

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU VE AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFLERİ KAPSAMINDA BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KAYNAK KODA ÇEVİRİLMESİ

DECOMPILATION OF THE COMPUTER PROGRAMS UNDER EUROPEAN UNION DIRECTIVES AND THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

Selin ÖZDEN MERHACI* **

Özet: Bilgisayar programlarının hukuki korunmayı hak eden fikri ürünlerden olduğu ve sahibinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile sağlanan haklardan yararlanacağı açıktır. FSEK, bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin Avrupa Birliği (AB) Direktifleri ile uyumlaştırma sürecinde pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu haliyle bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin düzenlemelerin oldukça karmaşık bir yapı sergilediği görülmektedir. Bir ilim ve edebiyat eseri olarak değerlendirilen nesne kodunun, yine bir ilim ve edebiyat eseri olan kaynak koduna çevrilmesinin, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir eylem olarak ele alınması gerekir. Buna karşılık FSEK ve Direktifler, bazı hallerde bu çevirinin eser sahibinin haklarına getirilen istisnalar kapsamında değerlendirilmesine izin vermektedir. Bu çalışmada kaynak kodu ve nesne kodunun eser niteliğinin değerlendirilmesinden sonra, nesne kodundan kaynak koduna çevirme ile eser sahibinin hangi haklarının ihlal edilmiş olabileceği ve bu haklara getirilen istisnalar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayar Programlarının Korunması, Kaynak Kodu, Nesne Kodu, İstisna Ve Sınırlandırmalar, Kod Formunun Çevirisi

Abstract: Computer programs are unquestionably intellectual works that merit legal protection and their owners will be entitled to rights under Turkish Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK).

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, sozden@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8233-1166, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.12.2022, Kabul Tarihi: 06.04.2023

** Bu çalışma yazarın 2007 yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde hazırladığı "Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması" başlıklı yüksek lisans tezinden, alandaki güncel gelişmeler de dikkate alınarak türetilmiştir.

FSEK has undergone many changes in the process of harmonization with the European Union (EU) Directives on the protection of computer programs. This explains why the laws governing the protection of computer programs have a complicated structure. The copyright holder's rights are violated when the object code, which is regarded as a literary work, is decompiled into the source code, which is also a literary work. However, this translation is permitted in some cases as an exception to the copyright right under FSEK and the Directives. In this study, after the evaluation of the nature of source code and object code, the rights of the author regarding the translation from the object code to the source code will be explained and the exceptions brought to these rights will be discussed.

Keywords: Protection of Computer Programs, Source Code, Object Code, Limitations And Exceptions, Decompilation

GİRİŞ

Bilgisayarlar günümüzde, hepimizin işyerlerinde ve evlerinde kullanıldığı, yaşamımızın bir parçası olan makineler haline gelmiştir. Buna karşılık bilgisayarların tek başına ihtiyaçlarımızı karşılayacak yeterlilikte olmadığı açıktır. Bilgisayar, kendisinden beklenen işlevleri yerine getirebilmek için yazılım veya bilgisayar programı diye adlandırılan birtakım verilere ihtiyaç duymaktadır. Bu programların en bilinen şekli “Windows”, “macOS” ya da “Linux” gibi işletim sistemleridir. Ancak bilgisayarı açtığımızda karşımıza çıkan bu sistemler de tek başına beklediğimiz amaçlara uygun olarak bir bilgisayarı kullanmak için yeterli değildir. Bunun yanında, örneğin bilgisayarda yazı yazmak ya da karmaşık bir hesaplama yapmak için başka programlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgisayarlar günümüzde bir programlar düzeni haline gelmiştir. Yanı sıra günümüzde hemen hemen her türlü elektronik alet kendine özgü bir yazılım ile çalışmakta, emir ve talimatları veren kişinin bu aletleri amacına uygun olarak kullanmasında işlev görmektedir.

Teknolojik gelişmelerin artması sonucu hukukun, hayatın her alanında olduğu gibi bu alanı düzenleme zorunluluğu doğmuştur. Özellikle, birçok bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmış kopyalarının piyasada dolaşması ve kullanılması, yazılım endüstrisini fazlasıyla zarara uğratmıştır. Hâlbuki bilgisayar programları yoğun bir çaba ve emeğin ürünüdür ve diğer yaratıcılık içeren ürünlerde olduğu gibi hukuki korumayı hak etmektedir.

Bilgisayar programlarının korunması konusundaki tartışmalar, oldukça erken dönemlerde nihayete ermiş ve programların ilim ve

edebiyat eseri olarak korunması¹ kabul edilmiştir. Korumanın türü oldukça erken dönemlerde benimsenmiş olmakla birlikte², korumanın kapsamının ve eser sahibinin haklarına getirilen istisnaların halen tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışmalardan önemli olduğunu değerlendirdiğimiz bir tanesi de bilgisayar programının makinenin anlayacağı dil olan nesne kodundan, kaynak koduna çevrilmesinin hangi hallerde hukuka uygun olduğudur.

Programcılar *Java*, *C* veya *Python* ve bunun gibi programlama dillerini kullanarak yazdıkları talimatlarla program geliştirirler. Bu insan yazımı talimatlar dizisi kaynak kodu³ (*source code*) olarak adlandırılır. Daha sonra programcı, derleyici⁴ (*compiler*) kullanarak, kaynak kodunu bilgisayarlar tarafından okunabilen nesne koduna (*object code*) çevirir. Nesne kodu; “programlama dillerinden herhangi biri ile düzenlenmiş programın, merkezi işlemci tarafından anlaşılabilmesi için derleyici tarafından makine koduna dönüştürülmüş halidir”.⁵ Bunun tam tersi ise yabancı literatürde “*decompilation*” olarak ifade bulan işlem olup tersine mühendislik (*reverse engineering*), ayrıştırma (*decompilation*), dağıtma veya çözme (*dissambly*) gibi ifadelerle Türk dilinde karşılığını bulmaktadır.⁶ Buna karşılık bu çalışmada, FSEK’de yer alan “kod formlarının çeviri-

¹ Bilgisayar programlarının telif hakkından yararlanmasının bazı olumsuz sonuçlar doğuracağı da ifade edilmektedir. Konuya ilişkin bkz.: N. Ayşe Odman, Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, Seçkin, 2002, s. 183-185.

² Bilgisayar programlarının fikri mülkiyet hukukunun diğer alanlarında korunmasına karşılaştırmalı bir bakış için bkz.: Selin Özden, Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

³ Kaynak kodu ve nesne kodu terimleri İngilizcede “Source Code” ve “Object Code” olarak geçmektedir. “Object Code”; “Objektif Kod” (bkz. Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997, s. 25), “Amaç Kodu” (bkz. Arslan Kaya, “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?” Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000, s. 432) veya “Nesne Kodu” olarak (bkz. Serhat Kaypakoglu, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi, İzmir 1997, s. 22) dilimize çevrilmiştir. Bu çalışmada “Nesne Kodu” teriminin kullanılması uygun görülmüştür.

⁴ Derleyici yani “compiler” bir programlama dilini makine diline çeviren programdır; Douglas Downing/Michael A. Covington /Melodie Mauldin Covington, Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, çev. Boğaç Erkan, Kerem Karaerkek, Levent Keskin, Murat Songür, 5. Baskı, Hacettepe TAŞ, Ankara 1999, s. 114.

⁵ Downing/Covington/Covington, s. 374’den aynen.

⁶ Bkz.: Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, Ankara 2003, s. 395.

si" ifadesi de dikkate alınarak, kaynak koda çevirme ifadesinin kullanılması uygun görülmüştür.

FSEK ve mehzaz teşkil eden AB Direktifleri, bilgisayar programlarının kaynak ve nesne kodlarını telif hakkı kapsamında ele alarak koruma sağlamaktadır. Normal şartlarda bir bilgisayar programını yasal olarak kullanmaya yetkili kişilerin bilgisayarın anlayacağı şekilde nesne kodu olarak elde ettiği programı, kaynak koduna çevirmesi ve bunun üzerinde birtakım değişiklikler yapması Direktif ve FSEK hükümleri kapsamında eser sahibinin hakkına bir ihlal oluşturacaktır.

Bu noktada bilgisayar programlarının kaynak koda çevrilmesine ilişkin teknik birtakım hususlara da değinmek gerekir. Programın kaynak koduna çevrilmesi, bu amaç için yazılmış programlar aracılığıyla mümkündür. Buna karşılık bu çevirme, programcının programı nesne koduna çevirmeden önceki haline ulaşılmasını sağlamayacaktır. Dolayısıyla her ne kadar bu işlem, kaynak koda çevirme olarak ifade edilse de elde edilen kodlar birebir kaynak kodu olmayabilecektir. Ancak bu teknik husus, konumuz bakımından büyük önem arz etmemektedir. Zira kanaatimizce burada önem taşıyan husus, elde edilenin programcının yazdığı kod olup olmadığı değil, bu şekilde programa müdahale edilebilmenin mümkün olup olmadığıdır.

