BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASI AB. ve TÜRKİYE (*)

Ayşe Saadet ARIKAN (**)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM (***)

TÜRKİYE'DE BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASI

I- TÜRK MEVZUATININ GENEL OLARAK KONUYA YAKLAŞIMI

Bir programın, **bizatihi bilgisayar programı olarak** patentlenebilirlik şartları gerçekleşmiş ise patent alıp alamayacağı; yine aynı şekilde bir programın kullanıcı ara yüzündeki (1) düzenlemenin (örneğin menünün), grafik eser olarak endüstriyel tasarım olarak korunup korunamayacağı konusu, Türkiye'nin bu konuları düzenleyen Patent ve Endüstriyel Tasarım Kanun Hükmünde Kararnamelerinde açık bir biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu iki Kararname yukardaki sorulara olumsuz cevap verdiğinden, meselenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

(*) Ankara 1996.

(**) LL.M., Hâkim; Adalet Bakanlığı, A.T. Koordinasyon Dairesi.

(***)Yazının birinci ve ikinci bölümleri TBB. Dergisi'nin 1996/3. sayısında yayınlanmıştır.

(1) Kullanıcı ara-yüz için bkz. yukarda, Birinci Bölüm, IV. Konu ile ilgili Kavramlar.

- 551 Sayılı PATENT KHK'si

Yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan (teknikte yaratıcı bir basamak oluşturan) ve sanayie uygulanabilen buluşların patent verilerek korunması şartlarını düzenleyen Patent KHK'si nelerin patent verilerek korunamayacağını 6. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır.

Madde'ye göre:

– "Bilimsel teoriler, matematik metodlar (2);

– Edebiyat ve sanat eserleri ... **bilgisayar yazılımları**" (3) açık bir biçimde patent koruması dışındadır.

2- 553 Sayılı ENDÜSTRİYEL TASARIM KHK'si

Tasarım, bu konuda çıkarılan KHK'de, "bir ürünün ..... çeşitli unsur ve özelliklerinin oluşturduğu bütün..." olarak tanımlanmıştır (4). Bir sınaî hak çeşidi olarak kabul edilen **tasarımlar,** patentler ve markalar gibi tescil edilmeleri halinde hak sahibine KHK'de öngörülen inhisarî yetkileri vermektedir (5). Bir bilgisayar programının hazırlık aşamasındaki akış şem'alarının düzenleniş şekli, kullanıcı arayüzünün düzenlenişi (menüdeki grafik düzenlemeleri de içeren görünüm) Tasarım KHK'si çerçevesinde tartışılabilecek konuları oluşturmaktadır. Kararname, 3. Maddesinde (6) "ürün" tanımını yaparken açıkça "... bilgisayar porgramları(nı), ... birden çok nesnenin veya sunuşun birarada algılanabilen bileşimlerini, grafik sembolleri....." kapsam dışı bıraktığından, bilgisayar programlarının, program akış şemalarının

---

(2) 551 Sayılı KHK, Madde 6/a.

(3) A.g. KHK., Madde 6/c.

(4) 554 Sayılı KHK., Madde 3/a.

(5) Tasarım konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, A. Saadet: 1– Tasarımların 554 sayılı KHK ve 5846 sayılı FSEK Çerçevesinde Korunması, Marmara Üniversitesi A.T. Enstitüsü Yayınları, Kasım 1996, İstanbul; 2– Sınaî Tasarımlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Haziran 1994, Ankara, C. XVII, S. 3.

(6) A.g. KHK, Madde 3/b.

ve arayüzlerin ayrıca Tasarım korumasın tâbi olması hukuken mümkün bulunmamaktadır.

3- 5846 Sayılı FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

1952 yılında yürürlüğe giren FSEK, bugüne kadar 1983 ve 1996 yıllarında olmak üzere iki kez değişikliğe uğramıştır (7). Bilgisayar programları toplam 6 madde itibarı ile Kanun'a 1995 yılında yapılan değişiklik (8) ile ilave edilmiş bulunmaktadır.

bu maddeler:

– Fikrî eser çeşitlerinden sözeden "Eser Türleri" başlıklı 2/1 ve "işlemler" başlıklı 6/10. Maddeler,

– Malî Haklardan çoğaltma hakkını düzenleyen 22/3. Madde,

– Hak Sahibinin yetkilerine getirilen sınırlandırmaların düzenlendiği bölümdeki, "Şahsen Kullanma" başlıklı 38. Madde,

– Ceza davalarının düzenlendiği bölümdeki 73/6. Madde ve

– Ek 2 diye anılan yürürlük maddesinden oluşmaktadır.

Kuşkusuz, (2/1 Madde de) ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilen bilgisayar programları, özel olarak düzenlendiği hallerde bu kurallara tâbi olacaktır. Böyle bir düzenlemenin olmadığı hallerde ise, Kanun'un ilim ve edebiyat eserleri için önerdiği hükümler, programların eser niteliğine uygun düştüğü ölçüde bilgisayar programlarına da uygulanmak durumundadır.

---

(7) Üçüncü bir değişiklik konusunda Kültür Bakanlığı'ndaki çalışmalar (Aralık 1996 tarihi itibarı ile) halen devam etmektedir. 1951 yılında Profesör HIRSH tarafından hazırlanan Kanun, esas itibarı ile **"eser"** üzerindeki hak sahipliğine dayalı bir yapıya sahiptir. Bu çerçevede başlangıçta **fikir ve sanat eserleri** üst başlığı altında: İlim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işlenme sayılan eserler üzerindeki hakları düzenleyen Kanun'a, 1995 yılında yapılan ikinci değişiklik ile Komşu Haklar da ilave edilmiştir (Komşu haklar ile ilgili açıklamalar için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikri Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye, İstanbul Barosu Dergisi 1996, c. 70, s.4-5-6, sh. 163-199).

(8) Bu değişiklik 4110 sayılı Kanun'la yapılmıştır.

Toplam 6 bölümden oluşan Kanun'un, genel yapısı ve programlarda da dahil olmak üzere fikri hakları düzenleyiş biçimini sistematik biçimde göstermek gerekirse, bunu aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür:

1- BİRİNCİ BÖLÜM

Bu bölümde tanım ve FSH eser çeşitleri sayılmıştır. **Bilgisayar programları** ile ilgili 2/1 ve 6/10. maddeler bu bölümde yer almaktadır.

2- İKİNCİ BÖLÜM

Kanun bu bölümde, kimlerin hak sahibi olduğunu düzenlemiş olup; bu Bölümün programlar açısından da önemi bulunmaktadır.

3- ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Hak sahibinin yetkilerinin, koruma süresinin ve hakkın sınırlandırılmasının düzenlendiği bu bölümde yetkiler, manevî ve malî haklar olmak üzere iki ana başlık altında düzenlenmiştir. **Bilgisayar programından** özel olarak bahseden ve mali haklardan çoğaltma hakkı ile ilgili 22/3. madde ile bu hakkınsınırlandırılma hallerinden şahsen kullanma ile ilgili 38. madde bu bölümde yer almaktadır.

4- DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Bu bölümde fikri hakların sözleşmelerde ve diğer tasarruflarda düzenleniş biçimi ve şartları ile miras konusu düzenlenmiştir.

5- BEŞİNCİ BÖLÜM

Bu bölümde hukuk ve ceza davaları ile yaptırımlar düzenlenmiş; suçlar ile ilgili 73/6. maddeye **programları koruyucu araçlara yönelik** özel bir değişiklik ilave edilmiştir.

6- ALTINCI BÖLÜM

Bu bölüm hernekadar "Çeşitli Hükümler" başlığını taşımakta ise de önce Kanun'un ikinci önemli hak grubu olan konusu haklar

düzenlenmiş, daha sonra Kanunlar ihtilafı maddesi de dahil olmak üzere, değşiik konulara yer verilmiştir. **Bilgisayar programları** açısından da önemli olan ve aslında Beşinci Bölümde yer alabilecek 81. maddeye de burada yer verilmiştir. **Programlara** da değinen ve yürürlük ile ilgili olan Ek 2 madde de bu bölümde düzenlenmiştir.

II- TÜRK MEVZUATININ FİKRİ HAKLAR KONUSUNDA, ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ve A.T. MEVZUATINA UYUM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1- TÜRK MEVZUATI ve ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Türkiye, 1952 yılından bu yana **Bern Sözleşmesi**'ne taraf olup, bu Sözleşme'nin 1971 yılı değişikliklerine de 12.7.1995 tarihli R.G.'de yayımlanan onay kanunu ile taraf olmuştur (9). Türkiye aynı zamanda Bern Sözleşmesi'ne bilgisayar programlarının da ilavesini içeren **"Bern'e Bir Protokol Eklenmesi Komite"** çalışmalarını da izlemektedir. Bu çalışmalar henüz sonuçlanmadan 1995 yılında ülkemiz, FSEK'nda, Bern Sözleşmesinde Değişiklik çalışmaları doğrultusunda gerekli değişikliği yapmış bulunmaktadır.

Öte yandan Türkiye, şu anda bilgisayar programlarının korunması gereğini vurgulayan ve bu konuda bazı ilkeler belirleyen **GATT-1994 TRIPs Anlaşması**'nın da tarafı bulunmaktadır (10). Anlaşma'nın 65/2. maddesi gereğince, mevzuatın TRIPs Anlaşması'na uygun hale getirme açısından 5 yıllık bir geçiş dönemine sahip olan Türkiye, bilgisayar programları konusunda TRIPs Anlaşması'na uygun değişikliği çok daha önce, 7.6.1995 tarihinde (11) yapmış bulunmaktadır.

---

(9) Onaylanan metnin son hali henüz R.G.'de yayımlanmamıştır.

(10) Türkiye, Anlaşma'ya 31.12.1994 tarihi itibarı ile taraf olmuştur. Bkz. 29.1.1995 gün ve 22186 sayılı R.G. Anlaşma ise 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(11) Değişiklik 4110 sayılı Kanun ile yapılmıştır.

2- TÜRK MEVZUATININ A.T. MEVZUATINA UYUMU

A- TÜRKİYE-AT İLİŞKİLERİ

Türkiye ile A.t. (Avrupa Ekonomik Topluluğu) arasında tam üyeliği hedef alan ilişkilerin hukuki temeli, 1.12.1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Anlaşması'dır.

Bu ilişkide öngörülen ortaklık ilişkisi, üç aşamadan oluşmaktadır: Hazırlık, Geçiş ve Son Dönem.

Hazırlık dönemi 1973 yılında tamamlanmış; Geçiş Döneminin ise 1973 yılından itibaren 22 yıl sürmesi öngörülmüştür.

