

YAZILIMLAR ÜZERİNDEKİ HAKLARIN FSEK ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ	1
1. Giriş	1
2. Eser Kavramı	3
2.1. Tanım	3
2.2. İşlenme eserler	4
3. Eser Sahibi.....	5
3.1. Tanım	5
3.2. Yazılımcı ve şirket arasındaki ilişki açısından hak sahipliği	6
3.2.1. Yazılımcının şirketin işçisi olması durumunda hak sahipliği.....	6
3.2.2. Bağımsız yazılımcının şirket adına yazılım geliştirdiği durumlarda hak sahipliği	7
3.3. Müşteri ile eser sahibi arasındaki ilişki açısından hak sahipliği.....	7
3.3.1. Paket yazılımlarda hak sahipliği	7
3.3.2. Müşteri için geliştirilen yazılımlarda hak sahipliği	8
3.3.2.1. Eserin müşterinin denetim ve gözetimi altında geliştirdiği durumlarda hak sahipliği	9
3.3.2.2. Yazılımcının eseri müşterinin talepleri doğrultusunda ancak müşteriden bağımsız olarak geliştirdiği durumlarda hak sahipliği	9
4. Eser Üzerindeki Haklar	9
4.1. Manevi haklar	10
4.1.1. Umuma Arz Yetkisi	11
4.1.2. Adın Belirtilmesi yetkisi	12
4.1.3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetmek	12
4.2. Mali haklar	13
4.2.1. İşleme Hakkı.....	13
4.2.2. Çoğaltma Hakkı	14
4.2.3. Yayma Hakkı	15
4.2.4. Temsil Hakkı	15
4.2.5. İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı.....	15
5. SONUÇ	17
Kaynaklar	18

YAZILIMLAR ÜZERİNDEKİ HAKLARIN FSEK ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

1. Giriş

Yazılımlar üzerindeki hakların hukuken korunması bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin yatırımlarının garanti altına alınmasını sağlar. Bu garanti sektörün ve dolayısıyla ülke ekonomisinin gelişmesi için bir zorunluluktur. Türk hukuk sisteminde Bilgisayar yazılımları; Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türk Ceza Kanunu; Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'un ilgili maddelerince korunmaktadırlar. Ancak hukuk sistemimizin genel prensipleri uyarınca bir konu özel kanunla düzenlenmişse öncelikle bu kanun uygulanacak ve bu kanunun uygulanmadığı durumlarda genel kanunlara başvurulacaktır. Bilgisayar yazılımları Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu(FSEK) ile eser olarak kabul edilmiş olup bu kanun kapsamında korunduklarından bu yazılımlar ile ilgili hukuki sorunların çözümünde öncelikle özel Kanun olan FSEK'na başvurulacak, sorun bu kanunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde çözümlenemezse diğer kanunlardaki ilgili maddelere başvurulacaktır. Bu nedenle çalışmamızda bilgisayar yazılımları üzerindeki hakları FSEK çerçevesinde inceleyeceğiz.

Konuyu incelerken önce kanundaki eser tanımı ışığında hangi yazılımların kanun kapsamında eser sayılıp sayılmayacağını, daha sonra da bu eserler üzerindeki hakları inceleyeceğiz. Bu hakların ihlalinin sonuçları ve bu hakları korumak için alınabilecek hukuki tedbirler bir, hatta birkaç farklı çalışmanın konusu olabilecek kadar geniş kapsamlı konular olduklarından bu çalışmada incelenmeyeceklerdir.

Doktrinde konu incelenirken farklı yazarlarca yazılım, bilgisayar programı ve program terimleri kullanılmaktadır. FSEK'da gerek tanımlar kısmında, gerekse kanun metninde "bilgisayar programı" ibaresi kullanılmaktadır. Biz yazılım kavramı program kavramından daha geniş olduğu için kanunun ifadesinden ayrılarak eser için yazılım ifadesini, buna paralel olarak eseri meydana getiren kişi için de yazılımcı ifadesini kullanacağız.

FSEK "Tanımlar" başlığı altında kanunda geçen ve yazılıma ilişkin bilgisayar programı, arayüz ve araışlerlik terimlerini aşağıdaki gibi tanımlamıştır.

.... "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;

h) Arayüz : Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini;

ı) Araışlerlik : Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini;"

... ifade eder." biçiminde tanımlamıştır.

Yazılımlar gayri maddi mallardır. Diskete, CD'ye veya benzeri bir ortama kaydedilerek ürün haline getirilmiş bir yazılım üzerinde iki çeşit mülkiyetten bahsedilebilir. Birincisi yazılımın üzerine kaydedilmiş olduğu taşıyıcı ortamın (maddi mal) mülkiyeti, diğeri de yazılımın (gayri maddi mal) mülkiyetidir. Ürün satın alındığında, alıcı yazılımın kaydedilmiş olduğu ortamın mülkiyetini, yazılımın ise eser sahibince koyulmuş olan kurullarla kısıtlanmış olan kullanım hakkını devralır. Maddi mal üzerindeki mülkiyet hakkı alıcıya malı kullanma, ürünlerinden

faidalanma ve imha etme hakları verir. Bu hakların bir diğere kişiye devri ise malın teslimi ile olacağından bu konu çok karmaşık değildir. Malın aynı anda tek bir maliki olabileceği gibi aynı anda tek bir kişi elinde bulundurabileceğinden mülkiyet ve zilliyedlik* ile ilgili çok fazla sorun yaşanmaz.

Ancak gayri maddi bir mal olan yazılım üzerindeki hakları ve hak sahibini tespit etmek ve bu hakları korumak çeşitli nedenlerle maddi mallarda olduğu kadar kolay değildir. Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte çoğaltma yöntemleri sürekli geliştiğinden yazılımın korunması çok güçleşmiştir.

Bilgisayar yazılımları her ne kadar birer fikri ürün olsalar da FSEK uyarınca koruma kapsamına alınmış olan diğere eserlerin pek çoğundan farklı özellikler taşımaktadırlar. Öncelikle diğere eserlerin tersine bilgisayar programlarının meydana getirilmesindeki temel amaç artistik yaratım değil ticari kârdır ve uygulamada yazılımı kimin geliştirdiği kullanıcı tarafından genellikle bilinmemekte, yazılımın sečilmesinde yazılımcıdan çok yazılım piyasaya süren şirket önem kazanmaktadır. Bu nedenle de eser sahibinin özellikle manevi hakları diğere eserlerde olduğu kadar önemsenmemektedir. Ayrıca yazılım ürünlerinin genellikle birden fazla kiři tarafından ortak çalışmalar sonucu meydana getirilmesi ve bu kişilerin de genellikle bir yazılım şirketi adına çalışmakta olmaları yazılımlar üzerindeki fikri hakların sahibinin tespitini zorlaştırmaktadır.

