

**T.C.**  
**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİ**

**DOKTORA TEZİ**

Kaan HATİPOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU

Haziran 2023

## ÖNSÖZ

Günümüzde yaşamımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olan yazılımların kullanım amaçlarına göre pek çok farklı türü bulunmaktadır. Yazılım türlerine ilişkin bu çeşitlilik, yazılımları konu edinen sözleşmelere de sirayet etmektedir. Kullanıcıların ihtiyaçları, yazılımın sahip olduğu maddi değer ve kullanım amacı yazılımları konu edinen sözleşmelerin içeriklerinin de farklılaşmasına yol açmaktadır. Yazılım konusundaki bu çeşitlilik nedeniyle her biri birer tez konusu derinliğine sahip birden fazla yazılım lisans sözleşmesinden bahsedilebilir. Genel olarak yazılım lisans sözleşmeleri arasında uygulamada sıklıkla kullanılan bir yazılım lisans sözleşmesi türü de paket yazılım lisans sözleşmeleridir. Uygulamada çok sık kullanılmasına rağmen bu sözleşmeler doktrinde yoğun bir şekilde incelenmiş sözleşmeler değildir. Biz de bu nedenle çalışmamızın konusunu “*Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri*” olarak belirledik.

Doktora öğrenimim boyunca değerli vaktini ve ilgisini benden esirgemeyen, görüş ve tavsiyeleri ile her zaman yol gösteren çok kıymetli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Hüseyin Murat Develioğlu’na şükranlarımı sunarım.

Doktora tezime ilişkin çok değerli görüş ve önerilerini benimle paylaşan ve tezime katkıda bulunan çok değerli hocam Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin’e şükranlarımı sunarım.

Doktora tezi yazım sürecinde tecrübelerini ve fikirlerini benimle paylaşarak tezime katkıda bulunan çok değerli hocalarım Prof. Dr. Turgut Öz ve Prof. Dr. Mehmet Erdem’e teşekkür ederim.

Yüksek lisans döneminde tezimin yazım sürecinde fikirleriyle akademik bakış açıma katkıda bulunan çok değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali Dural’a şükranlarımı sunarım.

Lisans öğrenimim aşamasında beni akademik kariyere yönlendiren, görüşleri ve desteğiyle kariyerimde çok büyük katkısı olan çok değerli hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e şükranlarımı sunarım.

Tez sürecimde tüm fikir ve görüşlerini paylaşarak bana katkı sağlayan sınıf arkadaşım ve dostum Av. Uğur Çebi’ye çok teşekkür ederim.

Meslek hayatımda çok önemli yere sahip olan ortağım Av. Mustafa Enes Savaş ve çok değerli mesleki tecrübelerini benimle paylaşan meslek büyüğüm Av. Veysi Savaş'a çok teşekkür ederim.

Tezimin yazım aşamasında bana desteğini esirgemeyen değerli meslektaşlarım ve sınıf arkadaşlarım Av. Dr. İsmail Türkyılmaz ve Av. Ömer Faruk Yavuz ile Türk-Alman Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi Adil Selim Sayın'a teşekkür ederim.



## İÇİNDEKİLER

|                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| ÖNSÖZ .....                                                                 | ii  |
| İÇİNDEKİLER.....                                                            | iv  |
| KISALTMALAR .....                                                           | xii |
| RÉSUMÉ .....                                                                | xiv |
| ABSTRACT .....                                                              | xix |
| ÖZET .....                                                                  | xxv |
| GİRİŞ.....                                                                  | 1   |
| I. YAZILIMLARIN FİKRİ HUKUK AÇISINDAN İNCELENMESİ .....                     | 4   |
| A. YAZILIMLARA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR .....                                | 4   |
| 1) Bilgisayarlara İlişkin Temel Bilgiler.....                               | 4   |
| a) Bilgisayar .....                                                         | 4   |
| b) Donanım ve Yazılım Ayrımı.....                                           | 5   |
| c) Donanımın Unsurları.....                                                 | 7   |
| aa) İşlemci Birimi .....                                                    | 7   |
| bb) Hafıza Birimi .....                                                     | 7   |
| i. Geçici Hafıza/RAM (Rastgele Erişimli Bellek).....                        | 8   |
| ii. Kalıcı Hafıza/ROM ve Hard Disk (Salt Okunur Bellek ve Sabit Disk) ..... | 8   |
| 2) Yazılım Kavramı ve Unsurları .....                                       | 10  |
| a) Kavram ve Terim Sorunu.....                                              | 10  |
| aa) Yabancı Dildeki Terim Tercihleri.....                                   | 11  |
| bb) Türk Hukuku'ndaki Terim Tercihi .....                                   | 13  |
| cc) Terim Tercihimiz .....                                                  | 15  |
| b) Yazılım Türleri.....                                                     | 16  |
| aa) Sistem Yazılımları .....                                                | 16  |
| bb) Uygulama Yazılımları.....                                               | 17  |
| c) Yazılımın Unsurları.....                                                 | 18  |
| aa) Akış Şeması .....                                                       | 18  |

|                                                                                                  |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| bb) Algoritma .....                                                                              | 20        |
| cc) Kaynak Kodu ve Nesne Kodu .....                                                              | 21        |
| dd) Arayüz ve Araşlerlik .....                                                                   | 22        |
| <b>B. YAZILIM ÜZERİNDEKİ FİKRİ HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ</b>                                      | <b>25</b> |
| 1) Fikri Hak Kavramı .....                                                                       | 25        |
| 2) Fikri Hakların Mutlak Hak Niteliği.....                                                       | 27        |
| 3) Yazılımların Eşya Niteliğine İlişkin Görüşler .....                                           | 30        |
| a) Yazılımların Eşya Niteliğine Sahip Olduğunu Kabul Eden Görüş                                  | 30        |
| b) Yazılımları Gayri Maddi Mal Sayan Görüş .....                                                 | 32        |
| <b>C. YAZILIMLARIN SAHİP OLDUĞU HUKUKİ KORUMA.....</b>                                           | <b>34</b> |
| 1) Genel Olarak .....                                                                            | 34        |
| 2) Eser Koruması Dışındaki Koruma Konuları .....                                                 | 36        |
| a) Patent Koruması .....                                                                         | 36        |
| aa) ABD ve Avrupa’da Yazılımların Patent Korumasından Yararlanması .....                         | 36        |
| bb) Türk Hukukunda Yazılımların Patent Korumasından Yararlanması .....                           | 39        |
| b) Yazılımların Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Korunması..                                  | 41        |
| c) Yazılımların Borçlar Hukuku Hükümleri Kapsamında Korunması .....                              | 42        |
| 3) Yazılımların FSEK Kapsamında Eser Olarak Korunması .....                                      | 44        |
| a) Yazılımların Eser Niteliği .....                                                              | 44        |
| b) Yazılımların Eser Olarak Korunması İçin Gereken Şartlar .....                                 | 47        |
| aa) Objektif Şart.....                                                                           | 47        |
| bb) Subjektif Şart (Orijinallik) .....                                                           | 48        |
| <b>D. YAZILIMLARIN ESER SAHİBİNE VERDİĞİ HAKLAR VE BU HAKLARIN SÖZLEŞMELERE KONU OLMASI.....</b> | <b>52</b> |
| 1) Eser Sahipliği Kavramı .....                                                                  | 52        |
| 2) Mali ve Manevi Hak Ayrımı .....                                                               | 54        |
| 3) Yazılımlar Açısından Çoğaltma Hakkı .....                                                     | 56        |
| a) Klasik Anlamda Çoğaltma Hakkı .....                                                           | 56        |
| b) Çoğaltma Hakkının Yazılımlardaki Özel Görünümü .....                                          | 57        |
| 4) Mali Hakların Sözleşmelere Konu Olması .....                                                  | 59        |

|                                                                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| a) Mali Hakkın Devri Sözleşmesi .....                                                                                                          | 59        |
| b) Lisans Sözleşmesi .....                                                                                                                     | 60        |
| aa) Lisans Kavramı .....                                                                                                                       | 60        |
| bb) FSEK'in Lisans Sözleşmesine İlişkin Düzenlemesi .....                                                                                      | 63        |
| <b>II. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASI<br/>VE PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ<br/>NİTELİĞİNİN İNCELENMESİ .....</b> | <b>65</b> |
| <b>A. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN<br/>SINIFLANDIRILMASI.....</b>                                                                            | <b>65</b> |
| 1) Yazılım Sözleşmeleri ve Yazılım Lisans Sözleşmeleri .....                                                                                   | 65        |
| 2) Açık Kaynak Kodlu Yazılım Lisans Sözleşmeleri ve Ticari Yazılım<br>Lisans Sözleşmeleri.....                                                 | 67        |
| 3) Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri-İsmarlama Yazılım Lisans<br>Sözleşmeleri .....                                                            | 70        |
| 4) Donanıma Yüklü-Donanımdan Bağımsız Yazılımları Konu Edinen<br>Lisans Sözleşmeleri.....                                                      | 73        |
| 5) Daimi Yazılım Lisans Sözleşmeleri ve Süreli Yazılım Lisans<br>Sözleşmeleri.....                                                             | 75        |
| <b>B. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE<br/>UNSURLARI .....</b>                                                                     | <b>78</b> |
| 1) Tanım .....                                                                                                                                 | 78        |
| 2) Objektif Esaslı Unsurlar .....                                                                                                              | 79        |
| a) Paket Bir Yazılımın Bulunması .....                                                                                                         | 80        |
| b) Çoğaltılmış Nüshanın Lisans Alana İletilmesi.....                                                                                           | 81        |
| c) Lisans Alanın Kanundan Doğan Çoğaltma ve İşleme Yetkisi.....                                                                                | 82        |
| d) Lisans Bedeli.....                                                                                                                          | 83        |
| 3) Subjektif Esaslı Unsurlar.....                                                                                                              | 84        |
| a) Sözleşme Süresi .....                                                                                                                       | 84        |
| b) Güncelleme ve Geliştirme Hizmeti Verilmesi .....                                                                                            | 85        |
| <b>C. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.<br/>.....</b>                                                                            | <b>86</b> |
| 1) Ani Edimli – Sürekli Edimli Borç İlişkisi Özelliği.....                                                                                     | 86        |
| 2) Borçlandırıcı Sözleşme Özelliği .....                                                                                                       | 88        |

|             |                                                                                                                   |            |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3)          | Devir Amacı Güden- Kullandırma Amacı Güden Sözleşme Özelliği .....                                                | 90         |
| 4)          | İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Özelliği .....                                                    | 91         |
| <b>D.</b>   | <b>PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI .....</b> | <b>92</b>  |
| 1)          | İsimli-İsimsiz Sözleşme Ayrımı.....                                                                               | 92         |
| 2)          | Karma Sözleşmeler .....                                                                                           | 97         |
| a)          | Dar ve Geniş Anlamda Karma Sözleşmeler.....                                                                       | 97         |
| b)          | Karma Sözleşme Türleri .....                                                                                      | 101        |
| 3)          | Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Karma Sözleşme Niteliği                                                      | 104        |
| 4)          | Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması .....                                 | 108        |
| a)          | Satış Sözleşmesi İle.....                                                                                         | 108        |
| b)          | Kira Sözleşmesi İle .....                                                                                         | 111        |
| c)          | Fikri Hakları Konu Edinen Lisans Sözleşmesi İle .....                                                             | 114        |
| d)          | Abonelik Sözleşmesi İle.....                                                                                      | 116        |
| <b>E.</b>   | <b>PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ.....</b>                                    | <b>118</b> |
| 1)          | Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümlerin Tespitine İlişkin Teoriler.....                                         | 118        |
| 2)          | Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler...                                                       | 122        |
| a)          | Uygulanacak Hükümlerin Tespiti ve Uygulama Şekli.....                                                             | 122        |
| b)          | Emredici Hükümlerin Uygulanması .....                                                                             | 123        |
| c)          | Sözleşmede Yer Alan Boşlukların Doldurulması .....                                                                | 124        |
| <b>III.</b> | <b>PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI İLE HÜKÜM VE SONUÇLARI .....</b>                                | <b>130</b> |
| <b>A.</b>   | <b>SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN YÖNTEMLER VE NİTELİKLERİ.....</b>                                              | <b>130</b> |
| 1)          | Genel Olarak .....                                                                                                | 130        |
| 2)          | Shrink-wrap Yöntemi.....                                                                                          | 132        |
| 3)          | Click-wrap Yöntemi ve Nitelikleri.....                                                                            | 135        |
| a)          | Tanım .....                                                                                                       | 135        |
| b)          | Elektronik Sözleşme Niteliği .....                                                                                | 136        |

|           |                                                                                                   |            |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| c)        | Katılmalı (İltihaki) Sözleşme Niteliği.....                                                       | 137        |
| d)        | Hazır Olmayanlar Arasında Kurulan Bir Sözleşme Olması .....                                       | 140        |
| e)        | Mesafeli Sözleşme Niteliği .....                                                                  | 143        |
| 4)        | Click-wrap Yönteminde Şekil Şartı Sorunu.....                                                     | 145        |
| a)        | FSEK’te Öngörülen Şekil Şartının Etkisi .....                                                     | 145        |
| b)        | Doktrin’deki Görüşler ve Yargıtay Kararları .....                                                 | 147        |
| c)        | Görüşümüz .....                                                                                   | 151        |
| <b>B.</b> | <b>SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ</b>                                                  | <b>153</b> |
| 1)        | Bilgilendirme Yükümlülüğünün Dayandığı Esas .....                                                 | 153        |
| 2)        | Mesafeli Sözleşmeler Açısından Bilgilendirme Yükümlülüğü....                                      | 154        |
| a)        | Dijital İçeriğin İşlevselliği Etkileyebilecek Nitelikteki Koruma Önlemleri.....                   | 156        |
| b)        | Sistem Gereksinimleri ve Yazılım Uyumu .....                                                      | 157        |
| 3)        | Mesafeli Sözleşmeler Dışındaki Sözleşmeler Açısından Bilgilendirme Yükümlülüğü .....              | 158        |
| 4)        | Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonucu.....                                               | 159        |
| <b>C.</b> | <b>TARAFLARIN SÖZLEŞME İLE KANUNDAN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....</b>                          | <b>161</b> |
| 1)        | Daimi Paket Yazılım Lisans Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükler                                     | 161        |
| a)        | Lisans Veren Yükümlülükleri.....                                                                  | 161        |
| aa)       | Yazılımın Çoğaltılmış Bir Nüshasının Lisans Alana İletilmesi....                                  | 161        |
| bb)       | Yazılımın İletilen Nüshası Üzerinde Süresiz Çoğaltma Yetkisi Tanınması.....                       | 163        |
| cc)       | Yazılıma İlişkin Bilgi ve Belgeleri Sağlama Borcu.....                                            | 164        |
| b)        | Lisans Alanın Yükümlülükleri.....                                                                 | 166        |
| aa)       | Lisans Bedeli Ödeme Yükümlülüğü.....                                                              | 166        |
| bb)       | İfaya Katılma Yükümlülüğü .....                                                                   | 167        |
| 2)        | Sürelili Paket Yazılım Lisans Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükler .....                            | 169        |
| a)        | Lisans Veren Yükümlülükleri.....                                                                  | 169        |
| aa)       | Yazılımın Bir Nüshasının Öngörülen Kullanım Amacına Elverişli Şekilde İletilmesi Yükümlülüğü..... | 169        |



|                                                                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| bb) Yazılımın Sözleşme Süresince Öngörülen Kullanım Amacına Elverişli Şekilde Bulundurulması Yükümlülüğü ..... | 172        |
| cc) Yazılımın İletilen Nüshası Üzerinde Süreli Çoğaltma Yetkisi Tanınması.....                                 | 173        |
| b) Lisans Alanın Yükümlülükleri.....                                                                           | 173        |
| aa) Lisans Bedeli Ödeme Yükümlülüğü.....                                                                       | 173        |
| bb) Sözleşme Süresi Sonunda Yazılımın Kullanımının Bırakılması Yükümlülüğü .....                               | 175        |
| cc) Yazılımda Ortaya Çıkan Ayıpların Giderilmesine Katlanma Yükümlülüğü .....                                  | 177        |
| 3) Kanundan Doğan Hak ve Yükümlülükler.....                                                                    | 179        |
| a) Yazılımı Hukuki Yollardan Edinen Kişilerin Kanundan Doğan Hakları .....                                     | 179        |
| aa) Kanundan Doğan Hakların Niteliği .....                                                                     | 179        |
| bb) Çoğaltma Hakkı .....                                                                                       | 182        |
| cc) İşleme Hakkı .....                                                                                         | 185        |
| b) Yazılım Üzerindeki Fikri Hakkı İhlal Etmeme Yükümlülüğü.....                                                | 187        |
| <b>D. BORCA AYKIRILIK HALLERİ VE SONUÇLARI.....</b>                                                            | <b>189</b> |
| 1) Genel Olarak .....                                                                                          | 189        |
| 2) Temerrüt.....                                                                                               | 191        |
| a) Borçlu Temerrüdü .....                                                                                      | 191        |
| b) Alacaklı Temerrüdü .....                                                                                    | 194        |
| 3) İfa İmkansızlığı .....                                                                                      | 196        |
| 4) Hakkın Varlığını Garanti Borcuna Aykırılık .....                                                            | 198        |
| a) Genel Olarak .....                                                                                          | 198        |
| b) Garanti Borcuna İlişkin FSEK Hükümleri.....                                                                 | 199        |
| aa) Fikri Hakkın Varlığını Garanti Borcu.....                                                                  | 199        |
| bb) İyi Niyetin Korunmaması ve Tasarruf Yetkisinin Varlığı .....                                               | 201        |
| c) TBK'da Yer Alan Zapta Karşı Garanti Hükümleri ve Hukuki Ayıp Kavramı.....                                   | 202        |
| d) Lisans Veren Garanti Borcuna Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu.. ..                                            | 206        |
| 5) Ayıba Karşı Garanti Borcuna Aykırılık ve Sonuçları.....                                                     | 210        |
| a) Ayıba Karşı Garanti Borcuna İlişkin Hükümler .....                                                          | 210        |

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Ayıp Kavramı ve Tasnifi.....                                              | 211 |
| c) Yazılımlarda Ortaya Çıkan Ayıplar .....                                   | 213 |
| d) Daimi Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Ayıptan Doğan Sorumluluk.....  | 215 |
| aa) Maddi Şartlar .....                                                      | 216 |
| i. Yazılım Ayıplı Olmalıdır .....                                            | 216 |
| ii. Lisans Alan Ayıbı Bilmemelidir .....                                     | 217 |
| iii. Ayıp Hasarın Geçişinden Önce Var Olmalıdır .....                        | 218 |
| iv. Sorumluluk, Sorumsuzluk Anlaşmasıyla Kaldırılmamış Olmalıdır .....       | 219 |
| bb) Şekli Şartlar (Gözden Geçirme ve Ayıbı Bildirme).....                    | 220 |
| cc) Lisans Alanın Seçimlik Hakları .....                                     | 222 |
| i. Sözleşmeden Dönme Hakkı .....                                             | 223 |
| ii. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı.....                                  | 225 |
| iii. Ücretsiz Onarım (Tamir) Hakkı.....                                      | 226 |
| iv. Ayıpsız Benzeriyle Değiştirme Hakkı .....                                | 227 |
| dd) Seçimlik Haklara İlişkin Zamanaşımı.....                                 | 228 |
| e) Süreli Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Ayıptan Doğan Sorumluluk..... | 229 |

#### **IV. SÖZLEŞMELERDE SIKLIKLA KARŞILAŞILAN KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİ VE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ..... 233**

##### **A. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNDE SIKLIKLA KARŞILAŞILAN KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİ ..... 233**

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1) Sözleşmenin Akdediliş Biçiminin Sıklıkla Karşılaşılan Kayıtlara Etkisi .....          | 233 |
| 2) Sözleşme Süresinin Otomatik Olarak Uzayacağına İlişkin Kayıtlar .                     | 234 |
| 3) Ayırıştırma Yasağına İlişkin Kayıtlar .....                                           | 236 |
| 4) Bilgisayar Sayısına ve Yedek Kopya Çıkartma Hakkına İlişkin Kayıtlar.....             | 238 |
| 5) Yazılımın Devri ile Kira ve Ödünç Verilmesine İlişkin Sınırlama Öngören Kayıtlar..... | 240 |
| a) Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi.....                                                  | 240 |
| b) Yargı Kararları ve Görüşümüz.....                                                     | 243 |

|                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------|------------|
| <b>B. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ.....</b>                      | <b>246</b> |
| 1) Borcu Sona Erdiren Sebepler .....                        | 246        |
| 2) Fesih ve Dönme .....                                     | 247        |
| 3) Cayma .....                                              | 249        |
| 4) Sürenin Sona Ermesi ve Sonraki Kusursuz İmkansızlık..... | 252        |
| <b>SONUÇ .....</b>                                          | <b>254</b> |
| <b>KAYNAKÇA.....</b>                                        | <b>259</b> |
| <b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>                                       | <b>274</b> |



## KISALTMALAR

|               |                                                    |
|---------------|----------------------------------------------------|
| <b>AAD</b>    | : Avrupa Adalet Divanı                             |
| <b>AB</b>     | : Avrupa Birliği                                   |
| <b>ABD</b>    | : Amerika Birleşik Devletleri                      |
| <b>AET</b>    | : Avrupa Ekonomik Topluluğu                        |
| <b>APS</b>    | : Avrupa Patent Ofisi                              |
| <b>ASY</b>    | : 29246 Sayılı Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği   |
| <b>AÜHFD</b>  | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi      |
| <b>AYM</b>    | : Anayasa Mahkemesi                                |
| <b>Bkz.</b>   | : Bakınız                                          |
| <b>C.</b>     | : Cilt                                             |
| <b>c.</b>     | : Cümle                                            |
| <b>CPU</b>    | : Central Processing Unit                          |
| <b>DEÜHFD</b> | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| <b>E.</b>     | : Esas                                             |
| <b>eBK</b>    | : 818 Sayılı Borçlar Kanunu                        |
| <b>ERP</b>    | : Enterprise Resource Planning                     |
| <b>FOSS</b>   | : Free and Open Source Software                    |
| <b>FSEK</b>   | : 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu       |
| <b>GPL</b>    | : General Public License                           |
| <b>H.D</b>    | : Hukuk Dairesi                                    |
| <b>HGK</b>    | : Hukuk Genel Kurulu                               |
| <b>İHFM</b>   | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası   |
| <b>İÜHFD</b>  | : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi       |
| <b>K.</b>     | : Karar                                            |
| <b>m.</b>     | : Madde                                            |
| <b>MSY</b>    | : 29188 Sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği    |
| <b>OEM</b>    | : Original Equipment Manufacturer                  |
| <b>OEÜ</b>    | : Orijinal Ekipman Üreticisi                       |
| <b>PC</b>     | : Personal Computer                                |
| <b>RAM</b>    | : Random Acces Memory                              |
| <b>ROM</b>    | : Read Only Memory                                 |

|             |                                                    |
|-------------|----------------------------------------------------|
| <b>s.</b>   | : Sayfa                                            |
| <b>S.</b>   | : Sayı                                             |
| <b>SMK</b>  | : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu                |
| <b>T.</b>   | : Tarih                                            |
| <b>TBB</b>  | : Türkiye Barolar Birliği                          |
| <b>TKHK</b> | : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| <b>TMK</b>  | : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu                   |
| <b>TTK</b>  | : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu                  |
| <b>vb.</b>  | : ve benzeri                                       |
| <b>vd.</b>  | : ve devamı                                        |
| <b>Vol.</b> | : Volume                                           |
| <b>WIPO</b> | : World Intellectual Property Organization         |

## RÉSUMÉ

Le développement rapide des technologies informatiques et logicielles modifie rapidement nos habitudes. Plus important encore, les grands succès des idées commerciales reposant sur les technologies informatiques au niveau mondial et la très grande part des technologies informatiques dans l'économie mondiale incitent de plus en plus les organisations commerciales à investir dans les technologies logicielles.

Ces développements dans le domaine de la technologie entraînent également des changements dans les habitudes des utilisateurs dans leur vie quotidienne. Alors qu'il y a une quinzaine d'années, les gens devaient acheter des disques compacts ou télécharger des données numériques directement sur leur lecteur de musique pour écouter de la musique, aujourd'hui, les utilisateurs peuvent accéder instantanément au contenu de la musique, des vidéos, etc. qu'ils souhaitent via des plateformes numériques, sans avoir à acheter de disque compact ni même à enregistrer des données numériques dans un périphérique de stockage de données.

En pratique, pour que les utilisateurs puissent écouter de la musique à partir d'une plateforme musicale numérique, regarder des vidéos, télécharger des livres électroniques, utiliser des services cloud ou télécharger une application sur leur smartphone, ils doivent d'abord conclure un accord préalablement établi dans un format standard.

Ces accords sont exécutés sous des noms tels que “*contrat d'abonnement*”, “*contrat de licence utilisateur final*”, ou “*contrat de licence*”. De la même manière, les entreprises commerciales qui souhaitent utiliser des logiciels à des fins commerciales concluent souvent des contrats de licence de logiciels, qui portent des noms différents et sont préparés dans un format standard.

Ces développements dans le domaine de la technologie ont même commencé à changer la façon dont les accords sont conclus. De nos jours, les contrats de licence de logiciels sont principalement présentés aux licenciés tels que préparés à l'avance par le concédant, et le licencié accepte cet accord en cliquant simplement sur un bouton qui apparaît à l'écran. Bien que cela se produise souvent dans notre vie quotidienne, les contrats de licence de logiciels de package n'ont pas été étudiés de manière intensive dans la doctrine juridique turque.

Dans ce contexte, nous avons choisi “*Contrats de Licence de Logiciel de Package*” comme sujet de notre thèse. Il existe de nombreux types de contrats de licence de logiciel en fonction de leur objet et de leur objectif. Chaque type de contrat de licence de logiciel utilisé dans la pratique a une substance suffisamment profonde pour faire l'objet de thèses différentes. Nous avons choisi les contrats de licence de logiciel de package en tant que sujet d'étude car ce sont les contrats de licence de logiciel les plus couramment utilisés dans la pratique. Bien que le sujet de notre thèse ne concerne que les contrats de licence de logiciel de package, des informations sur

les différents types de contrats de licence de logiciel seront également incluses dans certaines sections de la thèse.

Les produits qui résultent de l'intelligence, de la créativité et de la réflexion des gens sont appelés “*produits intellectuels*”. Les produits intellectuels sont également appelés “*biens incorporels*” comme ils ne remplissent pas la condition d'être matériels, que remplissent les concepts tels que “*article*” et “*propriété*” au sens classique du terme.

Le logiciel est protégé en tant qu'œuvre scientifique et littéraire dans le cadre de la Loi sur les Œuvres Intellectuelles et Industrielles (LŒII) et le logiciel n'a pas d'existence physique. Par conséquent, le logiciel doit être qualifié de “*bien incorporel*”. Sur les biens incorporels, il existe certains droits qui sont de la nature de “*droits absolus*”. Ces droits sont appelés “*droits de propriété intellectuelle*”.

En vertu du principe de “*paternité*” tel qu'accepté dans LŒII, la paternité est un statut juridique objectif qui ne peut être transféré. Les droits découlant de la paternité sont essentiellement divisés en droits financiers et moraux. Il est possible que des droits financiers fassent l'objet des contrats et que l'autorité d'utiliser ces droits ou que ces droits eux-mêmes soient transférés intégralement. Cependant, le transfert des droits moraux n'est pas considéré comme possible en termes de LŒII.

Les droits financiers de l'auteur sont des droits absolus qui lui permettent de bénéficier économiquement de l'œuvre. En raison de la nature absolue de leurs droits financiers, la période et la manière dont les tiers bénéficieront de l'œuvre sont entièrement déterminées par l'auteur. Le droit de reproduction de l'œuvre est le droit financier le plus ancien et le plus largement utilisé qui garantit que l'auteur bénéficie économiquement de l'œuvre. Selon l'Article 22/1 de LŒII, le droit de reproduire l'original ou les copies dupliquées d'une œuvre en tout ou en partie, directement ou indirectement, temporairement ou définitivement par quelque procédé que ce soit est un droit appartenant exclusivement à l'auteur. En raison du caractère absolu du droit de reproduire, une reproduction faite par des tiers sans l'autorisation de l'auteur violerait un droit absolu de l'auteur. L'auteur peut transférer le droit de reproduire, ainsi que concéder le droit de reproduire à des tiers. Pour que l'acte classique de reproduction se réalise, une reproduction d'une œuvre qui permettra son utilisation à la place de l'original doit être faite.

Le législateur a introduit une disposition dans l'art. 22/3 de LŒII qui est différente de la notion classique de reproduction, en raison de la nature différente du logiciel par rapport à d'autres types d'œuvres. Dans cette disposition, il est stipulé que le droit de reproduire couvre également les actes d'installation, d'affichage, d'exécution, de transmission et de stockage d'un programme d'ordinateur dans la mesure où il nécessite une reproduction temporaire du programme d'ordinateur. En d'autres termes, contrairement au droit de reproduction classique, non seulement la production d'une deuxième copie du programme, mais également les actes d'utilisation et d'exécution du logiciel sont inclus dans le champ d'application du droit de

reproduire. Cette caractéristique du logiciel en termes de droit de reproduire constitue principalement l'élément de licence dans les contrats de licence de logiciel de package.

Tous les contrats relatifs aux logiciels et à la technologie informatique, en général, sont appelés “*contrats de logiciel*”. *Contrats de licence de logiciel* constituent un sous-type des contrats de logiciel. Une caractéristique commune des contrats de licence de logiciel est qu'il s'agit des contrats qui contiennent l'objectif de mettre le logiciel à la disposition du licencié. La principale différence entre les contrats de licence de logiciel de package et les autres contrats de licence de logiciel est que le logiciel est présenté aux utilisateurs au format de code objet sans aucune modification.

Les contrats sont étudiés séparément en tant que “*contrats nominés*” et “*contrats innominés*” en ce qui concerne les dispositions auxquelles ils seront soumis. Les contrats innomés sont des contrats dont les éléments essentiels ne sont pas énoncés par la loi. Les contrats de licence de logiciel de package ne sont pas des contrats définis par la loi dont les éléments sont également déterminés par la loi, mais sont de la nature de “*contrats hybrides*” qui sont un sous-type des contrats innomés. Les contrats de logiciel de package peuvent être définis comme des contrats dans lesquels le concédant livre une copie reproduite du logiciel de package au licencié pour une utilisation temporaire ou perpétuelle et le concédant ou la loi elle-même accorde au licencié le droit de reproduire et d'exploiter cette copie livrée dans certaines limites, et le licencié paie des frais de licence, pour une fois ou périodiquement, au concédant en retour.

Dans la doctrine, les contrats hybrides sont classés différemment en tenant compte des obligations qu'ils contiennent et des relations d'échange entre ces obligations. Selon la tendance générale de la doctrine, les contrats hybrides sont examinés en trois groupes: les contrats hybrides de type double, les contrats hybrides combinés et les contrats hybrides additifs. À notre avis, les contrats de licence de logiciel de package perpétuels sont des contrats dans lesquels les obligations concernant les contrats de vente et les contrats de licence sont réunies, et les contrats de licence de logiciel de package temporaires sont des contrats dans lesquels les obligations concernant les contrats de location et les contrats de licence sont réunis, d'une manière non stipulée par la loi. Le fait qu'il soit obligatoire, pour qu'un logiciel puisse être utilisé, d'exercer le pouvoir de reproduire sur une copie du logiciel, constitue l'élément de licence dans les contrats de licence de logiciel de package. La transmission d'une copie du logiciel au licencié pour une utilisation perpétuelle du logiciel est parallèle à l'obligation de transférer l'objet du contrat de vente à l'acheteur dans les contrats de vente. De même, la livraison d'une copie du logiciel au licencié pendant une certaine période dans les contrats de licence de logiciel de package est parallèle à l'obligation de livrer l'objet de la location d'une manière pratique pour une utilisation dans les contrats de location.

Il existe de nombreuses théories dans la doctrine concernant la détermination des dispositions à appliquer aux contrats hybrides et la manière dont elles doivent être appliquées. La théorie qui est principalement acceptée parmi ces théories est



“*sylogisme juridique*”. Selon le syllogisme juridique, les règles concernant les types des contrats énoncés dans la loi ne devraient pas être appliquées directement aux contrats hybrides, mais devraient être appliquées par syllogisme, en fonction des objectifs et des intérêts des parties. Selon le syllogisme juridique, dans les litiges découlant des contrats de licence de logiciel de package, les dispositions obligatoires, les dispositions du contrats, les dispositions secondaires parmi les dispositions générales du Code des Obligations Turc (COT), les dispositions secondaires parmi les dispositions spéciales du COT, dans le cas où une disposition applicable existe, les règles du droit coutumier et la loi créée par le juge seront appliquées, dans cet ordre. Cependant, lors de l'application de ce qui précède, il est nécessaire de procéder à une évaluation distincte en fonction de chaque cas et de prendre en compte les intérêts des parties.

Dans la pratique, les contrats de licence de logiciel de package sont généralement conclus par la méthode nommée “*click-wrap*”. Cette méthode peut être définie comme la méthode de conclusion d'un contrat en cliquant sur des icônes contenant des déclarations d'approbation telles que “*J'accepte*”, “*D'Accord*” etc. apparaissant sur l'écran d'ordinateur de l'utilisateur avec un message, présenté pour la conclusion du contrat. En particulier, la question de savoir si l'exigence de forme énoncée à l'Article 52 de LCEII sera appliquée ou non pour les contrats conclus en tant que click-wrap dans la pratique. À notre avis, l'article 52 de LCEII qui impose une exigence de forme pour les contrats de licence ne devrait pas être appliqué pour les contrats de licence de logiciel de package.

Le législateur accorde le “*pouvoir de reproduire*” et “*pouvoir de faire fonctionner*” à ceux qui ont acquis le logiciel par des moyens légaux aux Art. 38 et suivants de LCEII, en raison de la particularité du droit de reproduire en termes de logiciels. Aucune définition n'a été faite dans la loi concernant la notion de personne qui acquiert le logiciel par des moyens légaux. Cependant, la personne qui acquiert le logiciel par des moyens légaux est définie dans la doctrine comme la personne qui acquiert le logiciel en vertu d'un contrat tel qu'un contrat de licence, un contrat de transfert de droits d'auteur, un contrat de location ou un contrat de don, ou comme les successeurs d'une telle personne. Les pouvoirs conférés aux personnes qui acquièrent le logiciel par des moyens légaux, c'est-à-dire le licencié, aux Art. 38 et suivants de LCEII, sont des pouvoirs qui ne peuvent être éliminés par un contrat. Ces pouvoirs constituent le minimum des pouvoirs acquis par le licencié en vertu du contrat.

Si le logiciel soumis au contrat de licence de logiciel de package est défectueux, les dispositions concernant les défauts en relation avec les contrats de vente et de location énoncées dans COT doivent être appliquées au présent contrat par syllogisme, selon que ce contrat est conclu comme temporaire ou perpétuel. Dans les cas où le licencié ne peut pas utiliser le logiciel en raison d'un droit absolu d'un tiers sur le logiciel, l'application des dispositions sur l'obligation de garantir l'existence du droit énoncées dans LCEII au contrat serait une solution plus appropriée pour la protection du licencié. Nous pensons que, dans les contrats de licence de logiciel de package, les

dispositions générales de COT devraient être appliquées à la place des dispositions spéciales de COT concernant les contrats de vente et de location en cas de violation d'obligations telles que le défaut et l'impossibilité d'exécution.

En termes de résiliation du contrat, les cas de résiliation de l'obligation prévue aux Art. 131 et suivants de COT sont applicables pour les contrats de licence de logiciels de package. Cependant, il existe d'autres cas de résiliation qui sont controversés quant à l'opportunité de s'appliquer aux contrats de licence de logiciel de package. En particulier, l'Art. 58 de LCEII, qui accorde le droit de rétractation à l'auteur si la personne qui acquiert le droit financier ou le droit de l'utiliser n'utilise pas le droit financier en fait partie. À notre avis, le but de l'adoption de l'Art. 58 de LCEII est l'idée que le défaut du licencié d'utiliser l'œuvre affectera le droit moral de l'auteur. Cependant, comme aucune situation de ce type ne peut survenir dans les contrats de licence de logiciel de package, nous sommes d'avis que le concédant n'a aucun droit de rétractation en vertu de l'Art. 58 de LCEII.

Après la fin de notre étude, le changement et le développement des technologies informatiques et logicielles se poursuivront à pleine vitesse. Parallèlement à ce changement et à ce développement, nous ne doutons pas que le contenu des contrats logiciels et la manière dont ils sont conclus changeront également. Notre sujet a été examiné en tenant compte du niveau actuel des connaissances techniques et technologiques et un certain nombre de conclusions ont été tirées en tant que telles. Nous espérons que notre étude contribuera à la doctrine juridique turque.

## ABSTRACT

Rapidly developing computer and software technologies are rapidly changing our habits. Most importantly, the great successes of commercial ideas relying on computer technologies at a global level and the very large share of computer technologies in the world economy increasingly make commercial organizations invest in software technologies.

These developments in the field of technology also cause changes in the habits of users in their daily lives. While about fifteen years ago, people had to purchase compact discs or download digital data directly to their music players to listen to music, today, users can instantly access music, video etc. content they want through digital platforms, without having to buy any compact disk or even save any digital data into any data storing device.

In practice, in order for users to listen to music from a digital music platform, watch videos, download electronic books, use cloud services or download an application to their smartphone, they must first conclude an agreement that is drawn up beforehand in a standard format.

These agreements are executed under names such as a “*subscription agreement*”, “*end user license agreement*”, or “*license agreement*”. In the same way, commercial enterprises that want to use software for commercial purposes often conclude software license agreements, which have different names and are prepared in a standard format.

These developments in the field of technology have even started to change the way agreements are made. Nowadays, software license agreements are mostly presented to licensees as prepared in advance by the licensor, and the licensee accepts this agreement by simply clicking on a button that appears on the screen. Although it often occurs in our daily lives, package software license agreements have not been studied intensively in Turkish legal doctrine.

In this context, we have chosen “*Package Software License Agreements*” as the subject of our thesis. There are many different types of software license agreements according to their subject and purpose. Each type of software license agreement used in practice has a substance deep enough to consist the subject of different theses. We have chosen package software license agreements as the subject of study due to the

fact that they are the most commonly used software license agreements in practice. Although the subject of our thesis is only package software license agreements, information about different types of software license agreements will also be included in some sections of the thesis.

Products that arise as a result of the intelligence, creativity and thinking of people are called “*intellectual products*”. Intellectual products are also called “*intangible goods*” as they do not meet the condition of being material that concepts such as “*item*” and “*property*” in the classical sense meet.

Software is protected as a work of science and literature within the scope of Law on Intellectual and Industrial Works (LIIW) and software does not have a physical existence. Therefore, software should be qualified as an “*intangible good*”. Over intangible goods, there are certain rights that are of the nature of “*absolute rights*”. These rights are called “*intellectual property rights*”.

Under the principle of “*authorship*” as accepted in LIIW, authorship is an objective legal status that cannot be transferred. The rights arising from authorship are basically divided into financial and moral rights. It is possible for financial rights to be the subject of agreements and for the authority to use these rights or for these rights themselves to be transferred completely. However, the transfer of moral rights is not considered possible in terms of LIIW.

The financial rights of the author are absolute rights that allow him to benefit economically from the work. Due to the absolute nature of their financial rights, the period and manner in which third parties will benefit from the work are completely determined by the author. The right to reproduce the work is the oldest and most widely used financial right that ensures that the author benefits economically from the work. According to Article 22/1 of LIIW, the right to reproduce the original or duplicated copies of a work in whole or in part, directly or indirectly, temporarily or permanently by any method is a right exclusively belonging to the author. Due to the absolute nature of the right to reproduce, a reproduction made by third parties without the permission of the author would violate an absolute right of the author. The author can transfer the right to reproduce, as well as grant the right to reproduce to third parties. In order for the classical act of reproduction to be realized, a reproduction of a work that will allow its use instead of the original must be made.

The legislator has introduced a provision in Art. 22/3 of LIIW that is different than the classical concept of reproduction, due to the different nature of software compared to other types of works. In this provision, it is stipulated that the right to reproduce also covers the acts of installing, displaying, running, transmitting and storing a computer program to the extent that it requires temporary reproduction of the computer program. In other words, unlike the classical right to reproduce, not only the production of a second copy of the program, but also the acts of using and running the software are included in the scope of the right to reproduce. This feature of software in terms of the right to reproduce, mainly constitutes the license element in package software license agreements.

All agreements related to software and computer technology, in general, are called “*software agreements*”. *Software license agreements* constitute a sub-type of software agreements. A common feature of software license agreements is that they are agreements that contain the purpose of making software available to the licensee. The main difference between package software license agreements from other software license agreements is that the software is presented to users in object code format without any changes.

Agreements are studied separately as “*nominate agreements*” and “*innominate agreements*” in terms of the provisions to which they will be subject. Innominate agreements are agreements whose essential elements are not set forth by law. Package software license agreements are not agreements defined by law whose elements are also determined by law, but are of the nature of “*hybrid agreements*” which are a subtype of innominate agreements. Package software agreements can be defined as agreements in which the licensor delivers a reproduced copy of the package software to the licensee for temporary or perpetual use and the licensor or the law itself grants the licensee the right to reproduce and operate over this delivered copy within certain limits, and the licensee pays a license fee, for one-time or periodically, to the licensor in return.

In the doctrine, hybrid agreements are classified differently by taking into account the obligations they contain and the relations of exchange between these obligations. According to the general trend in the doctrine, hybrid agreements are examined in three groups: double-type hybrid agreements, combined hybrid

agreements, and additive hybrid agreements. In our opinion, perpetual package software license agreements are agreements in which the obligations regarding sales agreements and license agreements are brought together, and temporary package software license agreements are agreements in which the obligations regarding lease agreements and license agreements are brought together, in a way not stipulated by law. The fact that it is mandatory, in order for any software to be used, to exercise the power to reproduce on a copy of the software, constitutes the license element in package software license agreements. The transmission of a copy of the software to the licensee for perpetual use of the software parallels the obligation to transfer the subject of the sales agreement to the buyer in sales agreements. Similarly, the delivery of a copy of the software to the licensee for a certain period of time in package software license agreements parallels the obligation to deliver the subject of the lease in a convenient manner for use in the lease agreements.

There are many theories in the doctrine regarding the determination of the provisions to be applied to hybrid agreements and the way they are to be applied. The theory that is predominately accepted among these theories is “*legal syllogism*”. According to legal syllogism, the rules regarding the types of agreements set forth in law should not be applied directly to hybrid agreements, but should be applied by syllogism, based on the purposes and interests of the parties. Under legal syllogism, in disputes arising from package software license agreements, mandatory provisions, provisions of the agreement, secondary provisions among the general provisions of the Turkish Code of Obligations (TCO), secondary provisions among the special provisions of TCO, in case any applicable provision exists, rules of customary law and the law created by the judge will be applied, in this order. However, during the application of the above, it is necessary to make a separate evaluation according to each case at hand and to take into account the interests of the parties.

In practice, package software license agreements are usually concluded by the method named “*click-wrap*”. This method can be defined as the method of concluding an agreement by clicking on icons containing statements of approval such as “*I agree*”, “*Okay*” etc. appearing on the computer screen of the user along with a message, presented for the conclusion of the agreement. In particular, the issue of whether the requirement of form set forth in Art. 52 of LIIW will be applied or not for agreements concluded as click-wrap in practice. In our opinion, Art. 52 of LIIW which imposes a

requirement of form for license agreements should not be applied for package software license agreements.

The legislator grants the “*power to reproduce*” and “*power to operate*” to those who have acquired the software by legal means in Art. 38 et seq. of LIIW, due to the special feature of the right to reproduce in terms of software. No definition has been made in the law regarding the concept of a person who acquires the software by legal means. However, the person who acquires the software by legal means is defined in the doctrine as the person who acquires the software under an agreement such as a license agreement, copyright transfer agreement, lease agreement, or gift agreement, or as the successors of such a person. The powers granted to the persons who acquire the software by legal means, in other words, the licensee, in Art. 38 et seq. of LIIW, are powers that cannot be eliminated by an agreement. These powers constitute the minimum of the powers acquired by the licensee under the agreement.

If the software subject to the package software license agreement is defective, the provisions regarding defects in relation to sales and lease agreements set forth in TCO should be applied to this agreement by syllogism, depending on whether this agreement is concluded as temporary or perpetual. In cases where the licensee cannot use the software due to an absolute right of a third party over the software, the application of the provisions on the obligation to guarantee the existence of the right set forth in LIIW to the agreement would be a more appropriate solution for the protection of the licensee. We think that, in package software license agreements, the general provisions of TCO should be applied instead of the special provisions of TCO regarding sales and lease agreements in case of violations of obligations such as default and impossibility of performance.

In terms of termination of the agreement, the cases of termination of the obligation set forth in Art. 131 et seq. of TCO are applicable for package software license agreements. However, there are other cases of termination that are controversial about whether to apply to package software license agreements. In particular, Art. 58 of LIIW, which grants the right of withdrawal to the author if the person who acquires the financial right or the right to use it does not use the financial right is one of them. In our opinion, the purpose of adoption of Art. 58 of LIIW is the idea that the licensee's failure to use the work will affect the moral right of the author.

However, since no such situation may arise in package software license agreements, we are of the opinion that the licensor has no right of withdrawal under Art. 58 of LIIW.

After the completion of our study, the change and development in computer and software technologies will continue at full speed. In parallel with this change and development, we have no doubts that the content of software agreements and the way they are concluded will also change. Our subject has been examined taking into account the current technical and technological level of knowledge and a number of conclusions have been reached as such. We hope that our study will contribute to the Turkish legal doctrine.





## ÖZET

Hızla gelişen bilgisayar ve yazılım teknolojisi, alışkanlıklarımızı hızla değiştirmektedir. Özellikle bilgisayar teknolojisine dayanan ticari fikirlerin global ölçekte büyük başarılar kazanması ve bilgisayar teknolojisinin dünya ekonomisinde çok büyük bir paya sahip olması artan şekilde ticari organizasyonların yazılım teknolojisine yatırım yapmasına yol açmaktadır.

Teknoloji alanında yaşanan bu gelişmeler kullanıcıların gündelik hayatlarındaki alışkanlıklarının da değişmesine neden olmaktadır. Yaklaşık on beş sene öncesine kadar insanlar müzik dinleyebilmek için kompakt disk satın almakta ya da dijital veriyi doğrudan müzik çalarlarına indirmek zorunda iken günümüzde kullanıcılar herhangi bir kompakt disk satın almaksızın hatta dijital veriyi herhangi bir veri taşıyıcısına dahi kaydetmeye gerek olmaksızın dijital platformlar üzerinden istedikleri müzik, video vb. içeriklere anında ulaşabilmektedir.

Uygulamada kullanıcıların dijital müzik platformundan müzik dinlemesi, video izlemesi, elektronik kitap indirmesi, bulut servislerini kullanması veya akıllı telefonuna bir uygulama indirebilmesi için öncelikle standart olarak hazırlanmış sözleşmeleri akdetmeleri gerekmektedir.

Bu sözleşmeler “*abonelik sözleşmesi*” (“*subscription agreement*”), “*son kullanıcı lisans sözleşmesi*” (“*end user license agreement*”), “*lisans sözleşmesi*” (“*license agreement*”) gibi farklı isimler altında akdedilmektedir. Aynı şekilde bir yazılımı ticari amaçlarla kullanmak isteyen ticari işletmelerde, farklı şekillerde adlandırılan ve standart biçimde hazırlanmış olan yazılım lisans sözleşmelerini sıklıkla akdetmektedirler. Teknolojik gelişmeler yaşamımızı etkilediği gibi hukuk alanını da etkilemektedir.

Bu gelişmeler sözleşme yapma şekillerini dahi değiştirmeye başlamıştır. Günümüzde yazılım lisans sözleşmeleri çoğunlukla lisans veren tarafından önceden hazırlanmış şekilde lisans alanlara sunulmakta, lisans alanda sadece ekranında beliren bir butona tıklamak suretiyle bu sözleşmeyi kabul etmektedir.

Yazılım lisans sözleşmelerinin konusuna ve amacına göre pek çok farklı türü bulunmaktadır. Uygulamada kullanılan yazılım lisans sözleşmelerinin her bir türü farklı bir tez konusu olacak derinliğe sahiptir. Yazılım lisans sözleşmesi türleri arasında en sık kullanılanı “*paket yazılım lisans sözleşmeleri*”dir.

Günlük hayatımızda sıklıkla karşımıza çıkmasına rağmen Türk hukuk doktrininde paket yazılım lisans sözleşmeleri yoğun bir şekilde inceleme konusu yapılmamıştır. Biz de bu kapsamda tezimizin konusunu “*Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri*” olarak belirledik. Her ne kadar tezimizin konusu sadece paket yazılım lisans sözleşmesi olsa da tezin bazı bölümlerinde farklı türdeki yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin bilgilere de yer verilecektir.

İnsanların sahip olduğu zeka, yaratıcılık ve düşünce sonucunda ortaya çıkan ürünler “*fikri ürünler*” olarak isimlendirilmektedir. Fikri ürünler klasik anlamdaki “*eşya*” ve “*mülkiyet*” kavramlarında bulunan maddi olma şartını sağlamamaları sebebiyle “*gayri maddi mallar*” olarak da isimlendirilmektedir.

Yazılımlar FSEK kapsamında birer ilim ve edebiyat eseri olarak korunmakta ve yazılımların cismani bir varlığı bulunmamaktadır. Bu nedenle yazılımlar birer “*gayri maddi mal*” olarak nitelendirilmelidir. Gayri maddi mallar üzerinde “*mutlak hak*” karakterine sahip birtakım haklar bulunmaktadır. Bu haklar “*fikri haklar*” olarak isimlendirilmektedir.

FSEK’te kabul edilen “*eser sahipliği*” ilkesi uyarınca eser sahipliği devredilemeyen objektif bir hukuki durumdur. Eser sahipliğinden doğan haklar temel olarak mali ve manevi haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mali hakların tamamen devredilmesi veyahut kullanma yetkisinin devredilmesi mümkündür. Ancak manevi hakların devri FSEK açısından mümkün kabul edilmemektedir.

Eser sahibinin mali hakları, ona eserden ekonomik olarak yararlanma imkanı veren mutlak haklardır. Mali haklarının mutlak niteliği sebebiyle üçüncü kişilerin eserden hangi süre ve ne şekilde yararlanacağı tamamen eser sahibi tarafından belirlenir. Çoğaltma hakkı eser sahibinin eserden ekonomik olarak faydalanmasını temin eden en eski ve en yaygın şekilde kullanılan mali haktır. FSEK m.22/1’de bir eserin aslının ya da çoğaltılmış nüshalarının herhangi bir yöntemle tamamen veya kısmen, doğrudan ya da dolaylı, geçici veyahut sürekli olarak çoğaltılması hakkının münhasıran eser sahibine ait bir haktır. Çoğaltma hakkının mutlak niteliği sebebiyle üçüncü kişiler tarafından eser sahibinin izni olmaksızın yapılan çoğaltma, eser sahibinin mutlak hakkını ihlal edecektir. Eser sahibi çoğaltma hakkını devredebileceği gibi üçüncü kişilere çoğaltma yetkisi de verebilir. Klasik çoğaltma fiilinin gerçekleşebilmesi için bir eserden aslının yerine yararlanmayı sağlayacak olan bir nüshanın çıkartılması gerekmektedir.

Kanun koyucu yazılımların diğer eser tiplerine nazaran farklı niteliği sebebiyle FSEK m.22/3'te yazılımlar açısından klasik çoğaltma kavramından farklı bir düzenleme getirmiştir. Bu hükümde çoğaltma hakkının, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsadığı düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle klasik çoğaltma hakkından farklı olarak programın ikinci bir nüshasının elde edilmesi değil yazılımın sadece kullanılması ve çalıştırılması fiilleri de çoğaltma hakkının kapsamına dahil edilmiştir. Yazılımların, çoğaltma hakkı açısından gösterdiği bu özellik esas olarak paket yazılım lisans sözleşmelerindeki lisans unsurunu oluşturmaktadır.

Yazılım ve bilgisayar teknolojisi ile bağlantılı olan tüm sözleşmeler genel olarak “yazılım sözleşmeleri” (“software contracts”) şeklinde adlandırılmaktadır Yazılım lisans sözleşmeleri (“software license agreements”) ise yazılım sözleşmelerinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Yazılım lisans sözleşmelerinin ortak özelliği bir yazılımın lisans alana kullandırılmasını amacını içeren sözleşmeler olmasıdır. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin diğer yazılım lisans sözleşmelerinden temel farkı yazılımın kullanıcılara herhangi bir değişiklik yapılmaksızın nesne kodu formatında sunulmasıdır.

Sözleşmeler tabi olacakları düzenlemeler açısından “isimli sözleşmeler” ve “isimsiz sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. İsimsiz sözleşmeler, esaslı unsurları kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri kanunda tanımlanmış ve unsurları belirlenmiş bir sözleşme olmayıp, isimsiz sözleşmelerin alt türü olan “karma sözleşme” niteliğine sahiptir. Paket yazılım lisans sözleşmeleri, lisans verenin paket yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını lisans alana süreli veya daimi şekilde kullanabilmesi için ilettiği ve bu suret üzerinde lisans verenin veyahut doğrudan kanunun lisans alana çoğaltma ve işleme yetkisi tanıdığı, lisans alanın da bunun karşılığında genellikle lisans verene bir kereye mahsus veya dönemsel olarak lisans bedeli ödediği sözleşmeler olarak tanımlanabilir

Doktrinde karma sözleşmeler içerdikleri edimler ve bu edimlerin birbirleriyle olan mübadele ilişkileri nazara alınmak suretiyle farklı şekillerde tasnif edilmektedir. Doktrinde genel eğilime göre karma sözleşmeler, çift tipli karma sözleşmeler, kombine karma sözleşmeler, eklemlı karma sözleşmeler, olmak üzere üç grupta

incelenmektedir. Kanaatimizce daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri satış sözleşmesi ve lisans sözleşmesine ilişkin edimlerin, süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri ise kira sözleşmesi ve lisans sözleşmesine ilişkin edimlerin kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirildiği sözleşmelerdir. Bir yazılımın kullanılabilmesi için yazılımın nüshası üzerinde çoğaltma yetkisinin kullanılmasının zorunlu olması paket yazılım lisans sözleşmesindeki lisans unsurunu oluşturmaktadır. Yazılımın daimi olarak kullanımı için yazılımın bir suretinin lisans alan iletilmesi ise satış sözleşmelerinde satış sözleşmesinin konusunun alıcıya devredilmesi yükümlülüğü ile paralellik göstermektedir. Benzer şekilde süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın bir suretinin belirli bir süre kullanılması amacıyla lisans alana iletilmesi kira sözleşmelerindeki kira konusunun kullanıma elverişli bir biçimde teslim edilmesi yükümlülüğü ile paralellik göstermektedir.

Doktrinde karma sözleşmeler uygulanacak hükümlerin tespiti ve uygulama şekline ilişkin olarak çok sayıda teori bulunmaktadır. Bu teoriler arasında baskın şekilde kabul gören teori “*kıyas teorisi*”dir. Kıyas teorisine göre ise kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerini ilişkin kurallar karma sözleşmelere doğrudan uygulanmamalı, tarafların amaç ve menfaatleri esas alınmak suretiyle kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Kıyas teorisi kapsamında paket yazılım lisans sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda sırasıyla emredici hükümler, sözleşme hükümleri, TBK’nın genel hükümleri arasında yer alan yedek hükümler, TBK’nın özel bölümünde yer alan yedek hükümler, uygulanabilir bir kural bulunması halinde örf ve adet hukuku kuralları, hakimin yarattığı hukuk uygulanacaktır. Ancak bu uygulama sırasında her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması ve taraf menfaatlerinin göz önüne alınması gerekmektedir.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri uygulamada genellikle “*click-wrap*” ismi verilen bir yöntemle akdedilmektedir. Bu sözleşme akdetme yönteminde, kullanıcı bilgisayarının ekranında beliren “*kabul ediyorum*” “*tamam*” vb. onay ifadeleri içeren ikona tıklamak suretiyle sözleşme akdetmektedir. Özellikle uygulamada click-wrap şeklinde akdedilen sözleşmelerde FSEK m.52’de yer alan şekil şartının uygulanıp uygulanmayacağı düşünülebilir. Kanaatimizce lisans sözleşmelerinde şekil şartı getiren FSEK m.52 paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanmamalıdır.

Kanun koyucu çoğaltma hakkının yazılımlar açısından gösterdiği özellik nedeniyle FSEK m.38 vd. maddelerinde yazılımı hukuki yollardan edinen kimselere

“çoğaltma” ve “işleme yetkisi” tanımaktadır. Yazılımı hukuki yollardan edinen kişi kavramına ilişkin olarak kanunda herhangi bir tanım yapılmamıştır. Ancak yazılımı “hukuki yollardan edinen kişi” doktrinde yazılımı lisans, telif hakkının devri sözleşmesi, kira, bağış gibi bir sözleşme çerçevesinde iktisap eden veya iktisap edenin halefleri şeklinde tanımlanmaktadır. FSEK m.38 vd.’de yazılımı hukuki yollardan edinen yani lisans alan tanınan bu yetkiler sözleşmeyle ortadan kaldırılamayan yetkililerdir. Bu yetkiler lisans alanın sözleşme kapsamında iktisap ettiği yetkilerin asgari içeriğini oluşturmaktadır.

Paket yazılım lisans sözleşmesine konu olan yazılımın ayıplı olması sözleşmenin daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre TBK’da yer alan satış ve kira sözleşmelerine ilişkin ayıp hükümleri bu sözleşmeye kıyasen uygulanmalıdır. Lisans alanın üçüncü bir kişinin yazılım üzerindeki mutlak hakkı sebebiyle yazılımı kullanamadığı hallerde ise FSEK’te yer alan hakkın varlığını garanti borcuna ilişkin hükümlerin sözleşmeye uygulanmasının lisans alanın korunması açısından uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde, temerrüt ve imkansızlık gibi borca aykırılık durumlarında ise TBK’nın satış ve kira sözleşmelerine ilişkin getirdiği özel hükümler yerine TBK’nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sözleşmenin sona ermesi açısından, TBK m.131 vd.’de düzenlenen borcun sona erme halleri paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da geçerli düzenlemelerdir. Ancak paket yazılım lisans sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olan başka sona erme halleri bulunmaktadır. Özellikle eser sahibine mali hakkı devralan veya kullanma hakkı iktisap eden kimsenin mali hakkı kullanmaması halinde eser sahibine cayma hakkı bahşeden FSEK m.58 bunlardan bir tanesidir. Kanaatimizce FSEK m.58’in kabul edilme amacı lisans alanın eseri kullanmamasının eser sahibinin manevi hakkını etkileyeceği düşüncesidir. Ancak paket yazılım lisans sözleşmelerinde böyle bir durum söz konusu olmadığından FSEK m.58 kapsamında lisans verenin cayma hakkı bulunmadığı kanaatindeyiz.

Çalışmamızın tamamlanmasını takip eden süreçte bilgisayar ve yazılım teknolojisindeki değişim ve gelişim tüm hızıyla devam edecektir. Bu değişim ve gelişime paralel olarak yazılım sözleşmelerinin içeriği ve akdedilme biçimlerinin de değişeceği konusunda herhangi bir tereddütümüz bulunmamaktadır. Konumuz güncel

teknik ve teknolojik bilgi seviyesi göz önüne alınarak incelenmiş ve birtakım sonuçlara varılmıştır. Çalışmamızın Türk hukuk doktrinine katkı sağlayacağını ümit ediyoruz.



## GİRİŞ

Günümüzde bilgisayarlar<sup>1</sup> yaşamımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiş durumdadır. Hızla gelişen bilgisayar ve yazılım teknolojisi, ekonomik düzeni ve hayatımızdaki alışkanlıkları hızla değiştirmektedir. Özellikle bilgisayar teknolojisine dayanan ticari fikirlerin global ölçekte büyük başarılar kazanması ve bilgisayar teknolojisinin dünya ekonomisinde çok büyük bir paya sahip olması da artan şekilde ticari organizasyonların yazılım teknolojisine yatırım yapmasına yol açmaktadır.

Sadece akıllı telefon uygulaması ile milyar dolarlık cirolar elde eden şirketlerin ortaya çıkması ve yazılım teknolojisinin katma değerinin yüksek olması, iş dünyasının bu alana yönelmesinde önemli bir rol oynamaktadır<sup>2</sup>. Teknoloji alanında yaşanan bu gelişmeler kullanıcıların gündelik hayatlarındaki alışkanlıklarının da değişmesine neden olmaktadır.

Yaklaşık on beş sene öncesine kadar kullanıcılar müzik dinlemek ya da bir yazılımı kullanmak için kompakt disk satın almakta iken günümüzde kullanıcılar bu dijital verileri doğrudan bilgisayarlarına çevrimiçi (“online”) şekilde indirebilmektedir. Hatta kullanıcılar dijital platformlar üzerinden müzik, video vb. içeriklere, bu içerikleri bilgisayarlarına kaydetmeksizin internet üzerinden anında ulaşabilmektedir<sup>3</sup>. Özellikle bulut teknolojisinin gelişmesiyle birlikte kullanıcılar

---

<sup>1</sup> “Bilgisayar” teriminin dar ve geniş anlamları hakkındaki açıklamalar için bkz. I. Bölüm-A-1-a.

<sup>2</sup> Temel olarak birer akıllı telefon uygulaması olan ve konaklama hizmeti sunan “Airbnb” isimli şirketin değeri yirmi beş milyar Amerikan doları iken kullanıcılarına yolculuk hizmeti sunan “Uber” isimli şirketin değeri elli, milyar Amerikan doları değerindedir. Bkz. <https://www.businessinsider.com/the-20-billion-club-meet-the-5-most-valuable-startups-in-the-world-2015-6#no-3-airbnb-3> (Erişim Tarihi: 10. 08.2021) Dünyaya paralel şekilde Türkiye’de de akıllı telefon uygulaması üzerinden faaliyet gösteren “Getir” isimli firma dünya çapında bir başarı elde ederek yedi milyar beş yüz elli beş milyon Amerikan doları üzerinden değerlemeye ulaşmıştır. Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/e-ticaret/aldigi-555-milyon-dolarlik-yatirimla-getir-in-degeri-7-5-milyar-dolari-asti/665294> (Erişim Tarihi: 10.08.2021)

<sup>3</sup> “Spotify” isimli dijital müzik platformunun 2018 yılı itibariyle aktif kullanıcı sayısı yüz seksen milyon kişidir. Bkz. <http://www.businessofapps.com/data/spotify-statistics> (Erişim Tarihi: 10.08.2021) Benzer şekilde “Steam” isimli kullanıcıların oyunları veri aktarımı yoluyla edinebildiği ve kendi yarattıkları bilgisayar oyunlarını paylaşılabildikleri dijital oyun platformunun günlük eş zamanlı kullanıcı sayısı on dört milyon kullanıcıya kadar çıkabilmektedir. Bkz. <https://store.steampowered.com/stats/> (Erişim Tarihi: 10.08.2021)

kendilerine ait verileri sunucularda saklayabilmekte ve bu sunucularda yer alan yazılımları bilgisayarlarına kaydetme zorunluluğu olmaksızın kullanabilmektedirler<sup>4</sup>.

Söz konusu teknolojik gelişmeler yaşamımızı etkilediği gibi hukuk alanını da etkilemektedir. Bu gelişmeler sözleşme yapma şekillerini dahi değiştirmeye başlamıştır<sup>5</sup>. Uygulamada kullanıcının bir yazılımı bilgisayarına indirebilmesi için öncelikle lisans veren tarafından sunulan sözleşmeyi elektronik olarak akdetmesi gerekmektedir. Kullanıcı tarafından yazılım bilgisayara indirilmeden önce elektronik olarak akdedilen bu sözleşmeler tamamen lisans verenin tercihinine göre sözleşmenin hukuki niteliğinden bağımsız olarak “*abonelik sözleşmesi*” (“*subscription agreement*”), “*son kullanıcı lisans sözleşmesi*” (“*end user license agreement*”), “*lisans sözleşmesi*” (“*license agreement*”) gibi farklı isimler altında akdedilmektedir.

Belirtilmelidir ki içerdiği edimler ne olursa olsun bir yazılımın kullandırılmasını amaçlayan tüm sözleşmeler doktrinde “*yazılım lisans sözleşmeleri*” (“*software license agreements*”) olarak nitelendirilmektedir<sup>6</sup>. Yazılım lisans sözleşmelerinin konusuna, amacına ve içerdiği edimlere göre pek çok farklı alt türü bulunmaktadır. Yazılım lisans sözleşmelerinin her bir alt türü farklı bir tez konusu olacak derinliğe sahiptir.

Yazılım lisans sözleşmelerinin uygulamada en sık kullanılan türü “*paket yazılım lisans sözleşmeleri*”dir. Günlük hayatımızda sıklıkla karşımıza çıkmasına rağmen Türk hukuk doktrinde paket yazılım lisans sözleşmeleri yoğun bir şekilde inceleme konusu yapılmamıştır. Biz de bu nedenle tezimizin konusunu “*Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri*” olarak belirledik. Her ne kadar tezimizin konusu sadece paket yazılım lisans sözleşmesi olsa da tezimizin bazı bölümlerinde farklı türdeki yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin bilgilere de yer verilecektir.

---

<sup>4</sup> Bulut (“*cloud*”) teknolojisi, genel olarak veri depolama veya veri işlenmesine ilişkin çeşitli bilgi teknolojisi uygulamalarının kullanıcılara bulut platformu üzerinden sunulması şeklinde tanımlanabilir. Bkz. <https://aws.amazon.com/tr/what-is-cloud-computing/> (Erişim Tarihi: 10.08.2021)

<sup>5</sup> Akıllı sözleşmeler (“*smart contracts*”) şeklinde adlandırılan sözleşme akdetme biçimi son zamanlarda hem Türk hem de yabancı hukuk doktrini açısından tartışma konusu olmaktadır. Akıllı sözleşmeler temel olarak blok zincir (“*block chain*”) teknolojisine dayanmaktadır. Bu yöntemde tarafların iradesinin uyuşması durumunda sözleşme akdedilerek blok zincir sistemi içerisinde saklanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Simon Geiregat, “Cryptocurrencies are (smart) Contracts”, **Financial Law Institute Ghent University Computer Law and Security Review**, Vol. 34, 2018, s.1144-1149, s.1146 vd.; Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişikliğine Gerek Var mı?”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.77, S.1, 2019, s.315-341, s.320 vd.

<sup>6</sup> “*Yazılım lisans sözleşmeleri*” kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. Bölüm-A-1.



Tezimizin ilk bölümünde yazılım ve bilgisayar kavramlarına ilişkin temel bilgilere yer verilmek suretiyle konunun daha iyi anlaşılması amaçlanmaktadır. Buna ek olarak ilk bölümde konumuzun sınırlarını aşmamak kaydıyla yazılımların sahip olduğu hukuki koruma ve eser sahibinin haklarının sözleşmelere konu olması da inceleme konusu yapılacaktır. Tezimizin ikinci bölümünde ise yazılım lisans sözleşmelerinin türleri ve paket yazılım lisans sözleşmesinin bu sözleşmeler içerisindeki yeri tespit edilecektir. Bu tespiti takiben paket yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği ve bu sözleşmelere uygulanacak hükümler incelenecektir. Tezimizin üçüncü bölümünde paket yazılım lisans sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları irdelenecektir. Dördüncü ve son bölümde ise sözleşmelerde sıklıkla yer alan kayıtların geçerliliği ile sözleşmenin sona erme halleri irdelendikten sonra “Sonuç” bölümü ile çalışmamızın takdimi son bulacaktır.

## I. YAZILIMLARIN FİKRİ HUKUK AÇISINDAN İNCELENMESİ

### A. YAZILIMLARA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

#### 1) Bilgisayarlara İlişkin Temel Bilgiler

Konumuzun takdimi açısından, bilgisayar sistemini meydana getiren unsurlar ve onların birbiriyle olan ilişkisi önem arz etmektedir. Özellikle yazılımların “*çoğaltma hakkı*” açısından gösterdiği farklılıklar ile bu farklılıkların sözleşmenin niteliğine etkisinin tespit edilebilmesi için yazılım ve bilgisayarın çalışma prensiplerinin teknik açıdan incelenmesi gerekmektedir<sup>7</sup>. Biz de bu nedenle bilgisayar sistemini meydana getiren ana unsurlar ve onlarla bağlantılı kavramları kısaca inceleme konusu yapacağız.

##### a) Bilgisayar

Bilgisayarlar, çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araçlar olarak tanımlanabilir<sup>8</sup>. Günümüzde çok gelişmiş versiyonları bulunmasına rağmen, bilgisayarların temel mantığı çok eski zamanlara dayanmaktadır. Esasen bilgisayarların temel mantığı kendisine verilen bilgiyi sistemli şekilde işlemek suretiyle bundan anlamlı bir sonuç çıkarmaktır. Bu nedenle otomatik olarak hesap yapabilen her türlü makine bilgisayarlar ile aynı temel prensibe dayanarak çalışmaktadır. Bu kapsamda eski Yunan’dan beri sayı sayma amacıyla kullanılan “*abaküs*” modern bilgisayarların atası olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Bilgisayarların tarihsel gelişimi beş jenerasyon olarak incelenmektedir. Hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelen günümüzde kullandığımız bilgisayarlar ise dördüncü nesil

<sup>7</sup> Yazılımların “*çoğaltma hakkı*” açısından gösterdiği özellikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-D-3-b.

<sup>8</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 11.08.2021). Ayrıca benzer bir tanım için bkz. “*Büyük miktarda bilgiyi depolayan ve işleyen elektronik cihaz.*” <https://dictionary.cambridge.org/computer> (Erişim tarihi: 10.08.2021)

<sup>9</sup> Abaküs bilgisayar ile aynı temel mantığı temsil etmekte ve bilgi depolama işlevini yerine getirmektedir. Çubuklar üzerinde hareket ettirilen boncuklar temel işlev olarak bilgiyi depolamaktadırlar. Ancak bilgisayarlardan farklı olarak algoritmanın görevini ifa etmesi kullanıcının hareketlerine dayanmaktadır. Bkz. J. Gleen Brookshear, **Computer Science an Overview**, 9th Edition, Pearson Addison Wesley, Boston 2005, s.21 vd.

bilgisayarlar olarak adlandırılmaktadır<sup>10</sup>. Dördüncü nesil bilgisayarların yaygınlaşması, 1981 yılında IBM (International Business Machines) tarafından ilk kişisel bilgisayarın (“*PC-personal computer*”) piyasaya sürülmesiyle başlamıştır. İlk olarak IBM tarafından piyasaya sürülen bu bilgisayarlar kolay bir kullanıma sahip olması sebebiyle özellikle iş dünyası tarafından kullanılmaya başlanmış ve büyük bir ticari başarı elde etmiştir<sup>11</sup>. IBM’in bu ticari başarısını takiben özellikle işlemci teknolojisinin de gelişmesiyle bilgisayarların boyutları küçülmüş ve işlem kapasiteleri artmıştır. Bu sayede bilgisayarlar hayatımızın her alanında yaygın şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Günümüzde bilgisayarlar son derece gelişmiş özelliklere sahip hale gelmiş akıllı saat, tablet, akıllı telefon gibi farklı teknolojik araçlar halini almıştır. Belirtilmelidir ki akıllı telefon, akıllı saat, tablet vb. tüm teknolojik gereçler aslında bilgisayar kavramına dahildir.

Bu nedenle geniş anlamda “*bilgisayar*” terimi esas olarak bilgi işleme kapasitesine sahip olan her türlü elektronik makineyi ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle geniş anlamı ile “*bilgisayar*” terimi akıllı telefon, akıllı saat, dizüstü bilgisayar, masaüstü bilgisayar gibi bilgi işleme kapasitesine sahip her türlü elektronik makineyi kapsayan bir terim niteliğine sahiptir<sup>12</sup>. Dar anlamda “*bilgisayar*” terimi ise sadece dizüstü ve masaüstü bilgisayarları ifade etmektedir. Biz de tezimizde bilgisayar terimini sahip olduğu bu geniş anlamı ifade edecek şekilde kullanacağız.

## b) Donanım ve Yazılım Ayrımı

Bilgisayar birçok farklı parçanın bir araya gelmesi ile oluşan elektronik bir cihazdır. Bu cihaz temel olarak kendisine verilen veriyi içerisinde yer alan talimatlar bütünü (yazılım) uyarınca işlemek suretiyle kullanıcıya bir “*çıkı*” (“*output*”) verir.

---

<sup>10</sup> Vakum tüplerine gönderilen sinyallerle çalışan “*ENIAC*” vb. cihazlar ilk jenerasyon bilgisayarlar olarak adlandırılırken, transistörleri kullanarak çalışan “*UNIVAC III*” isimli cihaz ikinci jenerasyon bilgisayarlar olarak adlandırılmaktadır. Günümüzde kullanılan bilgisayarlara yakın bir mikro çip teknolojisi kullanan IBM 360 vb. bilgisayarlar üçüncü nesil bilgisayarlar iken dördüncü nesil bilgisayarlar “*VLSI*” (Very Large-Scale Integration) isimli mikro çip teknolojisi sayesinde çok sayıda işlemi yüksek hızlarda gerçekleştirebilen çiplere sahiptir. Beşinci jenerasyon bilgisayarlar ise halen geliştirme aşamasında olup, bu jenerasyon bilgisayarların VLSI işlemcilerden çok daha üstün olan kuantum işlemcileri kullanması beklenmektedir. Bkz. Rajiv Khanna, **Basics of Computer Science**, New Age International Publishers, New Delhi 2008, s.7 vd.

<sup>11</sup> Brookshear, s.25.

<sup>12</sup> Mustafa Topaloğlu, **Bilişim Hukuku**, Karahan Yayınları, Adana 2005, s.1; Khanna, s.11 vd.; Brookshear, s.26.

Bilgisayarın kendisine verilen veriyi ne şekilde işleyeceğini, o bilgisayarın içerisinde yüklü bulunan yazılım belirlemektedir. Örneğin bir kullanıcı tarafından hesap makinesine (4 x 3) şeklinde bir matematiksel işlem (veri) girildiğinde, bu işlemin sonucu olan (12) (çıktı) rakamının verilmesi yazılım tarafından sağlanmaktadır. Kullanıcı tarafından girilen verinin ne şekilde işlenerek anlamlı bir çıktı haline dönüşeceği tamamen yazılım tarafından kontrol edilmektedir. Bir bakıma yazılım, bilgisayarın veriyi nasıl işleyeceğini gösteren bir talimatlar bütünüdür.

Sistemsel açıdan bilgisayarlar, “donanım” (“hardware”) ve “yazılım” (“software”) olmak üzere iki ayrı unsurdan oluşmaktadır<sup>13</sup>. Donanım bir bilgisayar sisteminin işlemcisi, ekranı, klavyesi, hoparlörü gibi fiziki varlığı bulunan tüm parçalarını ifade etmektedir. Yazılım ise fiziki bir varlığa sahip olmayan ve bilgisayara hangi işlemi ne şekilde yapacağını gösteren bir talimatlar bütünüdür<sup>14</sup>.

Bir bilgisayarın çalışabilmesi için hem donanıma hem de yazılıma ihtiyacı vardır. Sadece donanımdan meydana gelen bir bilgisayar hiçbir veriyi işleme kapasitesine sahip değildir<sup>15</sup>. Bu nedenle donanımlar içerisinde bir yazılım bulunmadığı sürece sadece fiziki varlığa sahip birer elektronik bir parça niteliğindedir.

Kişisel bilgisayarların yaygınlaşmaya başladığı ilk dönemlerde yazılımlar donanımla birlikte piyasaya sürülmekteydi<sup>16</sup>. Daha sonraları ise yazılımlar ile donanımlar ayrı olarak piyasaya sürülmeye başlanmıştır. Günümüzde ise yazılımlar ile donanımlar çoğunlukla ayrı şekilde piyasaya sunulmakla birlikte özellikle dizüstü bilgisayarlar içerisinde yazılımların yüklü şekilde “OEÜ/Orijinal Ekipman Üreticisi”

---

<sup>13</sup> Fülürya Yusufoglu, **Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s.3; J. Stanley Warford, **Computer Systems**, Fifth Edition, Jones & Bartlett Learning, USA 2017, s.42; Tuğba Akdemir Kamalı, **Fikri Hukuk Kapsamında Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Sonuçları**, Seçkin, Ankara 2019, s.87 vd.; Elif Ezgi Sivacioğlu, **Software License Agreements**, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.21; Mustafa Topaloğlu, **Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997, s.19.

<sup>14</sup> Gary B. Shelly/Misty E. Vermaat, **Discovering: Computers Fundamentals**, Fifth Edition, Course Technology Cengage Learning, Boston 2008, s.10; Topaloğlu, **Bilişim**, s.23; Sivacioğlu, s.22.

<sup>15</sup> Şener Dalyan, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.2; Sevilay Eroğlu, **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta, İzmir 2000, s.2.

<sup>16</sup> Steven A. Heath, “Contracts, Copyright, And Confusion Revisiting The Enforceability Of Shrink-Wrap Licenses”, **Chicago Kent University Journal Of Intellectual Property**, Vol. 5, Issue 12, Chicago 2005, s.12-27., s.13. Donanımla birlikte piyasaya sürülen bu tür yazılımlar “paketlenmiş yazılım” (“bundled software”) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. David Bainbridge, **Software Licensing**, Second Edition, CLT Professional Publishing, Great Britain 1999, s.93. Yazılımlar ile donanımların birbirlerinden ayrılmasına ilişkin tarihsel süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-C-2-(c).

(“OEM/Original Equipment Manufacturer”) lisansıyla kullanıcılara sunulduğu da görülmektedir<sup>17</sup>.

### c) Donanımın Unsurları

#### aa) İşlemci Birimi

Bilgisayarın donanımı temel olarak işlemci ve hafıza olmak üzere iki ana birime ayrılmaktadır<sup>18</sup>. İşlemci birimi (“CPU/Central Processing Unit”) bilgisayarın beyni vazifesini görmekte olup, bilgisayar tarafından işlemlerin yapılmasını sağlayan ana birimdir. Temel olarak bir işlemci bilgisayarın içerisinde bulunan tüm parçaların çalışmasından sorumludur<sup>19</sup>. Bu nedenle bilgisayarın kontrol birimi olarak da adlandırılmaktadır<sup>20</sup>. İşlemci bilgisayarın verileri işleyebilme kapasitesini doğrudan belirlemektedir. Bir bilgisayarın işlemcisi ne kadar güçlü ise bilgisayar o ölçüde veri işleme kapasitesine sahip olacaktır.

#### bb) Hafıza Birimi

Bilgisayarın hafıza birimi temel olarak geçici hafıza ve kalıcı hafıza olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>21</sup>. Geçici hafıza ve kalıcı hafıza bilgileri farklı şekilde depolamakta ve birbirlerinden farklı işlevleri yerine getirmektedir.

Bilgisayarın geçici hafıza birimi “rastgele erişimli bellek”ten (“RAM/Random Access Memory”) oluşmaktadır. Bu bellek türü bilgileri geçici olarak saklamaktadır. Kalıcı hafıza birimi ise salt okunur bellek (“ROM/Read Only Memory”) ve sabit disk (“hard disk”) olmak üzere iki ayrı birimden oluşmaktadır.

---

<sup>17</sup> OEM lisanslara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. Bölüm-A-4.

<sup>18</sup> Khanna, s.24; Warford, s.31; Dalyan, s.19; Akdemir Kamalı, s.87.

<sup>19</sup> Warford, s.44; Brokshear, s.96.

<sup>20</sup> Khanna, s.24.

<sup>21</sup> Khanna, s.23.

### i. Geçici Hafıza/RAM (Rastgele Erişimli Bellek)

Rastgele erişimli bellekler bilgileri geçici olarak kaydetmeye yarayan bellek türüdür<sup>22</sup>. Bu tür belleğin bir bilgisayarda bulunmasının temel işlevi bilgisayar içerisinde çalışan bir yazılımın geçici olarak bu belleğe depolanmasıdır. Yazılım çalıştığı esnada geçici olarak bu bellek üzerine yazılmak suretiyle kullanılır. Bu nedenle yazılımların çalışması açısından temel bir görevi ifa etmektedir. Bir yazılımın bilgisayarda çalıştırılması ve görüntülenmesi esnasında yazılım rastgele erişimli belleğe geçici olarak kopyalanır. Başka bir deyişle bilgisayarın yazılımı çalıştırabilmesi için yazılımın rastgele erişimli belleğe kopyalanması zorunludur<sup>23</sup>.

Rastgele erişimli bellek salt okunur bellekten farklı olarak kendisine yüklenen bilgileri kalıcı olarak saklamaz, rastgele erişimli bellek sadece bilgisayar açık olduğu sürece bilgileri kaydeder<sup>24</sup>. Yazılımın çalışması ve bilgisayarın yazılımı görüntüleyebilmesi için rastgele erişimli belleğe kaydedilmesi yazılımın geçici olarak çoğaltılması anlamına gelmektedir<sup>25</sup>. Yazılımların çoğaltılması geçici ve kalıcı çoğaltma olarak iki gruba ayrılmakla birlikte rastgele erişimli bellek üzerinde yapılan çoğaltma geçici çoğaltma olarak adlandırılmaktadır<sup>26</sup>. FSEK m.22/3 yazılımların geçici olarak çoğaltılmasının da çoğaltma hakkı kapsamına girdiğini açıkça hüküm altına almaktadır<sup>27</sup>.

### ii. Kalıcı Hafıza/ROM ve Hard Disk (Salt Okunur Bellek ve Sabit Disk)

Salt okunur bellekler (ROM) bilgisayarın temel bazı işlemleri yapabilmesi elektronik olarak programlanmış çiplerdir. Bu çipler içerisinde yer alan talimatlar

---

<sup>22</sup> Khanna, s.33; Topaloğlu, **Bilişim**, s.3.

<sup>23</sup> Dalyan, s.134; Khanna, s.34.

<sup>24</sup> Warford, s.46.

<sup>25</sup> Arslan Kaya, “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, Seçkin, İstanbul 2000, s.431-455., s.440; Serhat Kaypakoğlu, **Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997, s.8.

<sup>26</sup> Geçici ve kalıcı çoğaltma kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için I. Bölüm-D-3-b.

<sup>27</sup> FSEK m.22/3: “Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.”

bütünü silinemez. Çünkü bu çipler içerisinde yer alan talimatlar bütünü üretim aşamasında çipe işlenir ve değiştirilemez<sup>28</sup>.

Bilgisayarın temel işlevlerini yerine getirmesi için gerekli olan talimatlar bütünü salt okunur bellek içerisinde yer almaktadır. Bu tür bellek içerisinde yer alan talimatlar bütünü yazılımlardan farklı olarak sadece makina tarafından algınamılır ve “mikrokod” (“microcode”) olarak adlandırılırlar<sup>29</sup>. Mikrokodlar sayesinde bilgisayar, açıldığında bilgisayarın parçalarına elektronik sinyaller ile emir ve talimat verir. Salt okunur bellek içerisinde yer alan mikrokodlar tıpkı bir desen (“pattern”) gibi işlenir ve elektrik sinyali o çipe verildiğinde elektrik sinyali çip üzerindeki deseni takip ederek emir ve talimatı yerine getirmiş olur<sup>30</sup>.

Salt okunur bellek içerisinde yer alan mikrokodlar teknik açıdan yazılımların bir türü olarak nitelendirilmektedir<sup>31</sup>. Salt okunur bellek içerisinde yer alan mikrokodların 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan şartları taşıması durumunda eser korumasından yararlanması mümkündür<sup>32</sup>. Aynı zamanda bu tür çipler ve içerisindeki mikrokodlar gerekli şartları taşımaları halinde 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun uyarınca da korunabilirler<sup>33</sup>.

Bir bilgisayarın sabit disk (“hard disk”) ise o bilgisayarın ana belleğini oluşturmaktadır<sup>34</sup>. Rastgele erişimli bellekten farklı şekilde bilgisayara yüklenen yazılımlar, uygulamalar, fotoğraf, müzik, video vb. her türlü veri bilgisayarın sabit diskinde saklanmaktadır. Bilgisayarın sabit diskinde yer alan veriler bilgisayarın açılıp kapatılması ile silinmezler. Bu tür hafızada yer alan veriler kalıcı olarak saklanmakla birlikte kullanıcı tarafından istenildiği zaman silinmeleri mümkündür. Yazılımın bilgisayara yüklenerek kullanılabilmesi için o yazılımın sabit diske kaydedilmesi

<sup>28</sup> Khanna, s.33; Topaloğlu, **Bilişim**, s.3; Kaypakoğlu, s.8.

<sup>29</sup> Khanna, s.33; Topaloğlu, **Bilişim**, s.3.

<sup>30</sup> Brokshear, s.146.

<sup>31</sup> Kaypakoğlu, s.8; Dalyan, s.38; David Bainbridge, **Introduction To Computer Law**, Fifth Edition, Pearson, Great Britain 2004, s.54.

<sup>32</sup> Dalyan, s.38; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.7.

<sup>33</sup> Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul 2012, s.779; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre)**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s.31. Salt okunur bellek içerisinde yer alan mikrokodların eser korumasına sahip olup olmadığı İngiliz Hukuku’nda da tartışılmış olup, eser korumasından yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda İngiliz Hukuku’ndaki tartışmalar için bkz. Bainbridge, **Computer**, s.51 vd.

<sup>34</sup> Khanna, s.30; Brokshear, s.48.

zorunludur<sup>35</sup>. Sabit diske yapılan kayıtlar rastgele erişimli bellek ve salt okunur bellekten farklı olarak kalıcı olarak saklanmaktadır. Bu nedenle bir yazılımın sabit diske yüklenmesi halinde yazılım üzerindeki çoğaltma hakkının kalıcı olarak kullanılması söz konusu olacaktır<sup>36</sup>.

## 2) Yazılım Kavramı ve Unsurları

### a) Kavram ve Terim Sorunu

Yazılım/bilgisayar programı, bilgisayarın belirli bir fonksiyonu yerine getirmesini veya belirli bir sonuca ulaşmasını sağlamaktadır<sup>37</sup>. Yazılımlar, bilgisayarın kullanıcı tarafından girilen verileri ne şekilde işleyeceğini belirleyen ve kullanıcının girdiği verileri işlemeye yarayan kodlar bütünüdür<sup>38</sup>.

Hem günlük dilde hem de doktrinde “yazılım” (“software”) ve “bilgisayar programı” (“computer program”) terimleri birbirlerinin yerine sıklıkla kullanılmaktadır<sup>39</sup>. Bu iki terime ek olarak zaman zaman “program” (“program”) ve “bilgisayar yazılımı” (“computer software”) terimlerinin de aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir<sup>40</sup>. Günlük dilde ve doktrinde “yazılım” ve “bilgisayar programı” terimleri birbirlerinin yerine kullanılmakla birlikte bu iki terim

---

<sup>35</sup> Kaya, s.438; Kaypakoğlu, s.105; Dalyan, s.128 vd. Günümüzde gelişen teknoloji sayesinde yazılımın sabit diske kaydedilerek kullanılabilmesine bir istisna gelmiştir. Bulut teknolojisi olarak adlandırılan sistemde yazılım sanal bir sunucuda yer almakta ve kullanıcı yazılımı bilgisayarının sabit diskine kaydetmeden yani çoğaltma işlemi olmaksızın kullanabilme imkanına sahiptir. Bulut teknolojisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://azure.microsoft.com/en-us/overview/what-is-cloud-computing/> (Erişim Tarihi: 02.10.2021) Ayrıca bulut bilişim sözleşmeleri için bkz. Aybike Tunç, **Bulut Bilişim Sözleşmeleri**, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.34 vd.

<sup>36</sup> Dalyan, s.137; Kaya, s.439.

<sup>37</sup> Gökhan Şahan, **Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.7; Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.3; Eroğlu, s.2; Kaypakoğlu, s.4; Ayşe Saadet Arıkan, “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, 1.Bölüm, **TBB Dergisi**, 1996/3, s.309-381., s.314; Hayri Bozgeyik/Ahmet Bozgeyik, “Yazılımlar İçin Telif Hakkı Korumasında Güncel Sorunlar”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013**, Yetkin Yayınları, İstanbul 2015, S.81-96, s.86.

<sup>38</sup> Kaypakoğlu, s.4; Akdemir Kamalı, s. 85; Bozgeyik/Bozgeyik, s.84.

<sup>39</sup> Mustafa Aksu, **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta, İstanbul 2006, s.43; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s. 19; Eroğlu, s.1; Dalyan, s.25; Bainbridge, **Computer**, s.24; Onur Şahin, **Telif Hakları Bakımından Bilgisayar Programları: Araştırma Serbestisi ile Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar**, Oniki Levha, İstanbul 2021, s.17.

<sup>40</sup> Arkan, **1.Bölüm**, s.320; Eroğlu, s.2; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.24; Kaypakoğlu, s.3.



tam olarak aynı anlama gelmemektedir<sup>41</sup>. Bu terim karışıklığı esasen “yazılım” (“software”) teriminin, dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamının bulunmasından kaynaklanmaktadır. Geniş anlamıyla yazılım terimi bilgisayar programına ek olarak, veri tabanları, dosyalar, akış şeması ve geliştirme dokümantasyonlarından oluşan bir bütünü ifade etmektedir<sup>42</sup>.

Geniş anlamıyla yazılım terimi bilgisayar programını da içine alan bir üst kavram niteliğindedir. Dar anlamı ile “yazılım” terimi ise bilgisayar programı teriminin karşılığını oluşturmakta, bilgisayarın belirli bir fonksiyonu yerine getirmesini sağlayan komutlar bütünü anlamına gelmektedir<sup>43</sup>.

Yazılım teriminin dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı anlama gelecek şekilde kullanılması sebebiyle hem Türkçe hem de yabancı dildeki kanun metinlerinde tam bir terim karmaşası bulunmaktadır. Hatta bazı kanun metinlerinde aynı anlama gelecek şekilde her iki terim de kullanılmaktadır. Biz de bu nedenle yabancı dilde ve Türkçe kanun metinlerinde yer alan terim tercihlerini kısaca inceleyeceğiz.

#### aa) Yabancı Dildeki Terim Tercihleri

İngilizce hukuk metinlerinde çoğunlukla bilgisayar programı (“computer program”) terimi tercih edilmekte iken yazılım (“software”) teriminin dar anlamıyla bilgisayar programı terimi yerine kullanıldığı görülmektedir<sup>44</sup>. Aynı zamanda “bilgisayar yazılımı” (“computer software”) teriminin de bazı metinlerde kullanıldığı görülmektedir.

<sup>41</sup> Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.3; Dallyan, s.25; Akdemir Kamalı, s.84; Mustafa Fadıl Yıldırım, **Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)**, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1999, s.8.

<sup>42</sup> Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.4; Dallyan, s.9; Akdemir Kamalı, s.84; Şahan, s.7.

<sup>43</sup> Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.3 vd.; Dallyan, s.25; Yıldırım, **Standart**, s.7; Akdemir Kamalı, s.86; Bainbridge, **Software**, s.6.

<sup>44</sup> David Bainbridge, **Introduction To Information Technology Law**, Sixth Edition, Pearson Education Limited, Edinburgh 2008, s. 34. Bainbridge İngiliz Hukuku’nda 1988 tarihli Birleşik Krallık Telif Hakları Kanunu’nda “computer program” teriminin kullanıldığını ancak bu terimin bir tanımının yapılmadığını, 1980 yılında A.B.D Telif Hakları Kanunu’na yapılan ekte ise aynı şekilde “computer program” teriminin dar anlamda “yazılım” terimini karşılayacak şekilde kullanıldığını belirtmektedir.

Tarihsel olarak yazılımlara ilişkin en eski uluslararası metinlerden biri WIPO<sup>45</sup> tarafından 1978 yılında üye ülkelerin mevzuatlarının düzenlenmesi konusunda örnek teşkil etmesi amacıyla yayınlanan “*Bilgisayar Yazılımının Korunmasına İlişkin Model Hükümler*” (“*Model Provisions on the Protection Computer Software*”) isimli metindir. Bu metinde “*bilgisayar yazılımı*” terimi tercih edilmiştir<sup>46</sup>. Bilgisayar Yazılımının Korunmasına İlişkin Model Hükümler’in “*Tanımlar*” başlıklı, 1. Bölüm’ünün (i) paragrafında ve metnin başlığında, “*bilgisayar yazılımı*” (“*computer software*”) terimi kullanılmış ve bilgisayar yazılımları, makine tarafından okunabildiği bir ortama yüklendiğinde bilgiyi işlemek suretiyle belirli fonksiyon, görev ve sonucu yerine getiren talimatlar dizisi şeklinde tanımlanmıştır<sup>47</sup>. WIPO tarafından 1996 tarihinde yayınlanan “*WIPO Telif Hakları Sözleşmesi*” (“*WIPO Copyright Treaty*”) isimli metinde ise “*bilgisayar programı*” (“*computer program*”) terimi tercih edilmiştir. İlgili metnin 4. maddesinde bilgisayar programlarının edebi eser olarak korunacağı belirtilmiş ancak herhangi bir tanım yapılmamıştır<sup>48</sup>.

FSEK’in mehzazı niteliğindeki AB tarafından 1991 yılında kabul edilmiş olan 91/250 sayılı “*Bilgisayar Programlarının Korunması Hakkında Konsey Direktifi*”nde (“*Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs*”) ise WIPO Telif Hakları Sözleşmesi’ne paralel şekilde ağırlıklı olarak “*bilgisayar programı*” (“*computer program*”) terimine yer verilmiştir<sup>49</sup>. Buna ek olarak bazı maddelerde

<sup>45</sup> WIPO Birleşmiş Milletler bünyesinde fikri ve sınai hakların uluslararası çapta korunması amacıyla faaliyet gösteren bir organizasyondur. Bu organizasyon 1967 tarihli WIPO Konvansiyonu ile kurulmuştur. Türkiye WIPO’ya 14.07.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır. Bkz. <https://www.wipo.int/about-wipo/en/> (Erişim Tarihi: 14.10.2021); <https://www.telifhaklari.gov.tr/Dunya-Fikri-Mulkiyet-Orgutu-WIPOOMPI> (Erişim Tarihi: 14.10.2021)

<sup>46</sup> WIPO tarafından yayınlanan “*Bilgisayar Yazılımının Korunmasına İlişkin Model Hükümler*”in Tanımlar Başlıklı 1. Maddesinin (i) bendi şu şekildedir: “*Computer program means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result.*”

<sup>47</sup> Word Intellectual Property Organization, “*Monthly Review*”, 14<sup>th</sup> Year, January 1978, s.12, <https://www.wipo.int/edocs/> (Erişim Tarihi: 14.10.2021); Eroğlu, s.2; Dallyan, s.25.

<sup>48</sup> [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_226.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_226.pdf) (Erişim Tarihi: 14.10.2021); WIPO Telif Hakları Sözleşmesi m.4: “*Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.*” Bkz. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_226.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_226.pdf) (Erişim Tarihi: 14.10.2021); Şahin, s.18.

<sup>49</sup> 91/250 sayılı Direktif’e ek olarak 2009 yılında çıkartılan 2009/24 sayılı Bilgisayar Programlarının Korunması Hakkında Konsey Direktifi’nde de ağırlıklı olarak “*bilgisayar programı*” terimi kullanılmış ancak bazı maddelerde “*yazılım*” (“*software*”) terimi de kullanılmıştır. 91/250 sayılı Direktif için bkz. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0250\\_&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0250_&from=EN) (Erişim Tarihi: 16.10.2021); 2009/24 sayılı Direktif’in tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN> (Erişim Tarihi: 16.10.2021). 91/250

“yazılım” terimi dar anlamıyla kullanılmıştır<sup>50</sup>. Ayrıca bu metinde de bilgisayar programının herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Ancak direktifin giriş kısmının 7 numaralı paragrafında “*bilgisayar programı*” teriminin herhangi bir şekilde donanıma yüklü olan programlar (mikro kod) da dahil olmak üzere, bir sonraki aşamada bilgisayar programı haline gelmesi şartıyla hazırlık tasarımlarını da içerdiği belirtilmiştir<sup>51</sup>. Başka bir deyişle FSEK’in mehası olan bu Direktif’te “*bilgisayar programı*” ve “yazılım” terimlerine yer verilmiş ve bilgisayar programı terimi dar anlamda yazılım terimine karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır<sup>52</sup>.

Uluslararası kanun metinlerinde terim tercihleri bu şekilde olmakla birlikte, bu metinlerde terim birliği bulunmaması yabancı doktrine de etki etmiştir. Yabancı doktrinde de tıpkı kanun metinlerinde olduğu gibi bazı yazarlar “*bilgisayar programı*” terimini tercih etmekte<sup>53</sup> iken bazı yazarlar her iki terimin aynı anlama gelmesi sebebiyle “yazılım” terimini dar anlamıyla yani “*bilgisayar programı*” terimine karşılık gelecek şekilde kullanmayı tercih etmektedirler<sup>54</sup>. Bu açıdan yabancı doktrinde de herhangi bir terim birliğinden söz edilemez<sup>55</sup>.

## bb) Türk Hukuku’ndaki Terim Tercihi

Yukarıda açıkladığımız üzere İngilizce dilindeki hukuk metinlerinde aynı anlama gelecek şekilde farklı terim tercihleri bulunmaktadır. Türk hukukunda

---

sayılı Direktif ve bu direktife ek olarak 2009 yılında çıkartılan 2009/24 sayılı Direktif tezimiz içerisinde “*Direktif*” şeklinde adlandırılacak ve ilgili direktifin sayısı belirtilecektir.

<sup>50</sup> Bkz. 91/250 sayılı Direktif Giriş Bölümü 9 ve 10 numaralı paragraflar.

<sup>51</sup> AET tarafından 1991 yılında kabul edilen 91/250 sayılı “*Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Direktif*” 2009 yılında 2009/24 sayılı Direktif ile güncellenmiştir. 91/250 sayılı Direktif hızlı teknolojik gelişmeler sebebiyle bilgisayar programının tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Bu yönde bkz. Dalyan, s.10 vd.

<sup>52</sup> John Höller, “The Shadows of Software-The Grey Areas In The Definition of Software and Computer Program In Law”, **Intellectual Property Rights and New Technologies**, Proceedings of the Know Right’95 Conference, R. Oldenbourg Wien München 1995, s.229-235., s.232; Andrew Murray, **Information Technology Law**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2013, s.3-4.; Dalyan, s.26; Sivacioğlu, s.25.

<sup>53</sup> Bainbridge, **Computer**, s.24; Bainbridge, **Information**, s.33; Höller, s.230.

<sup>54</sup> Murray, s.3 vd.; Mireillie Hildebrant, **Law For Computer Scientists and Other Folk**, First Edition, Oxford University Press, Oxford 2020, s.221; Philip Leith, **Software and Patents in Europe**, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s.39; Chris Reed, **Computer Law**, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford 2011, s.4.

<sup>55</sup> Biz tezimiz içerisinde çoğunlukla “yazılım” terimini kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız. Terim tercihimize ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-A-2-a-(cc).

kanunlar ve ikincil mevzuat açısından da tıpkı İngilizce dilindeki hukuk metinlerinde olduğu gibi bir terim birliği bulunmamaktadır.

Bir eser olarak yazılım/bilgisayar programının tanımının yapıldığı FSEK'te 91/250 sayılı Direktif'e paralel şekilde "*bilgisayar programı*" terimi tercih edilmiş ancak bazı maddelerde "*bilgisayar programı*" teriminin yerine geçecek şekilde "*yazılım*" terimi kullanılmıştır<sup>56</sup>.

FSEK m.1/B-(g) bendi uyarınca bilgisayar programı/yazılım "*Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını ifade eder.*" şeklinde tanımlanmıştır. FSEK esas olarak tıpkı mehz 91/250 sayılı Direktif'te olduğu gibi genel olarak "*bilgisayar programı*" terimini tercih etmiş ancak bazı maddelerde dar anlamda "*yazılım*" terimini bilgisayar programı terimine karşılık gelecek şekilde kullanmıştır<sup>57</sup>.

Yazılımlara ilişkin olarak hukuki düzenleme getiren başka bir kanunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. TKHK'da FSEK'ten farklı olarak "*yazılım*" terimi tercih edilmiştir. TKHK'da "*mal*" tanımının verildiği 3.maddenin 1.fıkrasının (h) bendinde "*yazılım*" terimi kullanılmıştır<sup>58</sup>. İlgili madde de "*yazılım*" terimi bilgisayar programı kavramını karşılayacak şekilde dar anlamıyla kullanılmaktadır. TKHK'nın ikincil mevzuatı olan 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde de "*yazılım*" terimi ve "*bilgisayar programı*" terimleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır<sup>59</sup>. Yazılımlara ilişkin olarak hüküm sevk edilen bir

---

<sup>56</sup> FSEK m.1/B- (h): "*Arayüz: Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini, ifade eder.*" FSEK m.44/1-2. cümle: "*Bakanlıkça belirlenen yerler, Bakanlıkça onaylanmış bir yazılım ile Bakanlıkça belirlenecek kriterlere uygun bir donanımı bulundurmak, gerekli alt yapıyı oluşturmak ve gerçekleştirdikleri işlemleri her takvim yılı itibarıyla Bakanlığa bildirmek zorundadır. Bu yerler ve malî hak sahipleri ayrıca, Bakanlıkça gerekli görülecek işaret ve seri numaraları ile uluslararası standartlara uygun kodları, taşıyıcı materyaller üzerinde bulundurmakla müştereken yükümlüdürler.*"

<sup>57</sup> Bozgeyik/Bozgeyik, s.86; Akdemir Kamalı, s.87; Arıkan, **1. Bölüm**, s.312.

<sup>58</sup> TKHK m.3/- (h): "*Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları, ifade eder.*"

<sup>59</sup> 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.4/1-(a): "*Dijital içerik: Bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veriyi, ifade eder*". Aynı yönetmeliğin m.4/1-(d) bendi ise "*Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları, ifade eder.*" şeklindedir.

diğer kanun olan 6361 sayılı Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketler Kanunu'nun 19. maddesinde ise “*bilgisayar yazılımı*” terimi kullanılmıştır<sup>60</sup>.

Yazılımlara ilişkin birtakım düzenlemeler getiren üç farklı kanun ve ikincil mevzuat dar anlamda “*yazılım*” kavramını ifade etmek üzere farklı terimler kullanmayı tercih etmiştir. Bu nedenle Türk hukuk metinleri ve doktrini açısından da tıpkı yabancı hukuk metinleri ve doktrininde olduğu gibi terim birliği bulunmamaktadır. Türk hukuk doktrininde bazı yazarlar FSEK’te ağırlıklı şekilde kullanılan “*bilgisayar programı*” terimini kullanmayı tercih etmektedir<sup>61</sup>. Bazı yazarlar ise dar anlamda “*yazılım*” ile “*bilgisayar programı*” terimlerinin aynı anlama gelmesinden hareketle, her iki terimi de birbirlerinin yerine ve “*bilgisayarın veri işleme ve istenilen fonksiyonu yerine getirmesini sağlayan komutlar bütünü*” şeklindeki tanımı ifade edecek biçimde kullanmaktadır<sup>62</sup>.

#### cc) Terim Tercihimiz

Yukarıda açıkladığımız üzere hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuklarda “*bilgisayar programı*” ve “*yazılım*” terimlerinin kullanımı açısından terim birliği bulunmamaktadır. Türk hukukunda yazılım kavramına ilişkin olarak hüküm getiren kanunlardan en yeni tarihli olanı 2013 yılında kabul edilen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’dur. TKHK’da “*bilgisayar programı*” terimi yerine “*yazılım*” terimi tercih edilmiştir. Ayrıca günlük dilde “*yazılım*” terimi “*bilgisayar programı*” terimine nazaran daha sık şekilde kullanılmaktadır.

Biz de yazılımlara ilişkin hüküm sevk eden kanunlar arasında diğerlerine nazaran daha yeni tarihli olan TKHK’nın “*yazılım*” terimini kullanmış olması ve bu terimin günlük dilde “*bilgisayar programı*” terimine göre çok daha yaygın

<sup>60</sup> 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.19/1: “*Sözleşmeye taşınır ve taşınmaz mallar konu olabilir. Bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere patent gibi fikrî ve sınai haklar bu sözleşmeye konu olamaz.*”

<sup>61</sup> Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.3 vd.; Yıldırım, **Standart**, s.7 vd.; Dalyan, s.28; Eroğlu, s.1.vd.; Kaya, s.432 vd. Doktrinde Aksu ise hem “*bilgisayar programı*” hem de “*yazılım*” terimlerini kullanmaktadır. Bkz. Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.45.

