988, s. 340-342; Hören, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rdn, München 1989, s. 70.; König, M. M., Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen des §90 BGB”, NJW 1989, s. 2604.

²⁶¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 73.

ilkesinin borçlar hukukunda geçerli olmadığını savunması nedeniyle üretici veya tedarikçinin yazılımı devri sırasında sunduğu sözleşmeyi “lisans” veya “yazılım satımı” şeklinde adlandırması, sözleşme niteliğinin belirlenmesinde herhangi bir bağlayıcılığa sahip değildir. Çünkü, bu durumda esas kabul edilen, sözleşmeye taraf olanların gerçek iradelerinin, kurdukları sözleşmede kullanılan ibarelere üstün tutulmasıdır.²⁶²

Yazılım sözleşmelerine “şey” satımı ile ilgili hükümlerin “kıyasen” uygulanması görüşü ise literatürde Harold Bartl ve Michalski/Boesert gibi bazı yazarların²⁶³ yanı sıra özellikle Almanya Federal Mahkemesi de bilgisayar yazılımlarının ayıplarından sorumluluk ile ilgili satım sözleşmesi hakkındaki hükümlerin kıyasen uygulanabileceği görüşündedir²⁶⁴. Buna göre; bilgisayar yazılımlarının fikrî hukukta “eser” niteliğinde kabul edilmesi, satım sözleşmesi ile ilgili hükümlerin doğrudan uygulanmasını engellemektedir. Satım sözleşmesi ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği konusunda farklı bir gerekçenin de ileri sürüldüğü görülmektedir. Literatürde Soergel ve Huber’in²⁶⁵ savundukları ve bazı mahkeme kararlarında²⁶⁶ da kabul gören bir görüşe göre; bilgisayar yazılımları “misli şey”dir ve yazılımın devir sözleşmesi bir “eser teslimi sözleşmesi (iş teslim sözleşmesi)”dir. Eser teslimi sözleşmelerine de satıma ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı kuşkusuzdur.²⁶⁷

Sonuç olarak yazılımın sürekli kullanım için devri halinde yazılım nüshası üzerindeki mülkiyet hakkının fikri haklardaki tükenme ilkesine uygun olarak karşı tarafa geçtiği kabul edilmektedir²⁶⁸.

Yazılımın sürekli kullanım için devrini amaçlayan bir sözleşme, içerdiği kısıtlamalar nedeniyle tam anlamıyla satım sözleşmesi olarak nitelenemez. Bunun yanı sıra, sadece konusunu kullanma bazen de yararlanma hakkı teşkil eden kira, hasılat

²⁶² Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 47.

²⁶³ Bartl, s. 2122; Michalski, L./Boesert, B., Vertrags und Schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, Stuttgart, s. 15.

²⁶⁴ BGH, NJW, 1984, s. 2938; BGH, NJW, 1985, s. 129; BGH, BB, 1988, ss. 20, 22; BGH, NJW, 1990, s. 320; BGH, NJW, 1988, s. 406 (akt. Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 72).

²⁶⁵ Soergel/Huber, vor §433 Rdn, s.81a (akt. Hören, “Softwareüberlassung s. 27.)

²⁶⁶ OLG Hamm, IuR, 1986, s. 396; LG München I, Iur 1987, s.328; (akt. Marly, J. P., “Softwareüberlassungsverträge”, München 1991, s. 22); BGH, 14.7.1993; BB, 1993; Beil, 22 zu Heft 33, N.1 (akt. Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 72).

²⁶⁷ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 72.

²⁶⁸ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 65.

kirası, leasing gibi borç ilişkileri ise sözleşme konusunun kullanımını süre bakımından sınırlandırdıkları için yazılımın sürekli kullanımı için yapılan devir sözleşmelerine doğrudan doğruya uygulanamazlar. Bu nedenle de bu şekildeki bir borç ilişkisini tanımlayacak en uygun sözleşme ilişkisi "lisans sözleşmesi" olup, yazılımın sürekli devrini öngören sözleşmelere de lisans hükümleri uygulanacaktır. Ancak FSEK'te düzenlenen lisans sözleşmesi hükümlerinde teslim ve ayıp gibi konularda özel düzenlemeye yer verilmediğinden bu hususlarda en elverişli ve kapsamlı hükümler olan taşınır satımı hükümlerine başvurulması mümkündür²⁶⁹.

Ancak yazılım maddi hukuk anlamında bir eşya olmasa da yazılım lisans sözleşmesinde zayıf olan tarafı yani son kullanıcıyı korumak amacı ile özellikle ayıp ve teslim sorunları bakımından eşya teslimine ve teslim edilen maldaki ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler, doğrudan doğruya değil kıyasen uygulanmalıdır²⁷⁰.

Ayrıca yazılımın kullanım yetkisinin ivaz karşılığı sürekli devredildiği bir sözleşmede esasen bir bakımdan yasal modelden ayrılması nedeni ile atipik satımdan da söz etmek uygun görünmektedir. Bu yönüyle de atipik bu sözleşmeye, tipik sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir²⁷¹.

B. İvaz Karşılığında “Sürelî” Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri

İvaz karşılığında “sürelî” olarak devredilen yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin temel olarak iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki yazılım sözleşmelerini hasılat kirası olarak niteleyen ve aynı zamanda bu sözleşmeye adi kiraya ilişkin hükümlerin de uygulanabileceği²⁷² görüşü, ikincisi ise bu sözleşmelerde adi kiraya ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanmasını uygun gören²⁷³ görüştür. Bu

²⁶⁹ Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 64.

²⁷⁰ Erişgin, Standart Yazılım, s. 248.

²⁷¹ Erişgin, Standart Bilgisayar, s. 65.

²⁷² Lauer, J., Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, s. 1758-1759; Engel, F. W., “Maängelansprüche bei Softwareverträgen”, BB, 1985, s. 1159-1163; Megede, E., “Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV”, NJW, 1986, s. 2580-2583; Mehrings, J., “Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware”, NJW, 1988, s. 1904-1905.

²⁷³ Marly, s. 136; Bartl, s. 2122.

görüşlerin değerlendirilmesi öncesinde kısaca kanunda geçen adi kira ve hasılat kira tanımlarına göz atmakta fayda bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun "Kira sözleşmesi" başlıklı 4. Bölümünde yer alan 299. maddesinde adi kiranın tanımı şu şekilde yapılmıştır: "Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Buna göre kiraya veren tarafından bir şeyin kullanımı ücret karşılığı kiracıya terk edilmişse "adi kira'dan söz edilebilir. Bu doğrultuda adi kira sözleşmesinde dört ana unsur bulunmaktadır. Bunlar; taraflar arasında anlaşma, sözleşmeye konu olabilecek maddi nitelikli bir mal, kira ücreti ve belirli bir süre sonunda malı geri vermedir. Ürün kirası ise, TBK'nın 357. maddesinde "Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre mülga Borçlar Kanunu'ndaki ifadesi ile; hasılat TBK'daki ifadesi ile ürün kirası, hasılat getiren bir mal ya da hakkın kullanılması, semerelerinden yararlanılması ve işletilmesi haklarının bir ücret karşılığı kiracıya devri söz konusu olup, hasılat kirası sözleşmelerinde adi kira sözleşmelerinde yer alan temel unsurlara ek olarak kiraya konu olan mal ya da hakkın belirli bir "hasılat getiren" nitelikte olması aranmaktadır. Bu fark dışında adi kira sözleşmelerinin konusu sadece maddi varlığa sahip konular olabilirken, hasılat kirası sözleşmelerinin konusu hasılat getiren her türlü taşınır taşınmaz mallar, haklar ve ticari işletmeleri içine almakta; adi kira sözleşmelerinde kiracının sadece kullanma yetkisi bulunurken, hasılat kirası sözleşmelerinde kullanma yetkisine ek olarak kiraladığı şeyden semere ve hasılat elde etme yetkisi de bulunmaktadır. Son olarak adi kira sözleşmelerinde kiracı kiraladığı şeyin ücretini belirlenmiş zamanlarda ödemekle yükümlüken hasılat kirası sözleşmelerinde bu yükümlülüğe konu ücret hasılat ve/veya semerenin bir kısmından oluşabilmektedir.²⁷⁴

Yazılım sözleşmelerini hasılat kirası olarak niteleyen görüşler, esasen bilgisayar yazılımlarının gayrimaddi niteliği olduğu fikrinden doğmaktadır. Bu görüşe göre

²⁷⁴ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 80.

yalnızca maddi varlığa sahip objeler adi kira sözleşmelerine konu olduğundan, gayrimaddi niteliği olduğu kabul edilen bilgisayar yazılımlarının adi kira sözleşmesine konu olması mümkün görünmemektedir.

Standart bir yazılımın belirlenmiş bir ücret karşılığında kullanılarak belirlenmiş bir süre sonunda geri verilmesi yükümlüğü kabul edilerek devralınması durumunda, ivaz karşılığında kullanım hakkı devrinin yanı sıra fikri hakkın devrine esas olan lisans sözleşmesi unsurları da söz konusu olacaktır. Ücret mukabilinde kullanma ve yararlanma haklarının devri, hukukumuzda kira sözleşmelerinin unsurlarıdır. Fikri hakkın devri ile ilgili sözleşmeler ise lisans sözleşmeleridir. Bu doğrultuda kanunen öngörülmediği halde tipik ve atipik sözleşme türlerinin unsurlarının bir araya gelmesi ve kendilerine has bir sözleşme niteliği kazanmaları söz konusudur ki bu tür sözleşmeler de “karma sözleşmeler” statüsünde değerlendirilmelidir. Yazılımın ivaz karşılığı süreli devrinde karma sözleşme türünün alt biçimleri arasında yer alan kombine sözleşmeler söz konusudur. Yazılımı devredenin yükümlülüğü ise çeşitli sözleşmelerde yer alan temel edimlerden meydana gelmekte olup, bu edimlerde kira ve lisans sözleşmelerinin unsurları bir araya gelmiş ve kaynaşmıştır.²⁷⁵ Ancak adi kira ve hasılat kirasına ilişkin sözleşmelerin hükümleri incelendiğinde, bilgisayar yazılımlarının adi kira sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmesinin daha doğru olacağı görünmektedir. Çünkü hasılat kirası sözleşmesinde kiracının kendisine kiralananı işletme ve semere elde etme yükümlülüğü bulunurken bilgisayar yazılımı kiracısı bu tür bir yükümlülük altında değildir. Bilgisayar yazılımı kiracısının yazılımdan yararlanmadığı durumda herhangi bir şekilde tazminat borcu altına girmesi söz konusu olmadığı gibi, yazılımdan yararlanmasa bile ayıplı durum söz konusu değilse sözleşmede belirlenen ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁷⁶

Yazılım kullanıcılarına belirlenen bir süre zarfında yazılımdan yararlandıktan sonra sözleşmede öngörülen zamanda sahibine iade etme veya imha etme yükümlülüğü yükleyen sözleşmelerle süreli program devri yapılmış olmaktadır. Bu nedenle de

²⁷⁵ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Ankara 1985, s. 72; Oktay, S., İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1997, s. 274.

²⁷⁶ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 82.

tarafların yazılımın belirli süre kullanımı üzerine anlaştıkları hukuki ilişkinin kira veya hasılat kirası ya da leasing benzeri bir ilişki olduğu kabul edilmektedir.²⁷⁷

C. İvazsız Olarak Devredilen Yazılım Lisans Sözleşmeleri

İvazsız olarak devredilen yazılım lisans sözleşmeleri, kamuya mal olmuş (public domain) yazılımlarla ilgili olup yazılım geliştiricisinin herhangi bir ücret isteme hakkından vazgeçtiği ve bu doğrultuda dileyen herkesin istediği kadar çoğaltabildiği, özgür bir şekilde herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabildiği yazılımları konu alan lisans sözleşmeleridir. Ancak yazılım geliştiricisinin ücret isteme hakkından vazgeçmiş olması, yazılımın ticari amaçla kullanılamayacağını belirtmediği sürece, bu yazılımı elde eden herhangi bir kullanıcının yazılımı ücret karşılığı başka bir kullanıcıya satışa sunmasını da engellememektedir²⁷⁸.

Bu konuda literatürde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki yukarıda da bahsedildiği gibi yazılımın doğrudan yapımcısından edinilmesi yerine yazılımın satıcılarından birinden alınmasıdır ki, bu durumda devir işleminin “şey satımı” sayılması gerektiği savunulmaktadır²⁷⁹. Buna göre ivazsız olarak devredilen yazılımda devir işlemini yapan tarafın yazılımın bir kopyasını teslim etmesi ve devretmesi gerekir. Bu tam da normal bir devir sözleşmesinin mevcudiyetine uygun düşmekte, tarafların iradelerinin de yaptıkları işlemin “şey satımı”nın sonuçlarını doğurması konusunda uyuşması söz konusudur. Bu da daha önce ele alındığı üzere BGB m.433/1’de belirtilen “Satın alma sözleşmesi ile bir şeyin satıcısı o şeyi alıcıya teslim etmek ve devretmekle yükümlüdür. Satıcı, alıcıya maddi ve yasal kusurlardan arınmış bir şey vermelidir” hükmünde açıkça görüleceği gibi bir “şey satımı” anlamına gelmektedir.

İvazsız olarak devredilen yazılım lisans sözleşmeleriyle ilgili ikinci yaygın görüş ise, tam tersine taraflar arasındaki bu ilişkinin “satım” şeklinde nitelendirilmeyeceği

²⁷⁷ Erişgin, Standart Yazılım, s. 221.

²⁷⁸ Stuttgart ilk derece mahkemesi tarafından bir davada ivazsız olarak devredilen yazılımların ticari amaçla da pazarlanabileceğine dair bir karar alınmıştır. Karara konu olayda bir yazılımcı, kamu malı olarak bir gazetede belirtilen oyun yazılımını kendi ürettiği diğer oyunlarla birlikte bir CD’ye kopyalayıp satışa sunmuştur (LG Stuttgart, 19.08.1993, BB, 1993, Beil. 22 zu Heft 33, N.12). Diğer yandan ivazsız olarak sunulan bir yazılımın yazılımcısı tarafından ticari bir amaçla kullanılamayacağı da öngörülebilir (Hören, T., Der Public Domain Vertrag, CuR, 1989, s. 887-889; Marly, s. 245).

²⁷⁹ Hören, Softwareüberlassung, s. 452; Hören, Der Public, s. 887- 889.

yönündedir²⁸⁰. Buna göre taraflar arasındaki ilişkide satım sözleşmenin temel unsurları arasında yer alan “ivaz karşılığı olma” durumu yoktur. Elbette ki ortada ödenen bir ücret vardır, ancak bu ücret yazılım için ödenen bir ivaz değildir, yazılımın kaydedildiği CD, gönderme ve diğer hizmet masraflarının karşılanması içindir. Ayrıca bazı yazılım sözleşmelerinde “komisyon ücreti” şeklinde cüzi sayılabilecek miktarlarda alınan ücret de sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde etkilidir. Sonuç olarak bu görüşe göre bu tür bir ilişkinin hem bağış sözleşmesi hem de komisyonculuk sözleşmesi unsurlarını içinde barındıran bir sözleşme olarak nitelendirilmesi ve BGB’nin “Hizmet Sözleşmesi” (*Dienstvertrag*) başlıklı 611. maddesinde geçen hükümlerin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.²⁸¹

Bu iki görüş değerlendirildiğinde, esasen ivazsız olarak devredilen yazılım lisans sözleşmelerinin kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Çünkü hizmet sözleşmesinde yer alan tarafların bağımlılığı, belirli bir süre çalışma ve ücret gibi unsurlar eksik olduğundan sözleşmeye esas unsurların temelde vekalet sözleşmesi (yazılımın bir kopyasının üretilmesi ve gönderilmesi, komisyon ücretinin de alınması durumunda komisyonculuk ücreti) ve bağışlama sözleşmesi (yazılımın bir kopyasının ivazsız olarak devri) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir.

D. Yazılım ile Donanımın Birlikte Devredildiği Yazılım Lisans Sözleşmeleri

Yazılım ile donanımın birlikte devredildiği hatta birtakım iş görme edimlerinin de eklendiği durumlarda yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkında da üç temel görüşün varlığı kabul edilebilir.

Bunlardan ilki bu tür bir sözleşmenin, kanun koyucu tarafından özel bir düzenlemeye kavuşturulmamış, bir isim verilememiş olan “isimsiz sözleşmeler”den²⁸² kendine özgü ve aynı zamanda geniş anlamda, kanunen düzenlenmiş bulunan birden fazla sözleşme tipine ait unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirildiği

²⁸⁰ Marly, s.252-257.

²⁸¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 88.

²⁸² Martinek, M., Moderne Vertragstypen, Bd. I, 1993, s. 3-4.

“karma sözleşmeler”in bir türü olan “kombine sözleşme” biçiminde “karma sözleşme”²⁸³ olduğu yönündedir. Bu görüşü taşıyanlar, sözleşmenin “birleşik sözleşme” olarak nitelendirilemeyeceğini, taraflarca sözleşmelerin birinin geçerliliği ve varlığının diğerinin geçerliliği ve varlığına tabi kılınmadığını savunurlar. Çünkü birleşik sözleşmeler, mahiyetleri bakımından birbirinden bağımsız ve başka tipten birden fazla sözleşmenin, bu nitelikleri değişmeksizin tarafların iradeleri ile birbirine öylesine bağlanmasıdır ki bu sözleşmelerden birinin geçerliliği ve varlığı diğerinin geçerliliği ve varlığına bağlıdır. Buna göre bahsi geçen edimlerin karşılıklı olarak birbirlerinin sebebini oluşturmadığı, tam tersine bir sözleşme bütünlüğü görünümünde oldukları görülmektedir.²⁸⁴

Yazılım ile donanımın birlikte devredildiği yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin ikinci görüş, yukarıdaki görüşün tam aksine sözleşmeyi “birleşik sözleşme” olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre bu tür sözleşmeler -birleşik sözleşmelerin yukarıda verilen tanımında olduğu gibi- bir bütünlük arz edecek biçimde sözleşmeye taraf olanların kendi iradeleri ya da dürüstlük kuralları çerçevesinde birbirine bağlanmıştır ki, bu durumda birleşik sözleşmede birbirine bağlanan sözleşmelere esas olan unsurların birbirlerinden bağımsız olarak uygulanmaları gerekir.²⁸⁵

Yazılım ile donanımın birlikte devredildiği yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin son görüşe göre ise sistemin topluca edinilmesi durumunda uygulanması gereken hükümler, “satım sözleşmesi”ne ilişkin hükümlerdir²⁸⁶. Buna göre; sisteme ilişkin tüm unsurların tek bir “satım sözleşmesi”yle yazılımın kullanıcıya devredildiği savunulmaktadır. Fakat bu görüşün, sistemdeki yazılım türünün işletim sistemi yazılımları olması üzerine kurulu olduğu ve uygulama yazılımlarının devredildiği durumları içermediği görülmektedir.

Yukarıda bahsi geçen farklı görüşlerin tamamı değerlendirildiğinde, en isabetli görüşün, yazılım ile donanımın birlikte devredildiği yazılım lisans sözleşmelerinin

²⁸³ Schlupe, s. 771.

²⁸⁴ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 96.

²⁸⁵ Marly, s. 206; Schlupe, s. 961.

²⁸⁶ Koch, F. A., Computer Vertragsrecht, Freiburg, 1994, s. 6.

hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmenin “birleşik sözleşmeler” çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu düşünülmektedir. Çünkü nitelikleri yönünden farklılık arz eden sözleşmeler tarafların iradeleriyle birbirine bağlanmıştır. Bir diğer deyişle standart bir yazılım lisans sözleşmesiyle donanım satım sözleşmesinin ortak bir amaçla bir araya getirildiği, kendilerine özgü niteliklerinin değiştirilmeksizin birbirlerine bağlandıkları görülmektedir. Sonuç olarak birleşik sözleşme altında birbirine bağlanan bu sözleşmelerin her birine, kendi sözleşme tiplerine uygun hükümlerin uygulanması isabetli olacaktır.

2. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ

I. Sözleşmenin Kurulması

Klasik tanımlar çerçevesinde bir sözleşmenin kurulması, öneri-kabul aşamaları içinde gerçekleşmektedir²⁸⁷. Burada “öneri”, tek taraflı, sözleşmenin esaslı bütün unsurlarını kapsayan ve karşı tarafa yöneltilmesi ile sonuç doğuran irade beyanıdır. “Kabul” ise yine tek taraflı, yenilik doğuran niteliğe sahip, sözleşme ilişkisini icaba uygun şekilde kurma iradesini içine alan irade beyanı olarak tanımlanmaktadır.

Sözleşmenin kurulduğu anın tespiti sözleşmenin hazırlar veya hazır olmayanlar arasında kurulma durumuna uygun olarak yapılmalıdır. Hazırlar arasındaki sözleşmelerin kurulması, kabul beyanının açıklanmasıyla başlar ve hükümleri de kabul beyanı ile beraber doğar. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerse, kabul beyanının diğer tarafın hakimiyet alanına girmesi ile yani kabulün diğer tarafa ulaşmasıyla beraber kurulmaktadır.

Fikri haklar ile ilgili lisans sözleşmesinin kurulmasında diğer sözleşmeler gibi TBK’da düzenlenmiş olan genel hükümlere tabiiyet söz konusudur. Malî hakların devri ile ilgili lisans sözleşmelerinin ise “rızaî sözleşmeler” içerisinde yer alması uygun görünmektedir²⁸⁸. Bu açıdan, Borçlar Kanunu’nun 1. maddesine dayanılarak bir sözleşmenin kurulması ve sonuçlarının meydana gelebilmesinde de sözleşmeye taraf

²⁸⁷ Topaloğlu, Bilişim, s. 109.

²⁸⁸ Aydınçık, s. 93-94.

olanların karşılıklı olarak ve birbirine uygun irade beyanlarının gerekli ve bazı hallerde yeterli olması durumunun, lisans sözleşmeleri için de geçerli olacağı söylenebilir²⁸⁹. Eserin karşı tarafa teslim edilmesi, lisans sözleşmesinin kurulabilmesinde zorunlu unsur değildir. Bu durumda sözleşmeye konu olan eserin devralan kişiye teslim edilmesi, sözleşmenin kendisi tarafından eserin sahibine yüklenen bir borç niteliğinde kabul edilmelidir.²⁹⁰

Teknolojideki gelişmeyle birlikte sözleşmelerin kurulmasında da yeni bazı yöntemlerin belirdiği ve yaygınlığını artırdığı görülmektedir. Yazılım lisans sözleşmelerinin kurulmasında kullanılan yeni yöntemler, esasen satıcıyla kullanıcı arasında kurulan sözleşmenin içerisine kullanıcının birtakım davranışları neticesinde yazılım geliştiricisiyle kullanıcının ilişkisini de katmayı amaçlamaktadır. Başka bir deyişle bu yeni yöntemlerde yazılımı imal eden ile yazılımın son kullanıcısı arasındaki ilişkinin kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Çünkü normalde sözleşme ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereğince satıcı ile son kullanıcı arasında yapılan sözleşmeyle ilişki sadece satıcı-son kullanıcı arasında olmakta, son kullanıcı ile yazılımın imalatçısı arasındaki ilişki kurulamamaktadır.²⁹¹ Marly, bahsi geçen bu yeni yöntem sayesinde yazılım lisans sözleşmelerinde yazılım imalatçısı ile son kullanıcı arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulabileceğini savunurken²⁹² Hören ise satıcı ile son kullanıcı arasında yapılan yazılım lisans sözleşmelerinde yazılım imalatçısı ile son kullanıcı arasında ilişki kurulamayacağını²⁹³ beyan etmektedir.

A. Elektronik Sözleşmelerin Kurulması

Günümüzde, elektronik ortam kullanımının yaygınlaşmasına paralel olarak yazılım lisans sözleşmeleri de elektronik ortamda kurulabilmektedir. Bu kapsamda yazılım lisans sözleşmesi bir “elektronik sözleşme” haline gelmektedir. Bir sözleşmenin

²⁸⁹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 99; Aydınçık, s. 94.

²⁹⁰ Aydınçık, s. 94.

²⁹¹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 105.

²⁹² Marly, s. 314.

²⁹³ Hören, Softwareüberlassung, s. 404.

“elektronik sözleşme” niteliği kazanması, sözleşme içeriğinden veya tarafların edimlerinden değil, kuruluş biçiminden kaynaklanmaktadır²⁹⁴.

Elektronik sözleşmelerin kurulmasında, kuruluşu fiziksel ortamda yapılan sözleşmelerdeki gibi, tarafların irade beyanlarının karşılıklı ve birbirlerine uygun olması gerekmektedir²⁹⁵. Yazılım müşterisinin ya da kullanıcının elektronik yolla beyanda bulunduğu öneri, yazılım sahibi tarafından kabul edilmekte ve böylece sözleşme kurulmaktadır²⁹⁶. Kabule yönelik irade beyanının sözleşmenin diğer tarafına gerçek kişilerce iletilebilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşmenin diğer tarafına kabul beyanının iletilmesi amacıyla geliştirilen otomatik bir yazılım ya da işletim sistemi aracılığıyla iletilmesi de mümkündür. Otomatik olarak iletilen irade beyanında, kullanılan elektronik cihazdan ziyade o cihazı kullanan kişinin iradesinden söz etmek gerekecektir.²⁹⁷ Genel olarak öneri beyanını e-posta ya da web sayfası yoluyla alan diğer tarafın yanıt vermemesi ya da sessizliğini koruması, öneriyi kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. Bundan dolayı kabul beyanı sözleşmenin diğer tarafına açıkça iletilmiş olmalıdır. Bundaki istisna ise, diğer tarafın öneriyi kabul ettiği sonucuna varılmasına yol açan faaliyetlerin varlığına dayanarak yapılan zımnî kabuldür. Bu durumda sözleşme, irade faaliyetini gösteren malın ya da edimin gönderildiği an kurulmuş ve hükümlerini de bu andan itibaren meydana getirmiş olmaktadır. Bu itibarla, internet kullanıcısı ya da müşterinin elektronik ortamda beyanda bulunduğu önerinin mal ve hizmet sunan kişi tarafından kabul edilmesi ile sözleşme kurulur ve kabul beyanı hakimiyet alanına ulaştığı an hüküm ve sonuçlarını doğurur.²⁹⁸

İnternet üzerinde, öneri ve kabulün gerçekleştirilmesi yoluyla sözleşmenin oluşturulmasına yönelik önemli bir örnek, Kodak işletmesiyle ilgilidir. Kodak işletmesi, İngiltere’deki web sayfasında bir kamera modelini 329 Euro yerine, yanlışlıkla 100 Euro olarak satışa sunmuştur. Bu yanlışlığı düzeltinceye dek, müşteriler tarafından işletme web sayfası üzerinden yüzlerce sipariş verilmiştir. Kodak işletmesi tarafından,

²⁹⁴ Bayram, A. E, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, TBB Dergisi, Cilt 28, Sayı 119, 2015, s. 334.