Bilgisayar yazılımlarının ülkemizde 1980'li yılların ortalarından itibaren ticari mal olarak alınıp satılmasına rağmen yazılımların FSEK'nca eser olarak tanınması 5.12.1951 Tarihi ve 5846 Sayılı FSEK'da 07/06/1995 tarihinde yapılan değişiklerle gerçekleşmiştir. Bilgisayar yazılımları bu kanun kapsamında eser olarak tanımlanmıştır. Kanun değişikliği görüşmelerinde değişikliğin gerekliliği milletvekillerince "1983'ten 1992'ye kadar Türkiye'de her sahada yaşanan hızlı gelişme, fikir ve sanat alanında da görülmüştür. Bu dönem zarfında, özellikle, yazılım endüstrisinin ve teknolojinin çok hızlı gelişmesi, ayrıca bu sahada bilgisayar teknolojisinin ortaya çıkması ve güzel sanatlar alanındaki yeni oluşumlar, kanunda yeni düzenlemeleri gündeme getirmiştir" ve "... Türkiye'de, bu gelişme döneminde, yazılım endüstrisi ürünleri olan bilgisayar programları çok önem kazanmıştır. Bu programlar, önemli insan gücü, teknik ve malî kaynakların yatırımını gerektirmektedir. Bu kadar zor elde edilmiş bir eserin haksız kopyalanması çok kolay ve ucuz olacağından; bu piyasa, çok çelişkiyi ve haksız kazançları da teşvik etmiştir. Bu durumda, bu fikri hakların korunması, fikir ve sanatı koruma ve teşvik etme açısından kaçınılmazdır[web 1]" biçiminde ifade edilmistir.

Dünyadaki örnekler incelendiğinde kimi ülkelerin, yazılımları patent ve faydalı model koruması altına aldığı görülmektedir. Örneğin Amerika ve Japonya'da yazılımlar fikir eserlerinden çok teknik yaratımlar olarak kabul edildiklerinden, patent altına alınarak korunmaktadırlar. Ancak Avrupa Patent Konvansiyonunda ve Avrupa Patent Organizasyonu üyesi pekçok ülkenin yasal düzenlemelerinde yazılımlar patent koruması altına alınmamaktadırlar. Bu yaklaşım son yıllarda günümüzde kullanılan uygulamaların çoğunun sadece bilgisayar programı olmamaları, aynı zamanda işin yapılış biçimini belirleyen teknik yenilikler getirmeleri nedeniyle değişmekte ve birçok uzun ve detaylı tartışmanın ardından yazılımları patent koruması altına alma eğilimi gelişmektedir[Web 2]. Hukuk sistemimizde bilgisayar yazılımları FSEK hükümleri ile koruma altına alınmış bu yasa çerçevesinde eser olarak tanımlanmışlardır. Bu nedenle yazılımların Türk hukuk sisteminde patent veya faydalı model olarak tescili mümkün değildir.

* bir şeyin fiili olarak elde bulundurulması, elmenlik.

2. Eser Kavramı

2.1. Tanım

FSEK'e göre "Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları" ilim ve edebiyat eserleri olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere tüm programlar, işletim sistemleri, arayüzler, modüller, kodlar, eser kapsamına girmekte ve korumadan faydalanmaktadır. Burada tasarımlar konusunda dikkat edilmesi gereken husus, tasarımın eser olarak nitelenebilmesi için bir sonraki aşamada program sonucu doğurabilecek aşamada olmalarıdır. Henüz tamamlanmamış algoritmalar, akış şemaları vb. bu nedenle FSEK'nun koruma kapsamına girmemektedirler. FSEK 3/3 bu konuda "Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar" açık ifadesini kullanmıştır. Ancak bu tasarımların izinsiz kullanımı veya çoğaltımı gerekli şartlar mevcutsa, rekabet hukuku veya ticaret hukuku kapsamında engellenebilir.

Bir yazılımın eser sayılabilmesi için kendine ait bir özellik taşıması, bir çalışma sonucu üretilmiş olması gerekmektedir. Herhangi bir kimsenin en ufak bir çaba ile yazabileceği yazılar, resmi tebliğ ve genelgeler ile gazete haberlerinin fikir ürünleri oldukları şüphesiz olmakla beraber, bunlar eser olarak kabul edilemezler [ÖZTRAK,1971; s. 7]. Bu nedenle yazılımların içerdiği çok kısa modüller veya kodlar FSEK kapsamında eser olarak korunmazlar.

Programların görsel tasarımları da eser kavramına dahil edilmelidir. Ancak bunun için tasarım kullanıma ilişkin bir yenilik getirmiş olmalı ve diğer programların görsel tasarımlarından ayrılmasını sağlayan özellikler taşımalıdır.

Veritabanları da FSEK 6/11 de işleme ve derleme eserler başlığı altında eser olarak sayılmıştır. Madde metninde koruma kapsamına giren veritabanları "Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları. (Ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez)" biçiminde tanımlanmıştır. Burada korunan veritabanının içerisindeki bilgiler değil veritabanının derlenme ve düzenlenme biçimi ve yapısıdır.

Eser üzerinde koruma kapsamına alınan hak eserin konusu değil bu konunun eseri meydana getiren gerçek kişi tarafından işlenme tarzıdır. Bu nedenle yazılımcı tarafından bir işin otomatik olarak gerçekleştirilmesi için –örneğin elektronik posta alınıp gönderilmesini ve depolanmasını sağlamak için- bir yazılım geliştirildiğinde, yazılımcı kendi geliştirdiği eserin kopyalanmasını veya o eser üzerinde izni alınmaksızın değişiklik yapılmasını, eserin işlenmesini engelleyebilecek ancak bir başkasının aynı işleri yapan bir yazılım geliştirmesini bu yazılıma temel olan fikrin kendisinden kaynaklandığından bahisle engelleyemeyecektir. Bir başka yazılımcının aynı işleri farklı şekilde yapan ve farklı bir arayüze sahip bir elektronik posta programı geliştirmesi, ilk yazılımcının haklarına zarar vermez.

2.2. İşlenme eserler

Uygulamada bir yazılım her zaman sıfırdan başlanarak geliştirilmemekte bazen başka bir yazılımın işlenmesi suretiyle ortaya yeni bir yazılım çıkarılması veya mevcut bir yazılımda ekleme, silme yahut yeni düzenlemeler yapılması, hazırlık ve tasarım malzemesinin yüksek düzeyde bir programlama diline veya sadece makine tarafından okunabilecek bir koda dönüştürülmesi ile yeni bir yazılım eseri meydana getirilmektedir.

FSEK'na göre işleme eserler:

“Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu eserlere nispetle müstakil olmayan ve aşağıda başlıcaları yazılı fikir ve sanat mahsulleri işlenmedir.

Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya her hangi bir değişim yapılması.....İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyen hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu Kanuna göre eser sayılır.” hükmü ile eser olarak kabul edilmiş ve koruma kapsamına alınmışlardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus işleme eserin eser olarak kabul edilip korunması için kendisine kaynak oluşturan eserin eser sahibine ait haklara zarar getirilmemiş olması gerekliliğidir. Bu nedenle sahibinin izni olmaksızın üzerinde değişiklik ve uyarlama yapılarak meydana getirilen yazılımlar eser kapsamına girmezler.

Açık kaynak kodlu yazılımlar açısından incelendiğinde bu yazılımlar üzerinde değişiklik ve uyarlama yapılmasına eser sahibi izin vermiştir. Bu nedenle bu yazılımlar üzerinde yapılan değişikliklerle meydana getirilen yazılımlar yeni eseri meydana getiren özelliğini taşıması kaydıyla bağımsız bir eser olarak kabul edilirler. Eser sahibine tanınan hakları kullanma yetkisine yeni eseri meydana getiren yazılımcı sahiptir.