<sup>62</sup> Tekinalp, s.119 vd.; Şahan, s.7 vd.; Kaypakoğlu, s.4; Topaloğlu, s.19 vd.; Akdemir Kamalı, s.87 vd.; Arıkan, **1. Bölüm**, s.312; Nuri Erişgin, “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, **AÜHFD**, C.48, S.1-4, Ankara 2003, s.41-68., s.42 vd.

kullanılması sebebiyle tezimizde “yazılım” terimini kullanmayı tercih ettik. Ayrıca belirtilmelidir ki paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşmenin konusu, lisans alan tarafından bilgisayara yüklenmek suretiyle kullanılacak olan kodlar bütünü yani dar anlamda yazılımdır.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin esas konusunun dar anlamıyla yazılım olması sebebiyle biz de tezimiz içerisinde “yazılım” terimini dar anlamıyla yani bilgisayarın veri işleme ve istenilen fonksiyonu yerine getirmesini sağlayan komutlar (kodlar) bütününe ifade etmek üzere kullanacağız. Ancak tezimiz içerisinde zaman zaman özellikle FSEK hükümlerine atıf yapılan bölümlerde kanun metnine sadık kalınması amacıyla “bilgisayar programı” terimini de kullanacak olmakla birlikte, bu iki terimi birbirinin yerine geçecek şekilde yani dar anlamda “yazılım” terimini karşılayacak şekilde kullanacağız.

## b) Yazılım Türleri

Yazılımlar, kendi içerisinde sistem yazılımları (“system software”) ve uygulama yazılımları (“application software”) olmak üzere iki ana kategoriye ayrılmaktadır<sup>63</sup>.

### aa) Sistem Yazılımları

Sistem yazılımları, bilgisayarın ana faaliyetlerini yürütmesini sağlayan ve uygulama yazılımlarının çalışması için ihtiyaç duyulan yapıyı sağlayan yazılımlardır<sup>64</sup>. Sistem yazılımları, bilgisayarın ana ve yan belleklerinin çalışması, bilgisayarın diğer birimleri arasındaki iletişimin sağlanması ve bilgisayar sistemine yüklenen uygulama yazılımlarının çalıştırılmasını sağlayan temel yazılımlardır<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Khanna, s.15; Brokshear, s.140; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.4.

<sup>64</sup> Khanna, s.15; Brokshear, s.140; Shelly/Vermaat, s.11. Doktrinde yazılımları farklı şekilde kategorilere ayıran yazarlar da bulunmaktadır. *Kaypakoğlu* mikrokodları sistem ve uygulama yazılımlarına ek olarak ayrı bir kategoride incelemektedir. Bkz. *Kaypakoğlu*, s.7. *Dalyan* ise uygulama ve sistem yazılımlarına ek olarak “çeviri yazılımları” ve “mikrokodları” ayrı birer yazılım türü olarak değerlendirmektedir. Bkz. *Dalyan*, s.36 vd. Çeviri yazılımları (“compiling softwares”) ise kısaca bir yazılımı başka bir dildeki yazılıma çeviren veya derleyen yazılımlardır. Bkz. *Topaloğlu, Bilgisayar*, s.29; *Bainbridge, Information*, s.42. Mikrokodların birer yazılım olarak nitelendirilebileceği ve şartları taşıması halinde FSEK korumasından yararlanabileceği yönünde bkz. *Yusufoglu, Bilgisayar*, s.7.

<sup>65</sup> Khanna, s.15; Brokshear, s.141; Shelly/Vermaat, s. 11; *Kaypakoğlu*, s.6; *Dalyan*, s. 21; *Şahin*, s.38.

Bilgisayar sisteminin çalışabilmesi için içerisinde sistem yazılımı bulunması zorunludur. Sistem yazılımı olmaksızın bilgisayar hiçbir uygulama yazılımını çalıştıramaz, bu açıdan sistem yazılımı bilgisayarın işlevini yerine getirmesini sağlayan ana yazılımdır. Sistem yazılımlarının en önemlisi işletim sistemidir. İşletim sistemi bilgisayarın ihtiyaç duyduğu temel yazılımdır. İşletim sistemi olmaksızın bilgisayarın fonksiyonunu yerine getirmesi mümkün değildir. İşletim sistemleri bilgisayarın donanımlarının işlevlerini yerine getirmesini sağlar ve bu şekilde bilgisayarın elektronik parçalarının okuma, yazma, verilen bilgiyi işlemek gibi görevleri ifa etmesini sağlar<sup>66</sup>. Günümüzde yaygın olarak kullanılan işletim sistemlerine “Windows”, “Linux”, “ChromeOs” ve “MacOs”, “Android” örnek olarak gösterilebilir.

Uygulamada genellikle kullanıcıların satın aldıkları dizüstü bilgisayarlarda sistem yazılımları yüklü bulunmakta ve bu sistem yazılımları OEM lisansı ile kullanıcılara sunulmaktadır. İçerisinde bu tür OEM lisansına sahip sistem yazılımı taşıyan bilgisayarlarda, kullanıcının bilgisayarı satın aldıktan sonra internet üzerinden veri transferi yoluyla sistem yazılımı yüklemesi gerekmemektedir<sup>67</sup>.

## bb) Uygulama Yazılımları

Uygulama yazılımları kullanıcının bilgisayarı kullanmak suretiyle belirli bir iş veya işlemi yerine getirmesini sağlayan yazılımlardır<sup>68</sup>. Uygulama yazılımları belirli bir işi yapmak üzere geliştirilirler. Bu yazılımlar sistem yazılımları gibi sistemin çalışmasından sorumlu olmayıp sadece belirli iş ve işlemleri yerine getirmektedirler<sup>69</sup>.

Akıllı telefonun çalışmasını sağlayan “Android” isimli yazılım bir sistem yazılımı iken bu akıllı telefonda kullanıcının oyun oynamasını sağlayan yazılım bir uygulama yazılımıdır. Piyasada çok sayıda sistem yazılımı olmakla birlikte, uygulama

<sup>66</sup> Khanna, s.39; Brokshear, s.141; Shelly/Vermaat, s. 11; Kaypakoğlu, s.6; Dalyan, s. 21.

<sup>67</sup> Robert W. Gomulkiewicz, “Is The License Still The Product”, **Arizona Law Reviv**, Vol.64:25, 2018, s.427-464., s. 434 vd. OEM lisanslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-A-4.

<sup>68</sup> Brokshear, s.140; Shelly/Vermaat, s. 11; Khanna, s.15; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.7; Dalyan, s.37; Kaypakoğlu, s.8.

<sup>69</sup> Dalyan, s.37; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.30. *Kaypakoğlu*’na göre ise yazılımların imal edilmesine yarayan yazılım dilleri de temel olarak uygulama yazılımı niteliğindedir. Bkz. Kaypakoğlu, s.8.

yazılımlarının sayısı çok daha fazladır. Günümüzde piyasada milyonlarca farklı uygulama yazılımı bulunmaktadır.

Özellikle akıllı telefon teknolojisinin gelişmesini takiben ortaya çıkan akıllı telefon uygulamalarının tamamı birer uygulama yazılımıdır. Akıllı telefonlarda sıklıkla kullanılan mobil bankacılık amaçlı uygulamalar veya dizüstü bilgisayarlarında yazılı metinleri oluşturmamıza yarayan “Office 365” uygulama yazılımlarına örnek olarak gösterilebilir.

Uygulama yazılımlarının sayısı sistem yazılımlarına göre çok daha fazla olmakla birlikte, lisans sözleşmesine konu olması açısından bir yazılımın sistem yazılımı veya uygulama yazılımı olması herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Hem sistem yazılımları hem de uygulama yazılımları paket yazılım lisans sözleşmesine konu olabilirler.

### c) Yazılımın Unsurları

#### aa) Akış Şeması

Bilgisayarın belirli bir işlemi yapabilmesi için gerekli komutların bir düzen içerisinde sıralanmasına “yazılım geliştirme faaliyeti” denilmektedir<sup>70</sup>. Yazılım geliştirme faaliyeti, çoğunlukla birçok kişinin katılımıyla yürütülmektedir. Esas olarak yazılım geliştirilmesi tıpkı bir kitap veya makale yazımı gibi bir edebi faaliyet olup, çok adımlı ve karmaşık bir süreçtir<sup>71</sup>. Yazılımlar birden fazla unsurun bir araya gelmesi ile meydana gelirler. Yazılım geliştirme faaliyeti yazılımın kullanıcılara sunulması ile de sona ermez. Çünkü son derece karmaşık bir yapıya sahip olan yazılımların işleyişinde birtakım sorunların ortaya çıkması her zaman muhtemeldir<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.5; Şahan, s.27; Brookshear, s. 332; Shelly/Vermaat, s. 12; Ian Sommerville, **Software Engineering**, Ninth Edition, Pearson, Boston 2011, s.24.

<sup>71</sup> Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.5; Sıvacıoğlu, s.28; Bainbridge, **Software**, s.6; Sommerville, s. 26. Yazılımlar tıpkı bir makale veya kitap gibi ilim ve edebiyat eserleri arasında yer almaktadır. Genel olarak ilim ve edebiyat eserlerinin yapısı, organizasyonu, olay örgüsü korunmaktadır. Benzer şekilde yazılımların da mimarisi, yapısı ve organizasyonu FSEK açısından korunmaktadır. Bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.52 vd.

<sup>72</sup> “Yazılım Yaşam Döngüsü” adı verilen kavram uyarınca bir yazılım sırasıyla geliştirme, kullanım, geliştirme döngüsünü takip eder. Yapılan güncelleştirmeler sonucunda yazılım hatalarından arınmak suretiyle daha kullanılabilir bir hale gelmektedir. Bkz. Brookshear, s. 332.



Bir yazılım kullanıcılara sunulmuş bile olsa söz konusu yazılım üzerindeki güncelleme faaliyeti sürekli olarak devam etmektedir. Özellikle kullanıcılar tarafından talep edilen yeni özellikler yazılıma eklenmekte veya bildirilen sorunlar güncelleştirmeler yoluyla giderilmektedir. İşte bu karmaşık ve zorlu sürecin daha kolay ilerleyebilmesi amacıyla, bilgisayar mühendisliği disiplininde yazılımın imal geliştirme faaliyeti kendi içerisinde bölümlere ayrılmıştır. Yazılımların yapım süreci analiz, tasarım, uygulama ve test olmak üzere dört ana bölüme ayrılmaktadır<sup>73</sup>.

Analiz bölümünde öncelikle kullanıcıların ihtiyaçları belirlenir ve bu ihtiyaçlar kapsamında imal edilecek yazılımın hangi iş ve işlemleri yerine getireceği tespit edilir. Analiz bölümünden sonra yazılımın tasarımına geçilmektedir. Tasarım sürecinde ise bir “akış şeması” (“*flow chart*”) oluşturulmak suretiyle, programın belirli görevleri nasıl ve hangi sıralama ile yerine getireceği tespit edilir. Akış şeması programın görevini nasıl yerine getireceğini gösteren her bir işlemin mantıksal şekilde birbirine bağlandığı bir taslak görevi görmektedir. Akış şemasının oluşturulması, tıpkı bir inşaata başlamadan önce inşaatın projesinin çizilmesine benzemektedir<sup>74</sup>. Akış şemasında her bir işlem farklı şekillerle gösterilir ve her bir şeklin kendine ait bir anlamı bulunmaktadır<sup>75</sup>. Örneğin bir akıllı telefon uygulamasında kullanıcının hangi aşamada şifresini girerek hesabında yer alan bilgilere erişebileceği veya hangi aşamada uygulama üzerinden para transferi yapabileceği akış şeması üzerinde şekillerle ifade edilir.

Akış şeması programcılara imal sürecinin tamamının nasıl gerçekleşeceğini gösteren bir yol haritasıdır. Akış şeması tamamlandıktan sonra ise geliştirme aşamasına geçilmektedir. Oluşturulan akış şeması yazılım geliştirme aşamasının ilk safhası olmakla birlikte, yazılım geliştirme faaliyeti bu akış şeması uyarınca devam etmektedir.

---

<sup>73</sup> Bilgisayar mühendisliğinde bu yöntem “*Şelale Modeli*” (“*Waterfall Model*”) olarak adlandırılmaktadır. Bu metodun bu şekilde adlandırılmasının sebebi yazılımın imal süreci tek bir doğrultuda yukarıdan aşağıya doğru gerçekleşmesidir. Bkz. Brookshear, s.332 vd.; Sommerville, s.43; Hassan Gomaa, **Software Modeling and Design**, Cambridge University Press, Cambridge 2011, s.39.

<sup>74</sup> Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.5; Dalyan, s.80; Şahin, s.29; Bainbridge, **Software**, s.42.

<sup>75</sup> Akış şemalarında kullanılan şekiller farklı anlamlara gelmektedir. Örneğin dikdörtgen süreç anlamına gelmekte iken elips başlangıç veya son anlamına gelmektedir. Bkz. Gomaa, s.14.

## bb) Algoritma

Yazılım geliştirme faaliyetinde, akış şemasının oluşturulmasından sonra, yazılımın algoritması belirlenmektedir. Temel olarak “*algoritma*” (“*algorithm*”) bir problemin çözümü için bir dizi basit işlemin bir araya gelmesinden meydana gelen bir model oluşturulması olarak tanımlanabilir<sup>76</sup>.

Yazılımın amacı kullanıcı tarafından verilen bilgiyi belli bir düzen içinde işlemek suretiyle kullanıcıya bir sonuç vermektir. İşlenecek olan verinin hangi adımlarla ne şekilde işleneceğini algoritma belirler. Bu açıdan algoritmalar bir yemeğin nasıl yapılacağını gösteren yemek tariflerine benzemektedir<sup>77</sup>. Başka bir ifadeyle “*algoritma*” yazılımın temelinde yatan fıkirdir<sup>78</sup>. Yazılımlar, kullanıcılar tarafından girilen veriyi belirlenen algoritma ile işleyerek kullanıcıya anlamlı bir sonuç çıkartırlar.

Yazılımların geliştirilmesi aşamasında algoritmanın belirlenmesi büyük bir öneme sahiptir<sup>79</sup>. Belirlenen algoritmanın yazılımın yerine getireceği işleve uygun seçilmesi yazılımın daha hızlı çalışmasını sağlayacağı gibi imal maliyetlerini de düşürecektir. Öyle ki bir yazılım aynı işlevi birden farklı algoritma ile yerine getirebilir. Bu nedenle yazılımın yerine getireceği işleve uygun algoritma seçilmesi yazılımın daha iyi çalışmasını sağlayacaktır.

Günümüzde çoğu yazılım diline ait sabit algoritmalar bulunmakta olup, programcılar imal sürecinde bu sabit algoritmaları kullanmaktadırlar<sup>80</sup>. Algoritma kavramı program akışı ile çok benzemekle birlikte farklı kavramlardır. Akış şeması yazılımı genel hatlarıyla şekilsel olarak gösteren bir şema iken algoritma bilgisayar programının istenen sonucu nasıl gerçekleştireceğini ayrıntılarıyla açıklayan mantıksal bir metottur<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Topaloğlu, **Bilişim**, s.7; Sivacıoğlu, s.30; Şahin, s.30; Brokshear, s.212; Warford, s.50.

<sup>77</sup> Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.51; Dalyan, s.30; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.25; Warford, s.51.

<sup>78</sup> Bainbridge, **Computer**, s.32; Brokshear, s. 213.

<sup>79</sup> Warford, s.250 vd.

<sup>80</sup> Gomaa, s.300.

<sup>81</sup> Şahan, s.9; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s. 8; Bainbridge, **Computer**, s.4; Warford, s.51.

## cc) Kaynak Kodu ve Nesne Kodu

Yazılımın geliştirilmesinde, akış şeması ve algoritmalar hazırlandıktan sonra programın kodlanma aşamasına geçilir. Günümüzde yazılımlara ait kodlar “*nesne kodu*” (“*object code*”) ve “*kaynak kodu*” (“*source code*”) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>82</sup>. Kaynak kodu yüksek seviyeli programlama dillerinde yazılan ve insan tarafından okunabilen kodlar olarak tanımlanabilir<sup>83</sup>. Nesne kodları ise sadece bilgisayarın donanımı tarafından algılanabilen, sıfır ve birlerden oluşan kodlardır. Bilgisayarın donanımı nesne kodu üzerinden çalışmaktadır. Bu nedenle nesne kodu “*makine dili*” (“*machine language*”) veya “*makine kodu*” (“*machine code*”) olarak da adlandırılmaktadır<sup>84</sup>. Nesne kodları 1’ler ve 0’lardan (“*ikili sayı sistemi/binary system*”) oluştuğu için yazılımın doğrudan nesne kodu olarak yazılması son derece zordur.

Bilgisayarların ilk ortaya çıktığı zamanlarda yazılımlar nesne kodu şeklinde yazılmaktaydı. Ancak yazılım teknolojisinin gelişmesiyle birlikte insan tarafından daha kolay anlaşılabilen ve kod yazım sürecini oldukça kolaylaştıran yüksek seviyeli yazılım dilleri ortaya çıkmıştır<sup>85</sup>. Yüksek seviyeli yazılım dillerinde kod yazmanın çok daha kolay olması sebebiyle günümüzde, yazılımlar yüksek seviyeli yazılım dillerinde yazılmaktadır<sup>86</sup>. Yüksek seviyeli programlama dillerinde kaynak kodu şeklinde yazılan kodlar, insanlar tarafından okunabilirken bilgisayarın donanımı tarafından okunamazlar. Bunun sebebi bilgisayarın donanımının sadece 1 ve 0’lardan oluşan ikili sistemde çalışmasıdır. Bu nedenle program geliştirme aşamasında kodlar öncelikle kaynak kodu şeklinde yazılmakta ve daha sonra kaynak kodu “*derleyici*” (“*complier*”) ve “*yorumlayıcı*” (“*interpreters*”) denilen yazılımlar vasıtasıyla, nesne koduna

---

<sup>82</sup> Shelly/Vermaat, s.425; Morgan M. Broman, **Harmonized Intellectual Property Protection for Software Solutions within EU- A Modest Proposal**, Master Thesis, Lunds Universitet, June 2014, s.45; Zeki Özen, **Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ocak 2012, s.8; Kaypakoğlu, s.22.

<sup>83</sup> Daniel S. Lin./Matthew Sag/Ronald S. Laurie, “Source Code Versus Object Code:Patent Implications For The Open Source Community”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Vol. 18, Issue 2, Haziran 2002, s. 235-257., s.238; Dalyan, s.31.

<sup>84</sup> Broman, s.4; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.42; Özen, s.46.

<sup>85</sup> Programlama dilleri düşük seviye, orta seviye ve yüksek seviye şeklinde sınıflandırılmaktadır. Makine dili olarak da adlandırılan sıfır ve birlerden meydana gelen ikili (“*binary*”) sistemde yazılan kodlar düşük seviye programlama dili olarak kabul edilmekte iken, programlama dili insan diline yaklaştığı ölçüde yüksek seviyeli programlama dili olarak kabul edilmektedir. Bkz. Özen, s.5.

<sup>86</sup> Güncel olarak sıklıkla kullanılan yüksek seviyeleri yazılım dillerine örnek olarak “*Phyton*”, “*Java*” ve “*Ruby*” verilebilir.

çevrilmektedir<sup>87</sup>. Kaynak kodu şeklinde yazılan kodun nesne koduna çevrilmesiyle kod bilgisayarın donanımı tarafından anlaşılabilir hale gelir ve bu şekilde yazılım ortaya çıkmış olur<sup>88</sup>. Nesne kodları tersine mühendislik (“*reverse engineering*”) adı verilen teknikler sayesinde nesne kodu formundan kaynak kodu formuna dönüştürülebilmektedir<sup>89</sup>.

Yazılım lisans sözleşmesinin konusunu, nesne kodu formatındaki yazılım veya kaynak kodu formatındaki yazılım oluşturabilir. Ancak uygulamada yazılım firmaları kullanıcılara çoğunlukla nesne kodu formatında yazılımların lisansını vermektedir. Bunun sebebi yazılım firmalarının yazılımlarını korumak istemeleridir. Çünkü kaynak kodunun kullanıcılar tarafından kopyalanarak başka yazılımlar yapılabilmesi çok kolaydır. Nesne kodu formatındaki yazılımın kopyalanabilmesi için ise nesne kodu formatındaki yazılımın tersine mühendislik faaliyeti ile kaynak koduna çevrilmesi gerekir ki bu da nesne kodunun sadece 0 ve 1’lerden meydana gelmesi sebebiyle çok zor bir süreçtir<sup>90</sup>.

Son dönemde ciddi bir gelişim gösteren açık kaynak kodlu (“*Open Source*”) bilgisayar programlarını konu alan lisans sözleşmelerinde ise çoğunlukla kaynak kodunun lisans alana verilmesi lisans sözleşmesinde bir yükümlülük olarak yer almaktadır. Öyle ki açık kaynak kodlu yazılımların temel mantığı kaynak kodunun yayınlanması suretiyle yazılımın hızlı bir şekilde gelişmesini sağlamaktır<sup>91</sup>.

#### dd) Arayüz ve Araişlerlik

Yazılımın unsurlarından olan “*arayüz*” (“*interface*”) ve “*araişlerlik*” (“*interoperability*”) kavramlarının tanımı FSEK’te yapılmıştır. Yazılımın çalışabilmesi için o yazılımın hem kullanıcı ile hem de bilgisayarda yüklü olan diğer yazılımlar veyahut bilgisayarın donanımı (işlemci, hafıza vb.) ile iletişim kurması zorunludur. Arayüzün görevi bir işlemin bilgisayar tarafından yerine getirilebilmesi

<sup>87</sup> Lin /Sag/Laurie, s. 238; Brokshear, s.270; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s. 9.

<sup>88</sup> Bainbridge, **Computer**, s.42; Lin/Sag/Laurie, s. 238; Broman, s. 56.

<sup>89</sup> Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.88; Dalyan, s.177; Özen, s.10; Topaloğlu, **Bilişim**, s.10.

<sup>90</sup> Özen, s.10.

<sup>91</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin, s.65 vd.

için bilgisayarın kullanıcı ile veyahut donanımlar ya da yazılımlar arasındaki fiziki veyahut mantıki bağlantıyı sağlamaktır<sup>92</sup>.

Arayüz kavramı, “*kullanıcı arayüzü*” (“*user interface*”) ve “*program arayüzü*” (“*program interface*”) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>93</sup>. Program arayüzü bir bilgisayar sisteminde donanımlar ve yazılımlar arasındaki bağlantıyı ifade etmektedir<sup>94</sup>. Program arayüzü yazılımın diğer bir yazılım veya donanım ile veri alışverişinde bulunmasına yarayan bölümü olarak nitelendirilebilir. Kullanıcı arayüzü ise yazılımın kullanıcı ile etkileşim halinde olan ve kullanıcının veri girişi yaptığı bağlantıyı ifade etmektedir<sup>95</sup>. Örneğin bir e-ticaret sitesinden alışveriş yapan kullanıcının sipariş verdiği kısım kullanıcı arayüzüdür. İnternet sitesinin siparişe göre otomatik olarak fatura düzenlemesini sağlayan yazılım ile bağlantısını sağlayan kısım ise program arayüzüdür.

Arayüz kavramı FSEK 1/B- (h) bendinde “*bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini ifade eder.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan anlaşılabacağı üzere FSEK 1/B-(h) arayüz kavramını 91/250 sayılı Direktif’e paralel şekilde tanımlamıştır<sup>96</sup>.

Araşlerlik ise yazılım ve/veya bilgisayar sisteminin unsurlarının bilgi alışverişini yapabilme ve bilgiyi kullanabilme yeteneği olarak tanımlanabilir<sup>97</sup>. Araşlerlik, bir bilgisayar programının diğer bilgisayar programı ile arasında söz konusu olabileceği gibi donanım ve yazılım veyahut iki donanım arasında da söz konusu olabilir. Araşlerlik kavramı, iki bilgisayar programının birlikte ve uyumlu şekilde çalışması için kritik bir öneme sahiptir.

Araşlerlik kavramı da FSEK m.1/B-(1) bendinde tıpkı “*arayüz*” kavramı gibi 91/20 sayılı Direktif’e paralel şekilde, “*bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel*

<sup>92</sup> Dalyan, s.87 vd.; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.26; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.124; Yusufoglu, s.44; Şahin, s.133; Broman, s.57; Brookshear, s.142.

<sup>93</sup> Dalyan, s.33; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.44; Broman, s.50.

<sup>94</sup> Dalyan, s.33; Arıkan, **1. Bölüm**, s.331; Broman, s.50.

<sup>95</sup> Dalyan, s.37; Topaloğlu, **Bilişim**, s.27; Garry B. Shelly/Misty E. Vermaat, s.10.

<sup>96</sup> Bkz. 91/250 sayılı Direktif’in Giriş Bölümü’nün 10 numaralı paragrafı: “...the parts of the program which provide for such interconnection and interaction between elements of software and hardware are generally known as ‘interfaces’”.

<sup>97</sup> Bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/interoperability> (Erişim Tarihi: 18.10.2021)

*olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini, ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır<sup>98</sup>.*

Arayüz ve araişlerlik birbiriyle bağlantılı kavramlardır. Arayüz yazılım veya donanımın diğer yazılım veya donanımlarla bilgi alışverişi yapan bölümünü ifade ederken araişlerlik bu bilgi alışverişine verilen isimdir. Başka bir ifadeyle araişlerlik yazılımlar arası iletişimin sağlanması, arayüz ise yazılımın bu bağlantıyı yani iletişimi sağlayan kısmıdır. Arayüz ve araişlerlik yazılımlar açısından kritik bir öneme sahiptir.

Çünkü geliştirilen yazılımın piyasada mevcut diğer yazılımlarla birlikte uyumlu şekilde çalışabilmesi yani araişlerliliğin sağlanabilmesi için diğer programların arayüzlerinin bilinmesi gerekmektedir. Arayüzün bilinmesi ile kastedilen araişlerlik sağlanacak olan yazılımın arayüzünde yer alan kodların açık olması yani ulaşılabilir olmasıdır. Ancak uygulamada bazı yazılım firmaları program arayüzlerini saklı tutma eğilimindedirler. Bu sayede piyasadaki büyük firmaların ürettiği yazılımların birbiriyle uyumlu şekilde çalışması mümkün olacak ancak piyasada nispeten yeni olan yazılım firmalarının ürettikleri yazılımların piyasa koşullarında kullanılması zorlaşacaktır<sup>99</sup>. Bu durumun engellenmesi amacıyla hem 91/250 sayılı Direktif’te hem de FSEK’te araişlerlik kavramı düzenlenmiş hem de araişlerlikle ilgili olarak bazı hükümler sevk edilmiştir.

Teknik açıdan bir yazılımın diğeri ile araişlerliğinin sağlanabilmesi için araişlerlik sağlanacak arayüzün açık olması gerekmektedir<sup>100</sup>. Ancak arayüzün açık olmadığı durumlarda yazılım üzerinden tersine mühendislik teknikleri kullanmak suretiyle arayüze ulaşılması gerekmektedir<sup>101</sup>. İşte bu nedenle FSEK m.38/5’te araişlerliğin sağlanması amacıyla belirli şartlar altında yazılımın kodlarına “*ayrıştırma*” (“*decompile*”) işlemi yapılması suretiyle araişlerliğin sağlanmasına izin verildiği görülmektedir.

Çoğu yazılım lisansı sözleşmesinde araişlerliğin sağlanması amacıyla yazılıma müdahale edilmesini yasaklayan hükümler bulunmaktadır. Bu tür hükümlerin FSEK

---

<sup>98</sup> Bkz. 91/250 sayılı Direktif Giriş Bölümü’nün 11 numaralı paragrafı: “... interoperability can be defined as the ability to exchange information and mutually to use the information which has been exchanged”.

<sup>99</sup> Şahin, s. 38; Kaypakoğlu, s.121.

<sup>100</sup> Sommerville, s.87; Shelly/Vermaat, s.10.

<sup>101</sup> Özen, s.43; Dalyan, s.176; Bainbridge, **Information**, s.33.

m.38/5'te yer alan ayırıştırma serbestisine ilişkin hüküm karşısında geçerliliği tezimizin ileriki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır<sup>102</sup>.

## B. YAZILIM ÜZERİNDEKİ FİKRİ HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1) Fikri Hak Kavramı

İnsanların sahip olduğu zeka, yaratıcılık ve düşünce sonucunda ortaya çıkan ürünler “*fikri ürünler*” olarak isimlendirilmektedir<sup>103</sup>. Fikri ürünler klasik anlamdaki “*eşya*” ve “*mülkiyet*” kavramlarında bulunan maddi olma şartını sağlamamaları sebebiyle “*gayri maddi mallar*” olarak da isimlendirilmektedir<sup>104</sup>.

Gayri maddi malların klasik anlamdaki mülkiyet ve eşya kavramlarından ayrılmasının en önemli sebebi, gayri maddi mallarda cismanilik unsurunun eksik olmasıdır. Bir şeyin “*eşya*” olarak nitelendirilebilmesi için onun cismani bir varlığa sahip olması gerekmektedir<sup>105</sup>.

Fikri ürünler, edebiyat veya güzel sanat alanlarında meydana getirilip yaratıcısının özelliğini ortaya koyan (yazılım, roman, müzik gibi) eserler olabileceği gibi insanın doğa üzerinde hakimiyetini arttırmasına yarayan (buluş, patent, faydalı model gibi) bilimsel keşifler şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>106</sup>. Bu açıdan fikir ve sanat eserleri, marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım tescili, marka ve ticaret unvanları gayri maddi mal kavramına dahildir<sup>107</sup>. Gayri maddi mallar üzerinde

<sup>102</sup> Sözleşmelerde yer alan ayırıştırma yasağına ilişkin kayıtların geçerliliği hakkında bkz. IV. Bölüm-A-3.

<sup>103</sup> Tekinalp, s.4; Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.5; Ömer Arbek, **Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.45; Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.26.

<sup>104</sup> Erel, s.24; İlhan Öztrak, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara 1967, s.1; Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.4.

<sup>105</sup> M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 24. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2022, s.11; A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınlar, Ankara 2022, s.5 vd.; Sanem Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2012, s.25.

<sup>106</sup> Şirin Aydınçık, **Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul 2005, s.4.

<sup>107</sup> Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.2 vd.; Öztan, s.12; Erel, s.27; Aydınçık s.5; Tekinalp, s.2.

sahipliği ifade etmek üzere ise genel olarak “*fikri mülkiyet*”<sup>108</sup>, “*fikri ve sınai mülkiyet*” ve “*fikri hak*” terimleri kullanılmaktadır<sup>109</sup>.

Fikri hak terimi, geniş ve dar olmak üzere iki farklı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Geniş anlamda “*fikri hak*” kişinin her türlü fikrî ve zihnî çaba ve emeği sonucunda ortaya çıkardığı tüm ürünler üzerinde hukuken korunan ve hak sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaatlerdir<sup>110</sup>. Geniş anlamda fikri hak, dar anlamda fikri hak kavramından farklı olarak marka, faydalı model, tasarım, ticaret unvanı gibi sınai hakları da kapsamaktadır. Dar anlamda fikrî hak kavramı ise, ilim ve edebiyat eserleri, musiki, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri üzerindeki yetki ve menfaatleri ifade etmektedir<sup>111</sup>.

Fikri hakların objesi klasik anlamda “*mülkiyet*”ten farklı şekilde “*eşya*” değil “*fikri ürün*”dür<sup>112</sup>. Fikri hakkın objesinin fikri ürün/gayri maddi mal olması onun “*soyutluk*” niteliğine sahip olmasına neden olmaktadır<sup>113</sup>. Belirtilmelidir ki fikri haklar soyut olsalar bile bu hakların bir “*eşya*” üzerinde somutlaşması mümkündür. Örneğin bir yazılımın harici belleğe kopyalanması veya bir kitabın basılması ya da bir resmin tuval üzerine yapılması halinde fikri hak bir eşya üzerinde somutlaşmış olur<sup>114</sup>. Ancak fikri hakkın bir eşya üzerinde somutlaşması fikri hakkı somutlaştığı eşyanın kendisi haline getirmez. Başka bir ifadeyle fikri hakkın eşya üzerinde somutlaşması onun

<sup>108</sup> Saibe Oktay Özdemir, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, s. 571-598., s. 571. Özdemir fikri ürünlerin birer eşya niteliğine sahip olmadığını bu nedenle “*fikri mülkiyet*” teriminin kullanılmasının yanlış olduğunu bunun yerine “*fikri hak*” teriminin kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Aksi görüş için bkz. Halil Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri C.II**, İstanbul 1954, s.77. (“*Nazari kısımda izah edildiği gibi, eser sahibinin, mevzuu gayri maddi vasıfta olan eser üzerinde bir mülkiyet hakkı vardır. Bu mülkiyetin, veçhe, şümül ve istimal bakımından, menkul ve gayrimenkul eşya üzerindeki hak ve salahiyetlerinin mülkiyet manasında tavsifine mani değildir.*”)

<sup>109</sup> M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 28. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2022, s.150; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku C.I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.100. Ayrıca bkz. Tekinalp, s.6. Tekinalp “*fikri mülkiyet*” kavramının kendi içerisinde fikir ve sanat eserlerini kapsayacak şekilde “*fikri mülkiyet*” ve marka, patent, tasarım, işletme adı, ticaret unvanları üzerindeki hakları kapsayacak şekilde “*sınai mülkiyet*” olmak üzere iki ayrı bölüme ayrıldığını belirtmektedir.

<sup>110</sup> Ayiter, s.4; Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, 1.Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2003, s.97.

<sup>111</sup> Mustafa Tüysüz, **Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.24; Tekinalp, s.2; Erel, s.27. Ateş, **Hakların Kapsamı**, s.97. Biz de tezimizin konusunun edebi eser niteliğindeki “*yazılımlar*” olması sebebiyle tezimizde “*fikri hak*” terimini sahip olduğu dar anlamıyla kullanacağız.

<sup>112</sup> Tekinalp, s.5; Tüysüz, s.24; Oğuzman /Seliçi/Oktay Özdemir, s.11 vd.

<sup>113</sup> Tekinalp, s.5; Tüysüz, s.33; Aydıncık, s.5.

<sup>114</sup> Tekinalp, s.6; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.125; Aydıncık, s.6; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.2.



soyutluk niteliğini etkilemeyecektir<sup>115</sup>. Fikri hak eşya üzerinde somutlaşmış dahi olsa fikri hakkın türüne göre (eser, marka, patent vb.) tabi olduğu fikri hukuka göre korunurken, fikri hakkın somutlaştığı eşya ise eşya hukuku kurallarına tabi olacaktır<sup>116</sup>. Örneğin bir ressamın yaptığı tablo satın alındığında tablonun kendisi eşya hukuku kurallarına tabi olacak, bir fikri ürün olarak resim ise fikri hukuk kurallarına tabi olacaktır.

## 2) Fikri Hakların Mutlak Hak Niteliği

Fikri haklar, tarihsel süreç içerisinde ilk olarak bir çeşit “*mülkiyet hakkı*” olarak nitelendirilmiş ve bazı teorilerce bu şekilde değerlendirilme konusu yapılmıştır<sup>117</sup>. Ancak daha sonraları özellikle fikri hakların objesinin birer eşya olmamasına rağmen “*mülkiyet hakkı*” olarak nitelendirilmesine karşı çıkan görüşler ileri sürülmeye başlamıştır<sup>118</sup>.

Günümüzde ise fikri hakların birer “*mülkiyet hakkı*” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunun cevabı için iki farklı bağlamda değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirmelerden biri Anayasa diğeri ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu bağlamında yapılmalıdır. Çünkü Anayasa m.35’te yer alan “*mülkiyet*” kavramı ile eşya hukuku yani MK anlamında “*mülkiyet*” kavramı birbirinden farklı niteliklere sahiptir<sup>119</sup>.

Temel olarak Anayasa ve Anayasa Mahkemesi’nin güncel içtihatlarında “*mülkiyet*” kavramı ekonomik bir değere sahip olan gayri maddi mal ve hakları da

<sup>115</sup> Tekinalp, s.6; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.125; Aydıncık, s.6.

<sup>116</sup> Tekinalp, s.6; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.125; Aydıncık, s.6.

<sup>117</sup> “*Doğal Hukuk*” etkisiyle ortaya atılan, “*fikri mülkiyet*” teorisine göre şahısların kendi fikri emek ürünleri üzerinde tıpkı mülkiyet hakkı gibi doğal bir hakları bulunduğu kabul edilmektedir. Fikri emek ürünleri üzerindeki haklar, sağladıkları kapsamlı ve tekeli yetkiler itibarıyla mülkiyet hakkına benzetilmektedir. Bu teoriye özellikle fikri hak ile fikri hakkın üzerinde cisimlendiği eşyayı bir tutması ve bu şekilde fikri hakkı “*ayni hak*” haline getirmesi sebebiyle eleştiriler getirilmektedir. Söz konusu teorisin ayrıntılı eleştirisi ve FSEK açısından kabul edilen “*eser sahipliği teorisi*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s.29; Öztan, s.39; Aydıncık, s.5; Tekinalp, s.90; Erel, s.30.

<sup>118</sup> Fikri hakların konusunun eşya olmamasına rağmen “*mülkiyet hakkı*” olarak nitelendirilmesine ilişkin eleştiriler için bkz. Ayiter, s.9; Tekinalp, s.89 vd.; Erel, s.30 vd.; Öztan, s.30 vd.

<sup>119</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.35:

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.”

“Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.”

“Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”

içine alan geniş bir çerçeveye sahiptir<sup>120</sup>. Esas olarak AYM 2008 yılına kadar mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmesini tamamen eşya hukuku bağlamında yapmakta ve mülkiyet hakkının konusunu sadece maddi malların oluşturabileceği kanaatindeydi<sup>121</sup>. Bu görüş uyarınca fikri haklar, cismani varlıklarının bulunmaması sebebiyle temel bir hak olan mülkiyet hakkının kapsamı dışında değerlendirilmekteydi. Ancak AYM 2008 yılında 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan bir davada mülkiyet hakkının konusunu gayri maddi malların da oluşturabileceğine hükmetmiştir<sup>122</sup>. AYM bu kararından sonra mülkiyet hakkını geniş anlamda yorumlamak suretiyle fikri ürünlerinde cismani bir varlığa sahip olmasalar dahi ekonomik bir değer taşımalarından hareketle bunların Anayasa m.35 kapsamında mülkiyet hakkının içeriğine dahil olduğu yönünde kararlar vermeye devam etmiştir<sup>123</sup>.

Eşya hukuku bağlamında “*mülkiyet hakkı*” kavramı ise Anayasa m.35'te yer alan mülkiyet hakkı kavramından farklı şekilde “*eşya*” kavramını esas almakta ve maddi varlığı olmayan şeyleri mülkiyet hakkının konusu dışında tutmaktadır<sup>124</sup>. Eşya hukukumuz açısından malike en geniş yetkiler tanıyan aynı hak “*mülkiyet hakkı*”dır. Mülkiyet hakkının Medeni Kanunu'muzda yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte MK m. 683/1'de bir şeye malik olan kimsenin hukuk düzeninin sınırların içerisinde o

<sup>120</sup> H. Burak Gemalmaz, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6 (Mülkiyet Hakkı)**, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s.37; Kürşat Akça, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, **İÜHFİD**, Özel Sayı C.1, 2015, s.543-596, s.558.

<sup>121</sup> Akça, s.557. Doktrinde Gemalmaz AYM'nin 2008 yılından önceki içtihatlarında “*mülkiyet*” kavramını eşya hukuku bağlamında değerlendirdiğini, 2008 yılından sonra ise bu görüşünü terk etmek suretiyle mülkiyet hakkını geniş yorumlamaya başladığını belirtmektedir. Bkz. Gemalmaz, s.37 vd.

<sup>122</sup> AYM 31.01.2008T., 2004/81E, 2008/8K sayılı kararı; “...Bir markanın sahibine sağladığı haklar, “marka hakkı” olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın “Mülkiyet hakkı” başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır.” Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080320-19.htm> Erişim Tarihi:27.02.2023)

<sup>123</sup> AYM 29.12.2011T., 2010/73E, 2011/176K sayılı kararı; “...Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayri maddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayri maddi mallar kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, sinema eserleri üzerindeki fikrî haklar da mülkiyet hakkı kapsamındadır.” Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120317-20.htm> Erişim Tarihi:27.02.2023) Ayrıca benzer bir karar için AYM 14.05.2015T., 2014/177E, 2015/49K sayılı kararı; “...Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.” Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150611.htm> Erişim Tarihi:27.02.2023)

<sup>124</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.323 vd.; Gemalmaz, s.36 vd.; Aksoy Dursun, **Eşya**, s.24.; Akça, s.559.

şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir<sup>125</sup>.

Kanunumuzun sisteminde yer alan istisnalar<sup>126</sup> bir kenara bırakılırsa aynı hakkın objesini her zaman bir “eşya” oluşturur<sup>127</sup>. Hukuki anlamda “eşya” cismani, sınırlandırılmış, üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurmaya elverişli olan şeyler olarak tanımlanabilir<sup>128</sup>. Bu tanımdan anlaşılabileceği üzere hukuken bir şeyin eşya sayılabilmesi için maddi bir varlığa sahip olması, sınırlandırılmış olması, fiili ve hukuki hakimiyet kurmaya elverişli olması gerekmektedir. Aynı hakların temel özellikleri; kanunda aksi belirtilmedikleri sürece eşya üzerinde söz konusu olmaları, hak sahibine eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlaması ve herkese karşı ileri sürülebilen “mutlak” karakterde olmalarıdır<sup>129</sup>.

Hak sahibinin hakkını ileri sürebileceği çevre açısından, yani hakkı ihlal etmeme yükümlülüğünün kapsamına giren kişiler açısından haklar “mutlak ve nispi haklar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>130</sup>. Konusu eşya olmamasına rağmen “mutlak hak” karakterine sahip olan başka bir ifadeyle herkese karşı ileri sürülebilen haklarda bulunmaktadır. Örneğin velayet hakkı, eserler üzerindeki fikri haklar ve kişilik hakları da mutlak hak karakterine sahiptir. Ancak bu hakların objesi eşya değildir. Bu hakları aynı haklardan ayıran temel özellik konusunun eşya olmamasıdır<sup>131</sup>.

Fikri ürünler üzerindeki haklar “mutlak” karakterli yani herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olmasına rağmen eşya üzerinde kurulmadıkları için birer “aynı

<sup>125</sup> MK m.683/1: “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.315; Sirmen, s.261.

<sup>126</sup> Medeni Kanunumuz eşya olmamakla birlikte, bazı objelerin aynı hak konusu olabileceğini kabul ettiğinden, eşya olmayan bazı değerler üzerinde de aynı hak tesis edilmesi mümkündür. Örneğin MK m.704 uyarınca “bağımsız ve sürekli haklar” ve MK m.762 gereği “doğal güçler” bunlara örnek olarak verilebilir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.11 vd.; Sirmen, s.6 vd.

<sup>127</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.25; Sirmen, s.5; Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler**, s.575.

<sup>128</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.5.

<sup>129</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.575; Sirmen, s.26 vd.; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Baskı, İzmir 2021, s.11 vd.; Ferit H. Saymen /Halid K. Elbir, **Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) C 1.**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s.3 vd.

<sup>130</sup> Oğuzman/Barlas, s.151; Dural/Sarı, s.90; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Yayına Hazırlayanlar: B. İlkay Engin/Yeşim M. Atamer, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2022, s.236; Murat Aydoğdu/Serdar Nart, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.48.

<sup>131</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.25 vd.; Ertaş, s.12; Saymen/Elbir, s.4.

*hak*” niteliğinde değildirler. Fikri haklar mutlak karaktere sahip olmaları sebebiyle hakkın sahibine inhisari (tekelci) yetkiler vermektedir<sup>132</sup>. Hukukumuzda birer edebi eser olarak korunan yazılımlar üzerindeki fikri haklar da mutlak karakterlidir ve herkes tarafından ihlal edilmeleri mümkündür.

Örneğin bir yazılım firmasının piyasaya sürdüğü bilgisayar programının herkes tarafından izinsiz olarak kopyalanması veyahut kullanılması mümkündür. Yazılım üzerindeki fikri hakların mutlak niteliği o yazılımın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını yasaklama yani tekel hakkı vermesinde kendisini gösterir<sup>133</sup>. Bu çerçevede yazılım üzerindeki fikri hakların sahibi kanunun kendisine tanıdığı inhisari yetki kapsamında yazılımın üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak kullanılmasını engelleme hakkına sahiptir.

### 3) Yazılımların Eşya Niteliğine İlişkin Görüşler

#### a) Yazılımların Eşya Niteliğine Sahip Olduğunu Kabul Eden Görüş

Yazılımlar günümüzde büyük ölçüde doğrudan veri aktarımı yoluyla edinilmektedir. Bu yöntemde yazılımın bir veri taşıyıcısına (kompakt disk, harici bellek vb.) kaydedilmesi ve kullanıcının yazılımı, veri taşıyıcısını satın almak suretiyle edinmesi söz konusu değildir<sup>134</sup>. Günümüzde kullanıcılar edinmek istedikleri yazılımı doğrudan internet üzerinden bilgisayarlarına indirmektedir. Her ne kadar yazılımlar artık bir veri taşıyıcısının satın alınması yoluyla edinilmese de yazılımların eşya niteliğine haiz olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Tekinalp, s.6; Erel, s.26; Aydıncık, s.6; K. Emre Gökyayla, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, En Son Değişiklerle 2.Bası, Ankara 2001, s.24.

<sup>133</sup> Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler**, s. 573.

<sup>134</sup> Eskiden yazılımlar bir kompakt disk veya diskete yüklenmiş şekilde kullanıcılara sunulmakta ve yazılımı edinmek isteyen kullanıcı bu veri taşıyıcısını satın alarak yazılımı bilgisayarına yüklemekteydi. Ancak internet hızının artması ile birlikte bu yöntem ortadan kalkmıştır. Halihazırda çoğu bilgisayarda bir kompakt disk sürücüsü (“cd-rom driver”) dahi bulunmamaktadır. Bkz. <https://www.lifewire.com/death-of-the-computer-optical-drive-832403> Erişim Tarihi: 17.06.2022)

<sup>135</sup> Söz konusu tartışmalar için bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.119 vd.; Aksoy Dursun, **Eşya**, s.74 vd.; Erişgin, s.46; Şahan, s.23; Dalyan, s.216. Ayrıca İngiliz Hukuku’nda yazılımların bir veri taşıyıcısına yüklensin veya yüklenmesin “eşya” niteliğine sahip olamayacakları yönünde bkz. Bainbridge, **Software**, s.92 vd.

Doktrinde bir görüşe göre yazılımlar ister bir veri taşıyıcısına yüklensin ister doğrudan veri aktarımı yoluyla edinilsin “eşya” niteliğine sahiptirler<sup>136</sup>. Çünkü yazılımların çalışabilmesi için mutlaka bir bilgisayarın sabit diskine (“hard disk”) yüklenmesi gerekmektedir ve sabit diskler de niteliği itibariyle birer veri taşıyıcısıdır<sup>137</sup>. Bu görüş uyarınca yazılım bir veri taşıyıcısına yüklenmedikçe sadece bir fikirden ibarettir. Yazılım sadece bir veri taşıyıcısına yüklendiği zaman işlevini yerine getirebilir aksi halde bir fikirden ibarettir. Bu nedenle yazılımlar kaydedildikleri veri taşıyıcısıyla birlikte cismanilik unsurunu yerine getirirler ve bu nedenle “eşya” olarak değerlendirilmelidirler<sup>138</sup>.

Yazılımların “eşya” vasfına sahip olduğu yönündeki bu görüşün kabul edilmesinin birtakım sonuçları bulunmaktadır. Yazılımın bir eşya olarak kabul edilmesinin en doğal sonucu, yazılımlar üzerinde eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkı ve zilyetliğin söz konusu olmasıdır<sup>139</sup>.

Yazılımların mülkiyet hakkına ve zilyetliğe konu olabileceklerinin kabul edilmesi durumunda bazı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu görüş uyarınca, yazılımın kayıtlı olduğu veri taşıyıcısının el değiştirmesi halinde yazılımın da mülkiyeti veri taşıyıcısını devralan kimseye geçecektir. Çünkü bu görüşe göre yazılım ve veri taşıyıcısı birbirinden ayrılmaz bir bütün olmakla birlikte veri taşıyıcısı ile yazılımın akıbeti birbirine bağlıdır.

---

<sup>136</sup> Doktrinde Yıldırım’a göre yazılımlar veri taşıyıcısından ayrı düşünülemez, veri taşıyıcısı alelade bir taşıma aracından farklı olup yazılım veri taşıyıcısı olmaksızın herhangi bir anlam ifade etmez. Yazılımın dış dünyaya yansması için mutlaka veri taşıyıcısına kaydedilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yazılımlar “eşya” niteliğine sahiptir. Bkz. Yıldırım, **Standart**, s.51 vd. Şahan’da Yıldırım ile aynı gerekçelerle yazılımların eşya niteliğine sahip olduğu görüşündedir. Bkz. Şahan, s. 24. Biz her iki yazarın ileri sürdüğü görüşe de katılmamaktayız. Yazarların görüşü bir gayri maddi mal olan yazılım ile onun üzerine kaydedildiği cismani varlığa sahip veri taşıyıcısını bir tutmaktadır. Bu görüşün kabulü halinde yazılımlara mülkiyet hakkına ilişkin kurallar doğrudan uygulanacak olup, bu kuralların doğrudan uygulanması kanaatimizce yazılımların bünyesine uygun düşmemektedir. Doktrinde Dalyan’da yazılımların “eşya” niteliğine sahip olduğu görüşündedir. Bkz. Dalyan, s.217. *Dalyan* 4077 sayılı TKHK’da yazılımların “mal” olarak kabul edildiğini bu nedenle yazılımların birer “eşya” olduğu konusunda bir tereddüt kalmadığını belirtmektedir. Biz yazarın görüşüne, TKHK kapsamında “mal” kavramı ile “eşya” kavramlarının birbirinden farklı olması sebebiyle katılmıyoruz. Yazılımların “eşya” niteliğine sahip olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Erişgin, s.61; Aksoy Dursun, **Eşya**, s.84. Doktrinde Yusufoglu ise yazılımların cismani bir varlığa sahip olmamaları nedeniyle “eşya” niteliğinde olmadığını ancak satış sözleşmesi açısından bir “mal” olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.124 vd.

<sup>137</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.75.

<sup>138</sup> Dalyan, s.217; Yıldırım, **Standart** s.51.

<sup>139</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.78.

Yazılımların eşya olarak kabul edilmesinin bir diğer önemli sonucu ise paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından ortaya çıkmaktadır. Yazılımın bir eşya olarak kabulü dolayısıyla üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilir ise yazılım tamamen “eşya hukuku” kurallarına tabi kılınacaktır. Başka bir ifadeyle ister daimi ister süreli olarak akdedilmiş olsun paket yazılım lisans sözleşmesinin konusunu bir “eşya” olan yazılım oluşturacaktır.

Bu varsayım sebebiyle daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri saf bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilirken süreli paket yazılım lisans sözleşmesi saf bir kira sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla, daimi paket yazılım lisans sözleşmesine TBK’nın satış sözleşmesine ilişkin hükümleri, süreli paket yazılım lisans sözleşmelerine ise TBK’nın kira sözleşmesine ilişkin hükümleri doğrudan uygulanacaktır<sup>140</sup>.

Özellikle yazılımların birer eşya olarak nitelendiren görüşün, fikri hakkın üzerinde cisimlendiği “şey”den bağımsız soyut bir varlığa sahip olduğunu göz ardı ettiğini düşünmekteyiz. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde paket yazılım lisans sözleşmelerine, daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre kira ve satış sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanacak olmasının da sözleşmenin bünyesine uygun düşmediği kanaatindeyiz.

Tezimizin ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere paket yazılım lisans sözleşmelerine satış ve kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>141</sup>.

## b) Yazılımları Gayri Maddi Mal Sayan Görüş

Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre yazılımlar “eşya” niteliğine sahip değildir<sup>142</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre yazılım veri taşıyıcısına yüklenmeksizin de varlığını sürdürülebilir. Yazılımın kağıda yazılması veyahut günümüzde tercih

<sup>140</sup> Erişgin, s.48. Aksi yönde bkz. Yıldırım, **Standart**, s.52. *Yıldırım* yazılımların eşya sayılmasının sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde önem arz etmediğini belirtmektedir.

<sup>141</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerin uygulanacak hükümler ve uygulanma şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-E-2 vd.

<sup>142</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.83; Erişgin, s.61 Aksi yönde bkz. Yıldırım, **Standart**, s.51; Dalyan, s.217; Şahan, s.24.

edilen yöntemle internet üzerinden doğrudan veri aktarımı yoluyla edinilmesi mümkündür<sup>143</sup>. Yazılım bir veri taşıyıcısına yüklenmeden de yazılım niteliğine sahip ve hukuken korunan bir varlığa sahiptir<sup>144</sup>. Bu nedenle yazılımlar birer “eşya” olarak değil “*gayri maddi mal*” olarak nitelendirilmelidir<sup>145</sup>.

Bu görüşteki yazarlar veri taşıyıcısı ile yazılım arasındaki ilişkiyi şu şekilde açıklamaktadır. Bir romanın basılı hali veya bir müziğin yüklendiği kompakt diskin cismani bir varlığı vardır ancak bu maddi varlık sadece fikri ürün/gayri maddi mal niteliğindeki romanın veyahut müziğin somutlaşmasına yaramaktadır<sup>146</sup>. Kitabı veya kompakt diski satın alan kimse fikri ürünün haklarını değil sadece onun somutlaştığı şeyi satın almıştır. Yoksa fikri ürün üzerinde bir hak iktisap edemez. Örneğin kitabı kopyalamak suretiyle satışa çıkartamaz veya müziği televizyonda yayınlamaz.

Bu görüş uyarınca bir fikri ürün/gayri maddi mal olan yazılım veri taşıyıcısına yüklenmiş olsa bile ortada iki ayrı hukuki rejim vardır. Birincisi fikri ürünün bağlı olduğu hukuki rejim diğeri ise yazılımın yüklenmiş olduğu cismani varlığa sahip veri taşıyıcısının tabi olduğu “*eşya hukuku*” kurallarıdır. Bu görüşün sonucu olarak yazılımların birer fikri ürün olması sebebiyle bunlar üzerinde eşya hukuku anlamında “*mülkiyet hakkı*” ve “*zilyetlik*” söz konusu olmayacaktır<sup>147</sup>.

Yazılımların FSEK kapsamında birer “*eser*” olarak korunması ile yazılımların yüklü bulundukları veri taşıyıcısından ayrı bir hukuki varlığa sahip olması nedeniyle biz de yazılımların birer “*gayri maddi mal*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz<sup>148</sup>. Bu görüşün sonucu olarak birer fikri ürün olan nitelendirilen yazılımlar üzerinde eşya hukuku anlamında “*mülkiyet hakkı*” ve “*zilyetlik*” söz konusu

---

<sup>143</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.83; Erişgin, s.46; Şahan, s.46

<sup>144</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.84; Erişgin, s.61.

<sup>145</sup> Yazılımların “*eşya*” niteliğine sahip olup olmadığı yönündeki tartışmaya paralel şekilde know-how ve patent haklarının “*eşya*” niteliği taşımadığı yönündeki görüşler için bkz. Tufan Ögüz, **Know-How Sözleşmesi**, 2. Bası Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.38; Ali Necip Ortan, **Patent Lisans Sözleşmesi**, Doğan Basımevi, Ankara 1979, s.10.

<sup>146</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.84; Tekinalp, s.6. Benzer bir görüş için bkz. Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.125.

<sup>147</sup> (“*Soyut niteliğe sahip fikri ürünler klasik anlamda mülkiyet ve zilyetliğin konusunu teşkil etmezler. Fikri mülkiyet, zilyetliği koruyan davalarla savunulamaz. Fikri mülkiyette zilyetliğin yerini bir anlamda kullanma almıştır.*”) Bkz. Tekinalp, s.6.

<sup>148</sup> Aksoy Dursun, **Eşya**, s.84; Erişgin, s.61; Bainbridge, **Software**, s.92. Aksi görüşler için bkz. Yıldırım, **Standart**, s.51; Şahan, s.24; Dalyan, s.217.

olmayacaktır<sup>149</sup>. Yazılım üzerinde eşya hukuku anlamında mülkiyet ve zilyetlik söz konusu olmadığı için, paket yazılım lisans sözleşmelerine satış ve kira sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan değil kıyasen uygulanacaktır.

Kanaatimizce daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri saf bir satış sözleşmesi olarak, süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri ise saf bir kira sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Tezimizin ileriki bölümlerinde açıklayacağımız üzere bu sözleşmeler “*karma sözleşme*” niteliğine sahiptir<sup>150</sup>. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmelerine satış ve kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin doğrudan değil kıyasen uygulanmasının bu sözleşmelerin bünyesine daha uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz<sup>151</sup>.

## C. YAZILIMLARIN SAHİP OLDUĞU HUKUKİ KORUMA

### 1) Genel Olarak

Kişisel bilgisayarların henüz piyasaya sürülmemiş olduğu dönemlerde yazılımlar sadece belirli uzmanlar tarafından kullanılmakta, yazılımların hukuken korunmasına yönelik herhangi bir ihtiyaç bulunmamaktaydı. Ancak 1970’li yıllardan itibaren özellikle kişisel bilgisayarların yaygınlaşmasına paralel şekilde yazılımların daha çok sayıda insan tarafından kullanılmaya başlanması ve artık herkes tarafından ulaşılabilir olması sebebiyle hukuken ne şekilde korunacağına ilişkin tartışmalar başlamıştır<sup>152</sup>. Günümüzde ise yazılımlar herkes tarafından kullanılabilir ve ulaşılabilir durumdadır. Yazılımların herkes tarafından kolayca ulaşılabilir olması yazılımların hukuken korunması konusunu daha da önemli hale getirmektedir.

<sup>149</sup> (“Soyut niteliğe sahip fikri ürünler klasik anlamda mülkiyet ve zilyetliğin konusunu teşkil etmezler. Fikri mülkiyet, zilyetliği koruyan davalarla savunulamaz. Fikri mülkiyette zilyetliğin yerini bir anlamda kullanma almıştır.”) Bkz. Tekinalp, s.6.

<sup>150</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin “*karma sözleşme*” niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. Bölüm-D-3.

<sup>151</sup> Paket yazılım sözleşmelerine satış ve kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin doğrudan değil kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. II. Bölüm-E-2-a.

<sup>152</sup> Dalyan, s.64; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.18; Arıkan, **1. Bölüm**, s.333; Bradford L. Smith/ Susan O. Mann, “Innovation And Intellectual Property Protection in the Software Industry: An Emergin Role for Patents?”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.71, No.1, Winter 2004, s. 241-264., s.243.



Yazılımlara geniş kitlelerin kolayca ulaşabilmesi, lisans verenler açısından iki temel sorunu da beraberinde getirmektedir<sup>153</sup>. Bunlardan birincisi lisans veren tarafından piyasaya sürülen yazılımın kopyalanmak suretiyle bedelsiz olarak kullanıma sunulmasıdır. Bu durumda lisans veren herhangi bir lisans bedeli almadan yazılımın kullanıcılar tarafından edinilmesi söz konusu olacak ve lisans veren ciddi bir maddi kayba uğrayacaktır. Diğer sorun ise lisans verenin rakibi konumundaki yazılım geliştiricilerinin, piyasaya sürülen orijinal yazılımın kodlarının belirli kısımlarını kopyalaması veya orijinal yazılımın özellikleri ve teknolojisini taklit etmesidir<sup>154</sup>. Her iki durumda da lisans verenin ekonomik menfaati zarar görecektir, araştırma ve geliştirme faaliyetleri azalacak dolayısıyla teknoloji alanında gelişim sağlanamayacaktır<sup>155</sup>. Bu açıdan günümüzde de yazılımların hukuken korunması büyük önem arz etmektedir. Yazılımların hukuken korunması gerekliliği her türlü tartışmadan uzak olmakla birlikte yazılımların ne şekilde korunacağı hem yabancı doktrinde hem de Türk doktrininde tartışılmaktadır.

Bu tartışmalar temel olarak yazılımların fikri hukuk kapsamında bir “*eser*” olarak mı yoksa patent hukuku kapsamında “*patent*” olarak mı veya borçlar hukuku ile haksız rekabet hükümleri uyarınca mı korunacağına ilişkindir<sup>156</sup>. Biz de bu tartışmalara paralel şekilde öncelikle yazılımların patent korumasından yararlanması ile yazılımların borçlar hukuku ve haksız rekabet hükümleri kapsamında korunması konularını kısaca inceleyeceğiz. Bu incelememizden sonra ise yazılımların Kara-Avrupası hukuk sistemi ve Türk hukuku açısından “*eser*” korumasına sahip olması nedeniyle ağırlıklı olarak eser korumasına ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız.

---

<sup>153</sup> Dalyan, s.44; Smith/Mann, s.251.

<sup>154</sup> Yazılımların kopyalanması doğrudan kopyalama (“*literal copy*”) ve dolaylı kopyalama (“*non-literal copy*”) olmak üzere iki farklı şekilde yapılabilmektedir. Doğrudan kopyalamada yazılım birebir aynı şekilde kopyalanmakta iken dolaylı kopyalamada yazılımın bir kısmının kopyalanması veya taklit edilmesi söz konusudur. Yazılımın bir bilgisayardan bir harici belleğe tamamen kopyalanması halinde doğrudan kopyalama söz konusudur. Bir yazılımın belirli bir bölümünün kopyalanarak başka bir yazılımda kullanılması halinde ise dolaylı kopyalama söz konusu olacaktır. Bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.88 vd.; Smith/Mann, s.241; Bainbridge, **Computer**, s.31 vd.

<sup>155</sup> Kaypakoglu, s.19; Dalyan, s. 44; Smith/Mann, s.243.

<sup>156</sup> Arıkan, **1.Bölüm**, s.334; Dalyan, s.34; Topaloğlu, **Bilişim**, s.16; Smith/Mann, s. 257.

## 2) Eser Koruması Dışındaki Koruma Konuları

### a) Patent Koruması

#### aa) ABD ve Avrupa’da Yazılımların Patent Korumasından Yararlanması

Yazılımların kullanımının yaygınlaşması, yazılımların hukuken ne şekilde korunacağı tartışmalarının başlamasına neden olmuştur. İlk tartışmalar yazılım konusunda öncü ülke konumundaki ABD’de başlamıştır ve bu tartışmalarda öncelikli olarak yazılımların patent korumasından yararlanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>157</sup>.

Yazılımların patent korumasından yararlanması gerektiğine dair görüşler ilk olarak ABD Başkanlık Komisyonu raporlarında yer almış ancak bu görüşler kabul görmemiştir<sup>158</sup>. Yazılımların patent korumasından yararlanmasına ilişkin ABD’de görülen ilk dava ise “*Gottschalk v Benson*” isimli davadır. 1972 yılında görülen *Gottschalk v Benson* davasında, ikili sayı (“*binary*”) sisteminde kodlanmış sayıları ondalık sayılara çeviren bir yazılımın patent korumasından yararlanması talep edilmiş, mahkeme bu talebi soyut fikri kavramların patente konu olamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>159</sup>. Ancak bu kararı takip eden yıllarda ABD mahkemeleri yazılımların belirli şartlarla patent korumasından yararlanabileceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

İlk olarak 1981 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi *Diamond v Diehr* davasında, kauçuğun fırınlanması sürecinin bilgisayar yazılımı ile yönetildiği üretim sürecinin patentlenebileceğini kabul etmiştir<sup>160</sup>. Bu karar yazılımların patent korumasından yararlanabilmesi açısından bir dönüm noktası olmakla birlikte tek başına yazılımların patentlenebileceği anlamına gelmemektedir<sup>161</sup>.

Mahkeme kararında kauçuk döküm sürecine ilişkin olarak çözüm sunan bir yazılımın ortaya çıkardığı “*teknik etki*” göz önüne alındığında sürecin sırf yazılım marifetiyle yönetilmesi sebebiyle patentlenebilir olmadığına karar verilmesinin adil

<sup>157</sup> Mihai Avram, “Software Legal Protection: Shaping The EU Software Patent”, **University Of Amsterdam Law Forum**, Vol. 6/2, Spring, 2014, s. 22-36., s.23; Smith/Mann, s.244; Dalyan, s.48;

<sup>158</sup> Kaypakoğlu, s.31; Şahin, s.49.

<sup>159</sup> Avram, s.26; Smith/Mann, s.244; Dalyan, s. 48; Kaypakoğlu, s.32; Şahin, s.49.

<sup>160</sup> Bainbridge, **Computer**, s.119; Avram, s.26; Reed, s.342; Smith/Mann, s.244; Şahin, s.50.

<sup>161</sup> Kaypakoğlu, s.30; Dalyan, s.49; Avram, s.26; Smith/Mann, s.244. *Diamond v Diehr* davasından verilen karardan sonra ABD Mahkemelerinin yazılımların patentlenebilmesi konusunda daha liberal bir anlayışı benimsemeye başlamıştır. Bu yönde bkz. Bainbridge, **Computer**, s.10.

olmadığını belirtmiştir<sup>162</sup>. Kararda patent korumasından yararlanabilmesi öngörülen şey, tek başına yazılım değil, yazılımın çalışması sonucunda kauçuk döküm işlemi açısından keşfedilen yeni süreçtir. Dava konusu buluşta, yazılım lastiğin ideal sıcaklık ve ideal sürede fırınlanmasını sağlamak suretiyle arzu edilen teknik bir sonuç ortaya çıkmasını sağlamaktadır<sup>163</sup>. Söz konusu kararda mahkeme yazılımın kullanılması ile ortaya çıkan endüstriye uygulanabilir teknik etkiyi göz önüne alarak yazılımın süreçle birlikte patent korumasından yararlanabileceğine hükmetmiştir<sup>164</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Diamon v. Diehr* kararından sonra yazılımların teknik bir sonuca ulaşması şartıyla patent alabilmesinin önü açılmıştır. Belirtilmelidir ki ABD'de yazılımların patent korumasından yararlanmasını engelleyen açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı gibi patent korumasından yararlanabileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır<sup>165</sup>. Ancak mevcut durumda ABD'de yazılımların somut, teknik ve maddi bir sonuç doğurması şartıyla sınırlı olarak patent korumasından yararlanabilmesi mümkündür<sup>166</sup>.

Yazılımların patenlenebilmesine ilişkin benzer tartışmalar Avrupa'da da mevcuttur. Bu tartışmalar açısından “Avrupa Patent Sözleşmesi” (“*European Patent Convention*”) ve “Avrupa Patent Ofisi” (“*European Patent Office*”) kararları önem arz etmektedir.

APS'nin “*Patentlenebilir Buluşlar*” başlıklı 52. maddesinin birinci paragrafı şu şekildedir; “*Avrupa patentleri; yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması koşuluyla, teknolojinin tüm alanlarında, herhangi bir buluş için verilir*”. Söz konusu paragrafta hangi fikri ürünlerin patent korumasından yararlanabileceği düzenlenmektedir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü paragrafında ise hangi fikri ürünlerin “*buluş*” olarak kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. APS m.52 ikinci ve üçüncü paragrafı ise şu şekildedir; “*2) Paragraf 1'in içeriği dahilinde, özellikle aşağıda belirtilenler buluş olarak kabul edilmez:*

<sup>162</sup> Joseph Holland King, “Software Patentability After Prometheus”, **Georgia State University Law Review**, Vol.30, Issue 4, Art. 8, Summer 2014, s.1111-1139., s.1119; Şahin, s.50; Kaypakoğlu, s.32.

<sup>163</sup> Şahin, s.50; Dalyan, s.48.

<sup>164</sup> Avram, s.25; Reed, s.394.

<sup>165</sup> FülürYA Yusufoglu, **Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.105. Yazar ABD'de patent alınabilmesi için uyulması gereken katı kurallar bulunması nedeniyle yazılımların sadece cüz'i bir kısmının patent korumasından yararlanabildiğini belirtmektedir.

<sup>166</sup> Dalyan, s.49; King, s.1132 vd.; Reed, s.395; Yusufoglu, **Patent**, s.76.

a) keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler

b) estetik yaratmalar

c) zihni, ticari ve oyun faaliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar ve bilgisayar programları

d) Bilgi sunumları.”

“3) Paragraf 2, içinde belirttiği konu veya faaliyetlerle ilgili bir Avrupa patent başvurusu veya Avrupa patentinin, sadece bu konu ve faaliyetlerle ilgili kısımlarını patentlenebilirliğin dışında bırakır.

APS’nin “Patentlenebilir Buluşlar” başlıklı 52. maddesinin 1. ve 2. paragrafı incelendiğinde ilk bakışta 2. fıkra sebebiyle yazılımların hiçbir şekilde patent korumasından yararlanamayacağı düşünülebilir<sup>167</sup>. Ancak APS’nin 52. maddesinin 3. fıkrasında 2. madde içerisinde sayılan yazılım ve diğer öğelerin sadece kendilerinin ve uzantılarının patent korumasından yararlanamayacağı belirtilmiştir. APS m.52 bir bütün olarak değerlendirildiğinde yazılımların tek başına patente konu olamayacağı ancak bir buluşun parçası olarak korunabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>168</sup>. Avrupa Patent Ofisi’nin de genel eğilimi yazılımların tek başına patente konu olamayacağı ancak bir buluşun parçası olarak patent korumasından yararlanabileceği yönündedir<sup>169</sup>.

Avrupa Patent Ofisi’nin yazılımların patent korumasından yararlanması konusunda önemli kararlarından bir tanesi IBM tarafından 1997 yılında yapılan başvuru üzerine verilen bir karardır<sup>170</sup>. Söz konusu kararda Avrupa Patent Ofisi bir yazılımın donanım ile birlikte çalışarak “teknik etki” meydana getirmesi durumunda patentlenebileceğine hükmetmiştir<sup>171</sup>. Avrupa Patent Ofisi bu kararından sonra

<sup>167</sup> Dalyan, s.49; Yusufoglu, **Patent**, s.106; Şahin, s.51; Bainbridge, **Computer**, s.10.

<sup>168</sup> Yazılımın buluşun bir parçası olduğu ve bu sayede yazılımında patent korumasından yararlandığı buluşlar “bilgisayar uygulamalı/destekli buluşlar” (“computer implemented inventions”) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Avram, s.27; Alain Strowel/Sinan Utku, “The Trends and Current Practices in the Area of Patentability of Computer Implemented Inventions within the EU and the U.S.”, EU Commision Final Report, Luxembourg 2016, s.1-45., s.15; Yusufoglu, **Patent**, s.104 vd.; Şahin, s.51.

<sup>169</sup> Yusufoglu, **Patent**, s.106; Şahin, s.54; Dalyan, s.49.

<sup>170</sup> Avram, s.27; Strowell/Utku, s.14 vd.; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s. 18 vd. Ayrıca bkz. European Patent Office, T 1173/97, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html> Erişim Tarihi: 01.04.2023)

<sup>171</sup> Avram, s.27; Yusufoglu, **Patent**, s.106; Şahin, s.53; Dalyan, s.50.

yazılımların bir buluşun parçası olarak patent korumasından yararlanabileceğini kabul etmeye başlamıştır<sup>172</sup>.

Avrupa Patent Ofisi yazılımların patent korumasından yararlanabilmesi için yazılımın çalışması sonucunda bir “*teknik etki*” meydana gelmesi şartını aramaktadır. Teknik etki ile kastedilen, yazılımın bir parçası olan buluşun belirli bir teknik soruna çözüm getiriyor olmasıdır<sup>173</sup>. Başka bir ifadeyle yazılımın çalışması ile belirli bir endüstriyel süreç veya bir sürecin güvenliği, haberleşme, iletişim veya veri yönetimi gibi teknik alanlarda bir fonksiyonun yerine getirilmesi gerekmektedir<sup>174</sup>. Burada yazılımdan beklenen, yazılımın donanım ile olağan etkileşiminin ötesinde bir sonuç doğurmasıdır<sup>175</sup>. Örneğin bir yazılım sayesinde, x-ray cihazının tüplerinin aşırı yüklenme tehlikesi olmadan optimum performansla kullanılabildiği durumda teknik bir etki meydana gelmiş olacak ve yazılımın patent korumasından yararlanması mümkün olacaktır<sup>176</sup>. Belirtilmelidir ki bu tür buluşlarda yazılımın tek başına patent korumasından yararlanmasından ziyade yazılımla birlikte buluşun bütününe patent korumasından yararlanması söz konusudur<sup>177</sup>.

Yukarıda açıkladığımız üzere hem ABD’de hem de Avrupa’da belirli şartların sağlanması durumunda yazılımların patent korumasından yararlanması söz konusu olmakla birlikte her iki yabancı hukukta da yazılımların patent korumasından yararlanmasına ilişkin şartlar açık ve kesin olarak belirli değildir<sup>178</sup>. Ancak genel olarak yazılımların Avrupa’da patent korumasından yararlanmasının ABD’ye göre daha sıkı koşullara bağlı olduğu söylenebilir<sup>179</sup>.

## **bb) Türk Hukukunda Yazılımların Patent Korumasından Yararlanması**

Türk hukukunda buluşlara patent verilmesine ilişkin şartlar 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda düzenlenmiştir. SMK’nın 82 maddesinin 2. fıkrasında APS

---

<sup>172</sup> Avram, s.27; Yusufoglu, **Patent**, s.106; Şahin, s.53; Dalyan, s.50.

<sup>173</sup> Yusufoglu, **Patent**, s.154; Dalyan, s.50.

<sup>174</sup> Strowel/Utku, s.15 vd.

<sup>175</sup> Yusufoglu, **Patent**, s.108; Şahin, s.53; Dalyan, s.50.

<sup>176</sup> Yusufoglu, **Patent**, s.155; Şahin, s.53.

<sup>177</sup> Yusufoglu, **Patent**, s.155; Şahin, s.53.

<sup>178</sup> Strowel/Utku, s.44.

<sup>179</sup> Şahin, s.57; Dalyan, s.49.

m.52 paragraf 1 ve 2'ye paralel şekilde nelerin buluş sayılmayacağı tek tek belirtilmiştir. SMK m. 82/2 şu şekildedir;

*“Aşağıda belirtilenler buluş niteliğinde sayılmaz. Patent başvurusu veya patentin aşağıda belirtilen konu veya faaliyetlerle ilgili olması hâlinde, sadece bu konu veya faaliyetlerin kendisi patentlenebilirliğin dışında kalır:*

*a) Keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler.*

*b) Zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara ilişkin plan, kural ve yöntemler.*

*c) Bilgisayar programları....”*

SMK m.82/2-(c) bendinde yazılımlara patent verilemeyeceği açıkça hüküm altına alınmış olmakla birlikte tıpkı APS m.52 üçüncü paragrafta olduğu gibi sadece sayılan konu ve faaliyetlerin tek başlarına patentlenebilirliğin dışında kaldığı belirtilmektedir. Yazılımların patentlenmesine ilişkin SMK'da yer alan bu düzenleme APS'de yer alan düzenleme ile paralel niteliktedir. SMK ile APS'de yer alan düzenlemelerin paralel nitelikte olması ve Türkiye'nin APS'ye taraf olması göz önüne alındığında yazılımların patent korumasından yararlanmasına ilişkin uygulamanın Türk Hukuku açısından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Her ne kadar APS'ye taraf olan devletlerin kendi mevzuatlarını APS'ye uyumlu hale getirme yükümlülüğü olmasa da bu devletlerin APS'yi kendi ülkelerinde uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>180</sup>. Bu açıdan özellikle Avrupa patenti almış bir buluşun gerekli prosedürü yerine getirmesi halinde APS'ye taraf olan diğer ülkelerde verilmiş bulunan bir ulusal patent ile aynı hakları sağlaması gerekmektedir. Aksi bir uygulama eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>181</sup>.

Tüm bu açıklamalarımız kapsamında Türk Hukuku açısından Avrupa'da olduğu gibi yazılımların tek başına patent korumasından yararlanamayacağı ancak *“teknik etki”* şartını yerine getirmeleri kaydıyla bir buluşun parçası olarak patent korumasından yararlanacağı söylenebilir<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> Yusufoglu, **Patent**, s.88.

<sup>181</sup> Dalyan, s.51; Şahin, s.56.

<sup>182</sup> Dalyan, s.52; Yusufoglu, **Patent**, s.89; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.216; Topaloglu, **Bilgisayar**, s.98; Şahin, s.56.

## b) Yazılımların Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Korunması

Liberal ekonomilerde piyasadaki rekabetin dürüstlük kuralları çerçevesinde yürütülmesi ve bu sayede kişilerin sarf ettikleri emek nispetinde rekabet ortamından kazançlı çıkmaları esastır<sup>183</sup>. Hem yabancı hukuklarda hem de Türk hukukunda rekabet ortamının temini için “*haksız rekabet*” hükümleri öngörülmüştür. Türk Hukuku’nda hem TBK’da hem de TTK’da haksız rekabete ilişkin hükümler yer almaktadır. Yazılımların da ekonomik getirisinin yüksek olması ve ticari hayatta sıklıkla kullanılmaları sebebiyle haksız rekabet hükümlerine göre korunmaları söz konusu olabilecektir<sup>184</sup>. Bir yazılımın hem FSEK’te düzenlenen eser korumasından yararlanması hem de haksız rekabet hükümlerine göre korunması mümkündür. Ancak bir yazılımın eser korumasından yararlanabilmesi için eser olma şartı bulunmakta iken haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmesi için eser olma şartı bulunmamaktadır<sup>185</sup>. Bu kapsamda yazılımların somut olaya göre haksız rekabet hükümlerinden yararlanmaları mümkündür. Örneğin yazılım konusunda faaliyet gösteren rakip iki işletmeden birinin piyasaya sürdüğü yazılımın kaynak kodlarına ulaşılması suretiyle kopyalanması ve kopyalanan yazılımın rakip firma tarafından piyasaya sürülmesi durumunda söz konusu yazılımın FSEK kapsamında eser niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın “*haksız rekabet*” hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Rakip iki firma arasında yukarıda açıkladığımız şekilde fiillerin gerçekleşmesi halinde TTK. m.55/1-d kapsamında<sup>186</sup> bir haksız rekabet fiili gerçekleşmiş olacak ve yazılımın haksız rekabet korumasından yararlanması söz konusu olacaktır.

<sup>183</sup> Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 19. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2022, s.365 vd.

<sup>184</sup> Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.33; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.99; Kaypakoğlu, s.34; Adem Yelmen, “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, **DEÜHFD**, C.22, Sayı 2, 2020, s.991-1019., s.1005; Bainbridge, **Computer Law**, s.100 vd.

<sup>185</sup> Dallyan, s. 52. Doktrinde Poroy/Yasaman fikri ürünlerin hem fikri hukuka göre hem de haksız rekabet hükümlerine göre aynı anda korunabileceğini belirtmektedir. Yazarlar bu korumayı “*kümülatif*” koruma olarak adlandırmakta ve her iki korumanın amaçlarının farklı olması sebebiyle birlikte uygulanabileceklerini belirtmektedir. Ayrıca fikri hukukun eseri koruma amacı güttüğünü haksız rekabet hükümlerinin ise rekabet ortamını koruma amacını güttüğünü belirtmektedirler. Bkz. Poroy/Yasaman, s.366. Doktrinde Topaloğlu ise Poroy/Yasaman’ın aksine yazılımın eser olarak korunduğu hallerde “*haksız rekabet*” hükümlerinin uygulanmayacağı görüşündedir. Bkz. Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.100.

<sup>186</sup> TTK m.55/1-d: “Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

Yazılımların haksız rekabet hükümlerine göre korunmasına ilişkin her somut durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir birlikte TTK ve TBK’ da düzenlenen “*haksız rekabet*” hükümlerinin uygulanmasını gerektiren fiillerin işlenmiş olması halinde yazılımların da bu korumadan yararlanmaları mümkündür<sup>187</sup>.

### c) Yazılımların Borçlar Hukuku Hükümleri Kapsamında Korunması

Yazılımlar, üretilme aşamasından kullanıcılara sunulduğu aşamaya kadar birçok farklı sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır. Yazılımların konu edildiği sözleşmelerde özellikle lisans verenler menfaatlerini korumak ve yazılımın kopyalanmasının önüne geçmek amacıyla sözleşmede birtakım koruyucu hükümler öngörmektedir<sup>188</sup>. Sözleşmede yer alan bu tür hükümler, yazılımların sözleşme hükümleriyle korunmasını amaçlamaktadır.

Esasen yazılımların sözleşme hükümleri yani borçlar hukuku hükümleri kapsamında korunması aşağıda açıklayacağımız üzere tamamen ihtiyaç sebebiyle ortaya çıkmıştır. Bilgisayarların kullanıcılar tarafından ulaşılabilir hale geldiği 1960’lı yıllarda yazılımlar donanımaya yüklü şekilde kullanıcılara sunulmaktaydı. Bu nedenle yazılım firmaları donanımaya yüklü olan yazılımlar için herhangi bir lisans sözleşmesi akdedilmesi yoluna gitmemekte doğrudan yazılımın yüklü olduğu donanımı satışa sunmaktaydı<sup>189</sup>. Bu dönemde yazılımların korunması ihtiyacı bulunmamaktaydı. Ancak ABD’de yaşanan ve yazılım ile donanımların ayrı şekilde piyasaya sunulmasına neden olan gelişmeler yazılımların lisans alana sunulmadan önce sözleşme yapılmasını gerekli kılmaya başladı<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Topaloğlu, **Bilişim**, s.64; Dalyan, s.53; Kaypakoğlu, s.37; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.36; Yelmen, s. 1005; Yusifoğlu, **Bilgisayar**, s.23.

<sup>188</sup> Yelmen, s.1004; Aksu, s.33 vd.; Kaypakoğlu, s.34; Dalyan, s.54; Howar K. Szabo, “International Protection of Computer Software: “The Needs for Sui Generis Legislation”, **Loyala Of Los Angeles International And Comparative Law Review**, Vol.8/511, Los Angeles 1986, s.511-550., s.526.

<sup>189</sup> Heath, s.13; Michael J. Madison, “Reconstructing the Software Licenses”, **Loyala Universty Chicago Law Journal**, Vol.35, Issue 1, Fall 2003, s.275-340., s.311; Yusifoğlu, **Bilgisayar**, s.9; Şahin, s.46.

<sup>190</sup> Yazılımların donanımlarla birlikte piyasaya sürüldüğü dönemlerde yazılımın donanımdan ayrılması mümkün olmadığı için yazılımın tek başına korunması ihtiyacı bulunmamaktaydı. Ancak donanım ve yazılımların birbirinden ayrılmasını takiben yazılımların hukuken korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bkz. Madison, s.312.



ABD’de 1960’lı yıllarda donanım içerisinde yüklemiş yazılımların, doğrudan yazılım firmaları tarafından arada hiçbir distribütör veya satıcı bulunmaksızın kullanıcılara sunulması sebebiyle yazılım firmaları o dönemde çok büyük karlar elde etmeye başlamış ve bunun sonucunda piyasada tekelleşme iddiaları gündeme gelmiştir<sup>191</sup>. Bu iddialar uyarınca ABD Adalet Bakanlığı 1967 yılında IBM aleyhine tekelleşme iddiaları kapsamında soruşturma başlatmış ve 1969 yılında ise IBM’e karşı hukuk davası açmıştır<sup>192</sup>. Dava kapsamında çok sayıda duruşma yapılmış yüzlerce tanık dinlenmiş ve 1982 yılında davanın temelsiz olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmiştir<sup>193</sup>. Ancak davanın açılması yazılım sektöründe büyük bir değişikliği beraberinde getirmiştir. IBM davanın açılmasından sonra donanım ve yazılımların kullanıcılara artık ayrı olarak sunulacağını bildirmiş ve tüm pazarlama stratejisini değiştirmiştir<sup>194</sup>.

IBM yeni pazarlama stratejisinde, donanımı yani bilgisayarı kullanıcılara kira sözleşmesi ile kiraya vermekte hem de yazılım için aylık bazda ayrı bir ücret almaya başlamıştır. Bu sistemde donanımdan ayrı şekilde kullanıcılara sunulan yazılımların korunabilmesi için kullanıcılar ile sözleşme yapılmaya başlanmıştır<sup>195</sup>. Bu sözleşmelerde sıklıkla yazılımın bir “*ticari sır*” niteliğinde olduğu ve bu ticari sırrın hiçbir şekilde üçüncü kişilere aktarılamayacağı, yazılımın kaynak kodlarının hiçbir şekilde inceleme konusu yapılamayacağı yönünde hükümler yer almaktaydı. Esasen bu hükümlerin sözleşmelere konulmasının sebebi o yıllarda yazılımların hukuken ne şekilde korunacağını, yani fikri hukuk korumasından veya patent korumasından yararlanıp yararlanamayacağını yargı kararları ve mevzuat açısından belirsiz olmasından kaynaklanmaktadır<sup>196</sup>.

IBM’in donanım ve yazılımları ayrı şekilde fiyatlandırma stratejisini uygulamaya başlamasından sonra yazılım firmalarının sayısı artmış ve yazılımlar daha

---

<sup>191</sup> Heath, s.14; Madison, s.311; Şahin, s.46.

<sup>192</sup> Heath, s.14.

<sup>193</sup> Madison, s.311; Şahin, s.46.

<sup>194</sup> Donanım ve yazılımların birlikte piyasaya sunulduğu dönemde kullanıcılar ile yazılım firmaları arasında akdedilen sözleşmeler “*kira sözleşmesi*” (“*lease agreement*”) olarak isimlendirilmekteydi. Yazılım firmalarının bu sözleşmeleri kira sözleşmesi olarak nitelendirmesinin sebebi yazılımın mülkiyetinin yazılım firmasında kalması ve sadece kullanım hakkının belirli bir süre kullanıcıya verilmesi halinde yazılımı korumanın daha kolay olacağı düşüncesidir. Bkz. Madison, s.311.

<sup>195</sup> Heath, s.16.

<sup>196</sup> Heath, s.15; Madison, s.315.

sık kullanılmaya başlanmıştır. Yazılımların çok sayıda kullanıcıya sunulmasıyla birlikte her bir yazılım ve her bir kullanıcı ile yazılı birer lisans sözleşmesi yapılması oldukça elverişsiz bir yöntem haline gelmiştir. Yazılım firmaları bu eksikliği gidermek amacıyla “*shrink-wrap*” olarak adlandırılan sözleşme akdetme yöntemini geliştirmiştir. Bu sözleşme yapma biçiminde sözleşme hükümleri yazılımın kayıtlı olduğu veri taşıyıcısının paketi üzerinde veya kutunun içerisinde basılı şekilde yer almakta, kutunun üzerinde ise kutunun açılması halinde sözleşme hükümlerinin kabul edilmiş sayılacağına ilişkin yazılı bir uyarı bulunmaktaydı<sup>197</sup>.

Shrink-wrap şeklindeki sözleşmelerin kullanılmaya başlandığı dönemde yazılımların fikri hukuk kapsamında korunacağına ilişkin yargı kararları ve mevzuat değişiklikleri gerçekleşmeye başlamış olmasına rağmen, yazılım firmaları lisans sözleşmelerine yazılımlarının korunmasına yönelik hükümler koymayı sürdürmüşlerdir. Bunun sebebi ticari olarak çok değerli birer ürün olan yazılımların kümülatif olarak hem kanundan doğan fikri hukuk korumasından hem de sözleşmesel korumadan yararlanmasının sağlanmasıdır. Günümüzde shrink-wrap lisans sözleşmelerinin yerini “*click-wrap*” sözleşmeler almış olmakla birlikte halen lisans sözleşmelerinde sıklıkla yazılımların korunmasına ve lisans alanın kullanımını kısıtlamaya yönelik hükümlere rastlanmaktadır<sup>198</sup>. Yazılımı koruma amacıyla sözleşmeye konulan bu tür hükümlerin geçerlilikleri, yazılım lisans sözleşmesine uygulanacak emredici kanun hükümleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Biz de tezimizin ilerleyen bölümlerinde uygulamada sıklıkla kullanılan bu hükümlerin geçerliliğini inceleme konusu yapacağız<sup>199</sup>.

### 3) Yazılımların FSEK Kapsamında Eser Olarak Korunması

#### a) Yazılımların Eser Niteliği

Türk hukukunda yazılımların eser niteliğine sahip olduğuna ilişkin açık hüküm, 1995 yılında 4110 sayılı Kanun ile FSEK’te yapılan değişiklik sonucunda

<sup>197</sup> Heath, s.17; Madison, s.314; Bainbridge, **Computer**, s.265.

<sup>198</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin akdedilme yöntemleri hakkında bkz. III. Bölüm-A vd.

<sup>199</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde sıklıkla kullanılan kayıtların geçerliliğine ilişkin bkz. IV. Bölüm-A vd.

mevzuatımıza dahil olmuştur<sup>200</sup>. Ancak söz konusu açık hüküm FSEK’e eklenmeden önce de yazılımların eser niteliğine sahip olduğu bazı yargı kararlarında kabul görmekteydi<sup>201</sup>. FSEK’in 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmiş güncel halinde yazılımların eser niteliği açıkça hüküm altına alınmıştır.

FSEK m.2/1’de yazılımlar, “*Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları,*” şeklindeki tanımlama ile “*ilim ve edebiyat eserleri*” arasında sayılmıştır. FSEK m.2/1 “*bağımsız eser*” niteliğine sahip yazılımları düzenlemekte iken FSEK m.6/10 “*işleme eser*” niteliğindeki yazılımları düzenlemektedir.

FSEK m.6/10’da “*Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması;*” işleme eserler arasında sayılmıştır. İşleme eser başka bir eserden yararlanmak suretiyle meydana getirilen ve işleyenin hususiyetini taşıyan eserlerdir<sup>202</sup>. FSEK m.6/10 uyarınca bir yazılımın uyarlanması, düzenlenmesi veya orijinal yazılım üzerinde herhangi bir değişiklik yapılması halinde yeni ortaya çıkan eser “*işleme eser*” niteliğine sahip olacaktır. İşleme eserler, başka bir eserden yararlanmak suretiyle yaratılmasına rağmen işleme eserler de bağımsız bir fikri çabanın ürünüdür. Bu nedenle işleme eserler her ne kadar başka bir eserden yararlanılmak suretiyle meydana getirilmiş olsa bile bağımsız bir eser niteliğine sahiptir<sup>203</sup>. FSEK’in yazılımlara ilişkin düzenlemeleri uyarınca, yazılımlar edebi eser

<sup>200</sup> 4110 Sayılı Kanun’un 1. maddesi ile “*İlim ve Edebiyat Eserleri*” başlıklı FSEK m.2’ye yazılımlara ilişkin birinci fıkra eklenmiştir. “*İşlemeler ve Derlemeler*” başlıklı 6. maddeye ise 10. fıkra eklenmiştir. Bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.24; Arkan, **II. Bölüm**, s.471; Tekinalp, s.117; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.63; Kaypakoglu, s.51.

<sup>201</sup> Danıştay 10. Dairesi, 27.10.1994 T.,1992/4550 E.,1994/1856 K. : “...Anılan Yasanın 2. maddesi 1. fıkrasında ise “herhangi bir şekilde dil ile ifade olunan bütün eserler” ilim ve edebiyat eseri olarak belirlenmiştir. Dil ile ifade olunan eserler geniş bir fikir alanını kapsarlar. Buna göre, korumanın tek gereği, fikir içeriği herhangi bir şekilde dil ile ifade edilen eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Bir bilgisayar dili ile ifade olunan ve bilgisayar sisteminin diğer bileşenleri ve kullanıcıları ile birlikte çalışması ve iletişimi işlevini üstlenen bilgisayar program sonucunu doğuran hazırlık tasarım çalışmaları ile birlikte ve her biçim altındaki ifadeleriyle; eser sahibinin kendi fikrî yaratımı anlamında özgün ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 2/1 maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunacaktır.” Danıştay kararında dil ile ifade olunan eser kavramını geniş yorumlamak suretiyle 4110 sayılı değişiklikten önce de yazılımların ilim ve edebiyat eseri olarak korunacağına kanaat getirmiştir. Kararın tam metni için bkz. [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 08.07.2022)

<sup>202</sup> İşleme eserler asıl eserden türetilen bir eser olmasına rağmen yaratıldığında asıl eserden bağımsız bir eser haline gelir. Bir eserin işlenmesi için FSEK m.21 kapsamında orijinal eserin sahibinin izni gereklidir. Bkz. Öztan, s.157; Tekinalp, s.133; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.147.

<sup>203</sup> Tekinalp, s.132; Öztan, s.157; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.147.

olmakla birlikte, FSEK m. 2/1 uyarınca bağımsız bir eser veyahut m.6/10 uyarınca işleme eser niteliğine sahip olabilirler<sup>204</sup>.

Yazılımların “işleme hakkı” FSEK m.21 kapsamında münhasıran eser sahibine aittir. Bir yazılımın eser sahibinden izin alınmaksızın düzenlenmesi, uyarlanması veyahut üzerinden herhangi bir değişiklik yapılması eser sahibinin mali hakkını ihlal edecektir<sup>205</sup>. Yazılım üzerindeki işleme hakkının kullanımının münhasıran eser sahibine ait olması kuralının istisnasını ise FSEK m.38/2 oluşturmaktadır. FSEK m.38/2’ye göre bir yazılımı hukuki yollardan edinen kişinin sözleşmede açıkça yasaklanmadıkça ve belirli şartları taşıması kaydıyla yazılımı işlemesi hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>206</sup>.

1995 yılında 4110 sayılı Kanun ile FSEK’e eklenen yazılımlara ilişkin hükümler, AET’nin (“Avrupa Ekonomik Topluluğu/European Economic Community”) 17.5.1991 tarihli 91/250 sayılı Direktif’inden alınmıştır<sup>207</sup>. Yazılımların hukukumuzda edebi eser olarak korunması Türkiye’nin taraf olduğu Bern Sözleşmesi ve AET’nin 91/250 sayılı Direktifi’ne paralel bir düzenleme niteliğindedir<sup>208</sup>.

Yazılımlar harf, şekil, sayı vb. karakterlerden oluşmakta ve farklı dillerde yazılabilmektedir<sup>209</sup>. Aynı zamanda yazılımların tıpkı bir roman gibi kağıda dökülmesinin de mümkün olduğu göz önüne alındığında FSEK’in yazılımların “edebi eser” olarak korunması yönündeki düzenlemelerinin yerinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Yazılımların hukuken korunması açısından diğer edebi eserlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Ancak bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için gerekli olan eser sahibinin hususiyetinin tespiti açısından farklı bir ölçüte başvurulması gerekmektedir.

---

<sup>204</sup> Tekinalp, s.117; Akdemir Kamalı, s.109; Erel, s.58; Kaypakoğlu, s.59; Topaloğlu, **Bilişim**, s. 21 vd.

<sup>205</sup> Yazılımın başka bir dile çevrilmesi, yazılımın başka bir yazılımla araişerliğinin sağlanması için yapılan değişiklikler ve diğer değişiklikler kural olarak eser sahibinin iznine tabidir. Ancak yazılım üzerinde araişerliğin sağlanması amacıyla yapılacak değişiklikler, FSEK m.38’de yazılımı hukuki yollardan edinen kimse tarafından ve kanunda yer alan şartlara uygun olarak yapılmakta ise eser sahibinin iznine tabi değildir. Bkz. Tekinalp, s.139; Dalyan, s.122; Kaypakoğlu, s.74 vd.

<sup>206</sup> Yazılımı hukuki yollardan edinen kimsenin kanundan doğan “işleme hakkı” konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. III. Bölüm-C-3-(cc).

<sup>207</sup> Tekinalp, s.117; Akdemir Kamalı, s.108; Erel, s.59; Dalyan s.63.

<sup>208</sup> Tekinalp, s.117; Dalyan, s.52; Kaypakoğlu, s.59; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.77 vd.

<sup>209</sup> Dalyan, s.68; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.23; Kaypakoğlu, s.5; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.47.

## b) Yazılımların Eser Olarak Korunması İçin Gereken Şartlar

### aa) Objektif Şart

Fikri hukukun temel kavramlarından biri “eser”dir. Fikri hukukta sadece “eser” niteliğine sahip olan fikri ürünler eser korumasından yararlanabilir<sup>210</sup>. Başka bir deyişle sadece belirli şartları taşıyan fikri emek ürünleri eser korumasından yararlanabilecektir. Ancak eser niteliğine sahip olmayan fikri emek ürünlerinin de hukuken korunmaları mümkündür. Eser niteliğine sahip olmayan bu tür fikri emek ürünleri eser korumasından değil kanunda belirtilen diğer hukuki korumalardan yararlanacaktır<sup>211</sup>.

Örneğin her ne kadar eser vasfına sahip olmasalar bile ad ve alametler, işaret, resim ve sesler, mektuplar FSEK kapsamında koruma altındadırlar<sup>212</sup>. Benzer şekilde “know-how” şeklinde adlandırılan üretim, pazarlama ve işletme tekniklerine ilişkin bilgilerin birer fiili durum teşkil ettiği ve haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunacağı doktrinde kabul edilmektedir<sup>213</sup>.

Eser kavramının tanımı, “Tanımlar” başlıklı FSEK m.1/B-(a) bendinde “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini... ifade eder*” şeklinde yapılmıştır. Doktrinde bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için o fikri ürünün “*subjektif/esasa ilişkin*” ve “*objektif/şekle ilişkin*” şartları yerine getirmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>214</sup>. Bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için gerekli olan “*objektif şart*” o fikri ürünün FSEK’te tanımlanmış olan eser türlerinden birine dahil olması şeklinde tanımlanabilir<sup>215</sup>. Eser türleri FSEK m. 1/B-(a) bendinde, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema şeklinde olmak üzere dört ana kategori ve başka bir eserden

<sup>210</sup> Erel, s.51; Öztan, s.81; Tekinalp, s.104; Arslanlı, s.2; Ayiter, s.35.

<sup>211</sup> Erel, s.221; Öztan, s.752; Tekinalp, s.287; Arslanlı, s.49; Ayiter, s. 67; Öğüz, s.12.

<sup>212</sup> Erel, s.227 vd.; Öztan, s.752 vd.; Tekinalp, s.287 vd.

<sup>213</sup> Know-how olarak isimlendirilen teknik bilgi ve deneyimlerin sınai hak niteliğine sahip olmadığı ancak hukuken korunduğu yönünde bkz. Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikli Sınai Değerler**, s.582; Öğüz, s.13 vd.

<sup>214</sup> Erel, s.52; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.119; Öztrak s.13; Arslanlı, s.4. Doktrinde bazı yazarlar ise bir fikri ürünün eser sayılabilmesi “*insan tarafından yaratılmış olma*”, “*estetik muhtevaya sahip olma*”, “*dış dünya tarafından algılanabilir olma*” gibi şartların da yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazarların aradıkları bu şartlar genellikle “*hususiyet*” kavramının ne olduğuna ilişkin görüş farklılıklarından kaynaklanmaktadır.Bkz. Tekinalp, s.113; Öztan, s.82; Ayiter, s.38 vd.

<sup>215</sup> Erel, s.2; Ayiter, s.37 vd.; Öztan, s.8; Tekinalp, s.114; Öztrak, s.15; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.128.

istifade suretiyle meydana getirilen “işlemeler” olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bent içerisinde dört ana kategori şeklinde sayılan eser türleri sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olup, bu eser türleri haricinde yeni bir eser türü yaratılamaz<sup>216</sup>.

Eser türlerinin sınırlı sayı ilkesine tabi olması sadece FSEK m.1/B-(a) bendinde belirtilen ana eser kategorileri için geçerlidir. FSEK m.1/B-(a) bendinde dört ana grup halinde eser kategorileri sayılmakla birlikte, bu dört ana kategori içerisinde yer alan eserler FSEK m.2, 3, 4 ve 5’te örnekseme yoluyla hüküm altına almıştır<sup>217</sup>. Bu nedenle sınırlı sayı ilkesi sadece ana eser kategorilerinde geçerli olup, FSEK m.2, 3, 4 ve 5’te örnekseme yoluyla sayılan eserler için geçerli değildir. Kanun koyucu, kültürel ve teknik alanda yaşanabilecek gelişmeler sonucunda yeni eser türlerinin ortaya çıkması ihtimalini göz önüne alarak alt kategorideki eser türlerini örnekseme yoluyla tanımlamıştır. Bu kapsamda teknik ve kültürel gelişmeler sonucunda yeni ortaya çıkan eser türlerinin örnekseme yoluyla sayılan eser tiplerinden birine dahil edilmesi mümkün kabul edilmektedir<sup>218</sup>.

#### **bb) Subjektif Şart (Orijinallik)**

Bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için biri objektif diğeri ise sübjektif şart olmak üzere iki şartı karşılaması gerekmektedir. FSEK m.2/1 uyarınca bir yazılımın dil, yazı veya herhangi bir şekilde ifade edilmiş olması halinde, eser olmanın objektif şartı yerine getirilmiş olacaktır<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> FSEK m.2: “İlim ve edebiyat eserleri şunlardır:

1. Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları,

2. Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimlar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri

3. Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle,

her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.

Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.”

<sup>217</sup> Erel, s.55; Ayiter, s.37 vd.; Öztan, s.81; Tekinalp, s.114; Öztrak, s.16; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.135 vd.

<sup>218</sup> Erel, s.55; Ayiter, s.37 vd.; Öztan, s.81; Tekinalp, s.114; Öztrak, s.16; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.135 vd.

<sup>219</sup> Bir fikri ürünün kanunda belirlenen formda ifade edilmiş olması yani FSEK’te belirlenmiş eser türlerinden birine dahil olması halinde, eser olmanın şartlarından “objektif şart” gerçekleşmiş

Fikri ürünün eser sayılabilmesi için gerekli olan sübjektif şart ise o fikri ürünün eser sahibinin hususiyetini taşımasıdır<sup>220</sup>. Başka bir ifadeyle bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için belirli ölçüde fikri ve bağımsız bir çabanın ürünü olarak ortaya çıkması yani “özgün” olması gerekmektedir<sup>221</sup>. Eser sahibini hususiyetinin başka bir ifadeyle eserin özgün olmasının ne anlama geldiği konusunda FSEK’te açık bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde ise eser sahibinin hususiyetinin ne anlama geldiğine ilişkin olarak pek çok farklı görüş ileri sürülmektedir.

*Hirsch*’e göre eseri eser yapan onun yaratıcısından aldığı hususiyettir. Yalnızca herkes tarafından meydana getirilemeyen yani bir özelliği bulunan fikri ürünler fikri hukuk korumasından yararlanabilir<sup>222</sup>. Yazara göre eğer bir fikri ürün herkes tarafından meydana getirilebilecek nitelikte ise o fikri ürünün eser korumasından yararlanmasında herhangi bir hukuki yarar bulunmamaktadır<sup>223</sup>. Bu nedenle bir fikri ürünün hususiyeti o fikri ürünün yaratıcısının kişiliğinden aldığı özelliktir.

*Arslanlı* ise *Hirsch*’in görüşünü eleştirmekte ve bu görüşün kabul edilmesi durumunda eser korumasından yararlanması gereken fikri ürünlerin kapsamının daralacağını belirtmektedir<sup>224</sup>. Yazar’a göre fikri ürünün eser sayılabilmesi için gerekli olan sübjektif şart eserin meydana getirilmesinde eser sahibinin bağımsız bir fikri emeğinin bulunmasıdır<sup>225</sup>.

*Öztan* ise eser sahibinin hususiyetini, eserin sahibinin kendi yaratıcı mahsulü olması şeklinde tanımlamaktadır<sup>226</sup>.

*Tekinalp*’e göre ise eser sahibinin hususiyeti ne bağımsız bir fikri emek ne de eserin herkes tarafından meydana getirilememesini ifade etmektedir. Eser sahibinin

---

sayılacaktır. Örneğin Java programlama dilinde yazılmış olan bir talimatlar bütünü bir FSEK m.2/1’de bilgisayar programı için öngörülen formda olması sebebiyle objektif şartı yerine getirilmiş sayılacaktır. Bkz. Tekinalp, s.109; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.84; Dalyan, s.73; Erel, s.55; Akdemir Kamalı, s.24.

<sup>220</sup> Erel, s.52; Tekinalp, s.105; Öztan, s.93; Ayiter, s.37; Arslanlı, s.5.

<sup>221</sup> Tekinalp, s.103; Ayiter, s.39; Arslanlı, s.7; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.28; Öztan, s.92; Erel, s.53; Gökyayla, s.70 vd.

<sup>222</sup> Ernst E. Hirsch, **Hukuki Bakımdan Fikri Say II**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1942 İstanbul, s.5 vd.

<sup>223</sup> Hirsch, s.5 vd.

<sup>224</sup> Arslanlı, s.6.

<sup>225</sup> Arslanlı, s.6. Benzer yönde bkz. Erel, s.53 vd.; Öztrak, s.4.

<sup>226</sup> Öztan, s.92.

hususiyeti eserin dışı aktarımında yani üslubunda aranmalıdır. Her eserin üslubu o eserin türüne göre ayrı ayrı değerlendirilerek fikri ürünün eser niteliği saptanmalıdır<sup>227</sup>.