Tüm bunların yanı sıra, bilgisayar programlarının korunması konusunda eser sahibinin haklarına getirilen istisnaların diğer eser türlerinden daha farklı bir şekilde ele alınması kaçınılmazdır. Nitekim bir bilgisayar programını hukuken elde eden kişinin bu programdan faydalanabilmesi için bilgisayara yükleme yapması gerekmektedir ki bu eylem programın kopyalanmasını, bir başka ifadeyle çoğaltılmasını gerektirir. O nedenle Direktifler ve FSEK bilgisayar programları bakımından daha ayrıntılı düzenlemeler getirmiş olup bunların bazıları aşağıda açıklanacağı üzere, bilgisayar programının nesne kodundan kaynak koduna çevrilmesine ilişkin eser sahibinin haklarına getirilen istisnaları da içermektedir.

Kural olarak eser sahibinin haklarının bir ihlali olarak değerlendirilmemiz gereken kaynak koda çevirme eylemi, istisnaların şartlarını taşıması halinde hukuka uygun hale gelebilecektir. Bu çalışanın amacı bilgisayar programlarının hukuka uygun olarak kaynak koda çevrilmesine ve bu kodlara yapılan müdahalelere ilişkin şartların, Avrupa

Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları da dikkate alınarak değerlendirilmesidir. Çalışmada konuya temel teşkil eden hukuki düzenlemeler ele alındıktan sonra, ABAD'ın 6 Kasım 2021 tarihli *Top System Sa v Belgian State* kararı da değerlendirilerek, bilgisayar programlarında kaynak koda çevirmenin hangi hallerde hukuka uygun olabileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

I. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ESER OLARAK KORUNMASINA İLİŞKİN AB DİREKTİFLERİ VE FSEK'E GENEL BİR BAKIŞ

Bilgisayar programlarının Avrupa başta olmak üzere yeknesak bir biçimde korunmasına ilişkin çabalar görece yeni olarak değerlendirilebilir. Zira aşağıda da bahsedildiği üzere 1991 yılından önce Avrupa'da yeknesak bir uygulama bulunmamaktaydı. AB'nin konuya ilişkin Direktifinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, AB üyesi devletler arasında bilgisayar programlarının hangi fikri mülkiyet hakkı türüne dâhil edileceği tartışmaları son bulmuş ve bilgisayar programları bir eser türü olarak korunmaya başlanmıştır. Bu nedenle konuya ilişkin AB Direktiflerinin ve FSEK'de yapılan değişikliklerin kısaca açıklanmasının uygun düşeceği değerlendirilmektedir.

A. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN AB DİREKTİFLERİ

Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin AB Direktifleri, alandaki faaliyetlerin gelişmesi nedeniyle bilgisayar programlarına yeknesak bir koruma sağlama gereksinimi çerçevesinde hazırlanan 1988 tarihli "*Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*"⁷ ye dayanmaktadır.⁸ Avrupa devletleri içinde bilgisayar programları-

⁷ Yeşil Kitap, teknoloji alanındaki gelişmeler de dikkate alınarak Birlik düzeyinde ortak pazarın düzgün işleyişini sağlamak için birtakım önlemler alınması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu çerçevede Yeşil Kitap'ta telif hakkı ihlalleri (korsancılık), görsel-işitsel eserlerin evde kopyalanması, yayma hakkı, tükenme ve kira-lama hakkı, bilgisayar programları ve veri tabanlarına yer verilmiştir bkz.: *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues Requiring Immediate Action*; <[http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_\(88\)_172_final.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_(88)_172_final.pdf)>, Erişim Tarihi: 16.11.2022 (Yeşil Kitap).

⁸ Robbie Downing, *EC Information Technology Law*, J.Wiley, New York 1995, s. 81; Guy Tritton, *Intellectual Property in Europe*, Sweet&Maxwell, London 2002,

nın eser olarak korunmasına ilişkin tam bir uyumun söz konusu olmaması nedeniyle bu alanı özellikle düzenleme gereksinimi doğmuştur. Almanya, Fransa, İngiltere, İspanya ve İrlanda'da bilgisayar programlarının telif hakkı çerçevesinde korunması kabul edilmişken, İtalya, Danimarka ve Hollanda'da kanun koyucu tarafından mahkemeler, telif hakkı korumasına teşvik edilmiştir. Fakat Yunanistan ve Portekiz'de bilgisayar programlarına sağlanacak telif hakkı koruması henüz gündemde olmaması Avrupa devletleri arasında yeknesaklığın olmadığını göstermiştir.⁹

Bilgisayar programlarına tanınan korumaya ilişkin AB üyesi devletler arasındaki uyumu sağlamak, koruma yollarına ilişkin tartışmaları engellemek ve kanunlarda yapılması gereken düzenlemeleri içeren genel bir çerçeve çizmek üzere 91/250/AET sayılı Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰ kabul edilmiştir. Bu Direktif 2009/24/AT¹¹ sayılı Direktif ile değiştirilmiştir. Buna karşılık 2009/24 sayılı Direktif ile oldukça az sayıda değişiklik getirildiği, yeniliklerin büyük kısmının bazı usulü değişikliklerden oluştuğu görülmektedir.¹² FSEK de 91/250 sayılı Direktif ile uyumlaştırılmıştır. Dolayısıyla aşağıda Türk hukukuyla ilgili yaptığımız açıklamalar, 91/250 sayılı Direktif hükümleri ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alınacaktır.

Direktiflere genel olarak bakıldığında ilk göze çarpan husus Direktifin bilgisayar programlarının, Bern Sözleşmesi¹³ altında edebi eserler-

para. 4-044; Anne Marie Mooney Cotter, *Intellectual Property Law- Professional Practice Guides*, Routledge-Cavendish, London 2003, s. 76.

⁹ Yeşil Kitap, s. 186; Mark P. Tellini "Uniform Copyright Protection for Computer Software in the EEC" B.C.Int'l&Comp.L.Rev 13, S. 2, 1990, s. 486-487; Ayrıca bkz.: Ayşe Saadet Arıkan "Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, 1996, s. 348 vd.

¹⁰ Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.05.1991; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0250&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

¹¹ Directive 2009/24/EC of The European Parliament and of The Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, OJ L 111/16, 05/05/2009; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

¹² Mustafa Aksu, "Avrupa Birliği ve Parlamentosu ve Konseyi'nin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG)" *Terazi* 4, S. 37, 2009, s. 139 vd.

¹³ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi için bkz.: <https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf> Erişim Tarihi: 17.04.2023

le ilgili hükümler kapsamında korunmasını öngördüğüdür. Devamı maddeler de ise, diğer eser türlerinden farklı olarak kopyalanmaları kolay eserler olduğundan eser sahibinin haklarına vurgu yapılarak, yasal yollarla bir programı elde eden kişinin amaca uygun kullanımının sağlanması için, özel birtakım istisnalara yer verilmiştir. Zira bu hususlara aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

B. FSEK KAPSAMINDA BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASI

FSEK m. 1/B-g bendinde, 2001 yılında yapılan değişikliklerle¹⁴ beraber bilgisayar programlarını tanımlamıştır. Bu bentte bilgisayar programı *“Bilgisayar işletim 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”* olarak ifade edilmiştir. Nitekim bu düzenlemeden önce 1995 yılında,¹⁵ FSEK’in Fikir ve Sanat Eserlerinin Çeşitleri üst başlığı altında ve ilim ve edebiyat eserleri başlıklı I. Bölüm ve 2. maddesinde yapılan değişikliklerle birlikte 1. bende yeni bir ilim ve edebiyat eseri türü olarak bilgisayar programları eklenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte Türk hukukunda, bilgisayar programlarının korunması FSEK kapsamına alınmış ve FSEK’in 91/250/AET Direktif ile uyumlu hale getirilmesi söz konusu olmuştur.

FSEK m. 2/1-1’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 sonucunu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları”* ilim ve edebiyat eseri sayılmıştır. FSEK m. 2/2’de ise, bilgisayar programlarında korumanın kapsamını belirleyen bir düzenlemeye yer verilerek, *“Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar”* hükmü getirilmiştir.

Aşağıda yapacağımız eleştiriler saklı kalmak kaydıyla belirtmek gerekir ki, Direktifle uyumlaştırma adına yer verilmiş bir diğer hüküm, FSEK m. 6’da yer alan ve *“Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması”*nı işlenme eser olarak değerlendiren hükümdür.

¹⁴ 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun, RG. 03.03.2001, S. 24335.

¹⁵ 07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun, RG. 12.06.1995, S. 22311.

