

KORUYUCU PROGRAMLARI ETKİSİZ KILMAYA YÖNELİK

HAZIRLIK HAREKETLERİ SUÇU

Yusuf BAŞLAR *

ÖZET

Bilgisayar programlarının hukuken korunması ihtiyacı ve korumanın önemi, bunların hayatın her alanında kullanımının yaygınlaşması ve daha önemlisi kolay ve ucuz çoğaltılabilmek özelliğine dayanmaktadır. Bu bakımdan bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılması ve kullanılmasının önüne geçmek amacıyla hak sahiplerinin bu bilgisayar programlarının ancak lisanslı kullanıcılar tarafından kullanılmasına olanak veren ve kullanımını bu yönde kontrol altına alan ve kısıtlayan bazı mekanizmaları geliştirdikleri görülmektedir.

Dolaylı da olsa fikir ve sanat eseri olarak kabul edilen bilgisayar programlarını ve bu programlar üzerinde hak sahibinin çoğaltma ve kamuya sunma haklarını korumayı amaçlayan koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunu düzenleyen FSEK'in 5846 sayılı Kanunla değişik 72. maddesinde de teknolojik koruma tedbirleri olan ve bilgisayar programlarının korunmasına yönelik olarak hak sahiplerince oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmayı amaçlayan ve bu işe yarayan program ve teknik donanımların üretimi, satışı, satışı arzı veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurulmasına yönelik fiiller suç kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fikir ve Sanat Eseri, FSEK'te Düzenlenen Suçlar, Bilgisayar Programları, Koruyucu Programlar

GİRİŞ

Mutlak haklar içerisinde kabul edilen fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ülkemizde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunmaktadır. 5846 sayılı FSEK, 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce fikir ve sanat eserlerine yönelik suç

* Viranşehir Cumhuriyet Başsavcısı-yusufbaslar@hotmail.com



ve cezalar FSEK'in 71 vd. maddelerinde düzenlenmekte idi. Buna göre suçlar, manevi haklara tecavüz, mali haklara tecavüz ve diğer suçlar başlığı altında sıralanmıştı¹.

5846 sayılı FSEK'te 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında ise “manevi, mali ve bağlantılı haklara yönelik suçlar”ın yaptırımını 71. maddede yer almaktadır². FSEK'in aynı Kanunla değişik 72. maddesinde “koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu”, 81. maddesinde “bandrol suçları”, 85/3 maddesinde “mektupların yayınlanması suçu”, 86/2 maddesinde “resim ve portrelerin yayınlanması suçu” ve ek madde 8/5'te ise “veri tabanı yapımcısının haklarına yönelik suçlar” düzenlenmiştir³.

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu 5846 sayılı FSEK'in 1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunla yapılan değişikliği sonucunda hukukumuzda giren ve 2004 tarih ve 5101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yeniden düzenlenen “bir bilgisayar programını koruyan teknik aygıtı etkisiz kılan bir aracı elde bulundurma veya dağıtma suçu”nun karşılığını teşkil etmekteydi⁴.

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunu düzenleyen FSEK'in 5846 sayılı Kanunla değişik 72. maddesinde ise teknolojik koruma tedbirleri olan ve bilgisayar programlarının korunmasına yönelik olarak hak sahiplerince oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmayı amaçlayan ve bu işe yarayan program ve teknik donanımların üretimi, satışı, satışı arzı veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurulmasına yönelik fiiller suç kapsamında değerlendirilmiştir⁵. Biz de bu çalışmamızda bu suç tipini incelemeye çalışacağız.

1 GÜNEŞ, İlhami, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 2008, Sayı: 14, s. 343

2 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞLAR, Yusuf, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklara Yönelik İhlaller, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 28, s. 659-712

3 YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, Fikri Mülkiyet Hukukundan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 163-164

4 Bu hüküm 12.03.2004 tarih ve 5101 sayılı Kanunla değişik eski 73'inci maddenin 1'inci fıkrasının c bendinde “*Yegâne amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticarî amaç için elinde bulunduran veya dağıtan*” şeklinde düzenlenmekte idi.

