

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN FİKRÎ HUKUK
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

TUĞBA AKDEMİR KAMALI

DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. EMRE CUMALIOĞLU

İzmir, 2014

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “**Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Fikrî Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi**” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

15.12.2014

ADI SOYADI

TUĞBA AKDEMİR KAMALI

İMZA



T.C. YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZ JÜRİ

SINAV TUTANAĞI

ÖĞRENCİNİN		
Adı, Soyadı	Tuğba Akdemir KAMALI	
Öğrenci No	:11300001317	
Anabilim Dalı	:Özel Hukuk	
Programı	:Özel Hukuk	
Tez Sınav Tarihi	:15.12.2014	Sınav Saati :16.00
Tezin Başlığı: Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Fikrî Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi		
Adayın kişisel çalışmasına dayanan tezini 30 dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek çalışma konusu gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,		
<input checked="" type="checkbox"/> BAŞARILI olduğuna (S) <input type="checkbox"/> OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir. 1 <input type="checkbox"/> EKSİK sayılması gerektiğine (I) <input type="checkbox"/> OY ÇOKLUĞU <input type="checkbox"/> BAŞARISIZ sayılmasına (F)		
2 <input type="checkbox"/> Jüri toplanamadığı için sınav yapılamamıştır. 3 <input type="checkbox"/> Öğrenci sınava gelmemiştir.		
<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F) Üye: İmza :	<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F) Üye : İmza :	<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F) Üye : İmza :

1 Bu halde adaya 3 ay süre verilir.

2 Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

3 Bu halde varsa öğrencinin mazeret belgesi Enstitü Yönetim Kurulunda görüşülür. Öğrencinin geçerli mazeretinin olmaması halinde başarısız sayılır. Mazereti geçerli sayıldığında yeni bir sınav tarihi belirlenir.

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	i
SINAV TUTANAĞI.....	ii
ÖZET.....	viii
ABSTRACT.....	x

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER VE ESER ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. FİKRÎ HAK KAVRAMI	3
A. Genel Olarak Hak Kavramı.....	3
B. Medeni Hukuktaki Hak Çeşitleri Bakımından Fikrî Hak Hususuna Bakış.....	6
C. Terminoloji Sorunu ve Fikrî Hakkın Kapsamı.....	10
D. Fikrî Hakkın Tarihçesi	14
1. Fikrî Hakkın Dünyada Tarihsel Gelişimine Genel Bakış	14
2. Fikrî Hakkın Ülkemizdeki Tarihsel Gelişimine Genel Bakış.....	22
II. ESER KAVRAMI.....	27
A. Genel Olarak	27
B. Objektif Unsur.....	29
C. Sübjektif Unsur	34
III. ESER ÜZERİNDEKİ FİKRÎ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ	38
A. Eser Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler.....	38
1. Fikrî Mülkiyet Teorisi.....	39
2. Kişilik Hakları Teorisi	41
3. Düalist Teori	43
4. Monist Teori	44
5. Eser Sahipliği Teorisi.....	45
6. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'na Hâkim Olan Görüş	46
7. FSEK Üzerinde Etkili Olan Teorinin Belirlenmesi Açısından Fikrî Hak Kapsamındaki Mali Yetkilerin Devri ya da Üçüncü Kişilerce Kullanılmasına İzin Verilmesi Hususu.....	48
a. Genel Olarak	48
b. Tasarruf İşlemleri	50
c. Sözleşmeler	52
d. Sonuç.....	54

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ FİKRÎ HUKUK KAPSAMINDA ESER OLARAK KORUNMASI

I. BİLGİSAYAR PROGRAMIYLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	55
A. Bilgisayar Programlarının Hayatımızdaki Yeri, Kavram olarak Yazılım ile Bilgisayar Programı Arasındaki İlişki ve Yazılımların Fikrî Hukuk Koruması Kapsamında Olup Olmadığı Hususu	55
B. Temel Kavramlar.....	59
1. Bilgisayar Donanımı (Hardware).....	59
2. Algoritma	59
3. Akış Şeması (Program Akışı)	61
4. Program Kodu, Makine Kodu, Kaynak Kodu ve Nesne Kodu.....	62
5. Arayüz (Interface).....	63
6. Araişerlik (İnteroperability).....	65
7. Program Betimlemesi (Program Description)	65
8. Refakat Malzemeleri.....	66
C. Bilgisayar Programlarının Oluşum Aşamaları	66
D. Bilgisayar Programlarının Türleri	67
1. İşlevleri Açısından	68
a. Sistem Programları	68
b. Uygulama Programları	68
c. Çeviri Programları.....	68
d. Mikroprogramlar	69
2. Piyasaya Sunuluş Şekilleri Açısından	69
a. Standart Paket Programlar.....	69
b. Sipariş Üzerine Hazırlanan Özel Programlar.....	70
E. Programlama Dilleri	70
II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN FARKLI SEÇENEKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE HUKUKİ KORUMANIN TARİHÇESİ.....	72
A. Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Farklı Seçeneklerin Değerlendirilmesi.....	72
1. Patent Hukuku ile Koruma	72
2. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Koruma.....	75

3. Sözleşme Yoluyla Koruma	76
B. Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunmasının Uluslararası ve Ulusal Hukukta Tarihsel Gelişimi	77
III. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİ, KORUMA KAPSAMI VE ESER SAHİPLİĞİ	79
A. Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği	80
B. Koruma Kapsamı.....	82
1. Hazırlık Tasarımları	83
2. Akış Şeması	84
C. Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hususlar	85
D. Yazılımlara Özgü Bazı Unsurların Koruma Kapsamında Olup Olmadığı Hususu	86
E. Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Kapsamında Tersine Mühendislik Sorunu.....	87
F. Bilgisayar Programlarında Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği Sorunu.....	90
1. Bilgisayar Programının Birden Fazla Kişi Tarafından Meydana Getirilmesi Halinde Eser Sahipliği.....	93
2. İşverenin ve Tüzel Kişilerin Hak Sahipliği.....	95
G. Bilgisayar Programlarıyla İlgili Olarak Eser Sahibinin Hakkı.....	97
1. Manevi Haklar	98
a. Kamuya Sunma Hakkı	99
b. Eser Sahibi Olarak Tanıtılma/Adını Belirtmekten Kaçınma Hakkı... 100	
c. Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı	101
2. Malî Haklar	102
a. İşleme Hakkı	103
b. Çoğaltma Hakkı	105
c. Yayma Hakkı	108
d. Temsil Hakkı.....	109
e. İşaret Ses Ve/Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı	110

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ve FSEK’de BU HUSUSTAKİ DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ

I. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN TEKNİK OLARAK İNCELENMESİ	111
A. Genel Olarak	111
B. Bilgisayar Programlarındaki Değişiklik Düşüncesinin Kaynağı	112
C. Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Teknik Olarak Değerlendirilmesi.....	113
II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN YASAL DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	120
A. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklere İlişkin Hükümler	120
1. İşlenme Eser Kapsamında FSEK md. 6/10’daki Düzenlemenin Değerlendirilmesi:.....	121
a. İşlenme Eser ve Unsurları	121
b. İşlenmiş Bilgisayar Programlarının Hukuki Olarak Korunması	123
2. FSEK md. 38’e göre Şahsen Kullanma Kapsamında Yapılan Değişiklikler.....	126
B. Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Eser Sahipliği Hususundaki Etkileri	127
SONUÇ.....	130
KAYNAKÇA	135

KISALTMA CETVELİ

a.g.e	: adı geçen eser
AB	:Avrupa Birliği
(ALAI)	:Association Littéraire Internationale
Dr.	:Doktor
FSEK	: 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
Md.	: Madde
M.Ö.	:Milattan Önce
OMPI	:Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
Ord.	:Ordinaryüs
Prof.	:Profesör
RG	:Resmi Gazete
S.	:Sayfa
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TRIPS	:Trade Related Aspect of Intellectual Property
UNESCO	: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
WIPO	:World Intellectual Property Organisation
yy	:Yüzyıl

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN FİKRÎ HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Tuğba Akdemir Kamalı

Yaşar Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Fikrî hukuk korumasındaki eserlerden biri olan bilgisayar programları, diğer eserlere göre birçok açıdan sıra dışı özellikler içermektedir. Programların etkin bir şekilde yaşamlarını devam ettirebilmeleri için hayatın değişen koşullarına uyum sağlamak zorunda oldukları bir gerçektir. Biz de çalışmamızda bu gerçekten yola çıkarak, bilgisayar programlarında ortaya çıkan değişiklikler neticesinde, özellikle eser sahipliği kapsamında doğacak hukuki sonuçları değerlendirmeye çalıştık.

Konu, üç bölüm halinde incelenmiştir. Tezin ilk bölümünde, temel kavramlar olan fikrî hak ve eser kavramları üzerinde durulduktan sonra, fikrî hakkın kısa tarihsel gelişimi ile kavramın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan teoriler incelenmiştir.

İkinci bölümde, bilgisayar programlarının temel teknik kavramları açıklanmaya çalışılmış, 1995 Yılında yürürlüğe giren *91/250 Sayılı Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Direktifi* ile birlikte hukukumuzda programların eser olarak nasıl korunduğu hususu üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise bilgisayar programlarında gerçekleştirilen değişiklikler (güncellemeler, versiyonlar vs) teknik olarak değerlendirildikten sonra bu

değişikliklerin eser sahipliği üzerine etkileri yasal düzenlemeler kapsamında değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise, genel olarak değişikliklerin değerlendirilmesi ve fikrî hukuk kapsamında doğacak hukuki sonuçlara ilişkin görüşlerimiz yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, Eser Sahipliği, Bilgisayar Programlarının Güncellenmesi, Versiyon, İşlenme Eser

ABSTRACT

Master Thesis

EVALUATION OF CHANGES in COMPUTER PROGRAMS IN THE SCOPE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Tuğba Akdemir Kamalı

Yaşar University

Institute of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

Computer Programs which are under the protection of copyright law have peculiar features compared to the other species. It is obvious that computer programs must comply with the changing conditions of life in order to maintain their effectiveness. Based on this fact, the subject of this study is to examine the legal consequences, particularly related to the ownership of the intellectual work, arising from the changes in the computer programs.

The topic is divided into three main chapters. In the first chapter, after examining basic concepts of copyright law such as intellectual right and intellectual works, a brief history and the theories explaining the legal feature of the intellectual right is analyzed.

Second chapter seeks to explain basic technical concepts and examines how computer programs are legally protected under the copyright law in Turkish Legislation in line with the *Council Directive of 14 May 1991 on The Legal Protection of Computer Programs 91/250* which entered force in 1995.

The last but not the least, the third part analyzes the technical evaluation of changes (updates, versions, etc.) and examines the impacts of these changes on the ownership of the work under the legislation in line with the EU Directive.

The conclusion consists of general assessments on changes of computer programs and the legal consequences arising from these changes in the scope of Intellectual Property Law and gives a place to the writer's own opinions related to this issue.

Keywords: Legal Protection of Computer Programs, Ownership of Intellectual Work, Updating Computer Programs, Versions, Adapted Intellectual Works.

GİRİŞ

21. Yüzyıl yaşam biçiminin tam karşılığı sanal gerçeklik olarak açıklanabilir. Yapay zekâlar ve bilgisayarlar hayatımızın her anında bu sanal gerçekliğin en önemli noktasında yer almaktadır. Geçen yüzyılın sonlarına doğru beklenmedik bir hızla gelişen bilgisayar programcılığı şu anda büyük çekişmelerin yaşandığı bir alandır. Bu alandaki sanatçılar da programcılar ve yazılım tasarımcılarıdır.

1970'lerde ilk kez bu sıra dışı fikrî ürünün nasıl korunması gerektiği ve hatta korunmasının gerekip gerekmediği tartışmaları başlamıştır. Başta kendine özgü yapısı olan bilgisayar programlarının yine "*sui generis*" bir şekilde kendine özgü kurallarla koruma altına alınması gerektiği düşünülmüşse de bu düşünceden vazgeçilerek fikrî hukuk koruması benimsenmiştir.

Ülkemizde de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunmakta olan bilgisayar programlarının korunması hususunda ortaya çıkan en önemli problem "*İfade Ediş Biçimi ve Fikir İkilemidir.*" (*Expression and Idea Dichotomy*) Fikrî hukuk korumasının temel prensibi olan düşüncenin değil, bu düşüncüyü ifade ediş biçiminin korunması hususunun bilgisayar programlarına uygulanması çok kolay olmamıştır. Karmaşık bir yapıya sahip olan programlarda fikrin nerede bittiği ifade ediş biçiminin nerede başladığının tespiti güçtür.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda konuyla ilgili yer alan düzenlemeler, AB Konseyi tarafından 14 Mayıs 1991 tarihinde yayımlanan "*91/250 Sayılı Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Direktifinin*" (*Council Directive of 14 May 1991 on The Legal Protection of Computer Programs 91/250/EEC*) yürürlüğe girmesinden sonra çoğunlukla AB Direktifi hükümlerinin tercümesinin yer aldığı, 4110 sayılı yasa ile kanuna eklenmiştir.

Programcılık var olan bir temel üzerine yeni bir şeyler koymak şeklinde gelişen bir alandır. Bu sebeple, bilgisayar programlarının eser niteliğinin tespiti ile ilgili dikkate alınacak olan ölçütler, diğer eser türlerine göre daha farklı yorumlanacaktır. Örneğin yaratıcılık düzeyi en alt düzeyde değerlendirilmek durumundadır. Bu husus AB Direktifi ile de ortaya konulmuştur. Bu sebeple yapılan

değişiklikler özellikle eser sahipliği kapsamında doğuracağı sonuçlar bakımından da önem arz edecektir.

Programlarda yapılan değişikliklerin fikrî hukuk kapsamında doğuracağı bu sonuçlar tezimizin konusunu oluşturacaktır.

İlk bölümde kısaca fikrî hak ve eser kavramları değerlendirildikten sonra, fikrî hakkın tarihsel gelişimi ile kavramın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan teoriler incelenecektir. İkinci bölümde, bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında eser olarak nasıl korunduğu hususu üzerinde durulacak, üçüncü bölümde ise bilgisayar programlarında gerçekleştirilen değişiklikler önce teknik olarak değerlendirilecek sonra bu değişikliklerin eser sahipliği kapsamındaki etkileri yasal düzenlemeler kapsamında tespit edilmeye çalışılacaktır.

Sonuç kısmında ise, genel olarak değişikliklerin Fikrî Hukuk kapsamında değerlendirilmesi ve doğacak hukuki sonuçlara ilişkin görüşlerimiz yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER VE ESER ÜZERİNDEKİ FİKRÎ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. FİKRÎ HAK KAVRAMI

Bir insanın, zihinsel çaba ve faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan ürünler “Fikrî Ürünler” olarak adlandırılır. Bu ürünler soyut olmakla birlikte, dış dünyada algılanabilirler. Kimi kez dış dünyada algılanmaları bir şey üzerinde somutlaşarak gerçekleşir. Ancak somutlaştığı eşyadan bağımsız ve farklı şekilde hukukun konusu olurlar. Fikrî ürünler üzerindeki hakkın hukuki niteliğini incelemeyen önce genel olarak “Hak” kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

A. Genel Olarak Hak Kavramı

“*Hukuk*” sözcüğü Arapça kökenli bir sözcük olup, “*hak*” sözcüğünün çoğul halini ifade etmektedir. Pek çok dilde “*hak*” ve “*hukuk*” sözcüklerinin karşılığı tek bir kelimedir. Örneğin Fransızca’da “*droit*” Almanca’da “*recht*” İtalyanca’da “*diritto*” Latince’de “*ius*” sözcükleri hem “*hak*” hem de “*hukuk*” kavramlarını ifade etmekteyken, dilimizde bu iki kavramın iki ayrı sözcükle ifade edildiğini görüyoruz. Her iki kavramı tek sözcükle ifade etmeye çalışan bu dillerde “*hukuk*” tan söz etmek için sözcüğün başına çoğunlukla “*objektif*” kavramı eklenirken, “*hak*” tan söz etmek için ise “*sübjektif*” kavramı eklenmektedir.

Serozan; yakın geçmişe kadar hukuk ile hak arasında bir ayrım gözetilmediği hususu üzerinde durarak, “hak” ve “hukuk” kavramlarıyla ilgili bu etimolojik durum tespitine ilişkin dikkat çekici bir eleştiri getirmiştir. Hukuku uygulamaya koyan erkin, hakkı salt kendisi için tanıyan ve aynı zamanda devlet gücünü elinde bulunduran erkle bir olduğunu belirterek; halk mücadeleleriyle, devlet gücünü elinde tutanların ellerinden zorla koparılmış olan “hak” kavramı ve “hukuk” sözcüğünün bu

dillerde hala aynı sözcüklerle ifade ediliyor olmasını manidar bulduğunu belirtmiştir.¹

“Hak” kavramıyla ilgili herkesin üzerinde uzlaşabileceği bir tanıma ulaşmak, yaşamın değişen koşulları ve daha önce bir hakka konu olabileceğini düşünmediğimiz pek çok hususta yeni hakların ortaya çıkması nedeniyle çok da kolay değildir.

Ulpianus zamanından beri² hukuk düzeni en temel şekilde “Kamu Hukuku” ve “Özel Hukuk” şeklinde klasik bir ayrıma tabi tutulmuştur. Ancak modern anlayış içinde Kamu Hukuku ile Özel Hukuku birbirinden kesin ve sert bir şekilde ayırmanın pek mümkün olmadığı ortadadır. Özel Hukuk kapsamındaki hukuk dalları incelenirken kimi kez Kamu Hukuku ilkeleri ya da yaklaşımlarına ya da tam tersine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu kapsamda fikir ürünleri ile ilgili hukuki düzenlemeler, bu iç içe geçmişliğin en somut örneği olabilir. Bu girift yapıya rağmen, “*Hak*” kavramının tanımlanması üzerindeki tartışmalardan söz ederken yapacağımız açıklamaları konumuz itibarıyla özel hukuk ilkeleri kapsamında sınırlandırdığımızı ifade etmek isteriz.

Hak kavramının tanımındaki güçlük, kavramın dinamik yapısından kaynaklanmakta olup, doktrinde önemli tartışmalar yaratmış ve kavramı açıklamak adına birçok teori ortaya atılmıştır. Özellikle 19. Yüzyılda Almanya’da süren kanunlaştırma hareketleri sırasında bu tartışmalar en yoğun dönemini yaşamış ve her bir görüş taraftarı farklı bir ölçütü esas almıştır. Bu kapsamda doktrinde en çok kabul gören görüşleri üç ana başlıkta ele almak mümkün olabilir. “*İrade Teorisi*”, “*Menfaat Teorisi*”, “*Karma Nitelikli Teori*” şeklinde adlandırılan bu görüşleri aşağıda kısaca incelersek;³

¹ SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk (Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.187

² YARSUVAT, Duygun: Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984, s.11

³ SEROZAN, s.188 vd, ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir /GÖKYAYLA K. Emre: Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, 2000, s.107,108,109, OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul 20. Bası, 2014 s.136-137

SAVIGNY ve *GIERKE* tarafından ortaya atılan ve *WINDSCHEID* tarafından geliştirilen “*İRİADE TEORİSİNDE*” esas alınan temel ölçüt “*İrade*” ögesidir. Bu kurama göre; hak kavramı, bir kişinin hukuk düzeninin verdiği yetkiye dayanarak, diğer insanlar üzerinde iradesini hâkim kılabilme ve bu irade doğrultusunda talepte bulunabilme ya da zorlayıcı olabilme gücüdür.⁴

Teori, şekilci anlayışı ve hak kavramının sadece başkaları üzerindeki etkilerine vurgu yapması, hak öznelerini ve hak kavramının içeriğini göz ardı etmesi nedeniyle eleştirilmiştir. İradesini kullanamayacak olan ayırt etme gücünden yoksun küçüklerin, zihinsel özürlülerin hak sahipliğini ya da tam ve sağ doğmak koşuluyla ceninin hak öznesi oluşunu açıklamak konusunda da teorinin yetersiz ve tutarsız kaldığı aşikâr olduğundan eleştirilere katılmamak mümkün değildir.⁵

Konuya daha materyalist bir bakış açısıyla yaklaşan *JHERİNG*, hak kavramını “*MENFAAT TEORİSİ*” ile açıklamaya çalışmıştır. Bu kurama göre hak kavramı, hukuk düzenince korunan menfaatler olarak tanımlanabilir.⁶

Menfaat teorisi de, hak kavramından irade ögesini tamamen soyutladığı için eleştirilmiştir. Bilindiği gibi, hakkın aktif öznesinin karşısında bir de pasif öznesi bulunmaktadır. Bu nedenle, bir menfaati hak olarak nitelendirebilmek için; hak sahibi olan aktif öznenin, doğrudan talepte bulunma iradesini pasif özneye karşı etkin şekilde kullanabiliyor olması gerekmektedir. Ayrıca yine söz konusu hakkın korunması için aktif öznenin iradesine dayalı talebin yetkili mercilere ulaştırılmasının, hakkın korunabilmesi için bir zorunluluk olması gerekmektedir.⁷

Serozan menfaat teorisini oldukça gerçekçi bir teori olarak değerlendirmekle birlikte; salt “menfaat” kavramının bu derece teorinin temeline oturtulmasını eleştirmiştir. Ayrıca başkası yararına iş görenlerin (örneğin yasal temsilci) haklarının

⁴ OĞUZMAN/BARLAS, s.136, ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.107,108, SEROZAN, s.188.

⁵ SEROZAN, s.189,190, ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.108 vd, OĞUZMAN/BARLAS, s.136

⁶ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.108, OĞUZMAN/BARLAS, s.136, SEROZAN, s.188,189

⁷ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.108, OĞUZMAN/BARLAS, s.136,137, SEROZAN, s.189, 190

görmezlikten gelindiği ve modern yaklaşımın sosyal bakış açısı gereği, hakkın bünyesinde yer alan başkalarının çıkarını da gözetme yükümlülüğü konusunda teorinin yetersizliği üzerinde durmuştur. (Örn. Anne, babanın küçük üzerindeki velayet hakkı) ⁸

Her iki teori taraftarları da hak kavramını tanımlarken ayırt edici iki ögeden birini temel alıp, diğer ögeyi belirsizleştirdikleri ve bu şekilde kavramı tanımlamaya çalıştıkları için haklı eleştiriler almış ve kavramı açıklamakta yetersiz kalmışlardır.

Bu eleştiriler dikkate alınarak, JELLINEK ve MICHOU'D'yu temsilcileri arasında sayabileceğimiz ⁹ “KARMA TEORİ” ortaya atılmıştır. Buna göre hak; “*kişilerin, hukukun koruduğu menfaatlerini temin için, devlet tarafından tanınan ve korunan irade erkini kullanabilme yeteneği olarak*” tanımlanabilir. ¹⁰ Ancak burada hakka konu menfaat kavramı sınırsız algılanmamalı, kamu çıkarlarıyla çatışmaması gerektiği unutulmamalıdır.

Hakkın iki önemli unsuru olan menfaat ve irade ögelerini birlikte ve biri diğerinden üstün gelmeyecek şekilde içinde barındırması dolayısıyla Karma Teori bizce de “*Hak*” kavramının tanımlanması hususunda en uygun teorilerden biridir.

B. Medeni Hukuktaki Hak Çeşitleri Bakımından Fikrî Hak Hususuna Bakış

Fikrî hak kavramının doğuşu, olgunlaşması hukuki niteliğine ilişkin teorileri detaylarıyla incelemeden önce, kısaca Medeni Hukuk kapsamında yer alan hak çeşitleri içinde fikrî hakkın yerine ilişkin doktrindeki görüşleri incelemekte fayda görüyoruz.

⁸ SEROZAN, s.190

⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.109

¹⁰ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.109, Aynı yönde, OĞUZMAN/BARLAS, s.137 ve SEROZAN, s.188

Esas itibarıyla fikrî hak “Mutlak Haklar”¹¹ arasında sayılır. Yani, hak sahibine, herkese karşı hakkını ileri sürebilme yetkisi veren ve herkesi de bu hakkı ihlal etmemekle yükümlü kılan inhisarî yetkiler sağlar.

Fikrî Hak ülkesellik ve sınırlı süreyle korunma ilkelerine tabidir. Yani bu hak sadece koruma talep edilen ülkede ileri sürülebilme¹²ve mülkiyet ilişkisinden farklı olarak, yasayla belirlenmiş sınırlı bir süre boyunca korunma özelliğine sahiptir.

Fikrî hak, mutlak haklar arasında sayabileceğimiz birçok haktan biraz daha farklı bir yapı arz eder. Diğer mutlak hakları incelediğimizde bu hakkın ya maddi ya da manevi yönü ağır basmakta olup, buna göre anlam ve etki kazanırken; fikrî hak, aşağıda hukuki mahiyetini açıklamaya çalışan teorileri incelerken de değineceğimiz gibi, maddi ve manevi yönü biri diğerine üstün gelemeyecek düzeyde eşit öneme sahiptir.

Fikrî hak *sui generis* niteliklerine rağmen, tarihsel süreçte olduğu gibi, bugün de klasik sınıflandırmalar içine dâhil edilmeye çalışıldığından tartışmalara neden olmaktadır.

Bu hak çoğunlukla “*Para ile Ölçülebilen Malvarlığı Hakları*” arasında değerlendirilmektedir.¹³ Ancak manevi yönüyle “Şahıs Varlığı Haklarıyla” benzerlikler arz etmesi sebebiyle bu hakkın ne “Malvarlığı Hakları” ne de “Şahıs Varlığı Hakları” kapsamında değerlendirilebileceğini, kendine özgü (*Sui Generis*) bir yapısının olduğunu ve “Karma Nitelikli Haklar” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, ileri sürenler de bulunmaktadır.¹⁴ Bu arada, fikrî hakkı malvarlığı

¹¹ SEROZAN mutlak hak kavramı yerine “Egemenlik Hakları” tabirini kullanmaktadır. SEROZAN, s.207

¹² TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Beşinci Bası, 2012 s.8

¹³ OĞUZMAN/BARLAS, s.152, DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul, Dokuzuncu Bası,2014, s.161,170, KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 62, Serozan Fikrî hakkı Sui Generis özellikli haklar arasında görmekte birlikte;(s.209) Hakların parayla ölçülebilirliği konusunda yaptığı ayrımında, Fikrî Hakkı ikiye ayırarak mali yetkilerin Parasal Malvarlığı Haklarına, manevî yetkilerin ise, Parayla Ölçülemeyen Kişi Varlığı Haklarına örnek olarak gösterildiğini ifade etmiştir. SEROZAN s.225-226

¹⁴ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.112, SEROZAN, s.209

hakları kapsamında değerlendirenler dahi, söz konusu hakkın manevi yönünün şahıs varlığı hakları kapsamında düşünülmesi gerektiği hususunda birleşirler.¹⁵

Serozan, yaptığı sınıflandırmalar içinde fikrî hakkı, hakkın konusunun eşya ya da maddi olmayan mallar olduğu birincil haklar içinde saymaktadır. Birincil haklar arasında aynı zamanda aynî haklar ve alacak haklarını da saymıştır.¹⁶ Her ne kadar Fikrî Hakkı bir bütün olarak “*Sui Generis*” nitelikli haklar kapsamında değerlendirmekle birlikte¹⁷, haklarla ilgili parayla ölçülebilme konusunda yaptığı sınıflandırmada, ikili bir ayırım yaparak, fikrî hakka ilişkin maddi nitelikli yetkileri “Malvarlığı Hakları” kapsamında, manevi nitelikli yetkileri ise, “Kişi Varlığı Hakları” kapsamında değerlendirmiştir.¹⁸

Bize göre; fikrî hak “Kendilerine Özgü Yapısı Olan Karma Nitelikli Haklar” arasında değerlendirilmelidir. Çünkü bu hakkı geleneksel sınıflandırma içinde sadece Malvarlığı Hakları ya da sadece Şahıs Varlığı Hakları kapsamında bir sınıflandırmaya dâhil etmek hatalı bir değerlendirme olacaktır. Bu düşüncemizi açıklayabilmek için, öncelikle aynî hakların nesnesi “Şey” kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

Fransız Hukuku’nda ekonomik değeri olan, edinmeye elverişli her şey “şey” olarak nitelendirilirken; Alman Medeni Kanunu’nda sadece cismani varlıklar eşya olarak kabul edilmektedir.¹⁹ İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında ise; sınırlandırılabilen ve hâkimiyet kurulabilen maddi varlıklar şey kapsamında değerlendirilmektedir

Akipek/Akıntürk ise, eşyayı şu şekilde tanımlamıştır:

“...Üzerinde hâkimiyet kurulmasına elverişli ve genellikle iktisadi bir ihtiyaca cevap verebilen insan dışı cisimsel varlıklar, yani maddi mallardır.”²⁰

¹⁵ DURAL/ SARI, s.161 OĞUZMAN/BARLAS, s.153

¹⁶ SEROZAN, s.225

¹⁷ SEROZAN, s. 209

¹⁸ SEROZAN, s.225-226

¹⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul,17. Bası, 2014, s.5

²⁰ AKİPEK, G. Jale/ AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.27

Her ne kadar fikrî ürünler kimi zaman maddi bir cisim üzerinde tecessüm etmiş olsa da; fikrî hakka konu ettiğimiz unsur, üzerinde somutlaştığı materyalden bağımsız ve soyuttur.²¹ (Örneğin bir CD'ye yazılmış olan bir bilgisayar programı fikrî hakkın konusu iken üzerine yazıldığı CD aynî hakkın konusu olacaktır.) Yukarıda eşya kavramı ile ilgili açıklamalarda “*maddi, cismani varlık*” ve “*üzerinde hâkimiyet kurulabilme*” gibi özelliklerin üzerinde ısrarla durulmaktadır. Bu tanımlar karşısında daha soyut olan fikrî ürünleri(tasarımlar, bilgisayar programları, sanat eserleri vs.) eşya kapsamında nitelendirmek mümkün gözükmemektedir.

Geleneksel eşya tanımına uymayan ve klasik mülkiyet kavramına da dâhil olmayan fikrî ürünler ilk kez KOHLER tarafından “*Gayrı Maddi Mallar*” olarak nitelendirilmiştir.²² Özellikle Fransız Hukuku'nda²³ ve pek çok uluslararası metinde kullanılan bu tabir hukukumuzda da yerleşmiştir. Bununla birlikte, Medeni Kanunumuzda mülkiyete konu olan eşyalar “*Taşınır Eşyalar*” ve “*Taşınmaz Eşyalar*” olarak sınıflandırılmış olup, “*Gayrı Maddi Eşyalar*” şeklinde bir sınıflandırma bulunmadığından bu ürünlerin eşya olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir.²⁴ Ancak söz konusu ürünler üzerindeki maddi hakların düzenlenmesi ve bu ürünlerin malvarlığı içinde bir değer ifade etmesi amacıyla böyle bir kavram yaratılmış ve bu ürünler eşyalaştırılmaya çalışılmıştır.

Serozan “*gayrı maddi eşya*” kavramını; fikrî ürünlerin hukukçularca fetişleştirilerek, eşyalaştırılması ve bu vesileyle bu ürünler üzerinde aynî haklara benzer yararlanma ve tasarruf yetkileri yaratılabilmesi şeklinde yorumlamıştır.²⁵

Fikrî ürünler eşya sayılmamakla birlikte, kimi kez bu ürünlerden başkalarının yararlanabilmesi, belli bir karşılığa tabi tutulur. Yine eser sahibi söz konusu eseri yaratırken maddi bir karşılık beklentisi içinde olmadığından, eserine maddi bir değer

²¹ TEKİNALP, s.5

²² ÖZTAN Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.7 vd.

²³ HIRSCH Ernst E. : Fikrî ve Sinaî Haklar, Ar Basımevi, Ankara, 1948, s.4, ÖZTRAK, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977, s.1

²⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.7,8

²⁵ SEROZAN, s.205

biçmese de o ürünün maddi bir değerinin olması kaçınılmazdır. Her ne kadar bu ürünler “eşya” sayılmasa da tarihsel süreç içinde kişilerin malvarlığı içinde değerlendirilip, bir tür mülkiyet ilişkisi geliştirilmiştir. Bu nedenle aynı haklara benzer yararlanma ve tasarruf yetkileri yaratılmıştır. Ancak en az maddi değerleri kadar önemli olacak şekilde, bu ürünleri vücuda getirenlerin manevi dünyaları üzerinde bazı etkilerin doğması söz konusu olacağından, bu hakkı maddi ve manevi yönüyle bir bütün olarak algılamak ve klasik sınıflandırmadan uzaklaşmak gerekecektir. Bu bütünün içinde yer alan maddi ögeler ve manevi ögeler eşit derecede önem arz etmektedir. Bu sebeple fikrî hakkı tek başına malvarlığı hakları ya da tek başına şahıs varlığı hakları içine dâhil etmek zorlama ve eksik bir sınıflandırma olacaktır.

C. Terminoloji Sorunu ve Fikrî Hakkın Kapsamı

Yaratıcı fikrî çalışmalar sonucu ortaya çıkan eser, buluş, faydalı model ve tasarım gibi ürünler üzerindeki hakkı kapsayacak terminoloji (“*Fikrî Hak*”, “*Fikrî ve Sinaî Hak*”, “*Fikrî Mülkiyet Hakkı*”) doktrinde tartışmalıdır.

“*Fikrî Mülkiyet*” kavramı İngilizcede yer alan “*intellectual property*” kavramının Türkçe karşılığı olup, Anglo-Amerikan doktrininde ortaya atılan ve yaygınlık kazanan bir tabirdir. Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi; fikrî ürünler klasik mülkiyet hakkının konusu olan eşya kavramından farklıdır. Ancak tarihsel süreç içerisinde bu ürünler üzerindeki malvarlığı haklarının düzenlenmesi açısından Serozan’ın tabiriyle söz konusu ürünler fetişleştirilerek “*Gayrı Maddi Eşya*” şeklinde bir kavram ortaya atılmış ve bir çeşit mülkiyet ilişkisi yaratılmaya çalışılmıştır. Bu nedenle özellikle uluslararası metinlerde bu mülkiyet ilişkisine atfen “*Fikrî Mülkiyet*” tabiri yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır.

Eren,²⁶ “*Fikrî Mülkiyet*” ya da “*Sinaî Mülkiyet*” kavramlarında kullanılan “*Mülkiyet*” sözcüğünün Medeni Hukukta teknik anlamda kullanılan mülkiyet kavramı olamayacağını, bununla birlikte, teknik anlamdaki mülkiyet kavramına

²⁶ EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 3. Bası,2014, s.52

benzeyecek şekilde, herkese karşı ileri sürülebilen korunabilen mutlak hakları ifade ettiğini belirtmiştir.

Hirsch;²⁷ Türk Medeni Kanunu kapsamında “*mülkiyet*” hakkının sadece menkul ve gayrimenkul mallar üzerinde var olduğundan ve bir hakkın mülkiyete konu olmasının imkânsızlığından bahisle; “*fikrî mülkiyet*” ya da “*sinaî mülkiyet*” kavramlarını amaca elverişsiz bulmaktadır. Ayrıca mülkiyetin gerçekleşmesi için kimi kez ortaya çıkan tescil mecburiyetinin, Bern Sözleşmesi’nin fikrî eserler üzerindeki hakkın tescil şartına bağlanmasını yasaklayan hükmü ile çeliştiğini iddia ederek, “*mülkiyet*” kavramının kullanılmasının tehlikeli olduğunu belirterek, *fikrî mülkiyet*” kavramı yerine “*fikrî hak*” kavramını önermiştir. Yazar, Sinaî Hakkın da fikirsel çalışmalardan doğan ürünler üzerindeki hak olduğunu kabul ederek, FSEK kapsamında korunan “*öz fikrî eser*” şeklinde adlandırdığı eserlere ilişkin hakkı, “*Fikrî Hak*” olarak belirtirken, tasarım, buluş ve faydalı modeller üzerindeki hakkı ayırmak için ise “*Sinaî Hak*” kavramının kullanımının doğru olacağını ifade etmiştir.

Ayiter de *Hirsch* gibi kapsayıcı ve geniş anlamli bir kavram olarak “*Fikrî Hak*” terimini benimsemekle birlikte; Fikrî Hak-Sinaî Hak şeklinde bir ayırım yapmak yerine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu koruması kapsamındaki ürünlere dair olmak üzere “*Eser Sahipliğinden Doğan Haklar*” kavramını kullanmıştır.²⁸

Erel ise, *Hirsch* gibi, fikir ürünleri üzerindeki hak ile ilgili “*Fikrî Hak*” ve “*Sinaî Hak*” ayırımını benimseyerek bu terimleri kullanmayı tercih etmiş ve söz konusu fikrî ürünler üzerindeki hakkı teknik karşılığıyla “*mülkiyet hakkı*” olarak nitelendirmenin doğru olmayacağı kanaatinde olduğunu ifade etmiştir.²⁹

Tekinalp,³⁰ Uluslararası sözleşmeler (TRIPS) ve örgütlenmelerde (WIPO) kabul gören “Fikrî Mülkiyet” kavramını kabul etmekte, bu terimde yer alan “*mülkiyet*” kavramının Medeni Kanundaki mülkiyet kavramından farklı olduğunu

²⁷ HIRSCH, Ernst E. : Fikrî Say, Cilt II, İktisadî Yürüyüş Matbaası, İstanbul, 1943, s.3,4 HIRSCH, Fikrî ve Sinaî Haklar, s.4vd. Aynı Görüşte ÖZTRAK, s.2,3,4,5 ve YARSUVAT, s.2 vd.

²⁸ AYİTER, Nuşin: Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981 s.5

²⁹ EREL, Şafak N. :Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 3. Bası, 2009, s.27 ve 30vd.

³⁰ TEKİNALP, s.1-6

ve fikrî ürün üzerindeki mutlak hakkın inhisarî niteliğini vurgulamaya yaradığını belirtmektedir. Ayrıca FSEK ile korunan bilgisayar programları, veri tabanları ve sinema eserleri gibi eserlerin artık sanayinin bir parçası olduğu düşüncesiyle “Fikrî Hak” ve “Sınaî Hak” kavramları arasındaki sert ayrımın günümüz gelişmeleri karşısında yumuşadığı düşüncesinde olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle WIPO ile TRIPS’in, Fikrî Mülkiyet ve Sınaî Mülkiyet ayrımını ortadan kaldırdığından bahisle “*Fikrî Mülkiyet*” kavramının hem FSEK kapsamındaki eserler hem de buluş, tasarım ve faydalı modeller üzerindeki hakları kapsayacak şekilde geniş yorumlanarak kullanılması gerektiği fikrini ortaya koymuştur.

Öztaş,³¹ fikirsel çalışmalara ilişkin maddi ve manevi hakların tamamının “mülkiyet” kavramıyla nitelendirilemeyeceğini belirterek, Hirsch’in “*Öz Fikrî Eserler*” olarak nitelendirdiği ve FSEK kapsamında korunan eserlere ilişkin haktan söz ederken “*Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku’ndan Kaynaklanan Hak*” kavramını kullanmaktadır. Buluş, tasarım ve faydalı model gibi fikirsel çalışmalara ilişkin olarak ise “*Sınaî Mülkiyet Hakları*” terimini kullandığı dikkat çekmektedir.

Kılıçoğlu, “*Fikrî Mülkiyet*” kavramını kullanmakla birlikte, buradaki mülkiyet kavramının Eşya Hukukundaki “mülkiyet” kavramını karşılamadığını “aidiyet”, “sahiplik”, “hak sahipliği” kavramlarını ifade ettiğini, “*fikir sahipliği*” kavramını karşıladığını belirtmektedir. Ayrıca FSEK koruması kapsamındaki eserler için “*Fikrî Hak*” terimini kullanırken, buluş, tasarım ve faydalı model gibi fikirsel çalışmalara ilişkin olarak “*Sınaî Haklar*” terimini kullandığı anlaşılmaktadır.³²

Tartışmalar devam etmekle birlikte, TRIPS kapsamında ve WIPO öncülüğünde yapılan çalışmalarda yapılan tanım ve adlandırmalarda “*Fikrî Mülkiyet Hukuku*” kavramı “*Sınaî Hakkı*” da kapsayacak şekilde özellikle uluslararası hukukta kabul görmektedir.³³

³¹ ÖZTAN, s.7-12

³² KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 2-6

³³ TEKİNALP, s.1, ATEŞ, Mustafa: Fikrî Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.7

Gerçekleşen uluslararası gelişmeler kapsamında her ne kadar “*Fikrî Mülkiyet Hukuku*” kavramı genel kabul gören kavramsa da;

- Mülkiyet hakkı, yasal olarak maddi varlıklar üzerinde kurulur. Oysa fikirsell çalışmalara bağlanan hak soyut ve gayri maddi varlıklar üzerinde doğar.
- Mülkiyet hakkı belli bir süreyle bağlı değildir. Oysa fikrî hakta koruma sınırlı bir süreye tabi bulunmaktadır.
- Mülkiyet kavramına bağlanan hukuki anlam gereği “*Fikrî Mülkiyet Hakkı*” kavram olarak maddi hakları karşılamaya yetse dahi manevi hakları karşılaması mümkün değildir.

“*Mülkiyetin İntikali*” başlıklı FSEK md. 57/1 hükmünde yer alan “*mülkiyet*” sözcüğünün “*Fikrî Hak*” kavramını açıklamakta ne maddi ne de manevi içerik açısından yeterli olamayacaktır.

MÜLKİYETİN İNTİKALİ:

MADDE 57-Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikrî hakkın devrini ihtiva etmez.

Terminolojide kullanılan kavramlardan biri de “*Telif Hakkı*” kavramıdır. FSEK öncesindeki “*Hakkı Telif Kanunundan*” süregelen bir alışkanlıkla kullanılan “*Telif Hakkı*” tabiri, ilmî veya edebî eserlerin vücuda getirilmesi anlamına geldiğinden fikrî ürünler üzerindeki hakkı açıklamak için yetersiz kalmaktadır.³⁴

Sonuç olarak; ağırlıkla kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre; her ne kadar uluslararası metinlerde yaygın bir şekilde kullanılsa da “*Fikrî Mülkiyet Hukuku*” terimi “*fikrî hak*” kavramının içeriğini tam olarak karşılayamamaktadır. Bu nedenle bu çalışmamızda “*Fikrî Mülkiyet Hukuku*” kavramı yerine, “*Fikrî ve Sınai Hak Hukuku*” kavramını tercih ediyoruz. Bu arada marka ve ticaret unvanı gibi fikrî bir çalışmanın sonucu olmayan ürünlere ilişkin hakkı da “*Sınai Hak*” başlığı altında değil, “*Ticari Hak*” başlığı altında değerlendirmeyi tercih ediyoruz. Ayrıca “*Fikrî Mülkiyet Hukuku*” kavramı uluslararası metinlerde geniş yorumlanıp, hem fikrî hakkı

³⁴ HIRSCH, Fikrî Say, s.4,5

hem de sınai hakkı içerse de, biz klasik ayrımı benimsiyoruz. Her iki hak grubu arasındaki temel farklılıkları da göz önünde tutarak, (Örn. FSEK koruma için tescil zorunluluğu içermezken Sınai Hakların tamamında tescil koruma bakımından zorunluluktur.)“*Fikrî Hak*” ve “*Sınai Hak*” ayrımına katılıyoruz. Bu nedenle, çalışmamızda “*Fikrî Hak*” kavramı dar anlamıyla (FSEK kapsamında tanınan hak) kullanılacaktır.