Ortaklık ilişkisinin Ankara Anlaşması'nda belirtilen organı olan Ortaklık Konseyi 1995 yılında, Son Dönemin uygulama şartlarını içeren bir karar hazırlamıştır. Gümrük Birliği olarak da adlandırılan bu Son Dönemle ilgili olan Karar, 1.1.1996 tarihinden bu yana yürürlükte olup, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ya da Gümrük Birliği Kararı şeklinde anılmaktadır (13).

B- 1/95 SAYILI OKK ve BİLGİSAYAR PROGRAMLARI

Toplam 64 madde ve 10 Ek'den oluşan Karar'ın 29. maddesi, fikrî ve sınaî hakların uygun ve etkin bir biçimde **korunması** ile **bu korumayı sağlayıcı usul ve yaptırımların** önemini vurgulayarak; GümrükBirliği'nin ancak bu durumda sağlıklı bir şekilde işleyeceğine işaret etmektedir. Bu sağlıklı işleyişi temin edici yükümlülükler ise **Ek 8**'de sayılmaktadır.

Ek 8'de toplam 9 madde ile Türkiye'ye getirilen yükümlülükler arasında, GATT-1994 TRIPs Anlaşması ile bu konudaki bazı

---

(12) Geçiş Döneminin uygulama şartları Katma Protokol adı verilen Ara Anlaşma niteliğindeki hukukî metinde düzenlenmiştir.

(13) Bu Karar'ın zaman zaman Gümrük Birliği Anlaşması şeklinde de ifade edildiğine rastlanmakla birlikte, anılan metnin bir Ortaklık Organı tarafından hazırlanmış olması nedeni ile Anlaşma olarak adlandırılması hukuken doğru bulunmamaktadır.

(14) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Türk Fikrî-Sınaî Haklar Mevzuatının A.T. Mevzuatına Uyumu ve KOBİ'ler, TES-AR Yayınları, Ankara 15 Mart 1996 tarihli Sempozyum tebliği, sh. 1-25.

uluslararası anlaşmalara taraf olunması ve A.T.'nun özel olarak vurgulanmış mevzuatına, uyumlu mevzuat düzenlenmesi bulunmaktadır.

Ek 8'in A.T. mevzuatına uyum yükümlülüğü ile ilgili 4. maddesi Türkiye'nin, 91/250 sayılı Bilgisayar Programı Direktifi'ne uyum gereğini açık biçimde ifade etmektedir (15).

Türkiye 1.1.1996 tarihinden önce sağlanması gereken bu uyumu, bilgisayar programları açısından 7.6.1995 tarihinde, 4110 Sayılı Kanunla gerçekleştirmiş bulunmaktadır.

III- TÜRK MEVZUATININ DEĞERLENDİRİLMESİ

5846 sayılı FSEK'na, programların korunması hususu 7.6.1995 tarihinde açık bir biçimde ilave edilmeden önce Türk mahkemeleri de, başka ülkelerde olduğu gibi, dil ile ifade edilen bilgisayar programlarının, telif haklarına konu oluşturacak **eser** olarak kabulü gereği yönünde kararlar vermiştir (16).

Bugün bilgisayar porgramlarının korunması açısından FSEK'nda, 2/1 ve son paragrafında, 6/10, 22/3, 38, 73/6. Maddelerde yapılan değişikliğin, GATT-1994 TRIPs Anlaşması gereklerine tamamen uygun olduğu; A.T.'nun 91/250 sayılı Direktifi'ne de (aşağıda değinilecek bazı hususlar dışında) büyük oranda uyumlu olduğu söylenebilir (17).

Türk mevzuatının değerlendirmesi yapılırken, hem **FSEK** çerçevesinde hem de korsan programların gümrüklerde durdu-

---

(15) Bilgisayar programlarının yanısıra diğer fikrî haklar patent, marka, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler ve taklit ve korsan mallar açısından gümrüklerde durdurma konularında, açıkça belirtilen A.T. mevzuatına uyum yükümlülüğü getiren Ek 8; 9/2. maddesinde hakkın tüketilmesi ilkesinin Türkiye–AT Gümrük Birliği alanında uygulanmayacağını belirtmektedir. Eleştiri için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikrî–Sınaî Haklarda Hakkın Tüketilmesi Doktrini, AB ve Türkiye, İKV Dergisi, Mart-Nisan 1996, sh. 33-52.

(16) Bkz. Yargıtay 11. HD. 15.4.1996 gün ve 96/2716 sayılı Kararı.

(17) Aşağıda FSEK'nun konuya yaklaşımı hakkındaki açıklamaların, II. Bölümdeki A.T. Direktifi hakkındaki açıklamalar ile birarada değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

rulması gereği nedeni ile, halen yürürlükte bulunan **Gümrük Mevzuatı** çerçevesinde inceleme yapılmak gerekmektedir.

1- KORUMA ŞEKLİ

FSEK, fikir ve sanat eserlerini (18) koruyan bir kanun niteliğindedir. Fikir ve sanat eserleri üst kavramına "ilim ve edebiyat eserleri" de girmektedir. 1995 yılında yapılan değişiklikte bilgisayar programlarının, Kanun'un 2. maddesinde sayılan ilim ve edebiyat eserleri arasında yer alması sağlanmış ve bu hali ile programların telif hakları ile korunacağı esası benimsenmiştir.

2- KORUMA KONUSU VE KAPSAMI

Kanun, koruma konuları arasında aldığı bilgisayar programlarının A.T. Direktifi'nde olduğu gibi tanımını yapmamış ve "... her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları..." ile "... bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşulu ile bunların hazırlık tasarımları..."nı koruma kapsamına almıştır (19).

FSEK, arayüzler de dahil olmak üzere bir bilgisayar programına temel oluşturan "düşünce ve ilkelerin" eser sayılmayacağını açıkça vurgulamaktadır (20). Bu yaklaşım, fikrî hukukun temel ilkesi olan "korumadan fikir değil, onun ifade şekli yararlanır" kuralının en doğal sonucudur.

Kanun, işlenmeler başlığını taşıyan 6/10. maddesinde bilgisayar programlarının uygulanması, düzenlenmesi ve değişim yapılmasını da (işleme) **eser** olarak saymış ve bu işlemleri yapanlara (üzerinde işlenme yapılan ilk programın sahibinden izin alınmış olmak kaydı ile) telif hakkı tanımıştır. Kuşkusuz burada da işlenme sonucu ortaya çıkan eserde "sahibinin hususiyetini taşıması" şartının aranması gerekmektedir; 6. maddeye 10 ve 11. bendler ilave edilirken bu husus gözden kaçırılmış ve ilaveler

---

(18) Kanun, Komşu Hakları da 1995 yılında koruma kapsamına almıştır.

(19) Bkz. FSEK. Madde 2/1. Ayrıca bkz. II. Bölüm'de A.T. Direktifi'nin Koruma Konusu ve Kapsamı kısmındaki açıklamalar.

(20) FSEK. Madde 2/son par.

yanlış anlamaya neden olacak şekilde eklenmiştir (21). Kanun'un 6/1. maddesinde işlenme türü olarak gösterilen tercümelerin, program tercümelerini de kapsayacağı unutulmamalıdır.

3- KORUMA ŞARTI

FSEK'nda tanınan korumadan yararlanabilmek için, Kanun'da sayılan eserler açısından bir tek koruma şartı aranmaktadır. Bu şart, eserlerin "...**sahibinin hususiyetini taşımalarıdır** (22). Hakkın doğumu için, sahibinin özelliğini taşıyan programın **yaratılması** yeterli olup, tescil gibi şartlar aranmamaktadır (23). Kanun **"sahibinin hususiyetini taşımanın"** hangi anlama geldiğini tanımlamamıştır. Bu kavram A.T. Direktifi'nde (24) ve pek çok ülke mevzuatında (25) **orjinal** sözcüğü ile ifade edilmektedir. Türkiye'nin (1/95 sayılı OKK'na Ek-8'in 4. maddesi gereğince), 91/250 sayılı A.T. Direktifi'ne uyum yükümlülüğü olduğundan, FSEK.'nun 1. maddesindeki orjinallik tabirinin, Direktif'te belirtildiği şekilde anlaşılmasında yarar bulunmaktadır. Direktif orjinalliği "... yazarın kendi fikri çabası sonucu olmak..." şeklinde tanımlamış ve ".. koruma için başka kriter aranma..."yacağını belirtmiştir (26). Bu nedenle ülkemizde, Almanya'da olduğu (27) gibi yüksek vasıflı bir orjinallik aranmaması isabetli olacaktır.

4- ESER VE HAK SAHİPLİĞİ

Eser ve hak sahipliği (28) FSEK'nda İkinci Bölümde yer alan 8 ilâ 12. maddelerde düzenlenmiştir.

---

(21) Kültür Bakanlığı'nın Kasım 1996 tarihi itibarı ile hazırladığı son tasarıda bu düzeltmenin yapıldığı görülmektedir.

(22) Bkz. FSEK Madde 1.

(23) FSEK 44. Maddesinde yer alan eserlerin işaretlenmesi, hakkın doğumu için bir şart olarak getirilmemelidir. İşaretleme korsanlıkla mücadelede bir **yöntem** olarak algılanmalı ve Kanun'un bu Maddesi ile, çıkarılacak yönetmeliklerde bu husus gözardı edilmemelidir.

(24) A.T. Direktifi, madde 1/3.

(25) Bakınız yukarda II. Bölüm'deki açıklamalar.

(26) Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarda II. bölüm, AT. direktifi c- Koruma Şartı.

(27) Bkz. II. Bölüm, Ülke Kanunları ve İçtihatları, A- Almanya.

(28) Bu kavramlar için bkz. II. Bölüm'de A- Almanya başlığı altındaki eser ve hak sahipliği ile ilgili dipnot açıklaması.

Kanun, eserin yaratıcıya ait olduğu ilkesini "Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir" (29) şeklinde ifade etmektedir. İşlenmeler ayrıca eser sayıldığından, işlenen programdaki haksahibinin izni alınmış olmak kaydı ile, eser sahibi onu işleyendir (30).

Memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken yarattıkları programlarda **malî hak sahibi,** aksine bir sözleşme yoksa veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmıyorsa, bu kişileri çalıştıran olarak benimsenmiş; aynı kuralın tüzel kişi uzuvları açısından da geçerli olduğu vurgulanmıştır (31).

Kanun'da istisna sözleşmeleri açısından ayrıca özel bir hüküm bulunmadığından, 8/1. maddede belirtilen genel kural çerçevesinde, siparişi veren değil fakat proğramı yazan kişinin eser sahibi sayılması gerekmektedir. İstisna akitleri gereğince yaratılan programlarda dikkat edilmesi gereken husus, siparişi veren ile proğramı yazan arasında yapılan sözleşmenin ancak malî hak sahipliği üzerine bir sözleşme olduğudur. Genel kural çerçevesinde, eser sahibi proğramı yaratan olduğundan, manevî haklar yine eser sahibine ait olacaktır (32).