Eser sahibinin çoğaltma hakkını düzenleyen FSEK m. 22, Direktif m. 4 ile uyumlaştırma kapsamında 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve madde metnine “Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar” hükmü eklenmiştir.

Direktiflere uyum sağlama bakımından FSEK’de yapılan değişiklikler yukarıda bahsi geçen hususlarla sınırlı değildir. FSEK’in, bilgisayar programları bakımından istisna ve sınırlandırmaları düzenleyen şahsen kullanma başlıklı 38. maddesinin 3, 4, 5, 6, 7 ve 8. fıkraları,¹⁶ Direktifin 5 ve 6. maddeleriyle uyumlaştırılmıştır.

FSEK m. 38/3, bilgisayar programının onu hukuki yollardan elde eden kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesine, sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu halinde ve programın düşünülen amaca uygun kullanılması için gerekli olduğu durumlarda izin vermiştir. Nitekim bu hüküm Direktif m. 5(1) ile uyum içindedir. Bu husus, konumuz bakımından özel önem arz ettiğinden aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

FSEK m. 38/4 ise, programın yüklenmesi, çalıştırılması ve hataların düzeltilmesiyle birlikte yedek kopya çıkarma hususunun sözleşme ile önlenemeyeceğini düzenlemekte, FSEK m. 38/5 ise bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek amacı ile programın işleyişini gözlemlemesi, tetkik etmesi ve sınamasına izin vermektedir. Bu maddeler de yine Direktif m. 5 ile uyum içerisindedir.

Direktiften alınan diğer bir düzenleme ise FSEK m. 38/6’da yer almaktadır. Bu madde de programın diğer programlarla araislerliğinin sağlanması için kodun çoğaltılmasının ve kod formlarının çevirisinin, Direktif m. 6’da olduğu gibi lisans veya FSEK’de belirtildiği şekli ile ruhsat sahibi veya programın bir kopyasını kullanma hakkı olan diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili bir kişi tarafından yapılabileceği öngörülmüştür. Ancak aşağıda detaylı şekil-

¹⁶ FSEK m. 38/2, 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun ile ilga edildiğinden, fıkra numaraları değişikliğe uğramıştır. Buna karşılık FSEK m. 38/son’daki hüküm 6. ve 7. fıkraları kapsayacak şekilde kaleme alındığından bu çalışmada, mülga 2. fıkra hükmü de sayılarak fıkra numaraları belirtilmiştir.

de ele alınacağı üzere, bu çevirinin araislerliği sağlamak amacıyla zorunlu olması halinde ve sadece programın araislerliği sağlamak adına gerekli parçalarında yapılabileceği kabul edilmiştir.

Bu hükümlerden, konumuzla bağlantılı olması nedeniyle FSEK m. 38/3 ve FSEK m. 38/6 aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.

II. AB DİREKTİFLERİ VE FSEK KAPSAMINDA KAYNAK KODU VE NESNE KODUNA SAĞLANAN KORUMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin AB Direktifleri ve FSEK'in nesne kodundan kaynak koduna dönüştürmeye ilişkin hükümlerinin incelenmesi konumuz bakımından önem taşımaktadır. Bu hükümler aşağıda kısaca incelenecektir.

A. KAYNAK KODU VE NESNE KODUNUN ESER NİTELİĞİ

Yukarıda bahsedildiği üzere kaynak kodu programın, bilgisayar tarafından okunabilir hale getirilmeden önceki halidir. Nesne kodu ise kaynak kodunun bilgisayarın anlayacağı dile çevrilmiş halidir.

Gerek AB Direktifleri, gerek FSEK “*her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları*”nın ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirmektedir (Direktif m. 1, FSEK m. 2). AB düzenlemelerine göre de kaynak kodu ve nesne kodunun eser niteliğinde olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.¹⁷ Direktif hükümlerini temel alan FSEK bakımından da bu husus tartışmalı değildir.¹⁸ O halde koruma bakımından ilk şart

¹⁷ CJEU, Judgment of the Court (Third Chamber), 22 December 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace — Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury, para. 34 < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0393&from=GA> Erişim Tarihi: 11.04.2023; Ayrıca bkz.: Mustafa Aksu “Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli SAS Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi” İÜHFİM, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 816; Mustafa Aksu, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta, İstanbul 2006, s. 95 ve 103; Arslan Kaya ve Numan Sabit Sönmez, “İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme” İstanbul Hukuk Mecmuası 78, S. 1, 2020, s. 90.

¹⁸ Bkz.: Topaloğlu Hayri Bozgeyik, “Fikir ve Sanat Eserlerinde, Bilgisayar Programları, s. 90; Mustafa Topaloğlu, Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s. 26; Kaypakoglu, Bilgisayar Programları, s. 60-61; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/9074, K. 2010/4561, 27.04.2010 (Karar özeti için bkz.: Yavuz/Alıca/Merdi-

olan FSEK kapsamında eser türlerinden birine dâhil olma şartı, kaynak kodu ve nesne kodu bakımından yerine getirilmekte olup bilgisayar programı, nesne koduna çevrilmeden önce de, nesne koduna çevrildikten sonra da FSEK anlamında bir bilgisayar programıdır ve ilim ve edebiyat eseri kategorisi altında değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, koruma bakımından ikinci şart eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Nitekim Direktif m. 1/3 bilgisayar programının, eser sahibinin fikri yaratımı olması anlamında orijinal olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹. FSEK’de ise eser sayılabilmenin şartı olarak, sahibinin hususiyetini taşıma aranmaktadır. Sahibinin hususiyetini taşıma unsurunun, AB’de kabul edilen orijinallik unsurunun Türk hukukundaki görünümü olduğu söylenebilir.

Hirsch hususiyet şartını şu şekilde açıklamıştır: “Herkes tarafından vücuda getirilemeyen yani bir hususiyete haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir... Yaratıcı bir muhayyale mahsulünü diğerlerinden ayıran vasıf, mübdiinin şahsiyetinden aldığı hususiyettir”.²⁰ Erel ise, sahibinin hususiyetini taşıma kriterini şekil veya muhtevada bulunabilecek, sahibine atfedilecek şekilde duyularımızla algılanabilecek az veya çok bağımsız ve yaratıcı fikri çalışmanın ürününde bulunması olarak ifade etmiştir.²¹ Kılıçoğlu ise eserin sahibinin hu-

van, s. 1343); Şener Dalyan, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin, Ankara 2009, s. 85; Hususiyet”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, S. 3, 2009, s. 204; Hayri Bozgeyik/Ahmet Bozgeyik, “Yazılımlar için Telif Hakkı Korumasında Güncel Sorunlar”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2012, ed. Tekin Memiş, Yetkin, Ankara 2013, s. 88.

¹⁹ AB’de bir eserin fikri haklar korumasından yararlanabilmesi için orijinal olması aranmaktadır. Buna karşılık AB devletleri arasında orijinalliğin anlamına ilişkin tam bir uyumlaştırma sağlanması ABAD’ın Infopaq kararıyla söz konusu olmuştur. Kararda orijinalliğin değerlendirilmesinde eserin, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece orijinalliğin belirlenmesinde öngörülen eser sahibinin kendi fikri yaratımı olması hususu, AB düzeyinde tüm eserler bakımından aranacak şekilde kabul görmüştür. Bilgisayar programları özelinde ise bu husus davadan önce de Direktifte açıkça ifade bulunmuştur.; CJEU, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 16 July 2009, C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0005>> Erişim Tarihi: 11.04.2023; Ayrıca bkz.: Kaya/Sönmez, s. 92, dp. 24; Salih Polater, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 15-16, s. 27 vd.

²⁰ Ernst Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say C. II*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1943, s. 13.

²¹ Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s.

susiyetini taşımasının, sınai mülkiyet hukukundaki yenilik kriterinin telif hukukundaki görünümü olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda bu unsurun, bilineni tekrar etmemeyi gerektirdiğini vurgulamaktadır.²²

Bilgisayar programların da hususiyet ise, diğer eser türlerinde farklı olarak sadece eser sahibinin kendi fikri yaratıcılığını programa yansıtması ve programın herhangi bir başka programdan kopyalamak suretiyle meydana getirilmemiş olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.²³ Zira programlarda hususiyet, estetik ölçülerle veya duyu organlarıyla algılanabilecek eserlerden daha farklı özelliklere sahiptir ve bilimsel-teknik ölçülere dayanmaktadır.²⁴ Bu nedenle de bilgisayar programlarındaki hususiyet şartının belirlenmesinde programcının fikri faaliyetinin bir ürünü olması ve kopyalanmamış olması önem taşımaktadır.²⁵

Yukarıdaki açıklamalarımız altında belirtmek gerekir ki, bilgisayar programlarının kaynak kodu ve nesne kodu, FSEK ve Direktif kapsamında eser kategorisi altında değerlendirilmekte olup, eğer bu kodlar programcının fikri faaliyetinin ürünüyse ve başka bir programdan kopyalanmak suretiyle meydana getirilmediyse, FSEK korumasından yararlanacak bir bilgisayar programı olarak nitelendirilecektir.

B. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KAYNAK KODUNA ÇEVİRİLMESİNİN ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilgisayar programlarının kaynak kodundan nesne koduna çevrilmesi veya tam tersi ya da bir programlama dili ile yazılmış bir bilgisayar programının başka bir programlama diline çevrilmesi, herhangi

35.

²² Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 119-120.

²³ Erel, Fikir ve Sanat, s. 35-36; Şafak Erel, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması" *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İlhan Öztürk'a Armağan*, C. 49, S. 1-2, 1994, s.144; Topaloğlu, Bilgisayar Programları, s. 88; Topaloğlu, Bilişim, s. 23-24; Aksu, Bilgisayar Programları, s. 88-89; Levent Yavuz/Türkay Alica/Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu 1. Cilt, Seçkin, Ankara 2014, s. 110.

²⁴ Bozgeyik/Bozgeyik, s. 89; Bozgeyik, s. 205.

²⁵ Yeşil Kitap, bilgisayar programlarında orijinalliğin tespitinde estetik niteliğin aranmaması gerekliliğini özellikle vurgulamıştır (Yeşil Kitap, s. 187). 91/250 sayılı Direktif'in dibacesinde de orijinalliğin nitel veya estetik değerlerle ölçülememesi gerektiği ifade edilmiştir.

bir şekilde kodlara müdahale veya bunun gibi eylemler Direktif m. 4(b) kapsamında yer almakta ve eser sahibinin münhasır haklarından sayılmaktadır. Maddeye göre *“bir bilgisayar programının çevirisi, uyarlanması, düzenlenmesi ve diğer her türlü değişikliği ve sonuçlarının çoğaltılması”* eser sahibinin iznine tâbidir. Bu husus, işleme ve derleme eserleri düzenleyen FSEK m. 6’ya alınmıştır. Bununla birlikte FSEK m. 6/1-10, Direktif hükmünde yer alan *“programın çevirisi”* ifadesini içermemektedir. Ancak FSEK’te yer alan *“Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması”* ifadesinin kodların çevirisini de içerecek şekilde yorumlanması uygun düşmektedir.²⁶ Zira bir bilgisayar programının işlenmesi, karşımıza kodların birbirine çevrilmesi, bir programlama dilinden başka bir programlama diline çevrilmesi, programda ekleme, silme ya da değişiklik yapılması veya hazırlık tasarımlarının bir programlama diline veya bir koda dönüştürülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁷ O halde kod formlarının birbirine çevrilmesi eser sahibinin haklarından öncelikle işleme hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecek olmakla birlikte, FSEK bakımından aşağıda yapacağımız eleştiriler konunun açıklığa kavuşması bakımından önem arz etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanaatimizce Direktifin ilgili hükmünün FSEK’deki yeri oldukça yanlıştır.²⁸ Direktif’in ilgili maddesi işleme ve derleme eserleri ele almak üzere şekillendirilmemiştir. Madde, eser sahibinin haklarını düzenleme amacıyla kaleme alınmış bir maddedir. Dolayısıyla FSEK’de fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri üst başlığı altında işleme ve derlemeleri ele alan maddeye bu hükmün alınması, istenmeyen bir sonuç doğurmaktadır. Zira doktrinde belirttiği üzere, kodların birbirine çevrilmesi işleminin bilgisayar ara-

²⁶ Kaypakoğlu, s. 68; Aksu, Bilgisayar Programları, s. 122; Temel Nal/Cahit Suluk (Rauf Karasu), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s. 145.

²⁷ Erel, Fikir ve Sanat, s. 62.

²⁸ Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanaatimizce bilgisayar programlarına ilişkin Direktif ile FSEK’in uyumlaştırılması biçimi eleştiriye açıktır. Zira Direktif eser sahibi olarak programcının haklarını ayrı ayrı düzenlemediği gibi, istisna ve sınırlandırmaları da belirli bir tasnif altında ele almamıştır. Buna karşılık kanun koyucu Direktif hükümlerini FSEK’e alırken, hükümleri ilgili olabileceğini düşündüğü maddelere yerleştirmiştir. Bu nedenle de FSEK bilgisayar programlarının korunması konusunda oldukça karmaşık bir sistematığe sahip hale gelmiştir. Buna karşılık örneğin Almanya’da uyumlaştırma, Alman Telif Hakkı Kanunu’nun 1. Kısım, 8. Bölümü (§ 69a-69g) *“Bilgisayar Programlarına İlişkin Özel Hükümler”* başlığı altında, Direktif maddelerine yer verilerek yapılmıştır; Bkz.: Kaya, Bilgisayar Programlarının Çoğaltılması, s. 453.

cılığıyla yapılması nedeniyle bu tür bir çeviri sahibinin hususiyetini içermeyecektir ve bu nedenle de tek başına bu kodların işlenme eser olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.²⁹

Kanaatimizce FSEK bakımından bu madde, eser sahibinin mali haklarından işleme hakkını ele alan m. 21’de yer almalıydı.³⁰ Eğer FSEK m. 21’de, kod formlarının birbirlerine çevirisinin işleme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm açıkça yer alsaydı, yukarıda bahsettiğimiz hususiyetin bulunup bulunmadığı konusunda yapılan tartışmaya da ihtiyaç duyulmayacaktı. Ancak FSEK’teki düzenleme nasıl olursa olsun kodların çevrilmesi, eser sahibinin münhasır haklarından olup, Kanun ve Direktif’te yer alan istisnalar kapsamında olmadığı sürece, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir eylem olarak değerlendirilmelidir. Zira FSEK m. 21, “*Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” hükmünü haizdir.³¹ Bu düzenleme, Direktifte yer alan ve bilgisayar programları özelinde işlemeyi düzenleyen hüküm ile bire bir örtüşmemekle birlikte, işlemenin kod formlarının çevirisini de içerdiği kabul edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir bilgisayar programının işlenmesi, karşımıza kodların birbirine çevrilmesi, bir programlama dilinden başka bir programlama diline çevrilmesi, programda ek-

²⁹ Erel, Fikir ve Sanat, s. 62; Aksu, Bilgisayar Programları, s. 123; Ayrıca bkz.: Topaloğlu, Bilişim, s. 22; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 140 N. 17.

³⁰ Zira Direktif m. 4(a)’da yer alan “Bir bilgisayar programının herhangi bir şekilde ve herhangi bir biçimde, kısmen veya tamamen, kalıcı veya geçici olarak çoğaltılması. Bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya saklanması bu tür çoğaltmayı gerektirdiği ölçüde, bu tür işlemler de hak sahibinin iznine tâbidir” hükmü ile FSEK m. 22, yani eser sahibinin çoğaltma hakkını düzenleyen madde “çoğaltma hakkı bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar” şeklinde bir düzenlemeyle uyumlaştırılmıştır. Buna karşılık Direktif m. 4(b) hükmünün işleme hakkına ilişkin FSEK m. 21 yerine, işlenme ve derleme eserleri düzenleyen m. 6’ya ne için alındığına tarafımızca bir açıklık getirilememektedir. Ayrıca bkz.: Kaypakoğlu, s. 68; Kaypakoğlu, FSEK m. 6 ve FSEK m. 21 hükmünün farklı olduğuna değinmekle birlikte, sonuçları bakımından önemli bir fark doğmayacağını ifade etmektedir.

³¹ 1988 tarihli İngiliz Telif, Tasarım ve Patent Hakkı Kanunu’nun işlemlere ilişkin 21/3-ab maddesi açıkça işlemenin “bir bilgisayar programı ile ilgili olarak, programın düzenlenmiş veya değiştirilmiş versiyonu veya tercümesi anlamına” geleceğini ifade etmektedir; Bkz.: David Bainbridge, Software Copyright Law, Butterworths, London 1997, s. 139 vd. Kanaatimizce Türk Hukukunda da FSEK m. 21’in bu şekilde bir düzenlenmesi daha uygun düşmektedir.

leme, silme ya da değişiklik yapılması veya hazırlık tasarımlarının bir programlama diline veya bir koda dönüştürülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. O halde kod formlarının birbirine çevrilmesi, eser sahibinin haklarından işleme hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada eser sahibinin çoğaltma hakkı bakımından da bir değerlendirme yapmak uygun düşmektedir. Zira FSEK'te bilgisayar programlarının her türlü geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirileceği açıkça ifade edilmektedir. O halde kod formlarının çevrilmesi her ne kadar işleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir eylem olarak belirtilmiş olsa da somut olayda çoğaltma fiilinin de gerçekleşmesi mümkün görünmektedir.³² Zira bilgisayar programının, bir bilgisayar aracılığıyla kaynak koduna çevrilmesi için, diğer eser türlerinden farklı olarak çoğunlukla bir yükleme fiilinin de gerçekleşmesi gerekecektir. Kod formlarının çevirisine ilişkin istisna getiren FSEK m. 38/6'da "...bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda..." şeklinde bir hükümle konuyu düzenlemektedir. Bu açıklamalar altında kod formlarının çevirisi, somut olay bazında değerlendirme yapmak daha uygun düşmekle birlikte, eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlaline de yol açabilecektir.