D. Fikrî Hakkın Tarihçesi

Yukarıda kısaca modern hukukta Fikrî Hak algısını ifade etmeye çalıştık. Fikrî Hak kavramının hukuki niteliğini açıklayan teorileri incelemeye başlamadan önce, bu teorilerin oluştuğu koşulları anlayabilmek önemlidir. Bu sebeple öncelikle kısaca fikrî hak kavramının olgunlaşma aşamalarını ve söz konusu teorilerin gündeme geldiği tarihlerde ülkemizde ve dünyada fikrî hakkın nasıl algılandığını yorumlayabilmek için tarihsel gelişimin üzerinden geçmekte yarar görüyoruz.

1. Fikrî Hakkın Dünyada Tarihsel Gelişimine Genel Bakış

İlkçağ, yoğun entelektüel birikimine rağmen, fikrî hakkın çok da tanınmadığı bir dönemdir. Eser sahipleri yarattıkları eserin sahibi olarak nitelendirilmiyordu. Roma Hukuku gibi bugünün modern hukuk sistemlerine yön veren, gelişmiş bir hukuk anlayışının varlığına rağmen, bu dönemde, eser üzerindeki hakka ilişkin bilinen hukuki bir düzenlemeye rastlanamamaktadır. Ancak Roma Hukuku'nun ortaya koyduğu bazı temel kavramlar ve ilkeler Fikrî Hukuk'un doğuşunda etkili olmuş ve Fikrî Hukuk bu temeller üzerine inşa edilmiştir.³⁵

Bu dönemde, Proculianer'ler ve Sabinianer'ler arasında işleme suretiyle mülkiyet iktisabı hususunda, başkasına ait bir bronzdan heykel yapılması halinde, ortaya çıkan eserin mülkiyetinin kime ait olacağı hususunun tartışıldığı bilinir. Bu şekilde ortaya çıkan ürün, “*nova species*” yani yeni türde bir “şey” olarak

³⁵ VER STEEG, Russ: The Roman Law Roots of Copyright, Maryland Law Review, Volume 59, Issue 2, 2000, s. 522-552 (Maryland Üniversitesinin web sitesinden <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3089&context=mlr> linkiyle ulaşılmıştır. (Son erişim tarihi: 01.11.2014)

adlandırılıyordu. Sabinianlar mülkiyet hakkını malzemenin sahibine verirken, Proculianerler *nova species* adı verilen bu yeni ürünü yaratan sanatçıya mülkiyet hakkı tanımaktaydılar. Bu şekilde bir *nova species* üretilmesi neticesinde ortaya çıkan iktisap şekline de “*specificatio*” denilmekteydi.³⁶

Yine bir ressamın başkasına ait bir malzeme üzerinde resim yapması durumunda eğer malzemenin maliki resmin de maliki sayılmışsa, ressama “*directa rei vindicatio*” adı altında bir tür tazminat hakkı tanınmaktaydı.³⁷

Regelsberger ve Dziatko, bu dönemin fikrî hak bakımından tamamen korumasız bir dönem olmadığını iddia etmektedir. *Iniura* (hukuka uygun olmayıp, aykırı olan her şeye *iniura* denir) kavramının, bir kişinin çıkarlarına tecavüzü de kapsayacak şekilde yorumlanarak, fikrî hak korunması açısından da uygulanmış olabileceği fikrini ileri sürmüşlerdir.³⁸ Bu konuda GİRİTLİOĞLU,³⁹ yazar hakkı kavramının dahi olgunlaşmadığı bir dönemde bu yorumu genel nitelikli hukuki metinlerin fazlaca zorlanması olarak nitelendirmektedir.

Konuya ilişkin yasal bir düzenleme olmaması, dönemin eser veren sanatçı ve ilim adamlarının bu konuda duyarlı olmadıkları anlamına gelmez. Şair Martialis’e ilişkin anlatılagelen anekdot bu duyarlılığın en önemli göstergesidir. “...*Martialis şiiirlerini serbest bırakılan esirlere benzetiyor, bu şiiirlerin kendisine ait olduğunu söyleyen Fidentinus’u “insan çalan eşkıya” (Menschenräuber; plagiarius) sözleriyle nitelendiriyordu...*”⁴⁰ Martialis Fidentinus’un davranışını tanımlarken “*Furtum*” (*hırsızlık*) tabirini kullanmıştır.⁴¹ O dönemde ortaya çıkan “*plagiarus*” sözcüğü intihalin karşılığı olarak bugün dahi kullanılmaktadır. Anekdotun sonunda Martialis’in Fidentinus’a; “...*Şiiirlerimi kendi şiiirlerinmiş gibi halka arz edeceksen, evvela bir kitap satın al ki bunlar senin olsun*” şeklindeki seslenişi adeta o dönemin

³⁶ VER STEEG, s. 537

³⁷ GİRİTLİOĞLU, Neclâ, Yayın Sözleşmesi (Doktora Tezi), Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967 s.3

³⁸ STAEMPFLİ, Jakob, Die Beziehungen zwischen Urheber und Verleger eines Schriftwerkes, Bern, 1947, s.8(GİRİTLİOĞLU s.3’den naklen alınmıştır.)

³⁹ GİRİTLİOĞLU, s.3,4

⁴⁰ ÖZTAN, s. 23

⁴¹ STAEMPFLİ, s.4(GİRİTLİOĞLU s.3’den naklen alınmıştır.)

fikrî hak algısının bir özetidir. Eser ile üzerinde tecessüm ettiği eşya arasında bir ayırım gözetilmemekte eşyaya sahip olan eserin de sahibi gibi algılanmaktadır.⁴²

Eser sahibinin hakkının tanınmadığı ve dolayısıyla eser sahibi dışındaki bazı kişilerin söz konusu eseri kendilerine mal etmeleri neticesinde ilkçağda ortaya konan eserlerin yaratıcısının tespiti çok kolay değildir. Eserler genellikle başkaları tarafından sahiplenildiğinden bu dönemde anonim eserler ortaya çıkmıştır.

Yazar-yayıncı ilişkisine benzer ilişkilere bu dönemde de rastlanmaktaydı.⁴³ Örneğin MÖ VI. yy.'da Tyran Psisistratos tarafından Homeros'un şiirleri ve Hesiod'un yazıları toplanmış ve böylece ortaya çıkan nüshalar kopyalanarak çoğaltılmıştır. Ancak bu dönemlerde herhangi bir yazara bir ücret ödenip ödenmediğine ya da bir sonraki kopyanın çıkarılması için izninin istenildiğine ilişkin bir kaynağa rastlanmamıştır.⁴⁴

Eser sahibinin eseri üzerindeki hakka ilişkin malî yetkilerinin olması gerektiği fikrinin ilkçağda gelişmemesinin nedenlerinden biri de Stoacı felsefe olabilir. Bu felsefenin ideolojisine göre; yaratıcı çalışmaların karşılıksız yapılması gerekmektedir. Bu nedenle yaratıcı faaliyetlerle uğraşmak ekonomik özgürlüğe sahip zengin sınıfa hasredilmişti. Ekonomik özgürlüğe sahip olmayanlarsa bir haminin (mesen) himayesinde çalışmalarına devam ederler ve karşılığında "Honorar" adı verilen bir ücret alarak yaşamlarını bu şekilde sürdürürlerdi. İşte bu nedenle, bu dönem, "*Mesenler Dönemi*" ya da "*Hamiler Dönemi*" olarak da anılır.⁴⁵

Ortaçağ'a gelindiğinde ise; kavimler göçü, Roma İmparatorluğu'nun yıkılması, Hristiyanlığın muhafazakâr bir etkiyle yayılması gibi nedenlerle, entelektüel çalışmalar ve yaratıcı faaliyetler sekteye uğramıştır. Hristiyanlık inancının da etkisiyle sanatçılar "*Tanrı'nın Sesi*" gibi görülmekte ve insanlarla Tanrı arasında bir aracı gibi nitelendirilmekte olduğundan eserlerinde isimlerini

⁴² SOYSAL, Tamer: Fikir ve sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Cezai Hükümler, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Ekim 2005, s.629

⁴³ AYİTER, s.16

⁴⁴ GİRİTLİOĞLU, s.1

⁴⁵ ÖZTAN, s. 24,

kullanmaları da ahlâken hoş görülmemekteydi. Böyle bir dönemde hukuki korumadan bahsetmek zaten imkânsızdır. İşte tüm bu gerekçelerle ortaçağ, “*bilinmeyen üstatların*”⁴⁶ ve anonimleşmenin zirvede olduğu, karanlık olduğu kadar gizemli de bir dönemdir. *Giritlioğlu* bu dönemi çok yerinde bir cümleyle özetlemiştir: “*Yeni kuşaklar kaynağı bilinmeyen bir sudan içer gibi, bu eserlerden de kimin olduğunu bilmeden yararlanıyorlardı.*”⁴⁷

Mesenlerin varlıkları devam etmekle birlikte, bu dönemde kilise ya da loncaların sanatçılar üzerindeki himayesi daha öne çıkmıştır. Sanatçılar çoğunlukla kilise tarafından finanse edildikleri için çalışmalarındaki özgürlük kısıtlıydı. Eserlerinin başlıca amacı, kilisenin öğretilerine hizmet etmektir.

Eserlerin çoğaltılması ise, manastırlarda rahipler tarafından (herhangi bir ücret karşılığı olmaksızın) ya da üniversitelerde ücret karşılığı gerçekleştirilmekteydi. Eserin kopyalanması sırasında, bir değişiklik yapılmasını önlemek için yazarın elinde hukuki bir güç yoktu. *ÖZTAN* bu konuda yazarların yakınmaları ve çaresizliğini ifade etmek için, *Eike von Repkow’un “Saksonya Aynası”* adlı eserinin önsözünde eserinde değişiklik ya da tahrifat yapanlara nasıl lanetler yağdırdığından bahseder.⁴⁸

Sonuç olarak; ilkçağda ve ortaçağda sanatçıların hukuki haklarından bahsetmek çok mümkün olmamakla birlikte intihalin ahlâken hoş görülmeyen bir fiil olduğunu söylemek mümkündür.

Yeniçağ ’da, matbaanın sahneye çıkışı ile sanat hayatı ve özellikle yazılı eserler dünyasında önemli değişiklikler söz konusu olmuştur.

Kitapların basılması, özellikle ilk baskı oldukça zor, zahmetli ve pahalı bir işti. İlk baskıyı yapan matbaacı bütün bu zorluklara katlanırken, sonraki basıları gerçekleştirenler, daha az emekle daha çok para kazanmaya başladılar. Buna çare arayan matbaacılar, egemenlerin verdikleri imtiyazlarla (Kral, İmparator, dük,

⁴⁶ TEKİNALP, s.85

⁴⁷ GİRİTLİOĞLU, s.4

⁴⁸ ÖZTAN s.25

derebeyi vs.) kitabın tüm bası hakkını ellerine aldılar. **İlk imtiyaz** 1469 yılında Venedik'te *Johann von Speyer'e* beş yıllığına verilmiş⁴⁹ ve böylece “**İmtiyazlar Dönemi**” başlamıştı. Bu dönem matbaacıların ticari çıkarları için savaş verdiği bir dönemdir. Ancak kitabı yaratan yazarın hakkından hala söz edilmemektedir.

İmtiyaz yöntemi egemenler için de düşünce hayatına hükmetmenin yollarından biriydi. Bu yöntemle gerek kilise ve gerekse muktedirler, kitabın basımından önce etkin bir şekilde sansür uygulamalarını da mümkün hale getirmiştir.

Rönesans ile birlikte, birey olma bilinci, bireyin değeri kavramlarının ortaya çıkması, sonrasında gelişen “Doğal Hukuk” anlayışının da etkisiyle, bu kez eser sahipleri eserleri üzerinde tek hâkim olma mücadelesine girişmiştir. **İlk yazar imtiyazını**⁵⁰ 1486 yılında Venedik tarihiyle ilgili bir eser veren “**Sabellicus**” almıştır. Sabellicus eser konusunu “...son derce parlak ve gerçekçi bir şekilde tasvir ettiğinden böyle bir imtiyaza layık görülmüştür.” Yine 1491 yılında Prof. Petrus Franciscus “Phönix” adlı eseriyle “*emeklerinin ve uykusuz çalıştığı gecelerin meyvelerini ancak kendisinin toplaması gerektiği...*” gerekçe gösterilerek imtiyaza layık görülmüştü.

Yazar imtiyazları arasında dikkat çekici bir diğer imtiyaz da, Papa 10. Leo tarafından 1516 yılında Ariosto'ya “*Orlando Furioso*” adlı eseri için verilmiştir. Bu imtiyazı ilginç kılan durum ise, söz konusu imtiyazın yazarın mirasçılara da verilmiş olmasıdır.⁵¹

Bu gelişmeler sonrasında yayınevleri yazara ücret ödeyerek(önceleri bedelsiz nüshalar verilirdi.) yazardan manüskrisini (taslak metin) almış ve eserden maddi menfaat elde etmişlerdir.⁵² Bu sistem ilk kez İngiltere'de yayınevlerinin kurdukları bir birlik olan Company of Stationers'da ortaya çıkmış ve bu münhasır baskı yetkisine sahip kişilere “*Owner of the Copy*” adı verilmiştir. Bu sistemle birlikte,

⁴⁹ ÖZTAN, s.26

⁵⁰ ÖZTAN, s.27

⁵¹ AYİTER, s.18

⁵² AYİTER, s.19, ÖZTAN, s.28

Anglo Amerikan Hukuku'nda yerleşen, hala kullanılan ve evrensel bir kavram olan “*copyright*” kavramı ortaya çıkmıştır.

Her ne kadar fikrî hakka ilişkin tarihçe, çoğunlukla yazılı eserler üzerinden ilerlese de, müzik eserleri açısından eser sahibine tanınan ilk imtiyaz, Fransa'da Kraliyet Müzik Akademisi'ne bahşedilmiştir. (1786)⁵³

Yazar imtiyazları önemli bir aşama ise de, asıl önemli gelişme, Fransız ihtilaline yön veren fikirlerin tüm Avrupa'yı etkisi altına alması ile birlikte, ortaya çıkan düşüncelerin yasal düzenlemelere dönüştürüldüğü “***Ulusal Yasalarla Koruma Dönemidir.***”

Bu aşamada, ***ilk adım İngiltere***'de atılmıştır. Yürürlüğe konulan ilk düzenleme 1665 yılındaki “*Licensing Act*” olmuştur. Bu metin aslında daha çok sansüre yönelik ise de, (kitabın ahlâka adaba, devlete ve Anglikan Kilisesi öğretilerine aykırı olmadığını taahhüt eden *Licensor Belgesinin* kitapla birlikte basılma zorunluluğu) fikrî ürünler ilk kez hukuki bir metinde düzenlenmiştir.⁵⁴ Modern anlamda korumaya ilişkin ilk metin ise; başta John Locke olmak üzere birçok teorisyenin düşüncelerinin somutlaştığı “***An Act for the Encouragement of Learning***” (Öğrenmeyi Teşvik Eden bir Yasa) adını taşıyan İngiltere Kraliçesi Ann tarafından yürürlüğe konulmuş olan (“*Act of Ann*” adıyla da tanınır) kanundur. Bu kanun, yazara zaman itibarıyla sınırlı, (14 yıldır. Ancak talep halinde yazarın hayatta kaldığı sürece aynı periyodlarla uzatılabiliyor.) bir koruma sağlarken yeniden basımlar konusunda da inhisarî bir yetki sağlıyordu. Ancak bu haktan yararlanmak bazı şekli şartlara bağlanmıştı. Buna göre, kitapçılar loncasındaki sicile kayıt olmak ve kitapta yazarın hakkının saklı olduğunu gösteren ibarenin (*Copyright*), yayım tarihinin ve yazar adının bulunması zorunluydu.⁵⁵

Bu kanunun ardından İngiltere'de aşamalı olarak heykel sanatı (1734), tiyatro eserlerinin temsili ve müzik eserlerinin icrasına ilişkin (1882 ve 1888 tarihli) kanunlar da yürürlüğe girmiştir. Ancak tüm fikrî eserleri içeren ilk kapsamlı kanun 1911 tarihli kanundur.⁵⁶

⁵³ YARSUVAT, s.23

⁵⁴ AYİTER, s.20

⁵⁵ ÖZTAN, s.29, AYİTER, s.20, GİRİTLİOĞLU, s.6

⁵⁶ AYİTER, s.20

İngiltere'deki bu gelişmeler daha sonra Fransa'yı etkilemiştir. Fransız İhtilali ile her türlü imtiyaz kaldırılmış ve yazar odaklı bir düşünüş yapısı ile yazarın, yarattığı eser üzerinde manevi olduğu kadar malî yetkilerini de bulunduğu bilinci doğmuştur. Böylece, 13 Ocak ve 19 Temmuz 1791 tarihli kanunlar ile önce tiyatro eserleri daha sonra tüm sanat eserleri koruma altına alınmıştır.⁵⁷

Almanya'da politik birliğin bulunmaması nedeniyle yasal koruma dönemi daha geç gerçekleşmiştir. Hatta bu dönemdeki sıkıntıyı ifade etmek için Goethe'nin Alman Birliği'nin desteğiyle 39 ayrı Alman Devleti'nden imtiyaz aldığı anlatıla gelmiştir. İlk ciddi adım Prusya'da atılmış olup, hazırlanan yasa, hem edebî ve ilmî eserleri hem de müzik ve tiyatro eserlerinin korunmasını düzenleyen hükümler içermektedir.⁵⁸

Ulusal yasalarla koruma sağlanmış olmakla birlikte, teknik gelişmeler neticesinde fikrî ürünlerin etkisi ulusal sınırları zorlayıp, tüm dünyadan insanların ulaşabileceği hale gelmiştir. Bu değişiklik ülkesel korumanın yetersizliğini ortaya koyduğundan ülkeler önce ikili sözleşmeler yapmak yoluna gitmiş; ancak bu girişimin de ihtiyacı karşılayamayacağı anlaşıldığından, daha çok ülkenin katılımıyla fikrî ürünlerin korunmasına ilişkin çalışmalar yapılması gerektiği ortaya çıkmıştır. Böylece "**Uluslararası Koruma Evresi**" başlamıştır. Bu evrede birçok uluslararası sözleşme, birlik ve kongre gerçekleşmiş olmakla birlikte; aşağıda Uluslararası Koruma Evresinin en önemli metinleri ve konumuz itibarıyla ağırlıklı olarak fikir ve sanat eserlerine ilişkin düzenlemeleri içeren metinler üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

Fikrî ürünlerin kapsamlı bir şekilde uluslararası düzeyde koruması gerektiği hususu ilk kez Paris Dünya Sergisi'nde bir araya gelen sanatçılar tarafından tartışılmıştır. Victor Hugo başkanlığında *Association Littéraire Internationale (ALAI)* adı altında edebiyatçılar tarafından kurulan birlik, beşinci kongresinde İsviçre'nin Bern şehrinde bir kongre toplanmasına ve bu kongrede yine ALAI'nin ana prensiplerini belirlediği hususların imza altına alınmasına karar vermiştir. Böylece

⁵⁷ AYİTER, s.21

⁵⁸ ÖZTAN, s.30

1886 yılında **Bern Sözleşmesi** imzalanmıştır.⁵⁹ Sözleşmenin temeli iki ana prensibe dayanır. Bunlardan biri “**Asgari Haklar İlkesi**” yani taraf devletler sözleşme metniyle belirlenen asgari koruma şartlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Bir diğer prensip de “**Eşit İşlem İlkesi**” yani taraf ülkeler kendi yurttaşlarına tanıdığı hakları sözleşmenin tarafı diğer ülke vatandaşı olan eser sahiplerine de tanımayı taahhüt etmiştir. Bern Sözleşmesi ile fikir ve sanat eserlerinin korunması hususunda ortaya konulan önemli bir ilke de “**Koruma için herhangi bir makamda tescile gerek olmamasıdır.**” Taraf devletlerce, sözleşmenin ilk maddesi ile denetleyici bir organ olarak “**Bern Birliği**” kurulmuştur.

Avrupa ülkeleri sözleşmeye yoğun katılım gösterirken, Amerika Birleşik Devletleri bu sözleşmeye taraf olmayı tercih etmemiştir. Güney Amerika ülkeleri, Avrupa hukuk sistemiyle kendi hukuk sistemlerindeki farklılıklar nedeniyle Bern Sözleşmesi’ne katılmak konusunda istekli davranmamışlar ve kendi aralarında 1889 yılında Montevideo Sözleşmesini imzalamışlardır. Bu sözleşmeyi, bir dizi sözleşme (Meksiko Sözleşmesi, Rio De Janeiro Sözleşmesi, Buenos Aires Sözleşmesi, Caracas Sözleşmesi, Havana Sözleşmesi) takip etmiştir.

Bu iki önemli kıta arasındaki kopukluğun giderilmesi için, UNESCO’nun katkılarıyla 1952 yılında Cenevre’de “**Dünya Telif Hakları Sözleşmesi**” imzalanmıştır.

1975 yılında imzalanan “**Stockholm Sözleşmesi**” ile “Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü- WIPO (World Intellectual Property Organisation)/OMPI(Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) kurulmuştur. Bu örgütlenmenin amacını; devletler ve uluslararası örgütlerle işbirliği yaparak fikrî ürünlerin korunması için teşvik edici çalışmalar yapmak, sözleşmelerle kurulmuş olan birlikler arasında idari iş birliği sağlamak şeklinde özetleyebiliriz.

Konu üzerinde yapılan uluslararası sözleşmeler ve kongreler devletlerarasında fikir alışverişi ve uluslararası koruma hususunda eşgüdüm sağlamıştır. Kurulan birlik

⁵⁹ AYİTER, s.24, GİRİTLİOĞLU, s.8

ve örgütler de gerek ortaya koydukları faaliyetler ve gerekse düzenli yayınlar sayesinde güncel teorilerin ve yeni yaklaşımların gecikmeksizin tüm muhataplara aynı anda ulaşmasını sağlamaktadır.

2. Fikrî Hakkın Ülkemizdeki Tarihsel Gelişimine Genel Bakış

Genellikle ülkemizdeki fikrî hak tarihçesinin miladı İbrahim Müteferrika tarafından matbaanın ülkemize getirilişi ile başlatılır. Yaptığımız araştırmada bu milattan önce hukuki metinlerde ya da toplumsal hayata ilişkin değerlendirmelerde eser sahibinin hakkının göz ardı edilmesinin sonuçlarına ilişkin bir kaynağa rastlanamamıştır. Osmanlı öncesine ilişkin ise, konuyla ilgili neredeyse hiçbir çalışmaya ulaşılamamıştır. Acaba İbrahim Müteferrika'dan önce Osmanlı'nın hukuki metinlerinde ya da sosyal hayattaki etik değerleri içinde bu konu tartışılıyor muydu?

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; Osmanlı'nın matbaa ile tanışması İbrahim Müteferrika'dan çok daha öncedir. Gutenberg'den önce Çin'de 1041 yılında demir harfler üretilmiş olmasına karşın,⁶⁰ Guttenberg tarafından tek tek harflerin bir araya getirilerek basılması şeklindeki basım tekniği ile matbaacılık Avrupa'da daha yaygın hale gelmiştir.⁶¹ Gutenberg'in bu tekniğinin Avrupa'da yaygın hale gelmesinden çok kısa bir süre sonra, İspanya'dan gelen Museviler tarafından, 1493⁶² yılında, Osmanlı'da matbaacılık faaliyetleri başlamıştır. Ancak bu matbaalarda basılan eserler gayrimüslim cemaat içinde kapalı bir grup içinde dolaşımda olmuş, Osmanlı'nın tümüne yayılamamıştır.⁶³ Yabancı araştırmacılar bunun nedeninin, matbaacılıkla uğraşanların idam edileceğine ilişkin II. Bayezid'in fermanı olduğunu

⁶⁰ GERÇEK, Selim Nüzhet: Türk Matbaacılığı I Müteferrika Matbaası, İstanbul Devlet Basımevi, İstanbul, 1939, s. 11

⁶¹ GERÇEK, s. 11 vd., KÜÇÜKCAN, Berrin: "Dünden Bugüne Matbaanın Serüveni", Milli Kütüphanemizin İlk yöneticisi Leman Şenalp'e Armağan, Türk Kütüphaneciler Derneği, 2006, s.159,160

⁶² YARSUVAT, s.35, KÜÇÜKCAN, s. 161, GERÇEK, 1492'de Musevilerin Osmanlı'ya geldiklerini ve gelirken matbaayı da Osmanlı topraklarına getirdiklerini, 1493 senesinde İstanbul'da matbaanın faaliyete başladığını ifade eder.(s.26,27)

⁶³ İSKİT, Server R. Türkiye'de Matbaa Rejimleri, Ülkü Matbaası, İstanbul, 1939, (Tahlil ve Tarihçe Bölümü), s.3-4.

iddia etmektedir.⁶⁴ Selim Nüzhet Gerçek, bu iddiayı bir tariz olarak değerlendirmekte ve Didot'un konuyla ilgili birçok yazılı kaynağa ulaşmış olmasına rağmen bu fermana her nedense ulaşamadığını beyan etmektedir.⁶⁵ Bununla birlikte İbrahim Müteferrika tarafından kurulan matbaaya kadar Müslüman tebaa tarafından matbaacılık faaliyetlerinin gerçekleştirildiğine ilişkin bir kaynağa rastlanmadığını, ancak Musevi, Ermeni ve Rum tebaa tarafından matbaacılık işiyle uğraşıldığını, hatta yurtdışında Müslüman düşünürleri ve bilim insanlarının eserlerinin basılıp Osmanlı İmparatorluğu'nda satışa sunulduğunu da ifade etmiştir.⁶⁶ Ayrıca matbaa gibi yaygın bir yöntemle olmasa da bu dönemde Müslüman tebaa içinde el yazmasıyla eserler verildiği bilinir.

Görüldüğü gibi İbrahim Müteferrika'dan önce hem Müslüman hem de gayrimüslim tebaa tarafından fikrî ürünlerin ortaya konduğu açıktır. İbrahim Müteferrika 1727 yılında ilk imtiyazı III. Ahmet'ten aldıktan sonra⁶⁷ ilk kitap 1729'da basılmış olup, Tanzimat Ferman'ına kadar **500 adet kitap**,⁶⁸ yine ilk kitabın basıldığı tarihten, Birinci Meşrutiyete kadar (1875) 100 yıldan fazla sürede **2900 adet kitap** basılmıştır.⁶⁹ Görüldüğü gibi, İbrahim Müteferrika'nın matbaayı Osmanlı ile yeniden tanıştırması ile aslında, Avrupa'daki gibi sanat hayatında bir devrim, önemli, can alıcı bir değişiklik ya da geniş kitlelere hitap etme söz konusu olmamıştır. Osmanlı sanat hayatına bu kadar az etkisi olan bir olayın ülkemizde fikrî hakın miladı kabul edilmesi ilginçtir.

Yukarıdaki sorumuza dönersek İbrahim Müteferrika'dan önce ya da daha öncesi fikrî hak konusu Osmanlı'nın hukuki ve sosyal yaşantısında hiç mi sorgulanmamıştır?

⁶⁴ DİDOT, Firmin:Essai sur la typographie (GERÇEK'ten naklen alınmıştır. S. 17)

⁶⁵ GERÇEK, s. 17,18

⁶⁶ GERÇEK,s. 18-26

⁶⁷ YARSUVAT, s.37

⁶⁸ AYİTER, s.29

⁶⁹ KÜÇÜKCAN, s.167

Bu hususu tartışan çalışmalardan ulaşabildiklerimiz, İslam Hukuku'nu referans göstermektedir.⁷⁰ İslam öncesi döneme ilişkin bir değerlendirmeye ise araştırmalarımızda rastlanamamıştır. Bunun nedeni, Türkler için yerleşik yaşamın oldukça geç başlaması, kalıcı eserlerin sayısının da yerleşik hayatla birlikte hatırı sayılır bir rakama ulaşması olsa gerektir.

İslam Hukuku açısından konuya yaklaştığımızda sorumuza *KARAMAN* olumlu yanıt vermiştir. Buna göre, İslam Hukuku dışındaki hukuk sistemlerinde yapılan “*Maddi Mal-Manevi Mal*” (Manevi Mal, hariçte fizik varlığı bulunmamakla birlikte insanın malvarlığı, serveti içinde yeri olan mallardır.) ayrımı İslam Hukukuyla bağdaşmamaktadır. İslam Hukuku'nda, “*mal*” ve “*mülk*” şeklinde bir ayrım söz konusu olup, hak ve menfaatler ve bu kapsamda fikrî hak da mülk başlığı altında incelenmektedir. İslam Hukuku'nda mülk sınıfında yer alan hak ve menfaatlerin, dolayısıyla fikrî ürünlere ilişkin hakkın akde konu edilmemesinin tercih edildiğini de belirtmiştir.⁷¹ Bu tespitten İslam Hukuku'nda eser sahibinin hakkını devrinin tercih edilmeyen bir uygulama olduğunu anlıyoruz.

İslam Hukuku'nda mülkler arasında sayılan fikrî ürünlere ilişkin hak, aynî ve şahsi haklar içinde mütalaa edilemeyip, ayrı bir hak grubu olarak benimsenmekte ve “*muayyen bir mal üzerinde bahis mevzuu olmadığı gibi fiilen elde edilmekten uzak*” olarak nitelendirilmektedir. Bu ifadeden İslam Hukuku'nun bakış açısının gayri maddi mallar teorisine yakın olduğunu anlıyoruz. Ayrıca yeni eserlerin vücuda getirilmesi açısından teşvik edici olmak üzere, eser sahibinin söz konusu ürünün neşri ve yayılmasından doğacak gelirden faydalanabileceği hususu da İslam Hukuku'nun kabul ettiği bir haktır. *Karaman*, ayrıca bu tip hakların korunması hususunda “*Mesalihi mürsele*” çerçevesinde geniş imkânlar bulunduğunu da ifade etmiştir.⁷²

⁷⁰ ÇAKMAK, Diren: Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 2007(Bahar), 21. Sayı ISSN 1300-5766 s.197(191-234)

⁷¹ KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012, 3.Cilt s.31

⁷² KARAMAN, s.20 Dipnot:1

İbrahim Müteferrika öncesinde hukuki metinlerde bu şekilde ifade edilmekle birlikte; sosyal yaşam içinde fikrî hakkın ihlalinin ahlaken nasıl karşılandığına ilişkin bir kayda araştırmalarımız sırasında rastlanmamıştır.

Bu dönemden sonra fikrî ürünlerin konu edildiği ilk yasal düzenleme, 1839 Tanzimat Fermanı'ndan sonra 1840 tarihinde yürürlüğe giren *irade* ve 1841 tarihli, herkesin *tab'hane-i âmire'de* kitap bastırabileceği, ancak bunun için padişaktan izin alınması gerektiğini hükme bağlayan, *Matbaa Nizamnamesi*dir.⁷³ Bu düzenlemeler bize Müslüman tebaa içinde de yavaş yavaş matbaacılık ve basım faaliyetlerinin yaygınlaştığını göstermektedir.

1850 tarihli *Encümen-i Daniş Nizamnamesi* ise, fikrî ürünlerin eser olarak nitelendirilmesi, eserin yazarına malî haklar tanınması, kitapların basılmasına dair usul ve esaslar içermesi anlamında fikrî hakkın konu edildiği ilk hukuki metindir, diyebiliriz.

Bundan sonraki önemli adımlardan biri de 1857 tarihli nizamnamedir. Bu nizamname, bir yandan kitapların yayımından önce sansür edilmesi(gazeteler bu sansürün dışında tutuluyordu.) ile ilgili oldukça ayrıntılı ve sert bir prosedür içermekle birlikte yazarların imtiyaz sahibi olmasına ve belli bir ücret karşılığında haklarını devredebileceğine ilişkin hükümler içermesi açısından önemli bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

1857 tarihli nizamnameden sonra 1952 yılına kadar fikrî hakkı detaylı bir şekilde düzenleyen kaynak ise 1910 tarihli "*Hakk-ı Telif Kanunu'dur.*" Bugünkü Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1952 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu kanunun kapsamı diğerlerine göre oldukça geniş olup, fikir ve kalem mahsullerini, her nevi kitapları, resimleri ve çizgileri, hakkaklık eserlerini, heykelleri, planları, haritaları, teknik resimleri ve musiki eserlerini de konu edinmektedir. Kanun, Cumhuriyet Dönemi de dâhil olmak üzere, uzun yıllar

⁷³ GİRİTLİOĞLU, s.12

yürürlükte kalmış olmasına karşın, eserlerin korunması için, Bern Sözleşmesine aykırı olarak tescil şartını öngörmektedir.

Lozan Antlaşması, Türk Bağımsızlık Mücadelesi için olduğu kadar fikir ve sanat hayatımız açısından da ciddi önem arz etmektedir. Antlaşmada fikrî hakka ilişkin özel bir bölüm yer almaktadır. Buna göre Türkiye başta Bern olmak üzere fikrî ve sınaî hakların korunmasına ilişkin uluslararası metinlere 12 ay içinde taraf olmayı taahhüt etmiştir. Ancak çeviri eserlere duyulan ihtiyaç dolayısıyla bu konuda şerh koyarak taraf olmayı teklif ettiğimizden diğer devletler bu şerhe karşı çıkmış ve Türkiye'nin Bern Sözleşmesi'ne taraf olması gecikmiştir.

Son olarak, en güncel yasal düzenleme olan ve 1952 yılında yürürlüğe giren Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun hazırlanış serüveninden kısaca bahsedelim.

1938 yılında 1. Türk Neşriyat Kongresi'nde alınan bir karar üzerine, Maarif Vekilliği tarafından 10.05.1939 tarihli ve 81/3710 sayılı tezkere ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ilgili öğretim üyelerinden kurulu bir komisyona yeni bir "Telif Hakkı Kanunu" hazırlanması emredilmiştir. Kurulan komisyonda dönemin Dekanı Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in başkanlığında, Ord.Prof.Dr. Ebül'ulâ Mardin, A.B. Schwarz, Ch. Crozat, E.E. Hirsch, Doç. Yavuz Abadan ve Halil Arslanlı gibi çok değerli hocalar yer almıştır. Bu komisyon tezkerede talep edilenler doğrultusunda yaptıkları çalışmada aşağıdaki hususları ilke edinmiştir.⁷⁴

- ✓ Eser sahibinin hakkının (1910 tarihli Kanun'dan farklı olarak manevi haklara da vurgu yapılmıştır.) korunması
- ✓ Kamunun fikrî eserlerden olabildiğince yararlanmasının sağlanması,
- ✓ Uygulanma kabiliyeti yüksek ve etkili müeyyideler ve konuya uygun bir usulün düzenlenmesi,
- ✓ Türkiye'nin Bern Sözleşmesi'ne taraf olması halinde, Bern'in ana ilkeleri ile uyumlu olması

⁷⁴ HIRSCH, Fikrî Say, s.1 vd.

Prof. Hirsch ve çok kıymetli hocaların çabası ile hazırlanan bu taslak maalesef uzun bir süre hasıraltı edilmiştir. Hirsch anılarında, hazırladığı taslağın Milli Eğitim Bakanlığı'nın çekmecelerinde unutulup gittiğinden söz eder. Daha sonra Halide Edip Adıvar'ın telif hakları konulu 16 Haziran 1948 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlanan konuya ilişkin bir gazete yazısını müteakip 1948 yılında dönemin Adalet Bakanı, Prof. Hirsch'den hazırlamış olduğu taslağı yeniden gözden geçirmesini ve Bern Sözleşmesi'ne uygun bir metin hazırlamasını rica etmiştir.⁷⁵ 1948 yılında teslim edilen taslak 1950 yılında hükümet tasarısı olarak gündeme alındı ve 05. 12. 1951'de mecliste kabul edilerek, 01.01.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁶

FSEK, özellikle güncel uluslararası metinlerle uyum içinde olmak amacıyla 4630 sayılı kanun ile ve yine özellikle korsanlıkla mücadele amacıyla 5101 sayılı kanun ile değişikliklere uğramıştır. Ancak bu değişiklikler işlevini yerine getirmediği gibi, kanunun sistematığına ve temel değerlerine zarar vermiştir.⁷⁷ Hâlihazırda söz konusu kanun, güncel uluslararası değişiklikler, yeni sanatsal yaklaşımlar ve fikrî ürünler bakımından özellikle de bilgisayar programlarının korunması açısından ihtiyacı karşılamaktan uzaktır.

II. ESER KAVRAMI

A. Genel Olarak

Eser Arapça kökenli bir kelimedir. Sözlük anlamlarına göz atarsak;

- *“iz, işaret, belirti”*
- *“Bir insanın akıl ve kabiliyetinin ürünü olarak meydana getirdiği, ortaya koyduğu şey; güzel sanatlar dalında ilmî alanda, güzelliğe veya insanlığa faydalı diğer sahalarda meydana getirilmiş ürün, mahsul şeklinde ifade edilmeye çalışıldığını görüyoruz.”⁷⁸*

⁷⁵ HIRSCH, Ernst E.: Anılarım, Kayzer Dönemi Weimar Cumhuriyeti Atatürk Ülkesi, TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları, Tübitak Yayınları, Ankara, 9. Bası, 2005, s.372, 373

⁷⁶ 31.12.1951 Tarih ve 7981 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. HIRSCH, Anılarım, s.374

⁷⁷ TEKİNALP s.88

⁷⁸ MEB, Örnekleriyle Türkçe Sözlük Cilt 1, İstanbul, 2000, s.852

Türk Hukukunda bir fikrî çalışmanın eser olarak nitelendirilmesi ve korunması için mutlaka gerçek bir kişinin⁷⁹ fikrî çalışması neticesinde ortaya konmuş olması, insan iradesinin seçme, müdahale etme ve etkide bulunma yetilerinin sürece dâhil olması zorunludur. Her ne kadar, *Kummer* tarafından ortaya atılan “*Takdim Teorisi*”(Präsentationstheorie), tesadüfler ya da doğa olayları sonucu ortaya çıkan unsurların, istatistiksel olarak bir defaya mahsus olmaları ve topluma takdim edilmeleri kaydıyla eser olarak değerlendirilebileceklerini⁸⁰ kabul etse de, bu teori Türk Hukukunda hukukun ancak yaratıcı faaliyeti koruduğu⁸¹ gerekçesiyle taraftar bulmamıştır. Yani Peri Bacaları gibi doğa olayları sonucunda oluşmuş olan şekiller her ne kadar estetik değere sahip olsa da yaratıcı bir çalışmanın ürünü olmadığından eser koruması kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Hukukta “*eser*” kavramı günlük yaşamdan farklı anlamlarda kullanılan sahip teknik bir kavramdır. Hukukun değişik dallarıyla ilgili birçok mevzuatta terminolojik olarak farklı anlamlar ifade edebilmektedir. (Türk Borçlar Kanunu, Basın Kanunu vb.) Ancak kişilerin fikrî çalışmaları sonucunda oluşan, hukuki olarak değer ifade eden ve korunmaya layık ürünler, hukukumuzda “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu” kapsamında koruma altındadır.

Eser kavramı ile ilgili olarak; gerek ulusal ve gerekse uluslararası hukuki metinlerde açıklayıcı ve belirleyici bir tanıma ulaşmak zordur. Hatta FSEK’in “*TANIMLAR*” başlığı altında 1/B/a maddesindeki tanımda “*eser*” sözcüğünün yer alması, tanımlama tekniği ile bağdaşmadığından burada da açıklayıcı bir tanıma ulaşılamamıştır.

“*MADDE1/B - Bu Kanunda geçen tanımlardan;*

a) *Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*”

⁷⁹ KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s.126

⁸⁰KUMMER, m.: Das urheberrechtliche schützbare Werk, Bern,1968,s.57,75,103vd.(ÖZTAN, s.85’ten naklen alınmıştır.)

⁸¹ ÖZTAN, s.86

Hirsch eser kavramının tanımlanması hususu ile ilgili olarak; fikrî ürünlerin tamamının kanun himayesine layık olamayacağına, dolayısıyla hem korumaya layık fikrî ürün gruplarının hem de bu gruplara girecek eser çeşitlerinin tasnifinin oldukça zor olduğuna işaret etmiş ve kanun himayesine layık eserlerin ayrıca belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle tanım içinde eser tabirinin yer almasının hem doğru, hem de gerekli olduğunu, herkesi tatmin edecek açık ve kesin bir tanıma ulaşmanın zorluğunu dile getirmiştir.⁸²

Ayiter de bu konuda *Hirsch*'le aynı görüşte olup; “Fikir ve Sanat Eseri” kavramının genel kabul gören bir tarifile açıklanmasının güçlüğüne dikkat çekmiştir.⁸³

Kanaatimizce, hukuki metinlerde açıklayıcı bir tanım yapılmamış olması, çağın bilim ve sanat anlayışındaki değişiklik hızı ve kavramın dinamik yapısı dolayısıyla bilinçli bir tercihtir.

Gerek yasada yer alan tanımda ve gerekse doktrinde “eser” kavramı açıklanmaya çalışılırken, iki unsura vurgu yapılmaktadır. Bu iki unsur her ne kadar farklı adlandırmalar altında ifade edilse de genel olarak aşağıdaki iki başlık altında toplanabilir:

- Objektif Unsur
- Sübjektif Unsur

B. Objektif Unsur

Objektif unsur içeriğinde iki ögeyi barındırır:

- Soyut fikrin dış dünyada algılanabilir hale gelmesi,
- Soyut fikrin kanunla belirlenmiş olan eser türlerinden biriyle ifade edilmiş olması.⁸⁴

⁸² HIRSCH, Fikrî Sâ-y, s.10-11, HIRSCH, Fikrî ve Sinaî Haklar, s. 129 vd.

⁸³ AYİTER, s.38.

⁸⁴ TEKİNALP, s.109, EREL, s. 55

Soyut fikrin dış dünyada algılanabilir hale gelmesi hususu üzerinde kısaca durursak;

Bir fikrin ya da yaratıcı çalışmanın hukuken korunabilmesi için, idrak edilebilir olması, kamuya sunulabilir hale gelmesi yani bir ürün haline gelmesi gerekmektedir. FSEK md. 1/B/a’da da bu husus vurgulanmıştır.

*a)Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan **her nevi fikir ve sanat mahsullerini,***

Ayiter bu konuda, bir fikrin ya da yaratıcı düşüncenin varlığının delili olarak o fikrin ya da düşüncenin varoluş şeklinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁵

Hirsch ise, eserin ancak “*temellüke elverişli bir mal(meta) olması*” halinde hukuki olarak korunmaya muktedir olabileceğini, ihtiralarda (patent) ve sınaî modellerde (tasarım) olduğu gibi eser olarak nitelendirilebilecek ürünlerin de “*iktisaden istifadeye elverişli olması*” gerektiğini belirtmiştir. “*iktisaden istifadeye elverişli olma*” kavramının ise, “*...mahsulün bir meta olarak vücuda getirilebilmesi, sürülebilmesi arz ve tabik edilebilmesi sayesinde onu amme için faydalı kılmak imkânının mevcut olması...*” şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret ederek, kullandığı bu ifadeye açıklık getirmiştir.⁸⁶

Hirsch’in bu belirttiğimiz görüşleri Arslanlı tarafından eleştirilmiştir. Arslanlı “*iktisadi elverişlilik*” unsurunun eser için bir zorunluluk olamayacağını, çünkü her eserin iktisadi bir amaç güdülerek vücuda getirilmesi zorunluluğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca her ne kadar fikrî hak ile eser sahibinin malî menfaatleri korunsun da bu hakların yanında manevi menfaatlerinin de korunduğunu hatırlatarak, eserin korunmasındaki sübjektif unsur

⁸⁵ AYİTER, s.42.