Birden fazla kişi tarafından vücuda getirilen programlarda, programın birbirinden bağımsız kısımlara ayrılması mümkün ise Kanun, herbir kısmı yaratan kişinin, o kısım üzerinde eser sahibi olduğunu vurgulamaktadır (33). Programın ayrılmaz bir bütün olması halinde ise tüm yaratacıların, bir "birlik" oluşturduğu kabul edilerek, iştirak halinde malik gibi hareket edecekleri Kanun'da ayrıca ifade edilmektedir (34).

---

(29) FSEK, madde 8/1 par.

(30) FSEK, madde 6/10 ve 8/3.

(31) FSEK, madde 8/2.

(32) Manevî hakların içeriği ve bunun bilgisayar programlarında kullanımı açısından bkz. aşağıda 5– Hak Sahibinin Yetkileri kısmındaki açıklamalar.

(33) FSEK, madd 9/1. Par.

(34) FSEK, madde 10/1 ve 2. par. Bu tür programlarda programı yaratanların oluşturduğu "birliğe" Borçlar Kanunu'nun 520 ilâ 541. maddeleri kıyas yolu ile uygulanmaktadır.

FSEK, umuma arzedilmiş bir program nüshasında adını veya tanınmış müstear adını kullanan kişinin, aksi ispat edilinceye kadar eser sahibi sayılacağı konusunda bir kanunî karine öngörmektedir (35). Yayımlanan programda hiç bir isim yok ise yayımlanan, o da belli değilse çoğaltanın eser sahibine ait yetkileri kendi adına kullanabileceği, daha sonra asıl hak sahibi ile bu kişiler arasındaki ilişkiye aksi kararlaştırılmamış ise adi vekalet hükümlerinin uygulanabileceği Kanun'da ayrıca vurgulanmaktadır (36).

5- HAK SAHİBİNİN YETKİLERİ

FSEK, eser sahibinin manevî ve malî haklara sahip olduğunu açıkça ifade etmektedir (37).

A- MANEVÎ HAKLAR

Kanun, manevî hakların hak sahibine genel olarak dört önemli yetki verdiğini belirtmektedir. Bunlar Umuma Arz (38), Adın Belirtilmesi (39), Eserde Değişiklik Yapılmasını Men (40) ve Zilyet ve Malike Karşı Haklar olarak (41) sayılmıştır.

1995 yılında Kanun'da yapılan değişiklikte bu yetkilerden hangisinin bilgisayar programları açısından uygulanacağı konusunda açık bir tercih yapılmamıştır. Oysa A.T. Direktif **Tasarısında** programlar açısınan sadece isim hakkı benimsenmiştir (42).

---

(35) FSEK, madde 11.
(36) FSEK, madde 12.
(37) FSEK, madde 13.
(38) FSEK, madde 14.
(39) FSEK, madde 15.
(40) FSEK, madde 16.
(41) FSEK, madde 17.
(42) Bkz. a.g. EC Commission Proposal, Explanatory Memorandum, sh. 20-21. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. yukarda AT. Direktifi'nin a- Manevi Haklar başlığı altındaki açıklamalar.

Bu yetkilerin nasıl kullanılacağı FSEK'nun 18 ve 19. maddelerinde ayrıntılı biçimde gösterilmiştir (43).

B- MALÎ HAKLAR

FSEK, malî hakları tek tek saymadan önce bir üst kavram olarak nitelendirmiştir. Kanun'a göre malî hakların özü alenileşmiş eserden her şekil ve tarzda **yararlanma/faydalanma** hakkıdır (44). Bir malî hak olan faydalanma hakkını ise, yine Kanun'da sayılan ve birbirinden bağımsız olan beş yetki oluşturmaktadır. Bunlar Kanun'da **işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve radyo ile yayın** hakları olarak sayılmıştır (45).

Birinin tasarrufu ve kullanılmasının diğerini etkilemediği bu yetkiler ile ilgili sözleşmelerin, muhakkak yazılı olarak yapılması ve sözleşmenin, malî yetkilerden hangisini kapsadığının açıkça vurgulanması gerekmektedir (46).

a- İşleme Hakkı

Kanun 21. madde gereğince, programda tercüme, uyarlama, değişiklik, düzenleme yapma şeklinde belirtilen işleme hakkının (47) münhasıran eser sahibine (veya 8/2. maddedeki hallerde sayılan hak sahiplerine) ait bir malî hak olduğunu vurgulamaktadır. İzin verilmesi halinde, işlenmiş programdaki eser sahipliği işleyene aittir (48).

---

(43) FSEK'nun 14, 15 ve 16. maddelerinin 3. fıkralarında sayılan manevi yetkilerin süresinin eser sahibinin ölümü halinde (19/1. paragrafta belirtilen kişiler tarafından kullanımının) malî hakların devamına ilaveten eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıl olacağını belirten 19/2. madde, 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla sürelerde değişiklik yapılırken unutulduğundan 50 yıl, 70 yıla uzatılmadan aynen bırakılmıştır. Yeni değişiklikte bu hususun dikkate alınması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, yukarda sözü edilen mirasçıların mali hakları, ölümden sonra 70 yıl korunmasına rağmen, manevi yetkilerinin 50. yılda sona erme durumu ortaya çıkacaktır.

(44) FSEK, madde 20/1.

(45) Bkz. sırası ile FSEK, madde 21, 22, 23, 24, 25 ve 26.

(46) FSEK, madde 20/1 ve 52.

(47) Bkz. FSEK, madde 6/1 ve 10.

(48) Bu durumda,y işlenmiş programın sahibi, kendisinin malî haklarını, işle-

b – Çoğaltma Hakkı

Hak Sahibinin inhisarî nitelikli malî yetkileri arasında bulunan çoğaltma hakkı Kanun'da:

"– Eserlerin aslından **ikinci kopyanın çıkarılması** yada

– eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen veya ilerde geliştirilecek **her türlü araca kayıt edilmesi...**"

şeklinde ifade edildikten sonra (49) **bilgisayar programları üzerindeki çoğaltma hakkının,** programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanmasını da kapsadığı vurgulanmıştır (50).

c– Yayma Hakkı

A.T. Direktifi'nde (51) umuma dağıtım olarak belirtilen **yayma hakkının** (eseri veya eserin aslından ya da işlenmesinden çoğaltma ile elde edilen nüshalarının):

- dağıtımını (52),
- kiralanmasını,
- satışa çıkarılmasını,
- herhangi bir biçimde ticaret konusu yapılması ve bu yoldan faydalanma hakkını kapsadığı, FSEK'nun 23/1. maddesinde ifade edilmektedir.

---

nen programdaki asıl hak sahibinin izin verdiği nisbette kullanacaktır. Bkz. FSEK, madde 20/4. Bu husus Direktif'teki düzenleme ile de uyumludur. Bkz. yukarda A.T. Direktifi, bb- Tercüme, Uyarlama kısmındaki açıklamalar.

(49) FSEK, madde 22/2.

(50) FSEK, madde 22/3. 91/250 Sayılı A.T. Direktifi Madde 4/a; a.g. EC Commission Proposal (Gerekçe kısmı) sh. 23 deki açıklamalar da aynı yönde bulunmaktadır. Programı yasal olarak edinen kişinin olağan amaca uygun kullanımı ile ilgili istisnalara, aşağıda istisnalar kısmında değinilecektir.

(51) Direktif, Madde 4/c; ayrıca bkz. yukarda II. Bölüm, A.T. Direktifi, cc- Umuma Dağıtım Kısmındaki açıklamalar.

(52) Elektronik dağıtım, radyo ile dağıtım başlığını taşıyan 25. madde kapsamında mütalaa edilebilir.

Maddede ifade edilen "herhangi bir biçimde ticaret konusu yapılması" halinde, ithalat ve ihracat hallerinin de dahil olduğu düşünülmelidir. Madde, ödünç verme halini kapsamamaktadır.

Kanun 23/1. Maddenin 3. cümlesinde, izinsiz yapılan nüshaların ithalatının yasaklanması hakkının da, inhisarî bir hak olarak eser sahibine ait olduğunu ifade etmektedir (53).

İzinsiz çoğaltılmış nüshaların ithalatı yasaklanabildiğine göre hak sahibinin izni ile yurtdışında çoğaltılmış nüshaların ithalatı durumunda, acaba hak sahibinin nasıl bir yetkisi bulunmaktadır? Kanun bu konuda "... eseri **yayma** ve **faydalanma** (54) hakkının eser sahibine..." ait olduğunu 23/1. maddenin 2. cümlesinde açık bir biçimde ifade etmektedir (55). Faydalanma hakkı, 20/1. madde çerçevesinde, tüm malî haklar anlamına geldiğine göre, sözü edilen 23/1. madde yurtdışında yasal olarak çoğaltılan nüshaların Türkiye'ye ithalatının hak sahibine ait olduğunu vurgulamaktadır. Bir başka deyimle paralel ithalatı yasaklamaktadır (Bu hüküm, 1995 yılı değişikliğinden önce de Kanun'un 23/2. maddesinde aynı şekilde ifade edilmiştir).

Ticaretin serbestleştirilmesi, rekabetin korunması ilkeleri çerçevesinden bakıldığında, Kanun Koyucunun bu maddeyi düzenleme gerekçesine inme gereği ortaya çıkmaktadır.

---

(53) Korsan mal olarak tabir edilen izinsiz çoğaltılmış nüshaların gümrüklerde durdurulması, Gümrük Kanunu'nda değişiklik yapan 564 sayılı KHK ve bununla ilgili olarak çıkarılıp 1.1.1996 tarihinden buyana yürürlükte bulunan Yönetmelik'te düzenlenmiş bulunmaktadır. Bkz. aşağıda 9– Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurma kısmındaki açıklamalar.

(54) Faydalanma hakkı, FSEK'nun 20/1. maddesindeki tanımlamaya göre (işleme, çoğaltma **yayma,** temsil ve radyo-TV vs. ile yayını içeren) bir **mali haktır.** Bu nedenle 23/1. maddenin 2. cümlesinde faydalanma hakkının, yayma hakkını da içermesine rağmen "... yayma ve faydalanma hakkı..." şeklinde ifadesi 20/1. maddenin tanımlanmasına uygun olmamıştır.

(55) **Bu konu FSEK'nun 23/2. maddesinde düzenlenen Hakkın Tüketilmesi konusu ile de bağlantılı olduğundan aşağıda 7- Hak Sahibinin Yetkilerinin Sınırlandırılması: C- Hakkın Tüketilmesi başlığı altında yeniden değinilecektir.**

TBMM'ne sunulan değişiklik **"Tasarısı"**nda (56) 23. madde ile ilgili değişiklik ayrıntılı biçimde gerekçelendirilmemiştir (57).