Yukarıda açıkladığımız üzere bir fikri ürünün özgün olup olmadığının ne şekilde tespit edileceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ancak doktrinde fikri ürünün eser sayılabilmesi için gerekli olan özgünlük derecesinin o fikri ürünün türüne göre belirleneceği konusunda görüş birliği mevcuttur<sup>228</sup>. Örneğin kara kalem bir çizimin eser olabilmesi için taşınması gereken özgünlük derecesi ile bir fon müziğinin taşınması gereken özgünlük derecesi birbirinden farklıdır. Fikri ürünün eser olarak kabul edilecek düzeyde özgün olup olmadığı başka bir ifadeyle eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı o fikri ürünün dahil olduğu eser kategorisi açısından değerlendirilmelidir. Bu durum birer edebi eser olan yazılımlar açısından da geçerlidir. Özellikle yazılımların teknik açıdan diğer eser tiplerine göre farklı bir niteliğe sahip olması nedeniyle yazılımların eser olarak kabul edilebilmesi için gereken özgünlük derecesine ilişkin farklı bir kriter belirlenmesi gerekmektedir<sup>229</sup>.

Yazılımlar için özgünlük derecesine ilişkin kriter, FSEK'in yazılımlara ilişkin hükümlerinin kaynağını teşkil eden AET'nin 91/250 sayılı ve 2009/24 sayılı Direktifler'inde "*orijinallik*" ("*originality*") adı altında tanımlanmıştır<sup>230</sup>. 91/250 ve 2009/24 sayılı Direktifler'in 1. maddesinin 3.fıkrasına göre bir yazılım ancak "*orijinal*" olması durumunda eser sayılacaktır<sup>231</sup>.

91/250 sayılı AET Direktifi'nin 1.maddesinin 3. fıkrasına göre bir yazılım, eser sahibinin kişisel fikri yaratımı sonucunda ortaya çıkmış ise "*orijinal*" vasfına sahiptir ve eser olarak korunabilir<sup>232</sup>. Söz konusu fıkarda belirtilen orijinal olma niteliği ile kastedilen yazılımın kopya edilmemiş olması ve sahibinin fikri çabası sonucunda

<sup>227</sup> Tekinalp, s.105; Benzer bir görüş için bkz. Ayiter, s.36 vd.

<sup>228</sup> Hirsch, s.5 vd.; Ayiter, s.40; Tekinalp, s.106; Arslanlı, s.7; Öztan, s.94 vd.; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.28; Gökyayla, s.71; Erel, s.53.

<sup>229</sup> Erel, s.55; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.30; Akdemir Kamalı, s.108; Dalyan, s.76; Topaloğlu, **Bilişim**, s.23; Bainbridge, **Computer**, s.26.

<sup>230</sup> Erel, s.55; Akdemir Kamalı, s.109; Dalyan, s.77; Thomas Margoni, "The Harmonisation Of EU Copyright Law: The Originality Standart", **Global Governance of Intellectual Property in the 21 st Century**, Springer, Glasgow 2016, s.85-105., s.95.

<sup>231</sup> 91/250 sayılı Direktifi 1.maddenin 3. fıkrası: "*A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.*" Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN> (Erişim Tarihi: 12.07.2022)

<sup>232</sup> Erel, s.55; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.31; Şahin, s.82; Dalyan, s.77.



meydana gelmiş olmasıdır<sup>233</sup>. Yazılım eğer kendisini meydana getiren kişi veya kişilerin fikri yaratıcılığının ürünü ise kalitatif (niteliksel) veya estetik başka herhangi bir ölçü aranmayacaktır<sup>234</sup>. Yazılımın eser olarak korunması için gerekli olan tek şart, eser sahibinin kendi fikri emeğinin bir ürünü olarak ortaya çıkması olup, yazılımın işlevi veyahut diğer yazılımlara göre daha basit ya da karmaşık olması eser sayılması açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır<sup>235</sup>.

Başka bir ifadeyle bir yazılımın eser sayılabilmesi için gerekli olan subjektif şart asgari düzeyde bir fikri çabanın varlığını gerektirmektedir<sup>236</sup>. Bu kapsamda FSEK’te diğer eser türleri için aranan “*hususiyet*” kriteri yazılımlarda aranan “*orijinallik*” kriterine nazaran daha yüksek bir ölçüt niteliğindedir<sup>237</sup>.

Öyle ki orijinallik ölçütünde yazılımın sadece eser sahibinin fikri emeği sonucu ortaya çıkmış olması ve kopya edilmemiş olması eser korumasından yararlanabilmesi için yeterli kabul edilecek, hususiyet ölçütünde olduğu gibi “*var olandan başkasının yaratılması*” veya “*herkes tarafından meydana getirilememe*” gibi şartların varlığı aranmayacaktır. Bunun sonucunda ise yazılımlar, hususiyet ölçütüne nazaran daha kolay bir şekilde eser niteliğine sahip kabul edilecek dolayısıyla eser korumasından yararlanacaklardır.

FSEK’te yazılımların eser sayılmasına ilişkin subjektif şartın yerine getirilip getirilmediğinin tespiti açısından orijinallik ölçütünün uygulanması gerektiği yönünde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca FSEK’te eser sahibinin hususiyetinin her bir eser türüne göre ayrı ayrı belirlenmesi gerekliliği ve Direktifler’in FSEK’in yazılımlara ilişkin hükümlerinin mehzazı olması sebebiyle orijinallik kriterinin Türk hukuku açısından da uygulanması gerekmektedir<sup>238</sup>. Orijinallik kriteri uyarınca, bir yazılım eğer dil ile ifade edilebiliyor (objektif şart) ve yaratıcısının fikri emeğinin ürünü (subjektif şart) ise FSEK kapsamında eser korumasından yararlanabilecektir.

<sup>233</sup> Erel, s.55; Akdemir Kamalı, s.109; Dalyan, s.77; Topaloğlu, **Bilişim**, s.24; Margoni, s.94; Bainbridge, **Computer**, s.26.

<sup>234</sup> Dalyan, s.76; Topaloğlu, **Bilişim**, s.24; Margoni, s.94; Bainbridge, **Computer**, s.26.

<sup>235</sup> Dalyan, s.76; Bainbridge, **Computer**, s.33; Margoni, s.98.

<sup>236</sup> Dalyan, s.76; Akdemir Kamalı, s.109; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.83; Leith, s.157.

<sup>237</sup> Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.31; Şahin, s.77; Dalyan, s.76.

<sup>238</sup> Dalyan, s.76; Erel, s.54; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.89.

## D. YAZILIMLARIN ESER SAHİNİBİNE VERDİĞİ HAKLAR VE BU HAKLARIN SÖZLEŞMELERE KONU OLMASI

### 1) Eser Sahipliği Kavramı

FSEK uyarınca eser sahibinin eser üzerindeki hakkı, eserin meydana getirilmesiyle birlikte herhangi bir tescile bağlı olmaksızın kendiliğinden (“*ipso iure*”) doğar<sup>239</sup>. Bu nedenle eser niteliğine sahip bir fikri ürünün eser korumasından yararlanabilmesi için herhangi bir makama tescil edilmesine yahut bildirilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>240</sup>.

Edebi eser niteliğine sahip olan yazılımlar eser sahibine birtakım haklar vermektedir. Hukukumuz açısından bir eserin eser sahibine verdiği hakların hukuki niteliğine yönelik olarak farklı teoriler ileri sürülmüştür<sup>241</sup>. Bir eserin eser sahibine verdiği haklara ilişkin teoriler kısaca “*fikri mülkiyet teorisi*”, “*şahsiyet hakkı ve malvarlığı hakkı teorisi*”, “*dualist teori*”, “*monist teori*” “*eser sahipliği teorisi*” şeklinde sıralanabilir<sup>242</sup>. Ancak bu teorilerin ayrıntılarıyla incelenmesi tezimizin sınırlarını aşacağından biz sadece “*monist teori*”, “*dualist teori*” ve FSEK açısından geçerli olduğu kabul edilen “*eser sahipliği*” teorisine kısaca değineceğiz.

Eser sahibinin eser üzerindeki hakkının niteliğini açıklayan monist teoriye (“*tek cephe teorisi*”) göre eser, eser sahibine hem maddi hem de mali nitelikte haklar vermekte olup bu mali ve manevi haklar ayrılmaz bir bütün teşkil etmektedir<sup>243</sup>. Bu teoriye göre eser üzerinde mali ve manevi hakları (yetkileri) içeren tek bir hak vardır ve bu hakların birbirinden ayrılması mümkün değildir. Bu teori uyarınca mali ve manevi hakların birbirinden ayıramamasının bir sonucu olarak eser üzerindeki mali

<sup>239</sup> Tekinalp, s.149; Öztan, s.279; Ayiter, s.102; Aydınçık, s.11; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.14. Doktrinde Arslanlı ve Erel eserin doğumu ile fikri ürünün eser olarak korunmaya başlamasını birbirinden ayırmaktadır. Yazarlara göre eser üzerindeki haklar eserin meydana getirilmesi ile doğmakla birlikte eser korumasından yararlanabilmesi için eserin alenileşmesi gerekmektedir. Eser alenileşmediği takdirde şahıs varlığı hakları kapsamında korunacaktır. Bkz. Arslanlı, s.45; Erel, s.103.

<sup>240</sup> 26171 sayılı Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkındaki Yönetmeliğin 7. ve 8. maddeleri uyarınca yazılımların isteğe bağlı olarak tescil edilmesi mümkündür. Ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı nezdinde yapılacak bu tescil kurucu bir etkiye sahip olmayıp sadece ispat kolaylığı sağlamaktadır. Bkz. Tekinalp, s.149.

<sup>241</sup> Tekinalp, s.90; Öztan, s.23; Arslanlı, s.77; Erel, s.30 vd.; Ayiter, s.29 vd.; Gökyayla, s.124 vd.; Aydınçık, s.13 vd.

<sup>242</sup> Tekinalp, s.90; Öztan, s.23; Arslanlı, s.77; Erel, s.30 vd.; Ayiter, s.29 vd.; Gökyayla, s.124 vd.; Aydınçık, s.13 vd.

<sup>243</sup> Tekinalp, s.93; Öztan, s.35; Ayiter, s.33; Gökyayla, s.130; Aydınçık, s.21.

yahut manevi haklar devredilemez bu hakların sadece kullanma hakkı başkalarına devredilebilir<sup>244</sup>.

Dualist teori (“*çift cephe*”) teorisine göre ise eser üzerinde mali ve manevi hak olmak üzere iki tür hak grubu bulunmakta ve söz konusu iki hak grubu bir araya gelmek suretiyle eser üzerindeki hakkı oluşturmaktadır<sup>245</sup>. Bu teori uyarınca mali ve manevi haklar birbirinden tamamen ayrıdır. Bu nedenle mali hakların tamamen devredilmesi mümkündür ancak manevi haklar devredilmez niteliktedir<sup>246</sup>.

FSEK’te ise bir eserin eser sahibine verdiği haklar açısından “*eser sahipliği teorisi*” benimsemiştir<sup>247</sup>. Bu teoriye göre eser sahipliği denilen şey objektif bir hukuki durumdur ve bu “*objektif hukuki durum*” sebebiyle eser sahibi birtakım mali ve manevi yetkilere (haklara) sahiptir<sup>248</sup>. FSEK açısından benimsenen eser sahipliği teorisinin monist görüşü mü yoksa dualist görüşü mü yansıttığı doktrinde tartışmalıdır<sup>249</sup>.

Bazı yazarlar eser sahipliği teorisinde eser sahipliğinin devredilemez olması, mali ve manevi yetkilerin objektif hukuki durum (eser sahipliği) olarak nitelendirilen tek bir kaynaktan doğması nedeniyle monist görüşü yansıttığını belirtmektedir. Bazı yazarlar ise özellikle mali hakların devredilebilir olması sebebiyle FSEK’in dualist görüşü yansıttığını belirtmektedir<sup>250</sup>. Doktrinde eser sahibinin haklarının niteliğine ilişkin tartışmalar kısaca bu şekilde olmakla birlikte FSEK’te eser sahibinin haklarının sözleşmelere konu olması açısından temel ayrım mali hak-manevi hak ayrımı şeklinde yapılmaktadır. Biz de bu nedenle eser sahibinin haklarını bu temel ayrıma göre inceleyeceğiz.

---

<sup>244</sup> Tekinalp, s.93; Öztan, s.35; Ayiter, s.33; Gökyayla, s.130; Aydıncık, s.21.

<sup>245</sup> Tekinalp, s.92; Öztan, s.34; Ayiter, s.32; Gökyayla, s.129; Aydıncık, s.20.

<sup>246</sup> Tekinalp, s.92; Öztan, s.34; Ayiter, s.32; Gökyayla, s.129; Aydıncık, s.20.

<sup>247</sup> Tekinalp, s.93; Erel, s.34; Ayiter, s.33; Gökyayla, s.131; Aydıncık, s. 22.

<sup>248</sup> Tekinalp, s.93; Ayiter, s.33; Arslanlı, s.78; Erel, s.34; Gökyayla, s.131; Aydıncık, s.22.

<sup>249</sup> Eser sahipliği teorisinin monist görüşü yansıttığı yönünde bkz. Erel, s.34; Öztan, s.280; Tüysüz, s.49. Eser sahipliği teorisinin dualist görüşü yansıttığı yönünde bkz. Tekinalp, s.93; Gökyayla, s.132. Hem monist hem de dualist görüşe ilişkin düzenlemeler bulunduğu yönünde bkz. Ayiter, s.32 vd.; Aydıncık, s.23.

<sup>250</sup> Tekinalp, s.93; Gökyayla, s.132.

## 2) Mali ve Manevi Hak Ayrımı

FSEK’te eser sahipliğinin devredilmezliği ilkesi kabul edilmiştir<sup>251</sup>. Bir objektif hukuki durum olarak tanımlanabilecek olan “*eser sahipliği*” eseri meydana getiren kişiye ait olup, bu statünün başkalarına devri mümkün değildir. Ancak eser sahipliği statüsünün eser sahibine verdiği haklardan bir kısmının devri mümkündür. Eser sahipliği statüsü eser sahibine bir takım mali ve manevi haklar vermektedir<sup>252</sup>. Bu mali haklar (yetkiler), eser sahibinin o eserden iktisaden yararlanmasını sağlayan haklardır<sup>253</sup>. Manevi haklar ise daha çok eser sahibinin eser ile olan şahsi bağlantısını korumayı amaçlayan haklardır<sup>254</sup>. Hem mali haklar hem de manevi haklar süre yönünden sınırsız nitelikte değildir<sup>255</sup>. FSEK’te eser sahibinin mali ve manevi hakları sınırlayıcı biçimde sayılmıştır<sup>256</sup>.

Eser sahibinin manevi hakları FSEK’te dört başlık şeklinde düzenlenmiştir<sup>257</sup>. FSEK’in düzenlemesi uyarınca eser sahibinin manevi hakları “*eseri kamuya sunma hakkı (m.14)*”, “*eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı (m.15)*”, “*eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (m.16)*” ve “*eser sahibinin eserin üzerinde cisimlendiği malın malik ve zilyedine karşı olan hakları (m.17)*” şeklindedir.

Eser sahibinin mali hakları ise FSEK’te “*işleme hakkı (m.21)*”, “*çoğaltma hakkı (m.22)*”, “*yayma hakkı (m.23)*”, “*işaret, ses ve görüntü nakline yarayan aletlerle umuma iletim hakkı (m.25)*”, “*güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi (m.45)*” şeklinde düzenlenmiştir.

FSEK’te manevi hakların devredilemezliği ilkesi kabul edilmiştir<sup>258</sup>. Çünkü manevi haklar eser sahibinin manevi menfaatlerinin korunması amacıyla tanınmış ve

<sup>251</sup> Tekinalp, s.229; Ayiter, s.109; Arslanlı, s.170; Erel, s.294.

<sup>252</sup> Tekinalp, s.229; Ayiter, s.109; Arslanlı, s.170; Erel, s.294.

<sup>253</sup> Erel s.33; Gökyayla, s.130; Aydıncık, s.20; Erel, s.294.

<sup>254</sup> Ayiter, s.110. Tekinalp, s.160; Gökyayla, s. 144; Erel, s.136; Tüysüz, s.129. FSEK’in eser sahibinin manevi haklarını düzenleyen kısımda yer alan terimler birbiriyle uyumlu değildir. Manevi hakları düzenleyen m.14- m.17 hükümlerinin kenar başlığında “*hak*” terimi kullanılmışken m.14 ve m.15’de “*salahiyet*” terimi kullanılmıştır.

<sup>255</sup> Mali ve manevi hakların sağladığı korumanın süre yönünden sınırı için bkz. FSEK m.19. ve m.27.

<sup>256</sup> Tekinalp, s.162; Öztan, s.285; Ayiter, s.110; Erel, s.135; Gökyayla, s.143. Doktrinde Arslanlı’ya göre ise mali haklar sınırlı olmakla birlikte manevi hakların MK m.23 ve devamında yer alan kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler ile genişletilmesi mümkündür. Bkz. Arslanlı, s.80.

<sup>257</sup> Tekinalp, s.160; Erel, s.136; Tüysüz, s.129; Aydıncık, s.35.

<sup>258</sup> Tekinalp, s.229; Öztan, s.551; Erel, s.294; Ayiter, s.196; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.72; Gökyayla, s.235; Tüysüz, s.129; Aydıncık, s.28.

onun kişiliği ile bağlantılı haklardır<sup>259</sup>. Her ne kadar FSEK açısından manevi hakların devrine izin verilmesi bile mali hakkın devrinin gerektirdiği ölçüde mali hakka bağlı olan manevi hakkın da mali hakkı kullanan kişi tarafından kullanılabileceği kabul edilmektedir<sup>260</sup>. Bu kapsamda manevi hakların devri mümkün olmayıp sadece bu hakların kullanım yetkisinin eser sahibinin dışındaki kişilere bırakılması mümkündür<sup>261</sup>.

Manevi hakların aksine mali hakların tamamen devredilmesi veyahut bu hakların kullanma hakkının başkalarına devredilmesi FSEK uyarınca mümkündür. Bu husus FSEK m.48'den açıkça anlaşılmaktadır<sup>262</sup>. Bu kapsamda eser sahibi mali haklarını kısmen veya tamamen devredebileceği gibi bu hakları kullanma yetkisini de devredebilecektir. Mali hakları konu edinen sözleşmeler açısından önemli olan bir diğer durum ise mali hakları birbirine bağlı olmamasıdır. FSEK m.20 uyarınca mali haklar birbirine bağlı değildir. Mali hakların birbirine bağlı olmaması ile kastedilen her bir mali hak üzerinde yapılan tasarrufun birbirini etkilememesidir<sup>263</sup>. Örneğin bir eser üzerindeki çoğaltma hakkının devri o eserin çoğaltılmış nüshalarının aynı zamanda yayınlanabileceği anlamına gelmemektedir<sup>264</sup>. Aynı şekilde bir tablonun aslının bir kişiye satılması, o tabloyla ilgili işleme veyahut çoğaltma hakkını kapsamayacak ve bu haklar eser sahibinde kalacaktır<sup>265</sup>.

FSEK açısından bir yazılımın eser sahibine verdiği mali ve manevi haklar, yazılımlara ilişkin özel düzenlemeler<sup>266</sup> ve “çoğaltma hakkı” haricinde bir edebi eserin verdiği mali ve manevi haklardan herhangi bir farklılık göstermemektedir. Biz de çoğaltma hakkının yazılımlar açısından yarattığı farklılık ve bu farklılığın paket

<sup>259</sup> Tekinalp, s.162; Öztan, s.287; Aydınçık, s.35; Tüysüz, s.50.

<sup>260</sup> Örneğin eser üzerindeki yayma hakkının devrinde manevi haklardan olan kamuya sunma yetkisinin de yayma hakkını kullanan kişi tarafından kullanılacağı kabul edilmektedir. Bkz. Ayiter, s.196; Erel, s.294; Gökyayla, s.145; Aydınçık, s.28.

<sup>261</sup> Tekinalp, s.164; Erel, s.137; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.76.

<sup>262</sup> Eser üzerindeki mali hakkın devri ve bu hakların lisans sözleşmelerine konu olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-D-4 vd.

<sup>263</sup> FSEK m.20/1- (cümle 2 ve 3): “Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez.” Mali hakların birbirleriyle bağlantılı olmadığı yönünde bkz. Tekinalp, s.181; Erel, s.303; Aydınçık, s.32; Gökyayla, s.161; Arbek, s.137.

<sup>264</sup> Erel, s.158; Aydınçık, s.32.

<sup>265</sup> Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.81.

<sup>266</sup> FSEK m.38/2 ve devamında yer alan hükümlerde yazılımı hukuki yollardan edinen kişilere birtakım yetkiler tanınmıştır. Söz konusu düzenleme yazılımlara ilişkin özel düzenlemeler niteliğindedir. FSEK m.38/2 ve devamında yer alan hükümlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. III. Bölüm-C-3-(aa)-(bb) ve (cc).

yazılım lisans sözleşmeleri ile olan bağlantısı sebebiyle mali haklardan sadece çoğaltma hakkını inceleme konusu yapacağız.

### 3) Yazılımlar Açısından Çoğaltma Hakkı

#### a) Klasik Anlamda Çoğaltma Hakkı

Eser sahibinin mali hakları, ona eserden ekonomik olarak yararlanma imkanı veren mutlak haklardır<sup>267</sup>. Mali hakların mutlak niteliği sebebiyle üçüncü kişilerin eserden hangi süre ve şekilde yararlanacağı tamamen eser sahibi tarafından belirlenir<sup>268</sup>. Çoğaltma hakkı eser sahibinin eserden ekonomik olarak faydalanmasını temin eden en eski ve en yaygın şekilde kullanılan mali haktır<sup>269</sup>.

FSEK m.22/1’de bir eserin aslının ya da nüshalarının herhangi bir yöntemle tamamen veya kısmen, doğrudan ya da dolaylı, geçici veyahut sürekli olarak çoğaltılması hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir<sup>270</sup>. Çoğaltma hakkı mutlak nitelikte mali bir haktır. Çoğaltma hakkının mutlak niteliği sebebiyle üçüncü kişiler tarafından eser sahibinin izni olmaksızın yapılan çoğaltma, eser sahibinin mutlak hakkını ihlal edecektir. Eser sahibi çoğaltma hakkını devredebileceği gibi üçüncü kişilere çoğaltma yetkisi de verebilir.

Çoğaltma kavramı FSEK m.22/2’de; *“Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir”* şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>267</sup> Tekinalp, s.180; Kaya, s.436; Erel, s.157; Dalyan, s.126.

<sup>268</sup> Tekinalp, s.180; Kaya, s.437; Erel, s.157; Dalyan, s.126; Aydınçık, s.30; Akdemir Kamalı, s.132.

<sup>269</sup> Tekinalp, s.184; Kaya, s.436; Erel, s.157; Dalyan, s.126.

<sup>270</sup> FSEK m.22/1: *“Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”*

Teknik açıdan çoğaltma işlemi, eserin aynen tekrarlanması ve maddi bir varlık olarak nesneleştirilmesidir<sup>271</sup>. Bir işlemin çoğaltma sayılabilmesi için o eserin aslının yerine yararlanmayı sağlayacak tek bir nüshanın dahi çıkarılmış olması yeterlidir<sup>272</sup>. FSEK m.22/2’de eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi de çoğaltma sayılmıştır. FSEK m.22’ye göre çoğaltma sadece eserin fiziken bir nüshasının yaratılması şeklinde anlaşılmamalıdır.

Bir fiilin çoğaltma olup olmadığı söz konusu eser tipine göre belirlenmelidir. Bir fiilin çoğaltma fiili sayılabilmesi açısından önemli olan husus eserden ne şekilde yararlanmak mümkünse o eserin aslı olmadan yararlanmayı mümkün kılacak bir kopyasının yapılmasıdır<sup>273</sup>. Bu kapsamda bir yazılımın internetten lisanssız bir şekilde indirilmesinin sağlanması veya kullanıcıların birbiriyle yazılımları paylaşmaları çoğaltma hakkının ihlali olarak kabul edilecektir<sup>274</sup>.

#### b) Çoğaltma Hakkının Yazılımlardaki Özel Görünümü

Klasik çoğaltma fiilinin gerçekleşebilmesi için bir eserden aslının yerine yararlanmayı sağlayacak olan bir nüshanın (suretin) çıkartılması gerekmektedir. Kanun koyucu yazılımların diğer eser tiplerine nazaran farklı niteliği sebebiyle yazılımlar açısından klasik çoğaltma kavramından farklı bir düzenleme getirmiştir<sup>275</sup>.

FSEK m.22/3’te yazılımlar açısından çoğaltma hakkı; “Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca yazılımların geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, bir yazılımın yüklenmesi, görüntülenmesi,

<sup>271</sup> Tekinalp, s.184; Öztan, s.354; Erel, s.162; Kaya, s.438; Akdemir Kamalı, s.133; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.138.

<sup>272</sup> Tekinalp, s.184; Kaya, s.439; Erel, s.163; Dalyan, s.127; Akdemir Kamalı, s.134; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.139.

<sup>273</sup> Tekinalp, s.184; Erel, s.164; Dalyan, s.127.

<sup>274</sup> Tekinalp, s.185; Dalyan, s.134; Akdemir Kamalı, s.132; Kaya, s.439; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.140; Bainbridge, **Computer**, s.28; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.87.

<sup>275</sup> Kaya, s.439; Dalyan, s.129; Tekin Memiş, “İzinsiz Bilgisayar Programları Kullanımı ve İmha Talebi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan C.1**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.545-561, s. 549.

çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiilleri de yazılımın eser sahibine verdiği çoğaltma hakkı kapsamında sayılmıştır.

Burada klasik çoğaltma hakkından farklı olarak programın ikinci bir nüshasının elde edilmesi değil yazılımın kullanılması ve çalıştırılması fiilleri de çoğaltma hakkının kapsamına dahil edilmiştir<sup>276</sup>. Söz konusu hüküm kapsamında bir yazılımın eser sahibinin izni olmaksızın, geçici veya kalıcı hafızaya kopyalanması ile yazılımın bilgisayarda görüntülenmesi ve çalıştırılması fiilleri de çoğaltma hakkının hukuka aykırı kullanımı anlamına gelecektir<sup>277</sup>. FSEK m.22/3'te her ne kadar yazılımın kalıcı olarak çoğaltılmasından bahsedilmese de geçici çoğaltmanın çoğaltma hakkı kapsamında kabul edilmesi kalıcı çoğaltmanın evleviyetle kapsam dahilinde olmasını gerektirmektedir<sup>278</sup>.

FSEK m.22/3'te yer alan yazılımlarda çoğaltma hakkını düzenleyen maddenin kaynağını yazılımlara ilişkin diğer hükümlerde olduğu gibi 91/250 sayılı Direktif oluşturmaktadır. Yazılımlarda çoğaltma hakkına ilişkin düzenleme 91/250 sayılı Direktif'in 4. maddesinin (a) bendinde yer almaktadır<sup>279</sup>. İlgili bent FSEK m.22/3'e paralel şekilde yazılımların kısmen ya da tamamen geçici veya kalıcı olarak çoğaltılması, yükleme, çalıştırma, depolama, görüntüleme ve bir noktadan diğer bir noktaya iletme fiillerinin tamamı eser sahibinin münhasır yetkisinin kapsamında sayılmıştır<sup>280</sup>.

Çoğaltma hakkının yazılımlar açısından diğer eser tiplerine göre farklı şekilde düzenlenmesindeki amaç, yazılımların teknik olarak çalışabilmesi için hem geçici hafızaya hem de kalıcı hafızaya kopyalanması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır<sup>281</sup>. Diğer eser tiplerinden farklı şekilde bir yazılımın geçici veya kalıcı olarak çoğaltılması o yazılımın kullanılabilmesi için zorunludur.

<sup>276</sup> Tekinalp, s.185; Erel, s.164; Kaya, s.440; Memiş, **İzinsiz**, s.552; Dalyan, s.133; Topaloğlu, **Bilişim**, s.37.

<sup>277</sup> Tekinalp, s.185; Dalyan, s.134; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.87.

<sup>278</sup> Kaya, s.432; Arıkan, **2. Bölüm**, s. 336; Dalyan, s.134; Kaypakoglu, s.115; Akdemir Kamalı, s.133.

<sup>279</sup> 91/250 sayılı Direktif Madde 4/a bendi: *“the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole. Insofar as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorization by the rightholder;”* Tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/> Erişim Tarihi:14.07.2022)

<sup>280</sup> Arıkan, **2. Bölüm**, s.336; Dalyan, s.134; Kaypakoglu, s.75; Akdemir Kamalı, s.133.

<sup>281</sup> Yazılımların kullanılabilmesi için yazılım üzerinde çoğaltma yetkisinin kullanılmasının zorunlu olduğuna ilişkin teknik açıklamalar hakkında bkz. I. Bölüm-1-c-(bb)-(i) ve (ii).



Yazılımlar ile diğer eserler arasında çoğaltma hakkı açısından temel farklılık şu şekilde açıklanabilir. Örneğin bir kimsenin bir kitap satın alması durumunda bir edebi eser olan kitaptan yararlanılabilmesi için eserin nüshası üzerinde çoğaltma hakkının kullanması gerekmez. Ancak bir kimsenin satın aldığı kitaptan farklı olarak bir yazılımı kullanabilmesi için o yazılım üzerinde çoğaltma hakkının kullanılması gerekmektedir. Yazılımlar edebi eser olmalarına rağmen diğer edebi eserlerden farklı olarak sadece eserden yararlanılabilmesi için kullanıcının yazılım lisans sözleşmesi kapsamında çoğaltma yetkisini iktisap etmesi gerekmektedir. Bu nedenle kullanıcı yazılımı edinmeden önce bir yazılım lisans sözleşmesi akdedecek ve bu sözleşme ile yazılımın kullanımı için gerekli olan çoğaltma hakkını kullanma yetkisini iktisap edecektir. Yazılımların çoğaltma hakkı açısından gösterdikleri bu farklılık sebebiyle uygulamada sıklıkla kullanılan lisans sözleşmelerinde lisans alanın bilgisayar programını yükleme ve kullanma hakkından bahsedildiği görülmektedir<sup>282</sup>. Esas olarak lisans sözleşmelerinde bahsi geçen yükleme ve kullanma hakkı, yazılımın yüklenmesi ve çalıştırılması için yazılımın nüshası üzerinde kullanılması gereken çoğaltma yetkisidir. Yazılım üzerinde kullanılması gereken bu çoğaltma yetkisi sebebiyle paket yazılım lisans sözleşmelerinin bir unsurunu FSEK’te düzenlenen lisans sözleşmelerine ait olan çoğaltma yetkisinin devri oluşturmaktadır.

#### 4) Mali Hakların Sözleşmelere Konu Olması

##### a) Mali Hakkın Devri Sözleşmesi

FSEK’te mali hakların devredilebilirliği ilkesi geçerlidir<sup>283</sup>. Manevi haklar açısından ise devredilmezlik ilkesi geçerli olduğu için manevi hakların sadece kullanma yetkisinin devredilmesi mümkün kabul edilmektedir<sup>284</sup>. FSEK’te mali hakların sözleşmelere konu olabilmesi açısından iki farklı sözleşme tipi öngörülmüştür. Bunlardan birincisi eser üzerindeki mali hakların bir kısmının ya da

<sup>282</sup> Kullanıcılar tarafından yaygın şekilde kullanılan “Office 365” isimli yazılımın lisans sözleşmesinde yer alan hüküm şu şekildedir: “...kontrol ettiğiniz cihazlarda kişisel kullanımınız için aşağıdaki gibi yükleme ve çalıştırma hakkını size veriyoruz.”Bkz. [https://www.microsoft.com/enus/Useterms/Retail/Office365/Home/Useterms\\_Retail\\_Office365\\_Home\\_Turkish.htm](https://www.microsoft.com/enus/Useterms/Retail/Office365/Home/Useterms_Retail_Office365_Home_Turkish.htm) (Erişim Tarihi: 01.12.2021)

<sup>283</sup> Tekinalp, s.229; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.127; Erel, s.302; Aydıncık, s.38; Gökyayla, s.43; Arbek, s.138; Tüysüz, s.69; Mustafa Ateş, **Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Seçkin Kitabevi, Ankara 2020, s.34.

<sup>284</sup> Tekinalp, s.230; Erel, s.283; Gökyayla, s.54; Ateş, **Fikri Haklar**, s.92; Tüysüz, s.69; Aydıncık, s.35.

tamamının devrini amaçlayan “*mali hakkın devri sözleşmesi*”dir<sup>285</sup>. Mali hakların devri sözleşmesi FSEK m.48/1’de düzenlenmektedir. İlgili hükme göre “*Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları, süre, yer ve muhteva itibariyle mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız şekilde olarak başkalarına devredebilirler.*” Mali hakların devri sözleşmesinde, eser üzerindeki mali hakların bir kısmının veya bütünü mali hakkın devri sözleşmesine konu edilmesi mümkündür. Eser üzerindeki mali hakkı devreden mali hakkın kullanımını süre yer veya içerik açısından sınırlandırması veya mali hakkın devrinin karşılıksız olarak yapılması mümkündür<sup>286</sup>. Örneğin bir roman üzerindeki çoğaltma ve yayma hakları tamamen belirli bir bedel karşılığında başka bir kişiye devredebilir<sup>287</sup>.

Mali hakkın devri sözleşmelerinde devre konu mali hak veya haklar devreden malvarlığından çıkar ve devralanın malvarlığına geçer<sup>288</sup>. Başka bir deyişle mali hakkın devri sözleşmesine konu edilen mali hak ile eser sahibinin bağlantısı tamamen ortadan kalkar. Mali hakkı devralan kişi devir konusu olan mali hak veya haklardan tıpkı eser sahibi gibi yararlanır<sup>289</sup>. Mali hakkın devri sözleşmesi mali hakkı devreden kimse ile devre konu hakkın bağlantısının tamamen kesilmesi sebebiyle lisans sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Yazılımlar FSEK kapsamında birer edebi eser oldukları için yazılım üzerindeki mali hakların kısmen veya tamamen mali hakkın devri sözleşmesine konu olması mümkündür.

## b) Lisans Sözleşmesi

### aa) Lisans Kavramı

“*Lisans*” kelimesi etimolojik olarak, latince izin vermek, yetkili kılmak anlamına gelen “*Licere*” kelimesinden gelmektedir<sup>290</sup>. Esas olarak “*lisans*” kelimesi, lisans

---

<sup>285</sup> Tekinalp, s.229; Tüysüz, s.69; Erel, s.302; Gökyayla, s.43; Ateş, **Hakların Kapsamı**, s.125; Aydıncık, s.42. Doktrinde bazı yazarlar “*mali hakkın devri sözleşmesi*”ni “*teelif hakkının devri sözleşmesi*” olarak isimlendirmektedir. Bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 18. Baskı, Beta, İstanbul 2022, s.615; Gökyayla, s.43.

<sup>286</sup> Tekinalp, s.229; Gökyayla, s.45; Erel, s.303; Tüysüz, s.93; Aydıncık, s.43.

<sup>287</sup> Tekinalp, s.230; Erel, s.304; Ateş, **Fikri Haklar**, s.217.

<sup>288</sup> Tekinalp, s.229; Gökyayla, s.45; Erel, s.303; Tüysüz, s.94; Aydıncık, s.42.

<sup>289</sup> Tekinalp, s.230; Öztan, s.554; Ayiter, s.198; Erel, s.302.

<sup>290</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.9; Arbek, s.53; Burak Ongan, **Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu**, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007, s.7; Aydıncık, s.43.

alanın sahip olduğu hukuki durumu başka bir ifadeyle lisans alanın sahip olduğu yetkiyi ifade eden bir kavramdır<sup>291</sup>. Lisans hakkı ile kastedilen ise lisans alan tarafından sözleşme veya kanun sebebiyle elde edilmiş olan gayri maddi bir hakkı kullanma yetkisidir<sup>292</sup>. Lisans sözleşmesi ile kazanılan bu hak lisansa konu olan haktan farklı ve birbirinden bağımsızdır<sup>293</sup>. Örneğin bir yazılımın eser sahibine bahşettiği çoğaltma hakkının mali hakkın devri sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye devri halinde sözleşmenin konusu eser üzerindeki çoğaltma hakkıdır. Çoğaltma hakkını konu edinen bir lisans sözleşmesinde ise sözleşmenin konusu yazılım üzerinde çoğaltma hakkını kullanma yetkisinden ibarettir. Lisans alanın elde ettiği lisans hakkı sözleşmeden, kanundan, mahkeme kararından, idari işlemlerden, mirasçılık hakkından veya ölümüne bağlı tasarruflardan kaynaklanabilir<sup>294</sup>. Lisans sözleşmeleri genel ve tanıtıcı bir kavram olup, içerisinde farklı türdeki lisans sözleşmelerini barındıran bir üst başlık niteliğindedir<sup>295</sup>. Ancak genel olarak lisans sözleşmeleri kanunlarca özel olarak korunan bir gayri maddi hakkın veya fiili durumun kullanılmasının başkasına bırakıldığı sözleşmeler olarak nitelendirilebilir<sup>296</sup>.

Lisans sözleşmesi ile lisans konusu üzerinde yetkili olan hukuk süjesi hakkın veya fiili durumun kullanımı için lisans alana yetki vermektedir<sup>297</sup>. Doktrinde lisans sözleşmelerinin, hem lisans verene lisans alanın hakkı kullanmasına katlanma yükümlülüğü yükleyen bir olumsuz borç hem de lisans verene lisans alanın sözleşme konusundan yararlanmasını sağlayacak olumlu bir borç yüklediği kabul edilmektedir<sup>298</sup>.

<sup>291</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.9; Arbek, s.53; Aydınçık, s.43.

<sup>292</sup> Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler**, s.591; Ortan, s.16; Arbek, s.53.

<sup>293</sup> Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler**, s.591.

<sup>294</sup> Lisans hakkını doğuran hukuki sebeplerden birisi de kanundur. Lisans hakkının kanundan doğduğu haller “*kanuni lisanslar*” olarak değerlendirilmektedir. Kanuni lisanslar kendi içerisinde “*tam kanuni lisans*” ve “*eksik kanuni lisans*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Tam kanuni lisanslarda lisans alanın lisans hakkı doğrudan kanundan doğarken eksik kanuni lisanslarda lisans alanın bu hakkı elde etmesi için idari bir karara ihtiyaç vardır. Bkz. Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuk Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta, İstanbul 2002, s.9; Ortan, s.155 vd.; Arbek, s.63; Ongan, s.57; Saadet Hande Özsoy, **Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.50.

<sup>295</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.30; Ortan, s.2; Arbek, s.53.

<sup>296</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.30; Arbek, s.66; Ongan, s.17.

<sup>297</sup> Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler**, s.587; Ortan, s.36; Aydınçık, s.45; Ongan, s.17.

<sup>298</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.30; Ortan, s.40; Ongan, s.74. Doktrinde *Yusufoğlu*, normal koşullarda esere tecavüz niteliğindeki bir fiilin, lisans sözleşmesi akdetmek suretiyle meşru hale geldiğini belirtmektedir. Bkz. **Yusufoğlu**, s.134.

Lisans sözleşmesinin konusu, “marka”, “patent”, “endüstriyel tasarım”, “eser” gibi kanunlarda açıkça hüküm altına alınmış fikri ve sınai haklar olabileceği gibi, kanun tarafından koruma konusu yapılmış fiili durumlarda olabilir. Know-how gibi kanun tarafından korunan fiili tekel durumlarının da bu kapsamda lisans sözleşmesine konu olması mümkündür<sup>299</sup>.

Türk hukukunda lisans sözleşmelerine ilişkin olarak farklı kanunlarda birden fazla kanuni düzenleme bulunmaktadır. Temel olarak lisans sözleşmelerine ilişkin kanuni düzenlemeler FSEK ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda hüküm altına alınmıştır. Ancak bu iki kanuna ek olarak 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun m. 18 vd. ile 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun’un 50. maddesinde de lisans sözleşmelerine ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır. Belirtilmelidir ki lisans sözleşmelerine ilişkin hükümler SMK’da FSEK’ten daha ayrıntılı bir biçimde düzenleme konusu yapılmıştır.

SMK, 556 ve 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler’den farklı olarak sınai hakkın devri ve lisansa konu olmasını m.148 vd.’de ortak hükümlerde genel olarak düzenlemiş ve her bir sınai hakka ilişkin özel düzenlemeyi ise ilgili sınai hakka ait bölümde düzenlemiştir<sup>300</sup>.

SMK m.148/1’de sınai mülkiyet haklarının lisans sözleşmesine konu olması açısından, “*Sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı hakkı; lisans, devir, intikal, haciz ve benzeri hukuki işlemlere konu olamaz ve teminat olarak gösterilemez.*” şeklinde genel bir düzenleme yer almaktadır. Bu genel hükme ek olarak ise her bir sınai hakkı konu edinen lisans sözleşmesine ilişkin olarak özel hükümler sevk edilmiştir. SMK m.24 vd. hükümlerinde “marka” hakkını konu edinen, m.75 vd.’de “tasarım” hakkını konu edinen m.75 vd. hükümlerinde ise patent hakkını konu edinen lisans sözleşmelerine ilişkin özel hükümler yer almaktadır<sup>301</sup>. Ancak biz konumuzun birer edebi eser niteliğindeki yazılımlar olması sebebiyle SMK’da yer alan

<sup>299</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.39; Ögüz, s.12; Arbek, s.53.

<sup>300</sup> Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.331 vd.

<sup>301</sup> Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.331.

lisans sözleşmelerine ilişkin hükümleri değil FSEK’te yer alan lisans sözleşmelerine ilişkin hükümleri inceleme konusu yapacağız.

#### **bb) FSEK’in Lisans Sözleşmesine İlişkin Düzenlemesi**

FSEK’te yer alan ve mali hakları konu edinen ikinci sözleşme tipi lisans (“*ruhsat*”) sözleşmeleridir. FSEK m.48/2’de “*Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir. (Ruhsat)*” denilmek suretiyle mali hakkın devri sözleşmesi yanında mali hakkın kullanma yetkisinin de sözleşme ile bir başkasına tanınabileceği hüküm altına alınmıştır<sup>302</sup>. FSEK, mali hakkın kullanma yetkisinin bir başkasına devredilmesine ilişkin sözleşmeleri “*ruhsat*” şeklinde adlandırmıştır. Ancak doktrinde çoğunlukla “*ruhsat*” terimi yerine “*lisans sözleşmesi*” terimi tercih edilmektedir<sup>303</sup>.

FSEK m.56/1 uyarınca lisans sözleşmeleri lisans alana sağladığı yetki açısından ikiye ayrılmaktadır. Eğer bir lisans sözleşmesi, lisans verenin lisans alan dışındaki kişilere de aynı lisansı vermesine engel değilse “*basit lisans sözleşmesi*” olarak adlandırılır. Ancak sözleşmeye konu olan lisans hakkı, sadece lisans alan tarafından kullanılacak ve lisans sözleşmesi lisans verenin lisans alan haricindeki kişiler aynı lisansı vermesine engel oluyorsa “*tam lisans/inhisari lisans sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır<sup>304</sup>. Başka bir deyişle eser üzerindeki mali hakkın tam/inhisari nitelikteki bir lisans sözleşmesine konu olması halinde lisans konusu mali hak üzerinde başka kişilere kullanma hakkı tanınamayacaktır<sup>305</sup>. Aksi kanunda veyahut sözleşmede öngörülmedikçe FSEK m.56/2 uyarınca her lisans sözleşmesi “*basit lisans*” sözleşmesi sayılacaktır<sup>306</sup>. Bu nedenle taraflar eğer inhisari nitelikte bir lisans

---

<sup>302</sup> Lisans sözleşmesi konusu hak üzerinde lisans alana kullanma yetkisinin tanınması doktrinde genel olarak “*kullanma hakkının devri*” şeklinde nitelendirilmektedir. Bu yönde bkz. Tekinalp, s.230; Gökyayla, s.49; Arslanlı, s.173; Tüysüz, s.70. Esas olarak lisans sözleşmesine konu hak bir mutlak hak veya kanun tarafından koruma altına alınan fiili bir tekel durumu olduğundan lisans alana bir hak devrinden ziyade izin verilmesinin/yetki tanınmasının söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Tam da bu nedenle İngilizce dilindeki hukuk metinlerinde lisans verilmesi fiilini ifade etmek üzere Türkçe’ye “*bahşetmek/imtiyaz tanımak*” olarak çevrilebilen “*grant*” kelimesi kullanılmaktadır. Bkz. Bainbridge, **Computer**, s.40 vd.

<sup>303</sup> Tekinalp, s.230; Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler**, s.591; Erel, s.302.

<sup>304</sup> Tekinalp, s.230; Erel, s.303; Öztan, s.561; Gökyayla, s.50; Tüysüz, s.70; Aydınçık, s.53.

<sup>305</sup> Tekinalp, s.230; Erel, s.305; Ayiter, s.204; Öztan, s.562; Gökyayla, s.50; Tüysüz, s.71.

<sup>306</sup> FSEK m.56/2: “*Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit sayılır.*”

sözleşmesi akdetmek istiyorlarsa bunu sözleşmede açıkça kararlaştırmaları gerekmektedir.

İlk bakışta tam/inhisari lisans sözleşmeleri mali hakkın devri sözleşmelerine benzemekte ise de bu iki sözleşme tipi arasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Mali hakkın devri sözleşmelerinde, mali hak devreden malvarlığından çıkmakta ve devralanın malvarlığına geçmektedir. Tam lisans sözleşmelerinde ise mali hak özü itibarıyla lisans veren malvarlığında kalmaya devam etmektedir. Ancak lisans alanın bu sözleşme ile edindiği lisans hakkı münhasır nitelikte olup, lisans veren lisans alan haricindeki kişilere aynı lisans hakkını tanıyamaz<sup>307</sup>.

Edebi eser niteliğine sahip olan yazılımlar üzerindeki mali hakların hem mali hakkın devri sözleşmesine hem de lisans sözleşmesine konu olması mümkündür. Ayrıca her iki sözleşme tipine ait olan unsurların farklı yazılım sözleşmeleri içerisinde bir unsur olarak yer alması ve başka sözleşmelerin unsurlarıyla birlikte isimsiz bir sözleşme meydana getirmesi de mümkündür<sup>308</sup>.

Benzer bir durum paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da geçerlidir. FSEK'te düzenlenen lisans sözleşmelerinin tipik edimi olan mali hakkın kullanım yetkisinin verilmesi, çoğaltma hakkının yazılımlarda gösterdiği özellik nedeniyle paket yazılım lisans sözleşmelerinin bünyesinde bir unsur olarak yer almaktadır<sup>309</sup>. Ancak belirtilmelidir ki paket yazılım lisans sözleşmelerinde çoğaltma yetkisi verilmesi ediminin bir unsur olarak yer alması bu sözleşmelerin FSEK'te yer alan lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmez<sup>310</sup>. Çünkü paket yazılım lisans sözleşmeleri saf bir lisans sözleşmesi olarak nitelendirilemeyen karma nitelikte bir yapıya sahiptir<sup>311</sup>.

---

<sup>307</sup> Tekinalp, s.230; Erel, s.304; Gökyayla, s.49; Ateş, **Fikri Haklar**, s.132.

<sup>308</sup> İsmarlama yazılım lisans sözleşmelerinin bünyesinde eser sözleşmesine ait unsurlar yanında lisans veya mali hakkın devri sözleşmesine ait unsurları da barındırabileceği hususunda bkz. Şahan, s.86 vd.

<sup>309</sup> Yıldırım, **Standart**, s.22 vd. Yazar FSEK'teki lisans sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin paket yazılım lisans sözleşmesinin içerisinde bir unsur olarak yer aldığını ancak bu durumun paket yazılım lisans sözleşmesini FSEK'teki lisans sözleşmesi haline getirmeyeceğini haklı olarak belirtmektedir.

<sup>310</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin fikri hakları konu edinen lisans sözleşmeleriyle karşılaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-D-4-c.

<sup>311</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin karma sözleşme niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-D-4.

## II. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN İNCELENMESİ

### A. YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASI

#### 1) Yazılım Sözleşmeleri ve Yazılım Lisans Sözleşmeleri

Günümüzde yazılım ve bilgisayar teknolojisi ile bağlantılı sözleşmeler çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu sözleşmeler içerisinde yazılım bulunan bir donanımın satımını, kiralanmasını konu edinebileceği gibi bir yazılımın kurulumunu, imalini veya bir yazılımın kullanımı için lisans verilmesini de konu edinebilmektedir. İçerdiği edimler ne olursa olsun konusu az veya çok yazılım ile ilgili bir edim yükümlülüğü içeren tüm sözleşmeler “*yazılım sözleşmeleri*” (“*software contracts*”) şeklinde ifade edilmektedir<sup>312</sup>.

Yazılım sözleşmelerinde, yazılıma ilişkin olarak öngörülen edim yükümlülüğü bir yazılımın imal edilmesi, değiştirilmesi, bakımının yapılması veya kullanımına ilişkin olabilir. Yazılım sözleşmelerinin ortak özelliği yazılıma ilişkin bir edim yükümlülüğünü içermeleridir<sup>313</sup>. Yazılım lisans sözleşmeleri (“*software license agreements*”) ise yazılım sözleşmelerinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Yazılım lisans sözleşmelerinin ortak özelliği bir yazılımın lisans alana kullandırılması amacını içeren sözleşmeler olmasıdır<sup>314</sup>. Yazılım lisans sözleşmeleri yazılımın kullandırılmasının yanında yazılımın imali, bakımı, öğretilmesi gibi farklı türdeki edimleri tek başına veya birlikte içerebilmektedir<sup>315</sup>. Yazılım sözleşmelerinin büyük bir bölümünde yazılımın kullanımının da söz konusu olması sebebiyle diğer

---

<sup>312</sup> Türk doktrininde Yıldırım ve Şahan “bilgisayar programı sözleşmeleri” terimini kullanmakta iken Erişgin, “bilgisayar programıyla ilgili sözleşmeler” terimini kullanmaktadır. Bkz. Şahan, s.25; Yıldırım, **Standart**, s.17; Erişgin, s.44. Yabancı doktrinde ise “*software contracts*” ve “*computer contracts*” terimleri kullanılmaktadır. Bkz. Bainbridge, **Computer**, s.185; Reed, s.4.

<sup>313</sup> Bainbridge, **Software**, s.98; Lothar Determaan/Aaron Xavier Fellmeth, “Don’t Judge A Sale Its License: Software Transfers Under the First Sale Doctrine In the United States and the European Community”, **University San Francisco Law Review**, Vol.36, Fall 2001, s.1-108., s.18; Reed, s.48; Şahan, s.25; Yıldırım, **Standart**, s.18.

<sup>314</sup> Determaan/Fellmeth, s.18.

<sup>315</sup> Reed, s.47; Bainbridge, **Software**, s.98; Yıldırım, **Standart**, s.19; Şahan, s.25 vd.

edimler (imal, bakım vb.) lisans unsuru ile birleşebilir<sup>316</sup>. Örneğin bir kimseye özel olarak yazılım imal edilmesine ilişkin bir sözleşmede yazılımın siparişini veren kişinin bu yazılımı kullanabilmesi için sözleşmenin içeriğinde imal edilen yazılımın kullanma yetkisinin devri yani lisans unsuru da bulunacaktır<sup>317</sup>. Bir şekilde yazılımın kullanımını konu edinen tüm yazılım sözleşmelerinde lisans unsuru sözleşme içerisinde yer almaktadır. Lisans unsuru, yazılımın kullanılabilmesi için yazılım üzerinde çoğaltma hakkının kullanılmasının zorunlu olması nedeniyle sözleşme içerisinde yer almaktadır<sup>318</sup>. Bir şekilde yazılımın kullanımını konu edinen tüm sözleşmeler özel olarak “*yazılım lisans sözleşmeleri*” (“*software license agreements*”) olarak adlandırılmaktadır<sup>319</sup>.

Yazılımların kullanımına ilişkin olarak akdedilen yazılım lisans sözleşmeleri yazılımın türü ve lisans hakkının içeriği açısından birçok farklılık gösterebilir. Özellikle yazılım sektöründe yaşanan rekabetin bir sonucu olarak yazılımlar, kullanıcılara farklı içerik ve şekillerde sunulmaktadır<sup>320</sup>. Bazı yazılımlar için lisans alan bir kere lisans bedeli ödemekte ve yazılımı daimi olarak kullanma hakkına sahip olmakta, bazı yazılımlar için ise lisans alan aylık veyahut senelik bazda bir lisans bedeli ödenmekte ve yazılımı sınırlı bir süre boyunca kullanabilmektedir.

Yazılımların geniş bir alanda kullanılması, yazılım lisans sözleşmesine konu olan yazılımın meydana getirilme biçimlerinin de farklılaşmasına yol açmaktadır. Bazı yazılımlar standart olarak kullanıcılara sunulmakta iken bazı yazılımlar sipariş üzerine kişiye özel olarak imal edilmekte ya da mevcut bir yazılımın uyarlanması suretiyle lisans alanın ihtiyaçları ile uyumlu hale getirilmektedir<sup>321</sup>. Örneğin çoğu kişinin ev veya ofisinde doküman hazırlamak vb. işler için kullandığı “Office 365” isimli yazılım standart şekilde piyasaya sürülmekte iken “Kurumsal Kaynak Planlaması”

---

<sup>316</sup> Şahan, s.66; Yıldırım, **Standart**, s.19.

<sup>317</sup> Yazılım imal sözleşmelerinde, lisans sözleşmesi ve eser sözleşmesi kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirilmiş olup bu nedenle yazılım imal sözleşmeleri birer kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Bu yönde bkz. Şahan, s.66. Benzer bir görüş için bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.138.

<sup>318</sup> Bainbridge, **Software**, s.86.

<sup>319</sup> Bainbridge, **Software**, s.87; Reed, s.49; Sivacıoğlu, s.87.

<sup>320</sup> Örneğin ofis ve evlerde çok sayıda kişi tarafından kullanılan Microsoft’un piyasaya arz ettiği “Office 365” isimli bilgisayar programı doğrudan veri aktarımı yoluyla kullanıcının bilgisayarına indirilebilmektedir. Bu kapsamda ilgili bilgisayar programı aylık veyahut yıllık bazda ya da tek seferde ödenen bedel karşılığında kullanıcılara sunulmaktadır. Bu yönde bkz. <https://www.microsoft.com/tr-tr/p/office-365-home> (Erişim Tarihi: 01.08.2022)

<sup>321</sup> Şahan, s.25.



(“Enterprise Resource Planinng/ERP”) ismi verilen ve şirketlerin daha etkin biçimde kaynak planlama, stok sayımı ve finansal işlemlerini yürütmesini sağlayan yazılımlar her şirket için özel olarak hazırlanmaktadır.

Yazılımın imal edilmesi, lisans haklarının içeriğinin çeşitli hale gelmesi ve lisans bedelinin ödenmesindeki farklılar sebebiyle uygulamada tek tip bir yazılım lisans sözleşmesinden bahsedilmesi mümkün değildir. Kaldı ki yazılım lisans sözleşmelerinin, yazılım üzerinde kullanma yetkisi tanınmasına ek olarak lisans konusu yazılımın bakımı, imali gibi farklı edimleri de içermesi mümkündür<sup>322</sup>. Yazılımın kullanma hakkının lisans alana verilmesi dışında taraflarca eklenen bu türdeki farklı edimler de sözleşmenin niteliğine doğrudan etki edecektir.

Uygulamada pek çok farklı tipte yazılım lisans sözleşmesinin mevcut olması ve bu sözleşmelerin çok farklı edimleri içerebilmesi sebebiyle konunun daha iyi anlaşılması için bu sözleşmelerin belirgin farklılıklarını ve uygulamadaki görünümelerini dikkate alarak genel hatlarıyla sınıflandırmak suretiyle paket yazılım lisans sözleşmelerinin bu sözleşmeler arasındaki yerini tespit edeceğiz.

## 2) Açık Kaynak Kodlu Yazılım Lisans Sözleşmeleri ve Ticari Yazılım Lisans Sözleşmeleri

Açık kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmeleri (“open source software license agreements”) ile ticari yazılımı konu edinen lisans sözleşmeleri (“commercial software license agreements”) bazı kriterler açısından birbirinden ayrılmaktadır. Açık kaynak kodlu yazılımlar ile ticari yazılımların, amaçlarının ve ortaya çıkış felsefelerinin farklı olması bu iki yazılım türünün lisanslama modellerinin de tamamen farklılaşmasına neden olmuştur<sup>323</sup>.

<sup>322</sup> Bainbridge, **Software**, s.98; Reed, s.48; Şahan, s.65.

<sup>323</sup> Andrew J. Hall, “Open-Source Licensing and Business Models: Making Money by Giving It Away”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Vol. 33, Issue 3, Art.3, 2017, s.427-437., s.429; Seow Hiong, Open Source And Commercial Software: An In Depth Analysis Of The Issues, **Bussines Software Alliance**, 2005 Washington, s.1; Şahin, s.247. Şahin “açık kaynak kodlu yazılım/ ticari yazılım” sınıflandırması yerine “kapalı kaynak kodlu yazılım/ açık kaynak kodlu yazılım” sınıflandırmasını tercih etmektedir.

Ticari yazılımlar<sup>324</sup>, tipik olarak geliştiricinin ticari amaçlarla belirli bir ücret karşılığında kullanıcılara nesne kodu şeklinde sunduğu yazılımlardır<sup>325</sup>. Ticari yazılımlar tipik şekilde kar amacı ile imal edilerek piyasaya sürülürler. Ticari yazılımların açık kaynak kodlu yazılımlardan en büyük farkı bu yazılımların nesne kodu olarak kullanıcılara sunulmalarıdır<sup>326</sup>. Ticari yazılımların nesne kodu olarak sunulmasının sebebi yazılım geliştiricilerin pazarlama stratejileriyle yakından ilgilidir. Kullanıcı nesne kodu formatında sunulan yazılım üzerinde herhangi bir geliştirme veya değişiklik yapamamaktadır. Yazılım üzerinde değişiklik ve geliştirilme yapılabilmesi için yazılımın kaynak koduna ihtiyaç duyulmaktadır. Yazılım geliştiricileri, yazılımı nesne kodu halinde sunmak suretiyle kullanıcının kendi başına yazılım üzerinde geliştirme ve değişiklik yapmasına engel olmaktadır. Bu sayede yazılım geliştirici yazılıma ek özellikler eklenmesi veya değişiklik yapılması için kullanıcıdan ek ücret talep edebilmekte ve piyasaya sürdüğü yazılımdan daha çok kar elde etmektedir<sup>327</sup>. Ayrıca ticari yazılımları konu edinen lisans sözleşmelerinde sıklıkla nesne kodunun kaynak koduna çevrilmesini yasaklayıcı hükümler konulmasının temel sebebi de bu pazarlama stratejisidir<sup>328</sup>.

Açık kaynak kodlu yazılımlar ise ticari yazılımlardan farklı bir lisanslama modeline sahiptir. Bu lisanslama modelinde lisans alanın kaynak koduna ulaşması serbest olmakla birlikte lisans alanın genellikle yazılımı bedelsiz olarak kullanması, yazılım üzerinde değişiklikler yapabilmesi ve bu yazılımı değiştirmek, geliştirmek suretiyle başka kişilere lisanslaması mümkündür<sup>329</sup>. Açık kaynak kodlu yazılımlar genel olarak doktrinde “FOSS” (“Free And Open Source Software/Açık Kaynak Kodlu ve Özgür Yazılımlar”) şeklinde tek bir başlıkta inceleme konusu yapılmaktadır<sup>330</sup>.

---

<sup>324</sup> Ticari yazılımlar (“commercial softwares”) yabancı doktrinde aynı zamanda “proprietary software” olarak da adlandırılmaktadır. Proprietary software terimi “özel mülkiyete tabi” anlamına gelmekte olup, bu yazılımların açık kaynak kodlu yazılımlardan farklılığını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Hiong, s.11; Douglas E. Phillips, **The Software License Unveiled How Legislation by License Controls Software Access**, Oxford University Press, 2009 New York, s.11 vd.

<sup>325</sup> Phillips, s.31; Hall, s.428; Hiong, s.1. Kaynak ve nesne kodları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. I. Bölüm-A-2-c-(dd).

<sup>326</sup> Hall, s.430; Hiong, s.2.

<sup>327</sup> Hiong, s.4; Hall, s.429; Phillips, s.12.

<sup>328</sup> Hall, s.430.

<sup>329</sup> Hiow, s.1; Phillips, s.120; Lawrence Rosen, **Open Source Licensing Software Freedom And Intellectual Property Law**, Prentice Hall, New Jersey 2005, s.19.

<sup>330</sup> Rosen, s.3; Hall, s.428. Esas olarak açık kaynak kodu ve özgür yazılım birbiriyle bağlantılı ve çok yakın kavramlar olmakla birlikte bunlar arasında bazı farklar bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rosen, s.3; Hall, s.428; Şahin, s.250 vd.

Açık kaynak kodlu yazılım lisanslama modeli ilk olarak 1989 yılında UNIX isimli bir yazılımın GPL (*“General Public License/Genel Kamu Lisansı”*) altında piyasaya sürülmesiyle ortaya çıkmış daha sonrasında giderek yaygınlaşmıştır<sup>331</sup>. İlk olarak ortaya çıkan GPL lisansları Richard Stallman tarafından yazılmış ve yayınlanmıştır. Stallman’a göre bu yazılım lisanslama modeli, lisans alanın yazılımı bedelsiz olarak kullanabileceği, üzerinde değişiklik yapabileceği ve yeniden dağıtabileceği bir lisanslama modelidir<sup>332</sup>.

Stallman GPL lisanslarını yayınladıktan sonra *“Free Software Foundation/Özgür Yazılım Hareketi”* isimli bir organizasyon kurmuş ve serbest lisans sistemini desteklemeye başlamıştır<sup>333</sup>. Bu sistemde yazılımların kaynak kodu açık bir şekilde kullanıcılara sunulmakta ve bu kaynak kodları üzerinde değiştirme, geliştirme yapmak ve modifiye edilmiş yazılımı dağıtmak serbest bulunmaktadır<sup>334</sup>. Yazılımlar genellikle bedelsiz olarak kullanıma sunulmakla birlikte lisans bedeli talep edilmesi de mümkündür<sup>335</sup>.

Açık kaynak koduna sahip yazılımlar, kaynak kodlarının ulaşılabilir olması sayesinde kitlelere yayılarak hızlı bir gelişim göstermeleri fikrine dayanmaktadır<sup>336</sup>. Bu lisanslama modeli uyarınca yazılımın kaynak koduna ne kadar çok kullanıcı erişebilir ve bu yazılımda değişiklik yapabilirse o yazılım daha hızlı gelişim gösterecektir. Ticari yazılımlara ilişkin lisanslama modelinde ise yazılımın kaynak kodlarını saklamak suretiyle yazılımdan iktisaden daha fazla yararlanma amacı güdülmektedir.

Richard Stallman tarafından başlatılan açık kaynak kodlu lisanslama modeli gününüzde oldukça yaygınlaşmış olup, çok sayıda kâr amacı gütmeyen farklı kuruluş tarafından yayınlanmış yüzlerce farklı tipte lisans sözleşmesi bulunmaktadır<sup>337</sup>. Bu kuruluşlar tarafından yayınlanan lisans sözleşmelerinin her birinin içeriği ve lisanslama modelleri farklılık arz etmektedir. Ancak bu sözleşmelerin tamamı önceden

---

<sup>331</sup> Rosen, s.19; Phillips, s.119.

<sup>332</sup> Hiong, s.6; Rosen, s.2; Phillips, s.120.

<sup>333</sup> Rosen, s.1; Phillips, s.119; Şahin, s.73.

<sup>334</sup> Şahin, s. 68.

<sup>335</sup> Şahin, s.69.

<sup>336</sup> Heater J. Meeker, **The Open Source Alternative: Understanding Risks and Leveraging Opportunities**, John Wiley & Sons, New Jersey 2008, s.15; Rosen, s.11.

<sup>337</sup> Meeker, s. 27; Hall, s.431.

hazırlanmış sözleşmeler olup, lisans alanın şartları müzakere etme imkanı bulunmamaktadır. Bu tip sözleşmelerden yaygın olarak kullanılanlar GPL (General Public License), Apache License 2.0, MIT License şeklinde sıralanabilir<sup>338</sup>.

Açık kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmeleri çoğunlukla lisans alana bir uyarı şeklinde çıkan ve yazılımı kullanması halinde önceden hazırlanmış olan lisans koşullarını kabul etmiş sayılacağına yönelik bir bildirim ile akdedilmektedir<sup>339</sup>. Açık kaynak kod yazılım lisans sözleşmelerinin bu şekilde akdedilmesi onların sözleşme niteliğini ve bağlayıcılığı tartışmalarını da beraberinde getirmektedir<sup>340</sup>. Tez konumuz olan paket yazılımların birer ticari yazılım niteliğinde olması sebebiyle açık kaynak kodlu yazılımların ticari yazılımlar ile arasındaki temel farklılıklara değinmekle yetineceğiz.

### 3) Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri-İsmlama Yazılım Lisans Sözleşmeleri

Bir kullanıcının yazılıma duyduğu ihtiyaç son derece farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Kimi kullanıcılar yazılımı son derece teknik ve karmaşık süreçlerin yönetimi için edinmekte iken kimi kullanıcılar bilgisayarında basit iş veya işlemleri gerçekleştirmek amacıyla edinmektedir. Kullanıcıların ihtiyaçlarının son derece farklı olması ve yazılımların hayatımızın her alanında yer alması sebebiyle bir paket (standart) yazılımın tüm kullanıcıların ihtiyaçlarına cevap vermesi beklenemez<sup>341</sup>.

Bu nedenle yazılımların kullanıcıların gereksinimlerine göre özel olarak imal edilmesi veya mevcut bir yazılımın o kullanıcının gereksinimleri doğrultusunda uyarlanması ihtiyacı doğabilir. Yazılım lisans sözleşmeleri, sözleşme konusu yazılımın hazır (standart) bir yazılım olması veya kullanıcının ihtiyacına göre özel olarak imal edilmiş olmasına göre ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>342</sup>.

<sup>338</sup> Rosen, s.42; Meeker, s.29.

<sup>339</sup> Meeker, s.224.

<sup>340</sup> Meeker, s.225; Şahin, s.94.

<sup>341</sup> Paket yazılımlar Türk doktrinde “*standart yazılım*” ve “*hazır yazılım*” şeklinde de isimlendirilmektedir. Bkz. Şahan, s.11; Yıldırım, **Standart**, s.13; Erişgin, s.42. Biz de tezimizde ağırlıklı olarak “*paket yazılım*” terimini kullanacağız.

<sup>342</sup> Diana Rowland/Elizabeth McDonald, **Information Technology Law**, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London 2000, s.93; Bainbridge, **Information**, s.268; Reed, s.47; Yıldırım, **Standart**, s.13; Şahan, s.1; Erişgin, s.42.

Kullanıcılar için özel olarak sıfırdan imal edilen veya hazır bir program üzerinde kullanıcı tarafından talep edilen modifikasyonların yapılması ile kullanıcıya uygun hale getirilen yazılımlar “*ısmarlama yazılımlar*” (“*bespoke software*”) olarak adlandırılmaktadır<sup>343</sup>. İsmarlama yazılımların kullanıcılar açısından maliyeti paket yazılımlara göre daha yüksektir. İsmarlama yazılımlar, özellikle yazılımı mesleki amaçlarla edinecek olan kullanıcılar tarafından tercih edilmektedir. İsmarlama yazılımlar kullanıcı için özel olarak imal edilmeleri sebebiyle kullanıcının ihtiyaçlarının karşılanması açısından daha elverişlidir<sup>344</sup>. Örneğin internet üzerinden kişilere satış yapmakta olan bir e-ticaret sitesinin gönderimlerinin takibi, alıcılara satılan ürünlerin elektronik faturalarının iletilmesi ve stok takibinin yapılabilmesi gibi iş ve işlemlerini gerçekleştirilmesi için gerekli olan yazılımın standart bir şekilde piyasadan tedarik edilmesi çok zordur. Bu tür yazılımların kullanıcının ihtiyaç ve iş modeline göre sıfırdan imal edilmesi veya mevcut hazır bir yazılımın kullanıcıya uygun şekilde modifiye edilmesi gerekmektedir.

İsmarlama yazılımları konu edinen sözleşmelerde temel amaç, yazılım geliştiricisi (yüklenici) tarafından yazılımın imal edilerek kullanıcıya (iş sahibi) teslim edilmesi ve yazılım üzerindeki fikri hakların sözleşmede kararlaştırılan şekilde kullanıcıya devredilmesidir<sup>345</sup>. İsmarlama yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın imali ve teslimine ilişkin edim, TBK m. 470 vd.’de düzenlenmiş bulunan “*eser sözleşmesi*”nin tipik bir ögesidir<sup>346</sup>.

Bu sözleşmelerde yazılımın imali ve tesliminin yanında yazılım üzerindeki mali hakların devri veyahut kullanma hakkının devri edimleri de yer almaktadır. İmal edilen yazılımın mali haklarının kullanıcıya devir mi edileceği yoksa sadece kullanım yetkisinin mi verileceği ise tamamen sözleşmenin içeriği ile bağlantılıdır<sup>347</sup>. Taraflar

---

<sup>343</sup> İsmarlama yazılımları ifade etmek üzere Türk doktrininde “*özel/sipariş yazılım*” terimi yabancı doktrinde ise “*customized software*” ve “*tailor-made software*” terimleri de kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Bainbridge, **Information**, s.14; Rowland/Mcdonald, s.95; Reed, s.47; Yıldırım, **Standart**, s.13; Şahan, s.1; Erişgin, s.42.

<sup>344</sup> Rowland/Mcdonald, s.93; Reed, s.48.

<sup>345</sup> Yıldırım, **Standart**, s.26. Benzer şekilde İngiliz hukuku açısından ısmarlama yazılım lisans sözleşmeleri yazılımın imali veya modifikasyonunu edimini içermesi sebebiyle “*service contract*” olarak nitelendirmektedir. Bu nitelendirme 1982 tarihli “*Supply Of Goods and Services Act*”de yer alan “*goods*” ve “*service*” ayırımına dayanmaktadır. Bkz. Rowland/Mcdonald, s.190; Bainbridge, **Software**, s.98.

<sup>346</sup> Şahan, s.65; Yıldırım, **Standart**, s.26.

<sup>347</sup> Şahan, s.110; Bainbridge, **Software**, s.98.

sözleşme uyarınca imal edilecek yazılım üzerinde süreli veya daimi şekilde münhasır veya basit lisans hakkı tanıyabilecekleri gibi yazılımın mali haklarının tamamen kullanıcıya devredilmesini de kararlaştırabilirler<sup>348</sup>.

İsmarlama yazılım sözleşmelerinde yazılımın imaline ilişkin edim sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan sadece biri olduğu için bu sözleşmeler salt birer eser sözleşmesi olarak nitelendirilemezler<sup>349</sup>. Bu sözleşmeler hem eser sözleşmesinin hem de lisans veya mali hakkın devri sözleşmelerinin (sözleşmenin içeriğine göre) unsurlarını kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi ile oluşturulmuş kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler kategorisindedir<sup>350</sup>.

Paket yazılımları konu edinen lisans sözleşmeleri ise kullanıcıların genel ihtiyaçları göz önüne alınmak suretiyle yazılım firmaları tarafından hazırlanmış, standart şekilde piyasaya sürülen ve kullanıcıların yazılımın tasarımı veya özelliklerinin belirlenmesinde herhangi bir rol oynamadığı yazılımları konu edinen lisans sözleşmeleridir<sup>351</sup>.

Paket yazılımlar kullanıcılar için ekonomik yönden ısmarlama yazılımlara göre daha avantajlıdır. Hem mesleki amaçlarla hem de tüketici sıfatına sahip kişiler tarafından edinilebilirler. Ancak seri üretim yoluyla piyasaya sürüldüklerinden tüm kullanıcıların ihtiyaçlarına cevap veremezler<sup>352</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından kullanıcıya sunulan yazılımın modifiye edilmesi veyahut yazılımın herhangi bir değişikliğe uğraması söz konusu değildir. Sözleşme konusu yazılım tamamen lisans veren tarafından piyasaya sürüldüğü şekliyle lisans alan tarafından kullanılmaktadır. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmeleri, sözleşmenin daimi veya süreli olmasına göre satış sözleşmesi veya kira sözleşmesi ile lisans sözleşmesinin unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. İsmarlama yazılım

---

<sup>348</sup> Şahin, s.80.

<sup>349</sup> Şahan, s.65; Yıldırım, **Standart**, s.26.

<sup>350</sup> Şahan, s.66. Yazara göre yazılım imal sözleşmeleri bir isimli sözleşme niteliğindeki eser sözleşmesi ve isimsiz sözleşme niteliğindeki lisans sözleşmesinin unsurlarının kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşan kendine özgü yapısı olan sözleşmelerdir. Ayrıca benzer bir görüş için bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.138. Yazar bu tür sözleşmelerin birer “*eser sipariş sözleşmesi*” niteliğinde olduğunu ve bu sözleşmelerde telif hakkının imal edende kaldığını, yazılımın kullanma hakkının ise sipariş verene devredildiğini belirtmektedir.

<sup>351</sup> Paket yazılımlar yabancı doktrinde “*ready-made software*”, “*off-the-shelf software*”, “*standard software*” “*packaged software*” gibi farklı terimlerle ifade edilmektedir. Bkz. Bainbridge, **Software**, s. 177; Rowland/Mcdonald, s.94; Reed, s.46.

<sup>352</sup> Bainbridge, **Information**, s.268; Reed, s.48.

lisans sözleşmeleri ise yazılımın imali veya modifikasyonuna ilişkin edim yükümlülüğü sebebiyle içerisinde eser sözleşmesine ilişkin unsurlar barındırmaktadır<sup>353</sup>. Ayrıca belirtmelidir ki ısmarlama yazılım lisans sözleşmeleri “*sui generis sözleşme*” niteliğinde iken paket yazılım lisans sözleşmeleri “*karma sözleşme*” niteliğindedir<sup>354</sup>.

#### 4) Donanımaya Yüklü-Donanımdan Bağımsız Yazılımları Konu Edinen Lisans Sözleşmeleri

Yazılımlar bağımsız şekilde piyasaya sürülebildikleri gibi donanıma yüklü olarak da piyasaya sürülebilirler. Uygulamada özellikle sistem yazılımlarının bilgisayara yüklü biçimde kullanıcılara sunulduğu görülmektedir<sup>355</sup>. Yazılımların donanıma yüklü bir biçimde kullanıcılara sunulması aslında “*OEM (Original Equipment Manufacturer/Orijinal Ekipman Üreticisi)*” şeklinde isimlendirilen bir pazarlama stratejisinin ürünü olarak ortaya çıkmıştır<sup>356</sup>. Donanıma yüklü şekilde kullanıcılar tarafından edinilen bu yazılımlar “*OEM*” veya “*bundled software*” şeklinde adlandırılmaktadır<sup>357</sup>. Bu lisanslama modeli tamamen yazılımın piyasadaki bilinirliğinin ve yaygınlığının artırılmasını amaçlamaktadır<sup>358</sup>. Örneğin bir dizüstü bilgisayar satın alan kullanıcı dizüstü bilgisayara yüklü şekilde “*windows*” isimli işletim sistemini ve “*office 365*” isimli yazılımı da edinmiş olmaktadır. Bu şekilde yazılım geliştiricisi satın alınan her bir bilgisayarda kendi yazılımının kullanılmasını sağlamakta dolayısıyla bilinirliğini arttırmaktadır.

OEM yazılımlarda kullanıcının sadece bilgisayarı satın alması yeterli olup, yazılımı kullanabilmesi için ayrıca bir bedel ödemesi gerekmemektedir. Kullanıcı bilgisayarı satın aldıktan sonra bilgisayarın ilk kullanımı esnasında OEM yazılıma

<sup>353</sup> Yıldırım, **Standart**, s.26; Rowland/Mcdonald, s.190; Bainbridge, **Software**, s.98.

<sup>354</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin “*karma sözleşme*” niteliği hakkında açıklamalar için bkz. II. Bölüm-D-3.

<sup>355</sup> Bainbridge, **Software**, s.93. Ayrıca sistem ve uygulama yazılımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-2-b vd.

<sup>356</sup> Üreticiler özellikle OEM tipi dağıtım kanalını kullanmak suretiyle çok sayıda son kullanıcıya ürünlerini tanıtmak imkanı bulmaları sebebiyle bu yöntemi tercih etmektedir. OEM lisanslama yöntemi bu nedenle yazılım alanında sıklıkla kullanılmaktadır. Bkz. Gomulkiewicz, s.449.

<sup>357</sup> Bainbridge, **Software**, s.93.

<sup>358</sup> Gomulkiewicz, s.449.

ilişkin yazılım lisans sözleşmesini “*click-wrap*” şeklinde akdeder ve bilgisayar ile birlikte yazılımı kullanmaya başlayabilir<sup>359</sup>. Kullanıcının yazılım sözleşmesini kabul etmediği durumlarda donanımaya yüklü yazılımı kullanması teknik açıdan mümkün olmamakla birlikte donanımaya yüklü yazılımı silmesi ve başka bir yazılım yüklemesi her zaman imkan dahilindedir.

OEM yazılımlar esasen piyasaya hazır (standart) biçimde sunulmakta olduklarından birer paket yazılım niteliğindedirler<sup>360</sup>. Ancak OEM yazılımları konu edinen sözleşmeler, paket yazılım lisans sözleşmelerinden farklı bir niteliğe sahiptir. Doktrinde donanımaya yüklenmiş yazılımların donanımın satın alınması suretiyle edinildiği hallerde ortada bir “*bileşik sözleşme*” bulunduğu kabul edilmektedir<sup>361</sup>. Bileşik sözleşmeler hukuki açıdan şeklen birbirinden bağımsız, apayrı iki sözleşmenin ekonomik ve fonksiyonel açıdan birbiriyle bağımlı kılınması halinde söz konusu olur<sup>362</sup>. Başka bir ifadeyle bileşik sözleşme ilişkisinde birden fazla sözleşme bağımsızlıklarını koruyarak bir araya getirilmektedir<sup>363</sup>. Bu nedenle bileşik sözleşme ilişkisini meydana getiren her bir sözleşmeye kendi hukuki niteliğine ait hüküm ve sonuçlar uygulanmalıdır<sup>364</sup>.

Bu durum OEM yazılımlar için de geçerlidir. OEM yazılım edinen bir kullanıcı esasen iki ayrı sözleşme akdetmektedir. İki sözleşme hukuki açıdan bağımsız olmakla birlikte şeklen bir aradadır. Bunlardan birincisi bilgisayarı yani donanımı konu edinen “*satış sözleşmesi*” ikincisi ise bilgisayarın ilk kurulumu esnasında yazılımı kullanabilmek için akdedilen “*yazılım lisans sözleşmesi*”dir<sup>365</sup>. Satış sözleşmesi kullanıcı (alıcı) ile bilgisayarı satan satıcı arasında yapılmakta iken paket yazılım lisans sözleşmesi yazılım üzerindeki mali hakkın sahibi ile kullanıcı (lisans alan)

<sup>359</sup> Sözleşmelerin akdedilmesinde click-wrap yöntemi hakkında III. Bölüm-A-2.

<sup>360</sup> Bainbridge, **Software**, s.98.

<sup>361</sup> Doktrinde OEM yazılımları konu edinen sözleşmeleri “*bileşik sözleşme*” olarak nitelendiren yazarlar için bkz. Tekinalp, s.268; Serozan/Baysal/Sanlı, s.84; Yıldırım, **Standart**, s.97.

<sup>362</sup> Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C:I/1, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C:I/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım’dan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.75; Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2019, s.84; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2018, s.951.

<sup>363</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.76; Serozan/Baysal/Sanlı, s.85; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s.26.

<sup>364</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.76; Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s.163.

<sup>365</sup> Tekinalp, s.268; Yıldırım, **Standart**, s.97.



arasında akdedilmektedir<sup>366</sup>. Satış sözleşmesi açısından alıcı olan kişi, lisans sözleşmesi açısından lisans alan konumundadır.

OEM yoluyla edinilen yazılımların bileşik sözleşme niteliğinde olması sebebiyle bu tür yazılım edinimlerinde satış ve lisans sözleşmesi bir birlik içinde olacak ve birbirinin akıbetini takip edecektir<sup>367</sup>. Yani bileşik sözleşmelerden birinde ortaya çıkan sakatlık veya birinin sona ermesi durumunda diğer sözleşmede onun akıbetini takip edecektir<sup>368</sup>. Örneğin bir tüketicinin perakende mağazasından içerisinde “windows” isimli işletim sistemi yüklü olan bir dizüstü bilgisayar aldığı ve bu bilgisayarın ilk kurulumunun yapıldığı durumda tüketici hem bir satış sözleşmesi hem de bir yazılım lisans sözleşmesi akdetmiştir. Ancak dizüstü bilgisayarın ayıplı olduğu fark eden tüketicinin TKHK m.11/-(a) bendinde düzenlenen dönme hakkını kullanarak dizüstü bilgisayarı iade ettiği durumda yazılım lisans sözleşmesi de sona erecek yani satış sözleşmesinin akıbetini takip edecektir. Bu nedenle satış sözleşmesinden dönülmesi durumunda yazılım lisans sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir.

Biz de yukarıda özetlediğimiz üzere OEM yazılımların edinilmesine ilişkin hukuki ilişkinin bir bileşik sözleşme ilişkisi olduğu fikrine katılmaktayız<sup>369</sup>. Ancak belirtmelidir ki OEM yazılımlar her ne kadar paket (hazır) yazılımlar olsalar da bunların edinilmesine ilişkin bileşik sözleşme (satış sözleşmesi ve lisans sözleşmesi) ilişkisi bir paket yazılım lisans sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Çünkü paket yazılımlarda yazılım doğrudan çevrimiçi şekilde donanımına indirilmekte iken OEM yazılımlar yukarıda açıkladığımız bileşik sözleşme ilişkisi kapsamında edinilmektedir.

## 5) Daimi Yazılım Lisans Sözleşmeleri ve Süreli Yazılım Lisans Sözleşmeleri

Yazılım lisans sözleşmeleri, sözleşmenin süresi açısından ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>370</sup>. Bazı yazılımlar kullanıcılara daimi (süresiz) şekilde sunulmakta iken bazı yazılımlar kullanıcılara süreli olarak sunulmaktadır. Kullanıcı tarafından

---

<sup>366</sup> Tekinalp, s.268.

<sup>367</sup> Tandoğan, C:I/1, s.76; Kuntalp, s.165.

<sup>368</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.87; Kuntalp, s.166; Eren, **Özel Hükümler**, s.953.

<sup>369</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz Tekinalp, s.268; Serozan/Baysal/Sanlı, s.84; Yıldırım, **Standart**, s.97.

<sup>370</sup> Bainbridge, **Software**, s.162; Reed, s.49 vd.; Determaan/Fellmeth, s.22; Erişgin, s.62; Yıldırım, **Standart**, s.79.

lisans bedelinin bir kez ödendiği ve yazılımın daimi şekilde kullanılmasına imkan veren lisans sözleşmeleri daimi lisans sözleşmeleri (“*perpetual license agreement*”) olarak adlandırılmaktadır<sup>371</sup>.

Bu tip lisans sözleşmelerinde kullanıcı, yazılımı edinmek için yalnızca başlangıçta bir kez lisans bedeli ödemektedir. Kullanıcı bir kereye mahsus olarak yazılımı edinirken ödediği lisans bedeli karşılığında yazılımı daimi (süresiz) olarak kullanabilir. Daimi lisans sözleşmeleri bu açıdan satış sözleşmelerine benzetilmektedir<sup>372</sup>.

Sürelili yazılım lisans sözleşmelerinde ise kullanıcı genellikle sözleşmede belirlenmiş bir süre için lisans bedelini öder ve bu süre ile sınırlı olarak yazılımı kullanır. Uygulamada genellikle taraflar sözleşmeyi belirli bir süre ile sınırlı olarak akdetmektedirler. Ancak tarafların sözleşmede belirli bir süre kararlaştırmamış olmaları da mümkündür. Tarafların sözleşmenin belirli bir sürenin sonunda kendiliğinden sona ereceğini kararlaştırmamış olmaları sözleşmenin sürekli edimli olma niteliğini değiştirmeyecektir<sup>373</sup>. Çünkü sözleşme belirsiz süreli olsa dahi lisans bedeli dönemsel olarak ödenmekte ve sözleşme sürekli edimli sözleşme özelliği göstermektedir<sup>374</sup>.

Sürelili paket yazılım lisans sözleşmelerinde kullanıcı yazılımı kullanmasının karşılığında, belirli periyotlar halinde lisans bedeli ödemekle yükümlüdür. Bu periyotlar genellikle tarafların anlaşmasına göre günlük, aylık veya yıllık lisans şeklinde düzenlenmektedir<sup>375</sup>. Bu tür süreli lisans sözleşmeleri yabancı doktrinde abonelik temelli lisans sözleşmesi (“*subscription based license agreement*”) ve geçici lisans

<sup>371</sup> Determan/Fellmeth, s.27; Phillips, s.73; H. Ward Classen, Fundamentals of Software Licensing, **Journal Of Law And Technology**, Franklin Pierce University Law Center, 37/1, New Hampshire 1996, s.1-85., s.7. Doktrinde Erişgin daimi yazılım lisans sözleşmelerini “*sürekli yazılım lisans sözleşmesi*” şeklinde adlandırmaktadır. Bkz. Erişgin, s.63.

<sup>372</sup> Bainbridge, **Software**, s.86; Classen, s.36; Determan/Fellmeth, s.28 vd.; Yıldırım, **Standart**, s.73; Erişgin, s.48.

<sup>373</sup> Belirli süreli sözleşmeler, sona erme sebebini bizzat kendi bünyesinde taşıyan sözleşmelerdir. Çünkü taraflar belirlenen sürenin dolması ile sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini kararlaştırmaktadırlar. Belirsiz sözleşmeler ise belirli bir sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona ermedikleri için dışarıdan bir müdahale ile sona ermeleri gerekmektedir. Bkz. Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997, s.66 vd.

<sup>374</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre ani edimli yahut sürekli edimli borç ilişkisi özelliği gösterdiği yönünde bkz. II. Bölüm-C

<sup>375</sup> Bkz. <https://products.office.com/tr-TR/compare-all-microsoft-office-products&activetab=tab%3aprimaryr1> (Erişim Tarihi:12.01.2022)

sözleşmesi (“*temporary license agreement*”) şeklinde de adlandırılmaktadır<sup>376</sup>. Bu sözleşmeler süreli olmaları ve lisans bedelinin yazılımın bir süre ile kısıtlı olarak kullanılması karşılığında ödenmesi sebebiyle kira sözleşmelerine benzetilmektedir<sup>377</sup>.

Uygulamada aynı yazılımın lisans veren tarafından hem süreli versiyonunun hem de daimi versiyonunun piyasaya sürülmesi mümkündür<sup>378</sup>. Ancak son yıllarda yazılım firmaları daimi lisanslama modelinden ziyade süreli lisanslama modeline ağırlık vermeye başlamışlardır<sup>379</sup>. Bunun nedeni süreli lisanslama modelinin daimi lisanslama modeline göre daha fazla kar getirmesidir. Daimi lisanslama modelinde lisans veren sadece yazılımı lisans alana verirken bir kereye mahsus lisans bedeli almaktadır. Süreli lisanslama modelinde ise lisans veren hem kullanıcıdan zamana yayılan bir şekilde lisans bedeli almakta hem de kullanıcı ile olan bağıını devam ettirmek suretiyle müşteri portföyünü genişletmektedir<sup>380</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin daimi veya süreli olarak tasnif edilmesi özellikle sözleşmeye uygulanacak hükümler açısından önem arz eder. Öyle ki sözleşmenin daimi veya süreli sözleşme olarak nitelendirilmesi o sözleşmeye uygulanacak hükümlerin farklılaşmasına neden olmaktadır<sup>381</sup>. Çünkü daimi sözleşmeler satış sözleşmesi ve lisans sözleşmesinin unsurlarını barındırmakta iken süreli sözleşmeler kira sözleşmesi ve lisans sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır. Biz de paket yazılım lisans sözleşmelerini bu temel ayrıma uygun şekilde irdedeceğiz.

<sup>376</sup> Classen, s.56; Determan/Fellmeth, s.22.

<sup>377</sup> Determan/Fellmeth, s.22; Classen, s.4; Erişgin, s.49; Yıldırım, **Standart**, s.164.

<sup>378</sup> Bkz. <https://www.microsoft.com/tr-tr/microsoft-365/compare-all-microsoft-365> (Erişim Tarihi: 12.01.2022)

<sup>379</sup> Benzer bir biçimde son yıllarda bulut (“*cloud*”) teknolojisi üzerinden kullanılan yazılımlarda “*bir hizmet olarak yazılım*” (“*software as a service*”) şeklinde isimlendirilen bir lisanslama modeli ortaya çıkmıştır. Bir hizmet olarak yazılım lisanslama modelinde yazılımlar kullanıcının bilgisayarına indirilmeksizin doğrudan bulut sistemi üzerinde çalışmaktadır. Bu lisanslama modelinde kullanıcı sabit bir lisans bedeli ödememektedir. Kullanıcının ödeyeceği lisans bedeli bulut sisteminde bulunan yazılımı kullandığı süreye göre belirlenmektedir. Bkz. Lothaar Determaan, “What Happens In The Cloud: Software As A Service And Copyrights”, **Berkeley Technology Law Review**, Vol.29:15, 2014 California, s.1096-1130., s.1100.

<sup>380</sup> Kalıcı gelir modeli şeklinde adlandırılan pazarlama sisteminde kullanıcının ömrü boyunca yazılım firmasına ödeyebileceği ücretin en yüksek seviyeye çıkartılması hedeflenmektedir. Bunun için daimi lisans sözleşmeleri terkedilerek süreli lisans sözleşmeleri tercih edilmeye başlanmıştır. Bkz. <https://fastspring.com /blog/ power-of-recurring-revenue-software-subscriptions-saas-digital-content/> (Erişim Tarihi: 12.01.2022)

<sup>381</sup> Sözleşmenin daimi veya süreli olmasının sözleşmeye uygulanacak hükümlere etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-D-3.

## B. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

### 1) Tanım

Bir sözleşmenin incelenmesinde kullanılan temel yöntem, öncelikle o sözleşmenin kanuni tanımından hareketle içerdiği unsurların belirlenmesidir<sup>382</sup>. Bu yöntem kanunda unsurları düzenlenmiş bulunan “*isimli sözleşmeler*” açısından rahatlıkla uygulanabilir bir yöntemdir<sup>383</sup>. Ancak kanunda düzenlenmemiş olan “*isimsiz sözleşmeler*” açısından kanuni bir tanımdan bahsetmek ve bu tanımdan hareket ile sözleşmenin esaslı unsurlarını tespit etme imkanı bulunmamaktadır<sup>384</sup>.

İsimsiz sözleşmelerin tanımının yapılması ve unsurlarının tespiti için o sözleşmenin uygulamada sıklıkla kullanılan örnekleri incelenerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Paket yazılım lisans sözleşmeleri kanunda tanımı yapılmış ve unsurları belirlenmiş bir sözleşme olmayıp, “*isimsiz sözleşme*” niteliğindedir<sup>385</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri unsurları kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler olduklarından bu sözleşmelerin hükümleri ve içerikleri tarafların iradesine göre değişiklik göstermektedir. Sözleşmenin içeriği genel olarak yazılım üzerindeki mali hakkın sahibi olan lisans verenin ticari tercihleri, pazarlama stratejisi ve yazılımın kullanım amacı ile bağlantılıdır. Bu kapsamda tek tip bir içeriğe sahip paket yazılım lisans sözleşmesinden bahsedilmesi mümkün değildir. Biz de bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmesinin tanımının, özelliklerinin ve unsurlarının belirlenmesinde uygulamada sıklıkla kullanılan paket yazılım sözleşmelerini esas almış bulunmaktayız.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri, lisans verenin paket yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını lisans alana süreli veya daimi şekilde kullanabilmesi için iletmeyi ve iletilen nüsha üzerinde kullanım amacıyla çoğaltma yetkisi tanımayı taahhüt ettiği, nüsha

<sup>382</sup> Tandoğan, C.I/1, s.12; Serozan/Baysal/Sanlı, s.87; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.1.**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.4; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s.10.

<sup>383</sup> Kuntalp, s.3; Yıldırım, **Standart**, s.40; Erişgin, s.43.

<sup>384</sup> Kuntalp, s.3; Erişgin, s.43; Yıldırım, **Standart**, s.40; Saibe Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu, Geçerliliği ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM**, C.LV, 1996, s.263-296., s.265.

<sup>385</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin isimsiz sözleşmelerin bir türü olan “*karma sözleşme*” niteliğine ilişkin olarak bkz. II. Bölüm-D-3.

üzerinde çoğaltma yetkisi tanınması taahhüt edilmese dahi kanunun belirli sınırlar dahilinde lisans alana iletilen nüsha üzerinde çoğaltma ve işleme yetkisi tanıdığı lisans alanın da bunun karşılığında genellikle lisans verene bir kereye mahsus veya dönemsel olarak lisans bedeli ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir<sup>386</sup>.

Ancak önemle vurgulanmalıdır ki paket yazılım lisans sözleşmelerinin birer isimsiz sözleşme olması nedeniyle tarafların bu sözleşmelerin içeriğini isimli sözleşmelere göre daha serbest şekilde belirlemesi ve farklı yükümlülükler eklemesi her zaman mümkündür. Başka bir deyişle taraf iradeleri kapsamında sözleşmede öngörülen farklı hükümler, paket yazılım lisans sözleşmesi yukarıdaki genel tanımdan sapmasına neden olabilir.

Örneğin uygulamada bazen paket yazılım lisans sözleşmelerine lisans verenin, yazılımın bakımını üstlenmesi ya da belirli aralıklarla güncelleme hizmeti vermesine ilişkin yükümlülükler eklendiği görülmektedir<sup>387</sup>. Ancak yazılımın bakımının yapılması veya güncelleme hizmeti verilmesi bu sözleşmeler açısından objektif esaslı unsur niteliğine sahip olmamakla birlikte bu tür edimlerin sözleşmede asli edim yükümü olarak öngörülmesi halinde sözleşmenin niteliği değişecektir<sup>388</sup>. Biz paket yazılım lisans sözleşmelerinin uygulamada en sık kullanılan biçimini dikkate almak suretiyle sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı unsurlarını inceleyeceğiz.

## 2) Objektif Esaslı Unsurlar

Bir sözleşmenin esaslı unsurları o sözleşmeyi meydana getiren ve karakterini belirleyen unsurlardır<sup>389</sup>. Sözleşmenin esaslı unsurları objektif ve subjektif esaslı

---

<sup>386</sup> Benzer tanımlar için bkz. Yıldırım, **Standart**, s.68; Erişgin, s.52; Sıvacıoğlu, s.86; Bainbridge, **Software**, s.90 vd.

<sup>387</sup> Yıldırım, **Standart**, s.68; Ahu Eker Erkekoğlu, **Yazılım Lisans Sözleşmeleri**, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.38.

<sup>388</sup> Yıldırım, **Standart**, s.68; Erkekoğlu, s.39.

<sup>389</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.265 vd. Yazar isimsiz sözleşmelerin esaslı unsurlarının kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle tespit edilmesinin zor olduğunu, bir sözleşmenin esaslı unsurlarının (essentialia negotii) o sözleşme tipinin olmazsa olmazı olduğunu, esaslı olmayan unsurların ise sözleşmenin tipini değiştirmeksizin tarafların iradesi uyarınca sözleşmenin bünyesine dahil olduğunu ifade etmektedir. Yazar sözleşmenin esaslı ve esaslı olmayan unsurlarının isimsiz sözleşmeler açısından sözleşmenin kuruluşuna ilişkin birer kavram olmadığını sadece sözleşmenin asgari içeriğini belirlediğini belirtmektedir.

unsurlar olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır<sup>390</sup>. Objektif esaslı unsurlar o sözleşmenin çekirdeğini oluşturan sözleşmenin tipini belirleyen karakteristik unsurlar olarak nitelendirilebilir<sup>391</sup>. Başka bir ifadeyle objektif esaslı unsurlar o sözleşmede mutlaka bulunması gereken unsurlardır<sup>392</sup>.

#### a) Paket Bir Yazılımın Bulunması

Paket yazılım lisans sözleşmesinden bahsedilebilmesi için öncelikle bir paket (hazır) yazılımın varlığı gerekmektedir<sup>393</sup>. Yazılım sözleşme akdedildiği esnada mevcut olmalıdır<sup>394</sup>. Çünkü paket yazılım lisans sözleşmelerinin temel özelliği yazılımın hazır şekilde kullanıcılara sunulmasıdır. Yazılımın kullanıcının özel ihtiyaçlarına göre revize edilmesi veya değiştirilmesinin söz konusu hallerde ortada bir paket yazılım lisans sözleşmesi değil ısmarlama yazılım lisans sözleşmesi var demektir.

Lisans sözleşmesine konu edilen yazılımın kullanıcıya teslim edilmeden önce imal edilmesi veya revize edilmesine ilişkin edim yükümlülükleri esas olarak TBK m.470 vd.'de düzenleme konusu yapılmış olan eser sözleşmelerinin tipik bir unsurudur<sup>395</sup>. İş görme amacı güden sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde yüklenicinin tipik edimi bir eser meydana getirmek suretiyle iş sahibine teslim edilmesidir. Tarafların yazılımın imaline yönelik edim yükümlülükleri öngörmesi durumunda eser sözleşmesinin tipik bir unsuru olan bir eser meydana getirmek

---

<sup>390</sup> M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1**, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s.74; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2020, s.198; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.143.

<sup>391</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.74; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.200; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.143.

<sup>392</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.74; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.200; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.143.

<sup>393</sup> Yıldırım, **Standart**, s.41; Erişgin, s.42; Reed, s.47; Rowland/Mcdonald, s.94.

<sup>394</sup> Yıldırım, **Standart**, s.41.

<sup>395</sup> Eser sözleşmelerinde yüklenicinin tipik edim borcunun ısmarlananın imal edilerek teslim edilmesi olduğu yönünde bkz. Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Dersleri II. Cilt Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri)**, Fakülteler Matbaası, 1967 İstanbul, s.449; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.441; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.749; Eren, **Özel Hükümler**, s.589.

suretiyle iş sahibine teslim etme edimi sözleşmenin bünyesine dahil olacaktır. Bu nedenle sözleşmenin hukuki niteliği değişecek ve ilgili sözleşme bir paket yazılım lisans sözleşmesi niteliğine sahip olmayacaktır<sup>396</sup>.

## b) Çoğaltılmış Nüshanın Lisans Alana İletilmesi

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin bir diğer objektif esaslı unsuru ise sözleşmeye konu olan yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının lisans alana iletilmesidir<sup>397</sup>. Yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının lisans alana iletilmesi zorunludur. Çünkü lisans alan, yazılımın bir nüshasını donanımına yüklemeyen yazılımı kullanamayacaktır<sup>398</sup>. Bu durum hem daimi şekilde akdedilmiş paket yazılım lisans sözleşmeleri için hem de süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri için geçerlidir. Her iki sözleşme tipinde de yazılımın çoğaltılmış nüshası lisans alana iletilmedikçe lisans alan yazılımı kullanmaya başlayamaz.

Daha önce açıkladığımız üzere yazılımların birer eşya olmaması sebebiyle bunlar üzerinde zilyetliğin devri de söz konusu olmayacaktır<sup>399</sup>. Burada çoğaltılmış nüshanın iletilmesi ile kastedilen yazılım üzerindeki zilyetliğin devri değil yazılımın bir nüshasının lisans alanın hakimiyet alanına girmiş olmasıdır<sup>400</sup>. Çoğaltılmış bir nüshanın lisans alana iletilmesi esas olarak paket yazılım lisans sözleşmelerini bulut bilişim (“cloud computing”) sözleşmelerinden en büyük farkıdır<sup>401</sup>. Bulut bilişim sözleşmelerinde yazılımın bir nüshası lisans alana iletilmemektedir. Bu sözleşmelerde lisans alan yazılımları kendi donanımına yükleme imkanına sahip değildir. Yazılımlar bulut sunucusunda yüklü halde bulunmakta ve kullanıcı internet üzerinden bulut sunucusuna erişmek suretiyle yazılımı kullanmaktadır. Bulut bilişim sözleşmelerinde paket yazılım lisans sözleşmelerinde olduğu gibi lisans alanın yazılımı kullanması için yazılım üzerinde çoğaltma hakkını kullanması da gerekmemektedir.

<sup>396</sup> Şahan, s.63 vd.

<sup>397</sup> Yıldırım, **Standart**, s.52; Erişgin, s.60; Sıvacioğlu, s.146; Determan/Fellmeth, s.18.

<sup>398</sup> Bainbridge, **Software**, s.90; Gomulkiewicz, s.432; Determan/Fellmeth, s.10.

<sup>399</sup> Yazılımların eşya niteliğinde olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. I. Bölüm-B-3 vd.

<sup>400</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.171. Yazarlar devir konusunun eşya niteliğine sahip olmadığı hallerde zilyetliğin devri olgusunun yerini sözleşme konusundan devir alanın tam yararlanmasını sağlayacak işlemlerin aldığını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Aral/Ayrancı, s.123; Eren, **Özel Hükümler** s.62.

<sup>401</sup> Determann, s.1103 vd. Ayrıca bulut bilişim sözleşmeleri ve farklı türleri hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Tunç, s.34 vd.

### c) Lisans Alanın Kanundan Doğan Çoğaltma ve İşleme Yetkisi

FSEK’te düzenleme konusu yapılmış olan diğer eser türlerinden farklı olarak yazılımlar açısından çoğaltma hakkının gösterdiği farklılığı daha önce açıklamış bulunmaktayız<sup>402</sup>. Kanun koyucu yazılımlar üzerinde çoğaltma hakkının gösterdiği özellik sebebiyle FSEK m.38/2 ve devamı maddelerinde yazılımı hukuki yollardan edinen kimselere bazı koşullar altında çoğaltma ve işleme yetkisi tanımıştır<sup>403</sup>.

Esas olarak FSEK m.38/2 ve 3’te öngörülen “*kullanım için gereken çoğaltma ve yedek kopya çıkartma yetkisi*” ile “*işleme yetkisi*” ve m.38/4’te öngörülen “*araişlerliğin sağlanması amacıyla çoğaltma ve ayırıştırma yetkisi*” lisans alanın kanundan doğan yetkileridir<sup>404</sup>. Bu yetkiler lisans verenin yazılım üzerindeki mutlak haklarına kanun tarafından getirilen sınırlamalar olarak nitelendirilebilir<sup>405</sup>. Kanaatimizce bu yetkiler lisans alana kanun koyucu tarafından tanınan “*tam kanuni lisans*” niteliğine sahiptir<sup>406</sup>.

FSEK m.38 vd.’de lisans alana sağlanan tüm bu yetkiler yazılımın hukuki yollardan edinme şartına bağlanmış olup, paket yazılım lisans sözleşmesinin süreli veya daimi olmasına göre herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmesinin daimi veya süreli olarak akdedilmesi kanundan doğan yetkilerin iktisabı açısından bir farklılık yaratmamaktadır. FSEK m.38 vd.’de yer alan yetkilerin iktisap edilebilmesi için yazılımın hukuki yollardan edinilmesi gerekli ve yeterlidir<sup>407</sup>.

Ancak belirtilmelidir ki kanun tarafından belirli şartlar altından tanınan bu çoğaltma ve işleme yetkisi sınırsız nitelikte değildir. Çoğaltma ve işleme yetkisi kanunun belirlediği sınırlar dahilinde kullanılmalıdır. Yazılım üzerindeki çoğaltma ve

<sup>402</sup> Çoğaltma hakkının yazılımlardaki özel görünümü hakkında bkz. I. Bölüm-D-3-b.

<sup>403</sup> Dalyan, s.165 vd.; Akdemir Kamalı, s.156; Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.109; Kaypakoğlu, s.110 vd.; Topaloğlu, **Bilişim**, s.38 vd.; Şahin, s.152.

<sup>404</sup> Dalyan, s.160; Akdemir Kamalı, s.156; Kaypakoğlu, s.110 vd.; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.147.

<sup>405</sup> Dalyan, s.165; Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.106; Erel, s.273; Tekinalp, s.210; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.147.