⁸⁶ HIRSCH, Fikrî Say, s.11 vd. , HIRSCH, Fikrî ve Sınaî Haklar, s.130 vd.

olan “*sahibinin hususiyetinin*” esere yansımış olması unsurunun asıl unsur olduğunu ve kanunda da açıkça ifadesini bulunduğunu belirtmiştir.⁸⁷

Kılıçoğlu yukarıda ifade edilen düşünceler üzerinde bir değerlendirme yapmamakla birlikte; ortaya konan eserin sınaî haklarda olduğu gibi ticari nedenlerle kullanılması amacının zorunlu olamayacağını, sanatsal amaçla yaratılmak dışında başka bir amacın (örneğin iktisadi bir amaç) bulunması halinde dahi bu amacın önem arz etmediğini ifade etmiştir.⁸⁸

Erel ise; objektif unsur gereği eserin “*iktisaden değerlendirilmeye*” elverişli olmasından söz etmekle birlikte, fikir ve sanat eserlerinde, ihtira haklarında ifade edildiği şekilde iktisadi elverişlilik koşulunun aranamayacağını, çünkü her eserin iktisadi bir gayeyle ortaya konmak zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir.⁸⁹ *Ateş*, Hirsch’in “*temellüke salih bir mal*” sözüyle fikrî ürünü maddi bir mal haline getirmeyi kast etmiş olamayacağını iddia ederek; bu söz yerine, “*insan tarafından algılanabilir, hissedilebilir biçime bürünme*” sözlerinin kullanılmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir.⁹⁰

Bir fikrî çalışmanın eser olarak kabul edilmesi için gerekli ölçütler FSEK md. 1/B/a’da yer alan tanımda açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu ölçütler konusunda doktrinde de genel bir görüş birliği vardır. Bu nedenle, *Hirsch*’in “*iktisaden istifadeye elverişli olmak*” sözüne getirdiği yukarıda da ifade ettiğimiz tüm açıklamalara (“*...mahsulün bir meta olarak vücuda getirilebilmesi, sürülebilmesi arz ve tatbik edilebilmesi sayesinde onu amme için faydalı kılmak imkânının mevcut olması...*”) rağmen, iktisaden istifadeye elverişli olma hususunun bir fikrî ürünün korunması için zorunlu bir unsur olmadığını düşünüyoruz.

⁸⁷ ARSLANLI, Halil, Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954, s.4

⁸⁸ KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s.18

⁸⁹ EREL, s.51-52

⁹⁰ ATEŞ, s.34

Soyut fikrin kanunla belirlenmiş eser türlerinden biriyle ifade edilmiş olması hususu:

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi hukuki korumaya konu fikrî yaratımlar insan tarafından idrak edilebilir olması yanında aynı zamanda belli bir formda olmalıdır.

Fikrî bir ürünün eser olarak hangi formlarda korunacağı hususu hukuk düzenince tayin edilecek bir hukuk siyaseti meselesidir. Bu kapsamda söz konusu eser formlarının tespitinde, çağın kültürel, sanatsal, sosyolojik ve ekonomik koşulları belirleyici olacaktır.

FSEK’de korumadan yararlanacak olan yaratıcı çalışmaların 4 ana eser grubundan birine dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu eser grupları;

- İlim ve Edebiyat Eserleri
- Musikî Eserleri
- Güzel Sanat Eserleri
- Sinema Eserleri

şeklinde belirlenmiştir.

Bu gruplandırmanın tahdidi (*numerus clausus*) olduğu, ancak bu gruplar altında ifade edilen eserlerin örnek kabilinden sayıldığı böylece çağın değişim hızıyla ortaya çıkan yeni eser türlerinin bu gruplar altına dâhil edilmesinin mümkün olabileceği hususu doktrinde çoğunlukla kabul gören bir düşüncedir.⁹¹

Öztan kanun tarafından benimsenmiş olan eser gruplarının sınırlı şekilde sayımı ilkesi ile oluşan sistemi, insan ruhunun yaratıcı faaliyetindeki yenilenme hızının ve dinamik yapıdaki bilim, kültür ve sanat dünyasının gelişim ve değişim sürecinin gerisinde kalacağı gerekçesiyle eleştirmiştir. Ayrıca sınırlı sayım ilkesi gereği, özellikle yeni ortaya çıkan eser türlerinin zorlama bir şekilde söz konusu sınıflandırmalar içine sığdırılmaya çalışılması sebebiyle kanunda mantık hatalarının doğduğuna (Örneğin İlim ve Edebiyat Eserleri başlığı altında her nevi raks ve pandomimalardan söz edilmesi gibi) işaret etmiştir.⁹²

⁹¹ HIRSCH, Fikrî Say, s.31, ARSLANLI, s. 9-12, EREL, s.55, AYİTER, s.45, TEKİNALP, s.114.

⁹² ÖZTAN, s.107 vd.

*Yarsuvat*⁹³ da aynı endişeleri dile getirerek; eser gruplarının bu şekilde sınırlandırılmasının doğru olmadığını bu tarz sınırlandırmaların hem yaratıcı düşünceyi sınırladığını hem de kanunda sayılan eser türlerine dâhil edilemeyecek bir eser türünün ortaya çıkması halinde yapılacak eklemelerin kanunun ahengine zarar verebileceğini de ifade etmiştir.⁹⁴ *Hirsch*, Bern Sözleşmesinde⁹⁵ sözü geçen eserlerin bu dört grup içinde yer aldığını, bu sınırları aşan bir himayenin kabul görmesini doğru bulmadığını, bu gruplardan herhangi birine dâhil olması mümkün olmayan fikrî ürünlerin ise, “Haksız Rekabet” hükümleri kapsamında korunabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca ortak hükümler dışında sadece bazı eser gruplarına özgü hükümlerin oluşturulması ve uygulanmasının zorunluluğu karşısında tahdidi grupların yaratılmasının kanun tekniği anlamında kolaylık sağlayacağını da vurgulamıştır.⁹⁶

Erel ise; 1957 tarihli Fransız ve 1965 tarihli Alman Kanunlarının *numerus clausus* anlayışından uzak, hiçbir tarif ve tespiti yer vermeksizin, bilinen eser türlerinin örnek kabilinden belirtilmesine ilişkin eğilimleri, fikrî eser düzeyine ulaşmamış ürünleri kolayca eser niteliğine kavuşturacağı gerekçesi ile eleştirmiştir.⁹⁷

Sanat ve bilim dünyasındaki dinamik ve hızlı gelişim karşısında yaratıcı faaliyetin önündeki şekilsel engellerin varlığı, kanunun çağın gerisinde kalmasına ve sürekli yenilenme ihtiyacının doğmasına ya da kanun içinde sistematik hataların oluşmasına ve bu sebeple de kanunun işlevini yitirmesine neden olacaktır. Bu durum

⁹³ YARSUVAT, s.52 ve 59

⁹⁴ Yarsuvat, sözünü ettiği ahenk bozukluğuna ikinci maddeyi örnek olarak göstermiştir: 1983 yılında 2936 sayılı kanunla FSEK’ eklenen “Koreografi Eserleri” madde metninde her ne kadar İlim ve Edebiyat Eserleri arasında “Sözsüz Sahne Eserlerinden” sayılmakta ise de, başına ilave edilen “yazılı” ibaresi ile kanun koyucu kendi yarattığı sistematik içinde çelişkiye neden olmuştur. Ayrıca, Yarsuvat tespitine devamla, “Koreografi” kelimesinin Yunanca kökenli bir kelime olduğunu ve “Choreia”(dans) “graphein”(yazmak) kelimelerinden oluştuğunu ifade ederek, kelimenin aslında “Dansın Yazısı” anlamına geldiğini, yani koreografinin yazısız ifade edilmesinin mümkün olmaması dolayısıyla başına yazılı ibaresinin getirilmesiyle, sistematik hata yanında teknik bir ifade yanlışına da düşüldüğünü de belirtmiştir. YARSUVAT, s.54 (FSEK md.2: İlim ve edebiyat eserleri şunlardır:

2.(Değişik: 2936 - 1.11.1983) Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimaller ve buna benzer sözsüz sahne eserleri.)

⁹⁵ “Bern Sözleşmesi” 1883 Yılında İsviçre’nin Bern kentinde yapılmış olup, 1886 yılında 10 devletin katılımıyla Bern Birliği Anlaşması’na dönüşmüştür. Zaman içinde birçok değişiklik geçirmiştir. Türkiye 02.06.1951 tarihinde 3/13589 sayılı kararın RG’de yayımlanması ile Bern Sözleşmesi’ne taraf olmuştur.

⁹⁶ HIRSCH, Fikrî Say, s.31 vd.

⁹⁷ EREL, s.56

karşısında yasa koyucunun bu dinamik yapının hızına yetişememesi ve kanunda tahdidi olarak sayılan eser gruplarına dâhil edilemeyecek, ancak eser olarak korunması zaruri olan yeni fikrî yaratımlarının kanun korumasından yararlanamaması tehlikesi karşısında; biz de Öztan gibi eserlerin tasnif edildiği grupların tahdidi olmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Erel'in değindiği mahsurlar hususunda ise; hâlihazırda kanunda yer alan ve eserin genel vasıflarını gösteren umumi bir hükmün varlığı ve sınırlayıcı olmayan, örnek kabilinden gösterilecek eser grupları, henüz eser düzeyine ulaşmamış ürünleri değerlendirecek uygulayıcılar açısından yol gösterici olacaktır. Ayrıca bu ölçütler ışığında, konusunda uzman kişilerce yapılacak değerlendirme ile eser düzeyine ulaşmamış fikrî ürünlerin eser olarak kabul edilmesine ilişkin mahsurların kolaylıkla ortadan kaldırılabileceği düşüncesindeyiz.

C. Sübjektif Unsur

Bu unsur yasada eserin “*sahibinin hususiyetini*” taşıması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Bu kavramın anlamı ve düzeyi ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Hirsch,⁹⁸ fikrî hakkın inhisarî ve mutlak olma nitelikleri karşısında, kanun tarafından tanınan himayenin ancak umumi kültürü zenginleştirecek olan ürünlere sağlanması gerektiğine işaret etmiş ve hususiyet kavramını açıklarken, “*yenilik*” ve “*üslup*” kavramlarına vurgu yapmıştır. Yenilik düzeyi ile ilgili olarak, patent tescilinde aranan yenilik düzeyine atıfta bulunmuş ve ancak bu derece yeni, “*herkes tarafından vücuda getirilemeyecek*” olan ve “*hususiyet*” unsurunu taşıyan ürünlerin eser korumasından yararlanması gerektiğini savunmuştur. Bu değerlendirmesi ile tıpkı yenilik için öngördüğü düzeyde olduğu gibi, yaratıcılık düzeyini de oldukça yüksek tutup, yaratıcı düşüncenin ürünü olan eserlerin hem daha öncekilerden farklı olması gerektiğine, hem de eser sahibinin şahsiyetinden kaynaklanan, herkesçe vücuda getirilemeyecek bir hususiyet taşımasının zorunluluğuna işaret etmiştir.

⁹⁸ HIRSCH, Fikrî Say, s.12 vd.

Arslanlı ise;⁹⁹ hususiyeti, eser sahibine izafe edilebilecek fikrî mesainin “*nisbî istikâli*” olarak tanımlamıştır. Her eserin kendisinden önce ortaya konmuş eserlerden az ya da çok ilham alacağına işaret eden Arslanlı; esinlenmeye rağmen, ilham alınan eserden farklı olarak, eser sahibine izafe edilebilecek müstakil bir mesainin varlığından söz edilebiliyorsa, hususiyetin varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda Hirsch tarafından ortaya konan ve “*herkes tarafından vücuda getirilememe*” şeklinde tanımlanan yaratıcı düşünce düzeyini, oldukça yüksek olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir.

Arslanlı'nın “*Yenilik*” hususundaki görüşlerine gelirse; yine Hirsch'in ortaya attığı yenilik düzeyini -patent tescili yapılabilecek buluşlardaki yenilik-eleştirdiğini görüyoruz. Arslanlı, yenilik ve yaratıcılık düzeyinin bu denli yüksek olması halinin ancak başarıya özgü olacağı ve bu duruma çok az eserde rastlanacağı gerekçesiyle, kanun kapsamının bu şekilde sınırlanması halinde birçok fikrî ürünün korumadan mahrum kalması tehlikesine işaret etmiştir. (Örneğin işleme ve derleme eserlerde hususiyet ve yaratıcılık en alt düzeyde olup, yukarıda ifade edilen düzeye ulaşması mümkün değildir.) Özetle Arslanlı'nın daha öznel ve kişiye özgü bir kavram olarak hususiyet kavramını tanımladığını ve böylece üslup kavramına yaklaştığını söylemek mümkündür. Ayrıca Hirsch'in hususiyet konusundaki görüşlerine getirdiği eleştiriler dolayısıyla, yaratıcılık ve yenilik düzeyini çok yüksek tutmamayı tercih ettiğini anlıyoruz.

*Tekinalp*¹⁰⁰ ise “*hususiyet*” kavramını “*özgünlükle değil öznellikle*”, kişiye özgülikle açıklar. Eser, sahibine bağlıdır. Bu bağlılık, kişisel fikrî çabadan kaynaklanmaktadır. Sahibinin hususiyetini taşıma durumu Tekinalp tarafından, kısaca “*sanatçının mührü misali fikrî emeğin esere yansımaları*” şeklinde ifade edilmiş ve hususiyet, “*üslup*” kavramına yaklaştırılmıştır. Hususiyetin düzeyi ise, “*yenilik gerektirmeme, ancak sıradan da olmama, her gün her yerde gördüğümüz sonuçlardan ayrılma*” ölçütleriyle ifade edilmiştir. “*Orijinallik*” ve “*eser sahibine özgü olma*” gibi ölçütlerin ancak başarıya karşılayabileceği ve hususiyetin bu

⁹⁹ ARSLANLI, s.3 vd.

¹⁰⁰ TEKİNALP, s.104 vd.

kadar dar anlaşılması gerektiğine vurgu yapmakla birlikte, bu yaklaşımın da hususiyet kavramını sıradanlığa yaklaştırmaması gerektiğine işaret etmiştir.

Öztan da;¹⁰¹ hususiyet kavramını açıklarken “yenilik” kavramına vurgu yapmakla birlikte, yeniliğin sübjektif açıdan değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, üslup kavramına yaklaşmıştır. Ancak üslubun varlığının tespiti ile ilgili olarak, eserin yaratıcısının damgasını taşıması gibi yaratıcılığın ve eser sahibinin fikrî emeğinin esere en üst düzeyde yansımından bahsetmemiş, asgari bir yaratıcılık düzeyinin bulunmasını yeterli görmüştür. Bu asgari yaratma düzeyini ise eserin insanda bıraktığı toplam etkinin aynı konuda daha önce verilmiş olan eserlerle toplu mukayesesi yoluyla tespit edilebileceğini ifade ederek, o da koruma kapsamının geniş tutulmasına ilişkin yorumu tercih etmiştir.

Erel,¹⁰² hususiyetle ilgili olarak, söz konusu eserin bağımsız bir fikrî çalışmanın ürünü olması ve sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini taşıması gerekliliğine vurgu yapmakla birlikte, bağımsızlığın ve yaratıcılığın mutlak olarak anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Fikrî hukukta eser sahibinin kendisinden önce yaratılmış olan eserlerden etkilenmesinin her zaman mümkün olduğunu ve bir olayın ya da olgunun her eser sahibi tarafından başka türlü şekillendirilebileceği, yorumlanabileceği, tasnif edilebileceğinin göz ardı edilmemesi gerektiği gerekçesiyle, gerek yenilik ve gerekse yaratıcılık unsurlarının asgari düzeyde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Özellikle yaratıcılık düzeyinin mutlak orijinaliteyi tanımlayan “daha önce görülmemiş ve duyulmamış olmak gibi” kavramlarla açıklanmaması gerektiğini aksi halde kanunun uygulama alanının oldukça daralacağını ifade etmiştir.

Kılıçoğlu ise, bir yandan yeniliğe, bilineni tekrar etmemeye vurgu yaparken, bir yandan da eserin “sahibinin damgasını taşıması gerektiğini” ifade ederek “özgünlük ve özneliği” bir araya getirmiştir. Ancak yaratım sürecinde esinlenme ve önceki eserlerden yararlanmanın kaçınılmaz olduğunu belirtmekle birlikte, yenilik kavramını kopya etmeme, taklit etmeme olarak tanımlamış ve iktibas serbestisi ile

¹⁰¹ ÖZTAN, s.96,97,98.

¹⁰² EREL, s.52 vd.

ilgili olarak da FSEK md. 35'i referans olarak göstermiştir. Tüm bu açıklamalar karşısında, hususiyetteki yaratıcılık düzeyinin Tekinalp'in belirttiği sıradan olmama düzeyinden biraz daha yüksek olduğunu anlıyoruz.¹⁰³

*Yarsuvat*¹⁰⁴ ise, bir fikrî ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için en önemli ölçütün yaratıcısının özelliğini taşıması gerekliliğine işaret etmiş ve eseri yaratanla meydana gelen ürün arasındaki bağın ortaya konmasının şart olduğunu belirtmiştir. Eserin yaratıcısının özelliğini taşımasıyla ilgili olarak “*orijinallik*” kavramını referans almış ve bu kavramı da “*mutlak orijinallik*” ve “*bağıntılı orijinallik*” şeklinde derecelendirmiştir. Mutlak orijinallikten söz edilebilmesi için bir eserin daha önce var olan başka bir eserle ilişkili olmaması gerektiğini, buna karşılık daha eski tarihli eserlerden alıntılar içeren bir eser söz konusu ise o zaman bağıntılı orijinalliğin söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Orijinalliğin düzeyinin tespiti ile ilgili olarak ise, eser türlerine göre, kimi kez şeklin (örneğin güzel sanat eserleri) kimi kez de içeriğin ya da düşüncenin (örneğin ilim ve edebiyat eserleri) öne çıktığını ifade etmiştir.

*Ayiter*¹⁰⁵ ise; hususiyetin “*var olandan başka olmak, tek olmak*” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda Hirsch'in görüşlerini, Arslanlı'dan biraz daha farklı yorumlayarak, fazla bir fikrî emek sarf edilmeden ortaya konulan, yaratıcılık anlamında belli bir verim seviyesini aşmamış ve herkesçe vücuda getirilebilecek çalışmaların hususiyet taşıdığından söz edilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Ancak buradaki düzeyi yorumlarken bir başyapıtta özgü hususiyet kavramına yakın olmamakla birlikte asgari veya vasat bir yaratıcılık düzeyinden de söz etmediği açıkça anlaşılmaktadır. Alman Doktrini tarafından ortaya atılan şekil ve içerik tartışmasına değinmekle birlikte; verdiği örneklerle hususiyetin ve yaratıcı düşüncenin, kimi kez içerikte kimi kez de herkes tarafından dile getirilmiş olan bir konunun farklı açılardan ele alınıp değerlendirildiği şekilde öne çıkabileceğine dikkati çekmiştir.

¹⁰³ KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s.119 vd.

¹⁰⁴ YARSUVAT, s.52 vd.

¹⁰⁵ AYİTER, s.41 vd.

Yukarıda ifade edilen “*şekil*” ve “*içerik*” tartışması hususunda *Erel*, şekil ile içerik arasında her zaman kesin bir ayırım yapılamayacağı gerekçesiyle bu tartışmaların uygulama anlamında bir değer ifade etmediğini sadece teorik bir değeri olduğuna işaret etmiştir.¹⁰⁶ *Tekinalp*, bu husus ile ilgili olarak “*Bütünlük İlkesi*”ne değinerek, salt biçimin ya da hususiyetin şekillenmediği bir içeriğin korunamayacağı gerekçesiyle hususiyetin kendisini şekil ve içeriğin bütününde gösterebileceğini ifade etmiştir.¹⁰⁷

Bize göre de; hususiyet kavramının, *Tekinalp*’in de ifade ettiği gibi “*Bütünlük İlkesi*” gereği fikrî ürünün bütününde aranması gerekmektedir. Bir eserin hususiyet taşıyıp taşımadığı hususunun değerlendirilmesinde içerikle bu içeriğin ortaya konduğu şekli ayrı ayrı düşünerek değerlendirmek mümkün değildir. Bir eserde hususiyetin nasıl algılanması gerektiği ile ilgili olarak ise; *Kılıçoğlu*’nun ifade ettiği gibi, öznellik ve özgünlüğün bir arada anlaşılması gerektiğini ve yenilik ve yaratıcılık düzeyinin ise, yapıtın seviyesinde olmamakla birlikte, sıradanlığa yaklaşmayacak kadar da asgari bir miktarda bulunması zorunluluğunu kabul etmekteyiz.

III. ESER ÜZERİNDEKİ FİKRÎ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Eser Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler

Fikrî hakkın hukuki mahiyetinin açıklanması sadece teorik bir tartışma niteliğinde olmayıp, eser sahibinin hakkının devrinin mümkün olup olmadığı, söz konusu hakkın hukuki işlemlere konu olup olamayacağı hususlarının tespiti bakımından da önem arz etmektedir. Konuya ilişkin tarihsel süreçte birçok teori ortaya konulmuş olmakla birlikte aşağıda, günümüzde de taraftar bulan ve genel kabul gören teorileri kısaca inceleyeceğiz.

¹⁰⁶ EREL, s.54.

¹⁰⁷ TEKİNALP, s.108.

1. Fikrî Mülkiyet Teorisi

Bu teori ilk kez 17. yy'de Jena Üniversitesi Profesörlerinden Adrian Beier tarafından ortaya atılmıştır.¹⁰⁸ Teori, Rönesans'la ortaya çıkan ve bireyin değerli olduğu, doğuştan bir takım vazgeçilmez haklara sahip olduğu düşüncesi ve sonrasında Fransız Devriminin tüm imtiyazları, üstünlükleri reddeden düşünüş biçimiyle kendini bulan “Doğal Hukuk” anlayışının etkisiyle şekillenmiştir.

John Locke doğal hukuk anlayışında mülkiyet sorununu, “*Hükümet Üstüne İkinci Tez*” adlı eserinde; “...doğanın verdiği haliyle kişinin ondan elde ettiği her ne ise; emeğini karıştırdığı, kattığı şey onundur ve bu nedenle onu kendi mülkü yapar.”¹⁰⁹ “...Bir şeyin değerinin diğerinkinden farkını emek yaratır; “...değerin en büyük kısmı emeğin yarattığı gelişmenin ürünüdür.”¹¹⁰ cümleleriyle ifade etmiş ve fikirsel ürünler üzerindeki malî haklara ilişkin düşüncesini de “...icat ve zanaatlar hayata yeni kolaylıklar getirdiğinde, refahını korumak için yaptığının büyük bölümü tamamen onundur ve ortak olarak diğerlerine ait değildir.”¹¹¹ sözleriyle özetlemiştir. Locke, yukarıdaki sözleriyle, fikirsel çalışma ve emek sonucu ortaya çıkan ürünü kişinin malvarlığındaki değerlerden biri olarak kabul ettiğini anlatmaya çalışmıştır.

18. yy'da bu teori daha çok tartışılmış, bu tartışmalara dönemin ünlü düşünürleri Fichte ve Hegel de dâhil olmuştur.

FICHTE konuya ilişkin görüşlerini “*Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*” adlı eserinde şöyle özetlemiştir: Fikrî ürünlerin iki yönü vardır. Bunlar eserin “fiziksel yönü” ve “düşünsel yönü ” dür. Eserin fiziksel yönü yani basılı nüsha kuşkusuz satım ilişkisiyle alıcıya geçmektedir. Alıcı bu nüshayı okur, kiralar, yeniden satar, hatta yırtıp parçalara ayırabilir veya yakabilir. Bu konuda kimsenin alıcıya müdahale hakkı yoktur. Asıl sorun, eserin düşünsel yönüyle ilgilidir. Fichte, eserin düşünsel yönünü de ikiye ayırarak değerlendirmiştir. Bu ayırım eserin *maddi (kitapta yer alan düşünceler)* ve *şekli (kitaptaki düşüncelerin*

¹⁰⁸ GİRİTLİOĞLU, s.15

¹⁰⁹ LOCKE, John: *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, Çeviri: Aysel Doğan, İlya Yayınevi, İzmir, 7. Bası, 2013 s.46

¹¹⁰ a.g.e s.55

¹¹¹ a.g.e. s:57

ifade edilmiş biçimi) boyutu şeklinde ifade edilmiştir. Eserin maddi boyutunda yer alan düşünceler, okunup özümsemiği ve anlaşıldığı takdirde herkese aittir. Eserin satın alınması ya da okunmasıyla sahip olunamayacak tek bir şey vardır: O da eserin şekli boyutu yani eseri yaratanın söz konusu görüş ve düşünceleri ifade edilmiş biçimi, kullandığı sözcükler, bunları kullanma biçimi vs. tartışmasız bir şekilde eserin yaratıcısına aittir, onun malıdır.¹¹² Eserin yaratıcısının malı olan şekli boyutun intihali, söz konusu eser anonim dahi olsa, hırsızlıktır.¹¹³

HEGEL ise, “*Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri*” adlı eserinin “*Mülkiyet*” başlığı altında entelektüel nitelikler sonucu doğan ürünlerin mukavele konusu olduklarını ifade etmiş ve mukavelelere genellikle somut “şey”lerin konu olduğunun düşünülmesi dolayısıyla bu görüşüne bir açıklama getirmiştir. Entelektüel beceri, bilgi ve kabiliyet ürünü olan bilim ve sanat ürünlerinin her ne kadar içsel, spiritüel bir yapısı olsa da ifade yoluyla bu ürünlere bir dış mevcudiyet verilebileceğini ve böylece bu ürünlerin elden çıkarılabileceğini ve bu sebeple “şey” kategorisine sokulabileceğini belirtmiştir.¹¹⁴

Fichte'nin yaptığı ayrımın benzerini Hegel'in de yaptığını görmek mümkündür. Hegel'e göre bir eserin bir nüshasının satın alınmasıyla alıcı, eserin hem fiziksel varlığı olan bir nüshasını hem de fikirleri elde eder. Ancak söz konusu fikrî ürünün maddede tecessüm eden formu, ifade edilmiş biçimi yaratıcıya aittir. Hegel görüşlerine devamlı, bilim ve sanatın korunmasının, bilim ve sanatla uğraşanların hırsızlığa karşı güvenceye alınmaları ve mülkiyetlerinin himaye edilmesiyle mümkün olabileceğini de belirtmiş ve bunu tıpkı sanayi ve ticaretin gelişmesi için eşkıyalığa karşı tedbir alınması gerekliliğine benzetmiştir.¹¹⁵

Fransız İhtilali, tüm imtiyazları yerle bir ederken, matbaacıların eserler üzerindeki imtiyaz hakları da bundan nasibini almıştır. Bu yeni düşünüş şekli ile bir

¹¹² FICHTE, Johann Gottlieb: “Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and Parable” (Orijinal adı: Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks) Çeviri Martha Woodmansee, s. 2 (Case Western Reserve Üniversitesinin web sitesinden www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte_Proof.doc linkiyle ulaşılmıştır. Son Erişim tarihi: 21.04.2014)

¹¹³ a.g.e s.4

¹¹⁴ HEGEL, G.W. F. : Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çeviri: Cenap KARAKAYA Sosyal Yayınları, İstanbul, 1991, s.63-64

¹¹⁵ HEGEL, s.80-81

fikrî emek sonucu doğmuş olan eserin, o fikrî çalışmayı gerçekleştirenin, yani yaratıcısının mülkü sayılacağı, dolayısıyla eser sahibinin söz konusu eseri maddi olarak istediği gibi değerlendirebileceği kabul edilmiştir. Fransa’da bu teorinin, hukukçular tarafından değil de *Diderot*, *Lamartine*, *Voltaire* gibi aydınlanma önderleri olan düşünürlerce dile getirilmiş olması ilgi çekicidir. Teori soyut olan eserle, eserin üzerinde var olduğu somut maddeyi ayırmamış her ikisini bir bütün olarak mülkiyete konu etmiştir. Burada teknik anlamda mülkiyetten söz edilmemekle birlikte kapsamlı ve tekelci yetkiler söz konusudur.

Bu teori eser üzerindeki hakkı tek yönlü değerlendirip, sadece malî haklara vurgu yaptığı, manevi hakları görmezden geldiği için eleştirilmiş ve terk edilmiştir. Ancak yine de eser üzerindeki hakkın yalnızca ve yalnızca eseri yaratana ait olduğu düşüncesinin yerleşmesi ve imtiyazlar döneminin sona ermesi açısından teori önemli tarihi bir görev üstlenmiştir. Hâlihazırda eser sahibinin hakkını açıklamak bakımından terk edilmiş olsa da üstlendiği tarihi göreve istinaden “*Fikrî Mülkiyet*” kavramı hala kullanılan ve kabul gören bir kavram olmaya devam etmektedir.

2. Kişilik Hakları Teorisi

Bir eserin meydana gelmesi manevi bir süreçtir. Oysaki Fikrî Mülkiyet Teorisi malî haklara o kadar aşırı vurgu yapmıştır ki; eleştirilere uğraması kaçınılmaz olmuş ve bu kez de tam ters yönde, manevi haklara vurgu yapan teoriler filizlenmiştir.

Kant, 1785 tarihli “*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*” (*Kitapların İzinsiz Çoğaltılmasının Hukuka Aykırılığı*) adlı yazısında; yazarın aslında yarattığı eserle toplumla konuştuğunu, ilişki kurduğunu, eserin somutlaştığı kitabın ise; bu ilişkinin aracısı olduğunu, yazarın geniş kitlelere ulaşmasını sağladığını ifade etmiştir.¹¹⁶ Bu düşünceleriyle Kant aslında, Fichte’nin yaptığı ayrıma benzer bir ayrımla eserin, basılı bir nüsha şeklindeki, aynî hakka konu maddi kısmının ve ayrıca yazarın okuyucusuyla konuşmasını, ona hitap etmesini

¹¹⁶ KANT, Emanuel: “Essays and Treatises on Moral, Political and Various Philosophical Subjects-of the Injustice of Counterfeiting Books, Vol I London, 1798(Google Books ‘tan ulaşılmıştır. Erişim tarihi 13.02.2014) s.229 -230

sağlayan içerik kısmının bulunduğunu ifade etmekle birlikte, farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Kant, yazarın okuyucularına hitap etmesi metaforu üzerinden teorisini şekillendirdiği ve teorinin merkezine bu metaforu koyduğu için içerik üzerindeki hakkı da daha idealist bir yaklaşımla açıklamaya çalışmış ve bu hakkın şahsi nitelikli olduğunu ifade etmiştir. Fichte, yukarıda ifade ettiğimiz gibi eserin izinsiz kopyalanmasını hırsızlık olarak nitelendirip tamamen malî haklara vurgu yaparken, Kant kopyalayanın yazara verdiği zararı, yazarın özel, kişisel alanının istila edilmesi olarak tanımlamıştır.¹¹⁷ Bu nedenle de yazarın eser üzerindeki hakkını sadece kendi şahsına dayanan ve devri mümkün olmayan bir hak olarak nitelendirmiştir.¹¹⁸ Ancak Kant bu görüşlerini sadece yazılı eserler üzerindeki hakla sınırlı tutup, diğer sanatsal çalışmaları sanatçının toplumla konuşması şeklinde nitelendirmemiştir.¹¹⁹

Kant'ın bu görüşleri Otto von Gierke tarafından geliştirilmiş ve eser üzerindeki malî hakların söz konusu eserin, sahibinin şahsiyetinin bir tezahürü olması dolayısıyla şahsiyet haklarından kaynaklandığı ifade edilmiştir.¹²⁰ Eser üzerindeki hakkın devri hususuna gelirsek; Kant yalnızca eserin manevi içeriğini esas aldığı için yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, hakkın devrini mümkün görmemektedir.

Gierke ise; söz konusu hakkın kişilik hakkı olması dolayısıyla yalnızca kullanımının geçirilebileceği özünün yine eser sahibinde kalacağını iddia etmektedir.¹²¹

Bu teori eser üzerindeki hakkı tek yönlü ve fazla idealist bir yaklaşımla değerlendirdiği için eleştirilmiştir. Eserin yaratım sürecinde manevi yönün ağır basması ve söz konusu eserin sahibinin kişiliğinin bir yansıması olarak değerlendirilmesine rağmen fikrî hakkı açıklamaya çalışan bir teorinin eser sahibinin manevi menfaatleri üzerinde durduğu kadar maddi menfaatlerini de değerlendirmesi yaratıcı faaliyetlerin teşviki ve devamlılığı açısından bir zorunluluktur.

¹¹⁷ a.g.e.231

¹¹⁸ a.g.e. s.238

¹¹⁹ a.g.e. s.236-238

¹²⁰ AYİTER, s.34

¹²¹ von GIERKE, Otto Deutsches Privatrecht, erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht,1963 s.788(GİRİTLİOĞLU s.19'dan naklen alınmıştır.)

3. Düalist Teori

Düalist Teori, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 1902 tarihli *Lecoq* içtihadı ile ilk kez dile getirilmiş ve fikrî hak "*Jus Sui Generis*" bir hak olarak nitelendirilmiştir.¹²²

Fikrî Mülkiyet Teorisi ve Kişilik Hakları Teorisinin tek yanlı bakış açılarına ilişkin eleştirilerden yola çıkan Kohler; Hegel ve Fichte'nin Fikrî Mülkiyet Teorisine esas olan görüşlerini başlangıç noktası yapmış ve "*Gayri Maddi Mallar Teorisini*" geliştirmiş ve oradan da Düalist Teoriye ulaşmıştır.¹²³ Sonrasında zellikle De Boor ve George Mller'in katkılarıyla *Düalist Teori* son şeklini almıştır.

Mülkiyet kavramı somut, maddi nesnelere için kullanılır. Oysa fikrî hukuka konu fikrî çalışmalar soyuttur. Bu sebeple eşya olarak nitelendirilemez ve "Mülkiyet" kavramı altında "Ayn Haklar" kapsamında korunamaz. Fikrî rnlerin ortaya çıkışı manevi bir süreç olmakla birlikte, kişisel hakları düzenleyen hukuk kuralları bu ürünlerin korunması için yeterli değildir. Çünkü bu çalışmalar bir yandan da ekonomik bir değer ifade etmektedir. İşte bu dilemma karşısında Kohler bu ürünleri tanımlamak için "Gayri Maddi Mallar" kavramını ortaya atmıştır.¹²⁴

Gayri Maddi Mallar olarak nitelendirdiği fikrî ürünleri, tıpkı Hegel ve Fichte gibi eser sahibinin üslubunu yansıtan şekil ve eserin içeriği olmak üzere ikiye ayırmış, ancak onlardan farklı olarak, şekil yanında içeriğin de korunması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁵

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Kohler ve daha sonra teoriye katkıda bulunan De Boor ve Mller eser sahibinin ne malî haklarını ne de manevi haklarını göz ardı etmekte ve kendilerinden önce gelen teorilerde olduğu gibi bu iki hak arasındaki

¹²² HIRSCH, Fikrî Sy, s. 113

¹²³ GİRİTLİOğLU, s.19-20

¹²⁴ TEKİNALP, s.92

¹²⁵ ÖZTAN, s.34

ayrımı benimsemektedirler. Buna göre fikrî hukuk tek bir hukuktan oluşmayıp, farklı nitelikte iki ayrı hakkı himaye eden iki ayrı hukukun çatısıdır.¹²⁶

Bu teori fikrî hakkı bir bütün olarak görmeyip, malî ve manevi hakları yan yana ama ayrı haklar olarak nitelendirmiş ve eser sahibi başkalarına ne kadar çok malî hak devrederse, eseriyle arasındaki bağ o kadar zayıflayacağı için eleştirilmiştir.¹²⁷ Bu eleştiriyi somut olarak Hirsch'in verdiği “*Canal Davası*” örneğinde görebiliriz. Davada eşlerden birinin evlilik birliği sırasında yayımlamış olduğu eserlerin mal ortaklığına girip girmediği tartışılmıştır. Düalist teori kabul edilirse, bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Bu durumu eser sahibinin eseri üzerindeki kontrolü açısından sakıncalı, hak ve nısfete aykırı gören Paris Mahkemesi bir orta yol arayışına gitmiş ve münferit hakların semerelerinin mal ortaklığına dâhil edilebileceğine karar vermiştir.¹²⁸

4. Monist Teori

Düalist teorinin aldığı eleştirilerden yola çıkan bu teori ilk kez Harum tarafından dile getirilmiş,¹²⁹ ancak son ve kabul gören haline Allfeld ve Ulmer'in çalışmalarıyla ulaşmıştır. Ulmer'in konuyla ilgili görüşlerini özetlediği çarpıcı örneği dolayısıyla bu teori “*Ağaç Teorisi*” olarak da anılır. Eser sahibinin malî ve manevi menfaatleri ağacın kökleri; Fikrî Hukuk, ağacın gövdesi; hakka ilişkin yetkiler ise, ağacın dallarıdır. Kimi kez malî unsurlar manevi yetkilerin kullanılmasına, kimi kez de manevi unsurların ihlali malî yetkilerin kullanılmasına neden olabilir.¹³⁰

Yukarıdaki örnekte de ifade edildiği gibi, teoriye göre eser üzerindeki hak tek bir hak olmakla birlikte, bu hak hem malî hem de manevi yetkiler içermektedir. Yani, hem malî hem de manevi nitelikte birçok yetkinin dayandığı tek bir haktan söz edilmektedir. Dolayısıyla bu hakkı ne malvarlığı hakları içine, ne de manevi haklar içine dâhil etmek mümkün olduğundan fikrî hak dediğimiz hak “*sui generis*” bir haktır.

¹²⁶ AYİTER, s.36, GİRİTLİOĞLU, s.20, TEKİNALP, s.92

¹²⁷ HIRSCH, Fikrî Sây, s.114,115

¹²⁸ HIRSCH, Fikrî Sây, s.116

¹²⁹ GİRİTLİOĞLU, s.21

¹³⁰ ÖZTAN, s. 35

Düalist teoriden farklı olarak tek bir haktan söz ettiğimiz için hakkın devri mümkün değildir. Devir, tek olan hakkı bir arada tutan bağlardan birinin kopması, kavramın dağılması ve eser sahibinin eseri üzerindeki kontrolünün yok olması anlamına gelecektir. Bununla birlikte teori mali yetkilerin kullanımının geçirilmesine yani lisansa cevaz vermektedir.¹³¹ Yine bu hak eser sahibinin ölümü ile bir bütün olarak mirasçılara intikal edecektir.

Günümüz modern hukuk sistemlerinde genel olarak kabul gören teori de Monist Teori'dir.

5. Eser Sahipliği Teorisi

Teori FSEK'i hazırlayan Hirsch tarafından ortaya atılmıştır. Ana hatlarıyla Monist Teoriye benzemektedir. Ancak kavramsal değerlendirmeler konusunda ayrılıklar söz konusudur. Örneğin; fikrî bir çalışmanın vücuda getirilmesiyle doğan eser üzerinde, malî ve manevi nitelikli yetkilerin toplandığı subjektif bir haktan değil, eserin ortaya çıkmasıyla kanunen iktisap edilen, sahibine malî ve manevi yetkiler sunan objektif bir durumdan bahsedilir.¹³²

Subjektif hak kavramını kabul etmeyen Hirsch, bu nedenle "*telif hakkı*" kavramı yerine "*eser sahipliği*" kavramının kullanılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. Hirsch bu durumu "*sözleşme*" örneğine benzetmiştir. Sözleşmeden doğan yetkiler toplamının hak olarak nitelendirilmesi nasıl mümkün değilse Hirsch'e göre; eser sahipliğinden kaynaklanan yetkiler toplamının da hak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü her iki durumda da bu haklar söz konusu objektif durumdan doğmaktadır.¹³³

Hirsch eser sahipliğinden kaynaklanan yetkilerin devriyle ilgili olarak; sahiplik vasfı sebebiyle eserin kontrolünün eser sahibinin elinden çıkmasının ya da

¹³¹ TEKİNALP, s.93, ÖZTAN, s.36, ATEŞ, Mustafa: Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.40, ARSLANLI, s.78

¹³² HIRSCH, Fikrî Sây, s.116

¹³³ HIRSCH, Fikrî Say, s.116

eserin sahibiyle bağının kopmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca, devralan şahsın, talep hakkının mücerret bir alacaktan doğmadığını, belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş bir hak olarak talepte bulunma yetkisini iktisap edip kullanabileceğini ifade eder.¹³⁴

Teori, bazı yazarlarca eleştirilmiştir:

Ayiter, Hirsch'in "hak" kavramı yerine "objektif hukuki durum" kavramını tercih etmesinin pratik bir değerinin bulunmadığını, subjektif bir haktan da birden çok yetkinin kaynaklanmasının mümkün olduğunu ifade ederek teoriyi eleştirmiştir.¹³⁵

Giritlioğlu da Hirsch'in objektif durum nitelendirmesinin yerinde olmadığını, örneğin hukuki tağyir yoluyla mülkiyetin kazanılmasının bu teori kapsamında mümkün olmayacağını, sadece objektif bir durum yaratılacağını ifade ederek, hukuki ilişkilere ilişkin "*sun'î olarak bölücü ve yetersiz*" bir açıklamaya meydan verdiği için eleştirmektedir.¹³⁶

6. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'na Hâkim Olan Görüş

FSEK'e egemen olan teoriyle ilgili tartışmalarda, FSEK'in hazırlanma sürecinde Hirsch'in etkin rolü sebebiyle "Eser Sahipliği Teorisine" vurgu yapılmaktadır.¹³⁷ Bununla birlikte, bizim de amaca en uygun teori olarak gördüğümüz monist teori amaca hizmet etmesi açısından doktrinde genel kabul gören görüşler arasındadır.¹³⁸

FSEK üzerinde Eser Sahipliği Teorisinin etkili olup olmadığı hususuna gelirse; bize göre, FSEK üzerinde eser sahipliği teorisinin etkisinden söz etmek çok da mümkün değildir. Bir kere en başta FSEK'te yer alan terminoloji eser sahipliği

¹³⁴ HIRSCH, Fikrî Say, s.117

¹³⁵ AYİTER, s.37

¹³⁶ GİRİTLİOĞLU, s. 24

¹³⁷ EREL, s. 34, ATEŞ, Eser Sahipliği, s.42,43,44

¹³⁸ ÖZTAN, s. 36, AYİTER, s.37, GİRİTLİOĞLU, monist teoriyi ayrı hak teorisi olarak adlandırmaktadır.(GİRİTLİOĞLU, s. 24), YARSUVAT, s. 50, ARSLANLI her ne kadar mülkiyet terimini kullansa da malî hakların manevi haklardan ayrı müstakil bir kategori olarak nitelendirilemeyeceğini ifade ederek o da monist teoriye yakın durmuştur. (ARSLANLI, s. 78)

teorisi ile uyumsuzdur: Hirsch, yukarıda ifade ettiğimiz gibi eser üzerindeki hak açısından “telif hakkı” kavramı yerine “eser sahipliği” kavramının kullanılmasını uygun bulmasına karşın, kanunda fikrî hak kavramı kullanılmıştır. Bununla birlikte; Hirsch’e göre eser sahipliği, orijinal fikrî yaratıcılığın sonucu kanundan dolayı kazanılan ve sahibine malî ve manevi yetkiler bahşeden objektif bir durum olarak kabul edilmesine karşın, 2001 yılında 4630 sayılı kanun ile yapılan değişikliğe kadar, işverenler ve tüzel kişiler, yaratıcısı olmadıkları halde eser sahibi sayılıyorlardı.