3. Eser Sahibi

3.1. Tanım

FSEK Madde 8’de eser sahibi “Bir eserin sahibi onu meydana getirendir. Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir.” biçiminde tanımlanmıştır. Eseri meydana getiren kişinin adının veya kendisini tanıttığı bir takma adın eser üzerinde belirtilmesi durumunda aksi ispatlanıncaya kadar bu kişi eser sahibidir. Eser sahibinin adının eserde belirtilmemesi durumunda yayınlanmış eserlerde yayımlayan, o da belli değilse, eseri çoğaltan eser sahibine tanınan hakları kullanma yetkisine sahiptir (FSEK m. 11). Bilgisayar yazılımları açısından bu madde önemlidir. Çünkü uygulamada genellikle yazılımlar üzerinde eser sahibi belirtilmemekte, sadece eseri pazarlayan tüzel kişinin adı yer almaktadır. İleride inceleneceği üzere, bu durumda her ne kadar yazılımı piyasaya süren firma eser üzerindeki mali hakları bazı durumlarda iş kanunu’ndan veya Medeni Kanun’dan kaynaklanan hukuki gerekçelerle kullanabilecek ise de, bu şartların gerçekleşmediği durumlarda firma bu maddeye dayanarak yayımlayan ve çoğaltan sıfatlarından dolayı eser sahibi belirtilmeyen eser üzerindeki mali hakları kullanabilecektir.

Eser sahibinin birden fazla kişi olması durumunda öncelikle eser sahiplerinin meydana getirdikleri kısımların birbirinden ayrılıp ayrılamayacağı tespit edilmelidir. Burada herkes eserin farklı modüllerinin tamamını meydana getirebileceği gibi bir kişi kod yazarken bir diğeri veritabanını tasarlamış, bir başkası ise görsel tasarımı üstlenmiş olabilir. Eğer bir eserin meydana getirilmesinde her emeği geçen eserin belirli bir kısmını meydana getirmiş ise her emeği geçen kendi meydana getirdiği kısım üzerinde eser sahibine tanınan haklara sahip olacak ve bu haklarını tekbaşına kullanabilecektir. Eserin tamamına ilişkin maddi ve manevi hakların kullanılmasında ortak eser sahiplerinden herbiri diğerlerinin iznini talep edebilir ve diğerlerinin bu izni vermektен kaçınmaları durumunda mahkemeye başvurarak bu iznin alınması yoluna gidebilir.

Eser birden fazla kişi tarafından meydana getirilmişse ve bu kişilerin meydana getirdikleri parçalar ayrılmaz bir bütün oluşturmuşsa eseri meydana getiren kişiler eser üzerinde müşterek mülkiyet sahibi olurlar. Bu durumda eser sahipliğinden kaynaklanan hakları birlikte kullanacaklardır.

FSEK bir kişinin eserin meydana getirilmesine katkıda bulunmuş sayılması ve dolayısıyla ortak eser sahibi haklarına sahip olması için, kişinin eserin meydana getirilmesindeki katkısının bu yaratım işiyle doğrudan bağlantılı ve esaslı olması şartını aramıştır. Bu durum m. 10/3 te “Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez.” şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

Kanuna 2001 yılında getirilen ek bir düzenleme ile birden fazla kişinin meydana getirmiş olduğu ve ayrılmaz bir bütün oluşturan eserler üzerindeki hakları kullanma yetkisinin eğer tarafların aralarındaki sözleşmede veya eserin meydana getirildiği tarihte geçerli olan kanunda aksine bir hüküm yoksa ortak eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişide olacağı hükmü getirilmiştir. Yazılım şirketleri bu düzenlemeye dayanarak birden fazla serbest programcıya hazırlatmış oldukları yazılım üzerindeki mali hakları kullanabileceklerdir. Değişiklik yasasının gerekçesi “Eseri yaratan gerçek kişilerdir, ancak

kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve bu kurumlar adına eserler meydana getiren gerçek kişilerin eser sahibine tanınan münhasır hakları kullanmasında pratikte sorunlar yaşanmaktadır. Bu sebeple, TBMM Başkanlığına sunulan Tasarıda bulunmamakla birlikte, birden fazla kimsenin iştirakiyle meydana getirilen eserler üzerindeki hakların eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişilerce kullanılabilmesine ilişkin mevcut Kanunun 10 uncu maddesinde yapılan değişiklik Tasarıya ilave edilmiştir.” olarak belirtilmiştir[web 3].

Yazılımlar ya bir yazılım şirketi için çalışan birkaç kişi tarafından genel amaçla hazırlanıp isteyen satın alarak kullanması için satışa çıkarılmakta (paket Programlar) ya da müşterinin talebi üzerine ve müşterinin istekleri doğrultusunda yazılımcı veya yazılım şirketi tarafından müşteriye özel geliştirilmektedir. Bu nedenle gerek yazılım firması ile yazılımı geliştiren yazılımcı arasında, gerekse yazılım firması veya yazılımcı ile yazılımı ısmarlayan müşteri arasında eser sahipliğinin belirlenmesi ve mâli ve manevi hakların kullanılması ile ilgili hukuki anlaşmazlıklar yaşanmaktadır. Aşağıda bu durumlarda yazılım üzerindeki hakların kime ait olacağını çeşitli olasılıklar çerçevesinde inceleyeceğiz.

3.2. Yazılımcı ve şirket arasındaki ilişki açısından hak sahipliği

Yazılımlar genellikle bağımsız çalışan yazılımcı değil yazılım şirketleri tarafından geliştirilmektedirler. Bu durumda eser sahipliği ve eser üzerindeki mali ve manevi hakları kullanma yetkisi konusunda yazılım şirketi ile yazılımı geliştiren yazılımcı arasında anlaşmazlık yaşanabilmektedir.

Öncelikle eser sahipliği kavramı ile mali ve manevi hakları kullanma yetkilerinin birbirlerinden ayrılması gerekmektedir. Bir eserin sahibi yukarıda da belirtildiği üzere o eseri meydana getiren gerçek kişidir. Eser üzerindeki mali ve manevi haklar aşağıda incelenecek olan bazı istisnalar dışında eser tamamlandığı andan itibaren eseri meydana getiren kişiye aittirler. Ancak gerek eseri meydana getirenin bir başka gerçek veya tüzel kişinin işçisi olması veya ortak eserlerde mali hakları kullanma yetkisinin, yasa gereği eseri meydana getirenleri bir araya getiren gerçek veya tüzel kişide olması nedeniyle, gerekse mali hakların eseri meydana getiren kişi tarafından devredilmiş olması nedeniyle eser üzerindeki mali haklar eseri meydana getiren kişiden bir başkasına ait olabilir. Bu durumda mâli haklar eser sahibinden farklı bir kişiye ait olacak, manevi haklar devredilemeyeceğinden ve tüzel kişi olan yazılım şirketi manevi hakları kullanamayacağından şirket manevi hakları kullanamayacaktır. Bu haklar yazılımcıya ait imaya devam edeceklerdir.

Yazılımcı ile yazılım şirketi arasındaki hak sahipliği anlaşmazlığını çözümlenebilmek için yazılımcı ile yazılım şirketi arasındaki ilişkiyi tanımlamak gerekir.

