

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA AKDİ VE TEKNİK KULLANIM SINIRLAMALARI VE KULLANICININ HUKUKİ KONUMU

*Yrd.Doç.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM**

I. GİRİŞ

Bilgisayar programlarının¹ geliştirilmesinin oldukça pahalı, yoğun emek ve sermaye gücü gerektirmesi buna karşılık kopyalarının çıkartılmasının son derece kolay ve masrafsız olması program üreticisi firmaları kanuni tedbirlerin yanında sözleşmeye konulan kayıtlar ve tekniğin sunduğu imkanlar ile haksız kopya üretmeyi önlemeye yönelik bir çaba içerisine sokmuştur. Üretici firmaların aldıkları tedbirler genellikle programların kopyalanmasını engelleyen düzeneklerin program içerisine konulması ve kullanım sınırlamaları getirmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu çabanın çoğu kez “her donanuma bir program” hatta “değişen donanuma değişen ücret” şeklinde özetlenebilecek, program üreticilerinin kârlarını artırma ve programı daha çok kişiye satma çabasına dönüştüğü ve bu arada kullanıcıların yasalarla sağlanan haklarının dahi zarar görmesine yol açtığı gözlemlenmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu çabalar hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde koruma görmelidir. Çatışan menfaatleri dengelemek ve adilane bir çözümlü sunmak hakime düşen en önemli görevdir. Zira toplumsal hayatta bilgisayar program üreten firmaların akla hayale gelmedik yöntem ve şartlarla bilgisayar programlarını devrettikleri, bu şartların tüketicilerin menfa-

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-Mail: mfadil@atauni.edu.tr.

¹ Bilgisayar programlarının gayri maddi bir mal olduğu 4822 Sayılı, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Kanunkoyucu tarafından benimsenmiştir (m.3, b). Hemen belirtmek gerekir ki böyle bir belirleme isabetsiz olmuştur. Henüz yerleşmemiş bir görüş aceleci bir tutumla yasal düzenlemeye aksettirilmiştir. Türk-İsviçre hukukunda, Alman Medeni Kanunu'nun önceki düzenlemesinde oldukça önem taşıyan bir konu olan “hak satımı, şey satımı” ayrımı önem taşımamaktadır. İktisadi değer taşıyan her türlü varlık maddi varlığa sahip olsun veya olmasın satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir.

atlerini aşırı ölçüde kısıtladıkları görülmektedir². Fazlaca bilinen bir konu olmadığından dolayı bilgisayar programı kullanan kişi ve firmaların büyük bir telaşa kapıldıkları, ne olduğunu anlamadan programlara el konulduğu ve kişilerin mağdur edildiği görülmektedir.

Diğer yandan program üreticisi firmaların etkili kulis faaliyetleri ile istedikleri gibi yasal düzenlemelerin yapılmasını sağladıkları tüm dünyada gözlenmektedir. Her hukukçu bilir ki, yasa demek hukuk demek değildir; her ne kadar yasal bir temele bağlanmış olsa da hukuk hissiyatını inciten düzenlemeler, zamanla ayıklanacaktır. Zira ekonominin globalleşmesi hukuk sistemlerinin de globalleşmesi sonucunu doğurmuş, dünya piyasalarına hakim olan firmalar, ürünlerinin hukuki akıbetlerini de belirleme noktasında etkin bir rol üstlenmişlerdir. Geleneksel noktada Amerika Birleşik Devletlerinin bilgisayar ve bilgisayar program piyasasına hakim olduğu görülmekte olup, sektörün hukuki rejimini de büyük ölçüde Amerikan hukuku şekillendirmekte³; kıta avrupalı hukuk kültürü ile anglo-amerikan hukuk kültürünün mücadelesine şahit olunmaktadır.

II. BİLGİSAYAR PROGRAM SÖZLEŞMELERİNDE KARARLAŞTIRILAN BAZI KULLANIM SINIRLAMALARI

Bilgisayar programlarında sıklıkla karşılaşılan kullanım sınırlamaları CPU-Şartları, yani, devredilen programın ancak tek bir merkezi işlem ünitesinde kullanılabilecek olması, programın hiçbir biçimde çoğaltılamaması, programın paralel yararlanmaya imkan verecek ağ kurulumlarında kullanılmaması, tekrar devir yasağı ve sürüm sınırlamaları şeklinde kabaca belirlene-

² Kullanıcının çoğaltma hakkı ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz., Marly, J., Softwareüberlassungsverträge, München 1991, Rdn. 648 vd. Ayrıca bkz., aynı yazar, Das Recht des Anwenders zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Computersoftware, Teil II, JurPC 1989, 54 (Eser İnternet ortamında www.jurpc.de arşivinden temin edilebilir); Yıldırım, M.F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999, s. 133 vd.

³ Amerikan hukuku ile Kıta Avrupa'sı sözleşme hukuku arasındaki temel bir farklılık sözleşme metninin hazırlanmasında ve kapsamında kendisini göstermektedir. Amerikan hukukunda sözleşme metninin çok geniş, hemen hemen her ihtimali kapsar biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Zira sözleşme metninde yer almayan bir hak, yazılmamış bir husus varsa, kanun-icabı yedek hukuk kuralları devreye girmemektedir. Halbuki Kıta Avrupa'sı hukukunda tarafların düzenlemedikleri alanlarda yedek hukuk kuralları devreye girer ve uygulama alanı bulur. Geniş bilgi için bkz., Seffert, A., Gestaltung von Softwarelizenzverträgen, Informationstechnologie-Rechtsberater, (ITRB) 2002, 245 vd. Bu yazara göre bilgisayar program lisans sözleşmeleri rejimi bakımından Birleşik Devletler hukuku ile Alman hukuku birbirine benzemektedir. Bununla birlikte Amerikan hukukuna ilişkin bazı hükümlerin ancak bir takım değişikliklerden sonra kabul göreceği belirtilmektedir. Örneğin Amerikan hukukunda satıcının sorumsuzluk kayıtları "kasten verilen zararları" dahi içerirken, Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde borçlunun kasten ve ağır ihmali sonucu verdiği zararlardan sorumsuzluğunu öngören kayıtlar geçersizdir (BK. m. 99; BGB § 309).

bilir⁴. Bu sınırlamaları artırmak mümkün ise de, çalışmamızı bu sınırlamalara hasrediyoruz.

A. DEVİR VE TEMLİK YASAĞI

Bilgisayar programlarının yer aldığı bir paket incelendiğinde paketin arka yüzüne iliştilivermiş “lisans şartları” “lisans anlaşması” başlığı altında sıklıkla yer verilen kullanım sınırlamalarından birisi programın bir başka kişiye devir ve temlik edilemeyeceğidir⁵. Buradaki devir sözcüğünden maksat, kullanılmak üzere başkasına verilmesi hallerini de kapsayan karşı tarafı malik kılmamakla birlikte ona programı kullanım hakkı veren sözleşme yapıları anlaşılır. Bir başka ifade ile bir başkasını program üzerinde vasıtasız zilyet konumunu sağlayan anlaşmalar bu kullanım sınırlaması ile yasaklanmaktadır. Kira, kamuya ödünç verme, ariyet, finansal kiralama sözleşmeleri bu kapsamda yasak işlemlerdir⁶.

Temlik deyiminden ise satım, trampa, bağışlama gibi, sözleşme konusu üzerindeki mülkiyet hakkının karşı tarafa geçirilmesi sonucunu doğuran işlemler anlaşılır ve söz konusu kullanım sınırlaması ile yasak işlemler arasındadır⁷.

B. PROGRAM KOPYASININ ÇIKARTILMASI YASAĞI

Bilgisayar programlarının geliştirilmesi ne kadar zahmetli ve masraflı bir iş ise, kopyalanması da o denli zahmetsiz ve masrafsızdır. Bu sebeple bilgisayar program üreticilerinin korkulu rüyası olan haksız kopya çıkartılmasını engellemek için teknik mekanizmaların yanı sıra sözleşmelere bu yönde de hükümler koymaktadırlar. Buna göre haksız olarak yaratılan her kopya program, sözleşmenin ihlali sayılır ve borca aykırı davranan kişi, bu sebeple karşı tarafın uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalır.