Görüldüğü gibi Eser Sahipliği Teorisini ortaya atan Hirsch hazırlanmasında en etkin role sahip olduğu FSEK’e kendi görüşünü yansıtamamıştır.

FSEK üzerinde etkili olan teorinin tespiti hususuna gelirse; bu hususta ciddi fikir ayrılıkları göze çarpmaktadır:

Tekinalp, 48. madde gereğince malî hakların sadece kullanma hakkının değil aynı zamanda tamamen devrinin de mümkün olması sebebiyle, kanunun düalist teori etkisiyle hazırlandığından söz ederken,¹³⁹ Erel ise, eser sahipliği teorisinin kanunumuza egemen olduğunu savunmaktadır.¹⁴⁰ Bize göre, kanunumuz üzerinde hâlihazırda etkili olan teorinin sadece tek bir teori olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Doktrindeki farklı değerlendirmeler de bu nedenden kaynaklanmaktadır.

Aşağıda, fikri hak kapsamındaki malî yetkilerin devrine FSEK’in cevaz verip vermediğine ilişkin açıklamalarımızla FSEK üzerinde tek bir teorinin etkili olmadığına ilişkin görüşümüzü özetlemeyi umuyoruz.

¹³⁹ TEKİNALP, s. 93

¹⁴⁰ EREL, s. 34, AYİTER, s.199

7. FSEK Üzerinde Etkili Olan Teorinin Belirlenmesi Açısından Fikrî Hak Kapsamındaki Mali Yetkilerin Devri ya da Üçüncü Kişilerce Kullanılmasına İzin Verilmesi Hususu

a. Genel Olarak

Monist teori taraftarı olarak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, fikrî hak, eser üzerindeki malî ve manevi yetkilerin toplandığı tek bir hak olup, eserin ortaya çıkmasıyla kendiliğinden doğar. Devri mümkün değildir.

Eser sahibinin hakkının sözleşme ya da tasarruflara konu olması fikrî hakkın hukuki niteliğinin nasıl belirlendiğiyle yakından ilgili bir husustur. Kıta Avrupası mevzuatlarına baktığımızda, fikrî hakkın hukuki niteliği hususunda genellikle monist veya düalist teorilerin mevzuatlara hâkim olduğunu görüyoruz.¹⁴¹

Düalist teorinin etkisiyle fikrî hukukun şekillendiği ülkelerde, fikrî hak bir bütün olarak algılanmaz. Maddi ve manevi yetkiler yan yana ama ayrı haklar olarak nitelendirilmiştir. Bu sebeple bu hukuk sistemleri malî yetkilerin devrine, miras yoluyla intikaline ve her türlü tasarrufa konu edilmesine izin vermektedir.¹⁴²

Monist teori ise; eser sahipliğinden kaynaklanan eser üzerindeki hakkı, malî ve manevi nitelikli yetkiler içeren tek bir hak olarak nitelendirmektedir. Bu teorinin etkisiyle şekillenen fikrî hukuk mevzuatlarında, eser sahibinin eseriyle arasındaki bağın kopacağı gerekçesiyle hakkın devri imkânı bulunmamakla birlikte, pratik bir şekilde kullanılmasının sağlanması amacıyla yararlanma yetkilerinin geçirilmesine imkân tanınmıştır.¹⁴³

Malî yetkiler FSEK’te sınırlı bir şekilde sayılmış ve eserden iktisaden yararlanma yetkisi münhasıran eser sahibine bırakılmıştır. (FSEK md.18/1) Ancak eserden maddi fayda sağlamak stratejik ve kapsamlı bir çalışmayı gerektirmektedir. Eser sahibinin bu alanda çaba sarf etmesi halinde, yaratıcı çalışmalarına zaman

¹⁴¹ AYDINCIK, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006, s. 23

¹⁴² AYİTER, s. 198

¹⁴³ AYİTER, s. 197-198

kalmayacağı açıktır. Bu nedenle bu çalışmaların alanlarında uzman kişilerden oluşan, sistemli bir örgütlenmeyle ve önemli miktarda sermaye ile yürütülmesi zorunluluğu karşısında, eser sahibinin bu yetkisini bizzat kullanması imkânsız hale gelmektedir. Sözü ettiğimiz pratik zorunluluklar nedeniyle, fikrî hukuk mevzuatlarında fikrî hakkı nasıl anlamlandırdıklarıyla bağlantılı olarak, eser sahibinin malî yetkileri üzerinde bazı tasarruf işlemleri yapması ya da bu yetkileri sözleşmelere konu edilebilmesine ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi eser sahibinin malî yetkilerinin sözleşme ve tasarruflara konu olması bakımından FSEK, birden fazla teorinin etkisi altındadır. Örneğin FSEK'in "Sözleşme ve Tasarruflar" başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan 48. Maddeyi incelersek;

Maddenin ilk fıkrası Düalist Teori ile uyumlu olarak fikrî hakka ilişkin malî yetkilerin devrine imkân tanırken, ikinci fıkrada, Monist Teori ile uyumlu olarak, bu yetkilerin, lisans (yasadaki ifadesi ile ruhsat) sözleşmesi ile üçüncü kişilerce kullanımına izin verilmektedir. Görüldüğü gibi aynı maddede iki farklı teorinin etkileri gözlenmektedir.

Fikrî hakkın anlamlandırılmasıyla ilgili bu karmaşa aşağıda detaylı şekilde ifade edeceğimiz gibi özellikle malî yetkilerin hukuki işlemlere konu edildiği her düzenlemede göze çarpmaktadır: Örneğin, 48. maddenin yer aldığı dördüncü bölümün başlığı "*Sözleşme ve Tasarruflar*" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu sözcükler hukuken ifade ettikleri mutata anlamları dışında sıra dışı bir şekilde kullanılmaktadır. "*Sözleşme*" kavramı belirgin bir sözleşme türünün karşılığı olarak değil malî yetkilerin devri ya da kullanımına izin verilmesine ilişkin şahsi bir borçlanmayı, bir taahhüdü ifade ederken, "*Tasarruf*" sözcüğü de malî yetkinin devri ya da kullanımına izin verilmesi (lisans sözleşmesi) anlamında kullanılmıştır.¹⁴⁴

Yine, FSEK md. 48 ve 49'da tasarruf işlemini gerçekleştiren kişi bakımından yapılan sınıflandırmada kullanılan terminolojide de mutata anlam dışında bir anlamla

¹⁴⁴ TEKİNALP, s. 229, EREL, Fikir ve Sanat Hukuku, s. 294, AYDINCIK, s.41, ERBEK, Özge, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11 Sayı 2, 2009, s. 25-26

karşılaşıyoruz. 48. maddede düzenlenen “*Aslen iktisap*”; eser sahibi ya da mirasçılarının gerçekleştirdiği devir ve yetkilendirmeleri ifade ederken; 49. maddede düzenlenen “*devren iktisap*” ise, eser sahibi ya da mirasçılarından malî bir yetkiyi devralmış ya da bu yetkiye ilişkin kullanma izni almış kimselerin gerçekleştirdiği devir ve yetkilendirmeleri ifade etmektedir. Görüldüğü gibi, bu kavramlar Medeni Hukuk kapsamındaki mutad anlamları dışında anlamlandırılmıştır. Medeni Hukuk kapsamında aslen iktisap, bir hakkın doğrudan ilk sahibini ifade ederken, devren iktisap ise, mülkiyetin asıl hak sahibinden üçüncü kişiye geçmesi halinde söz konusu olmaktadır.¹⁴⁵

FSEK üzerindeki birden fazla teorinin etkisini “Sözleşme ve Tasarruf”¹⁴⁶ işlemleri bakımından daha detaylı inceleyelim:

b. Tasarruf İşlemleri

Yasada tasarruf işlemleri devir ya da söz konusu malî yetkinin kullanımına izin veren lisans sözleşmeleri¹⁴⁷ olarak belirlenmiştir.

Kanunumuz hem düalist hem de monist teorinin etkisiyle hazırlandığı için, hem devir hem de kullanım yetkisinin geçirilmesi mümkündür. FSEK md. 48/1, eser sahibi ya da mirasçılara, eserden kaynaklanan malî yetkilerini, süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı ya da sınırsız, karşılıklı ya da karşılıksız olarak devretmelerine izin vermektedir.

Devredilen yetki ile eser sahibi arasındaki bağın durumu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısmı, devri alacağın temlik gibi değerlendirip, söz konusu yetkinin eser sahibi ya da mirasçılarının malvarlığından çıkararak, devralanın mal varlığına

¹⁴⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s.226-227, SEROZAN, s.248-249, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 352, 736, 748, AKİPEK/AKINTÜRK, s.95-96, 461

¹⁴⁶ FSEK’de yer alan terminolojiyle uyumlu olarak kullanılmıştır.

¹⁴⁷ FSEK 48/2’de “Ruhsat” olarak adlandırılan ancak herhangi bir şekilde tanımlanmayan, Lisans Sözleşmeleri OKTAY-ÖZDEMİR tarafından, genel ya da özel yasal düzenlemelerle hukukun koruduğu gayri maddi bir hakkın ya da fiili bir durumun kullanım yetkisinin başkasına bırakılması şeklinde açıklanmıştır. (OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 30)

intikal ettiği düşüncesindedir.¹⁴⁸ Diğer bir kısmı ise, eser sahipliğinin niteliği gereği maddi ve manevi yetkilerin bir arada toplandığı tek bir hak olduğunu ve bu tek hakkın bir kısmının bölünerek eser sahibinin malvarlığından tamamen çıkmasının mümkün olamayacağını savunmaktadır.¹⁴⁹

Beşiroğlu'nun alacağın temlik nitelendirmesi anlayışına getirdiği eleştiri dikkat çekicidir: Buna göre; yapılan devrin aslında hak sahibince sınırları çizilmiş bir izin niteliğinde algılanması gerekmektedir. Bu sebeple de söz konusu devirle, düşünce ürününün eser sahibinin malvarlığından çıktığı şeklinde bir değerlendirme isabetsizdir.¹⁵⁰ Yasada kullanılan “Devir” sözcüğü bu yanlışlığı yaratmaktadır. Yabancı dildeki metinlerde kullanılan asıl anlamı tayin etmek, belirlemek olan “Assignment” sözcüğünün dilimize yanlış bir şekilde çevrilmesiyle FSEK’de malî yetkilerin devri ve kullanım izninin geçirilmesi şeklinde isabetsiz bir ayırım doğmuştur. Bu ayırım ne uluslararası temel ilke ve kurallarla ne de diğer ulusal düzenlemelerle uyumludur.¹⁵¹ Hele devir işleminin hukuki niteliğinin alacağın temlik ile benzer nitelendirilmesi tamamen isabetsizdir.¹⁵²

Bu konuda biz de devir halinde hakkın eser sahibinin malvarlığından çıkıp, devralana geçmesinin isabetsiz bir tespit olduğunu düşünüyoruz. Bu türden bir yaklaşım eser sahipliğinin niteliği ile bağdaşmayacağı gibi, monist teoriye aykırı olarak eser sahibinin eseri ile arasındaki bağı tamamıyla ortadan kaldırır. FSEK’de bu devir işlemi alacağın temlikinden farklı düzenlenmiştir. Devralanın söz konusu yetki üzerinde serbestçe tasarruf etmesi mümkün değildir. Örneğin, 3 kişilere devirde bulunması eser sahibinin iznine tabi tutulmuştur. Ayrıca devrin içerik ya da süre bakımından sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir.

¹⁴⁸ ARSLANLI, s.172, TEKİNALP, s.230, EREL, Fikir ve Sanat Hukuku, s. 302, ÖZTAN, s. 559, HIRSCH, Fikri Sây, s. 218-219, AYİTER, s. 206, TÜYSÜZ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 69

¹⁴⁹ AYDINCIK, s. 43, BEŞİROĞLU, Akın, Fikir Hukuku Dersleri -İlkeler Kurallar-Haklar Üzerinde Tasarruflar, Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuk Yollarına Başvuru, Yaptırımlar, İstanbul, Arıkan Yayınları, 4. Bası, 2006, s.381 vd.

¹⁵⁰ BEŞİROĞLU, s.381

¹⁵¹ BEŞİROĞLU, s. 386-387

¹⁵² BEŞİROĞLU, s. 389

Fikri ürünler, sadece iktisaden değerlendirilen gayri maddi mallar değildir. Bu ürünlerle eser sahibi arasında manevi bir bağ da bulunmaktadır. Eser sahibi üçüncü kişilere devrettiği ya da kullanım izni verdiği malî yetkinin kullanılmasıyla ilgili olarak manevi bir zarara uğradığı takdirde, müdahale ve men yetkisine sahiptir. Bu şekilde bir müdahale, hakkın devrini alacağın temlik niteliğinde değerlendiren görüşle bağdaşmayacaktır.

c. Sözleşmeler

Sözleşme kavramı da FSEK terminolojisinde alışılmışın dışında bir anlamla kullanılmıştır. Malî yetkiler üzerinde yapılacak olan tasarrufları gerçekleştirme taahhüdüne ilişkin işlemler FSEK md. 50 ve devamında “Sözleşme” kavramıyla ifade edilmiştir.

Tamamlanmış eserler açısından genellikle taahhüt ve tasarruf işlemleri bir arada gerçekleştirilir. Ancak taraflar kimi zaman tasarruf işleminin gerçekleştirilmesinden önce bir taahhüt işlemine ihtiyaç duyabilir. Örneğin, FSEK md. 48/3 henüz tamamlanmamış ya da vücuda getirilmemiş eserler açısından tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesine izin vermemektedir. İşte bu durumlarda önce bir taahhüt işlemi yapılması gerekebilir.

Yasanın 52. maddesindeki şekle ilişkin açık hüküm karşısında hakkın devrinin gerçekleşmesi için bu sözleşme yeterli olmadığı gibi sipariş edilen ürünün devralana teslim edilmiş olması dahi yeterli olmayacaktır. Eserin tamamlanmasıyla birlikte yazılı şekilde bir de tasarruf işlemi yapılması devrin gerçekleşmesi açısından sıhhat şartıdır.¹⁵³

FSEK’de yer alan hak ve hakkın hukuki işlemlere konu olmasına ilişkin hükümler, dönemin Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku ilkeleri ışığında hazırlanmıştır.¹⁵⁴ Daha önce tasarruf işlemlerinde bahsettiğimiz gibi, mali yetkilerin devri, doktrinde

¹⁵³ HIRSCH, Fikrî Sây, s. 231, ARSLANLI, s. 176, EREL, Fikir ve sanat Hukuku, s. 319, AYİTER, s. 217, TEKİNALP, s.236

¹⁵⁴ HIRSCH, Fikrî Sây, s. 224-225

çoğunlukla, Borçlar Hukuku'nda yer alan "alacağın temliki" müessesine benzetilmekte ve devir işlemiyle, işleme konu yetkinin, devreden mamelekenden devralanın mamelekine geçtiği kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Bu kabul ile birlikte, FSEK'in hazırlandığı dönemde geçerli olan Borçlar Hukuku teorileri henüz doğmamış bir hakkın devrini teknik olarak imkânsız gördüğü ve bu türden bir işlemi ancak taahhüt işlemi olarak nitelendirdiği içindir ki, FSEK md.48/3 hükmün bu şekilde düzenlenmiştir.¹⁵⁶

Ancak bu iki aşamalı devir süreci günümüz koşulları açısından hem gereksiz kırtasiyeye ve zaman kaybına neden olmakta, hem de pratik hayatta eser tamamlanıp devralana teslim edildikten sonra çoğunlukla yazılı bir şekilde tasarruf işlemiyle devrin gerçekleştirilmesi ihmal edilmekte ve taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde hak kayıpları yaşanmaktadır.

Okutan Nilsson bu konuda FSEK md. 57/1'deki istisnai düzenlemeyi esas alarak bir çözüm önerisi sunmuştur:¹⁵⁷

MÜLKİYETİN İNTİKALİ:

MADDE 57 - Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikrî hakların devrini ihtiva etmez.

Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma âletlerinin zilyetliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.

Maddenin ilk fıkrasında ifade edildiği gibi, fikri ürünlerde eserin somutlaştığı nesnenin mülkiyet hakkının devri kural olarak fikrî hakka ilişkin malî yetkinin devri sonucunu doğurmadığı gibi md. 52 gereğince devir işleminin gerçekleşmesi için yazılı sözleşme geçerlilik şartıdır. Ancak Nilsson 57/1'deki karinenin aksinin bir

¹⁵⁵ "Tasarruf İşlemleri" başlığı altındaki açıklamalarımızda bu nitelendirmeye katılmadığımızı ifade etmiştik.

¹⁵⁶ HIRSCH, Fikrî Sây, s. 225, ARSLANLI, s. 178, OKUTAN NILSSON, Gül, "İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt 4, Sayı 15, Yıl 2008 (Ekim 2008), s.593 (NILSSON Borçlar Hukuku'ndaki bu anlayışı ayrıca Mülga BK'nın 373/2 ve 169/1 hükümleriyle de örneklemiştir.)

¹⁵⁷ OKUTAN NILSSON, s.585-598

sözleşme ile kararlaştırılmasının mümkün olduğunu, böylece taraflar arasında imzalanacak sözleşmede eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının devri ile sözleşmeye konu malî yetkinin devrinin kararlaştırılması halinde, devir işleminin daha pratik bir şekilde gerçekleşeceğini düşünmektedir.¹⁵⁸

Her ne kadar modern Borçlar Hukuku teorileri artık doğmamış bir alacağın dahi temlikine cevaz vermekte¹⁵⁹ ve bu nedenle FSEK md. 48/3 hükmü dayanaksız kalsa da, FSEK md. 57'deki istisna doğmamış bir hakkın önceden devrine neden olmayacaktır. Çünkü taraflar arasında akdedilen sözleşme taahhüt işlemi niteliğindedir. Bu işlemin şekli koşulları FSEK md. 52'ye uygun olarak tesis edilmiştir. Sadece devir işleminin şekli ile ilgili bir değişiklik, daha pratik bir yaklaşım söz konusudur.¹⁶⁰ Ancak bu pratik çözümle devrin sorunsuz bir şekilde gerçekleşmesi için, bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- ✓ FSEK md. 57/1 gereği asıl ya da çoğaltılmış nüshanın mülkiyetinin geçirilmesi ile devrin gerçekleşeceği bir sözleşme ile kararlaştırılmış olmalı.
- ✓ Bu sözleşme FSEK md. 52'deki şekil koşullarına uygun olmalı.
- ✓ Devreden kişi devre yetkili olmalı.(FSEK md. 54 gereği devredeninin yetkisiz olması halinde devralan iyiniyetli olsa bile iyi niyeti korunmayacaktır.)

d. Sonuç

Yukarıda madde metinleriyle örneklendirdiğimiz gibi Fikrî Hakkın anlamlandırılmasıyla ilgili olarak, FSEK üzerinde tek bir teorinin etkisi olmadığı gibi birbirinden oldukça farklı iki düşünüş biçiminin etkisi ve yarattığı karmaşa yasada açıkça hissedilmektedir.

¹⁵⁸ OKUTAN NILSSON, s. 590-591

¹⁵⁹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 16. Bası, 2014, s. 1234, KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 18. Bası, 2014, s. 799, ZEVKLİLER, Aydın, ERTAŞ, Şeref, HAVUTÇU, Ayşe, CUMALIOĞLU, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç ilişkileri, İzmir, Barış Yayınları, 2013, s.394 Farklı Görüşte OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.555,556

¹⁶⁰ OKUTAN NILSSON, s. 590

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ FİKRÎ HUKUK KAPSAMINDA ESER OLARAK KORUNMASI

I. BİLGİSAYAR PROGRAMIYLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

A. Bilgisayar Programlarının Hayatımızdaki Yeri, Kavram olarak Yazılım ile Bilgisayar Programı Arasındaki İlişki ve Yazılımların Fikrî Hukuk Koruması Kapsamında Olup Olmadığı Hususu

Bilgisayarın ve bilgisayar programlarının tarihi çok eski olmamasına karşın kısa sürede günlük yaşantımızın tam ortasına yerleşmiştir. William Gibson tarafından yazılan 1984 tarihli “*Neuromancer*”¹⁶¹ adlı romanda “*sanal gerçeklik (Cyberspace)*” ve “*yapay zekâ (Artificial Intelligence)*” kelimeleri neredeyse ilk kez telaffuz ediliyorken, bugün bu kelimelerin karşılığı yaşantımıza dâhil olmuştur. Bankacılık işlemleri, eğitim, alışveriş, seyahat araçlarının çalışma sistemleri hatta evimizdeki klima ya da kaloriferin biz eve gelmeden çalışır hale gelmesi gibi günlük hayatın içindeki basit ve karmaşık birçok ihtiyacımız, bilgisayar programlarıyla fonksiyon kazanan teknolojik araçlar tarafından gerçekleştirilir olmuştur. Özellikle 1990’lı yıllarda internetin hayatımıza girmesi ile insanlar, sosyal ilişkiler de dâhil olmak üzere siber hayatlar ve “*21.Yüzyıl Platonculuğu*” olarak tanımlanan¹⁶² sanal gerçeklikler içinde yaşar hale gelmiştir.

İşte hayatımızın merkezine yerleşen ve artık bir lüks olmaktan çıkıp, Steve Jobs’ın belirttiği gibi;¹⁶³ bize tanıtılmadan önce varlığından bile haberdar olmadığımız ihtiyaçlarımız haline gelen bu cihazların, işlevlerini yerine getirmelerini sağlayan bilgisayar programları pratikte kimi kez yazılım olarak da anılmaktadır. Bu

¹⁶¹ Kitap aynı zamanda günümüzde sanal gerçeklik fenomeni haline gelmiş Wachowski Kardeşlerin “Matrix” filminin çıkış noktası olarak kabul edilir.

¹⁶² TÜRKER, İ. Halil: “İmgeden Sanal Gerçekliğe”, Anadolu Sanat Dergisi (Anadolu Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi), Sayı 16, 2005, s.157-164 (https://www.academia.edu/3237993/Imgeden_Sanal_Gerceklige web sitesinden ulaşılmıştır. (Son erişim tarihi 02.06.20149)

¹⁶³ ISAACSON, Walter: Steve Jobs (Biography), 2013, Simon & Schuster Paperbacks, New York, 2013, s.567

iki kavram arasındaki teknik farkı ve her iki kavrama hukukun yaklaşımı hususları üzerinde kısaca duralım:

Yazılım genellikle, bilgisayar programı ile eş anlamlıymış gibi kullanılmasına karşın, aslında bilgisayar programından daha fazla bir anlama sahiptir.¹⁶⁴ Kısaca ve ana hatlarıyla aradaki farkı ifade etmeye çalışırsak;

Bilgisayar Programı; kendi içinde bir bütünlüğe sahip ve belirli bir fonksiyonu yerine getirmek için tasarlanmış algoritmalarından oluşan, komutlar dizisi olarak tanımlanabilir.¹⁶⁵

Yazılım kavramının içerdiği tüm unsurları kapsayacak bir tanıma ulaşmanın zorluğu karşısında, bu konuda yapabileceğimiz en kısa tanıma, olumsuz belirleme yoluyla ulaşıyoruz. Yani donanım (*hardware*) olmayan her şey yazılımdır.¹⁶⁶ Ancak bu tanım yazılımlarla bilgisayar programları arasındaki farkı ortaya koymak için yeterli değildir. Bu iki kavram arasındaki ayrımı ortaya koymak adına, yazılımı oluşturan bazı önemli unsurlar üzerinde durmak zorundayız:

Başlangıç olarak, yazılımların bir fonksiyonu yerine getirmek üzere meydana getirilmiş olan *program kodları kümelerini* içerdiğini söyleyebiliriz.¹⁶⁷ Çoğunlukla birden çok programın bir araya gelmesiyle ortaya çıkmasına¹⁶⁸ rağmen program dışında birçok unsuru da içinde barındıran bir kavramdır. Örneğin, programların anlaşılması ve kullanımına yarayan refakat malzemeleri, kullanım kılavuzları, program betimlemeleri, akış planı ve hatta programların geliştirilmesindeki materyaller ve dokümanları da yazılım kavramına dâhil etmemiz gerekir.¹⁶⁹

¹⁶⁴ BAİNBRIDGE, David I.: Intellectual Property, Eighth Edition, Longman, London, 2010, s.248

¹⁶⁵ ÇÖLKESEN, Rifat: Programlama Sanatı Algoritmalar, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2. Bası, 2011, s.15

¹⁶⁶ AKSU, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 43

¹⁶⁷ ÇÖLKESEN, s.15, GARRIE, Daniel B.: The Legal Status of Software, J. Marshall Journal of Computer & Information Law Vol.XXIII 71 2004-2005, s. 714-715(Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi: 02.06.2014)

¹⁶⁸ ÇÖLKESEN, s.15

¹⁶⁹ AKSU, s. 43

Bu iki kavram arasındaki fark aslında yazılım tasarımcıları ile bilgisayar programcılarının yaptıkları işler arasındaki farkı ortaya koyarak da somutlaşabilir. Bir örnekle açıklamaya çalışırsak; bir binanın yapılışında mimar o binanın ayakta kalması için çözülmesi gereken statik hesaplamalara kafa yormakla birlikte, o binanın estetiği, etrafında yapılacak peyzaj düzenlenmesi gibi birçok konuyu da planlamak durumundadır. Yani bir binanın etrafındaki ağaçlar, hemen yanındaki çocuk parkı, pencere doğramalarının rengi gibi unsurları tasarlamak ve aslında ortaya çıkacak olan manzarayı hayal etmek mimarın görevidir. İnşaat mühendisi ise sadece o binanın nasıl yükseleceği, mimarın hayal ettiği dünyanın nasıl ayakta kalacağı sorununa kafa yorar. İşte bir yazılım için yazılım tasarımcısı mimardır. Bilgisayar programcısı ise o tasarımı uygulanabilir kılabilme problemine çözüm üreten inşaat mühendisidir.¹⁷⁰

Özetle yazılım, bir bilgisayar sistemini oluşturan donanım parçalarını yönetmekle birlikte, kullanıcının taleplerinin yerine getirilmesini sağlayan programları da içinde barındıran ayrıca programın anlaşılmasını sağlayacak açıklamaların yer aldığı dokümanları (refakat malzemeleri) içeren bir bütündür.

Görüldüğü gibi, yazılım, bilgisayar programından daha fazla bir anlama sahiptir. Örnekleme gerekirse; Microsoft Office bir yazılımdır. Office yazılımı içinde yer alan Word, Excel ve PowerPoint ise birer programdır. Genel olarak bilgisayar programlarının ve yazılımların hukuken korunması konusuna gelirsek; korumanın ne şekilde olması gerektiği ve hatta korunmasının gerekip gerekmediğiyle ilgili birçok farklı görüş ve tartışma bulunmaktadır.

Fikrî hukuk (*Copyright Law*) ya da Patent hukuku gibi sınırlayıcı hukuki normlarla korumanın, yazılımların ve bilgisayar programlarının yapısına uyup uymadığı hususu, yazılım sektörünün gittikçe güçlendiği ülkelerde ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Amerika'da konuyla ilgili süren tartışmalarda; temel karakteri, hâlihazırdaki programların ya da yazılımların üzerine bir şeyler inşa ederek gelişmek olan, programlama ve yazılım tasarımcılığında, fikrî hukuk korumasının genişletilerek uygulanmasının yazılım dünyasındaki gelişime ket vuracağı ifade

¹⁷⁰ GARRIE, s.716

edilmektedir.¹⁷¹ Ayrıca, gelişmiş programların ortaya çıkmasının önünü açan “Tersine Mühendislik”¹⁷² gibi zahmetli ve pahalı çalışmalar göz önünde tutulduğunda, fikrî hukuk korumasının yeni ve gelişmiş programlar üretmeye çalışan programcıları hareketsiz bırakacağı, bu nedenle, “Ticari Sır” koruması kapsamında daha geniş bir hukuki korumaya başvurulmaması gerektiğini iddia eden görüşler de bulunmaktadır.¹⁷³

Bu tartışmalarla birlikte, 1985 yılında ilk açık kodlu yazılım MIT’den (*Massachusetts Institute of Technology*) Richard Stallman tarafından tasarlanmıştır.¹⁷⁴ Stallman’ın açık kodlu yazılımı birçok özgür ve ücretsiz yazılım projesine kaynak sağlamıştır. Bunlardan en çarpıcı şekilde gelişeni, 1991 yılında, bilgisayar mühendisliğinde henüz öğrenci olan Linus Torvalds’ın tasarladığı Linux’tur. Özgür ve ücretsiz bir işletim sistemi olan ve insanların katkılarıyla sürekli geliştirilen Linux bugün New York Borsası da dâhil olmak üzere, birçok önemli merkezde, cep telefonlarında, bilgisayarlarda ve daha birçok teknolojik üründe kullanılmaktadır.¹⁷⁵ Milyon dolarlar harcanarak tasarlanıp, geliştirilen işletim sistemleriyle yarışan Linux gibi açık kodlu yazılımların ortaya çıkışıyla tartışmalar daha farklı bir boyut kazanmıştır. Bilgisayar programları ya da yazılımların hukuken nasıl korunacağı değil, korunmasının gerekip gerekmediği sorgulanmaya başlanmış ve daha anarşist fikirler ortaya atılmıştır. Hukuki korumayı reddeden ve özgür yazılımı destekleyen görüşler yabana atılmayacak kadar çok taraftar bulmuştur.¹⁷⁶

Tüm bu felsefi tartışmaları bir kenara bırakıp, konuyla ilgili ulusal ve uluslararası metinler dikkate alınarak yazılım kavramının da bilgisayar programı gibi koruma altında olup olmadığı hususunu değerlendirelim:

¹⁷¹ KRETSCHMER, Marc T.: “Copyright Protection For Software Architecture: Just Say No!” , Columbia Business Law Review, 1988 No.3, s.823 (Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi: 02.06.2014)

¹⁷² Aşağıda “Yazılımların Hukuki Korunması Kapsamında Tersine Mühendislik Sorunu” başlığı altında daha detaylı açıklamalar yapılacaktır.

¹⁷³ KRETSCHMER, s.823

¹⁷⁴ EINHORN, Michael: “Media, Technology and Copyright- Integrating Law and Economics, Cheltnam, UK, 2004, s.169

¹⁷⁵ <http://www.linuxfoundation.org/what-is-linux> (son erişim tarihi: 03.06.2014), EINHORN, s.170

¹⁷⁶ MOGLEN Eben: “Anarchism Triumphant: Free Software and The Death of Copyright”, First Monday (Peer-Reviewed Journal On Internet- Illinois University) Volume 4 Number 4, 02.08.1999 <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/684/594> (son erişim tarihi 03.06.2014)

Yazılım kavramını ifade etmek için, İngilizce 'de "Software" sözcüğü kullanılmaktadır. Konuyla ilgili gerek ulusal ve gerekse uluslararası metinlerde "yazılım (software)" kavramının değil, *bilgisayar programı (Computer Programs)* kavramının tercih edildiğini görüyoruz.¹⁷⁷ Ancak kanaatimizce, bilgisayar teknolojisindeki hızlı değişim düşünülerek genel ve temel bir kavram tercih edilmiştir. Bu nedenle bilgisayar programları koruma altında bulunduğuna göre, birden çok bilgisayar programından oluşan ve bilgisayar programlarını kapsayıcı bir yapıda olan yazılımların da koruma altında olması gerektiğini düşünüyoruz.¹⁷⁸

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi biri diğerini kapsayan bu iki kavramla ilgili olarak, ulusal mevzuatımızda (FSEK'de) bilgisayar programları için yer alan hükümlerin yazılımları da karşıladığını düşünüyoruz.

B. Temel Kavramlar

1. Bilgisayar Donanımı (Hardware)

Donanım, yazılım unsurları dışında kalan, sistemi oluşturan, programın yüklendiği bilgisayarın tüm fiziksel bileşenleridir. (İşlemci, ana kart, disk, bellek, vs.) Donanım bir bilgisayarın somut ve elle tutulabilen parçalarıyken yazılım daha soyuttur.¹⁷⁹

2. Algoritma

Bilgisayar programları aslında bir sorunu çözmek için üretilir. Yani, bir işlemi, ya da bilimsel bir hesaplamayı vs. insan beyniyle çözmek çok zor ya da imkânsız olduğu hallerde bu sorunun bilgisayarla çözülmesi gündeme gelmişse bu

¹⁷⁷ En önemli Uluslararası metinlerden olan 14 Mayıs 1991 Tarihli Bilgisayar Programlarının Korunması Hakkındaki Avrupa Birliği Direktifinde "Bilgisayar Programı" ifadesi kullanılırken WIPO'nun "Model Provisions on The Legal Protection of Computer Software Geneva 1978" isimli metninde "Yazılım" sözcüğü kullanılmış ve hatta bu iki kavram ayrı ayrı tanımlanmıştır.

¹⁷⁸ Aynı görüşte DALYAN, Şener: Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.25-26

¹⁷⁹ ÇÖLKESEN, s.16, TOPALOĞLU, Mustafa: Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997, s.19

durumda sorunun çözümü için bir bilgisayar programına ihtiyaç vardır. İşte bu sorunun çözümüne ilişkin sıralı mantıksal adımları belirleyen düşünce algoritmadır. Yani algoritma, asıl problem ve alt problemler belirlenerek, bu problemleri adım adım ortadan kaldıracak işlemlere ilişkin tariflerdir diyebiliriz. Günlük hayatımızda da aslında en basit işlemleri gerçekleştirmek için bazı alt işlemleri arka arkaya yapmamız gerekir. Günlük sorunlarımızın çözümüne ilişkin mantıksal adımları planladığımız düşüncelerimiz de bir algoritmadır. Örneğin bir ev hanımının pasta yapması gerektiğinde aşağıdaki alt adımları takip etmesi gerekecektir: ¹⁸⁰

1. Pastanın Yapımı için gerekli malzemeleri hazırla.
2. Yağı kaba koy.
3. Şekeri aynı kaba yağın üzerine koy.
4. Yağ ve şekeri çırp.
5. Karışımın üzerine yumurtayı kır.
6. Tekrar çırp.
7. Kıvama geldi mi diye kontrol et.
8. a. Kıvamlı ise, 9. Adıma devam et.
b. değilse, 6. Adıma geri dön.
9. Karışıma un koy.
10. Karışıma vanilya, kabartma tozu vb. koy.
11. Karışımı kıvama gelene kadar çırp.
12. Pastayı kek kalıbına koy.
13. Yeteri kadar ısınan fırına pastayı koy.
14. Pişti mi diye kontrol et.
15. a. Pişmiş ise 16. adıma devam et.
b. Pişmedi ise, 14. adıma geri dön.
16. Fırından pastayı çıkar.
17. Fırını kapat.
18. Pastanın soğumasını bekle.
19. Pastayı servis et.

¹⁸⁰ Örnek Programlamaya Giriş ve Algoritmalar Ders Notları'ndan alınmıştır. (s. 15), Milli Eğitim Bakanlığı'nın <http://www.meb.k12.tr> isimli eğitim web sitesinden http://mebk12.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/42/03/175302/dosyalar/2013_02/13012444_programlamayagiris.pdf linkiyle ulaşılmıştır. (Son Erişim Tarihi 10.10.2014)

Çözümüne odaklanmış bir algoritmanın olmazsa olmaz özellikleri; etkinlik, sonluluk, kesinlik, giriş/çıkış değerlerine sahip olmak ve gereksiz tekrarlardan kaçınarak bellek gereksinimine uygun sürede fonksiyonun başarılmamasını sağlamak şeklinde sayılabilir.¹⁸¹ Her adım belirleyici olmalı, hiçbir şey şansa bırakılmamalıdır. Yukarıdaki örnek algoritmamızın 13. adımında “*fırının yeterince ısınmış olması*” aslında belirleyici olmaktan uzaktır. Burada “*200°’de ısınmış fırın*” şeklindeki bir belirleme belki daha doğru olacaktır.

Bir sorunun çözümü için birden çok algoritma oluşturulması mümkündür. Ancak önemli olan en uygun ve en kısa sürede sonuca ulaştıran algoritmanın tespit edilmesidir.

Algoritmalar bilgisayar programları için temel teknik çözümleri içeren fikirlerdir. Bir edebi eserle kıyasladığımızda diyebiliriz ki, bir edebiyat eseri için ana düşünce, fikir ne ise algoritma da program için aynı anlamı ifade etmektedir.

3. Akış Şeması (Program Akışı)

Akış şeması, algoritmanın, ana hatlarıyla, görsel olarak ve dikdörtgen, daire, vs. geometrik simgelerle bir krokinin belirlenmesi gibidir. Ancak bu ifade ediş bir metin haline getirme olarak algılanmamalıdır. Burada sorunun çözümüne ilişkin algoritmanın oluşum aşamalarının tasarlandığı, görsel geometrik simgelerden oluşan bir şema söz konusudur.¹⁸²

Çoğu kez program akışı ile algoritmanın işlevlerindeki benzerlik, karıştırılmalarına ve hatta aynı anlamlıymış gibi ifade edilmelerine neden olmaktadır. Aradaki farkın ortaya konulması özellikle fikrî hukuk prensipleri açısından ciddi önem arz etmektedir.

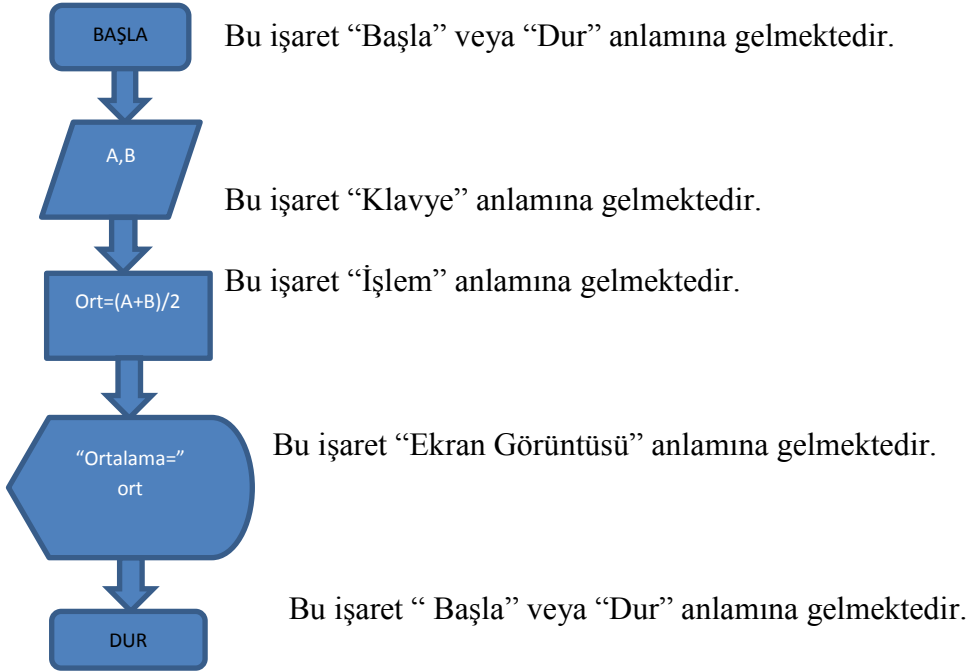
Akış Şeması, gidilecek yolu şeklen belirleyen bir krokidir. Programın adımları liste halinde sıralanır. Algoritma ise, daha önce de ifade ettiğimiz gibi

¹⁸¹ ÇÖLKESEN, s.28, TOPALOĞLU, s.25

¹⁸² ÇÖLKESEN, s.33, AKSU, s. 47, EROĞLU, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.2

sorunun çözümünü içeren arka arkaya işlem adımlarının tasarlandığı fikirler bütünü ya da ana fikir olarak nitelendirilebilir. Programın çözmeye çalıştığı soruna ilişkin adımlar detaylarıyla açıklanıyorsa bu durumda akış şemasından değil alitmadan söz edildiğinden emin olabiliriz.

Akış şemasında her bir geometrik şekil bir anlam ifade eder. Bu geometrik şekiller her akış şemasında aynı anlama gelmektedir. Örnek vermek gerekirse; klavyeden girilen iki sayının aritmetik ortalamasını hesaplayan ve sonucu ekranda gösteren bir programın akış şeması aşağıdaki gibidir:¹⁸³



4. Program Kodu, Makine Kodu, Kaynak Kodu ve Nesne Kodu

"PROGRAM KODU", algoritmayı somutlaştırarak herhangi bir programlama diliyle yazıya dökülmüş program parçasıdır. Bir satırdan da oluşabilir, programın tamamını da kapsayabilir.¹⁸⁴

¹⁸³ ÇÖLKESEN, s.33, 34, 35

¹⁸⁴ ÇÖLKESEN, s.15

Programlar önce insanların anlayabileceği bir dilde, sonra da makinenin anlamlandıracağı şekilde metin haline getirilir. “KAYNAK KODU”, algoritmanın insanların anlayabileceği ve okuyabileceği şekilde yazıya dökülmüş halidir. Ancak algoritmanın bu hali makine tarafından çalıştırılmaz. Çünkü kaynak kodunu makinenin anlaması mümkün değildir. “NESNE KODU” ise, belli programlama dillerinde işlemcinin algılayabileceği şekilde programın özü olan algoritmanın “0” ve “1”lerden oluşan dijital dile çevrilmiş halidir.¹⁸⁵

Algoritmayı yazıya dökerken 2 ayrı kodla ve dolayısıyla iki ayrı dille yazmanın hem emek hem de zaman kaybı olduğu düşünülebilir. Günümüzde oldukça karmaşık ve hatasız programlara ihtiyaç vardır. Programcı, programı kaynak koduyla en iyi şekilde ifade edip, gözden geçirme şansına sahip olur. Böylece program piyasaya sunulmadan önce olabildiğince zaaflarının ortadan kaldırılması sağlanmış olur. Nesne kodu ise işlemci tarafından algılanıp, programın çalışmasını sağladığı için insanlar tarafından çözülmesi çok kolay değildir. O nedenle programın bu şekilde piyasaya arz edilmesi daha uygun olmaktadır.

5. Arayüz (Interface)

Programın işlevini yerine getirebilmesi için bilgisayar işletim sistemi ile kullanıcı arasında ve diğer programlar arasında ya da bilgisayar sisteminin unsurları arasında fiziksel ve mantıksal bağ kuran yapı arayüzdür.

Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı üzere arayüzler; kullanıcı arayüzleri (User Interface) ve sistemler arası arayüzler olmak üzere iki türdür.¹⁸⁶

Kullanıcı arayüzü, bilgisayar ile kullanıcının iletişim kurmasını, taleplerini iletmesini ve sonuçlar almasını sağlayan unsurdur.

Farklı işletim sistemlerinden örnek vermek gerekirse;

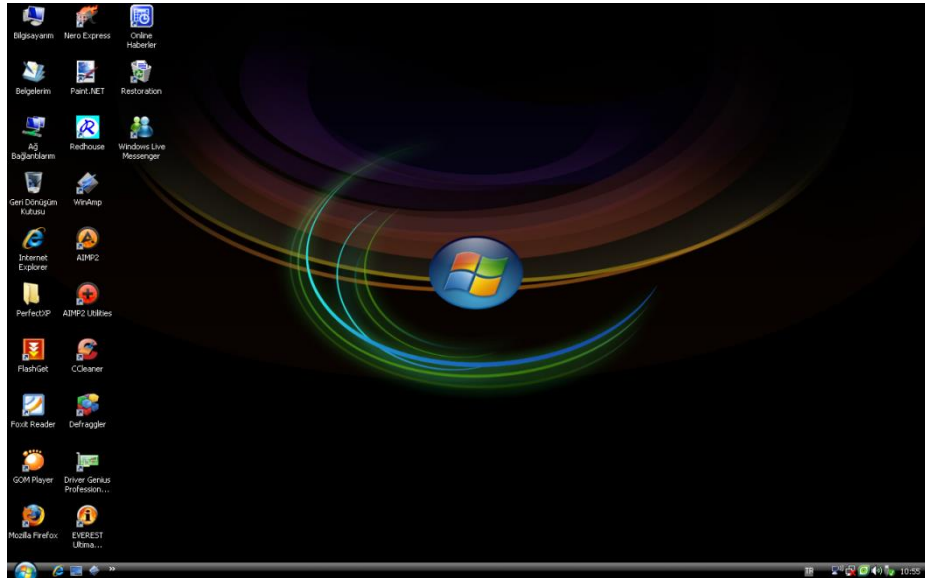
¹⁸⁵ ARIKAN, Ayşe Saadet: “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye” Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1996/3 s.325

¹⁸⁶ ARIKAN, s. 330

Mac Kullanıcı Arayüzü



Windows 7 Kullanıcı Arayüzü



Windows 8 Kullanıcı Arayüzü



Sistemler arası arayüz ise, bilgisayar siteminde, program ile bilgisayar arasında ve programla diğer programlar arasındaki fiziksel ve mantıksal bağlantıyı kurar.

6. Araşılabilirlik (İnteroperability)

Günümüzde bilgisayarlar oldukça karmaşık sorunlara çözümler ürettiği için kimi kez farklı programların birlikte çalışması gerekmektedir. İşte farklı programların birlikte bir fonksiyon gerçekleştirebilmesi, herhangi bir çeviri ya da adaptasyon işlemine gerek olmaksızın araştırılabilirliğin gerçekleşmesi ile mümkündür.¹⁸⁷

7. Program Betimlemesi (Program Description)

Programı oluşturan emir dizgesinin tüm aşamalarını, dilsel, şematik ya da diğer biçimlerde, ayrıntılı ve eksiksiz bir şekilde ifade eden, tanımlardır.¹⁸⁸ WIPO tarafından yayımlanan “Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler” (Model Provisions on the Protection of Computer Software Geneva 1978) metninin “Açıklamalar” (Comments) bölümünde, program betimlemesinin içeriği ile ilgili

¹⁸⁷ ARIKAN, s.332

¹⁸⁸ WIPO Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler” (Model Provisions on the Protection of Computer Software Geneva 1978) Section 1 (ii)

olarak genel bir açıklamanın yeterli olmadığı, oldukça detaylı şekilde programın tanımlanması gerektiği ısrarla vurgulanmıştır.

8. Refakat Malzemeleri

Yazılım ve program betimlemesi dışında kalan özellikle kullanıcılar için hazırlanmış programın anlaşılması ve kullanımına yönelik, kullanım kılavuzları gibi açıklamalardır.¹⁸⁹

C. Bilgisayar Programlarının Oluşum Aşamaları

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bilgisayar programları bir sorunun çözümü için tasarlanır. Tasarlanma süreci de zahmetli ve karmaşıktır.

Öncelikle sistem analistleri tarafından sorunun çözümüne yönelik bir sistem araştırması yapılır ve bir üst yapı oluşturulur. Bu üst yapıda, program tasarımcısı sorunun ne olduğunu tespit eder ve en uygun şekilde nasıl çözüleceğine karar verir ve bir sonraki aşamada detaylarıyla programın tasarlanması süreci başlamış olur.

Programın tasarımı sırasında ilk aşamada, tasarımcı kafasındaki fikri yani ALGORİTMAYI oluşturur. Ardından geometrik sembollerle şema haline getirerek *AKIŞ ŞEMASI* meydana getirilir.

Algoritma oluşturulduktan ve akış şemasıyla da şematize edildikten sonra, programın yazıya dökülmesine sıra gelir. İlk olarak program *KAYNAK KODU İLE YAZIYA DÖKÜLÜR*. Bu süreç tasarımın belki de en edebi sürecidir.¹⁹⁰ Çünkü bu aşamada tasarımcı oluşturduğu algoritmayı kendine has üslubu ile tıpkı bir romancının kafasındaki hikâyeyi kendine özgü kelimelerle ifade etmesi gibi yazıya dökmektedir. Bir programın işlevsel olmasının yanı sıra kolay okunabilir olması da programın geliştirilebilmesi, hatalarının giderilmesi açısından önem arz eder. Kaynak

¹⁸⁹ WIPO Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler” (Model Provisions on the Protection of Computer Software Geneva 1978) Section 1 (iii)

¹⁹⁰ TOPALOĞLU, s. 25

kodunun en verimli şekilde yazılabilmesi aslında bir önceki aşamaların, yani akış şemasının ve algoritmanın programın tüm ayrıntılarını doğru bir şekilde yansıtmasına bağlıdır. Kaynak kodu yüksek programlama dilleri ile yazılır.

Kaynak koduyla yazılan programı bilgisayarın anlamlandırması ve fonksiyon göstermesi mümkün değildir. O nedenle bir sonraki aşamada programın makinanın anlayacağı dilde yani “0” ve “1”lerden oluşacak şekilde metne dökülmesine geçilir. Bu aşama, *NESNE KODUNUN YAZILMASI* aşamasıdır. Kaynak koduyla metin haline gelen program, dönüştürücüler vasıtasıyla nesne kodu şeklinde yazıldıktan sonra piyasaya sunulacak hale gelir.

D. Bilgisayar Programlarının Türleri

Programların türleri ve işlevleri itibarıyla fikrî hukuk kapsamında hangi düzeyde korunacağı ya da korunup korunmayacağı hususu yurt dışında ve özellikle Amerikan Doktrininde çok tartışılmıştır.¹⁹¹ Ancak hukukumuzda FSEK’te yer alan tanım dikkate alındığında, herhangi bir ayırım yapılmadan tüm program türlerinin koruma altında olduğu anlaşılmaktadır.

FSEK madde 1/B Bu Kanunda geçen tanımlardan;

g) Bilgisayar Programı: Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını,”

Bu sebeple, aşağıda detaylarıyla inceleyeceğimiz tüm programlar türüne veya fonksiyonuna bakılmaksızın eşit derecede korunmaktadır.

¹⁹¹ DALYAN, s.34

1. İşlevleri Açısından

a. Sistem Programları

Bilgisayarın işleyip çalışmasını sağlayan programlardır. En yaygın örneği işletim sistemi programlarıdır. Bilgisayarın donanımı ile yan birimleri arasındaki ilişkileri düzenler ve temel sistem işlemlerinin sorunsuz bir şekilde gerçekleşmesini ve uygulama programlarının çalışmasını sağlar.¹⁹² Bir bilgisayarın fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için bir işletim sisteminin varlığı zorunludur. Günümüzde en çok bilinen işletim sistemi programları; MS DOS, WINDOWS, Apple-DOS, IBM-DOS, Linux, Mac OS, UNIX, Symbian 60, iPhone OS gibi işletim sistemleridir.

b. Uygulama Programları

Kullanıcıların talep ettiği özel bir ihtiyacın giderilmesini sağlayan programlardır.(Örneğin muhasebe kayıtları tutmak, grafikler hazırlamak vs.)¹⁹³

Word gibi metin hazırlama programları, Excel gibi listeleme ve tablo programları, İcramatik gibi hukuki olarak özel bir işlemi yapmak üzere tasarlanmış programlar örnek olarak verilebilir.

Bu programlar genellikle, bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz piyasaya sunuluş şekilleri açısından paket programlar olarak karşımıza çıkar ve çok fazla sayıda kullanıcıya ulaşır. Uygulama programları bir işletim sistemiyle birlikte çalışmak üzere tasarlanırlar.

c. Çeviri Programları

Programın oluşum aşamalarını açıklarken bahsettiğimiz üzere, bir program hazırlanırken önce kaynak kodu halinde hazırlanır, daha sonra kaynak kodu,

¹⁹² DALYAN, s.34-35

¹⁹³ KAYPAKOĞLU, Serhat, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayınları, İzmir, 1997, s.8

bilgisayarın anlayacağı nesne koduna dönüştürülür. Yani programlama dilleri ile hazırlanan metin makine diline çevrilir. İşte bu çevirme işlemleri çeviri programları tarafından gerçekleştirilir. Bu programlar işlevlerine göre, *DERLEYİCİLER* ve *YORUMLAYICILAR* olmak üzere ikiye ayrılır.

Kullanılan çeviri programı, bir tercüman gibi çalışıyorsa; yani kaynak kodu halindeki, gelişmiş program dilleriyle yazılmış olan programın her bir komutunu tek tek ele alıp, yorumlayıp, makine diline dönüştürüyor ve bilgisayarın mikro işlemcisine ulaştırıyorsa, bu program *YORUMLAYICI ÇEVİRİ PROGRAMIDIR*.¹⁹⁴

Kaynak kodu halindeki programı tek tek ele alıp incelemeksizin, bütün olarak okuyup çeviren programlardan ise bu program *DERLEYİCİ ÇEVİRİ PROGRAMLARIDIR*.¹⁹⁵

Derleyici programlar, yorumlayıcı programlar gibi irdeleyerek çalışmadığından hata oranı daha yüksek olacaktır.

d. Mikroprogramlar

Bilgisayarın merkezi işlem ünitesinin fonksiyonlarını düzenleyen programlardır. Bu program, merkezi işlem ünitesine dışardan okunması ve silinmesi mümkün olmayacak şekilde kaydedildiğinden donanımla birlikte tasarlanır. Bu nedenle önceleri makinanın bir parçası oldukları düşünülse de aslında bir programın karakteristik özelliklerini taşımakta olduğundan mikroprogramların da bir program gibi değerlendirilmesi ve korunması gerektiği kabul edilmiştir.¹⁹⁶

2. Piyasaya Sunuluş Şekilleri Açısından

a. Standart Paket Programlar

Belli bir fonksiyonu yerine getirmek üzere ve çok sayıda kullanıcının ortak ve asgari isteklerini gerçekleştirmek için üretilmişlerdir. Bu programlar kullanıcının

¹⁹⁴ DALYAN, s.36

¹⁹⁵ DALYAN, s.36

¹⁹⁶ DALYAN, s.38

özel istek ve ihtiyaçları dikkate alınmaksızın kalabalık bir tüketici grubuna hitap etmek üzere tasarlanır. Program üreticisi açısından karşılaşılan en önemli sorun, piyasaya çok sayıda nüsha sürüldüğü için kopyalanma tehlikesinin kontrol altında tutulmasının zorluğudur.

b. Sipariş Üzerine Hazırlanan Özel Programlar

Bilgisayar kullanımının yaygın olmadığı dönemde ağırlıklı olarak bu şekilde programlar hazırlanırken şimdi bu şekilde üretilen programların sayısı sınırlıdır. Bir kişi ya da kurumun belli taleplerini karşılamak üzere üretilen programlardır.

Sözleşme ile sipariş edildiği ve bu sözleşmede koruma hususu da detaylandırıldığı için bu programların korunması açısından fikrî hukuk koruması dışında özel bir koruma biçimi olarak sözleşme hükümleriyle de koruma altına alınmış olur.

E. Programlama Dilleri

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi programın tasarlanmasında en edebi aşama, söz konusu programın kaynak kodu ve nesne koduyla somut bir metin haline getirilmesidir. Kaynak kodu ve nesne koduyla programın metin haline gelmesi sırasında ayrı ayrı diller kullanılır. Programlama dilleri aslında tüm bilgisayarlar için ortak bir paylaşım yaratmak, ortaya çıkan programların tüm bilgisayarlar tarafından anlaşılır olmasını sağlamak için ortaya çıkmış olmakla birlikte; günümüzde Apple gibi şirketlere ait ürünler farklı bir yapıya sahip olup, kendilerine özgü diller geliştirdiklerinden bu amaca ulaşılması pek de mümkün olmamıştır.¹⁹⁷ Bu diller de kendi aralarında “YÜKSEK SEVİYELİ DİLLER” ve “DÜŞÜK SEVİYELİ DİLLER” olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Düşük seviyeli diller “Makine Dili” ve “Assembly Dili’nden” oluşur. “Makine Dili ” bilgisayarın doğrudan algılayabileceği “0” ve “1” lerden oluşan dildir. Nesne kodu bu dille yazılır. Bu dille programın metin haline getirilmesi

¹⁹⁷ TOPALOĞLU, s.27

zorluklar arz ettiği için, yüksek seviyeli diller geliştirilmiştir. Böylece programlar önce kaynak koduyla, sonra da nesne koduyla iki aşamada metin haline getirilmektedir.

Makine diliyle bir programı metin haline getirmenin zorluğu nedeniyle önce “*Assembly Dili*” geliştirilmiştir. Bu dil rakamlar yerine insanların daha kolay anlayabileceği, İngilizce kelimelerin kısaltılmasından oluşan sembollerden ibarettir. Kaynak kodlarıyla yazılan programı makinenin anlayabilmesi için *Assembly* programı yazılan metni makine diline dönüştürmektedir.

Yüksek seviyeli diller ise; İngilizce 'ye yakın diller olup, insanlar tarafından algılanabilirler. Program algoritmasının hatasız ve daha kolay bir şekilde metin haline getirilmesi amaçlandığı için geliştirilmiştir. Programların yüksek seviyeli dillerle hazırlanması sonucunda metin haline getirme aşaması, iki adımda gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Program önce kaynak kodu olarak yüksek seviyeli dillerle yazılıp, daha sonra makinenin algılayacağı düşük seviyeli dile çevrilmektedir. Günümüzde en çok kullanılan yüksek seviyeli diller; *BASIC, FORTRAN COBOL, PASCAL*'dir.¹⁹⁸

Programlama dillerinin hukuken korunup korunmayacağı hususu ile ilgili olarak; *Avrupa Birliği'nin 14 Mayıs 1991 Tarihli Bilgisayar Programlarının Hukuken Korunmasına ilişkin Konsey Direktifi'nin (Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC)*¹⁹⁹ memorandumunda, düşünce ve ilkelerden oluşması halinde koruma kapsamında olamayacağı belirtilmişken, mevzuatımızda bu konuda ne korumayı sağlayıcı, ne de korumaya engel olacak bir hüküm bulunmaktadır. Programlama dilleri bir programın en uygun şekilde metin haline getirilmesini sağlayan birbirinden farklı düşünceler olduğundan, fikrî hukukun prensipleri (şekli koruyan içeriği ya da düşünceyi koruma kapsamı dışında bırakan) gereği programlama dillerinin koruma kapsamında

¹⁹⁸ BAINBRIDGE, s.Ivii(Glossary)

¹⁹⁹ Bundan böyle AB Direktifi Olarak anılacaktır.

olmaması gerektiği kanaatindeyiz.²⁰⁰ AB Direktifinin Memorandumundaki 13 ve 14. paragraflar da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.²⁰¹

II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN FARKLI SEÇENEKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE HUKUKİ KORUMANIN TARİHÇESİ

A. Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Farklı Seçeneklerin Değerlendirilmesi

Bilgisayar Programları, yapıları ve teknolojik gelişmelerin geldiği son durum itibarıyla herhangi bir fonksiyon ve kalite eksikliği yaşanmaksızın rahatlıkla kopyalanabilmektedir. Bu sebeple üreticiler için programların kopyalanması hususunda, rakip firmalardan ziyade kullanıcılar daha büyük bir tehdit unsurudur.²⁰² Milyon dolarlar harcanarak geliştirilen programların, diğer fikrî ürünlere nazaran kendilerine özgü yapıları sebebiyle, hem kopyalanma riskiyle etkin bir şekilde başa çıkılması hem de programların gelişimine engel teşkil etmemesi açısından hangi yöntemle korunması gerektiği hala tartışılmaktadır.

Mevzuatımız gereği hukukumuzda kabul gören koruma şekli, fikrî hukuk koruması olduğu için aşağıda bu koruma biçimi üzerinde detaylı bir şekilde duracağız. Ancak devam eden tartışmalara istinaden, diğer koruma yöntemlerini ve bu yöntemlerin avantaj ve dezavantajlarını da kısaca değerlendirmekte fayda görüyoruz.

1. Patent Hukuku ile Koruma

Patent verilebilirlik koşulları her ülkenin mevzuatında detaylarda bazı farklılıklar arz etmekle birlikte, gerek AB metinleri ve gerekse uluslararası

²⁰⁰ Farklı görüşte DALYAN, s. 43

²⁰¹ Whereas, for the avoidance of doubt, it has to be made clear that only the expression of a computer program is protected and that ideas and principles which underlie any element of a program, including, those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive; Whereas, in accordance with this principle of copyright, to the extent that logic, algorithms and programming languages comprise ideas and principles are not protected under this Directive;

²⁰² EROĞLU, s.17

antlaşmalarla uyumlulaştırılmış ve uluslararası kabul gören asgari ortak koşullara ulaşılmıştır. Bu koşulları,²⁰³

- ✓ Yenilik,
- ✓ Sanayiye uygulanabilir olma,
- ✓ Patent verilemeyecek buluşlar arasında olmama

şeklinde ifade edebiliriz. Bizim mevzuatımız da (551 sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) bu asgari koşulları içeren prensiplerle uyumludur.

Bu ölçütler içinde “Yenilik” hususunu kısaca açıklamakta fayda vardır. Yenilikle kastedilen mutlak bir yeniliktir. Yani, tekniğin bilinen durumunun aşılması, söz konusu buluşun getirdiği çözümün daha önce dünyanın hiçbir yerinde bilinmemesi, topluma arz edilmemiş olması anlamına gelmektedir.²⁰⁴

Bilgisayar Programları için patent verilebilirlik konusunu değerlendirirsek;

Amerikan hukukunda bu konu ilk kez “*Gotschalk v. Benson Davası’nda*” gündeme gelmiştir. Algoritmanın hesap makinasının temelindeki basit bir matematik formülünden farkı olmadığı ve zihinsel ve soyut bir fikrî yaratım olduğu gerekçesiyle mahkeme patent verilebilirlik şartının gerçekleşmediğine karar vermiştir.²⁰⁵

Daha sonra yüksek mahkeme “*Daimond v. Diehr Kararıyla*” görüş değiştirmiştir. Davaya konu edilen program sertleşmemiş sentetik kauçuğun uygun sertleşme zamanını tespit edip sinyal veren bir programdır. Program sınai bir proses olarak nitelendirilmiş ve teknik ilerlemenin içinde bir bilgisayar programının varlığının patent verilmesine engel teşkil etmediği belirtilerek başvurunun kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.²⁰⁶ Ayrıca davada bilgisayar programı içeren

²⁰³ TEKİNALP, s.537-546

²⁰⁴ TEKİNALP, s. 537-546

²⁰⁵ BARNABY Jr., Howard B.: “Patent Law -- Computer Programs -- Unpatentable Mental Process -- *Gotschalk v. Benson*,” Boston Collage Law Review Vol. 14 1973 s. 1052-1053 <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol14/iss5/11> web sitesinden ulaşılmıştır. (Son erişim tarihi 10.07.2014)

²⁰⁶ NIMTZ, R.O.: “*Diamond v. Diehr: A Turning Point*” Rutgers Computer & Technology Law Journal, Volume 8 1980-1981, s.268-271 (Hein Online Veri tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.07.2014)

teknik buluşların patent verilebilirliğinin “*Freeman Analiziyle*” çözülebileceği belirtilmiştir. Buna göre; patent talebi doğrudan veya dolaylı olarak bir algoritmayı içermemelidir. Talebin tamamının bir algoritmanın korunmasına yönelik olup olmadığı tespit edilmelidir.²⁰⁷ Yani mahkeme soyut düşüncelerin değil somut gerçekliklerin ve bilgisayar programı destekli süreçlerin patent verilebilirliğine karar vermiştir.

Avrupa’da ise, Amerika’dan farklı olarak Avrupa Patent Sözleşmesi’nin 52. maddesinde açıkça, bilgisayar programları kapsam dışı bırakılmıştır. Ancak uygulamada Avrupa Patent Ofisi, Amerika’daki içtihatlarla benzer bir görüş geliştirerek, bilgisayar programının ileri düzeyde teknik etki doğurması koşuluyla, yani programın yer aldığı bilgisayarın, endüstriyel sürece tek başına etki ettiği ya da süreç için zorunlu araçlardan bir olduğu durumlarda patent verilebileceğine karar vermiştir.²⁰⁸

Hukukumuz açısından konuya bakarsak; bilgisayar programları, 551 Sayılı KHK’de açıkça patent verilemeyecek fikrî çalışmalar arasında sayılmıştır.

Doktrinimizde bu hükmün kesin olmadığı, yorumlanabileceği görüşünde olanlar bulunmaktadır. Bu görüş taraftarları, uluslararası taahhütlerimiz düşünüldüğünde, Avrupa Patent Ofisi’nin uygulamada ortaya koyduğu patent verilebilirlik ölçütünün, hukukumuz için de uygulanabilir olması gerektiğini ileri sürmektedirler.²⁰⁹

Tüm bu düşüncelere rağmen, patentle koruma yöntemi bilgisayar programlarının karakteristik yapısı itibarıyla birçok sakınca içerir. Öncelikle tescil sürecinin uzunluğu, programların sürekli gelişen değişen bir yapıya sahip olması, yeni sürümlerin müthiş bir hızla piyasaya sunulması ve işlemler sırasında programın içeriğinin tamamen açıklanması zorunluluğu, belki de program piyasaya sürülmeden

²⁰⁷ NIMTZ, R.O., s.269-270

²⁰⁸ DALYAN, s. 49

²⁰⁹ EROĞLU, s. 21 vd. DALYAN, s.51, TOPALOĞLU, s. 98

kopyalarının piyasada olması gibi sorunlara neden olacağı için patent koruması aslında bilgisayar programlarının yapısıyla uyumlu bir koruma biçimi değildir.

2. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Koruma

Serbest rekabet günümüzdeki liberal ekonominin en temel unsurlarından biridir. Rekabet, işletmelerin düşük fiyatla, kaliteli, tüketiciler tarafından en çok tercih edilen ürünü üretmeleri için oldukça önemli bir motivasyondur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1. Kitabının 4. Kısımında 54. ve 63. maddeleri arasında ve Türk Borçlar Kanunu'nun 2. Ayrımında 57. maddede, "Haksız Rekabet" hükümleri düzenlenmiştir. TTK'nın 54. maddesinin birinci fıkrasında rekabeti koruyucu hükümlerin amacının bütün piyasa aktörlerinin menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu belirtilmiştir.

Hâlihazırda yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet tanımlanmamış olmakla birlikte, 55. maddenin başlığı "*Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar*" şeklinde olup, madde devamında bu haller sayılmıştır. Bu sayımla ilgili olarak maddenin ilk cümlesinde, sayılan hallerin, *başlıca haksız rekabet halleri* olduğu belirtildiğinden bu sayımın sınırlı bir sayım olmadığı düşüncesindeyiz. Bu sebeple, dürüstlük kuralına aykırı olabilecek her türlü davranış ve ticari uygulama "Haksız Rekabet" olarak değerlendirilecektir.

Konumuz itibarıyla 55. maddede sayılan halleri incelediğimizde; aşağıdaki haller bilgisayar programlarının "Haksız Rekabet Hükümleri" kapsamında korunması açısından önem arz etmektedir.

II - Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar

MADDE 55- (1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek; özellikle

3) İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yönelmek,

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

3) Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak
d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

Ancak yukarıdaki maddeleri haksız rekabet hükümlerinin ana amacı ile birlikte değerlendirdiğimizde haksız rekabetle gerçekleştirilecek hukuki korumanın eksik kalacağı anlaşılacaktır. Haksız rekabet hükümleri ile daha çok üretime dair edim korunmaktadır.²¹⁰ Ayrıca Haksız Rekabet hükümleri prensip olarak, ticari işletmeler arasındaki dürüst ticaret ilkesine aykırı davranış biçimlerinde etkili olacağından, kullanıcılar tarafından gerçekleştirilecek ihlallerde bu koruma eksik kalacaktır.

Özellikle Anglo-Amerikan Hukuku'nda kısıtlayıcı hukuki koruma yöntemleri, bilgisayar programlarının yapısı ve gelişimleri açısından kabul görmemekte ve *TİCARİ SIR* kapsamında korunması gerektiği önerilmektedir.²¹¹ Hukukumuzda ticari sır kapsamında koruma, haksız rekabet hükümleriyle iç içe geçmiş durumdadır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanun'un özellikle yukarıda belirttiğimiz Haksız Rekabete ilişkin hükümleri incelendiğinde ticari sır kapsamında korumaya ilişkin hükümlerin de yer aldığı görülecektir.

3. Sözleşme Yoluyla Koruma

Bilgisayar Programlarının oluşum sürecinden son kullanıcıya ulaşmasına kadarki süreçte birçok sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmelerin başında da lisans sözleşmesi ya da satım sözleşmesi gibi sözleşmeler gelmektedir. Tüm bu sözleşmeler kapsamında ticari sırların korunmasını içeren pek çok hüküm bulunmaktadır. Özellikle paket programların ortaya çıkmasından önceki süreçte, sipariş üzerine üretilen programların, bu yöntemle korunması oldukça yaygındı. Ancak şimdi paket

²¹⁰ EROĞLU, s.26

²¹¹ KRETSCHMER, s.823

programların sayısının sipariş üzerine tasarlanan programlara göre piyasaya daha hâkim olmasıyla ortaya çıkan tehdit düşünüldüğünde bu korumanın yetersiz kaldığı açıktır. Bu sözleşmeler sadece taraflar için bağlayıcı hükümler taşımakla birlikte, evrensel koruma standartları kimi kez sözleşmeye eklenmediğinden güçlü bir korumadan söz etmek mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle sözleşme yoluyla koruma yetersiz bir koruma biçimidir.

B. Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunmasının Uluslararası ve Ulusal Hukukta Tarihsel Gelişimi

Şimdi kullandığımız bilgisayarlara en yakın örnek 1943 yılında Mauchly ve Eckert tarafından geliştirilmiştir. Bilgisayara sonradan program yüklenmesi konsepti ise, 1949 yılında Dr. J. Neumann tarafından ortaya atılmıştır.²¹² Bu dönemde üretilen programlar donanıma özel olup, diğer bilgisayarları çalıştırmadığından henüz bir rekabetten söz edilmiyordu.

Bilgisayar programlarının korunması ile ilgili ilk tartışmalar, programın donanımdan ayrı olarak, maddi değer ifade ettiği ve bu nedenle IBM'in başını çektiği birçok şirket arasında ciddi bir rekabetin yaşandığı 1970'li yıllarda başlamıştır.²¹³

Bu konuda ilk ulusal mevzuat düzenlemesi Filipinler'de gerçekleşmiştir. 1972 yılında yapılan resmi düzenleme ile bilgisayar programları fikir ve sanat eseri olarak koruma altına alınmıştır.²¹⁴

Bu arada bilgisayar programlarının nasıl korunması gerektiği hususu uluslararası standartların belirlenmesi açısından da tartışmalara neden olmuştur. WIPO'ya bağlı Uluslararası Büro'nun katkılarıyla 1971 yılında çalışmalar başlamıştır. Altı yıllık bir çalışma neticesinde bilgisayar programlarının “*sui generis*” bir şekilde korunması gerektiği önerilmiş hatta bu konuda çerçeve olabilecek örnek bir sistem hazırlamıştır. Bu sistem 1978 yılında, “*Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler*”(Model Provisions on the Protection of

²¹² ARIKAN, s. 315

²¹³ ARIKAN, s. 317

²¹⁴ DALYAN, s. 64

Computer Software Geneva 1978) adı altında yayımlanmıştır.²¹⁵ “*Sui Generis*” koruma önerisi ilk başlarda taraftar bulsa da, sonrasında ulusal mevzuatlarda fikrî hukuk koruması daha fazla tercih edilmiştir.

Bilgisayar sektöründeki en önemli gelişmelerin öncü ülkelerinden Amerika Birleşik Devletleri’nde 1978 yılında kısa adı CONTU (National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works) olan özel bir komisyon kurulmuştur. Komisyon hazırladığı raporda, belli formlara ve kurallara göre hazırlanıp yazılı olarak ifade edilen bilgisayar programlarının fikrî hukuk koruması kapsamında korunabileceğini tavsiye etmiş ve 1980 yılında bu öneri doğrultusunda yasal düzenleme resmen yürürlüğe girmiştir.²¹⁶ Amerikan Hukuku’ndaki düzenlemeler oldukça çerçeve düzenlemeler olduğundan koruma sınırlarının belirlenmesi işi mahkemelere kalmıştır. Özellikle fikrî hukuk korumasının ana prensibi olan düşüncenin değil, düşüncüyü ifade ediş biçiminin korunması gerektiği sorununda, düşünce ile bu düşüncüyü ifade ediş biçimi arasındaki sınırın belirlenmesi hususu çok tartışılmıştır.²¹⁷

1995 Yılında yürürlüğe giren TRIPS Sözleşmesi’nin 10. ve devamındaki maddelerinde de konuya yer verilmiştir. 10. maddeye göre, kaynak kodu veya nesne kodunda yazılmış olan programların Bern Sözleşmesi kapsamında edebi eser sayılarak korunması gerektiği belirtilmiştir. Yine devam eden maddelerde konuyla ilgili özel düzenlemeler yer almıştır.

Avrupa’daki duruma gelirse; ülkeler genel olarak, fikrî hukuk korumasını tercih etmekle birlikte; fikrî hukuk korumasının detayları (süreler, kapsam vb.) her ülkede farklı düzenlenmişti. Bu farklılıklar yatırımcılara ve sektörün ticari gelişimine zarar verdiğinden, AB Konseyi tarafından *14 Mayıs 1991 tarihinde yayımlanan “91/250 Sayılı Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Direktifi” (Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC)* başlıklı bir direktif yayımlanarak eşgüdüm sağlanmaya çalışılmıştır.

²¹⁵ “Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler” (Model Provisions on the Protection of Computer Software Geneva 1978) Giriş Bölümü

²¹⁶ DALYAN, s. 65, KAYPAKOĞLU, s. 20-21

²¹⁷ DALYAN, s.66

İngiliz Hukuku ve Alman Hukukunda resmi düzenlemeler 1985 yılında gerçekleşmiştir. İngiliz Hukuku'nda yapılan düzenlemeyle edebi eserler kapsamında koruma altına alınan programlara ilişkin düzenleme, 1991 yılında AB Direktifiyle uyumlu hale getirilerek son halini almıştır.

Eser olarak kabul edilme ölçütlerinden “orijinallik” unsurunun mahkemelerde önemli tartışmalara yol açtığı Almanya’da ise, yine AB Direktifini müteakip Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na eklenen özel hükümlerle düzenlemeler son şeklini almıştır.

Avrupa ve dünyada gerçekleşen tüm bu tartışmalar ve gelişmeler sırasında Türkiye’deki duruma gelirsek; bilgisayar ve programcılık dünyasına teknoloji üretmek konusunda aktif bir aktör olmayan ülkemizde bu konudaki yasal düzenlemeler AB tarafından dikte edilmiş olup, uluslararası yükümlülüklerimizi yerine getirmeye çalışmaktan ileri gidememiştir. İlk kez 07.06.1995 tarihinde TBMM’de kabul edilen 4110 sayılı Kanun ile FSEK’de yapılan değişiklikle bilgisayar programları, ilim ve edebiyat eseri olarak koruma altına alınmıştır. Yapılan düzenlemelerin esin kaynağı genel olarak yukarıda sözünü ettiğimiz AB Direktifidir. Ayrıca 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bazı ek düzenlemeler de getirilmiştir.

III. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER NİTELİĞİ, KORUMA KAPSAMI VE ESER SAHİPLİĞİ

Bilgisayar Programlarının mevzuatımızda korunması 07.06.1995 tarihinde TBMM’de kabul edilen 4110 sayılı yasayla değişen FSEK’in 2. maddesindeki ilim ve edebiyat eserleri kategorisine bilgisayar programlarının dâhil edilmesi ile gerçekleşmiştir. Yine 21.02.2001 tarihinde TBMM’nin kabul ettiği 4630 sayılı yasa ile FSEK’e eklenen 1/B maddesinin a) bendinde kanun kapsamında korunacak olan eserlerin niteliği tespit edilmiş ve g) bendinde de bilgisayar programı kavramı tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere FSEK’deki bu güncellemeler özellikle Gümrük Birliği sürecinde AB ile uyum kapsamında gerçekleşmiş olduğundan söz konusu

mevzuat değişikliklerinin alt metinleri de uluslararası yükümlölüklerimize neden olan hukuki metinler kapsamında okunmalıdır.

Mevzuatımızdaki bu değişiklikler, bir sorunun çözümlüne yönelik uzun süre devam etmiş doktrin tartışmalarıyla ya da mahkeme içtihatlarıyla içselleştirilerek oluşturulmayıp, uluslararası yükümlölüklerin yerine getirilmesi amacıyla tepeden inme bir şekilde yürürlüğe girdiği için, bu konuda AB Direktifi neredeyse aynen tercüme edilerek, gerekli düzenlemeler yapılmıştır. O nedenle aşağıdaki başlıkları Direktifle birlikte incelemekte fayda görüyoruz.

A. Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği

Bilgisayar programlarının hukuken korunmasına ilişkin tarihçeyi incelerken ifade ettiğimiz üzere; koruma yönteminin tespitine ilişkin birçok çalışma *sui generis* korumayı önerse de ölkeler tarafından çoğunlukla fikrî hukuk koruması tercih edilmiş ve bu husus uluslararası metinlerde de yinelenmiştir. (Gerek TRIPS Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ve gerekse AB Direktifinin ilk maddesinde bilgisayar programlarının fikrî hukuk koruması ile korunması gerektiği belirtilmiştir.) Ulusal mevzuatımızdaki düzenlemeye kaynak olan AB Direktifinin ilk maddesinde, bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi kapsamında edebi eser (*literary work*) olarak korunacağı açıkça ifade edilmiştir.

Bilgisayar programlarının eser olarak korunması ile ilgili, AB Direktifinin 1/3 maddesinde orijinal (*originality*) olmak dışında başka bir koşul aranmamaktadır. Orijinallik ise, “*yazarın kişisel fikrî yaratıcılığı*” olarak açıklanmıştır. AB Direktifine esas olan Komisyon Teklifinde ise orijinallik “*kopya edilmemiş olma*”²¹⁸ şeklinde ifade edilmiştir.

AB Direktifinde sözü edilen fikrî yaratıcılığın düzeyine ilişkin bir belirleme yer almamakla birlikte; söz konusu bilgisayar programının eser olarak korunabilmesi için başkaca bir ölçüt aranmayacağı ve programın kalitesi ya da estetik düzeyi ile

²¹⁸ Commission of the European Communities: Proposal for a Council Directive on The Legal Protection of Computer Programs, COM (88) 816-SYN 183, Brussels 17 March 1989 (Bundan böyle dipnotlarda kısaca Proposal olarak anılacaktır.) Part 2 Chapter 1 Article 1/1.3 s.18

ilgili herhangi bir testin uygulanmayacağı açıkça hem madde metninde hem de memorandumun 8. paragrafında vurgulanmıştır.

Mevzuatımızda da diğer ülkelerle uyumlu olarak bilgisayar programları için özel bir düzenleme yer almamaktadır. Tıpkı diğer eserlerde olduğu gibi, sahibinin hususiyetini taşımak koşuluyla bilgisayar programları FSEK kapsamında ilim ve edebiyat eseri kategorisinde korunmaktadır.

Bilgisayar programlarının FSEK kapsamında eser olarak korunması hususuna ilişkin olarak, “*sahibinin hususiyetini taşıma*” koşulu ve AB Direktifinde yer alan “*orijinallik*” koşulunun incelenmesinde fayda vardır.

Çalışmamızın ilk bölümünde eser kavramını tanımlarken “*sahibinin hususiyetini taşımak*” unsurunu detaylı bir şekilde tartıştığımızdan, tekrardan kaçınmak adına oradaki açıklamalarımıza gönderme yapmakla birlikte, AB Direktifi ile birlikte bu kavramı değerlendirelim:

AB Direktifi ortalama düzeyde bağımsız bir fikrî çalışmanın varlığını yeterli görmektedir. Ancak bu açıklamanın bizi kesin ve mutlak bir ölçüte götürmediği açıktır. Çünkü gerek “*bağımsız fikrî çalışma*” ve gerekse “*yaratıcılık*” kavramları muğlak kavramlar olup, bu düzeylerin mutlak bir şekilde tespiti çok mümkün değildir. AB Direktifine ilişkin Komisyon Teklifinde yaratıcılık düzeyi “*yeterli, kâfi derecede*” gibi anlamlara gelen “*sufficient*” kelimesi ile tanımlanmıştır.²¹⁹ Bu nedenle uzmanlar tarafından gerçekleştirilecek incelemede; kelimenin anlamı sebebiyle yapılan vurgu gereği, programın yaratıcısına atfedilecek asgari düzeyde bir fikrî emeğin varlığının tespit edilebilir olması, kanaatimizce söz konusu programın eser olarak kabul edilmesi ve korumadan yararlanması için yeterli olacaktır.

Sonuç olarak; AB Direktifinde bir bilgisayar programının eser korumasından yararlanması hususundaki ölçüt, eseri vücuda getirenin asgari düzeyde yaratıcılığının esere yansması ve programın bir başka programdan kopya edilmemiş olması şeklindedir. Ayrıca memorandumda programın estetik düzeyi ya da kalite düzeyinin

²¹⁹ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 1/1.3 s.18

tespiti ile ilgili herhangi bir teste tabi tutulamayacağı ve kendisinden önce piyasaya sürülmüş olan programlarla kıyaslanamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

B. Koruma Kapsamı

AB Direktifinde bilgisayar programı kavramının tanımlanmasından kaçınılmıştır. Komisyon Teklifi incelendiğinde; teknolojik gelişmelerin hızı dikkate alınarak tanım yapılmasından kaçınıldığı anlaşılmaktadır.²²⁰

AB Direktifinin kapsamının düzenlendiği 1. maddeyi incelediğimizde; programlarla birlikte hazırlık çalışmalarının da koruma kapsamında olduğunu görüyoruz. Hazırlık çalışmaları madde metninde açıklanmamakla birlikte, memorandumun 7. paragrafında “*sonraki bir aşamada (at a later stage) bir programın oluşmasını sağlamak koşuluyla*” hazırlık çalışmalarının da koruma kapsamında olduğu belirtilmiştir. Hazırlık çalışmalarının neler olabileceği AB Direktifinde açıkça ifade edilmemekle birlikte, Komisyon Teklifinde, donanıma kalıcı olarak entegre edilmiş ya da çıkarılabilen her türlü akış şemaları ve program komutlarının dizilişine ilişkin tanımlamalar, hazırlık çalışmaları içinde değerlendirilmiştir.²²¹

AB Direktifinin 1/2 maddesinde fikrî hukuk korumasının genel prensibi ile uyumlu olarak, bir programın herhangi bir unsurunun temelinde yatan düşünce ve prensiplerin korunmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca Memorandumun 13. ve 14. paragraflarında da bu husus tekrarlanmış, algoritma ve içerdiği fikir ve prensiplerin fikrî hukukun ana ilkeleri gereği koruma kapsamı dışında kalacağı belirlenmiştir. Yine Memorandumda programlama dillerinin de fikir ve prensipler içeren unsurlardan olması sebebiyle koruma kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

Arayüzlerin koruma kapsamında olup olmadığı hususu AB Direktifinde açık bir hükümlerle belirlenmemiştir. Ancak 1.maddenin 2. fıkrasında arayüzlerdeki fikir ve prensipler de koruma kapsamı dışında bırakılan fikir ve prensiplere dâhil

²²⁰ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 1/ 1.1, s.17

²²¹ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 1/ 1.1, s.17

edildiğinden yorum yoluyla arayüzdeki fikir ve prensipler dışındaki unsurların gerekli koşulları taşımak kaydıyla eser korumasından yararlanması gerektiği görüşüne katılıyoruz.²²²

Mevzuatımız açısından, korumanın kapsamı ve kapsam dışında kalan hususlar FSEK md. 2’de düzenlenmiştir:

İkinci maddenin ilk fıkrasında; “...*bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık çalışmaları...*” ve son ek fıkrasında “...*arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.*” şeklinde koruma kapsamının sınırları çizilmiştir.

AB Direktifi ve mevzuatımız ışığında koruma kapsamındaki unsurları alt başlıklar altında kısaca değerlendirelim.

1. Hazırlık Tasarımları

Hazırlık tasarım çalışmaları bir programın en sancılı geçen ve en çok emeğin harcandığı sürecidir. Bu nedenle de koruma kapsamında değerlendirilmesi doğaldır. FSEK’deki düzenlemede, *bir sonraki aşamada program sonucu doğurmak koşuluyla* hazırlık tasarımlarının koruma altında olduğu ifade edilmiştir.

İlk bakışta mantıklı bir ifade gibi görünen bu düzenlemenin aslında bir tercüme hatası olduğu ve işlevsiz bir yasa hükmüne dönüştüğü kanaatindeyiz. Kanundaki ifadeyi lafzıyla yorumladığımızda; bir sonraki aşamada programa dönüşecek bir hazırlık tasarımından söz etmek mantık kuralları dâhilinde pek mümkün olamaz. Çünkü artık program oluşmuştur. Bu sebeple ortada korunacak bir hazırlık tasarımı da bulunmayacaktır.

AB Direktifinde konuya ilişkin ilk maddeyi incelediğimizde hazırlık tasarım çalışmalarının koruma kapsamında olduğu belirtilmekle birlikte, bu konudaki

²²² Aynı görüşte ARIKAN, s. 361,

açıklama Memorandumda yer almaktadır. Memorandumun 7. Paragrafında; “*sonraki bir aşamada*” (*at a later stage*) program sonucunu doğurmak kaydıyla hazırlık tasarımlarının korunabileceği ifade edilmiştir.