3.2.1. Yazılımcının şirketin işçisi olması durumunda hak sahipliği

Hizmet akdi Borçlar Kanunu'nda “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermediği taahhüt eder.” Şeklinde tanımlanmıştır. Burada iş bir kimsenin iktisadi yönden değerlendirilen her türlü çalışmasıdır. Bu çalışmanın bedenen ya da fikren veya bedenen ve fikren olması önemli değildir. Hatta bazı önemli niteliklerin varlığını gerektiren düşünce, bilim teknik ve güzel sanatlarla ilgili her türlü çalışma iş akdine konu olabilir [Çelik, 1992,s. 38]. Bir iş görme sözleşmesinin iş akdi sayılması için işin bir hiyerarşi içinde işverene bağlı olarak yapılması ve işçinin işin yapılması sırasında işverenin talimatlarına bağlı olması ve işverence denetlenmesi gerekir [Çelik, 1992, s. 73].

Yazılımcı ile yazılım şirketi arasında bir hizmet akdi varsa aksikararlaştırılmadıkça yazılımcının işin yapıldığı sırada meydana getireceği eserler işverene ait olacaktır. Bu husus FSEK’te “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır” biçiminde düzenlenmiştir. Maddede belirtildiği üzere, bu kural bir emredici hukuk kuralı olmayıp, işçi ve işveren arasında aksi kararlaştırılabilir.

Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus işveren konumundaki yazılım şirketinin eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine sahip olduğudur. Ancak yazılımcı manevi haklara sahiptir. Bu hakları devredemez ve bu haklardan önceden feragat edemez. Ancak bu hakları kendisi adına kullanma yetkisini bir gerçek veya tüzel kişiye verebilir.

3.2.2. Bağımsız yazılımcının şirket adına yazılım geliştirdiği durumlarda hak sahipliği

Yukarıda belirtildiği üzere iş akdinin belirleyici unsuru işçinin işverenin denetim ve gözetimi altında ve ona bağlı olarak çalışması anlamına gelen bağımlılık unsurudur. Bu durumda yazılımcının meydana getireceği eser üzerindeki hakları kullanma yetkisinin işverene ait olduğu açıktır. Ancak uygulamada bazı programcıların bir şirkete hizmet akdi ile bağlı olmadan –mesela danışman sıfatıyla- çalıştıkları görülmektedir. Bu durumda yazılımcı memur, hizmetli veya işçi olarak kabul edilemeyeceğinden FSEK’in bu kişilerin hizmet akdi ile bağılyken meydana getirdikleri eser üzerindeki mali hakların sahibinin bunları çalıştıran olacağı yönündeki kuralı uygulanamayacaktır. Bu durumda bağımsız çalışmakta olan yazılımcı eseri meydana getiren kişi olarak eser sahibidir ve eser üzerindeki mali ve manevi hakları kullanma yetkisine sahiptir. Aralarındaki sözleşmeden dolayı mali hakları işi ismarlayan yazılım şirketine devretmek zorundadır. Ancak bu durumda yazılım iş akti ile bağıly olarak çalışan yazılımcının meydana getirdiği eserde olduğu gibi doğrudan doğruya işveren yazılım şirketinin mülkiyetinde doğmaz. Yazılım üzerindeki haklar başlangıçta eseri meydana getiren yazılımcıya aittir. Yazılımcı daha sonra şirketle arasındaki anlaşmaya aykırı davranarak yazılım üzerindeki haklarının hakları devretmezse, bundan dolayı zarara uğrayan şirket, bu zararını Borçlar Kanunu çerçevesinde talep edebilir.

3.3. Müşteri ile eser sahibi arasındaki ilişki açısından hak sahipliği

Yazılımcı veya yazılım şirketinin geliştirip müşteriye sattığı eser üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesi açısından eserin genel kullanım amaçlı geliştirilip talep eden her kullanıcının satın alıp kullanabilmesi için piyasaya mı sürüldüğü (paket program) yoksa belirli bir müşteriye özel olarak mı geliştirildiği önem taşımaktadır. Birinci grup yazılımlarda eser sahibi yazılım ürününü pazarlayan kişidir. İkinci durumda ise eser sahibi yazılımcı ile müşteri arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir.

3.3.1. Paket yazılımlarda hak sahipliği

Bir kişi veya şirket tarafından geliştirilerek herhangi bir kullanıcının satın alıp kullanması için piyasaya çıkarılmış olan paket yazılımlarda (örn. Microft Office, Adobe Photoshop, logo vb.) yazılım üzerindeki hakların kime ait olduğu açıktır. Burada alıcı ile eser sahibi arasında bir lisans sözleşmesi değil satış sözleşmesi yapılmış olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmiş olan görüştür. Çünkü lisans sözleşmesi lisans veren lisans alana belli bir ivaz karşılığı bir fikri haktan faydalanma imkanı verir. Bir eserin çoğaltılmış kopyaları tükenme ilkesine

uygun olarak devredilmiş ise sözleşme satımın sonuçlarını doğurur, eserin kopyasını satın alan kimse kopyanın maliki olur. Kanunda açıkça belirtildiği üzere, böyle bir fikir ürünü nüshasının devri, aksi kararlaştırılmadıkça fikri hakkın devrini kapsamaz [Yıldırım, 1999 s. 23]. Zaten bilgisayar programlarıyla FSEK kapsamında verilebilecek yetkiler çoğaltma, yayma ve işleme hakkına ilişkin yetkililerdir ve bu yetkilerin aynı türden olanlarının aynı anda birden fazla kişiye verilebilmesi mümkün değildir [Kaypakoğlu, 1997, s.136]. Bu nedenlerle her ne kadar uygulamada standart bilgisayar programlarının satım sözleşmeleri lisans sözleşmesi olarak adlandırılıyorsa da bu sözleşmeler hukuki anlamda satış sözleşmeleri ve dolayısıyla alıcıya sadece satın aldıkları nüshanın mülkiyetini ve programın kullanım hakkını geçirirler.

3.3.2. Müşteri için geliştirilen yazılımlarda hak sahipliği

Kullanıcının gereksinimleri doğrultusunda özel olarak hazırlanan yazılım ürünlerinde ise genellikle müşteri ya tekbaşına çalışan bir yazılımcı ile ya da bir yazılım şirketi ile kendisine bir yazılım geliştirmesi için bir sözleşme yapmaktadır. Bu durumda yazılım üzerindeki hakların kime ait olduğu sorunu ortaya çıkar.

Özellikle yazılımın müşterinin işyerinde ve müşterinin çalışanlarının katkılarıyla geliştirildiği durumlarda eser üzerindeki hak sahipliği tartışmalıdır. Burada müşterinin esere katkısının önemi göz önüne alınarak eserin ortak eser sayılıp sayılmayacağı her somut olayda buna göre belirlenmelidir.