C. BİLGİSAYAR PROGRAMININ ANCAK YENİ BİR BİLGİSAYARLA BİRLİKTE VERİLMESİ

Bilgisayar programı üreten firmaların lisanslı program kullanmayı özendirmek üzere çeşitli pazarlama teknikleri izledikleri görülmektedir. Bu teknik-

4 Polley, R., *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, CR 1999, 346 vd. Ayrıca bkz., Wächter, M., *Was bedeutet Überlassung von Standardsoftware: Ablieferung von Software, Einräumung eines Nutzungsrecht oder Softwareeinführung beim Kunden*, JurPC Web-Dok. 242/2000, Abs. 34 vd. (www.jurpc.de/aufsatz/20000242.htm). Yazar sonuç olarak “devir (=überlassung)” terimini “yararlanma hakkının sağlanması” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (Abs. 152).

5 Polley, CR 1999, 346.

6 Hören, T., *Softwareüberlassung als Sachkauf*, München 1989, Rdn. 176.

7 Hören, Rdn. 144.

lerden birisi, yeni bir bilgisayar⁸ (donanım) alanlar için diğerlerine nazaran daha düşük tutulan bir bedel öngörülen OEM sürümü⁹ bilgisayar programlarının üretilmesidir¹⁰. OEM sürümü bilgisayar programları da tıpkı normal sürüm programın işlevlerine sahiptir; tam versiyonuna nazaran eksikliği yoktur. Programın fiyatı daha uygun olmakla birlikte programın içine konulduğu poşet ve programa eklenen dokümanlar bakımından da çeşitli farklılıklar arz edebilmektedir. Yalnız programın bu versiyonuna ancak yeni bir bilgisayar donanımı alanların sahip olmaları istenmektedir. Programı geliştiren firmalar, yeni bir bilgisayar ile birlikte iktisap edilmemiş OEM sürümlerinin kullanıcılarını söz konusu kullanım sınırlamasına dayanarak, haksız kullanıcı saymak istemektedirler. Buna göre, daha ucuz olduğu için yeni bir bilgisayar programı almamakla birlikte bir programın OEM sürümünü satın alan kişi haksız kullanıcı durumuna düşürülmek istenmektedir.

8 Esasen lisans şartları arasında yer alan “yeni bir PC ile birlikte verilir” ifadesi de yoruma muhtaçtır. Bir PC’den bahsedebilmek için hangi donanım konfigürasyonuna sahip olması gerektiği ve “yeni” kavramının neyi ifade ettiği tartışmalıdır. Witte, A., Urheberrechtliche Gestaltung des Vertriebs von Standardsoftware, CR 1999, s. 68.

9 OEM, “Original Equipment Manufacturers” ifadesinin kısaltılması olup, orijinal bilgisayar donanımı üreten ve bu bilgisayarla birlikte programı pazarlayan büyük firmalar için üretilmiş programlarını ifade etmek üzere OEM-Version ifadesi kullanılmaktadır. Bkz., Witte, CR 1999, 65, dipn. 9; Bachofer, T., Der OEM-Vertrag, CR 1988, 1. OEM-Sözleşmesi ise, iki imalatçı arasında yapılan bir sözleşme olup, bu sözleşme uyarınca imalatçılardan biri diğer firmanın gereksinim duyduğu orijinal parça üretmektedir. Bilgisayar sektöründe ise, donanım üreticisi firmalar donanımda kullanılacak programı belirli bir firmaya üretirmekte, bu iki ürünü birlikte pazarlamaktadırlar. Sözleşmenin hukuki niteliği ve tip sözleşme örneği için bkz., Bachofer, CR 1988, 2 vd., 9.

10 Bu tür sürüm yönteminin OEM partneri ve imalatçılar için bir çok bakımdan yararı vardır. Örneğin OEM partnerleri, kendileri bu ürünü üretmek zorunda kalmadan, söz konusu programı kendi ürünlerine monte ederek, ürünlerinin pazar imkanlarını artırmaktadırlar. Müşterileri tek elden memnun etmelerinden dolayı satışlar ve kazanç artmaktadır. İmalatçılar bu yöntemle kullanıcıların lisanssız ürüne yönelmelerinin önüne geçmekte, belirli bir firmaya ait ürünlerin piyasaya daha kolay hakim olmasının önü açılmaktadır. Örneğin, Windows XP’yi bu yolla edinen kullanıcı, aynı firmanın diğer ürünlerini de uyumlu olduğu gerekçeyle daha rahat edinebilmektedir. Bu durum firmanın pazar ve kazanç şansını son derece olumlu etkilemektedir. Geniş bilgi için bkz., Bock, T., Beschränkung der Erschöpfungswirkung am Beispiel der OEM- und DSP- Software, www.uni-leipzig.de/urheberrecht/ressrc/material/seminare/digiurhr/bock-oem-software.pdf, s. 1-2. OEM sürümü esasen, sürüm yöntemi çeşitlerinden (=Aufspaltung von Verbreitungsrecht) birisidir. Genel olarak sürüm yöntemlerinin bölünüp bölünmeyeceği ve sınırları hakkında geniş bilgi için bkz., Witte, CR 1999, 65 vd. Yayma hakkının diğer şekillerine örnek olarak, okul lisansları ve tüm biçimleri ile güncelleme işlemleri verilebilir. Sorun işte buradadır: Böyle bir bölümlenme acaba tükenme ilkesinin istisnasını oluşturacak mıdır? Bir diğer ifade ile söz konusu bölümlenmelere aynı etki tanınacak mıdır? Sorun bir başka çalışmanın konusunu oluşturacak kadar kapsamlı bir incelemeyi gerektirdiğinden, burada yalnızca temas etmekle yetiniyoruz.

D. BİR PROGRAMIN İKTİSABININ ÖNCEKİ SÜRÜMÜNÜN GEÇERLİ BİR BİÇİMDE İKTİSABINA BAĞLANMASI

Bilgisayar program kullanıcılarının lisanslı program kullanımını sağlamak için geliştirdikleri yöntemlerden birisi de devralınan üst sürüm bir programın devralıcısının programın haklı kullanıcı sayılabilmesi için programın daha önceki sürümünün de lisanslı kullanıcısı olma şartını aradıkları görülmektedir. Örneğin, Windows 98'den XP sürümüne terfi etmek isteyen kişi XP sürümünün lisanslı kullanıcısı olsa dahi, böyle bir kayıt öngörülmüş ise Windows '98 sürümünün de lisanslı kullanıcısı olması gerekecektir.

E. PROGRAMIN ANCAK TEK BİR MERKEZİ İŞLEM ÜNİTESİNDE KULLANILMASI (=CPU) KAYDI

Bu sınırlandırma, programı devreden programın ancak özellikleri belirlenmiş ve numarası tespit edilmiş tek bir merkezi işlem ünitesinde veya donanımda kullanılmasını öngörmektedir. Özellikleri belirtilen donanımdan başka bir donanımda kullanılması halinde firmalar duruma göre ek ücret isteyebilmektedirler¹¹.

F. PROGRAMIN KURULU AĞ SİSTEMLERİNDE PARALEL YARALANMAYA İMKAN VERECEK ŞEKİLDE KULLANILMAMASI

Bu kayıtlı programı imal eden belirtilen kullanıcı sayısınca aynı anda programın kullanılabilmesine izin vermekte, aynı anda bu sayıyı aşan bir kullanımı yasaklama amacı gütmektedir¹². Bu sayede programı imal eden, kullanıcı sayısına göre artan bir ücret almakta, böylece kazancını artırmaya çalışmaktadır.

III. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ HAKSIZ KOPYALANMASINA KARŞI TEKNİK ÖNLEMLER

Bilgisayar programlarının haksız kopyalanmasına karşı program üreticisi firmalarca geliştirilen teknik önlemler ve dolayısıyla bu teknik önlemlerin hukuk düzeni karşısındaki konumu tartışmaları, ayrı bir veri taşıyıcısı üzerinde kullanıcıya verilen anahtar kartlar (=Steckkarte, Dongles) ile birlikte başlamış-

¹¹ Polley, CR 1999, 346. Konu ile ilgili güncel bir karar Alman Federal Mahkemesince 24.10.2002 tarihinde verilmiş (I ZR 3/00, www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext6/vo91977.htm), süreli olarak (=begrenzte Zeit) devredilen bir programın, sözleşme ile kararlaştırılan bilgisayardan daha güçlü (terfi ettirilmiş aynı bilgisayara) veya bir diğer bilgisayara yüklenmesi halinde ek ücret istenilmesinin sözleşmenin diğer tarafını aşırı ölçüde zarara uğratmış sayılamayacağı benimsenmiştir. Dolayısıyla sözleşmede tanımlanan merkezi işlem ünitesinden başka bir işlemcinin (ki bu işlemci eskisine nazaran daha güçlü ve hızlıdır) bilgisayara montajı veya yeni bir bilgisayar edinilmesi halinde programı devreden ek ücret talep etme hakkını muhafaza edeceği benimsenmiş olmaktadır.

¹² Polley, CR 1999, 346.

tır¹³. Bu kartların fonksiyonu, bir programın haksız çoğaltılması tehlikesine karşı koruma sağlamasıdır. Bir veri taşıyıcısına kayıtlı olarak devredilen program bir başka bilgisayara kurulmak istendiğinde karttaki koruma programı devreye girmekte, CPU numarası sorgulandıktan sonra şayet başka bir CPU numarası algılanırsa, programın kurulmasını engellemektedir. Dolayısıyla program üreticisi tarafından ek bir anahtar verilmediği takdirde programdan yararlanma mümkün olmamaktadır. Program üreticisi firmalar ek anahtarları doğal olarak ücret karşılığı sağlamakta böylece kazanç kaybına uğramamaktadırlar. Haksız kopyayı engelleme girişimleri zaman içerisinde bir dönüşüm geçirmiş ve anahtar kartlara gerek duyulmayan, bilgisayarla bağlantılı şifreleme yöntemleri geliştirilmiştir. Zira bu harici kartların kaybedilmesi veya hasara uğraması ihtimali vardı¹⁴.

Diğer yandan program üreticileri tarafından geliştirilen teknik araçlar şifreleme yöntemleri ile sınırlı kalmamıştır. Belli bir tarihe kadar (örneğin kurulum tarihinden itibaren bir ay süreli) veya belirlenen kullanım sayısı (örneğin otuz kez çalıştırılabilme) kadar yararlanabilme şeklinde kullanımı sınırlandırma girişimleri de bu amaca uygun engel programlar (=Programmsperren) ile gerçekleştirilmektedir. Son yıllarda karşılaşılan bir engel program ise, program aktifleştirme engeli olarak anılmakta, programı aktifleştirmek için üretici firma ile İnternet ortamında veya telefon ile iletişime geçmeyi ve aktifleştirme şifresi almayı gerekli kılmaktadır¹⁵.

Teknik sınırlamalara, bir programdan yararlanmanın İnternet bağlantısı ile gerçekleştirilebilir olması ile yararlanmanın İnternet ortamında kontrol edilmesini de eklemek lazımdır. Bir programdan off-line yararlanma imkanı bulunmasına rağmen bunun ancak bir İnternet bağlantısı ile gerçekleştirilmesi zorunluluğu getiren teknik engel, genel işlem şartları ile kullanıcı tarafından kabul edilmiş ise hukuken geçersiz sayılmalıdır. Zira böyle bir durumda alıcının haklarının sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırılmaktadır¹⁶. Bir programın İnternet ortamında kontrolünü sağlayan bir diğer teknik düzenek ise, "güvenlik güncellemesi" adı verilen program parçacığının İnternet ortamında üreticinin web sitesinden kullanıcının bilgisayarına indiril-

13 Koch, Frank A., Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Softwarenutzung, CR 2002, 629.

14 Koch, CR 2002, 629.

15 Söz konusu aktifleştirme yükümlülüğü getiren engel programın hukuken ayıp olarak değerlendirilmekle birlikte, bu ayıbın önemsiz olduğu, borçlar hukukunda gerçekleştirilen reform sonrası bu tür ayıpların sözleşmeden dönme ve tazminat istemlerine imkan tanımadığı belirtilmektedir. Bkz., Runte, C., Produktaktivierung, CR 2001, 662.

16 Koch, CR 2002, 636.

mesi suretiyle gerçekleşmektedir. İndirilen bu program parçacığı güncellediğı programın hukuka uygun kullanıcı tarafından kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Tabiidir ki, kullanıcı söz konusu güncelleme için sistemi hazır tutmalı ve eksiksiz bir biçimde güncellemeyi gerçekleştirmelidir. Bu işlemler yapılmaz ise söz konusu kontrol de gerçekleşmemektedir. Bu sebeptir ki, program devredilirken, kullanıcıya bu yönde yükümlülükler getiren sözleşme şartlarına, mamul kullanım hakkı adı altında (=Product User Rights) yer verilmektedir¹⁷.

Söz konusu teknik engelleme girişimleri esasen sözleşme ile kararlaştırılan kullanım sınırlamaları ile benzer amaçlara hizmet etmektedirler. Örneğin, programın tekrar devrini veya çoğaltılmasını engellemek gibi. Bu sebeple sözleşme ile kararlaştırılan kullanım sınırlamalarının hukuki geçerliliğı hakkındaki mülahazalar, teknik engelleme girişimleri için de geçerlidir.

IV. KULLANIM SINIRLAMALARININ HUKUKEN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Kullanım sınırlamalarının ne ölçüde geçerli olacağı konusunda hukukumuz bakımından pozitif temellerin yanı sıra genel işlem şartlarının yorumunda kullanılan bir takım yorum kurallarından mutlaka yararlanmak gerekmektedir. Zira kullanım sınırlamaları genellikle “genel işlem şartı” biçiminde kararlaştırılmaktadır.

Ülkemizde “genel işlem şartları”nın değerlendirilmesi noktasında yakın zaman önce “haksız şartlar” başlığı altında yapılan düzenleme büyük bir adım¹⁸ ise de, hüküm, bir çok bakımdan yorumlanmaya ve tamamlanmaya muhtaçtır¹⁹. Bir diğer ifade ile kanunun çıkması daha önce doktrinde vurgula-

¹⁷ Koch, CR 2002, 637.

¹⁸ 6.3.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce 4822 sayılı Yasa olarak yasalaşan düzenlemenin 6 ncı maddesinde “haksız şartlar” ın bir tanımı yapılmış, sonuçları düzenlenmiştir. Yasa 14. 3. 2003 tarihinde 25048 sayılı Resmi gazetede yayımlanmış ancak yasanın 38. maddesi gereğince 36. madde ve geçici 1. madde dışındaki hükümler bakımından yürürlüğü üç ay sonrasına ertelenmiştir.

¹⁹ Tüketicinin korunması bağlamında olumlu bir ilerleme sayılabilecek düzenlemenin, en azından özel hukuk alanının tümünü kapsayacak şekilde bir genel kanunda yapılması daha isabetli olurdu. Genel işlem şartları yalnızca tüketici işlemlerinde karşılaşılan bir olgu değildir. Diğer yandan bölük pörçük yapılan yasal düzenlemeler (parçacı çözümler (=kleine Lösung), temel yasalarla ilişkinin tespiti noktasında sıkıntılara sebep olmaktadır. Yapılması gereken uzun sürse ve yorucu olsa da Alman Medeni Kanunu’nda yapıldığı gibi temel yasalar içerisine bu hükümlerin konulmasıdır (=grosse Lösung).

nan yorum ilkelerini²⁰ geçersiz kılmamıştır. Hukukumuz bakımından genel işlem şartlarının değerlendirilmesinde dikkate alınan diğer normlar ise, MK. m. 2, 23/II ile BK. m. 99, 100 ve 21 hükümleridir. Bununla birlikte Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda yapılması düşünülen değişiklik kapsamında tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem şartlarının değerlendirilmesinde bir takım ilkeler öngörülmüştür (m.6). Bu ilkelerin birinci fıkrada yapılan yollama ile diğer işlemler bakımından da uygulanacağı muhakkaktır.

B. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda yapılan değişiklikler içerisinde yer verilen önemli bir yenilik "sözleşmelerdeki haksız şartlar" başlığını taşıyan ve 6 ncı madde hükmüdür. Hükmüne göre "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine önemli bir dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle, standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, sözleşmenin standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

6/A, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmelerinde, sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir".

C. DÜRÜSTLÜK KURALI BAKIMINDAN

Dürüstlük kuralı Medeni Hukukun hatta hukukun sigortası işlevini görmektedir. Ne zaman taraflar arasında sözleşme vb. işlemlerle aşırı bir denge-

²⁰ Bkz., Kaplan, İ., Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi), Aralık 1991, S.2, s. 66; Bahtiyar, M., Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996, S. 1-2, s. 93 vd.; Atamer, Y., Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 124 vd.

sizlik yaratılsa ve bu dengesizliği gidermek üzere özel bir hüküm sevk edilmiş olursa, devreye girmekte, deyim yerinde ise tarafları yanmaktan kurtarmaktadır. 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapan yasada da "iyi niyet kuralı" şeklinde kendisine atıfta bulunulan kurallar, dürüst, makul ve orta zekadaki kişilerin adalet hislerinin bir tezahüründen ibarettir. Her somut olayda taraflar arasında tesis edilen durumun bu kurallar bakımından ele alınması ve tarafları aşırı biçimde yük altına sokan "bu kadarı da olmaz" dedirten sözleşme şartlarının geçersiz sayılması gerekir²¹. Şayet sözleşme geçersiz sayılan hükümlerin dışındaki hükümlerle varlığını yine de devam ettirebiliyorsa kısmi butlan müeyyidesi uygulanır ve sözleşme kalan hükümlerle varlığını korur. Aksi halde sözleşmenin tümüyle butlanına karar verilir.

Bir hukuki ilişkide yaratılan dengelenin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığında nazara alınacak ilk husus, sözleşmenin niteliğidir²². Kanunen

- 21 Örneğin programın veri taşıyıcısı olmaksızın devredildiği hallerde tükenme ilkesinin uygulanamaması nedeniyle tek çarenin genel işlem şartlarına göre sözleşme hükümlerinin denetlenmesi ve bu bağlamda müşterinin haklarını aşırı biçimde sınırlayan kayıtların geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir, Koch, CR 2002, 631.
- 22 Bu noktada bilgisayar program sözleşmelerine hangi hükümlerin uygulanacağı soruna temas etmekte yarar vardır. Kanaatimizce standart bir bilgisayar programı, ister bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş durumda ister doğrudan doğruya kullanıcının bilgisayarına aktarılacak (=Überspielung) suretiyle edinilsin, dönemsiz olmayan tek bir bedel karşılığında sürekli olarak devredilmiş ise satım sözleşmesine dair hükümlerin de kıyas yolu ile uygulanabileceği sui generis bir sözleşme yapısı niteliği taşır. Sui generistir; zira bu sözleşme yapısında kanunen düzenlenmemiş bir sözleşme olan lisans sözleşmesine dair unsurlar da bulunmaktadır. Geniş bilgi için bkz., Yıldırım, 40 vd.; Yine aynı yazar, Fikri Hukuk Korumasının Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmelerine Etkisi, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, C. II, s. 643 vd. Alman hukukunda doktrinde tartışmalı olmakla birlikte uygulama satım sözleşmesine dair hükümlerin en azından kıyas yolu ile uygulanması noktasındadır. Avusturya Yüksek Mahkemesi de 14.10. 1997 tarih 5Ob 504/96, 505/96 sayılı kararı ile satım sözleşmesine dair hükümlerin standart bilgisayar program devir sözleşmelerine uygulanabileceğine karar vermiştir. Bkz., Jakob, G., Zur Anwendbarkeit von Kaufrecht auf Softwareüberlassungsverträge, www.sbg.ac.at/~jack/legal/referate/sw_kauf.pdf, s. 1 vd.; Klimek, O., Anwendbares Recht beim Vertrieb digitalisierbarer Waren über das Internet am Beispiel der Softwareüberlassung, www.oliver-klimek.de/zum.pdf, s. 1 vd.; BGH, CR 1997, 470 vd.; BGH CR 1990, 707; BGH NJW 1988, 406 vd. BGH NJW 2000, 1425; Marly, J., Softwareüberlassungsverträge, München 1991, Rdn. 132 vd.; Hören, Rdn. 70 vd.; Hören/Schuhmacher, CR 2000, 137 vd.; Busse, A., Softwarevertrieb in Netzen, CR 1996, 390; König, M., Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung, NJW 1990, 1584 vd.; Henssler, M., Die zivil- und urheberrechtliche Behandlung von Software, MDR 1993, 489 vd.; Gaul, B., Mangelhafte Standardsoftware - Untersuchung und Rümpflichten bei Lieferung, MDR 2000, 549 vd.; Busse, CR 1996, 389. Farklı görüşler için bkz., Moritz, H. W., CR 1994, 260; Chrockziel, P., Verwendungsbeschränkungen in Softwareverträgen, (I), CR 1989, 675 vd.; (II), 790 vd.;

düzenlenen sözleşmelerde kanun koyucu tarafından bir denge öngörülmüştür. Bu denge bazı hallerde emredici hukuk kuralları ile ayakta tutulmaya çalışılırken, bazı hallerde tarafların aksine hüküm koyabilecekleri benimsenmiştir. Emredici kurallara aykırılığın yaptırımı, geçersizliktir. Sorun yedek hukuk kurallarında düğümlenmektedir. Bu konuda doktrincede geliştirilen ve 4822 sayılı yasanın 6 ncı maddesi bağlamında da temellendirilebilecek “kendisinden sapılan normun ihtiva ettiği esaslı düşüncenin ağır biçimde ihlal edilmesi halinde de sadece hüküm bakımından geçersizlik yaptırımı uygulanabilmeli²³, geçersiz kılınan düzenlemenin yerini yedek hukuk kuralları almalıdır.

D. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA KULLANICI LEHİNE ÖNGÖRÜLEN HÜKÜMLER VE ÖZELLİKLE TÜKENME İLKESİ BAKIMINDAN

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bir programın haklı kullanıcılarına, sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu halinde uygulanması öngörülen hükümler ve sözleşme ile aksinin kararlaştırılmayacağı hükümlerle getirilen bir dizi hak tanımıştır (FSEK. m. 38)²⁴. Emredici hükümlere aykırı kayıtlar getirilemez; getirilmiş ise geçersiz sayılmalıdır. Bu cümleden olmak üzere FSEK. m. 38/I’ de “şahsen kullanmaya mahsus çoğaltma” serbesttir²⁵.

Tükenme ilkesi fikir ve sanat ürünlerinin tabii olduğu hukuki rejim bakımından fevkalade önemli bir rol üstlenmektedir. Tükenme etkisinin başladığı yerde, fikir ve sanat eserinin sahibine bahsettiği mali haklarından birisi olan

Heussen, B., Urheber- und Lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, GRUR 1987, 779 vd.; Koch, F., Computervertragsrecht, Loseblattswerke, (Stand November 1994, T., 6, Rdn. 1013 vd.; Ulmer, D., Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp “Softwareüberlassung”, CR 2000, 493 vd.; Brandi-Dhorn, M., Gewährleistungsrechtliche Einordnung des Softwarevertrages, CR 1986, 66; Pres, A., CR 1994, 519 vd. Kullanıcının isteğine göre uyarlanmış programların devri sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bkz., Henssler, MDR 1993, 490 vd.; BGH NJW 2001, 1718; BGH NJW 1998, 2132.