Burada asıl sorun, korunacak hazırlık tasarımlarının tespitinde FSEK’in bu hükmü lafzıyla mı dikkate alınacaktır, yoksa mehz AB Direktifinin hükmü dikkate alınarak mı konu yorumlanacaktır?

Doktrinde bu hususta görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar²²³ FSEK’teki açık hükmün varlığı dolayısıyla yoruma gerek olmadığını, lafzıyla uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Bu durumda kaynak kodu aşamasından önceki hazırlık tasarım çalışmalarının eser olarak korunması mümkün olmayacaktır. Diğer bir kısım yazarlar da metnin AB Direktifindeki hükümle birlikte yorumlanması gerektiğini aksi halde ortada korunabilecek bir hazırlık tasarım çalışmasının bulunmayacağını iddia etmektedir.²²⁴

Bize göre de hüküm AB Direktifindeki ifadeyle birlikte yorumlanmalıdır. Aksi halde işlevsiz bir hükme dönüşecektir.

2. Akış Şeması

AB Direktifinde hazırlık tasarım çalışmalarının koruma altında olduğu belirtilmesine karşın, bu çalışmaların neler olduğu ifade edilmemiştir. Ancak AB Direktifine esas olan Komisyon Teklifini incelediğimizde, akış şemasının koruma kapsamındaki hazırlık çalışmaları arasında sayıldığını görüyoruz.²²⁵

Akış şeması en önemli hazırlık aşamalarından biridir. Çünkü programın görsel grafik sembolleriyle şeması oluşturulmaktadır. Akış şemasının koruma dışı bırakılması halinde programın korunmasının bir anlamı kalmayabilir.

²²³ TEKİNALP, s. 117-118

²²⁴ KAYPAKOĞLU, s. 63, DALYAN, s.81-82, ATEŞ, Fikrî Hukukta Eser, s. 154, AKSU, s.97,98,99,100

²²⁵ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 1/ 1.1, s.17

Hazırlık tasarımlarının korunmasına ilişkin yukarıda ifade ettiğimiz tartışma üzerinden konuya bakarsak; akış şeması, bir sonraki aşamada program sonucunu doğurmaz. Bu nedenle FSEK md. 2'yi lafzi olarak yorumladığımız takdirde, akış şeması korunmayacak ve tam anlamıyla işlevsiz bir yasa hükmüne ulaşacağımız kesinleşecektir.

C. Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Fikrî Hukukun hukuki korumayla ilgili temel prensibi, düşüncenin değil bu düşüncüyü ifade ediş biçiminin korunmasıdır. Burada amaçlanan düşünce ve fikir tekeli yaratılmasının önlenmesidir. Bilgisayar programları açısından da bu prensip değişmemiştir.

AB Direktifinin 1. maddesinin 2. bendinde ve Memorandumun 13. paragrafında düşüncenin ifade ediliş biçimlerinin korunacağı, arayüzler de dâhil olmak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve prensiplerin korunmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu hüküm de FSEK md. 2'nin son fıkrasına aynen tercüme edilerek alınmıştır.

Bu bakış açısı ile algoritmaya yaklaşalım: Daha önce detaylı olarak anlattığımız gibi, algoritma bilgisayardan istenilen çözümün gerçekleşmesi için atılması gereken mantık adımları serisine ilişkin düşüncedir. Programın oluşumunda hayati bir çıkış noktası olmakla birlikte, program algoritmadan daha detaylı bir yapıdır. Çünkü sorunun çözümüne ilişkin kullanıcı ile bilgisayar arasındaki ilişki, girilmesi gereken veriler, ulaşılabilecek sonuçlar programla gerçekleştirilirken, algoritma bu ayrıntılı, detaylı ve karmaşık yapıya ulaşmamızı sağlayan mantıksal sürecin düşünsel olarak tasarlanmasıdır. Tam da bu nedenle algoritma bilgisayar programına temel olan düşünce olduğu için koruma kapsamı dışında kalmaktadır. Bu husus Direktif memorandumunun 14. paragrafında da aynen ifade edilmiştir.

Arayüzlerin bilgisayar programlarının korunması kapsamında olup olmadığı hususuna gelirse, Daha önce de ifade ettiğimiz gibi arayüz kullanıcı ile bilgisayar arasındaki ilişkiyi gerçekleştirir. Kullanıcı bir programla çalışırken gördüğü menüler,

seçenekler ve talimatlar arayüzü oluşturur. Aynı menü ya da talimat farklı arayüz tasarımlarıyla farklı şekillerde ifade edilebilir. Ancak bu ifade ediş biçimleri bir programdan farklıdır. Daha çok grafiksel tasarımlar olup, program tarafından yönetilirler. Arayüzleri karakterize eden, grafiksel yapıları olduğu için, bilgisayar programı koruması kapsamında bir korumadan söz etmek mümkün değildir. Ancak gerekli şartları taşımak kaydıyla, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin(554 Sayılı KHK) 10/3 maddesi gereğince, tasarım olarak korunması mümkün gözükmemektedir.

D. Yazılımlara Özgü Bazı Unsurların Koruma Kapsamında Olup Olmadığı Hususu

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi yazılım kavramı, bilgisayar programlarından daha kapsayıcı bir anlama sahip olup, tanımlanmasını zorlaştıracak kadar çok unsur içerir. Bu durum yazılımların daha karmaşık bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Yazılım kavramının içinde, bir araya gelmiş kod ya da program kümeleri dışında, program betimlemeleri ve refakat malzemeleri yer almaktadır. Bu unsurlar “Temel Kavramlar” başlığı altında detaylı olarak tanımlanmıştır.

Yazılımlara özgü bu unsurların koruma kapsamında olup olmadığı hususuna gelirse;

WIPO tarafından yayımlanan “*Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler*” (*Model Provisions on the Protection of Computer Software Geneva 1978*) adlı metnin “Açıklamalar” (*Comments*) bölümünde tüm bu unsurların farklı seviyelerde koruma altında olduğu belirtilmiştir.²²⁶ Bu farklı seviyeler yine açıklamalar bölümünün “i” ve “1” bentlerinde açıklanmıştır. Buna göre, program betimlemeleri yazılımlarla eşit koruma görürken refakat malzemelerinin daha dar bir

²²⁶ 1. Bölümde (Section 1) tanımlanan, bilgisayar programı, program betimlemesi, refakat malzemeleri ve yazılım kavramlarının 5 Bölüm (Section 5) hükümleriyle farklı seviyelerde koruma altına alınan “Yazılımların” hukuki tanımı içinde yer aldığı, dolayısıyla koruma altında oldukları ifade edilmiştir.

şekilde ticari sır kapsamında ve yine sınırlı bir şekilde fikrî hukuk koruması kapsamında olduğu belirtilmiştir.

AB Direktifinde bu hususlara hiç değinilmemektedir.

Bize göre de; program betimlemesi dışındaki refakat malzemesi niteliğindeki dokümanların bilgisayar programı korumasından yararlanması mümkün değildir. Ancak yazılımın asli kısımları ya da tamamının açıklandığı program betimlemeleri bilgisayar programı koruması kapsamında değerlendirilmelidir.²²⁷

E. Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Kapsamında Tersine Mühendislik Sorunu

“Tersine Mühendislik” çalışmalarının fikrî hukuk anlamında kabul görüp görmeyeceği hususu programcılık endüstrisinin geliştiği ülkelerde hala devam eden tartışmalar arasındadır.

Teknolojik araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde yararlanılan en önemli yöntemlerden biri olan “Tersine Mühendislik” oldukça zahmetli ve maliyetli bir çalışma biçimi olmakla birlikte, program tasarımında da tersine mühendislik sıklıkla kullanılan yöntemlerden biridir.

Bilgisayar programcılığı kapsamında, tersine mühendisliği ana hatlarıyla; var olan bir programın tasarlanma aşamaları doğrultusunda geriye doğru giderek, söz konusu tasarımın nasıl ortaya çıktığının analiz edilmesi şeklinde tanımlayabiliriz.²²⁸ Bu çalışma biçimi aslında tamamlanmış bir programın onu var eden noktalarını keşfedip bu noktaları temel alarak yeni bir tasarım yaratmaktır.

İşte bu noktada, böyle bir çalışma biçimi fikrî hukukun genel prensipleri esas alındığında hukuken korunabilir mi?

²²⁷ Aynı görüşte DALYAN, s.82, ARIKAN, s.361,

²²⁸ DOUGHTREY, Carran S.: “Reverse Engineering of Software for Interoperability and Analysis” Vanderbilt Law Review Vol:47:145, 1994, s.150-151(Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi: 10.06.2014)

Bu soru, henüz ülkemizde büyük tartışmalara neden olmasa da teknoloji üreten ülkelerde hem tartışılmakta hem de yasal düzenlemelere konu edinilmektedir. Bu tartışmaların devam ettiği ülkelerden biri olan Amerika’da konuya ilişkin bazı yasal çalışmalar vardır.

Düzenlemelerdeki çıkış noktası “Ticari Sır” fikrine dayanmaktadır. Patent mevzuatında açıkça belirtilmemekle birlikte, patent tescili yapılmamış teknolojik ürünlerle ilgili olarak tersine mühendislik makul karşılanmaktadır.²²⁹

Yine Amerikan Hukuku’nda “*Yarı İletken Devrelerin Korunmasına İlişkin 1984 Tarihli Kanun (Semiconductor Protection Act of 1984)*” tersine mühendislik çalışmasıyla ortaya çıkan ürüne ciddi bir yatırım yapıldığının ve yoğun bir çaba sarf edildiğinin belli olması halinde açıkça tersine mühendisliğe izin vermiştir. “*Copyright Act*” ise bu konuda bazı istisnalar getirmekle birlikte net bir hüküm içermediğinden mahkemeler ve doktrinde fikrî hukuk ile ilgili olarak konuya ilişkin farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir.²³⁰ Bir görüşe göre; sonunda ortaya çıkan ürün, orijinal ürünle büyük ölçüde benzerlikler içermediği takdirde tersine mühendislik yasaya aykırı görülmezken; diğer bir görüş taraftarları, bahsedilen büyük ölçüde benzerlik incelemesinin ancak orijinal ürünün taklit edildiğine ilişkin direkt bir delil olmaması halinde yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yine benzerlikten ziyade niyeti önemseyerek, büyük benzerliğin bulunması halinde dahi bu durumun “*Dürüst Kullanım İlkesine (fair use)*” aykırı olup olmadığının araştırılması gerektiğini düşünenler de bulunmaktadır.²³¹

Tersine mühendislik Avrupa’da da tartışılan bir husus olmakla birlikte AB Direktifinin 5/3 maddesinde kişisel kullanım kapsamında bir programın fonksiyonunu yerine getirebilmesi amacıyla ve 6. madde kapsamında araişerliğin sağlanması amacı ile yapılan çalışmalarda belli şartların varlığı halinde bu

²²⁹ DOUGHTREY, s:156

²³⁰ DOUGHTREY, s:157

²³¹ DOUGHTREY, s:157-158

çalışmalara izin verilmiştir. Söz konusu şartlar ise 6. maddede düzenlenmiştir.²³²
Buna göre;

- ✓ Bu çalışmalar araişerliği gerçekleştirmek için bir zorunluluksa ve araişerliği sağlayacak bilgiye başka türlü ulaşma imkânı yoksa yapılmalıdır.
- ✓ Yasal olarak programı kullanma hakkına sahip olan ya da onun yetkilendirdiği kişilerce yapılmalıdır.
- ✓ Tersine mühendislik çalışmalarından kodun çoğaltılması, çevirisi gibi işlemler programın araişerliği sağlayacak kısımları için yapılmalıdır.
- ✓ Edinilen bilgiler araişerliğin sağlanması dışında başka bir amaçla kullanılmamalıdır.
- ✓ Edinilen bilgiler, benzer programların geliştirilmesi ya da üretilmesi için kullanılmamalıdır.
- ✓ Tersine mühendislik hak sahibinin hakkını kullanmasını engelleyecek ya da tehlikeye sokacak nitelikte olmamalıdır.

Mevzuatımızda tersine mühendislik çalışmaları, 4110 sayılı yasa ile değişen “*şahsen kullanma*” başlıklı 38. maddede bilgisayar programlarına özgü olarak eklenen fıkralarla düzenlenmiştir.

Konuyla ilgili tersine mühendisliğin açıklandığı bölüm dördüncü fıkradır:

Madde-38/4: Bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişinin yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiillerini ifa ettiği sırada, bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek amacı ile programın işleyişini gözlemlemesi, tetkik etmesi ve sınaması serbesttir.

Bu düzenlemeye göre tersine mühendislik mevzuatımızda kabul görmektedir. Ancak “*Şahsen Kullanma*” başlığı altında düzenlendiği için bu çalışmaların ticari bir amaçla yapılmasına hukukumuzca izin verilmediğini düşünüyoruz. Kaldı ki; maddenin ilk fıkrasında belirlenen genel ilkelere göre, kâr amacı güdülmeksizin bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ve bu faaliyetlerin hak sahibinin meşru menfaatlerine

²³² Madde başlığı “DECOMPILATION” şeklinde düzenlenmiştir. Decompilation sözü <http://www.yeminlisozluk.com/decompile> web sitesinde yer alan sözlükte “geri derleme”, “kaynak koda dönüştürme”, “derlenmiş açma” şeklinde tercüme edilmiştir. (Son Erişim tarihi 01.08.2014)

zarar vermemesi, şahsi kullanımı aşan ve makul olmayan kullanım olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Maddenin beşinci fıkrasında ise tersine mühendisliğe bir başka sınırlama getirilmiştir. Buna göre, programın kodunun çevrilmesi ya da çoğaltılması gibi tersine mühendislik işlemleri ancak araişerliğin sağlanması amacıyla gerçekleştirilecektir. Bu konudaki düzenleme de neredeyse AB Direktifinin bir tercümesi niteliğindedir.²³³

F. Bilgisayar Programlarında Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği Sorunu

Eser sahipliği kavramı FSEK md.1/B'de “*eseri meydana getiren kişi*” olarak tanımlanmaktadır. FSEK'te 5101 sayılı yasa ile 2004 yılında gerçekleşen değişiklikle 1/B maddesinde yer alan eser sahipliği tanımı, “*eseri meydana getiren gerçek kişi*” şeklindeyken, “*gerçek*” sözcüğü kaldırılmıştır. Bu değişikliğin aslında, tüzel kişiler ve işverenlerin belli yetkileri kullanabilmesi ile ilgili özel durumların düzenlenebilmesi için gerçekleştirilmiş olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, yapılan değişiklikte ihmal edilen mantık hatasına da değinmek zorundayız. Eser, mahiyeti itibarıyla ancak ve ancak bir insanın fikrî çabası sonucu ortaya çıkan bir çalışma olduğundan tüzel kişiler tarafından bir eserin meydana getirilmesinin mümkün olmadığı ortadadır. Tüzel kişilerin bir eser üzerindeki hak ile ilgili bazı yetkileri kullanabilmesi mümkün olmakla birlikte, eser sahibi yalnız ve ancak eseri yaratan gerçek kişidir.

Fikrî hukukun temel prensipleri gereği eser sahipliği, eserin tamamlanıp dış dünyada fark edilebilir olduğu an başlar. Ayrıca bir başka işleme ya da herhangi bir resmi makamda tescil edilmesine gerek yoktur. Eser sahipliği eserin meydana çıkmasıyla *ipso iure* olarak doğar. Aynı nedenlerle eser sahipliğinin devredilmesi mümkün değildir. Aşağıda detaylı olarak ifade edeceğimiz gibi tam da bu yüzden, işçi işveren ilişkisi içinde yaratılan eserlerde işverenler açısından ya da tüzel kişiler

²³³ Bu konu, Eser Sahibinin Çoğaltma Hakkı'na ilişkin açıklamalarımızda daha detaylı olarak değerlendirilmiştir.

açısından eser sahipliğinden değil belli yetkilerin tüzel kişiler ya da işverenlerce kullanılabilmesinden söz edilebilir.

AB Direktifindeki konuya ilişkin düzenlemelere geçmeden önce, Komisyon Teklifinde yer almakla, birlikte, daha sonra çıkarılan, tartışmaya değer iki husustan da kısaca söz etmek isteriz.

Bu konulardan ilki, bilgisayar destekli üretilmiş olan programlarda eser sahipliği, diğeri de bir sözleşme kapsamında sipariş üzerine üretilen programlardaki eser sahipliği sorunlarıdır.

Komisyon Teklifinde yer alan 2. maddenin ilk haline ilişkin açıklama ve gerekçelerin yer aldığı “Giriş” kısmında;²³⁴ bilgisayar destekli hazırlanan bir programda, sonraki programın hazırlanmasına destek olan programın yaratıcısının mı yoksa ikinci programı bilgisayar desteğiyle ortaya çıkaran kişinin mi eser sahibi olması gerektiği hususu tartışılmıştır.

Son teknolojik gelişmeler karşısında, bilgisayar desteği olmaksızın bir programın yaratılmasının neredeyse mümkün olmadığı ve bilgisayar desteğiyle de ortaya konulsa, bir programın eser olarak kabul edilmesi için, asgari düzeyde fikrî bir çabayla yaratılmış olmasının zorunlu olduğu gerçeği karşısında, bilgisayar desteğiyle de olsa, programı yaratan kişi ya da ekibin eser sahibi olması gerektiği kabul edilmiştir. Tasarıdaki madde metni de bu şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin tasarıdan çıkarılma nedeninin, konunun devletlerin takdirine bırakılmak istenmesi olabileceğini düşünüyoruz. Bilgisayar destekli programların tasarımlarıyla ilgili benzer bir düzenleme İngiliz Hukuku’nda da yer aldığından²³⁵ diğer Avrupa ülkeleriyle eşgüdümün sağlanması açısından bu hükmün AB Direktifinden çıkarılmamış olması daha faydalı olurdu kanaatindeyiz.

Bir diğer konu da bir sözleşme ilişkisi içinde, programın sipariş verilmesi halinde eser sahipliğinin tespiti hususudur. Teklifin “Giriş” kısmında bu hususa

²³⁴ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 2/2.5 s.21

²³⁵ ARIKAN, s. 354

ilişkin açıklamalarda iş sahibinin söz konusu programla çalışacağı ve onun ihtiyaçları doğrultusunda bu programın yaratıldığı düşünüldüğünde iş sahibinin eser sahibi olarak belirtilmek dışındaki yetkileri kullanabilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²³⁶ Teklifin ilk halinde bu husus 2. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme de İngiliz Hukuku'nda "*work for hire*" doktrininin (ivaz karşılığı eser yaratılması) bulunmaması dolayısıyla İngiltere'nin eleştirilerine maruz kaldığı için Direktiften çıkarılmıştır.²³⁷

Programlar karmaşık yapıları dolayısıyla çoğunlukla bir ekip tarafından tasarlanır. AB Direktifinde eser sahipliğinin düzenlendiği 2. maddede bu durum dikkate alınarak, gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Kolektif çalışmalarda, çalışmaya katılan herkesin eser sahibi olacağı ifade edilmiş olmakla birlikte kararların müşterek eser sahipliği ilkelerine göre mi yoksa iştirak halindeki eser sahipliği ilkeleri kapsamında mı alınacağı hususunda bir düzenleme yer almamış ve takdir devletlere bırakılmıştır.

Tüzel kişilerin eser sahipliği ya da hak sahipliği hususunda AB Direktifi üye devletin mevzuatının izin vermesi halinde tüzel kişilerin hak sahibi olarak (*rightholder*) belirlenmesine imkân tanımıştır.

Çalışanların işverenin talimatlarıyla işlerini yaptıkları sırada ortaya çıkardıkları programlara ilişkin; malî yetkilerin işveren tarafından kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.

Mevzuatımızda da bu hususlarda bilgisayar programlarına özel hükümler bulunmama ile birlikte eser sahipliğine ilişkin FSEK md.9 vd. yer alan konuyla ilgili hükümler bilgisayar programları için de geçerlidir.

²³⁶ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 2/2.3 s.20

²³⁷ HIDALGO, Paul G.: Copyright Protection of Computer Software in the European Community: Current Protection and the Effect of the Adopted Directive, *The International Lawyer* 27, 1993, s.135 Heinonline Veritabanından ulaşılmıştır. (Son Erişim Tarihi 01.08.2014)

1. Bilgisayar Programının Birden Fazla Kişi Tarafından Meydana Getirilmesi Halinde Eser Sahipliği

Bir eserin birden fazla kişi tarafından yaratılması mümkündür. Bilgisayar Programları açısından ise bu oldukça sık rastlanan bir durumdur. Mevzuatımızda, gerek müşterek eser sahipliği ve gerekse iştirak halinde eser sahipliği FSEK md. 9 ve 10'da düzenlemiştir.

Doktrinde bu iki durum farklı adlar altında ifade edilmektedir. Tekinalp²³⁸ ve Ateş,²³⁹“Ortak Eser Sahipliği” ve “İştirak Halinde Eser Sahipliği” şeklinde ifade ederken, Kılıçoğlu,²⁴⁰ “Paylı Eser Sahipliği”, “Elbirliği Eser Sahipliği (Eser Sahipleri Birliği)” ifadelerini kullanmış, Erel,²⁴¹ Öztan,²⁴² Arslanlı²⁴³ ve Hirsch²⁴⁴”Müşterek Eser Sahipliği”, “İştirak Halinde Eser Sahipliği ” şeklinde nitelendirirken, Ayiter²⁴⁵ ise, “Bağlı Eser Sahipliği” ve “Ortak Eser Sahipliği” kavramlarını tercih etmiştir.

Birlikte eser sahibi olmaya ilişkin bu iki durum her ne kadar müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet kavramlarının tam karşılığı olmasa da uygulanan hükümlerin benzerliğini dikkate alarak biz de Müşterek Eser Sahipliği ve İştirak Halinde Eser Sahipliği kavramlarını tercih ediyoruz.²⁴⁶

Müşterek Eser Sahipliği FSEK md. 9'da düzenlenmiştir. Ancak bu maddede teknik bir hata bulunmaktadır. Öncelikle madde metninin başlığına bakarsak “Eser Sahiplerinin Birden Fazla Oluşu” şeklinde düzenlendiğini görüyoruz. İştirak halinde eser sahipliğinde de birden çok eser sahibi bulunduğu için kullanılan başlık yerinde değildir. Bir diğer hata da madde metninde yapılmıştır. Madde metninde müşterek

²³⁸ TEKİNALP, s.150-154

²³⁹ ATEŞ, Eser Sahipliği, s.189

²⁴⁰ KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s.222-224

²⁴¹ EREL, s.89-94

²⁴² ÖZTAN, s. 256-270

²⁴³ ARSLANLI, s.64-72

²⁴⁴ HIRSCH, Fikrî Say, s. 85

²⁴⁵ AYİTER, s.98-100

²⁴⁶ Farklı görüşte KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar (“...Müşterek mülkiyette ise, maliklerin serbestçe tasarruf edebilecekleri bir kısım değil, mülkiyet konusu malın tamamında bir pay söz konusudur.”), s.222, ATEŞ, Eser Sahipliği, s.191

eser sahipliğinin, birlikte vücuda getirilen eserler için söz konusu olabileceği belirtilmişse de bu durum işin doğasına uymamaktadır. Müşterek eser sahipliğinde eser, birden fazla kişi tarafından meydana getirilse de bu çalışmanın birlikte olması şart değildir. Çünkü müşterek eser sahipliğinde eserin bir araya gelen bölümleri müstakil bir eser olarak nitelendirilebilir, bağımsız olarak değerlendirilebilir, ayrılabilir ve eser sahiplerinin bağımsız çalışmalarıyla hazırlanabilir.

Doktrindeki bazı yazarlar gibi biz de, Müşterek Eser Sahipliğine ilişkin FSEK’de düzenlenmelerin yetersiz olması halinde Medeni Kanun’un Müşterek Mülkiyete ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.²⁴⁷ Buna göre, her bağımsız bölümün yaratıcısı, bu bölüm üzerinde eser sahipliğinden kaynaklanan hakkını özgürce kullanabilir. Kanunda sadece bağımsız parçalardan oluşan asıl eserde yapılacak değişiklikler veya yayımlanma hususunda oybirliği ile hareket etme zorunluluğu aranmakla birlikte, kanunda oybirliği aranan durumların sınırlı olarak sayılmadığı, eserin bütününe etki edecek hususlarda ve manevi yetkilerin kullanımında da oybirliğinin aranması gerektiği kanaatindeyiz.²⁴⁸

İştirak Halinde Eser Sahipliği ise, FSEK md. 10’da düzenlenmiştir. Burada, birlikte eserin meydana getirilmiş olması esas olup, eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi gerekmektedir. Birlikte çalışanların emekleri ve fikrî çalışmaları öylesine birbirine katılmıştır ki eserin bağımsız parçalara ayrılması mümkün değildir.

FSEK md.10 gereği bu birliğe adi şirket hükümleri uygulanacaktır. Yani eser sahiplerinin serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan bulunmamaktadır. Eser sahipleri ne eserin tümü ne de payları hakkında bağımsız bir şekilde tasarrufta bulunabilirler. Tüm kararlar oybirliği ile alınabilir. Taraflar arasındaki sözleşmede ya da mevzuatta aksine bir hüküm bulunmadığı sürece esere ilişkin hak eser sahipliğini temsil eden tüzel kişi ya da eser sahiplerini bir araya getiren gerçek kişi tarafından kullanılacaktır. Eser sahipleri sadece esere bir tecavüz olması durumunda bağımsız hareket edebilme yetkisine sahiptir.

²⁴⁷ Aynı görüşte TEKİNALP, s.151 HIRSCH, Fikrî Sây, s.86

²⁴⁸ Aynı Görüşte EREL, s. 94, ATEŞ, Eser Sahipliği s.199-200

Yine iştirak halinde eser sahipliğinde de FSEK’de hüküm bulunmaması halinde Medeni Kanun’daki iştirak halinde mülkiyete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini düşünüyoruz.

Bilgisayar programları açısından birlikte eser sahipliğinde en iyi çözüm iştirak halinde eser sahipliği olacaktır.²⁴⁹ Çünkü niteliği bozulmadan, bağımsız parçalara ayrılması oldukça zordur. Ayrıca kimin hangi parça için çalıştığının tespiti de çok kolay olmayacaktır.

2. İşverenin ve Tüzel Kişilerin Hak Sahipliği

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, eser sahipliği eserin yaratılmasıyla kendiliğinden doğar ve devri mümkün değildir. Bir eseri yaratma yeteneğinin sadece gerçek kişilerde bulunduğu düşünüldüğünde, tüzel kişilerin organları tarafından yaratılan programlarla, işverenin emir ve talimatları altında işçi tarafından yaratılan programlara ilişkin eser sahipliği ya da işveren/tüzel kişilerin bazı yetkileri kullanılabilmesi ile ilgili olarak durumu irdelemekte fayda vardır.

AB Direktifini incelediğimizde ikinci maddenin üçüncü paragrafında, bir işçinin işverenin talimatları altında işini yaparken gerçekleştirdiği programlarla ilgili olarak işverenin malî yetkileri kullanabileceği belirtilmiştir. Tüzel kişilerle ilgili olarak ise yine ikinci maddenin ilk fıkrasında, üye devletlerin mevzuatı izin veriyorsa tüzel kişilerin de işverenler gibi bazı yetkileri kullanabileceği kabul edilmiştir.

Konuya ilişkin olarak, mevzuatımızda bilgisayar programlarına özel bir hüküm bulunmamakla birlikte “Eser Sahipliği” başlığı altındaki genel düzenlemeler bilgisayar programları açısından da geçerlidir. Tüzel kişiler ve işverenlerin durumu FSEK md.18/2’de düzenlenmiştir.

²⁴⁹ Aynı görüşte DALYAN, s. 98

III. HAKLARIN KULLANILMASI

MADDE 18.- (Değişik: 4630 - 21.2.2001 / m.11) Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.

Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır.

Bir eserin yapımıcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir.

Madde metnini incelediğimizde tüzel kişilerin ya da işverenin maddi nitelikli hakları mı yoksa manevi nitelikli hakları mı kullanmaya yetkili olduğu açıkça belirtilmemiştir. Maddenin birinci fıkrasında ve son fıkrasında yer alan düzenlemelerde açıkça malî haklar ibaresi kullanılmasına karşın, konumuza ilişkin düzenlemenin yer aldığı ikinci fıkrada sadece “*haklar*” ibaresinin kullanılmasıyla yetinilmiştir. Bu durum, hangi hakların söz konusu hükme esas olduğuna ilişkin tereddüde yol açmaktadır.

İşverenler ve tüzel kişilerin durumlarını düzenleyen bu hüküm, 4630 sayılı Kanun ile FSEK’te gerçekleşen değişikliklerle son halini almıştır. 4630 sayılı yasanın ilgili maddesinin gerekçesinin yer aldığı Komisyon raporunda;

“Mevcut Kanunun 10 uncu maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, tüzel kişilerin çalıştırdıkları kişiler tarafından yaratılan eserler üzerindeki manevi ve malî haklar kullanılabilceği de hükme bağlanmıştır.”²⁵⁰

Kanun koyucu açıkça iradesinin işveren ve tüzel kişiler açısından hem malî hem de manevi hakları kullanmaya yönelik olduğunu ifade etmiştir. Kanun koyucunun açık iradesine karşın doktrinde genel olarak benimsenen görüş çok daha farklıdır. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, işveren ve tüzel kişiler *hak sahibi*

²⁵⁰ Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/538) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss402m.htm> web sitesinden ulaşılmıştır. (son erişim tarihi 01.08.2014)

*olmayıp, sadece belli hakları kullanma yetkisine sahiptir. İşveren ve tüzel kişilerin kullanma yetkisine sahip olduğu haklar malî haklardır.*²⁵¹ Yargıtay içtihatlarında aynı görüşün tekrarlandığına ilişkin kararlara da rastlanmıştır.²⁵²

ATEŞ, konuyla ilgili daha liberal bir yaklaşıma sahiptir. Buna göre; madde metninde kastedilenin malî haklar olması gerektiğini belirtmekle birlikte, manevi hakların kullanımıyla ilgili daha önce ifade ettiğimiz katı yaklaşımları eleştirmiştir. ATEŞ'e göre işverenin manevi hakları kullanamayacağı yönünde bir görüş toptancı bir yaklaşımdır. Olayın özelliklerine göre karar verilmelidir. Çünkü işçi manevi haklarını kullanarak işverenin malî haklarını kullanmasına engel olabilir. O nedenle, eser sahibinin kişiliğini zedelediği ölçüde ve malî hakların kullanımıyla ilgili olmak kaydıyla, manevi haklar işveren tarafından da kullanabilmelidir.²⁵³

Bize göre; işveren ve tüzel kişilerin malî haklar yanında manevi hakları da kullanma yetkilerinin bulunması mümkün değildir. Aksi halin kabulü halinde, işveren ve tüzel kişinin belli hakları kullanma yetkisinden değil, işveren ve tüzel kişilerin eser sahibi olmasından söz etmek gerekecektir. Bu durumda eseri yaratan gerçek kişinin eser sahipliğinin içi boşaltılmış olacaktır.

G. Bilgisayar Programlarıyla İlgili Olarak Eser Sahibinin Hakkı

Eser sahipliği, eserin meydana getirilmesiyle doğan ve eserin sahibine ait tüm yetkilerin toplandığı tek bir haktır. Bu yaklaşıma rağmen, FSEK'de eser sahibinin hakkını malî ve manevi haklar şeklinde gruplandırılmıştır. Bunun yanı sıra bu gruplarda yer alan haklar sınırlı bir şekilde sayılmış²⁵⁴ ve ileride teknik ya da ticari yöntemlerde gerçekleşecek değişiklikler sebebiyle eser sahibinin eserinden farklı şekilde yararlanma olasılıkları engellenmiştir.

²⁵¹ KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s. 214, EREL, s.192-193, TEKİNALP, s.145-146

²⁵² YARGITAY 11. Hukuk Dairesi 2001/2687E.-2001/5080K., 04.06.2001 tarihli karar, YARGITAY 11. Hukuk Dairesi 2003/7032E.-2004/1586K., 23.02.2004 tarihli karar (Kazancı Veri tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 01.08.2014)

²⁵³ ATEŞ, Eser Sahipliği, s.360,365-366

²⁵⁴ FSEK md. 13/1, 20/1 Farklı Görüş (Manevi haklar açısından) ARSLANLI, s.80

1. Manevi Haklar

AB Direktifinde manevi haklardan açıkça söz edilmemekle birlikte, ikinci maddenin üçüncü fıkrasında zımni olarak manevi hakların varlığı kabul edilmiştir.²⁵⁵

AB Direktifinde manevi hakların türlerinden söz edilmemekte ancak Komisyon Teklifinde bu konuya ilişkin açıklamalara rastlanmaktadır. Komisyon Teklifinde; eserin bütünlüğüne zarar verici değişikliklerin önlenmesine ilişkin manevi hakkın, bilgisayar programlarının sürekli güncellenmesi ihtiyacı karşısında edebi çalışmalar kadar önem arz etmediği ifade edilmiş ve en çok eser sahibi olarak tanıtılma hakkına vurgu yapılmıştır. Diğer manevi haklardan ise neredeyse hiç bahsedilmemiştir.²⁵⁶

FSEK’de tüm eserler için geçerli olan malî ve manevi haklar yer almakla birlikte, bunlardan hangilerinin özel olarak bilgisayar programlarına uygulanması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öncelikle, manevi haklar mutlak nitelikli olup, devri mümkün değildir. Bu husus FSEK md. 63’te mirasa konu haklardan söz edilirken sadece malî hakların zikredilmesiyle de kesinlik kazanmıştır. Ancak FSEK md. 19’da bir istisna getirilerek, bu haklardan bazılarının kullanım yetkisinin üçüncü kişilere bırakılmasına ve yine bu yetkinin mirasçılar ya da eser sahibince belirlenen üçüncü şahıslar tarafından kullanılmasına cevaz verilmektedir. Tam da bu nedenle, yani devri mümkün olmamakla birlikte kullanım yetkisinin geçirilmesine cevaz verildiği ve eser sahibinin ölümünden sonra da hüküm ifade ettiği için manevi haklar, devre konu olmayan ve ölümle sona eren şahsiyet haklarından ayrılır. Eser sahipliğine bağlanmış manevi nitelikli özel haklardandır.²⁵⁷

²⁵⁵ İkinci maddenin üçüncü fıkrasında çalışanların işverenlerin emir ve talimatları altında meydana getirdikleri yazılımlarda maddi hakları kullanım yetkisinin işverende olduğu belirtilmiştir. Yorum yoluyla manevi hakların da eseri yaratan işçi de kalacağı sonucu çıkarılacaktır.

²⁵⁶ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 2 s.20-21

²⁵⁷ EREL, s. 136, ÖZTAN, s.540, AYİTER, s.114, TEKİNALP, s. 161

FSEK md. 19'daki bu düzenleme doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bu hakları kullanma yetkisinin miras yoluyla geçtiğini iddia eden yazarlar²⁵⁸ bulunmakla birlikte, bu yetkinin üçüncü şahıslara ya da mirasçılara geçişinin eserin korunmasını sağlamak için yapılmış kanuni bir yetkilendirme olduğunu, Miras Hukuku'ndan kaynaklanan bir devir olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Bu görüş taraftarlarına göre yetkilendirme Miras Hukuku'ndan kaynaklanmadığı için mirasçı mirası reddetse dahi söz konusu manevi hakları kullanma yetkisi devam edecektir.²⁵⁹

Bu konuda biz de işbu manevi hakları kullanma yetkisinin geçirilmesinin miras hukukundan kaynaklanmadığı, eserin bir kültür varlığı olması sebebiyle, korunması için kanuni bir yetkilendirme olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra FSEK'de düzenlenen manevi hakları alt başlıklar altında kısaca inceleyelim.

a. Kamuya Sunma Hakkı

Bir programının eser olarak korunabilmesi için kamuya sunulmuş olması bir zorunluluktur. Ancak programın kamuya sunulup sunulmayacağı ya da bunun şekli ve zamanına ilişkin hususlarda karar verme yetkisi FSEK md. 14'e göre münhasıran eser sahibine aittir. Kamuya sunulmamış programların içeriği ile ilgili olarak, bilgi verme yetkisi de yine ancak eser sahibi tarafından kullanılır.

Kamuya sunma eserin yayımlanması ya da çoğaltılması olmayıp, eser sahibinin özel alanından çıkarak, bir grup insana tanıtılmasıdır. Nitekim yayımlanmış eserlerin ifade edildiği FSEK md. 7'de alenileşme yani kamuya sunulmanın, yayımlanmadan önceki süreç olduğu bu ikisinin birbirinden ayrı süreçler olarak değerlendirilmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır.

²⁵⁸ ÖZTAN, s.540, ARSLANLI, s. 168

²⁵⁹ TEKİNALP, s. 162, AYİTER s.202-203, , EREL, s.284

Hirsch ise bu maddedeki düzenlemenin miras hukukundan kaynaklanan bir geçiş olmadığını kabul etmekle birlikte, eser sahibinin manevi haklarından sorumlu bu kişilerin manevi hakları korumakla yetkilendirilmiş "yeddi emin" niteliğindeki kişiler olduğunu savunmaktadır. (Fikrî Sây s.152)

ALENİLEŞMİŞ VE YAYIMLANMIŞ ESERLER:

MADDE 7 - *Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır.*

Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır.

5680 sayılı Basın Kanununun 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü mahfuzdur.

Kamuya sunma bir kere gerçekleşir ve geri dönüşü yoktur.²⁶⁰ Kamuya sunmadan söz ederken “KAMU” kavramı dar algılanmalıdır. Eser sahibinin şahsi çevresi dışında az sayıda bir grup önünde gerçekleştirilen tanıtım çalışması da umuma arz olarak nitelendirilecektir.²⁶¹

Eser sahibinin kamuya sunma hakkı kural olarak devredilmeyen haklardandır. Ancak bu hakkın kullanım yetkisinin malî hakların devredildiği kişiye geçirilebilmesi mümkündür.²⁶² FSEK md. 14/3'te de bu yetkinin geçirilmesinden söz edilmektedir. Ancak bu yetkiyi devralan üçüncü kişinin yetkisi de yine aynı maddeyle sınırlanmıştır. Buna göre, eser sahibinin şeref ve itibarına zarar verecek şekilde eserin kamuya sunulması halinde eser sahibi yetkilendirdiği üçüncü şahsı bu yetkiyi kullanmaktan men edebilecektir. Eser sahibinin menetme yetkisinden sözleşmeyle önceden vazgeçmesi kabul görmez.

b. Eser Sahibi Olarak Tanıtılma/Adını Belirtmekten Kaçınma Hakkı

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi AB Direktifinde zikredilen yegâne manevi hak, eser sahibi olarak tanıtılma hakkıdır. FSEK 15. maddede eser sahibinin adını veya müstear adını kullanması ile birlikte, eseri adsız olarak kamuya sunma hakkından da söz edilmiştir.

²⁶⁰ ÖZTAN, s.295

²⁶¹ TEKİNALP, s. 164-165

²⁶² TEKİNALP, s.165, 167

Adın ya da yerine geçecek hususların belirtilmesi eser sahipliğinin tespiti açısından da karine teşkil edecektir.²⁶³

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi FSEK md. 15 adın belirtilmesi kadar belirtilmemesi hakkını da içeren bir düzenlemedir. Bu husus özellikle eser sahibinin ölümü halinde önem arz eder. Eğer eser sahibi adı açıklanmadan eserin umuma arzı hususundaki arzusunu gerçekleştirilmeden ölmüşse bu durumda son arzusu FSEK md. 19 kapsamında eserin korunmasına ilişkin eser sahibinin haklarını kullanma yetkisine sahip kişilerce yerine getirilmek zorundadır.

Eserin birden çok kişi tarafından meydana getirilmiş olması halinde tüm eser sahipleri bu haktan yararlanacaktır. Eser kamuya sunulurken eser sahibinin tanıtılması/tanıtılmaması hakkı ne şekilde kullanılmışsa buna uyulmalıdır. Sahibinin izni olmadan sonradan değişiklik yapılması halinde eser sahibinin bunu önleme yetkisi bulunmaktadır.(FSEK md. 16/1)

c. Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı

Eserde değişikliğin önlenmesi hakkı eserin bütünlüğünü korumaya yöneliktir. FSEK md. 16 gereği, eser sahibinin izni olmaksızın eserde ya da sahibinin adında değişiklik, ekleme ya da kısaltma yapmak mümkün değildir. Ancak AB Direktifine esas Komisyon Teklifinde de ifade edildiği üzere programlar durağan eserler olmayıp, sürekli geliştirilmeye ve değiştirilmeye ihtiyaç gösterdikleri için bu hak programlar açısından diğer eserler kadar önem arz etmez.²⁶⁴Hataların giderilmesi ya da yeni fonksiyonların eklenmesi sonucu programlarda yapılan değişikliklerle oldukça kısa aralıklarla yeni sürümler piyasaya sunulur.

Off the shelf²⁶⁵ dediğimiz çok geniş kitlelere hitap eden ve kullanıma hazır program anlamına gelen programlar açısından bu hak daha fazla önem arz eder. Bu

²⁶³ EREL, s.141, TEKİNALP, s. 169, KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s. 268-269

²⁶⁴ Proposal Part 2 Chapter 1 Article 2 s.20-21

²⁶⁵ Anlamı için bakınız <http://www.webopedia.com/TERM/C/COTS.html> (Son erişim tarihi 14.08.2014)

programların lisans sözleşmelerinde genellikle, hangi konuda olursa olsun değişikliğe izin verilmemektedir. Çünkü program üreticileri bu programların ilk sürümünü alanlara hatasız ya da yeni sürümleri ya az bir ücret karşılığı ya da ücretsiz olarak sunmaktadır.²⁶⁶

Kanun, programlarda gerçekleşecek değişiklikleri belli koşullara bağlamıştır. Buna göre; bir programın işlenmesi, kamuya arzı, çoğaltılması, yayımlanması, temsili konusunda eser sahibinin iznini almış olan kimseler bu fiillerin gerektirdiği ölçüde zorunlu olacak değişiklikleri eser sahibinin izni olmaksızın yapabilirler.

Eser sahibi verdiği izine rağmen daha önce ifade ettiğimiz gibi, şeref ve haysiyetine zarar veren değişiklikleri men etme hakkına her zaman sahip olacaktır.

2. Malî Haklar

AB Direktifinde malî haklar dördüncü maddede “Yasaklanmış Faaliyetler” açıklanırken üç başlık altında değerlendirilmiştir:

- ✓ Çoğaltma Hakkı
- ✓ İşleme(tercüme, adaptasyon ve uygun değişiklikler) Hakkı
- ✓ Yayma Hakkı (Kiralamayı da içerecek şekilde programın dağıtımı)

Bu hakların inhisarî nitelikli olduğu (*exclusive rights*) belirtilmiştir.

Ülkemizdeki mevzuata gelirsek; tıpkı manevi haklarda olduğu gibi, malî haklarda da programlara özgü özel düzenlemeler bulunmamaktadır.