Komisyonlardaki görüşmeler sırasında Adalet Komisyonu'nda herhangi bir değişiklik yapılmamış (58), konumuz açısından önemli görüş, Milli Eğitim Komisyonu Raporu'nda belirtilmitir.

Milli Eğitim Komisyonu Raporu'nda:

"Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılan nüshaları(n) ithal edilmesini eser sahibinin iznine bağlayan ithal hakkı, ülke kültürü açısından yararlı görülmediğinden, tasarıda yer almamıştır (59) görüşü belirtilmesine rağmen, inceleme konumuzu oluşturan:

"Yurt dışında çoğaltılmış kopyaların yurt içine getirilmesi durumunda, eseri yayma ve faydalanma hakkı eser sahibinindir" cümlesi, Milli Eğitim Komisyonu'nun Kabul Ettiği Metin'den, Komisyon'un raporuna rağmen çıkarılması unutulmuş (60) ve daha sonra da Genel Kurul'dan bu hali ile geçerek yasalaşmıştır.

Kanun'da bu madde ile ilgili yeni bir düzenleme yapılmasının düşünülmesi halinde, 23/1. maddenin 2. cümlesinin, aynı maddenin, hakkın tüketilmesi hakkındaki 2. fıkrası ile birarada değerlendirilmesi ve 2. fıkrada da, 2. cümledeki tercih doğrultusunda düzeltmeler yapılması yerinde olacaktır (61).

---

(56) Bkz. TBMM, 4. Yasama Yılı, 19. Dönem "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Milli Eğitim Komisyonları Raporları (1/722), S. Sayısı 771.

(57) Bkz. A.g. TBMM Raporları, sh. 4, Gerekçede sadece, yayma hakkının yeniden düzenlendiği ve tüketim ilkesinin AT. Direktifine uygun olaraktanımlandığına değinilmiştir.

(58) Bkz. A.g. TBMM Raporları, sh. 9.

(59) Bkz. A.g. TBMM Raporları, sh. 13, Bu Komisyon'da 23/1. Maddeye, korsan nüshaların ithalini yasaklayan 3. cümle ilave edilmiştir.

(60) Bkz. A.g. TBMM Raporları, sh. 23.

(61) Bu konudaki birlikte değerlendirme açısından bkz. aşağıda c- Hakkın Tüketilmesi.

d- Temsil Hakkı

Kanun, temsil hakkını "eserlerin doğrudan doğruya veya işaret, ses ve resim nakline yarayan aletlerle **umumi yerlerde** okunması, çalınması, ... gösterilmesi ve bunun bir yerden diğerine nakli hali" olarak tanımlamıştır (62). Aslında yayma hakkının özellikli bir şekli sayılmak gereken temsil hakkının **niteliği,** geçiciliğinde ve radyo ile yayın hakkına (elektronik yayın hakkına) nazaran ulaştığı kitlenin daha sınırlı sayıda olmasındadır.

e- Radyo ile Yayın Hakkı

Hernekadar FSEK'nun bu konu ile ilgili 25. maddesinin başlığı radyodan bahsetmekte ise de aslında **eserleri** işaret, ses veya resim nakline yarayan, telli ve telsiz tüm elektronik araçlar ile yayma hakkı kastedilmektedir (63). Eserlerin uydu aracılığı ile yayını, internet aracılığı ile yayını da bu araçlar arasındadır. Elektronik yayın hakkı denilebilecek bu hak da aslında, yayma hakkının (FSEK ve Bern Sözleşmesi'nin, ayrıca vurgulayarak düzenlemek istediği) özellikli bir şeklinden ibarettir (64).

Bu çerçevede bir bilgisayar programının kapalı devre TV sistemi ile (göreceli olarak) sınırlı sayıda izleyicisi olan bir umumi yerde gösterilmesi ya da bir parkta dev bir ekranda tanıtımı **temsil hakkı** olarak nitelendirilirken, aynı tanıtım internet veya ülke çapında radyo-TV istasyonları ile yapılması **elektronik yayın hakkını** oluşturacaktır.

---

(62) FSEK, Madde 24. Bern Sözleşmesi Temsil hakkını, 11. madde de "**Dramatik, müzikli-dram ve müzik eserlerinin halk önünde (her türlü) icrası** ve bu icranın her türlü nakli" olarak tanımlamaktadır.

(63) FSEK'nda "Radyo ile Yayım Hakkı" şeklinde düzenlenen bu hak, Bern Sözleşmesi'nin 11 bis Maddesinde, **ilim ve edebiyat eserlerinin** radyo-TV gibi araçlar ile **umuma arzı** şeklinde düzenlenmiştir.

(64) Yayını yapan radyo-TV istasyonları gibi yayın kuruluşlarının, bizatihi yayınları üzerindeki komşu hakları ise çokayrı bir fikrî haktır. Bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikrî Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye, İstanbul Barosu Dergisi, 1996, C. 70, sh. 163-199.

6- KORUMA SÜRESİ

FSEK'nun 27 ve 28. maddeleri, programların koruma sürelerine ilişkin hükümler içermektedir.

Bir bilgisayar programı ilke olarak, programı yaratan kişinin yaşam süresine ilaveten 70 yıllık bir koruma süresinden yararlanmaktadır (65).

Kanun, 70 yıllık koruma süresini, sahibinin ölümünden sonra alenileşen programlarda ölüm tarihinden itibaren (66); hak sahibinin tüzel kişi olduğu hallerde ise, aleniyet tarihinden itibaren (67) başlatmaktadır.

Yayımlanmış olan bir bilgisayar programında, eser sahibinin adının açıkça ifade edilmediği ve bu nedenle, yayımlayan veya o da belli değilse çoğaltanın eser sahibi adına hareket ettiği hallerde (68) koruma süresi, yine aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl olarak hesaplanmaktadır. Ancak eğer eser sahibi, bu süre bitmeden kimliğini açıklar ise bu durumda da koruma süresi, eser sahibinin yaşam süresine ilaveten 70 yıl olarak uygulanmaktadır (69).

FSEK, bilgisayar programlarında da tercüme halini bir işlenme eser olarak kabul etmektedir (70). FSEK'nun 21. maddesinde de vurgulandığı üzere, bir programı tercüme etmek (işlemek), münhasıran programı yaratan eser sahibine ait bir mali haktır. Koruma süresi olan, yaşam süresine ilaveten 70 yıl içinde bir programı tercüme etmek isteyenlerin muhakkak, önce eser sahibinden, o ölmüşse mirasçılarından izin alması gerekmektedir. Genel ilkenin bu şekilde uygulanması gerekirken Kanun, tercüme edilecek programlar (ve diğer eserler açısından bu süreyi kısaltmış-

---

(65) FSEK, madde 27/1.
(66) FSEK, madde 27/2.
(67) FSEK, madde 27/4.
(68) FSEK, madde 12/1.
(69) FSEK, madde 27/3.
(70) FSEK, madde 6/1.

tır. FSEK'nun 28. maddesi, ilk defa Türkçe'den başka bir dilde yayımlanmış programların, yayımlandığı tarihten itibaren 70 yıl içinde eser sahibi tarafından veya izni ile Türkçe'ye tercümesi yapılmamış ise, ilk yayımdan itibaren 70 yılın geçmesi ile, izin almaya gerek olmadan herkes tarafından, Türkçe'ye çevrilebileceğini öngörmektedir (71).

Tercüme edilmiş programda, bu işlemeyi yapan kişinin yararlandığı koruma süresi ise genel ilke çerçevesinde yine, tercümeyi yapanın yaşam süresine ilaveten 70 yıldır (72).

Koruma süreleri, programın alenileşmesinden önce işlemeye başlamamaktadır (73).

Eser sahibinin ölümünden itibaren hesaplanacak olan 70 yıllık süre ise, ölümü takip eden yılın ilk günü dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Bu kural, birden fazla kişinin birlikte eser sahibi sayıldığı hallerde, son sağ kalanın ölüm tarihini takip eden yılın ilk günü dikkate alınarak uygulanmaktadır (74).

Koruma süresinin dolması, program üzerindeki inhisarî yetkilerin sona ermesine, programın kamuyo mal olmasına, yani herkesin programdan serbestçe yararlanmasına neden olmaktadır (75).

---

(71) Genel olarak tercüme eserler açısından benimsenen bu yaklaşım, Bern Sözleşmesi'nin gelişmekte olan ülkelere, kültürel gelişmelerini tamamlamaları açısından tanınmış bir imkan idi. Bkz. Bern Sözleşmesi'ne Ek II ve V. Türkiye bu çerçevede Sözleşme'nin 30/2. maddesi gereğince yine Sözleşme'nin 1986 yılında düzenlenen 5. maddesini benimseyerek tercümelerde 10 yıllık süreyi kabul etmişti. Aynı yaklaşımdan hareket ile 1995 yılında 4110 sayılı Kanun'la 28. Maddede bu süre 70 yıl olarak düzenlenmiştir. 2000 li yıllarda Türkiye'nin bu yaklaşımı sürdürmesi için hoşgörülebilir nedenler bulmak zor görünmektedir. Bu nedenle tercüme eserlerde de genel ilkenin uygulanması yönünde değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

(72) Bkz. FSEK, madde 26/2 ve 27/1.

(73) FSEK, madde 26/3.

(74) FSEK, madde 26/6.

(75) FSEK, madde 26/1.

7- HAK SAHİBİNİN YETKİLERİNİN SINIRLANDIRILDIĞI HALLER

Türk hukuk sisteminde de program sahibi, kendisine FSEK çerçevesinde tanınan inhisarî yetkileri, ülkenin rekabet düzeninin korunmasına ilişkin kurallarını (76) bozucu şekilde kullanmama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük Türk Rekabet Kanunundan anlaşıldığı gibi, Türkiye'nin taraf olduğu GATT–1994 TRIPs Anlaşması'nın 8/2. maddesinin düzenleniş şeklinden de açık bir biçimde anlaşılmaktadır (77). Ayrıca Türkiye–A.T. arasındaki gümrük birliği ilişkisinin uygulama şartlarını gösteren 1/95 sayılı OKK, (A.T.'nda da geçerli olan bu yükümlülüğün) Türkiye'de nasıl uygulanacağına ilişkin 30 ilâ 37. maddelerinde zımnen de olsa yine aynı mesajı vermektedir. Bu açıklamaların ışığı altında program sahipleri, "egemen durumda olmayı kötüye kullanmaktan" (78) ve (Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı tebliğlerde hoşgörülen hallerin dışında (79) "sözleşmelere koydukları kayıtlar veya uyumlu davranışları ile rekabeti ihlal" (80) etmekten kaçınmak durumundadırlar.

