



T.C.

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TELİF HAKLARI BAKIMINDAN BİLGİSAYAR PROGRAMLARI:

ARAİŞLERLİK SERBESTİSİ İLE

ÖZGÜR VE AÇIK KAYNAK KODLU PROGRAMLAR

DOKTORA TEZİ

ONUR ŞAHİN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. FÜLÜRYA YUSUFOĞLU BİLGİN

AĞUSTOS 2021

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

TELİF HAKLARI BAKIMINDAN BİLGİSAYAR PROGRAMLARI:
ARAŞLERLİK SERBESTİSİ İLE
ÖZGÜR VE AÇIK KAYNAK KODLU PROGRAMLAR

DOKTORA TEZİ

ONUR ŞAHİN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. FÜLÜRYA YUSUFOĞLU BİLGİN

AĞUSTOS 2021

ÖNSÖZ

Tez çalışmamı hazırlarken akademik yönden olduğu kadar hukuk pratiğine bir nebze de olsa katkı sağlamayı hedefledim. Bu doğrultuda; akademik kaynaklar kadar yargı kararlarını ele almaya, Türkiye’de henüz ortaya çıkmamış olan uyuşmazlıklar bakımından yurtdışındaki önemli örnekleri incelemeye gayret ettim. Çalışmam esnasında, avukatlık mesleğini icra ederken aynı zamanda akademik çalışma yürütmenin hem hazzını hem de zorluklarını yaşadım. Kuşkusuz ki; uzun süren bu çalışmam, burada adına yer veremediğim birçok kişinin ve meslektaşımın manevi desteği ve katkıları sayesinde nihayete erdirilebilmiştir.

Değerli yönlendirmeleri ve görüşleri ile tez izleme aşamalarından itibaren çalışmalarında etkili olan değerli hocam Prof. Dr. İbrahim Hamdi Yasaman’a;

Doktora çalışmalarımın en başından itibaren değerli görüşlerini,engin tecrübelerini ve tavsiyelerini benimle paylaşan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e;

Tez çalışmamda farklı bakış açıları geliştirmemi sağlayan, bizzat kendi kütüphanesi ve kaynaklarını bana açan ve zamanını esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Tekin Memiş’e;

Zamanını ve görüşlerini benden hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem’e;

Kritik yönlendirmelerde ve eleştirilerde bulunarak tezimi daha üst seviyeye taşımama yardımcı olan değerli hocam Doç. Dr. Cahit Suluk’a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Doktora eğitimi almam konusunda beni teşvik eden ve tez çalışmam esnasında bana destek olan sevgili babam Av. Mehmet Şahin’e ve annem Nursel Şahin’e teşekkür ederim.

Tez çalışmamın her aşamasında bana farklı bakış açısı sağlayan Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğretim görevlisi olan sevgili dostum Dr. Onur Uraz’a teşekkürlerimi sunarım.

Akademik yönden olduğu kadar bürokratik olarak da uzun ve meşakkatli olan tez sürecimin her aşamasında benden desteğini, görüşlerini ve yönlendirmesini esirgemeyen saygıdeğer hocam Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin'e teşekkürü bir borç bilirim.

Ortaköy, İstanbul 2021

Av. Onur Şahin



İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar.....	vii
Resumé.....	x
Abstract.....	xviii
Özet.....	xxv
Giriş.....	1
1. Bilgi Ekonomisi ve Bilgi Toplumu.....	1
2. Verinin Önemi.....	3
3. Dijitalleşme.....	5
4. Veri – Donanım – Yazılım Üçlüsü.....	7
5. Çalışmamızın Ele Alınması ve Kapsamı.....	11
6. Çalışmamızın Takdimi.....	13

Birinci Bölüm

Bilgisayar Programlarına İlişkin Temel Bilgiler

1. Yazılım – Bilgisayar Programı Terimleri.....	16
1.1. Bilgisayar Programı.....	16
1.2. Yazılım.....	18
1.3. Terim Farkı.....	20
2. Bilgisayar Programının Geliştirilmesi.....	21
3. Bilgisayar Programının Unsurları.....	26
3.1. Program Spesifikasyonları.....	26
3.2. Akış Şeması.....	27
3.3. Algoritmalar.....	27
3.4. Kaynak Kodu.....	28
3.5. Makine/Nesne/Amaç Kodu.....	30

3.6. Arayüzler.....	32
4. Program Türleri.....	34
4.1. Sistem Programları.....	35
4.2. Uygulama Programları.....	36
4.3. Dönüştürücü Programları.....	37
4.4. Mikro Programlar.....	38

İkinci Bölüm

Bilgisayar Programlarının Korunması

1. Patent - Sui Generis -Telif Hakları ile Koruma Tartışmaları.....	40
1.1. Donanım ve Yazılımların Ayırışması.....	40
1.2. Patent Koruması.....	42
1.3. Sui Generis Koruma.....	50
1.4. Telif Hakkı Koruması.....	54
2. Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği.....	61
2.1. İfade Edilmiş Olma.....	63
2.2. İlim ve Edebiyat Eseri Olma.....	67
2.3. Sahibinin Hususiyetini Taşıma.....	68
3. Yapay Zekâ Tarafından veya Başkaca Bilgisayar Programları Vasıtasıyla Meydana Getirilen Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği.....	74
4. Bilgisayar Programlarında İşlenme Eser.....	80
5. Bölüm Özeti	83

Üçüncü Bölüm

Araışlerlik Serbestisi ve Uygulama Programlama Arayüzlerinin (API)

Fikri Haklar Açısından Değerlendirilmesi

1. Bilgisayar Programları Unsurlarının Fikri Hak Koruması Bakımından Değerlendirilmesi.....	85
1.1. Kaynak Kodu ve Makine Kodu.....	85
1.2. Hazırlık Tasarımları	86
1.3. Akış Şemaları.....	89

1.4. Algoritmalar.....	90
1.5. Arayüzler.....	91
2. Kullanıcı Arayüzlerine İlişkin Değerlendirmeler.....	94
3. Sistem Arayüzleri ve Uygulama Programlama Arayüzlerine (API) İlişkin Değerlendirmeler.....	114
4. Araişerlik	119
4.1. Genel Olarak.....	119
4.2. Araişerlik ve Arayüzler - API'ler.....	121
4.3. Araişerliğe İlişkin Kanuni Düzenlemeler.....	124
4.4. Araişerlik Serbestisinin Koşulları	136
4.5. Araişerlik Serbestisine İlişkin Kısıtlamalar.....	147
4.6. AB Hukukunda Araişerliğin Değerlendirilmesi.....	151
4.7. Araişerlik Serbestisine İlişkin Değerlendirmemiz	157
5. Araişerlik Açısından API'lerin Geleceği: Oracle v. Google Davası	163
5.1. Genel Olarak	163
5.2. Uyuşmazlığın Arka Planı	165
5.3. Yerel Mahkemenin İlk Kararı (2012)	168
5.4. Temyiz Mahkemesi Federal Dairenin İlk Kararı (2014)	171
5.5. Yüksek Mahkemenin İlk Kararı (2015)	176
5.6. Yerel Mahkemenin İkinci Kararı (2016)	179
5.7. Temyiz Mahkemesi Federal Dairenin İkinci Kararı (2018)	185
5.8. İkinci Yüksek Mahkeme İncelemesi (2020-2021)	191
6. Google ve Oracle Arasında Görülen Dava Sürecinin Özeti.....	204
7. Genel Değerlendirmemiz	206

Dördüncü Bölüm

Araişerliğin Sağlanmasına Yönelik Alternatif: Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar

1. Özgür ve Açık Kaynak Modelinin Araişerliğin Sağlanmasına Yönelik Alternatif Sağlaması.....	217
2. Kavramsal Olarak Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar.....	219
2.1. Kapalı Kaynak Kodlu Yazılımlar - Açık Kaynak Kodlu/Özgür Yazılımlar.....	220