Netice olarak açıklandığı üzere, kod formlarının çevirisine ilişkin eylemlerin, eğer istisnalaradaki şartları taşııyorsa, eser sahibinin mali haklardan işleme ve çoğaltma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. BİLGİSAYAR PROGRAMININ KAYNAK KODUNA ÇEVİRİLMESİNİN ESER SAHİBİNİN HAKLARINA GETİRİLEN İSTİSNALAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

91/250 sayılı Direktif, bilgisayar programlarının bir eser türü ola-

³² Tekinalp, programın çevirisinin açıkça çoğaltma olduğunu ifade etmektedir; Tekinalp, s. 119 N. 31b; Buna karşılık Bozgeyik ve Bozgeyik, FSEK m. 38/6'da yer alan kodun çoğaltılması nesne kodunun çoğaltılması anlamına geldiğini, kod formlarının çevirisinin ise, nesne kodundan kaynak koduna çevirmeyi ifade ettiğini vurgulamaktadır; Bozgeyik/Bozgeyik, s. 94.

rak korunmasına ve bu eser türüne ait özellikleri dikkate alarak eser sahibinin haklarına ilişkin özel hükümlerin yanı sıra, eser sahibinin haklarına getirilen istisnaları da ayrıca düzenlemiştir. Bu hükümler Direktif m. 5 ve m. 6'da yer almaktadır. Türk hukukunda ise bu istisnalar, şahsen kullanım amacıyla çoğaltma istisnasına ilişkin FSEK m. 38'e alınmıştır. Buna karşılık bilgisayar programları bakımından Direktif ve FSEK m. 38, sadece çoğaltma değil, işleme hakkına getirilen müdahalelere ilişkin de istisnaları barındırmaktadır. Aşağıda konumuz bakımından önem taşıyan hususlar kısaca değerlendirilecektir.

1- 91/250 Sayılı Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6 kapsamında Araişlerlik İstisnası

Kaynak koda çevirmeyle ilgili önemli bir hüküm Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6'da yer almaktadır. Direktif m. 6 "*decompilation*" başlığını taşımakta olup bu madde, FSEK m. 38/6'ya aynen alınmıştır. Bu hüküm kod formlarının çevirisine bazı şartlarda açıkça izin veren tek hükümdür. O nedenle bu bölümde öncelikli olarak bu hükmün incelenmesine yer verilecektir.

Hüküm, bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların araişlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında program kodunun çoğaltılmasına ve kod formunun çevirisine bazı şartlar altında izin vermektedir. Araişlerlik, FSEK m. 1B-1'da "*Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini... ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. O halde araişlerlik, program bölümlerinin birlikte çalışmasının, etkileşim halinde olmasının ve bilgi alışverişi yapmasının sağlanmasıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, araişlerlik açıkça program bölümlerine özgülenmiş olduğundan, donanım ve program arasındaki bir etkileşimin sağlanması, FSEK bakımından araişlerlik kapsamında değerlendirilmemelidir.

Tekinalp'e göre, araişlerliğin sağlanması, hükmün uygulanması bakımından *conditio sine qua non*'dur. Bir başka ifadeyle gereklilik şartıdır.³³ Bir diğer şart da bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından

³³ Tekinalp, s. 211 N. 158.

veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesidir.³⁴ Üçüncü şart, araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, belirtilen kişilerin kullanımlarına sunulmamış olmasıdır. O halde gerekli bilgiler bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişilere sunulmuşsa, bu halde programın kaynak koduna çevrilmesi mümkün olamayacaktır. Alman hukukunda hak sahibinin bu bilgileri ücretsiz olarak veya talep edilmesi halinde masrafların karşılanması karşılığında sunmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir.³⁵ Somut olayda eğer sözleşme ile kararlaştırılan bedelin sadece masrafları içerdiği kabul edilebilirse, programa yapılan müdahale hukuka aykırı kabul edilmelidir. Zira bu halde FSEK m. 38/6'nın şartlarından olan gerekli bilginin sunulmamış olması şartının gerçekleşmediği kanaatine varılacaktır. Son şart ise, bu fiillerin araişlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olmasıdır. Görüldüğü üzere programın tümü üzerinde bu fiillerin gerçekleştirilmesine izin verilmemiş olup, eğer pratikte bu fiillerin programın belirli bir bölümü üzerinde yapılması mümkün ise, sadece o bölüme ait kodlara müdahaleye izin verilmiştir.

Bu hüküm belirtildiği üzere, araişlerliğin sağlanmasına ilişkindir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesinin yanı sıra eylemin hukuka uygun olması için mevcut programla bir başka bağımsız program arasında ara işlerliğin sağlanması, programların birlikte çalıştırılabilirliği açısından gerekli olduğu ölçüde mümkündür.

Yanı sıra FSEK m. 38/7'de de bazı sınırlandırmalar getirilmiş olup, hüküm kodların, bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişlerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına, bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişlerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine ve ifade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer

³⁴ FSEK m. 38/3 ve FSEK m. 38/6'da yer alan "programı hukuki yollardan edinen kimse" ve "programı kullanma hakkına sahip kişi" ifadeleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Ateş, s. 381 vd.

³⁵ Benjamin Spies, "UrhG § 69e Dekompilierung", BeckOK Urheberrecht, ed. Hartwig Ahlberg/Horst-Peter Götting/Anne Lauber Rönberg, Beckonline, 2022, § 69e Rn. 12, <beck-beckonline.de> Erişim Tarihi: 23.11.2012; Ulrich Loewenheim/Gerald Spindler, "§ 69e Dekompilierung", Urheberrecht Kommentar, ed. Ulrich Loewenheim/Matthias Leistner/Ansgar Ohly, 5. Bası, Münih, C.H. Beck, 2017, s. 1619, § 69e Rn. 15.

bir fiil için kullanılmasına izin vermemiştir. O halde FSEK m. 38/6'da yer alan şartlara uygun kaynak koduna çevrilen programın, kullanım bakımından da bazı sınırlara tâbi tutulduğu görülmektedir.

2- 91/250 Sayılı Direktif m. 5 ve FSEK m. 38/3 Kapsamında Hata Düzeltme de Dâhil Amaca Uygun Kullanım İstisnası

Açıkça kaynak koda çevirme her ne kadar sadece Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6 uyarınca araişerliğe ilişkin olarak düzenlenmişse de konu bakımından önem taşıyan bir diğer hüküm Direktif m. 5(1) ve FSEK m. 38/3'de yer alan bilgisayar programlarında amaca uygun kullanım için eser sahibinin haklarına istisna getiren hükümdür. Bu madde altında koda çevirme, açıkça ele alınmamış olmakla birlikte, aşağıda görüleceği üzere ABAD, bu hüküm kapsamında da kaynak koda çevirmenin mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Maddeye göre *“sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda hata düzeltme de dâhil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir.”*

O halde yukarıda bahsedildiği üzere nesne kodunun kaynak koduna dönüştürülmesi, kural olarak eser sahibinin haklarından birisi olmakla birlikte, eğer hata düzeltme dâhil, amaca uygun kullanım için gerekliyse, eser sahibinin izni olmadan ve eser sahibinin haklarına bir ihlal olarak değerlendirilmeden yapılabilmesi mümkün olabilecektir. Her ne kadar bu maddede yer alan işleme fiilinin, nesne kodundan kaynak koduna çevirmeyi kapsayıp kapsamadığı açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da gerek bilgisayar programlarının işlenmesine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar, gerek aşağıda ele alacağımız ABAD kararında açıklanacağı üzere, işlenmenin kodların çevirisini içerdiği kabul edilmektedir. Zira Alman hukukunda da istisnai hallerde hata düzeltme için kod formlarının çevirisinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.³⁶

FSEK m. 38 ve Direktif m. 5(1)'de yer alan bu istisnanın uygulanabilmesi için ilk şart, hata düzeltme de dâhil, programın düşünül-

³⁶ Malte Grützmaier, “UrhG § 69e Dekompilierung”, *Praxiskommentar Urheberrecht*, ed. Wandke, Arthur Axel/Bullinger Winfrid, Beckonline, 2022, § 69e Rn. 29 <beck-online.beck.de> Erişim Tarihi: 23.11.2022.