FSEK’de malî haklar 21. madde ve devamında tek tek düzenlenmekle birlikte, 20. maddede de genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. 20. maddede yer alan bu genel nitelikli düzenlemede, malî hakların kanunda sınırlı şekilde sayıldığı ve bunlardan biri üzerindeki tasarrufun diğerini etkilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

²⁶⁶ DALYAN, s.120

FSEK md. 48/1'de malî hakların tümünden devrine izin verilirken, 48/2'de lisans (Kanundaki tabir ruhsattır.) yoluyla sadece kullanım yetkisinin geçirilmesi de mümkün kılınmıştır.

Ayrıca 52. maddede bu haklara ilişkin sözleşmelerin ve tasarrufların yazılı olması gerektiği ve hangi hakkın ya da hakların söz konusu tasarrufa konu olduğunun ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.

FSEK md. 26/1 gereği malî haklar belli bir süreyle sınırlı olmak üzere korunurlar. Koruma süresi, eser sahibinin yaşamı boyunca devam edip, ölümünden itibaren 70 yıl sonra son bulur. Birden fazla eser sahibi bulunması halinde 70 yıllık süre son eser sahibinin ölümünden itibaren işlemeye başlayacaktır.(FSEK md. 27/1)

Mevzuatımızda sınırlı bir şekilde sayılan bu hakları detaylı olarak inceleyelim.

a. İşleme Hakkı

İşlenme eser FSEK'de 1/B maddesinde tanımlanmıştır. Ayrıca 6. maddede de konuyla ilgili açıklamalar yer almış ve sınırlayıcı olmamak kaydıyla nelerin işleme eser olduğu örneklenmiştir. Bu kapsamda bilgisayar programları da zikredilmiş ve bunların uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişime uğraması halinde işlenme eserden söz edilebileceği belirtilmiştir.

İşlenme eser kısaca, asıl esere sadık kalınarak, işleyenin özelliklerini içerecek şekilde asıl eserin farklı bir hale getirilmesiyle ortaya çıkar. Ortaya çıkan yeni bir eser olmakla birlikte, asıl eser kadar müstakil bir eserden söz edilmesi mümkün değildir. Bu yeni eserde asıl eserle olan ilişki belirtilmelidir.

Programlar açısından örnek verirsek; Windows işletim sistemine uygun olarak tasarlanmış bir programın, Mac OS ya da iPhone OS işletim sistemlerinde çalışabilecek şekilde yeniden yazılması halinde ortaya çıkan ürün, programın uyarlanmasıyla oluşmuş işlenmiş bir eserdir.

Eser sahibinin malî hakları ile ilgili olarak 21. maddede işleme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre; bir eserden işlenme yoluyla faydalanma hakkı

münhasıran eser sahibine aittir. Yani, asıl eserden faydalanarak işleme bir eser ortaya çıkarılması ve bu eserden mali bir menfaat hedeflenmesi halinde bu konuda asıl eser sahibiyle uzlaşmak zorunludur. FSEK md. 20 gereğince eser sahibine tanınan malî haklardan münhasıran faydalanma yetkisi alenileşmiş eserlerde söz konusudur. Bu sebeple, kendini denemek ya da oyalanmak amacıyla bir işleme eser ortaya koyan kişi, söz konusu eseri kendi kişisel çevresi dışında kamuya sunmamışsa bu eser için asıl eser sahibinden izin alma zorunluluğu bulunmaz.²⁶⁷

FSEK'in 6. maddesinde bir programın “*uyarlanması, düzenlenmesi veya programda herhangi bir değişim yapılması*” ile işleme eserin oluşturulabileceği belirtilmiş olmakla birlikte bu kavramların neyi ifade ettiği açık değildir.

Bu hüküm, Direktifin 4/b maddesi esas alınarak hazırlanmıştır. Direktife esas Komisyon teklifini incelediğimizde *uyarlamanın (adaptation)* programla yerine getirilen hedefin bir başka ortamda yerine getirilmesinin sağlanması için yapılan değişiklikler olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca tercüme (*translation*) çalışmalarının da bu kapsamda yer aldığı belirtildiğinden, programın bir başka programlama diline dönüştürülmesi ya da makine dilinden insanların anlayabileceği dile çevrilmesi (ya da tam tersi) gibi eylemlerin de uyarlama şeklinde yorumlanması mümkündür.²⁶⁸

Düzenleme ise doktrinde program parçalarının ya da bağımsız programların bir araya getirilmesi şeklinde yorumlanmıştır.²⁶⁹

Herhangi bir değişim yapılması haline ilişkin ise, doktrinde bazı yazarlar kişisel kullanım için yapılması gereken değişiklikleri(FSEK md. 38) aşan bir değişikliğin varlığını ararken, bazıları değişikliğin boyutunun önemli olmadığını işleme boyutuna ulaşmış olmanın yeterli olduğunu savunmaktadır.²⁷⁰

²⁶⁷ TEKİNALP, s. 183

²⁶⁸ Proposal, Part 2 Chapter 1 Article 4.1.b s.24

²⁶⁹ TEKİNALP, s.139, AKSU, s.123-124

²⁷⁰ TEKİNALP, s.139 Farklı Görüşte AKSU, s.123 (Burada yer alan “DEĞİŞİM” sözcüğü AB Direktifinin hatalı çevrilesinden kaynaklanır. Değişiklik şeklinde yorumlanmalıdır.) Değişikliğin düzeyinin önemli olmadığını önemli olanın yazılımdaki değişiklik ile işleme eser olarak nitelendirmenin mümkün olması gerektiğini düşünüyor.) Bu hususta Üçüncü Bölüm’de “İşleme Eser Kapsamında FSEK md. 6/10’daki Düzenlemenin Değerlendirilmesi başlığında daha detaylı açıklamalar yapılacaktır.

b. Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma hakkı FSEK md. 22’de yine münhasıran eser sahibine ait olan haklar arasında ifade edilmiştir.

Çoğaltma eylemi kısaca eserin maddi bir cisim üzerinde tecessüm edecek şekilde tekrarlanmasıdır. FSEK md. 22/2’de detaylı bir şekilde tanımlanmıştır,

Madde 22/2-“Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir”

Son dönemdeki teknik gelişmeler sayesinde elektronik ortamlarda depolama, dosya paylaşımı gibi yöntemlerle de çoğaltma eylemi gerçekleşmektedir.

Bozbel, programlar açısından çoğaltmayı “...bağımsız olarak tedavülü mümkün bir veri taşıyıcısına kaydedilmesi (CD, DVD, sabit disk, flash bellek vb) halinde program oğaltılmış olur.” şeklinde ifade etmiştir. Yine bir programın web sitesine yüklenmesini (upload) de çoğaltma kapsamında değerlendirmiştir.²⁷¹

Programlar açısından çoğaltma hakkına AB Direktifinin 4/(a) maddesinde değinilmiştir. Buna göre, bir programın, herhangi bir yolla ve herhangi bir biçimde kalıcı veya geçici olarak, kısmen ya da tamamen çoğaltılması (*reproduction*) hakkı, münhasıran eser sahibine aittir. Ayrıca programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, yayımlanması ve depolanması gibi işlemler çoğaltılmasını gerektiriyorsa bu durumda, bu fiiller için de hak sahibinin izni gerekmektedir.

Görüldüğü gibi özellikle geçici çoğaltmanın da kapsama alınması sebebiyle, daha katı ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yaklaşımla, üye ülkelerin kamu

²⁷¹ BOZBEL, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 429 ve aynı sayfada 1049 nolu dipnot.

yararı ya da kamu düzeni için getirecekleri sınırlandırmaların da –eğitim amaçlı çoğaltmalar hariç olmak üzere- önüne geçilmiştir.²⁷²

Mevzuatımızda çoğaltma hakkı, AB Direktifinde yer alan bu düzenlemeyle oldukça benzer ifadeler kullanılarak FSEK md. 22/3'te düzenlenmiştir. 4110 sayılı Kanun'la mevzuatımıza eklenen bu düzenleme tıpkı AB Direktifinde olduğu gibi programın kopyalanması dışında yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması işlemleri geçici olarak çoğaltılmasını gerektiriyorsa bu fiilleri de çoğaltma olarak nitelendirmiştir. AB Direktifinde hem geçici hem de kalıcı çoğaltmadan bahsedilmesine karşın mevzuatımızda kalıcı çoğaltmadan söz edilmemiştir. Ancak kanaatimizce, mehzaz AB Direktifi dikkate alınarak kalıcı çoğaltmanın da kapsam içinde olması gerekmektedir.²⁷³

Görüldüğü gibi programların çoğaltılması kavramı, teknik yönü dolayısıyla biraz daha karmaşık bir yapıda olduğundan farklılık arz etmektedir. Örneğin konunun başında çoğaltma eyleminin; eserin maddi bir cisim üzerinde tecessüm edecek şekilde tekrarlanması olduğundan bahsettik. Ancak programlar açısından, maddi cisim üzerinde tecessüm etme hali, teknik nedenlerle bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Kaldı ki; yukarıda ifade ettiğimiz gibi çoğu zaman programın çalıştırılması dahi çoğaltma olarak kabul edilmektedir.

FSEK md. 38'de şahsi kullanım ve araişlerliğin sağlanması hususunda programlarla ilgili çoğaltma hakkının kullanımına sınırlandırmalar getirilmiştir. Her iki sınırlama da ticari amaçlı olmayıp, kişisel kullanımla sınırlıdır. Yani bu sınırlandırmalardan yararlanarak, hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale mümkün değildir. Bu sınırlandırmaları kısaca inceleyelim:

-Şahsi Kullanım için Çoğaltma Serbestisi:

Günümüz teknolojik gelişmeleri doğrultusunda çoğaltma olanakları artmıştır. Programların ciddi anlamda maddi bir değer ifade eder hale gelmesiyle çoğaltma

²⁷² EREL, Şafak: "Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK'a Armağan A.Ü. SBF D Ocak-Haziran 1994 c.49, s. 147

²⁷³ Aynı görüşte DALYAN, s. 129, KAYPAKOĞLU, s. 114

husussu istismara açık hale gelip, tartışmalara neden olmuş ve bazı Avrupa Ülkelerinin mevzuatlarından bu serbesti kaldırılmıştır.²⁷⁴

Mevzuatımızda hak sahibinin menfaatlerine hanel gelmemesi kaydıyla ve kâr amacı güdülmeksizin, şahsi kullanım için bir adetle sınırlı kalmak üzere, yedekleme kopyası alınmasına cevaz verilmiştir.

Yasada şahsi kullanım hali tanımlanmamakla birlikte, cevaz verilen eylemler açıklanmıştır. Buna göre;

- ✓ Programı yasal yollardan edinen kişinin, programı yükleyip çalıştırmasına ve hatta hatalarını düzeltmesine engel olunamaz.
- ✓ Yine programı yasal yollardan edinen kişinin, kendi kullanımı için yedekleme kopyası çıkarması mümkündür. Bu kopya diğer bir bilgisayarda kullanmak için olmayıp, sadece programın zarar görmesi halinde yeniden yükleme için kullanılacaktır.

Programa ilişkin FSEK md. 38’de belirtilen yedekleme kopyası farklı yorumlara neden olmuştur. ÖZTAN, programın orijinal CD’si yanında, bilgisayara yüklenmesiyle bu yedek kopyanın edinilmiş olacağını iddia ederken,²⁷⁵ BOZBEL bilgisayara yüklemeyi yedekleme olarak düşünmeyip, programın ayrıca bir veri taşıyıcısına yüklenmekle yedekleme kopyasının elde edilmiş olacağını düşünmektedir.²⁷⁶ Bize göre de; bilgisayara programın yüklenmesi yedekleme kopyası ile amaçlanan hedefi gerçekleştirmez. Çünkü bilgisayar bozulabilir, virüs bulaşabilir, aynı anda orijinal kopyada da sorun yaşanabilir. Bu takdirde sistemi yeniden kurmak için ayrı bir veri taşıyıcısında bulunan bir kopya ile hareket etmek gerekecektir.

-Araışlerliğin Sağlanması Amacıyla Çoğaltma:

Bir programın diğer programlarla uyumlu bir şekilde çalışması araışlerlikle sağlanır. Ancak kimi kez araışlerliğin sağlanması için her iki programın parçalarına ayrılarak incelenmesi gerekebilir. Tersine mühendislik dediğimiz bu çalışma biçimi

²⁷⁴ TOPALOĞLU, s.51

²⁷⁵ ÖZTAN, s.488

²⁷⁶ BOZBEL, s.431 Dipnot 1052

ile programın araişlerliği sağlayabilmek için programın kodlarına ulaşılmış olur. İşte bu amacın gerçekleştirilmesi doğrultusunda kodların çoğaltılması, işlenmesi ya da tercümesi gerekebilir. AB Direktifi 6. maddesinde belli koşullar altında bu fillere izin vermektedir.²⁷⁷

Mevzuatımızda da bu husus FSEK md. 38/5'te düzenlenmiştir. Buna göre aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde kodların çoğaltılması ve çevrilmesine cevaz verilmiştir.

- ✓ Programın kodlarının çevirisi ve bu anlamda çoğaltılması zorunlu olmalıdır.
- ✓ Ruhsat sahibi, programın bir kopyasını kullanma hakkına sahip kişi ya da bu kişilerce yetkilendirilmiş kişiler tarafından bu eylemlerin gerçekleştirilmesi gereklidir.
- ✓ Araişlerliğin sağlanması için gereken bilgilere başka türlü ulaşmak mümkün olmamalıdır.
- ✓ Gerçekleştirilen eylemler, araişlerliğin sağlanmasına yardım edecek program parçasına ilişkin olmalıdır.
- ✓ Elde edilen bilgiler, araişlerlik dışında başka bir amaçla kullanılmamalıdır.
- ✓ Araişlerliğin sağlanması amacı dışında edinilen bilgiler başkalarına verilmemelidir.
- ✓ Edinilen bilgiler, benzer programlar üretmek gibi fikrî hakkı ihlal edecek Şekilde kullanılmamalıdır.

c. Yayma Hakkı

Yayma hakkı da diğer malî haklar gibi Direktifin 4. maddesinde münhasıran eser sahibine ait haklar arasında sayılmıştır. Umuma dağıtım (*distribution to the public*) Şeklinde bir ifade kullanılmakla birlikte kastedilenin yayma hakkı olduğu açıktır.

²⁷⁷ “Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Kapsamında Tersine Mühendislik Sorunu” başlığı altında bu koşullara değinilmiştir.

Komisyon Teklifine göre, programın çoğaltılmış kopyalarının satılması, kiralanması, lisans sözleşmesine konu olması gibi eylemlerle yayma hakkı kullanılabilir. AB Direktifi memorandumunun 16. paragrafında programların kiralanmasından kamusal kiralamanın kastedilmediği özellikle belirtilmiş ve belli bir süreliğine, kazanç sağlamak için bir programın kullanıma hazır bulundurulmasının kastedildiği ifade edilmiştir.

Yayma hakkı FSEK'in 23. maddesinde bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi FSEK yayma hakkına esas olan fiilleri sınırlı bir şekilde saymamış, böylece yeni teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkacak ticari pazarlama şekilleriyle de programın yayma hakkının kullanımına izin vermiştir.

Yayma hakkı ile kamuya sunma hakkı ile karıştırılmamalıdır. Bir programın reklam amaçlı sergilenmesi ya da tanıtımı o programın kamuya sunulmasıdır. Yayma hakkının kullanılması için programın aslının ya da çoğaltılmış nüshalarının para karşılığı ya da ücretsiz olarak ²⁷⁸ zilyetliğinin ya da mülkiyetinin devri amaçlanmalıdır. ²⁷⁹

Yayma Hakkı ile ilgili özel bir durum *tükenme ilkesidir*. Buna göre; eser sahibinin yayma hakkını kullanması neticesinde bir program tedavüldeyken üçüncü kişiler bu nüshaların mülkiyet hakkını elde etmişlerse, artık eser sahibi bu nüshaların yeniden yayımına müdahale edemeyecektir. ²⁸⁰

d. Temsil Hakkı

Temsil Hakkı bir eserin insan duyularıyla algılanabilecek şekilde kamuya sunulmasıdır.

²⁷⁸ ARSLANLI, s. 102

²⁷⁹ DALYAN, s.138

²⁸⁰ TOPALOĞLU, s.54

Temsil Hakkı, hem doğrudan hem de dolaylı temsili içerecek şekilde FSEK md. 24'te düzenlenmiş olup, münhasıran eser sahibine ait bir haktır. Bu hakkın programlar için güncel koşullarda geçerli olmadığını düşünenler²⁸¹ olmakla birlikte, aksini düşünenler de bulunmaktadır.²⁸²

Programların temsile konu olabileceğini düşünenler, büyük ekranlarda bilgisayar aracılığıyla sunumunu doğrudan temsil olarak kabul ederken, programın ya da kodlarının televizyon, hareketli görüntü taşıyıcıları ve internet aracılığıyla aktarıcı vasıtalarla sunumunu dolaylı temsil olarak nitelendirirler.²⁸³

Bize göre de; programların insanların duyularıyla algılayabileceği şekilde kamuya sunulması mümkündür.

e. İşaret Ses Ve/Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

FSEK md. 25'te bir eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli ve telsiz görüntü ve ses nakline yarayan araçlarla ve dijital ortamlarda yayınlanmak suretiyle kamuya iletilmesi hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir. Madde metninde eserin bu şekilde umuma iletim yoluyla dağıtım ve sunumunun eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir.

Maddenin daha önceki düzenlemesinde “*radio ile yayın hakkı*” olarak anılan bu hak, 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, teknolojik gelişmelere ve yeni iletim araçlarına uyum sağlayacak şekilde daha genel bir ifadeye kavuşmuştur. İnternet kullanımının artmasıyla, programların internette indirilmek yoluyla bilgisayara yüklenmesinin oldukça yaygın hale geldiği günümüzde madde metninin bu şekilde değiştirilmiş olması hakkın kullanımını programlar için daha uygun bir hale getirmiştir.

²⁸¹ KAYPAKOĞLU, s.79

²⁸² DALYAN, s. 141, TOPALOĞLU, s. 54-55

²⁸³ TOPALOĞLU, s. 53-54, DALYAN, s.142

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ve FSEK’de BU HUSUSTAKİ DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ

I. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN TEKNİK OLARAK İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Hayat hızla değişen bir devinime sahip. İş dünyasında, sanatta, eğitimde ya da günlük yaşantımızdaki fırsatlar, koşullar, düşünüş biçimleri ve eğilimlerdeki bu değişikliklerin nedenleri yerel olmadığı gibi etkileri de yerel olmaktan çok uzak. Çünkü sosyal ilişkilerimiz de dâhil olmak üzere, hayatımızın her alanının tam ortasında yer alan bilgisayarlar, işlevleriyle kimi zaman bu değişikliklere neden olup, çoğunlukla da bu değişimi eş zamanlı olarak tüm dünyaya duyurabilecek nitelikte.

Hayatımızı bu denli etkileyen bilgisayarlar ve onların işlevlerini yerine getirmesini sağlayan programlar hayatın devinimiyle uyumlu bir şekilde, sürekli değişmek zorundadır. Çünkü aslında bilgisayarlar ve hayatlarımız arasındaki ilişki bir ikilemden oluşur: Hayatlarımızdaki değişiklikleri etkiledikleri gibi, bu değişikliklere uyum sağlamak için onlar da değişmek, yenilenmek zorundadır.

Değişim düşüncesi bilgisayar programlarının yaşamını devam ettirme formülüdür. Eser sahibinin manevi haklarından biri olan “Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı” ikinci bölümdeki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz gibi tam da bu sebeple bilgisayar programları açısından diğer eserler kadar önem arz etmemektedir.

Bu bölümde programların yaşam formülü olan değişikliklerin hukuki izdüşümünün peşinde olacağız. Kısaca bilgisayar programlarındaki değişiklikleri ve değişiklik düşüncesinin kaynağını açıkladıktan ve teknik olarak bu değişiklikleri değerlendirdikten sonra, hukuki sonuçları üzerinde durmaya çalışacağız.

B. Bilgisayar Programlarındaki Değişiklik Düşüncesinin Kaynağı

Bir programda, piyasa sürüldükten sonra genel anlamda yapılan her türlü değişiklik, iyileştirme vs. teknik olarak “*Yazılımın Bakımı*” (*Software Maintenance*) şeklinde adlandırılmaktadır.²⁸⁴

Bilgisayar programlarının yaşamasını ve etkin kalmasını sağlayan değişim düşüncesi, aslında programın çözüm yaratmaya çalıştığı konuda veya etki alanında bazı farklılıkların gündeme gelmesi ya da programın başlı başına değişimin bir parçası olması halinde ortaya çıkar.²⁸⁵ Örneğin, Türk Lirasından altı sıfır atılmadan önce sorunsuz çalışan bir muhasebe programının altı sıfırın atılmasından sonra kuruluş sütunu ile ilgili eklemelere ihtiyaç göstermesindeki gibi programın etki alanında ortaya çıkan ve program tasarımcısının önceden öngöremeyeceği yasal sorunlardan kaynaklanabilir. Programın işlevini gereği gibi yerine getirmesini önleyen hataların ortaya çıkması ya da kullanıcı talepleri de değişim düşüncesinde etkili olabilir.

Programın etki çevresinde gerçekleşen yenilik ya da değişiklik, programa da yenilenmeyi ve bu değişime uyum sağlama gerekliliğini dayatacaktır.

Değişiklik ya da iyileştirme düşüncesi programın fonksiyon gösterdiği çevredeki farklılaşma sonunda aşağıda belirteceğimiz ihtiyaçların ortaya çıkmasıyla var olur:²⁸⁶

- ✓ Yeni özellikler ekleme ihtiyacı,
- ✓ Hataların düzeltilmesi ihtiyacı,
- ✓ Gelecekteki değişikliklere uyum sağlanması için kodların yeniden yapılandırılması ihtiyacı

Özetle programlar yaşayabilmek, etkin olabilmek ve yaşamın değişim döngüsüne uyum sağlamak için yenilenmek ve değişmek zorundadır.

²⁸⁴ SOMMERVILLE, Ian: Software Engineering, Addison-Wesley Publishers (Pearson Education), Essex, England, 8th Edition, 200, s. 492

²⁸⁵ PFLEEGER, Shari Lawrence: “The Nature of System Change,” Software, Vol.15 No.3, 1998 (pp.87-90), s. 87, (IEEE XPLORE veri tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.10.2014)

²⁸⁶ MOCKUS, Audris/ VOTTA, Lawrence G.: “Identifying Reasons for Software Changes Using Historic Databases”, In Software Maintenance, 2000. Proceedings. International Conference on (pp. 120-130). ,s.120, (IEEE XPLORE veri tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.10.2014)

C. Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Teknik Olarak Değerlendirilmesi

Değişiklikler basit kodlama hatalarının düzeltilmesinden, daha kapsamlı sistemsel farklılıkların yaratıldığı yeni sürümlerin piyasaya çıkarılmasına kadar uzanır. Bu çalışmalar aslında, programın evrimleşmesine, değişen hayata uyum sağlamasına, neden olduğu gibi, sürekliliğini ve etkinliğini artırmasını da amaçlar. Bilgisayar programları üzerine akademik tartışmaların başladığı ilk dönemlerde programların iyileştirilmesi sürecindeki değişiklikler, belki de ilk kez 1972 yılında program kullanıcıları/sahiplerinin hedef ve isteklerini esas alan düşünceye dayalı olarak Swanson tarafından aşağıdaki şekilde sınıflandırılmıştır: ²⁸⁷

- ✓ Düzeltilici Bakım (*Corrective Maintenance*) : Donanım ya da programdaki hataların giderilmesini sağlayan değişikliklerdir. ²⁸⁸
- ✓ Programın Bir Başka İşletim Ortamına Adapte Olmasını Sağlayan Bakım (*Adaptive Maintenance*) : Bu değişiklikler, programın yeni bir çalışma ortamına adapte olmasını sağlar. ²⁸⁹ Yapılan değişiklik, bilgisayarın hafızasının artırılması şeklinde donanım platformunda gerçekleştirileceği gibi, Windows işletim sistemiyle uyumlu bir programın, Linux işletim sistemine uyarlanması şeklinde program platformunda da kendini gösterebilir.
- ✓ Programın Fonksiyonelliğini Artırıcı Ekleme ve Değişikliklere Yönelik Bakım (*Perfective Maintenance*): Programın performansını ve özelliklerini geliştiren, bakım ve iyileştirmelerin yapılmasını kolaylaştıran değişikliklerdir. ²⁹⁰

²⁸⁷ CHAPIN, Ned/ HALE, Joanne E./ KHAN, Khaled Md./ RAMIL, Juan F./ TAN, Wui-Gee: "Types of Software Evolution and Software Maintenance", JOURNAL OF SOFTWARE MAINTENANCE AND EVOLUTION: RESEARCH AND PRACTICE Vol.13, Jan/Feb 2001, s.4, SWANSON, Burton E.: "Dimensions of Maintenance" Proceeding ICSE '76 Proceedings of the 2nd International Conference on Software Engineering, IEEE Computer Society Press, 1976, s.493(Finlandiya Jyväskylä Üniversitesinin web sitesinden <http://www.mit.jyu.fi/OPE/kursit/TIES462/Materiaalit/Swanson.pdf> linkiyle ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.10.2014)

²⁸⁸ IEEE Standart Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE std. 610.12-1990, s.22

²⁸⁹ IEEE Standart Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE std. 610.12-1990, s.8

²⁹⁰ IEEE Standart Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE std. 610.12-1990, s.55

Bu değişiklikler program üzerinde çalışan takımın daha yeni ve değişik fikirler edinmesi ve bu fikirleri programa uygulamak istemesinden de kaynaklanabilir.²⁹¹ Diğer türlere göre en kapsamlı ve maliyetli değişiklikler bunlardır. Çünkü programı büyük ölçüde evrimleştirebilecek değişikliklerdir.

Bu sınıflandırma uygulayıcılar arasında daha fazla taraftar bulmakla birlikte, araştırmacıların bu terimlere farklı anlamlar yükledikleri ya da farklı türlere ulaştıkları da görülmektedir.²⁹² Bu farklı türlerden biri de Koruyucu/nleyici Bakımdır. (*Preventive Maintenance*) Burada yapılan değişiklik ve iyileştirmeler, problem oluşmadan problemi zelmeye yöneliktir.²⁹³ 2000 yılından önce muhasebe programlarındaki kilitlenmeleri ve karışıklıkları önlemek için programların takvimle ilgili işlevlerinde gerekli değişikliklerin yapılması Koruyucu/nleyici değişikliklere iyi bir örnek olabilir.

Bir programda yapılan değişikliği yukarıdaki kategorilerden sadece birine sokmak pratik hayatta pek de mümkün değildir. Çünkü çoğu zaman yapılan değişiklik bu türlerden birkaçını içerebilir. Ancak yine de bu değişikliklerin hangilerine daha çok başvurulduğuna ilişkin araştırmalar yapıp sayısal verilere ulaşılmıştır. Buna göre, değişikliklerin %65'i yeni özellikler eklemeye yönelik (*perfective changes*) iken, %18'i programın başka bir sisteme adapte olmasını sağlayan (*adaptive changes*) değişikliklerdir. Hataların düzeltilmesine yönelik değişikliklerin(*corrective changes*) oranı ise, %17'dir.²⁹⁴ Görüldüğü gibi yapılan değişiklikler, aslında büyük oranda, programların daha işlevsel ve fonksiyonel hale gelmesini sağlayan değişikliklerdir.

Yukarıda programın bakımı sırasında gerçekleştirilen değişikliklerin fonksiyonları üzerinde durduk. Yapılan değişikliklerin programa kattığı nitelikli

²⁹¹ SOMMERVILLE, s.498

²⁹² CHAPIN/HALE/KHAN/RAMIL/TAN, s.5

²⁹³ IEEE Standart Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE std. 610.12-1990, s.57

²⁹⁴ Lientz ve Swanson tarafından 1980 yılında ve Nosek ve Palvia tarafından 1990 yılında yapılan araştırmaların sonuçlarıdır. SOMMERVILLE,493

özellikler açısından da aşağıdaki tablodaki gibi detaylı bir gruplandırma yapılabilir:

295

Değişikliğin Kattığı Özellik	Örnek
İşlevsel Uygunluk (<i>Functional Suitability</i>)	<ul style="list-style-type: none">• Programda yapılan değişikliklerle kullanıcılara daha fazla işlev sunulabilir. Programın bazı işlevleri açısından, kullanıcının gereksinimleri tam olarak karşılanamazken, yapılan değişikliklerle birlikte program bu gereksinimleri uygun bir biçimde karşılar hale gelebilir.• Örneğin Bir ATM'nin çalışmasını sağlayan programda yapılan değişiklikten önce ATM'den sadece para çekmek mümkünken, değişiklikle para yatırabilme işlevinin de eklenmesi.
Performans Verimliliği (<i>Performance Efficiency</i>)	<ul style="list-style-type: none">• Programın yapılan değişiklikle daha hızlı çıktı üretmesi ya da daha az kaynak (işlemci gücü, bellek ve saklama kapasitesi gibi) kullanması ve bunun sonucunda maliyetlerin düşmesi sağlanabilir.
Uyumluluk (<i>Compatibility</i>)	<ul style="list-style-type: none">• Değişiklikten sonra programın başka bir dış sistemle çalışır hale gelmesi sağlanabilir. Örneğin Daha önce kredi kartı ile tahsilat yapamayan bir alışveriş sitesindeki (dış sistem) ödeme programında yapılan değişiklikle programın bankanın kredi kartı sistemi ile elektronik ortamda haberleşebilir duruma gelmesi ve kullanıcılarına kredi kartı ile ödeme imkânı sunması.
Kullanılabilirlik (<i>Usability</i>)	<ul style="list-style-type: none">• Değişiklikten önce programın ortalama yetkinlikte ve tecrübedeki bir kullanıcı tarafından öğrenilmesi ve kullanılması daha zorken değişiklikten sonra daha kolay öğrenilebilir hale gelebilir.• Değişiklikten önce program, kullanıcıların hata yapmasını engelleyemezken yapılan değişikliklerle bazı kontroller eklenerek kullanıcının hata yapması önenebilir.• Engelli bir kullanıcı değişiklikten önce programı kullanamazken yapılan değişiklikle kullanılabilir hale gelebilir.
Güvenilirlik (<i>Reliability</i>)	<ul style="list-style-type: none">• Program değişiklikten önce gereksinim duyulduğunda sık sık kullanım dışı olurken, değişiklikten sonra çoğunlukla kullanım için hazır hale gelmiş olabilir.• Değişiklikten önce program bir hata ile karşılaştığında kullanıma kapanırken, değişiklikten sonra hatayı telafi ederek çalışmaya devam

²⁹⁵ Bu sınıflandırmada ISO/IEC 25010:2011, Systems and Software Engineering- Systems and Software Quality Requirements and Evaluation (SQuaRE) standardında Figure-4 'ten(Product Quality Model) yararlanılmıştır.

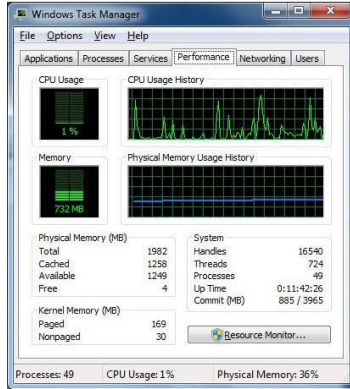
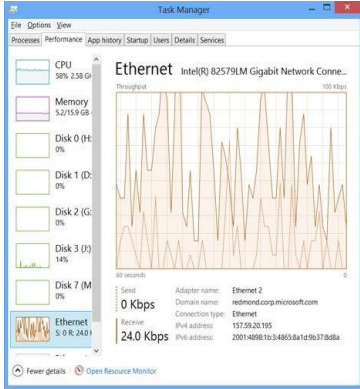
	edebilir.
Güvenlik (<i>Security</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Değişiklikten önce program, işlevlere/bilgiye erişim için herhangi bir kısıtlama yapmazken, değişiklikten sonra sadece yetkili kullanıcıların ilgili işlevlere/bilgiye erişimine izin verebilir.
Bakım Yapılabilirlik (<i>Maintainability</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Değişiklikten önce bazı bakım ve iyileştirmeler için teknik bilgiye ve ekibe gereksinim duyulurken, değişiklikten sonra aynı bakım işlemlerinin kullanıcı tarafından da yapılabilir hale gelmesi mümkün olabilir.
Taşınabilirlik (<i>Portability</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Değişiklikten önce sadece bir işletim sistemiyle çalışan programın (ör: sadece iOS işletim sistemi ile çalışan bir program) değişiklikten sonra birden fazla işletim sistemiyle (ör: Değişiklikten önce sadece iOS, ile çalışırken, değişiklikten sonra hem Android hem de Windows Phone ile çalışabilir hale gelen bir program) çalışabilir hale gelebilir.

Değişikliklerin fikrî hukuk kapsamında ortaya çıkaracağı sonuçlar açısından değerlendirirken yapılacak olan değişikliğin niteliği ve fonksiyonu kadar bu nitelik ve fonksiyonların programı ne boyutta evrimleştirdiği hususu da önem arz eder. Hukuki koruma, pratikte programın ifade ediliş biçimine, yani kodlarına odaklandığı için boyutsal değerlendirmede akla gelen ilk ölçüt, programda yapılan değişiklik sonunda ne kadar yeni kodun eklendiği olabilir. Ancak buradan yola çıktığımızda nitelikli ve büyük boyutlu değişiklikleri tespit etmenin çok mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

Hukuki sonuçların tespit edilmesine yönelik nitelik ve boyut değerlendirmesi kuşkusuz programlama alanında uzman bir yazılım mühendisi/yazılım geliştirici ile birlikte yapılmalıdır. Ancak bu değerlendirmenin doğuracağı sonuçlar açısından genel bir çerçeve çizmekte de yarar vardır. Bu çerçevenin çizilmesi açısından büyüklüklerine göre değişiklikleri, Major değişiklikler ve minör değişiklikler olarak adlandırmanın uygun olabileceğini düşünüyoruz. Bu isimlendirmenin teknik bir ölçü olmadığını, sadece yapılacak değerlendirme açısından bir çerçeve çizmeye çalıştığımızı yineleyerek kısaca bu değişiklikleri açıklayıp, örneklere çalışalım:

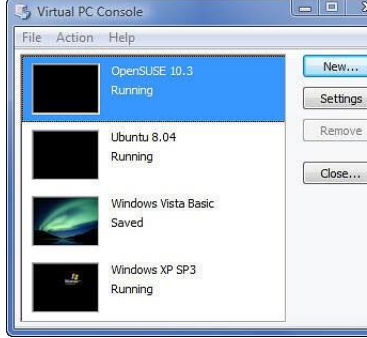
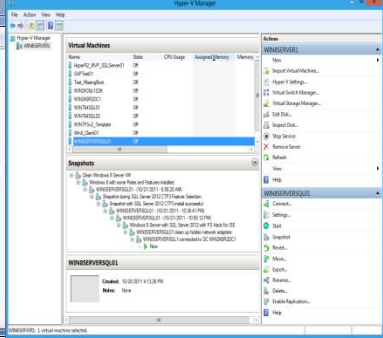


Major değişiklikler programın evrimleşmesine hizmet edecek, nitelikli ve büyük boyutta farklılaşmalar içermek zorundadır. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi

majör bir değişikliğin varlığını yeni eklenen kod miktarında aramak doğru değildir. Çünkü az sayıda kod eklenmekle birlikte yapılan değişiklik majör bir değişiklik olabilir. Bir programda majör bir değişiklikten söz edilebilmesi için, değişiklikten sonra program yeniden tasarlanmış, yeniden tanımlanmış olmalıdır. Yani değişiklik sonrasında program neredeyse değişiklikten önceki halinden bağımsız, müstakil bir yapıya bürünmüş olmalıdır. Programın önceki haliyle sonraki hali arasında o kadar büyük farklılıklar gözlenir ki, değişiklikten sonra ortaya çıkan program yapısı içinde programın eski halini aradığımızda ancak bir ilham kaynağı kadar izi kaldığını görebiliriz. Bu boyuttaki bir değişikliğe örnek olarak Windows işletim sisteminin 7 numaralı sürümünden 8.1 numaralı sürümüne geçişte yapılan değişikliklerin tamamı örnek verilebilir. Windows 7 ile 8.1 arasındaki bazı önemli farklılıkları²⁹⁶ ortaya koyan aşağıdaki tablo, gerçekleşen değişikliğin boyutsal olarak ne kadar büyük olduğunu anlamamızı sağlayabilir.²⁹⁷

DEĞİŞİKLİĞİN ÖZELLİĞİ	Özellik/ İşlev	Windows 7 – Windows 8.1 Karşılaştırması
İşlevsel Uygunluk	Görev yöneticisi işlevleri	Windows 8.1'in görev yöneticisi daha fazla bilgiyi görsel biçimde, renklendirilmiş grafiklerle (işlemci, bellek, sabit disk, kablosuz kaynak tüketimi gibi) gösterir. Açılıştan çalıştırılan her bir programın açılış zamanını nasıl etkilediğini de gösterir.
		<div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="text-align: center;"> <p>Windows 7 Görev Yöneticisi</p>  </div> <div style="text-align: center;"> <p>Windows 8.1 Görev Yöneticisi</p>  </div> </div>
İşlevsel Uygunluk	Disk imaj dosyaları içeriğine ulaşma	Windows 8.1 ISO, IMG, VHD gibi disk imaj dosyalarının içeriğine başka bir program kullanmadan ulaşılabilmesine ve bu dosyaların içeriklerinin başka bir saklama birimine (CD, DVD gibi) yazılmasına imkan vermektedir. Windows 7'de bu işlem başka programların yardımıyla yapılabilmektedir.

²⁹⁶ Teknik detaylara fazlaca girmemek adına sadece ortalama bir kullanıcının kullanabileceği bazı fonksiyonlara ilişkin değişiklikleri ifade etmeye çalıştık.

²⁹⁷ Farklılık kıyaslamasında www.tecflap.com web sitesinin <http://www.tecflap.com/wp-content/uploads/2012/10/Comparison-Chart.jpg> linkinde yer alan verilerden yararlanılmıştır

İşlevsel Uygunluk	Kilit ekranı görünümü	Windows 8.1'de kilit ekranında göreceği fotoğrafları, resimleri kullanıcı kendisi seçebilir.
İşlevsel Uygunluk	Microsoft hesabı ile oturum açma	Windows 8.1'de, ücretsiz olarak elde edilebilen Microsoft hesabı ile oturum açılabilir; bu hesap kullanılarak Windows uygulamaları indirilebilir; veriler ücretsiz bulut depolama alanı kullanılarak yedeklenebilir ve buna benzer Microsoft'un başka hizmetlerinden yararlanılabilir.
İşlevsel Uygunluk	Sanal makine çalıştırma	Windows 8.1, Windows Server'in bir parçası olan makine sanallaştırma teknolojisi, Hyper-V özelliğini içerir. Bu özellik tek bir bilgisayarda birden çok işletim sistemi çalıştırmayı sağlar (yazılım geliştiriciler, bilgi teknolojisi uzmanları için özellikle gerekli olabilir). Hyper - V, Windows 7'deki Windows Virtual PC'nin karşılığı olmakla birlikte, Windows XP Mode özelliğini içermez.
		<div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="text-align: center;"> <p>Windows 7 Virtual PC</p>  </div> <div style="text-align: center;"> <p>Windows 8.1 Hyper-V</p>  </div> </div>
Performans verimliliği	Açılış zamanı	Windows 8.1 işletim sistemi kurulu bir bilgisayar Windows 7 işletim sistemi kurulu olan aynı özelliklere sahip bilgisayara göre daha hızlı açılır ve kullanıma hazır hale gelir.
Performans verimliliği	Kaynak kullanımı	Windows 8.1, Windows 7'ye göre daha az kaynağa (işlemci gücü, bellek gibi) gereksinim duyuyor. Buna göre Windows 8.1, Windows 7'nin çalışmadığı düşük kapasiteli bazı bilgisayarlarda da çalışabilmektedir.
Kullanılabilirlik	Arayüz ve Başlangıç ekranı	Windows 7 başlat menüsü üzerine temellendirilmiş klasik masaüstü ekranı yerine Windows 8.1 dokunmatik bir ekranı da destekleyecek şekilde bir açılış ekranına sahip.
		<div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="text-align: center;"> <p>Windows 7 Açılış Ekranı</p>  </div> <div style="text-align: center;"> <p>Windows 8.1 Açılış Ekranı</p>  </div> </div>
Güvenlik	Sabit sürücüdeki verilerin şifrenmesi	Windows 8.1, bilgisayarın çalınması gibi bir durumda, bir başkasının sabit diskteki verilere erişmesini engelleyen, sabit diskte saklanan verileri BitLocker sürücü şifreleme özelliğini barındırmaktadır. Windows 7 işletim sistemi kullanıcılarının bu özelliği ayrıca indirmeleri ve kurmaları gerekmektedir.

Uyumluluk	USB 3.0 desteği	Windows 8.1, kendi barındırdığı özelliklerle, başka cihazlar ile USB 3.0 standardı ile iletişim kurabilmektedir. Windows 7 ile bu hizmeti alabilmek için ayrıca cihaz üreticilerinin sağladığı uyum programlarının edinilmesi gerekmektedir.
Uyumluluk	3 boyutlu yazıcı desteği	Windows 8.1 işletim sistemi 3 boyutlu yazıcılarla uyumlu çalışmaktadır. Windows 8.1 işletim sisteminde MakerBot yazıcısından 3 boyutlu çıktı alınabilmektedir.
Güvenilirlik	Dosya geçmişi	Windows 8.1 işletim sistemi, gerekli ayarlar yapılması durumunda, bazı verileri (kitaplıklardaki, kişilerdeki, sık kullanılan öğelerdeki, Microsoft SkyDrive'daki ve masaüstündeki dosyalar) otomatik olarak yedekler. Özgün olan verilerin kaybolması, hasar görmesi ya da silinmesi durumunda, bu dosyaların tümü geri yüklenebilir.

Görüldüğü gibi program artık bir önceki yapısından, tasarımından ve görünümünden oldukça farklı müstakil bir yapıya bürünmüştür.

Minor değişikliklerde ise, yapılan değişiklik yine nitelikli değişiklikler olmakla birlikte, major değişikliklere göre daha küçük boyutlarda farklılıklar yaratır. Programın temel tasarımında ve genel algısında önemli bir değişiklik yaratmamakla birlikte yenilik katan küçük çaplı değişiklikler, uyarlamalar ve düzenlemelerdir. Burada majör değişikliklerde olduğu gibi program, kökten bir evrimleşme geçirmemekte, değişimden sonra önceki halinden bağımsız, müstakil bir hale bürünmemektedir.

Minör değişikliklere ilişkin örnekler:

- ✓ Programlarda yapılan *uyarlama* çalışmaları minör değişikliklere iyi bir örnek olabilir. Mesela, Youtube mobil uygulamasına ilişkin programın iOS işletim sistemi ile çalışan donanımlar dışında Android işletim sistemi ile çalışan donanımlar için de uyarlanması,
- ✓ İşlevsel açıdan önem arz eden *düzenlemeler* de minör değişiklikler kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, iPhone telefonlardaki alarm sisteminin yaz saati- kış saati geçişlerinde işlevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi için bir güncelleme sürümüyle düzenlenmesi

Bir programdaki değişikliklerin doğuracağı hukuki sonuçların tespiti açısından yapılacak nitelik ve boyut değerlendirmesinin çerçevesini kısaca verdiğimiz örneklerle görünür hale getirmeye çalıştık. Yukarıdaki esaslar doğrultusunda program tasarımı konusunda bir uzmanla bir hukukçunun birlikte yapacakları değerlendirmeye, söz konusu olan değişikliğin fikrî hukuk kapsamında doğuracağı hukuki sonuçların tespitinin daha kolay olacağı kanaatindeyiz.