2.2. Özgür Yazılım ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım Modelleri.....	220
3. Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Ortaya Çıkması	226
4. Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Önem Kazanması	230
5. Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programların Lisanslanması	235
5.1. Bilgisayar Programlarının Lisanslanması	236
5.2. FSEK Düzenlemeleri Işığında Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmeleri.....	238
5.3. Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	241
5.4. Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmelerinin Akdedilme Şekilleri.....	247
5.5. Türk Hukuku Açısından Özgür ve Açık Kaynak Modelinin ve Lisanslarının Değerlendirilmesi.....	251
5.5.1. FSEK ve TBK Açısından Değerlendirme	251
5.5.2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Değerlendirme	257
5.5.3. Lisans Metinlerinin Dili Açısından Değerlendirme	260
5.6. Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programların Lisans Koşulları ve Başlıca Örnekleri	261
5.6.1. GNU Lisansları	268
5.6.2. BSD Lisansı	275
5.6.3. Mozilla Lisansı	279
5.6.4. Apache Lisansı	281
6. Özgür ve Açık Kaynak Lisanslarına İlişkin Hukuki Değerlendirmemiz	282
6.1. Bağlayıcılık Sorunu	283
6.2. Hak Sahibinin Belirlenmesi	288
6.3. Tazminat Taleplerinin Değerlendirilmesi	291
6.4. İşleme Eserin Tespiti Sorunu.....	295
7. Türkiye’de Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar	298
7.1. Türkiye’deki Gelişmeler ve Tarihçe	298
7.2. Türkiye’de Özgür ve Açık Kaynak Modelinin Uygulanmasına Yönelik Düşüncelerimiz	301
Sonuç	308
Kaynakça.....	316
Tez Onay Sayfası.....	366

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
AB Direktifi	: 23 Nisan 2009 tarihli ve 2009/24/EC sayılı Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AOSP	: Android Open Source Project (Android Açık Kaynak Projesi)
API	: Uygulama programlama arayüzü (application programming interface)
AR-GE	: araştırma ve geliştirme faaliyetleri
ASCII	: American Standard Code for Information Exchange
ASF	: Apache Software Foundation
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
BIOS	: temel girdi ve çıktı sistemi (basic input-output system)
bkz.	: bakınız
BSA	: Software Alliance / Business Software Alliance
BSD	: Berkeley Software Distribution
C.	: Cilt
CDPA	: Birleşik Krallık Telif Yasası

(Copyright, Designs and Patents Act 1988)

CONTU	: National Commission On New Technological Uses Of Copyrighted Works
CPU	: merkezi işlemci (central processing unit)
D	: daire
DMCA	: A.B.D. Dijital Milenyum Telif Yasası (Digital Millenium Copyright Act)
dn.	: dipnot
E.	: esas
ed	: editör
ECIS	: European Committee for Interoperable Systems
EUPL	: European Union Public License
EPC	: Avrupa Patent Sözleşmesi (European Patent Convention)
FMR Dergisi	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	:5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSF	: Free Software Foundation
HD	: hukuk dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Ibid	: Ibidem (adı geçen eserde)
IFOSSLR	: International Free and Open Source Software Law Review
IIPA	: International Intellectual Property Alliance
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: karar
md.	: madde
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

MIT	: Massachusetts Institute of Technology
OEM	: Original Equipment Manufacturer (Orijinal Donanım İmalatçısı)
OHA	: Open Handset Alliance (Açık Telefon Birliği)
OSI	: Open Source Initiative
para.	: paragraf
S.	: sayı
s.	: sayfa
SAGE	: Software Action Group for Europe
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 27836 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
TTO	: teknoloji transfer ofisi
UKIPO	: Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (United Kingdom Intellectual Property Office)
USCO	: A.B.D. Telif Hakları Ofisi (The United States Copyright Office)
USPTO	: A.B.D. Patent ve Marka Ofisi (The United States Patent and Trademark Office)
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
WCT	: WIPO Telif Hakları Sözleşmesi (WIPO Copyright Treaty)
WIPO	: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization)

RÉSUMÉ

Des données semblent être au centre de l'âge de la société de l'information et de l'économie basée sur l'information. Une grande importance est accordée aux données car l'information est accessible par le traitement, l'organisation et l'interprétation des données. Il existe un besoin de systèmes informatiques pour traiter en continu une grande quantité de données. Les systèmes informatiques, quant à eux, se composent de trois piliers que sont les données, le matériel et les logiciels, et ces éléments devraient fonctionner en interaction et avec une communication intégrée.

Pour que les systèmes informatiques fonctionnent de manière intégrée et en interaction avec tous les composants, il est nécessaire d'empêcher que les composants du système informatique soient complètement monopolisés par les géants de la technologie. Cet objectif sert également à assurer le progrès et le développement technologiques. À ce stade, notre étude se concentre sur les programmes informatiques, une composante importante du système informatique.

En tant que l'un des sous-aspects des systèmes informatiques, le logiciel est un terme plus large qui couvre les programmes informatiques en tant que produit final pour les utilisateurs finaux qui comprend divers guides et documents autres que le programme informatique lui-même. D'autre part, un programme informatique est une série de commandes directes ou indirectes données pour exécuter certaines fonctions au sein du système informatique. La différence entre les termes de logiciel et de programme informatique est également importante pour la détermination de la portée de la protection juridique.

Les programmes informatiques sont développés avec différentes méthodes, en passant par les étapes de planification, de conception, d'écriture de code, d'évaluation et de documentation en tant que produit d'un travail collectif plutôt qu'individuel. À cet égard, les programmes informatiques diffèrent de la création d'œuvres littéraires, et il y a un besoin de gestion de projet pour un développement de programme réussi. Bien qu'il soit admis qu'il existe des aspects de création littéraire des programmes informatiques tels que l'écriture de code source et de code objet, la qualité fonctionnelle est au premier plan dans les éléments tels que les spécifications et les interfaces du programme.

Différentes opinions et approches ont émergé en ce qui concerne la protection juridique des programmes informatiques, avec l'introduction de programmes informatiques en tant que produit distinct du matériel. Alors que certains soutiennent que les programmes informatiques peuvent être protégés par brevet en raison de leurs aspects fonctionnels, d'autres suggèrent qu'il serait plus approprié de fournir une protection avec un modèle *sui generis* et secondaire semblable à brevet ou mixte de brevet-droit d'auteur. Au lieu de ces points de vue, cependant, l'idée de protéger les programmes informatiques par le droit d'auteur est devenue dominante en raison de l'aspect création littéraire de l'écriture d'objets et de code source. En outre, le droit d'auteur naît avec la création et il n'y a pas d'exigence d'enregistrement, et il y a aussi un faible niveau d'innovation et de créativité par rapport aux brevets. Dans ce contexte, les programmes informatiques ont été pris sous le champ d'application du droit d'auteur en tant que sous-type d'œuvres scientifiques et littéraires.

Il est admis que les programmes informatiques sont des œuvres protégées par le droit d'auteur, car ce sont des créations intellectuelles qui entrent dans la catégorie des œuvres scientifiques et littéraires; si elles ont été exprimées et sont originales. Pour déterminer quand une création intellectuelle est une œuvre protégée par le droit d'auteur, l'essentiel est d'évaluer si l'œuvre en question reflète les caractéristiques intellectuelles de son auteur. Dans ce contexte, il convient de prendre en considération s'il existe une liberté de choix dans les aspects techniques et que les préférences personnelles se reflètent dans la création du programme, en d'autres termes, la présence d'une touche personnelle dans l'expression. De plus, le critère de l'originalité apporte la nécessité de la création humaine. Il convient de noter que les créations qui peuvent

être produites par des animaux sans intervention humaine ne sont pas des créations intellectuelles et ne peuvent donc pas être acceptées comme des œuvres protégées par le droit d'auteur. D'autre part, le même résultat ne peut être atteint en termes de programmes informatiques créés par l'intelligence artificielle. Dans le processus de développement de programmes informatiques créés par l'intelligence artificielle, il y a une intervention humaine directe et indirecte et cela apporte la possibilité d'avoir des réflexions intellectuelles de l'auteur. À ce stade, le problème qui doit être résolu est de déterminer qui va être accepté comme auteur. À notre avis, au lieu de faire un choix permanent avec une réglementation légale entre le programmeur d'intelligence artificielle, l'utilisateur/conducteur du programme ou le propriétaire de l'entreprise/du projet, l'auteur du programme résultant devrait être déterminé séparément dans chaque incident, ainsi que la paternité conjointe peut être accordée en fonction des caractéristiques du programme résultant à la fois au programmeur d'intelligence artificielle et au propriétaire de l'entreprise/du projet.

La protection par le droit d'auteur devrait être accordée aux auteurs de programmes informatiques pour s'assurer qu'ils bénéficient de leurs programmes existants et ils devraient être encouragés à créer de nouveaux programmes. Cependant, l'intérêt public attendu des programmes et systèmes informatiques ne peut être obtenu si les droits découlant de la paternité d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ont priorité sur l'intérêt public et les droits accordés aux auteurs sont acceptés comme des pouvoirs absolus sans aucune exception. Dans ce cas, la concurrence dans l'industrie du logiciel ne peut pas être atteinte, les géants de la technologie continuent de monopoliser, les utilisateurs sont confinés à une certaine chaîne de produits et, par conséquent, le progrès technologique sera affecté négativement. Il convient donc de trouver un équilibre entre la protection accordée aux auteurs et la liberté accordée aux tiers sur les programmes informatiques afin de garantir l'intérêt public. Dans le cadre de notre étude, il est recommandé de fournir une interprétation large de l'autorisation d'interopérabilité et d'étendre la mise en œuvre du modèle de développement de programmes libres et open source afin d'établir ledit équilibre.