²⁹⁵ Bayram, s. 334.

²⁹⁶ Topaloğlu, Bilişim, s. 111.

²⁹⁷ Bayram, s. 334.

²⁹⁸ Topaloğlu, Bilişim, s.111-112.

satışa sunulan kameraya yönelik yapılan icap karşılığında müşterilerin yaptığı kabul işlemi, yalnızca bilgisayar verilerinden olduğu, sözleşmenin kurulması için yeterli olmadığı savunulmuş ancak mahkeme tarafından internet aracılığıyla kurulmuş olan sözleşmenin müşteriler tarafından web sayfasına gönderilen sipariş formu aracılığıyla oluştuğu sonucuna varılmıştır.²⁹⁹

B. Elektronik sözleşmenin E-İmza ile Kurulması

Yazılım lisans sözleşmesinin kurulmasında geçerli kabul edilen bir diğer yöntem de sözleşmenin elektronik imzayla imzalanmasıdır. “Elektronik imza”nın 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’ndaki tanımı; “başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri” (madde 3) şeklinde yapılmıştır. Elektronik imza, “biyometrik imza” ve “dijital imza” olarak iki şekilde ele alınabilir. Biyometrik imza, kullanıcının parmak izi ya da retinası gibi kişiye has özelliklerin kullanılmasıyla oluşturulan imzadır³⁰⁰.

Dijital imzada ise, imza sahibinin adının harfleri ile oluşturulan bir parafla veya el yazısıyla elektronik ortamda kopyalanmamakta, aksine, imza, yaratımı ve gönderimi elektronik ortamda gerçekleştirilen belgelerin şifrlenmesini esas alınmaktadır.³⁰¹

Elektronik İmza Kanunu m.5’e göre, güvenli elektronik imzanın doğurduğu sonuç elle atılan imza ile aynı olup, m.22’ye göre ise elektronik imza elle atılan imzayla aynı ispat gücüne sahiptir. Buna göre; güvenli elektronik imzayla imzalanmış olan yazılım lisans sözleşmelerinin de Borçlar Kanunu’nda “geçerlilik şartı” olarak anılan “adi yazılı şekil” şartını sağlamış olacağı düşünülmektedir³⁰².

C. Elektronik Sözleşmenin Özel Uygulamaları Olan Shrinkwrap-Clickwrap Browser-Wrap Lisans Sözleşmelerinin Kurulması

²⁹⁹ Küçükpehlivan, O, “Sözleşmelerin İnternet aracılığı ile Kurulması ve Geçerliliği”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 62.

³⁰⁰ Topaloğlu, Bilişim, s. 112.

³⁰¹ Şenocak, Z, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 2, 2001, s. 99.

³⁰² Topaloğlu, Bilişim, s. 120.

Yazılım lisans sözleşmelerinin kurulmasında kullanılan yeni yöntemlerden biri de kaynağı ABD hukukuna dayanan “shrinkwrap lisans sözleşmesi”dir. Burada sözleşmenin bütünü ya da önemli bir bölümünün bilgisayar yazılımları ile beraber naylon bir paketin içine konularak paketin ağzının kapatılması -ki bu işleme “shrink wrapped” adı verilmektedir- söz konusudur. Yazılımın içinde bulunduğu diskete ya da CD’ye ulaşılabilmesi ancak “tear open” adı verilen işlemle paketin açılmasıyla ya da poşetin yırtılmasıyla mümkündür. Paket ya da poşetin arka kısmındaysa yazılımı geliştiren tarafın hazırlamış olduğu ve “genel işlem şartları”nı da içinde bulunduran lisans sözleşmesi yer almaktadır. Lisans sözleşmesine ilişkin metnin üst tarafındaysa müşteriye yönelik bir “hatırlatma” metni bulunmaktadır. Bu önemli hatırlatma metninde, müşterinin, paketi açması ya da poşeti yırtması ile birlikte sözleşme şartları da kabul etmiş olacağı ifade edilmektedir. Sözleşme şartlarının müşteri tarafından kabul edilmemesi durumunda, paketin açılmamış veya poşetin yırtılmamış olması şartıyla yazılımla birlikte verilen diğer metaryaller ile birlikte satıcıya iade edilmesi ve ürün için ödenen ücretin iade alınması mümkündür.³⁰³

Shrink-wrap sözleşmelerdeki irade beyanlarında da geleneksel sözleşmelerdeki kabul beyanına ilişkin ilke ve kurallar geçerlidir. Örnek olarak shrink-wrap lisans sözleşmesinin yazılım kutusunu içine yerleştirilmiş olması halinde kutunun açılmasının sözleşmeyi kurma iradesini oluşturduğunu iddia etmek mümkün değildir, nitekim lisans sözleşmesi yazılımın kutusunun içinde olduğundan sadece kutuyu açma fiili kullanıcının kutu içerisindeki sözleşmeyi kurma iradesi olamaz, çünkü kullanıcı henüz sözleşmenin ne olduğundan dahi habersizdir. Yabancı dildeki sözleşmeler için bu görüş kabul edilebilir. Bu ilke Amerikan Hukukunda bazı yargı kararları ile de benimsenmiştir. Zira “Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology and Software Link, Inc.,” davasında, telefonla sipariş verilen bir yazılımın kutusunun içinden bir yazılım lisanssız sözleşmesinin çıkması karşısında, Amerikan Mahkemesi, taraflar arasındaki sözleşmenin telefon siparişi esnasında oluştuğu, yazılı kutusunun içinden çıkan beyanın bu sözleşmede değişiklik yapar nitelikte olduğu gerekçesi ile, kutu içinden çıkan söz konusu sözleşmenin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Ancak bazı

³⁰³ Topaloğlu, M., “Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmeleri”, PC Life, Cilt 1, Sayı 9, 2000, s. 126.

yazarlar bu içtihatın Amerikan Hukukundaki yeni yönelimi yansıtmayan eski bir görüş olduğunu belirtmektedirler.³⁰⁴

Nitekim Amerikan Hukukunda ProCD, Inc. v. Zeidenberg davasında da farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Söz konusu davada Zeiderberg, PROCD firmasından bir ürün satın almış ve satın aldığı ürünle ilgili lisans sözleşmesi kutunun içi açıldıktan sonra kutunun içinden çıkmıştır. Zeiderberg, kutunun içinden çıkan lisans sözleşmeyle bağlı olmadığı savıyla satın aldığı üründen kaynaklanan birtakım verileri internet satışına sunmuştur. PROCD, internet satışı ile ilgili Zeiderberg karşı dava açmış ve Zeiderberg savunma olarak; shrinkwrap lisans sözleşmesinin ürünün kutusu içinde olması nedeni ile kabul beyanının oluştuğu noktada, bilinmeyen sözleşme şartları ile bağlı olmadığını, bu yönde gerekli irade beyanının var olmadığını ileri sürmüştür. Ancak Mahkemece bu yöndeki savunmanın aksine; lisans sözleşmesinin kutunun dışına yerleşecek boyutta olmaması ve Zeiderberg'in kutu içinden sözleşme çıktığı halde ürünü kullanmaya başlamadan önce sözleşmeyi reddetmediği ve ürünü iade etme hakkını kullanmadığı ve hizmetin kendisinin sözleşme ile aynı dille olmadığı ürünü satın alan kişinin o sözleşmeyi de anlayacak durumda olacağı varsayılması gerektiği gerekçeleri ile Zeiderberg'in dava konusu sözleşme ile bağladığına hükmetmiştir.³⁰⁵ Yedinci Daire'nin bu kararında ayrıca shrinkwrap lisans sözleşmesini sadece taraflar arasında geçerli olduğuna ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine hükmedilmiştir³⁰⁶.

Yazılım lisans sözleşmelerinin kurulmasında kullanılan diğer bir yöntem ise digital ortamda sunulan ve kullanıcının “Kabul et” linkine tıklaması ile kurulan “Click-Wrap” sözleşmelerdir. Click-wrap sözleşmelerde sözleşme metni tamamı kullanıcı tarafından web sayfasında içeriğinde görüntülenir. İnternet yoluyla yazılımı indirmeye (download) çalışan kullanıcıya ekranda sözleşme şartlarını kabul edip etmediğini soran bir uyarı genellikle tıklanabilen bir “kabul ediyorum (I accept)” kutucuğu yanında gösterilir. Kullanıcının bu kutucuğu tıklaması ve/veya sözleşme şartları yazısı üzerine

³⁰⁴ Grossman, M., / Hift, A.K., / Rothman, R., Click-Wrap Agreements Enforceable Contracts or Wasted Words? Becker & Poliakof, n.d., http://www.becker-poliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm e.t. 17.07.2019

³⁰⁵ Öztürk, S., “Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlilik Şartları)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 108.

³⁰⁶ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 127.

tıklayarak (click) ilgili şartları bilgisayarına indirerek ya da internet sayfası sekmesinde açma yoluyla okuması sonrası “enter” ve/veya “indir/download” tuşuna basması ya da yine “kabul ediyorum” kutucuğunu tıklamasıyla birlikte sözleşme kurulmuş olmaktadır. Bu sözleşmede tıklama (click) yoluyla sözleşme kabul edilmiş sayıldığından bu yazılım lisans sözleşmesi türüne “clickwrap lisans sözleşmesi” adı verilmektedir.³⁰⁷

Yazılım lisans sözleşmelerinin elektronik ortamda kurulmasında kullanılan yöntemlerden bir diğeri de “Browser-Wrap” sözleşmeleridir. İnternet yoluyla indirilebilen ve bir lisansa sahip bilgisayar yazılımları için kullanılan Browser-Wrap sözleşmelerinin kullanıcıların bilgisayar ekranlarında görüntülenmesi mümkün olabilmektedir. Bu görüntülenme kullanıcı tarafından sözleşme linkine tıklanıldığında aynı sayfada/sekmede değil yeni bir sayfada/sekmede gerçekleşmektedir. Bu yöntemin bir diğer özelliği kullanıcının sözleşmeyi okuma/okumama görüntüleme/görüntülememe konusunda özgür olmasıdır. Kullanıcı, sözleşmeyle ilgili linkin de içinde/üzerinde verildiği “Sözleşmeyi okudum, onaylıyorum” veya benzeri bir kutucuğu tıklamasıyla birlikte sözleşmeyi görüntülemeyen ve/veya /okumadan da sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanında bulunabilmektedir. Dilediği takdirde kullanıcının, ilgili kutucuğun yanında bulunan linki tıklamak suretiyle yeni bir sekmede/sayfada açılan sözleşme metnini görebilmesi mümkündür. Literatürde bu tür elektronik sözleşmelerinde sözleşmenin okunmadan veya okunmasına gerek olmadan kurulabilmesi eleştirilmektedir.³⁰⁸

Shrinkwrap ve clickwrap lisans sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı konusu Türk Hukuku açısından da değerlendirilmelidir. Her iki sözleşme türünde hukuki işlem iradesinin bulunup bulunmadığının yanı sıra öncelikle şekil sorunu bulunmaktadır. Nitekim lisans sözleşmesi FSEK madde 52 hükmüne göre, ancak yazılı olması kaydı ile geçerlidir. Yazılı şekildeki amacın lisans sözleşmesinde her iki tarafın da ıslak imzasının mevcut olması olduğu dikkate alındığında, bu bakımdan shrinkwrap sözleşmeleri şekle aykırı olup ve bu itibarla geçersizdir. Clickwrap sözleşmelerin

³⁰⁷ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 126.

³⁰⁸ www.ozgedemirel.com/son-kullanici-lisans-sozlesmelerinin-elektronik-ortamda-kurulmasi/e.t.
29.03.2019.

geçerliliği ise ıslak imzanın sonuçlarını doğuran dijital imzanın varlığı halinde geçerli olacaktır³⁰⁹.

II. Sözleşmenin Şekli, Şekle Aykırılığın Sınır ve Sonuçları

Yazılım lisans sözleşmelerinin kurulmasında belli bir şekle uyma zorunluluğunun olup olmadığının tespiti için devredilen yazılım ile beraber fikrî hukuka dayanan malî bir hakkın olup olmadığı ayırımının yapılmasında fayda bulunmaktadır. Eğer fikrî hukuka dayanan malî bir hakkın devri söz konusuysa sözleşmenin fikrî hukukta belirtilen esaslara uygun biçimde yapılması gerekmektedir³¹⁰. Çünkü FSEK'in "Şekil" başlıklı 52. maddesi ile; malî haklara ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı olmasını ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesini hükme bağlanmıştır. İlgili hükümde lisanslardan (ruhsatlardan) açıkça söz edilmese de lisans verme, malî hakka ilişkin kullanma yetkisinin bir tasarruf işlemiyle devri anlamına geldiğinden, yazılı şekil mecburiyetinin lisansları da kapsamaması gerekir³¹¹. Nitekim maddedeki "sözleşme" kavramı ile tanımlanan; FSEK'in 50. maddesinde düzenlenen mali hak veya kullanım lisansının devrinin FSEK madde 48 uyarınca borçlanılması ile, mali hak veya kullanım lisansının eser sahibi veya mirasçılar tarafından üçüncü kişilere devrine ilişkin yazılı onay verilmesinin FSEK madde 49 uyarınca borçlanılmasına ilişkin taahhüt muameleridir³¹². Esasen kanuni şekil şartının fikir ve sanat eserlerine ilişkin bütün sözleşme ve tasarruf işlemlerinde geçerli olması hem uygulama birliğini sağlamakta hem de fikri hukukun temel amacı olan eser sahibinin hakkının korunmasına büyük katkıda bulunmaktadır³¹³.

Buna göre mali hakkın kendisinin ya da kullanma hakkının devrini içeren yazılım lisans sözleşmelerinin yazılı olması gerekmektedir. FSEK'te öngörülen yazılı şekil şartı bir geçerlilik şartıdır³¹⁴. Zira FSEK 52. maddesinde öngörülen sözleşmenin şekline

³⁰⁹ Topaloğlu, Bilgisayar Programı, s. 128.

³¹⁰ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 111.

³¹¹ Erel, s. 234.

³¹² Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1651.

³¹³ Arbek, s. 166.

³¹⁴ Dalyan, Ş. Bilgisayar Programlarından Doğan Hakların Sınırlandırılması ve Hukuki İşlemlere Konu Olması, İçinde Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, (s.145-220), Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 213.

ilişkin hüküm emredici nitelikte olduğundan, bu şeklin geçerlilik şartı olarak kabulü zorunludur³¹⁵. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 04.12.1975 tarihli, 1975/4967 Esas, 1975/7001 Karar sayılı kararı ile; FSEK'in 52. maddesi uyarınca eserle ilgili mali hakların devrinde yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğuna hükmetmiştir³¹⁶.

Madde hükmü emredici hüküm olduğundan sözleşme tarafları harici bir anlaşma ile yazılı şekil şartını ortadan kaldıramazlar³¹⁷. Bununla birlikte mali haklara ilişkin tasarruf ve sözleşmelerin adi yazılı biçimde yapılması geçerlilik şartı açısından yeterlidir³¹⁸.

TBK madde 12/II'de belirtildiği üzere kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Gerek İsviçre Fedaral Mahkemesi gerekse Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere bu hükümsüzlük, kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlük zaman veya onay ile ortadan kalkmadığı gibi herkes tarafından ileri sürülebilir ve ayrıca hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Bu itibarla FSEK m.52'ye uygun olarak yapılmamış olan tüm sözleşmeler kesin hükümsüzdür.³¹⁹

Lisans sözleşmelerinin sürekli borç doğuran sözleşme olma özelliği göz önüne alındığında hükümsüzlük sebebinin ifa başlamadan önce mi yoksa ifaya başladıktan sonra mı ortaya çıktığı önem arz etmektedir. Nitekim sürekli borç doğuran lisans sözleşmesinde ifaya başlanmışsa sözleşmenin geçersizliği ileriye doğru, ifaya başlanmamışsa sözleşme taraflarının bir yararlanması söz konusu olmayacağından sözleşme geçmişe dönük olarak geçersiz olacaktır.³²⁰

Bu hususların yanı sıra mali hak veya lisansın yazılı biçim dışında bir şekilde devir edilmiş olduğu hususu tanıkla da ispat olunamaz, ayrıca geçerliliği şekle tabi bir hukuki işlem kanunun belirlediği şekilde yapılmadan sıhhat kazanamayacağından böyle bir sözleşmenin varlığı ile ilgili yemin teklifinde de bulunulamaz³²¹.

³¹⁵ Gökyayla, s. 217.

³¹⁶ Y11. HD, 04.12.1975-1975/4967-1975/7001, Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1679.

³¹⁷ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1652.

³¹⁸ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1654.

³¹⁹ Gökyayla, s. 219; Aydınçık, s. 102.

³²⁰ Arbek, s. 172; Oktay Özdemir, s. 24.

³²¹ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1660.

FSEK madde 52 ile öngörülen bir diğer şekil şartı, lisans konusunu oluşturan mali hakların sözleşmede ayrı ayrı gösterilmesi şartıdır. Bu yöndeki şekil şartı uyarınca lisans sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için yazılı olarak yapılmasının yanı sıra lisans sözleşmesinde sözleşme konusunu oluşturan mali yetkililerin de ayrı ayrı yazılı olarak gösterilmiş olması gerekmektedir.³²² FSEK 52. Maddesine göre devre konu hakların ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu ise de, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004/11266 Esas, 2005/10524 Karar sayılı ve 31.10.2005 tarihli kararında; “her ne kadar 13.02.2001 tarihli sözleşmede davalı tarafa verilen mali hakların neler olduğu açıkça belirtilmediğinden FSEK’nın 52. maddesine uygun olmamasına rağmen, cam bardak fotoğraflarının davalı tarafından kullanılması için çekiminin yapıldığı hususunun sözleşmede açıkça belirtilmesi nedeniyle, bu sözleşme ile fotoğrafların çoğaltma ve yayma haklarının da düzenlendiği kabul edilmesi gerektiğine” karar vermiştir³²³. Bu durumda sözleşme metni esas alınmalı ve şüphe halinde işlemlerin amaç ve konusu dışında kalan bir mali hakkın devredilmediği kabul edilmelidir.³²⁴

Bu kapsamda lisans sözleşmesinin gerekli şekil şartlarına aykırı olması durumunda butlanın hukuki sonuçları söz konusu olacaktır. Fakat FSEK’in 52. maddesinde belirtilen “yazılı şekil şartına aykırılığı”nın sınırının, Yargıtay’ın “hakkın kötüye kullanılması yasağı” kapsamında daraltılması gerekmektedir. Nitekim 30.09.1988 tarihli, 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda (RG.,21.12.1988 tarih, 20026 sayı); yasal olarak şekil şartına bağlanmasına karşın, bu şekle uygun olarak kurulmamış bir sözleşmenin doğurduğu edimlerin kısmî olarak ifası sonrasında taraflarca şekle aykırılığın ileri sürülmesinin, Türk Medenî Kanunu (TMK) m.2’de belirtilen “hakkın kötüye kullanımı” olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.³²⁵

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 29.1.1999 tarihli, 1998/10031, 1999/250 K sayılı kararında eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasına uzun süre sessiz kalan kişinin

³²² Arbek, s. 167.

³²³ Y11. HD. 31.10.2005- 2004/11266-2005/10524, www.sertels.av.tr/avukat/hukuk/fsek-yargitay-kararlari/eser-sahibinin-haklari-mali-haklar-sozlesme.html e.t. 14.04.2019.

³²⁴ Y11.HD, 31.10.2005-2004/11266- 2005/10524, Bozbel, Ş. Fsek’e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfasi Ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Özelinde Bazı Düşünceler, 2015, www.dergipark.gov.tr/download/issue-file/2582

³²⁵ YİBK, 30.09.1988-1987/2-1988/2 <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=5100> e.t.12.6.2019

sonradan yayınlayana şekle uygun olarak böyle bir izin vermediği iddiasının TMK madde 2 karşısında hakkın kötüye kullanılması sayıldığına ve dinlenemeyeceğine karar vererek uzun süre sessiz kalma sonrasında ile şekle aykırılık iddiasında bulunmanın hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında olduğuna hükmetmiştir.³²⁶

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından malî hakların açıkça ifade edilmediği sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin de bir sınır çizilmiş; 15.7.2005 tarihli ve 2004/10681 Esas, 2005/7713 Karar sayılı kararında; “devri yapılan malî hakların açıkça gösterilmeksizin genel ifadeler şeklinde gösterilmesi nedeniyle FSEK m. 52’de yer alan hüküm karşısında geçerliliğini yitiren sözleşmenin, açık olarak belirtilmeyen ve esas itibarıyla esere sahip olan taraftan devralan tarafa geçmeyen hak ve menfaatlerin devredilmesine yönelik olarak değerlendirilemeyeceğini, diğer yandan bu sözleşmeye dayanarak gerçekleştirilen her türlü bası ve butlana karşın uzun bir müddet sessizliğini koruyarak razı olunması karşısında sözleşmeye dayanarak yerine getirilen her türlü eylemin son bası anına dek hukuka uygun olduğu sonucunu doğurduğuna” karar verilmiştir.³²⁷

³²⁶Y11.HD,29.1.1999-1998/10031-1999/250, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> e.t. 12.06.2019

³²⁷Y11.HD,15.7.2005-2004/10681-2005/7713, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> e.t. 14.03.2019

3. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNDE TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Lisans Verenin Yükümlülükleri

A. Kullanıma Sunma ve Yararlanmayı Sağlama Yükümlülüğü

Lisans alanın aldığı lisans sözleşmede kararlaştırılan koşullar dahilinde kullanmasını ve yararlanmasını sağlamak, diğer lisans sözleşmelerinde de olduğu gibi yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin temel yükümlülüklerinden biridir. Bu kapsamda yazılım lisansının kullanılmasının sağlanması ve yazılım lisansından yararlanılmasının sağlanmasına ilişkin lisans verenin yükümlülüğü, lisans alan tarafından yazılımın kullanılmasına izin verilmesiyle beraber aynı zamanda yazılımın kullanılmasına engel olmama şeklinde de tanımlanabilir. Ayrıca lisans verenin işbu yükümlülüğü kapsamında; sözleşmeye konu yazılımın lisans alana devredilmesi, teslim edilmesi ve ayrıca yazılımın amacına uygun olarak kullanımına hazır edilmesinin yanı sıra lisans hakkının gereği gibi kullanılması için gerekli bilgi, belge, döküman vb. yardımcı elementlerin lisans alana verilmesi gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır.

B. Fikrî Hak İhlallerinin Takibi Yükümlülüğü

Fikrî hakların ihlallerinin takibi yükümlülüğü çerçevesinde genel bir fikir birliği bulunmamaktadır. Aydınçık'a göre salt kullanım hakkının verildiği basit lisanslarda sadece lisans hakkı tanımış olan eser sahibi, münahır lisans verilmiş lisanslarda ise gerek eser sahibi gerekse lisans alan menfaatleri zedelendiği ölçüde haklarını ihlâl etmiş olan üçüncü kişilere karşı dava açabilmektedir³²⁸.

Lisans sözleşmesini “tasarruf işlemi”, bu sözleşmeden doğan lisans hakkını da “mutlak hak” olarak kabul eden görüş, lisans hakkı sahibinin sözleşmeden kaynaklanan

³²⁸ Aydınçık, s. 158.

yetkilerini, eser sahibi ya da mâli hak sahibine karşı olduğu kadar, üçüncü şahıslara karşı da ileri sürebileceğini savunmaktadırlar³²⁹.

Ancak burada basit lisans ve münhasır lisans ayrımı yapılması gerekmektedir. Lisans verenin, lisans alana tanıdığı lisans hakkını gereği gibi kullanmasını engelleyen ihlalleri takip etme yükümlülüğünün yani dava açma yetkisinin ancak basit lisans hakkı veren yazılım sözleşmeleri kapsamında var olduğun ve lisans alanın ise bu yetkiye münhasır lisans hakkı tanıyan lisans sözleşmesinde haiz olduğunun kabulü gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay 29.9.1998 tarihli 1998/9958 Esas, 1998/3423 Karar sayılı kararında "...Tam ruhsat sahibi de mâli hak sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hattâ açmadığı takdirde doğacak zarardan mâli hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olurlar." şeklinde hüküm kurmuştur.³³⁰

C. Lisans Veren Hakkın Varlığını Tekeffül Yükümlülüğü

FSEK m.53'te; mâli bir hakkı başka birine devreden ya da kullanma ruhsatını veren kimsenin, bu hakkı edinene karşı hakkın varlığını BK m.169 ve m.171'deki hükümlerce tazmine mecbur olduğu hükmü öngörülmüştür. Bu hükme göre lisans verenin, lisansa konu olan malî hakkın mevcudiyetini ve lisans veren olarak ilgili eser üzerinde lisans verme yetkisinin bulunduğunu lisans alana garanti etme mecburiyeti bulunmaktadır³³¹.