<sup>406</sup> Yıldırım, **Standart**, s.62. Yazar lisans alana tanınan bu yetkilerin zorunlu ya da kanuni lisans olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

<sup>407</sup> FSEK m.38/2 vd.’de yer alan yetkilerde lisans alanın yararlanabilmesi için lisans alanın yazılımı yasal yollardan edinen kişi olması gerekmektedir. Ancak “*yazılımı yasal yollardan edinen kişi*” kavramının tanımı kanunda bulunmamaktadır. FSEK’in mehz kanunu olan 91/250 sayılı Direktif’te ise “*lawful acquirer*” terimi kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Tekinalp, s.211; Kaya, s.471; Dalyan, s.158; Reed, s.467.



işleme yetkisinin kanunda belirtilen sınırları aşacak biçimde kullanılması eser sahibinin mutlak hakkını ihlal edecektir<sup>408</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından lisans alanın FSEK m.38 vd.'de düzenlenen bu yetkileri sözleşmenin bünyesinde lisans unsuru olarak kendini göstermektedir. Uygulamada paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin yazılımın kullanımı amacıyla sınırlı olmak üzere, sözleşme ile lisans alana çoğaltma ve yedek kopya çıkartma yetkisi verdiği görülmektedir. Ancak lisans alan bu yetkileri, sözleşme de yer almasa dahi yazılımı hukuki yollardan edinmesi şartıyla kanun gereği iktisap edecektir<sup>409</sup>. Özellikle yazılımların çoğaltma yetkisi olmadan kullanılamayacağı göz önüne alındığında, lisans alanın kanundan doğan ve yazılımı hukuki yollarla edinmesi halinde iktisap ettiği bu yetkiler paket yazılım lisans sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olarak ortaya çıkmaktadır<sup>410</sup>.

#### **d) Lisans Bedeli**

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alan yazılımın bir nüshasının edinilmesi ve bu yazılımın daimi veya süreli olarak kullanılmasının karşılığında lisans verene bir lisans bedeli ödemektedir<sup>411</sup>. Bu lisans bedeli bir kereye mahsus olarak ödenebileceği gibi sözleşmede belirtilen sürenin karşılığı olarak dönemsel olarak da ödenebilir. Bu kapsamda lisans bedeli ödenmesi paket yazılım lisans sözleşmelerinin objektif esaslı unsurlarından biridir.

Ancak istisnai olarak paket yazılımları konu edinen ve lisans verenin herhangi bir lisans bedeli ödemediği lisans sözleşmeleri de bulunmaktadır. Lisans alanın lisans verene herhangi bir lisans bedeli ödemediği yazılımı kısa bir süre için kullanabildiği yazılımlar, “*demo yazılım*” (“*demo software*”) veya “*deneme sürümü*” (“*free trial*”) şeklinde adlandırılmaktadır. Bu yazılımlarda lisans veren müşteri kitlesini arttırmak ve kullanıcılara yazılımı tanıtmak amacıyla yazılımı kısa süreliğine genellikle bir hafta ya da bir ay gibi sürelerle bedelsiz şekilde lisanslamaktadır. Kullanıcı deneme süresi

---

<sup>408</sup> Kanundan doğan çoğaltma ve işleme yetkisinin kullanımına ilişkin sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III. Bölüm-C-3-a-(bb) ve (cc).

<sup>409</sup> Yazılımı yasal yollardan edinen kimsenin kanundan doğan hakları için bkz. III. Bölüm-C-3 vd.

<sup>410</sup> Yıldırım, **Standart**, s.53 vd.

<sup>411</sup> Yıldırım, **Standart**, s.63; Sıvacıoğlu, s.154.

için herhangi bir lisans bedeli ödememekle birlikte deneme süresinin sona ermesinden sonra yazılımı kullanmak isterse lisans bedeli ödemekle yükümlü olacaktır<sup>412</sup>.

Demo yazılımlar paket (standart) nitelikte yazılımlardır. Demo yazılımları konu edinen lisans sözleşmelerinin tek farkı yazılımın lisans bedeli olmaksızın kısa süreliğine lisanslanmasıdır. Bu nedenle demo yazılımların konu edinen lisans sözleşmeleri de esasen birer paket yazılım lisans sözleşmesidir. Ancak demo yazılımları konu edinen lisans sözleşmeleri paket yazılım lisans sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olan lisans bedeli ödeme yükümlülüğü açısından istisna teşkil etmektedir.

### 3) Subjektif Esaslı Unsurlar

Bir sözleşmenin subjektif esaslı unsurları, objektif esaslı unsurlardan farklı şekilde sözleşmede yer alması gereken zorunlu unsurlar değildir<sup>413</sup>. Bu unsurlar ikincil nitelikteki unsurlardır. Bu açıdan subjektif esaslı unsurlar sözleşmenin karakterini belirleyen unsurlar değildir. Sözleşmenin subjektif esaslı unsurları o sözleşmenin içeriğine tamamen tarafların iradesi gereğince dahil olurlar<sup>414</sup>.

#### a) Sözleşme Süresi

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin subjektif esaslı unsurlarından biri sözleşmenin süresidir. Paket yazılım lisans sözleşmeleri, daimi yani herhangi bir süre ile bağlı olmaksızın akdedilebileceği gibi süreli olarak da akdedilebilir<sup>415</sup>. Daimi yani herhangi bir süre ile sınırlandırılmamış yazılım lisans sözleşmelerinde kullanıcı yazılımı edinmeden önce tek bir kez lisans bedeli ödemektedir. Süreli lisans sözleşmelerinde ise kullanıcı sözleşmede kararlaştırılan süre için dönemsel olarak lisans bedeli ödemektedir.

<sup>412</sup> Uygulamada yazılımları sıklıkla kullanılan “Adobe” isimli yazılım firmasının bir haftalık ücretsiz deneme sürümleri bulunmaktadır. Bkz. <https://www.adobe.com/tr/downloads.html> (Erişim Tarihi: 23.01.2022)

<sup>413</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.75; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.200.

<sup>414</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.267; Aydoğdu/Nart, s.90; Gümü, **Genel Hükümler**, s.143.

<sup>415</sup> Yıldırım, **Standart**, s.65; Erişgin, s.63; Phillips, s.7.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşmenin süresi tamamen taraf iradeleri kapsamında belirlenmekle birlikte hem daimi hem de süreli sözleşmeler paket yazılım lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle sözleşme süresi paket yazılım lisans sözleşmelerinin subjektif esaslı unsurudur.

## b) Güncelleme ve Geliştirme Hizmeti Verilmesi

Uygulamada bazı paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın lisans alan tarafından belirli aralıklarla güncellenmesi veya geliştirme hizmeti verilmesi şeklinde edimlerin de kararlaştırıldığı görülmektedir. Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin yazılımı belirli aralıklarla güncellemesi veya yazılımın geliştirilmesi gibi yazılımın bakımına ilişkin edimleri üstlenmesi sözleşmenin objektif esaslı unsuru değildir. Tamamen taraf iradeleri uyarınca sözleşmenin bünyesine dahil olan subjektif esaslı unsur niteliğine sahiptir<sup>416</sup>.

Lisans veren tarafından yazılımın belirli aralıklarla güncellenmesi veya geliştirme hizmeti verilmesi şeklindeki edimler esas olarak iş görme amacı güden birer edim niteliğindedir<sup>417</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin objektif esaslı unsurları arasında iş görme amacı güden herhangi bir edim yer almamaktadır. Bu nedenle taraflarca paket yazılım lisans sözleşmesinde güncelleme ve bakım hizmeti verilmesi eğer yan yükümlülük olarak kararlaştırıldıysa bu edim sözleşmenin niteliğine etki etmeyecektir<sup>418</sup>. Ancak tarafların paket yazılım lisans sözleşmesinin objektif unsurlarından olmayan bir iş görme edimini asli edim olarak kararlaştırmaları halinde sözleşmenin niteliği değişecektir<sup>419</sup>.

---

<sup>416</sup> Yıldırım, **Standart**, s.68; Erkekoğlu, s.39.

<sup>417</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.47.

<sup>418</sup> Yıldırım, **Standart**, s.68; Erkekoğlu, s.39.

<sup>419</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin üstlendiği edimler yazılımın bir nüshasının lisans alana iletilmesi ve bu suretin daimi olarak veya süreli şekilde lisans verene kullanılmasıdır. Yazılımın belirli aralıklarla güncellenmesi ya da bakımının yapılması bu sözleşmenin bünyesine yabancı bir edim niteliğindedir. Sözleşmede asli edim olarak iş görme ediminin de kararlaştırılması durumunda karma sözleşme niteliğine sahip paket yazılım lisans sözleşmesinin bünyesine iş görme amacı güden bir edim daha eklenmiş olacaktır.

## C. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Paket yazılım lisans sözleşmesinin gösterdiği özellikler sözleşmenin daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle hem daimi hem de süreli sözleşmelerin gösterdiği özellikler inceleme konusu yapılacaktır.

### 1) Ani Edimli – Sürekli Edimli Borç İlişkisi Özelliği

Sözleşmede yer alan edimlerin zamansal olarak ifası yönünden borç ilişkileri, ani edimli borç ilişkileri, sürekli edimli ve dönemsel (aralıklı) borç ilişkileri olmak üzere üçe ayrılmaktadırlar<sup>420</sup>.

Ani edimli borç ilişkilerinde, alacaklının ifaya olan yararı ani şekilde bir defada gerçekleşmektedir<sup>421</sup>. Sürekli edimli borç ilişkilerinde ise alacaklının ifaya olan yararı bir anda gerçekleşmez, zamana yayılır<sup>422</sup>.

Dönemsel edimli borç ilişkilerinde ise edimler tekrar eden düzenli ya da düzensiz davranışlarla ifa edilir<sup>423</sup>. Bir sözleşmenin ifa süresi açısından tasnif edildiği hallerde sözleşmede yer alan asli borca bakılacaktır. Yan borçların zamana yayılması sözleşmenin ani ya da sürekli edimli olmasını etkilemeyecektir<sup>424</sup>. Önemli olan sözleşmede yer alan asli edimlerin zaman bakımından ne şekilde ifa edildiğinin tespiti.

<sup>420</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.11; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.97; Aral/Ayrancı, s.100; Eren, **Özel Hükümler**, s.16 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.37; Andreas Furrer/Markus Muller-Chen/Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha, İstanbul 2021, s.34.

<sup>421</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.11; Eren, **Özel Hükümler**, s.16 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s.33; Furrer/Chen/Çetiner, s.34; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.53; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler**, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1969, s.41.

<sup>422</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.12; Seliçi, s.4; Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.11 vd.

<sup>423</sup> Doktrinde *Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı* dönemsel edimlerin ani ve sürekli edimler arasında bir yer işgal ettiğini belirtmektedir. Aynı şekilde yazarlar kira sözleşmesinde kiralananın kullanılmasına katlanmanın sürekli bir edim olduğunu, kiracının her ay kira bedeli ödeme borcunun dönemsel edim olduğunu kira sözleşmesinde sözleşme süresi sonunda kiralananın iadesinin ise ani edim olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı*, **Birinci Cilt**, s.38. *Oğuzman/Öz* ise bir edimin sürekli edim mi yoksa dönemsel edim mi olduğunun her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Oğuzman/Öz*, **Genel Hükümler C.1**, s.13.

<sup>424</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.12; Seliçi, s.6; Zevkliler/Gökyayla, s.33.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin ani edimli veya sürekli edimli borç ilişkisi olma özelliği o sözleşmenin daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre farklılık göstermektedir.

Daimi olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin asli edimi yazılımın bir nüshasının lisans verene iletilmesidir<sup>425</sup>. Daimi paket yazılım lisans sözleşmesinde lisans alan yazılımın bir suretini edindikten sonra sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile FSEK m.38 kapsamında yazılımı hukuki yollardan edinen kimse olarak bu yazılımı kullanma amacıyla çoğaltma hakkını iktisap etmiş olacaktır. Sözleşmenin asli edimi olan yazılımın bir nüshasının lisans verene iletilmesi ve dolayısıyla lisans alanın ifaya olan yararı anlık olarak gerçekleşecektir. Bu durum sözleşme konusu yazılımın doğrudan veri aktarımı yoluyla veya bir veri taşıyıcısına yüklü biçimde iletilmesi açısından herhangi bir farklılık göstermeyecektir. Her iki durumda da lisans alanın ifaya olan yararı anlık olarak gerçekleşmektedir. Diğer taraftan daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans bedeli lisans veren tarafından sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte bir defada lisans alana ödenmektedir<sup>426</sup>. Daimi lisans sözleşmelerinde lisans alanın ifaya olan yararı da lisans bedelinin bir defada ödenmesi sonucunda anlık olarak gerçekleşmektedir. Daimi paket yazılım lisans sözleşmesinde yer alan asli edimlerin ifasının anlık olması sebebiyle bu sözleşmeler ani edimli borç ilişkisi niteliğine sahiptir.

Süreli olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından ise lisans alanın ifaya olan yararı zamana yayılmaktadır. Süreli sözleşmelerde lisans veren öncelikle yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını lisans alana iletmektedir<sup>427</sup>. Lisans alan bu nüshayı sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kullanma hakkına sahip olup, lisans verende sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca yazılımın bir nüshasının kullanımına katlanma ve lisans alanın kullanımına uygun durumda bulundurma yükümlülüğü altındadır<sup>428</sup>. Lisans verenin yazılımın sözleşme süresince kullanılmasına katlanma borcu bu sözleşmelerin sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu göstermektedir<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> Yıldırım, **Standart**, s.130; Sivacıoğlu, s.146.

<sup>426</sup> Yıldırım, **Standart**, s.157; Erişgin, s.48; Erkekoğlu, s.84; Gomulkiewicz, s.449.

<sup>427</sup> Yıldırım, **Standart**, s.165; Erişgin, s.63.

<sup>428</sup> Yıldırım, **Standart**, s.165.

<sup>429</sup> Süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri bu konuda kira sözleşmeleri ile benzerlik göstermektedir. Kira sözleşmelerinin sürekli edimli borç ilişkisi niteliği hakkında bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu,

Diğer taraftan süreli lisans sözleşmelerinde genellikle lisans alanın asli borcu olan lisans bedeli ödeme yükümlülüğü dönemsel olarak ifa edilir<sup>430</sup>. Çünkü genellikle lisans alan lisans bedelini sözleşme uyarınca aylık ya da belirli periyotlar ile dönemsel olarak ödemektedir. Ancak lisans bedelinin sözleşmenin başında yazılımın belirli bir süreliğine kullanımı için tek seferde ödenmesi de mümkündür. Örneğin bir yıllık lisans bedelinin bir kerede sözleşme akdedildiğinde ödenmesi durumunda lisans bedeli ödeme borcu açısından lisans alanın ifaya olan yararı dönemsel olarak değil ani biçimde gerçekleşmektedir.

Fakat lisans bedelinin ani veya dönemsel olarak ifa edilmesi süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinin sürekli edimli sözleşme olma niteliğini değiştirmeyecektir. Çünkü süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin asli borcu olan, yazılımın bir nüshasının sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kullanımına katlanma ve kullanıma uygun durumda bulundurma yükümlülüğü bu sözleşmeleri sürekli edimli borç ilişkisi haline getirmektedir<sup>431</sup>.

## 2) Borçlandırıcı Sözleşme Özelliği

Hukuki işlemler, malvarlığına yaptıkları etki bakımından “*borçlandırıcı işlemler*” ve “*tasarruf işlemleri*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>432</sup>. Bir hukuki işlem olarak sözleşmeler de “*borçlandırıcı sözleşmeler*” ve “*tasarruf sözleşmeleri*” şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>433</sup>.

---

**Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Fakülteler Matbaası, 1978 İstanbul, s.502; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s.211; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.38; Aral/Ayrancı, s.318; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.312; Eren, **Özel Hükümler**, s.312; Seliçi, s.11.

<sup>430</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.13 Yazarlar kira sözleşmesinde kira ödeme borcunun dönemsel edim niteliğine sahip olduğunu belirtmektedir. Buna ek olarak dönemsel edimlerin bir sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi niteliğine getirip getirmeyeceğinin somut duruma göre incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.

<sup>431</sup> Kira sözleşmelerinde kira bedelinin dönemsel olarak ödenmesinin bu sözleşmelerin sürekli edimli sözleşme niteliklerini değiştirmeyeceği yönünde bkz. Seliçi, s.72; Aral/Ayrancı, s.319; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.313; Eren, **Özel Hükümler**, s.312; Furrer/Chen/Çetiner, s.36.

<sup>432</sup> Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Cilt: 1-2**, Çeviren: Cevat Edge, Olgaç Matbaası, 1983 Ankara, s.188; Oğuzman/Barlas, s.173; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.92; Serozan, **Medeni Hukuk**, s.332; Akman/Burcuoğlu/Altop, s.45; Dural/Sarı, s.147 vd.

<sup>433</sup> Borçlandırıcı işlem olarak ortaya çıkan sözleşmeler “*borçlandırıcı sözleşme*” veya “*borç sözleşmesi*” tasarruf işlemi olarak akdedilen sözleşmeler ise “*tasarruf sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.92; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.102.

Borçlandırıcı işlemler, malvarlığında doğrudan bir etki yaratmazlar bunun yerine taraflar açısından borç doğururlar<sup>434</sup>. Bu nedenle borç sözleşmeleri, taraflardan en az birinin malvarlığının pasifini arttıran sözleşmelerdir<sup>435</sup>. Borç sözleşmeleri taraflar açısından borç doğurmakla birlikte genellikle bu borcun ifası bir tasarruf işlemi ile gerçekleşmektedir<sup>436</sup>.

Tasarruf işlemleri ise borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak, malvarlığına doğrudan etki ederek tasarruf eden kimsenin malvarlığının aktifini azaltır bu tasarruftan yararlanan ise aktif malvarlığını artırır<sup>437</sup>. Bu nedenle tasarruf sözleşmeleri tarafların malvarlığına doğrudan etkide bulunan sözleşmelerdir<sup>438</sup>.

Daimi yazılım lisans sözleşmeleri açısından lisans verenin asli borcu yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının lisans alana iletilmesidir<sup>439</sup>. Tarafların paket yazılım lisans sözleşmesini akdetmesiyle birlikte, lisans veren yazılımın bir nüshasını lisans alana iletmek, lisans alan ise lisans bedelini ödemekle yükümlü olacaktır. Bu nedenle daimi paket yazılım lisans sözleşmesi “*borçlandırıcı sözleşme*” niteliğindedir. Yazılımın bir nüshasının iletilmesi ise bir tasarruf işlemi niteliğine haizdir. Daimi yazılım lisans sözleşmeleri bu açıdan satış sözleşmelerine benzerlik göstermektedir<sup>440</sup>.

Lisans veren lisans alana yazılımın bir nüshasını iletmekle malvarlığının aktifi azalacak lisans alanın ise malvarlığını aktifinde artış meydana gelecektir. Çünkü lisans veren yazılımın suretini iletmekle maddi değere sahip yazılımın bir nüshası

<sup>434</sup> Tandoğan, C:I/1, s.94; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.11; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.50; Eren, **Özel Hükümler**, s.28; O. Gökhan Antalya, **Marmara Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.274.

<sup>435</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.17; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18.Bası, Beta, İstanbul 2020, s.41.

<sup>436</sup> Tandoğan, C:I/1, s.94; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.102; Furrer/Chen/Çetiner, s.37; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul 2012, s.53; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.96; Aral/Ayrancı, s.98. Doktrinde bu duruma örnek olarak genellikle satış sözleşmesi örnek gösterilmektedir. Taşınır satış sözleşmeleri borçlandırıcı sözleşmeler olmakla birlikte, sözleşmeden doğan borcun ifası için tasarruf işlemi niteliğinde olan zilyetliğin devri işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s.25; Feyzioğlu, s.229; Eren, **Özel Hükümler**, s.59.

<sup>437</sup> Tandoğan, C:I/1, s.94; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.102; Reisoğlu, s.53; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.96; Antalya, **Genel Hükümler C.V/1,1**, s.274; Aral/Ayrancı, s.123; Serozan, **Medeni Hukuk**, s.332; Dural/Sarı, s.149.

<sup>438</sup> Dural/Sarı, s.149; Reisoğlu, s.53; Serozan, **Medeni Hukuk**, s.332; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.102.

<sup>439</sup> Yıldırım, **Standart**, s.130; Erişgin, s.63.

<sup>440</sup> Tandoğan, C:I/1, s.94; Eren, **Özel Hükümler**, s.28; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.50; Zevkililer/Gökyayla, s.30.

malvarlığından çıkmış olacak lisans alanın ise yazılımın bir suretini iktisap etmesi sebebiyle malvarlığının aktifinde artış meydana gelecektir<sup>441</sup>.

Sürelî olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri de nitelik itibarıyla birer borçlandırıcı sözleşmedir. Sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte lisans veren yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını kullanıma elverişli bir biçimde teslim etme ve sözleşme süresince kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcu altına girmektedir. Lisans alan ise bunun karşılığında sözleşmede kararlaştırılan lisans bedelini ödemekle yükümlü olacaktır. Sürelî paket yazılım lisans sözleşmeleri bu açıdan kira sözleşmeleriyle benzerlik göstermektedir<sup>442</sup>.

### 3) Devir Amacı Güden- Kullandırma Amacı Güden Sözleşme Özelliği

Sözleşmeler farklı açılardan sınıflandırılmaktadır. Bunlardan bir tanesi de sözleşmelerin amaçları açısından yapılan sınıflandırmadır<sup>443</sup>. Bu sınıflandırma içerisinde, sözleşmeler amaç ve içerikleri açısından “devir amacı güden”, “kullandırma amacı güden”, “iş görme amacı güden”, “saklama amacı güden”, “teminat amacı güden”, “talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler”, “ortaklık amacı güden sözleşmeler” olarak birbirlerinden ayrılmaktadır<sup>444</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri, daimî veya sürelî olarak akdedilmesine göre farklı bir amaç ve içeriğe sahip olmaktadır. Daimî paket yazılım lisans sözleşmeleri esas olarak yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının lisans alana iletilmesi amacıyla akdedilmektedir. Devir amacı güden sözleşmeler, malvarlıksal bir değerin kesin bir biçimde el değiştirmesini amaçlamaktadır<sup>445</sup>. Yazılımın çoğaltılmış bir nüshası her ne kadar eşya niteliğine sahip olmasa bile maddî bir değere sahiptir ve sözleşmenin esas

<sup>441</sup> Kanaatimizce daimî paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın bir nüshasının iletilmesi tasarruf işlemi niteliğine haiz olduğu için, lisans verenin yazılımın sureti üzerindeki yayma hakkının FSEK m.23/2 uyarınca tükenmesine yol açacak ve lisans veren yazılımın lisans alan tarafından 3.kişilere devrine sınırlama getiremeyecektir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için Bkz. IV. Bölüm-A-5.

<sup>442</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.85; Aral/Ayrancı, s.76; Eren, **Özel Hükümler**, s. 21.

<sup>443</sup> Feyzioğlu, s.20; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s.16; Tandoğan, **C:I/1**, s.2; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.50; Zevkililer/Gökyayla, s.27; Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.56 vd.

<sup>444</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.3 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.50 vd.; Zevkililer/Gökyayla, s.27 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s.21 vd.; Aral/Ayrancı, s.75 vd.

<sup>445</sup> Feyzioğlu, s.21; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s.18; Eren, **Özel Hükümler**, s.22.



amacı lisans alanın bu nüshayı edinmesidir. Bu nedenle daimi yazılım lisans sözleşmeleri devir amacı güden bir sözleşme niteliğine sahiptir.

Kullandırma amacı güden sözleşmeler ise bir şeyin veya bir hakkın kullanılmasının devrini amaçlayan sözleşmelerdir<sup>446</sup>. Süreli olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise sözleşmenin esas amacı lisans alanın yazılımı sözleşmede belirtilen süre boyunca kullanmasının sağlanmasıdır. Bu kapsamda süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri kullandırma amacı güden sözleşme özelliği göstermektedir.

#### 4) İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Özelliği

Sözleşmeler, taraflara yükledikleri borçlar açısından temel olarak “*tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” ve “*iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>447</sup>. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan sadece bir tanesi borç altına girmektedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise taraflardan her biri diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusudur<sup>448</sup>. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi içerisinde “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” ve “*eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>449</sup>.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı, asli bir edimi borçlanmakta olup, bu asli edimler birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Edimlerin birbiriyle olan bu değişim ilişkisi “*synallagma*” olarak adlandırılmaktadır. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de ise bir taraf her zaman borç altına girmekte iken diğer taraf sadece belirli şartların gerçekleşmesi halinde borç altına girmektedir<sup>450</sup>.

<sup>446</sup> Tandoğan, C:I/1, s.4; Eren, **Özel Hükümler**, s.21; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.43.

<sup>447</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.45; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.98; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s.87; Eren, **Genel Hükümler**, s.223; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s.72.

<sup>448</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.223; Nomer, s.37; Serozan/Baysal/Sanlı, s.9; Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.54.

<sup>449</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.46; Eren, **Genel Hükümler**, s.223; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.103; Antalya, **Genel Hükümler C.V/1,1**, s.283.

<sup>450</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.46; Eren, **Genel Hükümler**, s.223; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.102; Antalya, **Genel Hükümler C.V/1,1**, s.283.

Sözleşmeler açısından yapılan diğer bir ayrım ise sözleşmede yer alan edimlerin ivazlı (karşılıklı) olup olmamasına göre yapılan ayrımdır<sup>451</sup>. Bu ayrıma göre tarafların edimini karşı edim için yaptığı hallerde ivazlı bir sözleşme söz konusudur<sup>452</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler aynı zamanda ivazlı sözleşmelerdir.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri ister daimi şekilde ister süreli şekilde akdedilsin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği gösterirler. Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde, lisans verenin yazılımın bir suretini iletmesi karşılığında lisans alan lisans bedeli ödemekte ve tarafların bu edimleri birbiriyle karşılıklılık ilişkisi içerisinde. Buna paralel şekilde süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde de lisans alanın ödediği lisans bedeli ile yazılımın belirlenen süre boyunca kullandırılması birbiriyle karşılıklılık ilişkisi içerisinde<sup>453</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği göstermesinin istisnası ise demo yazılımlardır. Demo yazılımlar, kısa bir süreliğine bedelsiz olarak lisanslanmaktadır. Demo yazılımları konu edinen lisans sözleşmeleri sadece lisans verene sözleşmeden belirlenen süre boyunca yazılımın kullanımına katlanma yükümlülüğü yüklemektedir. Lisans alan ise herhangi bir yükümlülük altına girmemektedir. Bu açıdan demo yazılımları konu edinen paket yazılım lisans sözleşmeleri tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşme niteliğindedir.

#### **D. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMESİNİN KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

##### **1) İsimli-İsimsiz Sözleşme Ayrımı**

Sözleşmeler tabi olacakları düzenlemeler açısından farklı kategorilere ayrılmaktadır<sup>454</sup>. Bu ayrımlar genellikle sözleşmenin kanunda düzenlenip

---

<sup>451</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.10; Eren, **Genel Hükümler**, s.223; Aydoğdu/Nart, s.79; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.72.

<sup>452</sup> İvazlı sözleşme kavramının “*synallagma*” kavramını da karşılayan bir üst kavram olduğu yönünde bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, s.11; Eren, **Genel Hükümler**, s.223.

<sup>453</sup> Sivacıoğlu, s.96; Erkekoğlu, s.61.

<sup>454</sup> Kuntalp, s.1; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.265; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.21; Eren, **Özel Hükümler**, s.17.

düzenlenmemiş olmasına, tipleşip tipleşmediklerine ve içerdikleri esaslı unsurlara göre yapılmaktadır<sup>455</sup>. Bu ayrımların en önemlilerinden biri de sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olup olmadığına göre yapılan “*isimli-isimsiz sözleşme*” ayrımıdır.

TBK ve Anayasa’da düzenlenmiş bulunan “*sözleşme özgürlüğü ilkesi*” uyarınca taraflar, kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan kira, satım vb. sözleşmeleri akdedebilecekleri gibi kanun tarafından hiçbir şekilde öngörülmemiş olan sözleşmeleri de akdedebilirler<sup>456</sup>. Taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca sözleşmenin içeriğini kanuni sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilir. Bu kapsamda taraflar kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ait unsurları kısmen veya tamamen bir araya getirmek suretiyle yeni bir sözleşme tipi yaratabilecekleri gibi tamamen kendisine özgü unsurlara sahip yeni bir sözleşme tipi de yaratabilirler<sup>457</sup>. Belirtilmelidir ki günümüzde geçerli olan tarafların sözleşme tipini belirleyebilme özgürlüğü yani “*tip serbestisi ilkesi*” tarihsel olarak sonradan kabul edilmiş bir ilkedir.

İlk önceleri Roma hukukunda, akdedilen sözleşmelerin belirli tiplerde olması zorunluluğu yani “*numerus clausus ilkesi*” geçerliydi<sup>458</sup>. Bu ilke uyarınca taraflar sadece kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmeleri akdedebilmekte olup, kendileri yeni bir sözleşme tipi yaratamamaktaydı. Ancak zaman içerisinde ticari hayatın gelişmesi ve hukuki ilişkilerin gitgide daha karmaşık bir yapıya bürünmesiyle sadece kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmeler tarafların ihtiyaçlarını karşılamamaya başlamıştır. Bu nedenle numerus clausus ilkesi terk edilmiş ve günümüzde de kabul görmekte olan tip serbestisi ilkesi kabul edilmiştir<sup>459</sup>.

<sup>455</sup> Kuntalp, s.2 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.93; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.263 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s. 21 vd.; Antalya, **Genel Hükümler C.V/1,1**, s.277; Serozan/Baysal/Sanlı, s.70; Aydoğdu/Nart, s.90; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.4.

<sup>456</sup> Kuntalp, s.2; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.263; Eren, **Özel Hükümler**, s.21; Serozan/Baysal/Sanlı, s.70; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.4; Aral/Ayrancı, s.79; Zevkliler/Gökyayla, s.11; Yavuz/Acar/Özen, s.7.

<sup>457</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.12; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.5; Aral/Ayrancı, s.79.

<sup>458</sup> Kuntalp, s.3; Serozan/Baysal/Sanlı, s.71; Aral/Ayrancı, s.81. Roma hukukunda sınırlı sayıda sözleşme yapılabilmesinin nedeninin Roma hukukunda bir hakkın ancak Ius Civile’de dava hakkı tanınmış ise ileri sürülebilmesi olduğunu, ancak tarihsel olarak 12.yüzyıldan sonra tip zorunluluğunun serbestiye doğru evrilmeye başladığı yönünde bkz. Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.266.

<sup>459</sup> Kuntalp, s.5; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.268; Aral/Ayrancı, s.79; Serozan/Baysal/Sanlı, s.71; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.6; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.21; Eren, **Özel Hükümler**, s.13; Saibe Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi C.1**, “Sözleşme Özgürlüğü”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.363.

Hukumumuzda geçerli olan tip serbestisi ilkesi TBK m. 26 ve Anayasa m. 48’de düzenlenmiş bulunan sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısıdır<sup>460</sup>. Bu ilke gereğince taraflar sözleşmenin tipini ve içeriğini kanuni sınırlar dahilinde belirleyebilmektedir. Sözleşmelerin isimli sözleşmeler ve isimsiz sözleşmeler şeklinde ayrılması tip serbestisi ilkesinin bir sonucudur.

Bu ayrıma göre kanun tarafından düzenlenmiş sözleşmeler “*isimli sözleşmeler*” olarak nitelendirilmelidir. Ancak bir sözleşmenin ne zaman kanun tarafından düzenlenmiş sayılacağı hususu tartışmalıdır<sup>461</sup>. Çünkü bazı sözleşme tiplerinin kanunda sadece isimleri zikredilmekte olup, bu sözleşmelerin esaslı unsurları ile hüküm ve sonuçları düzenleme konusu yapılmamaktadır<sup>462</sup>. MK m.781’de zikredilen “*irtifak sözleşmesi*” veya TBK m.128’de yer alan “*üçüncü kişinin fiilini üstlenme*” bu sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir<sup>463</sup>. Doktrinde bir sözleşmenin sadece isminin kanunda tarafından zikredilmiş olmasının o sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için yeterli olmadığı kabul edilmektedir<sup>464</sup>. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olabilmesi için o sözleşmenin esaslı unsurlarının (essentialia negotii), asli edim yükümlülüklerinin, asgari hüküm ve sonuçlarının kanunda belirlenmesi gerekmektedir<sup>465</sup>. Aksi takdirde o sözleşme bir “*isimli sözleşme*” olarak nitelendirilemeyecektir.

Kanun tarafından hiçbir şekilde öngörülmemiş veya asgari hüküm ve sonuçları düzenlenmemiş sözleşmeler ise “*isimsiz sözleşmeler*”dir<sup>466</sup>. İsimsiz sözleşmeler olarak adlandırılan ve kanun tarafından öngörülmemiş olan bu sözleşmeler farklı şekillerde ortaya çıkabilirler. Bu nedenle isimsiz sözleşmeler kendi içerisinde kategorilere ayrılmaktadır. Genel olarak isimsiz sözleşmeler, “*karma sözleşmeler*”, “*bileşik*

<sup>460</sup> Kuntalp, s.2; Eren, **Özel Hükümler**, s.936.

<sup>461</sup> Örneğin bazı yazarlar fikir ve sanat eserlerini konu edinen lisans sözleşmelerini birer isimsiz sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.998; Serozan/Baysal/Sanlı, s.120. Bazı yazarlar ise bu sözleşmelerin birer isimli sözleşme olduğu görüşündedir. Bkz. Tandoğan, **C:I/1**, s.63; Gökyayla, s.243.

<sup>462</sup> Kuntalp, s.4; Eren, **Özel Hükümler**, s.934; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.4; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.264.

<sup>463</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.934. Kanunda yüzeysel olarak düzenleme konusu yapılmış hatta bazen sadece ismi zikredilmiş olan sözleşmeler ise “*mırıldanılan sözleşmeler*” olarak isimlendirilmektedir. Bu yönde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.93.

<sup>464</sup> Kuntalp, s.5; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.268; Eren, **Özel Hükümler**, s.934.

<sup>465</sup> Kuntalp, s.5; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.268; Eren, **Özel Hükümler**, s.934.

<sup>466</sup> Kuntalp, s.4; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.268; Tandoğan, **C:I/1**, s.12; Serozan/Baysal/Sanlı, s.71; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.4.

sözleşmeler” (“bağlantılı sözleşmeler”) ve “kendine özgü yapısı olan sözleşmeler” (“sui generis sözleşmeler”) olmak üzere üç ana kategoriye ayrılmaktadır<sup>467</sup>. Ancak doktrinde bazı yazarlar isimli sözleşmeleri farklı şekilde tasnif etmekte ve “bileşik sözleşmeleri” isimli sözleşmeler grubuna dahil etmemektedir<sup>468</sup>.

Bileşik (bağlantılı) sözleşmelerde, esasen hukuki nitelik ve vasıfları itibarıyla tamamen birbirinden bağımsız olan sözleşmeler, tarafların iradeleri uyarınca birbirlerine bağlanmaktadır. Burada hukuki açıdan şeklen birbirlerinden bağımsız, apayrı iki sözleşmenin ekonomik ve fonksiyonel yönden birbirlerine bağımlı kılınması söz konusudur<sup>469</sup>. Bileşik akitler birleşen akitlerin taraflarına göre “iki taraflı bileşik akitler” ve “çok taraflı” bileşik akitler olarak ayrılmaktadır. Bileşik akitlerden her birinin tarafının aynı olması durumunda iki taraflı bir bileşik akit söz konusu iken, tarafların farklı olması durumunda çok taraflı bir bileşik akit söz konusu olacaktır<sup>470</sup>. Bileşik sözleşmelerde karma sözleşmelerden farklı olarak bir araya gelen sözleşmeler bağımsız varlıklarını korudukları için her bir sözleşme tipi açısından o sözleşme tipine ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olacaktır<sup>471</sup>. Bileşik sözleşmeler ile karma sözleşmeler arasındaki temel fark bileşik sözleşmelerde bir araya gelen farklı tipteki sözleşmelerin unsurları bağımsız varlıklarını korumaya devam ederler. Karma sözleşmelerde ise farklı sözleşme tiplerinin unsurlarının tek bir sözleşme bünyesinde bir araya getirilmesi söz konusudur.

İsimli sözleşmelerin bir diğer türü ise kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, kanunda yer alan tipik sözleşmelerin unsurlarını kısmen veya tamamen içermeyen sözleşmelerdir<sup>472</sup>. Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler tamamen özgün unsurlar içeren sözleşmelerdir<sup>473</sup>. Tamamen uygulamanın

<sup>467</sup> Oktay Özdemir, **İsimli Sözleşmelerin Yorumu**, s.272; Yavuz/Acar/Özen, s.13; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.37; Aral/Ayrancı, s.82; Aydoğdu/Nart, s.94; Serozan/Baysal/Sanlı s.84.

<sup>468</sup> Bileşik sözleşmelerin isimli sözleşmeler kategorisinde değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Kuntalp, s.163; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.9; Eren, **Özel Hükümler**, s.938.

<sup>469</sup> Kuntalp, s.163; Tandoğan, **C:I/1**, s.76; Serozan/Baysal/Sanlı, s.84; Yavuz/Acar/Özen, s.13; Antalya, **Genel Hükümler C.V/1,1**, s.277.

<sup>470</sup> Kuntalp, s.165 vd. Ayrıca yazar bileşik sözleşmelerin birinin geçerliliğinin diğerine etki edip etmemesine göre “tek taraflı bağıllık-iki taraflı bağıllık” şeklinde bir ayrıma da gitmektedir.

<sup>471</sup> Kuntalp, s.167; Oktay Özdemir, **İsimli Sözleşmelerin Yorumu**, s.275; Tandoğan, **C:I/1**, s.76; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.10.

<sup>472</sup> Kuntalp, s.14; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.94; Tandoğan, **C:I/1**, s.12; Oktay Özdemir, **İsimli Sözleşmelerin Yorumu**, s.275; Eren, **Özel Hükümler**, s. 949; Yavuz/Acar/Özen, s.15.

<sup>473</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.950; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.9; Zevkliler/Gökyayla, s.12.

ihtiyaçları doğrultusunda şekillenen sözleşmeler olması sebebiyle kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin hiçbirine uymamaktadır<sup>474</sup>. İçerdikleri unsurların hiçbir isimli sözleşmeye ait olmaması onları karma sözleşmelerden ayıran temel özellikleridir.

Karma sözleşmeler ise kanun tarafından çeşitli sözleşme tipleri açısından öngörülmüş olan unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşmelerdir<sup>475</sup>. Karma sözleşmelerde iki veya daha fazla sayıdaki sözleşme tiplerine ait unsurların kısmen veya tamamen bir araya getirilmesi suretiyle yeni bir sözleşme tipi oluşturulması söz konusudur.

Belirtilmelidir ki karma sözleşmelerin kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerden ayırt edilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Çünkü bu iki sözleşme arasındaki ayırım kesin ve net bir ayırım değildir<sup>476</sup>. Her iki sözleşmenin birbirinde ayırt edilmesi açısından genel eğilim bir sözleşmenin kanunda düzenlenmiş sözleşmelere az çok benzerlik göstermesi durumunda karma sözleşme olarak nitelendirilmesi, kanunda düzenlenmiş hiçbir sözleşmeye benzerlik göstermemesi halinde ise o sözleşmenin kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilmesi yönündedir<sup>477</sup>. Çünkü karma sözleşmelerde kanunda belirlenmiş akit tipleri ile az çok bir bağlantı bulunmasına rağmen kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kanunda düzenlenen hiçbir sözleşme tipi ile benzerlik göstermemektedir<sup>478</sup>. Bu görüş uyarınca isimsiz bir sözleşmenin içerdiği unsurlar kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden hiçbirine ait değilse o sözleşmenin kendisine özgü yapısı olan sözleşme olarak nitelendirilmesi, eğer o sözleşmenin içerdiği unsurlar kanunda düzenlenmiş sözleşmelere kısmen veya tamamen ait ise karma sözleşme olarak nitelendirmesi gerekmektedir.

---

<sup>474</sup> Oktay zdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.275; Kuntalp, s.15.

<sup>475</sup> Kuntalp, s.16; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.93; zdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.273; Tandoğan, **C:1/1**, s.2; Eren, **zel Hükümler**, s.939; Yavuz/Acar/zen, s.14.

<sup>476</sup> Kuntalp, s.17; Gümüş, **zel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.9; Serozan/Baysal/Sanlı, s.100.

<sup>477</sup> Kuntalp, s.16; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.93 vd.; Oktay zdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.272; Eren, **zel Hükümler**, s.939. Karma sözleşmeler ile sui generis sözleşmeler arasında net bir ayırım yapılabilmesi oldukça zordur. Bu duruma örnek olarak ülkemizde karma sözleşme olarak değerlendirilen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin İsviçre’de sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi örnek gösterilebilir. Bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, s.90.

<sup>478</sup> Kuntalp, s.291; Oktay zdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.272; Serozan/Baysal/Sanlı, s.100.

Doktrinde karma sözleşmeler de kendi içerisinde farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Biz de paket yazılım lisans sözleşmelerinin “*karma sözleşme*” niteliğinde olması sebebiyle karma sözleşmelerin alt türlerini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz<sup>479</sup>.

## 2) Karma Sözleşmeler

### a) Dar ve Geniş Anlamda Karma Sözleşmeler

Karma sözleşmelerin klasik tanımı, kanun tarafından düzenlenmiş birden fazla sözleşmenin unsurlarını kanunun öngörmediği şekilde bir araya getiren sözleşmeler olarak yapılabilir<sup>480</sup>. Söz konusu tanımdan hareketle kanun tarafından düzenlenmiş bulunan birden fazla isimli sözleşmenin unsurlarının kanunda öngörülmemiş bir şekilde bir araya getirilmesi durumunda karma sözleşme meydana geleceği hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır<sup>481</sup>. Ancak tartışılması gereken husus, kanunda düzenleme konusu yapılmış olan isimli bir sözleşme ile kanunda düzenlenmemiş bir isimsiz sözleşmenin unsurlarının kanuna yabancı bir biçimde bir araya getirilmesi halinde, bu sözleşmenin bir karma sözleşme mi yoksa sui generis bir sözleşme mi olarak nitelendirilmesi gerektiğidir<sup>482</sup>.

Doktrinde bu konuda “*dar anlamda karma sözleşmeler*” ve “*geniş anlamda karma sözleşmeler*” şeklinde bir ayrıma gidilmekte ve temel olarak iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, karma sözleşmeler hem sadece kanunda düzenleme konusu yapılmış olan isimli sözleşmelerin unsurlarının bir araya gelmesi sonucunda hem de sui generis bir sözleşme ile isimli bir sözleşmenin unsurlarının bir araya gelmesi halinde söz konusu olacaktır<sup>483</sup>. Bu görüşteki yazarlar birden fazla isimli

<sup>479</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin birer karma sözleşme olduğu yönündeki görüşümüz ve doktrinde yer alan aksi yöndeki görüşler için bkz. II. Bölüm-D-3.

<sup>480</sup> Oktay Özdemir, *İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu*, s.273; Tandoğan, *C:I/1*, s.12; Yavuz/Acar/Özen, s.14. Doktrinde Kuntalp “*karma sözleşme*” terimi yerine “*karişik muhtevalı akit*” terimini tercih etmektedir. Bkz. Kuntalp, s.18.

<sup>481</sup> Oktay Özdemir, *İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu*, s.273; Kuntalp, s.20; Tandoğan, *C:I/1*, s.12; Eren, *Özel Hükümler*, s.939; Gümüş, *Özel Hükümler C.1.*, s.12; Aral/Ayrancı, s.84; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Serozan/Baysal/Sanlı, s.76; Aydoğdu/Kahveci, *Borçlar Hukuku*, s.37; Zevkliler/Gökyayla, s.19.

<sup>482</sup> Oktay Özdemir, *İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu*, s.274; Kuntalp, s.21; Eren, *Özel Hükümler*, s.939.

<sup>483</sup> Oktay Özdemir, *İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu*, s.274; Serozan/Baysal/Sanlı, s.75. Doktrinde Kuntalp karma sözleşmeden bahsedebilmek için o karma akdin içinde barındırdığı tüm unsurların isimli

sözleşmenin unsurlarının bileşimi halinde ortaya çıkan sözleşmeyi “*dar anlamda karma sözleşme*”, sui generis bir sözleşmeye ait bir unsur ile isimli bir sözleşmeye ait unsurun bileşiminden meydana gelen sözleşmeleri ise “*geniş anlamda karma sözleşme*” şeklinde adlandırmaktadırlar.

Karma sözleşmeleri, dar ve geniş anlamda karma sözleşmeler olarak ikiye ayıran görüş aslında karma sözleşmelerin tanımını genişleten bir etkiye sahiptir. Öyle ki bu görüş uyarınca sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan sadece bir tanesinin kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmeye ait olması onun karma sözleşme sayılabilmesi için yeterli kabul edilmektedir<sup>484</sup>.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise karma sözleşmelerin dar anlamda karma sözleşme ve geniş anlamda karma sözleşme olarak ikiye ayrılmasını ve bu şekilde karma sözleşmelerin tanımının genişletilmesini eleştirmektedir<sup>485</sup>. Ayrıca bu görüşe sahip yazarlara göre karma sözleşmelerin dar anlamda ve geniş anlamda karma sözleşme şeklinde ikiye ayrılması, karma ve sui generis sözleşmeler arasındaki farkı ortadan kaldırmakta ve iki sözleşme biçiminin birbirinden ayırt edilmesini oldukça zorlaştırmaktadır<sup>486</sup>.

Söz konusu görüş kapsamında, sadece kanunun öngörmüş olduğu isimli sözleşmelerin unsurlarını kanuna yabancı bir şekilde bir araya getiren sözleşmeler karma sözleşme olarak nitelendirilecektir<sup>487</sup>. İsimli bir sözleşmenin unsurları ile isimsiz bir sözleşmenin unsurlarının bir araya getirilerek yeni bir sözleşme tipi yaratılması halinde ise meydana gelen sözleşme sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle “*karma sözleşme*” terimi sadece dar anlamda yani kanunda öngörülmüş sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesi sonucunda ortaya çıkan sözleşmeleri ifade edecek biçimde kullanılmalıdır<sup>488</sup>.

---

sözleşmelere ait olması zorunluluğunun bulunmadığını, sadece bir unsurun isimli sözleşme olmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Kuntalp, s.157.

<sup>484</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Serozan/Baysal/Sanlı, s.75; Kuntalp, s.175.

<sup>485</sup> Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12; Eren, **Özel Hükümler**, s.940; Aral/Ayrancı, s.84.

<sup>486</sup> Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12; Eren, **Özel Hükümler**, s.940; Aral/Ayrancı, s.84.

<sup>487</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.940; Tandoğan, **C:I/1**, s.12; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.37; Zevkliler/Gökyayla, s.19; Aral/Ayrancı, s.84; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12.

<sup>488</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.940; Tandoğan, **C:I/1**, s.12; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.37; Zevkliler/Gökyayla, s.19; Aral/Ayrancı, s.84; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12.



Esas olarak her iki görüş karma sözleşmeleri farklı şekilde tanımlamaktadır. Bu iki görüş arasındaki farklılığın hem teorik hem de pratik açıdan bazı sonuçları bulunmaktadır. Ancak bu sonuçlar isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesine ilişkin teorilerden hangisinin benimsendiği ile doğrudan bağlantılıdır<sup>489</sup>. Zira doktrinde bazı yazarlara göre karma sözleşmelere uygulanacak hükümler ile sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespiti için farklı yöntemlere başvurulması gerekmektedir<sup>490</sup>. Bu görüşteki yazarlar karma sözleşmelerden farklı olarak sui generis sözleşmelerde uygulanacak hiçbir hüküm bulunmadığını, ortada tam bir boşluk bulunduğunu ve hakimın hukuk yaratmasının bu sözleşmeler açısından daha uygun bir çözüm olacağını belirtmektedirler<sup>491</sup>.

Söz konusu görüşün aksine bazı yazarlar ise karma sözleşmeler ve sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespiti açısından aynı yöntemin kullanılması gerektiğini belirtmektedir<sup>492</sup>. Bu görüşe sahip yazarlar açısından sözleşmenin karma sözleşme veya sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi sadece teorik bir ayrımdan ibarettir. Zira bu görüş kapsamında sözleşmenin karma veya sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi uygulanacak hükümlerin tespiti açısından bir farklılık arz etmemektedir.

Yukarıda genel hatlarıyla incelediğimiz üzere dar ve geniş anlamda karma sözleşme ayrımı ile isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesine ilişkin teorilerin paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da birtakım sonuçları bulunmaktadır.

---

<sup>489</sup> İsimli sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespitine yönelik olarak doktrinde “*dışlama teorisi*”, “*soğurma (imtisas) teorisi*”, “*birleştirme (terkip) teorisi*”, “*kanunda yer alan münferit hükümlerin uygulanması teorisi*”, “*yaratma teorisi*”, “*kıyas teorisi*” olmak üzere altı farklı teori ileri sürülmektedir. Bu teoriler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. Bölüm-E-1.

<sup>490</sup> Doktrinde Eren’e göre karma sözleşmeler açısından taraf menfaatleri esas alınarak “*kıyas teorisi*” veya “*yaratma teorisi*”ne başvurulmalıdır. Sui generis sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş sözleşmelerle hiçbir bağlantısı olmaması nedeniyle ise “*yaratma teorisi*” benimsenmelidir. Eren, **Özel Hükümler**, s.949 vd. Aydoğdu/Kahveci’ye göre karma sözleşmeler açısından “*kıyas teorisi*” sui generis sözleşmeler açısından ise “*yaratma teorisi*” uygulanmalıdır. Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.23 vd. Ayrıca aynı yönde görüşler için bkz. Zevkliler/Gökyayla, s.12 vd; Aral/Ayrancı, s.90 vd.

<sup>491</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.951; Zevkliler/Gökyayla, s.12; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.23.

<sup>492</sup> Doktrinde Gümüüş hem sui generis hem de karma sözleşmeleri için “*yaratma teorisi*”nin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Gümüüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12. Serozan/Baysal/Sanlı’ya göre ise hem karma hem de sui generis sözleşmeler açısından öncelikle “*kıyas teorisi*”nin uygulanması gerekmektedir. Ancak sui generis sözleşme için kıyas yapılabilecek herhangi bir kanun hükmü bulunamaması halinde hakimın hukuk yaratması yöntemine başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. Serozan/Baysal/Sanlı, s.99 vd.

Öyle ki paket yazılım lisans sözleşmeleri sözleşmenin daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre satış veya kira sözleşmeleri ile lisans sözleşmesine ait unsurların birleşmesi sonucunda meydana gelmektedir. Satış ve kira sözleşmeleri TBK’da düzenlenmiş birer isimli sözleşmedir. Ancak diğer unsurun ait olduğu lisans sözleşmelerinin isimli bir sözleşme mi olduğu yoksa isimsiz bir sözleşme mi olduğu tartışmalıdır<sup>493</sup>.

Eğer lisans sözleşmesinin isimli bir sözleşme olduğu kabul edilirse sözleşmeyi meydana getiren her iki unsurda isimli sözleşmeye ait olduğu için hem geniş anlamda karma sözleşmenin varlığını kabul eden görüş hem de diğer görüş açısından paket yazılım lisans sözleşmeleri birer karma sözleşme olarak nitelendirilecektir. Fakat lisans sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilirse, sözleşmenin niteliği hangi görüşün kabul edildiğine göre değişiklik gösterecektir. Geniş anlamda karma sözleşmenin varlığını kabul edene görüş kapsamında sözleşme karma sözleşme olarak nitelendirilecek, aksi görüşe göre ise sözleşme sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilecektir.

Bu durumda yukarıda bahsi geçen sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti açısından belirtilen görüşlerden hangisinin kabul edildiği önem arz edecektir. Eğer hem karma hem de sui generis sözleşmeye uygulanacak hükümlerin aynı yöntemle tespit edileceği kabul edilirse uygulanacak hükümler değişmeyecek, sözleşmenin karma veya sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi bir farklılık yaratmayacaktır. Aksinin kabulü halinde ise uygulanacak hükümler sözleşmenin karma veya sui generis olarak nitelendirilmesine bağlı olarak değişiklik gösterecektir.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerin sonuçları bu şekilde olmakla birlikte, kanaatimizce FSEK’te düzenlenen lisans sözleşmeleri birer isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Çünkü bu sözleşmelerin asgari hüküm ve sonuçlarının tamamı kanunda düzenlenmemiş olup, kanunda mevcut olan düzenlemeler de sınırlı bir içeriğe sahiptir. Bu hususu tespit ettikten sonra çözümlenmesi gereken ikinci husus isimsiz bir sözleşme ve isimli bir sözleşmenin unsurlarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşan sözleşmenin sui generis mi yoksa karma sözleşme mi olduğudur.

---

<sup>493</sup> Lisans sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olduğu yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.998; Serozan/Baysal/Sanlı, s.120. Aksi yöndeki görüşler için bkz. Tandoğan, **C:1/1**, s.63; Gökyayla, s.243.

Kanaatimizce bir sözleşmenin sui generis sözleşme mi yoksa karma sözleşme mi olduğu tespit edilirken sözleşmenin bütününe bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>494</sup>. Sözleşmenin karma sözleşme mi yoksa sui generis sözleşme mi olduğu her sözleşme özelinde ayrı ayrı değerlendirilmeli ve sözleşmenin bütünü incelenerek bir sonuca varılmalıdır. Sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan sadece birinin isimsiz bir sözleşmeye ait olmasından hareketle o isimsiz sözleşme doğrudan sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilmemelidir. Onun yerine isimsiz sözleşmenin tipolojisine bakılmalı ve onun kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden ne ölçüde saptığı belirlenmek suretiyle bir sonuca varılmalıdır<sup>495</sup>. Eğer o isimsiz sözleşme isimli sözleşme tiplerine benzerlik göstermekte ise bir karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Ancak isimli sözleşme tiplerine hiçbir şekilde benzerlik göstermiyor ve onlarla hiçbir bağlantı taşıyor ise sui generis sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

Bu kapsamda paket yazılım lisans sözleşmelerinin, satış (daimi sözleşmeler açısından) ve kira (sürelî sözleşmeler açısından) sözleşmelerinin tipolojisinden sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilmesini haklı gösterecek ölçüde sapmadığını düşünmekteyiz. Bu gerekçelerle paket yazılım lisans sözleşmelerinin isimli ve isimsiz sözleşmelerin unsurlarından meydana gelen geniş anlamda karma sözleşme olduğu görüşündeyiz.

## b) Karma Sözleşme Türleri

Doktrinde karma sözleşmeler içerdikleri edimler ve bu edimlerin birbirleriyle olan mübadele ilişkileri nazara alınmak suretiyle farklı şekillerde tasnif edilmektedir<sup>496</sup>. Karma sözleşmeler doktrinde çift tipli karma sözleşmeler, kombine karma sözleşmeler, eklemlî karma sözleşmeler, olmak üzere üç ayrı kategoride incelenmektedir<sup>497</sup>. Bu üç kategori haricinde “*kendisine yabancı yan edimleri içeren*

<sup>494</sup> Kuntalp, s.22 vd.

<sup>495</sup> Kuntalp, s.22 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, s.100 vd.

<sup>496</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.93 vd.; Tandoğan, **C:I/1**, s.69 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı s.90 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s.939 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12 vd.

<sup>497</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Eren, **Özel Hükümler**, s.940; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.14; Serozan/Baysal/Sanlı s.91. Kuntalp diğer yazarlardan farklı olarak karma sözleşmeleri “*tarafılardan birine birden çok tipik asli edim borcu yükleyen karışık muhtevalı akitler*” ve

*sözleşmeler*” olarak adlandırılan başka bir sözleşme kategorisi de bulunmaktadır<sup>498</sup>. Ancak doktrinde bazı yazarlar kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeleri karma sözleşme saymakta iken bazı yazarlar bu tür sözleşmeleri birer karma sözleşme olarak nitelendirmemektedir<sup>499</sup>.

Karma sözleşme türlerinden birincisi çift tipli karma sözleşmelerdir. Çift tipli karma sözleşmelerde, taraflardan her birinin edimi kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden bir tanesinin asli edimini oluşturmakta olup, bu edimler mübadele ilişkisi içerisinde birbirlerine bağlanmıştır<sup>500</sup>. Bu tür karma sözleşmelerde tarafların birinin veya her ikisinin edimi farklı sözleşme tiplerine aittir. Bu edimler mübadele ilişkisi içerisinde birbirine bağlanmaktadır<sup>501</sup>. Uygulamada sıklıkla kullanılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma sözleşmelerin en yaygın örneklerinden birini oluşturmaktadır. Yüklenicinin asli edimi eser sözleşmesinde yer alan eseri meydana getirme borcu iken arsa sahibinin üstlendiği asli edim satış sözleşmesindeki satım konusu şeyin mülkiyetini devretme borcudur<sup>502</sup>.

Karma sözleşmelerinin ikinci türü ise eklemlî karma sözleşmelerdir<sup>503</sup>. Bu tür karma sözleşmelerde çeşitli sözleşme tiplerine ait olan edimler birbirine

---

“iki tipik edim borcunun karşılıklı olarak yüklenildiği karışık muhtevalı akitler” olmak üzere ikili bir ayrım yapmaktadır. Bkz. Kuntalp, s.287 vd.

<sup>498</sup> Kendilerine yabancı yan edim içeren akitlerde esasen isimli bir sözleşme akdedilmekte ancak başka isimli bir sözleşmeye ait edim sözleşmeye yan edim olarak eklenmektedir. Örneğin kiralandan taşınmazın aynı zamanda ısıtılmasının da yüklenildiği bir sözleşme bu sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Tandoğan, **C:I/1**, s.73; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.21.

<sup>499</sup> Bu sözleşmeleri birer karma sözleşme olarak nitelendiren yazarlar için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.37; Zevkliler/Gökyayla, s.21; Aral/Ayrancı, s.86. Aksi görüşteki yazarlar için bkz. Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Eren, **Özel Hükümler**, s.940; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.14; Serozan/Baysal/Sanlı s.92; Tandoğan, **C:I/1**, s.73. Tandoğan bu konunun tartışmalı olduğunu belirtmektedir.

<sup>500</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Tandoğan, **C:I/1**, s.69; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.38; Zevkliler/Gökyayla, s.19 (*Zevkliler/Gökyayla “çift mahiyetli karma sözleşme”* terimini kullanmaktadır.); Serozan/Baysal/Sanlı s.93; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s.14; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.14; Eren, **Özel Hükümler**, s.939. s.14. (*Gümüş ve Eren “çift tipli karma sözleşme”* terimini kullanmaktadır.).

<sup>501</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Tandoğan, **C:I/1**, s.69; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.38.

<sup>502</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.71; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.38; Zevkliler/Gökyayla, s.19; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.14; Eren, **Özel Hükümler**, s.941.

<sup>503</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Tandoğan, **C:I/1**, s.72; Aral/Ayrancı, s.86 (*Tandoğan ve Aral/Ayrancı “çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı akitler”* terimini tercih etmektedir.); Eren, **Özel Hükümler**, s.949 (*Eren “eklemlî karma sözleşme”* terimini kullanmaktadır.); Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.14 (*Gümüş “kaynaşık sözleşme”* terimini kullanmaktadır.); Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.20

eklemlenmekte ve karışmaktadır<sup>504</sup>. Doktrinde eklemli karma sözleşmeyle örnek olarak gösterilen sözleşme türü “*karma bağışlama sözleşmesi*”dir. Karma bağışlama sözleşmelerinde, malikin bağışlama amacıyla sözleşme konusu malı normal değerinin altında satması söz konusudur. Bu sözleşmede malın normal değerinin altında satılması bağış sözleşmesinin unsurunu oluşturmakta iken malın satış sözleşmesine konu olması satış sözleşmesinin bir unsurunu oluşturmaktadır<sup>505</sup>. Doktrinde eklemli karma sözleşmelerin niteliği itibariyle aslında “*karma sözleşme*” olmadığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır<sup>506</sup>.

Karma sözleşmelerin üçüncü türü ise kombine karma sözleşmelerdir<sup>507</sup>. Kombine karma sözleşmelerde taraflardan biri çeşitli sözleşme tiplerine ait birden fazla edimi yüklenmekte, diğeri ise tek bir edimi yerine getirme borcu altına girmektedir<sup>508</sup>. Bu sözleşmelerde çeşitli sözleşme edimlerine ait tipler değiş-tokuş ilişkisi içerisinde değildir. Çeşitli edimler tek bir tarafta toplanmaktadır<sup>509</sup>. Kombine karma sözleşmelerde birden fazla sözleşmeye ait edimlerin karşılığında genellikle karşı tarafın edimi para borcu niteliğindedir<sup>510</sup>. Bu sözleşmelerde taraflardan birinin edimini oluşturan birden fazla sözleşme tipine ait edimler arasında bir talilik-aslilik ilişkisi bulunmamakta olup, bu edimler aynı değerdedir<sup>511</sup>. Doktrinde genellikle “*pansiyon sözleşmesi*” kombine karma sözleşmelere örnek olarak gösterilmektedir<sup>512</sup>. Pansiyon sözleşmelerinde pansiyon sahibi tarafından üstlenilen oda sağlanması (kira sözleşmesi), yemek verilmesi (satış sözleşmesi), odanın temizlenmesi (hizmet sözleşmesi) edimlerinin tamamı değişik sözleşme tiplerine ait edimlerdir<sup>513</sup>.

<sup>504</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Tandoğan, **C:I/1**, s.73; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.20; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Aral /Ayrancı, s.59; Eren, **Özel Hükümler**, s.941; Serozan/Baysal/Sanlı s.95.

<sup>505</sup> Serozan/Baysal/Sanlı s.90; Eren, **Özel Hükümler**, s.949; Yavuz/Acar/Özen, s.15

<sup>506</sup> Kuntalp, s.173 vd.

<sup>507</sup> Doktrinde Eren kombine karma sözleşmeleri “*bileşik karma sözleşme*” olarak da isimlendirmektedir. Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.942.

<sup>508</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Tandoğan, **C:I/1**, s.71; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.19; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Aral/Ayrancı, s.85; Eren, **Özel Hükümler**, s.941; Serozan/Baysal/Sanlı s.95.

<sup>509</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274.

<sup>510</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.71; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.19.

<sup>511</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.943; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12; Kuntalp, s.287.

<sup>512</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Tandoğan, **C:I/1**, s.71; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.20; Yavuz/Acar/Özen, s.14.

<sup>513</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.71; Eren, **Özel Hükümler**, s.943; Zevkliler/Gökyayla, s.20; Serozan /Baysal/Sanlı s.95; Aral/Ayrancı, s.85.

Bu edimler aralarında herhangi bir aslilik-talilik ilişkisi bulunmaksızın bir araya gelmektedir. Pansiyon sahibi tarafından birden fazla sözleşme tipine ait unsurlar üstlenilmek iken bu edimlerin karşılığı olarak müşterinin edimi genellikle bir miktar parayı ödenmesidir<sup>514</sup>. Benzer bir biçimde bir hastanın ameliyat için hastaneye yatırılmasını konu edinen tam hastaneye kabul sözleşmesi de kombine karma bir sözleşmedir. Bu sözleşmede hastane, hastanın ücret ödeme borcu karşısında ameliyat hizmeti (vekalet sözleşmesi), hastane odasının kullandırılması (kira sözleşmesi), yemek ve ilaçların temin edilmesi (satış sözleşmesi) şeklindeki birden fazla sözleşmeye ait edimi borçlanmaktadır<sup>515</sup>.

### 3) Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Karma Sözleşme Niteliği

Doktrinde yer alan dar ve geniş anlamda karma sözleşme ayrımı ile karma sözleşmelerin alt türlerine ilişkin görüşleri incelemiş bulunmaktayız<sup>516</sup>. Bu incelemeden sonra paket yazılım lisans sözleşmesinin tanımı ve taraflar açısından doğurduğu yükümlülükler incelenmek suretiyle bu sözleşmelerin niteliğini tespit edeceğiz.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri, lisans verenin paket yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını lisans alana süreli veya daimi şekilde kullanabilmesi için iletmeyi ve o nüsha üzerinde lisans alana çoğaltma yetkisi tanımayı üstlendiği (üstlenmese dahi lisans alanın çoğaltma ve işleme yetkisini kanun gereği iktisap ettiği) lisans alanın da bunun karşılığında genellikle lisans verene bir kereye mahsus veya dönemsel olarak lisans bedeli ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir<sup>517</sup>. Daimi olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde, lisans verenin yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını lisans alana iletme borcu satış sözleşmesinde satıcının asli borcu olan zilyetlik ve mülkiyetin devri

<sup>514</sup> Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.12; Yavuz/Acar/Özen, s.14; Kuntalp, s.288; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39.

<sup>515</sup> Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.13. Doktrinde *Tandoğan* bu görüşe paralel bir biçimde protez diş imal edilerek hastanın tedavi edilmesini konu edinen sözleşmelerin, vekalet ve eser sözleşmesinin unsurlarından meydana gelen bir kombine karma sözleşme olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Tandoğan*, **C:1/1**, s.72.

<sup>516</sup> Dar ve geniş anlamda karma sözleşme ayrımı ile karma sözleşme türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-D-2-a ve b.

<sup>517</sup> Benzer tanımlar için bkz. Yıldırım, **Standart**, s.68; Erişgin, s.52; Sivacıoğlu, s.86; Bainbridge, **Software**, s.90 vd.

borcu ile paralellik göstermektedir<sup>518</sup>. Lisans verenin diğer borcu olan, yazılımın nüshası üzerinde lisans alana çoğaltma yetkisi tanınması veya bu yetkinin kanun gereği iktisap edilmesi ise FSEK m.48 vd'de düzenleme konusu yapılan lisans sözleşmelerinin tipik edimi olan mali hakların kullanım yetkisinin devri edimi ile paralellik göstermektedir<sup>519</sup>. Lisans verenin bu yükümlülüklerinin karşılığında lisans alanın borcu ise bir kereye mahsus olmak üzere lisans bedeli ödemektir. Lisans alanın bu borcu satış sözleşmelerinde alıcının bedel ödeme borcu ile paraleldir.

Sürelili olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise lisans verenin yazılımın çoğaltılmış bir nüshasını sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kullanması için lisans alana iletmesi kira sözleşmesinde kiraya verenin tipik borcu olan kira konusunun kullanıma elverişli şekilde teslim ve muhafaza borcu ile bu nüsha üzerinde lisans alana çoğaltma yetkisinin tanınması veya bu yetkinin kanun gereği iktisabı lisans sözleşmesindeki mali hakların kullanım yetkisinin devri edimi ile paraleldir<sup>520</sup>. Lisans verenin bu edimlerinin karşılığı olarak ise lisans alanın genellikle dönemsel olarak lisans bedeli ödeme yükümlülüğü ise kira sözleşmelerinde kiracının kira bedeli ödeme borcu ile paraleldir.

Hem daimi hem de süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinin bünyesinde yer alan ortak unsur “*lisans unsuru*”dur. Öyle ki yazılımların kullanılabilmesi için çoğaltma yetkisinin kullanılmasının gerekli olması her iki sözleşmenin de bünyesinde lisans unsurunun yer almasına neden olmaktadır. Ayrıca paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alana çoğaltma yetkisi tanınmamış olsa bile bu yetki lisans alanın yazılımı hukuki yollardan edinen kimse olması şartına bağlı şekilde FSEK m.38/2 vd. fıkraları uyarınca kanun gereğince lisans alan tarafından iktisap edilecektir<sup>521</sup>. Bu nedenle lisans unsuru sözleşmede çoğaltma yetkisi tanınmasına bağlı olmaksızın bir unsur olarak bu sözleşmelerin bünyesinde yer almaktadır.

<sup>518</sup> Satış sözleşmelerinde satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcuna ilişkin olarak bkz. Tandoğan, **C:I/1**, s.118; Eren, **Özel Hükümler**, s.59; Serozan/Baysal/Sanlı s.169; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.103; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.93.

<sup>519</sup> Fikri hakları konu edinen lisans sözleşmelerinde lisans verenin lisans alana mali hakkın kullanma yetkisi tanınması (izin vermesi) borcuna ilişkin olarak bkz. Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.103; Aydınçık, s.109; Arbek, s.179; Gökyayla, s.49.

<sup>520</sup> Kira sözleşmelerinde, kiraya verenin tipik borcu olan sözleşme konusunun kullanıma elverişli biçimde teslimi borcuna ilişkin olarak bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: I/2**, 3. Tıpkı Basım'dan 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 **C:I/2**, s.110; Eren, **Özel Hükümler**, s.324 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.337.

<sup>521</sup> Yazılımı hukuki yollardan edinen kimse ve kanun gereği iktisap ettiği haklar için bkz. III. Bölüm-C-3-a vd.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri sözleşmenin süresine göre satış sözleşmesi veya kira sözleşmesine ilişkin unsurlar ile lisans unsurunu bünyesinde barındıran sözleşmelerdir. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin karmaşık yapıları nedeniyle niteliklerine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Doktrinde *Erişgin*'e göre, daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde yer alan yazılımın bir nüshasının lisans alana devredilmesi yükümlülüğü satış sözleşmesinin kanuni tanımına uymaktadır. Ancak yazılımın kullanılabilmesi için yazılım üzerinde çoğaltma hakkının kullanılması gerekliliği ve yazılımların cismani varlığa sahip olmaması onun satış sözleşmesinin kanuni tanımından sapmasına yol açmaktadır. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmeleri birer “*atipik satış sözleşmesi*” olarak nitelendirilmelidir<sup>522</sup>.

*Tekinalp* ise paket yazılım lisans sözleşmelerinin niteliğine ilişkin olarak doğrudan bir değerlendirme yapmamakla birlikte, bu sözleşmelere satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir<sup>523</sup>.

Doktrinde *Yusufoğlu*'da eser sahibinin yazılımın bir suretini devretmeyi amaçladığı hallerde yazılımın satış sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceğini ve bu kapsamda “*mal*” olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir<sup>524</sup>.

Doktrinde *Şahin* ise paket yazılım lisans sözleşmelerinin sui generis sözleşme niteliğinde olduğu görüşündedir<sup>525</sup>.

*Aksoy Dursun* ise daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinin satış sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin menfaatler dengesine en uygun çözüm olduğunu belirtmektedir<sup>526</sup>.

*Yıldırım* diğer yazarlardan farklı olarak paket yazılım lisans sözleşmelerinin, isimli birer sözleşme olan satış veya kira sözleşmesi ile lisans sözleşmesi unsurlarını

---

<sup>522</sup> Erişgin, s.49 vd.

<sup>523</sup> Tekinalp, s.268.

<sup>524</sup> (“Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bilgisayar programının kendisi maldır ve dolayısı ile satım sözleşmesine konu olabilir.”) Bkz. Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.142.

<sup>525</sup> (“Genel olarak; standart hazırlanmış bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin, farklı sözleşmelere ait unsurları, sistematik şekilde bir araya getirmesi sebebiyle sui generis sözleşme olarak adlandırılması gerektiğini ifade eden görüşe katılmaktayız.”) Bkz. Şahin, s.277.

<sup>526</sup> (“Görüşümüze göre ise bilgisayar programlarının devredilmesi söz konusu olduğunda satış sözleşmesi menfaatler dengesine en uygun olan sözleşmedir.”) Aksoy Dursun, **Eşya**, s.88 vd.



içerisinde barındıran birer karma sözleşme olduğu görüşüne sahiptir<sup>527</sup>. Doktrinde *Dalyan* ve *Erkekoğlu*'da *Yıldırım*'ın görüşüne paralel şekilde paket yazılım lisans sözleşmelerinin birer karma sözleşme olduğunu belirtmektedir<sup>528</sup>.

Yabancı doktrinde ise *Bainbridge* İngiliz hukuku açısından bu sözleşmelerin “*sui generis*” veya “*karma*” (“*hybrid*”) sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>529</sup>.

Kanaatimizce, paket yazılım lisans sözleşmeleri kanun koyucu tarafından esaslı unsurları düzenlenmiş sözleşmeler olmadıkları için bu sözleşmeler birer isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Ancak isimsiz sözleşme türlerinden hangisinin kapsamına girdiğinin de belirlenmesi gerekmektedir.

Paket yazılım lisans sözleşmelerini meydana getiren unsurların bir kısmı kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelere (satış sözleşmesi veya kira sözleşmesi) aittir. Ancak hem daimi hem de süreli paket yazılım lisans sözleşmesi içerisinde lisans unsurunu da barındırmaktadır. Lisans sözleşmelerinin ise isimli sözleşme mi yoksa isimsiz sözleşme mi olduğu doktrinde tartışmalıdır.

Daha önce belirttiğimiz üzere biz lisans sözleşmelerinin birer isimsiz sözleşme olduğu ve isimli sözleşmeler ile isimsiz sözleşmelere ait unsurlarından meydana gelen sözleşmelerin geniş anlamda karma sözleşme olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz<sup>530</sup>.

Ayrıca *sui generis* ve karma sözleşme ayrımı açısından yapılacak bir değerlendirmede paket yazılım lisans sözleşmelerinin karma sözleşme olarak nitelendirilmesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Çünkü karma sözleşmeler *sui generis* sözleşmelere nazaran isimli sözleşmelere daha yakın bir konumdadır. Bizce paket yazılım lisans sözleşmeleri, kanunda düzenlenmiş olan kira ve satış sözleşmelerinin çizdiği tipolojiden *sui generis* sözleşme sayılmasını gerektirecek ölçüde sapmamaktadır. Her ne kadar lisans unsuru yazılımların çoğaltma hakkı

---

<sup>527</sup> Yıldırım, **Standart**, s.74.

<sup>528</sup> Dalyan, s.219; Erkekoğlu, s.59.

<sup>529</sup> Bainbridge, **Software**, s.98. Benzer biçimde Amerikan hukuku açısından yazılım lisans sözleşmelerinin hem hizmet (“*service*”) hem de satış (“*goods*”) sözleşmesinin unsurlarını birlikte içerdiğini ileri süren görüş için bkz. Bkz. Gomulkiewicz, s.461.

<sup>530</sup> Lisans sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesi ve geniş anlamda karma sözleşme kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-D-2-a.

açısından gösterdiği özellik nedeniyle sözleşmenin bünyesine dahil olsa da paket yazılım lisans sözleşmeleri satış ve kira sözleşmelerine benzerlik göstermekte olduğundan bu sözleşmeleri karma sözleşme olarak nitelendirmekteyiz.

Karma sözleşmelerin alt türlerinin tespiti açısından ise sözleşmenin taraflar açısından doğurduğu yükümlülükler göz önüne alarak bir inceleme yapılmalıdır. Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin yükümlülükleri sözleşmenin süresine göre satış veya kira sözleşmelerine ait yükümlülükler ile lisans sözleşmesine ait olan çoğaltma yetkisi tanınması yükümlülüğüdür. Başka bir ifadeyle lisans verenin iki farklı sözleşme tipine ait edim yükümlülüğü bulunmaktadır. Lisans verenin bu yükümlülükleri karşılığında lisans alan ise tek bir sözleşmeye ait edimi borçlanmaktadır. Lisans alanın borçlandığı tek edim yükümlülüğü bir miktar paranın ödenmesi yani lisans bedeli ödeme borcudur. Taraflardan birinin edim yükümlülüklerinin birden fazla sözleşmeye ait olması diğerinin ediminin de genellikle bir miktar paranın ödenmesi şeklinde olması kombine karma sözleşmelerinin temel özelliğidir<sup>531</sup>. Bu açıdan paket yazılım lisans sözleşmeleri kombine karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Özetle paket yazılım lisans sözleşmelerinin, süreli veya daimi olarak akdedilmesine göre satış ya da kira sözleşmesi unsuru ile FSEK’te düzenlenen lisans sözleşmesi unsurunu kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getiren bir kombine karma sözleşme niteliğinde olduğu kanaatindeyiz<sup>532</sup>.

#### 4) Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

##### a) Satış Sözleşmesi İle

Satış sözleşmeleri TBK’da “İkinci Kısım”, “Birinci Bölüm” içerisinde dört ayrıım şeklinde düzenlenmiştir<sup>533</sup>. TBK birinci ayrıımda “Genel Hükümler” başlığı altında satış sözleşmelerine ilişkin olarak genel bir tanımlama yapmaktadır.

<sup>531</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.274; Tandoğan, **C:I/1**, s.71; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.20; Yavuz/Acar/Özen, s.14.

<sup>532</sup> Paket yazılım lisans sözleşmesinin karma sözleşme niteliğine sahip olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Yıldırım, **Standart**, s.74; Dalyan, s.219; Erkekoğlu, s.59. Aksi görüşler için bkz. Erişgin, s.49; Şahin, s.277.

<sup>533</sup> Satış sözleşmeleri, TBK İkinci Kısım Birinci Bölüm’de m.207-281 arasında, Birinci Ayrıım “genel hükümler”, İkinci Ayrıım “taşınır satışı”, Üçüncü Ayrıım “taşınmaz satışı”, Dördüncü Ayrıım “bazı satış türleri” şeklinde dört ayrıım olarak düzenlenmiştir. Dördüncü ayrıım olan “bazı satış türleri” adı altında

Satış sözleşmeleri TBK m.207/1’de “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu tanımlama satış sözleşmeleri açısından genel bir tanımlama mahiyetinde olmakla birlikte, devam eden maddelerde satış sözleşmesinin farklı türlerine ilişkin hükümler sevk edilmiştir<sup>534</sup>.

TBK ikinci ayırım, m.209’da ise taşınır satışını düzenlemektedir. Taşınır satışı m.209/1’de “*Taşınır satışı, Türk Medeni Kanunu yarıncı taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışdır.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Taşınır satışına ilişkin olarak TBK’da sevk edilen hükümler diğer satış türlerine göre genel nitelikte olup, diğer satış türleri özel hüküm içermedikçe diğer satış türlerine ilişkin sözleşmelere de uygulanır<sup>535</sup>. Taşınır satışına ilişkin hükümlerin diğer satış türlerine uygulanması doğrudan bir uygulamadan ziyade kıyasen yapılacak bir uygulamadır<sup>536</sup>.

MK’da nelerin taşınmaz olduğu m.704 ve m.998’de sayma yoluyla belirtilmiş olmakla birlikte bu hükümlere göre arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bölümler, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz satışının konusunu oluşturacaktır<sup>537</sup>. TBK m.209’da taşınır satışı için verilen tanım esas alındığında, taşınmaz olmayan her şeyin satımı, taşınır satışı olarak nitelendirilecektir<sup>538</sup>. Ancak TBK m.207/1’de sadece eşyanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunu esas alan, cismani varlığa sahip olmayan malvarlığı değerlerini dışlayan bir satış sözleşmesi tanımı yer almaktadır<sup>539</sup>. Bu tanıma sıkı bir biçimde bağlı kalınması halinde eşya niteliğine sahip olmayan fakat parasal varlığa sahip değerlerin taşınır satışının konusunu teşkil edemeyeceği düşünülebilir.

---

ise “*örnek üzerine satış, beğenme koşuluyla satış, kısmi ödemeli satışlar, açık artırma yoluyla satış*” sözleşmelerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

<sup>534</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.25; Zevkliler/Gökyayla, s.31; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.47; Aral/Ayrancı, s.93.

<sup>535</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.25; Tandoğan, **C:I/1**, s.101; Zevkliler/Gökyayla, s.31; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.101; Aral/Ayrancı, s.107; Serozan/Baysal/Sanlı, s.247; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.30.

<sup>536</sup> TBK m.246: “*Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır.*”

<sup>537</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.25; Sirmen, s.349; Zevkliler/Gökyayla, s.62; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.409

<sup>538</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.100; Zevkliler/Gökyayla, s.58; Eren, **Özel Hükümler**, s.56; Aral/Ayrancı, s.108.

<sup>539</sup> Ögüz, s.53; Serozan/Baysal/Sanlı, s.124; Zevkliler/Gökyayla, s.59; Haluk N. Nomer/Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri C.1: Satış Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023, s.56; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.52.

Doktrinde TBK m.207/1’de yer alan tanım geniş yorumlanmakta ve maddi varlığa sahip olmayan fakat iktisadi değere sahip hak ve alacakların da taşınır satış sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir<sup>540</sup>. Bu görüşün temelinde satış sözleşmesinin konusunu oluşturan “*satılan*”ın (“*mal*”) eşya kavramından farklı olması bulunmaktadır<sup>541</sup>. Doktrinde, satış sözleşmesinin konusunu bir eşyanın değil de malvarlığı değeri taşıyan bir hakkın oluşturduğu hallerde sözleşmenin tipik satış sözleşmesinden sapacağı ve satış hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir<sup>542</sup>.

Malvarlıksal değere sahip hakların taşınır satışının konusunu oluşturabileceğine ilişkin yukarıdaki görüş uyarınca, daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinin, yazılımın nüshasının satışını konu edinen bir satış sözleşmesi olduğu düşünülebilir<sup>543</sup>. Aslında yazılımın nüshası malvarlıksal bir değere sahip olduğu için taşınır satış sözleşmesinin konusu olan “*satılan*” kavramına dahildir. Ancak yazılımın bir suretinin “*satılan*” olabilmesi bu sözleşmelerin doğrudan taşınır satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmemektedir.

Çünkü yazılımın bir suretinin devri ediminin yanında suret üzerinde çoğaltma yetkisi tanınması ya da bu yetkinin kanun gereği iktisap edilmesi sözleşmenin unsurlarından bir tanesidir. Bu iki unsurdan yazılım üzerinde çoğaltma yetkisinin iktisabı, yazılımın lisans alan tarafından kullanılması için zorunludur. Bu zorunluluk ise paket yazılım lisans sözleşmesinin taşınır satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır<sup>544</sup>.

<sup>540</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.57; Nomer/Engin, s.56; Serozan/Baysal/Sanlı, s.124; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.52; Zevkliler/Gökyayla, s.59; Yavuz/Acar/Özen, s.28 vd.

<sup>541</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.79; Serozan/Baysal/Sanlı, s.124; Eren, **Özel Hükümler**, s.62. Ayrıca yazılımların çoğaltılmış nüshasının satış sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceği yönünde bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.124 vd.

<sup>542</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.79. Satış sözleşmesinin konusunu “*eşya*” niteliği bulunmayan bir satılanın oluşturduğu hallerde, sözleşmenin saf bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, s.124; Nomer/Engin, s.56; Aral/Ayrancı, s.111; Yavuz/Acar/Özen, s.28; Eren, **Özel Hükümler**, s.58. Doktrinde *Gümüş* satış sözleşmesinin konusunun hak veya ekonomik değerler olduğu durumlarda sözleşmenin “*sui generis*” bir sözleşme olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Gümüş*, **Özel Hükümler C.1.**, s.59.

<sup>543</sup> Doktrinde Aksoy Dursun paket yazılım lisans sözleşmelerinin satış sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği görüşündedir. Bkz. Aksoy Dursun, **Eşya**, s.88. *Yıldırım* ve *Erkekoğlu* ise paket yazılım lisans sözleşmesinin satış sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedirler. Bkz. *Yıldırım*, **Standart**, s.26; *Erkekoğlu*, s.58.

<sup>544</sup> AAD tarafından 2012 yılında verilen bir kararda yazılımın indirilmesinin ve bu yazılım üzerinde lisans verilmesinin ayrılmaz bir bütün olduğunu bu nedenle bu sözleşmenin karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Oracle Int. Corp. V. Used Soft GmbH (C: 2012:407) 44 numaralı paragraf, <https://curia.europa.eu/juris/document/document> (Erişim Tarihi:19.03.2022)

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle paket yazılım lisans sözleşmesinin saf bir satış sözleşmesi yahut hakkın satışını içeren bir sözleşme olmadığı, lisans ve satış sözleşmelerinin unsurlardan oluşan bir karma sözleşme olduğu kanaatindeyiz.

## b) Kira Sözleşmesi İle

Kira sözleşmeleri, TBK “Dördüncü Bölüm” içerisinde “Genel Hükümler”, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları”, “Ürün Kirası” olmak üzere üç ayrım halinde düzenleme konusu yapılmıştır<sup>545</sup>.

Kira sözleşmesi, TBK m.299’da “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır. TBK m.299’da yer alan tanım, kira sözleşmesinin genel nitelikte bir tanımı olmakla birlikte taşınır veya taşınmaz kirasını kapsadığı gibi adi kira ile ürün kirasını da kapsamaktadır<sup>546</sup>.

Kanun koyucu kira sözleşmesine ilişkin olarak birinci ayrımda genel nitelikte hükümler getirmiş devamında yer alan ayrımlarda konut ve çatılı işyeri kiraları ile ürün kirasına ilişkin özel hükümler sevk etmiştir. Kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler, TBK m.358 uyarınca ürün kirasına (hasılat kirası) ilişkin özel hüküm bulunmadığı sürece ürün kirası için de uygulama alanı bulacaktır<sup>547</sup>.

Ürün kirası TBK m.357/1’de “Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmaktadır. TBK’nın kira

<sup>545</sup> Yavuz/Acar/Özen, s.233; Mustafa Alper Gümüş, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.1; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.343; Aral/Ayrancı, s.313.

<sup>546</sup> Yavuz/Acar/Özen, s.233; Eren, **Özel Hükümler**, s.309; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.345; Zevkliler/Gökyayla, s.195; Aral/Ayrancı, s.317. TBK m.299’da hem adi kira hem de ürün kirasını kapsayan bir tanım verilmesinin eleştirisi için bkz. Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.22. (“Zira yukarıda da vurguladığımız gibi, ürün kirasının konusunu ürün getiren eşya kadar, aynı zamanda “ürün getiren haklar” da oluşturabilir. Oysa TBK m.299’un hem kira hem de ürün kirasını kapsamayı hedefleyen tanımı sadece “eşya(şey)” üzerinden yapılmış ve böylece ürün getiren haklara ilişkin ürün kirası dışarıda bırakılmıştır.”)

<sup>547</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.429; Yavuz/Acar/Özen, s.233; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.259; Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.4.

sözleşmelerine ilişkin olarak sahip olduğu bu düzenlemeler uyarınca doktrinde temel olarak adi kira – ürün kirası ayrımı yapılmaktadır<sup>548</sup>.

Adi kira sözleşmeleri ile ürün kirası sözleşmeleri arasındaki temel farklılık sözleşmenin konusu ve amacının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Adi kira sözleşmelerinde kiraya verenin belirli veya belirsiz süreliğine bir şeyin kullanımını kiracıya bırakması söz konusudur<sup>549</sup>. Ürün kirasında ise kiraya verenin belirli veya belirli olmayan bir süreliğine ürün getiren bir eşyanın veya hakkın kullanılması ile yararlanılmasını kiracıya bırakması söz konusudur<sup>550</sup>.

Adi kiranın konusunu sadece eşyalar oluşturabilir iken ürün kirasının konusunu ürün veren haklar ve eşyalar teşkil edebilecektir. Ürün kirasında amaç kira konusundan yararlanma iken adi kira sözleşmelerinde sözleşmenin konusu eşyanın kullanılmasıdır. Ayrıca ürün kirasında semerelendirme söz konusu olduğundan semerelendirilecek ürünün belirli bir kısmının kira bedeli olarak kararlaştırılması da mümkündür<sup>551</sup>.

Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın çoğunlukla doğrudan veri aktarımı yoluyla çoğaltılmış bir nüshasının sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kullanılması amacıyla lisans alana iletilmesi söz konusudur. Bu nedenle süreli paket yazılım lisans sözleşmesi bazı yönleriyle adi kira sözleşmesine bazı yönleri ile de ürün kirası sözleşmesine benzemektedir.

Süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri, kira sözleşmelerinin tipik edimi olan bir şeyin bir bedel karşılığında kullanımının devri unsurunu taşımakta ve bu yönüyle adi kira sözleşmelerine benzemektedir<sup>552</sup>. Adi kira sözleşmeleri ile süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri arasındaki temel fark ise sözleşmenin konusu açısından ortaya çıkmaktadır. Adi kira sözleşmesinde sözleşmenin konusu cismani varlığı sahip bir eşya iken, lisans sözleşmesinde lisans alanın kullanımına sunulan eşya niteliğine sahip olmayan bir yazılımdır.

<sup>548</sup> Tandoğan, C.I/2, s.2; Eren, **Özel Hükümler**, s.328; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.345; Zevkliler/Gökyayla, s.195; Aral/Ayrancı, s.317; Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.24.

<sup>549</sup> Tandoğan, C.I/2, s.2; Eren, **Özel Hükümler**, s.428; Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.24

Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.345; Zevkliler/Gökyayla, s.201; Aral/Ayrancı, s.317

<sup>550</sup> Tandoğan, C.I/2, s.3; Eren, **Özel Hükümler**, s.429; Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.24

Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.346; Zevkliler/Gökyayla, s.201; Aral/Ayrancı, s.317 vd.

<sup>551</sup> TBK 357/2: “Ürüne katılmalı kira, kira bedelinin devşirilecek ürünün belli bir oranı olarak kararlaştırıldığı ürün kirasıdır. Bu oran sözleşmeyle kararlaştırılmıyorsa, yerel âdete göre belirlenir.” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>552</sup> Yıldırım, s.79; Erişgin, s.50; Erkekoğlu, s.51.

Sözleşmenin konusu açısından ise süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri ürün kirası ile benzeşmektedir. Çünkü TBK m.357/1’de yer alan ürün kirasının tanımı gereğince bu sözleşmenin konusunu eşyaların yanında haklar da teşkil edebilmektedir<sup>553</sup>. Bu nedenle süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri, sözleşmenin konusu açısından adi kiradan ziyade ürün kirasına daha yakın konumdadır<sup>554</sup>.

Süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri her ne kadar sözleşmenin konusu açısından taşınır kirasından ziyade ürün kirasına benzemekte ise de bu sözleşmelerde ürün kirasının tipik özelliği olan semerelendirilebilir bir hakkın devredilmesi söz konusu değildir<sup>555</sup>. Burada yazılımın bir nüshasının belirli bir süreliğine lisans alan tarafından kullanılması amaçlanmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesi için yazılımın bir nüshası lisans alana iletilmekte ve yazılım üzerinde sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca yazılımın kullanımının sağlanabilmesi için yazılım üzerinde çoğaltma yetkisi tanınmaktadır. Yazılımın semerelendirilebilir bir hak yahut eşya olmaması bu sözleşmenin ürün kirası sözleşmesinden farklılaşmasına yol açmaktadır.

Görüldüğü üzere süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri, bazı yönleriyle adi kira sözleşmelerine bazı yönleriyle ise ürün kirası sözleşmesine benzeşmektedir. Ancak her iki sözleşmenin tanımına da tam olarak uyum göstermemektedir. Çünkü paket yazılım lisans sözleşmeleri saf bir adi kira veya ürün kirası sözleşmesi olarak nitelendirilemeyen karma nitelikte sözleşmelerdir.

Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerine karma sözleşme nitelikleri nedeniyle adi kira veya ürün kirasına ilişkin TBK’da yer alan hükümlerin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Kanaatimizce süreli paket yazılım lisans sözleşmelerine kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin (TBK m.299-338) kıyasen uygulanması daha makul bir çözümdür. Çünkü TBK’nın ürün kirasına ilişkin hükümleri, kira sözleşmesinin genel hükümlerine göre özel hüküm niteliğindedir ve sözleşmenin bünyesine uygun düşmemektedir. Bu nedenle süreli paket yazılım lisans

<sup>553</sup> Tandoğan, **C:I/2**, s.2; Eren, **Özel Hükümler**, s.428; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.188; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.345; Zevkliler/Gökyayla, s.202; Aral/Ayrancı, s.317.

<sup>554</sup> Erişgin, s.61; Erkekoğlu, s.15. Aksi görüş için bkz. Yıldırım, **Standart**, s.82. Yazar yazılımların eşya niteliğine sahip olduğunu bu nedenle adi kira hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>555</sup> Ürün kirası sözleşmesinin tipik özellikleri hakkında bkz. Tandoğan, **C:I/2**, s.3; Eren, **Özel Hükümler**, s.429; Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.24; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.346; Zevkliler/Gökyayla, s.202; Aral/Ayrancı, s.318.

sözleşmelerine kira sözleşmesinin genel hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>556</sup>.

### c) Fikri Hakları Konu Edinen Lisans Sözleşmesi İle

Fikri hakları konu edinen lisans sözleşmeleri, paket yazılım lisans sözleşmelerinin bir unsuru olması sebebiyle her iki sözleşme türü bazı noktalarda benzerlikler taşımaktadır<sup>557</sup>. Fikri hakları konu edinen lisans sözleşmeleri, bir fikri haktan doğan mali hakların bir kısmının yahut tamamının kullanma yetkisinin lisans alana verilmesini konu edinen sözleşmeler olarak tanımlanabilir<sup>558</sup>. Daha önce açıkladığımız üzere yazılımlar FSEK uyarınca birer edebi eser korunmakta ve eser sahibine birtakım mali hakları bahşetmektedir<sup>559</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alana yazılımın çoğaltılmış bir nüshası iletilmekte ve bu nüsha üzerinde lisans alana çoğaltma yetkisi tanınmaktadır. Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alana yazılım üzerinde çoğaltma yetkisi tanınması bu iki sözleşme arasında paralellik yaratmaktadır. Ancak paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alana çoğaltma yetkisi tanınması ile lisans sözleşmelerinde mali hak veya hakların kullanma yetkisinin devredilmesinin amacı birbirinden tamamen farklı niteliktedir<sup>560</sup>.

Lisans sözleşmelerinde lisans veren mali hakların kullanılması suretiyle kendi eserinden iktisaden yararlanma imkanlarını artırmayı amaçlamaktadır. Öyle ki özellikle günümüzde piyasada mevcut sermaye birikimi ve uzmanlık göz önüne alındığında eser sahibinin sadece eseri meydana getirmesi ile eserden iktisaden yararlanması mümkün olmamaktadır<sup>561</sup>. Örneğin bir piyes yazarının meydana

<sup>556</sup> Bu yönde bkz. Yıldırım, **Standart**, s.81.

<sup>557</sup> Yıldırım, **Standart**, s.22; Erkekoğlu, s.44; Erişgin, s.64.

<sup>558</sup> Erel, s.304; Tekinalp, s.230; Ateş, **Fikri Haklar**, s.130; Aydıncık, s.46; Arbek, s.75.

<sup>559</sup> Yazılımların eser niteliğine ilişkin olarak bkz. I. Bölüm-C-3-a.

<sup>560</sup> Yıldırım, **Standart**, s.23. (“Özetle lisans sözleşmesi ile standart bilgisayar programı devir sözleşmeleri arasındaki temel fark, lisans sözleşmesinde sözleşmenin öncelikli amacı fikri hakkın devri ya da fikri hakkın kullanım hakkının devri iken, standart bilgisayar programları devir sözleşmelerinde öncelikle amaç hukuken şey sayılan bir varlıktan devralanın yararlanmasını sağlamaktır.”) Yazarın bu görüşüne genel olarak katılmakla birlikte yazılımların “eşya” niteliğine sahip olduğu yönündeki görüşüne katılmamaktayız.

<sup>561</sup> Aydıncık, s.38; Tekinalp, s.180; Arbek, s.71; Tüysüz, s.57.



getirdiği eserden iktisaden yararlanması için bu piyesin sahnelenmesi bunun için ise eser üzerindeki temsil hakkının lisans sözleşmesine konu edilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde bir yazara ait kitabın basılarak okuyuculara ulaşabilmesi için çoğaltma yetkisinin yayınevine tanınması gerekmektedir. Eser sahibi bu şekilde eser üzerindeki mali hakkı kullanma yetkisini başkasına devretmekte devralanda mali hakkın semerelerinden yararlanmaktadır<sup>562</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise lisans alana çoğaltma yetkisi tanınmasının amacı, lisans alanın yazılımı süreli veya daimi olarak kullanabilmesidir. Bir tiyatro oyunun sahnelenmesinde olduğu gibi eser üzerindeki mali hakların kullanılması suretiyle eserin semerelerinden yararlanılması söz konusu değildir. Fikri hakları konu edinen sözleşmelerde eserden mali hakkın kullanılması suretiyle iktisadi olarak yararlanma amacı önceliklidir. FSEK’te lisans sözleşmelerine ilişkin olarak hasılat kirası ve intifa hakkına ilişkin hükümlere atıf yapılması<sup>563</sup> ve bazı yazarlarca lisans alanın mali hakkı kullanma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir<sup>564</sup>.

Kanaatimizce bir eser üzerindeki mali hakkın kullanma yetkisinin devri, yazılımların kullanılabilmesi için gerekli olan bir unsurdur. Bu nedenle çoğaltma yetkisinin lisans alana verilmesi, paket yazılım lisans sözleşmelerinin bünyesine, sözleşmede taraflarca öngörülmesi suretiyle veyahut kanundan doğan çoğaltma yetkisi (FSEK m.38) ile dahil olmaktadır. Bu kapsamda paket yazılım lisans sözleşmelerinin FSEK’te yer alan lisans sözleşmesinin unsurunu taşımakla birlikte salt birer lisans sözleşmesi olmadığını düşünmekteyiz.

<sup>562</sup> Ayiter, s.201; Arslanlı, s.173; Aydınçık, s.46; Tüysüz, s.70.

<sup>563</sup> FSEK m.56/3: “*Basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır.*”

<sup>564</sup> Bazı yazarlar fikri hakları konu edinen lisans sözleşmelerinde lisans alanın mali hakkı kullanma yükümlülüğü bulunduğu görüşündedir. Bu yazarlar görüşlerini FSEK m.58’de düzenlenen mali hak sahibinin cayma hakkı ve TBK m.487 vd.’de düzenlenen yayın sözleşmelerinde yayımcının yayım yükümlülüğünün bulunmasına dayandırmaktadır. Yazarlar lisans sözleşmelerinde lisans alanın mali hakkı kullanmamasının aynı zamanda mali hak sahibinin de menfaatini etkilediğini belirtmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.30; Arbek, s.184; Gökyayla, s.277 (Yazar bu yükümlülüğü mali hakkın devri sözleşmesi için kabul etmektedir.); Ortan, s.253 (Yazar patent lisansları için bu yükümlülüğü kabul etmektedir.) Aksi yöndeki görüşler için bkz. Aydınçık, s.128; Tüysüz, s.125.

#### d) Abonelik Sözleşmesi İle

Abonelik sözleşmesi TKHK m.52/1 ve 29246 sayılı Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m.4/1-(a) bendinde “*Tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmeler*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>565</sup>. Abonelik sözleşmesinin konusunu, bir mal veya hizmetin sürekli olarak belirli aralıklarla edinilmesi oluşturmaktadır<sup>566</sup>. Abonelik sözleşmesinin tarafları “abone” ile “satıcı” veya “sağlayıcı”dır. TKHK veya yönetmelikte abone kavramına ilişkin olarak ise herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak abone kavramı doktrinde belirli bir mal ve hizmeti sürekli veya belirli aralıklarla edinecek kişi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>567</sup>. Bir kimsenin abone olabilmesi için o kişinin tüketici sıfatına sahip olması gerekmemektedir. Ancak TKHK’ da yer alan abonelik sözleşmesine ilişkin hükümler ile Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği hükümlerinin uygulanabilmesi için abonenin “tüketici” sıfatına sahip olması gerekmektedir<sup>568</sup>. Abonelik sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan “satıcı” ve “sağlayıcı” kavramları ise TKHK m.3’ün 1.fikrasının (ı) ve (i) bentlerinde tanımlanmıştır<sup>569</sup>. Satıcı ve sağlayıcının ortak özelliği tüketiciye mal veya hizmet sunarken ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeleridir<sup>570</sup>. Satıcı ve sağlayıcı tanımı arasındaki temel farklılık ise satıcının mal sunması iken sağlayıcının hizmet sunmasıdır.

Abonelik sözleşmesinin konusunu mal veya hizmet oluşturmaktadır. Mal ve hizmet kavramları hem TKHK’da hem de Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde

<sup>565</sup> 29246 sayılı Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği 4. Maddesinin 1.fikrasının (a) bendinde TKHK m.52’de yer alan abonelik sözleşmelerinin tanımını aynı ifadelerle düzenlemiştir.

<sup>566</sup> Sezer Çabri, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, Adalet Yayınevi, s. 992; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.686; Osman Açıkgöz, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, Oniki Levha, İstanbul 2013, s.21; Seda Öktem Çevik, **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, 1. Bası, Beta Yayınevi, Nisan 2008, s.5.

<sup>567</sup> TKHK ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde “abone” kavramı tanımlanmamıştır. Ancak 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.3/1-(a) bendinde “*Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder.*” şeklinde bir tanım yapılmıştır. Bkz. Çabri, s.991; Öktem Çevik, s.10; Açıkgöz, s.64.

<sup>568</sup> Çabri, s.992; Açıkgöz, s.49.

<sup>569</sup> TKHK m.3/1/b-(ı): “*Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifader.*”; TKHK m.3/1/b-(i): “*Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*”

<sup>570</sup> Çabri, s.993; Açıkgöz, s.41; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.687.

tanımlanmıştır<sup>571</sup>. Mal kavramı yönetmeliğin 4. Maddenin 1.fıkrasının (g) bendinde Alışverişe konu olan; *“taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları, ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır.

Hizmet ise aynı fıkranın (d) bendinde *“Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu, ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. TKHK’da yer alan mal ve hizmet tanımlarından anlaşılacağı üzere *“hizmet”* kavramı mal sağlama dışındaki tüm bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir<sup>572</sup>.

Abonelik sözleşmelerinin karakteristik özelliği satıcı veya sağlayıcının belirli bir mal veya hizmetin aboneye düzenli aralıklarla sunulmasıdır. Bir mal veya hizmetin aboneye düzenli olarak sunulması özelliği süreli şekilde akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde de bulunmaktadır. Bu açıdan süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri abonelik sözleşmeleri ile paraleldir.

TKHK’da *“mal”* tanımında yer alan *“...elektronik ortamlarda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar...”* şeklindeki ifade sebebiyle kanaatimizce daimi olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından sözleşmenin konusu olan yazılım *“mal”* niteliğinde kabul edilmelidir. TKHK’da yer alan *“mal”* tanımı dikkate alındığından daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından yazılımın *“mal”* niteliğine sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Süreli olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından ise kanaatimizce bir *“hizmet”* değil bir *“mal”*ın düzenli aralıklarla sunulması söz konusudur. Bu nedenle süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinin konusunu teşkil eden yazılımlarda birer TKHK anlamında *“mal”* kabul edilmelidir.

Süreli olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alan sözleşmede öngörülen süre boyunca yazılımı kullanmakta ve bu süre için bir lisans bedeli ödemektedir. Bu nedenle lisans alanın tüketici niteliğine sahip olduğu ve sağlayıcının mesleki amaçlarla hareket ettiği yani sözleşmenin TKHK m. 3/(l) bendinde tanımlanan *“tüketici işlemi”* niteliğinde olması halinde sözleşmeye

<sup>571</sup> TKHK ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde yer alan tanımlar aynıdır. Bkz. TKHK m.3/1-(d) ve (h).

<sup>572</sup> Çabri, s.113; Açıkgoz, s.24.

TKHK'nın abonelik sözleşmesine ilişkin olarak getirdiği emredici düzenlemeler uygulanmalıdır<sup>573</sup>. Örneğin evinde kullanmak amacıyla süreli bir paket yazılım edinen tüketici sıfatına sahip olan lisans alan ile akdedilen sözleşmeye abonelik sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak ofisinde kullanmak üzere bir icra takip programı edinen avukatın akdettiği paket yazılım lisans sözleşmesine abonelik sözleşmesine ilişkin koruyucu hükümler uygulanmayacaktır.

Çünkü TKHK'nın abonelik sözleşmesine ilişkin hükümleri tüketici sıfatına sahip kişileri koruma amacı taşımakta ve tüketici sıfatına sahip olan lisans alanlar (aboneler) bu hükümlerin koruma amacının kapsamına girmektedir<sup>574</sup>. Başka bir ifadeyle süreli paket yazılım lisans sözleşmesi tüketici işlemi niteliğinde ise TKHK açısından bir abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilecektir<sup>575</sup>.

## E. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ

### 1) Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümlerin Tespitine İlişkin Teoriler

İsimli-isimsiz sözleşmeler ayrımında, isimli sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi bu sözleşmelerin kanun koyucu tarafından düzenleme konusu yapılmış olması nedeniyle herhangi bir zorluk arz etmemektedir<sup>576</sup>. Taraflar arasında isimli bir sözleşmeden doğan bir ihtilaf bulunması halinde, öncelikle o sözleşme nitelendirilmek suretiyle o sözleşmenin ait olduğu tip belirlenmekte ve

<sup>573</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.102 (“Bir işlemin tüketici kanunu kapsamına girebilmesi için satıcı ve sağlayıcı ile tüketici açısından zıt bir amaç bağlantısı olması gerekmektedir. Bu zıt amaç bağlantısına göre tüketici ticari ya da mesleki amaç izlememeli; satıcı veya sağlayıcı da bu amacın tersine, ticari ya da mesleki amaç izlemelidir.”) Özgür ve açık kaynak kodlu yazılımları konu edinen lisans sözleşmelerine, TKHK’da yer alan hükümlerin uygulanabileceği yönünde bkz. Şahin, s.292.