Pour tirer le meilleur avantage des systèmes informatiques, un système doit fonctionner avec toutes ses fonctions dans son ensemble. Ce concept est nommé interopérabilité. Les interfaces et l'autorisation d'interopérabilité sont les éléments clés

pour atteindre l'équilibre souhaité afin de garantir l'intérêt public. Les deux éléments reflètent les caractéristiques fonctionnelles des programmes informatiques et servent au fonctionnement intégré des systèmes informatiques. Dans ce contexte, les interfaces effectuent la fonction de communication et conduisent l'interaction de différents programmes et composants de programme au sein des systèmes informatiques. De même, l'autorisation d'interopérabilité confère à des tiers certains pouvoirs sur le programme d'ordinateur en créant une exemption sur les droits de l'auteur, afin de vérifier l'interopérabilité.

Les interfaces ont différents sous-types tels que les interfaces d'utilisateur, les interfaces de système, les interfaces de programmation. En ce qui concerne les interfaces d'utilisateur, de nombreux litiges sont apparus principalement aux États-Unis au cours des 35 à 40 dernières années et différentes approches ont été introduites en ce qui concerne la protection juridique à fournir. En particulier, il a été question de savoir si les éléments non littéraires des interfaces d'utilisateur seront protégés et, par conséquent, certains tribunaux ont décidé que les éléments non littéraires, c'est-à-dire la structure, la séquence et l'organisation des interfaces, devraient être protégés. À notre avis, il serait erroné d'affirmer que la structure, la séquence et l'organisation des interfaces d'utilisateur relèvent automatiquement de la protection du droit d'auteur. La protection devrait être assurée lorsqu'il est déterminé que la structure, la séquence et l'organisation de chaque programme reflètent les caractéristiques intellectuelles de l'auteur plutôt que la fonctionnalité. En outre, la structure, la séquence et l'organisation devraient générer une forme d'expression unique au lieu de fournir une commodité en termes de fonctionnalité et ne constituent pas un usage habituel pour les utilisateurs de programmes informatiques.

Les interfaces de système et de programmation, qui sont d'autres sous-types d'interfaces, ont initialement provoqué moins de conflits que les interfaces d'utilisateur. Cependant, cela a changé avec le litige entre Oracle et Google qui a commencé en 2010 et a toujours comparu devant différents degrés de tribunaux et soumis à différentes évaluations. Les interfaces de programmation d'applications ont été le sujet principal de l'affaire entre Oracle et Google. Ainsi, les interfaces de programmation d'applications sont au centre des discussions, avec des préoccupations au sujet de la fonctionnalité et de l'interopérabilité.

Les extraits de code, qui sont appelés interfaces de programmation d'application et peuvent être abrégés en API, sont importants en termes d'interopérabilité. Les API, qui fonctionnent comme une interface d'interaction entre différents programmes informatiques, facilitent l'utilisation des données et des fonctions d'autres programmes. Dans l'industrie de la programmation informatique, il y a eu une croyance que les API ne sont pas sous la portée de la protection du droit d'auteur, et par conséquent, les programmeurs ont développé une coutume de fournir l'interopérabilité en utilisant des API de différents programmes. Par conséquent, en ce qui concerne l'avenir des coutumes sectorielles et la garantie de l'interopérabilité, il est essentiel de déterminer si les API sont protégées par la propriété intellectuelle et à quel moment leur utilisation constitue une violation du droit d'auteur.

Dans le cadre de l'interopérabilité, l'interaction et l'échange entre le matériel, les logiciels et les éléments de données au sein du système informatique devraient être rendus possibles sur le plan technique. Les autres programmeurs devraient avoir accès à des informations et spécifications spécifiques des programmes informatiques soumis à la propriété privée; sinon, il ne sera pas possible de permettre l'interopérabilité techniquement. L'Article 6 de la Directive Européenne sur les Programmes Informatiques et l'article 38/5 de la Loi Turque sur les Œuvres Intellectuelles et Artistiques no 5846 (FSEK) accordent aux tiers une liberté et des pouvoirs limités pour assurer l'interopérabilité. En privilégiant l'intérêt public, l'autorisation d'interopérabilité crée un espace exceptionnel de protection du droit d'auteur accordé à l'auteur. L'intérêt public se manifeste en assurant le fonctionnement intégré des systèmes informatiques, en empêchant la chaîne de produits de certains géants de la technologie et leurs limites confiner les utilisateurs, et en luttant contre la monopolisation de certains acteurs de la technologie. Par conséquent, pour que la circulation de l'information soit libérée, les intérêts du public, composé de tous les utilisateurs de programmes informatiques, soient surveillés et, pour éviter la monopolisation de la programmation informatique, la liberté d'interopérabilité doit être reconnue.

Nous sommes d'avis qu'il est essentiel d'interpréter les règlements juridiques en faveur de la liberté d'interopérabilité. En conséquence, la dimension de la

connectabilité et la dimension de l'interchangeabilité concernant l'interopérabilité devraient être incluses dans le champ d'application de la liberté. En outre, il est très important d'assurer l'interopérabilité entre tous les éléments du système et, par conséquent, la liberté doit être interprétée d'une manière permettant l'interopérabilité entre les composants matériels et les programmes informatiques. En outre, il convient de souligner que la portée et les objectifs de la liberté d'interopérabilité réglementée par l'article 38/5 de FSEK et les autres libertés réglementées par les articles 38/2 et 38/4 de FSEK sont différents les uns des autres.

Le processus de litige entre Oracle et Google pourrait fondamentalement affecter l'approche juridique de l'interopérabilité et des interfaces de programmation d'applications. Les décisions de la Cour d'Appel des États-Unis pour peuvent avoir des conséquences négatives pour l'avenir de l'interopérabilité et les API, et la concurrence dans l'industrie du logiciel en sera endommagée et les développements en seront affectés négativement. En outre, il est également possible qu'une série de cas de droit d'auteur puisse se produire entre différentes sociétés de logiciels.

Nous soutenons que l'approche de la Cour d'Appel est basée sur l'objectif d'empêcher les pratiques de Google qui conduisent à la monopolisation et d'empêcher la concurrence sur le marché des smartphones. Cependant, à notre avis, c'est une approche erronée de sacrifier la liberté d'interopérabilité et les coutumes sectorielles concernant les interfaces de programmation d'applications juste pour punir les pratiques susmentionnées de Google. Les pratiques et actions de Google qui nuisent à la concurrence sur le marché des smartphones devraient être évaluées dans le cadre du droit de la concurrence et de cette manière, cette approche empêchera la perte de la fonction des principes et libertés en droit de la propriété intellectuelle qui protègent l'intérêt public.

À la suite de l'examen de la position dominante établie par Google, une approche et une structure systématiques apparaissent en termes de droit de la propriété intellectuelle. Une partie importante de cette approche et de cette structure consiste en un modèle gratuit et open source dans le développement du système d'opération pour smartphone Android. Alors qu'il y avait de nombreuses entreprises impliquées dans la fabrication d'appareils et le développement de systèmes d'opérations et Google n'avait

pas de savoir-faire et d'initiative sur le marché des smartphones, le modèle libre et open source a joué un rôle important dans la concurrence et devenir la force dominante du marché. Nous pensons qu'il est possible de voir le même effet de levier dans l'industrie turque de la programmation informatique, qui a une position de faiblesse dans la concurrence de ce secteur. Pour cette raison, le modèle libre et open source devrait être évalué en détail et largement appliqué en Turquie.