Tekeffül borcu, tasarrufta bulunan tarafın ilgili esere ilişkin lisans verme yetkisi bulunduğunu garanti etmesini gerektirmektedir³³². Standart bilgisayar yazılım lisans sözleşmeleri, fikrî hakların alelâde devrini de gerektirdiği için yazılımı devreden yazılımın çoğaltılması, işletilmesi vb. kanunda verilmesi zorunlu tutulan lisansları verme konusunda da yetkisinin bulunması gerekmektedir³³³.

³²⁹ Tunçer, s. 77.

³³⁰ YHD, 29.9.1998-1998/9958-1998/3423, Aydınçık, s. 160.

³³¹ Aydınçık, s. 160.

³³² Aydınçık, s. 163.

³³³ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 149.

Bu kapsamda yazılım lisansı veren, tekeffül borcu gereği sözleşme konusu yazılım üzerinde lisans verme konusunda yetkili olmalı ve bu itibarla lisans alanı fikri haklar açısından korumalıdır.

Ayrıca FSEK 54/I. maddesi hükmü gereğince gerek aslen gerekse devren iktisapta tasarruf işleminde bulunan yetkili değilse yahut gerekli muvafakat beyanları alınmamışsa iktisap geçerli olmaz ve devralan iyiniyetli bulunsa bile mali hak ve ruhsat intikal etmez. Bu kapsamda tekeffül borcu diğer bir yönüyle tasarruf işlemini yapanın mali hakkı veya ruhsatı devir yetkisinin bulunması durumunun doğuracağı zararlardan sorumlu olunmasını ifade etmektedir.³³⁴

D. Lisans Veren Ayıba Karşı Tekeffül Yükümlülüğü

Hukuken sorumluluk gerektiren ayıplara, bilişimbilimcilerce ifade edilen “her türlü ayıp”ın yanı sıra, tekeffül edilmediği sürece yazılımın değişim değeri ve kullanılma elverişliliğinde ciddi düzeyde olumsuz etkisi bulunan ya da bu nitelikleri ortadan kaldıran ayıpların da eklenmesi gerekmektedir³³⁵. Bu kapsamda yazılım lisans sözleşmelerinde ayıp ve ayıba karşı tekeffül, lisans alanın tüketici veya tacir olması, lisans konusu yazılımın süreli veya sürekli olması durumuna göre Tüketici Hukuku’nda veya Borçlar Hukuku’nda öngörülen ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.

E. Eğitim ve Bakım Yükümlülükleri

Yazılım lisans sözleşmelerinde eğitim ve bakım hizmetlerinin yanı sıra kurulum ve test etme gibi fiillerin sözleşmede açıkça belirlenmemiş olmasının yol açtığı uzlaşmazlıklara sık rastlanmaktadır³³⁶. Bazı yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımı

³³⁴ Erel, s. 273.

³³⁵ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 206. Yıldırım’a göre bilgisayar yazılımları bakımından ayıp kısaca kaliteyi belirleyen nitelik ve unsurlardan herhangi bir sapma olarak tanımlanmış ve ayıp sayılan haller; “fonksiyon noksanlığı, yazılım uyumsuzluğu, kapasite ayıbı, hesaplama hızının düşük olması, yazılımın virüslü olması, yazılımda kullanıcıya yönelik hizmet ve yardım eksikliği, dökümanların yetersiz olması, tasarım ayıpları” şeklinde örneklendirilmiştir (Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 211-216).

³³⁶ Raysman, R./Morris, F., Software License Disputes: Managing the Inherent Risks, Holland & Knight LLP 2011, s. 3.

devreden tarafın yazılımın bilgisayara kurulması işlemini kullanıcıya bırakmaksızın üstlendiği, bunun yanı sıra yazılımın kullanıma hazır hale getirilmesi, yazılım kullanıcılarının eğitimi ve yazılımın bakımına ilişkin hükümler de yer alabilmektedir³³⁷. Bu duruma özellikle özel yazılımlarda yani kullanıcı talebi üzerine yalnızca o kullanıcının isteklerine uygun olarak geliştirilen veya şekillendirilen bilgisayar yazılımlarında (bespoke software) rastlanmaktadır³³⁸. Bazı durumlarda ise yazılımın eğitim ve bakım yükümlülükleri için standart yazılım lisans sözleşmesinden ayrı bir eğitim ve bakım sözleşmeleri ayrı ayrı veya eğitim ve bakım sözleşmesi adı altında birlikte yapılabilmektedir. Özellikle yazılım işletmelerinde eğitim hizmetine yönelik sözleşmelerin ayrı düzenlenmesi önerilmektedir³³⁹.

Esasen eğitim ve bakım gibi iş görme edimleri standart yazılım lisans sözleşmelerinin zorunlu unsurlarından olmayıp tarafların isteği doğrultusunda sözleşmeye eklenmektedir. Böyle durumlarda da sözleşmenin içerik yönüyle niteliği değişmekte, duruma göre “karışık muhtevalı sözleşme”ye veyahut “birleşik sözleşme”ye dönüşebilmektedir.³⁴⁰

Ayrı bir sözleşme halinde yapılabildiği gibi, lisans sözleşmesinin bir parçası da olabilen yazılım bakım şartları³⁴¹ ile yazılım sağlayıcısının (geliştiricisinin), ilk lisans garantisinin sona ermesinin ardından oluşabilecek sorunların teşhisi ve bir yama veya düzeltme şeklinde programlama değişiklikleriyle ilgili hükümler kurulmuş olur³⁴². Yazılımın bakımına ilişkin maddelerle belirsiz süreli ve ivaz karşılığında yazılımdaki aksaklık ve eksikliklerin giderilmesi, kullanıcı problemlerinin çözülmesi ve yazılımın her zaman işlevsel şekilde çalışabilmesinin sağlanması taahhüde bağlanmış olur³⁴³. Ancak yazılımın geliştiricisinin ileride yazılıma ilişkin bakım yükümlülüklerini yerine getirememesi durumunda ise “escrow sözleşmesi” devreye girmektedir. Şöyle ki; yazılım geliştiricisi, genellikle özel yazılımlara ilişkin lisans sözleşmesiyle birlikte kullanıcıya

³³⁷ Sandhövel, U., *Gewährleistung Beim Erwerb von Software*, Bonn 1991, s. 68.

³³⁸ Bainbridge, D., *Software Licensing*, Second Edition, London 1999, ss. 157-158.

³³⁹ Suermann, J.C., *Bilanzierung von Software nach HGB, US-GAAP und IFRS: Integrative Analyse der Regelungen zu Ansatz, Bewertung und Umsatzrealisation von Software aus Hersteller- und Anwendersicht*, Julius-Maximilians Universität, Würzburg, Almanya, 2006, s. 107.

³⁴⁰ Yıldırım, *Standart Bilgisayar*, s. 68.

³⁴¹ ILTA, s. 6.

³⁴² Gay, s. 30-31.

³⁴³ Dağdeviren, s. 20.

yazılımın nesne kodunu da teslim etmektedir. Fakat, yazılımda gerektiği hallerde yenilik ve/veya değişikliklerin yapılabilmesi için yazılımın kaynak kodları da gerekmektedir ki bunlar ilk aşamada kullanıcıya sağlanmamaktadır. Yazılımın hak sahibi üçüncü bir kişi ile “escrow sözleşmesi” yaparak yazılımın kaynak kodlarını, akış şemasını ve gerekli olabilecek diğer dokümanlarını verir. Bu sözleşme sayesinde üçüncü kişi, ileride yazılım sahibinin iflası veya başka bir sebeple yazılımın bakım ve destek hizmetlerini veremeyecek hale gelmesi durumunda yazılımı edinen kullanıcıya elindeki dokümanları vererek, kullanıcının bu gibi istenmedik durumlarda yazılımın bakım ve geliştirme fiillerini gerçekleştirebilme hakkını kazanmasını sağlamakta, kullanıcı da bu dokümanları alma karşılığında üçüncü kişiye belirli bir ücret ödemektedir. Dolayısıyla escrow sözleşmesi sayesinde yazılımı geliştiren tarafın bir nedenle artık yazılımın bakım ve destek hizmetlerini yerine getiremeyecek duruma düşmesi halinde kullanıcının o yazılımdan yararlanmasındaki sürekliliği güvenceye alınmış olur.³⁴⁴

Esas olarak, yazılımları diğer eser türlerinden ayıran teknolojiye sürekli gelişime uyum sağlama ve korunma gereksinimi, eserin sahibi tarafından bakım ve onarıma ilişkin destek ihtiyacı da doğurmaktadır. Bundan dolayı, yazılımın ikinci el edinimini sağlayan tarafın yazılımın bakımına ve onarımına ilişkin ihtiyacının hukuki düzenlemelerle sağlanabileceği düşünülmektedir. Temel olarak bunun en basit çözümü satım sözleşmesi maddelerine ikinci el yazılım edinimi sağlayan tarafın yararına yönelik bir madde konulması olabilir. Bir diğer ifadeyle, tükenme ilkesi doğrultusunda yazılımı ikinci el devralan kişi tarafından belli bir zaman süresince eserin mali haklarına sahip olan tarafa sözleşmenin kabul edildiğinin bildirilmesi kaydıyla, lisans sözleşmesine, bu sözleşmenin doğurduğu hakların ve yükümlülüklerin devir alana geçeceğine ilişkin bir madde konulabilir. Böylece yazılımı ikinci el devralan kişilerin bakıma ve onarıma ilişkin tek taraflı talep ile sözleşme ilişkisi kurabilmeleri konusundaki yetkiye sahip olabilmeleri mümkün olacağından bu konudaki belirsizlikler de ortadan kalkacaktır. Bu belirsizliğin bir diğer çözümü ise bir yazılımı yasal yollarla ikinci el olarak edinen

³⁴⁴ Kırca, İ., “Escrow Sözleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 1997, s. 45-61; Dalyan, Ş., “Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 124; Bainbridge, s. 159-160.

kişilerin yazılımın bakımı ve onarımına ilişkin desteği talepleri halinde alabilmelerini sağlayan bir yasal düzenleme yapılmasıyla da sağlanabilir.³⁴⁵

II. Lisans Alanın Yükümlülükleri

A. Lisans Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

Lisansa konu olan hakkın kullanılmasına sözleşme ile izin verilmesi ve lisans verenin diğer yükümlülüklerine karşılık genel olarak lisans alanın bir lisans bedelini lisans alana ödeme borcu bulunmakla beraber lisans sözleşmeleri açısından bedel ödeme yükümlülüğü zorunlu bir unsur değildir³⁴⁶. Bu konuya ilişkin emredici bir hükmün olmaması nedeniyle sözleşme bedelinin ve ödeme şeklinin serbestçe belirlenebilmesi mümkündür. Yazılım lisans sözleşmelerinde bedel, yazılım lisansının münhasır lisans ya da basit lisans olmasına, süreye, kullanıma ilişkin öngörülen kullanıcı, kullanım yeri kullanım usulü vb. konularda getirilen kısıtlamalara göre belirlenebilmektedir. Satış bedeli, sözleşme hükümlerinin dikkate alınması suretiyle taraflarca serbest bir şekilde kararlaştırılabilir, yeter ki kararlaştırılmış olan bu bedel gabinin oluşum şartlarından objektif şartı oluşturmuş olmasın.³⁴⁷

Bir bedelin ödenmesinin öngörüldüğü sözleşmelerde genellikle ödeme vadesi taraflarca belirlenmekte ve lisans bedeli sözleşmede kararlaştırılan vadede muaccel hale gelmektedir. Fakat sözleşmede herhangi bir vadenin belirlenmemiş olması halinde bedelin ödenmesine ilişkin borcun ne zaman muaccel olacağına yönelik de açık bir hüküm bulunmamaktadır.³⁴⁸ Literatürde bu halde genel hükümlerin uygulanması gerektiği, sözleşmeden aksinin anlaşılmadığı durumlarda ödeme borcunun sözleşmenin kurulması ile muaccel olduğu savunulmuştur.

Bunun yanı sıra bedel ödeme yükümlülüğü lisans sözleşmesinin sürekli veya süreli olmasına göre de değişiklik arz etmektedir. Bu kapsamda lisans bedelinin, sürekli kullanım hakkı sağlayan yazılım lisans sözleşmelerinde peşin veya taksitle ödenen bir

³⁴⁵ Oğuz, s. 491.

³⁴⁶ Aydınçık, s. 165-166.

³⁴⁷ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 158.

³⁴⁸ Aydınçık, s. 165-166.

satış bedeli olarak, süreli kullanım hakkı sağlayan yazılım lisans sözleşmelerinde ise lisans süresi boyunca işleyecek peşin veya aylık olarak ödenen kira bedeli olarak kararlaştırılması mümkündür.

B. Kullanma Yükümlülüğü

Bir hakkı kullanmaya yetkisi bulunan bir hak sahibi, kural olarak, bu hakkı kullanmaya yükümlü değildir³⁴⁹. FSEK’te bu yönde öngörülen tek hüküm “eser sahibinin cayma hakkı”dır³⁵⁰.Yazılım lisans sözleşmeleri açısından ele alındığında, lisans alanın kullanma yükümlülüğünün özellikle münhasır hak yetkisi tanıyan lisans sözleşmesinde bu hususta açık bir hüküm bulunması halinde söz konusu olabileceği söylenebilir.

Bunun yanı sıra kullanma yükümlülüğü çerçevesinde yazılımı devralan tarafın, yazılımın hakkına sahip olan taraftan devraldığı hakkı kullanması esnasında hak sahibine zararda bulunacak davranış ve eylemlerden kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır³⁵¹.

C. Lisansın Kullanım Kural ve Usullerine Uygun Davranma ve Katlanma Yükümlülüğü

Sözleşmede belirtilen hükümlere uygun olarak kullanımına ilişkin borç, somut olayda sözleşme sınırlarına göre belirlenmelidir³⁵². Lisans sözleşmesinde bu konuya ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması ve lisansın herhangi bir sınırlamayı içermemesi halinde lisans alanın lisans hakkını dilediği zaman, dilediği yerde ve dilediği şekilde kullanabilmesi mümkündür³⁵³.

Lisans sözleşmelerinin genel uygulamasında lisans kullanımının kullanıcı sayısı, yer, zaman ve içerik olarak sınırlandırıldığı görülmektedir. Örneğin bir yazılım lisans

³⁴⁹ Aydınçık, s. 171.

³⁵⁰ Aydınçık, s. 172.

³⁵¹ Gökyayla, s. 267.

³⁵² Topçu, s. 188.

³⁵³ Aydınçık, s. 178.

sözleşmesinde yazılımın sadece belirlenmiş belli bir donanım üzerinde, tanımlı kullanıcı tarafından ve belli bir süre dahilinde kullanılması üzerine sınırlandırmalar getirilmesi mümkündür.

Lisans alan, sözleşmeyle kendine tanınmış olan sınırlandırmalara (yer, zaman ve içerik gibi) aykırı bir kullanım gerçekleştirmesi, hem lisans verenin eser üzerindeki mutlak hakkının ihlâli hem de sözleşmenin ihlâli anlamına gelecektir. Bunlar dışında kalan sınırlamaların ihlâlinde ise sadece sözleşmenin ihlâli söz konusu olacaktır. Lisans alanın kullanım sınırlarını aşan bu kullanımı, aynı zamanda lisans verenin eser üzerindeki manevî hakların da ihlâli niteliğindedir. Bu durumda eser sahibi, lisans alandan gerek malî haklarının gerekse manevî haklarının ihlâli nedeniyle tazminat talep edebilecektir.³⁵⁴

Katlanma yükümlülüğü ise yazılım lisans sözleşmeleri açısından sözleşmede lisans verene tanınan denetleme hakkı kapsamında ortaya çıkmaktadır. Yazılımı devreden ya da yazılımı imâl eden yazılımın sözleşmeye uygun bir biçimde kullanılıp kullanılmadığını denetlemekte sayısız yarar bulunmaktadır. Bundan dolayı genel işlem şartlarında çoğunlukla devreden ya da imâl eden, yazılımın sözleşmeye uygun bir biçimde kullanıp kullanmadığını denetleme haklarının bulunduğu, müşterinin buna katlanması gerektiğine dair şartlara yer verilmektedir.³⁵⁵

4. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNDE FİKRİ HAKLARINDAN KAYNAKLANAN BAZI SINIRLAMALAR

I. Çoğaltma Hakkı Yönünden

Yazılım, niteliği gereği, dijital ortamda tasarlanan, kullanılan bir eser olup, yazılımın dijital ortam haricinde kullanılması mümkün değildir. Bu nedenle, yazılımının internet ortamına yüklenmesi, kullanıcı tarafça geçici ya da sürekli kullanım için

³⁵⁴ Aydınçık, s. 182, 184.

³⁵⁵ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 162.

çağrılması, bilgisayarın ana belleğine, CD-I, CD-ROM veya USB gibi bir taşıyıcıya aktarılması aslında birer kopyalama işlemidir.³⁵⁶

Bilgisayar yazılımlarının basit bir işlemle bilgisayarda kalite kaybı olmaksızın istenilen sayıda çoğaltılabilmesi mümkündür. Teknik anlamda çoğaltma, bir eserin tekrarlanmasına imkân sunan kopyasının yapılmasıdır³⁵⁷. Bu çoğaltma işlemi sonucunda her yazılım orijinal yazılımla aynı özelliklere sahip olmaktadır. Bu durum geçmişte ses kasetleri ve CD’lerde olduğu gibi yazılımları yaratanların aşırı ekonomik zarar görmesine neden olabilmektedir. Günümüzde bilgisayar yazılımlarının korunması için yazılımların hak sahipleri tarafından yazılımların içine eklenen koruma mekanizmalarıyla birden fazla bilgisayarda/cihazda ya da ağda kullanımı engellenmiş veya sınırlanmışsa da korsan yazılımlar aracılığıyla bu koruma mekanizmaları da etkisiz hale getirilebilmektedir. Bu nedenle de özellikle disket gibi veri taşıyıcılarında devredilen yazılımların daha kapsamlı bir korumaya ihtiyacı bulunmaktadır.³⁵⁸

Bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmasına ilişkin hukuki nitelik değerlendirilmesinde temel olarak önceki hükümleri değiştirilerek bilgisayar yazılımlarına yönelik yeni hükümlere de yer verilmiş olan FSEK’e başvurulmaktadır. Öncelikle FSEK m.22’de bir fikir ve sanat eserinin aslının ya da kopyalarının herhangi bir şekilde ya da herhangi bir yöntem ile tamamıyla ya da kısmi olarak, geçici ya da sürekli, doğrudan ya da dolaylı biçimde çoğaltılmasına ilişkin hak, eserin sahibine ait malî bir haktır³⁵⁹. Buradaki çoğaltma hakkı; eserin aslı kullanılarak ayrı bir kopyasının çıkarılmasını veya esere ilişkin herhangi bir işareti, sesi, görüntüyü nakleden ve/veya tekrarlayan, hâlihazırda kullanılan veya gelecekte icat edilecek araçlara kaydedilmesini, yazılımın geçici olarak çoğaltılmasını, yüklenmesini, görüntülenmesini, çalıştırılmasını, iletilmesini ve depolanmasını da kapsamaktadır. Topaloğlu, bir bilgisayar yazılımının kullanılma ihtiyacı bulunmadığı halde kopyasının elde edilmiş olmasını da “çoğaltma” hükmünde değerlendirmiştir³⁶⁰. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 15.5.2001

³⁵⁶ Oğuz, s. 474.

³⁵⁷ Topaloğlu, Bilişim, s. 36.

³⁵⁸ Eroğlu, S., Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 5-6.

³⁵⁹ Topaloğlu, M., Müzik Eserlerinde ve İcrasında Cayma Hakkı, İçinde Hukuk ve Sanat (Y. Ünver & Ö. Yenerer Çakmut, Eds.) (ss.295-336), Seçkin, 4. Baskı, 2018, s. 303.

³⁶⁰ Topaloğlu, Bilişim, s. 37.

tarikh ve 2001/1804 Esas, 2001/4344 Karar sayılı kararında; bilgisayar veritabanı yazılımlarının, yazılım hak sahibinin izni olmaksızın başka bir bilgisayar veya bilgisayarlara depolanması ve/veya yüklenmesini “çoğaltma hakkının ihlâli” olarak değerlendirmiştir³⁶¹.

FSEK m.38’e göre ise fikir ve sanat eserlerinin, üzerlerinden herhangi bir kâr elde edilmeksizin şahsi olarak kullanılmak üzere çoğaltılması serbesttir. Fakat, bu çoğaltmanın haklı bir gerekçe olmaksızın hak sahibi tarafın yasal çıkarlarına zarar vermemesi ve eserden normal yararlanma haricinde olmaması gerekir. Aynı maddeye göre, yasal yollarla edinen kullanıcı tarafından;

i. Taraflar arasında yapılan yazılım sözleşmesinde belirleyici hükümlerin eksikliği halinde, yazılımda ortaya çıkan bir hatanın düzeltilmesi de dahil olmak üzere, yazılımın amacına uygun bir biçimde kullanılabilmesi için gerektiği hallerde yazılım serbestçe çoğaltılabilir ve işlenebilir.

ii. Yazılımın yüklenmesi, çalıştırılması, hatalarının düzeltilmesi, yazılımın kullanılmasında gerektiği her durumda bir adet “yedekleme kopyası”nın alınması sözleşmeyle önlenemez.

iii. Yukarıdaki eylemlerin yapılması esnasında, yazılımı oluşturan alt unsurların ihtiva ettiği fikir ve ilkelerin belirlenmesi maksadıyla, yazılımın işleyişinin gözlemlenmesi, kontrol edilmesi ve sınanması serbesttir.

Yine aynı maddeye göre, bağımsız olarak yazılmış bir bilgisayar yazılımıyla diğer yazılımların araişerliğinin sağlanabilmesi adına gereken bilgilere erişilebilmesi amacıyla, yazılımı çoğaltılma ve işleme anlamında yazılım kodunun çoğaltılması ve kodun formunun başka bir forma dönüştürülmesi fiilleri, bazı şartların yerine getirilmesi durumunda serbesttir. Bu şartlar şunlardır:

³⁶¹Y11.HD,15.5.2001-2001/1804-2001/4344, Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası.
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> e.t. 17.03.2019.

i. Bahsi geçen fiilleri, yazılımın ruhsatına sahip ya da yasal yollarla edinerek kullanma hakkına sahip başka birinin ya da onların yetki verdiği birinin gerçekleştirilmesi,

ii. Araştırılması gerçekleştirilmesi amacıyla gereken bilgileri, bu maddenin (1) no'lu bendinde geçenlerin kullanımına sunmama,

iii. Bahsi geçen fiilleri, araştırılması gerçekleştirilmede gerekli olan yazılım unsurlarıyla sınırlı tutma.

Yukarıda geçen fıkranın hükümlerinin uygulanmasıyla edinilen bilgilerin;

i. Bağımsız olarak yazılmış bilgisayar yazılımının araştırılmasının gerçekleştirilmesi haricinde başka amaçlarla kullanılması,

ii. Bağımsız olarak yazılmış bilgisayar yazılımının araştırılmasının gerektirdiği haller haricinde başka birine verilmesi,

iii. İfade edilişi açısından esas itibarıyla benzeyen bir bilgisayar yazılımını geliştirme, üretme ya da pazarlama ya da yazılımın fikrî haklarını kanunen çiğneyen başka fiiller için kullanılması,

kanuna uygun değildir. Ayrıca bu maddenin 6. ve 7. fıkralarında geçen hükümlerin, yazılımdan normal yararlanmayla çelişmesi ya da yazılımın haklarına sahip olan tarafın yasal yararlarına makul olmayacak müdahalelerle kullanımına müsaade edecek biçimde yorumlanmasına da izin verilmez.

FSEK m.22 ve m.38 çerçevesinde yazılımın çoğaltılmasına yönelik hakkın geniş kapsamda düzenlendiği ve hür türlü çoğaltılmasına ilişkin hakkın eser sahibine özgülendiği görülmektedir. Bu nedenle, belirtilen haklara getirilebilecek tüm sınırlamaların genel kuralın bir istisnası olarak görülmesi uygun olacaktır. FSEK m.38'in 1. fıkrasının genel bir sınırlama hükmü öngördüğü de dikkati çekmektedir. Ticari amaçla yayımlama ve kâr amacı gütmeksizin şahsi olarak kullanmak için çoğaltma, yazılımı yasal yolla edinenler için bir hak olarak düzenlenmiş; ancak yazılımı yasal yolla edinenlerin yazılımın hak sahibinin yasal yararlarına haksız gerekçelerle zarar

verecek veya yazılımdan normal yararlanma sınırları dışına çıkacak fiillere de izin verilmemiştir.

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 8.3.2016 tarih ve 2015/5599 Esas, 2016/2542 Karar sayılı kararında; davalının bilgisayarında yazılımının kurulu olduğu saptanmış, dongle (kilit) olmaksızın yazılımın çalıştırılabildiği, crack ve sanal aygıt tanımlayıcı yazılım kullanıldığı, hak sahibinin izni olmaksızın yazılımın kopyalandığı, lisansı olmadan yazılımın kullanılmakta olduğu, bu nedenle FSEK m.22'den kaynaklı çoğaltma hakkının ihlâl edilmiş olduğuna hükmedilmiştir³⁶².