Konu ile ilgili bir kararında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi “Güzel sanat eseri üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesinde ana kural, fikir ürünü olan eserin, onun yaratıcısına ait olmasıdır. Yasadaki anlatımla "sahibinin hususiyetlerini taşıyan eser, onu vücuda getirenindir (FSEK. m. 1 ve 8). Ana kural bu olmakla birlikte bazı hallerde kanun onu bizzat üreten veya yaratandan başkasına ait sayılmasını kabul etmiştir. Bu hallerde, eser sahibi sayılan kişinin, eserin meydana getirilmesi faaliyetine katkısı, onun özünü oluşturan "özgün fikir ürününü meydana getirmek" değil, bu ürünün ortaya çıkışını sağlayan bir takım hukuksal ve ekonomik ilişkilerde ilgili olarak yer almış bulunmaktadır. FSEK.nun 8. maddesine göre, bu sıfat (yani, eserin bizzat meydana getiren kişi olmadıkları halde, eserin sahibi olma) belli koşullarda, işverenlere, tüzel kişilere, yayımcılara tanınmıştır. Bunun istisnai bir durum olduğu kuşkusuzdur. O halde öncelikle eserin ilk basımı olan "Kilim Catalogue No: 1" kitabındaki kilim desen ve motifleri üzerindeki "eser sahipliği sıfatının kime ait olduğu saptanmalıdır. Bu motif ve desenlerin eser sahibi (G.E.) ise bu motif ve desenlerin sadece Kilim Catalogue No: 1 kitabında yayımlanmış olmaları kitabın sahibi olan gerçek ve tüzel kişinin "eser sahibi" sayılmasına yetmez. FSEK. m. 8 f.2 uyarınca kitap sahibinin bu fikir ürünleri üzerindeki "eser sahibi" sıfatını kazanabilmesi için ayrıca, sırf bu üretimin gerçekleşmesi için, bir sözleşme ilişkisi kurmuş olması gerekir. Bu sözleşme, bir hizmet, vekalet ya da istisna sözleşmesi olabilir. Bu sözleşmelerde eseri üretme borcu yükleyen bir sözleşme ilişkisinin kurulması şarttır. Eser sahibi ile kitap veya derginin işvereni arasında hizmet, vekalet veya istisna türünden akdi bir ilişkisi yoksa, eserin kitapta, yayımlanması eser sahibinin bunun üzerindeki "çoğaltma ve yayma" haklarını, yayımcıya (kitabın sahibine) devretmiş olmasına dayanır. Bu çeşit devir işlemlerine yasa "aslen iktisap" sonucunu doğuran devir adını vermektedir” demektedir.

Burada belirleyici unsur yazılımcının veya yazılım şirketi elemanının müşteri ile olan ilişkisidir. Yazılım eserinin sahibi ve dolayısıyla eser üzerindeki hakları kullanma yetkisine kimin sahip olduğu bu ilişkiye göre belirlenecektir.

3.3.2.1. Eserin müşterinin denetim ve gözetimi altında geliştirdiği durumlarda hak sahipliği

Eğer yazılımcı eseri müşterinin denetim ve gözetimi altında meydana getiriyorsa müşteri ile aralarında bir iş sözleşmesi vardır. İş sözleşmesine dayanan ilişkilerde meydana getirilen eserlerde yukarıda da belirtildiği gibi eser sahibi işverendir. Burada denetim ve gözetim ifadesi ile anlatılmak istenen yazılımcının müşterinin sürekli denetimi altında ve onun verdiği direktiflere birebir uyarak çalışması durumudur. Müşterinin yazılımın nasıl olmasını istediği konusunda direktifler vermesi, projenin ne aşamada olduğunu ve o aşamaya kadar yapılanların isteklerine uygunluğunu denetlemesi gibi olağan kontroller yazılımcının müşterinin denetimi altında çalıştığını göstermez. Yazılımcı ile müşteri arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olarak kabul edilebilmesi için yazılımcının eseri tamamen müşterinin denetimi altında meydana getirmesi gerekir.

İş sözleşmesine dayanan ilişkilerde meydana getirilen eserlerde yukarıda da belirtildiği gibi eser sahibi işverendir. Bu durumda eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi eser meydana geldiği andan itibaren bir devir sözleşmesine gerek kalmaksızın müşteriye ait olacaktır. Ancak yine yukarıda belirtildiği gibi manevi haklar devredilemediklerinden bu haklar eseri meydana getiren gerçek kişiye ait olacaktır.

3.3.2.2. Yazılımcının eseri müşterinin talepleri doğrultusunda ancak müşteriden bağımsız olarak geliştirdiği durumlarda hak sahipliği

Müşteri için özel olarak geliştirilen yazılımlarda müşteri ile eseri meydana getiren yazılımcı ya da yazılım şirketi arasında bir eser (istisna) sözleşmesi vardır. Bu sözleşme Borçlar Kanunu'nda şu şekilde tanımlanır "istisna, bir akittirki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermediği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." Eser sözleşmesi ile yüklenici müşterinin istediği eseri meydana getirme ve bu eser üzerindeki mâli hakları müşteriye devretme borcu altına girer. Bu durumda eser sahibi eseri meydana getiren kişi olarak yüklenicidir. Yüklenici ile müşteri arasında yapılmış olan sözleşme gereği yüklenici eser üzerindeki maddi hakları müşteriye devretme borcu altındadır. Eseri meydana getiren müşteri değil yüklenici olduğundan, yüklenici eser üzerindeki mâli hakları müşteriye devretmediği sürece bu hakları kendi adına herkese, ve bu arada müşteriye, karşı da ileri sürebilecektir. Müşteri devirden kaçınan yükleniciyi devre zorlayamaz ancak Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde yüklenicinin yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından dolayı uğradığı zararının karşılanmasını isteyebilir.

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere eser sahibinin manevi hakları devredilemez ve bu haklardan vaz geçilemez. Dolayısıyla eser sahibi olan yüklenici eser üzerindeki mali hakları müşteriye devrettikten sonra dahi manevi hakları kullanma yetkisine sahip olmayı sürdürecektir.

4. Eser Üzerindeki Haklar

Buraya kadar eser kavramı ve eser üzerindeki hakların kime ait olduğu sorunu üzerinde durduk. Çalışmamızın bu kısmında da eser üzerindeki mali ve manevi hakların çeşitlerini ve bu hakların yazılımlarda ne şekillerde kullanıldığını inceleyeceğiz.

FSEK’na göre eser sahibinin eser üzerindeki hakları mali haklar ve manevi haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinin telif hakları yasalarında yer almaktadır.

Eser üzerindeki haklar hem eserin tamamı hem de parçaları için kullanılabilir. Bu husus FSEK m. 13’te “Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir.” ifadesi ile belirtilmiştir.

Hukuk sistemimizde eser üzerinde bir hakkın doğumu için eserin meydana gelmesi yeterlidir. Eseri meydana getiren kişi herhangi bir tescil veya tespit işlemine gerek kalmaksızın eser üzerinde maddi ve manevi hakları kullanma yetkisine sahip olacaktır. Bu nedenle eser üzerindeki hak sahipliğinin Bakanlığa bildirilmesi, eser işletme belgesi veya bandrol alınması gibi işlemler eser sahibine ait hakları kullanmak için yapılması gerekli işlemler değildir. Ancak bu tür idari başvurular eser üzerindeki hakların idari veya hukuki yollarla korunması talep edildiğinde resmi makamlar önünde hak sahipliğini belgeleme amaçlıdır. Bu düzenlemelerin getirilmesinin bir diğer nedeni de vergiye çeşitli kesintilere ilişkin kayıtların tutulmasında kullanılmalarıdır.