Au lieu de garder le code source proche de l'accès et confidentiel comme dans les programmes soumis à la propriété privée, dans le modèle de développement de programme libre et open source, les codes source sont tenus accessibles à tous, et les codes peuvent être librement modifiés et développés. Ainsi, des programmes plus qualifiés, flexibles et sécurisés peuvent être codés comme un produit du travail collectif dans une période plus courte avec un coût moindre, avec moins d'effort et une participation multiple. Outre les avantages du modèle libre et open source, il présente des aspects différents et non conventionnels en termes de réglementations et d'approches juridiques. Par conséquent, le modèle donne également lieu à une incertitude juridique et à une controverse. A l'avant-garde de cette incertitude juridique et de la controverse vient les textes de licence, qui sont spécifiquement expurgés au modèle libre et open source, visant à créer des normes sociales plutôt que des réglementations légales. Il est nécessaire de clarifier les questions telles que le caractère contraignant légal des textes de licence, s'ils peuvent être qualifiés de contrats conclus entre les parties, si la violation des conditions constitue une rupture de contrat et violation du droit d'auteur, l'utilisation des droits découlant de la paternité de l'œuvre et si la demande d'indemnisation est possible. Bien que ces questions n'empêchent pas la mise en œuvre du modèle libre et open source dans le développement de programmes informatiques, il est nécessaire de créer des dispositions juridiques qui fourniront une base pour que le modèle fonctionne correctement et dans ce contexte, les évaluations purement doctrinales ne seront pas suffisantes pour résoudre les effets négatifs du modèle.

Nous pensons que l'utilisation systématique et généralisée du modèle libre et open source permet d'établir une industrie complète de la programmation informatique en Turquie. En conséquence, le modèle devrait être soutenu et encouragé par de projets nouveaux et supplémentaires de TÜBİTAK, des modifications à apporter dans le

Règlement de Mise en Œuvre des Zones de Développement Technologique. En plus de ceux-ci, il sera nécessaire de créer des initiatives et des fondations open source autorisées par la loi, de gérer les droits sur les programmes développés, de commercialiser les programmes, de créer des textes de licence turcs originaux en conformité avec la loi turque. La détermination de la stratégie de programmation informatique à moyen et à long terme et le développement de logiciels de système d'opération turc pour les appareils mobiles et les ordinateurs seront des percées importantes en termes de développement technologique en Turquie.



ABSTRACT

Data appears to be at the centre of the age of the information society and information based economy. Great importance is attached to data since information can be accessed by processing, organizing, and interpreting data. There is a need for computer systems in order to process continuously a large amount of data. Computer systems, on the other hand, consist of three pillars as data, hardware and software, and these elements should operate in interaction and with integrated communication.

For computer systems to operate integrated and in interaction with all components, it is necessary to prevent the components of the computer system from being completely monopolized by technology giants. This aim also serves to ensure technological progress and development. At this point, our study focuses on computer programs, an important component of the computer system.

As one of the trivets of computer systems, software is a broader term that covers computer programs as a final product for end-users that includes various guides and documents other than the computer program itself. On the other hand, a computer program is a series of direct or indirect commands given to perform certain functions within the computer system. The difference in the terms of software and computer program is also important for the determination of the scope of legal protection.

Computer programs are developed under different methods, by going through planning, designing, code writing, testing and documentation stages as a product of a collective work rather than individual ones. In this respect, computer programs differ from the creation of literary works, and there is a need of project management for a

successful program development. Although it is accepted that there are literary creation aspects of computer programs such as writing source code and object code, the functional quality is at the forefront in the elements such as program specifications and interfaces.

Different opinions and approaches have emerged regarding the legal protection of computer programs, with the introduction of computer programs as a separate product from hardware. While some argue that computer programs may be under patent protection due to their functional aspects, others suggest it would be more appropriate to provide protection with a secondary patent-like or mixed patent-copyright *sui generis* model. Instead of these views, however, the idea of providing copyright protection to computer programs has become the dominant one due to the literary creation aspect of writing object and source code. In addition, copyright arises with the creation and there is no registration requirement, and also there is a low level of innovation and creativity requirement comparing to patents. In this context, computer programs have been taken under the scope of copyright as a sub-type of scientific and literary works.

It is accepted that computer programs are copyrighted works, as they are intellectual creations which fall under the category of scientific and literary works; if they have been expressed and are original. In determining when an intellectual creation is a copyrighted work, the key point is to evaluate whether the work in question reflects the intellectual characteristics of its author. In this context, it should be taken into consideration whether there is a freedom of choice in technical aspects and personal preferences are reflected in the creation of the program, in other words, the presence of a personal touch in expression. Additionally, the criterion of originality brings the necessity of human creation. It should be noted that the creations that can be produced by animals without human intervention are not intellectual creations and therefore cannot be accepted as copyrighted works. On the other hand, the same result cannot be reached in terms of computer programs created by artificial intelligence. In the development process of computer programs created by artificial intelligence, there is direct and indirect human intervention and this brings the possibility of having intellectual reflections of the author. At this point, the problem that needs to be solved is to ascertain who is going to be accepted as the author. In our opinion, instead of

making a permanent choice with a legal regulation between the artificial intelligence programmer, the user/conductor of the program or the business/project owner, the author of the resulting program should be determined separately in each incident, as well as joint authorship may be granted according to characteristics of the resulting program to both the artificial intelligence programmer and the business/project owner.

Copyright protection to computer program authors should be granted to ensure that they benefit from their existing programs and they should be encouraged to create new programs. However; the public interest expected from computer programs and computer systems cannot be obtained, if the rights arising from the authorship of copyrighted work prioritized over public interest and the rights granted to authors are accepted as absolute powers without any exception. In this case, the competition in the software industry cannot be achieved, technology giants continue to monopolize, users are confined to a certain product chain and, consequently, technological progress will be affected negatively. Thus, a balance must be struck between the protection provided to authors and the freedom granted to third parties on computers programs in order to ensure public interest. Within the scope of our study, it is recommended to provide broad interpretation to interoperability authorisation and to extend the implementation of free and open source program development model in order to establish the said balance.

To obtain the optimum benefit from computer systems, a system must operate with all its functions as a whole. This concept is named as interoperability. Interfaces and interoperability authorisation are the key elements to strike the desired balance in order to ensure public interest. Both elements reflect the functional features of the computer programs and serve for the integrated operation of computer systems. In this context, interfaces carry out the communication function and conduct the interaction of different programs and program components within computer systems. Likewise, interoperability authorisation gives third persons certain powers over the computer program by creating an exemption on the rights of the author, in order to ascertain interoperability.

Interfaces have different subtypes such as user interfaces, system interfaces, programming interfaces. In connection with user interfaces, many disputes have

emerged mostly in the US in the last 35-40 years and different approaches have been introduced regarding legal protection to be provided. In particular, it has been discussed whether the non-literary elements of the user interfaces will be protected, and consequently, some courts decided that non-literary elements, i.e., the structure, sequence and organisation of interfaces should be protected. In our opinion, it would be wrong to state that the structure, sequence and organisation of the user interfaces automatically fall under the protection of copyright. Protection should be provided when it is determined that the structure, sequence and organisation in each program reflect the intellectual characteristics of the author instead of functionality. In addition, the structure, sequence and organisation should generate a unique form of expression instead of providing convenience in terms of functionality and does not constitute a customary usage for computer program users.

System and programming interfaces, which are other sub-types of interfaces, initially caused less conflict compared to user interfaces. However; this has changed with the litigation between Oracle and Google that began in 2010 and consistently appeared before different degree of courts and subject to different evaluations. Application programming interfaces have been the main subject of the case between Oracle and Google. Thus, application programming interfaces have come to the centre of discussions, with concerns about functionality and interoperability.

The code snippets, which are referred to as application programming interfaces and can be abbreviated as API, are important in terms of interoperability. APIs, which operate as an interaction interface between different computer programs, provide convenience in using data and functions of other programs. In the computer programming industry, there has been a belief that APIs are not under the scope of copyright protection, and accordingly, programmers have developed a custom of providing interoperability using APIs of different programs. Therefore, in terms of the future of sector customs and ensuring interoperability, it is critical to determine whether APIs are under intellectual property protection and at what point usage of it constitutes copyright infringement.

Within the scope of interoperability, interaction and exchange between the hardware, software and data elements within the computer system should be enabled

technically. Other programmers should have access to specific information and specifications of the computer programs subject to private property; otherwise it will not be possible to enable interoperability technically. Article 6 of the EU Computer Programs Directive and article 38/5 of Turkish Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 grant third parties limited freedom and powers to ensure interoperability. By prioritising public interest, interoperability authorisation creates an exceptional area to copyright protection granted to the author. Public interest is manifested by ensuring the integrated operation of computer systems, preventing users from confining certain technology giants' product chain and their limitations, and struggling with monopolization of certain players on technology. Therefore, the flow of information is liberated, the interests of the public, consisting of all computer program users, are looked out, and to prevent monopolization in computer programming could be acquired by interoperability authorisation.