Esasen eserin sahibinin hakları, usulsüz ayrıştırma işleminden çok, bu işlem ile erişilecek bilgilerin yazılımın aslı üzerindeki hakların ihlâlüne yol açacak yeni bir yazılımın yapılmasında kullanılması durumundan zarara uğrayacak olup, bu tür bilgilerin ara işleriğinin gerçekleştirilmesi haricinde diğer amaçlarla kullanılması, bağımsız olarak yaratılan yazılımın ara işleriğine yönelik durumların haricinde başka kullanıcı veya kullanıcılara sunulması ve ifade edilişi açısından yazılımın aslına benzeyen başka bir yazılım geliştirme, üretme ya da pazarlama amaçlı kullanılması mümkün değildir.³⁶³

Marly, yazılımın çoğaltılmasının her şekilde yazılımın sahibinin rızasına bağlanması durumunu eleştirmektedir. Ona göre yazılımdan kullanıcının yararlanabilmesi için bir şekilde yazılımı bilgisayarında açması gerekmektedir. Bu esnada da yazılım sabit disk ya da sürücüde yer alan işlem belleğine yüklenmiş olacağından yazılımın çoğaltılması kaçınılmazdır.³⁶⁴

Görüldüğü üzere yazılımdan yararlanılabilmesi için geçici de olsa bir çoğaltma yapılmasının gerektiği görünmektedir. Hâlbuki yazılımın sahibine tanınmış olan yetkinin genişliği geçici de olsa her türlü çoğaltma fiilini yazılım sahibinin rızasına bağlamakta bu da literatürde bu konuda farklı görüşlerin doğmasına yol açmaktadır.

³⁶²Y11.HD, 8.3.2016-2015/5599-2016/2542, Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası.
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> e.t. 19.03.2019.

³⁶³ Topaloğlu, Bilişim, s. 39.

³⁶⁴ Marly, s. 651.

Ancak pratikte yazılımın çoğaltılması yazılımdan yararlanılabilmesi için zorunlu ise yazılımın sahibinin sözleşmeyle bu hakkı engellemesi mümkün değildir.³⁶⁵

Çoğaltma hakkı ile ilgili bir diğer sınırlama ise yedekleme kopyası (backup) alınmasıdır. Elde bulunan bir yazılımın aslında herhangi bir sebeple bozulma ya da hasar oluşabileceğinden, yedekleme kopyasının alınabilmesi hakkıyla bu muhtemel tehlikeye bir önlem alınabilmiş olunmaktadır. FSEK m.38, yasal yollarla edinen kullanıcı tarafından; yazılımın yüklenmesi, çalıştırılması, hatalarının düzeltilmesi, yazılımın kullanılmasında gerektiği her durumda bir adet “yedekleme kopyası”nın alınmasının sözleşmeyle önlenemeyeceğini bildirmiştir. Yedekleme kopyası alma hakkı, sadece tek bir kopyanın alınması ve bu kopyanın da yedek amaçlı kullanılmasıyla sınırlıdır.³⁶⁶ Yazılım sahibinin sözleşmeye yazılımın kopyalanmasını engelleyen bir eklenti koyması halinde FSEK m.38’de kullanıcıya verilen “bir adet yedekleme kopyası alma” hakkını engelleyeceğinden bu eklenti taraflar arasında hukuki uyumsuzluğa neden olabilecektir. Böyle bir durumda yazılım sahibi için iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Birincisi yazılımı kopyalama engeli olmaksızın kullanıcıya teslim etmek, ikincisi ise kullanıcıya hem kopyalama engeli olan original yazılımı hem de original yazılımın kopyalama engeli olmayan ancak bir kopyasını vermektir.³⁶⁷

II. Ağda Kullanım ve Kullanıcı Sayısı Yönünden

Yazılım lisans sözleşmelerinin çoğunda bulunan yasaklama hükümlerinden biri de devredilen yazılımın bir ağa bağlı olan bir bilgisayarda kullanılmaması, dolayısıyla sadece bir tek bilgisayarda kullanılabileceğine ilişkin hükümdür. Çünkü bilgisayar yazılımının ağda kullanımı, kendisi sabit olup ağa bağlı durumda olan istemci (client) bilgisayar adetine yazılımın çoğaltılmış olduğu anlamına gelir³⁶⁸. Bu nedenle bu yöndeki sınırlama hükmünün bir uzantısı olarak yazılımın hak sahibi, yazılımın birden fazla bilgisayarda kullanılması halinde farklı bir ücret uygulayabilmekte, bu ücret ödenmeden standart ücretle kurulan yazılımların birden fazla bilgisayarda kurulmasını

³⁶⁵ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 136.

³⁶⁶ Topaloğlu, Bilişim, s. 39.

³⁶⁷ Lehmann, M., “Das neue Software-Vertragsrecht, Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen”, NJW, 1993, s. 1823.

³⁶⁸ Topaloğlu, Bilişim, s. 39.

engelleyecek yazılım önlemleri alabilmektedir.³⁶⁹ Bu sınırlamanın yazılımı imal eden açısından ne düzeyde önemli olduğunun anlaşılabilmesi için bazı teknik konuları kısaca açıklamakta fayda bulunmaktadır.

Bu konulardan biri “çok kullanıcıli sistem”dir. Bu sisteme göre birbirine bağıli kişisel bilgisayarların kullanıcıları bir yazılımı aynı anda kullanabilir. Ancak bu sistemde kamusal hatlar yerine bir bina veya fabrika gibi bir mekânda kurulmuş ise o zaman “yerel bir ağı”ın kullanılması söz konusudur. Bu tür birçok kullanıcıli sistemin kullanılmasındaki temel neden olarak mekânsal olarak farklı yerlerde bulunan kullanıcıların veri paylaşımını kolaylaştırmak veya şirketlerde olduğu gibi birden fazla kullanıcının bir ofis cihazına erişebilmelerini sağlamak (örneğin aynı kattaki tüm çalışanların o kattaki tek bir yazıcıyı kullanabilmesi gibi) gösterilebilir. Diğer yandan bir yazılımın ağda kullanılabilmesi için de bazı sistemsel uyumluluklara sahip olması gerekecektir. Aksi takdirde çok kullanıcıli bir kullanım, yazılımın bozulmasına veya veri kaybına yol açabilir. Dolayısıyla bir görüşe göre³⁷⁰ bir bilgisayar yazılımının ağda kullanıma uygun biçimde hazırlanmış olması ve ağda kullanım için ayrıca özel bir sınırlama konulmamış olması halinde ağda kullanılmasında maddî ve hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak ağda kullanılan bir yazılımın, kullanıldığı tüm bilgisayarların belleğine yüklenmiş olması da hukuki olarak bir çoğaltma işlemi sayıldığından, yazılımın ağ sistemlerinde kullanımının yasaklanabilmesine zemin oluşturmaktadır. Yine de bu çoğaltmanın geçici bir çoğaltma olduğu ve fikri hukuk nazarında dikkate alınmaması gerektiğini savunanlar da mevcuttur³⁷¹. FSEK’a bakıldığında bu durumun da düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki FSEK’ın 22. maddesi yazılımın her türlü çoğaltılmasını yazılımın hak sahibinin rızasına bağıli olduğu, FSEK m.38’e göre de fikir ve sanat eserlerinin hak sahibi tarafın yasal çıkarlarına zarar vermemesi ve eserden normal yararlanma haricinde olmaması gerekmektedir. Tek bir kullanıcıya bir kullanıcı için belirlenen ücret karşılığında satılan bir yazılımın herhangi bir ortak ağda birden fazla kullanıcı tarafından kullanılması, açıkça yazılımın hak sahibinin maddi çıkarlarına zarar vermekte, diğer kullanıcılardan maddi getiri sağlayamamaktadır. Bu yüzden ki

³⁶⁹ Yıldırım, Standart, s. 146.

³⁷⁰ Marly, s. 761-764.

³⁷¹ Hören, “Softwareüberlassung”, s. 770.

yazılımların birden fazla bilgisayarda kullanılması durumları için yazılım geliştiricilerinin farklı fiyat uygulamaları bulunmaktadır.

Yine de yazılımın ağda kullanımını konusunda taraflar arasında kurulmuş sözleşmenin şartlarına bakılmaksızın bir genelleme yapmak uygun olmayacaktır³⁷². Şöyle ki, yazılımın hak sahibi ile kullanıcı arasındaki sözleşmede yazılımın ağda kullanılabilmesi ve ayrıca ağda kullanabilecek maksimum kullanıcı sayısı belirtilmiş olabilir. Bu durumda kullanıcıların bu sayıya uymaması halinde sözleşmenin ihlali söz konusu olacağından sözleşmenin ilgili hükmü hukuki zemini oluşturacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmede yazılımın ağda kullanılabilmesi belirtilmiş ancak yazılımı ağda kullanabilecek maksimum kullanıcı sayısı belirtilmemiş ise yazılımın hak sahibinin rızası sözleşme ile sabit olduğundan yazılımı yasal yollardan edinen kullanıcının yazılımı bir ağda kullanması ve bu ağa bağlı olan diğer kullanıcıların da yazılımı serbestçe kullanması hukuken bir sorun teşkil etmeyecektir. Çünkü bu durumda hak sahibinin yazılımın ağda kullanılması konusunda sözleşmede göstermiş olduğu rıza ve yine sözleşmede yazılımı ağda kullanacak kullanıcı sayısını belirtmemiş olmakla geçersiz olmayacaktır. Diğer taraftan hak sahibi ile kullanıcı arasındaki sözleşmede yazılımın ağda kullanımı açıkça yasaklanmış ya da yazılıma eklenen bir koruma mekanizmasıyla engellenmişse o zaman yazılımın ağda kullanımı mümkün olmayacaktır. Şayet buna rağmen yazılım ağda kullanılmış veya kullanılabilmiş ise o zaman yazılımın sözleşmeye uygunsuz kullanımı söz konusu olacaktır.³⁷³

III. Devir ve Temlik Hakkı Yönünden

Yazılım lisans sözleşmelerinde uygulanan bir sınırlama çeşidi de yazılım lisansının tekrar devir ve temlik işlemine yöneliktir. Uygulamada lisans alana, yazılımı üçüncü bir kişi veya kuruma devir ve temlik edemeyeceği ya da ancak lisans verenin yazılı izniyle devir ve temlik edebileceği şeklinde devir sınırlamaları getirildiği görülmektedir. Devir ve temlik konusunda getirilen bu sınırlama FSEK m.49'un "Eser sahibi veya mirasçılarında mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma

³⁷² Marly, s.770.

³⁷³ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 148.

ruhsatını diğer birine devredebilir. İşleme hakkının devrinde, devren iktisap eden kimse hakkında da eser sahibi veya mirasçılarının aynı suretle muvafakatı şarttır” şeklindeki hükmüne uygundur.

Yıldırım’a göre taraflar arasındaki tekrar temlik yasağının aynî etkili olabileceği dolayısıyla üçüncü şahıslara karşı da ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Çünkü bu hakkın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicile tescil edilmek suretiyle aleniyet kazanmış olması gerekmekte olup, günümüzde yazılımların tescili için oluşturulmuş bir resmî sicil bulunmamaktadır.³⁷⁴

IV. Tükenme İlkesi Çerçevesinde Yayma Hakkı Yönünden

Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını satışa sunma, kiralama, ödünç verme veya diğer herhangi bir yolla dağıtma olarak tanımlanan³⁷⁵ yayma hakkı, münhasıran eser sahibine tanınmış bir haktır. Fakat bunun istisnası FSEK m.23’te öngörülen “Tükenme” ilkesidir. Çünkü FSEK m.23’te öngörüldüğü üzere; “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 dağıtımını yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez”. Buna göre bir bilgisayar yazılımının aslı ya da çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının Türkiye sınırları içerisinde ilk kez satım yoluyla ya da herhangi bir şekilde devredilmesi sonrasında bu yazılımın aslı ya da nüshalarının mülkiyetini devralmış olan kimse tarafından yeniden satımı serbesttir³⁷⁶. Diğer yandan Türk hukukunda ülkesel tükenme prensibi benimsenmiş olduğundan, Türk vatandaşı olan yazılımı meydana getiren kimse yazılımı ilk kez yurt dışında satışa sunduğu takdirde yazılımı yurt dışında elde eden kimsenin bunu getirip Türkiye’de satımına engel

³⁷⁴ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 139.

³⁷⁵ Dalyan, Ş., Bilgisayar Programlarından Doğan Hakların Sınırlandırılması ve Hukuki İşlemlere Konu Olması, İçinde Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, (s.145-220), Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 189.

³⁷⁶ Dalyan, Bilgisayar Programlarından, s. 190.

olabilir³⁷⁷. Tükenme ilkesinin emredici bir hukuk kuralı olması nedeniyle kullanıcının bu yetkisinin sözleşmeyle ortadan kaldırılması bu ilkeye karşı hile oluşturacaktır.³⁷⁸

Yayma hakkının tükenmesi ilkesi gereğince, bu hakkın tükendiği kabul edilen durumlarda, son kullanıcının yazılımı başka birine satamayacağı ya da hiçbir şekilde devredemeyeceğine ilişkin bir kayıt ise emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem şartlarının geçersiz sayılması ilkesi ile, kendisinden sapılan kanunî düzenlemenin temel düşüncesini önemli ölçüde sarsması, hak ve yükümlülüklerin sınırlandırılmasının, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmesi ilkelerine ters düşmektedir³⁷⁹. Ayrıca, devredilen yazılımın diğer yazılımlarla ya da belli bir yazılımla ilişkilendirilemeyeceğine ilişkin kayıt, yazılımın masaüstü ya da dizüstü gibi sadece belli bir sınıf bilgisayarlarda kullanılabileceğine ilişkin kayıt, yazılımın belirlenen merkezi işlem ünitesinde kullanılabileceğine ilişkin kayıt da bu ilkeye ters düşmektedir³⁸⁰.

Tükenme hakkına konu, eserin aslı veya kopyasının dağıtılması anlamındaki yayma işlemi, yazılımın taşıyıcıya yüklenmiş bir kopyası üzerinden mülkiyetin devri suretiyle offline bir şekilde gerçekleştirilebileceği gibi; yazılım kopyasının, mülkiyetini devretmeden eser sahibinin verdiği kullanım yetkisi çerçevesinde doğrudan kullanıcının bilgisayarına indirilmesi yani online şekilde gerçekleştirilebilir. Tükenme ilkesi, sahibinin yazılım üzerindeki hakimiyetinin sona ermesi sonucunda bir mülkiyet devri söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Bu nedendir ki, yazılımın bir taşıyıcıya yüklenmiş kopyasının kiralanması veya telli, telsiz araçlar ile kamuya sunulması yahut kamunun erişimine hazır tutulması şeklindeki yayma işleminde ise mülkiyet devri söz konusu olmadığından ve bu itibarla yazılım ile yazılım sahibi arasındaki bağın kopmadığından tükenme ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır.³⁸¹

Oğuz'a göre online şekilde internetten doğrudan indirilen yazılımlarında tükenme ilkesinin ancak; kullanıcıya mülkiyet hakkına eş bir kullanım imkanı sağlayacak

³⁷⁷ Dalyan, Bilgisayar Programlarından, s. 190.

³⁷⁸ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 142.

³⁷⁹ Lehmann, s. 2123.

³⁸⁰ Koch, T.6/Rdn, s.1028, 1029, 1034, akt. Yıldırım, Standart Bilgisayar, s.122.

³⁸¹ Oğuz, s. 478.

mahiyette süresiz kullanım hakkı tanımış olması, yazılım sahibinin yazılım üzerindeki hakimiyetinin mutlak surette sona ermiş olması, yazılımın hiçbir kopya veya parçasının muhafaza edilmeksizin bir bütün halinde devredilmiş olması ve esasen zorunlu olmamakla birlikte bu indirme işlemi için makul bir ücret ödenmiş olması şartı ile uygulanabilecektir.³⁸²

Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD), 3 Temmuz 2012 tarihli UsedSoft kararında; internet üzerinden indirilen yazılımlar için de tükenme ilkesinin geçerli olduğunu benimsemiş, bilgisayar yazılımının doğrudan internet yoluyla indirilmiş olması halinde bile, yazılım üzerinde sürekli ve tam (kesin) şekilde kullanım hakkının tanınmış olması halinde tükenme ilkesinin de geçerli olacağına karar verilmiştir. AAD söz konusu karar ile bu sonucu, programı ilk edinenin bunu devretmesi durumunda kendi programını kullanamaz hale getirmesi ve devre konu lisansın toplu paket lisans şeklinde verilmiş olması durumunda parçalara ayırmaksızın devredilmiş olması koşuluna bağlamıştır. Aksu'ya göre; Türk hukukunda FSEK'deki konu ile alakalı düzenlemelerin kaynağı önemli ölçüde AB'nin düzenlemeleri olup, AAD'nin kararı Türk hukuku açısından da önemlidir.³⁸³ Tükenme ilkesi için her ne kadar FSEK madde 25'te mülkiyetin devri şart koşulmuş ise de Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) bu kararı ile mülkiyet devri şartını adeta yumuşatmış ve lisans sözleşmesinin amaçlarından yazılım sahibinin telif hakkı koruması suretiyle beklediği maddi menfaati elde edip etmediği hususuna değinmiştir. Yani kararda mülkiyet devri şartının gerçekleşip gerçekleşmediği yazılımın kopyasını teslim eden yazılım sahibinin ekonomik açıdan makul şekilde tatmin edilip edilmediği noktasında aranmıştır.³⁸⁴

Bu konuya ilişkin önemli kararlardan biri Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.06.2014 tarihli, 2014/17376 Esas, 2015/8772 Karar sayılı Verisil-Microsoft kararıdır. İlgili davada, ikinci el yazılım alım-satımı konusunda faaliyet gösteren Verisil işletmesi tarafından, kutu satışı ya da OEM satış yolu ile piyasaya sunulan ürünlerin ilk kullanıcılarından belirli bir ücret karşılığında Verisil tarafından satın alınmak suretiyle

³⁸² Oğuz, s. 489.

³⁸³ Aksu, M., "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanı'nın 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", TFM, 2016/1, s. 1.

³⁸⁴ Oğuz, s. 481.

yine Verisil tarafından 3. kişilere satıldığı, OEM satışı yolu ile satışında yazılımın beraber sunulduğu bilgisayardan Ürün Analiz Sertifikası (COA - Certificate of Analysis) etiketinin sökülmesi durumunda OEM lisansının herhangi bir biçimde kaçak, kopya, lisanssız ya da korsan lisansa dönüşmediği, bilgisayarı satın alan kullanıcılar tarafından OEM lisansının kaldırılması, bilgisayardan komple silinmesi ve bunun da ötesinde bilgisayar üzerinde yer alan COA etiketinin sökülmesinin yazılımın sahibi olan Microsoft işletmesinin haklarını ihlâl etmediği belirtilmiştir; ilk kullanıcının herhangi bir yazılımı (yazılımın piyasaya sürüldüğü yol farketmeksizin) yasal yollar ile satın alması sonrasında ikinci el bir ürün şeklinde satmasının, FSEK ve ilgili diğer kanunlar, sözleşmeler ve düzenlemelerin Microsoft'a tanıdığı haklara tecavüzde bulunmadığı ve Microsoft'a ait ürünlerin ikinci el alım-satımının yapılması işleminin yasal çerçevede olduğu, ilk kullanıcının sahip olduğu bütün haklara ikinci el ürünü satın alan tarafın da sahip olduğunun tespiti talebinde bulunulmuştur. Microsoft tarafından ise dava konusu bilgisayar işletim yazılımlarının satışının değil, kullanım haklarının bilgisayar işletmelerine ya da 3. kişilere lisans ile verildiği, bunun "basit ruhsat devri" niteliği taşıdığı, lisans sözleşmelerine yazılımların devrinin belli şartlar altında yapılabileceğine yönelik hükümlerin bulunduğu, yazılım lisans sözleşmelerine göre de yazılım üzerinde Verisil'in iddia ettiği şekliyle bir tasarrufta bulunulamayacağı, Microsoft tarafından el konulmuş olan ürünler üzerinde aslını bozacak, değiştirecek şekilde işlemler yapılmış olan COA etiketlerinin ve bunların yanlarında iliştilmiş olan yeniden kurtarma CD'lerinin bulunduğu, bu ürünlerin değişik markalarda olduğu ve piyasaya ilk sürülmelerinin birlikte yapılmadığı, bu ürünleri Verisil'in bir araya getirdiği ve geçerli bir lisans izlenimi verilmek suretiyle son kullanıcılara satıldığı, COA etiketinin sökülmesi yoluyla donanımı üreten (bilgisayarı üreten) işletmenin bilgilerinin kazındığı, Microsoft tarafından el konulan ürünlerin hangi ilk kullanıcılardan hangi şartlar altında satın alındığı hakkında herhangi bir bilginin ve/veya belgenin sunulmadığı, devir işleminin OEM lisans sözleşmelerinde belirli şartlara bağlandığı, lisans sözleşmesinin Microsoft'a sağladığı hakların Verisil'in gerçekleştirdiği eylemlerle zarara uğratıldığı belirtilerek davanın reddi istenmiştir. İlk derece Mahkemesi'nce, somut uyuşmazlık durumunda OEM lisansı bulunan bilgisayar kullanıcılarından yazılımın yüklü bulunduğu CD'nin Verisil tarafından alınıp, bilgisayarın kasasına yapıştırılmış olan ve ürünün orijinallliğini gösteren COA etiketinin de yapıştırılması suretiyle kullanma

kılavuzuyla beraber satın alınıp, COA etiketinde adı geçen donanım işletmesinin adını silinerek ürünlerin başka kullanıcılara bir arada lisanslandığı, bir diğer deyişle Verisil tarafından bilgisayar yazılımlarının ikinci el satışının ya da lisanslanmasının yapıldığının anlaşıldığı; OEM lisans sözleşmesindeki 16. maddede yazılımın 3. kişilere sadece lisanslı aygıt ile beraber doğrudan devredilebileceği şeklinde düzenlenmiş olduğu, ilgili maddede bahsi geçen bu sınırlamanın telif korumasına yönelik değil yazılımın ticarileştirilmesinde kullanılacak yöntemeye yönelik akdî bir düzenleme niteliğinde olduğu, taklit gibi bir durumun söz konusu olmaması nedeniyle orijinal yazılımın bilgisayardan ayrı bir şekilde devredilmesini yasaklamış olan lisans sözleşmesinin 16. maddesinin fikrî mülkiyetin korunmasından ziyade ikinci el pazarının kontrol altında tutulmasını hedeflediği, dolayısıyla bu hedefin fikrî mülkiyete ilişkin hakkın korunmasıyla ilgili olmaması nedeniyle sözleşmede yer alan ilgili hükmün fikrî mülkiyet açısından hukukî bir zemine sahip olmadığı, Verisil tarafından Microsoft'a karşı sözleşmedeki bu maddenin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı, Avrupa Adalet Divanı'nın (ECJ - European Court of Justice) da benzer bir kararının olduğu, Microsoft'un lisans sözleşmesine göre yazılımların hem ilk yüklendiği bilgisayarları hem de var ise yüklü olduğu diğer bilgisayarları tespit edebilecek teknolojiye sahip olduğu, ancak elde edilen Microsoft yazılımlarının ayrıca başka bilgisayarlarda da aktif bir şekilde olarak kullanılıyor olup olmadığının Microsoft tarafından ispatlanması gerektiği halde ispatlanamadığı gerekçesi ile dava konusu olan yazılımların ilk kullanıcılardan satın alınması yoluyla 2. el ürün şeklinde satılması işleminin Microsoft'un yazılım üzerinde sahip olduğu telif haklarına ihlâl teşkil etmediğinin tespit edilmesine karar verilmiştir. İlk derece Mahkemesi'nin kararı Verisil tarafından temyiz edilmiş ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Microsoft'un OEM lisans sözleşmesinde bilgisayar yazılımının ikinci el satışını yasaklayan 16. maddenin, 5846 sayılı FSEK m.23/2'de yer alan emredici hüküm karşısında geçerli olmadığı hükmüne dayanarak, Microsoft'un bütün temyiz itirazlarının reddedilmesi yönünde karara varmıştır.³⁸⁵

V. Süre Yönünden

³⁸⁵Y11.HD,27.06.2014-2014/17376-2015/8772, Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası.
www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html e.t. 04.03.2019.

FSEK'in 27. maddesi uyarınca; “bir eserin koruma süresi eser yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder ve bu süre, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulur. İlk eser sahibi tüzel kişi ise koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır”. İşbu madde kapsamında yazılım lisans sözleşmesine konu hakların korunması eser sahibini ölümüyle ve aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl sonunda sona erecektir. Bu sürelerin sona erdiği durumda “eser” halinde korunan bilgisayar yazılımı “kamu malı” haline gelecek, eser üzerindeki her türlü malî hak ister sahibinde kalsın ister başkasına devredilmiş olsun son bulacak ve bilgisayar yazılımı serbetçe çoğaltılabilir, işlenebilir, yayımlanabilir ve temsil edilebilir hale gelecektir³⁸⁶. Türk hukukunda manevî hakların kullanılmasında, süre yönünden bir sınırlama bulunmamaktadır³⁸⁷. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda manevi hakların süreyle sınırlı olduğu belirtilmemiş olmakla beraber, eser sahibinin ölümünden sonra bu hakları kullanma yetkisinin kimlere intikal edeceği 19/I. madde hükmünde tahdidi olarak sayılmıştır. Manevi haklar söz konusu hükümde sayılı şahısların ölümünden sonra onların mirasçılarına intikal etmeyip son bulacaktır. Bu nedenle manevi hakların eser sahibinin ölümünden sonra FSEK madde 19/1'de sayılan bu şahıslardan en son hayatta kalanın ömrüyle sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak bu sınırın iki istisnası olup, FSEK madde 19/I'de belirtilen şahıslar hayatta olmasalar bile bir mali hakkı devralmış külli ve cüzi halefleri ilgili manevi hakları da kullanabilecekler ve memleket kültürü bakımından önemli görülen eserler üzerindeki bazı manevi haklar Kültür Bakanlığı tarafından sınır olmaksızın kullanılabilir³⁸⁸.