düğü amaca uygun kullanımı için çoğaltılması veya işlenmesinin gerekli olmasıdır. Zira programın düşünülen amaca uygun kullanımı için gereklilik arz eden bir durum yoksa veya programda herhangi bir hata bulunmuyorsa, işleme ve çoğaltma bu istisna kapsamında değerlendirilemeyecektir. İkinci şart bilgisayar programının işlenmesi veya çoğaltılmasının onu hukuki yollardan elde eden kişi tarafından yapılmasıdır. Programı hukuki yollardan elde eden kişinin kim olduğu açıklanmamakla birlikte, bu kişinin programı hukuki bir işlemle, haliyet yoluyla veya kanun gereği elde etmiş olması gerekmektedir.³⁷

Son olarak taraflar arasında bir sözleşme varsa bu sözleşme hükümlerinin de değerlendirilmesi gerekir.³⁸ Buradaki sözleşme ifadesinden, FSEK m. 52’de yer alan şartlara uygun olarak yapılan sözleşme anlaşılmalıdır.³⁹ Belirtilmelidir ki Direktif m. 5(2) ve FSEK m. 38/3 *“Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez”* hükmünü getirmiştir. O halde belirttiğimiz sözleşme hükümleriyle bu hususa ilişkin bir düzenleme ancak ve ancak hata düzeltme dâhil programın düşünülen amaca uygun kullanımı için gerekli işleme ve çoğaltmanın hangi şartlarla yapılacağına ilişkin bir düzenleme olabilir. Yanı sıra, hata düzeltme veya programın düşünülen amaca uygun şekilde kullanımı için gerekli işleme ve çoğaltmanın hukuki yollardan elde eden kişi tarafından yapılamayacağına ilişkin de olamaz. Ancak her hâlükârda yasal nüsha sahibine tanınan bu hakkın özüne ilişkin bir değişikliğin, sözleşmeyle yapılması mümkün değildir.⁴⁰

³⁷ Tekinalp, s.209 N. 158; Yavuz/ Alıca/Merdivan, s. 1341.

³⁸ Bilgisayar programlarını konu edinen birçok türde sözleşme yapılması mümkündür. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuri Erişgin, “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, S. 1, 1999, s. 213 – 253; Nuri Erişgin, “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, S. 4, 2003, s. 41-68; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VII, S. 1-2, 2003 s. 563-580; Dilşad Keskin, “Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi”, *TAAD* 10, S. 3, 2012, s. 95-128; Adem Yelmen, “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 2, 2020, s. 991-1019.

³⁹ Kaya, Bilgisayar Programlarının Çoğaltılması, s. 453-454.

⁴⁰ Nal/Suluk(Karasu), s. 145; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/364, K. 2020/3698, 30.9.2020 (Kazancı İçtihat Bankası); “Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuş-

3- Eser Sahibinin Haklarına Getirilen İstisnalara İlişkin Değerlendirme

Netice olarak bir programın kaynak koda çevrilmesi işlemdir ve işleme hakkı eser sahibinin münhasır haklarından biridir. Dolayısıyla istisnalar saklı kalmak kaydıyla bir bilgisayar programının nesne kodundan kaynak koduna çevrilmesi eser sahibinin haklarına ihlal oluşturmaktadır. Buna karşılık Direktif ve FSEK iki halde bir bilgisayar programının nesne kodunun kaynak koduna çevrilmesine izin vermektedir. Bu haller Direktif m. 5 ve FSEK m. 38/3'de yer alan hata düzeltme dâhil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda kaynak koda çevrilmesi ve Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6'da yer alan araişlerliğin sağlanması amacıyla kaynak koda çevirmeye ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerde yer alan şartların oluşmaması halinde ise bilgisayar programının kaynak koda çevrilmesi eser sahibinin haklarına aykırılık teşkil edecektir.

Yanı sıra konu bakımından önem arz eden bir hüküm de FSEK m. 38/son'dur. Bu hükme göre *"Altıncı ve Yedinci fıkra hükümleri, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamaz"*. Görüleceği üzere bu hüküm, FSEK m. 38/6'yı içermekle birlikte, FSEK m. 38'de yer alan bilgisayar programlarına ilişkin diğer istisnaları kapsam dışı tutacak şekilde kaleme alınmıştır. Bunun sebebi ise mehzaz teşkil eden Direktif m. 6/3'ün de benzer şekilde kaleme alınmış olmasıdır⁴¹. O halde kaynak koda çevirme bakımından FSEK

mazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığı anlaşılmamasına davacının davaya konu bilgisayar programını öbür boyu lisans seçeneği ile satın almış olmasına ve satın aldığı bilgisayar programını 5846 sayılı FSEK'in 38. maddesi uyarınca bir adet yedekleme yapma hakkı da dâhil çalıştırma ve kullanma hakkının sözleşme ile dahi önlenemeyecek olmasına ve davacı birleşen dosya davasına isnat olunan fiillerin şahsi kullanım istisnası kapmasında bulunması göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esasen reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir".

⁴¹ Kanaatimizce bunun nedeni, Direktif m. 6'nın eser sahibinin haklarına getirilen bir istisna olarak kaleme alınmış olması, buna karşılık m. 5'in istisna olarak değil, eser sahibinin haklarının sınırlarını belirlemek amacıyla kaleme alınmış olmasıdır. Ancak kanaatimizce her ne için olursa olsun, üç adım testinin şartlarının so-

m. 38/6'nın hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verilmemesi ve programdan normal yararlanmaya ile çelişir şekilde kullanılmaması şartıyla bir başka ifadeyle üç adım testi adı verilen⁴² test kapsamında mümkündür.

Hal böyleyken, bu düzenlemenin sadece FSEK m. 38/6 ve 7'yi kapsamaması, FSEK m. 38'deki diğer istisnaların bu çerçevede değerlendirilmesinde bir engel olarak değerlendirilmemelidir. Zira FSEK'in şahsen kullanım amacıyla çoğaltmaya ilişkin bu maddesinin ilk fıkrası, *"Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz"* hükmünü haizdir. Her ne kadar 4110 sayılı Kanun m. 14'ün gerekçesinde⁴³ FSEK m. 38/1'in bilgisayar programları bakımından uygulanmayacağı ifade edilmiş ve bilgisayar programlarının bütün öteki eserlerden ayrılan önemli özellikleri olduğundan, onlar için şahsen kullanma konusunda ayrı bir düzenleme getirildiği belirtilmiş olsa da, kanaatimizce üç adım testi olarak ifade edilen ve uluslararası sözleşmelerde de kabul edilmiş bulunan bu testin tüm istisna ve sınırlandırmalar bakımından uygulanması bir zorunluluk arz etmektedir.⁴⁴ O halde her halükarda çoğaltmanın eser sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir.

mut olayda aranması uygun olacaktır.

⁴² Eser sahibinin haklarına getirilen istisna ve sınırlandırmaların hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi için uluslararası düzenlemeler tarafından kabul edilen üç adım testi hakkında detaylı bilgi için bkz.: Serap Helvacı/ Eray Aksın Atar, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, S. 3, 2016, s. 1289-1302; Selin Özden Merhacı, "Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 140, 2018, s. 24-34.

⁴³ Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları (1/722), 15.06.1994, S. Sayısı: 771, m. 14, s. 4.

⁴⁴ FSEK m. 38/1, 1. cümle bakımından ise, bu husus tartışılabilir. Zira her ne kadar madde hükmü "bütün fikir ve sanat eserleri"nden bahsetmiş bulunsa da hükmün gerekçesinin bilgisayar programlarını kapsam dışı tutması doktrinde de tartışmalara yol açmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aksu, *Bilgisayar Programları*, s. 141-149.

III. ABAD'IN KAYNAK KODA ÇEVİRME İLE İLGİLİ 6 KASIM 2021 TARİHLİ TOP SYSTEM SA V BELGIAN STATE⁴⁵ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Karara konu olayın taraflarından *Top System*, bilgisayar yazılımları geliştiren ve bilgi teknolojileri alanında faaliyet gösteren Belçika yasalarına göre kurulmuş bir şirkettir. *SELOR* ise Belçika'da çeşitli kamu hizmetleri için personel seçmek ve yönlendirmekten sorumlu olan kamu kurumudur. Bu nedenle de Belçika Hükümeti davada davacı olarak yer almaktadır. *Top System*, *SELOR* ile uzun yıllardır iş birliği içinde olup, *SELOR*'un hizmetlerini desteklemek amacıyla "*Top System Framework-TSF*" adı verilen çerçeve bir yazılım ve başka çeşitli uygulamalar geliştirmiş olup, *SELOR* bu programların kullanıcı lisansına sahiptir.