We are in the view that interpreting the legal regulations in favour of freedom of interoperability is critical. Accordingly, both the dimension of connectability and the dimension of interchangeability concerning interoperability should be included in the scope of freedom. Also it is very important to ensure interoperability among all system elements and thus; freedom should be interpreted in such a way as to allow interoperability between hardware components and computer programs. Besides, it should be highlighted that the scope and objectives of the freedom of interoperability regulated under FSEK art.38/5 and the other freedoms regulated in FSEK art.38/2 and 38/4 are different from each other.

The litigation process occurred between Oracle and Google, could fundamentally affect the legal approach to interoperability and application programming interfaces. The U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit decisions may have negative consequences for the future of interoperability and APIs, and the competition in the software industry will be harmed and developments will be adversely affected. In addition, there is also a possibility that a series of copyright case may occur among different software companies.

We argue that the approach of appeal court based on the aim to prevent practices of Google that lead to monopolization and to prevent competition in the smartphone

market. However, in our opinion, it is an erroneous approach to sacrifice interoperability freedom and sectoral customs regarding application programming interfaces just to punish above-stated practices of Google. Practices and actions of Google that harm competition in the smartphone market should be evaluated within the scope of competition law and in this way, this approach will prevent the loss of the function of the principles and freedoms in intellectual property law that consider the public interest.

As a result of the examination of the dominant position established by Google, a systematic approach and structure appears in terms of intellectual property law. An important part of this approach and structure consists of free and open source model in the development of the Android smartphone operating system. While there were many companies involved in device manufacturing and operating system development and Google did not have know-how and initiative in smartphone market, free and open source model played an important role in competing and becoming the domineer of the market. We believe that it is possible to see the same leverage effect in Turkish computer programming industry. For this reason, the free and open source model should be assessed in detail and widely applied in Turkey.

Instead of keeping source code close to access and confidential as in programs subject to private property, in the free and open source program development model, source codes are kept accessible to everyone, and codes can be freely changed and developed. Thus, more qualified, flexible and secure programs can be coded as a product of collective work in a shorter time period with lower cost, and with less effort and multiple participation. In addition to the advantages of the free and open source model, it has different and unconventional aspects in terms of legal regulations and approaches. Therefore, the model also gives rise to legal uncertainty and controversy. At the forefront of this legal uncertainty and controversy comes up the license texts, which are specifically redacted to the free and open source model, aiming to create social norms rather than legal regulations. It is necessary to clarify the issues such as the legal bindingness of the license texts, whether they can be qualified as contracts concluded between the parties, whether the violation of the conditions constitutes a breach of the contract and infringement of copyright, the use of the rights arising from the authorship of the work and whether the claim for compensation is possible.

Although these issues do not prevent the implementation of free and open source model in computer program development, it is necessary to make legal arrangements that will provide a basis for the model to function properly and in this context, purely doctrinal evaluations will not be sufficient for the solution of the adverse effects of the model.

We believe that the systematic and widespread use of the free and open source model makes it possible to establish a comprehensive computer programming industry in Turkey. Accordingly, the model should be supported and incentivized by new and additional TÜBİTAK projects, amendments to be made in the Technology Development Zones Implementation Regulation. In addition to these, it will be necessary to create open source initiatives and foundations that are authorized by law, to manage the rights on the developed programs, to commercialize the programs, to create original Turkish licence texts in compliance with Turkish law. Determining the medium and long term computer programming strategy and developing Turkish operating system software for mobile devices and computers will be important breakthroughs in terms of technology development in Turkey.

ÖZET

Bilgi toplumu ve bilgi ekonomisi çağının merkezine verinin yerleştiği görülmektedir. Verilerin, işlenmesi, organize edilmesi, anlamlandırılması ile bilgiye erişilebilmekte ve bu nedenle veriye büyük önem atfedilmektedir. Büyük çapta ve sürekli akışı gerçekleşen verilerin işlenebilmesi için bilgisayar sistemlerin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgisayar sistemleri ise veri, donanım ve yazılım olarak üç sacayağından oluşmakta ve bu unsurların bütünleşik olarak iletişim ve etkileşim halinde çalışması gerekmektedir.

Bilgisayar sistemlerinin bütünleşik olarak iletişim ve etkileşim halinde çalışabilmesi için bilgisayar sisteminin unsurlarının tamamen teknoloji devi şirketlerinin tekelinde olmasının önlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu hedef, aynı zamanda teknolojik ilerleme ve gelişmenin sağlanabilmesine hizmet etmektedir. Bu noktada çalışmamız, bilgisayar sistemi unsurlarından yazılım ayağında yer alan bilgisayar programlarını ele almaktadır.

Bilgisayar sisteminin sacayaklarından yazılım, bilgisayar programlarını kapsayan daha geniş bir terim olup programlar haricinde çeşitli kılavuz ve dokümanları da içeren bilgisayar programının nihai kullanıcıya yönelik paket bir ürün teşkil eden halidir. Bilgisayar programı ise, bilgisayar sistemi içerisinde belirli işlevlerin yerine getirilebilmesi için verilen doğrudan veya dolaylı komutlar dizisinin oluşturduğu bütündür. Yazılım ve bilgisayar programı arasındaki terim farkı, aynı zamanda farklı unsurlara sağlanan hukuki korumanın tespiti açısından önem taşımaktadır.

Bilgisayar programları, genellikle bireysel çalışmalar yerine, toplu bir çalışmanın ürünü olarak farklı metotlar altında planlama, tasarım, kod yazımı, test ve dokümantasyon aşamalarından geçilerek vücuda getirilmektedir. Bu açıdan bilgisayar

programları, edebi eser türündeki ürünlerin vücuda getirilmesinden farklılaşmakta, başarılı bir program geliştirme için proje yönetimine ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgisayar programının kaynak kodu ve makine kodu gibi unsurlarında edebi nitelik bulunduğu kabul edilse de, programın spesifikasyonları ve arayüzler gibi unsurlarda işlevsel niteliğin ön planda olduğu görülmektedir.

Bilgisayar programlarının donanımdan ayrı olarak kullanıma sunulmaya ve satışa çıkarılmaya başlanması ile bilgisayar programlarına sağlanacak hukuki korumaya ilişkin farklı görüş ve yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bilgisayar programlarının işlevsel yanı sebebiyle patent koruması altında olabileceği değerlendirilmiş, diğer yandan ikincil patent benzeri veya patent – telif hakkı arası *sui generis* bir model ile koruma sağlanmasının daha isabetli olacağı görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüşlerin yerine; makine ve kaynak kodunda edebi niteliğin bulunduğu değerlendirilmesi, tescil zorunluluğu olmadan yaratım ile hak sahipliği getirmesi, yenilik ve yaratıcılık çitasının patente kıyasla daha düşük olması sebebiyle telif hakkı korumasının bilgisayar programlarına sağlanması görüşü baskın çıkmıştır. Bu kapsamda bilgisayar programları, ilim ve edebiyat eseri alt türü olarak telif hakkı çatısı altına alınmıştır.

Bilgisayar programlarının ilim ve edebiyat eseri türüne girmesi, ifade edilmiş olması ve sahibinin hususiyetini taşıyor olması halinde eser niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Eser niteliğini değerlendirirken kilit nokta sahibinin hususiyetine sahip olma kıstasının değerlendirilmesidir. Bilgisayar programında sahibinin hususiyetinin tespiti için programın oluşturulmasında teknik olarak seçenek özgürlüğünün bulunması ve kişisel tercihlerin yansıtılmış olması, başka bir deyişle ifadede şahsi bir dokunuşun varlığı göz önüne alınmalıdır. Bununla birlikte, sahibinin hususiyetini taşıma kıstası doğal olarak bir insan yaratımı olma zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. İnsan müdahalesi olmadan hayvanlar tarafından meydana getirilebilecek ürünlerin, sahibinin hususiyetini taşımadığını dolayısıyla eser olarak kabul edilemeyeceğini belirtmek gerekir ancak aynı sonuca, yapay zekâ tarafından yaratılmış olan bilgisayar programları açısından varılamaz. Yapay zekâ tarafından yaratılmış olan bilgisayar programlarında, dolaylı olarak insan müdahalesi bulunmakta ve sahibinin hususiyetini sahip olma ihtimalini taşımaktadır. Bu noktada asıl çözümlenmesi gereken sorun eser sahibinin kim olduğu üzerinde toplanmaktadır.

Kanaatimize göre, kanuni düzenleme ile yapay zekâ programcısı, programı işleten veya iş sahibi arasında değişmez bir tercih yapmak yerine, eser sahibi, her program ve uyumsuzluk özelinde ayrıca tespit edilmeli, ayrıca hem yapay zekâ programcısı hem de iş sahibinin hususiyetini taşıyan programlar üzerinde birlikte eser sahipliği tanınmalıdır.