³⁸⁶ Topaloğlu, Bilişim, s. 44.

³⁸⁷ Dalyan, Bilgisayar Programlarından, s. 151.

³⁸⁸ Erel, s. 99.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLARIN HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

1. LİSANS HAKKININ DEVRİ, DEVREN İKTİSAP

FSEK'in "Fikri Haklar" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 13. maddesinin I bendinde eser sahibinin hakları malî ve manevî haklar olmak üzere iki ana kategoride ele alınmıştır³⁸⁹. Malî haklar, eser sahibinin oluşturduğu eserden ekonomik yarar elde etmesini sağlayan, mirasa ve hukuki işlemlere konu olabilen, sınırlı sayı ilkesine tabi olarak düzenlenmiş haklardır³⁹⁰. Manevî haklar ise eser sahibine oluşturduğu eser nedeniyle tanınan kişiliğiyle ilişkili haklar olarak tanımlanmaktadır³⁹¹. FSEK m.49/I'e göre eserin sahibi ya da mirasçılarında malî bir hakkı kullanma lisansını edinmiş birinin, eserin sahibi ya da mirasçılarında yazılı muvafakat almak şartıyla bu hakkı ya da hakkı kullanma lisansını başka biri ya da birilerine devredebilir. İşleme hakkının devrinden de aynı yazılı muvafakat şartı bulunmaktadır.

Genel olarak malî hak sahibinin lisansı başka kimselere de vermesinin mümkün olduğu basit lisanslarda³⁹², hakkı kullanma yetkisinin başkalarına devredilebildiği görülse de³⁹³ kanunda bu konuda herhangi bir ayırım yapılmadığı için gerek basit lisans gerekse münhasır lisanslarda lisans hakkının devredilebileceği anlaşılmaktadır. Bu devir ancak lisans sahibi ya da mirasçılarının izniyle mümkün olabildiğinden, lisans sözleşmesinde açıkça belirtilebileceği gibi lisans alana daha sonra yazılı olarak da verilebilir³⁹⁴. Ancak bahsi geçen bu yazılı iznin "geçerlilik" koşulu olduğu yönünde

³⁸⁹ Topaloğlu, Cayma, s. 311.

³⁹⁰ Bayramlıoğlu, İ. E., Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 218.

³⁹¹ Aksın Atar, E., Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayıma Hakkı ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017, ss. 75-76.

³⁹² Beşiroğlu, A., Fikir Hukuku Dersleri – İlkeler, Kurallar: Haklar Üzerine Tasarruflar, Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuk Yollarına Başvuru, Yapıtlar, Arıkan Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2006, s. 554.

³⁹³ Dalyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 234.

³⁹⁴ Aydınçık, s. 66.

görüşler³⁹⁵ olduğu gibi “ispat koşulu” olduğunu savunan görüşler³⁹⁶ de bulunmaktadır. Bunlar arasından yazılı iznin “geçerlilik” koşulu olduğu görüşü daha isabetli görünmektedir. Bu hakkın ikinci kez devrinde aynı yazılı iznin aranıp aranmayacağı konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre lisans hakkının eser sahibi ve mirasçıları açısından üçüncü şahıs konumundaki kimse tarafından ikinci defa devredilmesinde tekrar bu yazılı izne gerek bulunmamaktadır³⁹⁷. Bir diğer görüşe göreyse her devirde eser sahibi ve mirasçılarından bu yazılı iznin alınması şarttır, zira bu yazılı iznin her defasında alınmaması halinde eser sahibi ile lisans hakkını kullanan kimse arasındaki bağ, dolayısıyla da eser sahibinin eseri takip edebilme ve denetleyebilme imkânı ortadan kalkmaktadır³⁹⁸. Eserin özü üzerinde tasarruf etmeyi ve onu değiştirmeyi gerektirmesi bakımından diğer malî haklardan farklı olan işleme hakkının devrinde ise FSEK m.49/II’ye göre devren iktisap eden kimsenin eser sahibi ve mirasçılarının yazılı iznini alması şart koşulmuştur.³⁹⁹

Dolayısıyla yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın lisans verenden izin alması halinde lisansı başkasına devretmesi mümkün görünmektedir. Buradaki devretmeden kastedilen, kullanılması için başkasına verilmesi hallerini de kapsayan karşı tarafı malik kılmamakla birlikte ona yazılımı kullanma hakkını veren sözleşme yapılarıdır⁴⁰⁰.

FSEK madde 54 hükmü gereğince ise; mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devir yetkisi olmayan kimseden iktisap eden iyiniyetli olsa bile himaye görmez. Yani devreden devir yetkisi konusunda yanılan kişilerin iyi niyeti, eser sahibine karşı korunmaz. Fsek 54/II maddesi hükmü gereği ise; mali hakkı veya kullanma ruhsatını yetkisi olmaksızın devreden kimse, devralanın devrin hükümsüz kalmasından doğan zararını tazminle mükelleftir. Ve kusur halinde mahkeme; hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata da hükmedebilir.

³⁹⁵ Erel, s. 234; Ayiter, s. 208.

³⁹⁶ Franco, N. İ., Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK. 373-381), Ankara 1981, s.90-91; Arslanlı, s. 184-185.

³⁹⁷ Ayiter, s. 209; Franco, s. 90.

³⁹⁸ Arslanlı, s. 186; Erel, s. 270-271.

³⁹⁹ Aydınçık, s. 68.

⁴⁰⁰ Yıldırım, M. F., “Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 565.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bu konuda verdiği 1998/1104 Esas, 1998/2748 Karar sayılı ve 7.04.1998 tarihli kararı ile “davalı lisans alan sözleşmeyi eser sahibi ile yapması gerekirken yanılma neticesinde yetkisiz temsilci ile yapmıştır. Bu yönde lisans alan her ne kadar hüsnüniyet sahibi olarak görünse de bu hüsnüniyeti FSEK 54/f-1 maddesi uyarınca eser sahibine karşı ileri sürülemez niteliktedir. Davalının uğradığı zararları ise ancak hüsnüniyeti çerçevesinde yetkisiz temsilciden isteyebileceği açıktır. Ortada vuku bulan bir kusur var ise de eser sahibinin zararlarını tazmini mecburdur...” şeklinde karar vermiştir.⁴⁰¹

2. HACİZ, REHİN VE HAPİS HAKKI

FSEK’in 61 ve 62. maddeleri kapsamında, bir eserin hangi hallerde haciz, rehin ve hapis hakkı işlemine konu olabileceği ve bunun sınırları belirlenmiştir. Bu kapsamda FSEK’in 61. maddesi hükmü uyarınca; alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları; sinema eserleri hariç olmak üzere bu eserler üzerindeki malî haklara dair hukukî işlemlerden doğan paradan gayri alacakları; kanunî ya da akdî bir rehin hakkının, cebri icranın ya da hapis hakkının konusu olamaz. Ancak FSEK m.62’ye göre kanunî ya da akdi bir rehin hakkı, cebri icra veya hapis hakkının konusunu; herkesçe bilinen/tanınan bir eserin aslı ya da bir müsveddesi, daha önce yayımı yapılmış bir eserin çoğaltılan nüshaları, eserin hak sahibinin hukuken korunma hakkı olan manevî çıkarlarının ihlâl edilmemesi şartı ile herkesçe bilinen/tanınan bir eser üzerinde bulunan malî hakları, eserin hak sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden kaynaklanan parasal alacakları oluşturabilir. Bu doğrultuda, malî hak veya lisans hakkının rehni, haczi veyahut iflas masasına dahil olması sonucunda lisans hakkının kullanılması, kanunda açık bir şekilde belirtildiği üzere sadece eserin haklarına sahip olan tarafın hukuken korunma hakkı bulunan manevî menfaatlerinin ihlâl edilmemesi kaydıyla mümkün olabilmektedir⁴⁰².

⁴⁰¹ Y11.HD, 7.04.1998-1998/1104-1998/2748, Güzel, Ü.E., “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Hakların Devri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 101.

⁴⁰² Aydınçık, s.178.

FSEK m.62/III'e göreyse, eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para dışındaki alacaklarının cebrî icranın konusu olamayacağı belirtilmiştir. Eser sahibinin para dışındaki alacaklarının cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda manevî hakları ihlâl edip etmedikleri; bu alacakların malî bir değeri bulunmakla birlikte, sahip oldukları manevî değerlerinin parasal değerlerinden fazla olup olmadığı hususunda somut olayın şartları dâhilinde bir değerlendirme yapılmalı ve yapılan değerlendirme neticesinde, söz konusu alacaklar eser sahibinin kişilik hakları çerçevesinde önem taşıyan manevî haklarını bertaraf etmiyorlarsa, malî yönleri manevî yönlerine nazaran ön planda bulunuyorsa, hiç şüphesiz sahip oldukları parasal değer itibarıyla bunların cebrî icranın kapsamına alınmaları gerekecektir.⁴⁰³

I. Haciz

FSEK'in fikir ve sanat eserlerinin haczine ilişkin hükümlerine göre eserin herkesçe bilinen/tanınan (alenîleşmiş) bir eser olup olmadığı çerçevesinde bir ayırımın yapılması gerekmekte olup, sinema eserlerinin haricinde kalan alenîleşmemiş eserlerin haczinin herhangi bir şekilde mümkün değildir. Alenîleşmiş eserlerde gerek eserin aslı ve müsveddelerinin gerek çoğaltılmış nüshalarının gerekse eser üzerindeki malî haklar ile mali haklardan kaynaklanan parasal alacakların haczi mümkün olmaktadır⁴⁰⁴.

Eserin sahibinin devre konu olamayan doğrudan şahsına bağlı manevi haklarının ise haciz işlemine konu olması mümkün değildir.

Bir eserin haczi, eserin cismanileştiği maddi malın haczi veya mali hak veya lisansın haczi şeklinde gerçekleşir⁴⁰⁵. Maddi mal niteliğindeki alenîleşmiş bir eserin aslının ya da müsveddesinin ve daha önce yayımlanan bir eserin çoğaltılan nüshalarının İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan taşınırların haczi hakkındaki hükümler doğrultusunda haczedilmesi mümkündür. Ancak maddi malın haczi için eserin tamamlanmış olması gerekmektedir. Eser müsveddelerin haczi de ancak tamamlanmış ise mümkündür. Maddi malın hacze konu olması eser sahibinin fikri haklarını etkilemez. Bu nedenle eser

⁴⁰³ Bolayır, N., "Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 2519.

⁴⁰⁴ Erzurumlu, N., "Türk Hukukunda Fikrî Mülkiyete Konu Malların Cebrî İcrası", YBHD, 2017/3, s.188.

⁴⁰⁵ Erel, s. 285.

sahibi veya mali hak sahibi ilgili haklarını haciz sonucu yediemine tevdi edilmiş eser üzerinde kullanabilirler. Ancak bu mali hak sahiplerine hacze karşı istihkak iddiasında bulunma hakkı vermez. Bunun yanı sıra maddi bir malın haczi, haciz alacaklısına haczedilen malda cisminilaşmış eser üzerinde tasarruf yetkisi sağlamaz, alacaklı yalnızca haczettiği malların maddi değerinden faydalanabilir.⁴⁰⁶

Eser üzerindeki malî hakların veya lisansın haczinde İİK'nın 94. maddesi kıyasen uygulanır⁴⁰⁷. Mali hak ve lisansın başkalarına devrine muvafakat edilmiş olmaması veya yasaklanmış olması ise haczin uygulanmasını engellemez. Haczedilen mali hak veya lisans İİK madde 121 hükmünün uygulanması suretiyle paraya çevrilir.⁴⁰⁸

Eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları, söz konusu alacakların kambiyo senedine bağlanmış olması halinde ilgili kanunun 88. maddesine, kambiyo senedine bağlanmamış olması halindeyse ilgili kanunun 89. maddesine göre haczedilmelidir. Haczedilebilen bu mallar, haklar ve alacaklar ilgili kanunun 184. maddesine göre iflâs masasına girmelidir.⁴⁰⁹ Ayiter'e göre, bu gibi para alacakları için eserin alenileşip alenileşmemesi hatta eserin tamamlanmış olup olmaması sonuca etkili olmayıp, henüz tamamlanmamış eser üzerindeki mali haklara ilişkin taahhüt işlemlerinden doğan para alacakları da işbu madde hükmün kapsamında değerlendirilir.⁴¹⁰

Eser sahiplerinin yanı sıra, bağlantılı hak sahipleri hakları da devredilebilir nitelikte ekonomik değere sahip haklar olduklarından, bu kapsamdaki bağlantılı haklar da cebrî icraya konu olabilecektir⁴¹¹.

Malî haklar üzerinde bazı kişilere süre ve kapsamın belirtilmesi kaydı ile lisans verilmiş olması halinde, malî haklar lisans sahibinin hakları ile takyit edilmiş olarak cebrî icraya konu olarak paraya çevrilebilecek olup, lisans alan kişin, haciz nedeni ile

⁴⁰⁶ Erel, s. 285-287.

⁴⁰⁷ Bolayır, s. 2563.

⁴⁰⁸ Erel, s. 288.

⁴⁰⁹ Bolayır, s. 2563.

⁴¹⁰ Ayiter, s. 228-229.

⁴¹¹ Bolayır, s. 2562

kendine tanınmış kullanma hakkının dikkate alınmaması durumunda istihkak iddiasında bulunabilmesi mümkündür.⁴¹²

II. Rehin

En basit tanımı ile taşınır mal rehni, alacaklıya alacağı elde etmek için başka birisine ait olan bir taşınırı paraya çevirme yetkisi veren sınırlı ayni haktır⁴¹³.

Rehin hakkı, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m.2’de; “Taşınır varlığın türünden, rehin verenin veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak hakkı da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı ayni hakkı” şeklinde tanımlanırken; rehin sözleşmeleri ise; rehin hakkının kurulması için taraflarını alacaklı ve rehin verenin oluşturduğu sözleşmeler şeklinde tanımlanmıştır. İlgili kanunun 5. maddesine göre fikrî ve sınaî mülkiyete konu hakların, üzerinde kanunen rehin hakkı kurulabilmesi mümkün olan taşınır varlıklar arasında sayıldığı görülmektedir.

Rehin hakkı, sözleşmeden veya kanundan doğan alacağın varlığına dayalı ferî nitelikli ve sınırlı ayni haktır. Rehin bir sözleşme ile kurulmuşsa akdi rehin, tarafların iradesine bağlı olmaksızın kanunen kurulmuş ise kabul edilmiş bir rehindir⁴¹⁴.

FSEK hükümleri gereği eser üzerindeki rehin, eserin somutlaştığı eşyanın rehni ile mali hak veya lisansın rehni şeklinde kurulabilirler⁴¹⁵. Esasen FSEK’te lisansın rehne konu edilmesinde öngörülmemiş ise de mali hakkın rehni mümkün kılındığından, mali hakkın kullanım yetkisi olan lisansın da rehne konu edilmesi mümkün olmalıdır⁴¹⁶.

⁴¹² Bolayır, s. 2544.

⁴¹³ Ayiter, s. 225.

⁴¹⁴ Ayiter, s. 225.

⁴¹⁵ Erel, s. 283.

⁴¹⁶ Erel, s. 284.

Ayrıca Erel'e göre mali hak sahibinin lisans verilmesinden kaynaklanan para alacakları da aynı şekilde rehin konusunu oluşturabilir⁴¹⁷.

Tekinalp'e göre; eserin aslı ve müsveddeleri birlikte veya ayrı ayrı rehin edilebilirler. Ancak eser aslının tek başına rehnedilmesi aksi açıkça belirtilmedikçe müsveddesinin de rehni sonucunu doğurmaz⁴¹⁸.

Eser ile eserin cisimlendiği maddi mal farklı hukuki niteliğe sahip olduğundan, eserin cisimlendiği eşyanın rehni Medeni Kanun'un menkul rehni hükümlerine, eser üzerindeki mali hakkın ve lisansların rehni ise Medeni Kanun'un alacak rehni tesisi hükümlerine tabidir.⁴¹⁹

Mali haklar veya lisanslar; eser sahibi, onun mirasçıları veya mali hakkı eser sahibinden veya mirasçılarından devralmış olanlar tarafından rehne konu edilebilir⁴²⁰. Ancak mali hakkın veya lisansın rehni, rehnin temin ettiği borç ödenmediğinde hakkın paraya çevrilerek üçüncü şahıslara devrine yol açacağından, eser sahibi veya mirasçıları dışındaki mali hak sahibinin bu hakkı rehnedilebilmesi için FSEK m. 49/1 uyarınca bu hakkı devir yetkisine sahip olmalıdır. Başka bir deyişle, lisans alanın aldığı lisansı rehin işlemine konu edebilmesi için, lisansın devri konusunda açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.⁴²¹ Lisansın devir yetkisi olmaksızın rehni halinde rehin alan iyiniyetli olsa bile FSEK madde 54/1 gereğince rehin doğmuş olmayacaktır.

Yukarıda da zikredildiği üzere rehne konu eserlere ilişkin FSEK m.61 ve m.62'de bir sınırlama getirilmiş olup, kanunî ya da akdî bir rehin hakkı konusunun sadece bu maddeler kapsamında oluşabilecektir. Ayrıca bu sınırlama çerçevesinde kurulacak rehin sözleşmelerinin FSEK 62/II uyarınca "geçerlilik şartı" doğrultusunda yazılı bir şekilde yapılması ve sözleşmede rehin olarak verilenler hususların ayrı ayrı olarak belirtilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen her iki şartın birlikte bulunması zorunlu olup, devrin

⁴¹⁷ Erel, s. 285.

⁴¹⁸ Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1848; Tekinalp, s. 232.

⁴¹⁹ Erel, s. 284.

⁴²⁰ Erel, s. 284.

⁴²¹ Aydınçık, s. 39.

kapsamı rehin sözleşmesinde açıkça anlaşılamiyorsa FSEK m.52 uyarınca ayrıca bir senet düzenlenmesi gerekir⁴²².

Ayrıca eserin aslını veya müsveddelerini rehin alan, FSEK madde 17/1 hükmü kapsamında, eser üzerinde mali hak sahiplerine bu hakları kullanmak için eserden yararlanmaya müsaade etmekle mükelefftir.⁴²³

Rehin hakkına konu mali hakkın veya lisansın paraya çevrilmesi işlemi İcra İflas Kanunu'nun 121. maddesi hükümleri uyarınca yürütülürken⁴²⁴ mali hak sahibinin lisans vermekten doğan para alacaklarının paraya çevrilmesi işleminde ise İİK 89. madde hükümleri uygulanır.⁴²⁵

III. Hapis Hakkı

Hapis hakkı, taşınır rehninin bir türüdür. Bu hak sayesinde alacaklı; kanunî şartların bulunması kaydıyla borcun ödenememesi ve/veya borçlunun temerrüdü durumunda alacağını elde edinceye dek zilyedi bulunduğu malı ya da kıymetli evrakı hapsedme ya da alacağını karşılamak üzere bu mal ya da hakkı paraya çevirme hakkına kavuşur. Genel olarak hapis hakkının konusunu taşınır mallar oluşturmaktadır.

FSEK madde 62/1-2 fıkrası uyarınca alenileşmiş bir eserin asıl ve müsveddeleri ile çoğaltılarak yayınlanmış nüshaları hapis hakkına konu olabilir. Bunların taşınır nitelikte olması sebebi ile bu durumda TMK'nın 950. maddesi hükümleri uygulanır. Hapis hakkı ancak eserin asıl ve müsveddelerinin sahibi olan borçlunun rızası ile alacaklının zilyetliğinde bulunmaları, hapis hakkının konusu ile borcun ilişkili olmasını göstermesi ve ayrıca hapis hakkının konusunun paraya çevrilmesinin mümkün olması durumunda uygulanabilir. Eserin aslını ve müsveddelerini sahibinin rızası ile elinde bulunduran kişi alacağının ifa edilmemesi halinde bunları geri vermekten imtina etmek suretiyle ileri süreceği bir defile hapis hakkını kullanabilir.⁴²⁶

⁴²² Erel, s. 284.

⁴²³ Ayiter, s. 225.

⁴²⁴ Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1857.

⁴²⁵ Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1862.

⁴²⁶ Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1852-1854.

Eserin cisimleştiği asıl ve müsveddeler ile çoğaltılmış nüshalar üzerinde hapis hakkının kullanılması eser üzerindeki fikri hakları etkilemeyeceğinden, eserin müsveddesi veya aslı üzerinde hapis hakkı edinen kişi, eserle ilgili mali hakları herhangi bir tasarrufa konu edemez. Hapis hakkına konu edilen eserin asıl ve müsveddeleri İİK'nun taşınır malların paraya çevrilmesine ilişkin m.145 ve devamı maddeleri hükümlerine göre paraya çevrilir.⁴²⁷

FSEK 62/3 maddesi hükmü uyarınca eser sahibinin korunmaya layık manevi menfaatlerinin ihlal edilmemesi koşulu ile alenilemiş bir eser üzerindeki mali haklar veya lisans da hapis hakkına konu edilebilir. Madde hükmünde korunmaya layık manevi menfaatler ifadesi eser sahibinin manevi haklarını karşılamaktadır ki bu durumda alenilemiş bir eserin mali haklarını haczettiren alacaklı adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmaması, eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmemesi şeklideki eser sahibinin manevi haklarını korumakla yükümlüdür.⁴²⁸

FSEK 62/I-4 maddesi uyarınca ise eser sahibinin mali haklarını devretmesi veya onlar üzerinde lisans hakkı tanınması gibi hukuki işlemler nedeni ile doğmuş veya doğacak para alacakları da hapis hakkının konu olabilir. Hapse konu para alacakları tahdidi olarak sayılmış olduğundan eser sahibinin mali haklarına ilişkin işlemlerinden dolayı para haricinde doğmuş bir alacağı söz konusu ise bu alacağı hapis hakkına konu edilemez.⁴²⁹

Hapis hakkının kullanılması eylemi, mali hak veya lisansın iade edilmemesi ile gerçekleşeceğinden, mali hak ve lisans üzerinde, mali haktan veya lisanstan kaynaklı alacağın ödenmemesi üzerine hapis hakkınının kullanılması ancak alacaklının önceki bir borca dayalı olarak bunları devir almış olması halinde mümkündür⁴³⁰.

Hapis hakkına konu mali hak ve lisansın paraya çevrilmesine İİK'nın 121. maddesi hükmü uygulanır.⁴³¹

⁴²⁷ Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1852-1854.

⁴²⁸ Tekinalp, s. 232.

⁴²⁹ Tekinalp, s. 235.

⁴³⁰ Erel, s. 285.

⁴³¹ Erel, s. 285.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Bu bölümde yazılım lisans sözleşmesinin sona ermesi konusu çerçevesinde sürenin dolması ve amacın gerçekleşmesi, fesih ve kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle yok olma konuları işlenecektir.

1. SÜRENİN DOLMASI VE AMACIN GERÇEKLEŞMESİ

Lisans sözleşmesi, belli bir amacın gerçekleşmesine yönelik ya da belli bir süre geçerli olmak üzere yapılmış olabilir. FSEK 59. maddesi uyarınca süresi ve/veya amacı belirli bir yazılım lisans sözleşmesi de belirlenen sürenin dolması ve/veya belirlenen amacın gerçekleşmesi ile sona erecektir.⁴³²

Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olabilir. Sözleşmenin belirli süreli olarak kurulması halinde sürenin dolmasıyla sözleşme kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşmelerde tarafların birbirlerine sözleşmenin sona ereceği yolunda belirli süreyi önce ihbar, ihtar veya bildirimde bulunmalarına gerek olmadığı gibi bu yönde süre tanımalarına da gerek yoktur. FSEK 59/1. maddesi hükmü uyarınca sözleşmede belirlenen sürenin hitamı ile eser sahibince devredilen mali hak, başkaca işleme gerek olmaksızın ait olduğu eser sahibinin malvarlığına geri döner. Sözleşmenin belirli süreli yapılmış olması, tarafların karşılıklı anlaşma yolu ile sözleşmeyi sona erdirmelerine engel değildir.⁴³³

Sözleşme belirli bir amacın gerçekleşmesi için yapılmış olabilir. Bu durumda da belirli bir amaç için yapılan sözleşme amacın gerçekleşmesi ile yine başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer ve sözleşmedeki devredilen hak eser sahibinin

⁴³² Aydınçık, s. 184-185.

⁴³³ Gökyayla, s. 304.

malvarlığına geri döner.⁴³⁴ Burada amacın gerçekleşmesi gayenin ortadan kalkması şeklinde olabileceği gibi gayenin gerçekleşmiş olması şeklinde de olabilir⁴³⁵.

Burada değerlendirilmesi gereken bir konu ise mali hakkın eser sahibi veya mirasçıları dışında kalan birinden belirli bir amaç ve/veya süre için devir alınmış olduğu durumda, amacın veya süresinin son bulması ile mali hakkın eser sahibi mi veya yoksa mali hakkı devren kişiye mi geri döneceği hususudur⁴³⁶. Eğer eser sahibi mali hakkı ilk devralana belirli bir amaç ve süre öngörmeksizin devretmiş ve ilk devralan söz konusu mali hakkı eser sahibinin yazılı izni ile belirli bir süre veya amaç için üçüncü kişiye ikinci kez devir etmiş ise, işte bu durumda amacın veya sürenin son bulması ile devre konu mali hak, eser sahibinin yazılı izni ile son devri gerçekleştiren kişiye geri döner⁴³⁷. Bundan dolayı eser sahibinin ve mirasçılarınının gerçekleştirdiği süresi ve amacı belli devir işlemlerine benzer şekilde eserin malî haklarına sahip kişilerce yapılacak aynı kapsamdaki devir işlemlerinde de FSEK'in 59. maddesinde belirtilmiş olan bir kabulün benimsenmesinin amaca uygun olacağı düşünülmektedir⁴³⁸.