FSEK m.13 “Sinema ve müzik eseri sahipleri ve yapımcılar, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları mali ve manevi hakların ihlal edilmemesi, sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi amacıyla eserlerin kayıt ve tescilini yaptırırlar. Aynı maksatla, diğer eser gruplarında da eser sahibinin talebi üzerine, eserler ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkileri kayıt altına alınabilir. Kayıt ve tescil usul ve esasları Kültür Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” Hükmünü getirmiştir. Yasa diğer eserler ifadesini kullanarak yazımların da bu şekilde koruma altına alınmasının yolunu açmıştır. 1998 yılında FSEK’na dayanarak çıkarılan *Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik* 4. maddesinde bilgisayar programlarını işaretlenmesi gereken eserler arasında saymıştır. Ancak aynı yönetmeliğin 11. maddesi yazılım ürününün ne şekilde işaretleneceğini düzenlemiştir. Buna göre yazılım ürünü eğer geleneksel yollarla fiziksel taşıyıcı (CD, disket vb.) üzerinde satışa sunulmuşsa ad, ünvan, sürüm ve çıkış yılı bilgileri bu taşıyıcı üzerinde yer alacaktır. Eğer yazılım bir taşıyıcı üzerinde satışa sunulmamışsa bu bilgiler program ilk yüklendiğinde görüntülenebilecek şekilde yazılımın koduna eklenmelidir.

FSEK’nda eser üzerindeki haklar manevi haklar ve mali haklar olarak ikiye ayrılmış ve bu iki başlık altında düzenlenmiştir. Biz de kanunun sistematığına uyarak eser üzerindeki hakları aşağıda bu iki başlık altında inceleyeceğiz.

4.1. Manevi haklar

Manevi haklar umuma arz yetkisi, adın belirtilmesi yetkisi ve eserde değişiklik yapılmasını men etmek hakkıdır. Bu haklar eser sahibinin eser ile ilişkisinden kaynaklanan haklardır. Dolayısıyla devredilemez ve mirasçılara da geçmezler. Ancak manevi hakları kullanma yetkisi devredilebilir. Somut bir örnekle açıklamak gerekirse, bir yazılım şirketi adına çalışan yazılımcı eser üzerindeki manevi haklarından olan değişiklik yapılmasını önleme hakkını devredemez ve bu hakkından eserde değişiklik yapılmadan önce feragat edemez. Ancak yazılım üzerinde bir değişiklik yapılması halinde, bu hakkı kullanarak değişikliği engelleme, eski haline getirme veya tazminat talep etme hakkını kendisi adına kullanması için yazılım şirketini yetkilendirebilir.

Manevi haklardan vazgeçilemez. Bu nedenle yazılım şirketiyle yaptığı hizmet sözleşmesi sırasında veya müşteri yaptığı ile yazılım geliştirme sözleşmesi sırasında bu haklarından vazgeçtiğini belirten yazılımcının bu taahhüdü geçerli olmayacak, yazılımcı daha sonra bu geçersizliği ileri sürerek manevi hakları kendisi kullanabilecektir.

Mali hakların devredilmiş olması manevi hakların da devredilmesi sonucunu doğurmaz. Ancak bazı yazarlar özellikle eser sahibinin ölmesi durumunda mali hakları devralan kişinin manevi hakları da kullanma yetkisine sahip olduğu fikrini savunmaktadırlar. [Tekinalp,1999, s. 152].

Bilgisayar yazılımını üreten kişinin manevi haklarının korunmasının gerekliliği, özellikle yabancı sistemlerde tartışmalı bir konumdur. Bazı yazarlar, örneğin Dietz manevi hakların bilgisayar programının tabiatına aykırı olduğunu, kanunlarda bu sahada manevi hakların mevcut olmaması gerektiğini savunurlar [Topaloğlu, 1997 s. 46]. Yabancı mevzuata bakıldığında isviçre ve ingiltere yasalarında ve WIPO (Word Intellectual Property Organization) mevzuatında haklar mali ve manevi haklar olarak ayrılmamış. Fransa, almanya, ve yasalarında ise bu ayırım yapılmıştır.

4.1.1. Umuma Arz Yetkisi

FSEK m. 14 umuma arz yetkisini “Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran* eser sahibi tayin eder.

Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir.

(Değişik: 21.2.2001-4630/8) Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.” biçiminde tanımlamıştır.

Eserin kamuya arz hakkının manevi haklardan olduğu ve devredilemeyeceği kanunda açıkça belirtilmiştir.Hatta eserin kamuya arzı için izin verildikten sonra bile eser sahibine kamuya arzın şeref ve itibarını zedeleyecek olması durumunda yayımlama izini verdiği kişiyi yayınlamaktan menetme hakkı tanınmıştır. Ancak bilgisayar yazılımlarının diğer eser türlerinden farklı olarak ticari mal oldukları bu madde yorumlanırken akıldan çıkarılmamalıdır. Bilgisayar yazılımları açısından umuma arz yetkisi kullanılırken hak sahibi iyi niyet kuralları çerçevesinde davranmalı ve bu men etme hakkını hakkın kötüye kullanımına yol açacak biçimde nedensiz olarak kullanmamalıdır. Kamuya arz izninin geri alınması önemli ve haklı bir neden olmalıdır. Mesela programın çok önemli bir hata içermesi ve bu şekilde piyasaya sürülmesinin yazılımcının itibarını zedeleyerek ileriki meslek hayatını kötü etkileyecek olması gibi. Bir diğer önemli husus da eser üzerinde adının belirtilmesi hakkını kullanmayan eser sahibinin yine hakkın kötüye kullanılması yasağının bir sonucu olarak kamuya arzı engelleme hakkına da sahip olmamasıdır. Çünkü bir kimsenin üzerinde adının bulunmadığı bir yazılımın kamuya arzından zarar görmesi düşünülemez. Doktrinde eser sahibi tarafından başkasına devredilmiş olan mali hakların kullanılmasının eserin

* özel olarak, sadece,

kamuoyuna sunulmasını da kapsamı durumunda eser sahibinin kamuya arz yetkisini de mali haklarla birlikte devrettiği bazı yazarlarca kabul edilmektedir [Topaloğlu, 1997 s. 45].

Eseri yayma hakkının devredilmesi durumunda, özellikle eserin kamuya arz edilmemesi eser sahibine maddi zararına neden oluyorsa, –örneğin satılan kopya adedi üzerinden pay alınması biçiminde yapılan sözleşmelerde- eser sahibi yayıncıdan eserin makul bir süre içinde yayınlanmasını talep edebilir ve bu talebinin gerçekleştirilmemesi üzerine sözleşmesini haklı olarak feshedebilir [Topaloğlu, 1997 s. 45].

Kamuya arz hakkı bir kez kullanmakla tükenen bir haktır. Yani eser sahibi eserini kamuya bir kez arz ettikten sonra eser artık alenileşmiş(bilinir hale gelmiş) olur ve bu hak ortadan kalkar.

4.1.2. Adın Belirtilmesi yetkisi

FSEK, madde 15’te adın belirtilmesi yetkisi “Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususuna karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir.

Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işleme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır.

Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilafli ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tespitini mahkmeden isteyebilir...” şeklinde düzenlenmiştir.

Bilgisayar yazılımlarının çoğaltma ile elde edilen kopyaları üzerinde de eseri meydana getiren kişinin adının yer alıp almayacağına karar verme hakkı eseri meydana getiren gerçek kişi yazılımcıya aittir. Burada yazılımcının eser üzerine adının konulmasını talep etme hakkı kadar konulmasını yasaklama hakkı da olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Eserin mali hakları devredilmiş olsa bile manevi haklar devredilmeyeceğinden eser sahibinin mali haklarını devrettikten sonra da adının belirtilmesini veya belirtilmemesini talep hakkı vardır.