Bilgisayar programı eser sahiplerine telif hakları ile koruma sağlanarak mevcut programlarından yararlanmaları temin edilmeli ve yeni programları yaratmaları teşvik edilmelidir. Bununla birlikte; eser sahipliğinden kaynaklanan hakların ön planda tutulması ve eser sahiplerine, bilgisayar programı üzerinde istisnasız mutlak hâkimiyet tanınması halinde, bilgisayar programları ve bilgisayar sistemlerinden beklenen kamusal fayda elde edilemez. Bu durumda, rekabet sağlanamaz, teknoloji devi şirketler tekelleşmeye devam eder, kullanıcılar belirli bir ürün zincirine hapsedilir ve sonuç olarak teknolojik ilerleme olumsuz etkilenir. Sonuç olarak kamu menfaatini temin edebilmek amacıyla eser sahiplerine sağlanan koruma ve program üzerinde üçüncü kişilere tanınacak serbestiler arasında denge kurulmalıdır. Çalışmamız kapsamında, anılan dengenin kurulabilmesi için araişlerlik serbestisinin geniş yorumlanması ile özgür ve açık kaynak kodlu program modelinin yaygınlaştırılması önerilmektedir.

Kamu menfaatini sağlamak amacıyla kurulmak istenen denge için araişlerlik serbestisi ve arayüzler kilit konumdur. Her iki unsur da, programların işlevsel özelliklerini yansıtmakta ve bilgisayar sisteminin bütünleşik olarak çalışabilmesini sağlamaktadır. Arayüzler, bilgisayar sistemi içerisinde yer alan unsurlar ile farklı program ve program bileşenlerinin iletişimi ve etkileşimi yürütmektedir. Araişlerlik serbestisi ise, eser sahibinin program üzerindeki haklarına istisna getirerek araişerliğin sağlanabilmesi için başka kişilere program üzerinde belirli yetkiler tanımaktadır.

Arayüzler, kullanıcı arayüzleri, sistem arayüzleri, programlama arayüzleri gibi farklı alt türlere sahiptir. Bunlardan kullanıcı arayüzlerine ilişkin son 35-40 yıldır, çoğunlukla A.B.D. hukukunda birçok uyumsuzluk ortaya çıkmış ve sağlanacak hukuki korumaya ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur. Özellikle kullanıcı arayüzlerinin edebi olmayan unsurlarının korunup korunmayacağı tartışılmış,

arayüzlerdeki yapı, sıralama ve organizasyonun koruma altına alınması yönünde mahkeme kararlarıyla karşılaşmıştır. Kanımızca, kullanıcı arayüzlerindeki yapı, sıralama ve organizasyonunun otomatik olarak koruma altına alındığını belirtmek hatalı olacaktır. Her programın uyumsuzluk özelinde yapı, sıralama ve organizasyonunun ele alınarak işlevsellik özelliği yerine sahibinin hususiyetini yansıttığı, işlevsellik açısından kolaylık sağlamak yerine özgün bir ifade şekli olduğu ve kullanıcılar açısından alışlagelmiş bir düzen teşkil etmediği saptanması üzerine koruma sağlanmalıdır.

Arayüzlerin diğer alt türleri olan sistem ve programlama arayüzleri ise, kullanıcı arayüzlerine kıyasla daha az uyumsuzluk konusu olmuştur. Bununla birlikte; bu durum, 2010 yılında başlayan, Oracle ve Google arasında görülen ve sürekli farklı mahkeme karar ve değerlendirmeleri ortaya çıkan dava süreciyle değişmiştir. Uygulama programlama arayüzleri, Oracle ve Google arasında görülen davanın konusu olmuştur. Böylelikle uygulama programlama arayüzleri, işlevsellik ve araişlerlik endişeleri ile birlikte tartışmaların odağı haline gelmiştir.

API olarak anılan ve uygulama programlama arayüzü olarak Türkçeye tercüme edilebilecek olan kod parçacıkları, araişlerlik açısından önem arz etmektedir. Farklı bilgisayar programları arasında etkileşim arabirimi gibi faaliyet gösteren API'ler, başka programların veri ve işlevlerini kullanma açısından kolaylık sağlamaktadır. Bilgisayar programcılığı sektöründe günümüze kadar API'lerin telif hakkı koruması şemsiyesi altında olmadığı yönünde bir kanı yerleşmiş ve bu doğrultuda programcılar, farklı programların API'lerini kullanarak araişlerliği sağlamak şeklinde bir alışkanlık geliştirmişlerdir. Bu nedenle; sektör uygulamalarının geleceği ve araişerliğin sağlanabilmesi açısından API'lerin fikri hak koruması altında olup olmaması ve hangi noktada telif hakkı ihlali teşkil ettiği hususu kritik önem taşımaktadır.

Bilgisayar sisteminden beklenen faydanın elde edilebilmesi için sistemin bütünlük olarak tüm fonksiyonlarıyla işlev göstermesi gerekmektedir. Bu husus ise araişerlik olarak adlandırılmaktadır. Araişerlik kapsamında, sistemin donanım, yazılım ve veri unsurları arasında etkileşim ve alışveriş teknik olarak sağlanabilmelidir. Araişerlik için kapalı kaynak kodlu programlara ait belirli bilgi ve spesifikasyonlara başka programcılarının erişim imkânı bulunmalı, aksi takdirde

araişlerliğin teknik olarak sağlanması mümkün olmayacaktır. Araişlerliği sağlamak için üçüncü kişilere, mehz AB Direktifi md.6 ve FSEK md.38/5 düzenlemeleri ile sınırlı serbesti ve yetkiler tanınmıştır. Araişlerlik serbestisi, eser sahibine telif hakkı koruması ile sağlanan hâkimiyet alanında kamu menfaati gözeterek istisnai bir alan yaratmaktadır. Kamu menfaati, bilgisayar sistemlerinin bütünleşik çalışmasını sağlamak, kullanıcıların belirli teknoloji devlerinin ürün zinciri ve sınırlamalarına hapsolmalarını önlemek ve belirli oyuncuların teknolojik üzerinde tekel konumuna gelmesi ile mücadele etme şeklinde tezahür etmektedir. Dolayısıyla bilgi akışının özgürleştirilmesi, tüm kullanıcılardan oluşan kamunun menfaati gözetilmesi, bilgisayar programcılığı açısından rekabetin tesis edilerek tekelleşmenin önlenmesi için araişlerlik serbestisi tanınmalıdır.

Araişlerlik serbestisi açısından kritik gördüğümüz husus, serbestiye ilişkin hukuki düzenlemelerin geniş yorumlanmasıdır. Bu doğrultuda geniş yorum ile araişlerliğin hem bağlantı kurma boyutu hem de ikame edilebilir olma boyutu serbesti kapsamına dâhil edilmelidir. Ayrıca araişlerliğin tüm sistem unsurları arasında sağlanabilmesinin büyük önem taşıdığı gözden kaçırılmamalı ve böylelikle; serbesti, donanım unsurları ile programlar arasındaki araişlerliğin sağlanabilmesine imkân verecek şekilde yorumlanmalıdır. Tüm bunlara ek olarak; FSEK md.38/5 ile düzenlenen araişlerlik serbestisi ile FSEK md.38/2 ve 38/4 fıkralarında düzenlenen serbestilerin kapsam ve amaçlarının farklı olduğu hususunun altı çizilmelidir.

Araişlerlik ve uygulama programlama arayüzlerine ilişkin hukuki yaklaşımı temelden etkileyebilecek dava süreci ise Oracle ve Google arasında ortaya çıkmıştır. Temyiz mahkemesi tarafından verilen kararların araişlerlik ve API'lerin geleceği açısından olumsuz sonuçları olabilecek, yazılım endüstrisinde rekabetin azalması ve gelişmelerin olumsuz etkilenmesi ile karşılaşılabilir. Bunun yanında, yazılım şirketleri arasında telif hakkı dava zincirlerinin ortaya çıkma ihtimali de bulunmaktadır.

Temyiz mahkemesi kararları ile Google aleyhine bir yaklaşım sergilenmesinin temelinde, kanımızca, Google'ın akıllı telefon pazarında kurduğu hâkimiyet ve rekabeti önleyen uygulamaları yatmaktadır. Bununla birlikte; Google'ı cezalandırmak için araişlerlik serbestisi ve uygulama programlama arayüzlerine ilişkin sektörel

uygulama alışkanlıklarının feda edilmesi hatalıdır. Google'ın akıllı telefon pazarında kurduğu hâkimiyet sonucu rekabetin önleyen uygulama ve eylemleri rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmeli ve fikri mülkiyet hukukunda kamu menfaati gözeten ilke ve serbestilerin işlevini yitirmesinin önüne geçilmelidir.