Uygulamada yazılım sözleşmelerinde “sürenin dolması ile hiçbir ihtar veya ihbara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erme” şeklinde hükümlere yer verildiği gibi, “sona ermenin ancak sona erdirme hakkı tanınmış sona erdirme iradesinde olan tarafın karşı tarafa yazılı bildirim yapması kaydı ile sona ermenin gerçekleşeceği aksi taktirde sözleşmenin yenileceği” şeklinde hükümlere de rastlanmaktadır. Süreye ilişkin olarak öngörülen bu fesih hakkını kullanılması suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesi, bu fesih hakkının kötüye kullanılmaması şartı ile hakkı kullanan aleyhine bir hukuki sonuca neden olmaz. Şayet taraflar lisans sözleşmesinin süresinin bitmesine karşın, sözleşmeyi açıkça yenilemeden devam ederlerse, TBK m. 327'e kıyasen bir susma yolu ile yenileme söz konusu olduğu söylenebilecektir.⁴³⁹

Sözleşmede, bahsi geçen bu amaç ve süre açıkça ve net olarak belirtilmiş olabilir. Bunun yanı sıra, özel bir hüküm bulunmamasına karşın sözleşme hükümlerine bakılarak

⁴³⁴ Gökyayla, s. 304.

⁴³⁵ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1822; Arslanlı, s. 189.

⁴³⁶ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1818.

⁴³⁷ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1819.

⁴³⁸ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1819.

⁴³⁹ Ayiter, s. 114; Ongan, 2007, s. 311.

sözleşmeye taraf olanların amaç ve süreye ilişkin anlaşmaya varmış oldukları sonucuna da varılabilir. Bu doğrultuda sözleşmenin içeriğinden, tarafların zımnen belirli bir amaç ya da süre kararlaştırmış oldukları sonucuna varılması halinde sözleşmenin bu amacın gerçekleşmesi ya da sürenin dolması ile sona ereceği sonucuna varılmaktadır.⁴⁴⁰

Sözleşmede lisans hakkının süresiz olarak tanınması halindeyse lisans hakkı, koruma sürelerinin sonuna kadar hüküm ifade eder⁴⁴¹. Bu nedenle mali hakkın süresiz biçimde devrinden sonra devir konusu eserle ilgili mali hakkın koruma süresi uzatılırsa ilk koruma süresinin tamamlanması ile mali hak kendiliğinden eser sahibine geri dönecek olup, yeni tanınan koruma süresi boyunca mali hak eser sahibine ait olur⁴⁴².

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2008/7627 Esas, 2010/3199 Karar sayılı ve 23.03.2010 tarihli kararı ile; “1995 yılından önce yapılmış bulunan filmler yönünden koruma süresi 20 yıl olduğundan davacının davalıya yaptığı devrin 20 yıl süre ile hükmü ifade ettiği, koruma süresinin sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra 70 yıla çıkarıldığı ve 5846 sayılı yasanın 51. maddesi gereğince ileride yapılacak mevzuat değişikliği ile eser sahibinin tanınması muhtemel mali hakların devrine ilişkin sözleşmelerin batıl olduğu, dolayısıyla 20 yıl sonunda sinema eser sahibinin hem eser sahibi olarak hem bağlantılı hak sahibi olarak 50 yıl daha koruma elde ettiği, eski koruma süresi olan 20 yıllık koruma sürelerinin dolduğu tarihlerden itibaren filmelerle ilgili mali hakların davacı eser sahibine döndüğüne” karar vermiştir.⁴⁴³

Aksu’ya göre ise bilgisayar yazılımlarının “eser” olarak korunması çerçevesinde fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma sürelerine ilişkin genel ilkelerinin geçerli olması gerekmektedir⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Aydınçık, s. 185.

⁴⁴¹ Aydınçık, s. 187.

⁴⁴² Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1821.

⁴⁴³ Y11.HD, 23.03.2010-2008/7627-2010/3199, Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1642.

⁴⁴⁴ Aksu, 2006, s. 98.

2. İADE

Yazılım lisans sözleşmesinin sona ermesiyle beraber lisans alanın lisansa konu olan yazılımı kullanma yetkisi son bulur. Bu durumda sözleşme kapsamında lisans verenin lisans alana verdiği her türlü belge ve bilginin lisans alan tarafından lisans verene iade edilmesi, yazılım lisans sözleşmesinin güven ilişkisinden doğan genel borçlarındandır.⁴⁴⁵

Standart bir yazılımın belirlenmiş bir ücret karşılığında kullanılarak belirlenmiş bir süre sonunda iade edilmesi yükümlüğü kabul edilerek devralınması durumunda, ivaz karşılığında kullanım hakkı devrinin yanı sıra fikri hakkın devrine esas olan lisans sözleşmesi unsurları da söz konusu olmaktadır⁴⁴⁶. İvaz karşılığında “sürelî” olarak devredilen yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler adi kiraya ilişkin hükümlerin doğrudan ya da dolaylı olarak yazılım sözleşmelerine uygulanabileceği konusunda hemfikirdir⁴⁴⁷. TBK m.299 hükmüne göre kiraya veren tarafından bir şeyin kullanımı ücret karşılığı kiracıya terk edilmişse “adi kira”dan söz edilebilir ve belirli bir süre sonunda malın iadesi bu doğrultuda da adi kira sözleşmesinin ana unsurları arasında yer alır. Bu doğrultuda TBK m.299’a göre belirli bir ücret karşılığında devredilen yazılım lisans sözleşmelerinin süre sonunda iade edilmesi gerekmektedir. İvazsız olarak devredilen yazılımlarda da yazılımın asıl sahibinin (eser sahibinin) adı belirtilmemiş dahi olsa yazılımı yayımlayan ile eser sahibi arasında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe TBK. m.502-514’da geçen vekalet hükümlerinin uygulanacağı FSEK m.12/III’te hükme bağlanmış olup, fikrî haklarını belirtildiği biçimde kullananlar, kendi adlarına ancak eser sahibinin hesabına hareket ediyor olduklarından aralarında dolaylı bir temsil ilişkisinin varlığı söz konusu olduğu gibi, TBK m.508’ye göre de “hesap verme” bulunmaktadır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Topçu, D., “Patent Lisans Sözleşmeleri”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 187; Ortaç, s. 272.

⁴⁴⁶ Tandoğan, s. 274.

⁴⁴⁷ Lauer, s. 1758-1759; Engel, s. 1159-1163; Megede, s. 2580-2583; Mehrings, s. 1904-1905; Marly, s.136; Bartl, s. 2122.

⁴⁴⁸ Dalyan, Bilgisayar Programlarının, 2008, s. 113.

Sözleşme ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olması bakımından iade ile ilişkili bir diğer kavram ise “geri alma”dır. Geri almanın sonuç ve şartları kısmî olarak “fesih’e, kısmî olarak da “dönme’ye benzemektedir. Bu doğrultuda, bağışlama taahhütüne ve vekaletle ilişkin bir geri alma “fesih’e, ifa edilmiş bir bağışlamaya ilişkin geri alma ise “dönme’ye benzemektedir.⁴⁴⁹

3. CAYMA

Yazılım lisans sözleşmelerinde -lisans sözleşmelerinde olduğu gibi- eser sahibinin yani yazılımın hak sahibinin malî hakları üzerinde tasarruf etmesi sırasında maddî menfaatlerinin yanı sıra birtakım manevî menfaatler elde etmeyi amaçlaması doğaldır. Yazılımın hak sahibinin bu menfaatleri elde edebilmesi için haklarını ya da lisansı alan tarafın bu hakları kullanması gerekir. Aksi takdirde hak sahibinin maddî-manevî menfaat elde edebilmesi mümkün olamaz. Bu durumun önüne geçilebilmesi için FSEK’in “Cayma hakkı” başlıklı 58. maddesinde yazılımın hak sahibini koruyacak bir hüküm getirilmiştir ki bu da sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi, yani “cayma hakkı’dır. FSEK’in 58. maddesinde öngörülen “cayma hakkı” fesih’ten farklıdır. Çünkü “fesih”, oluşma sebepleri farklı olan ve geleceğe etkili bir sona erme hâli iken; “cayma”, eserin gerektiği şekilde kullanılmaması nedeniyle menfaatleri ihlâl edilen eser sahibine ya da hakkaniyet gerektiyorsa karşı tarafa tazminat ödenmesi yoluyla kullanılan bir haktır⁴⁵⁰. Bu noktada cayma hakkı ile fesih hakkı arasındaki önemli bir farklılığı açıklamakta da fayda bulunmaktadır. Cayma hakkı, daha önce de bahsedildiği gibi ancak malî bir hakkı veya lisans hakkını iktisap eden kimsenin kararlaştırılan süre içinde veya sürenin kararlaştırılmadığı durumlarda uygun bir süre içinde hak ve yetkilerinden hiç veya gereği gibi yararlanamamış olması durumunda kullanılabilir. Buna karşılık sözleşmenin haklı sebeplerle feshi, daha geniş bir kavramdır olup; cayma hakkı, sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilebilmesi için haklı sebeplerden sadece birini teşkil etmektedir. Kanunda düzenlenen cayma hakkı, FSEK’in 58. maddesindeki “noter yoluyla karşı tarafa uygun bir süre tanıma” şekil şartına bağlanmışken, haklı

⁴⁴⁹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 242.

⁴⁵⁰ Topaloğlu, Cayma, s. 321.

sebeplere dayanan fesih hakkının kullanılabilmesinde bu şekil şartına uymak gerekmez.⁴⁵¹

FSEK m.58'e göre cayma hakkının kullanılabilmesi için malî bir hakkı ya da lisans hakkını iktisap eden kimsenin kararlaştırılan süre içinde ya da sürenin kararlaştırılmadığı hallerde uygun bir süre içinde hak ve yetkilerinden hiç ya da gereği gibi kullanmamış olması gerekmektedir. Genel olarak gayri maddi hakları devir ve iktisap edenlerin bu hakları kullanma yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmekte olduğundan ve bu hakkı sonradan elde edenin kullanma yükümlülüğü bulunmasa bile eser sahibinin hakkın kullanılmasında gerek ekonomik gerekse manevi menfaatleri olduğundan, FSEK m.58 bu menfaatlerin yerine gelmesini temin etmek için eser sahibine bir hukukî çare olarak cayma hakkı tanımıştır. FSEK m.58, malî hak ya da kullanma hakkı devralanın bu hakkı gerektiği şekilde kullanamamasını da bir cayma sebebi olarak saymıştır.⁴⁵²

Cayma hakkının kullanılabilmesi için gereği gibi kullanmama ve/veya kullanamama olgusunun yanı sıra, bu nedenle hak sahibinin maddi ve/veya manevi menfaatlerini zedelemiş olması da gerekmektedir. Kanun koyucu, hangi menfaatlerin ihlâlinin cayma hakkına vücut vereceğini açıklamamış, sadece menfaat ihlâlinin esaslı unsur olmasını aramıştır.⁴⁵³

Yargıtay kararlarına bakıldığında; uygulamada mücbir sebeplerin, hayat şartlarındaki değişikliklerin, baskı nedenlerinin (TD, 20.4.1973, E.1973/a867, K.1973/1818), taraflar arasındaki sözleşmenin FSEK'e aykırı olmasının (11. H.D., 15.10.2001, E.2001/5026, K.2001/7942), sözleşmeye aykırılığın (11. H.D., 25.12.1997, E.1997/4440 K.1997/9678) cayma sebebi olarak kullanıldığı görülmektedir.⁴⁵⁴ Tüm bu sebepleri eser sahibinin menfaatlerinin esaslı suretle ihlâli sayan Yargıtay, ödemenin

⁴⁵¹ Aydınçık, s. 194.

⁴⁵² Topaloğlu, Cayma, s. 323.

⁴⁵³ Topaloğlu, Cayma, s. 324.

⁴⁵⁴ Y11.HD, 15.10.2001-2001/5026-2001/7942, Y11.HD, 25.12.1997-1997/4440-1997/9678, Suluk, C., / Orhan, A., Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt II – Genel Esaslar: Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan, İstanbul 2006, s.724; Aydınçık, s. 193-194.

azlığına dayanarak cayma koşullarının oluştuğu sonucuna varılmasının mümkün olmadığına (Y11. H.D., E. 2005/8761 K. 2006/9911) karar vermiştir⁴⁵⁵.

Cayma hakkının kullanılması öncesinde sözleşmeden doğan hakların kullanılması için malî hakkı ya da kullanım hakkını devir alana uygun bir süre vererek noterden ihtarname gönderilmelidir⁴⁵⁶. FSEK m.58/II'ye göre, cayma hakkına sahip yazılımin hak sahibinin bu hakkı kullanmak istemesi durumunda noter yoluyla sözleşmenin diğer tarafına uygun bir süre tanınması gerekmektedir. Aksi halde cayma işleminin geçersiz olacağı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.12.1997 tarih ve 1997/4440 Esas, 1997/9678 Karar no'lu kararı⁴⁵⁷ ile sabittir⁴⁵⁸. Fakat bazı durumlarda karşı tarafa uygun bir süre verilmesi gerekmez. Bu durumlar, FSEK m.58/II'ye göre; hakkın kullanılmasının iktisap eden kimse için imkânsız olması ya da iktisap eden kimse tarafından reddedilmesi ya da uygun bir süre tanınması halinde hak sahibinin maddi ve/veya manevi menfaatlerine esaslı surette zarar verecek bir durumun oluşabilme ihtimalidir. Ayrıca, tarafların hakkın kullanılması için kesin bir vade kararlaştırmış oldukları durumlarda da noter yoluyla uygun bir süre tanımaya lüzum bulunmamaktadır⁴⁵⁹.

FSEK'in 58. maddesinin III. bedeninde yer alan hükme göre ihtar gönderilerek sonuç alınmadığı veya ihtar gönderilmesine lüzum bulunmadığı durumlarda cayma hakkının noter aracılığıyla ihbar gönderilmesi şeklinde kullanılması gerekir⁴⁶⁰.

FSEK m.58'de düzenlenen cayma hakkının Alman Fikir Hakları Kanunu'nun (UrhG – Urheberrechtsgesetz) 41. maddesindeki düzenlemeye paralel olduğu ancak UrhG'nin 42. maddesinde oldukça geniş olarak yer verilen “kanaat değişmesinden doğan cayma hakkı”nın FSEK m.58'de yer almadığı görülmektedir⁴⁶¹. Ancak FSEK'in “Fikri Haklar” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan “II – Manevi haklar”ın “1.Umuma arz salahiyeti” başlığı altındaki 14. maddesinde 21.02.2001 tarihli değişiklikle “Eserin

⁴⁵⁵Y11.HD, 2005/8761-2006/9911, Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası.
www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html e.t. 22.03.2029

⁴⁵⁶Topaloğlu, Cayma, s.324.

⁴⁵⁷Y11.HD, 25.12.1997-1997/444-1997/9678, Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası.
www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html e.t. 24.03.2019

⁴⁵⁸Suluk/ Orhan, s. 724.

⁴⁵⁹Arslanlı, s. 227.

⁴⁶⁰Topaloğlu, Cayma, s. 326.

⁴⁶¹Aydıncık, s. 193-194.

umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını men edebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.” şeklinde düzenlenen hüküm ile yazılımın hak sahibine şeref ve itibarını zedeleyecek bir yayımlamayı men etme hakkının verildiği görülmektedir ki bu hükmün kanaat değişmesinden doğan cayma hakkı’na karşılık gelebileceği söylenebilir⁴⁶². Şöyle ki; yazılımı geliştiren ve hak sahibi (eser sahibi) olan kişinin bir yazılım lisans sözleşmesi yapması ve yazılımı aracı bir işletmeye piyasaya sürmesi (son kullanıcılara pazarlaması) için teslim etmesi sonrasında yazılımda önemli bir hata tespit etmiş olması ancak bu hatanın aracı satış işletmesi tarafından önemsiz varsayılarak yazılımın piyasaya sürülmesine karar verilmesi durumunda, eserin sahibinin itibarını zedeleyecek bir durum oluşabilir. Bu gerekçe ile eser sahibi (yazılımcı) FSEK m.14’teki hükümlere dayanarak sözleşmeden tek taraflı cayma hakkını kullanabilmelidir.

Bilgisayar yazılım lisans sözleşmelerinde cayma hakkına ilişkin bir diğer önemli konu da yazılımın hak sahibinin, yazılımın piyasaya sürülmesi (son kullanıcılara pazarlanması) için tek bir aracı işletme ile anlaşma yapması, yani münhasır lisans vermesi durumunda yaşanmaktadır. Bu gibi durumlarda yazılımın hak sahibi lisans verdiği taraftan herhangi bir peşin ücret almış olsa bile eğer yazılım lisansı alan tarafça piyasaya sürülmemişse (yayımlanmamışsa), hak sahibinin manevi menfaatlerini engellediği için hak sahibi açısından tek taraflı cayma sebebi oluşturmaktadır⁴⁶³.

Cayma hakkının kullanılmasından kusur gerekli ve önemli değildir; karşı tarafın kusuru olmasa da cayma hakkı kullanılabileceği gibi kusurlu eser sahibi bile cayma hakkından yararlanabilir⁴⁶⁴.

Cayma hakkı ile ilgili diğer iki önemli husus ise “haktan feragat” ve “hakkın kullanıma getirebilecek süre sınırı” ile ilgidir. FSEK m.58/V’e göre; eser sahibinin

⁴⁶² Ayiter, s. 219.

⁴⁶³ Ayiter, s. 219.

⁴⁶⁴ Topaloğlu, Cayma, s. 330.

cayma hakkından önceden feragat etmesi mümkün olmadığı gibi, iki yıldan fazla bir süre için bu hakkı sınırlayan sözleşme hükümleri de geçersiz sayılmaktadır.

Esasen cayma hakkının kullanılmasının sonuçlarının geçmişe mi yoksa geleceğe mi etkili olacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre cayma hakkının sonuçları geçmişe etkili değildir⁴⁶⁵. Zira devir sözleşmesinde de lisans sözleşmesinde de sürekli bir borç ilişkisi niteliği bulunmakta, edimin taraflarca bir kez ifası ile derhal sona ermeyip edimler süreye yayılmaktadır⁴⁶⁶. Bu doğrultuda bu tür sözleşmelerde cayma hakkının kullanılmasının geleceğe etkili fesih benzeri bir nitelik taşıdığı söylenebilir⁴⁶⁷. Bu konudaki zıt görüş ise cayma hakkının kullanılmasının temerrüde benzer sonuçlar doğurması sebebiyle geçmişe etkili olduğunu savunmaktadır⁴⁶⁸. Bu konudaki son görüşe göre ise cayma hakkının hukuki niteliğinin somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği, bu şekilde cayma hakkının somut olaya dayalı olarak “dönme” ya da “fesih” olarak nitelendirilebileceği savunulmaktadır⁴⁶⁹. Görüşlerin tamamı değerlendirildiğinde en uygun olanın, lisans sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliği nedeniyle cayma hakkının kullanılmasının ileriye etkili fesih benzeri bir nitelik taşıdığı görüşü olduğu söylenebilir. Ancak sözleşmeden doğan borcun ifasına başlanmamış olması halinde de cayma hakkının “dönme hakkı” gibi geçmişe etkili sonuç doğuracağı da muhakkaktır⁴⁷⁰. Cayma, aynı zamanda bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, caymanın tamamlanması ile hak, başka herhangi bir tasarrufa gerek olmaksızın kanun gereği eser sahibine geri döner⁴⁷¹.

4. SÖZLEŞMENİN TEK TARAFLI SONA ERDİRİLMESİ

FSEK’te tamamlanmış eserlere ilişkin mâli hakkın devri ve lisans sözleşmelerinin tek taraflı sona erdirilmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nednele genel hükümler çerçevesinde lisans sözleşmesinin taraflarından birinin sözleşmeyi tek taraflı

⁴⁶⁵ Giritlioğlu, N., Yayın Sözleşmesi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 79; Serozan, R., Sözleşmeden Dönme, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, s.146-148.

⁴⁶⁶ Topçu, D., Patent Lisans Sözleşmeleri, İçinde Hukuk ve Sanat (Y. Ünver & Ö. Yenerer Çakmut, Eds.) (ss.457-493), Seçkin, 4. Baskı, 2018, s. 490.

⁴⁶⁷ Serozan, s. 146-148.

⁴⁶⁸ Arslanlı, s. 194-196.

⁴⁶⁹ Tekinalp, s. 224.

⁴⁷⁰ Aydınçık, s. 196.

⁴⁷¹ Topaloğlu, Cayma, s. 326.

olarak sona erdirebilmesi, tek taraflı sona erdirmeye sebep olabilecek geçerli bir nedene sahip olması koşuluna bağlıdır⁴⁷².

Uygulamada, yazılım lisans sözleşmesinin tek taraflı sona erme halleri fesih, dönme ve iptal haklarının kullanılması suretiyle kullanılmaktadır.

I. Fesih

Yasa veya sözleşmeden doğan ve geçerli olarak kurulmuş sürekli bir borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin derhal veya belirli bir süre sonunda geleceğe etkili olarak tek taraflı sona erdirilmesine fesih⁴⁷³, yenilik doğuran bu hakka da fesih hakkı⁴⁷⁴ denir. Sözleşmenin belli bir süre geçmesi (olağan fesih) ile ya da derhal (olağanüstü fesih) sonlandıran irade beyanı ise “fesih bildirim” olarak adlandırılır⁴⁷⁵. Dolayısıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin sona erdirilmesi için yöneltilmesi gereken irade beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması anlamına gelmektedir. Fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşması ile birlikte hüküm ve neticelerini doğurarak lisans sözleşmesi geleceğe etkili olarak kendiliğinden sona erer⁴⁷⁶.

A. İleride Meydana Getirilecek Eserlere İlişkin FSEK 50/II Kapsamında Fesih

FSEK 50/II. Maddesi ile fikri haklara ilişkin sözleşmelere sona ermesi bakımından özel bir fesih hakkı düzenlenmiştir. İşbu madde hükmü ile düzenlenen kanuni fesih hakkı hem lisans verene hem de lisans alana tanınmış olup, emredici hüküm olma özelliği gereği sözleşme ile bertaraf edilemez. İşbu madde ile ileride meydana getireceği bütün eserlerine ilişkin lisans hakkı taahhüdünde bulunarak bir nevi kişilik haklarına aykırı davranışa karşı lisans veren korunduğu gibi lisans alan da korunmuştur. Ancak dikkat edilmesi gereken en önemli husus bu hükmün sadece

⁴⁷² Tunçer, s. 96.

⁴⁷³ Özel, s. 205.

⁴⁷⁴ Özcan, D., “İş Sözleşmesinin Feshi”, Ankara 2011, s. 5; Sarıbay, G. Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Ankara 2007, s. 81.

⁴⁷⁵ Gökteş, S., “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 66, Sayı 1, 2008, s. 19.

⁴⁷⁶ Arbek, s. 212.

gelecekte meydana getirilecek eser veya eserler bakımından geçerli olduğudur.⁴⁷⁷ Bu nedenle FSEK 50/II. maddesi, meydana gelmiş eserler için uygulanmaz⁴⁷⁸.

Bu hükmün uygulanabilmesi için gelecekte oluşturulabilecek eserlerin tamamına ya da belirli bir türüne ilişkin telif hakkının devredilebileceğinin de taahhüt edilmiş olması gerekmektedir.⁴⁷⁹ Genel hükümler uyarınca henüz mevcut olmayan veya ileri bir tarihte meydana getirilecek eserlere ilişkin lisans sözleşmesinin fesih edilmesi için fesih ihbarının diğer tarafa gönderilmesi gerekli ise de FSEK 50/II maddesi hükmünde fesih ihbarının ne şekilde yapılacağını dair hüküm yoktur. Ancak maddede yer alan özel düzenleme uyarınca lisans sözleşmesi bu maddede öngörülen fesih hakkının kullanılması ile fesih ihbarı tarihinden itibaren bir yıl sonra hüküm ve sonuçlarını doğrurur ve bu tarih itibari ile lisans sözleşmesi geleceğe etkili olarak sona erer.⁴⁸⁰

B. Olağan Fesih

Olağan fesih, belirsiz süreli bir borç ilişkisinde tarafların tek taraflı iradeleri ile herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın makul bir ihbar süresi vermek kaydıyla sözleşmesinin ihbar süresi sonunda geleceğe etkili olarak sona erdirilmesidir. Daha basit ifadeyle olağan fesih, belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyle veya kanunla taraflardan birine tanınmış bir fesih yetkisidir.⁴⁸¹

Olağan fesih sadece belirsiz süreli sözleşmelerde uygulama alanı bulur. Bu fesih yolu ile tarafların belirsiz süreli bir sözleşme ile sonsuza dek bağlı kalınmasının önüne geçilmiştir. Olağan fesih ile ifa güçlüğü veya borca aykırılığın varlığı aranmaz. Başka bir ifade ile olağan fesih yoluna gidilebilmesi için sözleşmeyi sona erdirecek haklı bir sebebin bulunması gerekmez. Ancak olağan fesih hakkı kullanıldığında, sözleşme fesih iradesi karşı tarafa ulaştığı anda değil, ihbar süresinin hitamında sona erecektir.

⁴⁷⁷ Arbek, s. 211.

⁴⁷⁸ Gökyayla, s. 311.

⁴⁷⁹ Gökyayla, s. 307.

⁴⁸⁰ Arbek, s. 212.

⁴⁸¹ Topçu, Patent Lisans Sözleşmeleri, 2015, s. 207.