II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA YAPILAN DEğİŞİKLİKLERİN YASAL DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DEğERLENDİRİLMESİ

A. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklere İlişkin Hükümler

İkinci bölümde bilgisayar programlarının hukuken korunması hususundaki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz gibi ülkemiz bilgisayar konusunda teknoloji üreten ülkeler arasında yer almadığı için bu konuda içselleştirilmiş yasal düzenlemelerimiz bulunmamaktadır. FSEK'te yer alan düzenlemeler, bu konuda ilerlemiş olan ülkelerin, pazarladıkları ürünlerin ülkemizde de fikrî hakkının korunmasını sağlamak için dayattıkları, uluslararası metinlerin tercümesinden öteye geçmeyen ve eklendiği yasal metnin ruhu ve özüyle uyuŐmayan, uluslararası sorumluluklarımızı yerine getirmek amacıyla aceleyle çıkarılıp, üzerinde çalışılmamış düzenlemelerdir.

Bilgisayar programlarının eser olarak korunabilmesi açısından sahibinin hususiyetini taşıma ve orijinallik AB Direktifi kapsamında diğer eserlere nazaran daha düşük düzeyde hatta asgari bir ölçüde aranmaktadır. Bu nedenle bilgisayar programlarında yapılan değişikliklerin eser koruması ve eser sahipliği kapsamında önemli sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Buna rağmen, bilgisayar programlarında yapılan değişikliklere ilişkin hükümler yazık ki yukarıda ifade ettiğimiz özensizlikle ve hatta çeviri hatalarıyla hazırlanarak FSEK'e eklenmiştir.

Bilgisayar programlarında yapılan değişiklikler konusunda FSEK'de iki önemli düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işlenme ve derlenme eserlerin

düzenlendiği 6. maddenin 10. fıkrasında diğeri de 38. maddenin ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında şahsen kullanma amacıyla yapılan değişikliklere ilişkindir.

Bu hükümleri AB Direktifi ışığında, kısaca aşağıda inceleyelim:

1. İşlenme Eser Kapsamında FSEK md. 6/10'daki Düzenlemenin Değerlendirilmesi:

Bu düzenlemeyi incelemeden önce kısaca “İşlenme Eser” kavramı üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

a. İşlenme Eser ve Unsurları

FSEK md. 6'da işlenme eser, “*Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan...*” fikir ve sanat ürünü olarak tarif edilmiştir.

Maddenin devamında on bir bent halinde başlıca işlenme eser türleri sayılmıştır. Doktrinde genel olarak kabul gören görüşe göre, işlenme eser türleri bu sayılanlarla sınırlı değildir.²⁹⁸

İşlenme eser, özetle, asıl esere sadık kalmak kaydıyla onun başka bir şekle dönüştürülmesidir. Asıl eser olmadan işlemeyi söz etmek mümkün değildir. Bir fikrî çalışma sonucu meydana getirilen işlenmeler işleyenin hususiyetini taşımak kaydıyla işlenmiş eser olarak hukuki korumadan faydalanır.

Genellikle esinlenme kavramı ile işlenme eser kavramı arasında bir bağ kurulur. Ancak bu doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü esinlenmede bir eserin ana temasından etkilenmek suretiyle yeni ve bağımsız bir eser yaratılır.²⁹⁹ Bu sebeple de asıl eserle bağlantısının belirtilme zorunluluğu bulunmaz. Buna *Serbest Kullanım* da

²⁹⁸ ARSLANLI, s. 32, ATEŞ, Fikrî Hukukta Eser, s. 315, YARSUVAT, s. 71, EREL, Fikir ve Sanat Hukuku, s.76, ÖZTRAK, s.29, AYİTER, s.64,65,67 ÖZTAN, s.72, BOZBEL, s.66, Farklı görüşte KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s.149, 205,

²⁹⁹ KILIÇOĞLU, Fikrî Haklar, s.148

denir.³⁰⁰ Oysa işlenme eser asıl eserin başka bir şekilde yorumlanması niteliğinde olduğu için müstakil bir eserden söz edilemez.

Bu kapsamda işlenmiş eserin unsurları:

- ✓ Asıl esere sadık kalınması
- ✓ İşleyenin hususiyetini taşıması
- ✓ Asıl eserle bağlantısının belirtilmesi

Bu unsurlardan “*işleyenin hususiyeti*” bağımsız bir eserdeki hususiyet derecesinden daha düşük düzeyde beklenir. Ancak düzeyin asıl eserdeki hususiyet düzeyinden düşük olması yapay zekâ vasıtasıyla yapılmış bir çeviriyi de işlenmiş eser olarak kabul edeceğimiz anlamına gelmez. Dolayısıyla işleyenin fikrî çalışması ve çabası hissedilmelidir.³⁰¹

İntihale neden olmamak için *asıl eserle olan bağlantının gösterilmesi bir zorunluluktur*. Ancak asıl eserle bağlantının belirtilmesi kapsamında, bir işlenme eser vücuda getirmek için önceden asıl eser sahibinden izin alınmasının gerekip gerekmediği hususu üzerinde de durulmalıdır:

Bir İşlenme eser vücuda getirilmesi için önceden izin alınması gerekmediği hususu doktrinde çoğunlukla kabul görmekte birlikte, bir ayırım yapılmıştır.³⁰² İşleme faaliyetinin neticesinde ortaya çıkan ürünün işleyenin şahsi alanı içinde kalması halinde izne gerek olmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte, eser sahibinin mali hakları kapsamında FSEK md. 21’de işlenme hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu hususu düzenlendiğinden, asıl eser sahibinin mali menfaatleri bakımından tarafların mutabık olması bir zorunluluktur. Bu sebeple, mali bir menfaatin sağlandığı işlenmeler açısından pratikte izine bağlı olmama hususu ortadan kalkar.

İşlenme eseri meydana getiren, işlenmiş eserle ilgili olarak, eser sahibi olup, mutlak ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hakka sahip olur. Ancak işlenmiş olan asıl eser üzerinde işleyenin herhangi bir hakkından söz edilemez.

³⁰⁰ TEKİNALP, s.134

³⁰¹ ATEŞ, Fikrî Hukukta Eser, s.309, ÖZTAN, s. 164

³⁰² AYİTER, s.127, ATEŞ, Fikrî Hukukta Eser, s. 314, EREL, Fikir ve Sanat Hukuku, s. 159, HIRSCH, Fikrî ve Sınai Haklar, s. 196, TEKİNALP, s.183

Bir de yasada yer almamakla birlikte doktrinde, *işlenmiş eserin asıl eserle aynı ana sınıfa dâhil olması* gerektiğine ilişkin bir koşul öngörülmektedir. Öğretide 6. maddede 11 bent halinde örnek kabilinden sayılan başlıca işlenmiş eser türleri incelenmiş ve her bir bentteki asıl eser ve dönüştürülen eserin aynı ana grupta olduğu tespit edildiğinden³⁰³, bu tespite dayanılarak yapılan yorumlamayla böyle bir unsura ulaşılmıştır.³⁰⁴ Ancak sınırlayıcı yaklaşımı ve yasada belirtilen koşullar arasında yer almaması sebebiyle biz böyle bir koşulun varlığının gerekli olmadığı düşüncesindeyiz.

b. İşlenmiş Bilgisayar Programlarının Hukuki Olarak Korunması

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi FSEK md. 6'da işlenmiş eser kavramı açıklanmış ve örnekler verilmiştir. Örnekler arasında 10. bentte *“Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması”* ile bilgisayar programının işlenmiş olacağı ifade edilmiştir. Bu bent, AB Direktifinin yürürlüğe girmesinden sonra, 4110 sayılı Kanun ile FSEK'e eklenen hatalı çevrilmiş tercüme düzenlemelerden biridir.

Düzenlemeye kaynak teşkil eden AB Direktifinde, yasal hak sahipleri tarafından gerçekleştirilebilecek ya da üçüncü şahıslara bu konuda izin verilebilecek eylemlerin düzenlendiği 4. maddesinin (b) bendini³⁰⁵ aşağıdaki gibi çevirebiliriz:

“Programı işleyen hakları saklı kalmak kaydıyla, bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi ve programda başka değişikliklerin yapılması ve bu şekilde ortaya çıkan ürünün çoğaltılması, hak sahibinin yapabileceği ya da izin verebileceği eylemler kapsamındadır.”

³⁰³ Üçüncü bentte belirtilen örnek (Musikî, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması) bu tespitin dışında bırakılmıştır. Diğer yazarlardan farklı olarak EREL, bu örneğin işlenme eser olarak kabulünün mümkün olmayacağını, musikî, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinden ilham alınarak yeni bağımsız bir eser meydana getirilmiş olduğunu ileri sürmektedir. EREL, Fikir ve Sanat Hukuku, s. 79

³⁰⁴ ARSLANLI, s. 34, YARSUVAT, s. 71, ATEŞ, Fikrî Hukukta Eser, s. 311, EREL, Fikir ve Sanat Hukuku, s. 78, AYİTER, s. 67, ÖZTAN, s. 172

³⁰⁵ (b) The translation, adaptation, arrangement and any other alteration of a computer program and the reproduction of the results thereof, without prejudice to the rights of the person who alters the program

Görüldüğü gibi metnin aslındaki ifadeyle bizim mevzuatımızdaki düzenleme arasında farklılıklar göze çarpmaktadır. FSEK’te “*herhangi bir değişim yapılması*” şeklinde yapılan çeviri aslında “*başka değişikliklerin yapılması*” şeklinde çevrilmeliydi.

Yukarıda belirttiğimiz tercüme hatasının yanı sıra “*uyarlama*”, “*düzenlenme*” ve “*değişiklik*” kavramlarına da açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bir bilgisayar programının nasıl işlenmiş olacağının tespiti için bu kavramların açıklanması önem arz eder. Bu konuda 2. Bölümde “İşleme Hakkı” hususunda bazı açıklamalarda bulunmuştuk. Burada tekrara girmeden daha detaylı bir şekilde bu kavramları açıklamaya çalışacağız. Söz konusu kavramların açıklanması için ilk kaynağımız AB Direktifi olmakla birlikte bu metinde de tatmin edici açıklamalara rastlanamamış, ancak sadece “*uyarlama*” kavramıyla sınırlı olmak üzere, AB Direktifine esas Komisyon Teklifinde bazı açıklamalara ulaşılmıştır.

Değişiklik kavramı aslında genel anlamı bir üst kavramdır. Çünkü gerek AB Direktifinde ve gerekse FSEK’te önce düzenleme ve uyarlama kavramlarından söz edildikten sonra tüm bu eylemleri kapsayacak şekilde, “*başka değişikliklerin yapılması*” ya da “*herhangi bir değişim yapılması*” şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bu genel kavramın içeriğini tespit etmek için, AB Direktifinin satır aralarını takip edersek, metnin orijinalinde *değişiklik* kavramının karşılığı olarak “*change*” sözcüğü yerine “*alteration*” sözcüğünün kullanıldığını görüyoruz. “*Alteration*” sözcüğü anlamca “*change*” kelimesinden daha farklıdır. *Alteration*” kavramının karşılığı olarak; küçük, karakteristik, nitelikler katmak, yeniden anlamlandırarak değişiklikler, modifiye etmek gibi anlamların kullanıldığını görüyoruz.³⁰⁶ Kanımızca tam da işleme faaliyetini karşılayan bu anlamı sebebiyle “*change*” kelimesi yerine “*Alteration*” sözcüğü kullanılmıştır.

Doktrinde “*değişiklik*” kavramı farklı tespitlerle karşımıza çıkmaktadır. Bazı yazarlar, işlenmiş bir programdan söz edebilmek için, FSEK md. 38’de belirlenen kişisel kullanım için gerekli olan *değişiklik* boyutunu aşması gerektiğini

³⁰⁶ Longman Dictionary of Contemporary English, Harlow UK, 1990 s.27, Cambridge Advanced Learner’s Dictionary, Cambridge University Press, UK, 2003, s.34,

düşünürken,³⁰⁷ diğer bir kısmı böyle bir zorunluluğun bulunmadığını, yapılan değişikliklerin işleme eser boyutuna ulaşmasının yeterli olduğunu vurgulamaktadır.³⁰⁸ Biz de kişisel kullanım için yapılan değişiklikleri baştan düşük düzeyli kabul etmenin doğru bir düşünce olmadığını, asıl önemli olanın yapılan değişikliğin işleme eserden söz edebilecek kadar nitelikli ve yeterli gözükmesi olduğunu düşünüyoruz.

“Uyarlama” kavramına gelirsek; AB Direktifine esas Komisyon Teklifinde bu konuda bir açıklama yer almaktadır. Buna göre; “*uyarlama*” sözcüğü tıpkı edebi eserlerde olduğu çeviri kavramını da içinde barındırır. Bilgisayar programlarında da insanların okuyabileceği dilden makine diline yapılan ya da tam tersine doğru yapılan ve sahibinin hususiyetini taşıyan çeviriler, bizi uyarlama fiili kapsamında işlenmiş bilgisayar programına götürür. Yine komisyon teklifine göre, programla yerine getirilen fonksiyonun bir başka ortamda yerine getirilmesinin sağlanması için yapılan değişiklikler de uyarlama kapsamında değerlendirilebilir.³⁰⁹ Windows işletim sisteminde çalışan bir programın, Android işletim sisteminde de fonksiyon gösterebilmesi için yapılan çalışmalar uyarlama fiiline örnek olarak gösterilebilir.

“*Düzenleme*” kavramı ise, teknik anlamda bağımsız programların ya da program parçalarının birbirlerine bağlanması anlamına gelmektedir.³¹⁰

Son olarak, açıkladığımız faaliyetler neticesinde ortaya çıkan işlenmiş bilgisayar programları da eser korumasından yararlanır. Bu sebeple, işlenmiş eserin sahibi asıl eser sahibinin mali menfaatleri mahfuz kalmak kaydıyla işlenmiş bilgisayar programı için tüm hüküm ve sonuçlarıyla, eser sahibi sayılacaktır. Asıl eser sahibinin mali hakları gözetilmek durumunda olduğu ve bu konuda asıl eser sahibi ile mutabık kalınması gerektiği için, işlenmiş eser sahibi bağımsız bir şekilde

³⁰⁷ TEKİNALP, s.139

³⁰⁸ AKSU, s. 123

³⁰⁹ Proposal, Part 2 Chapter 1 Article 4 4.1.b

³¹⁰ TEKİNALP, s.139, AKSU, s123-124

mali haklarını kullanamayacaktır. Bu sebeple işlenmiş eserler bakımından müstakil bir eser sahipliğinden söz edilemez.³¹¹

2. FSEK md. 38'e göre Şahsen Kullanma Kapsamında Yapılan Değişiklikler

Bu düzenleme yasal yollarla programı edinenlerin, ticari bir amaç gütmeksizin, bilgisayarın fonksiyonunu doğru bir şekilde yerine getirmesi için, kişisel kullanım amacıyla yapılan değişikliklere ilişkindir.

FSEK md. 38'in ilk fıkrası tüm eserler için geçerli olacak şekilde, genel bir ifadeyle kaleme alınmış olmakla birlikte, devam eden fıkraları bilgisayar programları özelinde hazırlanmıştır. Kişisel kullanım amacıyla yapılan değişiklik ve düzeltmelerle birlikte, çoğaltma ve yine kişisel kullanım kapsamındaki tersine mühendislik çalışmalarına ilişkin değişikliklerle ilgili düzenlemeler içermektedir. Burada düzenlenen hükümlerin kaynağı aslında AB Direktifinin 5 ve 6. maddeleridir.

Konumuz kapsamında AB Direktifinin 5/1³¹² maddesi şahsen kullanma için yapılabilecek değişiklikleri düzenlemiştir. Buna göre, sözleşme hükümlerinin yokluğu halinde, yasal yollardan bilgisayar programını edinen kişi tarafından, bilgisayar programlarını işlenmesi, çoğaltılması ve hatalarının düzeltilmesi programın amaca uygun kullanımı kapsamında olmak kaydıyla serbesttir. Bu hüküm FSEK md. 38/2'de de aynı şekilde düzenlenmiştir. FSEK'te ayrıca üçüncü fıkrada düzeltme işlemlerinin sözleşme ile engellenemeyeceği de hüküm altındadır.

Yine AB Direktifinin 6. maddesinde ara işlerliğin sağlanması için yapılacak tersine mühendislik çalışmaları kapsamındaki işlemler belli koşullar dâhilinde

³¹¹ ÖZTAN, s.169

³¹² In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in Article 4(a) and (b) shall not be require authorization by the rightholder where they are necessary fort he use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including the error correction.

serbest bırakılmıştır.³¹³ Bu husus mevzuatımızda FSEK 38/5'te de benzer bir şekilde tekrarlanmıştır.

Bu hükümdeki düzenlemeler ticari bir amaç olmaksızın yapılacak değişiklikler için asıl eser sahibinin izninin zorunlu olmadığı durumlardır. Burada gerçekleşen değişiklikler işlenme boyutunda olabilir. Ancak değişiklik yapanın kişisel alanında kaldığı ve kamuyla paylaşılmadığı için, işlenme eser sahipliğinin mali sonuçları hüküm ifade etmeyecektir.

B. Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Eser Sahipliği Hususundaki Etkileri

Bilgisayar teknolojisinin gelişim formülü, genellikle var olan temel üzerine yeni bir şeyler inşa etmek şeklinde tezahür eder. Sıfırdan bir program yazılması halinde dahi bazı fonksiyonları ifade edecek hazır kodların bulunduğu kod kütüphanelerinden yararlanılmaktadır. Bu kapsamda fikrî hukuk korumasındaki diğer eserlerin oluşum sürecinden farklı bir süreçle programlar yaratılır.

Bu sebeple, bir bilgisayar programının orijinallik düzeyi ile diğer eser türlerinin örneğin bir edebi eserin orijinallik düzeyi aynı noktada algılanamayacaktır. Nitekim AB Direktifine esas Komisyon Teklifinde de bu husus vurgulanmıştır. Teklifte yaratıcılık düzeyinin asgari bir düzeyde aranması gerektiği orijinallikle ilgili tek ölçütün de kopya edilmemek olduğu ifade edilmiştir.³¹⁴ Bu nedenle bilgisayar programlarında gerçekleştirilen değişikliklerin hukuki sonuçları diğer eserlerden biraz daha farklı olacaktır.

Daha önce “*Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Teknik Olarak Değerlendirilmesi*” başlığı altında, bilgisayar programlarındaki değişiklikleri programı evrimleştirme boyutuna göre, major ve minör değişiklikler olarak sınıflandırmıştık. Orada da ifade ettiğimiz gibi minör değişiklikler, programın ana izlenimini ve yapısını değiştirmemekle birlikte, küçük nitelikler ya da fonksiyonellikler katan değişikliklerdir. Oysa bir programda majör bir değişiklikten

³¹³ Bu koşullar ikinci bölümde “Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması Kapsamında Tersine Mühendislik Sorunu” başlığı altında belirtilmiştir.

³¹⁴ PROPOSAL, Part 2 Chapter 1 Article 1/1.3 s. 18

söz ediliyorsa başka bir dünya yaratıldığından rahatlıkla söz edebiliriz. Programın önceki hali değişiklikten sonra, adeta bir filme ilham veren şiire benzer bir iz bırakacaktır. Bu benzetme belki iddialı bir benzetme gibi yorumlanabilir. Ancak bilgisayar programcılığının yukarıda ifade ettiğimiz gelişim formülü ve bilgisayar programlarının eser niteliğinin tespitinde orijinallik ve yaratıcılığın minimum düzeyde anlaşılması gerekliliği karşısında belki tam da yerinde bir benzetme olarak algılanmalıdır.

Yasal mevzuatımızı incelediğimizde, bilgisayar programlarında yapılan değişiklikler hususunda, böyle bir ayırım yapılmadığını görüyoruz. Yasal düzenlemeyle uyumlu olarak doktrinde de bu hususta bir tartışmaya rastlayamadık. Ancak yasal düzenlemeleri incelediğimizde bu yasal düzenlemelerin konu edindiği değişikliklerin genelde minör değişiklikler olduğunu görüyoruz. Gerek işleme eser kapsamında değerlendirilen değişiklikler ve gerekse şahsen kullanım kapsamındaki değişiklikler aslında minör değişikliklerdir. Yani uyarlama, düzenleme gibi programın ana tasarımını ve algısını değiştirmeyecek boyuttaki değişikliklerden söz edilmektedir. Bu minör değişiklikler bizi işlenmiş bilgisayar programlarına ve bu değişikliklerin işlenmiş eser kapsamında korunması sonucuna götürmektedir.

Majör değişiklikler ise en az sıfırdan bir eser yaratmakla eşdeğer bir emeğin sarf edildiği, pahalı yatırımların yapıldığı ve programın eski haline ait algısının, tasarımının, fonksiyonlarını yerine getirme şeklinin tamamen değiştiği yeni bir dünyadır. Kaldı ki, programcılık dünyasında bu çapta bir değişiklik yeni bir ürün, yeni bir program statüsünde piyasaya sunulmaktadır.

Buradaki farklılığın tespitinin bir uzman tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir birlikte, bir cetvelle ölçer gibi ne kadar farklı kodun yazıldığı belirlenmesi ile bir sonuca ulaşmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yapılan değişiklikle program yeniden tanımlanmış, tamamen farklı bir tasarıma ulaşmış olmalıdır. Yani yapılan değişikliğin programı ne kadar evrimleştirdiği sorusuna verilecek cevap önem arz eder.

Bu büyüklükte bir değişikliği yasal sonuçları itibarıyla da doğru değerlendirmek oldukça önemlidir. Bilgisayar programlarının eser niteliğinin tespitinde orjinallik ve yaratıcılığın asgari düzeyde aranacağı gerçeği karşısında, yapılan her boyuttaki değişikliği işleme eser olarak değerlendirmek hukuk tekniğiyle bağdaşmadığı gibi fikrî emeğe de saygısızlık demektir. Bu nedenle bu boyuttaki bir farklılaşma bizi müstakil ve yeni bir esere götürecektir. Programın önceki hali ise hukuken ancak bir esin kaynağı olarak nitelendirilebilir.

Bu sonuçlar eser sahipliği ve buna bağlanan fikrî hak anlamında önem arz eder. Çünkü bir programın ömrünü devam ettirdiğı sürece yapılacak olan değişikliklerin aynı kişi ya da grup tarafından gerçekleştirilmesi piyasa koşullarında pek de mümkün olamayabilir. Bu durumda değişikliği gerçekleştiren kişi ya da grup, değişikliğin boyutuna göre ya işlenmiş bir eserin sahibi ya da programın eski halinden esinlenerek ortaya çıkarılan yeni eserin sahibi olarak nitelendirilecek ve ona göre hak sahibi olacaktır.

SONUÇ

Bill Hewlett ve Dave Packard'ın soyadlarının baş harfleriyle (HP) isimlendirdikleri şirketlerinin ilk merkezi olan garaj, bilgisayar teknolojisinde çığır açacak “Silikon Vadisi” için doğum yeri olarak anılır.³¹⁵

İnsanların bilgisayar teknolojisinin izlerini takip ettikleri bu yılların ardından 70’li yıllara gelindiğinde gençler dünyayı değiştirme rüyasının peşine düşmüştü. Bu kuşakta, kimilerinin deli kimilerinin dahi dediği bazıları, dünyayı değiştirmenin yolunun teknik ilerlemeden geçtiğini düşünüp, yapay zekâlar hayal ettiler ve bilgisayarlar, insanların yaratıcılıklarını ifade etmelerinin bir yolu haline geldi. Steve Jobs gibi HP garajından ilham alanlar çıktı. Silikon Vadisi inanılmaz bir üretkenliğin başındaydı.

80’lerin ortalarına geldiğimizde ise artık bilgisayar teknolojisinin hayatımızda yadsınamaz bir etkisi vardı. Tam da bu sırada Apple, Microsoft, IBM gibi bilgisayar dünyasının en önemli aktörleri arasında “Yıldız Savaşları” başladı. Çünkü artık büyük mühendisler, büyük sanatçılar gibi algılanıyor, yarattıkları programlar da hem maddi hem de manevi anlamda bu yeni kuşak sanatçıların kıymetli eserleri olarak görülüyordu.

Tüm bu gelişmelerin dünya çapında ses getirmesiyle gerek ülkeler gerekse uluslararası örgütler alışık olmadıkları bu yeni sanatçıların sıra dışı eserlerinin hukuken nasıl korunması gerektiğini tartışmaya başladılar. Bu arada hukuki korumanın gelişimi engelleyeceğini düşünen, açık kodlu programları destekleyenlerin sayıları da azımsanamayacak kadar çoktu.

Yapılan çalışmalar sonunda ortaya atılan ilk fikir, bu alışılmadık eser türünün kendine özgü kurallarla *sui generis* olarak korunması olmuştur. Hatta bu konuda WIPO’nun yürüttüğü çalışmalar neticesinde çerçeve olabilecek örnek bir sistem hazırlanmıştır. Bu sistem 1978 yılında, “Yazılımların Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler” (*Model Provisions on the Protection of Computer Software Geneva 1978*) adı altında yayımlanmıştır. Ancak daha sonra gerek Bern Sözleşmesi ve gerekse AB

³¹⁵ HP firmasının resmi web sitesinden <http://www8.hp.com/us/en/hp-information/about-hp/history/founders.html> linkiyle ulaşılmıştır. (Son erişim tarihi 14.11.2014)

Konseyi tarafından 14 Mayıs 1991 tarihinde yayımlanan “91/250 Sayılı Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması Direktifi” (*Council Directive of 14 May 1991 on The Legal Protection of Computer Programs 91/250/EEC*) ile bilgisayar programlarının fikrî hukuk kapsamında korunacağı belirlenmiş ve bu husus ülkelerce de genel kabul görmüştür.

Ülkemizde de bilgisayar programları Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan hükümlerle fikrî hukuk kapsamında korunmaktadır. Bilgisayar teknolojisine üretim anlamında önemli bir katkı sağlayamadığımız için mevzuatımızdaki düzenlemeler yaşanmış sorunlara yönelik üzerinde düşünülmüş, sindirilmiş çözümler olmaktan çok bilgisayar dünyasının büyük aktörlerinin ülkemizde satışa sundukları ürünlerin korunabilmesi için dayattıkları zorunluluklardır. FSEK’te yer alan düzenlemeler uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi için alelacele mevzuata dâhil edilmiş tercüme hükümlerden oluştuğundan içinde yer aldığı kanunla ahenkli bir görünüm arz etmediği gibi günümüz teknolojik gelişmelerinin çok gerisinde kalmış yenilenememiştir.

Fikrî Hukuk korumasının temel prensibi, fikirlerin değil bu fikirlerin ifade edilmiş biçiminin korunması üzerine kurulmuştur. Bu prensip bilgisayar programları ile ilgili olarak özellikle uygulayıcılar yani mahkemeler için ciddi anlamda “*Ifade Ediş Biçimi ve Fikir İkilemi*” (*Expression and Idea Dichotomy*) yaşanmasına neden olmuş ve bu ikilemin açıklığa kavuşması çok kolay olmamıştır. Örneğin, programla birlikte algoritmanın korunması kabul görmemiştir. Algoritma bilgisayar programının çözüm aradığı sorunun halledilmesine yönelik her bir alt problemi adım adım ortadan kaldıracak bir tarif olması sebebiyle ikilemin “fikir” kısmında kabul edilmiştir.

Bir bilgisayar programının hazırlanması oldukça zor ve sancılı bir süreçtir. Bu nedenle hazırlık çalışmalarının da koruma kapsamında olması önem arz eder. AB Direktifinde sonraki bir aşamada program sonucu doğuracak tüm hazırlık çalışmaları ve bu kapsamda akış şeması da koruma altına alınmıştır. Ancak bu hüküm mevzuatımıza yanlış bir çeviriyle dâhil edildiğinden işlevsiz hale dönüşmüş ve hazırlık tasarımları korunamaz hale gelmiştir.

Bilgisayar programları diğer eserlerden farklı bir yaratım süreciyle var olur. Ana prensip, var olan bir temel üzerine bir şeyler inşa etmektir. Her yeni program mutlaka kendinden öncekilerden bir şeyler taşır. Örneğin, sıfırdan yazılan programlarda dahi belli fonksiyonların karşılığı olan açık kodların bulunduğu kütüphanelerden yararlanılması kaçınılmazdır. Bu sebeple, fikrî hukuk için her anlamda oldukça sıra dışı olan bilgisayar programlarının eser niteliğinin tespiti bakımından dikkate alınacak ölçütler diğer eserlerden biraz daha farklı yorumlanacaktır.

Mevzuatımızda bilgisayar programlarının eser korumasından yararlanabilmesi için özel koşullar düzenlenmemiştir. Diğer eserler için geçerli olan *sahibinin hususiyetini taşımak* koşulu bilgisayar programları için de geçerlidir.

AB Direktifi bilgisayar programlarının eser olarak korunması için *orijinal olmak* dışında başka bir koşul aramamakta, orijinalliği de *yazarın kişisel fikrî yaratıcılığı* ya da *kopya edilmemiş olmak* şeklinde tanımlamaktadır. Ayrıca bu ölçütler dışında başkaca bir değerlendirme yapılmayacağı, programın kalitesi ya da estetik düzeyi ile ilgili herhangi bir testin uygulanmayacağı vurgulanmıştır. AB Direktifinde bilgisayar programlarında aranacak fikri emek ve yaratıcılığın düzeyine ilişkin açık bir belirlemede bulunulmamakla birlikte, Komisyon Teklifinde “*bağımsız fikri çalışma*” ve “*yaratıcılık*” kavramaları açıklanırken vurgu yapılan kelimelerle (yeterli, kâfi derecede anlamına gelen “*sufficient*” kelimesi kullanılmıştır.) asgari bir fikri emeğin varlığının yeterli olduğu ima edilmiştir.

Bizim mevzuatımızda bu konuda özel belirlemeler yapılmasa da bilgisayar programlarına ilişkin düzenlemeler açısından kaynak metnin AB Direktifi olması ve uluslararası metinlerle uyumluluk sebebiyle, bilgisayar programlarının eser niteliğinin tespiti ile ilgili orijinallik düzeyinin asgari seviyede algılanması gerekmektedir. Bu husus bilgisayar programlarında yapılan değişiklikler bakımından da önem arz eder.

FSEK’te eser sahipliğine bağlanan mali ve manevi yetkiler tüm eserler için aynıdır. Ancak “*Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı*” bilgisayar programları için

diğer eserlerden biraz daha farklı bir anlam ifade eder. Çünkü bilgisayar programları yaşamını sürdürmek için değişmek zorundadır. Bu değişiklikler kimi kez hataların düzeltilmesi, kimi kez programın başka ortamlara entegre olması, kimi kez de programı geliştirici değişiklikler şeklinde karşımıza çıkabilir. Yapılan değişikliklere hukuki bir sonuç bağlanabilmesi için bu değişikliklerin programı ne boyutta evrimleştirdiği hususu da önem arz eder. Biz çalışmamızda yapılan değişikliğin ne boyutta programı evrimleştirdiğinin tespiti bakımından bu değişiklikleri majör ve minör değişiklikler olarak sınıflandırmayı uygun bulduk.

Minör değişikliklerde, programın ana izlenimi ve yapısı değişmemekle birlikte, yapılan değişiklikler küçük nitelikler ya da fonksiyonellikler katar. Ancak majör bir değişiklikten söz ediliyorsa programın yeniden tanımlandığından, yeniden tasarlandığından ve fonksiyonunu farklı şekilde yerine getirdiğinden kısaca yeni bir dünya yaratıldığından söz edebiliriz. Programın eski hali adeta bir ilham kaynağı olarak kalacak, yapılan değişiklikler programı önemli ölçüde evrimleştirecektir.

Gerek yasal mevzuatımızı ve gerekse doktrinde bu konudaki çalışmalarını incelediğimizde uyarlama, düzenleme gibi sadece minör değişikliklere odaklanıldığını görüyoruz. Minör değişiklikler programın ana tasarımını ve algısını değiştirmemekle birlikte farklı nitelikler ve fonksiyonlar eklediği için işlenmiş eser kapsamında değerlendirilmektedir.

Majör değişikliklerde ise sıfırdan bir eser yaratmakla eşdeğer bir fikrî emek sarf edilmekte, pahalı yatırımlar yapılmaktadır. Programın eski haline ait algısı, tasarımı, tanımı tamamıyla değişmektedir. Kaldı ki bu çapta bir değişiklik, bilgisayar dünyasında yeni bir ürün, yeni bir program statüsünde piyasaya sunulmaktadır. Bilgisayar programlarının eser olarak korunmasında yaratıcılık düzeyinin asgari seviyede olduğu gerçeği karşısında ortaya çıkan değişikliğe ilişkin bir ayırım yapılmaksızın, yapılan her değişikliği işlenme eser olarak nitelendirmek hukuk tekniğiyle bağdaşmadığı gibi fikrî emeğe de saygısızlık olacaktır. Çünkü değişiklikleri teknik olarak değerlendirirken verdiğimiz örnekte olduğu gibi Windows 8.1 Windows 7'ye bağlı değildir. Müstakil bir yapıya sahip olup, farklı bir konseptte ve kendini ifade ediş biçimine sahiptir. Bu nedenle bu boyuttaki bir

farklılaşma bizi müstakil ve yeni bir esere götürecektir. Programın önceki hali ise hukuken ancak bir esin kaynağı olarak nitelendirilebilir.

Bilgisayar programlarının ömrü kimi zaman insan ömründen de uzun olabilir. Bu kapsamda yapılacak olan değişikliklerin aynı kişi ya da ekip tarafından gerçekleştirilmesi piyasa koşullarında pek de mümkün olmayabilir. Bu nedenle yukarıda ulaştığımız sonuçlarla uyumlu olmak üzere, değişiklikleri gerçekleştiren kişilerin müstakil bir eser sahibi olması ya da işlenmiş eser sahibi olmasına göre sahip olacakları fikrî hakka farklı sonuçlar bağlanacaktır.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009

AKSU, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006

ARIKAN, Ayşe Saadet: “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye” Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1996/3 s.309-381

ARSLANLI, Halil: Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954

ATEŞ, Mustafa: Fikrî Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

ATEŞ, Mustafa: Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012

AYDINCIK, Şirin: Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006

AYİTER, Nuşin: Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981

BAİNBRIDGE, David I. : Intellectual Property, Eighth Edition, Longman, London, 2010

BARNABY, Jr., Howard B. : “Patent Law Computer Programs Unpatentable Mental Process Gottschalk v. Benson,” Boston Collage Law Review Vol. 14 1973,s.1050-1071(<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol14/iss5/11> web sitesinden ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.07.2014)

BEŞİROĞLU, Akın: Fikir Hukuku Dersleri -İlkeler Kurallar- Haklar Üzerinde Tasarruflar, Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuk Yollarına Başvuru, Yaptırımlar, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 4. Bası, 2006

BOZBEL, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012

Cambridge Advanced Learner's Dictionary, Cambridge University Press, UK, 2003

CHAPIN, Ned/ HALE, Joanne E./ KHAN, Khaled Md./ RAMIL, Juan F./ TAN, Wui-Gee: "Types of Software Evolution and Software Maintenance, Journal Of Software Maintenance and Evolution: Research and Practice Vol.13, Jan/Feb 2001

ÇAKMAK, Diren: Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat, 2007 (Bahar), Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 21. Sayı ISSN 1300-5766 s.191-234

ÇÖLKESEN, Rifat: Programlama Sanatı Algoritmalar, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2. Bası, 2011

DALYAN, Şener: Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009

DOUGHTREY, Carran S. : "Reverse Engineering of Software for Interoperability and Analysis" Vanderbilt Law Review Vol:47:145, 1994 (Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi: 10.06.2014)

DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul, 9. Bası, 2014

EINHORN, Michael: "Media, Technology and Copyright- Integrating Law and Economics, Cheltnam UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2004

ERBEK, Özge: "Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11,Sayı 2, 2009, s.1-68 (Basım Yılı: 2010)

EREL, Şafak N. : Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK'a Armağan A.Ü. SBF D Ocak-Haziran 1994 c.49, s141-164

EREL, Şafak N. : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 3. Bası, 2009

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara,17. Bası, 2014

EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 3. Bası, 2014

EROĞLU, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000

FICHTE, Johann Gottlieb: “Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and Parable” (Orijinal adı: Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks) Çeviri Martha Woodmansee, Case Western Reserve Üniversitesinin web sitesinden www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte_Proof.doc linkiyle ulaşılmıştır. (Son Erişim tarihi:21.05.2014)

GARRIE, Daniel B. : “The Legal Status of Software”, J. Marshall Journal of Computer & Information Law Vol.XXIII 71 2004-2005 (Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi: 02.06.2014)

GERÇEK, Selim Nüzhet: Türk Matbaacılığı I Müteferrika Matbaası, İstanbul Devlet Basımevi, İstanbul, 1939

GİRİTLİOĞLU, Neclâ: Yayın Sözleşmesi (Doktora Tezi), Cezaevi Matbaası, İstanbul,1967

HEGEL G.W.F. : Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çeviri: Cenap Karakaya Sosyal Yayınları, İstanbul, 1991

HIDALGO, Paul G. : “Copyright Protection of Computer Software in the European Community: Current Protection and the Effect ofthe Adopted Directive”, The International Lawyer 27, 1993, s.113-144 (Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi 01.08.2014)

HIRSCH, Ernst E. : Fikrî ve Sinaî Haklar, Ar Basımevi, Ankara, 1948

HIRSCH, Ernst E. : Fikrî Say, Cilt II, İktisadî Yürüyüş Matbaası, İstanbul, 1943

HIRSCH, Ernst E. : Anılarım, Kayzer Dönemi Weimar Cumhuriyeti Atatürk Ülkesi TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları, Tübitak Yayınları, Ankara, 9. Bası 2005

IEEE Standart Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE std. 610.12-1990

ISAACSON, Walter: Steve Jobs (Biography), Simon &Schuster Paperbacks, New York, 2013

ISO/IEC 25010:2011,Systems and Software Engineering- Systems and Software Quality Requirements and Evaluation (SQuaRE)

İSKİT, Server R. : Türkiye’de Matbaa Rejimleri, Ülkü Matbaası, İstanbul,1939

KANT, Emanuel: “Essays and Treatises on Moral, Political and Various Philosophical Subjects -of the İnjustice of Counterfeiting Books”, Vol I London,1798 (Google Books ‘tan ulaşılmıştır. Erişim tarihi 13.02.2014)

KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 8. Bası, 2012

KAYPAKOĞLU, Serhat: Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997

KILIĞOĞLU, M. Ahmet: Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013

KILIĞOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 16. Bası, 2012

KILIĞOĞLU, M. Ahmet: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013

KRETSCHMER, Marc T. : “Copyright Protection For Software Architecture:Just Say No!” Columbia Business Law Review, 1988 No.3:823, s.823-853(Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son Erişim Tarihi: 02.06.2014)

KÜÇÜKCAN, Berrin: “Dünden Bugüne Matbaanın Serüveni”, Milli Kütüphanemizin İlk Yöneticisi Leman şenalp’e Armağan, 2006, s:158-172

LOCKE, John: Hükümet Üstüne İkinci Tez, Çeviri: Aysel Doğan, İlya Yayınevi, İzmir, 7. Bası, 2013

Longman Dictionary of Contemporary English, Harlow UK,1990

MEB, Örnekleriyle Türkçe Sözlük Cilt 1,İstanbul, 2000, s.852

MOCKUS, Audris/ VOTTA, Lawrence G.:”Identifying Reasons for Software Changes Using Historic Databases, In Software Maintenance”, 2000. Proceedings. International Conference on (pp. 120-130). (IEEE XPLORE Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.10.2014)

MOGLEN, Eben: “Anarchism Triumphant: Free Software and The Death of Copyright”, First Monday (Peer-Reviewed Journal On Internet- Illinois University) Volume 4 Number 4, 02.08.1999

<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/684/594> son erişim tarihi 03.06.2014

NIMTZ, R.O.:“Diamond v. Diehr: A Turning Point” Rutgers Computer & Technology Law Journal Volume 8 1980-1981 s.267-271(Hein Online Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.07.2014)

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar) Vedat Kitapçılık, İstanbul, 20. Bası, 2014

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 17. Bası, 2014

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

OKUTAN NILSSON, Gül: “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt 4, Sayı 15, Yıl 2008 (Ekim 2008), s.585-598

ÖZDEMİR, OKTAY, Saibe: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, Beta Yayınları, 2002

Örnek Programlamaya Giriş ve Algoritmalar Ders Notları, Milli Eğitim Bakanlığı'nın <http://www.meb.k12.tr> isimli eğitim web sitesinden http://mebk12.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/42/03/175302/dosyalar/2013_02/13012_444_programlamayagiris.pdf linkiyle ulaşılmıştır. (Son Erişim Tarihi 10.10.2014)

ÖZTAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008

ÖZTRAK, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2. Bası,1977

PFLEEGER, Shari Lawrence: "The Nature of System Change," Software, Vol.15 No.3, 1998 (pp.87-90), (IEEE XPLORE Veri Tabanından ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 10.10.2014)

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

SOMMERVILLE, Ian: Software Engineering, Addison-Wesley Publishers (Pearson Education), Essex, England, 8th Edition,2007

SOYSAL, Tamer: Fikir ve sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve 5846 Sayılı Fikir ve sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Cezai Hükümler, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Ekim 2005, s.625-660

SWANSON, Burton E.: "Dimensions of Maintenance" Proceeding ICSE '76 Proceedings of the 2nd International Conference on Software Engineering, IEEE Computer Society Press, 1976 (Finlandiya Jyväskylä Üniversitesinin web sitesinden <http://www.mit.jyu.fi/OPE/kurssit/TIES462/Materiaalit/Swanson.pdf> linkiyle ulaşılmıştır.)

TOPALOĞLU, Mustafa: Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997

TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Beşinci Bası, 2012

TÜRKER, İ. Halil: “İmgeden Sanal Gerçekliğe” Anadolu Sanat Dergisi(Anadolu Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Yayımı) Sayı 16, 2005, s.157-164
(https://www.academia.edu/3237993/Imgeden_Sanal_Gerceklige web sitesinden ulaşılmıştır. Son erişim tarihi 02.06.20149)

TÜYSÜZ, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007

VER STEEG, Russ: “The Roman Law Roots of Copyright”, Maryland Law Review, Volume 59, Issue 2, 2000, s. 522-552 Maryland Üniversitesinin web sitesinden <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3089&context=mlr> linkiyle ulaşılmıştır. (Son erişim tarihi:01.11.2014)

YARSUVAT, Duygun: Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Güray Matbaacılık, İstanbul, 1984

ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 6. Bası, 2000

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç ilişkileri, Barış Yayınları, İzmir, 2013

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, Ankara, 2013

<http://www.linuxfoundation.org>

www.tecflap.com

<http://www.webopedia.com>.

<http://www8.hp.com>