<sup>574</sup> Kuntalp, s.295; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.289. Yazarlar isimsiz sözleşmelerin kanunda yer alan emredici hükümlerin koruma amacına girdiği ölçüde sözleşmeye doğrudan uygulanacağını belirtmektedir.

<sup>575</sup> Yazılım lisans sözleşmelerine abonelik sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. Şahin, s.276 vd.

<sup>576</sup> Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler**, İÜHFM, C. LXII, S. 1-2., 2005, s.171-191., s.188; Fikret Eren, **İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi**, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Derleyen: İpek Yücer Aktürk, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.13-37., s.23; Kuntalp, s.185; Zevkliler/Gökyayla, s.21; Aral/Ayrancı, s.89.

belirlenen tipe ait kanunda bulunan hükümler ihtilafa uygulanmaktadır<sup>577</sup>. Karma sözleşmelerde ise sözleşmenin nitelendirilmesi sonucunda kanunda düzenleme konusu yapılmış tek bir sözleşmeye ait hükümlerin doğrudan uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>578</sup>. Çünkü karma sözleşmeler kanunda esaslı unsurları düzenlenmiş tek bir sözleşme tipine tamamen dahil değillerdir<sup>579</sup>. Bu sözleşmelerde düzenleme konusu yapılmış bir veya daha fazla sayıda sözleşmeye ait unsurların bir sentez meydana getirmesi nedeniyle sözleşmeye uygulanabilecek birden fazla düzenleme bulunmaktadır<sup>580</sup>.

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin ne ölçüde uygulanacağına dair doktrinde birden fazla teori ileri sürülmektedir. Temel olarak karma sözleşmelere hangi hükümlerin ne şekilde uygulanacağına dair; “dışlama teorisi”, “soğurma (imtisas) teorisi”, “birleştirme (terkip) teorisi”, “kanunda yer alan münferit hükümlerin uygulanması teorisi”, “yaratma teorisi”, “kıyas teorisi” olmak üzere altı farklı teori ileri sürülmektedir<sup>581</sup>. Biz de paket yazılım lisans sözleşmelerinin kombine karma sözleşmeler olmaları nedeniyle doktrinde ileri sürülen bu teorileri genel hatlarıyla inceleyeceğiz.

Dışlama teorisi uyarınca karma bir sözleşmeye Borçlar Kanunu’nda yer alan özel hükümler doğrudan veyahut dolaylı olarak uygulanmamalıdır. Bu sözleşmelere Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulanmalıdır<sup>582</sup>. Bu teori doktrinde özellikle sözleşmenin asli unsurlarının ait olduğu özel hükümleri dışlaması suretiyle hakimin takdir hakkını sınırladığı gerekçesi ile eleştirilmektedir<sup>583</sup>. Ayrıca dışlama teorisi, karma sözleşmelerin unsurlarının Borçlar Kanunu’nda düzenlenen özel sözleşme tiplerine benzerliğinin dikkate alınmaması ve bunun sonucunda sui generis ile karma sözleşmeler arasındaki farkın ortadan kalkacağı gerekçesiyle de eleştirilmektedir<sup>584</sup>.

<sup>577</sup> Tunçomağ, Genel Hükümler, s.104; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.341; Kuntalp, s.187.

<sup>578</sup> Feyzioğlu, s.51; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98.

<sup>579</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.72; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.290.

<sup>580</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.98; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.273; Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.25; Kuntalp, s.235.

<sup>581</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.73 vd.; Feyzioğlu, s.59 vd. ; Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.21 vd.; Kuntalp, s.227 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.23 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s.21 vd.; Aral/Ayrancı, s.88 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.37 vd.

<sup>582</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.73 (Yazar bu teoriyi “*çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisi*” şeklinde adlandırmaktadır.); Kuntalp, s.227; Zevkliler/Gökyayla, s.21. (Yazarlar bu teoriyi “*saf dışı (bertaraf etme) teorisi*” şeklinde adlandırmaktadır.); Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.25.

<sup>583</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.73; Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.25.

<sup>584</sup> Kuntalp, s.227.

Soğurma teorisine göre ise karma sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan en önemlisinin dahil olduğu isimli sözleşme tipine ilişkin kurallar sözleşmenin bütününe uygulanmalıdır<sup>585</sup>. Bu teori tarafların karma sözleşme meydana getirmesine rağmen sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan sadece bir tanesine ilişkin hükümlerin sözleşmeye uygulanmasının sözleşme özgürlüğünü kısıtlayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>586</sup>.

Birleştirme teorisinde karma sözleşmeyi meydana getiren unsurların her birine o unsurun dahil olduğu sözleşme tipine ait kurallar doğrudan uygulanmalı ve bu uygulama sonucunda ortaya çıkan sonuçlar birbirine bağlanmalıdır<sup>587</sup>. Birleştirme görüşü karma sözleşmeyi meydana getiren unsurların bir sentez oluşturduğunu göz ardı etmesi gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>588</sup>. Bu görüş uyarınca sözleşmeyi meydana getiren unsurun dahil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler tıpkı bağımsız bir sözleşme gibi doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Münferit hükümlerin uygulanması teorisinde ise karma sözleşmeyi meydana getiren unsurları tek bir sözleşme altında değerlendirilmesi yerine somut ihtilafı çözmeye uygun düşen sözleşme tipi tespit edilmekte ve bu sözleşme tipine ilişkin kurallar sözleşmeye uygulanmaktadır<sup>589</sup>. Doktrinde bu görüşün hakime sözleşme boşluklarının doldurulması açısından belirli bir esneklik tanıdığı kabul edilmekle

---

<sup>585</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.73; Feyzioğlu, s.59; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.276; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.21; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.23; Eren, **Özel Hükümler**, s.947; Kuntalp, s.228 vd. (Yazar imtisas teorisinin “saf imtisas teorisi” “saf olmayan imtisas teorisi” olmak üzere ikiye ayrıldığını ifade etmektedir. Saf imtisas teorisinde, sadece önemli unsura ait hükümler sözleşmenin bütünü için uygulanacaktır. Saf olmayan imtisas teorisine göre ise önemli unsura ait hükümleri asli olarak sözleşmeye uygulanacak daha az önemli unsura ait hükümler ise ikincil olarak uygulama alanı bulacaktır.)

<sup>586</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.74; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.24; Kuntalp, s.228; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.276; Eren, **Özel Hükümler**, s.947 (Yazar bu sözleşmenin sadece sözleşmeye yabancı yan edim içeren karma sözleşmeler açısından tatmin edici bir sonuç vereceğini belirtmektedir.)

<sup>587</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.73; Kuntalp, s.231; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.276; Serozan/Baysal/Sanlı, s.72; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s.21; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.25; Eren, **Özel Hükümler**, s.946; Aral/Ayrancı, s.90.

<sup>588</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.73; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98; Eren, **Özel Hükümler**, s.947; Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.276.

<sup>589</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.947; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.277. (Yazar bu teorisinin birleştirme teorisinin devamı niteliğinde olduğunu belirtmektedir.); Kuntalp, s.234; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.24.

birlikte hakime tanınan esnekliğin belirsizlik yarattığı ve hukuk güvenliği ilkesini zedelediği ileri sürülmektedir<sup>590</sup>.

Yaratma kuramına göre ise hakim karma sözleşmeler ilişkin bir ihtilaf bulunması halinde öncelikle TMK m.1/2 uyarınca ihtilafa uygulanabilecek bir örf adet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını araştıracaktır<sup>591</sup>. Kural bulunması halinde uyuşmazlığa bu kural uygulanacaktır. Kural bulunmadığı hallerde ise kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye o şekilde koyacağı genel ve soyut bir kural getirerek ihtilafı çözecektir. Bu teori doktrinde uygulamada sıklıkla kullanılmayan bireysel sözleşmeler açısından tatmin edici sonuçlar doğurmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>592</sup>.

Kıyas teorisine göre ise kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin kurallar karma sözleşmelere doğrudan uygulanmamalı, tarafların amaç ve menfaatleri esas alınmak suretiyle kıyas yoluyla uygulanmalıdır<sup>593</sup>. Doktrinde bazı yazarlar kıyas teorisi ile yaratma teorisini tek bir teori olarak incelemektedir<sup>594</sup>. Bu teori kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ait kuralları sırf benzerlik teşkil etmesi sebebiyle kanunda düzenlenmemiş olan karma sözleşmeye uygulanması sonucunu doğurduğu için eleştirilmektedir<sup>595</sup>.

Doktrinde yukarıda genel hatlarıyla özetlediğimiz görüşlerden hiçbirinin tek başına sistematik bir kabul ve uygulamasının bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>596</sup>. Ancak doktrinde baskın görüş kıyas teorisinin TMK m.1/2'ye uygun olduğu ve isimsiz sözleşmeler açısından bu teorisinin uygulanması gerektiği yönündedir<sup>597</sup>.

<sup>590</sup> Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.24; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.277; Kuntalp, s.234; Eren, **Özel Hükümler**, s.947.

<sup>591</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.948; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.25; Aral/Ayrancı, s.91.

<sup>592</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.277; Eren, **Özel Hükümler**, s.948; Gümüş, **Öze**

<sup>593</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.75; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.277; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.24; Eren, **Özel Hükümler**, s.947; Kuntalp, s.233; Yavuz/Acar/Özen, s.15. Ser

<sup>594</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.75; Feyzioğlu, s.61; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Zevkliler/Gökyayla, s. 21; Kuntalp, s.233. *Kuntalp*, kıyas teorisi ile yaratma teorisini ayrı ayrı incelemekte ve yaratma teorisinin kıyas teorisinin devamı niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

<sup>595</sup> Doktrinde *Eren*'e göre kıyas teorisi tamamen benzerliğe dayandığı için özellikle sui generis sözleşmeler açısından yetersiz bir teoridir. Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.948. *Gümüş* ise TBK'nın özel bölümünde karma sözleşmeye uygulanacak bir kural bulunmaması durumunda kıyas teorisinin yetersiz kaldığını belirtmektedir. Bkz. Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.24.

<sup>596</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.948; Kuntalp, s.236; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.26; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.277 vd.

<sup>597</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.75; Feyzioğlu, s.61; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.39; Yavuz/Acar/Özen, s.15; Zevkliler/Gökyayla, s.22. *Kuntalp* kıyasen uygulama teorisini

## 2) Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler

### a) Uygulanacak Hükümlerin Tespiti ve Uygulama Şekli

TBK'nın genel hükümlerinin tüm borç ilişkilerine uygulanması gereken genel esaslar niteliğinde olduğu göz önüne alındığında isimsiz sözleşmelere genel hükümlerin uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>598</sup>. İsimli sözleşmeler açısından tereddüt yaratan husus bu sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş özel hükümlerden yoksun olmalarıdır<sup>599</sup>. Çünkü bu sözleşmeler TBK'nın özel hükümleri arasında veya başka kanunlarda düzenleme konusu yapılmış isimli sözleşmelerin esaslı unsurlarının tamamını içermemektedir<sup>600</sup>. Sadece bazı açılardan isimli sözleşmelere benzerlik göstermektedirler. Bu nedenle dışlama görüşü hariç olmak üzere yukarıda incelediğimiz tüm görüşlerin ortak noktası karma sözleşmelere özel hükümlerin bir şekilde uygulanması fikrine dayanmaktadır<sup>601</sup>. Özel hükümlerin karma sözleşmeye uygulanmasına yönelik tüm görüşlerin temelinde “benzerlik esası” bulunmaktadır<sup>602</sup>. Başka bir ifadeyle TBK'nın özel hükümleri veya başka kanunlarda yer alan düzenlemeler karma sözleşme ile benzerlik taşıdığı için o sözleşmeye uygulanacaktır.

Bu durum birer karma sözleşme olan paket yazılım lisans sözleşmeleri için de geçerlidir. Zira paket yazılım lisans sözleşmeleri de isimli sözleşmelerin esaslı unsurlarının tamamını içermezler yani belirli bir sözleşme tipine tam olarak altlanamazlar<sup>603</sup>. Ancak FSEK'te yer alan lisans sözleşmesi, TBK'da yer alan satış ve kira sözleşmelerine benzerlik göstermektedirler. Bu benzerlik sebebiyle FSEK'te yer alan lisans sözleşmesine ilişkin hükümlerin ve TBK'da yer alan satış ve kira

---

benimsemekle birlikte kıyasen özel hükümlerin uygulanması sonucunda birden fazla akit tipine ilişkin sonuçların çatışması halinde taraf menfaatleri gözetilerek soğurma ya da birleştirme teorisi kullanılarak sonuca ulaşılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Kuntalp, s.291. Eren her bir sözleşmenin ayrı ayrı değerlendirilmesi suretiyle taraf menfaatleri esas alınarak kıyas yoluyla uygulama ya da hukuk yaratma görüşlerine üstünlük tanınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.948 vd.

<sup>598</sup> TMK m.5: “Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” Ayrıca bkz. Tandoğan, **C:1/1**, s.1; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.30; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.3; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.340; Zevkliler/Gökyayla, s.4; Eren, **Özel Hükümler**, s.2; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.2; Serozan/Baysal/Sanlı, s.46.

<sup>599</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.275.

<sup>600</sup> Kuntalp, s.235; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98.

<sup>601</sup> Kuntalp, s.234; Atamer, **Sözleşme**, s.188; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.290.

<sup>602</sup> Kuntalp, s.235; Serozan/Baysal/Sanlı, s.58; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.275.

<sup>603</sup> Kuntalp, s.71; Serozan/Baysal/Sanlı, s.78.



sözleşmelerine ilişkin hükümlerin paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması gerekmektedir. Benzer şekilde paket yazılım lisans sözleşmelerinin TKHK açısından “*abonelik sözleşmesi*” veya “*mesafeli sözleşme*” olarak nitelendirilebildiği hallerde TKHK’da yer alan abonelik sözleşmesi ile mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin de paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması gerekmektedir.

Kanaatimizce FSEK ve TBK’nın özel hükümlerinin paket yazılım lisans sözleşmelerine, doktrinde baskın görüş olan kıyas teorisi kapsamında, doğrudan değil niteliği ile uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir<sup>604</sup>. Ancak paket yazılım lisans sözleşmesi ile benzerlik taşıması sebebiyle uygulanabilecek birden fazla özel düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle aynı konuda birden fazla düzenlemenin birbiriyle çelişmesi veyahut bir düzenlemeye taraf menfaatleri uyarınca üstünlük tanınmasının gerektiği durumlar ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumun ortaya çıktığı hallerde ise somut olayın özellikleri ile taraf menfaatleri nazara alınarak birden fazla düzenlemeden en uygun sonucu verecek düzenlemenin sözleşmeye uygulanması gerektiği kanaatindeyiz<sup>605</sup>.

TBK’nın özel hükümleri ve FSEK’te yer alan hükümlerin aksine TKHK’da yer abonelik sözleşmeleri ve mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin ise doğrudan uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü bir paket yazılım lisans sözleşmesine, abonelik sözleşmesine ve mesafeli sözleşmelere ilişkin TKHK’da yer alan hükümlerin uygulanabilmesi için o sözleşmenin abonelik sözleşmesi veya mesafeli sözleşme niteliğinde olması gerekmektedir. Eğer bir paket yazılım lisans sözleşmesi abonelik sözleşmesi veya mesafeli sözleşme niteliği taşımıyorsa zaten bu hükümlerin sözleşmeye doğrudan ya da kıyasen uygulanması mümkün olmayacaktır.

## b) Emredici Hükümlerin Uygulanması

Kanun hükümleri niteliklerine göre “*emredici hükümler*” ve aksi kararlaştırılabilen “*yedek hükümler*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>606</sup>.

<sup>604</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.99; Tandoğan, C:I/1, s.75; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.277; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.24; Eren, **Özel Hükümler**, s.947; Kuntalp, s.233; Yavuz/Acar/Özen, s.15.

<sup>605</sup> Tandoğan, C:I/1, s.75; Serozan/Baysal/Sanlı, s.98; Kuntalp, s.291.

<sup>606</sup> Oğuzman/Barlas, s.82; Dural/Sarı, s.70 vd.; Serozan, **Medeni Hukuk**, s.103; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.214; Eren, **Genel Hükümler**, s.360.

Emredici hükümlerin taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Yedek hükümlerin ise tarafların iradesiyle bertaraf edilmeleri mümkündür. Bu nedenle bir sözleşmenin ait olduğu sözleşme tipine ilişkin olarak getirilen bir emredici hüküm o sözleşmeye öncelikle uygulanmalıdır<sup>607</sup>.

Ancak karma sözleşmelerin özel hükümler arasında düzenlenen sözleşme tiplerine tam olarak uymaması, isimli bir sözleşmeye ait emredici hükmün karma sözleşmelere uygulanması konusunda tereddüt oluşturmaktadır<sup>608</sup>. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş bir akit tipi için getirilmiş olan emredici hükmün karma sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağının tespiti için emredici hükmün koruma amacının esas alınmasıdır<sup>609</sup>. Somut bir karma sözleşmenin, bir sözleşme tipine ilişkin olarak kanunda düzenlenmiş emredici hükmün sağladığı toplumsal ve ekonomik korumanın kapsamına girmesi halinde söz konusu emredici hüküm karma sözleşmeye kıyasen uygulanmalıdır<sup>610</sup>. Çünkü özel bir hukuki ilişkisi açısından hükmün taraflar arasında düzenleme konusu yaptığı menfaat tercihi karma sözleşme açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Bu kapsamda TBK ve FSEK’te yer alan emredici hükümlerin paket yazılım lisans sözleşmesinin ilgili hükmün koruma amacına dahil olması şartıyla kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ancak bu uygulama esnasında somut olayın özellikleri ile taraf menfaatleri değerlendirilerek sözleşmenin bünyesine uygun sonuçlara varılmalıdır.

### c) Sözleşmede Yer Alan Boşlukların Doldurulması

Emredici hükümlerin paket yazılım lisans sözleşmelerine öncelikle uygulanacağını tespit etmiş bulunmaktayız. Paket yazılım lisans sözleşmeleri

<sup>607</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.289; Kuntalp, s.265; Atamer, **Sözleşme**, s.171.

<sup>608</sup> Kuntalp, s.265 vd.; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.291.

<sup>609</sup> Kuntalp, s.268; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.291; Atamer, **Sözleşme**, s.171. Aksi görüş için bkz. Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.29. Yazar sadece genel hükümler arasında yer alan emredici hükümlerin uygulanacağını özel hükümler içerisinde yer alan emredici hükümlerin ise hakim hukuk yaratması durumunda kıyasen uygulanacağını belirtmektedir.

<sup>610</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.291; Kuntalp, s.265 vd. Yazar emredici hükümlerin isimsiz sözleşmelere uygulanmasına ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesi’nin acentalık sözleşmeleri açısından geçerli olan emredici nitelikteki “müşteri çevresi tazminatı”na ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu’nun 418.maddesinin sui generis bir sözleşme olduğu kabul edilen tek satıcılık sözleşmesine uygulamasını örnek olarak göstermektedir.

açısından tespiti gereken diğer husus ise yedek hukuk kurallarının sözleşmeye ne şekilde uygulanacağını belirlenmesidir. Bunun için “sözleşme boşluğu” kavramına ve sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin doktrinde ileri sürülen farklı görüşlere değinmemiz gerekmektedir.

Doktrinde tarafların geçerli bir sözleşme ile bağlı oldukları ancak sözleşme ekonomisi uyarınca öngörmeleri gereken bir konuyu düzenlemedikleri yahut yetersiz şekilde düzenledikleri ya da bu konuyu düzenlemekten kaçındıkları hallerde ortada bir “sözleşme boşluğu” bulunduğu kabul edilmektedir<sup>611</sup>. Sözleşme boşluğu yedek hukuk kurallarını ilgilendiren bir mesele olup, emredici hükmün uygulandığı hallerde sözleşme boşluğundan bahsedilemez<sup>612</sup>. Sözleşmelerde yer alan boşlukların doldurulması açısından “sözleşmenin yorumu” ve “sözleşmelerin tamamlanması” kavramları da önem arz etmektedir. Bir sözleşmenin yorumu, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak taraf iradelerinin araştırılması suretiyle uyuşmazlığa ilişkin olarak uygulanabilecek bir hüküm bulunması faaliyetidir<sup>613</sup>. Yorumlama faaliyetinde öncelikle tarafların sözleşme kapsamında ihtilafa yönelik olarak iradesi ve arzusu araştırılarak ihtilafın çözümü amaçlanmaktadır. Sözleşmenin yorumu sözleşmede yer alan bir hükmün yani sözleşmenin içeriğinin yorumlanması iken sözleşmenin tamamlanması sözleşmede olmayan bir şeyi eklemektir<sup>614</sup>.

Hakim sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin olarak öncelikle “*subjektif yorum kuralları*”<sup>615</sup> uyarınca bir çözüme ulaşmaya çalışacaktır. Subjektif yorum kurallarının uygulanması sonucunda ihtilafa uygulanabilecek bir kural bulunmaması durumunda tarafların iradeleri “*objektif yorum kuralları*”<sup>616</sup> uyarınca yorumlanacaktır.

<sup>611</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.201; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.340; Atamer, **Sözleşme**, s.174; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.282; Kuntalp, s.199.

<sup>612</sup> Atamer, **Sözleşme**, s.174; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.282; Kuntalp, s.199; Eren, **Genel Hükümler**, s.538; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.340.

<sup>613</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.198 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.333 vd.; Kuntalp, s.196; Atamer, **Sözleşme**, s.174; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.283; Eren, **Genel Hükümler**, s.526; Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, Oniki Levha, İstanbul 2008, s.9.

<sup>614</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.283.

<sup>615</sup> Subjektif yorumda TBK m.19/1 uyarınca hakim öncelikle tarafların hukuki işlem yapıldığı sırada sahip oldukları gerçek ve ortak iradelerini tespit etmeye çalışır. Subjektif yorum faaliyeti ile amaçlanan tarafların hukuki işlem yapıldığı anda gerçekten ne istediğinin tespit edilmesidir. Bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.199; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.334; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.285; Atamer, **Sözleşme**, s.180.

<sup>616</sup> Objektif yorumda, hukuki işlemin yapıldığı esnada tarafların sahip olduğu “*objektifleştirilmiş iradeleri*” araştırılır. Bu yorum metodunda “*güven teorisi*” uyarınca sözleşme her iki taraf açısından mantıklı ve dürüst bir insanın anlayabileceği şekilde yorum yapılarak bir sonuca varılmaya çalışılır.

Sözleşmenin objektif ve subjektif yorum kurallarıyla yorumlanması faaliyeti sonucunda herhangi bir sonuca ulaşılamaması halinde artık ortada bir “*sözleşme boşluğu*” bulunduğu kabul edilecek ve sözleşmenin tamamlanması safhasına geçilecektir<sup>617</sup>. Sözleşme boşluğunun doldurulması yani sözleşmenin tamamlanması faaliyetine ilişkin olarak doktrinde “*objektif (klasik) yöntem*”, “*subjektif yöntem*” ve bu iki görüşün birleşiminden meydana gelen “*uzlaştırıcı yöntem*” olmak üzere üç farklı görüş ileri sürülmektedir<sup>618</sup>.

Objektif yöntemde, sözleşme boşluğu kanunda yer alan yedek hukuk kurallarına başvurulmak suretiyle doldurulur<sup>619</sup>. Objektif yöntemi benimseyenlere göre kanun koyucu yedek hukuk kurallarını taraflar arasında adil bir menfaat dengesi kurmak üzere sevk etmiştir<sup>620</sup>. Yedek hukuk kuralları kanun koyucunun objektif iradesini temsil eden objektif ve soyut kurallar oldukları için sözleşme boşluğunun doldurulmasında bu kurallara başvurulmalıdır<sup>621</sup>. Bu görüşü savunanlara göre hukuki güvenliğin sağlanması açısından sözleşme boşluğunun yedek hukuk kuralları ile doldurulması en uygun tercihtir. Bu yöntem, somut sözleşmenin özelliklerini dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>622</sup>.

Subjektif yöntemde ise sözleşme boşluğu yedek hukuk kurallarına göre değil tarafların farazi iradelerine göre tamamlanmaktadır<sup>623</sup>. Farazi iradenin tespiti için, tarafların sözleşme boşluğunu bilselerdi nasıl bir düzenleme öngörecekları araştırılmaktadır<sup>624</sup>. Bu açıdan tarafların sözleşmeyi yaparken sahip oldukları irade dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanarak bir sonuca varılmalıdır. Tarafların farazi

---

Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.336; Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.285; Atamer, **Sözleşme**, s.187.

<sup>617</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.201; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.340; Kuntalp, s.198; Atamer, **Sözleşme**, s.174.

<sup>618</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.283; Kuntalp, s.204; Atamer, **Sözleşme**, s.180; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.341; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.145.

<sup>619</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.203; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.286; Atamer, **Sözleşme**, s.180; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.340; Kuntalp, s.204; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.341.

<sup>620</sup> Kuntalp, s.205; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.286; Atamer, **Sözleşme**, s.178; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.341.

<sup>621</sup> Kuntalp, s.205; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.286; Atamer, **Sözleşme**, s.178; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.115.

<sup>622</sup> Kuntalp, s.205; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.121.

<sup>623</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.283; Kuntalp, s.204; Atamer, **Sözleşme**, s.180

<sup>624</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.202; Kuntalp, s.206; Atamer, **Sözleşme**, s.180; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.145.

iradesinden hareket eden bu görüş esasen bireysel iradenin üstün tutulması fikrine dayanmaktadır<sup>625</sup>. Subjektif yöntem özellikle farazi irade kavramının muğlak olması gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>626</sup>.

Doktrinde ileri sürülen üçüncü görüş ise uzlaştırmacı yöntemdir. Uzlaştırmacı yöntemin temel özelliği objektif ve subjektif yöntemi tek bir çatı altında birleştirmesidir. Bu görüşe göre sözleşmede yer alan boşluğun doldurulabilmesi için hem yedek hukuk kuralına hem de tarafların farazi iradelerine başvurulabilir<sup>627</sup>. Sözleşme boşluğunun hangi yöntemle doldurulacağı sözleşmenin somut özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir<sup>628</sup>. Bu görüş uyarınca bireysel özellikleri ağır basan sözleşmelerde yer alan boşlukların doldurulmasında tarafların farazi iradelerine başvurulmalıdır<sup>629</sup>. Ancak sözleşme tipik bir karaktere sahip ise sözleşme boşluğunun doldurulmasında yedek hukuk kurallarına başvurulması gerekmektedir<sup>630</sup>.

Doktrinde sözleşmelerin tamamlanmasına ilişkin olarak ileri sürülen üç yöntemden baskın olarak kabul edileni objektif yöntemdir<sup>631</sup>. Bu yöntemde sözleşmede yer alan boşluğun doldurulması için ilke olarak öncelikle kanunda yer alan yedek hukuk kuralına başvurulacaktır.

Belirtilmelidir ki objektif yöntemi benimseyen yazarların da ilk olarak yedek hukuk kurallarına başvurmak yerine tarafların farazi iradesine başvurulmasının daha uygun olduğunu düşündüğü haller bulunmaktadır<sup>632</sup>. Başka bir deyişle genel kural

<sup>625</sup> Kuntalp, s.206; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.145; Atamer, **Sözleşme**, s.179.

<sup>626</sup> Kuntalp, s.207 vd.; Atamer, **Sözleşme**, s.179; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.145.

<sup>627</sup> Atamer, **Sözleşme**, s.183; Kuntalp, s.209 vd.; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.287 vd.; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.153.

<sup>628</sup> Atamer, **Sözleşme**, s.185; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.288; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.301.

<sup>629</sup> Atamer, **Sözleşme**, s.185; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.288.

<sup>630</sup> Kuntalp, s.219; Atamer, **Sözleşme**, s.188; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.289; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.300.

<sup>631</sup> Objektif görüşü savunan yazarlar için bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.203; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.341; Eren, **Genel Hükümler**, s.538 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.341.

<sup>632</sup> Oğuzman/Öz'e göre sözleşme boşluğu eğer tarafların üzerinde müzakere ettiği ancak anlaşılmadığı ve düzenlemesini ileriye bıraktığı bir konudan kaynaklanıyorsa tarafların yedek hukuk kuralına başvurulmasını benimsemedikleri sonuca varılması gerekir. Bu ihtimalde boşluk yedek hukuk kuralı ile doldurulmayacak onun yerine tarafların farazi iradelerine başvurulacaktır. Bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.203. Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı'ya göre sözleşme boşluğu ilk planda yedek hukuk kuralı ile doldurulmalıdır. Ancak sözleşmeden açıkça veya örtülü biçimde tarafların tamamlayıcı hukuk kuralının uygulanmasını istemediği anlaşılıyor ise tarafların farazi iradesine başvurulmalıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.341. Eren'e göre sözleşme boşluğu tarafların

sözleşme boşluğuna ilk olarak yedek hukuk kuralının uygulanmasıdır. Ancak ilk planda yedek hukuk kuralının uygulanabilmesi için uygulanabilir bir yedek hukuk kuralının bulunması, mevcut yedek hukuk kuralının tamamlanacak sözleşmenin genel ekonomisine ve çözülecek soruna uygun olması gerekmektedir<sup>633</sup>. Böyle bir durumda sözleşme boşluğunun doldurulabilmesi için örf ve âdet hukukuna veya hakimin hukuk yaratması yoluna başvurulabilecektir<sup>634</sup>.

Önemle vurgulanmalıdır ki sözleşmelerde yer alan boşlukların doldurulma yöntemi sözleşmenin isimli sözleşme veya isimsiz olmasına göre herhangi bir farklılık arz etmemektedir<sup>635</sup>. Fakat sözleşmeye uygulanması düşünülen yedek hukuk kuralının sözleşmenin bünyesine uygun sonuçlar vermemesi ya da uygulanabilir bir kural bulunmaması özellikle isimsiz sözleşmeler açısından daha olasıdır<sup>636</sup>. Çünkü isimsiz sözleşmeler kanunda düzenleme konusu yapılmış isimli sözleşme tiplerinden sapma gösteren bir yapıya sahiptir. Hem isimli hem isimsiz sözleşmeler açısından eğer sözleşme boşluğu herhangi bir sebeple yedek hukuk kuralı ile doldurulamıyorsa örf ve âdet hukukuna veya hakimin hukuk yaratması yoluna başvurulabilecektir<sup>637</sup>.

Yukarıda yer alan açıklamalarımız kapsamında paket yazılım lisans sözleşmelerinde boşluk bulunması durumunda doktrinde yer alan baskın görüş uyarınca sözleşmede yer alan boşluk öncelikle TBK'nın genel hükümlerine başvurarak doldurulmalıdır. Genel hükümler arasında yer alan bir yedek hükmün sözleşmeye uygulanması somut olay ve taraf menfaatleri açısından tatmin edici bir sonuç yaratmadığı takdirde, karma sözleşmeyi meydana getiren unsurların ait olduğu sözleşme tiplerine ait yedek hukuk kurallarının karma sözleşmeye kıyasen

---

üzerinde anlaşmayı sonraya bıraktığı fakat anlayamadığı ikinci derecedeki noktadlardan kaynaklanıyorsa, sözleşme boşluğunun doldurulması için tarafların farazi iradesine başvurulmalıdır. Bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s.541.

<sup>633</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 341; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.203; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.301; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.341.

<sup>634</sup> Sözleşme boşluklarının doldurulmasında kullanılacak yöntem açısından isimli sözleşmeler ile isimsiz sözleşmeler arasında herhangi bir farklılık olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.288; Atamer, **Sözleşme**, s.188; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.26.

<sup>635</sup> Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.288; Atamer, **Sözleşme**, s.188; Gümüş, **Özel Hükümler C.1.**, s.26.

<sup>636</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.341; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.291; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.341; Aksoy Dursun, **Borçlar Hukuku**, s.202.

<sup>637</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.202. Örf ve adet hukukundan önce tarafların farazi iradesine başvurulabileceği yönünde bkz. Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.340; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.341.

uygulanması gerekmektedir. Özel hükümler arasında yer alan yedek hukuk kurallarının da sözleşmede yer alan boşluğu doldurmak için yeterli olmadığı hallerde ise TMK m.1/2 uyarınca hakim örf ve adet hukukunda bir kural bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Örf ve âdet hukukunda da uygulanabilir bir kural bulunmadığı durumlarda ise hakimin kanun koyucu gibi davranmak soyut ve genel bir kural yaratması gerekmektedir<sup>638</sup>.



---

<sup>638</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.202; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.340; Eren, **Genel Hükümler**, s.541 vd.

### III. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI İLE HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### A. SÖZLEŞMENİN KURULMASINA İLİŞKİN YÖNTEMLER VE NİTELİKLERİ

##### 1) Genel Olarak

TBK m.1 ve m.11 arasında sözleşmelerin kuruluşunu düzenlemektedir<sup>639</sup>. Sözleşmeler TBK m.1 uyarınca tarafların iradelerini, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları suretiyle kurulur<sup>640</sup>. Tarafların sözleşmenin kurulması için açıklamaları gereken irade beyanları “*öneri*” ve “*kabul*” olarak adlandırılmakta olup, bu beyanlar zamansal olarak birbirlerini takip ederler<sup>641</sup>.

Öneri bir kimsenin (öneride bulunanın), diğerine sözleşme yapmayı, kurulması artık sadece diğerinin kabulüne bağlı olarak teklif etmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>642</sup>. Kabul ise yapılan bir öneriye karşılık muhatap tarafından önerene yöneltilen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak meydana getirme arzusunun kesin olarak ifade eden irade beyanıdır<sup>643</sup>.

Taraflardan birinin, bir kişiye veya genele kendisine öneride bulunulması için yapılan beyan ise “*öneriye daver*” olarak nitelendirilmektedir<sup>644</sup>. Ancak öneri ile öneriye davetin birbirinden ayırt edilmesi her zaman kolay değildir. Bunun için irade beyanının yorumlanması gerekebilir. Öneri niteliğindeki bir irade beyanında amaç

---

<sup>639</sup> TBK’nın esas olarak borç sözleşmelerinin kuruluşunu düzenlediği ancak bu hükümlerin diğer sözleşmelere de uygulanacağı konusunda bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s.131; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.51; Eren, **Genel Hükümler**, s.259.

<sup>640</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.51; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.212; Eren, **Genel Hükümler**, s.211; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.166; Hatemi/Gökyayla, s.32; Nomer, s.41.

<sup>641</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.52; Von Tuhr, s.150; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.131; Hatemi/Gökyayla, s.32; Aydoğdu/Nart, s.97; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.82.

<sup>642</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.213; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s.135; Hatemi/Gökyayla, s.32; Aybay, s.27.

<sup>643</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.67; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.131; Aydoğdu/Nart, s.104; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.167.

<sup>644</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.53; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.214; Eren, **Genel Hükümler**, s.261; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.182.



karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulması iken öneriye davet niteliğindeki bir irade beyanında amaç karşı tarafın sözleşme müzakeresine dahil olmasıdır<sup>645</sup>.

Sözleşmenin kurulabilmesi için taraf iradelerinin uyuşması yani öneri ve kabul beyanlarının birbirine uygun olması gerekmektedir<sup>646</sup>. TBK m.2/1 uyarınca tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olması sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Taraflar ikincil noktalar üzerinde anlaşmamış olsalar bile sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Ancak tarafların ikinci derecedeki noktaları görüşmüş ve anlaşmaya varamamış yahut bu konuda anlaşmayı ileriye bırakmış olmaları halinde sözleşme kurulmayacaktır<sup>647</sup>.

TBK m. 12/1 uyarınca geçerli olan “*şekil serbestisi*” ilkesi gereğince kanun veya tarafların anlaşması suretiyle, yapılacak sözleşme için bir şekil şartı öngörülmüş olmadıkça veyahut öneren kabul için belirli bir şekle uyulmasını şart kılmadıkça kabul beyanı herhangi bir şekle bağlı değildir<sup>648</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre kanunda bir sözleşme için öngörülmüş olan şekil şartı kural olarak geçerlilik şartı niteliğindedir<sup>649</sup>.

Bir sözleşme şekle bağlı kılınmadıkça taraflar sözleşmesinin kurulması için gereken irade beyanlarını açık veya örtülü şekilde beyan edebilirler<sup>650</sup>. Taraflar sözleşme akdetmeye yönelik irade beyanlarını söz, yazı veyahut bir davranış ile dış dünyaya yansıtabilir<sup>651</sup>. Örneğin kabul beyanı bir internet sitesinde yer alan bir simgenin işaretlenmesi veya butona basılması suretiyle gerçekleşebilir<sup>652</sup>.

<sup>645</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.53; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.214; Eren, **Genel Hükümler**, s.261; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.182; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.133.

<sup>646</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.71; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.212; Eren, **Genel Hükümler**, s.261; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.171.

<sup>647</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.75; Eren, **Genel Hükümler**, s.270; Nomer, s.49.

<sup>648</sup> TBK m.12/1: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”

<sup>649</sup> TBK m.12/2: “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

<sup>650</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.142; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.234; Eren, **Genel Hükümler**, s.289; Hatemi/Gökyayla, s.47; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.81.

<sup>651</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.142; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.207; İpek Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayınevi, İstanbul 2007, s.96.

<sup>652</sup> Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.186; Sağlam, s.70 vd.; Emrehan İnal, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.96; Erkekoğlu, s.76.

Teknolojinin gelişimi hayatın her alanında olduğu gibi sözleşme akdetme yöntemlerinin de değişmesine neden olmuştur. Özellikle elektronik ticaretin gelişmesiyle birlikte günümüzde klasik sözleşme yapma yöntemlerinin yanında yeni elektronik sözleşme yapma yöntemleri de sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır<sup>653</sup>. Sözleşme yapma yöntemlerinde yaşanan bu değişimler paket yazılım lisans sözleşmelerinin akdedilme biçimine doğrudan etki etmiştir.

Yazılımlar ilk ortaya çıktığı dönemde sözleşmeler “*shrink-wrap*” olarak adlandırılan yöntemle akdedilmekte iken internet altyapısının gelişmesiyle birlikte bu sözleşme akdetme biçimi günümüzde ortadan kalkmıştır. Paket yazılım lisans sözleşmeleri uygulamada çoğunlukla “*click-wrap*” yöntemi ile akdedilmektedir. Ancak FSEK m.52’de yer alan yazılı şekil şartına ilişkin hükmün paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması ihtimali nedeniyle uygulamada özellikle mali değeri yüksek olan yazılımlar için paket yazılım lisans sözleşmeleri halen yazılı şekilde akdedilmektedir<sup>654</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin yazılı olarak akdedilmesi herhangi bir özellik göstermemektedir. Biz de bu nedenle uygulamada sıklıkla kullanılan click-wrap yöntemiyle akdedilen sözleşmeleri inceleme konusu yapacağız ve günümüzde kullanılmamakla birlikte paket yazılım lisans sözleşmelerinin ilk ortaya çıktığı dönemde kullanılan shrink-wrap yöntemine kısaca değineceğiz.

## 2) Shrink-wrap Yöntemi

Tarihsel olarak yazılımların donanımlardan ayrı olarak piyasaya sürülmesini takiben yazılımların kullanımı kolaylaşmış ve kullanıcı sayısı artış göstermiştir. Yazılımları kullanan kişi sayısının artmasıyla birlikte her bir kullanıcı ile yazılı şekilde lisans sözleşmesi akdedilmesi yazılım firmaları açısından uygulanması zor bir yöntem haline gelmiştir<sup>655</sup>. Bu nedenle yazılım firmaları “*shrink-wrap*” şeklinde adlandırılan

<sup>653</sup> Sağlam, s.49 vd.; İnal, s. 93 vd.; Gülin Güngör, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, **AÜHFD**, C.51, S.1, 2002, s.19-42., s.20 vd.

<sup>654</sup> Özellikle ERP yazılımları açısından lisans verenler yazılım sözleşmelerinin click-wrap şeklinde akdedilmesi yerine yazılı sözleşme akdetmeyi tercih etmektedirler. Bkz. <https://www.uyumsoft.com> (Erişim Tarihi:15.04.2022) ve <https://www.logo.com.tr> (Erişim Tarihi:15.04.2022)

<sup>655</sup> Heath, s.14; Rowland/Mcdonald, s.123; David A. Einhorn, “Shrink-Wrap Licenses: The Debate Continues”, PTC Research Foundation Of Franklin Pierce, **The Journal Of Law and Technology**,1998, s.383-401., s.385.

sözleşme yapma yöntemini geliştirmişlerdir. Söz konusu sözleşme yapma yöntemi ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılmaya başlanmıştır<sup>656</sup>.

Shrink-wrap yöntemi temel olarak iki farklı şekilde uygulanmaktaydı<sup>657</sup>. “Envelope licence” (“zarf lisansı”) olarak adlandırılan sözleşme yapma biçiminde veri taşıyıcısının (disket, kompakt disk, harici bellek vb.) paketinin dışında lisans sözleşmesi hükümlerini içeren bir zarf bulunmakta ve kullanıcının bu zarf içerisinde yer alan lisans sözleşmesi hükümlerinin kabul etmesi halinde, veri taşıyıcısının paketini açabileceğine yönelik bir uyarı yazısı yer almaktaydı<sup>658</sup>.

“Box-top license” (“kutu üstü lisansı”) olarak adlandırılan yöntemde ise lisans sözleşmesi hükümleri veri taşıyıcısının paketi üzerinde kullanıcı tarafından okunabilecek şekilde yer almakta ve kullanıcının paketi açması halinde sözleşme hükümlerini kabul etmiş sayılacağı uyarısı yer almaktaydı<sup>659</sup>. Bu şekilde yazılımı kullanmak isteyen lisans alan paketi açmak suretiyle sözleşmeyi kabul iradesini beyan ediyor ve kutu içerisinden çıkan veri taşıyıcısının içerisinde bulunan yazılımı bilgisayarına yüklemek suretiyle yazılımı kullanmaya başlıyordu. Shrink-wrap yöntemi kullanılarak akdedilen sözleşmelerin, geçerli bir sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği özellikle ABD’de tartışma konusu olmuştur<sup>660</sup>.

<sup>656</sup> Topaloğlu, **Bilişim**, s.132; Erkekoğlu, s.77; Bainbridge, **Computer**, s.133; Heath, s.13.

<sup>657</sup> Heath, s.17; Einhorn, s.384; Rowland/Mcdonald, s.123; Şahin, s.279.

<sup>658</sup> Heath, s.17; Einhorn, s.384; Rowland/Mcdonald, s.123.

<sup>659</sup> Heath, s. 15; Bainbridge, **Computer**, s.19; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.139.

<sup>660</sup> ABD’de shrink-wrap yönteminin geçerli bir sözleşme meydana getirip getirmediği ilk olarak 1991 yılında *Step Saver v. Wyse Technology*” (939 F.2d91, 3d.Cir.1991) isimli davada tartışılmıştır. Söz konusu davada yazılım üreticisi “Wyse Technology” isimli şirket “Step Saver” isimli şirketle bir yazılımın lisansının verilmesi konusunda telefon yoluyla anlaşma sağlamıştır. Wyse Technology tarafından gönderilen yazılımın paketinin üzerinde yazılımın ayıplı olması durumunda lisans verenin sorumsuzluk kaydının yer aldığı bir lisans sözleşmesi ve programının paketinin açılması halinde bu hükümlerin kabul edilmiş sayılacağı yönünde bir uyarı yer almaktadır.

Yazılımın, lisans alan şirket *Step Saver* tarafında kullanılması esnasında ayıplı olduğunun anlaşılması üzerinde lisans veren *Wyse Technology* şirketine karşı tazminat davası açılmış olup, davalı *Wyse Technology* şirketi taraflar arasında shrink-wrap şeklinde bir lisans sözleşmesi akdedildiğini ve bu sözleşmede ayıplı çıkan yazılımdan sorumlu olmadığı yönünde hüküm bulunduğunu bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

Amerikan Temyiz Mahkemesi 3. Dairesi tarafından verilen kararda mahkeme:

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin telefon yoluyla kurulduğunu, taraflar arasında telefon görüşmeleri ve sipariş verme aşamasında lisans verenin ayıplı mallarda sorumsuz olacağına ilişkin herhangi bir anlaşma yapılmadığını tespit ettikten sonra, davalı şirket *Wyse Technology* tarafından gönderilen yazılımların davacı tarafından ambalajının açılarak kullanılmasının ambalaj üzerinde yer alan lisans anlaşmasını kabul iradesi anlamına gelmeyeceğini taraflar arasında lisans anlaşmasına ilişkin icap ve kabul iradesinin telefonda beyan edilerek sözleşmenin kurulmuş olduğuna hükmetmiştir. Bkz. <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/step.htm> (Erişim Tarihi:16.04.2022); Ayrıca bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Heath, s.17 vd.; Einhorn, s.386 vd.

Shrink-wrap yöntemi internet veri iletim hızının gelişmesine paralel şekilde ortadan kalkmıştır. Çünkü internet veri hızının yazılımı doğrudan kullanıcının bilgisayarına indirmesine olanak vermediği on sene öncesinde yazılımlar bir veri taşıyıcısına (disket, kompakt disk, vb. harici bellek) yüklü şekilde piyasaya sürülmekteydi. Günümüzde ise özellikle internette veri iletim hızının yüksek olması sebebiyle, yazılımlar bir veri taşıyıcısına kaydedilerek satışa sunulmamaktadır.

Hatta günümüzde çoğunlukla dizüstü bilgisayarların kompakt disk sürücüsü dahi bulunmamaktadır. Mevcut durumda bir yazılımı kullanmak isteyen lisans alan doğrudan internet üzerinden söz konusu yazılım üreticisinin internet sitesine girmekte ve click-wrap şeklinde sözleşme akdetmek suretiyle yazılımı edinmektedir. Bu nedenle günümüzde shrink-wrap şeklindeki lisans sözleşmelerinin yerini click-wrap şeklinde akdedilen lisans sözleşmeleri almıştır<sup>661</sup>.

---

Shrink-wrap yöntemine ilişkin ABD’de görülen diğer dava ise “*Pro Cd. v. Zeidenberg*” (86F3.d,7thCir. 1996) isimli davada ise tüketici sıfatına haiz olan davalı “*Zeidenberg*”, “*Pro Cd.*” isimli şirket tarafından piyasaya sürülen yazılımı edinmiştir. Yazılımın yüklü olduğu kompakt diskin ambalajı üzerinde lisans sözleşmesi hükümleri yer almakta olup, kompakt diskin paketinin açılması halinde lisans sözleşmesi hükümlerinin kabul edilmiş sayılacağına dair bir uyarı yer almaktadır.

Söz konusu lisans sözleşmesi hükümleri içerisinde yazılımın sadece evsel kullanım için olduğu ve ticari kullanım durumunda fikri hakların ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin hüküm bulunmaktaydı. Davalı *Zeidenberg* yazılımı satın aldıktan sonra bir şirket kurmuş ve bu yazılımı kurduğu yeni şirketinde ticari amaçlı olarak kullanmaya başlamıştır. Bu durumun tespiti üzerinde lisans veren *Pro Cd* isimli şirket eser üzerindeki hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek tüketiciye karşı tazminat davası açmıştır.

Mahkeme kararında:

Davalının tüketici sıfatıyla hareket ettiğini, tüketicinin yazılımı kullanmadan önce lisans sözleşmesi hükümlerini okuyup, inceleme fırsatının bulunduğunu hatta “*shrink-wrap*” şeklinde sözleşmenin yazılımın bilgisayar yüklendiği aşamada aynı zamanda bilgisayar ekranında da yer aldığını ve bu sözleşme şartlarının kabul edilmesi halinde programın yüklenebilir olduğunu ve tüketicinin lisans sözleşmesinin hükümlerini kabul etmek istememesi halinde yazılımı yüklemeksizin programı iade edebileceğini tespit etmiştir. Mahkeme söz konusu tespitlerde bulunduktan sonra taraflar arasındaki lisans sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğunu, davaya yazılımın sadece evsel kullanım amaçlı olduğunu, evsel ve ticari şekilde kullanılacak yazılımların fiyatlarının birbirinden farklı olduğunu ve bu nedenle davalının evsel kullanım amaçlı bir bilgisayar programını ticari amaçlarla kullanmasının bilgisayar programı üzerindeki hakları ihlal ettiğine hükmetmiştir. İlgili karardan sonra ABD mahkemeleri içtihat olarak shrink-wrap lisans sözleşmelerinin geçerli olduğu yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Heath, s.13 vd.; Reed, s. 50 vd.; Rowland/Mcdonald, s.123 vd. Ayrıca bkz. <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/procd.htm> (Erişim Tarihi:16.04.2022)

<sup>661</sup> Heath, s.16; Adam Gatt, “Electronic Commerce-Click-Wrap Agreements (The Enforceability Of Click-Wrap Agreements)”, **Computer Law & Security Report Vol. 18**, No. 6, Melbourne 2002, s.404-410., s.405; Patricia Bayer Cunningham/Erin C. Witkow, “Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements”, **The Computer & Internet Lawyer**, Volume 23, Number 6, June 2006, s.1-28., s.3; Şahin, s.283.

### 3) Click-wrap Yöntemi ve Nitelikleri

#### a) Tanım

Click-wrap temel olarak internet üzerinden sözleşme akdedilmesini sağlayan bir yöntem olup, özellikle elektronik ticaret alanında sıklıkla kullanılmaktadır. Bu yöntem internet hızının elverişli hale gelmesiyle birlikte paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından shrink-wrap yönteminin yerini almıştır<sup>662</sup>. Bu yöntem kısaca sözleşmenin kullanıcının bilgisayar ekranında belirttiği ve sözleşmenin kurulabilmesi için kullanıcının ekranda yer alan “*kabul ediyorum*” “*tamam*” vb. onay ifadelerini içeren ikonu tıklamasının zorunlu olduğu elektronik bir sözleşme yapma biçimi olarak tanımlanabilir<sup>663</sup>. Click-wrap şeklinde akdedilen sözleşmelerde sözleşme hükümleri lisans veren tarafından önceden hazırlanmış ve standart şekilde, lisans alana sunulmaktadır. Lisans alan tarafından bu sözleşme hükümlerinin müzakere edilmesi veya değiştirilmesi imkanı bulunmamaktadır.

Lisans alan yazılımı bilgisayarına indirerek kullanabilmek için sözleşme şartlarını okuduğunu ve kabul ettiğini belirten kısmı işaretlemek veya “*kabul ediyorum*” şeklindeki sekmeye tıklamak zorundadır. Lisans alan paket yazılım lisans sözleşmesini kabul iradesini bilgisayar ekranında beliren ilgili sekmeyi işaretlemek yahut fare ile tıklamak suretiyle aktif bir davranış ile beyan etmektedir<sup>664</sup>. Kullanıcının sözleşmeyi kabul ettiğine dair sekmeyi tıklamadan yazılımı indirmesi ve kullanmaya başlaması teknik açıdan mümkün değildir<sup>665</sup>.

<sup>662</sup> Cunningham/Witkow, s.2; Gatt, s.407; Güngör, s.19; İnal, s.14 vd.; Sağlam, s.78 vd.

<sup>663</sup> Topaloğlu, **Bilişim**, s.131; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.140; Gatt, s.405; Cunningham/Witkow, s.3; Erkekoğlu, s.79.

<sup>664</sup> Click-wrap şeklinde akdedilen sözleşmelerin en önemli özelliği kullanıcının aktif davranışı ile sözleşmenin kurulmasıdır. Kullanıcının aktif davranışı, bu sözleşme akdetme yönteminin “*browse-wrap*” şeklinde adlandırılan sözleşme akdetme yöntemi ile en büyük farkını oluşturmaktadır. Browse-wrap yönteminde sözleşmenin kurulabilmesi için kullanıcının aktif bir davranışına gerek duyulmaz. Sözleşme şartları internet sitesinin bir sekmesinde yer alır ve kullanıcı isterse bu şartları inceleyebilir. İnternet sitesinde kullanıcının siteye giriş yapması ya da bir malı sipariş etmesi gibi bir davranışının sözleşmenin kabulü anlamına geleceği konusunda bir uyarı yer almaktadır. Bu yöntem ile akdedilen sözleşmelerin geçerliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Cunningham/Witkow, s.5; Heath, s.24 vd.

<sup>665</sup> Topaloğlu, **Bilişim** s. 131; Cunningham/Witkow, s.2; Gatt, s.405; Rowland/Mcdonald, s.124.

## b) Elektronik Sözleşme Niteliği

“Elektronik ticaret” ve “elektronik sözleşme” kavramları birbiriyle çok yakın ilişkili ancak birbirinden farklı kavramlardır. Elektronik ticaret kavramı 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da tanımlanmış olmakla birlikte elektronik sözleşmeler açısından herhangi bir kanuni tanımlama yapılmamıştır<sup>666</sup>.

Elektronik ticaret, elektronik sözleşme kavramından farklı olarak elektronik ortamda gerçekleştirilen tüm ticari işlemleri ifade eden bir üst kavramdır<sup>667</sup>. Elektronik sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından en az birinin irade beyanının yazı, görüntü, ses veya diğer verilerin sayısallaştırılması suretiyle açıklandığı sözleşmeler olarak tanımlanabilir<sup>668</sup>.

Elektronik sözleşmelerin en yaygın kullanım biçimi internet vasıtasıyla kurulan sözleşmelerdir. Ancak bir sözleşmenin elektronik sözleşme olarak nitelendirilmesi için mutlaka internet üzerinden akdedilmesi şart değildir<sup>669</sup>. Elektronik sözleşmeler EDİ<sup>670</sup>, e-posta, chat veya web sitesi vasıtası ile kurulabilmektedir<sup>671</sup>. Bir elektronik sözleşme hangi yolla akdedilirse akdedilsin bir sözleşmenin elektronik sözleşme niteliğine sahip olabilmesi için sözleşmenin kuruluşunun elektronik vasıtalarla yapılması gerekli ve yeterlidir<sup>672</sup>.

<sup>666</sup> 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 2/a maddesinde “elektronik ticaret” kavramı; “Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti, ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>667</sup> İnal, s.14; Sağlam, s.40; Güngör, s.20; Özge Uzun Uzun Kazmacı, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Sayı, C.22, 2016, III. Cilt, s.2791-2818, s. 2792; Alper Uyumaz, “Elektronik Sözleşmelerin Web Sitesi Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **DEÜHFD**, C:9, Özel Sayı, 2007, s.907-930., s.908.

<sup>668</sup> Sağlam, s.50; Uyumaz, s.908; Uzun Kazmacı, s.2793; Aydoğdu/Nart, s.95. Doktrinde İnal “elektronik sözleşme” teriminin yerine “elektronik vasıtalarla kurulan sözleşme” terimini tercih etmektedir. Yazara göre elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmeler bir sözleşme türü değil sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bir yöntemdir. Bkz. İnal, s.93.

<sup>669</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.134; İnal, s.93; Uyumaz, s.909; Uzun Kazmacı, s.2792; Nahide Siller, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması**, Oniki Levha, İstanbul 2019, s. 14. Aksi görüş için bkz. Sağlam, s.50. Yazar sadece internet üzerinden akdedilen sözleşmeleri elektronik sözleşmeler olarak nitelendirmektedir.

<sup>670</sup> EDİ (“electronic data change/elektronik veri değişimi”) bilgi işlem sistemlerinin araya insan unsuru girmeksizin tamamen otomatik olarak veri transferi gerçekleştirdiği bir sistemdir. Bu sistem özellikle tacirler arasında otomatik olarak sipariş verilmesi vb. otomatik işlemler için kullanılmaktadır. Bkz. Sağlam, s.71; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.134; Topaloğlu, **Bilişim**, s.105; Siller, s.16.

<sup>671</sup> Siller, s. 15 vd.; Sağlam, s.70.

<sup>672</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.134; İnal, s.93; Uyumaz, s.909; Uzun Kazmacı, s.2792; Siller, s.14. Aksi görüş için bkz. Sağlam, s.50.

Elektronik sözleşmeler bir sözleşme türü veya grubu olmayıp, sadece bir sözleşme yapma biçimini ifade etmektedir. Bu açıdan herhangi bir sözleşme türünün (satım, kira, lisans) şekil şartına ilişkin zorunluluklar izin verdiği ölçüde elektronik olarak akdedilmesi mümkündür.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin akdedilme biçimlerinden biri olan click-wrap yöntemi de bir elektronik sözleşme yapma biçimidir. Zira bu yöntemde lisans alan doğrudan bilgisayar ile muhatap olmaktadır. Bu sözleşmelerde lisans verene ait öneri iradesi internet sitesinde “*otomatikleştirilmiş irade beyanı*” olarak yer almaktadır<sup>673</sup>. Lisans alan ise kabul iradesini, bilgisayarın ekranında gözüken sözleşmeyi kabul ettiğine dair ikona tıklamak suretiyle açıkça beyan etmektedir<sup>674</sup>. Hatta sözleşmenin ifası dahi elektronik vasıtalarla gerçekleştirilmektedir. Sözleşme akdedilir akdedilmez yazılım otomatik olarak lisans alanın yani kullanıcının bilgisayarına internet üzerinden iletilmektedir<sup>675</sup>. Bu kapsamda click-wrap şeklinde akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinin birer elektronik sözleşme niteliğine sahip olduğu kanaatindeyiz.

### c) Katılmalı (İltihaki) Sözleşme Niteliği

Günümüzde akdedilen sözleşmelerin çoğunluğunu standart şekilde önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulan sözleşmeler oluşturmaktadır<sup>676</sup>. Bu sözleşmeler önceden hazırlanmaları sebebiyle üzerinde çoğunlukla müzakere edilmeksizin yani karşı tarafın katılımı olmaksızın kaleme alınmaktadır. Doktrinde bu tür sözleşmeleri ifade edecek şekilde “*tip sözleşme*”, “*standart sözleşme*”, “*genel işlem şartları*”, “*katılmalı (iltihaki) sözleşme*” gibi farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir<sup>677</sup>. Her ne kadar bu sözleşmeleri ifade etmek üzere farklı terimler kullanılsa da doktrinde bazı

<sup>673</sup> “*Otomatikleştirilmiş irade beyanları*” veya “*bilgisayar açıklamaları*” iradenin beyan edilmesinin bizzat ve vasitasız şekilde bilgisayar ve yazılımlara bırakıldığı beyanlar şeklinde tanımlanabilir. Bkz. İnal, s.99; Uyumaz, s.914; Topaloğlu, **Bilişim**, s.105.

<sup>674</sup> Esasen bu durumda lisans alanın irade beyanının (kabul) içeriği hazır olarak internet sitesinde yer almakta ancak lisans alanın ikona tıklama davranışıyla beyan edilmektedir. İnal, s.97; Uyumaz s.919.

<sup>675</sup> Sıvacıoğlu, s.111; Erkekoğlu, s.78; Uyumaz, s.925.

<sup>676</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.170; Eren, **Genel Hükümler**, s.228; Hatemi/Gökyayla, s.67; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.228.

<sup>677</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.25; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.297; Eren, **Genel Hükümler**, s.228; Hatemi/Gökyayla, s.67; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.228; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.171.

yazarlar katılmalı (iltihaki) sözleşme kavramının, genel işlem koşullarından farklı bir kavram olduğu belirtmektedir<sup>678</sup>.

Katılmalı sözleşmelerde sözleşmeyi imzalayan tarafın en ufak bir müzakere şansı bulunmamakta ve sözleşmenin tarafı olabilmek için tek seçeneği sözleşmeyi kabul etmektir<sup>679</sup>. Genel işlem şartlarında, ise çok düşük bir ihtimal olsa bile sözleşmenin müzakare edilmesi imkanı bulunmaktadır. Bu nedenle genel işlem şartları, iltihaki sözleşmeleri de kapsamaktadır.

Genel işlem şartları, TBK m.20 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Genel işlem şartlarına paralel bir diğer kurum ise TKHK m.5 ve 29033 sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Yönetmelik hükümleri ile düzenlenen “*haksız şart*” kurumudur. Esasen her iki düzenlemenin de amacı sözleşmenin zayıf tarafının korunmasıdır. Ancak bir sözleşmenin haksız şart denetimine tabi tutulabilmesi için TBK’da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeden farklı olarak sözleşmenin taraflarından birinin tüketici sıfatına haiz olması zorunludur<sup>680</sup>.

TBK m.20/1’de “*genel işlem koşulları*”, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmaktadır<sup>681</sup>. Benzer şekilde “*haksız şartlar*” ise TKHK m.5/1’de tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları şeklinde tanımlanmıştır<sup>682</sup>. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere sözleşmede yer alan hükümler TBK m.20 uyarınca genel işlem koşulu veya TKHK m.5 uyarınca haksız şart sayılabiliyorsa genel işlem koşulu veya haksız şart denetimine tabi

<sup>678</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.25; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.297; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.171; Eren, **Genel Hükümler**, s.225; Sağlam, s.56. Aksi görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.67; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.229.

<sup>679</sup> Özellik kamu hizmeti niteliğinde olan su, doğalgaz teminine yönelik sözleşmeler bu sözleşmeler örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.26; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.171; Eren, **Genel Hükümler**, s.225; Sağlam, s.57.

<sup>680</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.167; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.297.

<sup>681</sup> TBK m.20/1: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*”

<sup>682</sup> TKHK m.5/1: “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*”



olacaktır. Belirtilmelidir ki bir sözleşmenin iltihaki sözleşme olması o sözleşmeye genel işlem koşulu ya da haksız şart hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır<sup>683</sup>. Başka bir ifadeyle sözleşme hükümleri TBK m.20 veya TKHK m.5'te yer alan tanımlara uyuyorsa iltihaki sözleşme olup olmadığına bakılmasızın genel işlem koşulları ve haksız şart denetimine tabi olacaktır<sup>684</sup>.

Click-wrap yöntemiyle akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri, lisans veren tarafından önceden hazırlanmakta ve internet sitesinde standart şekilde yer almaktadır. Lisans alanın click-wrap yönteminde, lisans sözleşmesinin hükümlerini herhangi bir şekilde müzakere etmesi veya değiştirmesi mümkün değildir. Hatta lisans alanın karşısında sözleşmeyi müzakere edebileceği bir kişi dahi bulunmamaktadır. Lisans alan ya sözleşmeyi akdederek yazılımı indirip kullanmaya başlayacak ya da sözleşmenin tarafı olmayacaktır<sup>685</sup>. Bu nedenle clik-wrap yöntemiyle akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri birer iltihaki sözleşmedir.

Click-wrap yöntemiyle akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri, lisans verenin önceden çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere tek taraflı olarak hazırladığı ve lisans verene sunduğu sözleşmeler olmaları sebebiyle TBK m.20 vd. hükümlerinde yer alan genel işlem koşulları denetimine tabidir. Benzer şekilde lisans alanın tüketici sıfatına sahip olduğu durumlarda da click-wrap yöntemi ile akdedilen sözleşmeler TKHK m.5 ve 29033 sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Yönetmelik hükümlerinde yer alan haksız şart denetimine tabidir.

Paket yazılım lisans sözleşmesinin click-wrap yöntemi yerine yazılı olarak akdedildiği hallerde ise sözleşme hükümlerinin taraflarca müzakere edilmesi mümkündür. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmesinin yazılı biçimde akdedildiği hallerde sözleşmenin genel işlem koşulları ya da haksız şart içerip içermediği her bir somut sözleşme açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

---

<sup>683</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.171; Sağlam, s.60.

<sup>684</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.171; Sağlam, s.60.

<sup>685</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1** s.26. Yazarlar bu tür sözleşmelerin yabancı doktrinde “*take it or leave it*” (“*kabul et ya da vazgeç*”) şeklinde adlandırıldığını belirtmektedir.

#### d) Hazır Olmayanlar Arasında Kurulan Bir Sözleşme Olması

Bir sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurma anı sözleşmenin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında akdedilmesine göre değişiklik göstermektedir<sup>686</sup>. Sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurması farklı kavramlardır<sup>687</sup>.

Sözleşmenin hazırlar arasında akdedildiği durumlarda kabul beyanında bulunulması ve bu beyanın varması aynı zamanda gerçekleşecektir. Hazırlar arasında akdedilen sözleşmeler kabul beyanının varması ile kurulur ve hüküm sonuçlarını da bu anda doğurmaya başlar<sup>688</sup>. Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında akdedilmesi durumunda ise sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması farklı zamanlarda gerçekleşmektedir.

Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabul beyanının önerene vardığı anda kurulmuş sayılmakla birlikte TBK m.11/1 uyarınca sözleşme hüküm ve sonuçlarını kabul beyanının gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlar<sup>689</sup>. Sözleşme kabul beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına girmesi yani ulaşması ile kurulacak ancak hüküm ve sonuçlarını geriye doğru kabul beyanının gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlayacaktır<sup>690</sup>. Sözleşmenin kurulması için açık bir kabule ihtiyaç duyulmayan hallerde ise hazır olmayanlar arasında akdedilen bir sözleşme TBK m.11/2 gereğince önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır<sup>691</sup>.

Bir sözleşmenin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı akdedildiğinin tespiti için tarafların mekansal olarak aynı ortamda bulunmasından ziyade tarafların doğrudan bir iletişim içerisinde olup olmadığına bakılmalıdır<sup>692</sup>. Bu

<sup>686</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.76; Eren, **Genel Hükümler**, s.297; Hatemi/Gökyayla, s.38; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.167; Aydoğdu/Nart, s.106; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.104.

<sup>687</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.167; Nomer, s.54; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.210.

<sup>688</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.76; Nomer, s.54; Eren, **Genel Hükümler**, s.297; Hatemi/Gökyayla, s.38; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.167.

<sup>689</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.76; Nomer, s.54; Eren, **Genel Hükümler**, s.297; Hatemi/Gökyayla, s.38; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.167.

<sup>690</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.77; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.167; Eren, **Genel Hükümler**, s.297.

<sup>691</sup> TBK m.11/2: “Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur.”

<sup>692</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.159; Eren, **Genel Hükümler**, s.296; İnal, s.103; Sağlam, s.53.

husus TBK m.4/2'den açıkça anlaşılmaktadır. İlgili hükümde, tarafların doğrudan iletişim içerisinde bulundukları telefon, bilgisayar gibi iletişim araçları vasıtasıyla kurulan sözleşmelerin hazırlar arasında akdedilmiş kabul edilmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır<sup>693</sup>.

Zira bir sözleşmenin sırf internet üzerinde kurulmuş olması o sözleşmenin doğrudan hazır olmayanlar arasında kurulmuş bir sözleşme olması sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin tarafların e-posta yoluyla sözleşme akdettiği durumlarda kurulan sözleşme hazır olmayanlar arasında kurulmuş bir sözleşme niteliğindedir. Ancak sözleşmenin internet üzerinden chat ("*canlı yazışma*") sistemi üzerinden kurulduğu durumda sözleşme hazırlar arasında kurulmuş bir sözleşme niteliğinde olacaktır. Çünkü canlı yazışma esnasında taraflar fiziken aynı ortamda bulunmamalarına rağmen doğrudan bir iletişim halindedirler. Burada önemli olan tarafların doğrudan iletişim halinde bulunması, eş zamanlı olarak soru sorma, tepki verme imkanlarının bulunmasıdır<sup>694</sup>.

Click-wrap yönteminde sözleşmenin akdedildiği esnada lisans veren herhangi bir şekilde lisans alan ile iletişim halinde değildir. Lisans verenin sanal ortamda yazılımın fiyatını bildirmesi ve lisans alana sözleşmeyi inceleme fırsatı vermesi TBK m.8/2' ye kıyasen bir öneri niteliğindedir<sup>695</sup>. Lisans verenin öneri iradesi tamamen bilgisayar beyanı şeklinde otomatize edilmiş olarak internet sitesinde yer almaktadır<sup>696</sup>. Lisans veren ise internet sitesinde yer alan "*kabul ediyorum*" vb. bir ifadeye tıklamak suretiyle kabul iradesini aktif şekilde beyan etmektedir. Lisans alan tarafından ikona tıklamak suretiyle gönderilen kabul beyanı ise bir insana ulaşmamaktadır. Kabul beyanı daha önceden programlanarak otomatik hale getirilmiş

<sup>693</sup> TBK m.4/2: "*Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.*"

<sup>694</sup> Sağlam, s.53; İnal, s.104; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.160.

<sup>695</sup> Elektronik ortamda yapılan satışlar açısından neyin öneri neyin öneriye davet olduğunun somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle elektronik ortamda fiyat belirtilerek bir mal veya hizmetin sergilenmesi öneri olarak kabul edilmelidir. Bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.56; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.188; İnal, s.130; Sağlam, s.80; Eren, **Genel Hükümler**, s. 282. *Tercier/Pichonnaz/Develioğlu*'na göre elektronik ortamda yapılan satışlar açısından neyin öneri neyin öneriye davet olduğunun somut olaya göre değerlendirilmez. Eğer sunulan mal ve hizmetlerden fazla mal ve hizmet için sözleşme kurulması riski varsa mal veya hizmetin fiyatının gösterilerek sunulması öneriye davet olarak nitelendirilmelidir. Bkz.Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.214. *Gümüş* ise TBK m.8/2'nin sadece maddi malların sergilenmesine ilişkin olduğunu ve sadece hazırlar arasında uygulanabileceğini belirtmektedir. Bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s.157.

<sup>696</sup> İnal, s.100; Uzun Kazmacı, s.2796; Sağlam, s.96; Uyumaz, s.914.

sisteme ulaşmakta ve sistem kabul beyanını aldıktan sonra sözleşme konusu yazılımın bir suretini lisans alana iletmektedir.

Click-wrap yönteminde lisans alanın karşısında önceden programlanmış bir bilgisayar sisteminin yer alması sebebiyle, sözleşmenin taraflarının eş zamanlı bir şekilde iletişim halinde bulunduğundan bahsedilemeyecektir<sup>697</sup>. Bu nedenle click-wrap şeklinde akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri hazır olmayanlar arasında akdedilen sözleşme niteliğindedir.

Bu kapsamda click-wrap yöntemi ile sözleşme akdedilmesinde sözleşmenin kurulduğu anın tespiti hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelere ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler kabul beyanının önerene ulaştığı anda kurulmakta, TBK m.11 uyarınca ise kabul beyanının önerene gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır<sup>698</sup>. Burada çözümlenmesi gereken husus lisans alanın internet üzerinden gönderdiği kabul beyanının hangi anda gönderilmiş ve hangi anda lisans verene ulaşmış kabul edileceğidir. Lisans veren tarafından bilgisayarının bir tuşuna basmak suretiyle gönderilen kabul beyanının lisans alana (muhatap) hangi anda ulaşmış sayılacağına ilişkin farklı teoriler bulunmaktadır<sup>699</sup>.

Türk Hukuku'nda baskın görüş<sup>700</sup> olan “*hakimiyet teorisi*”ne göre elektronik kabul beyanı lisans verenin hakimiyet alanına girdiği anda kabul beyanı muhataba varmış sayılacaktır. Lisans verenin paket yazılımı piyasaya sürmek amacıyla otomatik hale getirmiş olduğu bilgisayar sistemi onun hakimiyet alanıdır. Kabul beyanının lisans alanın hakimiyet alanına girmiş olması, kabul beyanının varmış sayılması için

<sup>697</sup> İnal, s.115; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.197; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.161. Uzun Kazmacı, s.2796; Sağlam, s.96; Uyumaz, s.922; Siller, s.148; Eren, **Genel Hükümler**, s.296.

<sup>698</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.76 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.211; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.217; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.161; Eren, **Genel Hükümler**, s.297.

<sup>699</sup> Elektronik irade beyanının muhataba ne zaman ulaştığının kabul edileceği konusunda, “*riziko paylaşımı teorisi*” ve “*hakimiyet teorisi*” olmak üzere iki farklı teori bulunmaktadır. Riziko paylaşımı teorisine göre kabul beyanının muhatabın hakimiyet alanına girmiş olması önemli değildir. Önemli olan beyanın aynı zamanda öğrenilebilir olmasıdır. Hakimiyet teorisine göre ise kabul beyanının muhatabın hakimiyet alanına girmiş olması kabul beyanının muhataba varmış sayılması için gerekli ve yeterli olup “*öğrenilebilir*” olması önem taşımamaktadır. Sağlam, s.110 vd.; İnal s.107 vd.; Uyumaz, s.923.

<sup>700</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.77; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.217; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.210; Eren, **Genel Hükümler**, s.297; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.165; Sağlam, s.111; İnal s.107; Uyumaz, s.923.

yeterlidir. Hakimiyet alanına girmiş olan kabul beyanının lisans alan tarafından öğrenilip öğrenilmemiş olması herhangi farklılık yaratmamaktadır.

Hakimiyet teorisi uyarınca click-wrap şeklinde akdedilen paket yazılım sözleşmelerinde kabul beyanının gönderildiği an lisans alanın tuşa bastığı andır. Kabul beyanının ulaştığı an ise lisans alanın tuşa basma verisinin (kabul beyanının) lisans verenin (muhatapın) bilgisayar sistemine ulaştığı andır.

Her ne kadar click-wrap şeklinde akdedilen sözleşmelerde kabul beyanının gönderilmesi (lisans alanın ilgili ikona basması) ile bu kabul beyanının muhatapın bilgisayar sistemine ulaşması arasında bir saniyeden daha kısa bir süre olsa da sözleşmenin hazır olmayanlar arasında akdedilen bir sözleşme olması sebebiyle sözleşme kabul beyanı muhataba vardığı anda kurulacak hüküm ve sonuçlarını ise kabul beyanının gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlayacaktır<sup>701</sup>.

#### e) Mesafeli Sözleşme Niteliği

Mesafeli sözleşmeler, 6502 sayılı TKHK'nın 48. maddesinin 1. fıkrasında; *“Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir”* şeklinde tanımlanmıştır<sup>702</sup>. Mesafeli sözleşmeler satış, kira gibi bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, sadece bir sözleşmenin kuruluş biçimini ifade etmektedir<sup>703</sup>. Elektronik sözleşme kavramı da sözleşmenin kuruluş biçimine ilişkin bir nitelendirme olmakla birlikte elektronik sözleşme ile mesafeli sözleşmeler birbirinden farklı kavramlardır.

Elektronik sözleşme kavramı bir sözleşmenin elektronik araçlar kullanılarak akdedilmesini ifade etmekte iken mesafeli sözleşme tüketici hukukuna ait bir

<sup>701</sup> İnal, s.125.

<sup>702</sup> Ayrıca bkz. 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.4/1-(e). İlgili bentte TKHK m.48/1' de yer alan tanım tekrar edilmiştir.

<sup>703</sup> Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.214; İnal, s.167; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.586 vd.; Çabri, s.868; Uzun Kazmacı, s.2793; Siller, s.65.

kavramdır<sup>704</sup>. Bu nedenle bir sözleşme hem elektronik sözleşme hem de mesafeli sözleşme olabileceği gibi elektronik bir sözleşme olmasına rağmen mesafeli sözleşme niteliği taşınamaması da mümkündür. Mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler, tüketici ile satıcı veya sağlayıcının fizik olarak bir araya gelmemeleri sebebiyle ortaya çıkabilecek sakıncaları önlemek ve tüketiciyi koruma amacıyla getirilmiştir. Bu kapsamda bir sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliği taşıyabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir<sup>705</sup>.

TKHK m.48/1 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.4/1-(e) bendinde yer alan mesafeli sözleşme tanımı uyarınca, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olabilmesi için bu sözleşmenin “tüketici sözleşmesi” olması gerekmektedir. Yani satıcı ve sağlayıcının mesleki amaçlarla hareket etmesi gerekirken, sözleşmenin diğer tarafının da ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmeyen bir tüketici olması gerekmektedir<sup>706</sup>. Mesafeli sözleşme niteliğine ilişkin bir diğer şart ise sözleşmenin tarafların bir araya gelmeksizin uzaktan iletişim araçları üzerinden akdedilmesidir<sup>707</sup>. Uzaktan iletişim araçlarının neler olabileceği MSY’nin 4/1-(h) bendinde; “*Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortam*” şeklinde tanımlanmıştır.

Mesafeli sözleşmelere ilişkin aranan bir diğer şart ise satıcı ve sağlayıcının uzaktan pazarlamaya yönelik bir organizasyon yani sistem içerisinde sözleşmenin akdedilmiş olmasıdır<sup>708</sup>. Uzaktan pazarlamaya yönelik sistemin ne olduğu kanun veya yönetmelikte tanımlanmamış olmakla birlikte doktrinde uzaktan pazarlamanın satıcı ve sağlayıcı tarafından sistemli bir organizasyon içerisinde yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>709</sup>.

<sup>704</sup> İnal, s.170; Sağlam, s.67 vd.; Uzun Kazmacı, s.2792; Siller, s.64; Uyumaz, s.916.

<sup>705</sup> Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.214; Zevkliler/Gökyayla, s.106; Çabri, s.870 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.588; Eren, **Özel Hükümler**, s.237.

<sup>706</sup> Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.216; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.81; Uzun Kazmacı, s.2794; Çabri, s.872.

<sup>707</sup> Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.215; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.588; Uzun Kazmacı, s.2794; Çabri, s.871 vd.

<sup>708</sup> Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.215; İnal, s.168; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.588; Uzun Kazmacı, s.2794; Çabri, s.871.

<sup>709</sup> İnal, s.168; Uzun Kazmacı, 2795; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, 588; Çabri, s.872.

Satıcı ve sağlayıcının mal ve hizmetini uzaktan pazarlamaya yönelik bir sisteminin bulunmaması, yani sözleşmenin istisnai bir şekilde uzaktan iletişim aracılığıyla kurulmuş olması durumunda o sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmeyecektir<sup>710</sup>. Örneğin tarafların tüm sözleşme müzakerelerini yüz yüze yaptığı ancak sözleşmeyi bir defaya mahsus şekilde internet üzerinden akdetmeleri durumunda mesafeli sözleşmeden bahsedilemeyecektir<sup>711</sup>. Bu durumda hazır olmayanlar arasında akdedilmiş bir sözleşme söz konusu olacaktır.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde, click-wrap yöntemi kullanıldığı hallerde taraflar sözleşme kurulduğu ana kadar fiziki olarak bir arada bulunmayacaklar ve sözleşme pazarlamaya yönelik sistemli bir organizasyon içerisinde internet üzerinden akdedilecektir. Bu halde eğer paket yazılım lisans sözleşmesi “tüketici sözleşmesi” niteliğinde ise sözleşme mesafeli sözleşme niteliğine sahip olacaktır. Sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliğinde olması durumunda ise TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde yer alan mesafeli sözleşmelere ilişkin koruma önlemleri bu sözleşmelere doğrudan uygulanacaktır. Başka bir ifadeyle tüketici sıfatına sahip lisans alanı koruyan “tüketiciyi aydınlatma (bilgilendirme) zorunluluğu”, “cayma hakkına ilişkin hükümler”, “edimi yerine getirme süresine ilişkin hükümler” paket yazılım lisans sözleşmesi açısından uygulama alanı bulacaktır.

#### 4) Click-wrap Yönteminde Şekil Şartı Sorunu

##### a) FSEK’te Öngörülen Şekil Şartının Etkisi

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin, FSEK’te düzenleme konusu yapılmış bulunan lisans sözleşmeleri ile sözleşmenin süreli veya daimi olmasına göre satış ya da kira sözleşmelerinin unsurlarından meydana gelen karma nitelikte bir sözleşme olduğunu daha önce tespit etmiş bulunmaktayız<sup>712</sup>.

<sup>710</sup> Örneğin bir perakende firmasının müdürünün müşterisini arayarak kampanyalar hakkında bilgi vermesi durumunda uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistemin varlığından bahsedilemez. Bkz. Çabri, s.872.

<sup>711</sup> Uzun Kazmacı, s.2795; İnal, s.168; Çabri, s.872.

<sup>712</sup> Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. II. Bölüm-D-3.

FSEK m.52’de mali hakları konu edinen sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve sözleşme konusu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>713</sup>. TBK m.12/2’de ise kanunda sözleşmeler için getirilen şekil şartının kural olarak geçerlilik şekli niteliğinde olduğu düzenlenmiştir<sup>714</sup>. Doktrinde bu hükümlerden hareketle, FSEK m.52’de mali hakları konu edinen sözleşme ve tasarruflar için getirilen yazılı olma ve hakların ayrı ayrı belirtilmesine ilişkin şartların, geçerlilik şartı niteliğinde olduğu oybirliği ile kabul edilmektedir<sup>715</sup>. FSEK m.52’de yer alan şekil şartı, adi yazılı şekilde yapılması zorunluluğuna ek olarak sözleşmeye konu edilen hakların ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğu öngörmesi nedeniyle “*nitelikli yazılı şekil şartı*” olarak nitelendirilmektedir<sup>716</sup>. Ayrıca madde metninde yer alan “*sözleşme*” ve “*tasarruflar*” ibareleri sebebiyle doktrinde, bu hükmün mali hakları konu edinen hem borçlandırıci hem de tasarruf işlemi niteliğindeki işlemler için uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>717</sup>. Yargıtay’da doktrinde ileri sürülen görüşlere paralel şekilde yerleşik olarak mali hakları konu edinen sözleşmelerin yazılı yapılması ve sözleşme konusu hakların ayrı ayrı gösterilmesinin bir geçerlilik şartı olduğu kanaatindedir<sup>718</sup>.

Konumuz açısından tartışılması gereken husus ise FSEK m.52’de yer alan nitelikli yazılı şekil şartının paket yazılım lisans sözleşmelerine etkisinin ne olduğudur. Başka bir ifadeyle karma nitelikteki bir sözleşmede, sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan birinin ait olduğu akit tipinin şekle bağlı olması karma akdin de şekle bağlı olması sonucunu doğuracak mıdır?

Kanunun bir sözleşmeyi şekil şartına tabi kılması taraflardan birini veya her ikisini düşünmeye sevk ederek koruma, taraflar veya üçüncü kişiler için hukuki

<sup>713</sup> FSEK m.52: “*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.*”

<sup>714</sup> TBK m.11/2: “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*”

<sup>715</sup> Arslanlı, s.177; Ayiter, s. 206; Öztan, s.567; Tekinalp, s.236;Yusufoğlu, **Bilgisayar**, s.127; Gökyayla, 220; Erel, s.319; Aydıncık, s.86; Ateş, **Fikri Haklar**, s.95; Arbek, s.167; Tüysüz, s.87.

<sup>716</sup> Arslanlı, s.178; Ayiter, s.208; Gökyayla, s.222; Erel, s.319 (Yazar tam lisanslar açısından sözleşmeyi konu hakların tek tek gösterilmesine ilişkin şartın uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir).

<sup>717</sup> Arslanlı, s.177; Tekinalp, s.236; Gökyayla, s.221; Ateş, **Fikri Haklar**, s.95; Tüysüz, s.90; Arbek, s.166.

<sup>718</sup> Yarg. 11. H.D 14.10.2019 T., 2018/3819E, 2019/4655K; “...FSEK 52. maddesi uyarınca, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Bu itibarla, eser sahibinden lisans (ruhsat) yoluyla bir mali hak iktisap etmek isteyen kimselerin, hangi hakları devir almak istiyorlarsa mutlaka o hakları kapsayan yazılı bir sözleşme yapmaları gerekmektedir.” Aynı yönde bkz. 11. HD 17.09.2019 T., 2018/409E., 2019/5485K.; 11. HD 27.01.2019 T., 2017/3201 E., 2019/4937 K. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 01.05.2022)



güvenliğin sağlanması ve resmi sicillerin sağlam bir temele dayanması amaçlarına hizmet etmektedir<sup>719</sup>. Sözleşmelerde şekil şartı öngörülmesinin tarafların genel veya özel olarak korunması düşüncesine hizmet etmesi sebebiyle karma sözleşmeyi oluşturan unsurlardan birinin bağlı olduğu akit tipinin şekle tabi olması durumunda meydana gelen karma sözleşmenin de şekle tabi olacağı kabul edilmektedir<sup>720</sup>.

Karma nitelikte bir sözleşmenin kendisini oluşturan unsurlar sebebiyle şekle tabi olmasının uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir örneği “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*”dir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de nitelik olarak tıpkı paket yazılım lisans sözleşmeleri gibi karma sözleşme niteliğindedir<sup>721</sup>. Bu sözleşme tipinde yüklenicinin borcu inşaat yapma iken (eser sözleşmesi), arsa sahibinin borcu arsa paylarının mülkiyetinin devrini taahhüt (taşınmaz satış vaadi) etmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yüklenicinin ediminin taşınmaz satış vaadi olması sebebiyle bu sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde yapılması geçerlilik şekli olarak kabul edilmektedir<sup>722</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında paket yazılım lisans sözleşmesinin bir unsurunun lisans sözleşmesi olması sebebiyle bu sözleşmelerde de FSEK m.52’de öngörülen şekil şartının uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak paket yazılım lisans sözleşmelerine söz konusu şekil şartını sıkı sıkıya uygulamak birtakım problemlere yol açmaktadır.

## b) Doktrin’deki Görüşler ve Yargıtay Kararları

Doktrinde paket yazılım lisans sözleşmelerinin FSEK m.52’de öngörülmüş bulunan şekil şartı sebebiyle şekle tabi olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>723</sup>.

<sup>719</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.144; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.234 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s.298; Hatemi/Gökyala, s.41; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.271.

<sup>720</sup> Kuntalp, s.160; Eren, **Genel Hükümler**, s.298. *Oktay Özdemir* isimsiz bir sözleşmeyi meydana getiren unsurun ait olduğu sözleşmenin şekle bağlı olması halinde isimsiz sözleşmenin de şekle tabi kabul edileceğini aksi bir durumda kanuna karşı hilenin meydana geleceğini belirtmektedir. Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.271.

<sup>721</sup> Yavuz/Acar/Özen, s.592; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.784; Kuntalp, s.161.

<sup>722</sup> Yavuz/Acar/Özen, s.592; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.784; Kuntalp, s.161.

<sup>723</sup> Bkz. Şahan, s.86 vd.; Dalyan, s.216 vd.; Yıldırım, **Standart**, s.110 vd.; Topaloğlu, **Bilişim**, s.132; Erişgin, s.52 vd.; Erkekoğlu, s.81 vd.

*Şahan* konuyu ısmarlama yazılım sözleşmeleri açısından değerlendirmiştir. Yazar ısmarlama yazılım lisans sözleşmesinin konusuna göre bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre ısmarlama yazılım sözleşmesinin konusu eğer yazılım üzerindeki mali hakkın devrini içeriyorsa FSEK m.52’de yer alan hakların ayrı ayrı gösterilmesi ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir<sup>724</sup>. Ancak sözleşmenin konusu mali hakkın devri değil sadece meydana getirilen yazılımın kullanımı ise FSEK m.38 kapsamında birtakım serbestiler tanındığını<sup>725</sup>, buna ek olarak Yargıtay’ın bir kararında<sup>726</sup> sadece kullandırma amacı güden lisans sözleşmelerinin şekle tabi olmadığına hükmettiğini bu nedenle ısmarlama yazılım lisans sözleşmesinin içeriğinin bu madde kapsamında kaldığı yani sözleşmenin sadece yazılımın kullanımı amacını taşıdığı durumlarda şekil şartının uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir<sup>727</sup>.

*Topaloğlu* paket yazılım lisans sözleşmelerinin yazılı şekle tabi olduğunu, bu nedenle click-wrap şeklinde akdedilen sözleşmelerin elektronik imza ile akdedilmedikleri sürece geçersiz olduğu görüşündedir<sup>728</sup>.

<sup>724</sup> Şahan, s.87 vd.

<sup>725</sup> FSEK m.38: “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.”

“Sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir.”

“Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltilmesi sözleşme ile önlenemez. Bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez.”

“Bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişinin yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiillerini ifa ettiği sırada, bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek amacı ile, programın işleyişini gözlemlemesi, tetkik etmesi ve sınaması serbesttir.”

<sup>726</sup> Yarg. 11. H.D 19.03.2001 T., 2001/226 E., 2001/2031 K. “...Taraflar arasında FSEK’nun 48. maddesi uyarınca, mâli hakların devrine ilişkin, anılan yasanın 52. maddesine göre düzenlenmiş yazılı bir sözleşme mevcut değilse de, aralarında sözlü sözleşme olduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Bu durumda, dava konusu eserlerin davalılarca kullanılmasında davacının muvafakati olduğu kabul edilmelidir.” [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 02.05.2022)

<sup>727</sup> Şahan, s.87 vd.

<sup>728</sup> Topaloğlu, **Bilişim**, s.132. Doktrinde *Erkekoğlu*’da *Topaloğlu* ile benzer bir görüşe sahiptir. Yazara göre FSEK m.52’de yer alan şekil şartının yazılım lisans sözleşmeleri için uygulanması gerekmektedir. Ancak taraflarca sözleşmenin ifa edilmesinden sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi halinde hakkın kötüye kullanılması yasağının söz konusu olmalıdır. Kanaatimizce uygulamada paket yazılım lisans sözleşmelerinin çoğunluğunun click-wrap şeklinde akdedildiği nazara alındığında sözleşmenin şekil şartını taşıyamaması sebebiyle geçersiz kabul edilmesine ilişkin görüşler içinden çıkılması güç problemleri beraberinde getirecektir. Bkz. *Erkekoğlu*, s.81 vd.

Dalyan'a göre paket yazılım lisans sözleşmeleri birer karma sözleşme niteliğindedir. Yazara göre tarafların menfaat dengesi gözetilerek şekil serbestisi ilkesi gereğince FSEK m.52'de yer alan şekil şartı uygulanmamalıdır<sup>729</sup>. Yazar aksi görüşün kabulü halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşacağını belirtmektedir<sup>730</sup>.

Yıldırım'a göre FSEK m.52'de öngörülen şekil şartının amacı eser üzerinde devre konu olan hakların belirlenebilmesidir<sup>731</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından FSEK m.52'de yer alan şekil şartı uygulanmamalıdır. Tarafların sözleşmeyi FSEK m.52'ye uygun olarak akdetmediği durumlarda, lisans alanın FSEK kapsamında yazılımın kullanımı ile sınırlı olarak çoğaltma hakkını iktisap ettiği kabul edilmelidir. Tarafların çoğaltma hakkı haricinde başka bir hakkın kullanımını kararlaştırmak istemeleri durumunda ise sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmektedir<sup>732</sup>.

Genel olarak yazılım lisans sözleşmelerinin FSEK m.52'ye tabi olup olmayacağı konusunda Yargıtay'ın özellikle ısmarlama yazılım lisans sözleşmeleri açısından önemli içtihatları bulunmaktadır. Her ne kadar bu içtihatlar doğrudan paket yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin olmasa da Yargıtay'ın görüşünü yansıtmaması açısından bu kararları inceleyeceğiz.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2017 yılında verdiği bir kararda; yazılımın meydana getirilmesi ve sipariş eden tarafa ait bilgisayar sistemlerine kurulumunun taahhüt edildiği bir sözleşmede yazılımı meydana getiren tarafın sözleşmenin ifasından sonra şekle aykırılığı ileri sürmesinin iyi niyetle bağdaşmayacağına hükmetmiştir<sup>733</sup>.

<sup>729</sup> Dalyan, s.246.

<sup>730</sup> Dalyan, s.247.

<sup>731</sup> Yıldırım, **Standart**, s.111.

<sup>732</sup> Yıldırım, **Standart**, s.111 ("Kanaatimizce standart bir bilgisayar programı devir sözleşmesinin mutlaka yazılı olarak yapılmasına gerek yoktur. Sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması halinde, programı devralana intikal eden fikri hakkın, esasen çoğaltma hakkının FSEK'te belirlenen kapsamda olduğunu kabul etmek gerekir. Şayet taraflar kanunen belirlenen bu kapsamı aşan daha geniş bir intikal öngörülyorsa bu durumda, sözleşme yazılı olarak yapılmalı ve devir konusu hakkın kapsamı ayrıntılı olarak belirtilmelidir... Aksi halde yani sözleşmenin yazılı olarak yapılmadığı veya yazılı olarak yapılmasına rağmen devrin kapsadığı hakların nelerden ibaret olduğunun gösterilmediği sözleşmeler tamamen geçersiz sayılmamalı, fikri hakların kanunda belirlenen kapsamda devredildiği kabul edilmelidir.")

<sup>733</sup> Yarg. 11. H.D 21.06.2017T. , 2016/1056 E., 2017/3940 K "Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; yargılama konusu bilgisayar yazılımının eser niteliğinde bulunduğu, herhangi bir eser sahibine yer verilmeksizin gün yüzüne çıktığı veya kamuya sunulduğu, şu hale göre eserle ilgili hakları kullanma yetkisinin davacı şirkete ait bulunduğu, davacının temsil ve

Bu karara paralel şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurul 2020 yılında verdiği bir kararında ısmarlama yazılım lisans sözleşmelerine ve şekil şartına ilişkin birtakım tespitlerde bulunmuştur. Karara konu olayda davacı şirket ile davalı şirket arasında satın alma işlemlerini kolaylaştırmaya yarayan bir yazılım meydana getirilmesi konusunda sözleşme akdedilmiştir. Ancak söz konusu sözleşmede taraflar sadece yazılımın meydana getirilmesi ve yazılımın iş sahibine teslimine ilişkin hükümler öngörmüş, yazılımın kullanılmasına ve lisans verilmesine ilişkin herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Davacı, yazılımı meydana getirip davalıya teslim ettikten sonra yazılımın yazılı bir lisans sözleşmesi olmaksızın kullanıldığı ve bu durumun yazılım üzerindeki mutlak hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle davalıdan tazminat talep etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında FSEK m.52'nin geçerlilik şartı olduğunu, taraflar arasında esasen bir eser sipariş sözleşmesi bulunduğunu, eser sipariş sözleşmesi gereğince yazılımın davacı tarafından davalıya teslim edildiğini tespit etmiştir. Bu tespitler uyarınca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; davacı tarafından sözleşme uyarınca imal edilip davalıya teslim edilen yazılımın mali hakları davacıda olsa bile mülkiyetinin davalıya ait olduğuna, yazılım üzerindeki mülkiyet hakkının yazılımın kullanım hakkını da içerdiğine, davacının yazılım davalıya teslim edildikten sonra mali haklarının ihlal edildiği iddiasını ileri sürmediğine ve bu iddianın daha sonra ileri sürülmesinin TMK m.2'ye aykırı olduğuna, davacının yazılımın

---

*umuma iletim haklarının ihlaline yönelik iddianın ispatlanamadığı, bilgisayar programının davalı kuruma ait bilgisayarlara davacının izniyle kurulduğu, dolayısıyla davalının yazılımı kullanma, çalıştırma ve görüntüleme hakkının olduğu, taraflar arasındaki 1997 ve 2002 yıllarına ait sözleşmelerde bilgisayar yazılımının kullanım hakkının 390 kullanıcı için devri, bakımı ve teknik desteği ile ilgili hükümlerin yer aldığı, sonraki yıllarda yapılan sözleşmelerin anılan yazılımın kullanımı ile ilgili destek ve teknik yardıma ilişkin olduğu ve programı kullanacak kişilerle ilgili bir sınırlandırma içermediği, 2002 yılından sonra yapılan sözleşmeler programla ilgili mali hakkın kullanım yetkisini değil, sadece bakım ve teknik desteğini içerdiği, programla ilgili mali hakkın kullanım yetkisinin devri yazılı olmayan sözleşme ile gerçekleştiği ve kullanıcı sayısının sınırlandırıldığına ilişkin bir emare de bulunmadığı, programın mali hakkının kullanılmasıyla ilgili olarak sözlü yapılan akdin 2002-2013 yılları arasında sorunsuz uygulandığı, taraflarca benimsenmiş ve doğurduğu borçlar itirazsız ifa edilmiş bir sözleşmenin sonradan şekle aykırılık oluşturduğunu ileri sürülmesinin iyiniyetli bir davranış olarak kabul edilemeyeceği, öte yandan, yazılımın davalı tarafından yalnızca 390 kullanıcı tarafından kullanılabileceği kabul olursa bile bunun programa aynı anda bağlanarak hizmet alabilen kullanıcı sayısını ifade ettiği, yazılımın fiilen kullanıldığı dönemde sisteme aynı anda 390 kullanıcıdan fazlasının bağlanarak işlem yaptığına ilişkin bir tespit bulunmadığı, kaldı ki davacının davalı kurumun bilgisayarlarında yüklü bulunan yazılımı sürekli gözlemlediği, kullanıcı tanımlamalarının bir kısmını da kendisinin yaptığı, sözleşmeler devam ederken, iddiasına konu vakıyı tespit edip davalı kuruma bildirmesi gerekirken, sözleşmenin sona ermesinden sonra bu talebi ileri sürülmesinin iyiniyetli olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...” [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 02.05.2022)*

tesliminden sonra sessiz kalmış olmasının davacının davalının yazılımı kullanmasına rıza gösterdiği anlamına geleceğine hükmetmiştir<sup>734</sup>.

Yukarıda bahsi geçen kararlar uyarınca Yargıtay'ın ısmarlama yazılım lisans sözleşmelerinde FSEK m.52'de yer alan şekil şartının uygulanacağını ancak somut olaya göre şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin MK m.2'ye aykırı olduğu hallerde bu itirazın dinlenmeyeceği görüşünde olduğu söylenebilir.

### c) Görüşümüz

FSEK m.52'de yer alan şekil şartının, paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanıp uygulanmayacağını tespiti için öncelikle ilgili hükmün konulma amacının incelenmesi gerekmektedir. FSEK m.52'de sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu öngörülmesinin amacı hükümet gerekçesine göre eser sahibinin ve eser sahiplerine kredi veren alacaklıların korunması ihtiyacıdır<sup>735</sup>. Doktrinde de benzer şekilde ilgili hükmün eser sahibini koruma ve mali hakları konu edinen sözleşmeler açısından belirliliğin sağlanması amaçlarına hizmet ettiği kabul edilmektedir<sup>736</sup>.

FSEK m.52'nin hükümet gerekçesi ve doktrinde yer alan görüşler göz önüne alındığında, mali hakları konu edinen devir ve lisans sözleşmelerinde, sözleşmeye

---

<sup>734</sup> Yarg. 16.01.2020T. HGK 2019/474 E., 2020/26 K. “Davacının da kabulünde olduğu üzere dava konusu bilgisayar programı davalıların siparişi üzerine ve davalıların ihtiyaçları doğrultusunda davacı tarafından hazırlanarak teslim edilmiştir. Bu itibarla taraflar arasında eser sipariş sözleşmesi olduğu aşikârdır. Eser sipariş sözleşmesi gereğince eserin tamamlanıp teslim edilmesi ile birlikte davalılar, dava konusu bilgisayar programının maliki olarak bilgisayar programını sözleşme kapsamında kullanım hakkına sahip olmuşlardır. Bilgisayar programı üzerindeki mali ve manevi haklar ise davalılara devredilmemiş davacı üzerinde kalmıştır. Ancak iş sahibi olan davalıların sözleşmenin amacı kapsamında bilgisayar programını rahatlıkla kullanabilmeleri gerekmektedir. Bu itibarla işin mahiyeti gereğince bilgisayar programındaki şifrelerin ve kaynak kodların da davalılara teslim edilmesi hakkaniyete uygundur. Ayrıca bilgisayar programının teslim edilmesinden sonra davacı tarafından davalılara mali haklarına dair herhangi bir talepte bulunulmamış ve mali haklarının ihlal edildiğine dair herhangi bir ihtarname gönderilmemiş, başka bir deyişle dava konusu bilgisayar programının davalılar tarafından kullanılmasına rıza gösterilmiştir. Bu itibarla davacının işbu davada mali haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesinin TMK'nin 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir.” [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 02.05.2022)

<sup>735</sup> FSEK m.52 Hükümet Gerekçesi “Bu yeni hükümlerin gayesi bir yandan eser sahibine kanunla verilen hakların onların elinden akit yoluyla alınmasını önlemek, diğer taraftan eser sahiplerine kredi veren alacaklıların haklarını teminat altına almaktır.”

<sup>736</sup> Ayiter, s. 207; Gökyayla, s.222; Öztan, s.568; Arslanlı, s.178; Erel, s.319; Arbek, s.166. Yazarlara göre sözleşme konusu mali hak açıkça belirtilmedikçe o hakkın eser sahibinde kaldığı kabul edilmelidir.

konu edilen mali hakların tek tek gösterilmesi ve sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması şartlarının eser sahibinin menfaatine hizmet ettiği ve sözleşmeye konu olan haklar açısından belirliliği sağladığı sonucuna varılmaktadır.

İlk bakışta FSEK m.52'nin lisans sözleşmeleri açısından emredici nitelikte olduğu ve paket yazılım lisans sözleşmesini meydana getiren unsurlardan birinin lisans sözleşmesine ait olması nedeniyle paket yazılım lisans sözleşmelerinin de şekil şartına tabi olduğu düşünülebilir<sup>737</sup>. Ancak kanaatimizce paket yazılım lisans sözleşmelerinin şekil şartına tabi tutulması, FSEK m.52'nin amacıyla bağdaşmamaktadır.

FSEK m.52'nin amacı eser sahibini korumak olsa da paket yazılım lisans sözleşmelerindeki menfaat dengesine bakıldığında tam tersi bir durum ortaya çıkmaktadır. Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından korunmaya muhtaç bir eser sahibinden bahsedilemeyecektir. Bu hukuki ilişki içerisinde çoğunlukla zayıf ve korunmaya muhtaç taraf lisans alandır. Çünkü lisans veren (eser sahibi) hem mali açıdan hem de sözleşmenin gereği olan teknik bilgi açısından lisans alana göre avantajlı bir konumdadır. Buna ek olarak FSEK m.52'nin paket yazılım lisans sözleşmesine uygulanması, güçsüz konumda bulunan lisans alanın aleyhine sonuçlar yaratabilecektir. Örneğin lisans alanın tüketici sıfatına sahip olduğu durumlarda sözleşmenin şekil şartı nedeniyle geçersiz kabul etmek lisans alanı koruyucu bir etki yaratmamaktadır. Bunun yerine sözleşmeyi geçerli kabul edip TKHK'da yer alan koruyucu hükümleri sözleşmeye uygulamak lisans alanın korunması açısından daha uygun bir çözüm yoludur.

Ayrıca FSEK m.52'de yer alan sözleşmeye konu olan mali hakların tek tek gösterilmesine ilişkin zorunluluğun paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanmasının, belirliliğin sağlanması amacına da hizmet edeceği söylenemez<sup>738</sup>. Çünkü bu sözleşmelerin amacı klasik bir telif hakkının devri veya eserinin temsil edilmesi yahut umuma iletilmesi gibi mali hakları konu edinmemekte sadece yazılımın kullanımını amaçlamaktadır. Kaldı ki sözleşmede mali haklar tek tek sayılmamış olsa bile lisans alanın iktisap ettiği yetkilerin asgari içeriği FSEK m.38/2 vd. hükümlerinde

---

<sup>737</sup> Karma sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan birinin ait olduğu sözleşme tipinin şekle tabi olması durumunda karma sözleşmenin de şekle tabi olacağı konusundaki açıklamalar için bkz. III. Bölüm-A-4-a.

<sup>738</sup> Yıldırım, **Standart**, s.111. Doktrinde Şahan'da ısmarlama yazılım lisans sözleşmeleri benzer bir görüşü savunmaktadır. Bkz. Şahan, s.87 vd.

belirlenmiştir. Bu açıdan lisans alanın iktisap ettiği yetkilerin sözleşmede tek tek gösterilmemesinden bahisle iktisap edilen mali yetkilerin belirsizliğinden bahsedilemeyecektir. Tarafların FSEK m.38/2 vd.'de yer alan yazılımı yasal yollardan edinen kimselere tanınan yetkilerden daha geniş yetkiler tanımak istiyorsa sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve sözleşmeye konu hakların tek tek belirtilmesi gerekmektedir<sup>739</sup>. Zira tarafların sözleşmeyi yazılı olarak yapmadığı veya sözleşmeye konu olan hakları tek tek saymadığı hallerde lisan alanın iktisap ettiği yetkilerin FSEK m.38/2'de yer alan yetkiler olduğu varsayılmalıdır<sup>740</sup>.

Yukarıda yer alan gerekçelerle, paket yazılım lisans sözleşmesinin FSEK m.52 hükmünün koruma amacının kapsamına dahil olmadığı ve bu nedenle şekil şartının bu sözleşmeler açısından uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz<sup>741</sup>. Ancak tarafların paket yazılım lisans sözleşmesinde FSEK m.38/2 vd. hükümlerinde yer alan kanuni yetkileri aşan yetkiler tanımak niyetindeyse lisans sözleşmesine konu olan mali hakların tek tek gösterilmesi ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir.

## **B. SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

### **1) Bilgilendirme Yükümlülüğünün Dayandığı Esas**

Bir yazılımın kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi, o yazılımın sistem gereksinimlerini karşılamasına ve diğer yazılımlar ile uyumlu çalışabilmesine bağlı olduğundan, paket yazılım lisans sözleşmesi akdedilmeden önce tarafların bu konulara ilişkin olarak birbirlerini bilgilendirmeleri büyük önem taşımaktadır<sup>742</sup>. Aksi halde yazılımı edinen kimsenin yazılımdan beklediği yararı elde etmesi mümkün olmayacaktır.

Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü her iki taraf için de geçerli ve karşılıklı bir yükümlülüktür. Ancak günümüz teknolojisinde yazılımların kullanımının

<sup>739</sup> Yıldırım, **Standart**, s.111.

<sup>740</sup> Yıldırım, **Standart**, s.111.

<sup>741</sup> Yıldırım, **Standart**, s.111; Dalyan, s.246. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin şekil şartına tabi olduğu yönündeki görüşler için ise bkz. Topaloğlu, **Bilişim**, s.132; Erkekoğlu, s.81 vd.

<sup>742</sup> Yıldırım, **Standart**, s.182.

son derece teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir hale gelmesi özellikle kullanıcıların bilgilendirilmesi yükümlülüğünü daha önemli hale getirmektedir<sup>743</sup>. Zira genellikle kullanıcılar edinmek istedikleri yazılımın ihtiyaçlarına uygun olup olmadığını değerlendirmek için gereken teknik bilgi ve uzmanlığa sahip değildir. Lisans verenler ise bu değerlendirmeyi yapmak için gerekli teknik bilgi ve uzmanlığa sahiptir. Bu kapsamda lisans verenin kendisine göre teknik açıdan daha az bilgili olan kullanıcıyı sözleşme akdedilmeden önce bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>744</sup>.

Esasen sözleşme öncesinde tarafların birbirlerini karşılıklı olarak bilgilendirmesi yükümlülüğünün dayanağı MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralıdır<sup>745</sup>. Ancak lisans verenin bilgilendirme yükümlülüğü mesafeli sözleşmeler açısından 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>746</sup>. Mesafeli sözleşme niteliğine sahip olmayan paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından ise açık bir kanuni düzenleme yer almamakta olup, bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağı MK m.2’dir.

## 2) Mesafeli Sözleşmeler Açısından Bilgilendirme Yükümlülüğü

Tüketiciler mesafeli sözleşmelerde satıcı ile bir araya gelerek sözleşme konusu hakkında bilgi alma imkanına sahip değildir. Bu eksikliğin tüketicinin sözleşme akdetme kararını olumsuz biçimde etkilemesi mümkündür. Kanun koyucu mesafeli sözleşmelerde tüketicinin sağlıklı bir şekilde sözleşme akdetme kararını verebilmesi için bilgilendirme yükümlülüğünü özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir<sup>747</sup>. Mesafeli sözleşmeler açısından, satıcı veya sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğü TKHK m.48/7 kapsamında çıkartılan MSY’de açıkça düzenlenmiştir<sup>748</sup>.

<sup>743</sup> Shelly/Vermaat, s.115; Brokshear, s.300; Sıvacıoğlu, s.17; Erişgin, s.41.

<sup>744</sup> Şahan, s.35; Yıldırım, **Standart**, s.182; Bainbridge, **Software**, s.195.

<sup>745</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.38; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.225; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.642; Eren, **Genel Hükümler**, s.1254; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.197.

<sup>746</sup> MSY m.5’te bilgilendirme yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Bilgilendirme yükümlülüğü konusunda açık bir düzenleme bulunmasa bile MK m.2 uyarınca aynı sonuca varılacağı yönünde bkz. Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.197.

<sup>747</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.197; Uzun Kazmacı, s.2802; Çabri, s.875 vd.

<sup>748</sup> TKHK m.48/7: “*Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici, satıcı ve sağlayıcı ile mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.*”



MSY m.5/1 uyarınca tüketici sözleşme kurulmadan veya buna karşılık gelen bir teklifi kabul etmeden önce yönetmelikte sayılan hususlara ilişkin olarak açıkça bilgilendirilmelidir<sup>749</sup>. Tüketicinin hangi hususlarda bilgilendirilmesi gerektiği ise aynı fıkranın devamında (a) ve (k) bentleri arasında tek tek sayılmak suretiyle hüküm altına alınmıştır<sup>750</sup>. Bu bentler arasında (i) ve (j) bentleri paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından önem arz etmektedir. MSY m.5/1-(i) bendinde tüketicilerin “*dijital içeriğin işlevselliğini etkileyebilecek nitelikteki koruma önlemleri*” konusunda bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı maddenin (j) bendine göre ise tüketicinin “*donanım gereksinimleri ve yazılım uyumu*” konusunda bilgilendirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak her iki bendinde uygulanabilmesi için sözleşmenin konusunun “*dijital içerik*” olması gerekmektedir.

Dijital içerik kavramından ne anlaşılması gerektiği ise aynı yönetmeliğin m.4/1-(a) bendinde; “*Dijital içerik: Bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve*

<sup>749</sup> MSY m.5/1: “Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır.”

<sup>750</sup> MSY m.5/1-(a)-(k): “a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,

b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,

c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi,

ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini ilemesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,

d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,

e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,

ğ) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,

h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,

ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi.”

*metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veriyi, ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere MSY m.4/1-(a) bendi uyarınca yazılımlar açıkça dijital veri kapsamında sayılmıştır. Bu nedenle MSY m.5/1-(i) ve (j) bentlerinin mesafeli sözleşme niteliğine sahip paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanması gerekmektedir.

#### **a) Dijital İçeriğin İşlevselliği Etkileyebilecek Nitelikteki Koruma Önlemleri**

MSY m.5/1-(i) bendinde konusu dijital içerik olan mesafeli sözleşmeler açısından satıcı veya sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğünün konusunu teşkil eden *"dijital içeriğin işlevselliğini etkileyebilecek nitelikteki koruma önlemleri"*nin neler olduğuna dair herhangi bir tanımlama yapılmamıştır<sup>751</sup>. Buna paralel şekilde MSY'nin kaynağını teşkil eden 2011/83 sayılı Tüketici Haklarına İlişkin AB Direktifi'nin 19 numaralı paragrafında da dijital içeriğin kullanımına etki eden teknik koruma önlemlerine ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak bu paragraf içerisinde *"Dijital Hakların Yönetimi"*<sup>752</sup> ("*Digital Right Managements*") ve bölge kodu kısıtlamaları ile getirilen dijital içeriğe yönelik önlemler örnek olarak sayılmıştır<sup>753</sup>. Bu kapsamda bir yazılımın sadece kısıtlı sayıdaki bilgisayarda kullanılmasına ilişkin bir sınırlama, yazılımın sadece bir kişi tarafından çevrim içi kimlik doğrulama sistemi ("*online authentication*") yoluyla kullanılabilmesi ve dijital içeriğin kullanılmasına yönelik otomatik hale getirilmiş tüm benzeri kısıtlamalar hakların dijital yönetimi kapsamında getirilen teknik koruma önlemleri olarak nitelendirilmektedir<sup>754</sup>.

Kanaatimizce MSY'nin mehzazı niteliğindeki 2011/83 sayılı AB Direktifi'nde dijital içeriğin işlevselliğini etkileyebilecek koruma önlemlerinin ucu açık bir biçimde örnek göstermek suretiyle tanımlanması ve MSY'de herhangi bir tanım bulunmaması sebebiyle yazılımın kullanımını herhangi bir şekilde kısıtlayan tüm otomatik hale

<sup>751</sup> MSY m.5/1-(i): *"Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,"*

<sup>752</sup> ("*Dijital Hak Yönetimi iki ayrı işlevi açıklar. Bunlardan birincisi, eser üzerindeki hakların ve hak sahiplerinin dijital ortamda tanımlanması ve belirlenmesi; diğeri ise eser üzerindeki hakka dayanarak kullanım ve erişimin denetlenmesidir.*") Bkz. İbrahim Emre Bayamlioğlu, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma Bilişim ve Eser Koruması, WIPO, AB, ABD ve Türkiye'de Teknolojik Önlemler DRM, Hukuki ve Sosyal Sonuçlar**, XII Levha, 1. Baskı, İstanbul 2008, s.302. vd.

<sup>753</sup> Bkz. 25.10.2011 Tarih 2011/83 sayılı Tüketici Haklarına İlişkin Direktif 19 numaralı paragraf (Erişim Tarihi:06.05.2022)

<sup>754</sup> Bayamlioğlu, s.305 vd.

getirilmiş dijital önlemler bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına dahil tutulmalıdır. Örneğin bir yazılımın sadece kısıtlı sayıda bilgisayarda kullanılması<sup>755</sup> veya yazılımın belirli özelliklerinin tüketici tarafından kullanılabilmesi için tüketiciden farklı lisans bedellerinin talep edilmesi durumunda tüketicinin bu konuda bilgilendirilmesi MSY'nin 5. maddesinin (i) bendi uyarınca zorunlu kabul edilmelidir.

## b) Sistem Gereksinimleri ve Yazılım Uyumu

Bir yazılımın lisans alan tarafından kullanılabilmesi için o yazılımın yükleneceği donanım ve birlikte çalışacağı yazılımlar ile uyumlu olması zorunludur<sup>756</sup>. Örneğin işletim sistemi “*android*” olan bir akıllı telefona “*ios*” işletim sistemi üzerinde çalışması için meydana getirilmiş bir yazılımın yüklenmesi halinde bu yazılım lisans alan tarafından kullanılamayacaktır. Aynı şekilde işlemci birimi 32 bit olan bir donanım içerisinde 64 bit ile işlem yapan bir yazılımın çalışması mümkün değildir. Bu açıdan son derece teknik bir konu olan sistem gereksinimi ve yazılım uyumu konusunda teknik bilgiden yoksun olan tarafın sözleşme öncesinde aydınlatılması gereklidir. Aksi takdirde tüketicinin yazılımı kullanması mümkün olmayacaktır. Taşıdığı bu önem sebebiyle lisans verenin sözleşme öncesinde sistem gereksinimleri ve yazılım uyumu konusunda lisans alanı bilgilendirme yükümlülüğü MSY’de açıkça düzenlenmiştir.

MSY’nin m.5/1-(j) bendi uyarınca, satıcı veya sağlayıcı bildiği ya da makul olarak bilmesi beklenen ölçüde, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceği konusunda tüketiciyi bilgilendirmekle yükümlüdür<sup>757</sup>. Benzer bir hüküm 2011/83 sayılı AB Direktifi’nin 19. paragrafında da yer almaktadır<sup>758</sup>. Söz konusu hüküm mesafeli sözleşme niteliğine sahip paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulacaktır.

<sup>755</sup> Yazılım üreticileri günümüzde aynı yazılımı tüketici tarafından kullanılacak ek özelliklere göre farklı lisans bedeli ile piyasaya sürmektedir. Bu kapsamda özellikle kullanıcı sayısının sınırlanması, yazılımın bazı özelliklerinin kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. Bkz. <https://www.microsoft.com/tr-tr/microsoft-365/buy/compare-all-microsoft-365-products> (Erişim Tarihi:06.05.2022); <https://www.kaspersky.com.tr/home-security> (Erişim Tarihi:06.05.2022)

<sup>756</sup> Brokshear, s.110; Khanna, s.39; Shelly/Vermaat, s.261.

<sup>757</sup> MSY m.5/1-(j): “*Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,*”

<sup>758</sup> 25.10.2011 Tarih 2011/83 sayılı Tüketici Haklarına İlişkin Direktif 19 numaralı paragraf bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/> (Erişim Tarihi:06.05.2022)

Lisans verenler, MSY m.5/1-(j) bendinde düzenlenen bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirebilmek için çoğunlukla teknolojik koruma önlemlerinden faydalanmaktadır. Bu kapsamda lisans verenler, kullanıcıların yazılımı indirdikleri internet sitesine otomatik hale getirilmiş denetleme sistemleri kurmaktadır. Söz konusu denetleme sistemleri kullanıcı yazılımı bilgisayarına indirmeden önce o yazılımın kullanıcının bilgisayarına uygun olup olmadığını denetlemektedir.

Eğer yazılım kullanıcının bilgisayarına uyumlu değilse denetleme sistemi yazılımın indirilmesine izin vermemekte ve kullanıcıyı indirilecek olan yazılımın donanımına uyumlu olmadığı konusunda uyarmaktadır. Kullanılan bu teknolojik koruma önlemleriyle lisans verenler lisans alanların sahip oldukları donanımına uyumlu olan yazılımı edinmesini temin etmektedir.

### 3) Mesafeli Sözleşmeler Dışındaki Sözleşmeler Açısından Bilgilendirme Yükümlülüğü

Mesafeli sözleşmeler haricinde yazılımları konu edinen sözleşmeler açısından lisans verenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin olarak TBK veya FSEK’te açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle mesafeli sözleşme niteliğinde olmayan paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından tarafların özellikle de lisans verenin lisans alanı bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışlar (culpa in contrahendo) çerçevesinde değerlendirme konusu yapılmalıdır<sup>759</sup>.

Doktrinde sözleşme görüşmelerine başlamasıyla yani taraflar arasında sosyal temasın başlaması ile birlikte birbirlerine karşı koruma yükümlülüklerinin doğacağı kabul edilmektedir<sup>760</sup>. Tarafların bu koruma yükümlülüğünün kaynağını MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır<sup>761</sup>. Tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla ortaya çıkan bu koruma yükümlülükleri paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Tarafların özellikle birbirlerini yazılımın yükleneceği

<sup>759</sup> Yıldırım, **Standart**, s.184; Şahan, s.35.

<sup>760</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.38; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.221 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.642; Eren, **Genel Hükümler**, s.1255.

<sup>761</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.38; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.221; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.641; Eren, **Genel Hükümler**, s.1255.

donanımın özellikleri, yazılımın ne amaçla kullanılacağı, yazılımla birlikte çalışacak olan diğer yazılımlara ilişkin teknik bilgiler gibi konularda bilgilendirmesi önem arz etmektedir. Ancak tarafların birbirlerini bilgilendirme yükümünün kapsamı mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi açık bir düzenlemeyle belirlenmemiştir. Bu nedenle tarafların bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Örneğin bir fabrikada üretim araçlarını kontrol eden bir yazılımın edinilmesi için yapılacak sözleşme ile basit bir maliye yazılımı için gereken bilgilendirmenin kapsamı aynı olmayacaktır.

Belirtilmelidir ki sözleşme görüşmeleri esnasındaki bilgilendirme yükümü hem lisan alan hem de lisans verene ait karşılıklı bir yükümlülüktür. Ancak lisans veren teknik bilgi ve uzmanlık açısından lisans alana göre daha bilgilidir. Bu nedenle lisans verenin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının lisans alana göre daha geniş tutulması taraf menfaatleri açısından adil bir çözüm olacaktır<sup>762</sup>.

#### 4) Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonucu

TKHK ve MSY kapsamında mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak öngörülen bilgilendirme yükümlülükleri tüketicilerin sözleşme süreci açısından geleneksel sözleşme yapma biçimlerine yakın şekilde bilgilendirilmesini amaçlanmaktadır<sup>763</sup>. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülükleri ile mesafeli bir sözleşme ilişkisi içerisine girecek olan tüketiciye sözleşmenin sonuçları konusunda açıkça bilgi verilmek suretiyle düşünme imkanı tanınmaktadır<sup>764</sup>.

MSY'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mesafeli sözleşme kurulmasından veyahut buna karşılık gelen herhangi bir teklif kabul edilmeden önce satıcı veya sağlayıcının hangi konularda tüketiciyi bilgilendirilmesi gerektiği açıkça öngörülmüştür<sup>765</sup>. MSY'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tüketicinin bilgilendirilmesi gereken hususlar genel olarak sözleşme konusu mal veya hizmete,

<sup>762</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.222 vd. ("Eğer taraflardan biri (mesela bir iş adamı, nitelikli bir satıcı, tacir), diğer tarafın elde edemeyeceği veya anlayamayacağı bilgilere sahipse, bu ödevin daha geniş olacağı kabul edilir.")

<sup>763</sup> Çabri, s.876 vd.; Uzun Kazmacı, s.2802; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.197.

<sup>764</sup> Uzun Kazmacı, s. 2804.

<sup>765</sup> Çabri, s.876 vd.; Uzun Kazmacı, s.2802; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.197.

satıcı veya sağlayıcının kimlik ve adreslerine, tüketici tarafından yapılacak ödeme ve uyumsuzluk halinde başvurulacak makamlara ilişkindir.<sup>766</sup>

MSY m.5/1’de düzenlenen bilgilendirme yükümlülüklerinden olan “*cayma hakkı*”na ilişkin bilgilendirmenin yapılmaması halinde yaptırımının ne olacağı açıkça düzenlenmiştir<sup>767</sup>. Buna paralel şekilde satıcı veya sağlayıcının, siparişin açıkça ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği konusunda tüketiciyi açık ve anlaşılır biçimde bilgilendirmediği durumlarda tüketicinin açıkça sözleşme ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir<sup>768</sup>. Ancak tüketicinin diğer hususlarda bilgilendirilmemesi dolayısıyla MSY m.5 (j) ve (i) bendinde yer alan “*dijital içeriğin işlevselliğini etkileyebilecek nitelikteki koruma önlemleri*” ile “*donanım ve yazılım uyumu*” konusunda bilgilendirilmediği hallerde bunun yaptırımının ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir.

Doktrinde “*cayma hakkı*” ve “*ödeme yükümlülüğü*” haricindeki hususlarda tüketicinin bilgilendirmemesi durumunda sadece TKHK m.77/1’de yer alan idari para cezalarının uygulanabileceği ve buna ek olarak bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın ayıplı ifaya yol açması durumunda ayıba ilişkin hakların kullanılabilmesi ve genel hükümlere göre tüketicinin tazminat hakkının saklı olduğu belirtilmektedir<sup>769</sup>. Bu kapsamda paket yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü teşkil eden MSY m.5 (j) ve (i) bentlerine aykırı davranışların yaptırımı idari para cezası, ayıplı ifa hükümlerine başvurulması ya da genel hükümlere göre tazminat talep edilmesi olacaktır.

Mesafeli sözleşme olmayan paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise tarafların bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın sonucu sözleşme öncesi kusurlu davranışlardan doğan sorumluluk uyarınca belirlenecektir. Bu sözleşmeler açısından sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın sonucu tazminat talebinden

<sup>766</sup> Uzun Kazmacı, s.2803; Çabri, s.876 vd.

<sup>767</sup> Bkz. TKHK m.48/4: “...Tüketici, *cayma hakkı* konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, *cayma hakkını* kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir.” ve MSY m.10/1: “Satıcı veya sağlayıcı, *cayma hakkı* konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, *cayma hakkı* konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, *cayma hakkını* kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Bu süre her hâlükârda *cayma süresinin* bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.”

<sup>768</sup> MSY m.8/1: “Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir.”

<sup>769</sup> Uzun Kazmacı, s.2803; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.594.

ibarettir<sup>770</sup>. Ancak sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi somut olayda irade sakatlığı, ayıplı ifa gibi özel hükümlerin uygulanmasını gerektiriyorsa bu hükümlerde uygulanması mümkün olacaktır<sup>771</sup>.

## C. TARAFLARIN SÖZLEŞME İLE KANUNDAN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### 1) Daimi Paket Yazılım Lisans Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükler

#### a) Lisans Veren Yükümlülükleri

##### aa) Yazılımın Çoğaltılmış Bir Nüshasının Lisans Alana İletilmesi

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde, yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının lisans alana iletilmesi lisans verenin sözleşmeden doğan asli yükümlülüğüdür<sup>772</sup>. Lisans alan yazılımın bir sureti kendisine iletilmeden yazılımı kullanma imkanına sahip değildir.

Lisans veren tarafından iletilmesi gereken, yazılımın nesne kodu formatında çoğaltılmış bir nüshasıdır<sup>773</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmesinde yazılımın bir suretinin lisans alana iletilmesi, internet ortamında veri aktarımı yoluyla veya bir veri taşıyıcısına yüklenerek veri taşıyıcısının teslim edilmesi suretiyle gerçekleşebilir<sup>774</sup>. Ancak yazılımın bir veri taşıyıcısına kaydedilerek bu veri taşıyıcısının teslimi suretiyle yazılımı iletmeye yükümlülüğünün ifa edilmesi uygulamada sık rastlanılan bir durum değildir.

<sup>770</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.498; Eren, **Genel Hükümler**, s.1254; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.641; Nomer, s.459; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.119.

<sup>771</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.499; Eren, **Genel Hükümler**, s.1259; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.641.

<sup>772</sup> Sivacıoğlu, s.146. (“*The core obligation of software licensor is to provide digital materials in usable form to the licensee.*”) Aksi görüş için bkz. Yıldırım, **Standart**, s.132. *Yıldırım* paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin temel yükümlülüğünün yazılım üzerindeki mülkiyet hakkının devri olduğunu belirtmektedir. Ancak biz yazılımlar üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaması sebebiyle bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>773</sup> Nesne kodu ve kaynak kodu arasındaki farklar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. I. Bölüm-A-2-C-(cc).

<sup>774</sup> Yıldırım, **Standart**, s.131; Sivacıoğlu, s. 146; Erişgin, s. 61; Erkekoğlu, s.65.

Zira günümüzde internet veri aktarım hızının yüksek olması sebebiyle paket yazılım lisans sözleşmesi akdedildiği anda yazılım lisans alanın bilgisayarına internet üzerinden iletilmektedir. Yazılımın bir nüshasının internet üzerinden iletildiği hallerde yazılım doğrudan lisans alanın bilgisayarının ana hafızasına kaydedilmektedir<sup>775</sup>.

Yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının lisans alana iletilmesi lisans verenin asli edim yükümlülüğüdür<sup>776</sup>. Bu yükümlülük lisans alanın lisans bedeli ödeme yükümlülüğünün karşılığını oluşturmaktadır<sup>777</sup>. Lisans verenin yazılımın bir suretini lisans alana iletme yükümlülüğü taşınır satışlarında satıcının asli edim yükümlülüğünü belirleyen TBK m.210 ile paralellik göstermektedir<sup>778</sup>. TBK m.210'da; "*Satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür.*" denilmek suretiyle, satıcının sözleşme konusu üzerinde zilyetliği ve mülkiyeti alıcıya devretmesinin onun asli yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir<sup>779</sup>. Ancak yazılımların cismani bir varlığa sahip olmamaları nedeniyle daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde "*zilyetliğin devri*" ve "*mülkiyeti geçirme*" borcundan söz edilemeyecektir. Bu tür sözleşmelerde satıcının borcu zilyetliğin ve mülkiyetin devri değil alıcının sözleşme konusundan tam olarak yararlanmasını sağlayacak şekilde devri yani yazılımın bir suretinin iletilmesidir<sup>780</sup>.

Sözleşme akdedildikten sonra yazılımın lisans alanın tam olarak yararlanabileceği şekilde hakimiyet alanına girmesiyle birlikte, lisans veren yazılımın bir suretinin iletilmesi yükümlülüğünü ifa etmiş olacaktır<sup>781</sup>. Edimin ifası açısından

<sup>775</sup> Yazılımın çoğaltılmış bir nüshasının internet üzerinden lisans alanın bilgisayarının ana hafızasına kaydedilmesi indirme ("*download*") işlemi olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Dalyan, s.133; Erkekoğlu, s.78; Bainbridge, **Computer**, s.19; Reed, s. 458; Rowland/Mcdonald, s.15.

<sup>776</sup> Asli edim yükümlülükleri sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ana muhtevasını belirleyen ve doğrudan doğruya ifası dava edilebilen edimlerdir. Bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s.30 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.35; Hatemi/Gökyayla, s.26; İbrahim Aydın, **Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2013, s.43.

<sup>777</sup> Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların asli edimlerinin karşılıklı ilişki (synallagma) içerisinde olduğunu yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s.33; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.45; Aydın, s.44.

<sup>778</sup> Yıldırım, **Standart**, s.132. Yazar daimi paket yazılım lisans sözleşmesinin konusunun yazılımın nüshası üzerindeki mülkiyet hakkının devri olduğunu belirtmektedir.

<sup>779</sup> Aral/Ayrancı, s.123; Eren, **Özel Hükümler**, s.59.

<sup>780</sup> Satım sözleşmesinin konusunun eşya olmadığı durumlarda sözleşme gereği satıcının asli borcunun sözleşme konusu değer üzerinde alıcının tam bir yararlanma sağlayacak şekilde devredilmesi olduğu yönünde bkz. Aral/Ayrancı, s.123; Eren, **Özel Hükümler**, s.62; Ögüz, s.95; Serozan/Baysal/Sanlı, s.171.

<sup>781</sup> Sivacıoğlu, s.146. Yazar lisans verenin temel yükümlülüğünün yazılımın kullanılabilir bir formattaki suretinin lisans alana sağlanması olduğunu belirtmektedir.



yazılımın kullanılabilir bir suretinin lisans alanın hakimiyet alanına girmesi gerekli ve yeterlidir. Örneğin yazılımın lisans verenin donanımına ulaştığı ancak henüz lisans alan tarafından yazılımın kurulumunun yapılmadığı durumda, lisans veren yazılımın bir suretinin iletilmesi yükümlülüğünü ifa etmiş demektir.

#### **bb) Yazılımın İletilen Nüshası Üzerinde Süresiz Çoğaltma Yetkisi Tanınması**

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin asli edim yükümlülüklerinden bir diğeri ise lisans alana iletilen yazılım nüshası üzerinde çoğaltma yetkisi tanınmasıdır<sup>782</sup>. Yazılımların diğer eser türlerinden farklı şekilde sadece kullanılabilmesi için çoğaltma yetkisinin tanınmasının gerekmesi bu sözleşmeler açısından lisans verenin iletilen suret üzerinde çoğaltma yetkisi vermesini gerekli kılmaktadır.

Lisans veren tarafından lisans alana sözleşmede tanınan çoğaltma yetkisi genellikle yazılımın kullanılması için gerekli olan çoğaltma ve yazılımın bir yedek kopyasının çıkarılması ile sınırlıdır. Uygulamada sözleşmeye konu edilen yazılım üzerindeki çoğaltma yetkisinin lisans alan tarafından yazılımın kullanılması amacıyla sınırlı olduğu ve sözleşmede belirtilen haller dışında yazılım üzerinde çoğaltma yetkisinin kullanılması halinde lisans alanın bu tür fiillerinin hukuka aykırı olduğu yönünde kayıtlara rastlanmaktadır. Lisans verenler tarafından koyulan bu tür kayıtlar, yazılımın lisans veren tarafından hukuka aykırı kullanımını önlemek amacıyla koyulan kayıtlar niteliğindedir.

Yazılım üzerinde çoğaltma yetkisi tanınması, tamamen yazılımın kullanılması ile ilgili olduğundan paket yazılım lisans sözleşmesinin daimi yani süresiz olarak akdedildiği hallerde lisans alana tanınan çoğaltma yetkisi de daimi niteliktedir. Taraflar daimi paket yazılım lisans sözleşmesinde lisans alana çoğaltma yetkisi verileceği konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiş olsalar dahi lisans alan yazılımı hukuki yollardan iktisap ettiği sürece bu hakka sahip olacaktır. Kanun koyucu FSEK m.38’de yazılımların kullanımı için gerekli olan çoğaltma yetkisini, sözleşmede bu

---

<sup>782</sup> Yıldırım, **Standart**, s.136. Yazar haklı olarak yazılımın devredilen nüshası üzerinde lisans alana çoğaltma yetkisi tanınmasının sözleşmenin zorunlu unsuru olduğunu belirtmektedir.

yönde bir hüküm bulunmasa dahi kanunen belirli şartlar dahilinde yazılımı edinen kimseye tanımaktadır<sup>783</sup>.

### cc) Yazılıma İlişkin Bilgi ve Belgeleri Sağlama Borcu

Daimi paket yazılım lisans sözleşmesi açısından lisans verenin yazılımın bir suretinin iletilmesi ve bu suret üzerinde çoğaltma yetkisi tanınmasına ek olarak yazılıma ilişkin bilgi ve belgeleri sağlama borcu da bulunmaktadır<sup>784</sup>. Lisans verenin yazılıma ilişkin bilgi ve belgeleri sağlama borcu esasen yazılımın bir suretinin iletilmesi borcunun doğal bir sonucudur. Bu yan yüküm satış sözleşmelerinde söz konusu olan satım konusuna ilişkin gerekli bilgi ve belgeleri sağlama borcu ile paralel niteliktedir<sup>785</sup>. Yazılıma ilişkin bilgi ve belgelerin lisans alana sağlanması borcu bir asli borç niteliğinde değil yan yüküm niteliğindedir. Yan yükümler, sözleşmenin tipini belirleyen asli borcun ifasını kolaylaştıran ve onun tam olarak ifa edilebilmesi için gerekli olan yükümlülüklerdir<sup>786</sup>. Yan yükümler kanundan, sözleşmeden veyahut dürüstlük kuralından doğabilir<sup>787</sup>.

Daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından yazılıma ilişkin bilgi ve belgelerin lisans alana sağlanması borcu dürüstlük kuralına dayanmakla birlikte paket yazılım lisans sözleşmemesinin tüketici işlemi olduğu hallerde lisans verenin bilgi ve belgeleri sağlama borcu doğrudan yönetmelik hükümlerine dayanmaktadır. TKHK uygulama alanına giren olaylar açısından bilgi ve belgeleri sağlama borcunu açıkça öngörmüştür<sup>788</sup>.

TKHK m.55/1'e göre tüketicinin kullanımına sunulan malların tanıtım, kullanım, kurulum, bakım ve basit onarımına ilişkin Türkçe tanıtma ve kullanma

<sup>783</sup> Bkz. III. Bölüm-C-3-a vd.

<sup>784</sup> Yıldırım, **Standart**, s.150. Ayrıca ısmarlama yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımı imal eden tarafın iş sahibini bilgilendirme yükümlülüğü konusunda bkz. Şahan, s.36 vd.

<sup>785</sup> Satış sözleşmelerinde satım konusuna ilişkin bilgi ve belgeleri sağlama borcu hakkında bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.65; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.96; Aral/Ayrancı, s.127; Serozan/Baysal/Sanlı, s.171.

<sup>786</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.122; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.100; Eren, **Genel Hükümler**, s.39; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.95; Aral/Ayrancı, s.128.

<sup>787</sup> Tandoğan, **C:I/1**, s.122; Eren, **Genel Hükümler**, s.39; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.95; Aral/Ayrancı, s.93; Aydın, s.57;

<sup>788</sup> Aral/Ayrancı, s.128; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.198 vd.; Çabri, s.1035.

kılavuzuyla satışa sunulması zorunludur. Aynı maddenin 5. fıkrasında hangi malların tanıtma ve kullanma kılavuzu ile satışa sunulacağının yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir.

29029 sayılı 13.06.2004 tarihli “*Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği*” uyarınca yazılımlar da tanıtma ve kullanma kılavuzuyla birlikte tüketicilere sunulmadır. Çünkü yönetmeliği 6. maddesinde tanıtma ve kullanma kılavuzu düzenleme zorunluluğu bulunmayan mallar arasında yazılımlar yer almamaktadır<sup>789</sup>. Yazılımlar tanıtma ve kullanma kılavuzu düzenleme zorunluluğu bulunmayan mallardan olmadığı için yazılımlarla birlikte tanıtma ve kullanma kılavuzu lisans alana sağlanmalıdır.

Lisans veren yazılıma ait bilgi ve belgeleri kağıt üzerinde yazılı şekilde veya kalıcı veri saklayıcısına yüklü şekilde lisans alana iletmek suretiyle bu borcunu yerine getirebilir<sup>790</sup>. Söz konusu düzenleme uyarınca TKHK kapsamına giren paket yazılım

<sup>789</sup> Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği m.6: “*Aşağıda belirtilen mallar için tanıtma ve kullanma kılavuzu düzenlenmesi zorunlu değildir:*

- a) Her çeşit metal, PVC, polietilen ve benzeri plastik boru ve bağlantı parçaları ile cıvata, kelepçe, vida, saplama, somun, çivi, pim ve benzeri bağlama elemanları,
- b) Kağıt, kalem, silgi ve benzeri kırtasiye malzemeleri,
- c) Kürek, bel, kazma, tırmık, el arabası ve benzeri tarım aletleri,
- ç) Pense, tornavida, çekiç, keski, testere, makas ve benzeri mekanik el aletleri,
- d) Mendil, kemer, pantolon askısı, düğme, fermuar ve benzeri giyim aksesuarları,
- e) Tuğla, kiremit, briket gibi inşaat malzemeleri ile dökme olarak satılan çimento, kireç, kum, çakıl, kömür ve benzeri mineral ve ürünler,
- f) Çatal, kaşık, kepçe, bıçak, tabak, bardak ve benzeri mutfak eşyaları ile makas, vazo ve saksı gibi ev eşyaları,
- g) El sanatları, kuyumculuk ve benzeri diğer sanatsal ürünler,
- ğ) Şerit metre, kumpas, gönye ve benzeri mekanik ölçü aletleri,
- h) Servis istasyonlarınca değiştirilen yedek parçalar,
- ı) Malın özelliğine ve tüketiciye sunulmuş şekline göre ambalaj içerisinde satılan ve ambalajında özellikleri ve kullanım şekli belirtilen;
- 1) Makine yağı, antifriz, hidrolik yağı, kibrit, gübre, tiner, vernik, boya incelticileri, kozmetik ve diğer kimyevi ürünler,
- 2) Boya, çimento, kireç ve benzeri ürünler,
- 3) Yiyecek ve içecek gıda maddeleri,
- 4) Temizlik maddeleri,
- 5) Kömür ve benzeri yakacak maddeleri.

<sup>790</sup> Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği m.5/2: “*Tanıtma ve kullanma kılavuzu açık, sade, anlaşılabilir bir dilde ve okunabilir şekilde düzenlenir ve kağıt üzerinde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir.*” Ayrıca “kalıcı veri saklayıcısı” tanımı için aynı yönetmeliğin m.4/1-(c) bendi: “*Kalıcı veri saklayıcısı: Tüketicinin kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, cd, dvd, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı, ifade eder.*”

lisans sözleşmelerinde lisans verenin yazılıma ilişkin bilgi ve belgeleri sağlama borcu ilgili yönetmelik uyarınca belirlenecektir. TKHK kapsamı dışında kalan sözleşmeler için ise lisans verenin sorumluluğu dürüstlük kuralı uyarınca somut olayın şartları dikkate alınarak değerlendirme konusu yapılacaktır.

## b) Lisans Alanın Yükümlülükleri

### aa) Lisans Bedeli Ödeme Yükümlülüğü

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın asli edim yükümlülüğü, sözleşmede belirlenmiş olan para borcunun ödenmesidir<sup>791</sup>. Lisans alan tarafından ödenecek bu bedel farklı şekillerde isimlendirilebilmektedir<sup>792</sup>. Ancak biz lisans veren tarafından ödenen bedeli “*lisans bedeli*” olarak isimlendirmekteyiz.

Lisans bedeli, daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinden farklı olarak bir kere de ödenmektedir<sup>793</sup>. Lisans bedeli ödeme yükümlülüğü bir para borcudur. Bunun sonucu olarak lisans bedelinin paradan başka bir şey olarak belirlendiği hallerde sözleşmenin niteliği değişecektir<sup>794</sup>.

Daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri satış sözleşmesine benzerlik göstermektedir. Satış sözleşmelerinde satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu ile alıcının satış bedelini ödeme borcu karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi içerisindedir<sup>795</sup>. Bu karşılıklılık ilişkisi paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da geçerli olmakla birlikte bu sözleşmelerde, lisans verenin lisans bedeli ödeme yükümlülüğü ile lisans verenin sözleşme konusu yazılımın bir suretinin iletilmesi ve

<sup>791</sup> Yıldırım, **Standart**, s.156; Erişgin, s.54; Sivacıoğlu, s.154; Erkekoğlu, s.89; Bainbridge, **Computer**, s.297; Determaan/Fellmeth, s.15.

<sup>792</sup> Doktrinde Yıldırım “*satış bedeli*” ve “*program bedeli*” terimlerini kullanmaktadır. Bkz. Yıldırım, **Standart**, s.157 vd. Sivacıoğlu ise “*license fee/lisans bedeli*” terimini kullanmaktadır. Bkz. Sivacıoğlu, s.154 vd. Yabancı doktrinde ise genellikle “*royalty/telif*” ve “*license fee/lisans bedeli*” terimleri kullanılmaktadır bkz. Reed, s.440; Determaan/Fellmeth, s.15 vd.; Bainbridge, **Software**, s.154.

<sup>793</sup> Lisans bedelinin tek seferde ödenmesi ve dönemsel olarak ödenmesi durumunda sözleşmenin ani ve sürekli edimli olma niteliğine etkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. Bölüm-C-1.

<sup>794</sup> Satış sözleşmelerinde satım konusu malın karşılığının paradan başka bir şey olarak belirlenmesi halinde sözleşmenin niteliğinin “*mal değişim(trampa)*” olacağı yönünde bkz. Tandoğan, **C:I/1**, s.336; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s. 55; Zevkliler/Gökyayla, s.38; Eren, **Özel Hükümler**, s.37; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s. 107.

<sup>795</sup> Eren, s.159; Zevkliler/Gökyayla, s.38.

bu nüsha üzerinde çoğaltma hakkı tanınması yükümlülüğü karşılıklı ilişki içerisindedir.

Satış sözleşmelerine ilişkin TBK m.207/3 uyarınca bir satış sözleşmesinde satış bedelinin durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olduğu hallerde, satış bedeli kararlaştırılmış sayılmaktadır<sup>796</sup>. Sözleşmede satış bedeli kararlaştırılmadığı hallerde satış fiyatı TBK m.233/1 kapsamında ifa yeri ve zamanındaki piyasa satış fiyatına göre belirlenmektedir<sup>797</sup>. Doktrinde bu hükümlerden hareketle satış sözleşmeleri açısından satış bedelinin açıkça belirlenmiş olması zorunluluğu bulunmadığı belirtilmektedir<sup>798</sup>. Kanaatimizce TBK m.233/1'in daimi paket yazılım lisans sözleşmelerine kıyasen uygulanması mümkündür<sup>799</sup>. Başka bir deyişle daimi paket yazılım lisans sözleşmesinden lisans bedelinin açıkça kararlaştırılmadığı ancak TBK m.223/1'e göre belirlenebilir olduğu durumlarda lisans bedeli bu hükme göre belirlenecektir. Ancak belirtilmelidir ki uygulamada büyük çoğunlukla daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin ödeyeceği bedel açıkça kararlaştırılmaktadır.

#### bb) İfaya Katılma Yükümlülüğü

Genel olarak bir borcun ifa edilebilmesi için alacaklının ifaya katılımına gerek duyulmamaktadır. Ancak bazı borçların ifa edilebilmesi için borçlunun borcun ifasına katılmasına ihtiyaç duyulabilir<sup>800</sup>. Alacaklının borcun ifasına katılması özellikle verme ve yapma borçları açısından söz konusu olur<sup>801</sup>.

Borcun ifa edilebilmesi için alacaklının, ifa yerini göstermek, bir yeri hazırlamak veya açmak, tamamlayıcı talimatlar vermek, belge sağlamak, şeyi

<sup>796</sup> TBK m.207/3: “Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.”

<sup>797</sup> TBK m.233/1: “Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.”

<sup>798</sup> Tandoğan, C:I/1, s.90; Eren, **Özel Hükümler**, s.36; Serozan/Baysal/Sanlı, s.235; Aral/Ayrancı, s.213; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.55; Zevkliler/Gökyayla, s.41.

<sup>799</sup> Yıldırım, **Standart**, s.158 (“Sözleşmede bedel konusunda bir hüküm yoksa, ifa yeri ve ifa anındaki pazar fiyatı esas alınır.”)

<sup>800</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.276; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.485; Eren, **Genel Hükümler**, s.1034; Nomer, s.372; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.687; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.860.

<sup>801</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.276; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.687; Eren, **Genel Hükümler**, s.1129.

ferdileştirmek gibi birtakım fiilleri yerine getirmesi veya bir hukuki işlem yapması gerekebilir<sup>802</sup>. Alacaklının borçlunun borcunu ifa etmesi için yapması gereken hazırlık fiillerini gerçekleştirmesi ve gereği gibi önerilen edimi kabul etmesi “*katılma fiili*” niteliğindedir<sup>803</sup>. Alacaklının ifaya katılma fiili genellikle “*dar anlamda katılma fiili*” ve “*geniş anlamda katılma fiili*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda katılma fiili alacaklının önerilen edimi kabul etmesidir<sup>804</sup>. Geniş anlamda katılma fiili ise alacaklının borçlunun borcunu ifa etmesi için gereken hazırlık fiillerini yerine getirmesidir<sup>805</sup>. Alacaklının hem geniş anlamda katılma fiili olan hazırlık fiillerini yerine getirmemesi hem de dar anlamda katılma fiili olan edimin kabulünü gerçekleştirmemesi halinde temerrüt söz konusu olacaktır.

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin yazılımın çoğaltılmış bir suretini iletme borcu niteliği itibarıyla bir verme borcudur. Bu kapsamda daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın yani alacaklının ifaya hazırlık fiillerine katılma yükümlülüğü ve yazılımın iletilmesini kabul etme yükümlülüğünün olduğu durumlar ortaya çıkabilecektir<sup>806</sup>.

Satış sözleşmelerinde söz konusu olan satılanı devralma yükümlülüğü, paket yazılım lisans sözleşmelerinde iletilen yazılımın kabul edilmesi yani lisans alanın yazılımın hakimiyet alanına girmesine izin vermesi yükümlülüğüne paralel niteliktedir<sup>807</sup>. Lisans konusu yazılımın, yüksek veri boyutuna sahip olduğu hallerde lisans alanın kullandığı internet kapasitesinin yazılımın nüshasının iletilmesine yetecek niteliğe sahip olması, doğrudan veri aktarımı ile yazılımın nüshasının iletildiği

<sup>802</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.276; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.485; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.687.

<sup>803</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.276; Eren, **Genel Hükümler**, s.1130; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.687; Burcu Zengin Özküçükparlak, **Alacaklı Temerrüdünün Şartları, Hükümleri ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, Doktora Tezi, s.97.

<sup>804</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1130; Zengin Özküçükparlak, s.97.

<sup>805</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1130; Zengin Özküçükparlak, s.97.

<sup>806</sup> Yıldırım, **Standart**, s.161 vd.

<sup>807</sup> Satış sözleşmesinde alıcının satılanı devralma yükümlülüğünün (kabzetme yükümlülüğü) satım konusunun alıcının hakimiyet alanına girmesi ile ifa edileceği yönünde bkz. Tandoğan, **C:1/1**, s.208; Eren, **Özel Hükümler**, s.169; Serozan/Baysal/Sanlı, s.246; Aral/Ayrancı, s.227. *Kılıçoğlu* satım konusunun maddi varlığa sahip olmadığı hallerde, satım konusunu devralma değil satım konusunun kullanılması borcu olduğunu belirtmektedir. Ancak paket yazılım lisans sözleşmelerinde, yazılımın bir suretinin iletilmesi yükümlülüğü sebebiyle bu sözleşmeler açısından biz kullanma değil yazılımın suretinin kabul edilmesi yükümlülüğü bulunduğu kanaatindeyiz. Öyle ki lisans alanın yazılımın suretini kabul ettikten sonra bu yazılımı kullanıp kullanmaması lisans veren açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Bkz. Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.106.

hallerde internet bağlantısının açık tutulması, lisans alanın belirli bir donanım edinmesi zorunluluğu gibi durumlar lisans alanın ifaya hazırlık fiillerine katılımına örnek olarak gösterilebilir.

Satış sözleşmelerinde alıcının borçlarını tanımlayan TBK m.232/1 alıcının borçlarının semen borcunu ödemek ve satılanı devralmak olduğunu düzenlemektedir<sup>808</sup>. TBK m.232/1’de her ne kadar alıcının satılanı devralmakla yükümlü olduğu şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olsa da doktrinde satım konusunun devralınmasının alıcının asli borcu olup olmadığı tartışmalıdır<sup>809</sup>.

Satış sözleşmeleri ile daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri arasındaki benzerliğe daha önce değinmiş bulunmaktayız. Bu benzerlik nedeniyle satış sözleşmelerinde satıcının satılanı devralma (kabul etme) borcunun bir “*asli borç*” veya “*külfet*” olarak nitelendirilmesi paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanacak temerrüt hükümleri açısından da önem arz etmektedir. Satış sözleşmelerinde alıcının devralma borcuna yönelik bu tartışma ve paket yazılım lisans sözleşmesinde temerrüt tezimiz ileriiki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelendiğinden bu bölümde genel bilgi vermekle yetinmekteyiz<sup>810</sup>.

## 2) Süreli Paket Yazılım Lisans Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükler

### a) Lisans Veren Yükümlülükleri

#### aa) Yazılımın Bir Nüshasının Öngörülen Kullanım Amacına Elverişli Şekilde İletilmesi Yükümlülüğü

Süreli olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde, lisans verenin sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğü yazılımın kullanıma elverişli bir şekilde

<sup>808</sup> TBK m.232/1: “Alıcı, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür.”

<sup>809</sup> Tandoğan, C:I/1, s.207; Eren, **Özel Hükümler**, s.170; Serozan/Baysal/Sanlı, s.244; Aral/Ayrancı, s.227; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.227; Zevkliler/Gökyayla, s.159; Yavuz/Acar/Özen, s.114; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.106; Gümü, **Özel Hükümler**, s. 201; Nomer/Engin, s.70.

<sup>810</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde borçlu ve alacaklı temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III. Bölüm-D-2- (a) ve (b).

lisans alana iletilmesi ve sözleşme süresince yazılımın bu haliyle bulundurulması yükümlülüğüdür<sup>811</sup>.

Sürelî paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından yazılımın bir nüshasının kullanıma elverişli bir şekilde lisans alana teslimi yükümlülüğü kira sözleşmesine paralellik göstermektedir. Kira sözleşmelerinde kiraya verenin kiralananı kullanıma elverişli şekilde teslim ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurması yükümlülüğü TBK m.301’de düzenlenmektedir<sup>812</sup>.

TBK m.301’de düzenlenen kiralananın teslim borcunun sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerindeki görünümü yazılımın kullanıma elverişli bir nüshasının lisans alana iletilmesi borcudur. Başka bir ifadeyle kira sözleşmesinde kiralananın teslim edilmesi söz konusu iken sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın bir nüshasının lisans alana iletilmesi söz konusudur. Bu borcun ifası için yazılımın bir nüshasının lisans alanın hakimiyet alanına girmesi gerekmektedir. Ancak belirtilmelidir ki lisans verenin lisans alana ilettiği nüshanın sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun olması zorunludur<sup>813</sup>. Aksi takdirde tam ve düzgün bir ifadan bahsedilemeyecektir. Lisans alana iletilen yazılımın sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun olup olmadığı ise her somut duruma göre ayrı ayrı incelenmelidir. Örneğin yazılımın belirli bir yazılım dilinde olması gerektiği durumlarda bu yazılım diline uygun bir suretinin iletilmesi veya özel bir donanıma yükleneceği hallerde donanıma uygun bir formatta iletilmesi gerekmektedir. Yazılımın sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun olup olmadığının tespitinde yazılımın sözleşmede belirlenen kullanım amacı (gerekli vasıflar) ve lisans veren tarafından vad edilen vasıflar (üstlenilen vasıflar) dikkate alınacaktır<sup>814</sup>. Yazılımın sözleşmeye uygun biçimde teslim edilmediği durumlarda, ayıplı ifa dolayısıyla lisans verenin sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>815</sup>.

---

<sup>811</sup> Yıldırım, **Standart**, s.165

<sup>812</sup> TBK m.301: “*Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.*”

<sup>813</sup> Kira sözleşmelerinde kiralananın sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına elverişli şekilde teslim edilmesi gerektiği konusunda bkz. Tandoğan, **C:I/2**, s.111; Eren, **Özel Hükümler**, s.326; Zevkliler/Gökyayla, s.273; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.338; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.232; Aral/Ayrancı, s.338.

<sup>814</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.327; Zevkliler/Gökyayla, s.273; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.342; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.235; Aral/Ayrancı, s.339; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.368.

<sup>815</sup> Sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. III. Bölüm-D-5-(e).



Yazılımın iletilen nüshasının kullanıma elverişli olmasına ilişkin zorunluluğun özellikle TBK m.301/1-c.1’de yer alan düzenlemeyle birlikte incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu hükme göre kiralananın sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir biçimde teslim etme yükümlülüğü konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez<sup>816</sup>. TBK m.301/-c.2’ye göre konut ve çatılı işyeri kirası dışında kalan kira sözleşmelerinde ise kullanıma elverişli bir biçimde teslim etme yükümlülüğü, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla değiştirilemez<sup>817</sup>.

Bu düzenleme kapsamında konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri açısından kiracı aleyhine düzenleme yapılamayacak, diğer kira sözleşmeleri açısından ise genel işlem koşulları yoluyla kiracı aleyhine kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu sınırlandırılmayacaktır<sup>818</sup>. Ancak konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri dışında kalan kira sözleşmelerinde genel işlem koşulları yoluyla yapılmayan sözleşmelerde ise kiracı aleyhine kiraya verenin sorumluluğun kaldırılması mümkündür<sup>819</sup>.

Konumuz açısından önemli olan husus TBK m.301/1-c.2 hükmünün süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından kıyasen uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanaatimizce m.301/c.2’de yer alan kiralananda bulunan ayıplardan doğan sorumluluğun kaldırılmasını yasaklayan bu hüküm kıyasen süreli paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması yerinde olacaktır. Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde, lisans veren lisans alana nazaran hem sözleşmenin akdedilmesi hem de teknik bilgi açısından daha güçlü bir konumda bulunmaktadır. Buna ek olarak paket yazılım lisans sözleşmelerinin click-wrap şeklinde akdedildiği hallerde lisans alanın sözleşme hükümlerini çoğunlukla incelemeyişi ve incelese bile bu hükümleri müzakere etme imkanının bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle lisans alanın lisans

<sup>816</sup> TBK m.301/c.2: “Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.”

<sup>817</sup> Aral/Ayrancı, s.342; Zevkliler/Gökyayla, s.279; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.234. Doktrinde Eren bu hükme aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu belirtmektedir. Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.325. Aydoğdu/Kahveci ise TBK m.301/1-c.2’deki kiracı aleyhine düzenleme yasağının tüm kira sözleşmeleri için geçerli olması gerektiğini, kanunda yapılan konut ve çatılı işyeri kirası ile diğer kira sözleşmeleri ayrımı yapılmasını eleştirmektedir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.379.

<sup>818</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.326; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.379; Aral/Ayrancı, s.342; Zevkliler/Gökyayla, s.264; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.279.

<sup>819</sup> Kira sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin olarak öngörülen hükümlerin geçerli olabilmesi için hem TBK m.301/1-c.2’de yer alan hem de TBK m.115 ve 116’da yer alan sınırlamalara uygun olması gerekmektedir. Bkz. Aral/Ayrancı, s.342; Zevkliler/Gökyayla, s.279; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.279.

veren karşısında korunması amacıyla TBK m.301/1-c.2'nin kıyasen süreli paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanmasının yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu kapsamda lisans alan ister tüketici vasfına sahip olsun ister olmasın sözleşmenin genel işlem koşulları yoluyla yapıldığı tüm hallerde lisans verenin ayıptan sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersiz sayılacak ve böylelikle lisans verene göre güçsüz konumda bulunan lisans alanın korunması sağlanmış olacaktır.

#### **bb) Yazılımın Sözleşme Süresince Öngörülen Kullanım Amacına Elverişli Şekilde Bulundurulması Yükümlülüğü**

Yukarıda açıkladığımız üzere kira sözleşmesine ilişkin TBK m.301/1-c.1'e kıyasen süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından lisans verenin, yazılımın bir nüshasının iletilmesine ek olarak yazılımın sözleşme süresince öngörülen kullanım amacına elverişli şekilde bulundurulması yükümlülüğü de bulunmaktadır<sup>820</sup>. Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşme süresi boyunca kullanım amacına uygun şekilde bulundurulması yükümlülüğü süreli paket yazılım lisans sözleşmesinin sürekli edimli borç ilişkisi doğurmasının doğal bir sonucudur<sup>821</sup>.

Kira sözleşmeleri açısından TBK m.301/1-c.1'de düzenlenen kiraya verenin yükümlülüğü hem kiralananın teslimi hem de kira konusunda ortaya çıkan ayıplardan sorumluluk borcunu içermektedir<sup>822</sup>. Bu nedenle süreli paket yazılım sözleşmelerinde lisans verenin asli edim yükümlülüğü hem yazılımın sözleşmeye uygun şekilde teslimi hem de sözleşme süresince bu şekilde bulundurulmasıdır. Lisans veren sözleşme süresince yazılımın sözleşmede belirlenen işlevi yerine getirmesinden sorumludur<sup>823</sup>.

Lisans veren sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca, yazılımın taraflarca kararlaştırılan işlevini yerine getirmesinden ve yazılımda meydana gelebilecek olan

<sup>820</sup> Kira sözleşmelerinde kira konusunun sözleşme süresi boyunca sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun durumda bulundurulması yükümlülüğü için bkz. Tandoğan, **C:I/2**, s.109; Eren, **Özel Hükümler**, s.312; Zevkliler/Gökyayla, s.271 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.339; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.235.

<sup>821</sup> Kira sözleşmelerinde kira konusunun sözleşme süresi boyunca kullanım amacına uygun durumda bulundurulması yükümlülüğünün sürekli edimli sözleşme niteliği ile bağlantısı hakkında bkz. Aral/Ayrancı, s.338; Eren, **Özel Hükümler**, s.327; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.339.

<sup>822</sup> Tandoğan, **C:I/2**, s.115; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s. 368; Zevkliler/Gökyayla, s.272; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.340.

<sup>823</sup> Yıldırım, **Standart**, s.167.

ayıplardan lisans alana karşı sorumludur. Yazılımın sözleşme süresi boyunca sözleşmede öngörülen kullanım amacına elverişli şekilde bulundurma borcu ayıbı üstlenme borcudur<sup>824</sup>. Yazılımda ortaya çıkan ayıplar sebebiyle lisans alanın sorumluluğunun hüküm ve sonuçları tezimizin ilerideki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir<sup>825</sup>.

### **cc) Yazılımın İletilen Nüshası Üzerinde Süreli Çoğaltma Yetkisi Tanınması**

Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin asli edim yükümlülüklerinden bir diğeri de lisans alana iletilen yazılım nüshası üzerinde sözleşme süresi ile sınırlı olarak çoğaltma yetkisi tanınmasıdır. Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alana tanınan çoğaltma yetkisi daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinden farklı şekilde daimi değil sürelidir. Lisans alan tanınan çoğaltma yetkisi sözleşme süresi ile sınırlıdır. Lisans alana iletilen çoğaltma yetkisi içerik açısından genellikle yazılımın kullanılması için gereken çoğaltma ve yazılımın bir yedek kopyasının çıkarılması ile sınırlıdır. Sözleşme kapsamında tanınan çoğaltma yetkisi sözleşme süresinin sona ermesiyle birlikte sona erecektir.

Taraflar süreli paket yazılım lisans sözleşmesinde lisans alana çoğaltma yetkisi verileceği konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiş olsalar dahi lisans alan yazılımı hukuki yollardan iktisap ettiği sürece bu hakka sahip olacaktır. Ancak bu hak tamamen sözleşmenin süresi boyunca kullanılabilecek olup, sözleşmenin sona ermesinden sonra yazılımın kullanılması lisans alanın yazılımı hukuki yollardan edinen kimse sıfatı bulunmayacağı için hukuka aykırı bir kullanım olacaktır.

## **b) Lisans Alanın Yükümlülükleri**

### **aa) Lisans Bedeli Ödeme Yükümlülüğü**

Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın ve lisans verenin edimleri süresiz paket yazılım lisans sözleşmelerinden farklı olarak zamana yayılmaktadır. Bu nedenle bu sözleşmeler daimi paket yazılım lisans sözleşmesinden

<sup>824</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.329; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.372.

<sup>825</sup> Bkz. III. Bölüm-D-5-(e).

farklı olarak sürekli edimli bir borç ilişkisi niteliğindedir<sup>826</sup>. Lisans verenin asli edim yükümlülüğü sözleşmede belirlenmiş olan lisans bedelinin ödenmesidir<sup>827</sup>. Lisans alanın lisans bedelini ödeme yükümlülüğü, lisans verenin yazılımın kullanımının lisans alana bırakılması borcu ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde<sup>828</sup>.

Lisans bedeli, süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından kira sözleşmelerindeki kira parasını ödeme borcu ile paralellik göstermektedir<sup>829</sup>. TBK m.313'e kıyasen süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından lisans bedelinin sözleşmede kararlaştırıldığı miktar ve zamanda ödenmesi lisans alanın asli borcudur<sup>830</sup>. Lisans veren asli borcu olan lisans bedeli ödeme yükümlülüğünü sözleşmede belirlenen tarihte ifa etmelidir.

Yazılım firmaları lisans alana sözleşme süresi açısından farklı seçenekler sunmayı tercih etmektedir. Uygulamada paket yazılım lisans sözleşmeleri aylık, üç aylık veya yıllık olacak şekilde farklı sürelerle akdedilmektedir<sup>831</sup>. Bu nedenle lisans bedeli sözleşmenin süresine bağlı olarak aylık, üç aylık veyahut yıllık olarak ödenmektedir.

Kira sözleşmelerinde kiranın ödeme zamanı, ilke olarak sözleşmede belirlenmektedir<sup>832</sup>. Ancak kira ne zaman ödeneceğinin sözleşmede kararlaştırılmadığı hallerde TBK m.314 uyarınca kira parası ödeme zamanı yerel adete göre belirlenir. Yerel adet bulunmaması durumunda ise kira parası her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödenecektir<sup>833</sup>.

<sup>826</sup> Süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri ile paralel şekilde kullandırma amacı güden sözleşmelerin sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğu yönünde bkz. Seliçi, s.21; Eren, **Özel Hükümler**, s.329; Zevkliler/Gökyayla, s.195; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.310 vd.

<sup>827</sup> Yıldırım, **Standart**, s. 172 Benzer şekilde fikri hakları konu edinen lisans sözleşmelerinde lisans alanın asli edim yükümlülüğünün lisans bedeli ödeme yükümlülüğü olduğu yönünde bkz. Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.130; Arbek, s.183; Tüysüz, s.104; Aydınçık, s.123.

<sup>828</sup> Kira sözleşmeleri açısından kira bedelinin ödenmesi borcunun kiraya verenin eşyanın kullanımının bırakılması borcu ile karşılıklılık ilişkisi hakkında bkz. Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.446; Eren, **Özel Hükümler**, s.350; Yavuz/Acar/Özen, s.290; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.375.

<sup>829</sup> Yıldırım, **Standart**, s.172.

<sup>830</sup> TBK m. 313: “Kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür.”

<sup>831</sup> Lisans verenler uygulamada aynı yazılımı farklı süreler ve farklı lisans bedelleri ile piyasaya sürmektedir. Bkz. <https://www.kaspersky.com.tr> (Erişim Tarihi:04.10.2022); <https://www.microsoft.com/tr> (Erişim Tarihi:04.10.2022)

<sup>832</sup> TBK m.314: “Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür.”

<sup>833</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.353; Yavuz/Acar/Özen, s.287; Zevkliler/Gökyayla, s.310; Aral/Ayrancı, s.366.

Sürelı paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise taraflar genellikle ödeme zamanını kararlaştırmaktadır. Ancak tarafların sürelı bir paket yazılım lisans sözleşmesi akdedip lisans bedelinin ödenme zamanını kararlaştırmadıkları hallerde TBK m.314'e kıyasen bir yerel adetten bahsedilemeyeceği için lisans bedelinin her ayın sonunda ödenmesi gerekmektedir.

Uygulamada çoğunlukla ilk lisans bedeli sözleşme akdedildiği anda ödenmekte ve lisans alana teslim edilen yazılım sureti ödenen bedele karşılık gelen süre boyunca kullanılabilir. Sözleşmenin süresi sona ermeden önce lisans süresinin uzatılması halinde dahi uzama süresine ilişkin lisans bedeli, lisans veren tarafından uzama süresi başlamadan ödenmektedir. Ancak belirtilmelidir ki sözleşmenin tüketici işlemi olduğu hallerde, sözleşmenin süresinin otomatik olarak uzayacağına ilişkin kayıtlar TKHK m.52'de yer alan abonelik sözleşmesine ilişkin sınırlamalara tabi olacaktır<sup>834</sup>.

#### **bb) Sözleşme Süresi Sonunda Yazılımın Kullanımının Bırakılması Yükümlülüğü**

Sürelı paket yazılım lisans sözleşmelerinde amaç lisans alanın yazılımı sözleşmede öngörülen süre boyunca kullanabilmesinin sağlanmasıdır<sup>835</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmelerine daha önce açıkladığımız üzere TBK'da yer alan kira sözleşmesinin genel hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusudur.

Kira sözleşmeleri açısından TBK m.334/1 uyarınca kiracı sözleşme süresinin bitiminde kira konusunu geri vermekle yükümlüdür<sup>836</sup>. Bu yükümlülük kira sözleşmesinin sona ermesinin doğal bir sonucudur<sup>837</sup>. Aynı maddenin ikinci cümlesi uyarınca kiracı sözleşme konusunu teslim aldığı durumda iade ile yükümlü olup,

<sup>834</sup> Sürelı paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşme süresinin otomatik olarak uzamasına ilişkin kayıtların geçerliliğine ilişkin olarak bkz. IV. Bölüm-A-2.

<sup>835</sup> Yıldırım, **Standart**, s.164.

<sup>836</sup> TBK m.334/1: "Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralananı meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir."

<sup>837</sup> Tandoğan, **C:I/2**, s.184; Eren, **Özel Hükümler**, s.389; Yavuz/Acar/Özen, s.298; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.234. Benzer şekilde lisans sözleşmelerinde lisans konusunun sözleşmede sadece belirlenen süre boyunca kullanılması yükümlülüğü için bkz. Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, s.119 vd.; Aydıncık, s.134 vd.; Arbek, s.186 vd.

sözleşmeye uygun kullanım dolayısıyla meydana gelen eskimeler ve bozulmalardan sorumlu tutulamayacaktır<sup>838</sup>.

Sürelî paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından TBK m.334/1’de düzenlenen kiralananın geri verilmesi yükümlülüğü farklı bir anlam taşımaktadır. Yazılımların cismanî bir varlığı olmaması sebebiyle sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın lisans verene geri verilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu sözleşmelerde lisans verenin yükümlülüğü sözleşme süresi sonunda yazılımın kullanımını bırakma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülük esasen yazılım teknolojisinin gelişmiş olmadığı ve yazılımın teknik koruma önlemleri alınmaksızın lisans alana verildiği dönemlerde önem taşımaktaydı.

Günümüzde ise sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerinde, teknolojik koruma önlemleri ile sözleşme süresinin sonunda otomatik olarak yazılımın kullanımının durdurulması söz konusu olmaktadır<sup>839</sup>. Sözleşme süresi sonunda yazılım otomatik olarak kendini kapatmakta ve yazılım kullanılamaz hale gelmektedir. Ancak bu tarz teknolojik koruma önlemlerinin alınmadığı durumlarda sözleşme süresinin sonunda lisans verenin yazılımı iade etmesinden değil kullanımını bırakma yükümlülüğünden bahsedilebilir. Bu yükümlülük genel olarak yazılımın donanımdan silinmesi şeklinde yerine getirilmektedir<sup>840</sup>. Sözleşmenin süresi sona ermesine rağmen lisans verenin yazılımı kullanmaya devam etmesi hem sözleşmeye aykırılık teşkil edecek hem de lisan verenin mutlak hakkını ihlal edecektir.

Benzer şekilde yazılımın kullanılması sonucunda yazılımda bir bozulma veya eskime meydana gelmesi de teknik açıdan mümkün değildir. Bu nedenle TBK m.334/1’de hükme bağlanmış olan kiracının kiralananı teslim aldığı haliyle geri vermesine ilişkin hükmün sürelî paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeyiz.

---

<sup>838</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.389; Yavuz/Acar/Özen, s.298; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.234; Aydoğdu/Kahveci, s.531; Zevkliler/Gökyayla, s.319.

<sup>839</sup> Bayamlıoğlu, s.321 vd. Yazar bu tür teknik koruma önlemlerini “on-line kontrol”, “off-line kontrol” ve “karma kontrol” olmak üzere üçe ayırmaktadır. On-line kontrolde kullanım denetimi yazılımın ağına bağlanması suretiyle yapılmakta iken off-line kontrollerde yazılımın içinde bulunan kodlar herhangi bir ağına bağlı olmaksızın işlevini yerine getirmektedir. Karma kontrolde ise hem ağ üzerinden hem de yazılımın içinde bulunan kodlar ile kullanım denetimi yapılmaktadır.

<sup>840</sup> Yıldırım, **Standart**, s.175; Memiş, s.558. *Memiş* yazılımların imha taleplerinin, kayıtlı bulunduğu donanımdan tamamen silinmesi suretiyle yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

### cc) Yazılımda Ortaya Çıkan Ayıpların Giderilmesine Katlanma Yükümlülüğü

TBK m.319/1 uyarınca kiracı kiralananadaki ayıpların giderilmesine ya da zararların önlenmesine ilişkin çalışmalara katlanmakla yükümlüdür<sup>841</sup>. TBK m.319/1 sadece konut ve çatılı işyeri kiralalarına değil tüm kira sözleşmelerine uygulanan bir hükümdür<sup>842</sup>. TBK m.320/1’de ise kiralanda kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyen yenilik ve değişikliklere katlanma yükümlülüğü düzenlenmiştir<sup>843</sup>. Aynı şekilde TBK m.320/1’de tüm kira sözleşmeleri için uygulanacak olup bu hükümde kira konusu üzerinde yapılacak yenilik ve değişikliklere kiracının katlanma yükümlülüğü düzenlenmektedir. TBK m.319/1 ve m.320/1 arasındaki temel farklılık, m.319/1 kiralanda ortaya çıkan ayıbın giderilmesine katlanmayı düzenlemekte m.320/1 ise kiralanda herhangi bir ayıp olmamasına rağmen kiraya veren tarafından yapılacak değişiklik ve yenilikleri düzenlemektedir<sup>844</sup>.

Konumuz açısından kira sözleşmelerine ilişkin TBK m.319 ve m.320’de düzenlenen ayıpların giderilmesine ve kira konusu üzerinde yapılacak değişikliklere ilişkin hükümler kıyasen süreli paket yazılım lisans sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerekmektedir.

Yazılımların sürekli olarak değişen ve gelişen yapıda olmaları sebebiyle uygulamada lisans verenler kullanıcılarının zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılayabilmek için sözleşme konusu yazılımın güncellenmesi veya geliştirmesini yapmakta ve bu güncelleme ile geliştirmeleri lisans alana bir paket olarak sunmaktadır.

Güncelleştirme (“*update*”), piyasadaki yazılımın herhangi bir versiyonundaki hataların düzeltilmesi veya o yazılımın daha verimli hale getirilmesidir<sup>845</sup>. Geliştirme (“*upgrade*”) ise güncelleştirmeden farklı olarak yazılımın bir versiyonuna ek bazı fonksiyonlar eklenmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>846</sup>. Bir yazılımın geliştirilmesi o yazılımın güncelleştirilmesinden daha kapsamlı bir faaliyeti gerektirmektedir.

<sup>841</sup> TBK m.319/1: “Kiracı, kiralananın ayıplarının giderilmesine ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla yükümlüdür.”

<sup>842</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.360; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.474; Yavuz/Acar/Özen, s.277; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.254 vd.; Aral/Ayrancı, s.363.

<sup>843</sup> TBK m.320/1: “Kiraya veren, kiralanda, kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyen ve kiracıdan katlanması beklenebilecek olan yenilik ve değişiklikler yapabilir.”

<sup>844</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.474 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s.278; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.254; Zevkliler/Gökyayla, 325.

<sup>845</sup> Sıvacıoğlu, s.147; Sommerville, s.243 vd.

<sup>846</sup> Sıvacıoğlu, s.147; Sommerville, s.243 vd.

Sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerinin karma sözleşme niteliğinde olması sebebiyle kiracının ayıpların giderilmesi ve kira konusu üzerindeki değişikliklere katlanma yükümlülüğün bu sözleşmelere niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir. Sürelî paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin güncelleme ve geliştirme hizmeti verilmesini asli edim olarak üstlendiği hallerde sözleşmenin niteliği değişecektir<sup>847</sup>. Böyle bir durumda lisans veren tarafından yapılan güncelleştirme ve geliştirme faaliyetlerine lisans alanın katlanmaması sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Taraflarca sözleşmede lisans alanın güncelleme ve geliştirmelere katlanma yükümlülüğünün öngörülmediği veya yan edim olarak öngörüldüğü hallerde ise lisans alanın katlanma yükümlülüğü somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

TBK m.319/1 kiralananındaki ayıpların giderimine yönelik çalışmalara katlanma yükümlülüğü getirmekte iken TBK m.320/1’ deki çalışmalar kira konusunda ayıba yönelik olmayan, kira konusunun yenilenip değiştirilmesine yönelik çalışmalara katlanma yükümlülüğünü düzenlemektedir<sup>848</sup>. Kiracıya ilişkin olarak düzenlenen bu iki yükümlülük arasındaki temel fark m.319/1’de düzenlenen ayıpların giderilmesine katlanma yükümlülüğü kira konusunun kullanımına ilişkin olarak devamlılığın sağlanması iken m.320/1’de düzenlenen yenilik ve değişikliklere katlanma yükümlülüğünde amaç kira konusunda kiralananın değerinin arttırılması ya da mevcut değer korunmasıdır<sup>849</sup>.

Sürelî paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından bir yazılımın lisans alan tarafından kullanılması sırasında ortaya çıkabilecek ayıplara ilişkin olarak lisans veren tarafından yapılacak olan güncellemelere katlanma yükümlülüğünün TBK m.319/1’e kıyasen bulunduğu kanaatindeyiz. Çünkü uygulamada bir yazılım piyasaya sürüldükten sonra yazılımda belli başlı hatalar çıkması veya diğer yazılımlar ile uyumunda sorun yaşanması her zaman imkan dahilindedir. Yazılımda ortaya çıkan bu tür hatalar hem lisans alanın tam anlamıyla yazılımdan yararlanmasını engelleyecek hem de dolaylı olarak lisans verenin piyasadaki itibarını zedeleyecektir.

<sup>847</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-B-3-(c).

<sup>848</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.477; Yavuz/Acar/Özen, s.300; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.254; Zevkliler/Gökyayla, 326.

<sup>849</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.325; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.478; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.266.



Yazılımda lisans veren tarafından sunulacak olan geliştirmeler açısından ise lisans alanın katlanma ymllğ olmadığı kanaatindeyiz. Yazılımda yapılacak olan geliştirmeler o yazılıma ek fonksiyonlar getirilmesi şeklinde yapılacaktır. Söz konusu ek fonksiyonlar yazılımdaki ayıpların giderilmesi niteliğinde değil yazılıma yeni özellikler kazandırılması niteliğindedir. Yazılıma ek fonksiyonlar yüklenmesine ilişkin geliştirmelere lisans alanın katlanması beklenemez. Bu nedenle süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın katlanma ymllğ değerlendirilirken somut olayda yazılıma getirilen güncelleme ve değişikliğin yazılımdaki ayıpların giderilmesine mi yönelik olduğu yoksa yazılıma yeni fonksiyonlar eklenmesine mi yönelik olduğu dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

### 3) Kanundan Doğan Hak ve Ymllkler

#### a) Yazılımı Hukuki Yollardan Edinen Kişilerin Kanundan Doğan Hakları

##### aa) Kanundan Doğan Hakların Niteliği

Yazılım zerindeki fikri hakkın lisans verene inhisari nitelikte yetkiler verdiğini daha önce açıklamış bulunmaktayız<sup>850</sup>. Kanun koyucu yazılımların diğer eser tiplerine nazaran farklılıklarını göz önüne almak suretiyle FSEK m.38 vd.’de eser sahibinin mutlak hakkına bazı istisnalar getirmiştir. Lisans verenin mutlak hakkına getirilen bu istisnalar esas olarak lisans alana kanun tarafından belirli şartlarla tanınan yazılımın çoğaltılması ve işlenmesine ilişkin sınırlı yetkililerdir<sup>851</sup>.

Normal şartlarda yazılım üzerinde eser sahibi tarafından kullanılması yasaklanabilecek bazı münhasır yetkiler, FSEK m.38’de öngörülen şartlara uyulması kaydıyla doğrudan kanun tarafından lisans alana tanınmakta başka bir ifadeyle eser sahibinin mutlak hakkına istisna getirilmektedir<sup>852</sup>.

<sup>850</sup> Fikri hakların mutlak hak niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. I. Bölüm-B-2.

<sup>851</sup> Dalyan, s.157 vd.; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.108; Kaypakoglu, s.104 vd.; Yildirim, **Standart**, s.133 vd.; Akdemir Kamali, s.156 vd.; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.135 vd.; Topaloglu, **Bilgisayar**, s.49 vd.; David Bainbridge, “Computer Programs and Copyright: More Exceptions to Infringement”, **Modern Law Review**, Vol:56, July 2013, s.591-599., s.592 vd.

<sup>852</sup> Bazı yazarlar FSEK m.38’de yer alan düzenlemeleri eser sahibinin yazılım üzerindeki mutlak hakkına ilişkin olarak getirilen sınırlamalar olarak nitelendirmektedir. Bkz. Dalyan, s.157; Topaloglu, **Bilgisayar**, s.50. Bazı yazarlar ise FSEK m.38’de yer alan düzenlemeleri yazılımlara ilişkin özel durumlar olarak nitelendirmektedir. Bkz. Kaypakoglu, s.104; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.134. Doktrinde *Tekinalp* ise FSEK m.38’de yer alan düzenlemenin yazılımı kanuni yollardan edinenlere

FSEK m.38’de lisans alana tanınan bu yetkilerin iktisap edilebilmesinin ön şartı yazılımı edinen kimsenin yazılımı hukuki yollarla edinen kimse olmasıdır<sup>853</sup>. Ancak kanun koyucu aynı maddenin farklı fıkralarında aynı anlama gelecek şekilde farklı terimler kullanmıştır<sup>854</sup>. FSEK’te “*yazılımı hukuki yollardan edinen kişi*” teriminin ne anlama geldiği ve bu sıfatın hangi şartlarla kazanılacağı konusunda herhangi bir tanımlama yer almamaktadır<sup>855</sup>. Aynı şekilde FSEK m.38’in mehzazı olan 91/250 sayılı Direktif’te de yazılımı hukuki yollardan edinen kişiye ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır<sup>856</sup>. Doktrinde ise yazılımı hukuki yollardan edinen kişi kavramı farklı yazarlarca benzer biçimde tanımlanmaktadır.

*Tekinalp*’e göre bir yazılımı hukuki yollardan edinen kişi olabilmek için yazılımın hukuki bir işlemle veya halefiyet yoluyla ya da kanun gereği iktisap edilmiş olması yeterli olup, yazılımı hukuki yollardan edinen kişi lisansı bulunan veya onun halefleri yahut yetkilendirdiği kişilerdir<sup>857</sup>.

*Dalyan*’da *Tekinalp* ile benzer bir tanımlama yapmaktadır. *Dalyan*’a göre yazılımı hukuki yoldan elde eden kimse; yazılımı lisans, telif hakkının devri sözleşmesi, kira, bağış gibi bir sözleşme çerçevesinde iktisap eden veya iktisap edenin halefleri olarak tanımlanabilir<sup>858</sup>.

---

tanınan serbestiler olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Tekinalp*, s.210 vd. Kanaatimizce FSEK m.38’de yer alan düzenlemeler lisans veren açısından yazılım üzerindeki mutlak hakka getirilen istisnalar, lisans alan açısından ise kanun tarafından tanınan yetkiler yani serbestilerdir.

<sup>853</sup> *Tekinalp*, s.209; *Dalyan*, s.167; *Kaypakoğlu*, s.108; *Bainbridge*, **Exceptions**, s.598.

<sup>854</sup> Kanun koyucu FSEK m.38’de farklı fıkralarda aynı anlama gelecek şekilde farklı terimler tercih etmiştir. FSEK m.38/2’de “*bilgisayar programını hukuki yollardan edinen kişi*”, 3. fıkra “*bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişi*”, 4. fıkra “*bilgisayar programını kullanım hakkına sahip kişi*” terimleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Benzer şekilde mehzaz 91/250 sayılı Direktifin 5. maddesinin 1. fıkrasında “*lawful acquirer/yazılımı yasal yollardan edinen kişi*” 2. fıkrasında ise “*person having a right to use the computer program/yazılımı kullanma hakkına sahip kişi*” terimleri kullanılmıştır. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/> (Erişim Tarihi:05.06.2022)

<sup>855</sup> Bu hususun eleştirisi için bkz. *Dalyan*, s. 179 vd.

<sup>856</sup> Bkz. 91/250 sayılı Direktifin 5. maddesi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/> (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

<sup>857</sup> *Tekinalp*, s.209 vd. Ayrıca benzer bir tanım için bkz. *Ayşe Saadet Arıkan*, “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, 3.Bölüm, **TBB Dergisi**, 1996/4, s.469-504, s.489.

<sup>858</sup> *Dalyan*, s.181. Ayrıca bkz. *Yusufoğlu*, **Bilgisayar**, s.107. *Yusufoğlu*, yazılımı hukuki yollardan edinen kişinin yazılımı sözleşme kapsamında edinen gerçek veya tüzel kişi olduğunu ifade etmektedir. Yazar “*yazılımı kullanma hakkına sahip kişi*” kavramının “*yazılımı hukuki yoldan edinen kişi*” kavramından daha geniş bir kavram olduğunu bu nedenle “*hukuki yollardan edinen kişi*”nin “*kullanma hakkına sahip kişi*” olarak anlaşılmasının menfaatler dengesi açısından daha uygun olacağını belirtmektedir.

*Bainbridge*'e göre yazılımı yasal yollardan edinen kişi, o yazılımı bir lisans sözleşmesi veya başka bir hukuki işlemle kullanma hakkını edinmiş kişi olarak tanımlanabilir<sup>859</sup>.

Biz de *Dalyan* ve *Tekinalp*'in görüşüne paralel olarak bir yazılımı herhangi bir sözleşme veya hukuki işlem çerçevesinde hukuka uygun şekilde iktisap eden kişinin ve bu kişinin haleflerinin yazılımı hukuki yoldan elde eden kimse sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanun koyucu FSEK m.38'de yer alan yetkilerin kullanılabilmesi için yazılımın hukuka uygun bir biçimde edinilmesini yeterli saymış, yazılımın hangi hukuki işlem yahut sözleşme sonucunda iktisap edildiğine ilişkin bir ayrıma gitmemiştir. Başka bir deyişle FSEK m.38'de yer alan yetkilerin kanun gereği iktisap edilebilmesi için bakılması gereken bu yetkileri kullanacak kişinin yazılımı hukuki yollardan iktisap edip etmediğidir.

Örneğin bir yazılımı daimi paket yazılım lisans sözleşmesi ile iktisap eden kimseden üçüncü bir kişinin satın alması halinde üçüncü kişi de yazılımı hukuki yollardan edinen kimse sıfatına sahip olacaktır<sup>860</sup>. Aynı şekilde daimi paket yazılım lisans sözleşmesi kapsamında kullanan kişinin vefatı halinde bu kişinin yasal mirasçıları da yazılımı hukuki yollardan edinen kimse sıfatına sahip olacaktır. Ancak bir yazılımı süreli paket yazılım lisans sözleşmesi ile kullanan bir kimsenin, sözleşmede yazılımın üçüncü kişiye kiralanmasına ilişkin bir yasak bulunmasına rağmen, yazılımı üçüncü kişiye kiralaması durumunda üçüncü kişi yazılımı hukuki yollardan iktisap eden kimse sıfatını taşımayacaktır. Zira lisans alanın yazılımı üçüncü kişiye kiralama yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişi FSEK m.38'de yer alan serbestilerden yararlanamayacaktır.

Kanaatimizce FSEK m.38'de yazılımı hukuki yollardan edinen kimseye tanınmış olan yetkiler “*tam kanuni lisans*” niteliğindedir<sup>861</sup>. Kanun koyucu FSEK m.38 düzenlemesi ile yazılımı konu edinen sözleşmeler açısından yazılımı kullanma hakkına sahip kimsenin yazılım üzerinde kullanabileceği hak ve yetkilerin asgari içeriğini belirlemektedir. Başka bir ifadeyle FSEK m.38'de yazılımı hukuki yollardan

<sup>859</sup> Bainbridge, **Computer Programs**, s.598.

<sup>860</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın yazılımı üçüncü kişilere devri yasağına ilişkin olarak bkz. IV. Bölüm-A-5.

<sup>861</sup> FSEK m.38'de yazılımı hukuki yollardan edinen kimseler tanınan yetkilerin tam kanuni lisans olduğu yönünde Yıldırım, **Standart**, s.62.

edinen kimseye (lisans alana) tanınan tüm bu yetkiler kanuni lisansın içeriğini oluşturmaktadır.

Kanun tarafından belirlenen bu asgari içerik yazılımı hukuki yollardan edinen kişinin sözleşme ile sınırlandırılmayacak yetkilerinin çerçevesini oluşturmaktadır. FSEK m.38 özellikle lisans alan açısından önem taşımaktadır. Çünkü bu düzenlemenin olmaması halinde lisans alanın yazılımın nüshası üzerindeki çoğaltma ve işleme yetkileri tamamen taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine tabi olacaktır. Böyle bir durumda lisans alana karşı güçlü konumda olan lisans verenin bu yetkileri sözleşme hükümleri ile kısıtlamak suretiyle yazılımın kullanımını yasaklaması ve yazılımı lisans alan için tamamen işlevsiz hale getirmesi mümkün olacaktır.

Belirtilmelidir ki lisans alanın kanundan doğan yetkileri sınırsız değildir. FSEK m.38’de yer alan yetkilerin kullanımı, lisans verenin yazılım üzerindeki mutlak hakkına zarar vermemeli ve onun meşru menfaatlerine aykırı olmamalıdır. Bu husus FSEK m.38/1 ve 38/7’de açıkça hüküm altına alınmıştır<sup>862</sup>. Lisans alanın kanundan doğan yetkilerini lisans alanın meşru menfaatlerine aykırı şekilde veya eserden normal yararlanmayı aşan şekilde kullanması halinde söz konusu kullanım hukuka aykırı bir kullanım olacaktır<sup>863</sup>. Örneğin lisans alanın yazılımı çoğaltarak başka kimselere dağıtması durumunda kanundan doğan çoğaltma hakkı normal yararlanmayı aşacak biçimde kullanılmış olacaktır. Lisans alanın eserden normal yararlanmayı aşan bu kullanımı, lisans verenin yazılım üzerindeki mutlak hakkını ihlal edecektir.

## **bb) Çoğaltma Hakkı**

Tezimizin önceki bölümlerinde ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere FSEK’te düzenleme konusu yapılmış bulunan diğer eser tiplerine göre yazılım üzerinde çoğaltma hakkının kullanılması birtakım farklılıklar içermektedir. Bir yazılımı süreli veyahut daimi olarak edinen kimsenin yazılımı kullanabilmesi için yazılım üzerinde çoğaltma hakkını kullanması zorunludur<sup>864</sup>.

---

<sup>862</sup> FSEK m.38/1: “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.” FSEK m.38/7 “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.”

<sup>863</sup> Tekinalp, s.210.

<sup>864</sup> Dallyan, s.134; Kaya, s.439; Memiş, s.549 vd.; Kaypakoğlu, s.75; Bainbridge, **Software**, s.32.

FSEK m.22/3'te bir yazılımın geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde o yazılımın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin de yazılım üzerindeki çoğaltma hakkının içeriğine dahil olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili madde kapsamında yazılımların korunması amacıyla yazılımın kullanılması için gerekli olan geçici çoğaltma işlemleri de çoğaltma hakkının içeriğine dahil edilmiş bu şekilde yazılımlardaki koruma geniş tutulmuştur<sup>865</sup>. FSEK m.22/3'te yer alan tanım uyarınca bir yazılımın bilgisayara yüklenmesi veya çalıştırması dahi o yazılımın geçici şekilde çoğaltılması anlamına geldiğinden eser sahibinin iznine tabi olacaktır.

Yargıtay'da haklı olarak FSEK m.22/3 uyarınca yazılımın hak sahibinin izni olmaksızın başka bir bilgisayara yüklenmesini veyahut yazılımın kullanılmasını çoğaltma hakkının ihlali olarak görmektedir<sup>866</sup>. Kanun koyucu yazılımların gösterdiği özellik sebebiyle FSEK m.22/3'te düzenlenen eser sahibinin hakkına bazı istisnalar getirmiştir. Bu istisnalar lisans alan (yazılımı hukuki yollardan edinen kimse) için ise kanundan doğan yetkiler niteliğindedir.

FSEK m.38/2 uyarınca sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil olmak üzere yazılımın amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda, onu hukuki yollardan edinen kimsenin yazılımı çoğaltması ve işlemesi serbesttir<sup>867</sup>. Aynı şekilde FSEK m.38/3'te ise yazılımı hukuki yollardan edinen kimsenin yazılımı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi ile kullanım için gerekli olduğu sürece bir adet yedek kopya çıkartmasının sözleşme ile engellenemeyeceği düzenlenmiştir<sup>868</sup>. FSEK düzenlemesi lafzen incelendiğinde m. 38/2 uyarınca yazılım üzerinde lisans alan tarafından kullanılacak çoğaltma yetkisinin kullanımının sözleşme hükümlerine tabi olduğu, 38/3'te ise lisans alanın bu

<sup>865</sup> Dalıan, s.133; Kaya, s.439.

<sup>866</sup> Yarg. 11.HD, 03.07.2012T. 2012/14706E., 2014/5396K.; "...FSEK madde 2/1 kapsamında ilim ve edebiyat eseri niteliğinde olan SOLIDWORKS 2010 ve SOLIDWORKS PREMIUM 2009 adlı bilgisayar yazılım programlarının davalının izinsiz olarak işyerindeki bilgisayarlara yükleyip kullandığının tespit edildiği, bunun da maddi haklardan olan çoğaltma hakkının ihlali niteliğinde olduğu..." Bkz. <https://www.karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:15.06.2022).

<sup>867</sup> FSEK m.38/2: "Sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir."

<sup>868</sup> FSEK m.38/3: "Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez. Bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez."

yetkilerinin sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı anlamı çıkarılmakta yani her iki hükmün birbiriyle çeliştiği izlenimi uyanmaktadır<sup>869</sup>.

Esas olarak her iki hükmün birbiriyle çelişir gibi gözükmesi kanun koyucunun mehzaz 91/250 sayılı Direktif'ten çeviri yaparken konuyu mehzadaki gibi tek bir madde de değil iki ayrı madde de düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır<sup>870</sup>. 91/250 sayılı Direktif'in 5. maddesinin 1. fıkrası esas olarak FSEK m.38/2'nin çevirisi olmakla birlikte Direktif'te hangi yetkilerin aksini kararlaştırılamayacağı aynı hüküm içerisinde atıf ile belirlenmiştir<sup>871</sup>. Kanun koyucu ise atıf yapılan Direktif'in 4. maddesinin (a) ve (b) bentlerini 38/3 içerisinde düzenlemiştir<sup>872</sup>. Bu nedenle FSEK m.38/2 ve 38/3'ün mehzaz Direktif'te olduğu gibi birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde FSEK m.38/2 ve 38/3 uyarınca bir yazılımı hukuki yollardan edinen kimsenin, o yazılımı donanımına yüklemesi, çalıştırması ve hatalarını düzeltmesi fiillerini gerçekleştirdiği esnada yazılım üzerindeki çoğaltma hakkını kullanmasının sözleşmeyle engellenemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>873</sup>. Buna ek olarak yazılımın kullanımı için gerekli olduğu sürece yazılımın yedek bir kopyasının da çıkartılması için yazılım üzerinde çoğaltma hakkı lisans alan tarafından kullanılabilir ve bu hak lisans veren tarafından sözleşmeye hüküm koyulması suretiyle engellenemeyecektir.

<sup>869</sup> Kaypakoğlu, s.112; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.109; Dalyan, s.170; Kaya, s.452 vd.; Erel, s.273.

<sup>870</sup> Kaypakoğlu, s.112; Dalyan, s.171; Kaya, s.453.

<sup>871</sup> 91/250 Sayılı Direktif 5/1: *"In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in Article 4 (a) and (b) shall not require authorization by the rightholder where they are necessary or the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction."*

<sup>872</sup> 91/2250 Sayılı Direktif 4/1-(a) ve (b): *"(a) the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole. Insofar as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorization by the rightholder"; "(b) the translation, adaptation, arrangement and any other alteration of a computer program and the reproduction of the results thereof, without prejudice to the rights of the person who alters the program"*.

<sup>873</sup> Tekinalp, s.210; Kaypakoğlu, s.112; Dalyan, s.170; Yıldırım, **Standart**, s.138; Ateş, **Hakların Sınırlandırılması**, s.238. Aksi görüş için bkz. Kaya, s.453. Yazar lisans alanın çoğaltma yetkisini kullanımının taraflar arasındaki sözleşmeye tabi olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce lisans alanın yazılımı kullanması için gerekli olan çoğaltma yetkisinin taraflar arasındaki sözleşme rejimine tabi tutulması, lisans alanın yazılım üzerindeki lisans hakkının önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açacaktır. Ayrıca FSEK düzenlemesinin mehzazı olan 91/250 sayılı Direktif'te yer alan düzenlemelere göre lisans alan tarafından çoğaltma yetkisini kullanılması sözleşme ile engellenememektedir. Aksinin kabulü halinde lisans sözleşmesinin amacı olan yazılımın kullanımı imkansız hale gelecektir. Bu gerekçelerle Kaya'nın görüşüne katılmamaktayız.

Lisans alanın FSEK m.38/2 ve 38/3 düzenlemesi ile lisans alana tanınan bu haklar sözleşmeden değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. FSEK m.38/3 emredici nitelikte olup, lisans alanın bu haklarını kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşme hükümleri kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır<sup>874</sup>. FSEK m.38/2 ve 38/3'te lisans alana tanınan bu yetkiler lisans alanın yazılımın olağan kullanımı için gereken yetkililerdir. Lisans alanın yazılımı kullanabilmesi için yazılımı donanımına yüklemesi, çalıştırması, hataları düzeltmesi ve yazılımın silinmesi ihtimaline karşın bir yedek kopya çıkarması zorunludur. Bu nedenle kanun koyucu söz konusu bu yetkileri kanun ile düzenleme yoluna gitmiştir. Sözleşmede yazılımın nüshası üzerinde çoğaltma yetkisi lisans alana tanınmamış olsa dahi bu yetki kanun kapsamında lisans alan tarafından (yazılımı hukuki yollardan edinen kimse olması şartıyla) iktisap edilecektir.

#### cc) İşleme Hakkı

FSEK m.21 uyarınca bir eserden işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir<sup>875</sup>. Eser üzerindeki mali haklardan biri olan “*işleme hakkı*” tıpkı diğer mali haklar gibi eser sahibinin izni olmaksızın kullanılamaz<sup>876</sup>. Yazılımlar açısından işlemenin ne anlama geldiği FSEK m.6/10'da düzenlenmiştir<sup>877</sup>. İlgili hükme göre bir yazılımın uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması işleme anlamına gelecektir<sup>878</sup>.

Yazılımların kullanılması esnasında yazılımda bazı hatalar ortaya çıkabilir veya yazılım üzerinde bazı değişiklikler yapılması gerekebilir. Örneğin vergi hesaplarının tutulması için kullanılan bir yazılıma vergi mevzuatındaki değişiklik sebebiyle yeni bir modül eklenme ihtiyacı doğmuş olabilir veya yazılımda kullanım esnasında ortaya çıkan bir hatanın giderilmesi gerekebilir. Böyle bir durumda yazılım

<sup>874</sup> TBK m.27/1: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

<sup>875</sup> FSEK m.21: “Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”

<sup>876</sup> Tekinalp, s.183; Erel, s.159; Öztan, s.172; Öztrak, s.55; Kılıçoğlu, **Sınai Haklar**, s.278; Akdemir Kamalı, s.130.

<sup>877</sup> FSEK m.6/10: “Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması;”

<sup>878</sup> Tekinalp, s.139; Kaypakoglu, s.116; Dalyan, s.188; Akdemir Kamalı, s.131; Topaloğlu, **Bilgisayar**, s.49.

üzerinde bir değişiklik yapılması veya hatanın giderilmesi için yazılım üzerinde işleme hakkının kullanılması gerekmektedir<sup>879</sup>.

İşleme hakkının, yazılımdaki hataları düzeltme, uyarılama ve araişerliğin gerçekleştirilmesi için kullanılması sebebiyle kanun koyucu bazı şartlarda bu hakkın kullanımını hususunda lisans alana yetki tanımaktadır. FSEK m.38/2 ve m.38/3 uyarınca lisans alan yazılımı hukuki yollarla edinmesi şartıyla yazılım üzerinde hataları düzeltme ve yazılım üzerinde değişiklik yani uyarılama yapma yani işleme hakkına sahiptir. Ancak yazılım üzerinde kanun tarafından tanınan bu işleme hakkı yazılımdan normal yararlanmayı aşacak şekilde ve lisans verenin meşru menfaatlerini zedeleyecek biçimde kullanılamayacaktır.

Kanun koyucu hata düzeltme ve uyarılama işlemlerine ek olarak yazılımın başka bir yazılım ile araişerliğinin gerçekleştirilmesi amacıyla da yazılım üzerinde işleme hakkının kullanılabileceğini öngörmüştür. Ancak araişerliğin gerçekleştirilmesi için işleme ve çoğaltma hakkının kullanılması diğer yetkilere nazaran daha sıkı koşullara bağlanmıştır<sup>880</sup>.

FSEK m.38/5 vd.'de belirli şartlar altında araişerliğin gerçekleştirilmesi amacıyla işleme ve çoğaltma yetkisinin lisans alan tarafından kullanılabileceğini düzenlemiştir<sup>881</sup>. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için iki şartın sağlanması gerekmektedir. İlk şart araişerlik için gereken bilgilerin lisans veren tarafından lisans alana sağlanmamış olmasıdır<sup>882</sup>. Uygulamada lisans verenler bu hakkın kullanılmasını engellemek amacıyla araişerlik için gereken bilgileri internet sitesinde kullanıcılarına duyurmaktadır<sup>883</sup>. Lisans veren bu bilgileri sağladığı takdirde yazılım üzerinde araişerliğin gerçekleştirilmesi için işleme ve çoğaltma hakkı kullanılamayacaktır.

<sup>879</sup> Akdemir Kamalı, s.145 vd.; Dalyan, s.188; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.151; Bainbrige, **Computer Programs**, s.593 vd.

<sup>880</sup> Tekinalp, s.211; Kaypakoğlu, s.126; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.157; Dalyan, s.177. Ayrıca araişerlik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-A-3-1-c-(dd).

<sup>881</sup> FSEK m.38/5: “Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir:”

<sup>882</sup> FSEK m.38/5-(2): “Araişerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımına sunulmaması,”

<sup>883</sup> Uygulamada lisans verenler genellikle piyasaya sürdükleri yazılımların araişerliğinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli bilgileri internet sitelerinde yayınlamaktadır.

Bkz. <https://www.microsoft.com/en-us/legal/interoperability> (Erişim Tarihi:16.06.2022); <https://docs.oracle.com/> (Erişim Tarihi:16. 06.2022).



İkinci şart ise işleme fiilinin araişlerliğin gerçekleştirilmesi için gereken yazılım bölümleriyle sınırlı olmasıdır<sup>884</sup>.

Kanun koyucu araişlerlik işlemleri için gerekli olan iki şart haricinde bu işlem sonucunda lisans alan tarafından edinilen bilginin de korunması içinde bir düzenleme sevk etmiştir. FSEK m.38/6 vd. maddeleri uyarınca araişlerlik işlemleri esnasında edinilen bilgi lisans alan yahut onun yetkilileri tarafından araişlerliğin gerçekleştirilmesi amacı haricinde başkalarıyla paylaşamaz. Ayrıca bu bilgilerin araişlerlik haricinde yazılım geliştirme, pazarlama gibi fiiller kapsamında kullanılması yasaktır<sup>885</sup>. Kanun koyucu bu düzenlemeyle araişlerliğin gerçekleştirilmesi için yazılım üzerinde yapılan tersine mühendislik işlemi ile edinilen bilgilerin amacı dışında kullanılmasını engellemek suretiyle lisans verenin haklarını koruma amacı gütmektedir. Başka bir deyişle taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmektedir. Çünkü tersine mühendislik işlemi sonucunda yazılımın kaynak koduna ulaşılması lisans verenin yazılım üzerindeki mali haklarını tehlikeye düşürebilecektir<sup>886</sup>.

#### b) Yazılım Üzerindeki Fikri Hakkı İhlal Etmeme Yükümlülüğü

Paket yazılım lisans sözleşmesinin tarafları lisans alanın yazılımı ne şekilde kullanacağını sözleşme serbestisi kapsamında diledikleri gibi belirleyebilirler<sup>887</sup>. Taraflar, FSEK m.48/1 uyarınca lisans konusunun kullanımına ilişkin olarak lisans sözleşmelerinde yer, süre veya hakkın içeriğine yönelik birtakım sınırlamalar öngörebilir<sup>888</sup>. Uygulamada paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın kullanımına ilişkin olarak birtakım sınırlamalar getirildiği görülmektedir<sup>889</sup>. Paket

<sup>884</sup> FSEK m.38/5-(3): “Bu fiillerin, araişlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması.”

<sup>885</sup> FSEK m.38/6-(3): “İfade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmasına izin vermez.”

<sup>886</sup> Kaynak kodunun nesne koduna dönüştürülmesi ve tersine mühendislik işlemi hakkında bkz. I. Bölüm-A-3-1-c(cc).

<sup>887</sup> Tekinalp, s.234; Gökyayla, s.242; Aydıncık, s.134; Erel, s.305; Ateş, **Fikri Haklar**, s.130; Arbek, s.83.

<sup>888</sup> FSEK m.48/1; “Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibariyle mahdud veya gayrimahdud, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler”

<sup>889</sup> Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu”, **AÜEHFD**, C. VII, S.1-2, Haziran 2013, s.563-580, s.564; Erkekoğlu, s.98 vd.; Bayamlıoğlu, s.340 vd.; Determann/Fellmeth, s.89 vd.

yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın kullanımına ilişkin olarak getirilen sınırlamalar farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Yazılımın kullanımına ilişkin olarak sözleşmelerde sıklıkla yer alan sınırlamalar yazılımın belirli bir süre için kullanılması, üçüncü kişilere devrinin yasaklanması, bilgisayar ve kullanıcı sayısına getirilen kısıtlamalar olarak özetlenebilir<sup>890</sup>.

Paket yazılım sözleşmelerinde yazılımın kullanımına ilişkin olarak getirilen bazı sınırlamalar lisans alan için geçerli sınırlamalar olmakla birlikte bazı sınırlamalar lisans alanın yazılımı hukuki yollardan edinen kimse olması nedeniyle kendisine kanunen tanınan yetkileri kısıtlayan yani FSEK’te yer alan emredici hükümlere aykırılık sebebiyle geçersiz sınırlamalardır<sup>891</sup>.

Yazılımın kullanımına ilişkin sözleşmede kararlaştırılan sınırlamaların emredici hükümlere aykırı olmadığı yani geçerli olduğu durumlarda, lisans alanın yazılımı sözleşmede öngörülmüş olan kısıtlamalara uygun şekilde kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Lisans alanın yazılımı lisans sözleşmesinde geçerli olarak öngörülmüş kısıtlamalara uygun biçimde kullanması taraflar arasında akdedilen sözleşmenin doğal bir sonucudur.

Lisans verenin yazılım üzerindeki fikri hakkının mutlak hak karakterinde olması ve herkese karşı ileri sürülebilmesinin bir sonucu olarak, yazılımın sözleşmeye aykırı şekilde kullanıldığı hallerde hem sözleşmeye aykırılık hem de yazılım üzerindeki fikri hakkın ihlali söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle yazılımların birer gayri maddi mal olması ve kanun tarafından korunması lisans alanın lisans verenin fikri hakkını ihlal etmeme yükümlülüğünün bulunmasına neden olmaktadır<sup>892</sup>. Lisans alanın bu yükümlülüğü doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır.

Örneğin sözleşmede yazılımın lisans alan tarafından çoğaltılması suretiyle üçüncü kişilerin kullanımına sunulmasını yasaklayan bir hüküm bulunması halinde lisans alanın yazılımı çoğaltarak üçüncü kişilerin kullanımına sunması hem

<sup>890</sup> Bu tür kayıtların geçerliliği için bkz. IV. Bölüm-A vd.

<sup>891</sup> FSEK’te yazılımı hukuki yollardan edinen kimselere tanınan haklar, bu kişilerin hukuki işlem sonucunda iktisap ettiği hakların asgari içeriğini oluşturmaktadır. Bu nedenle yazılımın yedek kopyasının çıkartılması ile lisans alanın kanundan doğan çoğaltma ve işleme yetkilerini sınırlandıran sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir.

<sup>892</sup> Aydınçık, s.138 (“Gerçekten lisans alan sözleşmede kendi lisans hakkını kısıtlayan bir maddeye aykırı davranmakla, aynı zamanda dolaylı olarak eser üzerindeki hakkın ihlaline de yol açmaktadır.”) Aynı yönde bkz. Yıldırım, **Standart**, s.163; Erkekoğlu, s.91; Arbek, s.187.

sözleşmeyi ihlal edecek hem de lisans verenin yazılım üzerindeki çoğaltma hakkını ihlal edecektir. Bu durumda lisans veren lisans alana karşı yarışan talep haklarına sahiptir. Sözleşmeye dayanarak lisans alana karşı taleplerde bulanabileceği gibi yazılım üzerindeki fikri hakkına dayanmak suretiyle FSEK’te yer alan koruyucu hükümlere yahut her ikisine de dayanmak suretiyle talepte bulunabilecektir<sup>893</sup>.

## D. BORCA AYKIRILIK HALLERİ VE SONUÇLARI

### 1) Genel Olarak

Taraflar bir sözleşme akdederken, borç ilişkisinden doğan borçların tam ve doğru şekilde; taraf, konu, yer ve zaman itibariyle ifa modalitelerine uygun ifası ile sona ereceğini umarlar<sup>894</sup>. Ancak borçlu kimi zaman kendi kusurundan ileri gelen nedenlerle kimi zaman kendisi dışında gerçekleşen sebeplerle borcunu tam ve doğru şekilde ifa edemeyebilir. Borçlunun borcunu tam ve doğru şekilde ifa edemediği tüm haller doktrinde genellikle “*borcun ifa edilmemesi*” veya “*borca aykırılık*” başlığı altında inceleme konusu yapılmaktadır<sup>895</sup>. Bazı yazarlar ise borcun hiç veya gereği gibi ifa edilemediği tüm halleri “*ifa engelleri*” başlığı altında inceleme konusu yapmaktadır<sup>896</sup>. Bir edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinin tümünü “*ifa engelleri*” olarak nitelendiren yazarlar, “*sözleşmenin ihlali*”, “*işlem temelinin çökmesi*”, “*davranış yükümlerine aykırılıklar*”, “*aşırı ifa güçlüğü*”, “*edimler arasında aşırı oransızlık*” gibi ifa sahasında ortaya çıkabilecek tüm ihlalleri bu kavram içerisinde incelemektedir<sup>897</sup>.

<sup>893</sup> Aydınçık, s.139; Arbek, s.187.

<sup>894</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1021; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.797; Hatemi/Gökyayla, s.347; Nomer, s.327; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.130; Ayan, s.272; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.811; Zengin Özküçükparlak, s.1.

<sup>895</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.383; Eren, **Genel Hükümler**, s.1021; Nomer, s.375; Ayan, s.463; Aybay, s.133. Benzer şekilde TBK’nın “*İkinci Ayırımı*”nda başlık olarak “*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*” terimi kullanılmıştır. Ayrıca “*borca aykırılık*” terimi kullanan yazarlar için bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.393; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.811.

<sup>896</sup> Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği tüm halleri “*ifa engelleri*” başlığı altında inceleyen yazarlar için bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme)**, Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, Oniki Levha, 2022 İstanbul, s.177; Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.130; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.797; Ögüz, s.130 vd. Ayrıca tüm borca aykırılık hallerini “*ifa arızaları*” başlığı altında inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Hatemi/Gökyayla,

<sup>897</sup> Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.130; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.797; Furrer/Chen/Çetiner, s.580 vd.

Türk Borçlar Kanunu sisteminde borçlunun borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmediği tüm halleri kapsayan yeknesak bir “*ifa engelleri sistemi*” bulunmamaktadır<sup>898</sup>. Bunun yerine TBK m. 112 ve m.116 arasında borcun ifa edilmemesinde borçlunun sorumluluğu genel olarak düzenlenmiş her bir somut borca aykırılık haline ilişkin olarak genel ve özel bölümde farklı hükümler dağınık bir biçimde düzenlenmiştir<sup>899</sup>.