5 GÜNEŞ, s. 353



I. KORUYUCU PROGRAMLARI ETKİSİZ KILMAYA YÖNELİK HAZIRLIK HAREKETLERİ SUÇU

A. Genel Olarak

Bilgisayar programlarının hukuken korunması ihtiyacı ve korumanın önemi, bunların hayatın her alanında kullanımının yaygınlaşması ve daha önemlisi kolay ve ucuz çoğaltılabilme özelliğine dayanmaktadır. Bilgisayar programlarının bu özelliği ve gündend güne hızla gelişen bilgisayar teknolojilerinin getirdiği imkânların yanı sıra bilgisayar programlarını üretenlerin harcadığı masraf ve emeğin hukuki güvence altında olmamasının sektörde meydana getirmesi muhtemel olumsuz etkiler de bilgisayar programlarının korunmasının gerekliliğini ve önemini açıkça ortaya koymaktadır⁶.

Bilgisayar programları, nitelikleri ve kapasitelerine göre farklılık arz etmekle birlikte, genellikle piyasaya sunuldukları son aşamaya gelinceye kadar yoğun emek ve uzun zamana ihtiyaç duymaktadır. Bununla birlikte, bu nitelikteki programların son kullanıcıları tarafından çoğaltılması ise birkaç CD'ye ve dakikalarla ölçülebilecek kadar az bir zamana mal olmaktadır⁷.

Bu bakımdan bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılması ve kullanılmasının önüne geçmek amacıyla hak sahiplerinin bu bilgisayar programlarının ancak lisanslı kullanıcılar tarafından kullanılmasına olanak veren ve kullanımını bu yönde kontrol altına alan ve kısıtlayan bazı mekanizmaları geliştirdikleri görülmektedir⁸.

B. Korunan Hukuki Değer

Kanun koyucu FSEK m. 72'de düzenlemiş olduğu suç ile dolaylı da olsa fikir ve sanat eseri olarak kabul edilen bilgisayar programlarını ve bu programlar üzerinde hak sahibinin çoğaltma ve kamuya sunma haklarını korumak istemiştir. Buna göre

6 SEVİNÇ, Elif, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 36-37

7 KAYPAKOĞLU, Serhat, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997, s. 19

8 GÜNEŞ, s. 353



“korsanla mücadele” kavramı altında yapılan düzenleme sonucunda madde metnindeki eylemleri yaptırım altına alarak “korsan” diye adlandırılan hukuka aykırı eylem ve sanat eserlerinin çoğaltılması ve bu suretle eser veya bundan kaynaklanan hak sahibinin Kanunda öngörülen manevi ve daha ziyade mali haklarının korunması amaçlanmaktadır⁹.

Bununla birlikte FSEK m. 72’deki bu düzenlemenin fikir ve sanat eserleri ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun konusu, bir bilgisayar programının hukuka aykırı çoğaltılmasını sağlayacak programlar veya teknik donanımlar değil; hukuka aykırı çoğaltmayı engelleyecek ilave programları etkisiz kılmayı sağlayacak program ve donanımlardır¹⁰. Bu bakımdan bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanıma karşı işlenebilecek bir suç ancak bu program veya teknik donanımın üretici yahut dağıtıcılarını ilgilendirecek bir durumdur. Bu nedenle madde metnindeki fillerin suç olarak düzenlenmesi fikir ve sanat eserlerine esaslı bir koruma getirmemektedir¹¹.

C. Suçun Faili

FSEK m. 72’de düzenlenen koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun faili suç teşkil eden hareketi yapan kişidir. Buna göre bahse konu suç herkes tarafından işlenebilen suçlardandır ve maddede belirtilen hareketleri yapmış olan herkes bu suçun faili olabilir. İlgili madde metninde suç teşkil eden eylemler sayıldıktan sonra bu eylemleri işleyen “kişi... cezasıyla cezalandırılır” demek suretiyle failde herhangi bir özellik aranmadığı belirtilmektedir.