Hak sahibinin yetkilerine, rekabet hukukunun getirdiği bu genel sınırlandırmanın dışında fikrî hukuk disiplini de FSEK'nda bazı halleri özel olarak ilave etmiştir. Kanun'da tüm eser türleri açısından 30 ilâ 41. maddelerde düzenlenen bu sınırlandırma hallerinden programlara uygulanabilecek nitelikte olanları: **30. Maddede** düzenlenen (kamu düzeni gereği) mahkeme gibi resmi makamlarda programın isbatı amacı ile kullanılması hali, **38. Maddede** düzenlenen şahsî kullanım halleri ve **23/2. maddede** düzenlenen hakkın tüketilmesi halidir (81).

---

(76) Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Madde 4 ve 7. 13 Aralık 1994 gün ve 22410 sayılı Resmi Gazete.

(77) Bkz. ARIKAN, A. Saadet - YALÇINER, Uğur: TRIPs Anlaşması, Türkiye Teknoloji Vakfı Yayınları Ankara 1996, sh. 7-8.

(78) Rekabet Kanunu, madde 7.

(79) Bkz. Rekabet Kanunu, madde 5.

(80) Bkz. Rekabet Kanunu, madde 4.

(81) Temsil serbestisi ile ilgili 33; eğitim ve öğretim amaçlı seçme ve toplama eser yapılması hakkındaki 34; İktibas serbestisi ile ilgili 35 ve röportaj hak-

A- KAMU DÜZENİ

Bilgisayar programının isbatı amacı ile programın mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda bir işleme konu edilerek kullanılması, hak sahibinin yetkilerinin ihlali anlamına gelmemektedir (82).

B- ŞAHSEN KULLANIM

FSEK'nun 38. maddesinin 3 ilâ 8. fıkraları, AT. Direktifi'nin 5 ve 6. maddeleri ile Giriş kısmının 22. paragrafına tekabul etmektedir.

a- Genel Olarak Şahsen Kullanım

Kanun'un 38/3. maddesinde, programı yasal yollardan edinen kişinin, programın amacına uygun biçimde kullanımın gerektirdiği çoğaltma, işleme ve hata düzeltme işlemlerini izin almadan yapabileceği vurgulanmaktadır (83).

Hak sahibinin **bir adet yedek kopya** alma hakkı da ayrıca FSEK'nun 38. maddenin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde ifade edilmektedir.

FSEK, sözleşme ile önlenemeyecek halleri de ayrıca saymaktadır (85). Bunlar, programı yasal yollardan edinen kişinin:

– programı yüklemesi, çalıştırması, hataları düzeltmesi (86) ve
– bir adet yedek kopya alması halleridir.

---

kındaki 37. maddelerin programlara da uygulanması son derece sınırlı hallerde mümkün olabilir. Bu istisnaların uygulanması sırasında yapılan işlemlerin, hak sahibinin yasal çıkarlarını makul ölçüler dışında sınırlandırmamasına dikkat edilmelidir. Bu yaklaşım Bern Sözleşmesi'nin 9/2. maddesinde ifade edilen temel yaklaşımdır.

(82) FSEK, madde 30/1.

(83) Bkz. 91/250 sayılı A.T. Direktif, madde 5/1.

(84) Bkz. Direktif, madde 5/2.

(85) FSEK, madde 38/4.

(86) Kanun'un 38. Maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesine tekabül eden bu haller, Direktif'in Giriş kısmının 22. paragrafında, aynen bu şekilde ifade edilmiştir.

FSE Kanunu 38/5. maddesinde, programı kullanım hakkına sahip olan kişinin, programı yükleme, görüntüleme, çalıştırma, iletme ve depolama fiillerini yaparken, programın altında yatan düşünçe ve ilkeleri saptamak için, programı gözleyebileceğini, tetkik edebileceğini ve sınayabileceğini belirtmektedir (87). Burada önemli olan husus, maddenin alındığı A.T. Direktifi'nin Giriş kısmının 23. paragrafında da değinildiği üzere, programı icra edici yükleme, görüntüleme, çalıştırma, iletme, depolama gibi fiillerin programdaki telif hakkını ihlal etmeyen nitelikte fiiller olmasıdır. Ancak **bu fiilleri yasal olarak yapabilecek olan kişiler** programı gözleyip, sınayabilirler.

FSEK, 38. maddenin 3 ve 4. fıkralarında "programı hukuki, yasal yollardan edinen kişi"den bahsederken; aynı maddenin 5. fıkrasında "programı kullanım hakkına sahip kişi"den söz etmektedir (88). Programı **"yasal yollardan edinen kişiyi;** satın alan, lisans alan şeklinde nitelemek; **diğerini ise,** o programın kullanılmasının sözleşme gereği hedeflendiği ortamda, programı yasal yollardan edinen kişi ile birlikte ikamet edenler veya sürekli çalışanlar, şeklinde algılamak koruma amacına daha uygun düşecektir. Bu yorum şekli çerçevesinde, işyerinde (yapılan işle ilgili olarak) bir program alan iş sahibi, Kanun'un "yasal yollardan edinen kişi" tanımına girdiği için 38/4. madde çerçevesinde bir adet yedek kopya alabilecek (ve diğer fiilleri yapabilecek); işyerinde o programın uygulanması ile ilgili işler yapan "çalışanları" ise "kullanım hakkına sahip kişiler" olarak, yedek kopya alamayacak fakat Kanun'un açıkça izin verdiği (38/5. maddedeki hal gibi) fiilleri yapabileceklerdir.

b- Tersine Mühendislik

Bir programın, bağımsız bir diğer programla birarada çalışmasını (araişlerliğini) sağlayıcı bilgileri elde etmek için, nesne kodun çoğaltılarak kaynak koda ulaşılması ve gerekli işlenmele-

---

(87) A.T. Direktifi, madde 5/3 ve Direktif'in Giriş kısmı paragraf 23.

(88) A.T. Direktifi de benzer biçimde 5. maddenin 1, 2 ve 3. bendlerinde **"lawfull acquirer"** ile **"person having a right to use"** tamirlerine ayrı ayrı yer vermiştir.

rin yapılması anlamını taşıyan tersine mühendislik (reverse engineering, decompilation) (89) de hak sahibinin yetkilerinin sınırlandırıldığı bir durum olarak), FSEK'nun, Şahsen Kullanma başlıklı 38/6, 7, 8. maddesinde düzenlenmiştir.

Kanun'un 38/6, 7, 8. maddesi, A.T. Direktifi'nin 6/1, 2 ve 3. maddesinin tercümesi niteliğindedir (90).

Tıpkı Direktif'te olduğu gibi Kanun, tersine mühendisliği ancak araişlerlik için gerekli bilginin elde edilmesi açısından **zorunluluk** olması halinde inhisar ettirmektedir.

Kanun, **tersine mühendisliği yapacak olan kişileri** de sınırlandırmıştır. Bunlar:

- Kendisine lisans verilen,
- Kullanma hakkına sahip olan ve
- Yukardaki kişilerin temsilcileri olarak belirlenmiştir (91).

Sözü edilen bu kişiler tersine mühendisliği ancak, araişlerlik için zorunlu biçimde ihtiyaç duyulan **bilgi, kendilerine sağlanmış ise** yapılabilecektir (92).

Tersine mühendislik sırasında kodun çoğaltılması, kaynak koda ulaşım, işlenme gibi fiiller sadece araişlerliği gerçekleştirecek program parçalarında yapılmak durumundadır (93). Bu program parçaları büyük oranda arayüzlere (94) tekabül edecektir. Bu nedenle programlar arasındaki arayüzlerde gerçekleştiriecek standartlaşma tersine mühendislik ihtiyacını büyük oranda azaltacaktır.

---

(89) Araişlerlik ve Tersine Mühendislik kavramları için bkz. Birinci Bölüm, sh. 17.

(90) A.T. Direktifi'nin 6. Maddesi ile ilgili açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, e-Tersine Mühendislik.

(91) FSEK, 38/6. maddenin 1. bendi.

(92) FSEK, 38/6. maddenin 2. bendi.

(93) FSEK, 38/6. maddenin 3. bendi.

(94) Arayüz kavramı için bkz. Birinci Bölüm, sh. 16-17.

Kanun, tersine mühendislik sonunda araişlerliği sağlayıcı bilginin kullanımı da bazı sınırlandırmalara tâbi tutmaktadır. Bu çerçevede elde edilen bilgi:

- Araişlerlik amacı dışında kullanılmamalı,
- Üçüncü kişilere verilmemeli ve
- İfade ediş şekline aslî biçimde benzer başka programların:
  + geliştirilmesi,
  + üretimi ve
  + pazarlanmasında kullanılmamalıdır (95).

FSEK, tersine mühendislik ile ilgili yukardaki hükümlerin yorumlanması sırasında uygulayıcıya ışık tutucu bir kriter de belirlemiş bulunmaktadır. Bu kritere göre, tersine mühendislik hak sahibinin yasal çıkarlarını tehlikeye sokacak veya programdan normal yararlanmayı engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır (96).

C- YAYMA HAKKININ TÜKETİLMESİ

Hakkın tüketilmesi yukarda da ifade edildiği üzere (97), bir FSH sahibinin bizzat veya rızası ile piyasaya sürdüğü FSH konusu malların sonraki dağıtımı üzerinde, FSH disiplininin kendisine tanıdığı inhisarî yetkilere dayanarak müdahale edememesini ifade etmektedir.

Bu kural esas itibarı ile FSH disiplininin ulusallığından (ulusal sınırlar içinde, o ülkenin FSH kanunlarının uygulanması anlamında) kaynaklandığı için, prensip olarak **ulusal sınırlar içinde tüketme** esasına dayalı bulunmaktadır.

---

(95) FSEK, 38/7. maddenin 1, 2 ve 3. bendleri.

(96) FSEK 38/son maddesine tekabül eden bu kriter aslında, Bern Sözleşmesi'nin 9/2. maddesinde yer alan temel ilkenin bir tekrarından ibarettir. Aynı kural A.T. Direktifi'nin 6/3. maddesinde ifade edilmiştir.

(97) Bkz. İkinci Bölüm, A.T. Direktifi, a- Dağıtım Hakkının Tüketilmesi kısmındaki açıklamalar. A.T. içindeki ayrıntılı uygulama için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikrî ve Sınaî Haklarda Hakkın Tüketilmesi Doktrini: Avrupa Birliği ve Türkiye, Mart-Nisan 1996, İKV Dergisi, sh. 33-52.

Bu durum, ulusal FSH kanunlarında malın "...**ülke içinde**..." piyasaya sürülmesinden bahsedilerek ifade edilmektedir. "Ülke içinde" tabiri bulunmayan kanunlarda dahi, FSH disiplininin ulasallığı ilkesi nedeni ile tüketim doktrini yine, "ülke içinde", şeklinde anlaşılmak durumundadır. Bu nedenle bir FSH Kanunu, açıkça uluslararası tüketim ilkesini benimsediğini belirtmedikçe, o ülkenin ulusal tüketim esasını uyguladığı anlaşılmaktadır (98).