6 Şubat 2008'de *SELOR* ve *Top System*, yeni bir geliştirme ortamının kurulması ve yapılandırılmasının yanı sıra *SELOR*'un uygulama kaynaklarının bu yeni ortama entegrasyonu ve bu ortama taşınması için bir anlaşma imzalamıştır. 20 Haziran ve Ekim 2008 arasında, *SELOR* ile *Top System* arasında, *TSF*'yi kullanan belirli uygulamaları etkileyen işletim sorunları hakkında bir e-posta alışverişi yapılmıştır. Bu sorunların çözümü konusunda anlaşma sağlanamaması söz konusu olunca *Top System*, *SELOR*'a ve Belçika Devleti aleyhine bir dava açmıştır. *Top System* davada, *SELOR*'un *TSF*'deki münhasır haklarını ihlal ederek programı kaynak koduna dönüştürdüğünü iddia etmiş ve tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, *Top System*'in talebini reddetmiş ve şirket temyiz başvurusunda bulunmuştur. Şirket, kaynak koda dönüştürmenin yalnızca eser sahibi veya halefinin izniyle ve araislerlik amacıyla gerçekleştirilebileceğine ilişkin kurala dayanmakta ve programdaki hataların düzeltilmesi amacıyla kaynak koda dönüştürmenin hukuka uygun olmadığını ve eser üzerindeki haklarının ihlal edildiğini savunmaktadır. *SELOR* ise, arızalı bir işlevi devre dışı bırakmak için *TSF*'nin bir kısmını kaynak koduna dönüştürdüğünü kabul ederek, programın kullanılmasını imkânsız hale getiren belirli tasarım hatalarının düzeltilmesi için kaynak koda dönüştürme-

⁴⁵ CJEU, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 6 October 2021, C13/20, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FBB81E41C7F6B2C22E689A7CF5903089?text=&docid=247056&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1425310>> Erişim Tarihi: 23.11.2022.

ye yetkili olduğunu ileri sürmektedir. *SELOR* ayrıca, *TSF*'nin işlevleri altında yatan fikirleri ve ilkeleri tespit etmek amacıyla ilgili programın işleyişini gözlemleme, inceleme veya test etme hakkına sahip olduğunu da savunmasında dile getirmiştir.

Bu koşullar altında, Belçika temyiz mahkemesi yargılamayı durdurmaya ve ön karar için aşağıdaki soruları Adalet Divanı'na göndermeye karar vermiştir:

- 91/250 sayılı Direktif m. 5(1), bir bilgisayar programını hukuka uygun olarak elinde bulunduran kişinin, gerekli olması halinde programı etkileyen hataları düzeltmesini sağlamak için programın tamamını veya bir kısmını kaynak koda dönüştürmesine izin verdiği şeklinde yorumlanabilir mi?

- Bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda, 91/250 sayılı Direktif m. 6 belirtilen koşulların veya diğer başka koşulların sağlanması gerekir mi?

A. ABAD'IN UYUŞMAZLIĞA UYGULANACAK DİREKTİF HÜKÜMLERİNİN TESPİTİ

Mahkeme uyuşmazlığın temelini 91/250 sayılı Direktif m. 5(1)'in yorumlanmasıyla ilgili olduğunu ifade etmiştir. Direktifin ilgili maddesi eser sahibinin haklarına getirilen istisnalara ilişkindir. Maddeye göre, *“sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından hata düzeltme de dâhil olmak üzere programın amacına uygun olarak kullanılması için madde 4(a) ve 4(b)'de yer alan fiiller için hak sahibinin izni gerekmez”*. Direktif m. 4(a) ve (b)'de ise, bir bilgisayar programının herhangi bir şekilde ve biçimde, kısmen veya tamamen, kalıcı veya geçici olarak çoğaltılması ve programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve saklanması fiilleri ile programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılmasının da eser sahibinin iznine tâbi olduğu belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle Direktif m. 5, bilgisayar programını hukuka uygun olarak elde eden kişinin programın hata düzeltme de dâhil amacına uygun olarak kullanılması için eser sahibinin haklarına yapılacak müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmiş, buna

karşılık amaca uygun kullanıma ilişkin olmayan eylemlerin eser sahibinin haklarının ihlali olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır.

O halde yukarıda gönderen mahkemenin belirlediği ilk soru, 91/250 sayılı Direktif m. 5(1)'in, bir bilgisayar programını yasal olarak elde eden kişinin, hataları düzeltmek için o programın tamamını veya bir kısmını kaynak koda dönüştürme hakkı verip vermediğidir. Mahkemenin somut olayda şartları belirlemeden önce, ilgili hükmün kaynak koda dönüştürme işlemine izin verip vermediğini değerlendirmesi de gerekmektedir.

Yerel mahkemenin ikinci sorusu kaynak koda dönüştürme eyleminin m. 5(1) kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olması halinde, Direktif m. 6'da yer alan şartların gerçekleşmesi gerekip gerekmediğidir. Direktif m. 6, kaynak koda çevirmeyi düzenlemektedir. Bu madde yukarıda da açıklandığı üzere, bir bilgisayar programı ile diğer programların araişerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgilerin elde edilmesi amacıyla program kodunun çoğaltılması ve kaynak koda çevrilmesine belli şartlar altında izin vermektedir. Bu şartlar ise; eylemin lisans alan veya bir programın bir kopyasını kullanma hakkına sahip bir kişi tarafından veya onlar adına yetkilendirilmiş bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi, araişerliğin gerçekleştirilmesi için gerekli bilgilerin bu kişilere verilmemiş olması ve eylemin programın ara işerliğin sağlanması için gerekli kısımlarıyla sınırlı olarak yapılmasıdır. Ancak Direktif m. 6'da yer alan şartlar sadece araişerliğe ilişkin olarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla m. 5(1) hükmü ile m. 6 bağımsız konuları düzenlediğinden, gönderen mahkemenin ABAD'a yönelttiği bu soru olumlu yanıtlanırsa, Direktif'in sistematığında oldukça büyük bir değişikliğe yol açma ihtimali doğacaktır.

Görüldüğü üzere Direktif m. 6 programlar arasında araişerliğin sağlanması nedeniyle kaynak koda çevirmeye ilişkin bir düzenleme getirmekteyken, Direktif m. 5 kaynak koda çevirmeyle ilgili bir düzenleme yapmamış, hata düzeltme dâhil, programın amacına uygun kullanımı için çoğaltılmasını ve işlenmesini ele almıştır. Dolayısıyla bu iki hüküm birbirinden farklı amaçlara hizmet etmektedir. Hukukumuzda da FSEK m. 38 kapsamında yer alan bu iki hüküm de yukarıda da belirtildiği üzere Direktif ile aynı yapıya sahiptir.

B. ABAD'IN UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMESİ

ABAD kararında, başvuran mahkemenin cevaplanmasını istediği birinci soruya olumlu yaklaşmıştır. Bu yaklaşımın gerekçesi olarak ise özellikle hata düzeltme için çoğu zaman kaynak koda çevirmenin de zorunlu olmasını göstermiştir. O halde, 91/250 sayılı Direktif m. 5 (1)'e göre, programı hukuka uygun şekilde elde eden kişinin programı hata düzeltme de dâhil amacına uygun olarak kullanması için kaynak koduna çevirmesi, hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilmemiştir.

ABAD, bilgisayar programındaki hatayı, programın gerektiği gibi çalışmamasına neden olan bir kusur olarak tanımlamıştır. Direktif m. 5 kapsamında kaynak koda çevirebilmenin ilk şartı, programın amacına uygun olarak çalışmamasıdır. Bu anlamda ABAD gereği gibi çalışmama ile hatayı aynı anlamda kabul etmiştir.

İkinci şart ise kaynak koda çevirmenin, programdaki hatanın düzeltilmesi için zorunlu olmasıdır. Üçüncü olarak, 91/250 sayılı Direktif m. 5(1), hataların "özel sözleşme hükümlerine" tâbi olarak düzeltilmesine izin verdiğini vurgulamaktadır. 91/250 sayılı Direktif Resital 18, ne yasal olarak edinilmiş bir programın kopyasının kullanımı için gerekli olan yükleme ve çalıştırma eylemlerinin, ne de o programın çalışmasını etkileyen hataların düzeltilmesinin sözleşme ile yasaklanabilmesine izin vermektedir. Buna göre, 91/250 sayılı Direktif m. 5(1), Resital 18 ile birlikte yorumlandığında tarafların, bu hataları düzeltme olasılığını sözleşme yoluyla yasaklayamayacakları şeklinde anlaşılmaktadır.