Böylelikle sözleşme taraflarına fesih sonrası dönem için gerekli hazırlıkları yapma ve önlemleri alma imkânı tanınmış olacaktır.⁴⁸²

Olağan fesih Türk Borçlar Kanunu'nda adi kira, hasılat kirası, vekalet, ödünç sözleşmeleri gibi bazı sözleşme tipleri için düzenlenmiş olmakla birlikte, olağan feshin taraflarca bir fesih sebebi olarak öngörülmesi de mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bu özel hükümlerden biri olan ve hasılat kirası sözleşmesinin olağan feshini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 368. maddesinin belirsiz süreli lisans sözleşmelerine kıyas yoluyla uygulanması mümkündür. Bu durumda belirsiz süreli olarak düzenlenmiş bir lisans sözleşmesinde taraflardan biri, 6 ay önceden bildirmek kaydıyla sözleşmeyi feshedebilecektir.⁴⁸³ Olağan fesih hakkının taraflarca lisans sözleşmesi içeriğinde öngörülmüş olması halinde ise taraflardan biri sözleşmede belirlenen ihbar süresini tanımak ve varsa diğer şartları yerine getirmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

C. Olağanüstü Fesih

Olağanüstü fesih hem belirli hem belirsiz süreli sözleşmelerde sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan hukuken geçerli ve haklı bir sebebe dayalı olarak sözleşmeyi sonlandırma imkânı veren ve karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğuran bir fesih hakkıdır⁴⁸⁴. Haklı nedenle fesih olarak da tanımlanan olağanüstü fesih için borca aykırılığın oluşması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'na göre; borca aykırılık;

- i. Borcun hiç ifa edilmemesi veya imkânsız hale gelmesi,
- ii. Borcun ifası mümkün olduğu halde yerine getirilmemesi,
- iii. Borcun kötü ifa edilmesi

⁴⁸² Ongan, B., "Sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerinde tarafların hukuki durumu", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 135.

⁴⁸³ Topçu, Patent Lisans Sözleşmeleri, 2015, s. 207-208.

⁴⁸⁴ Ongan, 2006, s. 135.

şeklinde meydana gelir⁴⁸⁵. İşbu borca aykırılık hallerden biri sözleşme taraflardan birine sözleşmeyi katlanılamaz hale getirmiş ise, bu taraf olağanüstü fesih yoluna başvurabilir.

İfasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde, temerrüt halinde ileriye etkili sonuç doğuran fesih hakkının kullanması halinde, borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erer ve borç ilişkisi fesih iradesinin karşı tarafa ulaşması anı ile ortadan kalkar. Bu durumda sözleşmeyi haklı nedenle fesih eden taraf fesih anından itibaren yerine getirilmeyen edim kısmının ifasından kaynaklanan olumlu zararının tazmini diğer taraftan talep edebilir.⁴⁸⁶ Lisans sözleşmelerinde de taraflar arasındaki doğruluk ve güven kurallarının gereği olarak olağanüstü fesih yoluna başvurulabilir⁴⁸⁷.

Yazılım lisans sözleşmeleri açısından sözleşmenin haklı nedenle feshine genel olarak yazılımların ivaz karşılığında süreli olarak devrinde rastlanmaktadır. Sürekli borç ilişkisi içeren bu sözleşmelerde sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve hukuken geçerli bir sebebe dayalı olarak sözleşmeyi tek taraflı sona erdirilebilmektedir.⁴⁸⁸ TBK m.304'e göre yazılımın ayıplı olması, TBK m.306'ye göre ortaya çıkan ayıpların zaman içinde giderilmemesi, TBK m.324'e göre kiralanan yazılımın kullanılabilmesinin mümkün olmaması, TBK m.316'ya göre yazılımı kiralayanın yazılımı sözleşme şartlarına uygun olmayacak biçimde kullanması, TBK m 315-328-329-330-332'ye göre kiracının temerrüt, iflas ve/veya ölmesi sözleşmenin tek taraflı olarak "feshi ihbar"la sona erdirilmesi şeklindeki fesih halleridir.⁴⁸⁹

II. Dönme

Dönme, sözleşmesel borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran ve yenilik doğuran bir hak olup, tek taraflı irade beyanı ile kullanılır. Dönmenin sonuçları irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmasıyla hüküm ifade eder. Sözleşmeden dönme

⁴⁸⁵ Anık, G., "Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme.", TBB Dergisi, Sayı 59, 2005, s. 215.

⁴⁸⁶ Doğan, G., "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2014, s. 407-409.

⁴⁸⁷ Ongan, 2006, s. 135.

⁴⁸⁸ Aydınçık, s. 198.

⁴⁸⁹ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 241.

hakkının kullanılması şarta tabi tutulamayacağı gibi, dönme beyanı hak kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Sözleşmeden dönme, “iradi dönme” ve “kanuni dönme” olarak ikiye ayrılır. İradi dönme, “ tarafların sözleşmede yer alan bir hükümle kendilerine sözleşmeden dönem hakkı tanınması” olarak tanımlanırken, kanuni dönme bizzat Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kanuni dönmeye örneklerinden biri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının temerrüdü nedeniyle TBK m.110 ve m.111’e göre borçluya tanınmış bulunan sözleşmeden dönme hakkıdır. Alacaklıya tanınmış bir diğer kanuni dönme hakkı TBK madde 98’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi halinde ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir. Keza TBK 227/I’e göre de alıcı satımı yapılanın ayıplı olması halinde sözleşmeden dönebilir.⁴⁹⁰ Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde taraflar karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtulurlar, borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat edemezse, alacaklı sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı olumsuz zararın giderilmesini isteyebilecektir.

Sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan lisans sözleşmelerinde de eğer henüz sözleşmeden doğan borçların ifasına başlanılmamışsa, sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmenin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁴⁹¹.

Son olarak, ivaz karşılığında süreli olarak devredilen yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşmesinin kurulduğu sırada yazılımın bazı ayıplarının olduğu biliniyorsa ve bu nedenle ayıba karşı tekeffüle dayanılamıyorsa ve/veya fesih hakkından feragat ediliyorsa, bu hüküm ile sözleşmeden dönme imkânı mümkün olabilmektedir. Örneğin; tıbbi teşhis ve tedavilere ilişkin bir bilgisayar yazılımında ciddi ayıpların bulunması ve bunların insanların hayatlarını tehlikeye atması gibi durumlar, fesih

⁴⁹⁰ Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 1999, s. 1249.

⁴⁹¹ Tunçer, s. 96-97.

hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen bu hüküm ile sözleşmenin feshedilebilmesine imkân tanımaktadır.⁴⁹²

III. İptal

İptal, sözleşmesel borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Kanun koyucu, TBK'nın 39. maddesinde iradeyi bozan hata, hile, tehdit hallerinin varlığı halinde iradesi bu nedenle bozulan tarafa iradesinin bozuk olduğunun anlaşılmasından itibaren bir yıl içerisinde o ana kadar geçerli olan sözleşmeyi iptal hakkı tanımıştır. İptal hakkını kullanan taraf, hataya düşmekte kusurlu ise karşı tarafın bu yüzden uğradığı menfi zararın ödemesi gerekmektedir.⁴⁹³

5. KUSURSUZ SONRAKİ İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE YOK OLMA SONUCUNDA

Lisans sözleşmesi, taraflardan birinin ediminin yerine getirmesinin kusuru olmaksızın imkânsızlaşması ile de son bulur⁴⁹⁴. Sözleşmenin kurulması sonrasında ancak eserin teslimi öncesinde eserin borçludan kaynaklanan bir kusur olmaksızın yok olması halinde borç sona ermektedir⁴⁹⁵.

Bir eser meydana getirildiğinde eseri oluşturan kişiyle eser arasında sürekli ve önemli bir ilişki bulunmaktadır. Bir fikir ve sanat eserinin meydana getirilebilmesi için esere ve esere yönelik lisans hakkının devredilmesi taahhütünde bulunan lisans veren eseri tamamlamaya yönelik kabiliyetini kaybetmemesi veya bu kabiliyeti sergilemekten imtina etmemesi gerekmektedir. Bu kabiliyeti göstermeyerek veya gösteremeyerek taahhüt ettiği eseri meydana getiremeyen lisans veren, aynı zamanda lisans hakkının devrine yönelik taahhütünü de yerine getirememiş olacaktır ki bu da lisans sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler arasındaki en ayırt edici özelliklerin başında gelir. Zira lisans sözleşmesine konu olan malî yetkiye kaynak olan fikir ve sanat eseri üzerinde söz

⁴⁹² Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 242.

⁴⁹³ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 242.

⁴⁹⁴ Tunçer, s. 99.

⁴⁹⁵ Gökyayla, s. 301.

konusu olan mutlak niteliğe sahip fikri hakkın ancak eseri yaratan kişinin şahsında tezahür etmesi mümkündür. Bu kapsamda eser, onu meydana getiren kişinin kusuru olmadan meydana gelmişse lisans sözleşmesi kendiliğinden münfesihi olacaktır.⁴⁹⁶

Ancak Aydınçık'a göre sözleşme konusu eserden tek bir nüshanın bulunması durumunda eserin lisans hakkı sahibine teslimi öncesi ya da sonrasında zayı olması, lisans sözleşmesinin sonraki imkânsızlık sonucu sona ermesi bakımından bir farklılık yaratmamaktadır⁴⁹⁷. Böyle bir durumun ortaya çıkması sonucunda borçlu, üstlendiği edimi tekraren temin etmek ya da imâl etmek zorunda bırakılmamıştır; aynı zamanda buna hakkı da bulunmamaktadır⁴⁹⁸.

Bu bilgiler çerçevesinde yazılım lisans sözleşmesi kapsamında borçlunun kusuru olmaksızın sözleşmeye konu yazılımın zayı olması nedeni ile imkânsızlık durumunda sözleşme sona erecektir.

6. İFLAS

Lisans sözleşmesi taraflarından birinin iflası, kural olarak sözleşmeyi sona erdirme sebebi değildir.⁴⁹⁹

FSEK'te, eser sahibinin iflâsı durumunda sözleşmeye uygulanacak hükümlere ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Esas olarak, düşünce ürünü sahibinin parasal koşullarındaki güçlükler ile eser üretme gücü arasında kolayca bir bağ kurulmasına imkân bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle düşünce ürünü sahibinin iflas etmiş olması, kuşkusuz sadece ürün sahibinin parasal olanaklarıyla ilgilidir ve iflas olgusu, eser sahibinin düşünce gücü ve yaratıcı birikimlerinin iflas etmiş olması anlamına gelmemektedir.⁵⁰⁰ Lisans verenin iflası durumunda lisans verenin haklarının tamamı iflas masasına geçer ve lisans sözleşmesi

⁴⁹⁶ Arberk, s.215

⁴⁹⁷ Aydınçık, s. 197.

⁴⁹⁸ Yıldırım, Standart Bilgisayar, s. 243.

⁴⁹⁹ Aydınçık, s.189

⁵⁰⁰ Beşiroğlu, s. 561.

iflas masası aracılığı ile devam eder⁵⁰¹. Ayrıca FSEK'in hacze ilişkin hükümleri kıyas yoluyla iflas haline de uygulanır. Bu durumda eser sahibinin iflası halinde eser sahibinin mali haklarından ve FSEK madde 62'de belirtilen diğer hak ve menfaatlerinden iflas masası istifade eder.⁵⁰²

İflasın sözleşmeyi sona erdirmeyeceği yönündeki genel kuraldan hareketle FSEK'te lisans alan için bu yönde bir hüküm öngörülmüştür. FSEK 59/I maddesi hükmü gereği; eser sahibi veya mirasçıları mali bir hakkı belirli bir amaç zımında yahut belirli bir süre için devretmişlerse amacın ortadan kalkması veya sürenin geçmesiyle ilgili hakkın sahibine avdet edeceği hükmü, başkasına devrine sözleşme ile müsaade edilmemiş olan mali bir hakkı iktisap eden kimsenin iflası halinde uygulanmaz meğer ki, işin mahiyeti icabı, hakkın kullanılması, iktisap edenin şahsına bağlı bulunsun. Dolayısıyla lisans alanın iflası halinde kural olarak lisans sözleşmesi kendiliğinden sona ermez ve lisans veren alacağını iflas masasına kaydettirebilir ancak lisans hakkının kullanılması lisans alanın şahsına bağlı olduğu durumlarda lisans alanın iflası ile sözleşme sone erer. FSEK 59/I maddesindeki bu düzenleme sadece tassarufi işlem niteliğinde olan lisans sözleşmesine ilişkin olup, FSEK 50. Maddesinde düzenlenmiş olan lisans taahhüdü niteliğindeki borçlandırıcı işlemlerle karıştırılmamalıdır. Eğer lisans sözleşmesi henüz meydana getirilmemiş bir eserin lisans haklarına ilişkin ise bu durumda lisans alanın iflası FSEK 50/III maddesi hükmü gereğince sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirecektir.⁵⁰³

Özdemir'e göre ise lisans sözleşmelerine benzer sözleşme olarak kira sözleşmelerindeki iflas halinde uygulanan hükümlerin lisans sözleşmelerine de uygulanması mümkündür. Bu itibarla hasılat kirascısının iflasını sözleşmenin sona erme nedeni olarak düzenleyen TBK 370 ve İİK 198 hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanarak lisans alanın iflasının da sözleşmeyi sona erdirme hakkı vereceği kabul

⁵⁰¹ Sarı, O., "Patent Lisans Sözleşmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 316.

⁵⁰² Arslanlı, s. 199-200; Erel, s. 285.

⁵⁰³ Aydınçık, s. 190.

edilebilir. Burada TBK m.98 uygulanarak lisans bedeli için teminat verilmesi istenebilir.⁵⁰⁴

Alt lisans verilmesi durumundaki iflas hali hakkında ise farklı değerlendirme yapılması uygun olacaktır, zira lisans alanın, lisans sözleşmesindeki yetkisine dayanarak alt lisans verdiği bir durumda iflas etmesi hali ile ilgili olarak; VLM Holdings Limited vs Ravensworth Digital Services Limited davasında ana şirket alt şirketlerine lisansladığı yazılımı uç kullanıcılara lisanslatıp kullandırırken alt şirketin iflası sonrası uç kullanıcının lisansının geçerli olacağına karar verilmiştir.⁵⁰⁵

7. ÖLÜM

Taraflardan birinin ölümü, kural olarak sözleşme ilişkisini kendiliğinden sonlandırmaz⁵⁰⁶. Lisans sözleşmeleri için de aynı ilke geçerlidir. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.5.1996 tarih ve 1996/2599 Esas, 1996/3567 Karar sayılı kararında da ölümle mâli haklara ilişkin sözleşmenin sona ermeyeceği açıkça ifade edilmiştir⁵⁰⁷.

Ancak sözleşmeye taraf olanlardan birinin kişiliğinin önem taşıdığı lisans sözleşmelerinde ya da sözleşmede bu yönde özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması durumunda lisans alan ya da lisans verenin ölmesi halinde sözleşme ilişkisi sona erecektir⁵⁰⁸. Ayrıca ölüm halinde sözleşmenin sona erdiği bir durum da FSEK m.50/III'de öngörülmüş olup, madde hükmü gereğince eser tamamlanmadan önce eser sahibinin ölmesi durumunda sözleşme münfesihi olacaktır. Nitekim bu durumda da eserin eser sahibinin ölmesi nedeni ile onun yerine geçecek mirasçuları veya cüzi haleflerince tamamlanması mümkün olmaz.⁵⁰⁹ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06.07.2006 tarihli, 2005/7411 Esas ve 2006/8038 Karar sayılı kararında; “sözleşmeyle bir ilim eseri meydana getirmeyi taahhüt eden yazarın çalışmalarına başlamasından sonra

⁵⁰⁴ Oktay Özdemir, s. 96.

⁵⁰⁵ Babür, Z., Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Denetleme Hakkı ve Kullanımı. CIO Dergisi, 22 Mart 2016, <http://www.cio.com.tr/blog/yazilim-lisans-sozlesmelerinde-taraflarin-denetleme-hakki-ve-kullanimi/> e.t. 12.07.2019.

⁵⁰⁶ Aydınçık, s. 841.

⁵⁰⁷ Y11.HD, 16.5.1996-1996/2599-1996/3567, Aydınçık, s. 192.

⁵⁰⁸ Sarı, s. 313.

⁵⁰⁹ Merdivan / Yavuz / Alıca, s. 1618.

fakat yayıncının kullanamayacağı ve adalet ölçülerinde göre kabule zorlanmayacağı aşamada noksan halde ölmesi halinde taahhüdün kendiliğinden münfesi olacağına” karar vermiştir⁵¹⁰.

Fakat lisans hakkının sadece lisans alanın şahsına tanındığına yönelik bir hükmü içermeyen ve lisans alanın kişilik özelliklerine dayalı olmayan bir lisans sözleşmesi, lisans alanın ölmesi durumunda yürürlükte kalmaya devam edecektir. Benzer şekilde lisans verenin kişilik özelliklerinin esaslı unsur olmadığı bir lisans sözleşmesinde, lisans verenin ölmesi hali de sözleşmeyi sona erdiren sebeplerden olmayıp bu durumda lisans verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden lisans verenin yasal mirasçıları sorumlu olacaktır.

Mali hakkın eser sahibi veya mirasçılarınca belirli bir süre için ve belirli bir amaçla devir edilmiş olduğu durumda -devir alınan hakkı üçüncü kişilere devrine izin verilmiş olsun veya olmasın- mali hakkı, devir alanın ölümü halinde devir alanın mirasçılara intikal eder⁵¹¹. Ancak devir alanın ölümünden sonra sözleşmeye konu amaç gerçekleşir veya amacın gerçekleşmesi imkânsız hale gelir veya belirlenen süre hitam olursa mali hak kendiliğinden devir alanın mirasçılarında eser sahibi veya mirasçılara geri döner⁵¹².

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2004/14950 Esas, 2005/12769 Karar sayılı 22.12.2005 tarihli kararı ile; malî hakların miras yoluyla intikal edeceğine, manevî haklarınsa ölüm halinde mirasçılara intikal etmemekle birlikte, eser sahibi FSEK m.14 ve m.15 ile tanınan yetkilerinin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse veyahut bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa, bu yetkileri ölümünden sonra kullanabilecek olanların; tayin edilmişse vasiyeti tenfiz memuru, tayin edilmemişse sağ kalan eşi, çocukları, mansup mirasçıları, ana babası ve kardeşi olduğuna karar vermiştir⁵¹³.

⁵¹⁰ Y11.HD, 06.07.2006-2005/7411-2006/8038, Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1627.

⁵¹¹ Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1823-1824.

⁵¹² Merdivan / Yavuz / Alica, s. 1824.

⁵¹³ Y11.HD, 2.12.2005-2004/14950-2005/12769, Kazancı-İçtihatBilgi Bankası, www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html e.t. 25.03.2019.

Sözleşmenin kurulması sonrası fakat eserin tesliminden önce eser sahibinin ölümü halinde de eser sahibinin mirasçıları lisans sözleşmesiyle bağlı olmaya devam etmektedir⁵¹⁴.

Bunun yanı sıra lisans sözleşmesine boşluk doldurulma yolu ile TBK'nın 357. maddesi ve sonraki maddelerinde düzenlenen ürün kirası sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği de ileri sürülmüş olup, bu görüşün kabulü halinde TBK'nın 371. maddesi gereğince kiracının yani lisans alanın ölmesi durumunda, onun mirasçılarının ve kiraya verenin, altı aylık yasal fesih bildirim sürelerine uymak şartı ile sözleşmeyi feshedebilmesi mümkün olabilecektir⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Aydınçık, s. 192.

⁵¹⁵ Sarı, s. 314.

SONUÇ

Lisans sözleşmeleri, geniş anlamda gerek 5846 sayılı FSEK’te gerekse diğer ilgili mevzuat kapsamında koruma altına alınmıştır. Fikri haklara ilişkin lisans sözleşmesi, FSEK’in “Sözleşme ve Tasarruflar” başlıklı Dördüncü Bölümü’nde yer alan 49 ve 50. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu kapsamda yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşmeye taraf olanların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kapsam ve sınırının, tarafların sözleşmede yer alan hükümler ile somutlaşmış olan iradelerine dayanılarak belirlenmesi uygundur. Sözleşme metninde bu konuda açıklık bulunmaması halinde, somut sözleşme ile ilişkilendirilebilen yasal - soyut- sözleşme türü ya da türlerine bakılması gerekir. Daha net ifade etmek gerekirse somut hukuki ilişkinin -ki burada yazılım lisans sözleşmesinin kararlaştırılan içeriğinin- yasadaki öngörülen sözleşme türlerinden hangisi veya hangilerinin hükümlerine uygun olduğunun araştırılması gerekir. Bu durum da yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin araştırmalarda öncelikle ilgili sözleşme türlerinin ve barındırdıkları unsurların neler olduğunun saptanmasını gerektirmektedir. Bu sözleşme türlerinin tamamı bahsi geçen unsurlarla birlikte bünyesinde barındırması zorunlu olunmayan bazı unsurları da içerebilir. Bu nedenle ticari sözleşmelerde temel olarak yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin olarak dört sözleşme tipine rastlanmaktadır. Bunlar; sözleşmenin bir nüshasının son kullanıcıya “ivaz karşılığında sürekli” olarak devredildiği, “ivaz karşılığında süreli” olarak devredildiği, “ivazsız” olarak devredildiği ve son olarak “yazılım ile donanımın birlikte” devredildiği sözleşmelerdir.

Fikri haklar ile ilgili lisans sözleşmesinin kurulmasında diğer sözleşmeler gibi TBK’da düzenlenmiş olan genel hükümlere tabilik söz konusudur. Teknolojideki gelişmeyle birlikte sözleşmelerin kurulmasında da yeni bazı yöntemlerin belirdiği ve yaygınlığını artırdığı görülmektedir. Yazılım lisans sözleşmelerinin kurulmasında kullanılan yeni yöntemler, esasen satıcıyla kullanıcı arasında kurulan sözleşmenin içerisine kullanıcının birtakım davranışları neticesinde yazılım imalatçısıyla kullanıcının ilişkisini de katmayı amaçlamaktadır.

Günümüzde, elektronik ortam kullanımının yaygınlaşmasına paralel olarak yazılım lisans sözleşmeleri elektronik ortamda, bir elektronik sözleşme olarak, e-imza kullanılması suretiyle veya paketin açılmasıyla ya da poşetin yırtılmasına bağlı hüküm ifade eden Shrinkwrap lisans sözleşme şeklinde, internet sayfasında “kabul ediyorum” “indir/download” tuşuna tıklanmasıyla hüküm ifade eden Clickwrap lisans sözleşmesi şeklinde, yine internet sayfasında ancak sözleşme linkine tıkladığında aynı sayfada/sekmeye değil yeni bir sayfada/sekmeye görüntülenebilen Browser-Wrap lisans sözleşmesi şeklinde kurulabilmektedir.

Yazılım lisans sözleşmelerinin kurulmasında belli bir şekle uyma zorunluluğunun olup olmadığının tespiti için ise devredilen yazılım ile beraber fikrî hukuka dayanan malî bir hakkın olup olmadığı ayrımının yapılmasında fayda bulunmaktadır. Eğer fikrî hukuka dayanan malî bir hakkın devri söz konusuysa sözleşmenin fikrî hukukta belirtilen esaslara uygun biçimde yapılması uygun olacaktır. Bu nedenle FSEK 52. Maddesi uyarınca yazılım lisans sözleşmelerinin yazılı olması ve ayrıca sözleşmeye konu hakların ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay uygulamaları esas alınarak, şekle aykırılığın sınırı hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında çizilmeli ve sözleşme metni esas alınarak ve şüphe halinde işlemlerin amaç ve konusu dışında kalan bir mali hakkın devredilmediği kabul edilmelidir.

Yazılım lisans sözleşmeleri, fikri haklarından kaynaklanan bazı sınırlamalara da konu olmaktadır.

Bu sınırlamaların ilki çoğaltma hakkı açısındanadır. FSEK m.22’de bir fikir ve sanat eserinin aslının ya da kopyalarının herhangi bir şekilde ya da herhangi bir yöntem ile tamamıyla ya da kısmi olarak, geçici ya da sürekli, doğrudan ya da dolaylı biçimde çoğaltılmasına ilişkin hak, eserin sahibindedir. Buradaki çoğaltma hakkı; eserin aslı kullanılarak ayrı bir kopyasının çıkarılmasını veya esere ilişkin herhangi bir işareti, sesi, görüntüyü nakleden ve/veya tekrarlayan, hali hazırda kullanılan veya gelecekte icat edilecek araçlara kaydedilmesini, yazılımın geçici olarak çoğaltılmasını, yüklenmesini, görüntülenmesini, çalıştırılmasını, iletilmesini ve depolanmasını da kapsamaktadır. FSEK m.22 ve m.38 çerçevesinde yazılımın çoğaltılmasına yönelik hakkın geniş kapsamda düzenlendiği ve her türlü çoğaltılmasına ilişkin hakkın eserin sahibine

özgülediği görülmektedir. Bu nedenle, belirtilen haklara getirilebilecek tüm sınırlamaların genel kuralın bir istisnası olarak görülmesi uygun olacaktır. Temel olarak bir kullanıcının yazılımdan yararlanabilmesi için bir şekilde yazılımı bilgisayarında açması gerekmektedir. Ancak pratikte yazılımın çoğaltılması yazılımdan yararlanılabilmesi için zorunlu ise yazılımın sahibinin sözleşmeyle bu hakkı engellemesi mümkün değildir.