Türkiye'nin bilgisayar programları açısından konuya yaklaşımı 1995 yılında 4110 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen 23/2. maddede yer almaktadır (99).

23.2. madde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"Belirli nüshaların, hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek **ülke sınırları içinde** ilk satışı ya da dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı (ya da kiralanması) (100) biçiminde yayımı, kiralama ve kamuya ödünç

---

(98) AT. İkinci Bölümde ifade edilen 89/104, 40/94, 89/695, 91/250 sayılı FSH düzenlemelerinde, bu ülkeselliğin Topluluk içinde malların serbest dolaşımını etkilemesini bertaraf etmek için "... Topluluk İçinde..." piyasaya sürme şeklinde bir vurgulama yapmıştır.

(99) Hakkın tüketilmesi konusu 1995 yılı değişikliğinden önce de FSEK'nun 23/3. maddesinde, son derece açık, net ve hukukî bir ifade ile yer almıştır. 23. maddenin 3. fıkrası **"Hak sahibi muayyen nüshaları, mülkiyeti devrederek ticaret mevkiine koyduktan sonra, bunların yayımı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez"** hükmü ile, ülke içinde tüketim ilkesinin benimsendiğini vurgulamakta idi (Yurtdışındaki nüshaların yurda sokulması halinde malî hakların eser sahibine ait olacağını belirten 23/2. madde, 1995 yılından önce de uluslararası tüketim ilkesinin kabul edilmediğini göstermektedir). 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla 23/3. maddede değişiklik yapılırken yukarda sözü edilen 3. fıkraya, Kanun'a o tarihte ilave edilen kiralama, ödünç ve komşu haklar gözetilerek "... koyduktan sonra **kiralama ve ödünç hakkı saklı kalmak üzere;** bunların yayımı eser **ve komşu hak** sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez" şeklinde altı çizili hususların ilavesi A.T. mevzuatına uyum açısından yeterli olacaktı. Zira yukarda da ifade edildiği üzere Türk Fikrî Hukuk sisteminde, 1995 yılı değişikliğinden önce de **hakkın (Türkiye içinde) tüketilmesi** ilkesi 23/2, 3. maddede ifade edilmişti.

(100) Parantez içindeki ibarenin, daha sonra kiralama hakkı saklı tutulduğundan, hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Bu nedenle, en kısa zamanda yapılacak bir değişik ile madde metninden çıkarılması yerinde olacaktır.

verme hakkı saklı kalmak şartıyla, eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez."

Maddede sözü edilen "ülke sınırları" ile Türkiye sınırları kastedilmektedir. Türkiye, hakkın tüketilmesi açısından "ulusal tütekim ilkesini" benimsemiş bulunmaktadır. Nitekim 23/1. maddenin 2. cümlesinde geçen "Yurt dışında çoğaltılan kopyaların yurt içine getirilmesi durumunda" da malî hakların eser sahibine ait olması (101), ulusal tüketim ilkesinin olağan sonuçlarından biridir (102).

FSEK 23/2. maddesinde, nüshalar üzerindeki yayma hakkının, bu nüshalardaki mülkiyeti devreden ilk satış veya dağıtımı ile tükendiğini vurgulamaktadır. Burada önemli olan husus yayma hakkının, nüshalardaki **mülkiyeti devreden** işlemler sonucu tükenmesidir.Bu nedenledir ki program kasetlerinin kiralanması veya kâr amacı gütmeyen kütüphanelerde ödünç verilmesi (103), yayma hakkının tüketilmesine neden olmamaktadır.

(Bu bölümde, sözü edilen ibarenin madde metninde olmadığı varsayılarak açıklamalarda bulunulmuştur.)

(101) Bkz. yukarda Türk Mevzuatı ile ilgili olarak malî haklardan c- Yayma Hakkı başlığı altındaki açıklamalar.

(102) Şayet Türkiye **uluslararası tüketim ilkesini benimsemek istiyorsa,** 23/1. maddenin 2. cümlesini Kanun'dan çıkarmak durumunda olup ayrıca, 23/2. maddede geçen "ülke sınırları içinde" tabirini de "ülke sınırları içinde veya dışında" şeklinde ifade etmek durumundadır.

Türkiye'nin genel bir uluslararası tüketim ilkesi yerine A.T. ile ilişkileri hedef alan bir Tüketim ilkesi uygulamak istemesi halinde ise 23/2. madde "ülke içinde veya gümrük birliği alanında" şeklinde ifade edilmek durumundadır. Ancak bu durumda 1/95 sayılı OKK'nın Ek 8 inde yer alan 9/2. maddede (A.T.nun çifte standart uygulayarak) böyle bir tüketim ilkesini gümrük birliği alanında uygulamak istemediği de unutulmamalıdır. Eleştiri için bkz. ARIKAN, A. Saadet: FSH ve Hakkın Tüketilmesi, AB ve Türkiye, İKV Dergisi, Mart-Nisan 1996, sh. 33-52.

(103) Ödünç verme yetkisi 23/1. maddede, kiralama gibi açıkça sayılmamış olmasına rağmen, 23/2. maddede saklı haller arasında sayılmıştır. Bu husus kanun değişikliği sırasında gözetilmeli ayrıca bilgisayar programlarının çoğaltma kolaylığı nedeni ile, programları kütüphanelerin ödünç verme konusuna hassasiyetle yaklaşılmalıdır. Ayrıca hem kiralama hem de ödünç yetkilerinin uygulama şekli açısından, Kanun'da, düzenleyici hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır.

AT.nun 91/250 sayılı Direktifi'nin 4/c maddesinde, FSEK 23/2. maddede olduğu gibi "...veya dağıtım" denmemiş sadece **ilk satıştan** bahsedilmiştir (104). Bu durumda hak sahibinin bağışladığı program disketleri üzerindeki "yayma hakkı", FSEK 23/2 çerçevesinde "...mülkiyet devreden bir...dağıtım..." olduğu için tükenmiş sayılacak ve program üzerindeki hak sahibi, bu disketlerin, bağışlanan tarafından satılması halinde, **yeni malike karşı,** yayma yetkisinin inhisarîliğine dayanarak hak iddia etmeyecektir (Kuşkusuz kendisine disket bağışlananın, bağış sözleşmesinde, program sahibine karşı olan sorumluluğu bu halin dışındadır). **Program üzerindeki hak sahibi,** yayma hakkı tükendiği için, program disketinin (veya programın üzerinde fiziken yer aldığı diğer materyalin) sonraki satış ve dağıtımına müdahale edemese bile, aynı disket ile ilgili izinsiz çoğaltmalara ve tükenen yayma hakkı dışındaki diğer malî yetkilerinin ihlaline karşı, inhisarî yetkilerini her zaman ileri sürebilecektir.

Türkiye sınırları içinde yayma hakkının (105) tüketilip tüketilmediğine bakılırken, programların ülkemizdeki yayma (dağıtım) şekli de önem arzetmektedir.

Kullanıcıya, programı diğer basılı belgeler ve donanım ile birlikte aldığı paket içinde (genellikle **"Son Kullanıcı Lisans Sözleşmesi"** başlığı altında), program için kullanım lisansı verildiği belirtilmekte ve programın kullanım şartları sıralanmaktadır. Kullanıcı, bu belgeye çoğunlukla paketi açtıktan sonra ulaşmakta ve sözleşmenin önceden belirlenmiş şartlarını ya kabul ederek kullanıma başlamakta veya sözleşmede belirtildiği gibi programı iade ederek ödediği bedeli istemek durumunda olmaktadır (106).

---

(104) Bu nedenledir ki A.T.'nda ve ABD.'nde yayma hakkının tüketilmesi ilkesi **ilk satış** (=first sale) olarak anılmaktadır. ABD açısından bkz. MILLER-DAVIS: a.g.e., sh. 323-325.

(105) FSEK 23/1. maddede belirtilen bu hakkın kapsamı açısından bkz. yukarda, FSEK'ndaki malî haklarla ilgili c- Yayma Hakkı başlıklı kısımdaki açıklamalar.

(106) Tarafların huzurunda imzalanmayıp, bir tarafın önceden belirlediği şartların paketler içinde yazılması ile karşı tarafa ulaştırılan ve karşı tarafa tartışma olanağı vermeyen bu tür lisansa "shrink wrap" adı verilmekte olup, değişik hukuk sistemlerinde bunun niteliği ile ilgili tartışmalar halen devam etmektedir.

FSEK, lisans konusunu 56. maddede "Ruhsat" başlığı altında düzenlemiş ve basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına (107) tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına (108) uygulanan hükümlere atıfta bulunmuştur. Mali hakların kullanılma şekli olan ruhsat (lisans) konusunun, bilgisayar programları ile ilgili yukardaki lisans sözleşmelerinin niteliği de dikkate alınarak, tüm fikrî hakları kapsayacak biçimde Kanun'da yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır (109). Böyle bir düzenleme (diğer fikri hak konusu eserlerin yanısıra), programların Türkiye'deki dağıtım şekline ve dağıtanların yetkilerine de bir açıklık getirecektir.

8- İHLAL HALLERİ VE YAPTIRIMLAR

FSEK, program sahibinin haklarının ihlali halinde hak sahibine hukuk ve ceza davası açma yetkisi tanımaktadır.

A- HUKUK DAVALARI

Kanun manevî ve malî hakların ihlali halinde hak sahibinin:

- Tecavüzün ref'i (mevcut bir tecavüzün kaldırılması için) (110),
- Tecavüzün men'i (vukuu muhtemel bir tecavüzün önlenmesi için) (111),
- Tazminat davası (112) açabileceğini öngörmektedir.

Tecavüzün ref'i ve men'i davalarının en önemli özelliği, bu davaların açılabilmesi için kusurun aranmamasıdır.

B- CEZA DAVALARI

Kanun, manevî ve malî yetkilere **kasten** yapılan tecavüzü ayrı ayrı sayarken; malî yetkilere tecavüzü iki gruba ayırarak, hürri-

---

(107) Bkz. Borçlar Kanunu madde 270-298.

(108) Bkz. Medenî Kanun, madde 717-752.

(109) Nitekim lisans konsu sınaî haklar açısından patent, marka ve endüstriyel tasarımlarla ilgili 551, 556 ve 554 sayılı KHK'lerin sırası ile 94; 95; 60; 41, 42. maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir.

(110) FSEK, madde 66, 67 ve 68.

(111) FSEK, madde 69.