Google'ın akıllı telefon pazarında kurduğu hâkimiyetin fikri mülkiyet hukuku açısından incelenmesi neticesinde, sistematik bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Bu sistematik yaklaşımın bilgisayar programcılığı açısından önemli bir parçası ise özgür ve açık kaynak modelinin Google açısından akıllı telefon pazarında yarattığı kaldıraç etkisidir. Telefon cihaz ve program üretiminde yerleşik birçok firma varken ve Google'ın bu alanda herhangi bir birikimi ve girişimi bulunmazken rekabete girip pazarın hâkimi duruma gelmesinde, özgür ve açık kaynak modeli önemli bir rol oynamaktadır. Aynı etkinin, bilgisayar programcılığı alanında rekabet gücü düşük olan ülkemiz açısından da görülmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle özgür ve açık kaynak modelinin ülkemizde detaylı bir şekilde ele alınıp yaygın bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

Özgür ve açık kaynak modelinde, kapalı kaynak modelindeki programların kapalılık ve gizlilik ilkelerinin yerine, kaynak kodları herkesin erişimine açık şekilde tutulmakta, kodların özgürce değiştirilip geliştirilmesine imkân tanınmaktadır. Böylelikle kolektif çalışma ve çoklu katılım ile daha nitelikli, daha esnek ve daha güvenli programlar daha düşük maliyet, daha kısa zaman ve daha az çabayla vücuda getirilebilmektedir. Özgür ve açık kaynak modeli sağladığı avantajların yanında, hukuk düzeni açısından farklı ve sıra dışı niteliğe sahiptir. Bu nedenle hukuki anlamda belirsizlik ve tartışmaya açık yönleri de barındırmaktadır. Bu hususların en başında, özgür ve açık kaynak modeline özgü, hukuki olmaktan çok sosyal normlar oluşturma amacı güden lisans metinleri gelmektedir. Lisans metinlerinin bağlayıcılığı, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilememesi, koşullara aykırılığın sözleşmeye aykırılık ve telif haklarını ihlal teşkil edip etmediği, eser sahibinin tespiti ve eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanılabilmesi, tazminat talebinin mümkün olup olmadığı gibi hususların netliğe kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususlar, özgür ve açık kaynak modelinin uygulanmasını engellemese de, çözüm için salt doktrinsel değerlendirmeler yeterli olmayacaktır. Bu

nedenle modelin işlemlerine zemin sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Özgür ve açık kaynak modelinin Türkiye’de sistematik ve geniş çaplı kullanımı halinde, bilgisayar programcılığı alanında rekabetçi bir konuma erişilmesinin mümkün olduğu görüşündeyiz. Bu doğrultuda, ek TÜBİTAK projeleri, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğine yapılacak ek düzenlemeler ile modelin desteklenmesi gerekmektedir. Bunların yanında kanun ile yetki tanınmış açık kaynak girişimlerinin oluşturulması, bu girişimler eliyle programlar üzerindeki hakların yönetilmesi, programların ticarileştirilmesi, özgün Türkçe ve Türk hukukuna uygun lisans metinlerinin oluşturulması gerekecektir. Orta ve uzun vadeli programcılık stratejilerinin belirlenmesi, mobil cihazlar ve bilgisayarlar için yerli işletim sistemi programlarının oluşturulması da, Türkiye açısından önemli atılımlar olacaktır.

GİRİŞ

1. Bilgi Ekonomisi ve Bilgi Toplumu

Dünya ekonomisi, ağır endüstriyel üretim dönemi sonrasında, rotasını bankacılık ve sigortacılık gibi finansal hizmet sektörlerine çevirmiş ancak 30-40 yıllık bu dönemin ardından yeni ekonomik değer ve güç, ‘bilgi ekonomisi’ olarak karşımıza çıkmıştır. Bilgi ekonomisi, kendinden önceki dönemlerin ekonomik değerleri olan, endüstriyel üretim ve finansal hizmetleri ortadan kaldırmamış ancak bu değerlerin kendi içerisinde bilgi teknolojileriyle birlikte dönüşüm geçirmesini sağlamıştır. Endüstri devriminin ilk halkasında buhar gücünün, ikinci halkasında elektrik gücünün, üçüncü halkasında bilgisayarlar ve internetin üretime katılmasının arkasından, ‘Endüstri 4.0’ olarak da adlandırılan dördüncü halkada, otonom makineler, bulut teknoloji, nesnelerin interneti ve büyük verinin üretime dâhil olması ile insanlık, yeni bir dönüm noktasından geçmektedir. Bilgi ve bilgi teknolojileri, endüstride ekonomik değer yaratmak amacıyla kullanılmaya başlanmış ve alınıp satılabilen bir meta haline gelmiştir. Bilgi, entelektüel bir gelişmeden çok ekonomik bir gerçeklik kapsamında önem kazanmış, iletişim ve bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler bilgi akışının hızlanmasını sağlamıştır. Bilgi akışının ve bilgi teknolojilerinin değişmesi ile ilk olarak eski usul endüstriyel iş ve sektörler dönüşüme uğramış ve daha sonra yeni nesil iş, sektör ve ürünler ortaya çıkmıştır¹.

¹ Yenal Ünal, “Bilgi Toplununun Tarihçesi”, **Tarih Okulu**, S.5, 2009, 123-144, s.131-132.

Bilgi, sadece üretim ve hayatta kalmak için değil aynı zamanda hayatın anlamlandırılması ve geliştirilmesi için de kullanılmaktadır². Dolayısıyla endüstriye bilgi teknolojilerinin dâhil olması ile yaşanan gelişim, sadece üretim ve tüketimi değil insan ilişkilerini, toplumu ve hukuku da etkilemekte ve değiştirmektedir. Böylece bilgi ekonomisi sosyal anlamda ‘bilgi toplumunun’ oluşmasına yol açmıştır. Bilgi ekonomisi ve bilgi toplumunda, beklenenin aksine, bilginin kendisi doğrudan temel değeri teşkil etmemiştir. Esaslı değerin bilgiye sahip veya bilgili olmak değil, bilginin akışına ve kontrolüne sahip olmak ile bilginin kullanım yöntemleri olduğu görülmektedir³.

Günümüzde, bilgi toplumunun parçası olan bireyler, önceki toplum ve topluluklara mensup bireylerle karşılaştırıldığında ezici ölçüde gelişmiş ve bilgili değillerdir ancak bilgi akış ağına ve dolayısıyla bilgiye erişimleri çok daha kolaydır. Bireylerin önceki dönemlere kıyasen üstün olduğu nokta, iletişim teknolojilerine sahip olmaları ve tüm diğer bireylerin de içerisinde bulunduğu büyük bir iletişim ağının parçası olmalarıdır. Bu sebeple ‘bilgi toplumu’ yerine ‘ağ toplumu’ ifadesinin anlamı aktarabilmek adına daha isabetli bir kullanım olacağı ifade edilmektedir⁴.

Bilginin kitlesel, toplumsal ve ekonomik anlamda önem kazanabilmesi için aktarılabilir halde olması önem taşımaktadır. Aktarılamayan bilgi, özellikle ekonomik açıdan değer taşımamaktadır. Bu sebeple bilginin iletişim ağına dâhil edilmesi ve ağ toplumuna mensup bireylerin bu bilgiye erişebilir hale getirilmesi gerekmektedir. İletişim ağında bulunan bilgi ve veriler statik bir şekilde durmamakta, kullanılması ile yeni veri ve bilgiler elde edilmekte ve bu edinilen veri ve bilgiler tekrar iletişim ağına eklenmektedir. Böylelikle iletişim ağı içerisinde yer alan mevcut veri ve bilginin kullanılması da, üretime hizmet etmektedir. Bu noktada, bilginin elde edilmesi ve üretilmesi açısından önem taşıyan verinin ele alınması ve açıklanması gerekmektedir.

² Bülent Yılmaz, “Bilgi Toplumu: Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, C.15, S.1, 147-158, s.150.

³ Andrew Murray, **Information Technology Law**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013, s.3-4.

⁴ Emre Bayamlıoğlu, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma** (Teknolojik Koruma), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s.21.