Bununla birlikte FSEK m. 81/son “*Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü*

9 YAZICIOĞLU, s. 423; TURAN, H. Selcen, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 246

10 TURAN, s. 246

11 YAZICIOĞLU, s. 419-420; ÖZDERYOL, Teknail, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 187-188; TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 318



güvenlik tedbirlerine hükmolunur” hükmüne yer vermektedir. Bu bakımdan koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun tüzel kişilerin faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda söz konusu tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere mahsus güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir¹².

Diğer taraftan tüzel kişilerin faaliyeti kapsamında işlenen suçların faili olan gerçek kişilerin tespitinde ise uygulamada özellikle işletmeyi fiilen idare edenler usulsüzlüğün meydana gelmesinde asıl sorumlu kabul edilmekte, bunun yanında sorumluluk isnat edilebildiği takdirde tüzel kişi ortakları ve yetkili temsilcileri de suç faili olarak cezalandırılmaktadırlar¹³.

D. Suçun Mağduru

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunda mağdur, özellik gösterir; zira bu suçun mağduru ancak belirli kimseler olabilmekte, herkes bu suçun mağduru olamamaktadır. FSEK m. 72’de suç mağduru, bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave program konusunda “hak sahibi” kimse olarak belirlenmiştir. Bu nedenle bu suç mağdur sıfatı yönünden mahsus suç niteliğindedir¹⁴.

E. Suçun Maddi Unsuru

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun maddi unsuru 5728 sayılı Kanunla değişik 5846 sayılı FSEK’in 72’nci maddesinde sayılmıştır. Buna göre; bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üretmek, satışa arz etmek, satmak veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmamak bu suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bilgisayar programının bilgisayarda veya CD, DVD veya USB gibi bir

12 Aksi görüş için bkz. YAZICIOĞLU, s. 424; Yazara göre; madde metninde belirtilen kusurlu hareketleri yapabilme yeteneği insana özgü bir özellik olduğundan bu suçun da faili ancak insan olabilir; tüzel kişiler ise bu suçun faili olamazlar.

13 TURAN, s. 248-249

14 YAZICIOĞLU, s. 425; TURAN, s. 249



depolayıcıda bulunması suçun oluşmasına engel teşkil etmemektedir¹⁵.

Bilgisayar programı 5846 sayılı FSEK m. 1/B'de “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 çalışmaları” şeklinde tanımlanmıştır. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Fikri Haklar Anlaşması'na göre ise bilgisayar programını, "makinenin okuyabileceği bir taşıyıcıya yükledikten sonra, bilgi işleme yeteneğine ehil böyle bir makinenin belirli bir işlev veya görevi yerine getirmesini ya da belirli bir sonuca ulaşmasını sağlayabilen komutlar dizini” şeklinde tanımlamaktadır¹⁶.

Bilgisayar programlarının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasını engellemek için üretilen programları kısıtlayan programların başında crack programlar veya çeşitli kopyalama programları gelir. Crack programlar ya da “kırılmış programlar” deyiminden ücretli yazılımları yani bilgisayar programlarını ücretsiz kullanmayı sağlayan “program kırıcıları (cracker)” tarafından yazılmış bilgisayar programları anlaşılır. Teknik donanım ise her halde elektronik özellikli olan cihazlardır. Zira bilgisayar programı dijital özellikli olduğundan elektronik ve hatta informatik özelliği olmayan teknik donanımın bilgisayar programlarının kısıtlanmasında bir özelliği bulunmaz¹⁷.

Maddedeki üretmek fiili hem etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı meydana getirmek, tasarlamak, programlamak, oluşturmak eylemlerini; hem de bu özellikteki bir program veya teknik donanımı çoğaltmak, aynı işlevi gören kopyalar çıkartmak eylemlerini içermektedir. Diğer taraftan etkisiz kılmaya yönelik program ve teknik donanımı satmak madde metninde suç olarak düzenmiş olmasının yanı sıra henüz satış işleminin gerçekleşmediği süreçte satışa arz eylemi de suç kapsamına dâhil edilmiştir¹⁸.