(112) FSEK, madde 70.

eti bağlayıcı cezanın üst sınırı açısından farklı yaptırımlara bağlamıştır. Bilgisayar programlarını koruyucu araçların bertaraf edilmeside bu gruplar arasında yer almaktadır.

a- Manevî Yetkilerin İhlali ve Yaptırımlar

Kanun, eser sahibinin izni olmadan programın umuma arzını, isim hakkı ile ilgili kurallara uyulmamasını 3 aydan 1 yıla kadar hapis ve 300 milyon liradan 600 milyonliraya kadar ağır para cezası yaptırımına bağlamıştır (113).

b- Malî Yetkilerin İhlali ve Yaptırımlar

aa- Birinci Derecede İhlal Halleri

Bu grupta yer alan suçlar, hak sahibinin malî yetkilerinin doğrudan ihlali hallerinde oluşmaktadır. Bu çerçevede **hak sahibinin izni olmadan:**

- programı işleyen (114), çoğaltan,
- kendisinin çoğalttığı, işlediği nüshaları satan veya satışa çıkaran ya da tedavüle arz eden,
- programı umuma arz eden, elektronik olarak yayan,
- programı veya işlenmelerini kiralayan,
- korsan program nüshalarını ithal eden kişiler 3 aydan yıla kadar hapis ve 300 milyon liradan 600 milyon liraya kadar ağır para cezasına çarptırılabilecektir (115).

bb- İkinci Derecede İhlal Halleri ve Yaptırımlar

Kanun "Diğer Suçlar" başlığı altında aşağıdaki hususları düzenlemiş ve bu haller için hapis cezasının üst sınırını artırarak 3 aydan 3 yıla kadar hapis ve 300 milyon liradan 600 milyon liraya kadar ağır para cezası öngörmüştür:

- Kanuna aykırı olarak **çoğaltıldığını** ya da **satışa çıkarıldığını** bildiği veya bilmesi gerektiği program nüshalarını

---

(113) FSEK, madde 71.

(114) Tercüme, adaptasyon, değiştirme bu gruba dahildir.

(115) FSEK, madde 72.

satışa çıkarmak, umuma arzetmek veya elektronik olarak yaymak (116);
- Üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği malî haklar üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunmak (117);
- Kanuna aykırı olarak çoğaltılan program nüshalarını, bu durumu bilen veya bilmesi gereken kişinin **ticarî amaçla** elinde bulundurması (118);
- Kendisine sözleşme veya kanunla izin verilenden (Kanun'un 38/4. maddesinde tanınan **bir adet** yedek kopyadan fazla kopya çıkarılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.) fazla nüsha çoğaltan ve çoğalttıran (119) Kanunun 73. maddesinde sayılan ihlalleri oluşturmaktadır.

FSEK'nun 74. maddesi, manevî ve malî hakların ihlali ile ilgili ceza davalarının hizmetlerini ifa ettikleri bir işletmenin temsilcisi veya çalışanları tarafından işlenmesi halinde, suça engel olmayan işletme sahibi veya müdürü aleyhine ya da işletmeyi fiilen idare eden kişi aleyhine de açılabileceğini düzenlemektedir. Bu arada bu suçlar bir tüzel kişinin işlerinin çevrilmesi sırasında işlenmişse, tüzel kişi de masraf ve para cezasından müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

c- Bilgisayar Programını Koruyucu Teknik Aygıtların Bertaraf Edilmesi

FSEK 73/6. Madde:

Tek amacı, **bilgisayar programını korumak** olan bir **teknik aygıtı** bertaraf edici **teknik aracı,** ticarî amaçla elinde bulunduran veya dağıtanın 3 aydan 3 yıla kadar hapis ve 300-600 milyon TL. arasında ağır para cezasına çarptırılmasını öngörmektedir.

---

(115) FSEK, madde 72.
(116) FSEK, madde 73/1, 2. bendler.
(117) FSEK, madde 73/3.
(118) FSEK, madde 73/5.
(119) FSEK, madde 73/4.

Tek amacı, bilgisayar programını koruyucu teknik aygıtı bertaraf etmek olan bir **bilgi** söz konusu olursa ne olacaktır sorusu Kanun'da cevapsız kalmıştır. Oysa uyum sorumluluğu olan 91/250 sayılı A.T. Direktifi'nin 7/1(c) maddesinde "...bertaraf edici **hertürlü araç = any means**" tâbiri kullanılarak bilgi de bu tâbir içine dahil edilmiştir. FSEK. 73/6. maddede, A.T. Direktifi'nden farklı olan bir diğer konu da **Direktif**'in, koruyucu teknik aygıtları bertaraf edici "hertürlü aracın" dolaşıma çıkarılması (putting into circulation) ve ticarî amaçla elde bulundurulmasını suç sayması halidir (120). Görüldüğü üzere, dolaşıma çıkarma konusunda ticarî amaç olmasa da suç oluşmakta ancak elde bulundurma halinde ticarî amaç aranmaktadır. Oysa **FSEK,** ticarî amaçla elde bulundurma haline, Direktiften farklı olarak dağıtımı da ilave etmiştir (121).

Yukardaki iki farklılığın düzeltilmesinde, 1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararının Ek 8'inin 4. maddesi hükmü gereğince yarar bulunmaktadır.

d– Zapt, Müsadere ve İmha

FSEK 79. maddesinde, ceza davalarında korsan program nüshalarının ve korsan nüsha çoğaltmasına neden olan vasıtaların zabt, müsadere ve imha işlemine konu olacağı mesajını vermektedir.

---

(120) Bu konuda bkz. yukarda İkinci Bölüm, A.T. Direktifleri, H– İhlâl Halleri kısmındaki açıklamalar.

(121) FSEK'nun 73/6. maddesinde sözü edilen "koruyucu teknik aygıtın" amacı bilgisayar programını korumaktır. Bu nedenle Kanun'un 80. maddesinde bir Komşu Hak olarak düzenlenen **radyo-TV kuruluşlarının yayınları üzerindeki fikrî hakkı** korumak üzere hazırlanan teknik aygıtları = decoderin bertarafı (FSEK 81. maddenin ihlali olmakla birlikte) FSEK'nda özel olarak düzenlenmemiştir. İngiltere 1988 yılında değiştirdiği Kanunu'nun 296. maddesinde bilgisayar programlarını koruyucu teknik aygıtların bertarafı konusunu düzenlediği gibi; 298. maddesinde kriptolu radyo-TV yayınlarının haksız biçimde (koruyucu aygıtları bertaraf ederek) izlenmesini sağlayıcı apart ve araçları imal eden, ithal eden, satan veya kiralayan kişilerin fikrî hakları ihlal eden kişi muamelesine tâbi tutulacağını belirtmiştir. Bkz. yukarda İkinci Bölüm, AB ülkelerinden İngiltere hakkındaki açıklamalar, sh. 40.

Sadece ceza değil hukuk davalarında da yukarda sözü edilen türden program ve vasıtaların eser sahibinin isteği üzerine imha edilebileceği, FSEK 68/2. maddesinde vurgulanmaktadır.

C- UYGULANACAK USUL

FSEK 75. maddesinde, ceza davalarının açılabilmesini program üzerindeki hak sahibinin şikayetine tâbi tutmuştur. Ceza davalarında dikkat edilmesi gereken bir diğer konu da CMUK'un 344. maddesinin 1. fıkrasının 8. bendi çerçevesinde, bir fikrî hak olan programlar ile ilgili olarak açılacak davanın, **şahsi dava** sayılmasıdır (122).

FSEK, program ihlalleri ile ilgili davalarda asliye mahkemelerini görevlendirmiştir (FSEK'nda, sınaî hak mevzuatında olduğu gibi ihtisas mahkemeleri önerisini getiren bir değişiklik tasarısı, Kültür Bakanlığı'nca hazırlanmış bulunmaktadır).

FSEK, fikrî hak ihlalleri ile ilgili suçlarda 3005 sayılı Kanun'un uygulanacağını 81/5. maddesinde belirtirken; 75/2. maddesinde yine bu suçlar ile ilgili işlerin CMUK 423. maddesi çerçevesinde acele işlerden sayıldığını vurgulamaktadır.

Ref ve men şeklindeki hukuk davalarında, HUMK'nun yetki kurallarına ilaveten eser sahibinin ikamet ettiği yerde de dava açılabileceğine 66/6. maddede işaret edilmektedir.

Kanun'un sistematiği içinde düzenleme yeri pek uygun olmamakla birlikte 81. maddede eser sahibine korsan bilgisayar programlarını toplatma ve mühürletebilme açısından bir imkan sağlanmıştır. Maddeye göre, **hak sahibi:**

---

(122) Oysa CMUK 344/1(8). madde, artık sınaî haklar (patent, marka, tasarım v.s.) ile ilgili şikayetlerde uygulanmamaktadır. Bkz. 551, 554, 555 ve 556 sayılı KHK'lerde değişiklik yapan 4128 sayılı Kanun'un sırası ile 1, 3, 4 ve 5. maddeleri, 7 Kasım 1995 gün ve 22456 sayılı R.G. Aynı yaklaşımın fikrî haklar için de benimsenmesi, fikrî ve sınaî hak disiplinleri arasında denge sağlayacaktır. Aynı dengenin hapis ve para cezaları bakımından da kurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Yaptırımlarda gerçekleştirilmesi gereken bu denge GATT–1994 TRIPs Anlaşması'nın 61. maddesinde de özellikle vurgulanmıştır. Bkz. ARIKAN, A. Saadet–YALÇINER, U.: TRIPs Anlaşması, Türkiye Teknoloji Vakfı Yayınları, Ankara 1996, Sh. 73.

- tecavüz fiilinin işlenmesinden itibaren bir yıl içinde olmak kaydı ile (123)
- fiil ve faili öğrenmeden itibaren 6 ay içinde Cumhuriyet Başsavcısına başvurarak (124):
  + korsan program nüshalarının toplatılmasını,
  + bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini isteyebilir.

Böyle bir durumda **C. Başsavcılığı,** sözü edilen konularda karar vermesini yetkili hâkimden talep etmektedir (125). Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise C. Başsavcısı, 3 gün içinde yetkili yargıcın onayına sunulmak kaydı ile, toplatma ve mühürleme kararını bizzat alabilmektedir (126).

9- GÜMRÜKLERDE GEÇİCİ OLARAK DURDURMA

FSEK kapsamına giren ve TRIPs Anlaşması'nın 51. maddesinde (129) **korsan mal** olarak ifade edilen mallar, hem **eser üzerindeki hakları** hem de **komşu hakları,** izinsiz çoğaltma nedeni ile ihlal ettiği kabul edilen mallar olarak tanımlanmıştır. Bilgisayar programları **"eser"** sayıldığından izinsiz çoğaltılmış bir nüsha, korsan program nüshası addedilecektir.

Türkiye'nin taraf olduğu TRIPs Anlaşması (128) ile; 1/95 sayılı Gümrük Birliği kararı'nın atıfta bulunduğu A.T.'nun 3295/94 ve 1367/95 sayılı Tüzükleri, korsan malların ticaret kanallarına girmeden önlenmeleri için, **Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurma** konusunu ayrıntılı biçimde düzenlemiştir.