- 23 Alman Genel İşlem Şartları Yasası hükümleri Borçlar Hukuku Reformu ile Alman Medeni Kanunu’na girmiş ve anılan hüküm, yasanın § 307/I, II hükümleri olarak yerini almıştır.
- 24 Söz konusu hakları “yasal lisans” olarak tanımlamak mümkündür. Bkz., Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rdn. 142. Dolayısıyla bilgisayar program devri sözleşmelerinin her türünde “yasal lisans” ögesi bulunmakta, sözleşmenin yapısını kendine özgü hale getirmektedir. Bkz., Yıldırım, 40 vd.
- 25 Şahsen kullanmaya mahsus çoğaltma hakkında geniş bilgi için bkz., Kaya, A., Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Çoğaltılması Mümkün müdür?, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, İstanbul 2000, s. 433 vd.

yayma hakkı²⁶ sona ermektedir. Bu etkinin ortadan ortaya çıkmasında taraf iradelerinin her hangi bir rolü söz konusu olamaz; etkinin doğmaması yönünde yapılan anlaşmalar geçerli değildir²⁷. Dolayısıyla yayma hakkının tükenmiş sayıldığı durumlarda fikir ve sanat ürünün tekrardan yayımı, fikir ve sanat eseri sahibinin fikri haklarının ihlali sonucunu doğurmaz²⁸. Bununla birlikte söz konusu etkinin doğması için eserin ilk sürümünün hukuken geçerli bir rıza ile gerçekleştirilmesi gerekir²⁹.

Tükenme ilkesi FSEK.m. 23/II' de açıkça öngörülmüştür ve emredici bir nitelik taşır. Buna göre bir bilgisayar programının çoğaltılmış nüshaları hak sahibinin rızası ile sürümü yapılmış³⁰ ise kiralama ve kamuya ödünç verme hakları³¹ dışında yayma hakkı tükenmiş olur³². Tükenme ilkesi hem bir veri taşıyıcısına bağlanmış programlar bakımından hem de bir veri taşıyıcısının aracılığına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kullanıcının bilgisayarına programın aktarılmasında gerçekleşir³³.

-
- 26 Tükenme ilkesi uyarınca aynı etkinin gerçekleşmesi yalnızca yayma hakkı bakımından gerçekleşir, çoğaltma hakkı bakımından değil. Bkz., Haberstumpf, H., Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., Luchterland 2000, Rdn. 254; Reh binder, M., Rdn. 124.
- 27 Sürümün yapılması tükenme etkisinin doğumu bakımından "hukuki işlem benzeri bir fiil" dir (Caduff, 45-46).
- 28 Witte, CR 1999, 69. Ayrıca bkz., Eroğlu, S., Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 100 vd.
- 29 Haberstumpf, Rdn. 256.
- 30 Yasada "sürümün yapılması" ifadesinden yalnızca borçlar hukuku anlamında "devir ve temlik borcu doğuran sözleşmelerin (=veräußerungsverträge)" anlaşılması, "devir ve temlik benzeri hüküm ve sonuç doğuran olayların (=veräußerungsähnliche Tatbestände)" da bu kapsama dahil edilmesi gereklidir (Caduff, M., Die Urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräußerung von Computerprogrammen, Bern 1997, s. 35). Ayrıca bkz., Reh binder, Rdn. 121. Buna karşılık örneğin, mülkiyeti muhafazalı satışta ve teminat amacıyla temlikte mal tekrar fikri döndüğünde yayma hakkı tekrar canlanır (Haberstumpf, Rdn. 255). Dönmenin aynı etkisinin kabul edildiği hallerde sözleşme "dönme" suretiyle sona erdirilmiş ise tükenme yine gerçekleşmemiş sayılmaktadır. Bkz., Reh binder, Rdn. 124.
- 31 Avrupa Topluluğu Direktifinde (91/250/EG) ve bu çerçevede Alman hukukunda kamuya ödünç verme hakkı saklı tutulmamıştır ve bu durum eleştirilmiştir. Bkz., Lehmann, M., Vermieten und Verleihen von Computerprogrammen internationales-, europäisches- und deutsches Urheberrecht, CR 1994, 273 vd.
- 32 Hören, Rdn. 145; Fromm, F. K/ Nordemann, W., Urheberrecht, 9. Aufl., Stuttgart 1998, § 69c, Rdn. 6; Bock, 11; Mäger, S., Der Urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 523.; Berger, C., Zum Erschöpfungsgrundsatz beim Vertrieb von sog. "OEM" Software, NJW 1997, 300 vd.; OLG München NJW 1998, 1650.
- 33 Hükmü geniş yorumlamak suretiyle, Fromm/Nordemann, §69 c, Rdn. 6; Schuhmacher, CR 2000, 648; Mäger, CR 1996, 524-525. Yazar haklı olarak tükenme ilkesinin yasa metnine sıkı sıkıya bağlı kalınarak mutlaka çoğaltılmış nüshalar üzerinde gerçekleşmediğini, doğru-

Yasa metninde “çoğaltılmış nüsha” ifadesinin mutlaka ayrı bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş programları kapsadığı, dolayısıyla, programı devreden doğru dan doğru ya kullanıcı nın bilgisayarına programı kurdu ğu haller ile internet ortamında doğru dan doğru ya yani bir veri taşıyıcısının aracılı ğına gerek olmadan programın devredildi ği hallerde tükenme ilkesinin uygulama alanı bulmayacağı doktrinde savunulmakta; böyle hallerde doğru dan doğru ya tükenme ilkesine aykırılıktan hareket edilemeyece ği, kullanıcı nın haklarının aşırı biçimde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına bakmak lazım geldi ği ifade edilmektedir³⁴. Kanaatimizce FSEK. m. 23/II’ de yer alan tükenme ilkesinin ancak “çoğaltılmış nüsha” lar üzerinde cereyan edece ğine dair düzenleme, geleneksel eserler ile bilgisayar programları arasındaki nitelik farklılıklarından kaynaklanan kırılma noktalarından birini oluşturmaktadır. Bir di ğer ifade ile geleneksel eserlerde gayri maddi devir ve doğru dan doğru ya eserin içeri ğinin sağlanması söz konusu de ğildir. Tükenme ilkesi kaleme alınırken tüm eser kategorileri için anlamlı olacak bir ifade tarzı seçilmiş ise de bu ye ğleme, bilgisayar programları bakımından isabetsiz olmuştur. Bize göre, bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş programlar ile böyle bir veri taşıyıcısının aracılı ğı olmaksızın gerçekleştirilen zilyetli ğin devrine farklı hukuki sonuçlar bağlanmamalı; birinci halde tükenme ilkesi uyarınca aynı etki kabul edilirken, di ğer hallerde tükenme ilkesinin gerçekleşti ği reddedilmemelidir³⁵. Bu iki zilyetli ğin devri biçimi arasında böylesine farklı hüküm ve sonuçlar bağlamayı haklı kılacak gerekçeler tatminkar olmaktan uzaktır. Sonuç olarak çoğaltılmış bir nüsha kullanıcı nın sabit diskinde yaratılmaktadır. Program her hal ve kârda bir veri taşıyıcısında yer almaktadır. Program ile veri taşıyıcısı arasındaki ilişki alelade bir pazar filesi ile pazardan alınan şeyler arasındaki ilişki gibi düşünülmemelidir. Programın gayri maddi devri halinde veri taşıyıcısını sağlama yükümlülü ğü, alacaklı nın ifaya iştirak yükümlülü ğü kapsamında de ğerlendirilmelidir.

Buradaki sorun, yayma hakkının içeri ğinin aynı etkili bir biçimde de ğiştirilip, tükenme ilkesine bir istisna getirilip getirilemeyece ğidir. Her ne kadar

dan doğru ya devir halinde de ortada bir veri taşıyıcısı bulunmasa dahi esasen bir çoğaltma işlemi yapıldığı nı belirtmektedir. Farklı görü şler için bkz., Schack, H., Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn. 386; Berger, GRUR 2002, 199; Koch, GRUR 1997, 417; Aynı yazar, CR 2002, 631; Rehbinder, Rdn. 121. Rehbinder’ e göre gayri maddi devir hallerinde programın yeniden gayri maddi devirlerini fikri hak sahibi kontrol edebilmelidir.

34 Koch, CR 2002, 630-631. Programın doğru dan doğru ya bilgisayara kuruldu ğu hallerde programı devreden kullanıcı nın programı on-line olarak kamunun istifadesine sunamayacağı, zira bu durumda bilgisayarla iletişime geçen di ğer bilgisayarlarda programın bir kopyasının oluşturuldu ğu (=Fernkopie) dolayısıyla programın çoğaltıldığı ifade edilmektedir.