15 KARAGÜLMEZ, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 165

16 EROĞLU, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 2

17 YAZICIOĞLU, s. 427

18 TURAN, s. 249; Yazara göre; bu tür program veya teknik donanımların satış işlemine konu edilmeksizin dağıtılması da korunmak istenen hukuki yararı zedeleyeceğinden, madde



Elinde bulundurmak deyiminden ise madde metninde belirtilen bilgisayar programı veya teknik donanım hakkında failin malikmiş gibi hareket edebilecek şekilde zilyetliğinde bulundurması kastedilmektedir. Ancak failin elinde bulunan bilgisayar programı veya teknik donanımın kişisel kullanımın dışında bulunması gerekmektedir¹⁹.

Öğretide bir görüşe göre²⁰; kişisel kullanım amacının FSEK m. 38 hükmü uyarınca mali haklara tecavüz suçlarını içeren FSEK m. 71 kapsamındaki bazı suçlar için hukuka aykırılığı ortadan kaldıracabileceği kabul edilebilirse de FSEK m. 72'de düzenlenen bu suç için bir hukuka uygunluk sebebi olamaz. Zira koruma altına alınan “etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanım” olmadığından FSEK m. 38 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan bilgisayar programları kişisel kullanım amacıyla çoğaltma serbestisinin istisnaları arasında kabul edilmektedir²¹. Dolayısıyla, hukuka uygun olmayan çoğaltmayı engelleyen programın etkisiz kılınmasına yönelik hareketlerin yol açabileceği durum hukuka uygunluk sebebi içeren bir çoğaltmaya değil, her halükarda hukuka aykırı çoğaltmaya yönelik olacaktır. Bu sebeple “etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı” kişisel kullanım amacıyla dahi elinde bulundurmamak suç ile korunmak istenen hukuki yararı zedeleyecek nitelikte olduğundan madde metninde belirtilen “kişisel kullanım amacı” istisnası yerinde değildir.

metninde sadece satış veya satışa arz kanalıyla dağıtımdan bahsedilmiş olması eksik bir düzenlemedir.

19 YAZICIOĞLU, s. 428-429; Yazara göre; 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki FSEK m. 73/1-c'de belirtildiği üzere failin elinde bulunan bilgisayar programı veya teknik donanımın ticari bir gaye ile bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan bir arkadaşının ürününü zilyetliğinde bulundurmamak veya başkasına vermek için bir ürüne geçici bir süre sahip olmak elinde bulundurmamak kavramı için yeterli olmaz. Elinde bulundurmamak failinin oluşabilmesi için failin malikmiş gibi ürün üzerinde tasarruf edebilme olanağının bulunmasını aramak gerekir.

20 TURAN, s. 247-248

21 Bu husus öğretide tartışmalı olmakla birlikte; ağırlıklı görüş; bilgisayar programlarının şahsi kullanım amacıyla da olsa üçüncü kişilerce çoğaltılmayacağı yönündedir. Bkz. DALYAN, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 163; EROĞLU, s. 83 v.d.; Aksi görüşe göre ise; FSEK m. 38/1 bilgisayar programları bakımından da uygulanmalıdır ve bu kapsamda, bilgisayar programları da dahil olmak üzere tüm fikir ve sanat eserlerinin kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak bu halde dahi çoğaltma, hak sahibinin menfaatlerine haklı bir neden olmaksızın zarar vermemeli ve eserden normal yararlanma kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. KAYPAKOĞLU, s. 105



Bununla birlikte FSEK m. 72'de hukuka uygunluk sebebi olarak belirtilen “kişisel kullanım amacıyla bulundurma”nın FSEK m. 38'deki “kişisel kullanım amacıyla çoğaltma” istisnasıyla bir ilgisinin olmadığı kanaatindeyiz. Zira FSEK m. 72'de FSEK m. 38'e herhangi bir atıf olmadığı gibi “kişisel kullanım amacıyla bulundurma” eylemi her zaman “kişisel kullanım amacıyla çoğaltma” eylemini beraberinde getirmez. Bu nedenle madde metninde belirtilen bilgisayar programı veya teknik donanımı “kişisel kullanım amacıyla elinde bulunduran” kimsenin bu bilgisayar programı veya teknik donanımı çoğaltmadığı sürece hukuka uygunluk nedeninden faydalanmasında herhangi bir tereddüt ve isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu bakımdan FSEK m. 72'de “kişisel kullanım amacıyla bulundurma”nın bir hukuka uygunluk sebebi olarak belirtilmesini isabetsiz bulan yukarıdaki görüşe katılmıyoruz²².