TBK sisteminde borca aykırılık esas olarak “*temerrüt*” ve TBK m.112’de yer alan “*borcun ifa edilmemesi*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır<sup>900</sup>. Borcun ifa edilmemesi ise kendi içerisinde “*kusurlu imkansızlık*” ve “*gereği gibi ifa etmeme*” olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>901</sup>. Somut borca aykırılık türleri ve sonuçları için ise özel hükümler arasında farklı hükümler yer almaktadır. Örneğin kötü ifa esasen genel bir hüküm olan TBK m.112’ye tabi olmakla birlikte satış ve kira sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğa ilişkin olarak TBK’da özel düzenlemeler yer almaktadır<sup>902</sup>.

TBK’nın borca aykırılık ve sonuçlarını hem genel hükümler içerisinde hem de sözleşme tipine göre özel hükümler arasında düzenlemesi karma sözleşmeler açısından uygulanacak hükmün tespitini zorlaştırmaktadır. Bir karma sözleşmede borca aykırılık halinde sözleşmeye uygulanabilecek hem genel bölümde hem de özel bölümde birden fazla sözleşme tipine ait borca aykırılık hükmü bulunabilir. Bu nedenle borca aykırılık halinde hangi hükmün ne şekilde uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Biz de paket yazılım lisans sözleşmelerinde gerçekleşebilecek olan “*temerrüt*”, “*kusurlu imkansızlık*”, “*hakkın varlığını garanti yükümlülüğü ve ayıptan doğan sorumluluk*” ve bunların sonuçlarını “*Borca Aykırılık Halleri ve Sonuçları*” başlığı altında inceleme konusu yapacağız.

<sup>898</sup> Borca aykırılık hallerini “*ifa engelleri*” başlığı altında inceleyen yazarlar özellikle Alman Borçlar Kanunu’nda (BGB) 2002 yılında yapılan reformda borcun ifa edilmemesi, asli ve yan edim yükümlülükleri ile davranış yükümlülüklerine aykırılık, borcun geç veya kötü ifa edilmesi kavramlarının tek bir akde aykırılık kavramı altında toplanmasını yerinde bulmaktadır. Bu yazarlar TBK’nın borca aykırılık hallerini tek bir çatı altında toplamak yerine dağınık bir biçimde her bir borca aykırılık olgusuna farklı sonuç bağlamasını eleştirmektedir. Bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s.798; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.138; Zengin Özküçükparlak, s.28.

<sup>899</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.798; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.138; Hatemi/Gökyayla, s.273; Zengin Özküçükparlak, s.26; Turgut Öz, İstanbul Şerhi C.2,3, “Borcun İfa Edilmemesi”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.1420.

<sup>900</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.384 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 393; Eren, **Genel Hükümler**, s.1147; Nomer, s.375 vd.

<sup>901</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s. 384 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s.1147; Nomer, s.375 vd.

<sup>902</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.102; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s. 131; Yavuz/Acar/Özen, s.73; Zengin Özküçük-parlak, s.35.

## 2) Temerrüt

### a) Borçlu Temerrüdü

TBK’da borçlu temerrüdü açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte m.117/1’de muaccel bir borcun borçlusunun alacaklısının ihtarıyla temerrüde düşeceği hüküm altına alınmıştır<sup>903</sup>. Borçlu temerrüdü, borçlunun borçlandığı edimi zaman bakımından yerine getirmemesine bağlı olarak belirli şartlar altında içine düştüğü hukuksal durum olarak tanımlanabilir<sup>904</sup>. Borçlu temerrüdü borçlunun ifada nitelikli bir gecikmesidir<sup>905</sup>. Borcun ifasındaki her gecikme, borçlu temerrüdüne yol açmaz. Temerrüt için öncelikle borcun muaccel olması ve ifanın mümkün olması gerekmektedir<sup>906</sup>. İfası mümkün ve muaccel bir borcun borçlusu kural olarak TBK m.117/1 gereğince alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Kural borçlunun alacaklının ihtarı ile temerrüde düşmesi olmakla birlikte TBK m.117/2’de ihtara gerek bulunmayan haller düzenlenmiştir<sup>907</sup>. Somut olayda ihtara gerek bulunmayan hallerden birinin bulunması durumunda borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için alacaklının ihtar çekmesi gerekmemektedir.

TBK m.117-m.126 arasında borçlu temerrüdünü genel olarak düzenlenmiş, TBK’nın özel hükümleri arasında ise sözleşme türüne göre bazı özel hükümler öngörülmüştür<sup>908</sup>. TBK m.117 ister kanundan ister sözleşmeden doğsun tüm borçlar için uygulanacak bir hükümdür. TBK’nın temerrüt sistemi içerisinde m.123 ve m.126 arası hükümlerde ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından özel nitelikli hükümler öngörülmüştür<sup>909</sup>.

<sup>903</sup> TBK m.117/1: “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.”

<sup>904</sup> Gümüş, **Genel Hükümler**, s.798. Benzer tanımlar için bkz. Nomer, s.408; Ayan, s.467; Eren, **Genel Hükümler**, s.1213; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.874.

<sup>905</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.474.

<sup>906</sup> Borcun ifasının mümkün olmadığı hallerde temerrüt hükümleri yerine imkansızlığın söz konusu olacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.475; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.404; Eren, **Genel Hükümler**, s.1213; Hatemi/Gökyayla, s.292; Ayan, s.468.

<sup>907</sup> TBK m.117/2: “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bugünün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır.”

<sup>908</sup> Örneğin satış sözleşmeleri için TBK m.235 ve kira sözleşmeleri için m.315 temerrüt açısından özel düzenlemeler niteliğindedir. Bu yönde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.451; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.907; Ayan, s.470; Zevkliler/Gökyayla, s.162; Eren, **Özel Hükümler**, s.1223.

<sup>909</sup> TBK’nın borçlu temerrüdüne ilişkin genel düzenlemesinin yanında TBK m.123-126 arasında karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından getirilen hükümler bazı yazarlarca temerrüdün özel

TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin getirdiği sistem uyarınca paket yazılım lisans sözleşmelerinde borçlunun temerrüde düşmesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağı önem taşımaktadır. Birer karma sözleşme olması sebebiyle, paket yazılım lisans sözleşmelerine hem TBK'nın genel hükümleri arasında temerrüde ilişkin olarak getirilen hükümler hem de özel hükümler arasında satış sözleşmesi ve kira sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemelerin uygulanma ihtimali bulunmaktadır.

Doktrinde baskın görüş karma sözleşmelere TBK'nın genel hükümlerinin özel bölümde yer alan hükümlerden önce uygulanması gerektiği ancak genel hükümlerin uygulanmasının tatmin edici sonuçlar vermediği hallerde özel hükümlerin kıyasen uygulanabileceği yönündedir<sup>910</sup>. Bu görüş doğrultusunda paket yazılım lisans sözleşmelerine TBK'nın genel bölümünde yer alan hükümler öncelikle uygulanmalıdır.

Daha önce belirttiğimiz üzere paket yazılım lisans sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği göstermektedir<sup>911</sup>. Bu kapsamda paket yazılım lisans sözleşmelerinde borçlu temerrüdü ve sonuçları açısından TBK m.123-m.126'da düzenlenmiş olan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümleri öncelikle uygulanmalıdır<sup>912</sup>.

İlgili hükümler uyarınca paket yazılım lisans sözleşmesinde borçlu temerrüdü halinde alacaklı m.125'te yer alan aynen aynen ifa ve gecikme tazminatı, edimin ifasından vazgeçerek ifa edilmeme sebebiyle uğranılan olumlu (müspet) zararın tazmini veyahut sözleşmeden dönmek suretiyle olumsuz (menfi) zararını talep haklarından birine başvurabilecektir<sup>913</sup>.

---

sonuçları olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.523 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.907; Eren, **Genel Hükümler**, s.1223. Ayrıca “*adi temerrüt*” ve “*nitelikli temerrüt*” şeklindeki sınıflandırma için bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.446 vd.

<sup>910</sup> Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-E-2-c. Ayrıca TBK'nın genel hükümlerinin karma sözleşmeler özel hükümlerden önce uygulanması gerektiği yönünde bkz. Kuntalp, s.302; Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu**, s.275; Atamer, **Sözleşme**, s.19.

<sup>911</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği hakkında bkz. II. Bölüm-C-4.

<sup>912</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı yönünde bkz. Yıldırım, **Standart**, s.190 vd. Ayrıca paket yazılım lisans sözleşmelerine benzer şekilde patent lisans sözleşmelerinde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiği konusunda bkz. Ortan, s.246; Özsoy, s.144.

<sup>913</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.524; Eren, **Genel Hükümler**, s.1241; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.938; Ayan, s.481.

Ancak belirtmelidir ki genel hükümlerin uygulanmasından tatmin edici bir sonuç alınamaması halinde daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından özel hükümlerin uygulanması mümkün olacaktır. Böyle bir durumda vadeli ticari satışlar açısından kanuni bir karine olma özelliğine sahip TBK m.212/2 hükmünün<sup>914</sup> veya genel borçlu temerrüdü hükümlerinden ayrılan peşin satışlara ilişkin TBK m.235 hükmünün<sup>915</sup> paket yazılım lisans sözleşmelerine kıyasen uygulanması mümkündür. Süreli paket yazılımlar açısından da genel hükümlerin uygulanmasından sonuç alınamadığı takdirde TBK m.315'te yer alan kiracının temerrüdüne ilişkin özel hüküm ve kira sözleşmelerinde temerrüde ilişkin olarak getirilen özel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır<sup>916</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmesinin TKHK'ya tabi olduğu hallerde ise lisans verenin temerrüdü açısından ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>917</sup>. Bu durumda lisans alan yazılımın kararlaştırılan sürede kendisine iletilmemesi sebebiyle TKHK m.11 vd.'de yer alan seçimlik haklarını kullanabilecektir<sup>918</sup>.

<sup>914</sup> TBK m.212/2: “Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir.”. TBK m.212/2'nin belirli vadeli ticari satışlar açısından kanuni bir karine olduğu yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.69; Gümüş **Özel Hükümler**, s.209; Zevkliler/Gökyayla, s.163 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, s.237.

<sup>915</sup> TBK m.235/1 “Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin satıştan dönebilir.”

<sup>916</sup> TBK m.315/1 “Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir.” TBK m.315/2: “Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.” TBK m.315'in kira sözleşmelerinde kiracının temerrüdüne ilişkin özel hüküm olduğu ve hükmün nispi emredici karakteri sebebiyle kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.315; Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, s.286.

<sup>917</sup> TKHK m.8/3: “Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur.” Doktrinde TKHK'da edimin zamanında ifa edilmemesinin sözleşmeye aykırı ifa kavramına dahil tutulması bu nedenle zamanında ifa etmemenin ayıplı mal veya hizmet kapsamında gibi değerlendirilmesi eleştirilmektedir bkz. Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.239 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.798; Çabri, s.390 vd.

<sup>918</sup> TKHK'da ayıplı mal ve hizmetler ilişkin seçimlik hakların yanında tüketicinin TBK m.117 ve devamı hükümlerine de başvurabileceği yönünde bkz. Çabri, s.391.

## b) Alacaklı Temerrüdü

İfanın gerçekleşmesinin alacaklının katılımına bağlı olduğu hallerde alacaklının ifayı kabul etmekten veya kendisi tarafından yapılacak şeyleri yapmaktan kaçınması durumunda alacaklı temerrüdü söz konusu olacaktır<sup>919</sup>. Alacaklı temerrüdü, TBK’da alacaklının borca aykırı ve sorumluluğunu gerektiren bir davranış olarak düzenlenmemiştir<sup>920</sup>. TBK sisteminde alacaklının ifayı kabul etmesi bir “yükümlülük” değil “kölfe” niteliğindedir<sup>921</sup>. TBK’nın alacaklı temerrüdünü borçlu temerrüdünden farklı şekilde düzenlemesi doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir<sup>922</sup>. Alacaklı temerrüdü genel hükümler arasında TBK m.106 ve m.110 arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler genel düzenlemeler olmakla birlikte TBK satış sözleşmeleri açısından özel hükümler arasında “Alıcının temerrüdü” başlığı altında m.235 ve m.236’da temerrüdün sonuçlarına yönelik olarak genel düzenlemeden ayrılan hükümler sevk etmiştir<sup>923</sup>.

TBK m.235 ve m.236 her ne kadar “Alıcının temerrüdü” başlığını taşısa da doktrinde her iki maddenin alıcının asli borcu olan semen ödeme borcunda temerrüde düşmesinin sonuçlarını düzenlediği, alıcının satılanı teslim alma borcu düzenlemediği belirtilmektedir<sup>924</sup>. Her iki maddenin alıcının satılanın teslim alma borcunda

<sup>919</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.366; Eren, **Genel Hükümler**, s.1129; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.785; Aybay, s.129; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.858.

<sup>920</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.372; Serozan, **Genel Bölüm**, s.199; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.486; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.785; Zengin Özküçükparlak, s.57.

<sup>921</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.372; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.486; Eren, **Genel Hükümler**, s.1130; Serozan, **Genel Bölüm**, s.199.

<sup>922</sup> TBK’nın alacaklı ve borçlu temerrüdü açısından getirdiği sistem özellikle alacaklı temerrüdünde borçlunun durumunun borçlu temerrüdünde alacaklının durumuna nazaran dezavantajlı bir konumda bulunması ve yapma borçları haricinde alacaklı temerrüdünde borçluya dönme hakkı tanınmaması açısından eleştirilmektedir. Bkz. Serozan, **Genel Bölüm**, s.206; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, **Birinci Cilt**, s.142; Zengin Özküçükparlak, s.38 vd.

<sup>923</sup> Bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.163; Zevkliler/Gökyayla, s.166; Aral/Ayrancı, s.214; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.209; Zengin Özküçükparlak, s.43. Esas olarak satış sözleşmeleri açısından doktrinde yer alan tartışmalar alıcının satış konusunu teslim alma borcunun niteliğinin tartışmalı olmasından kaynaklanmaktadır. Satılanın teslim alınması borcunun alıcı açısından bir “yükümlülük” olduğu kabul edilirse satıcının genel hükümler kapsamında borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurması mümkün kabul edilebilecektir. Ancak malı teslim alma borcunun kölfet niteliğinde olduğu kabulü edilirse satıcı malı teslim almayan alıcıya karşı sadece alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Bu yönde bkz. Tandoğan, **C:I/1**, s.208 vd.; Serozan/Başak/Baysal, s.245; Eren, **Özel Hükümler**, s.169; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.209.

<sup>924</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.163; Zevkliler/Gökyayla, s.166; Aral/Ayrancı, s.227; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.209; Zengin Özküçükparlak, s.43.



temerrüdünü düzenlememesine rağmen bazı yazarlar alıcının satılanı teslim almaması halinde de TBK m.235 ve m.236'nın uygulanabileceği kanaatindedir<sup>925</sup>.

Satış sözleşmelerinde alacaklı temerrüdüne ilişkin yukarıda açıkladığımız sistem ve karma sözleşmelere TBK'nın genel hükümlerinin özel hükümlerden öncelikli olarak uygulanmasına ilişkin görüş doğrultusunda paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın yazılımı kabul etme veya ifa fiillerine katılma borcuna aykırı davranması halinde genel hükümler arasında yer alan (TBK m.106-m.110) hükümlerin öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Ancak genel hükümlerin uygulanmasının somut olay açısından tatmin edici sonuçlar vermemesi halinde özel bölümde yer alan hükümlerin paket yazılım lisans sözleşmesine kıyasen uygulanması mümkündür.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın yazılımı kabul etmediği yani lisans alanın alacaklı temerrüdüne düştüğü hallerde, lisans veren TBK m.107 uyarınca mahkemeye başvurarak tevdi yeri tayin edilmesini talep etme hakkına sahiptir<sup>926</sup>. Tevdi yeri belirleyecek olan mahkeme yazılımın internet üzerinden doğrudan veri aktarımı yoluyla aktarılabilmesi bir bulut sunucusu belirleyebileceği gibi yazılımın bir veri taşıyıcısına yüklenmesi ve bu veri taşıyıcısının tevdi edilmesine de karar verebilecektir. Lisans veren mahkeme tarafından tayin edilen bulut sunucusuna yazılımı iletmek veya yazılımın yüklü olduğu veri taşıyıcısını tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulabilecektir<sup>927</sup>.

Ayrıca belirtmelidir ki sözleşmede lisans alanın yazılımı kabul etmesinin bir borç olarak kararlaştırılmış olduğu hallerde lisans verenin karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen (TBK m.123-m.126) hükümlere de başvurması mümkün kabul edilmelidir<sup>928</sup>.

<sup>925</sup> Bu görüşteki yazarlar satılanın teslim alınmamasının asli borç niteliğinde olduğu hallerde, alıcının satılanı teslim almamasının aynı zamanda semen ödeme borcunu da yerine getirmemesi anlamına geldiğinden hareketle satıcının TBK m.235 ve m.236'ya başvurabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Tandoğan, C:II/1, s.209; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.220.

<sup>926</sup> TBK m.107: "(1) Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir.  
(2) Tevdi yerini, ifa yerindeki hâkim belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir."

<sup>927</sup> Satış sözleşmelerinde satıcının satılanı tevdi etmekle borcundan kurtulacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.375; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.489; Serozan, **Genel Bölüm**, s.206; Eren, **Genel Hükümler**, s.1139.

<sup>928</sup> Satılanın teslim alınmamasının sözleşmede bir yükümlülük olarak öngörüldüğü hallerde satıcının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere de başvurabileceği

### 3) İfa İmkansızlığı

İmkansızlık edimin borçlu tarafından sürekli ve kesin olarak yerine getirilemeyeceğini ifade eden bir kavramdır<sup>929</sup>. İmkansızlık doktrinde temel olarak, “başlangıçtaki imkansızlık” ve “sonradan ortaya çıkan imkansızlık” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>930</sup>. Başlangıçtaki imkansızlık yani sözleşmenin konusunun imkansız olması halinde sözleşme TBK m.27/1 uyarınca kesin hükümsüzdür<sup>931</sup>. Bu halde sözleşme geçersiz olduğu için borç doğmaz. Sonradan ortaya çıkan imkansızlık ise “kusurlu imkansızlık” ve “kusursuz imkansızlık” olmak üzere kendi içerisinde iki ayrı başlık altında incelenmektedir<sup>932</sup>. Borçlunun kusuru ile ortaya çıkan imkansızlık TBK’da özel bir hükümle düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, kusurlu imkansızlık TBK m.112 hükmüne tabidir<sup>933</sup>.

Sonradan ortaya çıkan kusursuz ifa imkansızlığı ise TBK m.136/1’de düzenlenmiştir<sup>934</sup>. Doktrinde yer alan baskın görüşe göre kusursuz imkansızlık hali borcu sona erdiren sebeplerden birisi iken kusurlu imkansızlık halinde borç sona ermez ancak imkansızlaşan borç TBK m.112 gereği bir tazminat borcuna dönüşür<sup>935</sup>.

İmkansızlığa bağlanan sonuçların ortaya çıkabilmesi için edimin hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından ifa edilmesinin imkansız olması yani “*objektif imkansızlık*” söz konusu olmalıdır<sup>936</sup>. Sadece borçlu açısından borcun ifa edilmesinin

---

yönünde bkz. Tandoğan, **C:1/1**, s.209; Eren, **Özel Hükümler**, s.169; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.220; Aral/Ayrancı, s.230; Gümüş, **Özel Hükümler**, s.202.

<sup>929</sup> Von Tuhr, s.556; Eren, **Genel Hükümler**, s.1157; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.856; Nomer, s.376; Aybay, s.138.

<sup>930</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.512; Serozan **Genel Bölüm**, s.224; Eren, **Genel Hükümler**, s.1157; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.854; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.851.

<sup>931</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.90; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.262; Eren, **Genel Hükümler**, s.1157; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.230; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.851.

<sup>932</sup> Von Tuhr, s.560; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.512 vd.; Serozan **Genel Bölüm**, s.224; Eren, **Genel Hükümler**, s.1157; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.854; Hatemi/Gökyayla, s.286.

<sup>933</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.459; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.517; Serozan **Genel Bölüm**, s.224; Eren, **Genel Hükümler**, s.1161; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.854; Ayan, s.463.

<sup>934</sup> TBK m.136/1: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.*”

<sup>935</sup> Von Tuhr, s.560; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 517; Serozan **Genel Bölüm**, s.224; Eren, **Genel Hükümler**, s.1161; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.870; Hatemi/Gökyayla, s.289. Doktrinde Oğuzman ve Öz’e göre ise hem kusurlu hem de kusursuz imkansızlıkta borç sona ermektedir. Her iki imkansızlık hali arasındaki temel farklılık tazminat sorumluluğu açısından ortaya çıkmaktadır. Bu görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s. 466 vd.

<sup>936</sup> Von Tuhr, s.560; Eren, **Genel Hükümler**, s.1157; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 515 vd.; Nomer, s.390; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.860; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.850.

imkansız hale gelmesi ama üçüncü kişiler tarafından borcun ifasının mümkün olması halinde imkansızlık hükümleri uygulanmayacaktır<sup>937</sup>. İmkansızlık olgusunun ortaya çıkabilmesi açısından önemli olan bir diğer husus ise borcun “*parça borcu*” veya “*cins borcu*” olmasıdır. Cins borçlarında borçlunun borcun konusunu başka kimselerden temin etmesi her zaman mümkündür. Bu kapsamda doktrinde genel kabul gören görüş cins borçlarında imkansızlığın söz konusu olamayacağı yönündedir<sup>938</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın asli borcu yazılımın bir nüshasının daimi veya süreli olarak kullanılması için iletilmesidir. Lisans verenin asli borcu ise lisans bedeli ödeme borcudur. Lisans verenin lisans bedeli ödeme borcunun para borcu olması sebebiyle lisans veren açısından imkansızlığın ortaya çıkmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Lisans verenin borcu olan yazılımın bir suretinin iletilmesi borcunda, borcun konusu yazılım bir nüshasıdır. Paket yazılımların kişiye özel olarak tek bir adet üretilmemesi, lisansa konu edilen yazılımın çok sayıda nüshasının aynı anda piyasa sürülmesi nedeniyle yazılımın bir nüshasının temin edilmesi her zaman imkan dahilindedir<sup>939</sup>. Ayrıca lisans verenler sözleşmeye konu yazılımın kodlarını farklı ortamlarda sürekli olarak yedeklemek suretiyle yazılımın silinmesine ilişkin olarak önlem almaktadırlar. Bu hususlar göz önüne alındığında yazılımın bir nüshası yok olsa dahi basit bir işlemle yazılımın bir nüshasından lisans alana iletebilecek bir nüsha kopyalanması mümkündür. Bu açıdan paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin yazılımın bir suretini iletme borcu açısından da imkansızlık olgusunun gerçekleşmesinin çok düşük bir ihtimal olduğu kanaatindeyiz<sup>940</sup>.

<sup>937</sup> Von Tuhr, s.560; Eren, **Genel Hükümler**, s.1157; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.515 vd.; Nomer, s.391; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.860. Doktrinde *Oğuzman ve Öz*’e göre ise imkansızlık borcun cebri icra yoluyla elde edilemeyeceği tüm durumları kapsamaktadır.

<sup>938</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.9; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.516; Von Tuhr, s.560; Eren, **Genel Hükümler**, s.1163; Serozan, **Genel Bölüm**, s.234; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.85; Hatemi/Gökyayla, s.288.

<sup>939</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşme konusu yazılımın seri üretim şeklinde piyasaya sürülmesi söz konusu iken ısmarlama yazılımlarda lisans alana özel bir yazılım meydana getirilmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölüm-A-3.

<sup>940</sup> Cins borcunun imkansız hale gelebilmesinin ancak borcun konusunun yeryüzünden tamamen silinmesi halinde mümkün olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.9; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.516; Eren, **Genel Hükümler**, s.1163.

#### 4) Hakkın Varlığını Garanti Borcuna Aykırılık

##### a) Genel Olarak

Geniş anlamda tüm lisans sözleşmelerinde, temel amaç sözleşmenin konusu olan fikri haktan lisans alanın sözleşmeye uygun şekilde yararlanmasının sağlanmasıdır<sup>941</sup>. Üçüncü kişilerin bir mutlak hakka dayanarak, lisans alanın lisans konusunu kullanmasını engellediği hallerde lisans sözleşmesinin amacı gerçekleşmeyecek başka bir ifadeyle lisans alan sözleşmeden beklediği yararı elde edemeyecektir. Doktrinde “*marka lisans sözleşmeleri*”, “*patent lisans sözleşmeleri*” ve “*know-how lisans sözleşmeleri*”nde, lisans verenin sözleşme konusu fikri hakkın veya hukuken korunan fiili tekel durumun (know-how) varlığına ve sözleşme süresince devamına ilişkin lisans alana karşı garanti borcu bulunduğu kabul edilmektedir<sup>942</sup>.

Fikri hakları konu edinen lisans sözleşmelerinde ise FSEK m.53 ve m.54 uyarınca lisans verenin sözleşmeye konu olan mali hakkın varlığı ve bu hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunu garanti borcu bulunmaktadır<sup>943</sup>. Lisans sözleşmeleri haricinde bazı sözleşme tipleri için de TBK’da garanti borcuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle alacağın devrinde garanti sorumluluğunu düzenleyen TBK m.191 vd., satış sözleşmelerinde ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin m.219 vd. ile m.214 vd. maddeleri, kira sözleşmelerinde ise zapta karşı tekeffülü düzenleyen m.309’da yer alan hükümler bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir<sup>944</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşmeye konu yazılımın aslında üçüncü kişiye ait olması ve lisans alanın sözleşme akdedildikten sonra üçüncü kişinin mutlak hakkına dayanan bir müdahale ile karşılaşması mümkündür. Lisans alanın üçüncü

<sup>941</sup> Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi**, s.25; Ögüz, s.94; Ortan, s.74; Özsoy, s.27; Ongan, s.75; Arbek, s.175.

<sup>942</sup> Ögüz’e göre know-how lisans sözleşmelerinde, sözleşme konusunun üçüncü kişilere ait sınai bir hak olması halinde satış sözleşmesine ilişkin zapta karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Bkz. Ögüz, s.169. Benzer şekilde patent lisans sözleşmelerinde de sözleşme konusu patentin sözleşme esnasında mevcut olmaması veya sonradan iptal edilmesi halinde lisans alanın garanti yükümlüğüne dayanan sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi**, s.104; Özsoy, s.127. Marka lisans sözleşmelerinde lisans verenin garanti borcu için bkz. Ongan, s.83 vd.

<sup>943</sup> Tekinalp, s.235; Erel, s.315; Arbek, s.191; Ateş, **Fikri Haklar**, s.247 vd.; Aydıncık, s.113; Tüysüz, s.188.

<sup>944</sup> Hüseyin Murat Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (ICC’nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber)**, Onikilevha, İstanbul 2021, s. 5 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, s.179; Gümüş, **Özel Hükümler C.I**, s.96; Zevkliler/Gökyayla, s.149 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s.101; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.119.

kişinin yazılım üzerindeki hakkı nedeniyle yazılımı sözleşmeye uygun şekilde kullanamadığı durumlar esas olarak TBK m.112 uyarınca bir borca aykırılık hali oluşturmaktadır<sup>945</sup>. Ancak FSEK m.53 ve m.54 ile TBK'nın satış ve kira sözleşmelerinde zapttan doğan sorumluluğa ilişkin özel hükümlerinin de paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması imkan dahilindedir. Başka bir ifadeyle paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanabilecek birden fazla düzenleme bulunmaktadır. Bu sorunun çözümü için hem TBK'da yer alan zapta karşı tekeffül hükümlerini hem de FSEK'te yer alan fikri hakkın varlığını garanti borcuna ilişkin hükümleri kısaca inceledikten sonra lisans verenin hakkın varlığını garanti sorumluluğuna uygulanacak hükümleri ve sorumluluğunun kapsamını belirlemeye çalışacağız.

## b) Garanti Borcuna İlişkin FSEK Hükümleri

### aa) Fikri Hakkın Varlığını Garanti Borcu

FSEK m.53 ve m.54 “*Tekeffül*” başlığı altında mali bir hakkı veya kullanma hakkını devreden kimsenin iktisap edene karşı hakkın varlığını ve sözleşmeye konu olan mali hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu hususlarını garanti borcunu düzenlemektedir<sup>946</sup>. FSEK m.53 ve m.54'te düzenleme konusu yapılan lisans verenin garanti borcu esasen iki farklı konuyu düzenlemektedir<sup>947</sup>. Bunlardan birincisi lisans verenin sözleşme konusu mali hakkın varlığını garanti borcu (fikri hakkın varlığını garanti borcu) diğeri ise lisans verenin lisans verme konusunda yetkili olduğunu garanti borcudur (tasarruf yetkisinin varlığı).

“*Hakkın Mevcut Olmaması*” başlığını taşıyan FSEK m.53; “*Mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse, iktisap edene karşı hakkın mevcudiyetini Borçlar Kanunu'nun 169 ve 171 inci maddeleri hükmünce zamindir.*” // “*Haksız fiillerden ve sebepsiz mal iktisabından doğan talepler mahfuzdur.*” şeklindedir.

<sup>945</sup> Zapta ve ayıba karşı garanti hükümlerinin, genel borca aykırılık hükmü olan TBK m.112'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğu yönünde bkz. Tandoğan, **C.1/1**, s.148; Eren, **Özel Hükümler**, s.101; Serozan/Baysal/Sanlı, s.177.

<sup>946</sup> Tekinalp, s.235; Öztan, s.569; Arslanlı, s.180; Ayiter, s.199; Erel, s.314; Aydıncık, s.118; Ateş, **Fikri Haklar**, s.238; Tüysüz, s.199; Gökyayla, s.260.

<sup>947</sup> Tekinalp, s.235 vd.; Öztan, s.565; Arbek, s.189 vd.; Ateş, **Fikri Haklar**, s.241; Gökyayla, s.260.

FSEK m.53 uyarınca bir mali hak üzerinde lisans veren kimse lisans alana karşı bu mali hakkın varlığını TBK m.191 ve m.193 garanti (tekeffül) borcu altındadır<sup>948</sup>. Lisans verenin garanti borcu sözleşmeye konu olan mali hakkın mevcut olduğunu, mali hakkın fikri hukuk açısından korunduğunu ve üçüncü kişinin üstün bir hak iddia etmeyeceği hususlarının tamamını kapsamaktadır<sup>949</sup>. FSEK m.54'te ise mali bir hakkı devreden veya bu mali hakkı lisans sözleşmesine konu eden lisans verenin yetkisiz olması halinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile bu sözleşmelerde iyiniyetin etkisi düzenlenmiştir<sup>950</sup>.

Esasen FSEK m.53 ve m.54 iki farklı durumu düzenlemektedir. Ancak somut olayda her iki durumun da birlikte gerçekleşmesi mümkündür<sup>951</sup>. Örneğin eser sahibinin (lisans verenin), lisans sözleşmesi akdetmeden önce sözleşme konusu yazılım üzerindeki mali haklarını tamamen devretmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda lisans veren yazılım lisans sözleşmesi akdedildiği sırada hem yazılım üzerindeki mali hak uhdesinde olmadığı için FSEK m.53 uyarınca hakkın varlığını garanti sorumluluğu sebebiyle hem de yazılım üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisine sahip olmaması sebebiyle FSEK m.54 uyarınca sorumlu tutulabilecektir<sup>952</sup>.

Kanaatimizce lisans verenin hem FSEK m.53 hem de m.54 uyarınca sorumlu tutulabildiği durumlarda TBK m.60 gereğince somut olayda lisans alana en iyi giderim imkanı sağlayan sebebe göre karar verilmelidir<sup>953</sup>.

<sup>948</sup> FSEK m.53 eBK m.169 ve m.171 hükümlerine atıf yapmaktadır. Alacağın temliğinde garanti sorumluluğunu düzenleyen bu iki hükmün TBK'daki karşılığı m.191 ve m.193'tür.

<sup>949</sup> Ateş, **Fikri Haklar**, s. 239; Erel, s.314; Aydıncık, s.119; Arbek, s.190.

<sup>950</sup> Tekinalp, s.236; Erel, s.315; Arbek, s.192; Ateş, **Fikri Haklar**, s.259; Tüysüz, s.136 vd.

<sup>951</sup> Doktrinde Arbek FSEK m.53 ve 54'ün düzenleniş biçiminin hatalı olduğunu ve bu duruma kanun koyucunun fikir ve sanat eserlerine ilişkin hukuki işlemlerin hukuki niteliklerine ilişkin net olmayan görüşünün sebep olduğunu ve olması gereken hukuk uyarınca m.54'ün kaldırılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Arbek, s.189 vd.

<sup>952</sup> Doktrinde Aydıncık'a göre, lisans sözleşmesi akdedilmeden önce mali hakkın devredilmiş olması halinde lisans verenin sorumluluğunun FSEK m.53 kapsamında belirlenmesi gerekmektedir. Bkz. Aydıncık, s.121. Aksi görüşteki Erel'e göre ise bir mali hakkın lisans sözleşmesi akdedilmeden önce devre konu edilmesi halinde lisans verenin mali hak üzerinde yetkisiz olması sebebiyle sorumluluğunun FSEK m.54'e göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Erel, s.316.

<sup>953</sup> TBK m.60: "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."

### bb) İyi Niyetin Korunmaması ve Tasarruf Yetkisinin Varlığı

FSEK m.54/1’de lisans verenin mali hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı durumlarda lisans alanın iyiniyetinin korunmayacağı açıkça hüküm altına almıştır<sup>954</sup>. Burada lisans alanın iyiniyeti ile kastedilen subjektif iyiniyet yani lisans alanın lisans verenin tasarrufa yetkisi olmadığını bilmemesi ve gerekli özeni göstermiş dahi olsa bilebilecek durumda olmamasıdır<sup>955</sup>.

FSEK m.54/1’deki düzenleme kapsamında bir mali hakkın devrini veya mali hakkı kullanma yetkisinin devrini konu edinen sözleşmelerde, lisans alanın iyiniyetli olması ona mali hakkı iktisap etme imkanı sağlamayacaktır. Kanun koyucu MK m.988 ve m.1023’ten farklı şekilde mali hakkı konu edinen devir ve lisans sözleşmeleri açısından iyiniyetin korunmayacağını öngörmüştür<sup>956</sup>. Tasarruf yetkisi olmaksızın mali hak üzerinde tasarrufta bulunanın tasarrufu hükümsüz olacak ve taşınırlarda olduğu gibi lisans alanın iyiniyetle mali hakkı iktisap etmesi mümkün olmayacaktır<sup>957</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin konusunun yazılım üzerindeki çoğaltma hakkının lisans alana verilmesi olması sebebiyle bu sözleşmeler açısından da lisans alanın iyiniyetle yazılımı kullanım hakkını iktisap etmesi mümkün değildir.

Tasarruf yetkisi olmaksızın mali hakkı konu edinen tasarrufta bulunan kimsenin lisans alana karşı sorumluluğu ise FSEK m.54/2’de düzenlenmiştir<sup>958</sup>. Kanun koyucu tasarruf yetkisi bulunmayan kimseden iyiniyetle hak iktisabını korumamış ancak tasarruf yetkisi bulunmadığı için sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle doğan zararın karşılanmasına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre tasarruf yetkisi olmaksızın bir mali hakkı devreden veya lisans veren kimse hukuki işlemin

<sup>954</sup> FSEK m.54/1: “Mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyyetli olmıyan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.”

<sup>955</sup> Erel, s.315; Ateş, **Fikri Haklar**, s.258; Aydınçık, s.121.

<sup>956</sup> Tekinalp, s. 236; Öztan, s.570; Arbek, s.193; Ateş, **Fikri Haklar**, s.258; Erel, s.315; Aydınçık, s.121. Aksi görüşteki *Arsılanlı* üçüncü bir kişinin lisansa izin verdiğini gösteren yazılı bir belgeye dayanmak suretiyle sözleşme akdetmesi durumunda TBK m.19/2 ve m.183/2’ye kıyasen lisans alanın iyiniyetinin korunabileceğini belirtmektedir. Bkz. *Arsılanlı*, s.181.

<sup>957</sup> Tekinalp, s.236; Öztan, s.570; Arbek, s.193; Ateş, **Fikri Haklar**, s. 258; Erel, s.315; Aydınçık, s.121.

<sup>958</sup> FSEK m.54/2: “Salahiyyeti olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse; salahiyyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması لازم geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir. Kusur halinde mahkeme; hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata hükmedebilir.”

hükümsüz kalmasından doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür<sup>959</sup>. İşlemin hükümsüz olması sebebiyle doğan zarar nitelik itibariyle menfi zarardır<sup>960</sup>.

Kanunun bu düzenlemesi TBK’da yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK m.47’ye paralel bir düzenlemedir<sup>961</sup>. FSEK m.54/2’de düzenlenen sorumluluk bir tür kusursuz sorumluluk olup, lisans verenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunmasına gerek yoktur<sup>962</sup>. Lisans verenin ayrıca kusurunun bulunması durumunda FSEK m.54/2 uyarınca daha geniş bir tazminata hükmedilebilecektir<sup>963</sup>.

Belirtilmelidir ki FSEK m.54/2’ye göre lisans verenin kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkündür. Eğer lisans veren, lisans alanın tasarruf yetkisinin bulunmadığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse m.54/2 gereğince sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>964</sup>.

### c) TBK’da Yer Alan Zapta Karşı Garanti Hükümleri ve Hukuki Ayıp Kavramı

Lisans alanın, yazılımı üçüncü kişinin üstün hakkı sebebiyle kullanamadığı hallerde lisans verenin sorumluluğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Lisans verenin sorumluluğuna ilişkin olarak uygulanması mümkün olan FSEK hükümlerini kısaca incelemiştik<sup>965</sup>. TBK’da ise lisans verenin sorumluluğu açısından uygulanabilecek iki farklı düzenleme bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden birincisi satış ve kira sözleşmelerine ilişkin zapta karşı garanti (tekeffül) hükümleridir. İkinci düzenleme ise satış ve kira sözleşmelerine ilişkin ayıba karşı garanti hükümleridir. Ancak ayıba karşı garanti hükümlerine başvurulabilmesi, yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle kullanılamadığı durumların “*hukuki ayıp*” kavramı içerisinde değerlendirilmesine bağlıdır. Biz

<sup>959</sup> Tekinalp, s.236; Öztan, s.570; Arbek, s.193; Erel, s.316; Ateş, **Fikri Haklar**, s.268; Aydıncık, s.122.

<sup>960</sup> Tekinalp, s.236; Arslanlı, s.181; Öztan, s.571; Erel, s.316; Arbek, s.193; Ateş, **Fikri Haklar**, s. 270.

<sup>961</sup> Tekinalp, s.236; Öztan, s.571; Arbek, s.193; Erel, s.316.

<sup>962</sup> Kusursuz sorumluluğa ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar için bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2**, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2022, s. 143 vd.

<sup>963</sup> Doktrinde yetkisiz lisans verenin, aynı zamanda kusurlu olması halinde müspet zarara hükmedilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, s.236; Öztan, s.570; Ateş, **Fikri Haklar**, s.270.

<sup>964</sup> Tekinalp, s.236; Öztan, s.570; Arbek, s.193; Erel, s.316.

<sup>965</sup> Bkz. III. Bölüm-D-4-b-(aa) ve (bb).



TBK’da yer alan her iki sorumluluk rejimini kısaca inceleme konusu yaptıktan sonra FSEK ve TBK’da yer alan düzenlemeleri birlikte değerlendirerek hangi hükümlerin uygulanması gerektiğini açıklamaya çalışacağız.

Zapt genel olarak sözleşme konusu üzerinde sözleşme kurulduğu anda mevcut bir üstün hak sebebiyle, üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusunun, onu temlik alan veya yararlanmak üzere teslim alan kişinin elinden alınması olarak tanımlanabilir<sup>966</sup>. Zapttan sorumluluk özel bir sorumluluk rejimi olarak satış sözleşmeleri açısından TBK m.214 vd.’de, kira sözleşmeleri açısından ise m.309 vd.’de düzenlenmiştir. Satıcının ve kiraya verenin sözleşme konusunun zapt edilmesinden doğan sorumluluğu esas olarak satış sözleşmesinde satıcının mülkiyeti devir borcunun bir uzantısı ve yaptırımı iken kira sözleşmesinde kiraya verenin sözleşme konusunu sözleşme süresince kiracının kullanımına uygun şekilde bulundurma yükümlülüğünün bir uzantısı ve yaptırımı niteliğindedir<sup>967</sup>.

Satış veya kira sözleşmesinde sözleşme konusunun alıcının veyahut kiracının elinden alınması esas olarak TBK m.112 vd. hükümleri kapsamında borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelmekte başka bir ifadeyle borca aykırılık teşkil etmektedir. Ancak kanun koyucu satış ve kira sözleşmeleri açısından bu borca aykırılık halini özel olarak düzenlemiş ve farklı bir sorumluluk rejimine tabi kılmıştır<sup>968</sup>.

Zapta karşı tekeffül sorumluluğu kanundan doğan bir sorumluluktur<sup>969</sup>. Sorumluluğun doğması için taraflar arasında sözleşmede ayrıca kararlaştırılmış olması gerekmemektedir. Ancak zapta karşı tekeffül hükümleri emredici nitelikte olmadığından tarafların sözleşmede bu hükümlerin aksini kararlaştırmaları mümkündür<sup>970</sup>. Alıcının sözleşmenin akdedilmesi esnasında zapt tehlikesini bildiği durumlarda ise satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi için TBK m.214/2 uyarınca bu

---

<sup>966</sup> Tandoğan, **C.1/1**, s.148; Eren, **Özel Hükümler**, s.86; Serozan/Baysal/Sanlı, s.179; Gümüş, **Özel Hükümler C.I**, s.98; Zevkliler/Gökyayla, s.149; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.118; Barış Demirsatan, “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Sınırları”, **DEÜHFD**, Cilt: 22, S.1, 2020, s.219-253., s.221.

<sup>967</sup> Tandoğan, **C.1/1**, s.148; Serozan/Baysal/Sanlı, s.178; Yavuz/Acar/Özen, s.65.

<sup>968</sup> Tandoğan, **C.1/1**, s.148; Serozan/Baysal/Sanlı, s.178; Eren, **Özel Hükümler**, s.78; Yavuz/Acar/Özen, s.65.

<sup>969</sup> Tandoğan, **C.1/1**, s.148; Eren, **Özel Hükümler**, s.78; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.121; Yavuz/Acar/Özen, s.65.

<sup>970</sup> Tandoğan, **C.1/1**, s.149; Eren, **Özel Hükümler**, s.77; Zevkliler/Gökyayla, s.150; Yavuz/Acar/Özen, s.65.

sorumluluğu ayrıca üstlenmiş olması gerekmektedir. Benzer şekilde TBK m.214/3'e göre de satıcının zapt tehlikesini gizlediği hallerde zapta karşı tekeffül sorumluluğunun kaldırılmasına ilişkin anlaşma hükümsüz olacaktır.

TBK m.214 vd.'de düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri satılanın zapt edilmesi halinde alıcıya TBK m.112 vd'de yer alan borca aykırılık hükümlerinden daha elverişli bir koruma sağlamaktadır<sup>971</sup>. Satıcının satılanın zapt edilmesinden doğan sorumluluğu, satılanın tamamen zapt edilmesi ve satılanın kısmi olarak zapt edilmesine göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Tam zapta satılanın tamamı alıcının elinden alınırken, kısmi zapta satılanın bir kısmının satıcının elinden alınması veya satılanın aynı bir hakla yükümlenmesi söz konusudur<sup>972</sup>.

Satıcının zapta karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için satıcının kusuruna gerek yoktur<sup>973</sup>. Satıcı satılanın zapt edilmesinde kusurlu olması bile TBK m.217'de dört bent halinde belirtilen zararları tazminle yükümlü olacaktır<sup>974</sup>. Ancak aynı maddenin 5. bendine göre dört bent halinde sayılan zararlar dışında kalan diğer zararların tazmini için satıcının kusurunun bulunması gerekmektedir. Satılanın kısmi zaptında ise TBK m.218 uyarınca alıcı satılanın kısmen zapt edilmesi veya satılanın aynı hak ile yükümlenmesi sebebiyle doğan zararının tazminini talep edebilecektir. Ancak alıcının bu durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa alıcı, hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilecektir<sup>975</sup>.

<sup>971</sup> Tandoğan, C.1/1, s.148; Eren, **Özel Hükümler**, s.78; Yavuz/Acar/Özen, s.65; Demirsatan, s.224.

<sup>972</sup> Tandoğan, C.1/1, s.161; Eren, **Özel Hükümler**, s.78; Yavuz/Acar/Özen, s.65; Demirsatan, s.224.

<sup>973</sup> Tandoğan, C.1/1, s.160; Eren, **Özel Hükümler**, s.80; Demirsatan, s.237.

<sup>974</sup> TBK m.217: “*Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve alıcı satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:*

1. *Satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini.*

2. *Satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri.*

3. *Davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri.*

4. *Satılanın tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları.*

*Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür.”*

<sup>975</sup> TBK m.218: “*Satılanın bir kısmı elinden alınmış veya satılan sınırlı aynı bir hakla yüklenmişse alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.*

*Ancak alıcının, satılardaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir. Bu durumda alıcı, satılanın elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermekle yükümlüdür.”*

Sözleşmenin sona ermesine karar verilmesi halinde alıcı elinde kalan kısmı o ana kadar elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür.

Lisans verenin sorumluluğuna ilişkin olarak uygulanabilecek TBK’da yer alan ikinci düzenleme ise ayıba karşı garanti hükümleridir. Ayıba karşı garanti hükümlerinin değerlendirilebilmesi için öncelikle “*hukuki ayıp*” kavramına değinmemiz gerekmektedir.

Hukuki ayıp, satılanın değerini ve ondan beklenen faydayı etkileyen, objektif hukukun koyduğu birtakım sınırlamalardan doğan eksiklikler olarak tanımlanabilir<sup>976</sup>. Hukuki ayıp ile zapt kavramları birbirine yakın kavramlar olduğundan birbirinden ayrılması her zaman kolay olmamaktadır<sup>977</sup>.

Zapta karşı tekeffül sorumluluğunda sözleşme konusunun alıcının elinden alınmasının sebebi üçüncü kişinin üstün bir hakka dayanmak suretiyle talepte bulunmasıdır<sup>978</sup>. Hukuki ayıpta ise alıcı objektif bir hukuk normu sebebiyle satılardan gereği gibi yararlanamamaktadır<sup>979</sup>. Başka bir ifadeyle alıcının satılan maldan yararlanamamasının sebebi üçüncü kişinin üstün hakkı değil bizatihi hukuk düzeninin içerdiği normlardır<sup>980</sup>. Örneğin satış sözleşmesinin konusunun, gümrük mevzuatı uyarınca ülke içerisine sokulmasının yasak olması bir hukuki ayıp iken satılan üzerinde üçüncü kişinin bir üstün hakkının bulunması zapta karşı tekeffül sorumluluğuna yol açacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre sözleşmeye konu edilen bir fikri hakkın üçüncü bir kişinin fikri hakkını ihlal etmesi halinde zapt değil hukuki ayıp söz konusu olacak ve ayıp hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>981</sup>. Bu görüşün kabul edilmesinin paket

<sup>976</sup> Tandoğan, C.1/1 s.168; Eren, **Özel Hükümler**, s.105; Yavuz/Acar/Özen, s.76.

<sup>977</sup> Alman Hukuku’nda 2002 yılında yapılan reform ile birlikte ayıp ve zapttan doğan sorumluluğun ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine tabi tutulduğu, TBK’da ise hukuki ayıptan sorumluluk ve zapttan doğan sorumluluğun farklı hükümlere tabi olduğu yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.106; Zevkliler/Gökyayla, s.150; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.119.

<sup>978</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.106; Serozan/Baysal/Sanlı, s.201; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.135; Demirsatan, s.225.

<sup>979</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.105; Serozan/Baysal/Sanlı, s.201; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.135; Demirsatan, s.225.

<sup>980</sup> Tandoğan, C.1/1 s.171; Eren, **Özel Hükümler**, s.106; Aral/Ayrancı, s.156; Demirsatan, s.226.

<sup>981</sup> Tandoğan, C.1/1, s.169 vd. *Tandoğan*’a göre satılan şeyin bir başkasının fikri veya sınai hakkını ihlal ediyor olması durumunda zapt değil hukuki ayıp söz konusu olacaktır. Aynı yönde bkz. Demirsatan, s.238. Yazar fikri hakkın devirden önce rehnedildiği durumda kısmi zaptın söz konusu olduğunu ancak satış sözleşmesine konu ürünlerin üçüncü kişilerin fikri ve sınai haklarını ihlal ettiği durumlarda hukuki ayıp bulunduğunu belirtmektedir. Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından, FSEK’te yer alan garanti borcuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki görüşümüz sebebiyle yazılımın

yazılım lisans sözleşmeleri açısından birtakım sonuçları bulunmaktadır. Eğer bu görüş kabul edilirse yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle kullanılamaması hukuki ayıp olarak nitelendirilecektir. Bu kapsamda lisans alanın hukuki ayıp nedeniyle ayıptan doğan seçimlik haklara başvurması mümkün olacaktır.

#### **d) Lisans Verenın Garanti Borcuna Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu**

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans sözleşmesine konu edinilen yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle kullanılamadığı durumlarda lisans verenin sorumluluğuna uygulanabilecek FSEK ve TBK’da farklı düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden ilk akla gelen genel borca aykırılık hükmü olması nedeniyle TBK m.112’dir. Ancak genel borca aykırılık hükmü olan TBK m. 112 FSEK’te ve TBK’da yer alan garanti borcuna ilişkin getirilen özel hükümlere göre yetersiz bir düzenlemedir. FSEK ve TBK’da yer alan düzenlemeler daha kapsamlı ve lisans alanın korunması açısından daha elverişlidir. Bu nedenle TBK m.112 yerine FSEK veya TBK’da yer alan özel düzenlemelerin uygulanması daha uygun bir tercihtir.

Çözümlemesi gereken diğer problem ise lisans alanın sorumluluğuna FSEK’te yer alan hükümlerin mi yoksa TBK’da yer özel alan hükümlerin mi uygulanacağıdır. Zira FSEK ve TBK’da düzenleme konusu yapılan “*hakkın varlığını garanti yükümlülüğü*” ile “*zapta karşı tekeffül yükümlülüğü*” amaçları açısından birbirlerine paralel nitelikte olup her iki düzenlemenin de uygulanma ihtimali bulunmaktadır<sup>982</sup>. Esasen zapta karşı tekeffül hükümleri, mülkiyet ve zilyetlik kavramlarını temel almak suretiyle düzenlenmiştir<sup>983</sup>. Ayrıca zapttan sorumluluğun doğabilmesi için sözleşme konusunun üçüncü kişinin üstün hak iddiası sebebiyle zapt edilmesi, herhangi bir

---

kullanımının üçüncü kişinin fikri hakkını ihlal etmesi nedeniyle yasaklandığı durumların zapt veya hukuki ayıp olarak nitelendirilmesi herhangi bir farklılık yaratmayacaktır.

<sup>982</sup> Satış sözleşmelerinde satıcının zapta karşı garanti borcunun mülkiyeti sağlama borcunun uzantısı olduğu yönünde bkz. Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s.114; Tandoğan, **C. I/1**, s.148; Serozan/Baysal/Sanlı, s.178; Eren, **Özel Hükümler**, s.77. Lisans sözleşmeleri açısından ise hakkın ve tasarruf yetkisinin varlığını garanti yükümlülüğünün sözleşme konusu hakkın lisans alana sağlanması borcunun uzantısı olduğu yönünde bkz. Arslanlı, s.183; Ayiter, s.199.

<sup>983</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.178; Tandoğan, **C. I/1**, s.148 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.119; Eren, s.78; Demirsatan, s.224.

mahkeme kararı olmaksızın satılanın verilmesi halinde ise TBK m.216'daki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>984</sup>. Buna ek olarak alıcının TBK m.215'te yer alan külfetleri de yerine getirmesi gerekmektedir<sup>985</sup>. Zapta karşı tekeffül hükümlerinin paket yazılım lisans sözleşmesine uygulanması halinde özellikle lisans veren açısından davanın bildirimine ilişkin m.215'te yer alan külfetlerin yerine getirilmesi gerekecektir. Mahkeme kararı olmaksızın yazılımın kullanımının durdurulması halinde ise sorumluluk için m.216'da yer alan şartlar aranacaktır.

Kanaatimizce sözleşmenin güçsüz tarafı olan lisans alana bu külfetlerin yüklenmesi yerine FSEK'te yer alan hükümlerin uygulanması suretiyle lisans alanın korunması daha uygun bir tercihtir. Benzer bir biçimde yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı sebebiyle kullanılamadığı durumların hukuki ayıp olarak değerlendirilmesi ve ayıp hükümlerinin uygulanması da ihtimal dahilindedir. Ancak bu ihtimalde de lisans alan açısından seçimlik hakların kapsamı daralacaktır. Öyle ki yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle kullanılamadığı durumlarda, lisans alanın ücretsiz değiştirme, bedelden indirim isteme, ücretsiz onarım haklarına başvurması mümkün olmayacak sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkün olacaktır. Bu kapsamda FSEK'te yer alan hükümlerin ayıp hükümlerine nazaran lisans alanı koruma açısından daha elverişli olduğunu düşünmekteyiz.

Belirtilmelidir ki FSEK'te yer alan hükümler zilyetlik ve mülkiyet kavramlarını değil fikri hak kavramını esas almaktadır. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmelerinin bünyesine TBK'da yer alan hükümlere nazaran daha uygundur. Ayrıca FSEK hükümleri uyarınca lisans verenin sorumluluğunun doğabilmesi için lisans alanın yerine getirmesi gereken külfetler de bulunmamaktadır. En önemlisi lisans verenin sorumluluğunun FSEK'in atfı gereği TBK m.193 uyarınca son derece geniş bir biçimde belirlenmesi de lisans alan açısından daha avantajlıdır.

---

<sup>984</sup> TBK m.216: "Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hâllerde devam eder:

1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse.  
2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa. Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder."

<sup>985</sup> Tandoğan, C.I/1 s.155; Eren, **Özel Hükümler**, s.83; Yavuz/Acar/Özen, s.68; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.99; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.121.

Tüm bu gerekçelerle, paket yazılım lisans sözleşmelerinde üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle lisans alanın yazılımı kullanamadığı durumlarda FSEK'in hakkın varlığını garanti borcuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının taraf menfaatleri açısından daha adil bir çözüm olacağı kanaatindeyiz. Söz konusu görüşümüz doğrultusunda, yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle kullanılmadığı hallerde lisans verenin sorumluluğu FSEK'te yer alan hakkın varlığını garanti borcuna ilişkin hükümler uyarınca belirlenmelidir.

Lisans verenin FSEK'te düzenlenmiş bulunan garanti yükümlülüğü kanuna dayanan bir sorumluluktur<sup>986</sup>. Kanundan doğan bir sorumluluk olması sebebiyle taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile lisans veren lisans alana karşı hakkın varlığını garanti etmiş sayılır. Ancak tarafların sözleşme serbestisi kapsamında lisans verenin garanti yükümlülüğünü sözleşme ile ortadan kaldırmaları mümkündür<sup>987</sup>.

Lisans verenin mali hakkın varlığını garanti sorumluluğu sözleşmenin akdedildiği ana göre belirlenir. Lisans verenin mali hakkın varlığını garanti sorumluluğu nitelik olarak kusursuz sorumluluktur. Bu nedenle mali hakkın varlığından lisans verenin sorumlu tutulması lisans verenin kusuruna bağlı değildir<sup>988</sup>. Mali hak üzerinde lisans veren lisans sözleşmesi akdedildiği anda mali hakkının mevcut olduğunu bilmiyor dahi olsa lisans verene karşı sorumlu tutulacaktır.

FSEK m.53'ün mali hakkın varlığına ilişkin sorumluluğu alacağın devrinde devreden garanti sorumluluğuna ilişkin m.191/1'e atıf yapmak suretiyle düzenlenmektedir<sup>989</sup>. Bu atıftan hareketle doktrinde bir mali hakkın devrini veya bu mali hak üzerinde lisans verilmesini konu edinen sözleşmelerin ivazlı olmaması durumunda devreden veyahut lisans verenin garanti sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>990</sup>.

<sup>986</sup> Tekinalp, s.235; Erel, s.315; Ayiter, s.199; Ateş, **Fikri Haklar**, s.240.

<sup>987</sup> Erel, s.315; Aydıncık, s.119.

<sup>988</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.2**, s.613; Gökyayla, s.261; Ateş, **Fikri Haklar**, s. 240; Aydıncık, s.120.

<sup>989</sup> TBK m.191: “Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.”

“Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”

<sup>990</sup> Tekinalp, s.235; Erel, s.31; Ateş, **Fikri Haklar**, s.233; Aydıncık, s.119; Tüysüz, s.135. Ayrıca alacak devrinin ivazsız yapıldığı hallerde garanti yükümlülüğü bulunmadığı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.2**, s.610.

FSEK m.53'ün TBK m.191 ve m.193'e yaptığı atıf sebebiyle, lisans verenin hakkın varlığını tekeffül sorumluluğu bu hükümler uyarınca belirlenecektir<sup>991</sup>. TBK m.191 uyarınca, alacağını bir edim karşılığında devreden kimse devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılır. FSEK'in m.191'e atfı uyarınca ivazlı olarak akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans veren lisans alana karşı hakkın varlığını garanti borcu altında olacaktır.

Lisans verenin sorumluluğunun kapsamı ise TBK m.193'e göre belirlenecektir<sup>992</sup>. Lisans alanın hakkın mevcut olmaması sebebiyle uğradığı zarar menfi zarardır. Menfi zarar hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin hüküm ifade edeceğine güvenilmesinden doğan zararlardır<sup>993</sup>. TBK m.193'te garanti yükümlülüğü kapsamında devralanın talep edebileceği dört farklı zarar kalemi bulunmaktadır<sup>994</sup>. İlgili madde içerisinde düzenlenen ilk üç zarar kaleminin talep edilebilmesi kusur şartına bağlı değildir. Ancak 4. fıkra kapsamındaki zararların tazmini zarar verenin kusursuzluğunu ispatlayamaması halinde mümkün olacaktır<sup>995</sup>.

TKHK hükümlerinin uygulanacağı paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise üçüncü kişilerin üstün hak iddiaları “*hukuki ayıp*” çerçevesinde değerlendirilecektir. TKHK'da “*ayıp*” ve “*zapt*” kavramlarının birbirinden ayrılmamış olması ve mal ya da hizmet konusunun içerdiği hukuki eksikliklerin ayıp kavramına dahil tutulması bu sonuca yol açmaktadır<sup>996</sup>. Bu kapsamda TKHK'ya tabi sözleşmelerde yazılımın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle kullanılamadığı hallerde lisans verenin sorumluluğu ile lisans alanın hakları ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin hükümler çerçevesinde belirlenecektir.

<sup>991</sup> Tekinalp, s.235; Tüysüz, s.134.

<sup>992</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.2**, s.614; Nart/Aydoğdu, s.31.

<sup>993</sup> Ateş, **Fikri Haklar**, s.252; Arbek, s.193; Aydıncık, s.122; Nart/Aydoğdu, s.318.

<sup>994</sup> TBK m.193: “Devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini.
2. Devrin sebep olduğu giderleri.
3. Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri.
4. Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını.”

<sup>995</sup> TBK m.193/4'te düzenlenen zararların kusur şartına bağlı olduğu ancak kusur karinesi sebebiyle alacağı devreden kusursuzluğunu ispatlaması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.2**, s.614; Nart/Aydoğdu, s.319.

<sup>996</sup> TKHK'da mal veya hizmetlerde ortaya çıkan hukuki eksikliklerin ayıp kavramı içerisinde değerlendirildiği yönünde bkz. Çabri, s.280; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.242.

## 5) Ayıba Karşı Garanti Borcuna Aykırılık ve Sonuçları

### a) Ayıba Karşı Garanti Borcuna İlişkin Hükümler

FSEK’te lisans sözleşmesi veya mali hakkın devri sözleşmeleri açısından sözleşme konusunun ayıplı olması halinde uygulanabilecek hüküm bulunmamaktadır<sup>997</sup>. Bu nedenle lisans sözleşmelerinde sözleşme konusunun ayıplı olması halinde lisans verenin lisans alana karşı sorumluluğunun TBK m.112 uyarınca belirlenmesi gerektiği ileri sürülebilir<sup>998</sup>. Ancak sözleşme konusunun ayıplı olmasından dolayı lisans verenin sorumluluğunun TBK m.112’ye dayandırılması halinde sorumluluk nitelik itibariyle bir kusur sorumluluğu olacaktır. Bu durumda lisans alan ayıplı yazılım dolasıyla TBK m.112’ye dayanarak edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilememesi sebebiyle tazminat talep edebilecektir. Bu görüşün kabulü halinde lisans alan TBK’da özel olarak düzenleme konusu yapılmış olan satış ve kira sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerinden dolayısıyla ayıptan doğan seçimlik haklardan yararlanamayacaktır.

Yazılımın ayıplı olması halinde sözleşmenin türüne göre TBK’da özel hükümler arasında düzenlenmiş ayıp hükümlerinin kıyasen uygulanması durumunda ise lisans alanın ayıplı yazılım dolasıyla seçimlik hakları kullanması söz konusu olabilecektir<sup>999</sup>.

Kanaatimizce lisans alanın sözleşmenin türüne göre satış ve kira sözleşmelerine ilişkin ayıp hükümlerinden yararlandırılması TBK m.112’ye nazaran lisans alanın lehine olacaktır. Bu nedenle karma nitelikte olan paket yazılım lisans sözleşmelerine TBK’da yer alan ayıp hükümleri ile lisans alanın tüketici sıfatına sahip olduğu durumlarda TKHK’daki ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin düzenlemelerin uygulanması lisans alanın güçlü konumda bulunan lisans verene karşı korunması açısından daha makul bir çözümdür.

---

<sup>997</sup> Arbek, s.199; Aydınçık, s.111.

<sup>998</sup> Doktrinde lisans sözleşmelerinde sözleşme konusunda ortaya çıkan ayıplardan sorumluluğa ilişkin olarak sözleşmenin sürekli veya ani edimli olmasına göre satış ve kira sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüşler için bkz. Ögüz, s.151; Eren, **Özel Hükümler**, s.1004; Arbek, s.199; Aydınçık, s.112; Ortan, s.219

<sup>999</sup> Ortan, s.223 vd.; Ögüz, s.151vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s.1005.



## b) Ayıp Kavramı ve Tasnifi

Ayıp genel olarak sözleşme konusunda ortaya çıkan ve sözleşme konusunda yararlanılmasını engelleyen eksiklikler ya da bozukluklar şeklinde tanımlanabilir<sup>1000</sup>. Ayıptan doğan sorumluluk satış, kira ve eser sözleşmeleri açısından TBK’da düzenleme konusu yapılmış iken tüketici işlemleri açısından TKHK’da düzenlenmiştir. Ayıptan doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İfa teorisine göre sözleşme konusunun ayıpsız olarak teslimi, satıcının ifa yükümlülüğüne ilişkin olup gereği gibi ifa etmemenin özel bir görünümü söz konusudur<sup>1001</sup>. Garanti görüşüne göre ise satım konusunun ayıpsız olması satıcının ifa yükümlülüğüne dahil olmayıp, kanundan doğan bir garanti borcudur<sup>1002</sup>.

Ayıptan doğan sorumluluk satış sözleşmeleri açısından TBK m.219 vd.’de düzenlenmiştir<sup>1003</sup>. Kira sözleşmeleri açısından ise m.304 vd. maddelerinde düzenleme konusu yapılmıştır. TKHK’da ise ayıplı mallar açısından m.8 vd.’de ayıplı hizmetler açısından ise m.13 vd. maddelerinde düzenlemeler bulunmaktadır.

Ayıp kavramı kendi içerisinde türü, ortaya çıkma biçimi ve niteliğine ilişkin olarak farklı şekillerde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ayıp türüne göre maddi, hukuki veya ekonomik ayıp şeklinde ayrılmaktadır<sup>1004</sup>. Bu husus TBK m.219/1’de ve TKHK m.8’de yer alan tanımlardan açıkça anlaşılmaktadır<sup>1005</sup>. Sözleşme konusunda ortaya

<sup>1000</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.163; Eren, **Özel Hükümler**, s.100; Serozan/Baysal/Sanlı, s.193; Zevkliler/Gökayla, s.120; Aral/Ayrancı, s.154 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.130; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.123; Yavuz/Acar/Özen, s.82.

<sup>1001</sup> Tandoğan, **C. I/1**, s.163; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.114; Yavuz/Acar/Özen, s.73; Aral/Ayrancı, s.155; Serozan/Baysal/Sanlı, s.195.

<sup>1002</sup> Tunçomağ, **Özel Hükümler**, s.74 vd; Eren, **Özel Hükümler**, s.102.

<sup>1003</sup> TBK m.219: “(1) Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.

(2) Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur.”

<sup>1004</sup> Tandoğan, **C. I/1**, 163; Eren, **Özel Hükümler**, s.100; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.134; Zevkliler/Gökayla, s.120.

<sup>1005</sup> TKHK m.8: “(1) Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.

(2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını

çıkan ayıbın maddi, ekonomik veyahut hukuki ayıp şeklinde ortaya çıkması ayıp hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Çünkü hem TBK hem de TKHK ayıp kavramını maddi, ekonomik ve hukuki ayıbı kapsayacak biçimde tanımlamaktadır.

Ayıp sözleşme konusunun zikir ve vadedilen niteliklerinden kaynaklanabileceği gibi sözleşme konusunda dürüstlük kuralı gereğince bulunması gereken niteliklerden de kaynaklanabilir<sup>1006</sup>. Sözleşmenin konusunda dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk gereği bulunması gereken niteliklerdeki eksiklik lüzumlu vasıflardaki ayıp olarak nitelendirilmektedir<sup>1007</sup>. Satıcı veyahut kiraya veren tarafından sözleşme konusunun taşıdığı bildirilen niteliklerdeki eksiklik ise zikir ve vadedilen/bildirilen niteliklerdeki ayıp şeklinde adlandırılmaktadır<sup>1008</sup>. Her iki ayıp türü arasındaki temel farklılık, zikir ve vadedilen nitelikteki ayıplarda sorumluluğun doğabilmesi için ayıbın önemli olması gerekmez iken lüzumlu vasıflardaki ayıp sebebiyle sorumluluğun doğabilmesi için ayıbın önemli olması gerekmektedir<sup>1009</sup>. Önemli ayıp ile kastedilen sözleşme konusunun türüne göre eksiklik yüzünden sözleşmenin hiç akdedilmemesi veya daha az bir bedel tespit edilmesini gerektiren ayıplardır.

Sözleşme konusunda ortaya çıkan ayıba ilişkin olarak yapılan bir diğer ayrım da açık-gizli ayıp ayrımıdır. Alıcının satılanı teslim aldığı anda tespit ettiği veya edebileceği, başka bir ifadeyle alıcının o şeye bakar bakmaz ya da bir göz atması ile tespit edebileceği ayıplar açık ayıp niteliğindedir<sup>1010</sup>. Satış konusu şeyin gözden geçirilmesi sırasında görülemeyip daha sonra genellikle kullanım sırasında tespit edilebilen ayıplar ise gizli ayıp olarak adlandırılmaktadır<sup>1011</sup>.

---

*karşılama, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.”*

<sup>1006</sup> Tandoğan **C.I/1**, s.166; Zevkliler/Gökyayla, s.120; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.137; Serozan/Baysal/Sanlı, s.199.

<sup>1007</sup> Tandoğan **C.I/1**, s.166; Zevkliler/Gökyayla, s.120; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.137; Serozan/Baysal/Sanlı, s.200; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.67 vd.

<sup>1008</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.164; Zevkliler/Gökyayla, s.122; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.136; Serozan/Baysal/Sanlı, s.199.

<sup>1009</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.173; Eren, **Özel Hükümler**, s.110; Serozan/Baysal/Sanlı, s.200. Doktrinde *Aydoğdu/Kahveci*'ye göre ise ayıbın önemli olması sadece seçimlik hakların kullanımı açısından etkili olup, ayıp önemli olmasa dahi satıcının sorumluluğuna gidilebilir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.140.

<sup>1010</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.173; Serozan/Baysal/Sanlı, s.200; Zevkliler/Gökyayla, s.127; Eren, **Özel Hükümler**, s.111.

<sup>1011</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.111; Tandoğan, **C.I/1**, s.173; Serozan/Baysal/Sanlı, s.213; Aral/Ayrancı, s.164 vd.

Sözleşme konusundaki ayıbın alıcı tarafından bilinmesi veya teslim anında alıcı tarafından tespit edilebilir olması durumunda satıcı ayıptan dolayı sorumlu tutulamaz<sup>1012</sup>. Bu husus satış sözleşmeleri açısından TBK m.222/2'den anlaşılmaktadır<sup>1013</sup>. Satıcının sözleşmenin akdedilmesi sırasında sözleşme konusunda bulunan ayıpları kasten gizlemiş olması halinde ise taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması akdedilmiş dahi olsa ayıptan sorumluluk doğacaktır<sup>1014</sup>. Kira sözleşmelerinde ise TBK'da açıkça gizli ayıp-açık ayıp ayrımı yapılmamış olmakla birlikte doktrinde kiralananın teslimi sırasında kiracı tarafından bilinen ve görülebilir ayıplardan kiraya verenin sorumlu olmadığı kabul edilmektedir<sup>1015</sup>. Kira sözleşmeleri açısından ayıp başlangıçtaki ve sonraki ayıp olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>1016</sup>. Başlangıçtaki ayıp, kiralananın teslimi sırasında var olan ayıplar iken sonraki ayıplar teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardır. Kanun koyucu başlangıçtaki ayıpları m.304'te sonraki ayıpları ise m.305'te farklı düzenlemelere tabi tutmuştur.

### c) Yazılımlarda Ortaya Çıkan Ayıplar

Günümüzde teknik açıdan tamamen kusursuz bir yazılım imal edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>1017</sup>. Yazılımların gittikçe daha karmaşık yapılar haline gelmesi de yazılımların tamamen sorunsuz çalışmasını güçleştirmektedir. Bir yazılım, ne kadar dikkatli ve özenli şekilde imal edilip ne kadar çok testten geçirilirse geçirilsin o yazılımda çok sayıda kusur bulunması ihtimali bulunmaktadır<sup>1018</sup>. Ancak bir yazılımda ortaya çıkan her kusur sebebiyle lisans verenin ayıptan sorumluluğu söz konusu olmaz.

<sup>1012</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.111; Tandoğan, **C.I/1**, s.174; Serozan/Baysal/Sanlı,s.213; Zevkliler/Gökyayla, s.127; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.146. Aynı esas TKHK'da da benimsenmiştir. Bu yönde bkz. TKHK m.10/2.

<sup>1013</sup> TBK m.222; “*Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.*”

<sup>1014</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.125; Tandoğan, **C.I/1**, s.176; Serozan/Baysal/Sanlı, s.216; Zevkliler/Gökyayla, s. 127.

<sup>1015</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.331; Zevkliler/Gökyayla, s.278; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.342.

<sup>1016</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.330; Zevkliler/Gökyayla, s.280; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.374.

<sup>1017</sup> Şahan, s.135; Sommerville, s.294; Jody Armour/Watts S. Humphrey, **Software Product Liability**, Carnegie Mellon Universty, Pittsburg 1993, s.4.

<sup>1018</sup> Şahan, s.135; Armour/Humphrey, s.7.

Yazılımda ortaya çıkan bir kusurun, lisans verenin sorumluluğuna yol açabilmesi için önemli ayıp niteliğinde olması gerekmektedir<sup>1019</sup>. Yazılımda ortaya çıkan bir kusurun ayıp niteliğinde olup olmadığı tamamen o yazılımın yerine getirdiği işlev dikkate alınmak suretiyle tespit edilmelidir. Yazılımda ortaya çıkan kusur o yazılımın işlevine göre değişik sonuçlar verebilecektir. Örneğin kullanıcı tarafından girilen adrese hangi yolları kullanarak gideceğini gösteren bir yazılımın kullanıcının gideceği adresi beş metrelik farkla göstermesi durumunda yazılımın ayıplı olduğundan bahsedilemez. Ancak harita ve kadastro sınırı çizmek için kullanılan bir yazılımın mevkileri beş metrelik bir farkla işaretlemesi halinde yazılımda önemli nitelikte bir ayıp bulunduğu kabul edilmelidir.

Yazılımlarda ortaya çıkan kusurlar teknik açıdan dört farklı kategori içerisinde değerlendirilmektedir<sup>1020</sup>. Bu kategoriler fonksiyon kusuru, uyum kusuru, güvenlik kusuru ve performans kusuru olarak sıralanabilir. Yazılımın yerine getirmesi gereken işlevi tam olarak yerine getirememesi fonksiyon kusuru olarak adlandırılmaktadır<sup>1021</sup>. Örneğin vergi hesaplama için kullanılan bir yazılımın vergi oranlarını yanlış hesaplaması durumunda ortada bir fonksiyon kusuru vardır.

Bir yazılımın başka bir yazılım veya donanımla uyumlu olarak çalışmaması ise uyum kusuru olarak adlandırılmaktadır<sup>1022</sup>. Örneğin mimari proje çizmeye yarayan bir yazılımın kullanıcıya ait işletim sistemi üzerinde verimli şekilde çalışmaması bir uyum kusuru olarak nitelendirilebilir.

Yazılıma yetkisiz üçüncü kişilerin ağ üzerinden müdahalesinin mümkün kılan tüm kusurlar güvenlik kusuru olarak değerlendirilir. Örneğin bir kimsenin verilerini depolamasını sağlayan yazılıma dışarıdan müdahale ile üçüncü kişilerin kolayca erişebilmesi durumunda yazılımda güvenlik kusuru bulunmaktadır<sup>1023</sup>.

<sup>1019</sup> Yıldırım, **Standart**, s.212; Şahan, s.136; Armour/Watts S. Humphrey, s. 9 vd.

<sup>1020</sup> Doktrinde *Yıldırım ve Şahan* yazılımlarda ortaya çıkan teknik kusurları fonksiyon kusuru, program uyumsuzluğu, kapasite kusuru, hızın yavaş olması, kullanıcıya yönelik yardımın eksik olması, yazılımın virüslü olması şeklinde kategorize etmektedir. Bkz. Yıldırım, **Standart**, s.236 vd; Şahan, s.136. vd. Ancak bizce kapasite ayıbı donanıma ilişkin bir husustur. Buna ek olarak yazılımın yavaş olması da performans kusuruna dahildir. Kullanıcıya yönelik yardımın eksikliği de yazılıma ilişkin bir kusur olmadığından biz yazılımdaki kusurları dört başlık altında kategorize edeceğiz. Yıldırım, **Standart**, s.236 vd; Şahan, s.136. vd.

<sup>1021</sup> Yıldırım, **Standart**, s.214 vd.; Şahan, s.138; <https://www.scnsoft.com/software-testing/types-of-bugs> (Erişim Tarihi: 20.03.2022)

<sup>1022</sup> Yıldırım, **Standart**, s.215 vd.; Şahan, s.139; <https://www.scnsoft.com/software-testing/types-of-bugs> (Erişim Tarihi: 20.03.2022)

<sup>1023</sup> <https://www.scnsoft.com/software-testing/types-of-bugs> (Erişim Tarihi:20.08.2022)

Performans kusuru olarak adlandırılan kusurlarda ise yazılım beklenen işlevi yerine getirmekle birlikte işlevin yerine getirilme biçimi yazılımdan beklenen şekilde değildir<sup>1024</sup>. Örneğin üç boyutlu animasyon yapımında kullanılan bir yazılımın, animasyonları düzgün biçimde meydana getirdiği ancak bu işlemin beklenenden daha uzun bir zaman diliminde yapıldığı bir durumda o yazılımda bir performans kusuru olduğu kabul edilecektir.

Yazılımlarda ortaya çıkan kusurların kategorizasyonu tamamen teknik açıdan yapılan bir kategorizasyondur. Bu nedenle yazılımda ortaya çıkan kusurun hangi kategoriye girdiği ayıp hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir fark yaratmayacaktır<sup>1025</sup>. Lisans verenin ayıptan doğan sorumluluğu teknik kategorizasyondan bağımsız şekilde, lisans sözleşmesinde yazılımın zikir ve vadedilen vasıfları ile yerine getirmesi gereken fonksiyon nazara alınarak belirlenecek olan lüzumlu vasıflar dikkate alınmak suretiyle somut olaya göre değerlendirilerek tespit edilmelidir.

#### **d) Daimi Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Ayıptan Doğan Sorumluluk**

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın ayıplı olduğu hallerde, satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen TBK m.219 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. Doktrinde satıcının ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi gereken şartlar “*maddi şartlar*” ve “*şekli şartlar*” olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>1026</sup>. Biz de paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans verenin ayıptan doğan sorumluluğunun şartlarını bu nitelendirmeye bağlı kalarak inceleyeceğiz.

<sup>1024</sup> <https://www.scnsoft.com/software-testing/types-of-bugs> (Erişim Tarihi:20.08.2022)

<sup>1025</sup> Yıldırım, **Standart**, s.212.

<sup>1026</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.164; Eren, **Özel Hükümler**, s.102; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.129; Zevkililer/Gökyayla, s.122 vd.; Aral/Ayrancı, s.164.

## aa) Maddi Şartlar

### i. Yazılım Ayıplı Olmalıdır

Lisans verenin ayıptan sorumlu tutulmasının maddi şartlarından ilki yazılımın ayıplı olmasıdır. Yazılımda ortaya çıkan ayıp, yazılımın lüzumlu vasıflarından kaynaklanabileceği gibi yazılımın zikir ve vadedilen vasıflarından da kaynaklanabilir<sup>1027</sup>. Lüzumlu vasıflarda ayıptan dolayı lisans verenin sorumlu tutulabilmesi için yazılımın kullanım amacı yönünden elverişliliğinin ve değerinin önemli şekilde azalması yani ayıbın “önemli” nitelikte olması gerekmektedir<sup>1028</sup>. Yazılımın lüzumlu vasıfları taşıyıp taşımadığı, yazılımın yerine getirdiği fonksiyon ve kullanım alanı göz önüne alınmak suretiyle her somut olaya ayrı ayrı göre tespit edilmelidir.

Yazılımın zikir ve vadedilen vasıfları ise lisans verenin bildirdiği niteliklere göre tespit edilecektir. Zikir ve vadedilen vasıfların yazılımda bulunmaması lisans verenin ayıptan dolayı sorumluluğu için yeterlidir. Ayrıca ayıbın kullanım amacı bakımından yazılımın değerini veyahut ondan beklenen faydaları önemli ölçüde azaltması şartı aranmayacaktır<sup>1029</sup>. Lisans veren tarafından yazılımın taşıdığı zikir ve vadedilen vasıflar lisans alanın yazılımı edinmesine etkili olmalıdır<sup>1030</sup>. Başka bir ifadeyle sırf reklam mahiyetindeki beyanlar zikir ve vadedilen vasıflar olarak değerlendirilemeyecektir<sup>1031</sup>.

Lisans alanın tüketici sıfatına sahip olduğu paket yazılım lisans sözleşmelerinde ise zikir ve vadedilen vasıfların kapsamı TKHK m.8/2 uyarınca belirlenecektir<sup>1032</sup>. TKHK m.8/2’ye göre lisans veren internet, kullanma kılavuzu, reklam ve sair

<sup>1027</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.102; Serozan/Baysal/Sanlı, s.200; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.139; Zevkliler/Gökyayla, s.122; Yavuz/Acar/Özen, s.73.

<sup>1028</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.110; Yavuz/Acar/Özen, s.78; Serozan/Baysal/Sanlı, s.200.

<sup>1029</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.167; Eren, **Özel Hükümler**, s.109; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.139; Serozan/Baysal/Sanlı, s.207; Gümüş, **Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, s.68.

<sup>1030</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.167; Serozan/Baysal/Sanlı, s.208; Zevkliler/Gökyayla, s.123; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.146.

<sup>1031</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.166; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.138; Zevkliler/Gökyayla, s.123.

<sup>1032</sup> TKHK m.8/2: “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.”

mecralarda yazılımda bulunduğunu bildirdiği tüm niteliklerden sorumludur. Tüketicie karşı nitelik bildiriminin hangi mecraadan yapıldığı önemli değildir. Lisans alanın lisans verenin bildirdiği nitelikler sebebiyle sözleşmeyi yaptığı kabul edilir<sup>1033</sup>. Lisan veren yazılımın reklamını yaptığı esnada varlığını bildirdiği vasıfların tüketici tarafından ciddiye alınmadığını ileri süremeyecektir<sup>1034</sup>.

## ii. Lisans Alan Ayıbı Bilmemelidir

Lisans verenin ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için lisans alanın yazılımdaki ayıbı sözleşme akdedildiği esnada bilmemesi gerekmektedir<sup>1035</sup>. Bu husus TBK m.222/1’de satış sözleşmeleri açısından açıkça düzenlenmiştir<sup>1036</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise alıcının sözleşmenin kurulduğu esnada satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan satıcı, böyle bir ayıbın bulunmadığını açıkça üstlenmediği sürece sorumlu tutulamaz.

TBK’ya paralel şekilde, TKHK’da tüketicinin ayıbın varlığını bildiği durumlarda satıcının ayıptan sorumlu olmayacağı esasını kabul etmiştir<sup>1037</sup>. TBK m.10/2’ye göre tüketicinin sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde satıcı ayıptan sorumlu olmayacaktır<sup>1038</sup>. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise satışa sunulacak ayıplı malın ambalajına üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla anlayabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bir etiket konulması ve bu etiketin veya ayıba

<sup>1033</sup> Serozan/Baysal/Sanlı, s.209; Çabri, s.262 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.253.

<sup>1034</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.126.

<sup>1035</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.109; Serozan/Baysal/Sanlı, s.208; Zevkliler/Gökyayla, s.126; Aydoğdu/Kahveci, s.145.

<sup>1036</sup> TBK m.222: “(1) Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir.

(2) Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.”

<sup>1037</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.127; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.146; Çabri, s.288; Çabri, s.288; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.271.

<sup>1038</sup> TKHK m.10/2: “Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Bunların dışındaki ayıplara karşı tüketicinin seçimlik hakları saklıdır.”

karşı açıklayıcı bilginin fatura, fiş ya da satış belgesinde açıkça gösterilmesi zorunlu tutulmuştur<sup>1039</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde, lisans alanın sözleşme konusu yazılımı bir “eşya” gibi edinmeden önce muayene etmesi ve yazılımda bulunan ayıptan haberdar olması pek karşılaşılan bir durum değildir. Çoğu paket yazılım lisans sözleşmesi click-wrap şeklinde akdedildikten sonra yazılımın bir sureti lisans alana veri transferi yoluyla iletilmektedir. Lisans alanın yazılımı sözleşme yapılmadan önce gözden geçirmesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu nedenle lisans alan, yazılımda yer alan ayıplardan yazılımı kullanmaya başladıktan sonra haberdar olabilecektir. Ancak lisans alanın yazılımı edinmeden önce lisans veren tarafından yazılımda bulunan ayıp konusunda bilgilendirilmiş olmasına rağmen sözleşmeyi akdetmiş olma ihtimali de bulunmaktadır. Bu kapsamda paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın sözleşme akdedildiği esnada ayıbı bildiği hallerde lisans veren ayıptan sorumlu olmayacaktır.

### iii. Ayıp Hasarın Geçişinden Önce Var Olmalıdır

Lisans verenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin bir diğer maddi şart ise yazılımdaki ayıbın hasarın alıcıya geçmesinden önce mevcut olmasıdır<sup>1040</sup>. Satış sözleşmeleri açısından yarar ve hasar TBK m.208/1 uyarınca satılanın zilyetliğini devriyle birlikte geçmektedir<sup>1041</sup>.

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, satılanın alıcıya teslim edilmesinden önce doğan ayıplarla sınırlıdır<sup>1042</sup>. Ayıp teslimden önceki bir sebepten kaynaklanıyor fakat

<sup>1039</sup> TKHK m.10/3: “Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulur. Bu etiketin tüketicie verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketicie verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilmesi zorunludur. Teknik düzenlemesine uygun olmayan ürünler ise hiçbir şekilde piyasaya arz edilemez. Bu ürünlere, Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır.”

<sup>1040</sup> Tandoğan, C.I/1, s.166; Eren, **Özel Hükümler**, s.114; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.145; Zevkliler/Gökyayla, s.126.

<sup>1041</sup> TBK m.208/1: “Kanundan durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.”

<sup>1042</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.114; Zevkliler/Gökyayla, s.126; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.145.



teslimden sonra ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda alıcının satılandaki ayıbın teslimden önce var olduğunu ispatlaması halinde satıcı ayıptan sorumlu olacaktır<sup>1043</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından klasik anlamda bir zilyetliğin devrinden bahsedilemeyeceği için yazılımlarda ortaya çıkan ayıplarda yazılımın lisans alanın hakimiyetine girmesinden önce mevcut olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olacaktır. Yazılımların nitelikleri itibarıyla kullanım sonucunda yıpranması veya bozulması söz konusu değildir. Yazılımların bu niteliği göz önüne alındığında yazılımın lisans alanın hakimiyet alanına girdikten sonra ortaya çıkan ayıpların genellikle lisans alanın hakimiyetine girmeden önce de mevcut olduğu sonucuna varılacaktır.

Ayıplı mallara ilişkin olarak ise TKHK'da TBK'dan farklı şekilde özel bir düzenleme getirilmiştir<sup>1044</sup>. TKHK m.10/1'e göre teslim tarihinden itibaren altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğu kabul edilir ve bu malın ayıpsız olduğunu ispat yükü satıcıya aittir<sup>1045</sup>. Bu düzenleme ile TBK'dan farklı olarak tüketici lehine ispat kolaylığı sağlanmıştır<sup>1046</sup>. Yazılımların TKHK anlamında birer mal niteliğinde olması sebebiyle m.10/1 hükmü paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulacak ve yazılımın lisans alanın hakimiyetine girdiği tarihten altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıplar bu o tarihte var sayılacaktır.

#### iv. Sorumluluk, Sorumsuzluk Anlaşmasıyla Kaldırılmamış Olmalıdır

Satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kural olarak sorumsuzluk anlaşmasıyla kaldırılabilir<sup>1047</sup>. Satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile kaldırılması paket yazılım lisans sözleşmeleri için de geçerlidir.

<sup>1043</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.175; Tunçomağ, **Özel Hükümler**, s.168; Eren, **Özel Hükümler**, s.114; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.146.

<sup>1044</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.126.

<sup>1045</sup> TKHK m.10/1: "Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz."

<sup>1046</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.166; Çabri, s.305.

<sup>1047</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.152; Serozan/Baysal/Sanlı, s.216; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.166; Yavuz/Acar/Özen, s.79; Zevkliler/Gökyayla, s.127.

Taraflar paket yazılım lisans sözleşmesinde lisans verenin ayıptan dolayı sorumsuzluğunu kararlaştırabilirler. TBK m.221 uyarınca yazılımın ayıplı olarak devredilmesinde lisans verenin ağır kusurlu olması halinde taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüz olacaktır<sup>1048</sup>. Lisans verenin yazılımdaki ayıbı bilmesine rağmen gizlediği veya bilmesinin gerektiği durumlarda ağır kusur vardır<sup>1049</sup>. Lisans verenin ağır kusurunun bulunduğu hallerde sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. TBK m.225/1'e göre satıcının ağır kusurlu olduğu durumlarda satıcı ayıbın süresi içerisinde bildirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>1050</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise satıcılığı meslek edinenler için m.225/1'in geçerli olacağı belirtilmiştir<sup>1051</sup>.

TBK'da satış sözleşmeleri açısından sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hüküm bulunmakla birlikte TKHK'da sorumsuzluk anlaşmasına yönelik açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde satış sözleşmeleri açısından alıcının tüketici olduğu hallerde ayıptan doğan sorumluluğu kaldıran tüm anlaşmaların geçersiz olduğu belirtilmektedir<sup>1052</sup>. Bu görüş doğrultusunda lisans alanın tüketici sıfatına sahip olduğu paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da ayıplı yazılımdan doğan sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin anlaşmaların geçersiz sayılmasının tüketici sıfatına sahip lisans alanın güçlü konumda bulunan lisans verene karşı korunması açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz.

## bb) Şekli Şartlar (Gözden Geçirme ve Ayıbı Bildirme)

Lisans verenin ayıplı yazılımdan sorumluluğunun doğabilmesi için yukarıda açıklanan maddi şartların yanında şekli şartlarında gerçekleşmiş olması

<sup>1048</sup> TBK m.221: “Satıcı satılan ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

<sup>1049</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.153; Serozan/Baysal/Sanlı, s.216; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.166; Zevkliler/Gökyayla, s.127; Aral/Ayrancı, s.203.

<sup>1050</sup> TBK m.225/1: “Ağır kusurlu olan satıcı, satıldaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz.”

<sup>1051</sup> TBK m.225/2: “Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir.”

<sup>1052</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.156; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.278 vd.; Çabri, s.278.

gerekmektedir<sup>1053</sup>. Şekli şartlar lisans alanın gözden geçirme ve ayıbı lisans alana bildirmesinden ibarettir. Lisans alanın gözden geçirme ve ayıbı lisans verene bildirmesi birer borç değil “*külfet*” niteliğindedir<sup>1054</sup>. Lisans alan gözden geçirme ve bildirme külfetlerini yerine getirmez ise lisans alana herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü tutulmaz, sadece ayıptan doğan haklarını kaybeder.

Satış sözleşmeleri açısından alıcının gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti TBK m.223'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre alıcı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmelidir. Alıcı tarafından işlerin olağan akışına göre yapılacak olan gözden geçirme sözleşme konusu malın özelliğine ve ayıbın niteliğine göre değişiklik göstermektedir<sup>1055</sup>. Alıcının gözden geçirme külfeti basit bir gözden geçirme ve inceleme ile fark edilebilecek nitelikteki ayıplar için söz konusudur<sup>1056</sup>. TBK m.223/2 uyarınca olağan bir gözden geçirme sonucunda anlaşılamayacak nitelikteki ayıplar için gözden geçirme külfeti söz konusu olmayacaktır<sup>1057</sup>. Ancak olağan gözden geçirme sonucunda anlaşılmayan, sözleşme konusunun kullanımı ile anlaşılan ayıpların hemen satıcıya bildirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yazılımın bir suretini devralan lisans alan yaptığı muayene sonucunda yazılımın ayıplı olduğunu tespit ederse bu ayıbı uygun bir süre içerisinde lisans verene bildirmelidir. Aksi halde yazılımı ayıplı olarak kabul etmiş sayılacaktır.

Yazılımlarda ortaya çıkan ayıplar genellikle lisans alanın olağan gözden geçirmesi suretiyle ortaya çıkarılabilen nitelikte ayıplar değildir. Yazılımda bulunan ayıp genellikle bir “*eşya*”da bulunan ayıbın tespiti gibi olağan muayene sonucunda tespit edilemez. Yazılımda bulunan ayıbın tespit edilebilmesi içi, lisans alanın yazılımı bir süre kullanması ve yazılımda bulunan kusur ile karşılaşması gerekmektedir. Örneğin yazılımın bir veri tabanı ile uyumlu çalışıp çalışmadığının tespiti için yazılımın veri tabanına bağlanması gerekmektedir. Kullanıcı veri tabanı ile yazılım

<sup>1053</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.174; Serozan/Baysal/Sanlı, s.214; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.148; Gümü, **Özel Hükümler C.1**, s.154; Zevkliler/ Gökyayla, s.128; Aral/Ayrancı, s.170; Yavuz/Acar/Özen, s.80.

<sup>1054</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.176; Eren, **Özel Hükümler**, s.174; Serozan/Baysal/Sanlı, s.214; Zevkliler/ Gökyayla, s.132; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.148.

<sup>1055</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.178; Eren, **Özel Hükümler**, s.174; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.150.

<sup>1056</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.151.

<sup>1057</sup> TBK m.223/2 “*Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeye ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.*”

arasındaki bağlantıyı kurmadığı sürece yazılımda bulunan kusur tespit edilemeyecektir. Lisans alanın kullanım sonucunda fark ettiği ayıpları ise TBK m.223/2 uyarınca derhal lisans verene bildirmesi gerekmeyle birlikte bu hükmün kıyasen uygulanması esnasında yazılımların teknik niteliği göz önüne alınarak ihbar külfetinin lisans alan lehine yorumlanması yerinde olacaktır.

TBK’da düzenlenen sürelerin aksine tacirler arasındaki satış sözleşmelerindeki gözden geçirme ve ihbar külfetine ilişkin olarak TTK’da m.23’te özel nitelikte hükümler yer almaktadır. Bu hükümler uyarınca gözden geçirme ve ihbar külfeti kısa süreler içerisinde yerine getirilmelidir. TTK m.23/1-(c) uyarınca sözleşme konusu malın açıkça ayıplı olduğu hallerde alıcı durumu iki gün içerisinde alıcıya bildirmelidir. Maldaki ayıbın açıkça belli olmadığı hallerde ise alıcı, malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içerisinde malı incelemek veya incelettirmek suretiyle ayıpları tespit etmek ve satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Yazılımlarda ortaya çıkan ayıpların tespitinin oldukça zor olması ve bunların birer “eşya” gibi muayene edilememesi nedeniyle TTK m.23/1-(c) hükmünün paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması durumunda lisans alanın hakları önemli ölçüde kısıtlanmış olacaktır. Kanaatimizce TTK m.23/1-(c)’de ticari satımlar açısından getirilen gözden geçirme ve ihbar külfetine ilişkin özel hüküm paket yazılım lisans sözleşmelerinin bünyesine uygun düşmediği için bu sözleşmelere uygulanmamalıdır.

TKHK’da tüketici sıfatına sahip alıcılara yapılan satışlar açısından malda ortaya çıkan ayıbın belirli bir süre içerisinde satıcıya bildirilmesine ilişkin herhangi bir külfet bulunmamaktadır<sup>1058</sup>. Bu kapsamda lisans alanın tüketici sıfatına sahip olduğu paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından lisans alanın muayene ve bildirim külfetinden bahsedilemeyecektir.

### cc) Lisans Alanın Seçimlik Hakları

Satış sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğun şartlarının gerçekleştiği hallerde alıcının TBK m.227/I uyarınca dört tane seçimlik hakkı bulunmaktadır<sup>1059</sup>.

<sup>1058</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.127; Zevkliler/Gökyayla, s.131; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.151; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.274.

<sup>1059</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.127; Zevkliler/Gökyayla, s.133; Aral/Ayrancı, s.176; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.169; Serozan/Baysal/Sanlı, s.219.

TBK'ya paralel şekilde lisans alanın malın ayıplı olduğu satış sözleşmeleri açısından da aynı dört seçimlik hak TKHK m.11/1'de düzenlenmiştir<sup>1060</sup>. Satış sözleşmelerinde satılanın ayıplı olması halinde alıcıya;

- satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirmek suretiyle sözleşmeden dönme,
- satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,
- aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanı tamir ettirme,
- imkan varsa satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini istemek,
- olmak üzere dört tane seçimlik hak tanınmıştır.

Bu dört seçimlik hakka ek olarak alıcının genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır<sup>1061</sup>. TBK m.227/I'de alıcıya tanınan bu haklar paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın ayıplı olması halinde kıyasen lisans alan tarafından da kullanılabilecektir.

#### i. Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK m.227/I-1 uyarınca yazılımın ayıplı olması halinde lisans alana tanınmış olan haklardan biri sözleşmeden dönme hakkıdır<sup>1062</sup>. TBK'ya paralel şekilde, yazılımın ayıplı olması halinde TKHK m.11/1-(a)'ya göre de lisans alanın sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Dönme hakkı yenilik doğuran nitelikte bir hak olup, bu hak lisans alan tarafından tek taraflı irade beyanıyla kullanılır<sup>1063</sup>. Lisans alanın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşme tasfiye ilişkisine girer ve taraflar sözleşme kapsamında birbirlerinden aldıklarını iade etmekle yükümlü olurlar<sup>1064</sup>. Sözleşmeden dönmenin sonuçları TBK m.229'da düzenlenmiştir. TBK

<sup>1060</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.133; Çabri, s.317.

<sup>1061</sup> TBK m.227/II: "Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır."

<sup>1062</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.135; Zevkliler/Gökyayla, s.134; Aral/Ayrancı, s.184; Yavuz/Acar/Özen, s.95; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.203; Serozan/Baysal/Sanlı, s.219.

<sup>1063</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.135; Zevkliler/Gökyayla, s.134 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, s.219; İnal, s.14.

<sup>1064</sup> Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmenin doğurduğu sonuçlar TBK m.125'te düzenlenmiş bulunan genel dönmenin doğurduğu sonuçlar gibi doktrinde tartışmalıdır. Klasik dönme görüşüne göre sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve iade talepleri istihkak veyahut sebepsiz zenginleşmeye dayanır. Yeni dönme görüşüne göre ise sözleşmeden dönme geleceğe etkili olarak sonuç doğurur. Dönme ile

m.229 uyarınca sözleşmeden dönen alıcı satılanı elde ettiği yararlarla birlikte satıcıya verme ve bunun karşılığında;

- ödemiş olduğu satış bedelinin faiziyle geri verilmesini
- satılanın tamamen zaptında olduğu gibi yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesini,
- ayıptan doğan doğrudan zararlarının giderilmesini,
- satıcı kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, uğradığı diğer zararları talep etme hakkına sahiptir.

TBK m.227’de alıcıya tanınan dönme hakkı satış sözleşmelerine ilişkin olarak sevk edilen bir hüküm olduğundan bu hükümde esasen sözleşme konusunun zilyetliğinin ve mülkiyetinin satıcıya iade edilmesi gereklidir. Ancak paket yazılım lisans sözleşmelerinin konusunu teşkil eden yazılımların cismani bir varlığı bulunmaması sebebiyle dönme hakkı kullanıldığı durumlarda yazılımın zilyetliğinin ve mülkiyetinin iadesi söz konusu olmayacaktır.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde satış sözleşmesinde alıcının zilyetlik ve mülkiyeti iade borcuna kıyasen, lisans alanın sözleşmeden dönülmesi halinde yazılımı kullanmaması ve kalıcı olarak silmesi borcu bulunmaktadır<sup>1065</sup>. Sözleşmeden dönülmesine rağmen lisans alanın yazılımı kalıcı olarak silmemesi ve kullanmaya devam etmesi lisans verenin yazılım üzerindeki mutlak hakkını ihlal edecektir. Sözleşmeden dönülmesinden sonra yazılımın bedelinin iadesi ve yazılımın kalıcı olarak silinmesi borcu karşılıklı ilişki içerisindedir. Bu nedenle taraflar arasında TBK m.97 uyarınca ödemezlik def’i burada uygulama alanı bulacaktır<sup>1066</sup>.

---

sözleşme ortadan kalkmaz, taraflar arasında bir tasfiye ve geri verme borcu ilişkisi doğar. Geri verme borcu akdi nitelikte bir borç olup, zamanaşımı süresi de dönme beyanından itibaren on yıldır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.136; Zevkliler/Gökyayla, s.135 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.176.

<sup>1065</sup> Sözleşmeden dönmeye benzer şekilde AAD yazılımlarda tükenme ilkesine ilişkin olarak verdiği bir kararında (3.07.2012 T. C-128/-11 sayılı karar) yazılımın bir kullanıcıdan başka bir kullanıcıya devri halinde devreden kişinin kendisinde bulunan yazılım suretini kullanılamaz hale getirme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564> (Erişim Tarihi:23.08.2022)

<sup>1066</sup> Satış sözleşmelerinde sözleşmeden dönme halinde satılanın iadesi ile semenin iadesinin karşılıklı ilişki içerisinde olduğu ve ödemezlik def’ine başvurabileceği yönünde bkz. Tandoğan, **C.I/1**, s.192; Eren, **Özel Hükümler**, s.141; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.174.

Lisans verenin bazı durumlarda lisans alanın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemesi mümkün olabilir<sup>1067</sup>. TBK m.227/3'e göre lisans veren lisans alana yazılımın ayıpsız bir benzerini vermek ve uğradığı tüm zararı gidermek suretiyle lisans alanın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engelleyebilir. Ancak yazılımın lisans alana verilmiş olan suretinin değil bizatihi yazılımın kodlarının teknik açıdan hatalı olması halinde yazılımın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü yazılımdaki ayıp sadece yazılımın suretindeki bir kusurdan değil bizatihi yazılımın teknik açıdan kusurlu imal edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Lisans alanın sözleşmeden dönme hakkının kısıtlandığı bir diğer durum ise TBK m.227/4'te düzenlenmiştir<sup>1068</sup>. Eğer somut olayda yazılımda ortaya çıkan ayıp lisans alanın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını haklı göstermiyorsa hakim alıcının dönme hakkını kullanmasına rağmen bedelden indirim veya yazılımın ücretsiz şekilde onarılmasına karar verebilecektir<sup>1069</sup>. Örneğin yazılımın esas işlevini yerine getirdiği ancak çalışması sırasında bazı hatalar verdiği durumlarda lisans alan sözleşmeden dönmüş ise hakim bedelden indirim karar vermesi mümkündür. Yazılımda ortaya çıkan ayıbın sözleşmeden dönme hakkını kullanılmasını haklı gösterip göstermediği her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

## ii. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı

Yazılımın ayıplı olması halinde lisans alanın başvurabileceği seçimlik haklardan biri de TBK m.227/I-2 uyarınca ayıp oranında lisans bedelinden indirim hakkıdır. Bedelin indirilmesini isteme hakkı TBK'ya paralel olarak TKHK m.11/1-b'de tüketiciler açısından da tanınmıştır. Yazılım ayıplı olmasına rağmen lisans alan yazılımı kullanmaya devam etmek niyetinde ise bu hakkı kullanacaktır<sup>1070</sup>. Bu hak

<sup>1067</sup> TBK m.227/3: “Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.”

<sup>1068</sup> TBK m.227/4 “Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.”

<sup>1069</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.132; Zevkliler/Gökyayla, s.137; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.180; Serozan/Baysal/Sanlı, s.220.

<sup>1070</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.192; Eren, **Özel Hükümler**, s.147; Gümüş, **Özel Hükümler C.1**, s.180; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.180.

kullanıldığında lisans alan sözleşmeyi ayakta tutmakta sadece bedelde indirim yapılmasını istemektedir<sup>1071</sup>.

Kanunda indirilecek bedelin hesaplanmasına yönelik olarak herhangi bir yöntem öngörülmemiştir. Ancak doktrinde indirilecek bedelin hesaplanmasına ilişkin olarak üç farklı yöntem bulunduğu kabul edilmektedir<sup>1072</sup>. Mutlak yönteme göre sözleşme konusun ayıpsız değeriyle ayıplı değeri arasındaki fark kararlaştırılan bedelden indirilir<sup>1073</sup>. Tazminat yöntemine göre ise sözleşme konusunun ayıplı değeri hesap edilir ve değer kararlaştırılan bedelden indirilerek aradaki fark bulunur<sup>1074</sup>. Üçüncü yöntem olan ve Yargıtay tarafından da kabul gören nispi yöntemde (orantı yöntemi) ise ayıpsız değer ile ayıplı değer arasındaki fark oranı hesaplanır ve bu oran sözleşme bedeline uygulanarak indirim yapılacak bedel belirlenir<sup>1075</sup>.

Yazılımın ayıplı olması sebebiyle lisans alanın lisans bedelinden indirim yapılmasını talep etmesi ve hesaplanan bedelin yazılımın bedeline çok yakın olması durumunda ise TBK m.227/5 uyarınca sözleşmeden dönme veyahut ayıpsız misli ile değiştirme hakları kullanılabilir. Bu nedenle yargılama sırasında hesaplanan indirilecek bedelin sözleşme konusunun bedeline çok yakın çıktığı durumlarda hakimin lisans alana dönme veyahut ayıpsız misliyle değiştirme haklarından hangisini kullanacağını sorması gerekmektedir<sup>1076</sup>. Ancak belirtilmelidir ki yazılımın kodlarının teknik açıdan hatalı olması halinde yazılımın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.

### iii. Ücretsiz Onarım (Tamir) Hakkı

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın ayıplı olması halinde lisans alanın kullanabileceği seçimlik haklardan bir diğeri ise yazılımın ücretsiz onarımını talep etme hakkıdır. TBK açısından ücretsiz onarım hakkı m.227/3'te

<sup>1071</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.137; Aral/Ayrancı, s.190.

<sup>1072</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.194; Eren, **Özel Hükümler**, s.148; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.181; Zevkliler/Gökyayla, s.138; Aral/Ayrancı, s.190.

<sup>1073</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.196; Eren, **Özel Hükümler**, s.148; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.181.