35 Türk hukukunda aynı görü şü paylaşan, Ero ğlu, S., Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 105.

fikri hak sahibinin verilecek ruhsatı, içerik, zaman ve yer itibariyle sınırlayabileceği kanun tarafından öngörülse de³⁶, sürüm tarzının çeşitlendirilmesine aynı etki bağlanamayacağı genellikle kabul görmektedir³⁷. Bir diğer ifade ile tükenme ilkesini şarta bağlayan hükümler aynı değil, yalnızca borçlandırıcı bir etkiye sahiptir, ancak sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebilir. Sözleşme ilişkisine yabancı olan kişilerin bu kayıtlardan etkilenmesi söz konusu değildir³⁸. Bir programın hak sahibinin izni ile ara satıcılara intikal ettirilmesi ile söz konusu nüshalar üzerindeki yayma hakkı tükenmiş olmaktadır³⁹.

V. TEKNİK ENGELLER KARŞISINDA KULLANICILARIN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Programın kopyasının çıkarılmasını veya bir başka bilgisayara kopyalanmasını engellemeye yönelik teknik düzeneklere karşı kullanıcıların sahip olduğu imkanların da araştırılmasında yarar vardır. Söz konusu teknik düzeneklerin

³⁶ Fikri hak sahibinin eserden sağlayacağı azami yararları gerçekleştirmek üzere yararlanma hakkının belirli sayı ve tipe bağlı tutulmadığı görülmektedir. Bununla birlikte üçüncü kişilerin güveninin korunması ve düzen menfaatinin korunması, sürüm biçiminin bölünmemesini gerektirmektedir (Polley, CR 1999, 346).

³⁷ Witte, CR 1999, 69; Rehbinder, Rdn. 123 ve 157; Koch, CR 2002, 630; Henssler, MDR 1993, 497; Haberstumpf, Rdn. 256; BGH NJW 2000, 3571-3572; OLG München, CR 1998, 266; OLG Frankfurt, CR 1999, 8. İsviçre Federal Mahkemesinin benzer yönde yorumlanabilecek bir kararı için bkz., BGE 124 III 333/334 (Nintendo Kararı). Farklı görüş için bkz., Junker, A., Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1994-1997, NJW 1998, 947 vd., 949; Fromm/Nordemann, § 69c, Rdn. 6. Yazarlara göre kendine özgü, aynı bölünme kabiliyeti bulunan yararlanma biçimlerine aynı etki kazandırmak mümkündür.

³⁸ Söz konusu sözleşme ilkesini yani "nisbilik" ilkesini aşabilmek noktasında sektörde akıl almaz yöntemler geliştirildiği görülmektedir. Programın yer aldığı paketin yırtılıp açılması ile imalatçı ile, paketin dış yüzeyinde yazılmış şartlarla bir sözleşmenin yapılmış sayılacağı (=Schutzhüllenverträge) veya programın kurulumu aşamasında ekrana yansıyan ve imalatçı tarafından belirtilen "lisans şartlarının" "enter tuşu"na basmakla kabul edilmiş sayılacağı yolundaki ibareler, alelade bir bilgisayar kullanıcısının sıklıkla karşılaşılan olgulardandır. Hemen belirtmek gerekir ki bu yollarla geçerli bir sözleşmenin kurulabileceğine kuşku ile yaklaşmaktadır. Hakim görüş söz konusu davranışlara sözleşme kurma iradesinin yüklenmesini ve dolayısıyla geçerli bir sözleşmenin meydana gelmiş sayılmasını onaylamaktadır. Bkz., Caduff, 46 vd. Karş., Hören, Softwareüberlassung, Rdn. 435; Yıldırım, 105 vd.

³⁹ Witte, CR 1999, 69; Henssler, MDR 1993, 497. Yazar bir kitabın alıcıya satılması olayı ile paralellik kurmakta, kitabı alan nasıl ki kolaylıkla kitabı satabilirse, programı alan da tekrar devir ve temlik edebilmelidir, görüşünü dillendirmektedir. Ayrıca bkz., BGH NJW 2000, 3572. Doktrinde bir bilgisayar programını satın alan kişi ile programı satan kişi arasında kararlaştırılan devir yasağına ilişkin sözleşmenin borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle geçerli olacağı savunulmaktadır. Bununla birlikte böyle bir anlaşmanın rekabete aykırı düşebileceği ihtimaline de yer verilmektedir. Bkz., Eroğlu, 109. Kanaatimizce böyle bir yasağın genel işlem şartları ile getirildiği hallerde geçersiz; müzakere neticesi kararlaştırılmış bir şart ise geçerli saymak gerekir.

hukuken bir ayıp olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve duruma göre teknik engellerin ortadan kaldırılmasına kapı aralamanın programda değişiklik yapılması sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışılmalıdır. Zira programda değişiklik yapma hakkının münhasıran eser sahibine tanındığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Dolayısıyla her iki tarafın menfaatleri arasında hassas dengenin kurulması gerekmektedir. Örneğin bir bilgisayar programının haksız kopyalanmasına karşı geliştirilen teknik engel, bu programın kişisel kullanımını da engeller bir duruma gelebilir⁴⁰. Sistemin çöktüğü ve bilgisayardaki tüm programların yeniden yüklenmesinin gerektiği durumda kişisel kullanım, teknik engelle gerçekleşmemektedir. Keza kullanıcının bilgisayarının işlemcisini ve buna bağlı diğer birimleri daha üst konuma yükselttiği (terfi=up grade) hallerde de yeni işlemciye programın kurulması teknik engellerle mümkün değildir.

Güncel teknik engeller arasında özellikle “aktifleştirme engel”ine temas etmekte yarar vardır. Bu teknik engelle karşılaşıldığında programdan yararlanma bundan böyle mümkün olmamaktadır. Söz konusu durum, hukukumuzda sözleşme konusundan beklenen yararı önemli ölçüde azaltan hatta ortadan kaldıran bir maddi ayıp olarak değerlendirilebilir⁴¹. Ancak bu teknik engelin bir telefon görüşmesi veya İnternet bağlantısı ile kolaylıkla giderilebileceğinden hareketle önemsiz (ufak-tefek) bir ayıp sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁴². Önemsiz ayıplarda hukukumuzda göre hakim sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını uygun bulmayabilir, yalnızca semenin tenzili ile yetinebilir (BK. m. 202/II). Tüketici sözleşmelerinde ise ayıbın giderilmesini isteme hakkı sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa dahi her iki tarafa birden tanınmış kanuni bir haktır. Buna göre gerek programı devreden, gerek tüketici kullanıcı, teknik engelin kaldırılmasını⁴³ veya teknik engeli içermeyen bir program nüs-

40 Örneğin bir bilgisayar programının sipariş üzerine iktisap edildiği durumda Alman Federal Mahkemesi, programda yer alan bir program parçacığının her yıl belirli bir günde aktifleşerek, önceki şifreyi geçersiz hale getirmesi ve dolayısıyla programdan yararlanmayı mümkün kılmaması halinde, programı sipariş veren kişiden devralan üçüncü kişilerin “ahlaka aykırı bir fiil ile zarar gördüğünden” hareketle tazminat talep edebileceğine karar vermiştir. Karar için bkz., http://www.rws-verlag.de/bgh-free/volltex/1999/vo12_9/vo63353.htm. Kararda programın sipariş üzerine imal edildiği, sipariş veren tarafından bedelinin ödendiği dolayısıyla program üzerinde imal eden kişinin tükenme ilkesi uyarınca tasarruf hakkı kalmadığı savunulmuştur.

41 2002 yılı başına kadar Almanya’da yürürlükte bulunan Medeni Kanunun § 459/I, ikinci cümlesi anlamında ayıp sayıldığı ancak önemli görülmediği ifade edilmektedir. Bkz., Koch, CR 2002, 633.

42 Aktifleştirme yükümlülüğünün geçerli olduğu, bir diğer ifade ile kullanıcıya sözleşme ile aktifleştirme yükümlülüğü getirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz., Runte, CR 2001, 664.