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu bağlı hareketli bir suç tipidir. Buna göre, bahse konu suçun oluşabilmesi için kanuni tanımda belirtilen bilgisayar programlarını koruyan ilave programlarını etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik programların üretilmesi, satışa arz edilmesi, satılması veya kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurması hareketlerinin yapılması gerekir²³. Diğer taraftan bahse konu suç, madde metninde belirtilen hareketlerden birinin yapılmasıyla gerçekleşeceği için seçimlik hareketli, hareketin yapılmasıyla netice de meydana geleceği için neticesi harekete bitişik, oluşumu için zarar şartı aranmaması nedeni ile ise tehlike suçu niteliğindedir²⁴.

F. Suçun Manevi Unsuru

5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki FSEK m. 73/1-c'de düzenlenen “bir bilgisayar programını koruyan teknik aygıtı etkisiz kılan bir aracı elde bulundurma veya dağıtma suçu”nun oluşumu için bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı “ticari amaç

22 Kişisel kullanım amacıyla bulundurmanın bu suç bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi olduğu hususu hakkında ayrıca bkz. KARAGÜLMEZ, s. 165

23 YAZICIOĞLU, s. 426; Aksi görüş için bkz. ÖZDERYOL, s. 189

24 ÖZDERYOL, s. 189



için” elinde bulundurmak veya dağıtmak gerektiğinden dolayı bu suç ancak özel kastla işlenebilmekteydi²⁵. Ancak 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “ticari amaç” şartı madde metninden çıkartıldığı için bu suçun genel kastla işlenebilen suçlardan olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte bu suç taksirle işlenebilen suç tiplerinden değildir. Buna göre fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak bu suçu işleyemez. Ancak bahse konu suç olası kast ile işlenebilir. Ancak bu suçun olası kast ile işlenebilmesi, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlarının somut olayda gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, failin fiili gerçekleştirmesi halinde söz konusu olur²⁶.

G. Hukuku Aykırılık Unsuru

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunda hak sahibinin izni eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Hak sahibinin izninin yazılı olması hususunda Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği uygunluk sebebi olarak kabul edilen izin “yazılı” veya “sözlü” olabileceği gibi “sarih” veya “zımni” olarak da verilmiş olabilir.

H. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

FSEK m. 72’de düzenlenen ve yukarıda maddi unsurları belirtilen koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu, sırf hareket suçu yani neticesi harekete bitişik suç olduğundan teşebbüse uygun bir suç tipi değildir. Ancak, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte failin hazırlık hareketlerini gerçekleştirmekle birlikte icra hareketlerine başlamadığı hallerde ise söz konusu suça teşebbüs de gerçekleşmiş sayılmayacaktır.

25 HAFIZOĞULLARI, Zeki, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, AÜHFD, Yıl: 2000, Cilt: 48, Sayı: 1-4, s. 14

26 YAZICIOĞLU, s. 431



2. İştirak

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu, iştirak konusu bakımından herhangi bir özellik göstermeyip genel hükümlere tabidir. 5237 sayılı TCK'nın 37 vd. maddelerindeki iştirake ilişkin düzenlemeler burada da tatbik edilecektir. Buna göre bu suç tek faille gerçekleştirilebileceği gibi birden çok fail tarafından müştereken de işlenebilir. Bu durumda fiili birlikte gerçekleştiren kimseler müşterek faillik (TCK m. 37/1) esasına göre sorumlu olurlar. Diğer taraftan suçun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirmeyen ve fakat suç işleme konusunda faile karar verdirenler “azmettirme” (TCK m. 38), suçun işlenmesine yardım edenler ise “yardım etme” (TCK m. 39) esaslarına göre sorumlu olurlar.