Uygulamada özellikle işletim sistemleri, ofis yazılımları gibi büyük ölçekli yazılım projelerinde eser çok büyük bir yazılımcı kadrosu tarafından geliştirildiğinden tüm yazılımcıların adlarının eser üzerinde yasada öngörülen şekilde belirtilmesi güçtür. Bu nedenle bu tür yazılım şirketleri eseri meydana getiren programcılar da bu haklarının kullanmayı talep etmediklerinden bu yükümlülüklerini yerine getirmemektedirler.

4.1.3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetmek

FSEK madde 16 “Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.

Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil ve

yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.

(Değişik: 21.2.2001-4630/9) Eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür.” düzenlemesini getirmiştir.

Eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı da diğer manevi haklar gibi eser sahibi ile eser arasındaki güçlü bağlar göz önüne alınarak FSEK’da düzenlenmiştir. Ancak bilgisayar yazılımlarının diğer eserlerden farklı karakterde olmalarından dolayı bu hükümlerin yazılımlara uygulanması konusunda yasada önemli istisnalar getirilmiştir. FSEK madde. 38 “Sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünöldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir.” hükmünü getirerek bilgisayar programlarının kullanım amacına uygun değişiklikler yapılabileceğini belirtmiş, ancak taraflar arasında yapılacak sözleşme ile aksinin kararlaştırılabilmesine izin vermiştir.

4.2. Mali haklar

Mali haklar eserden ekonomik yönden yararlanma olanağını ve bunun şeklini belirleme yetkisini münhasıran eser sahibine veren ve ona üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkilerini bahşeden mutlak haklardır [Tekinalp, 1999 s. 170].

FSEK Madde 20 “Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden, eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez

Bir işlemin sahibi, kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dişında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir.” ifadesi ile mali hakları düzenlemiştir.

Mali haklar eser sahibi ile üçüncü kişiler arasında yapılacak olan kiralama, lisans, tamamen veya kısmen devir, finansal kiralama gibi anlaşmalara veya haciz, rehin, hapis hakkı gibi hukuki işlemlere konu olabilirler ve miras yolu ile mirasçılara geçerler. Eser sahibi bu hakları kendisi veya vekili aracılığı ile kullanabilir. Bu haklar manevi haklardan farklı olarak tüzel kişilere de ait olabilirler.

Eser sahibinin FSEK’na göre yararlanabileceği haklar ancak kanunda sınırlayıcı olarak sayılmış olan 5 kategorideki haklardır. Üçüncü kişilerin bu sayılan haller dişındaki şekillerdeki yararlanmalarına telif hakkı kullanılarak engel olunamaz [Topaloğlu, 1997 s. 49]

4.2.1. İşleme Hakkı

FSEK madde. 21’e göre “Bir eserden, onu işleme suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” Eser sahibi eserin işlenmesine hiçbir şarta bağlı olmadan veya kendi belirleyeceği şartlar çerçevesinde, bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak izin verebilir.

İşleme hakkını alan kişinin bu hakkı işlenmeden ekonomik olarak faydalanma hakkını da kapsar. yani eseri işleyen kişi işleme eser üzerinde mali haklara sahip olacaktır” [Tekinalp, 1999, s. 174]. Eser üzerindeki mali haklar arasında sayılan işlenme hakkı bu yönüyle manevi haklardan olan değişiklik yapılmasını men etme yetkisinden ayrılır.

İşleme hakkının eser sahibi tarafından devredilmesi üzerine hakkı devralan kişi eseri işleyerek yeni bir yazılım meydana getirme hakkına sahiptir. Bu yeni yazılım yukarıda işleme eserler konusunda bahsetmiş olduğumuz özellikleri taşıması şartı ile bağımsız bir eser niteliğindedir. Bu eser üzerindeki mali ve manevi hakların sahibi işleme eseri meydana getiren kişidir. Burada işleme esere temel oluşturan eserin sahibinin tek hakkı işleme eserin kendi eseri işlenerek meydana getirildiğinin belirtilmesini talep hakkıdır.

Sadece işleyen kişisel çevresinde kalan yani kamuya arz edilmeyen işlemler için eser sahibinden izin almaya gerek yoktur.

4.2.2. Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma hakkı FSEK madde 22’de “Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Eserlerin aslında 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 krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır.

Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.” biçiminde tanımlanmıştır. Madde sadece maddi anlamda kopyalamayı değil eserin işaret ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan hertürlü araca kaydedilmesini düzenlemektedir. Bilgisayar yazılımları özellikleri nedeniyle üzerine kaydedildikleri medyanın çoğaltılması dışında biçimlerde de çoğaltılabilirler. Bu nedenle yazılımın her türlü dijital ortamda depolanması ve iletilmesi çoğaltma olarak kabul edilmelidir. İnternet de bir çoğaltma aracı olarak kullanılabilir [Tekinalp, 1999 s. 175].

WIPO tarafından 1996 yılında tanınan erişilebilir kılma hakkı sadece sanatçıya, icracı sanatçıya ve yapımcıya ait olan ve eserlerin ve koruma kapsamında olan diğer materyallerin internet gibi interaktif ağlar üzerinden dağıtılmasına izin verme veya bu dağıtımı engelleme yetkisi veren bir haktır. Çoğaltma hakkına benzer bir hak olan erişilebilir kılma hakkı son yıllarda yazılım korsanlarınca en çok ihlal edilen mali haklardandır. Özellikle internet ortamında faillerin takibinin zorluğu bu hakkın ihlal oranını arttırmaktadır. FSEK bu hakkı henüz tanımadığından hukuk sistemimizde bu tür dağıtımları engellemek için çoğaltma hakkı kullanılmalıdır.

Yazılımların hak sahibinin bilgisi dışında kopyalanmasını ve bu kopyaların ticari dolaşımını engellemek için FSEK madde. 44 hükmünde 4110 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe göre “Mali hak sahipleri ile fikir ve sanat eserlerinin işaret, ses ve resimle tekrarına yarayan aletleri imal edenler ve basanlar; bu Kanunun öngördüğü şekilde çoğaltarak satışa çıkarılacak dağıtılacak veya başka türlü ticaret mevkiine konacak bir eserin bütün nüshalarıyla işaret ve seri numarası bulundurmamakla müştereken yükümlüdürler.” Bu madde doğrultusunda çıkarılan

Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesi Hakkında Yönetmelikte bilgisayar yazılımları işaretlenmesi gereken eserler arasında sayılmışlardır. Ancak uygulamada tüm yazılım esleri üzerinde bandrole rastalanmamaktadır.

FSEK koruma kapsamındaki tüm eserler için genel bir kişisel kullanım kopyası oluşturma hakkı istisnası getirmiştir. Ancak madde. 38/1 ile bu çoğaltma serbestisinin hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi gerektiği belirtilmiştir. 38. madde ile bilgisayar yazılımlarının yazılımı yasal yollardan edinen kişilerce kopyalanmasına izin verilen haller sayılmıştır. Bu hallerden biri kopyalamanın yazılımın kullanımı için gerekli olduğu sürece, bir adet yedekleme kopyası yapmasıdır. Bir diğer hal de ve bağımsız yaratılmış bir bilgisayar yazılımı ile diğer yazılımların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar yazılımının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasıdır.