43 Teknik engelin üçüncü bir kişi tarafın bertaraf edilip edilemeyeceği tartışılmalıdır. Zira eserde değişiklik yapılması sonucunu doğuracak bu işleme genellikle sıcak bakılmamakta-

hasının verilmesini isteyebilir⁴⁴. Teknik engellerin programı devredenin rızası olmaksızın aşılması, dolanılması sonucunu doğuracak girişimler ise (=Umgehung von Freisaltmechanismen) hukuka aykırıdır⁴⁵.

VI. SONUÇ

Yukarıda belirtilen düşünce ve ilkeler ışığında standart bir bilgisayar programının ivaz karşılığı sürekli devredildiği hallerde programın başkasına temlik edilemeyeceğine dair hüküm geçersiz sayılmalıdır⁴⁶. Zira satıcıların bu hükümleri alıcı ile müzakere etmeleri, paket hazır halde satışa sunulan programlar bakımından söz konusu değildir. Bu sebeple söz konusu genel işlem şartı geçersiz sayılır. Böyle bir kayıt müzakere edilerek kararlaştırılmış ise sözleşme özgürlüğü prensibine sadık kalmak gerekir. Yeter ki, bu özgürlüğün tam olarak sağlandığı yönünde hakimde bir kanaat oluşsun. Böyle geçersiz bir kayıtla programı devralan kişi programın haksız kullanıcısı sayılamaz. Programın (ilk) satıcısı son alıcıyı haksız kullanıcı olarak nitelenemez. Kaydın geçerli sayıldığı hallerde dahi program bir başkasına temlik edilmiş ise programı temellük eden programın haksız kullanıcısı sayılamaz. Zira böyle bir davranış ancak sözleşmeye aykırılık sayılır; böyle bir hüküm ile aynı etkili bir

dır. Konu ile ilgili bir çalışma için bkz., Yıldırım, M.F., Hukuki Açından Bilgisayar Programlarında 2000 Yılı Sorunu, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na ARMAĞAN, İstanbul 1999, s. 1039 vd. Ayrıca bkz., Hohmann, H., Haftung der Softwarehersteller für "das "Jahr 2000" Problem, NJW 1999, 521 vd.

- 44 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reformu ile Almanya'da böylesi önemsiz ayıplar için müşterilerin başvuracakları çare, § 437 BGB'ye göre masrafsız olarak satım konusunun onarımını istemektir. Sözleşmeden dönme ve zararın tazminini isteme hakkı kural olarak bulunmamaktadır. Borçludan aktifleştirilmesi sınırlandırılmamış yeni bir nüsha istenmiş, borçlu bu talebi yerine getirmekten kendisine aşırı yük getireceği gerekçesiyle kaçınmış ise alıcının sözleşmeden dönebileceği ve zararın tazminini isteyebileceği belirtilmektedir. Bkz., Koch, CR 2002, 633. Borçlar Reformu Yasası'nın bilgi-işlem hukuku (Elektronische Daten Verarbeitung=EDV) üzerine etkileri üzerine bir çalışma için bkz., Bartsch, M., Das neue Schuldrecht-Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, 649 vd. Alman hukukunda gerçekleştirilen değişikliklerin bir değerlendirmesi için bkz., Serozan, R., Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHF.M., C. LVIII, S. 1-2, İstanbul 2000, s. 231 vd. Unutulmamalıdır ki, ayıba karşı tekeffüle ilişkin taleplerden yararlanabilmek için gerekli külfetlere uymak gerekmektedir. Diğer yandan satıcı, alıcının satılanı teslim alırken bildiği veya kabaca bir muayene ile bilebileceği ayıplardan dolayı da sorumlu değildir. Bkz., Yavuz, C., Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 81 vd.
- 45 Koch, CR 2002, 635. Mamul aktifleştirme engelinin haksız fiile dayalı tazminat taleplerine yol açıp açmayacağı konusunda bkz., Runte, CR 2001, 662. Yazar bazı hallerde § 823 BGB'ce aranılan "bir hakkın ihlali" şartının gerçekleşebileceğini kabul etmekle birlikte, hukuka uygunluk sebebi ve kullanıcının külfetlerini yerine getirmemesi sebebiyle bu talep temeline bağlı olarak tazminat istenemeyeceği kanaatindedir, s. 663.
- 46 Polley, CR 1999, 349.

kullanım sınırlaması yaratılamaz⁴⁷. Buna karşılık kiralama ve kamuya ödünç verme yasakları geçerlidir⁴⁸.

Programın kopyasının çıkarılması yasağı FSEK .m .38'de öngörülen sınırlamalar çerçevesinde geçerli olmalıdır. "Bütün fikir ve sanat eserlerinin şahsen kullanılmaya mahsus çoğaltılması mümkündür (m. 38/I). Çoğaltma şahsi kullanım için gerekli olduğu ölçüde gerekli ve serbesttir. Aksine düzenlemeler geçersizdir (BK. m. 20/II). Diğer yandan programın güvence kopyasının çıkarılması sözleşme ile engellenemez (FSEK. m. 38/III). Bu hükümler çerçevesinde "programın hiçbir suretle kopyası üretilemez" hükmünü içeren sözleşmelerdeki bu hüküm geçersiz sayılmalıdır.

OEM sürümünün ancak yeni bir bilgisayar ile birlikte verileceğine dair hüküm ancak sözleşmenin karşı tarafına ileri sürülebilir ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle uğranılan zararların tazmini istenebilir (BK. m. 96)⁴⁹. Her nasıl ise yetkili bir satıcıdan yeni bir bilgisayar almaksızın OEM sürümü satın alınmış ise programı alan kişi haksız kullanıcı sayılamaz; zira böyle aynı etkili bir kullanım sınırlaması yaratılması hukukumuzda mümkün değildir. Fikri hak sahibinin verdiği ruhsatı, zaman ve yer itibariyle sınırlandırabilmesine imkan veren düzenleme bu durumu kapsayacak şekilde yorumlanamaz⁵⁰.

Programın üst sürümünü edinmek isteyen kişilerin alt sürümünün de haklı kullanıcı olmasının aranması, üst sürümünün alt sürüm üzerine monte edilmek zorunda olduğu hallerde geçerlilik kazanır. Aksi halde üst sürüm de programın tüm unsurlarını taşıyorsa (tam sürüm ise) yani alt sürüm üzerine üst sürüm bina edilmiyorsa böyle bir kayıt geçersizdir; tükenme etkisi gerçekleşmiştir⁵¹. Bir kimse alt sürümünü haksız yollardan edinmiş ve kullanıyorsa, üst

47 Mäger, CR 1996, 526.

48 Polley, CR 1999, 349.

49 Witte, CR 1999, 67; OLG München, NJW 1998, 1649; Bock, 2.

50 Berger, NJW 1997, 302; Polley, CR 1999, 354; Bock, 18; BGH, NJW 2000, 3571-3572; LG Berlin, NJW-RR 1997, 1065 vd.; Erben/Zahrnt, CR 1996, 535; aynı yazarlar, CR 1998, 269. Farklı görüş KG Berlin, CR 1998; 137. Mahkeme böyle bir durumda tükenme etkisinin gerçekleşmeyeceğine karar vermiştir. Bu tür işlemler hukuk dünyasında belirsizliğe ve hukuki güvenliğin zedelenmesine yol açar (Witte, CR, 71-72). Alman Federal Mahkemesinin OEM-Version Kararı olarak anılan kararından sonra Microsoft şirketinin OEM sürümlerinde yeni bir strateji izlediği ve birbir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmadığı donanım üreticilerine OEM sürümünü sağlamadığı görülmektedir.

51 OLG München NJW 1998, 1649.

sürümünü lisanslı olarak kullanması yolundaki adımı boşa çıkartılmamalı, haksız kullanıcı durumuna düşürülmemelidir⁵².

Bilgisayar programının ağa kurulmasının yasaklanmasında fikri hak sahibinin önemli yararları vardır ve böyle bir kaydı geçerli olduğu genellikle kabul edilmektedir⁵³. Yeter ki, bu kayıt duruma göre alışılmamış, şartıcı bir kayıt sayılsın.