Çoğaltma hakkına ilişkin bir diğer sınırlama ise yedekleme kopyası (backup) alınması olup; elde bulunan bir yazılımın aslında herhangi bir sebeple bozulma ya da hasar oluşabileceğinden, yedekleme kopyasının alınabilmesi hakkıyla bu muhtemel tehlikeye bir önlem alınabilmiş olunmaktadır. Yedekleme kopyası alma hakkı, sadece tek bir kopyanın alınması ve bu kopyanın da yedek amaçlı kullanılmasıyla sınırlıdır. Yazılım sahibinin sözleşmeye yazılımın kopyalanmasını engelleyen bir eklenti koyması halinde FSEK m.38’de kullanıcıya verilen “bir adet yedekleme kopyası alma” hakkını engelleyeceğinden bu eklenti taraflar arasında hukuki uyumsuzluğa neden olabilecektir. Böyle bir durumda yazılım sahibi için iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Birincisi yazılımı kopyalama engeli olmaksızın kullanıcıya teslim etmek, ikincisi ise kullanıcıya hem kopyalama engeli olan original yazılımı hem de original yazılımın kopyalama engeli olmayan bir kopyasını vermektir.

Yazılım lisans sözleşmelerinin çoğunda bulunan yasaklama hükümlerinden biri de devredilen yazılımın bir ağa bağlı olan bir bilgisayarda kullanılmaması, dolayısıyla sadece bir tek bilgisayarda kullanılabileceğine ilişkin hükümdür. FSEK’a bakıldığında bu durumun da düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki FSEK’ın 22. maddesi yazılımın her türlü çoğaltılmasını yazılımın hak sahibinin rızasına bağlı olduğu, FSEK m.38’e göre de fikir ve sanat eserlerinin hak sahibi tarafın yasal çıkarlarına zarar vermemesi ve eserden normal yararlanma haricinde olmaması gerekmektedir. Yine de yazılımın ağda kullanımı konusunda taraflar arasında kurulmuş sözleşmenin şartlarına bakılmaksızın bir genelleme yapmak uygun olmayacaktır. Şöyle ki, yazılımın hak sahibi ile kullanıcı arasındaki sözleşmede yazılımın ağda kullanılabileceği ve ayrıca ağda kullanabilecek maksimum kullanıcı sayısı belirtilmiş olabilir. Bu durumda kullanıcıların bu sayıya uymaması halinde sözleşmenin ihlali söz konusu olacağından sözleşmenin ilgili hükmü

hukuki zemini oluşturacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmede yazılımın ağda kullanılabilmesi belirtilmiş ancak yazılımı ağda kullanabilecek maksimum kullanıcı sayısı belirtilmemiş ise yazılımın hak sahibinin rızası sözleşme ile sabit olduğundan yazılımı yasal yollardan edinen kullanıcının yazılımı bir ağda kullanması ve bu ağa bağlı olan diğer kullanıcıların da yazılımı serbestçe kullanması hukuken bir sorun teşkil etmeyecektir.

Yazılım lisans sözleşmelerine konu hak sınırlamalarında süre ve devir temlik hakkı yönünde de sınırlamalar söz konusudur. Süre yönünden yazılım lisans sözleşmesine konu hakların korunması eser sahibinin ölümüyle ve aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl sonunda sona erecek ancak Türk hukukunda manevî hakların kullanılmasında, süre yönünden bir sınırlama bulunmadığından bu sınırlama manevi haklar açısından söz konusu olamayacaktır. Uygulamada ayrıca lisans alana, yazılımı üçüncü bir kişi veya kuruma devir ve temlik edemeyeceği ya da ancak lisans verenin yazılı izniyle devir ve temlik edebileceği şeklinde devir sınırlamaları getirildiği görülmektedir.

Bir diğer hak sınırlaması ise yayma hakkının tükenmesi ilkesi gereğince ortaya çıkmaktadır. Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını satışa sunma, kiralama, ödünç verme veya diğer herhangi bir yolla dağıtma olarak tanımlanan yayma hakkı, münhasıran eser sahibine tanınmış bir haktır. Fakat bunun istisnası FSEK m.23'te öngörülen "Tükenme" ilkesidir. Türk hukukunda ülkesel tükenme kabul edilmiş olup, buna göre bir bilgisayar yazılımının aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının Türkiye ülke sınırları içerisinde ilk kez satım ve/veya başkaca bir şekilde devredilmesi sonrasında, yazılımı satın alan veya mülkiyet hakkını devralan yazılımı yeniden satışa sunabilecektir. Tükenme ilkesi emredici hukuk kuralı olup, bu yetkinin sözleşmeyle ortadan kaldırılması hukuka aykırıdır.

Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD), 3 Temmuz 2012 tarihli UsedSoft kararında; internet üzerinden indirilen yazılımlar için de tükenme ilkesinin geçerli olduğunu benimsemiş, bilgisayar yazılımının doğrudan internet yoluyla indirilmiş olması halinde bile, yazılım üzerinde sürekli ve tam (kesin) şekilde kullanım hakkının tanınmış olması durumunda da tükenme ilkesinin geçerli olacağına karar verilmiştir.

Türk Hukuku açısından bu konuya ilişkin önemli kararlardan birisi ise Yargıtay'ın Verisil-Microsoft kararı olup, kararda; kutu satışı ya da OEM satış yolu ile piyasaya sunulan ve ilk kullanıcılarından belirli bir ücret karşılığında 3. Kişilerce satın alınan yazılımlar açısından, OEM lisans sözleşmesinin bilgisayar yazılımının ikinci el satışını yasaklayan 16. maddesinin, 5846 sayılı FSEK m.23/2'de yer alan emredici hüküm karşısında geçerli olmadığı gerekçesi ile bu şekilde yapılan ikinci el yazılım satışlarının hak ihlali niteliğinde olmadığına karar vermiştir.

Yazılım lisans sözleşmelerinden doğan haklar farklı hukuki işlemlere konu olabilmektedir. Söz konusu hukuki işlemler uygulamada; FSEK m.48/II'ye göre eserin sahibi ya da mirasçılarında malî bir hakkı kullanma lisansını edinmiş birinin, eserin sahibi ya da mirasçılarında yazılı muvafakat alma şartıyla bu hakkı ya da hakkı kullanma lisansını başka biri ya da birilerine devretmesi, FSEK 57/1 maddesi çerçevesinde yazılı şekilde yapılmış ve tamamlanmış bir eserin cisimlendiği eşyanın asıl ve çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının devri ve ayrıca fikri ürünün cisimlendiği eşyanın mülkiyet hakkını bu şekilde elde eden kişinin, eserin aslı veya çoğaltılmış nüshasının fiziki mülkiyetini başkasına devretme yetkisi ve son olarak da FSEK'in 61 ve 62. maddeleri kapsamında sözleşmeye konu yazılımın haciz, rehin ve hapis hakkı işlemine konu edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Yazılım lisans sözleşmesinin sona erme halleri ise; lisans sözleşmesinin belli bir amacın gerçekleşmesine yönelik ya da belli bir süre geçerli olmak üzere yapılmış olması durumunda belirlenen sürenin dolması ve/veya belirlenen amacın gerçekleşmesi halinde son ermesi, yazılım lisans sözleşmesinin sona ermesiyle beraber lisans alanın lisansa konu olan yazılımı kullanma yetkisi son bulması sebebi ile sözleşme kapsamında lisans verenin lisans alana verdiği her türlü belge ve bilginin lisans alan tarafından lisans verene iade edilmesi, FSEK 58. maddesinde düzenlenen malî bir hakkı veya lisans hakkını iktisap eden kimsenin kararlaştırılan süre içinde veya sürenin kararlaştırılmadığı durumlarda uygun bir süre içinde hak ve yetkilerinden hiç veya gereği gibi yararlanamamış olması durumunda cayma hakkının kullanılması, sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi (kanun hükümlerine dayalı fesih bildirim, dönme ve iptal gibi), sözleşmenin kurulması sonrasında ancak eserin teslimi öncesinde eserin borçludan

kaynaklanan bir kusur olmaksızın yok olması halinde kusuru olmaksızın sözleşmeye konu yazılımın zayî olması nedeni ile imkânsızlık, lisans alanın veya lisans verenin iflası ve ölümü olarak yedi ana grupta ele alınabilecektir.

Günümüz teknolojik gelişmelerine paralel olarak, ticari ve özel hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen bilgisayar yazılımları ile ilgili olarak kullanıldığı mecraların önemi ve yoğunluğu da dikkate alınarak gerek hak sahiplerinin gerekse kullanıcılarının hakları konusunda uygulama prensipleri de dikkate alınmak suretiyle ayrıntılı ve özel yeni kanuni düzenlemeler yapılması gerekmektedir.



KAYNAKÇA

4M Danışmanlık, Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Korunması, 14 Haziran 2012, <http://www.4mpatent.com/2012/06/bilgisayar-programlarinin-eser-olarak-korunmasi/> e.t. 20.07.2019.

Abdullah Çelik, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali, İhlalin Sonuçları, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara 2011.

Ahmet M. Kılıçoğlu, Sınai Haklara Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan, Ankara 2006.

AEI, The Treatment of Know-how Licensing Under Competition Rules, 86/EM-1, [EU Commission - Working Document], Archive of European Integration, 1986, www.aei.pitt.edu/39936/1/A5194.pdf.

Akın Beşiroğlu, Fikir Hukuku Dersleri – İlkeler, Kurallar: Haklar Üzerine Tasarruflar, Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuk Yollarına Başvuru, Yaptırımlar, Arıkan Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2006.

Ali Necip Ortan, Patent Lisansı Sözleşmesi, Doğan Basımevi, Ankara 1979.

Andres Baravalle / Sin Wee Lee, Dark Web Markets: Turning the Lights on AlphaBay. (H. H. et al., Eds.), Springer Nature Switzerland AG 2018 (WISE 2018). Switzerland: Springer International Publishing, 2018. www.doi.org/10.1007/978-3-030-02925-8_35.

Andrew M. ST. Laurent, Understanding Open Sources & Free Software Licensing, USA, August 2004.

Aysun Altunkaynak, Türk Patent Enstitüsü Patent Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Bilgisayar Yazılımlarının Ve İş Metotlarının Patentlenebilirliği, Ankara. Ekim 2003.

- Aziz Erman Bayram, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, TBB Dergisi, Cilt 28, Sayı 119, 2015.
- Bengü Özyeşil, “Marka Lisans Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Benno Heussen, “Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen”, GRUR 1987/11.
- Bernd Bösert, Niessbrauch an Computerprogrammen: Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz durch Vertragsgestaltung, O. Schmidt, Köln 1992.
- Burak Ongan, “Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Burak Ongan, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin, Ankara 2007.
- C.R. Kindermann, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR, 1983.
- Cahit Suluk / Ali Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt II – Genel Esaslar: Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan, İstanbul 2006.
- Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin, Ankara 2017.
- Cansu Adam, Hukuki ve cezai boyutları ile bilgisayar programlarının korunması. 30 Aralık 2018, <https://medium.com/@agbabacansu/hukuki%CC%87-ve-cezai%CC%87-boyutlari-i%CC%87le-bi%CC%87lgi%CC%87sayar-programlarinin-korunmasi-75e31969e59f> e.t. 20.07.2019.
- Carlos M. Correa, Legal Nature and Contractual Conditions in Know-How Transactions, Georgia Journal of International & Comparative Law, Cilt 11, Sayı 3, 1981,

www.digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1958&context=gjicl

Ceyda Şen, “Kurumsal Uygulama Yazılım Paketlerinin Seçiminde Kullanılan Yaklaşımların Karşılaştırmalı Analizi İle Bir Model Geliştirilmesi ve Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2007.

Christian Burger, R., Software License Agreements, CFMA BP, 2004, www.burgerconsulting.com/wp-content/uploads/2013/10

Çağlar Özel, Marka Lisans Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

D. Nandy, “Countermeasures to Credit Card Frauds”. The Management Accountant - The Journal for CMAs, Cilt 53, Sayı 3, 2018.

David Bainbridge, Software Licensing, Second Edition, London 1999.

Deniz Topçu, “Patent Lisans Sözleşmeleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Deniz Topçu, Patent Lisans Sözleşmeleri, İçinde Hukuk ve Sanat (Y. Ünver & Ö. Yenerer Çakmut, Eds.) (s.457-493), Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2018.

Deniz Topçu, Patent Lisans Sözleşmeleri, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2016.

Douglas E. Phillips, The Software License Unveiled: How Legislation by License Controls Software Access. Kindle Edition, Oxford, 2009.

Durmuş Özcan, “İş Sözleşmesinin Feshi”, Ankara 2011.

EGyanKosh, Unit 4: Introduction to Application Software: 4.3. Applications Software, 2007, www.egyankosh.ac.in/bitstream/123456789/33166/1/Unit-4.pdf

Ekkehard Megede, “Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV”, NJW, 1986.

- Elif Sevinç, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda bilgisayar programlarının korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Elisabeth Staudegger, Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, In Informatikrecht (D. Janel, A. Schramm & E. Staudegger, Eds.), Wien-New York, 2000.
- Emre Gökyayla, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Eray Aksın Atar, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Erkut Tekeli, Açık Kaynak İşletim Sistemi Ders Notu – 1, Çukurova Üniversitesi, Adana, 2015.
www.abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/BL%20121/57143086_linux1.pdf
- Fatih Burak Uzun, “Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi Ödevi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
https://www.academia.edu/26407034/Fikri_Hukukta_Bilgisayar_Programlar%C4%B1n%C4%B1n_Hukuki_Korunmas%C4%B1
- Fethi Merdivan, Levent Yavuz, Türkay Alica, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (2 Cilt), Seçkin, İkinci Baskı, Ankara 2014.
- Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 1999.
- Filozof, Genel Kamu Lisansı (General Public Licence) GPL, 16 Ekim 2008,
<http://www.getgnu.org/gnulinux/gnulinux-ipuclari/genel-kamu-lisans-general-public-licence-gpl.html> e.t. 13.07.2019.
- Frank A. Koch, Computer Vertragsrecht, Freiburg, 1994.
- Frank D. Petruzella, Unit 3: Software and Programming Languages. In Programmable Logic Controllers, New York, McGraw-Hill Science/Engineering/Math, 2nd edition, 1988, s.61-63. www.download.nos.org/basiccomp/13.pdf.

Friedrich-Wilhelm Engel, “Maengelsprüche bei Softwareverträgen”, BB, 1985.

Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Ankara 2007.

Gordon-Byrne Gay, An IT Manager’s Guide to Controlling the Product Lifecycle: Buying, Supporting, Maintaining Software and Equipment, Boca Raton, London, New York: CRC Press, Taylor & Francis Group, Informa Business, 2014
www.ittoday.info/Excerpts/Maintenance_in_the_Digital_World.pdf

Gökhan Şahan, Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Gülgün Anık, “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme.”, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005.

Gülmelahat Doğan, “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2014.

Güntekin Şimşek, “Hazır Paket Yazılımların Kalitelilik Etkinliği: Türkiye’de Faaliyet Gösteren Havayolu İşletmelerinde Kullanılan Hazır Paket Yazılımlar Üzerine Bir Uygulama”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Gürsel Üstün, Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları-I, Besam Yayınları, İstanbul 2001.

Hakan Demirtel/Şeref Sağıroğlu, “Özgür Dağıtım Konu Olan Yazılımlar: Nedir, Ne Kadar Güvenlidir?” TÜBAV Türk Bilim Araştırma Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2011.

Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954.

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Ankara 1985.

Harold Bartl, “Rechtliche Problematik der Softwareverträge”, BB, 1988.

Heinrich Honsell “Schweizerisches Obligationenrechts, Besonderer Teil”, 5. Aufl., Bern 1999.

Hüseyin Hatemi, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

ILTA, Best Practices in Licensing Agreements, ILTA’s Licensing Task Force, 2010, www.iltanet.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=9725dd0b-348f-4a75-92fa-68bfbc6d552.

İBK, Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code 220. (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 April 2017). The Federal Assembly of the Swiss Confederation, having considered the Dispatches of the Federal Council dated 3 March 1905 and 1 June 1909, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>

İbrahim Emre Bayramlıoğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2008.

İsmail Kırcı, “Escrow Sözleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 1997.

İsmail Güneş, “Kamu Kurumlarında Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Kullanılmasının Ekonomik Faydaları: Yerel Yönetimler İçin Pilot Uygulama Önerisi”, Şelçuk Üniversitesi Karaman İ.İ.B.F Özel Sayısı, Mayıs 2017.

J.-C. Suermann, Bilanzierung von Software nach HGB, US-GAAP und IFRS: Integrative Analyse der Regelungen zu Ansatz, Bewertung und Umsatzrealisation von Software aus Hersteller- und Anwendersicht, Julius-Maximilians Universität, Würzburg, Almanya, 2006.

James A. O’Brien, Management Information Systems - Managing Information Technology in the Business Enterprise, McGraw-Hill, 6th edition, New York 2003.

- Jochen P. Marly, "Softwareüberlassungsverträge", München, 1991.
- Josef Mehrings, "Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware", NJW, 1988.
- Jürgen Taeger, "Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme". CR, 1996.
- Kanan Madatli, "Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations", Baku State University Law Review, Cilt 2, Sayı 1, 1996.
- Kenneth C Laudon / Jane P. Laudon, Management Information Systems, Prentice Hall, New York 2000.
- Kolle, Die patentfähige Erfindung im europäischen Patenterteilungsab ereinkommen. In Mitarbeiterfestschrift for Eugen Ulmer, 1973.
- Jörg Lauer "Verträge über Software-Leistungen in der Praxis", BB, 1982.
- Lutz Michalski / Bernd Boesert, "Vertrags und Schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen", Stuttgart, 1992.
- M. Michael König, "Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen des §90 BGB", NJW, 1989.
- M. Michael König, "Zu Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung", NJW 1990/25.
- M. Michael König, "Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sach kant", NJW 1993/48.
- Mark A. Lemley, Peter S. Menell, Robert P. Merges/ Pamela Samulson, Software and Internet Law, New York, Aspen Law & Business.
- Mark Grossman / Allison Kimberly Hift / Raquel Rothman, Click-Wrap Agreements Enforceable Contracts or Wasted Words? Becker & Poliakov, n.d.,

http://www.becker-poliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm
e.t. 17.07.2019

Matthias Brandi-Dohrn, "Meistbegünstigungsklausel in Lizenzverträgen", BB, 1982.

Metin Kıratlı, "Marka lisans sözleşmeleri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Michael Martinek, "Moderne Vertragstypen", Bd. I, 1993.

Michael Lauer, Lehmann, "Das neue Software-Vertragsrecht, Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen", NJW, 1993.

Murat Özalp, "Özgür Yazılım Nedir? 8 Aralık 2015", <http://web.bilecik.edu.tr/murat-ozalp/page/17/> e.t. 12.07.2019.

Mustafa Aksu, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayıma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", TFM, 2016/1.

Mustafa Aksu, Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 2006.

Mustafa Fadıl Yıldırım, "Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003.

Mustafa Fadıl Yıldırım, Standart Bilgisayar Devir Sözleşmeleri, TBV – Türkiye Bilişim Vakfı, 1. Baskı, İstanbul 1999.

Mustafa Topaloğlu, "Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmeleri", PC Life, Cilt 1, Sayı 9, 2000.

Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, TBV Yayınları, İstanbul 1997.

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

Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukuka Göre Korunması, Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2 Mayıs 2009, <https://bilfim.bilgi.edu.tr/public/docs/MustafaTopaloglu.ppt> e.t. 22.07.2019.

Mustafa Topaloğlu, Müzik Eserlerinde ve İcrasında Cayma Hakkı, İçinde Hukuk ve Sanat (Y. nver & . Yenerer akmut, Eds.) (ss.295-336), Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2018.

Necla Giritlioğlu, Yayın Sözleşmesi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.

Nezih Dağdeviren, Bilgisayar Yazılımlarının Hukuki Korunması ve Lisans Hakları, 2008, www.nezihdagdeviren.com.tr/wpcontent/uploads/2016/11/B%C4%B0LG%C4%B0SAYAR-PROGRAMLARININ-KORUNMASINA%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0N-MENFAATLER.doc

Nigâr Tiftik / zlem zdal, Yazılımda Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması. Yazılım Kalitesi ve Yazılım Geliştirme Araçları 2008 (YKGS2008), 9-10 Ekim 2008, İstanbul.

Nisim İ Franco, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK. 373-381), Ankara 1981.

Nur Bolayır, “Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, zel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015).

Nurbanu Erzurumlu, “Türk Hukukunda Fikrî Mülkiyete Konu Malların Cebrî İcrası”, YBHD, 2017/3.

Nuri Erişgin, “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği”. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 41-68.

Nuri Erişgin, “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 48, Sayı 1-4, 1999.

Nuşın Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat rnleri, S Yayınları, Ankara 1981.

Olca Küçükpehlivan, “Sözleşmelerin İnternet aracılığı ile kurulması ve geçerliliği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Onur Sarı, “Patent Lisans Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

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

Özge Demirel, Son Kullanıcı Lisans Sözleşmelerinin Elektronik Ortamda Kurulması, www.ozgedemirel.com/son-kullanici-lisans-sozlesmelerinin-elektronik-ortamda-kurulmasi/

Paul Nelson / William Richmond / Abraham Seidmann, “Two Dimensions of Software Acquisition”, Communications of the ACM, 1996, Cilt 39, Sayı 7.

Philip Leith, Software and Patents in Europe, Cambridge University Press, UK, 2007.

R. Parameswaran, Software Flowcharts and Program Development: Software Types. In Computer Application in Business, New Delhi, S.Chand & Company Pvt. Ltd., 2008.

Ramazan Onur Tunçer, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi, Beta Basım Yayın Dağıtım, Ankara 2010.

Richard Meadows / A.J. Parsons, Microprocessors: Essentials, Components and Systems, London, Pitman Publishing, 1983.

Richard Raysman / Francesca Morris, Software License Disputes: Managing the Inherent Risks, Holland & Knight LLP, 2011.

Robert A. Hillman, “Contract Law in Context: The case of Software Contracts”, Wake Forest L. Rev., Cilt 45, Sayı 669, 2010.

- Robert T.J. Bond, “Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents”, 2004.
- Rona Serozan, Sözcümeden Dönme, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975.
- Ryan Potente, Maximizing the Future: The Case for Mandating Fraud Prevention Tools in Electronic Health Record Software, Law School Student Scholarship, No:547, 2014.
- Saibe Oktay Özdemir, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözcümeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözcümelerine Uygulanması, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2002.
- Saibe Oktay, “İsimsiz Sözcümelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1997.
- Sefer Oğuz, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Oniki Levha, Birinci Baskı, İstanbul, 2017.
- Seracettin Göktaş, “İş Sözcümelerinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 66, Sayı 1, 2008.
- Serhat Kaypakoğlu, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997.
- Sevilay Eroğlu, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 2000.
- Silviya Yankova ve Martin Hechteljen, Legal Aspects of Digital Preservation, (Thomas Hoeren, Barbara Kolany-Raiser, Eds.), 2013.
- Sinan Öztürk, “Elektronik Sözcümeler (Kuruluş ve Geçerlilik Şartları)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Stephan Fuhrer, “Computerviren und Haftung”, SJZ 1991/87.

Thomas Hoeren, “Anmerkung für BGH”. Urt. V. 18.10.1989- VIII ZR 325/88. JZ 1990/5.

Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.

Şavaş Bozbel, FSEK’e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfası ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Özelinde Bazı Düşünceler, 2015, www.dergipark.gov.tr/download/issue-file/2582

Şener Dalyan, “Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Şener Dalyan, Bilgisayar Programlarından Doğan Hakların Sınırlandırılması ve Hukuki İşlemlere Konu Olması, İçinde Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, (s.145-220), Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2009.

Şener Dalyan, Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2009.

Şirin Aydınçık, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2006.

Thomas Hören, “Der Public Domain Vertrag”, CuR, 1989.

Thomas Hören, “Softwareüberlassung als Sachkauf”, München, Rdn, 1989.

Thomas Hören, “Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber und Vertragsrecht”, GRUR, 1988.

Turan Şahin, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

- U. Widmer, “Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softvaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen”, Diss. Bern 1990.
- Uğur Yozgat, Yönetim Bilişimleri Sistemleri, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998.
- Ulmer & Kolle, Copyright Protection of Computer Programs. 14 Int'l Rev. of Indus. Prop. & Copyright L., 1983.
- Ulrich Sandhövel, Gewährleistung beim Erwerb von Software, Bonn, 1991.
- Unibo, Lecture Notes. Introducing Software - Software Applications A.Y. 2018/2019: What is software?, 2018, <http://www.cs.unibo.it/~nuzzoles/courses/sw-applications/slides/Software.pdf>.
- Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Arıkan, İstanbul 2005.
- Ünsal Eşber Güzel, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Hakların Devri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- W Kilian, Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs. In Arbeiten zur Rechtsvergleichung (H.-L. Weyers Eds.), Cilt 155, 1992
- Walter R Schlupe, “Innominatverträge - Anhang: Die Verträge im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung”, SPR VII/2, Basel-Stuttgart 1979.
- William S. Davis, Management, Information and Systems: An Introduction to Business Information Systems, Oxford, Miami University, 1st edition, 1995.
- WM Aracı, GPL Nedir? GPL Lisansı ve GPL Lisansı Nasıl Alınır? 16 Kasım 2016, <https://wmaraci.com/nedir/gpl> e.t. 12.07.2019.
- Veysel Başpınar / Doğan Kocabey, İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Basımevi, Ankara 2007.

Vidyalaya Kendriya Armapur, Chapter 2: Software Concepts, 2017,
www.kv1armapur.org/admin/downloads/545732416chapter_2.pdf e.t.
10.04.2019

Zafer Babür, Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Denetleme Hakkı ve Kullanımı. CIO Dergisi, 22 Mart 2016, <http://www.cio.com.tr/blog/yazilim-lisans-sozlesmelerinde-taraflarin-denetleme-hakki-ve-kullanimi/> e.t.
12.07.2019.

Zarife Şenocak, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 2, 2001.