3. İçtima

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunu oluşturan çeşitli fiillerin tümü FSEK m. 72'de düzenlendiğinden bu fiillerin tamamı koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun seçimlik hareketini oluşturmakta, bu hareketlerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, birden fazla hareketin bir arada gerçekleştiği durumlarda dahi, seçimlik hareketli suçun niteliği gereği ortada daima tek bir suçun varlığı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte FSEK m. 72 uyarınca bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasını engellemek amacıyla üretilen bir bilgisayar programını bertaraf etmek için bir bilgisayar programı üretilse ve bu program kullanılmak suretiyle bir bilişim sistemine izinsiz olarak girilse yahut bilişim sistemindeki veriler bu program sayesinde değiştirilse ya da yok edilse, bu takdirde FSEK m. 72'deki suç dışında 5237 sayılı TCK'nın 243 ve 244'üncü maddelerinde yer alan “bilişim sistemine girme suçu” ve/veya “sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu”da ayrıca söz konusu olabilecektir²⁷.

27 YAZICIOĞLU, s. 434



I. Görev ve Kovuşturma

5846 sayılı FSEK m. 76 uyarınca hak sahibinin manevi haklarına tecavüz hallerinde davaya bakmakla görevli mahkeme Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleridir. Bununla birlikte ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yetkilendirilecek Asliye Ceza Mahkemeleri davaya bakmakla görevlidir.

* Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 10.11.2009 tarih,

2007/16776 Esas, 2009/13083 Karar sayılı kararı²⁸

“4630 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değişik 5846 sayılı Yasa'nın 76. maddesinin 1. fıkrası (Bu kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenir) hükmü gereğince Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın 26.03.2001 tarih ve 335 sayılı kararı (5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı Kanun'la değişik 76. maddesi) gereğince bu kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalara, dava konusunun miktarına göre ve kanunda gösterilen cezaların derecesine bakılmaksızın görevli ve yetkili mahkeme olarak,

İstanbul ilinde Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin bu kanundan kaynaklanan hukuk davaları için Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin de bu kanundan kaynaklanan ceza davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesi ve yargı çevresini İstanbul ili mülki hudutları olarak tespit edilmesine,... karar verilmiş olup, Yüksek Kurul'un 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı da aynı yönde bulunduğundan, görevsizlik kararı verilip

28 Bkz. Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası/Yargıtay Kararları



dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi gerekirken, yargulamaya devam edilerek yazılı şekilde karar verilmesi...”

FSEK m. 75 uyarınca aynı kanunun 72. maddesinde düzenlenen koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu takibi şikâyete bağlı suçlardandır. Bir muhakeme şartı olan şikâyet suçtan zarar görenin yetkili makamlara müracaat ederek işlenen suçtan zarar gördüğünü ve söz konusu suç faillerinin kovuşturularak cezalandırılmasını istemesidir. Şikâyet hakkı koruyucu program üzerinde hak sahibi kişiye aittir²⁹. Bununla birlikte yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet Başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığına verilmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir³⁰.

FSEK m. 75/2’de 5728 sayılı Kanunla hak sahiplerinin haklarını takip etmelerine yardımcı olacak yeni bir olanak öngörülmüştür. Buna göre, bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler. Bu anlamda şikâyete tabi olan bu suçun tespiti halinde bir ihbar ve bilgilendirme sistemi kurulmaktadır³¹.

* Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 14.04.2009 tarih,

2009/1767 Esas, 2009/6608 Karar sayılı kararı³²

“5846 sayılı Yasanın soruşturma ve kovuşturma usulünü düzenleyen 75. maddesindeki "71 ve 72. maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak

29 YENİDÜNYA, Ahmet Caner, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2006, Cilt X, Sayı 3-4, s. 270

30 BAŞLAR, s. 683

31 GÜNEŞ, s. 354

32 Bkz. Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası/Yargıtay Kararları



sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet Başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikayet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığına verilmemesi halinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir." ve "Bu kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere, ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve mali hak sahibi kişiler şikayet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler." hükümleri dikkate alınarak, 5271 sayılı Yasa'nın 234/2. maddesi ve 5846 sayılı Yasa'nın 5728 sayılı Kanun'un 140. maddesi ile değişik 75. maddesi gereğince, eserler üzerinde hak sahipleri olan suçun mağdurları davadan haberdar edildikten sonra yasal sürede şikayet hakkı bulunanlardan biri ya da bir kısmı tarafından şikayette bulunulması ve hak sahibi olduğunun ispatlanması halinde...",

FSEK m. 75/2'de öngörülen "haberdar etme"ye ilişkin hüküm, emredici bir hükümdür. Uygulamada yaşanacak sıkıntılar gerekçe gösterilerek bu yükümlülüğün yerine getirilmesinden kaçınılamaz. 5846 sayılı Kanunun 71 ve 72. maddelerinde öngörülen suçlar takibi şikayete bağlı suçlardır ve uzlaşmaya tabidir. Bu suçlar hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yargının inisiyatifi yoktur. Her ne kadar Cumhuriyet savcılıkları veya mahkemeler tarafından, FSEK m. 75/2'de belirtilen kurum veya kişilere yazılı bildirim yapıldıktan sonra Cumhuriyet savcılığı veya mahkeme bu mükellefiyeti yerine getirmiş olacaklarsa da Kültür ve Turizm Bakanlığının, kayıt ve tescil edilmeyen eserler açısından eser sahiplerini veya adreslerini bilmemesi, hak sahiplerini haberdar etmek için oluşturulması gereken sistemi kurmak ve kanundan kaynaklanan mükellefiyetleri yerine getirmeye ilişkin alt yapıyı oluşturmak hususundaki mükellefiyetler bir takım problemleri ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, eserlerin hepsi zorunlu kayıt ve tescile tabi değildir. Bu nedenle Kültür ve Turizm Bakanlığının da adreslerini ve kimliklerini bilmediği eser sahiplerinin olduğu bir ortamda kayıt ve tescilli olmayan eser sahiplerine nasıl ulaşılacağı



hususundaki sorunlar mevcut FSEK m. 75/2 hükmü ile çözülebilecek nitelikte değildir³³.

Bu bakımdan mevcut düzenlemenin bu haliyle yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira bir arama sonucunda elde edilecek pek çok sayıdaki suça konu eserin veya koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımın bu nispette mağdurunun olduğu hallerde bu durumun mahkemeleri ve savcılıkları mağdur tespiti hususunda bir çıkmaza sokacağı ve yargılama faaliyetlerine olumsuz tesir edeceği muhakkaktır.

SONUÇ

Bilgisayar sektörünün sürekli gelişim ve değişime açık olmasının yanı sıra konunun teknik yönünün oldukça ağır olması konuya ilişkin hukukî düzenleme getirilmesi bakımından sorunlara neden olmaktadır. Oysa bilgisayar programlarının üretiminin özendirilmesi ve bilgisayarların toplumun ekonomik ve sosyal gelişiminde oynadığı rolün güçlendirilmesi bakımından yazılım sektörünün hukukî güvence altında olması büyük önem taşımaktadır. Ayrıca, yazılım üreticilerinin, rakip firmaların, kullanıcıların ve bir şekilde pazarda etkili olan tüm aktörlerin yazılım sektörünü düzenleyen açık ve etkili kurallara bağlı hukukî korumanın sağlanmasında ortak menfaatleri söz konusudur. Programların etkili hukukî koruma altında olması gerekliliği artık tartışılmamaktadır. Tartışma konusu, bilgisayar programlarına sağlanacak, teknik ve sözleşmesel koruma imkânları veya haksız rekabet hükümleri gibi tali nitelikli koruma olanaklarının yanında, asli korumanın belirlenmesidir. Bir fikir ürünü olan bilgisayar programının, fikrî haklara ilişkin temel nitelikli uluslararası sözleşmelerde de hüküm altına alındığı gibi edebi eser olarak telif hakları çerçevesinde korunması kabul gören yaklaşımdır³⁴. Bu bağlamda bilgisayar programlarının ve bu programların hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımların cezai anlamda korunması da büyük önem arz etmektedir.