<sup>1074</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.196; Eren, **Özel Hükümler**, s.148; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.181.

<sup>1075</sup> Tandoğan, **C.I/1**, s.196; Eren, **Özel Hükümler**, s.148; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.181; Zevkliler/Gökyayla, s.138 vd.

<sup>1076</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.180.



düzenlenmiştir<sup>1077</sup>. TKHK açısından ise ücretsiz onarım hakkı m.11/1-c bendinde düzenlenmiştir<sup>1078</sup>.

Lisans alanın yazılımın ücretsiz onarım hakkını kullanması halinde lisans veren yazılımı herhangi bir bedel talep etmeden onarmakla yükümlüdür<sup>1079</sup>. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için onarım için yapılacak harcamanın aşırı olmaması gerekmektedir. Ücretsiz onarımın ne kadar sürede yapılacağına ilişkin olarak TBK’da herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte TKHK açısından ücretsiz onarım süresi 14/4 uyarınca yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içerisinde yerine getirilmelidir<sup>1080</sup>. Ancak ilgili yönetmeliğin ekinde “*bilgisayar ve çevre birimleri*” başlığı altında sadece donanımların azami tamir sürelerine ilişkin düzenlemeler getirilmiş olup, yazılımlar için herhangi bir azami tamir süresi öngörülmemiştir<sup>1081</sup>.

Daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri kapsamında lisans alana verilen yazılımın bir suretinin ayıplı olması halinde yazılımın lisans veren tarafından onarılması mümkündür. Ancak bu hakkın kullanılabilmesinin ön şartı yazılımın onarılmasının objektif açıdan mümkün olmasıdır<sup>1082</sup>. Başka bir ifadeyle bu hakkın kullanılması için yazılımın teknik açıdan onarılabilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin yazılımın sadece lisans alanda bulunan suretinin değil, yazılımın kaynak kodlarının imal aşamasında hatalı şekilde meydana getirilmesi ve bu kaynak kodunun düzeltilmesi imkanı bulunmadığı hallerde lisans alan ücretsiz onarım hakkına başvuramayacaktır.

#### iv. Ayıpsız Benzeriyle Değiştirme Hakkı

Ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı TBK m.227/I-4’te düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye paralel şekilde tüketici işlemleri açısından ayıpsız benzeriyle değiştirme

<sup>1077</sup> TBK m.227/3: “*Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.*”

<sup>1078</sup> THHK m.11/1- (c): “*Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme*”

<sup>1079</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.140; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.188; Aral/Ayrancı, s.201.

<sup>1080</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.151; Zevkliler/Gökyayla, s.141.

<sup>1081</sup> Bkz. 13.06.2014 tarih ve 29027 sayılı “*Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği ve Ekleri*”. İlgili yönetmelikte yapılan son değişiklik için bkz. 12.02.2020 tarihli 31037 sayılı “*Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*”

<sup>1082</sup> Zevkliler/Gökyayla, s.140; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.189.

hakkı ise TKHK m.11/1-ç bendinde düzenlenmiştir. Satış sözleşmeleri açısından getirilen misliyle değiştirme hakkı sözleşme konusunun misli eşya olması halinde kullanılabilir<sup>1083</sup>. Başka bir ifadeyle sözleşme konusunun ücretsiz değiştirme hakkına uygun olması gerekmektedir. Bu husus yazılımlar açısından da geçerlidir. Lisans alanın bir suretini edindiği yazılımın ayıplı olması halinde ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkı kullanılabilir. Ancak yazılımın lisans alana devredilen suretinin değil bizatihi yazılımın kaynak kodlarının ayıplı olması halinde lisans alanın bu hakkı kullanamayacaktır. Çünkü bu halde yazılımın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.

#### dd) Seçimlik Haklara İlişkin Zamanaşımı

TBK m.231'e göre satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü davanın sözleşme konusu malın teslim tarihinden itibaren iki sene içerisinde açılması gerekmektedir<sup>1084</sup>. TBK'da öngörülen iki yıllık süre TKHK m.12'de öngörülen iki yıllık süreyle paralel niteliktedir. Bu nedenle süresiz paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından lisans alanın tüketici olup olmaması zamanaşımı süresi açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır.

TBK ve TKHK'da seçimlik haklara ilişkin olarak öngörülmüş olan iki yıllık zamanaşımı süresi yazılım lisans sözleşmesine konulacak bir hükümle uzatılabilir ancak lisans alan aleyhine kısaltılamaz<sup>1085</sup>. Ancak tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümle zamanaşımı süresini uzatmaları durumunda bu sürenin TBK m.146'de yer alan on yıllık genel zamanaşımı süresini geçemeyeceği kabul edilmektedir<sup>1086</sup>.

Süresiz paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın seçimlik haklarına ilişkin olarak iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlayabilmesi için yazılımın bir suretinin lisans alanın tam olarak yararlanabileceği şekilde hakimiyet alanına

<sup>1083</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.150; Zevkliler/Gökyayla, s.141; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.183.

<sup>1084</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.123; Zevkliler/Gökyayla, s.145; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.206.

<sup>1085</sup> TBK'daki iki yıllık sürenin nispi emredici nitelikte olduğunu ve alıcı aleyhine sözleşme ile kısaltılamayacağı yönünde bkz. Zevkliler/Gökyayla, s.147; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.208; Yavuz/Acar/Özen, s.93. Aksi görüş için bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.124; Aral/Ayrancı, s.198.

<sup>1086</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.125; Zevkliler/Gökyayla, s.147; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.208; Serozan/Baysal/Sanlı, s.217.

girmiş olması gerekmektedir. İki yıllık zamanaşımı açısından zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin hükümler (TBK m.153 vd.) burada da uygulama alanı bulacaktır<sup>1087</sup>. Ayrıca lisans verenin yazılımın ayıplı olarak devredilmesinde hileli ve ağır kusurlu olduğu hallerde TBK m.231/2 uyarınca iki yıllık zamanaşımı uygulanmayacaktır<sup>1088</sup>.

#### e) Süreli Paket Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Ayıptan Doğan Sorumluluk

Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde, yazılımın ayıplı olması halinde TBK’da yer alan kiralanda ortaya çıkan ayıplara ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması söz konusudur. Kira sözleşmelerinde kiraya verenin kiralandaki ayıplardan doğan sorumluluğu TBK m.304 ve m.308 hükümleri arasında düzenlenmiştir<sup>1089</sup>. Kiralandaki ayıpların derecesine ilişkin olarak “önemli ayıp” ve “önemli olmayan ayıp” ayrımı yapılmakta iken ayıbın ortaya çıktığı zamana göre ise “başlangıçtaki ayıp” ve “sonraki ayıp” ayrımı yapılmaktadır. Başlangıçtaki ayıp kiralananın teslimi anında mevcut olan ayıplar olmakla birlikte sonraki ayıplar teslim anından sonra ortaya çıkan ayıplardır<sup>1090</sup>. TBK kiralandaki ayıbın ortaya çıktığı zamana ve önemli olup olmamasına göre farklı hükümler sevk etmiştir.

Süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın önemli ayıplar ile lisans alana iletilmesi halinde lisans alan TBK m.304/1 uyarınca borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceği gibi sonradan ortaya çıkan ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin m.305 vd. hükümlerine de başvurabilecektir<sup>1091</sup>. Ancak yazılımın önemli olmayan ayıplar ile iletilmesi halinde lisans veren sonradan ortaya çıkan ayıptan doğan

<sup>1087</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.125; Zevkliler/Gökyayla, s.147; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.208.

<sup>1088</sup> TBK m.231/2: “Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.”

<sup>1089</sup> Kiralandaki ayıplardan doğan sorumluluğun, kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde teslim etme ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurma borcunun bir uzantısı olduğu yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.329; Zevkliler/Gökyayla, s.274; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.372; Aral/Ayrancı, s.339.

<sup>1090</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.329; Zevkliler/Gökyayla, s.274; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.372; Aral/Ayrancı, s.339.

<sup>1091</sup> TBK m.304/1: “Kiralananın önemli ayıplarla teslimi hâlinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir.”

sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilecektir<sup>1092</sup>. Yazılımda sonradan ortaya çıkan ayıplarda lisans alan;

- ayıbın giderilmesini isteme,
- lisans bedelinden indirim yapılmasını talep etme,
- yazılımın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini talep etme,
- sözleşmeyi feshetme,

olmak üzere dört seçimlik hakka sahiptir<sup>1093</sup>. Bu seçimlik hakların yanında lisans alan lisans verenin kusuruna bağlı olarak uğradığı zararın tazminini TBK m.308'e kıyasen talep edebilecektir<sup>1094</sup>. TBK'ya benzer şekilde TKHK m.11'de ayıplı bir malın söz konusu olduğu durumlarda tüketiciye;

- satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,
- satılanı alıkoyup ücretsiz onarım talep etme,<sup>1095</sup>
- satılanı alıkoyup bedelden indirim yapılması,
- imkan varsa ayıpsız misliyle değiştirme,

olmak üzere dört seçimlik hak tanımış ayrıca bu seçimlik hakların yanında TBK uyarınca tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir<sup>1096</sup>. Süreli paket yazılım

<sup>1092</sup> TBK m.304/2: "Kiralananın önemli olmayan ayıplarla tesliminde ise kiracı, kiralanda sonradan ortaya çıkan ayıplardan dolayı kiraya verenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir"

<sup>1093</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.334; Zevkliler/Gökyayla, s.280; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.384; Aral/Ayrancı, s.345 vd.

<sup>1094</sup> TBK m.308: "Kiraya veren, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, kiralananın ayıplı olmasından doğan zararları kiracıya ödemekle yükümlüdür."

<sup>1095</sup> Çabri, s.413; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.314.

<sup>1096</sup> TKHK m.11: (1) Malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketici;

a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,

b) Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,

c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,

ç) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme,

seçimlik haklarından birini kullanabilir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

(2) Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.

(3) Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma tüketicinin açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır.

lisans sözleşmesinin TKHK'ya tabi olduğu ve yazılımın ayıplı olduğu hallerde lisans alanın TKHK'da düzenlenen seçimlik haklara başvurması mümkün kabul edilmelidir.

Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde olduğu gibi süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinde de lisans verenin ayıptan doğan sorumluluğu tarafların anlaşması ile sınırlandırılması kural olarak mümkündür<sup>1097</sup>. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. TBK m.301/c.2 uyarınca sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli teslim ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurulması yükümlülüğü kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla değiştirilemeyecektir<sup>1098</sup>. Buna ek olarak doktrinde satış sözleşmelerine ilişkin hükümlere kıyasen kiralananın ayıplı olarak tesliminde kiraya verenin ağır kusurlu olduğu hallerde de sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağı kabul edilmektedir<sup>1099</sup>. Ayıptan sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin bu sınırlamalar süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da uygulanmalı ve lisans verenin lisans alan aleyhine genel işlem koşulları yoluyla sorumluluğunun kısıtlanmasına ilişkin yaptığı anlaşmalar geçersiz sayılmalıdır.

Süreli ve daimi paket yazılım lisans sözleşmeleri arasında ayıptan doğan sorumluluğun şekli şartına ilişkin üzerinde durulması gereken bir farklılık ise ihbar külfeti açısından ortaya çıkmaktadır. Daimi sözleşmelerde satış sözleşmelerine kıyasen ihbar külfeti bulunmaktadır. Süreli sözleşmelerde ise kira sözleşmelerine kıyasen lisans alanın muayene ve ayıbı bildirme külfetine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>1100</sup>. Ancak doktrinde dürüstlük kuralı uyarınca kiracının

(4) Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.

(5) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhâl tüketiciye iade edilir.

(6) Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

<sup>1097</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.341; Zevkliler/Gökyayla, s.279; Yavuz/Acar/Özen, s.255; Aral/Ayrancı, s.341; Yavuz/Acar/Özen, s.255; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.378.

<sup>1098</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.341; Zevkliler/Gökyayla, s.279; Yavuz/Acar/Özen, s.255; Aral/Ayrancı, s.342; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.378.

<sup>1099</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.341; Zevkliler/Gökyayla, s.279; Yavuz/Acar/Özen, s.255; Aral/Ayrancı, s.342; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.378.

<sup>1100</sup> Kira sözleşmelerinin sürekli sözleşme niteliği sebebiyle muayene ve ayıp ihbar külfetine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmediği yönünde bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s.332;

ortaya çıkan ayıbı uzunca bir süre kiraya verene bildirmediği hallerde ayıptan doğan haklardan feragat ettiği kabul edilmektedir<sup>1101</sup>.



---

Zevkliler/Gökyayla, s.277; Yavuz/Acar/Özen, s.244; Aral/Ayrancı, s.343; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.380.

<sup>1101</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.332; Zevkliler/Gökyayla, s.277; Yavuz/Acar/Özen, s.256; Aral/Ayrancı, s.342; Aydoğdu/Kahveci, **Borçlar Hukuku**, s.380.

#### IV. SÖZLEŞMELERDE SIKLIKLA KARŞILAŞILAN KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİ VE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

##### A. PAKET YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNDE SIKLIKLA KARŞILAŞILAN KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİ

###### 1) Sözleşmenin Akdediliş Biçiminin Sıklıkla Karşılaşılan Kayıtlara Etkisi

Yazılım geliştirme sürecinin oldukça pahalı ve çaba gerektiren bir süreç olmasına rağmen piyasaya sürülen bir yazılımın oldukça kolay şekilde kopyalanabilir olması, lisans verenleri bu konuda tedbir almaya sevk etmiştir<sup>1102</sup>. Özellikle yazılımların ortaya çıkışından günümüze kadar devam eden süreçte yazılımların hukuken korunmasına ilişkin tartışmalar da yazılımların sözleşme hükümleriyle korunması ihtiyacını ortaya çıkartmıştır<sup>1103</sup>. Bu nedenle lisans verenlerin lisans alanlara sundukları paket yazılım lisans sözleşmelerinde piyasaya sürülen yazılımı koruma amacı güden, lisans alanın haklarını sınırlayan birtakım kayıtlar yer almaktadır.

Lisans verenler tarafından sözleşmeye konulan kayıtlar genellikle yazılımın lisans veren tarafından kullanılmasına ilişkin sınırlamalar şeklinde olmakla birlikte yazılımın korunması veyahut lisans verenin yazılımdan elde ettiği karı artırma amacı da güdebilmektedir<sup>1104</sup>. Lisans veren tarafından sözleşmeye eklenen bu tür kayıtlar lisans alanın menfaatlerini önemli ölçüde ihlal etmektedir. Bu nedenle lisans verene göre güçsüz konumda bulunan lisans alanın menfaatlerini ihlal edebilecek nitelikteki sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin denetlenmesi gerekmektedir.

Sözleşme hükümlerinin denetimi, sözleşmenin akdedilme biçimi ile sözleşmenin tüketici işlemi niteliğine bağlı olarak TBK m.20 vd. hükümlerinde düzenlenen “*genel işlem koşulları*” ile TKHK m.5’te yer alan “*haksız şart*” hükümleri uyarınca yapılacaktır. Başka bir ifadeyle bir paket yazılım lisans sözleşmesi akdediliş biçimi itibarıyla gerekli şartları taşıması halinde genel işlem koşulları ve haksız şart

<sup>1102</sup> Yıldırım, **Kullanım Sınırlamaları**, s.563; Szabo, s.514 vd.; Classen, s.8 vd.; Erkekoğlu, s.92.

<sup>1103</sup> Yazılımların sahip olduğu hukuki korumaya ilişkin tartışmalar için bkz. I. Bölüm-C vd.

<sup>1104</sup> Yıldırım, **Kullanım Sınırlamaları**, s.564; Yelmen, s.992.

denetimine tabi olacaktır. Örneğin sözleşmenin lisans alanın hiçbir katılımı olmaksızın düzenlendiği click-wrap yöntemiyle akdedilen sözleşmelerin genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması gerekmektedir<sup>1105</sup>.

Bu işlem denetiminin haricinde sözleşmeye konulan kayıtların TBK, FSEK ve TKHK’da yer alan emredici hükümlere aykırı olup olmadığının da denetlenmesi gerekmektedir. Haksız şart ve genel işlem koşullarına ilişkin denetimin konumuzun sınırlarını aşması nedeniyle biz uygulamada sıklıkla karşılaşılan kayıtların geçerliliğini emredici hükümler çerçevesinde değerlendirme konusu yapacağız.

## 2) Sözleşme Süresinin Otomatik Olarak Uzayacağına İlişkin Kayıtlar

Tezimizin önceki bölümlerinde açıkladığımız üzere süreli şekilde akdedilen paket yazılım lisans sözleşmeleri uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır<sup>1106</sup>. Bu tür sözleşmeler daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinden farklı olarak lisans alanın yazılımdan sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca yararlanmasını amaçlamakta olup genellikle aylık veya yıllık periyotlar halinde akdedilmektedir.

Süreli yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşme süresinin sonunda tarafların susması halinde, sözleşme süresinin otomatik olarak uzayacağına ilişkin kayıtlara sıkça yer verilmektedir<sup>1107</sup>. Bu tür kayıtlar, “*deneme sürümü*” (“*free trial*”) adı altında lisans alanın yazılımı belirli bir süre bedelsiz olarak denediği sözleşmelerde veya lisans alanın belirli süre için lisans bedeli ödeyerek kullanmaya başladığı süreli yazılımlarda yer alabilmektedir.

Otomatik uzama kaydı uyarınca deneme sürümünün ya da süreli yazılımın süresinin sonunda lisans alanın herhangi bir davranışta bulunmaması halinde lisans sözleşmesinin süresi otomatik olarak uzamakta ve uzayan süreye ilişkin lisans bedeli

<sup>1105</sup> Clik-wrap yönteminin iltihaki (katılmalı) sözleşme niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III. Bölüm-A-3-c.

<sup>1106</sup> Bu sözleşmeler süreli sözleşmeler veya abonelik temelli lisans sözleşmeleri şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. II. Bölüm-A-5.

<sup>1107</sup> Koren Grinshpon, “License to Bill: The Validity of Coupling Automatic Subscription Renewals with Free Trial Offers By Online Services”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol.28, N.2, Art.3, 2018, s.301-374., s.31. Ayrıca uygulamadaki örnekler için bkz. <https://www.mcafee.com/support/?articleId=TS102149&page=shell&shell=article-view> Erişim Tarihi:27.08.2022); <https://docs.microsoft.com/tr-tr/partner-center/develop/update-autorenew-for-an-azure-marketplace-subscription> (Erişim Tarihi:27.08.2022).



genellikle lisans alanın kayıtlı kredi kartından otomatik olarak tahsil edilmektedir<sup>1108</sup>. Sözleşme süresinin lisans verenin herhangi bir davranışı olmaksızın kendiliğinden uzaması ve lisans bedelinin otomatik tahsil edilmesi lisans alanın (abonenin) menfaatini ihlal etmektedir<sup>1109</sup>.

Bu kayıtlar sözleşme tarihini hatırlamayan tüketiciler açısından sözleşmenin iradeleri dışında uzamasına ve tüketicinin maddi zarara uğramasına yol açmaktadır. Tüketiciler açısından yaşanan bu mağduriyetlerin ortadan kaldırılması amacıyla kanun koyucu 6502 sayılı TKHK m.52 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 29842 sayılı “*Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği*”nde birtakım emredici hükümler sevk etmiştir<sup>1110</sup>.

Kanaatimizce abonelik sözleşmeleri açısından, tüketiciyi koruma amacı güden emredici niteliğe sahip hükümlerin süreli paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması lisans verene karşı güçsüz konumda bulunan lisans alanın korunması açısından zorunludur. Süreli paket yazılım lisans sözleşmesinin tüketici işlemi olması halinde bu sözleşmeye konan sözleşme süresinin otomatik olarak uzayacağına dair kayıtların geçerliliği TKHK m.52 ve ASY kapsamında değerlendirilmelidir.

TKHK abonelik sözleşmeleri açısından “*belirli süreli*” ve “*belirsiz süreli*” abonelik sözleşmeleri ayrımı yapmakta ve sözleşmenin otomatik olarak uzamasına ilişkin kayıtları bu kapsamda farklı hükümlere tabi tutmaktadır. Bir abonelik sözleşmesi eğer belirli bir sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erecekse “*belirli süreli abonelik sözleşmesi*” söz konusudur<sup>1111</sup>. Ancak sözleşmenin belirli bir sürenin geçmesi ile sona ereceği öngörülmemişse bu sözleşme “*belirsiz süreli abonelik sözleşmesi*”dir<sup>1112</sup>. Uygulamada paket yazılım lisans sözleşmeleri belirli süreli olarak akdedilmekle birlikte bu sözleşmelerin belirsiz süreli olarak yapılması da mümkündür.

TKHK m.52/3 ve ASY m.13/1 uyarınca belirli süreli abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına dair hükümler konulamaz<sup>1113</sup>. Ancak

---

<sup>1108</sup> Grinshpon, s.304. Yazar yazılım lisans sözleşmelerinde yer alan bu tür kayıtların bir yandan lisans alanlar açısından kolaylık ve çabukluk yarattığını diğer yandan sözleşmenin lisans alanın iradesi dışında uzaması sebebiyle dava açılmasına sebebiyet verdiğini belirtmektedir.

<sup>1109</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.693 vd.; Grinshpon, s.305.

<sup>1110</sup> Çabri, s.991 vd.; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.694.

<sup>1111</sup> Çabri, s.998; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.693.

<sup>1112</sup> Çabri, s.998; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.693.

<sup>1113</sup> TKHK m.52/3: “ *Belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz; ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde*

sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi halinde sözleşmenin uzatılması mümkündür. Başka bir ifadeyle sözleşmenin uzatılması ancak tüketicinin yani lisans alanın aktif bir davranışta bulunması durumunda uzatılabilir<sup>1114</sup>. Örneğin yazılım lisans sözleşmesinin süresinin bitmesine bir hafta kala lisans alanın e-posta adresine gönderilen ve lisans verenin ilgili linke tıklaması durumunda sözleşmenin süresinin bir yılığına uzatılmasında lisans alanın aktif bir davranışı söz konusudur.

TKHK m.52/4 ve ASY m.22/4 uyarınca ise belirsiz süreli veya 1 yıldan uzun süreli abonelik sözleşmelerinde tüketici sözleşmeyi herhangi bir gerekçe göstermeksizin her zaman feshetme hakkına sahiptir<sup>1115</sup>. Bu nedenle yazılım lisans sözleşmesinin belirsiz süreli veya 1 yıldan uzun süreli akdedilmiş olması durumunda, lisans verenin sözleşmeyi herhangi bir gerekçe göstermeksizin her zaman feshetme hakkı olacaktır. Abonelik sözleşmelerine ilişkin belirli süreli sözleşmelerde otomatik uzama yasağı ve belirsiz süreli sözleşmelerde herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi fesih hakkı sözleşmenin bir tüketici işlemi olması halinde paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanacaktır. Paket yazılım lisans sözleşmesinde lisans alanın tüketici sıfatına sahip olmadığı hallerde ise sözleşmeye abonelik sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmayacak ve uzama kayıtları ve feshe ilişkin yasaklar geçerli kabul edilecektir.

### 3) Ayırıştırma Yasağına İlişkin Kayıtlar

İster daimi ister süreli şekilde akdedilmiş olsun paket yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşme konusu yazılım lisans alana nesne kodu formatında sunulmaktadır<sup>1116</sup>. Nesne kodundan kaynak koduna ulaşılabilmesi için yazılımın tersine mühendislik işlemi olarak adlandırılan bir sürece tabi tutulması gerekmektedir.

---

*abonelik sözleşmesi uzatılabilir.”; ASY m.13/1: “Belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz; ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde abonelik sözleşmesi uzatılabilir.”*

<sup>1114</sup> Sözleşmenin uzaması açısından önemli olan sözleşme akdedildikten sonra, sözleşmenin uzamasına yönelik olarak aktif bir davranışının bulunmasıdır. Bkz. Çabri, s.1011; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.694, s.317; Grinshpon, s.305.

<sup>1115</sup> Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.694; Çabri, s.1016.

<sup>1116</sup> Kaynak kodu ve nesne kodu arasındaki farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm-A-2-c-(cc).

Tersine mühendislik işlemi (*“reverse engineering”*) temel olarak, yazılımın parçalara ayrılması ve çalışma mantığının çözülmesi sonucunda o yazılımın kaynak koduna ulaşılmasını sağlayan bir mühendislik işlemi olarak tanımlanabilir<sup>1117</sup>. Yazılımın tersine mühendislik tekniği kullanılarak bölümlere ayrılması suretiyle yazılım hakkında teknik bilgi edinilmesi işlemi *“ayrıştırma işlemi”* olarak isimlendirilmektedir<sup>1118</sup>.

Lisans verenler yazılımların korunması amacıyla, lisans alanın yazılımı tersine mühendislik işlemine tabi tutmasını ve yazılımı ayrıştırmasını yasaklayan hükümlere sözleşmelerde sıklıkla yer vermektedirler<sup>1119</sup>. Ayrıştırma işlemi esnasında teknik olarak yazılım kodlarının çoğaltılması ve işlenmesi gerekmektedir. Kural olarak FSEK uyarınca bir yazılımın işlenmesi ve çoğaltılması hakkı münhasıran eser sahibine ait bir haktır. Bu nedenle kural olarak ayrıştırma işlemi lisans verenin mutlak hakkını ihlal etmektedir. Ancak FSEK bazı koşulların varlığı halinde lisans alana (yazılımı hukuki yollardan edinen kimse olması şartıyla) çoğaltma ve işleme hakkı tanımaktadır.

Genel kural ayrıştırma işleminin eser sahibinin iznine tabi olması iken FSEK m.38/5 vd.’de bu kuralın bir istisnası öngörülmüştür. Kanun koyucu FSEK m.38/5 vd. hükümlerinde lisans alanın araişerliği sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere belirli şartlar dahilinde yazılımı tersine mühendislik işlemine tabi tutmasını ve bu işlem sürecinin gerektirdiği ölçüde yazılıma ait kodları çoğaltması ve işlemesini yani ayrıştırma işlemini serbest bırakmıştır. Ancak lisans alana tanınan bu yetki sınırsız nitelikte değildir. Lisans alanın ayrıştırma yetkisini kullanabilmesi için FSEK m.38/5’te yer alan şartların somut olayda bulunması ve ayrıştırma yetkisi sonucunda edinilen bilgilerin m.38/6 vd. hükümlerine uygun biçimde kullanılması gerekmektedir<sup>1120</sup>.

<sup>1117</sup> Dalyan, s.194; Yelmen, s. 1007.

<sup>1118</sup> Dalyan, s.174; Aksu, **Bilgisayar Programları**, s.152; Bainbridge, **Computer**, s.268.

<sup>1119</sup> Manage Engine isimli ağ yönetim yazılımının lisans sözleşmesinin 4. maddesinin 7. fıkrası şu şekildedir: *“Bu sözleşmenin tüm diğer şartlarına ek olarak Lisanslı Yazılımda tersine mühendislik yapmayacak, kaynak koda dönüştürmeyecek veya sökmeyecek veya üçüncü tarafların Lisanslı Yazılıma erişim sağlamasına, yazılımı kullanmasına veya destek hizmeti vermesine izin vermeyeceksiniz.”* Bkz. <https://www.manageengine.com/tr/asset-explorer/licensing.html> (Erişim Tarihi:28.08.2022) Benzer şekilde “Eset” isimli güvenlik yazılımının lisans sözleşmesinin 5. maddesinin d bendi şu şekildedir: *“Bu kısıtlamanın yasalarla açık bir şekilde yasaklandığı durumlar haricinde, Yazılımda ters mühendislik uygulayamaz, geri derleme yapamaz.”* Bkz. [https://help.eset.com/log\\_collector/3.0/tr-TR/eula.html](https://help.eset.com/log_collector/3.0/tr-TR/eula.html) (Erişim Tarihi:28.08.2022)

<sup>1120</sup> Lisans alanın ayrıştırma yetkisini kullanabilmesi için gereken şartlar ayrıntılı bilgi için bkz. III. Bölüm-C-3-a-(cc)

Kanunda belirtilmiş bulunan yazılımın tersine mühendislik işlemine tabi tutulmasına ve bu işlem sonucunda elde edilen bilgilerin kullanımına ilişkin sınırlara uyulmaması halinde lisans verenin yazılım üzerindeki mutlak hakkı ihlal edilmiş olacaktır<sup>1121</sup>. Ancak kanunda belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde lisans alanın yazılımı tersine mühendislik işlemine tabi tutması sözleşmeyle engellenemeyecektir. FSEK m.38/5 vd. hükümleri emredici nitelikte olup lisans alan ile lisans veren arasındaki menfaat dengesini gözetmektedir. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmelerine lisans alan tarafın tüketici olup olmadığına bakılmaksızın FSEK m.38/5 vd. hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Söz konusu hükümlerin uygulanması sonucunda sözleşmede yer alan tersine mühendisliğin yasaklanmasına ilişkin kayıtlar m.38/5 vd. hükümleri ile çeliştiği oranda geçersiz sayılmalıdır<sup>1122</sup>.

#### 4) Bilgisayar Sayısına ve Yedek Kopya Çıkartma Hakkına İlişkin Kayıtlar

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın çoğaltma yetkisini kısıtlayan hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır<sup>1123</sup>. Lisans alanın çoğaltma hakkını kısıtlayan sözleşme hükümleri teknik açıdan yazılımın kullanımını da etkilemektedir. Bu sınırlamalar genellikle yazılımın belirli sayıda bilgisayarda kullanılmasına veya yazılımdan yedek kopya çıkartılmasına ilişkindir<sup>1124</sup>.

Yazılımın sözleşmede belirlenen bilgisayar sayısından fazla sayıda bilgisayarda aynı anda kullanılmasını yasaklayan hükümler lisans verenin ekonomik menfaatiyle yakından ilgilidir. Zira çoğu yazılım firması piyasaya sürdükleri yazılımların fiyatlandırmasını sözleşme konusu yazılımın aynı anda kaç farklı bilgisayarda kullanıldığına göre belirlemektedir<sup>1125</sup>. Örneğin aynı anda bir yazılımın iki ayrı

<sup>1121</sup> Dalyan, s.185; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.116.

<sup>1122</sup> Dalyan, s.184; Şahin, s.143.

<sup>1123</sup> “Akinsoft” isimli yazılımın lisans sözleşmesinin 2. Maddesi şu şekildedir: “*SON KULLANICI; YAZILIM, çok kullanıcıli sistemi destekliyor ise ağıda birden fazla bilgisayara kurup çalıştırılabileceğini, ağıdaki her bir bilgisayar için lisans alması gerektiği hususunu ve bir YAZILIM lisansının paylaşılamayacağını ve YAZILIM'ın değişik bilgisayarlarda aynı anda kullanılamayacağını bildiğini beyan ve kabul eder.*” Bkz. <https://www.akinsoft.com.tr/> (Erişim Tarihi:29.08.2022).

<sup>1124</sup> Yıldırım, **Kullanım Sınırlamaları**, s.567; Erkekoğlu, s.96; Dalyan, s.173; Bainbridge, **Exceptions**, s.596.

<sup>1125</sup> Bkz. <https://www.microsoft.com/tr-tr/microsoft-365/buy/compare-all-microsoft-365-products> (ErişimTarihi:29.08.2022); <https://www.mcafee.com/consumer/tr-tr/landing-page> (Erişim Tarihi: 29.08.2022).

bilgisayarda kullanılması için lisans alan tarafından aylık 150 TL ödenirken tek bir bilgisayarda kullanılması durumunda aynı yazılım için aylık 90 TL ödeme yapılmaktadır. Hatta bazı yazılımlarda sözleşmede belirlenen kullanıcı sayısına ilişkin hükümlere uyulmasını sağlamak için teknik koruma önlemleri alınmakta ve yazılım lisans alan tarafından sadece sözleşmede belirlenen sayıda bilgisayarda kullanılabilmektedir<sup>1126</sup>. Burada tartışılması gereken husus sözleşmeden yer alan ve kullanıcının edindiği yazılımı aynı anda kaç bilgisayarda kullanabileceğine ilişkin kayıtların geçerli olup olmadığıdır. Kanaatimizce bu değerlendirme FSEK m.38'e göre yapılmalıdır. Çünkü FSEK m.38 vd.'de yer alan hükümler yazılımı yasal yollardan edinen kişinin yazılım üzerinde kullanabileceği yetkilerin sınırını belirlemektedir.

FSEK m.38/2'ye göre yazılımın amaca uygun kullanımı için çoğaltılması ve işlenmesi serbest kabul edilmiştir. Ancak madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere lisans alana tanınan serbesti “*amaca uygun kullanım*” ile sınırlıdır<sup>1127</sup>. Benzer şekilde FSEK m.38/1'de yazılım üzerinde kullanılacak çoğaltma hakkının hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi gerektiği ve bu kullanımın eserden normal yararlanmayı aşamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>1128</sup>. Her iki hüküm birlikte değerlendirdiğinde yazılımı hukuki yollardan edinen kimseye tanınan serbestinin sadece yazılımın amaca uygun kullanımı ile sınırlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Yazılımın amaca uygun kullanılıp kullanılmadığı ise taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ve menfaat dengesine göre belirlenmelidir<sup>1129</sup>.

Örneğin yazılımın sadece tek bir bilgisayarda kullanılması için lisanslandığı ancak lisans alanın bu yazılımı şirketinde yer alan on adet farklı bilgisayara yükleyerek kullanması durumunda lisans veren ciddi bir maddi kayba uğrayacaktır. Bu nedenle yazılımın aynı anda sadece belirli sayıda bilgisayarda kullanılmasına ilişkin sınırlamaların geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksinin kabulü halinde

<sup>1126</sup> Yıldırım, **Kullanım Sınırlamaları**, s.569; Erkekoğlu, s.97.

<sup>1127</sup> FSEK m.38/2: “Sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir.”

<sup>1128</sup> FSEK m.38/1: “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.”

<sup>1129</sup> Dalgıç, s.171.

lisans verenin meşru menfaatleri zarar görecektir olup, taraflar arasındaki menfaat dengesi önemli ölçüde bozulacaktır.

Lisans alanın çoğaltma hakkını kısıtlayan sözleşme hükümlerinden diğeri ise yazılımın bir yedek kopyasının çıkartılmasını yasaklayan sözleşme hükümleridir. FSEK m.38/3'te yazılımı hukuki yollardan edinen kimsenin yazılımın kullanımı için gerekli olduğu takdirde bir adet yedekleme kopyası çıkartabilmesinin sözleşme ile engellenemeyeceği düzenlenmiştir<sup>1130</sup>. FSEK m.38/3 uyarınca sözleşmede, yazılımın kullanımı için gerekli olmasına rağmen bir adet yedek kopya çıkartılmasına ilişkin olarak getirilen sınırlamalar emredici hükme aykırılık sebebiyle geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır. Başka bir ifadeyle lisans alanın kanundan doğan yedek kopya çıkartma hakkı sözleşme ile ortadan kaldırılamaz

Ancak söz konusu yedek kopya çıkartma hakkının, lisans alan tarafından kanuna uygun şekilde kullanılması gerekmektedir. Yedek kopya çıkartma hakkı eser sahibinin meşru menfaatlerine aykırı bir biçimde kullanılamaz. Örneğin lisans alanın yazılımı kullanırken yedek kopyasını aynı anda kullanılmak üzere başka bir kimseye vermesi halinde lisans verenin menfaati zarar görecektir. Dolayısıyla lisans alanın bu fiili lisans verenin mutlak hakkını ihlal edecektir<sup>1131</sup>. Başka bir ifadeyle lisans verenin yedek kopya çıkartma hakkını kanuni sınırlar içerisinde kullanması gerekmektedir.

## 5) Yazılımın Devri ile Kira ve Ödünç Verilmesine İlişkin Sınırlama Öngören Kayıtlar

### a) Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde sıklıkla yer alan bir diğer sınırlama ise sözleşme konusu yazılımın üçüncü kişilere devredilmesini, kiralanmasını yahut ödünç verilmesini yasaklayan hükümlerdir<sup>1132</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmesi kapsamında

<sup>1130</sup> FSEK m.38/3: “Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez. Bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez.”

<sup>1131</sup> Tekinalp, s.210; Dalyan, s.170; Yusufoglu, **Bilgisayar**, s.113.

<sup>1132</sup> “Manage Engine” isimli ağ yönetim yazılımının lisans sözleşmesinin 1. maddesi şu şekildedir: “Bu 1. maddenin şartları uyarınca Lisanslı Yazılımı farklı amaçlarla kullanmanız ya da yeniden satışa

lisans alan tarafından edinilen bir yazılımın üçüncü kişiye devredilmesi ya da kira vb. bir hukuki işlem yoluyla kullandırılmasına ilişkin sınırlamalar öngören sözleşme hükümlerinin geçerliliği hem Türkiye’de hem de yabancı ülkelerde sıklıkla tartışma konusu olmaktadır<sup>1133</sup>. Bu tartışmaların temelinde FSEK m.23’te düzenlenen “*yayma hakkının tükenmesi ilkesi*” bulunmaktadır.

FSEK m.23/1 uyarınca bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkartılması ya da diğer yollarla dağıtılması hakkı münhasıran eser sahibine aittir<sup>1134</sup>. FSEK m.23/2’de ise eser sahibine ait yayma hakkına bir istisna getirilmiştir<sup>1135</sup>. FSEK m.23/2’ye göre bir eserin kiralanması ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucunda mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmeyecektir<sup>1136</sup>.

Yayma hakkının tükenmesi ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye göre bir eserin aslının veya nüshalarının bir kez eser sahibinin izniyle tedavüle sokulmasından sonra o eserin veya nüshalarının başka kişilere dağıtımı engellenemez<sup>1137</sup>. Tükenme ilkesi esasen tüketicinin korunması amacına hizmet etmektedir. Tükenme ilkesi, eserlerin

---

sunmanız yasaktır.” Bkz. Bkz. <https://www.manageengine.com/tr/asset-explorer/licensing.html> (Erişim Tarihi:28.08.2022)

*Akinsoft*” isimli yazılımın lisans sözleşmesinin 6. maddesinin (b) bendi şu şekildedir: *AKINSOFT'un yazılı onayı olmadan YAZILIM'ı, başka bir kişiye dağıtmayacağını, ödünç vermeyeceğini, kiraya vermeyeceğini, satmayacağını, topluma iletmeyeceğini, beyan ve kabul eder.*” Bkz. <https://www.akinsoft.com.tr/> (Erişim Tarihi: 29.08.2022).

<sup>1133</sup> Mustafa Aksu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2015, Sayı 1., s.1-22., s.3 vd.; Dalyan, s.189 vd.; Yıldırım, **Standart**, s.138. vd.; Heath, s.16; Determann/Fellmeth, s.22 vd.

<sup>1134</sup> FSEK m.23/1: “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”

<sup>1135</sup> FSEK m.23/2: “*Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin izni haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.*”

<sup>1136</sup> FSEK m.23’ün mehz kanunu olan 2009/24 sayılı Direktif m.4/2 ile paralel bir düzenleme olduğu yönünde bkz. Dalyan, s.190; Yıldırım, **Akdi ve Kullanım Sınırlamaları**, s.573.

<sup>1137</sup> Hukukumuzda “*yayma hakkının tükenmesi ilkesi*” olarak adlandırılan bu ilke yabancı doktrinde “*first-sale doctrine/ilk satış doktrini*” şeklinde isimlendirilmektedir. Bkz. Mustafa Aksu, İnternet Üzerinden Yayınlanan Eserlerde Tükenme İlkesi (Dijital Tükenme İlkesi), **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2016, S.1, s.1-22., s.16; Dalyan, s.189; Determann/Fellmeth, s.22; Classen, s.2.

ikinci el piyasasının oluşmasını sağlamakta ve bu şekilde fiyatın tekeller tarafından belirlenmesini engellemektedir<sup>1138</sup>.

Tükenme ilkesi hukukumuzda tüm eser türleri için kabul edilmiş bir ilkedir. Yazılımların eser niteliğine sahip oldukları göz önüne alındığında tükenme ilkesinin yazılımlar açısından da geçerli olduğu kanaatine varılmaktadır. Tükenme ilkesi uygulanabilmesi için eserin orijinalinin veya nüshasının bir tasarruf işlemine konu edilmiş olması yani hukuki işlem sonucunda devreden malvarlığından tamamen çıkmış olması gerekmektedir<sup>1139</sup>. Bu nedenle örneğin eserin bir nüshasının kiraya verildiği durumda yayma hakkının tükenmesinden bahsedilemeyecektir.

Tükenme ilkesi eserin orijinali veya nüshasının kiralanması ve kamuya ödünç verme işlemlerini kapsamamaktadır. Eserin nüshasını devralan kimse bu nüshayı üçüncü bir kişiye bir tasarruf işlemi ile devredebilir. Ancak söz konusu nüshanın kiralanması veya kamuya ödünç verilmesi tükenme ilkesinin kapsamına girmediği için eser sahibinin iznine tabi olacaktır<sup>1140</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar tükenme ilkesinin sadece cismaniyet kazanmış yani fiziki bir varlığa sahip olan eser nüshaları açısından kabul edilebileceğini, cismani varlığı bulunmayan eserlerde ise tükenme ilkesinden bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedirler<sup>1141</sup>. Bazı yazarlar ise cismani varlığı bulunsun veya bulunmasın eserin orijinalinin veya bir nüshasının tam yararlanmayı sağlayacak biçimde devredildiği hallerde yayma hakkının tükenmesi ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedirler<sup>1142</sup>. Söz konusu iki görüşten hangisinin kabul edildiği paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından önemli bir farklılık yaratmaktadır. Tükenme ilkesinin

<sup>1138</sup> Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.12; Öztan, s.372; Eroğlu, s.101.

<sup>1139</sup> Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.3; Tekinalp, s.191; Öztan, s.373; Eroğlu, s.104.

<sup>1140</sup> Bir eserin orijinali veya nüshasının ilk devri sonrasında yayma hakkının içeriğine dahil olan “kiralama” ve “kamuya ödünç verme” hakları eser sahibinde kalmaktadır. Doktrinde eserin orijinalinin veya nüshasının kiralanması yahut kamuya ödünç verilmesinin eserden çok fazla kişinin yararlanmasına olanak sağlayacağı, bu durumun eser sahibinin menfaatini önemli ölçüde ihlal edeceği gerekçesiyle bu hakların eser sahibine ait olmasının yerinde olduğu görüşü hakimdir. Bkz. Tekinalp, s.188; Öztan, s.373; Erel, s.275; Eroğlu, s.105.

<sup>1141</sup> Cismani varlığı bulunmayan eserler açısından yayma hakkının tükenmesi ilkesinin uygulanamayacağı yönünde bkz. Öztan, s.364; Tekin Memiş, **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.112; Veysel Başpınar/Doğan Kocabey, **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.112; Dalyan, s.137.

<sup>1142</sup> Yayma hakkının tükenmesi ilkesinin cismani varlığa sahip olmayan eserler açısından da uygulanması gerektiği yönünde bkz. Eroğlu, s.104; Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.18; Yıldırım, **Kullanım Sınırlamaları**, s.574.



sadece cismani varlığa sahip nüshalar açısından geçerli olduğu kabul edilirse click-wrap şeklinde akdedilen paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılım sureti doğrudan veri aktarımı yoluyla lisans alana iletiğinden tükenme ilkesi bu sözleşmeler açısından uygulanmayacaktır<sup>1143</sup>. Diğer görüşün kabulü halinde ise click-wrap şeklinde akdedilmiş paket yazılım lisans sözleşmelerinde tükenme ilkesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

## b) Yargı Kararları ve Görüşümüz

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde yer alan yazılımın lisans alan tarafından üçüncü kişilere devrinin yasaklanmasına ilişkin hükmün geçerliliğine ilişkin olarak AAD tarafından verilen 03.07.2012 tarihli C-128/11 sayılı (Oracle International Corp. vs. UsedSoft GmbH) kararı doktrinde önemli bir yer tutmaktadır<sup>1144</sup>.

Söz konusu davanın davacısı yazılım firması Oracle “*Client-Server*” isimli bir veri bankası yazılımı piyasaya sürmüştür<sup>1145</sup>. Bu yazılım yirmi beş kullanıcı için toplu lisans şeklinde ve daimi olarak lisans sözleşmesine konu edilmektedir. Davalı UsedSoft ise lisanslı kullanıcılardan elde ettiği yazılımları üçüncü kişilere devretmek suretiyle ticari faaliyetlerde bulunan bir şirkettir. UsedSoft, davacı Oracle’dan daimi paket yazılım lisans sözleşmesi kapsamında edindiği yazılımları üçüncü kişilere devretmektedir.

Kendisine ait yazılımın üçüncü kişilere devri nedeniyle davacı Oracle Münih Asliye Hukuk Mahkemesi’ne dava açmış ve söz konusu davada Oracle’ın yazılım üzerindeki mali haklarından “*çoğaltma hakkı*”nı ihlal ettiğini ve eylemlerin durdurulmasını talep etmiştir. Münih Asliye Hukuk Mahkemesi Oracle’ın talebini yerinde bulmuştur. Davalı UsedSoft karara karşı İstinaf Mahkemesi’ne başvurmuş İstinaf Mahkemesi temyiz yolunu da kapatmak suretiyle kararı onamıştır. Bunun

<sup>1143</sup> Başpınar/Kocabey, s.137, Öztan, s.347; Memiş, **İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, s.112, Dalyan, s.137.

<sup>1144</sup> AAD tarafından verilen kararın Türk Hukuku açısından ayrıntılı incelemesi için bkz. Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.9 vd. Yabancı doktrinde kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Ken Moon, “Revisiting Usedsoft v. Oracle: Is Software Property and Can It Be Sold?”, **Computer Law Review International**, Issue 4, 2017, s.97-128., s.113 vd. Ayrıca AAD tarafından verilen 03.07.2012 tarihli C-128/11 sayılı karar için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564> (Erişim Tarihi:01.09.2022)

<sup>1145</sup> Moon, s.113; Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.9.

üzerine davalı UsedSoft İstinaf Mahkemesi'nin temyiz yolunu kapatan kararını Alman Federal Mahkemesi'ne taşımıştır. Alman Federal Mahkemesi ise konunun 2009/24 sayılı Direktif'e ilişkin olması nedeniyle dosyayı “*ön karar usulü*” ile Avrupa Adalet Divanı'nın önüne taşımıştır<sup>1146</sup>. Bu davada Alman Federal Mahkemesi, AAD'ye yayma hakkının tükenmesi ilkesinin doğrudan veri aktarımı (“*online*”) yoluyla indirilen (“*download*”) yazılımlar açısından uygulanıp uygulanmayacağını sormuştur.

AAD kararında davacı ve davalı arasındaki sözleşmenin bir satış sözleşmesi değil daimi (süresiz) bir lisans sözleşmesi olduğu tespitinde bulunmuştur. Buna ek olarak yazılımların veri taşıyıcısına yüklenmeksizin doğrudan internet üzerinden daimi yazılım lisans sözleşmesi kapsamında edinilmesinin 2009/24 sayılı Direktif'in 4/2 numaralı hükmü (karşılığı FSEK m.23) kapsamında “*ilk satış*” niteliğinde olduğunu ve bu durumda da yayma hakkının tükenmesi ilkesinin uygulanacağını tespit etmiştir<sup>1147</sup>. Bu nedenle davalının yazılımı tekrardan satabileceğini ve bu kuralın emredici olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bu kapsamda AAD yazılımı ilk edinen kimseden edinen ikinci ve üçüncü kişilerin yazılımı hukuka uygun edinen kimse olarak yazılım üzerindeki çoğaltma hakkını kullanabileceğini belirtmiştir<sup>1148</sup>.

AAD'nin bu görüşü üzerine Alman Federal Mahkemesi sözleşmede yer alan lisansın devrinin yasaklanmasına ilişkin hükmün geçersiz olduğunu ve yazılım doğrudan veri aktarımı yoluyla edinilmiş olsa bile devrinin engellenemeyeceğine karar vermiştir.

Yargıtay'da daimi olarak akdedilen yazılım lisans sözleşmeleri açısından AAD'ye paralel bir görüşe sahiptir. Yargıtay yazılımların ikinci el olarak üçüncü kişilere satılmasından kaynaklanan bir davada, yazılımların daimi olarak lisanslanması

---

<sup>1146</sup> Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.10.

<sup>1147</sup> 03.07.2012 tarihli C-128/11 sayılı AAD kararının hüküm kısmının 2. Paragrafı şu şekildedir: “Articles 4(2) and 5(1) of Directive 2009/24 must be interpreted as meaning that, in the event of the resale of a user licence entailing the resale of a copy of a computer program downloaded from the copyright holder's website, that licence having originally been granted by that rightholder to the first acquirer for an unlimited period in return for payment of a fee intended to enable the rightholder to obtain a remuneration corresponding to the economic value of that copy of his work, the second acquirer of the licence, as well as any subsequent acquirer of it, will be able to rely on the exhaustion of the distribution right under Article 4(2) of that directive, and hence be regarded as lawful acquirers of a copy of a computer program within the meaning of Article 5(1) of that directive and benefit from the right of reproduction provided for in that provision.”

<sup>1148</sup> Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.14.

halinde ikinci el olarak devir edilebileceğine hükmetmiş ve bu kararında AAD'nin yukarıda açıklanan kararına atıf yapmıştır<sup>1149</sup>.

Günümüzde yazılımlar veri taşıyıcısına kayıtlı olarak piyasaya sunulmamakta, tüm yazılımlar doğrudan veri aktarımı yoluyla internet üzerinden edinilmektedir. Kanaatimizce yayma hakkının tükenmesi ilkesi cismani varlığı bulunmayan yazılım nüshaları için de uygulanmalıdır<sup>1150</sup>. Yazılımın veri taşıyıcısına yüklenmesi ile doğrudan kullanıcının bilgisayarına indirilmesi arasında farklılık yaratılması lisans alanın haklarını önemli ölçüde kısıtlayacaktır. Bu nedenle eğer bir yazılım daimi olarak edinilmiş ise FSEK m.23/2'de düzenlenen yayma hakkının tükenmesi ilkesinin emredici niteliği gereği sözleşmede yer alan yazılımın üçüncü kişilere devredilmesine ilişkin sözleşme hükmünün geçersiz olması gerekmektedir.

Tüm bu gerekçelerle daimi paket yazılım lisans sözleşmesi kapsamında edinilen yazılımın üçüncü kişiye devrinin mümkün olduğunu ve yazılımı birinci lisans alandan edinen üçüncü kişinin yazılımı hukuki yollardan edinen kimse sıfatına sahip olacağı kanaatindeyiz. Ancak belirtilmelidir ki bu serbesti sadece yazılımın nüshasının tamamen devri için geçerlidir. Süreli olarak akdedilen sözleşmelerde yazılım lisans verenin malvarlığından çıkmamakta yani bir tasarruf işlemine konu olmamaktadır. Bu nedenle süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından yazılımın devredilmesine ilişkin olarak getirilen sözleşmesel sınırlamalar geçerli kabul edilmelidir.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde yer alan yazılımın kiralanmasını veya ödünç verilmesini yasaklayan hükümlerin ise geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira FSEK m.23/2 eserin çoğaltılmış nüshasının kiralanması yahut

<sup>1149</sup> Yarg. 11. H.D. 2019/1510E, 2021/778K 03.02.2021 tarihli kararı şu şekildedir; “...Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre; davalı Verisil Bilgisayar Elekt. İletişim Tekn. ve Yay. Dış Tic. Ltd. Şti.'nin davacı ... aleyhine ikame ettiği, Microsoft'a ait 2. el bilgisayar programlarının alım satımının telif haklarına tecavüz teşkil etmediğinin tespiti istemine ilişkin davada, yayma hakkının tükenmesi sebebiyle davanın kabulüne karar verildiği ve anılan hükmün temyizi neticesinde, Yargıtay 11. H.D tarafından, bilgisayar programının 2. el satışını yasaklayan OEM lisans sözleşmesi 16. maddesinin 5846 sayılı Yasa'nın 23/2 maddesindeki emredici hüküm karşısında geçerli olmadığı gerekçesi ile onandığı, olayın ceza yargılamasına konu olduğu, ceza yargılaması sırasında aldırılan Adli Tıp raporunda da inceleme konusu davaya konu programlar üzerindeki 166 adet COA etiketinin (Microsoft özgünlük sertifikasının) orijinal olduğunun tespit edildiği, 2. el yazılımın daha önceki kopyaları tamamen silindikten sonra yeniden oluşturularak bu orijinal etiketlerle satışında bir sakınca olmadığı, gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizce onanmıştır.” Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb> (Erişim Tarihi: 01.09.2022)

<sup>1150</sup> Eroğlu, s.104; Aksu, **Yayma Hakkının Tükenmesi**, s.18; Yıldırım, **Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları**, s.574.

ödünç verilmesi yetkisinin eser sahibinde olduğunu açıkça belirtmiş ve bu yetkileri yayma hakkının tükenmesi ilkesinin dışında bırakmıştır.

## B. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

### 1) Borcu Sona Erdiren Sebepler

Doktrinde borcun sona ermesi “*dar anlamda borcun sona ermesi*” ve “*geniş anlamda borcun sona ermesi*” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>1151</sup>. Dar anlamda borcu sona ermesi ile kastedilen sözleşme ilişkisinden kaynaklanan münferit borçların sona ermesidir<sup>1152</sup>. Geniş anlamda borcun sona ermesi ise münferit hak ve alacakların kaynağını teşkil eden borç ilişkisinin yani sözleşmenin sona ermesidir<sup>1153</sup>. Dar anlamda borcun sona ermesi her zaman borç ilişkisini sona erdirmeyeceği gibi borç ilişkisinin sona ermesi de her zaman dar anlamda borcu sona erdirmemektedir<sup>1154</sup>. Örneğin süreli paket yazılım lisans sözleşmesinde sürenin sona ermesi sözleşme ilişkisinin sona ermesine neden olmakla birlikte lisans alan tarafından ödenmemiş olan lisans bedeline ilişkin borcu sona erdirmeyecektir.

Kanun koyucu TBK m.131 ve m.162 hükümleri arasında borcu sona erdiren tüm sebepleri sistematik şekilde düzenlememiş, sadece ibra (TBK m.132), yenileme (TBK m.133 vd.), birleşme (TBK m.135), sonradan ortaya çıkan kusursuz imkansızlık (TBK m.136) ve takas (TBK m.139 vd.) kurumlarını düzenlemiştir<sup>1155</sup>. Borcun sona erme sebebi olmayan sadece borcun talep edilebilirliğini etkileyen bir neden olan “*zamanaşımı*” kurumu da aynı bölümde m.146 vd.’de düzenlenmiştir<sup>1156</sup>. Benzer

<sup>1151</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.556; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.495; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1393; Nomer, s.463; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.1163.

<sup>1152</sup> Hatemi/Gökyayla, s.345; Ayan, s.499; Nomer, s.463.

<sup>1153</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.556; Eren, **Genel Hükümler**, s.1393; Nomer, s.463; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.1163.

<sup>1154</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.556; Hatemi/Gökyayla, s.345; Ayan, s.499.

<sup>1155</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.557 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.495; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1393; Ayan, s.499.

<sup>1156</sup> Hatemi/Gökyayla, s.366; Ayan, s.520; Nomer, s.477; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.536; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.495 vd.; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.1108.

şekilde borcun olağan sona erme sebebi olan “ifa”nın etkisi de TBK m.131’de düzenleme konusu yapılmıştır<sup>1157</sup>.

TBK m.131 ve m.162 arasında düzenlenen borcu sona erdiren sebeplerin paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da geçerli olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Biz de bu nedenle TBK m.131 ve m.162 arasında düzenlenen borcu sona erdiren sebeplerden sadece paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından özellik gösteren “kusursuz sonraki imkansızlık” kurumu ile sözleşmenin sona ermesine sebep olan “fesh”, “dönme”, “cayma”, “sürenin sona ermesi” kurumlarını inceleyeceğiz.

## 2) Fesih ve Dönme

Fesih ve dönme kavramları geçerli bir sözleşmenin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini ifade etmektedir<sup>1158</sup>. Geniş anlamda borç ilişkisinin, fesih veya dönme beyanı ile sona erdirilmesi bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğindedir<sup>1159</sup>. Sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönme arasındaki temel farklılık sözleşmenin ortadan kaldırılmasının geriye ya da ileriye etki etmesi hususunda ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin feshi sürekli bir sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi iken sözleşmeden dönme sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasıdır<sup>1160</sup>. Hem sözleşmenin feshi hem de sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğurucu nitelikleri sebebiyle; tek taraflı irade beyanı ile kullanılır, herhangi bir koşula bağlı tutulamaz ve kullanıldıktan sonra geri alınamaz.

Sözleşmenin feshinin sonuçları genel hükümler arasında borçlu temerrüdü açısından TBK m.126’da düzenlenmiştir<sup>1161</sup>. Sözleşmenin feshedilmesiyle sözleşme fesih anından sonrası için ortadan kalkacaktır. Başka bir ifadeyle fesih ileriye etkili

<sup>1157</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.558; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.495; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.1164.

<sup>1158</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.452 vd.; Seliçi, s.111; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.815; Nomer, s.448; Eren, **Genel Hükümler**, s.1396; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.938.

<sup>1159</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1395; Seliçi, s.115; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.815.

<sup>1160</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.452 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.178; Seliçi, s.115 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.815. Aksi görüş için bkz. Serozan, **Genel Bölüm**, s.322.

<sup>1161</sup> TBK m.126: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

olarak sonuç doğurduğundan, fesih anına kadar olan döneme ilişkin borçların varlığı etkilenmeyecek fesih anından sonrası için ise borç ilişkisi ortadan kalkacaktır<sup>1162</sup>. Sözleşmeden dönmenin sonuçları ise borçlu temerrüdü açısından TBK m.125/3'te düzenlenmiştir<sup>1163</sup>. TBK m.125/3 uyarınca sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulmakla birlikte, daha önce ifa edilen edimleri geri isteyebilirler. Sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin olarak doktrinde temel olarak iki farklı görüş ileri sürülmektedir.

Türk hukukunda baskın görüş olan “*klasik dönme teorisi*”ne göre dönme beyanı sözleşmeyi geçmişe etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır<sup>1164</sup>. Geçmişe yönelik iade taleplerinin ise genellikle sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>1165</sup>. Doktrinde “*yeni dönme teorisi*” olarak adlandırılan diğer görüşe göre ise sözleşmeden dönme beyanı sözleşmeyi ne geriye ne de ileri etkili olarak sona erdirmekte sadece sözleşmeden doğan bir tasfiye ilişkisi yaratmaktadır<sup>1166</sup>. Bu görüş uyarınca yerine getirilmiş olan edimler sözleşmeden doğan iade borcuna konu olacaktır.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde daimi olarak akdedilen sözleşmelerin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olması, süreli paket yazılım lisans sözleşmelerinin ise sürekli borç ilişkisi nitelikleri nedeniyle daimi sözleşmeler açısından “*dönme*” süreli sözleşmeler açısından ise “*fesih*” söz konusu olacaktır. Ancak henüz ifasına başlanmamış olan süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından sözleşmeden dönme hakkının kullanılması da mümkün kabul edilmelidir<sup>1167</sup>.

<sup>1162</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.545; Seliçi, s.119; Ayan, s.501.

<sup>1163</sup> TBK m.125/3: “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” Ayrıca dönmeye ilişkin olarak TBK’da yer alan diğer düzenlemeler için bkz. m.98, m.110 ve m.111.

<sup>1164</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.537; Eren, **Genel Hükümler**, s.1246; Nomer, s.450; Ayan, s.493.

<sup>1165</sup> Sözleşmeden dönme sonucunda iade taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine ek olarak aynı hakka da dayanılabileceği yönündeki görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.538; Eren, **Genel Hükümler**, s.1246 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.815 vd.

<sup>1166</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.537 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s.1247; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.948 vd.

<sup>1167</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.541; Eren, **Genel Hükümler**, s.1247; Serozan, **Genel Bölüm**, s.323; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.949.

<sup>1167</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.535 vd.; Seliçi, s.221.

Fesih ve dönme hakkı, kanundan ya da tarafların anlaşmasından kaynaklanabilir<sup>1168</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından daha önce incelediğimiz temerrüt ve yazılımdaki ayıp dolayısıyla kullanılan fesih yahut dönme hakkı kanundan kaynaklanmaktadır. Ancak paket yazılım lisans sözleşmelerinde tarafların sözleşmesel dönme veya fesih hakkına ilişkin hüküm öngörmeleri de mümkündür. Ayrıca sürekli sözleşmeler açısından, dürüstlük kuralı gereğince varlığı kabul edilen ve sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelmesi durumunda kullanılabilen “*haklı nedenle olağanüstü fesih hakkı*” süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulacaktır<sup>1169</sup>.

### 3) Cayma

Cayma hakkı tıpkı fesih ve dönme hakkı gibi tek taraflı irade beyanı ile sözleşme ilişkisinin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir haktır<sup>1170</sup>. Cayma hakkı uygulamada sıklıkla tüketici sözleşmeleri açısından söz konusu olmakla birlikte başka sözleşme tipleri için de cayma hakkına ilişkin kanuni düzenlemeler yer almaktadır<sup>1171</sup>. Cayma hakkına ilişkin kanuni düzenlemelerden paket yazılım lisans sözleşmelerine uygulanması söz konusu olabilecek hükümler FSEK ve TKHK’da bulunmaktadır<sup>1172</sup>. Bu düzenlemelerin bir kısmının paket yazılım lisans sözleşmesine uygulanması mümkün iken bir kısmının uygulanması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir.

Bu düzenlemelerden biri FSEK m.58’de eser sahibine tanınan cayma hakkıdır<sup>1173</sup>. FSEK m.58’e göre eser sahibi, sözleşme kapsamında mali bir hakkı devralan veya kullanma hakkını iktisap eden kimsenin sözleşmeye konu hak ve yetkilerden süresi içerisinde yararlanmaması ve bu durumun menfaatlerini önemli

<sup>1168</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.459; Eren, **Genel Hükümler**, s.1347; Seliçi, s.156.

<sup>1169</sup> Seliçi, s.202; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.1211.

<sup>1170</sup> Başak Baysal, Cayma Hakkının Sözleşmeler Hukukundaki Yeri, **İÜHFİM**, C.LXXV, S.1, 2017, S.273-292., s.275; Aydıncık, s.147; Çabri, s.882.

<sup>1171</sup> Baysal, s.287.

<sup>1172</sup> FSEK’ te eser sahibine tanınan “*cayma hakkı*” için bkz m.58. TKHK’da mesafeli sözleşmeler açısından getirilen cayma hakkı için bkz. m.48/4 ve abonelik sözleşmeleri açısından getirilen fesih hakkı için bkz. m.52/4.

<sup>1173</sup> FSEK m.58/1: “*Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.*”

ölçüde ihlal etmesi halinde sözleşmeden cayma hakkına sahiptir<sup>1174</sup>. FSEK’te eser sahibine sözleşmeye konu olan mali hak ve yetkilerin kullanılmaması halinde cayma hakkı tanınmasının temelinde eser sahibinin korunması düşüncesi bulunmaktadır<sup>1175</sup>.

Zira fikri hakları konu edinen sözleşmelerde sözleşmeye konu olan mali hakların kullanımı dolaylı olarak eser sahibinin manevi haklarını da etkilemektedir. Örneğin bir kitabın basılarak dağıtılması için akdedilen sözleşmede kitabın dağıtımının yapılmaması eser sahibinin mali haklarını ihlal ettiği gibi manevi haklarını da ihlal edecektir<sup>1176</sup>. Kitabın dağıtımının gerçekleşmemesi halinde eser sahibinin toplum tarafından tanınma imkanı ortadan kalkacak ve bu durum eser sahibinin manevi haklarını ihlal edecektir. Doktrinde mali hakların manevi haklar ile bağlantısı sebebiyle fikri hakları konu edinen lisans sözleşmelerinde lisans alanın sözleşme konusu mali hakkı kullanma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>1177</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın yazılımı kullanma yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemez. Lisans alan yazılımı kullanıp kullanmama hususunda tamamen serbesttir. Yazılımın kullanılmaması lisans verenin manevi haklarını da ihlal etmemektedir. Kanaatimizce eser sahibine belirli şartlar altında cayma hakkı tanıyan FSEK m.58 paket yazılım lisans sözleşmelerinin niteliğine uygun düşmemektedir. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmelerinde FSEK m.58 uyarınca lisans verenin cayma hakkını kullanmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz<sup>1178</sup>.

Cayma hakkına ilişkin olarak incelenmesi gereken diğer bir düzenleme ise TKHK mesafeli sözleşmeler açısından kabul edilen cayma hakkıdır. TKHK m.48/4’te mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketiciye herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkı tanınmıştır<sup>1179</sup>. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye

<sup>1174</sup> Tekinalp, s.238; Öztan, s.581; Gökyayla, s.308; Tüysüz, s.130; Aydınçık, s.147.

<sup>1175</sup> Tekinalp, s.238; Gökyayla, s.308; Ateş, **Fikri Haklar**, s.282; Aydınçık, s.148; Tüysüz, s.130.

<sup>1176</sup> Tekinalp, s.238.

<sup>1177</sup> Tekinalp, s.238; Ateş, **Fikri Haklar**, s.280; Gökyayla, s.275; Tüysüz, s.106; Aydınçık, s.127.

<sup>1178</sup> Aksi görüş için bkz. Erkekoğlu, s.118 vd.

<sup>1179</sup> TKHK m.48/4: “Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlikârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.”



cayma hakkı tanınmasındaki temel amaç güçsüz durumda bulunan ve sözleşme konusunu muayene etme imkanı bulunmayan tüketicinin korunmasıdır<sup>1180</sup>. Aynı maddenin 6. maddesinde mesafeli sözleşmelere ilişkin kapsam dışı sözleşmeler ile diğer usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır<sup>1181</sup>. Söz konusu maddeye dayanılarak çıkarılan 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin "*Cayma Hakkının İstisnaları*" başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayri maddi malların cayma hakkının istisnası olduğu düzenlenmiştir<sup>1182</sup>.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinin genellikle click-wrap olarak akdediliği bu yöntemin nitelik olarak mesafeli sözleşme olduğuna daha önce değinmiş bulunmaktayız. Click-wrap yönteminde yazılımın bir nüshasının sözleşme akdedilir akdedilmez elektronik yoldan lisans alana iletildiği ve yazılımın iletilen nüshasının gayri maddi bir mal olduğu düşünüldüğünde kanaatimizce lisans alanın ilgili hüküm uyarınca cayma hakkı bulunmamaktadır.

TKHK'da tüketicilere cayma hakkı tanıyan bir diğer düzenleme ise m.52/4'te yer almaktadır.<sup>1183</sup> Abonelik sözleşmeleri açısından tüketiciye cayma hakkı (fesih hakkı) tanıyan bu hükme göre bir abonelik sözleşmesi belirsiz süreli veya bir yıldan uzun süreli olarak akdedilmiş ise tüketici herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir<sup>1184</sup>.

Sözleşmenin bir yıldan kısa süreli olarak akdedildiği hallerde ise sözleşme şartlarında satıcı ve sağlayıcı tarafından değişiklik yapılması halinde tüketicinin cayma hakkını kullanması mümkündür. Kanaatimizce bu düzenlemenin süreli paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanması mümkündür. Süreli paket yazılım

<sup>1180</sup> Baysal, s.283; Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.591; Çabri, s.881 vd.

<sup>1181</sup> TKHK m.48/6: "*Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile satıcı ve sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.*"

<sup>1182</sup> Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.15/1-(ğ): "*Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayri maddi mallara ilişkin sözleşmeler.*"

<sup>1183</sup> TKHK m.52/4: "*Tüketici, belirsiz süreli veya süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir. Süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması hâlinde de tüketici sözleşmeyi feshedebilir.*"

<sup>1184</sup> TKHK m.52/4'te abonelik sözleşmeleri açısından getirilen sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, doktrinde bazı yazarlarca "*süresiz cayma hakkı*" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, **Tüketici Hukuku**, s.705. Doktrinde Çabri'ye göre ise burada bir cayma hakkı bulunmamakta olup, aboneye tanınan hak "*fesih hakkı*"dır. Bkz. Çabri, s.1016.

lisans sözleşmesinin bir yıldan uzun bir süre için akdedildiği hallerde lisans alan söz konusu cayma hakkını kullanmak suretiyle sözleşme ilişkisini sona erdirebilecektir. Sözleşmenin bir yıldan kısa bir süre için yapıldığı hallerde ise lisans verenin sözleşme koşullarında değişiklik yapması halinde lisans alan sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

#### 4) Sürenin Sona Ermesi ve Sonraki Kusursuz İmkansızlık

Sürekli edimli borç ilişkileri açısından, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sona ermesi sözleşmenin olağan sona erme sebeplerinden bir tanesidir<sup>1185</sup>. Paket yazılım lisans sözleşmelerinin sürekli edimli borç ilişkisi olması nedeniyle “*sürenin sona ermesi*” bu sözleşmeler açısından da sözleşmenin sona ermesi sebeplerinden bir tanesidir.

Sözleşmenin akdedilmesinden sonra borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkan ifa imkansızlığı TBK m.136’da düzenlenmiştir<sup>1186</sup>. TBK m. 136/1 uyarınca sözleşme kurulduktan sonra borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkan ifa imkansızlığı borcu sona erdiren sebeplerden bir tanesidir<sup>1187</sup>. İfanın sonradan ortaya çıkan bir sebeple imkansız hale geldiğinin kabul edilebilmesi için edimin ifasının objektif ve sürekli şekilde mümkün olmaması gerekmektedir<sup>1188</sup>. Ayrıca sonradan ortaya çıkan imkansızlığın borcun sona erme sebebi olabilmesi için edimin ifasının imkansızlaşmasında

<sup>1185</sup> Seliçi, s.72; Gökyayla, s.304; Eren, **Özel Hükümler**, s.378.

<sup>1186</sup> TBK m.136: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.*”

“*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.*”

*Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”*

<sup>1187</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.578; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.517; Nomer, s.390 vd.; Ayan, s.518; Eren, **Genel Hükümler**, s.1434.

<sup>1188</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.515; Eren, **Genel Hükümler**, s.1434; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.873; Ayan, s.516 Aksi görüşler için bkz. Serozan, **Genel Bölüm**, s.254. Serozan’a göre sonradan ortaya çıkan imkansızlık açısından imkansızlığın objektif veya subjektif olması herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Doktrinde Oğuzman/Öz’de sonradan ortaya çıkan ifa imkansızlığında, imkansızlığın objektif veya subjektif olmasının TBK m.136’nın uygulanması açısından herhangi bir farklılık yaratmayacağı görüşündedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler C.1**, s.577.

borçlunun kusurunun bulunmaması da gerekmektedir<sup>1189</sup>. Edimin ifasının sonradan ortaya çıkan ve borçluya isnat edilemeyen bir sebeple imkansız hale gelmesi durumunda borç sona erecektir.

Borcun sona ermesi halinde kural olarak karşı edimde sona erecektir. Taraflar imkansızlaşmadan önce elde ettiği edimleri ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermekle yükümlüdür. Paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından tezimin önceki bölümlerinde yaptığımız açıklamalara paralel şekilde imkansızlık olgusunun bu sözleşmeler açısından gerçekleşmesinin çok düşük bir ihtimal olduğu kanaatindeyiz<sup>1190</sup>.

---

<sup>1189</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.516 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s.1434; Gümüş, **Genel Hükümler**, s.873; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.852.

<sup>1190</sup> Paket yazılım lisans sözleşmelerinde imkansızlık olgusuna ilişkin açıklamalarımız için bkz. III. Bölüm-D-3.

## SONUÇ

Gelişen teknoloji hayatımızın her alanında değişimlere yol açtığı gibi sözleşmeler hukuku alanına da etki etmektedir. Bu etki gerçek ve tüzel kişilerin akdettiği sözleşme konularının farklılaşması ve sözleşme yapma biçimlerinin değişiminde kendini göstermektedir. Günümüzden çok değil on on beş sene öncesine kadar tarafların aklına dahi gelmeyen nitelikteki sözleşme konuları ve sözleşme akdetme biçimleri hızlı bir şekilde yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu durumun en güncel örneği tüm dünyayı etkileyen Covid-19 salgını esnasında yaşanan gelişmelerdir. Salgın öncesinde müşterilerin bankacılık işlemlerini gerçekleştirebilmesi için banka şubesine giderek yazılı olarak sözleşme akdetmesi gerekmektedir. Ancak 18.06.2020 tarihinde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 76. maddesinin 2.fıkrasında yapılan değişiklikle aynı kanunun 4. maddesinde sayılan mevduat kabulü, nakdi veya gayri nakdi kredi işlemleri vb. diğer işlemlerin uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle akdedilmesinin yazılı şekil şartının yerine geçeceği hükmü getirilmiştir. Başka bir ifadeyle çok kısa bir süre önce sözleşme akdedebilmek için banka şubesine giderek sözleşme imzalamak zorunda olan müşteriler halihazırda sadece akıllı telefonlarını kullanarak bu sözleşmeleri akdetmeye başlamışlardır.

Günümüzde yaşanan bu değişimin önemli bir parçasını yazılım ve bilgisayar teknolojisi oluşturmaktadır. Kronolojik olarak kişisel bilgisayarların yaygınlaşmasıyla başlayan süreç özellikle akıllı telefonların yaygınlaşması ile daha da hız kazanmıştır. Akıllı telefonlardan sonra yazılımlar hayatımızın her alanına girmiş ve vazgeçilmez hale gelmiştir.

Taşıdığı bu öneme rağmen yazılımları konu edinen sözleşmeler Türk doktrinde yoğun bir biçimde inceleme konusu yapılmamıştır. Biz de bu gerekçelerle tezimizin konusunu “*Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri*” olarak belirledik.

Yazılımları konu edinen sözleşmeler pek çok fark edimi içerebilecekleri için tek bir tip yazılım lisans sözleşmesinden bahsedilememektedir. Bu sözleşmeler genellikle içerdikleri edimlere ve amaçlarına göre sınıflandırılmaktadırlar. Yazılım sözleşmeleri bir yazılımın imal edilmesini, yazılıma ilişkin bakım ve geliştirme hizmeti verilmesini, belirli bir süreliğine veya daimi olarak kullanılması gibi edimlerinden bir veya birden fazlasını içerebilirler. Bu açıdan yazılım lisans sözleşmelerinin her biri ayrı bir tez konusu olacak derinliğe sahiptir.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri, yazılımları konu edinen diğer sözleşmelerden temel olarak bazı farklılıklar göstermektedir. İsmarlama yazılım lisans sözleşmelerinden farklı olarak paket yazılım lisans sözleşmelerinde yazılım kullanıcının ihtiyacına göre imal veya revize edilmemektedir. Bu sözleşmelerde hazır şekilde mevcut olan bir yazılım kullanıcıya sunulmaktadır. Paket yazılımların dolayısıyla bu yazılımları konu edinen sözleşmelerin bir diğer farkı ise yazılımın açık kaynak kodlu yazılımların aksine nesne kodu olarak kullanıcılara sunulmasıdır. Yazılımın nesne kodu olarak kullanıcıya sunulması o yazılımın kopyalanması ve tersine mühendislik işlemi yapılmasını zorlaştırmak suretiyle korunmasını kolaylaştırmaktadır.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri süreleri açısından ikiye ayrılmaktadır. Daimi paket yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alan bir kere lisans bedeli ödeyerek yazılımın bir suretini iktisap eder ve bu yazılımı herhangi bir süreye bağlı olmaksızın kullanabilir. Süreli yazılım lisans sözleşmelerinde ise lisans alan aylık veya yıllık olarak sözleşmede belirlenen süreler için yazılımı kullanmakta ve bu kullanım için dönemsel olarak lisans bedeli ödemektedir.

Sözleşmeler tabi olacakları hukuki düzenlemeler açısından “*isimli sözleşmeler*” ve “*isimsiz sözleşmeler*” olarak tasnif edilmektedir. İsimli sözleşmeler kısaca hüküm ve sonuçları kanun tarafından düzenlenmiş olan satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmelerdir. İsimsiz sözleşmeler ise esaslı unsurları kanun tarafından düzenlenmemiş sözleşmelerdir. Roma hukukunda geçerli olan tarafların sadece kanunda yer alan sözleşme tiplerini akdedebileceği yönündeki “*sınırlı sayı ilkesi*” günümüzde terk edilmiştir. Bu ilke yerine günümüzde “*tip serbestisi ilkesi*” kabul görmektedir. Tip serbestisi ilkesi uyarınca taraflar kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamak kaydıyla akdedecekleri sözleşmelerin tipini ve içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Taraflarca tip serbestisi ilkesi uyarınca içeriği belirlenen bu tür isimsiz sözleşmeler kendi içerisinde “*karma sözleşmeler*” ve “*sui generis sözleşmeler*” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bir isimsiz sözleşmenin sui generis sözleşme veya karma sözleşme olarak nitelendirilmesi o sözleşmeye uygulanacak olan hükümler açısından önem taşımaktadır.

Karma sözleşmeler en yalın tanımı ile, kanunda esaslı unsurları düzenlenmiş sözleşmelerden bir veya birkaçının unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. İsimli bir sözleşmeden doğan hukuki

ihtilaflarda önce sözleşmenin hukuki niteliği belirlenmekte ve belirlenen hukuki niteliğe göre kanunda yer alan düzenlemeler sözleşmeye uygulanmaktadır. Ancak bir isimli sözleşme olan karma sözleşmelerden doğan ihtilaflarda uygulanabilecek birden fazla düzenleme bulunmaktadır. Çünkü bu sözleşmeler bir sözleşme tipine tamamen altlanabilen sözleşmeler değildir. Karma sözleşmelere uygulanabilecek birden fazla düzenleme bulunması sözleşmeden doğan ihtilafların çözümünü zorlaştırmaktadır. İsimli sözleşmeler kanuni düzenlemelerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin çok sayıda teori bulunmaktadır. Doktrinde yaygın şekilde kabul gören kıyas teorisine göre karma sözleşmelere içerdiği unsurların bulunduğu sözleşme tipine ait kurallar doğrudan değil niteliğiyle uygun düştüğü oranda yani kıyasen uygulanmalıdır. Ancak bu uygulama esnasında somut olay ve taraf menfaatleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri nitelik itibarıyla birer karma sözleşme niteliğine sahiptir. Bu sözleşmeler daimi veya süreli olarak akdedilmesine göre FSEK’te yer alan “*lisans sözleşmesi*” ve TBK’da düzenlenen “*kira sözleşmesi*” ve “*satış sözleşmesi*” unsurlarının kaynaşmasından meydana gelmektedir. Bu nedenle paket yazılım lisans sözleşmesine uygulanacak hükümler kıyas teorisi uyarınca belirlenmeli ve bu uygulamada taraf menfaatleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Paket yazılım lisans sözleşmelerine öncelikle hükmün koruma amacının kapsamına dahil olduğu oranda FSEK, TBK ve TKHK’da yer alan emredici hükümler uygulanmalıdır. Söz konusu emredici hükümlerin uygulanması özellikle lisans verene göre zayıf konumda bulunan lisans alanın korunması açısından önem taşımaktadır. Emredici hükümlerden sonra ise TBK’nın genel hükümleri ve sözleşmenin daimi yahut süreli olmasına göre TBK’nın özel bölümünde yer alan satış ve kira sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerin bu sözleşmelere kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri uygulamada çoğunlukla “*click-wrap*” olarak isimlendirilen yöntemle akdedilmektedir. Bu yöntemde lisans alan tamamen “*online*” biçimde bilgisayarının ekranında beliren sekmeye tıklayarak sözleşmeyi kabul etmekte ve yazılımın bir nüshasını bilgisayarına indirerek kullanmaya başlamaktadır. Click-wrap yöntemi taraflar açısından hızlı ve kolay bir sözleşme akdetme yöntemi olmakla birlikte özellikle lisans alanların haklarının sözleşme hükümleri yoluyla kısıtlanmasına ve menfaatlerinin ihlal edilmesine yol açabilmektedir. Bu açıdan click-wrap yöntemi ile akdedilen sözleşmelerin genel işlem şartları ve haksız şart denetimine

tabi tutulması ve sözleşmeye uygulanacak hükümlerin doğuracağı sonuçlar açısından lisans alanların menfaatlerinin öncelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yazılımların FSEK kapsamında birer “eser” niteliğine sahip olması ve yazılımların sahip olduğu teknik özellikler gereğince yazılımların sadece kullanılabilmesi için yazılım üzerinde çoğaltma hakkının kullanılmasının gerekmesi nedeniyle FSEK m.38 vd. hükümleri getirilmiştir. Kanun koyucu yazılımların teknik özelliklerini nazara alarak yazılımı hukuki yollardan edinen kimselere çoğaltma ve işleme yetkileri tanımıştır. Bu yetkiler kanundan kaynaklanmakta olup sözleşme ile ortadan kaldırılamayan yetkililerdir. Kanun koyucu FSEK m.38 vd. hükümlerinde yazılımı hukuki yollardan edinen kimsenin iktisap edeceği yetkilerin asgari içeriğini belirleme yoluna gitmiştir. Kanaatimizce yazılımı hukuki yollardan edinen kimsenin iktisap edeceği yetkilerin asgari içeriğinin belirlenmesi, güçsüz konumda bulunan lisans alanın haklarının korunması açısından yerinde bir düzenlemedir. Aksi takdirde sözleşmeye konulacak hükümlerle lisans alanın yazılımı kullanmasının önemli ölçüde engellenmesi mümkün olacaktır.

FSEK m.38 vd. yer alan düzenlemelerin kaynağı 91/250 sayılı AET Direktifi’dir. Ancak belirtmelidir ki FSEK m.38 vd’de yer alan düzenlemeler kanunlaştırılırken 91/250 sayılı Direktif’ten alınan hükümler sistematik açıdan hatalı olarak aktarılmış aynı zamanda ilgili hükümlerde terim birliğine dikkat edilmemiştir. Kanaatimizce muhtemel bir FSEK değişikliğinde özellikle 91/250 sayılı Direktif’ten alınan hükümlerin sistematığının aslına uygun biçimde düzenlenmesi ve terim birliğinin sağlanması yerinde olacaktır.

Paket yazılım lisans sözleşmelerinde güçsüz konumda bulunan lisans alanın korunması gerekçesiyle özellikle TBK’da yer alan satış ve kira sözleşmelerine ilişkin ayıp hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca lisans alanın sözleşmeye konu olan yazılımı kullanmasının üçüncü bir kişinin mutlak hakkı sebebiyle engellenmesi halinde FSEK’te yer alan “*hakkın varlığını garanti hükümleri*”nin uygulanmasının “*zapta karşı tekeffül hükümleri*”nin lisans alanın korunması açısından daha elverişli olduğunu kanaatindeyiz.

TBK’nın genel hükümleri tüm sözleşme ilişkilerine uygulanacak genel nitelikli hükümlerdir. Bu nedenle TBK’nın özel hükümler bölümünde yer alan hükümlerden önce uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle eğer karma sözleşmeden doğan uyuşmazlığa TBK’nın genel hükümlerinin uygulanması tatmin edici bir sonuç veriyorsa TBK’nın

özel hükümleri o somut olaya uygulanmayacaktır. Bu görüşümüz uyarınca paket yazılım lisans sözleşmelerinde temerrüt halinde satış ve kira sözleşmesine ilişkin özel hükümler yerine TBK'nın genel hükümleri arasında yer alan temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Uygulamada paket yazılım lisans sözleşmelerine konulan bazı hükümler yoluyla lisans alanın yazılımı kullanma hakkının kısıtlandığı görülmektedir. Bu tür hükümlerinin geçerliliğinin denetlenmesi zayıf konumda bulunan lisan alan açısından önem arz etmektedir. Özellikle click-wrap yöntemiyle akdedilen sözleşmelerde öncelikli olarak genel işlem şartları ve haksız şart denetimi yapılması gerekmektedir. Bu denetimlere ek olarak sözleşmede yer alan hükümlerin geçerli olabilmesi için FSEK ve TBK'da yer alan emredici hükümlere de aykırı olmaması gerekmektedir. Bu hükümler FSEK m.38 vd'de yazılımı yasal yollardan edinen kimselere tanınan asgari yetkilerin içeriğini daraltmamalıdır. Sözleşmede yer alan hükmün emredici hükümlere aykırı olduğu hallerde ilgili hüküm geçersiz kabul edilmelidir.

Paket yazılım lisans sözleşmeleri her sözleşme ilişkisi gibi TBK'da düzenlenen borcun sona ermesine ilişkin hükümlere tabidir. Bu açıdan tezimizde paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından özellik gösteren sona erme halleri incelenmiştir. Bu kapsamda “fesih” ve “dönme” kavramları ile “*sonradan ortaya çıkan kusursuz imkansızlık*” olgularına değinilmiştir. Ayrıca FSEK m.58'de eser sahibine tanınan cayma hakkı amacı açısından incelenmiş ve bu hükmün paket yazılım lisans sözleşmeleri açısından uygulanmaması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Çalışmamızın tamamlanmasını takip eden süreçte bilgisayar ve yazılım teknolojisindeki değişim ve gelişim tüm hızıyla devam edecektir. Bu değişim ve gelişime paralel olarak yazılım sözleşmelerinin içeriği ve akdedilme biçimlerinin de değişeceği konusunda herhangi bir tereddüdümüz bulunmamaktadır. Konumuz güncel teknik ve teknolojik bilgi seviyesi göz önüne alınarak incelenmiş ve birtakım sonuçlara varılmıştır. Çalışmamızın Türk hukuk doktrinine katkı sağlayacağını ümit ediyoruz.



## KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Osman; **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, Oniki Levha, İstanbul 2013.
- Akça, Kürşat; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, **İÜHFD**, Özel Sayı C.1, 2015, s.543-596.
- Akdemir Kamalı, Tuğba; **Fikri Hukuk Kapsamında Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Sonuçları**, Seçkin, Ankara 2019.
- Aksu, Mustafa; “İnternet Üzerinden Yayınlanan Eserlerde Tükenme İlkesi (Dijital Tükenme İlkesi)”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2016, Sayı 1., s.1-22. (“Dijital Tükenme İlkesi”).
- Aksu, Mustafa; **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta, İstanbul 2006 (“Bilgisayar Programları”).
- Aksu, Mustafa; Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2015, Sayı 1., s. 1-22. (“Yayma Hakkının Tükenmesi”).
- Antalya, O. Gökhan; **Marmara Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (“Genel Hükümler C.V/1,1”).
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Arbek, Ömer; **Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Arıkan, Ayşe Saadet “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, 1.Bölüm, **TBB Dergisi**, 1996/3, s.309-381. (“1.Bölüm”).
- Arıkan, Ayşe Saadet “**Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye**”, 3.Bölüm, **TBB Dergisi**, 1996/4, s.469-504. (“3.Bölüm”).

Armour, Jody/Humphrey, Watts S.; **Software Product Liability**, Carnegie Mellon Universty, Pittsburg 1993.

Arslanlı, Halil; **Fikri Hukuk Dersleri C.II**, İstanbul 1954.

Atamer, Yeşim M.; “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İÜHFİM**, C. LXII, S.1-2., 2005, s.171-191. (“Sözleşme”).

Ateş, Mustafa; **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, 1. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2003 (“Hakların Kapsamı”).

Ateş, Mustafa; **Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Seçkin Kitabevi, Ankara 2020 (“Fikri Haklar”).

Avram, Mihai; “Software Legal Protection: Shaping The EU Software Patent”, **Universty Of Amsterdam Law Forum**, Vol. 6/2, Spring, 2014, s.22-36.

Ayan, Mehmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Aydıncık, Şirin; **Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul 2005.

Aydınlı, İbrahim; **Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2013.

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan; **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2021 (“Tüketici Hukuku”).

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan; **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019 (“Borçlar Hukuku”).

Aydoğdu, Murat/Nart, Serdar; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Ayiter, Nuşin; **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.

Bainbridge, David; “Computer Programs and Copyright: More Exceptions to Infringement”, **Modern Law Review**, Vol:56, July 2013, s.591-599. (“Exceptions”).

Bainbridge, David; **Introduction To Computer Law**, Fifth Edition, Pearson, Great Britain 2004 (“Computer”).

Bainbridge, David; **Introduction To Information Technology Law**, Sixth Edition, Pearson Education Limited, Edinburgh 2008 (“Information”).

Bainbridge, David; **Software Licensing**, Second Edition, CLT Professional Publishing, Great Britain 1999 (“Software”).

Başpınar, Veysel/Kocabey, Doğan; **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Bayamlıoğlu, İbrahim Emre; **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma Bilişim ve Eser Koruması, WIPO, AB, ABD ve Türkiye’de Teknolojik Önlemler DRM, Hukuki ve Sosyal Sonuçlar**, XII Levha, 1. Baskı, İstanbul 2008.

Baysal, Başak; Cayma Hakkının Sözleşmeler Hukukundaki Yeri, **İÜHFİM**, C.LXXV, S.1, 2017, s.273-292.

Bozgeyik, Hayri/Bozgeyik, Ahmet; “Yazılımlar İçin Telif Hakkı Korumasında Güncel Sorunlar”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013**, Yetkin Yayınları, İstanbul 2015, s.81-96.

Brokshear, J. Gleen; **Computer Science An Overview**, 9th Edition, Pearson Addison Wesley, Boston 2005.

Broman, Morgan M.; **Harmonized Intellectual Property Protection for Software Solutions within EU A Modest Proposal**, Master Thesis, Lunds Universitet, June 2014.

Classen, H. Ward; “Fundamentals of Software Licensing”, **Journal Of Law And Technology**, Franklin Pierce Universty Law Center, 37/1, New Hampshire 1996, s.1-85.

Cunnigham, Patricia Bayer/Witkow, Erin C.; “Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements”, **The Computer & Internet Lawyer**, Volume 23, Number 6, June 2006. s. 1-28.

Çabri, Sezer; **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Çekin, Mesut Serdar; “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişikliğine Gerek Var Mı?”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.77, S.1, 2019, s.315-341.

Dalyan, Şener; **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Demirsatan, Barış; “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Sınırları”, **DEÜHFD**, Cilt: 22, S.1, 2020, s.219-253.

Determaan, Lothaar/Fellmeth, Aaron Xavier; “Don’t Judge A Sale Its License: Software Transfers Under the First Sale Doctrine In the United States and the European Community”, **University San Francisco Law Review**, Vol.36, Fall 2001, s.1-108.

Determaan, Lothaar; “What Happens In The Cloud:Software As A Service And Copyrights”, **Berkeley Technology Law Review**, Vol.29:15, 2014 California, s.1096-1130.

Develioğlu, H. Murat; **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (ICC’nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber)**, Oniki Levha, İstanbul 2021.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat; **Türk Özel Hukuku C.I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

Dursun Aksoy, Sanem; **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, Oniki Levha, İstanbul 2008, (“Borçlar Hukuku”).

Dursun Aksoy, Sanem; **Eşya Kavramı**, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2012 (“Eşya”).

E. Phillips, Douglas; **The Software License Unveiled How Legislation by License Controls Software Access**, Oxford Universty Press, 2009 New York.

Einhorn, David A.; “Shrink-Wrap Licenses: The Debate Continues”, PTC Research Foundation Of Franklin Pierce, **The Journal Of Law and Technology**,1998, s.383-401.

Erel, Şafak N.; **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (“Genel Hükümler”).

Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2018 (“Özel Hükümler”).

Eren, Fikret; **İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi**, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Derleyen: İpek Yücer Aktürk, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.13-37. (“İsimsiz Sözleşmeler”).

Erişgin, Nuri; “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, **AÜHFD**, C.48., S.1-4., Ankara 2003, s.41-68.

Erkekoğlu, Ahu Eker; **Yazılım Lisans Sözleşmeleri**, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Eroğlu, Sevilay; **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta, İzmir 2000.

Ertaş, Şeref; **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Baskı, İzmir 2021.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin; **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Fakülteler Matbaası, 1978 İstanbul.

Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha, İstanbul 2022.

Gatt, Adam; “Electronic Commerce-Click-Wrap Agreements (The Enforceability Of Click-Wrap Agreements)”, **Computer Law & Security Report**, Vol.18, No.6, Melbourne 2002, s.404-410.

Geiregat, Simon; “Cyrptocurrencies are (smart) Contracts”, **Financial Law Instute Ghent Universty Computer Law and Security Review**, Vol. 34, 2018, s.1144-1149.

Gemalmaz, H. Burak; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6 (Mülkiyet Hakkı)**, Avrupa Konseyi, Nisan 2018.

- Gomaa, Hassan; **Software Modeling and Design**, Cambridge Universty Press, Cambridge 2011.
- Gomulkiewicz, Robert W.; “Is The License Still The Product”, **Arizona Law Review**, Vol.64:25, 2018, s.427-464.
- Gökyayla, K. Emre; **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, En Son Değişiklerle 2.Bası, Ankara 2001.
- Grinshpon, Koren; “License to Bill: The Validity of Coupling Automatic Subscription Renewals with Free Trial Offers By Online Services”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. 28, N.2, Art.3, 2018, s.301-374.
- Gümüş, Mustafa Alper; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022 (“Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı”).
- Gümüş, Mustafa Alper; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.1.**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (“Özel Hükümler C.1”).
- Gümüş, Mustafa Alper; **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (“Genel Hükümler”).
- Gümüş, Mustafa Alper; **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011 (“Kira Sözleşmesi”).
- Güngör, Gülin; “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, **AÜHFD**, C.51, S.1, 2002, s.19-42.
- Hall, Andrew J.; “Open-Source Licensing and Business Models:Making Money by Giving It Away”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Vol. 33, Issue 3, Art.3, 2017, s.427-437.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Heath, Steven A.; “Contracts, Copyright, And Confusion Revisiting The Enforceability Of Shrink-Wrap Licenses”, **Chicago Kent Universty Journal Of Intellectual Propety**, Vol. 5, Issue 12, Chicago 2005, s.12-27.

Hildebrant, Mireillie; **Law For Computer Scientists and Other Folk**, First Edition, Oxford University Press, Oxford 2020.

Hiong, Seow; “Open Source And Commercial Software: An In Depth Analysis Of The Issues”, **Bussines Software Alliance**, 2005 Washington.

Hirsch, Ernst E.; **Hukuki Bakımdan Fikri Say II**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1942 İstanbul.

Höller, John; “The Shadows of Software-The Grey Areas In The Definition of Software and Computer Program In Law”, Intellectual Property Rights and New Technologies, **Proceedings of the KnowRight’95 Conference**, R.Oldenbourg Wien München 1995, s.229-235.

İnal, Emrehan; **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Kaya, Arslan; “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, Seçkin, İstanbul 2000, s.431-455.

Kaypakoğlu, Serhat; **Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997.

Khanna, Rajiv; **Basics Of Computer Science**, New Age International Publishers, New Delhi 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022 (“Genel Hükümler”).

Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021 (“Özel Hükümler”).

Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre)**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022 (“Sınai Haklar”).

King, Joseph Holland; “Software Patentability After Prometheus”, **Georgia State Universty Law Review**, Vol.30, Issue 4, Art. 8, Summer 2014, s. 1111-1139.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir;  
**Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Yenilenmiş Genişletilmiş  
 Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017  
 ("Birinci Cilt").

Kuntalp, Erden; **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Gözden Geçirilmiş ve  
 Yenilenmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,  
 Ankara 2013.

Leith, Philip; **Software and Patents in Europe**, Cambridge University Press,  
 Cambridge 2007.

Madison, Michael J.; "Reconstructing the Software Licenses", **Loyola University  
 Chicago Law Journal**, Vol.35, Issue 1, Fall 2003, s.275-340.

Margoni, Thomas; "The Harmonisation Of EU Copyright Law: The Originality  
 Standart", **Global Governance of Intellectual Property in the 21 st  
 Century**, Springer, Glasgow 2016, s.85-105.

Meeker, Heater J.; **The Open Source Alternative: Understanding Risks and  
 Leveraging Opportunities**, John Wiley & Sons, New Jersey 2008.

Memiş, Tekin; "İzinsiz Bilgisayar Programları Kullanımı ve İmha Talebi", **Prof. Dr.  
 Ömer Teoman'a Armağan C.1**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.545-  
 561. ("İzinsiz").

Memiş, Tekin; **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**,  
 Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002 ("İnternet Ortamında Müzik Sunumu").

Moon, Ken; "Revisiting Usedsoft v. Oracle: Is Software Property and Can It Be  
 Sold?", **Computer Law Review International**, Issue 4, 2017, s.97-128.

Murray, Andrew; **Information Technology Law**, Second Edition, Oxford University  
 Press, Oxford 2013.

Nomer, Haluk N./Engin, Baki İlkay; **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç  
 İlişkileri C.1: Satış Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin  
 Yayıncılık, İstanbul 2023.

Nomer, Haluk N.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve  
 Genişletilmiş 18.Bası, Beta, İstanbul 2020.



- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami; **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 28. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2022.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1**, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022 (“**Genel Hükümler C.1**”).
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2**, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2022 (“**Genel Hükümler C.2**”).
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe; **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 24. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2022.
- Oktay Özdemir, Saibe “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, s. 571-598. (“Fikri Nitelikteki Sınai Değerler”).
- Oktay Özdemir, Saibe; “İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu, Geçerliliği ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İHFM**, C.LV, 1996, s.263-296. (“İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu”).
- Oktay Özdemir, Saibe; **İstanbul Şerhi C.1**, “Sözleşme Özgürlüğü”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (“İstanbul Serhi C.1”).
- Oktay Özdemir, Saibe; **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuk Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta, İstanbul 2002 (“Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri”).
- Ongan, Burak; **Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu**, Seçkin, Ankara 2007.
- Ortan, Ali Necip; **Patent Lisans Sözleşmesi**, Doğan Basımevi, Ankara 1979.
- Öğüz, Tufan; **Know-How Sözleşmesi**, 2. Bası Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Öktem Çevik, Seda; **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, 1. Bası, Beta Yayınevi, Nisan 2008.
- Öz, M. Turgut; **İstanbul Şerhi C.2,3**, “Borcun İfa Edilmemesi”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. (“İstanbul Şerhi C.2,3”).

Özen, Zeki; **Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2012.

Özsoy, Saadet Hande; **Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Öztañ, Fırat; **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

Öztrak, İlhan; **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara 1967.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi; **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 19. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2022.

Reed, Chris; **Computer Law**, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford 2011.

Reisoğlu, Safa; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul 2012.

Rosen, Lawrence; **Open Source Licensing Software Freedom And Intellectual Property Law**, Prentice Hall, New Jersey 2005.

Rowland, Diana/Mcdonald, Elizabeth; **Information Technology Law**, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London 2000.

S.Lin., Daniel/Sag, Matthew/Laurie, Ronald S.; “Source Code Versus Object Code:Patent Implications For The Open Source Community”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Vol. 18, Issue 2, Haziran 2002, s. 235-257.

Sağlam, İpek; **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayınevi, İstanbul 2007.

Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.; **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) C.1**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

Seliçi, Özer; **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.

Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2019.

- Serozan, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme)**, Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, Oniki Levha, İstanbul 2022 (“Genel Bölüm”).
- Serozan, Rona; **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Yayına Hazırlayanlar: B. İlkay Engin/Yeşim M. Atamer, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2022 (“Medeni Hukuk”).
- Shelly, Gary B./Vermaat, Misty E.; **Discovering: Computers Fundamentals**, Fifth Edition, Course Technology Cengage Learning, Boston 2008.
- Siller, Nahide; **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması**, Oniki Levha, İstanbul 2019.
- Sirmen, A. Lale; **Eşya Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınlar, Ankara 2022.
- Smith, Bradford L./Mann, Susan O.; “Innovation And Intellectual Property Protection in the Software Industry: An Emergin Role for Patents?”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.71, No.1, Winter 2004.
- Sommerville, Ian; **Software Engineering**, Ninth Edition, Pearson, Boston 2011.
- Strowel, Alain/Utku, Sinan; “The Trends and Current Practices in the Area of Patentability of Computer Implemented Inventions within the EU and the U.S.”, **EU Commision Final Report**, Luxembourg 2016, s. 1-45.
- Szabo, Howar K.; “International Protection of Computer Software: The Needs for Sui Generis Legislation”, **Loyala Of Los Angeles International And Comparative Law Review**, Vol.8/511, Los Angeles 1986, s.511-550.
- Şahan, Gökhan; **Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Şahin, Onur; **Telif Hakları Bakımından Bilgisayar Programları: Araişlerlik Serbestisi ile Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar**, Oniki Levha, İstanbul 2021.
- Tandoğan, Haluk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: I/2**, 3. Tıpkı Basım’dan 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (“C:I/2”).

- Tandoğan, Haluk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C:I/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım’dan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (“C:I/1”).
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- Topaloğlu, Mustafa; **Bilgisayar Programı Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997 (“Bilgisayar”).
- Topaloğlu, Mustafa; **Bilişim Hukuku**, Karahan Yayınları, Adana 2005 (“Bilişim”).
- Tunç, Aybike; **Bulut Bilişim Sözleşmeleri**, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- Tunçomağ, Kenan; **Borçlar Hukuku Dersleri II. Cilt Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri)**, Fakülteler Matbaası, 1967 İstanbul (“Özel Borç İlişkileri”).
- Tunçomağ, Kenan; **Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler**, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1969 (“Genel Hükümler”).
- Uyumaz, Alper; “Elektronik Sözleşmelerin Web Sitesi Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **DEÜHFD**, C:9, Özel Sayı, 2007, s.907-930.
- Uzun Kazmacı, Özge; İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Sayı, C.22, 2016, III. Cilt, s.2791- 2818.
- Ünal Tekinalp, Ünal; **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Von Tuhr, Andreas; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Cilt: 1-2**, Çeviren: Cevat Edge, Olgaç Matbaası, 1983.
- Warford, J. Stanley; **Computer Systems**, Fifth Edition, Jones & Bartlett Learning, USA 2017.
- Word Intellectual Property Organization, “Monthly Review”, 14thYear, January 1978, /Erişim tarihi:13.08.2021).

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 18.Baskı, Beta, İstanbul 2022.

Yelmen, Adem; “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, **DEÜHFD**, C.22, Sayı 2, 2020, s.991-1019.

Yıldırım, Mustafa Fadıl; “Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu”, **AÜEHFD**, C. VII, S.1-2, Haziran 2013, s.563-580. (“Kullanım Sınırlamaları”).

Yıldırım, Mustafa Fadıl; **Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)**, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1999. (“Standart”)

Yusufoğlu, Fülürya; **Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002 (“Bilgisayar”).

Yusufoğlu, Fülürya; **Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (“Patent”).

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

**ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

<http://www.businessofapps.com/data/spotify-statistics>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564>

<https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/procd.htm>

<https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/step.htm>

<https://dictionary.cambridge.org/tr/computer>

<https://docs.microsoft.com/tr-tr/partner-center/develop/update-autorenew-for-an-azure-marketplace-subscription>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN>

<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/=CELEX:32009L0024&from=EN>

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0250&from=EN>

<https://fastspring.com/blog/power-of-recurring-revenue-software-subscriptions-saas-digital-content/>

[https://help.eset.com/log\\_collector/3.0/tr-TR/eula.html](https://help.eset.com/log_collector/3.0/tr-TR/eula.html)

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://store.steampowered.com/stats/>

<https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/e-ticaret/aldigi-555-milyon-dolarlik-yatirimla-getir-in-degeri-7-5-milyar-dolari-asti/665294>

<https://www.adobe.com/tr/downloads.html>

<https://www.akinsoft.com.tr/>

<https://www.businessinsider.com/the-20-billion-club-meet-the-5-most-valuable-startups-in-the-world-2015-6#no-3-airbnb-3>

<https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html>

<https://www.karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.kaspersky.com.tr>

<https://www.kaspersky.com.tr/home-security>

<https://www.lifewire.com/death-of-the-computer-optical-drive-832403>

<https://www.logo.com.tr>

<https://www.manageengine.com/tr/asset-explorer/licensing.html>

<https://www.mcafee.com/consumer/tr-tr/landing-page>

<https://www.mcafee.com/support/?articleId=TS102149&page=shell&shell=article-view>

<https://www.microsoft.com/en-us/legal/interoperability>

[https://www.microsoft.com/enus/Useterms/Retail/Office365/Home/Useterms\\_Retail\\_Office365\\_Home\\_Turkish.htm](https://www.microsoft.com/enus/Useterms/Retail/Office365/Home/Useterms_Retail_Office365_Home_Turkish.htm)

<https://www.microsoft.com/tr>

<https://www.microsoft.com/tr-tr/microsoft-365/buy/compare-all-microsoft-365-products>

<https://www.microsoft.com/tr-tr/p/office-365-home>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080320-19.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120317-20.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150611.htm>

<https://www.scnsoft.com/software-testing/types-of-bugs>

<https://www.telifhaklari.gov.tr/Dunya-Fikri-Mulkiyet-Orgutu-WIPOOMPI>

<https://www.uyumsoft.com>

<https://www.wipo.int/edocs/>

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

## ÖZGEÇMİŞ