Netice olarak ABAD, Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin 14 Mayıs 1991 tarih ve 91/250 sayılı Konsey Direktifi m. 5(1)'in, bir bilgisayar programını yasal olarak satın alan kişinin, hataları düzeltmek için bu programın tamamını veya bir kısmını kaynak koda dönüştürme hakkına sahip olduğu şeklinde yorumlanması gerektiğine ve bunun yapılmasının Direktif m. 6'daki şartların sağlanmasına bağlı olmadığına hükmetmiştir. Ancak ABAD, kaynak koda çevirmenin yalnızca bu düzeltmeyi gerçekleştirmek için gerekli olduğu ölçüde yapılmasını ve programı yasal yollarla elden eden kişinin, taraflar arasında yapılan sözleşmede belirtilen koşullara uygun olarak bu tür bir eylemi gerçekleştirme hakkına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır.

SONUÇ

Bilgisayar programlarının bir eser olarak nitelendirilmesi ve ilim ve edebiyat eseri olarak korunması hususunda, günümüzde bir tartışma bulunmamaktadır. FSEK ve AB Direktifleri incelendiğinde gerek kaynak kodunun, gerek nesne kodunun bilgisayar programlarına sağlanan korumadan yararlanacağının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zira bu husus da tartışmalı değildir.

Bir bilgisayar programının kaynak koduna erişilmesi ve ona yapılacak müdahalelerin eser sahibinin işleme hakkı başta olmak üzere mali haklarına aykırılık oluşturacağı değerlendirilmektedir. Buna karşılık Direktif ve FSEK’de yer alan hükümler, bu müdahalelerin bazı hallerde eser sahibinin haklarına getirilecek istisnalardan biri olarak kabul edilebilmesine izin vermektedir.

Bu hallerden özellikle kod formunun çoğaltılması ve kod formlarının çevirisine hasredilmiş olan hüküm, Direktif m. 6 ve FSEK m. 38/6’da yer alan hükümdür. Buna göre, bilgisayar programının kod formlarının çoğaltılması ve birbirlerine çevrilmesi, arasırlılığı sağlamaya ilişkin olmak kaydıyla, hükümde yer alan diğer şartları da karşılıyorsa, mümkündür.

Konumuza ilişkin bir diğer hüküm ise, kod formlarının çevirisinden açıkça bahsetmemekle birlikte, Direktif m. 5 ve FSEK m. 38/3’te yer alan hata düzeltme de dâhil, programın kendisinden beklenen amaca uygun kullanımı için yapılacak müdahalelere izin veren hükümdür. Yukarıda açıklanan ABAD kararı, hata düzeltme de dâhil programın beklenen amaca uygun kullanımı için kod formlarının çevirisine izin vermektedir. FSEK’de yapılan değişikliklerin Direktif’e uyumlaştırma kapsamında yapıldığı düşünüldüğünde, Türk hukuku bakımından da bu yorumun uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, hangi istisna uygulanırsa uygulansın, eylemin programdan normal yararlanma ile çalışmaması ve hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan bir müdahale teşkil etmemesi gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Aksu Mustafa, "Avrupa Birliği ve Parlamentosu ve Konseyi'nin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG)", *Terazi* 4, S. 37, 2009, s. 139-145.
- Aksu Mustafa, "Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli SAS Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi", *İÜHFM*, C. LXXII S. 1, 2014, s. 807-829.
- Aksu Mustafa, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, Beta, İstanbul 2006 (Bilgisayar Programları).
- Arıkan Ayşe Saadet, "Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, 1996, s. 309-381.
- Ateş Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin, Ankara 2003.
- Bainbridge David, *Software Copyright Law*, Butterworths, London 1997.
- Bozgeyik Hayri/Bozgeyik Ahmet, "Yazılımlar için Telif Hakkı Korumasında Güncel Sorunlar", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2012, ed. Tekin Memiş, Yetkin, Ankara 2013, s. 81-96.
- Bozgeyik, Hayri, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, S. 3, 2009, s. 167-222.
- Dalyan Şener, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, Ankara Seçkin, 2009.
- Dowining Douglas/Covington Michael A./Covington Melodie Mauldin, *Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü*, çev. Boğaç Erkan, Kerem Karaerkek, Levent Keskin, Murat Songür, 5. Baskı, Hacettepe TAŞ, Ankara 1999.
- Downing Robbie, *EC Information Technology Law*, J.Willey, New York 1995.
- Erel Şafak, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan* 49, S.1-2, 1994, s. 141-164.
- Erel Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998 (Fikir ve Sanat).
- Erişgin Nuri, "Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, S. 1, 1999, s. 213 - 253.
- Erişgin Nuri, "Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, S. 4, 2003, s. 41-68.
- Grützmacher Malte, "UrhG § 69e Dekompilierung", *Praxiskommentar Urheberrecht*, ed. Arthur Axel Wandke/Winfrid Bullinger, Beckonline, 2022, § 69e, <beck-online.beck.de>, Erişim Tarihi: 23.11.2022.
- Hirsch Ernst, *Hukuki Bakımdan Fikri Say C. II.*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943.

- Karasu Rauf/Suluk Cahit/Nal Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 5. Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- Kaya Arslan/Sönmez Numan Sabit, "İngiltere ve Galler Adalet Divanının "Navitaire Kararı" Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, S. 1, 2020, s. 83-97.
- Kaya Arslan, "Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta, İstanbul 2000, s. 431-458 (Bilgisayar Programlarının Çoğaltılması).
- Kaypakoğlu Serhat, *Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması*, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997.
- Keskin Dilşad, "Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi", *TAAD* 10, S. 3, 2012, s. 95-128.
- Kılıçoğlu Ahmet Mithat, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Helvacı Serap/Atar Eray Aksın, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, S. 3, 2016, s. 1289-1302.
- Loewenheim Ulrich/Spindler Gerald, "§ 69e Dekompilierung", *Uhrheberrecht Kommentar*, ed. Ulrich Loewenheim/Matthias Leistner/Ansgar Ohly, 5. Bası, C.H. Beck, Münih 2017.
- Merhacı Özden Selin, "Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Tes-ti ve Yorumlanması", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 140, 2018, s. 24-34.
- Mooney Cotter Anne Marie, *Intellectual Property Law-Professional Practice Guides*, Routledge-Cavendish, London 2003.
- Odman N. Ayşe, *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilik-lerin Teşvikindeki Rolü*, Seçkin, Ankara 2002.
- Özden Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Polater Salih, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, Oniki Levha, İstanbul 2021.
- Spies Benjamin, "UrhG § 69e Dekompilierung", *BeckOK Urheberrecht*, ed. Hartwig Ahlberg/Götting Horst-Peter/Anne Lauber-Rönsberg, Beckonline, 2022, § 69e, <beck-beckonline.de>, Erişim Tarihi: 23.11.2012.
- Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Tellini Mark P., "Uniform Copyright Protection for Computer Software in the EEC", *B.C.Int'l&Comp.L.Rev* 13, S. 2, 1990, s. 483-501.
- Topaloğlu Mustafa, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Ko-runması*, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997 (Bilgisayar Programları).
- Topaloğlu Mustafa, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitabevi, Adana 2005 (Bilişim).
- Tritton Guy, *Intellectual Property in Europe*, Sweet&Maxwell, London 2002.
- Yavuz Levent/Alıca Türkay/Merdivan Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* 1. Cilt, Seçkin, Ankara 2014.

Yelmen Adem, "Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 2, 2020, s. 991-1019.

Yıldırım Mustafa Fadıl, "Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 1-2, 2003, s. 563-580.

Diğer Kaynaklar

Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, <https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf> Erişim Tarihi: 17.04.2023

Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues Requiring Immediate Action, <[http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_\(88\)_172_final.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/1/COM_(88)_172_final.pdf)> Erişim Tarihi: 16.11.2022 (Yeşil Kitap).

Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.05.1991; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0250&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

Directive 2009/24/EC of The European Parliament and of The Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, OJ L 111/16, 05.05.2009; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun, RG. 03.03.2001, S. 24335.

07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun, RG. 12.06.1995, S. 22311.

Judgment of the Court (Third Chamber), 22 December 2010, C 393/09, para. 34, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0393&from=GA>> Erişim Tarihi: 16.11.2022.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/9074, K. 2010/4561, 27.04.2010 (Yavuz/Alıca/Merdivan s. 1343).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları (1/722), 15.06.1994, S. Sayısı: 771, m. 14.

CJEU, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 6 October 2021, C13/20, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FBB81E41C7F6B2C22E689A7CF5903089?text=&docid=247056&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1425310>> Erişim Tarihi: 23.11.2022.

CJEU, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009, C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0005>> Erişim Tarihi: 11.04.2023.

CJEU, Judgment of the Court (Third Chamber), 22 December 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury, para. 34 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0393&from=GA>> Erişim Tarihi: 11.04.2023.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/364, K. 2020/3698, 30.9.2020 (Kazancı İçtihat Bankası).