33 FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR YARGI İSTİŞARE GRUBU BİRİNCİ TOPLANTISI, http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/FSH_bildiri_Nov_2008.pdf. s. 24-25, İET: 08/12/2012

34 SEVİNÇ, Elif, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 139-140



5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu genel ceza yasalarıyla uyum sağlanması amacıyla en son 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı yasa ile kapsamlı şekilde değiştirilmiştir. Bununla birlikte son yapılan değişikliklerde uygulamaya yönelik somut bazı sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. Her ne kadar bahse konu yasal düzenlemelerin somut olaylar üzerindeki yansımaları zaman içerisinde Yargıtay içtihatları ile uygulama birliğine kavuşabileceği düşünülmekte ise de FSEK'te sık aralıklarla gerçekleşen bu nevi değişiklikler dava dosyalarının Yargıtay tarafından esaslı şekilde incelenmesine imkân vermemektedir.

Bahse konu yasada yapılan değişiklikler sonrasında Yargıtay önüne gelen dosyaların esasa girilmeksizin bozularak ilk derece mahkemelerine gönderilmesi, yasal düzenlemelerdeki aksaklıkların içtihatlarla düzene girmesi için bir süre daha beklenilmesi gerektiği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Gerçekten de yasa bozmalarının çoğu, FSEK m. 75'te gerçekleşen yasa değişikliği sonucunda FSEK m. 71 ve 72'de düzenlenen ve şikâyete bağlı olan bu suçların mağdurlarının araştırılarak söz konusu eylemler nedeniyle şikâyetçi olup olmadıklarının tespit edilmesi ve buna göre hüküm kurulması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Bu durum ise ilk derece mahkemelerinin mağdur tespiti hususunda çıkmaza girmelerine neden olmaktadır. Zira bir arama neticesinde elde edilen suçla ilgili fikri ürünler nedeniyle sayısız mağduru ortaya çıkabildiği bir ortamda mahkemelerin bu mağdurları tespit etmeleri ve neticeye göre hüküm kurmaları pek de kolay olmamaktadır³⁵.

Son olarak 5728 sayılı yasa ile değiştirilen ve koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunu düzenleyen 5846 sayılı FSEK'in 72. maddesi kapsam itibarıyla de oldukça dar ve sadece bilgisayar programlarına ilişkin bir düzenleme olup Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'ni karşılamaktan uzaktır. Bu bakımdan bu maddenin kapsamı 2001/29/AT sayılı Direktife uyacak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir³⁶.

35 BAŞLAR, s. 710

36 FİKRİ VE SINAİ HAKLAR YARGI İSTİŞARE GRUBU BİRİNCİ TOPLANTISI,
<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>



KAYNAKÇA

BAŞLAR, Yusuf; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklara Yönelik İhlaller, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 28, s. 659-712

DALYAN, Şener; Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009

EROĞLU, Sevilay; Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002

FİKRİ VE SINAI HAKLAR YARGI İSTİŞARE GRUBU BİRİNCİ TOPLANTISI, http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/FSH_bildiri_Nov_2008.pdf. s. 24-25, İET: 15/07/2012

GÜNEŞ, İlhami; 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 2008, Sayı: 14, s. 339-355

HAFIZOĞULLARI, Zeki; Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, AÜHFD, Yıl: 2000, Cilt: 48, Sayı: 1-4, s. 1-14

KARAGÜLMEZ, Ali; Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011

KAYPAKOĞLU, Serhat; Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997

ÖZDERYOL, Teknail; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

SEVİNÇ, Elif; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007



Yusuf BAŞLAR

TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004

TURAN, H. Selcen; Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012

YENİDÜNYA, Ahmet Caner; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2006, Cilt X, Sayı 3-4, s. 237-272

YAZICIOĞLU, R. Yılmaz; Fikri Mülkiyet Hukukundan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009

MEŞE YAZILIM İÇTİHAT VE MEVZUAT BANKASI/YARGITAY KARARLARI