Hem TRIPs Anlaşması'na hem de A.T. mevzuatına uyum yükümlülüğü çerçevesinde konu 1.1.1996 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan:

---

(123) FSEK, madde 75/2.

(124) FSEK, madde 81/2.

(125) FSEK, madde 81/3.

(126) FSEK, madde 81/4.

(127) Bkz. 51. maddede yer alan 14 sayılı dipnot.

(128) Anlaşma'nın 51 ilâ 60. maddeleri. Açıklamalar için bkz. ARIKAN, A. Saadet–YALÇINER, U.: TRIPs Anlaşması, T. Teknoloji Vakfı Yayınları Ankara 1996, sh. 33-37.

- 1615 sayılı Gümrük Kanununda Değişiklik Yapan 564 sayılı KHK ile (129)
- Gümrük Yönetmeliğinde (130) düzenlenmiş bulunmaktadır (131).

564 sayılı KHK, gümrükte durdurma işleminde program üzerindeki hak sahibinin yazılı talebini aramaktadır (132).

Kararname'de korsan programların ithalat, ihracat veya transit hallerden hangisinde durdurulacağı konusunda açık bir ibare bulunmamaktadır (133). Bu eksikliğin değişiklikle giderilmesi gerekmektedir.

Gümrükte durdurma konusunda tüm kararları alma yetkisi Gümrük Müsteşarlığına değil, Gümrük İdaresine verilmiştir.

Kararname, İdarenin durdurma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren 10 gün içinde (134) esas hakkında dava açılmaması veya mahkemeden tedbir kararı getirilmemesi halinde, mallar hakkında olağan gümrük rejiminin uygulanacğını öngörmektedir.

564 sayılı KHK'nin düzenlediği bu konu, daha sonra Gümrük Yönetmeliği'nde değişiklik yapılarak uygulama açısından ayrıntılı biçimde ele alınmıştır (Yönetmelikte, A.T'nun 3295/94 sayılı Tüzüğün esas alınmaya çalışıldığı görülmektedir). Ancak Yönetme-

---

(129) Bkz. 26.7.1995 gün ve 22355 sayılı R.G., madde 4.

(130) Bkz. 29.12.1995 gün ve 22508 sayılı R.G., madde 36, 36a, b, c, 37 ve 37a.

(131) Konunun ayrıntılarının Gümrük Mevzuatında düzenlenmesi yerinde olmakla birlikte, hak sahibinin böyle bir imkândan yararlanabileceği mesajını vermek bakımından FSEK'nunda da konuya yer verilmesi yerinde olurdu. Nitekim, sınaî haklar ile ilgili Tasarım KHK'sinin 66; Marka KHK. sinin 79 ve Coğrafî İşaret KHK.sinin 37. maddeleri bu şekilde düzenlenmiş; ayrıntılı hükümler açısından Gümrük Mevzuatına atıf yapılmıştır.

(132) TRIPs Anlaşması'nda 58. maddede üye devletlerin takdirine bırakılan re'sen durdurma esası, KHK'de benimsenmemiştir.

(133) Sınaî Hak mevzuatı bunu ithalat ve ihracat olarak belirtmiştir.

(134) Bu sürenin TRIPs Anlaşması 55. maddesi gereğince 10 **işgünü** şeklinde düzeltilmesi gerekmektedir. A.T.'nun 3295/94 sayılı Tüzüğü'de 7/1. maddesinde, aynı tâbiri (10 işgünü) kullanmıştır.

lik'te tanımlar yapılırken, korsan mal tâbiri yerine kopya eşya tâbirine yer verilmiş ve bu tâbirin tanımı yapılırken, maalesef bilgisayar programlarının da içinde bulunduğu **eser**lere (ve komşu haklara) konu mallar sayılmamıştır.

Yönetmelik diğer maddelerinde de, hukuk tekniğine aykırı biçimde, 564 sayılı KHK de yer almayan konuları ilk kez Yönetmelikte düzenlemiştir (135).

Halen TBMM'nde görüşülmekte olan **yeni** Gümrük Kanunu Tasarısı'nın 21. maddesinde konunun yeniden düzenlenmeye çalışıldığı (136) görülmektedir. Yeni tasarıda getirilen en önemli değişiklik, Gümrük İdaresinin re'sen durdurma halinin de kabul edilmiş olmasıdır.

SONUÇ

Bilgisayarın işlevlerini yerine getirmesini sağlayıcı komutlardan oluşan bilgisayar programları dünyada ve ülkemizde, artık bir fikir eseri olarak, Fikrî Hukuk çerçevesinde korunmaktadır.

Türkiye 1995 yılında FSEK'nda yaptığı değişiklik ile **programların korunmasını,** bu konudaki uluslararası sözleşmelere ve AT'nun 91/250 sayılı Direktifi'ne büyük oranda uyumlu bir biçimde düzenlemiş bulunmaktadır.

Gümrük Birliği'nin sağlıklı işlemesi çerçevesinde FSEK'nda A.T. Direktifi'ne uyumu sağlamak üzere:

- FSEK'nun 19/2. maddesinde 50 yıl olarak belirtilen, sürenin 70 yıla çıkarılması,

---

(135) Bu konudaki ayrıntılı eleştiriler ve bilgi için bkz. ARIKAN, A. Saadet: FSH Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması, Marmara Üniversitesi A.T. Enstitüsü Yayımları, İstanbul, Kasım 1996.

(136) Adalet Bakanlığı A.T. Dairesi, TBMM'ndeki tasarının 21. maddesinde, TRIPs ve A.T. Mevzuatı ile iç hukuk kuralları açısından uyulması gereken hususlar ile ilgili görüşünü, 27.6.1996 tarihinde Gümrük Müsteşarlığı'na göndermiş bulunmaktadır.

- FSEK'nun 28. maddesi değiştirilerek (diğer tercümelerin yanısıra), tercüme edilecek programlarda da, yaşam süresine ilaveten 70 yıllık sürenin gözetilmesinin sağlanması,
- Kanun'un 73/6. maddesinde geçen "... teknik aracı ..." ibaresinin kaldırılarak yerine **"bilgi ve araçları"** tâbirinin konulması,
- Kanun'un 73/6. maddesinde yukardaki şekilde ifade edilecek olan "bilgi ve araçlar"ın **dağıtımının,** Direktif'te olduğu gibi **ticarî amaç olmasada** suç sayılması yönünde değiştirilmesi hususlarının da dikkate alınması yerinde olacaktır.

Gümrük Birliği'nin sağlıklı işleyişi açısından üzerinde durulması gereken bir diğer konu yayma (dağıtım) hakkının tüketilmesi konusudur. Burada düzeltilmesi gereken husus FSEK'nda olmaktan ziyade, 1/95 sayılı OKK'nın 8 sayılı Ek'inin 9/2. maddesinde yer almaktadır. **A.T.,** gümrük birliği gibi yoğun entegrasyonu gerektiren bir ilişkide, bir yandan malların serbest dolaşmasını savunurken diğer yandan hakkın tüketilmesinin gümrük birliği alanında uygulanmayacağını savunan yaklaşımından vazgeçmek durumundadır.

Bu konuda Türkiye'nin benimseyebileceği en sağlıklı yaklaşım, GATT-1994 Anlaşması'nın da ışığı altında tüm ticaret engellerinin kaldırılmaya çalışıldığı bir dünyada bir an evvel, **uluslararası tüketim ilkesini** benimseyerek mevzuatında bu yönde değişiklik yapmaktır.

FSEK'nda yapılacak değişiklikler sırasında:

- Sınaî hak mevzuatında olduğu gibi CMUK'nun 344/1 (8). bendinin fikrî haklara uygulanmaktan çıkarılması,
- Fikrî hak davalarının da ihtisas mahkemelerinde görülmesinin öngörülmesi,
- FSEK'ndaki yaptırımlar ile sınaî hak mevzuatı arasındaki yaptırımlar arasında TRIPs Anlaşması'nın 61. maddesinin aradığı dengenin kurulması,
- Lisans konusunda Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'un hasılat kirası ve intifa hakkı gibi hükümlerine atıf yapılmaktan vazgeçilerek, yeni bir düzenleme yapılması,

- Korsan malların, ithalat ve ihracatı sırasında gümrüklerde geçici olarak durdurabileceği konusunun, FSEK'nda bir imkân olarak ifade edilmesi yerinde olacaktır.

TBMM'nde görüşülmekte olan Gümrük Kanunu tasarısında, halen yürürlükte bulunan 564 sayılı KHK ile uygulama Yönetmeliği'ne yöneltilen eleştiriler çerçevesinde (A.T.'nun 3295/94 ve 1367/95 sayılı Tüzükleri ile TRIPs Anlaşması'nın 51 ilâ 60. maddeleri doğrultusundaki) düzeltmeler mutlaka dikkate alınmalıdır.

Uygulama sırasında karşılaşılacak sorunlarda Türkiye'nin dahil olduğu kıta Avrupası Hukuk sisteminin deneyimlerinden olduğu kadar, bilgisayarın ve programların geliştiği diğer ülkelerin deneyimlerinden yararlanılmaması için hiç bir neden bulunmamaktadır. Özellikle programlar arasında benzerlik araştırmaları açısından, ABD ve Kanada'da benimsenen Soyutlama-Ayıklama-Karşılaştırma = SAK testinin bilirkişi incelemeleri yapılırken dikkate alınması; mahkemelerin bilirkişiye bu konuyu havale ederken çerçeveyi testte belirtilen biçimde çizmesi, hem bilirkişinin işini kolaylaştırmış olacak hem de yargıcın **sadece** işin teknik yönünü (kendisinin daha sonra yapacağı hukukî değerlendirmeyi kolaylaştıracak biçimde havale etmesini sağlayacaktır.

FSEK'nunda bilgisayar programları açısından yapılan değişikliklerin tamamen A.T.'nun 91/250 sayılı Direktifi'nden alınması nedeni ile yorum sırasında, sözü edilen Direktifin gerekçesinden yararlanılması ve hatta AB Adalet Divanı'nın ilerde bu konuda vereceği kararların izlenmesi, hem Gümrük Birliği'nin işleyişini kolaylaştıracak, hem de Türk Medeni Kanunu'nun 1/2. maddesi çerçevesinde yargıca hükümlerinde yardımcı olacaktır.

Eğitimden üretime ve haberleşmeye olmak üzere, insan yaşamını büyük ölçüde kolaylaştıran ve verimi arttıran **bilgisayar programlarının ülkemizde etkin bir biçimde korunması** hem fikrî emeğe saygının bir göstergesidir, hem de korumanın teşvik edici yönü nedeni ile, yaşamı daha da kolaylaştırıcı programların yaratılması konusunda programcılara cesaret verecektir.