4.2.3. Yayma Hakkı

Yayma hakkı, bir eseri nüshalarının kamuya sunulması veya yayılması yoluyla eserden yararlanma hakkıdır. Yayma hakkının kullanılması ancak çoğaltma eylemi ile mümkündür. Bunun dışında eserin kamunun görebileceği şekilde teşhiri (mesela büyük ekranla kamuya açık alanlarda gösterimi) yayma olarak kabul edilemez [Topaloğlu, 1997 s. 53]. Her ne kadar yayma hakkı çoğaltma gerçekleşmeden kullanılmazsa da yayma ve çoğaltma haklarının FSEK te ayrı ayrı tanımlanmış olması yerinde bir düzenlemedir. Bu şekilde uygulamada çoğaltan ile yayanın farklı kişiler olması durumunda karşılaşılabilecek olan zorluklar engellenmiştir.

FSEK madde. 23 Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu hükmünü getirmektedir.

4.2.4. Temsil Hakkı

Temsil eserin doğrudan doğruya duylara hitap edecek şekilde sunulmasıdır. [Topaloğlu, 1997, s. 54] Bilgisayar programlarının kamuya açık alanlarda ekran, otomat vb şekillerde gösterimi veya internet ve intranet gibi ağlar üzerinden yayınlanmaları bu hak kapsamında incelenmelidir. Bu hak da diğer mali haklar gibi münhasıran eser sahibine aittir. Bu hakkın kullanılması yazılımlar açısından aşağıda incelenecek olan umuma iletim hakkı ile aynı sonuçları doğuracağından burada detaylı olarak incelenmeyecektir.

4.2.5. İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

Bilgisayar yazılımları açısından İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı hakkı da temsil hakkı gibi yazılımın internet, ekran, kamuya açık alanlardaki otomatlar vb yollarla kamunun incelemesine veya kullanımına sunulması biçiminde gerçekleşir. Bu hakkın uygulamada en çok karşılaşılan ihlal biçimi hak sahibi olmayan kişilerce bilgisayar oyunlarının web siteleri üzerinden oynanmasının sağlanmasıdır.

FSEK madde. 24- ve 25 te bu iki hak düzenlenmiş, bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkının ve radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere

işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmiştir.

Ancak, özelikle internet üzerinden eserlerin kullanıma sunulması durumunda, suç teşkil eden siteyi hazırlayan kişinin ve sitenin üzerinde yayımlandığı sunucunun tespitinin teknik nedenlerle çok zordur. Bu yüzden uygulamada bu hakkın ihlaline yönelik tedbirler alınmamakta ve ihlal edenler tespit edilememektedir.

5. SONUÇ

FSEK’nda 1995 yılında yapılan değişiklikle yazılımlar bu kanun kapsamında korunmaya başlanmış, daha sonra ise gerek yapılan diğer değişiklikler, gerekse yasaya paralel olarak çıkarılan yönetmeliklerle yazılımlar üzerindeki haklar hukuki koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

Ancak yazılımlar günümüzde ticari hayatta önemli iktisadi değere sahip oldukları halde hâlen hukuken tam olarak korunamamaktadırlar. Bunun birkaç nedeni vardır.

Bu nedenlerden bir tanesi ve belki de en temelde yatan neden yazılımlar üzerindeki haklara aykırı davranışların halâ toplum tarafından suç olarak görülmemesidir. Bir kanun konusunu ne kadar iyi düzenirse düzenlesin, toplum bu kanunun içeriğini benimsemediği sürece uygulanabilir olmaktan uzak kalacaktır. Bu nedenle öncelikle toplumun korsan yazılım ticaretinin, kullanımının, internet üzerinden yazılımların yasadışı yollarla edinilmesinin ve yazılım üzerindeki haklara aykırı diğer hareketlerin tıpkı maddi malların izinsiz kullanımı ve çalınması gibi bir suç olduğu konusunda bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Malesef bu konuda birkaç derneğin sınırlı faaliyetleri dışında çok fazla çaba gösterilmemektedir.

Yazılımların hukuken korunmasını zorlaştıran bir diğer neden de sürekli gelişim içinde olan teknolojinin, bu haklara zarar vermek isteyen kişilerce kullanılmasıdır. Örneğin CD yazıcıların gün geçtikçe daha hızlı kopyalama yapabilir hale gelmesi ve kopyalama araçlarının ve CD’lerin ucuzlayarak daha kolay erişilebilir yazılım korsanlığını körüklemektedir. Aynı şekilde internette yapılan korsanlıklarda da (örneğin yazılımın veya yazılımın kullanılması için gerekli olan şifrelerin internette yayınlanması) programın veya şifrenin yayınlandığı sitenin sahibinin ve hazırlayanının tespiti veya bu sitelerin kapatılması internetin anonim ve uluslararası yapısı nedeniyle çoğu olayda teknik olarak mümkün olmamaktadır. Bu nedenlere hukuki prosedürlerin yavaş işleyişi de eklendiğinde hakları zarar gören haksahipleri haklarını aramaktan vazgeçmektedirler.

Son olarak FSEK ve ilgili yönetmelikler diğer yasalara oranla sıkça gözden geçirilmelerine rağmen yine de teknolojik gelişmelere yetişememektedirler. Örneğin İnternette kullanıma sunma, paylaşım veren yazılımlarıyla (napster, i-mesh gibi) erişime sunma, kullanım şifrelerini yayma gibi eylemlerin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde hak ihlali oluşturup oluşturmadığı açık değildir ve bu durum uygulamada yargı önüne giden her olayda hakkın ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasına, dolayısıyla da yargılamanın uzamasına neden olmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle yazılımlar üzerindeki fikri haklar hukukumuzca yeterince korunamamaktadır ve bu durum ekonomimize zarar vermekte, gelişmesini engellemektedir. Bu sorunların aşılması, için hukukçulara olduğu kadar teknik kişilere de görev düşmektedir.

Hakları ihlal eden korsanların teknik bilgilerinin yanında uzmanlık alanı çok farklı olan hukukçuların bu konudaki bilgilerinin çok yetersiz olduğu açıktır. Bu yetersizliğin olumsuz sonuçlarının engellenmesi için teknik uzmanların konuya eğilmeleri gerekmektedir. Bu uzmanlar gerek yasaların hazırlık aşamasında, gerekse hak ihlali gerçekleşikten sonra failin belirlenmesi aşamasında hukukçulara danışmanlık vermeli, yol göstermelidirler.

Kaynaklar

- Çelik, N., İş hukuku Dersleri, Filliz Yayınları, 1992, İstanbul
- Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar,1971, Ankara
- Kaypakoğlu, S., Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, 1997, İstanbul
- Tekinalp, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınları, 1999, İstanbul
- Topaloğlu, M., bilgisayar programları üzerindeki haklar ve bu hakların korunması, TBV yayınları, 1997, İstanbul
- Yıldırım, M. F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, TBV Yayınları, 1999, İstanbul
- Web 1 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak.birlesim_baslangic?P4=648&P5=T&PAGE1=52&PAGE2=&web_user_id=752557
- Web 2 http://www.wipo.int/sme/en/e_commerce/computer_software.htm
- Web 3 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss402m.htm>