Bir programın belirli bir merkezi işlem ünitesinde kullanılmasına dair kayıt ise Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesinin bir kararında⁵⁴ da haklı olarak tespit ettiği

52 Bkz., OLG Frankfurt, CR 1999, 7. Kararda bir bilgisayar program imalatçısının programın üst tam sürümünü, alt tam sürümün geçerli bir biçimde iktisap edilmesi şartına bağlayamayacağı savunulmuştur. Bu şart ancak üst sürümün alt tam sürüm üzerine inşa edilmesinin gerekliliği halinde geçerlidir. Ayrıca bkz., Junker, A., Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1998, NJW 1999, 1295; LG München I, CR 1998, 141.

53 Polley, CR 1999, 349; Hören/Schuhmacher, CR 2000, 141-142. Yazarların durumu ikiye ayırmak suretiyle inceledikleri görülmektedir. İlk hal tek bir ana bilgisayara bağlanmış birden fazla "aptal" terminalin bulunduğu sistemlerdir. Bu halde program bir kez çoğaltılmakta, bilgisayara bağlı bütün terminaller aynı kopya üzerinde çalışmaktadırlar. Bu durum fikri hukuk bakımından önem taşıyan bir çoğaltma sayılmasa da, kamuya ödünç verme sayılabilir. Bu dahi kabul edilmez ise, ana bilgisayarın geçici belleğine programın yüklenmesi işlemi fikri hukuk anlamında bir çoğaltma işlemidir ve hak sahibinin iznine tabidir. Böyle bir durumda kullanım sınırlamasının ihlali yalnızca borçlar hukuku alanında hüküm ve sonuç doğurmamalıdır. Zira böyle bir terminalde programın kullanılıyor olması fikri hakları ihlal etmez. İkinci hal ise, yine program ana bir bilgisayara yüklenmiş olmakla birlikte, aynı zamanda yerel kullanıcının da bilgisayarına bir yüklenme işlemi yapılmasıdır. Bu durum, lokal kullanıcının sabit diskine programın kurulmasından farksızdır. Böyle bir yararlanma tarzının imalatçının iznine tabi olup olmayacağı iki sorunun cevabına bağlıdır: Programın ağ ana makinesine kurulup kurulmadığı, geçici belleğe programın yüklenmesinin çoğaltma sayılıp sayılmayacağı. Yazarlar bu sorunları da inceledikten sonra sonuç olarak, geçici belleğe programın yüklenmesinin çoğaltma sayılmaması halinde ağa bağlı bilgisayarların geçici belleğindeki çoğaltmanın fikri hak sahibinin çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceğini ancak, hakim görüş benimsenir bunun bir çoğaltma olduğu kabul edilse dahi, yalnızca bir bilgisayara kurulmuş programdan aynı zamanda birden fazla kişinin yararlanmasını düşünülen amaca uygun kullanım içerisinde değerlendirmekte ve geçerli kabul etmektedir. Sözleşme ile bu hak ortadan kaldırılmış ise, bu kayda aykırılık fikri hakkın ihlali değil, ancak sözleşmeye aykırılık oluşturur (Hören/Schuhmacher, CR 2000, 146).

54 OLG Frankfurt CR 2000, 146 vd. Aynı mahkemenin daha önce de benzer yönde bir karar için bkz., NJW-RR, 1995, 182. Karara konu olan olayda da ücret kullanıcı sayısına göre değil, donanımda kullanılan işlemcinin kapasitesine göre belirlenmiştir. Mahkeme böyle bir şartın ancak programın daha yüksek kapasiteli bir donanıma kurulmasının programa zarar verecek ve programın belirli bir işlemcide çalıştırılmasının teknik bir zorunluluk olması halinde geçerli olacağını, söz konusu olayda ise böyle bir tehlikenin bulunmadığını, daha yüksek kapasiteli işlemcide de sorunsuz çalıştığını belirterek, CPU kaydını geçersiz saymıştır. Karar Zahrnt tarafından eleştirilmiştir. Zahrnt, program üreticisi firmanın bir ürünü piyasaya sunarken belirli testlerden geçirdiğini ve en iyi performansı verecek işlemciyi de belirleme hakkına sahip olması gerektiği ve bazı işlemcilerde programın kullanılmasını engellemek isteyebileceği görüşündedir (Überlassung von Software-Produkten: Stand 1996, NJW 1996, 1797 vd). Devredilen programın belirli bir bilgisayarda kullanılmasını genel iş-

üzere geçersiz sayılmalıdır⁵⁵. Kararda özetle, lisans verenin, performansı daha yüksek bir makineye programın kurulması üzerine, engel programı (=programmsperr) aktifleştirmesi ve ek bir ücret verilmediği takdirde bu program engelini kaldırmayacağı beyan etmesi tehdit olarak değerlendirilmiştir. Böyle bir tehdit altında beyan edilen iradenin sahibini bağlamayacağı ifade edilmiştir. Kullanıcı ve lisans veren arasında kararlaştırılan ve daha yüksek bir lisans ücreti verilmemesi halinde istenmeyen donanım kapasitesi ile kullanıcının çalışması istendiği genel işlem şartlarında yer verilen CPU şartı geçersiz sayılmıştır⁵⁶. Böyle bir kayıt, mülkiyet hakkının temel nitelikleri ile bağdaşır bulunmamıştır.

Fikri hak devirlerini içeren sözleşmelerin yorumlanmasındaki “devrin amacı ilkesi (=Zweckübertragungsgrundsatz) ve şüphe halinde dar yorum (=Restriktive) yani fikri hakkın kullanıcıya sağlanmadığı ilkelerinden de şüphesiz yararlanmak gerekir. Hukuku uygulayıcılar, özellikle devrin amacı ilkesini somutlaştırırken borç ilişkisi ile üstlenilen yükümlülüklerin kapsamını çok dikkatli bir biçimde belirlemelidir⁵⁷. Örneğin, bilgisayar programlarına ilişkin kaynak kodun devrinin gerekip gerekmediği bir çok halde tartışma konusu olabilmektedir⁵⁸.

Görüldüğü üzere Türk Hukuku’nun bir biçimde uygulama alanı bulduğu durumlarda bilgisayar program kullanıcıları korumasız değildir. Sözleşme ile belirlenen her türlü kayıt, sırf sözleşme var diye geçerli sayılmamaktadır. Sözleşme özgürlüğünün gerçek bir özgürlük haline gelebilmesi taraflar arasındaki bilgi seviyesi, mali güç vs. her türlü dengesizliğin giderilmesine ve son aşamada bunun giderilemediği durumlarda zayıfların hukuk düzenince korunmalarına bağlıdır. Bu noktada hukuk uygulayıcılarına başta hakimler olmak üzere büyük görevler düşmektedir.

lem şartlarında öngörülmesi halinde, söz konusu kaydın içerik kontrolüne tabi tutulduğunda geçersiz sayılması gerektiği yolunda bkz., Haberstumpf, Rdn. 428.

55 Uyuşmazlığı ilk defa ele alınıp değerlendirildiği karar için bkz., LG Frankfurt, CR 1999, 147 vd. Bu kararda kullanıcının ek bir lisans ücreti ödemeksizin daha yüksek bir işlemcide programı kullanabileceği benimsenmiştir. Bu karar Eyalet Yüksek Mahkemesi’nce ana hatları itibarıyla kabul görmesine rağmen, Federal Mahkeme farklı bir tutum benimsemiş, ek lisans ücretinin ödenmesine karar vermiştir. BGH, I ZR 3/00, www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext6/vo91977.htm.

56 Farklı görüş, Junker, NJW 1998, 949; Nordemann, W., CPU-Klauseln in Softwareüberlassungs-vertraegen, CR 1996, 5 vd.

57 Haberstumpf, Rdn. 429.

58 İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 125 III 263) kaynak kodun verilmesinin gerekip gerekmediğine dair bir kararın dilimize çevirisi ve değerlendirilmesi hakkında bkz., Yıldırım, M. F., İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı (BGE 125 III 263 ff) ve Değerlendirilmesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S.1-4, Erzincan 2001, s.665 vd. Ayrıca bkz., Burkart, A., Softwareerstellung – Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes, ITRB 2003, 53 vd.