2. Verinin Önemi

Günümüzde veri, hiçbir zaman olmadığı kadar önemli bir değer haline gelmiştir. Bunun sebebi ise, verinin artık önemli bir finansal varlığa dönüşmesidir. Verinin günümüzdeki değerine ulaşmasına yönelik yolculuğuna ilişkin öncü örneklerden biri Almanya’da görülmüştür. 1983 yılında yapılan sayımda, devlet memurları sadece nüfus sayımı ile değil aynı zamanda vatandaşlar hakkında veri toplamakla görevlendirilmişlerdir. Diğer bilgilerin yanında bireylerin dini inançları ve işleri ile bilgiler de toplanması üzerine, yapılan şikâyetler ve başvurular sonucunda; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, verilerin toplanması, kullanılması ve aktarımının bireylerin kişilik haklarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁵. Bu olay, kişisel verilerin işlenmesi ve bunlardan elde edilecek sonuçların hassasiyeti ve önemini vurgulamaktadır. Ancak veri, sadece kişisel verilerden ibaret olmayıp çok daha büyük ve önemli bir üst kümedir.

Bilgiye ulaşabilmek için verilere ihtiyaç duyulmasından dolayı veri önemli bir konumdadır. Veri, esasında, objektif niteliğe sahip ancak genellikle tek başına anlam sağlamayan ham olgu ve detaylardır. Bu detay ve olguların yani verilerin, işlenmesi, organize edilmesi, anlamlandırılması ile bilgiye erişilebilmektedir. Verilerin işlenmesiyle bilgiye ulaşılmakta ancak işleme esnasında objektif gerçekliğe sahip veriler yerini sübjektif niteliğe sahip bilgilere bırakmaktadır. Sosyal, siyasal ve ekonomik koşullara göre veriler anlamlandırıldığı için bilgi de yine bu koşullara göre şekillenebilmekte ve somut gerçeklikten ayrılmaktadır⁶.

‘Endüstri 4.0’ kavramı, 2011 yılında, Almanya’da dünya çapında yaşanan ekonomik krizin olumsuz etkilerinden korunmak ve farklı koşullar altında uzun süreli ekonomik büyümeyi temin edebilmek için ortaya atılmış ve en basit anlamıyla endüstrinin, mevcut tüm ileri düzey teknolojinin endüstride kullanılarak dijitalleştirilmesine karşılık gelmektedir. Endüstri 4.0 ile geleneksel üretim süreçleri yerine fiziksel dünyadan dijital dünyaya ve dijital dünyadan fiziksel dünyaya veri akışı sağlanmış ve dijital ikizleme, yani fiziksel dünyanın dijital ortamda haritalanması ile

⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı - BVerfGE, T. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83; Thomas J. Farkas, “Data Created by Internet of Things: The New Gold Without Ownership?” *Revista la Propiedad Inmaterial*, C. 23, 5-18, s.5.

⁶ Yılmaz, s.149; Bayamlioğlu, *Teknolojik Koruma*, s.7.

sorunlar daha kolay analiz edilerek endüstriyel gelişim mümkün hale gelmiştir⁷. Bununla birlikte; ürünlerin ve üretim veya dağıtım ağının içinde yer alan birimlerin içine gömülmüş veri toplayıcı bellekler ve bunların işlenmesini, aktarılmasını, depolanmasını sağlayan bilgisayar programları üretim, dağıtım ve tüketim ağını gözlemlemeyi mümkün kılmaktadır⁸. Buna örnek olarak endüstriyel üretimde, radyo dalgaları ile ürün kimliği işlevini gören RFID teknolojisi gösterilebilir. Üretim bandındaki ürünlerin üzerine, veri biriktirme ve okuyuculara veri aktarma imkânı tanıyan etiketler sayesinde üretim-dağıtım-tüketim zincirindeki tüm aşamalara ilişkin veri toplanabilmekte ve bu verilerin işlenmesi ile elde edilen bilgiler bu aşamalardaki eksikliklerin saptanması ve giderilmesi ile tüm sürecin geliştirilmesine imkân tanımaktadır⁹.

Bahsedilen teknolojik gelişme ve yeniliklerden görüldüğü üzere; günümüzde veri akışı, sadece insanlar arasında gerçekleşmemekte aynı zamanda nesneler veya makineler arasında da veri akışı sağlanmaktadır. Başka bir deyişle nesnelerin arasında bir çeşit iletişimin gerçekleştiği ve doğrudan nesneler tarafından veri üretildiği görülmektedir. Nesnelerin interneti olarak adlandırılan bu yeni kavramda, ağ toplumuna mensup insanlar arasında olduğu gibi, nesnelerin arasında da büyük bir bilgi ağı bulunmaktadır. Bu ağı bağlı her bir nesne, ağda yer alan diğer nesnelerden veri almakta, yapay zekâ veya önceden yüklenmiş komutlar sayesinde verileri işleyerek bilgi üretmektedir. Bu bilgi ve veriler, insanlar tarafından kullanılabilmekte, dahası insanlar ve nesneler tarafından tek ve büyük bir veri iletim ağı kurulmuş olmaktadır. Tüm bu örnekler, bilgi toplumu ve bilgi ekonomisini bir arada tutan unsurun, veri ve verilerin iletimi olduğunu göstermekte ve verinin günümüz dünyasındaki önemini vurgulamaktadır.

Her ne kadar veri, bilgi toplumu ve bilgi ekonomisine bağlı yeni bir olgu olarak ortaya çıkmamış ve günümüzden önceki dönemlerde de yer almışsa da; verinin eskiye kıyasla günümüzde çok daha önemli bir konuma gelmesinin sebebi, onun dijital hale dönüştürülmesidir. Dijital ortama aktarılabilen veri, büyük hacimlerde olmasına

⁷ Diana Popescu, Catalin Amza, “Additive Manufacturing Automation for Industry 4.0”, **Research and Science Today**, C.13, S.2, 2017, 50-57, s.51.

⁸ Dejan Ilic, Branko Markovic, Dragan Milosevic, “Strategic Business Transformation: An Industry 4.0 Perspective”, **International Journal of Economics and Law**, 7 (20), 2017, 49-59, s.49-50.

⁹ Ela Sibel Bayrak Meydanoğlu, “RFID Sistemleri ve Veri Güvenliği”, **Bilişim Teknolojileri Dergisi**, C.1, S.3, 2008, 33-42, s.34.

rağmen daha kolay kaydedilebilmekte, aktarılabilmekte ve daha da önemlisi otomatik olarak işlenebilmektedir.

3. Dijitalleşme

Verinin aktarılması, yayılması ve doğrulanması, bilgi ekonomisi ve bilgi toplumu öncesi dönemlerde, ancak fiziki koşulların elvermesi halinde mümkünken, günümüz teknolojisi fiziki yetersizlikleri aşabilmeye imkân tanımaktadır. Nesne ve cisimlerin tükenmesi ve tüketimlerinin rekabetçi olması, fiziki dünyaya ait bir problem olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin bilginin aktarılması için kullandığımız kitaplar, fiziki dünyada aynı anda birden fazla yerde bulunamaz ve aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılamaz, böylelikle cisimlerin tüketiminin rekabetçi özellik göstermektedir. Cisimlerin tüketiminin rekabetçi özellik göstermesi bilginin aktarılması önünde engel oluşturmaktadır. Günümüzde ise elektronik kaynak ve kitapların kullanılması ile aynı anda, farklı yerlerden, farklı kişiler bilgiye erişebilmektedir. Dolayısıyla teknolojinin kullanılması bilginin aktarılması, yayılması ve doğrulanması önündeki fiziki engelleri, önemli ölçüde kaldırmakta veya engellerin aşılmasını kolaylaştırmaktadır¹⁰.

Teknolojinin veri akışını kolaylaştırması, verinin ve dolayısıyla bilginin dijitalleştirilmesi sayesinde gerçekleştirilmektedir. Dijitalleşme ile fiziki dünyadaki atomların yerine artık dijital dünyadaki ‘bit’¹¹ geçmiştir. Veri, dijital dönüşüm ile bilgisayar ve elektronik cihazlarda ‘bit’ler ile ifade edilmeye başlanmıştır. Dijital ortamda kullanılan, 0 ya da 1’den ibaret olan ve ikili yapıda ifade edilen tek bir sayıya¹² ‘bit’ denilmekte ve bu terim, dijital dünyanın en küçük temel yapıtaşını ifade etmektedir. Bu özelliğinden dolayı bit, fiziki dünyanın en küçük temel yapıtaşı olan atomlara benzetilmektedir. Dijital dünyada bitlerden oluşan bir dil ile veri aktarılmakta, donanımlarda bulunan mikro veya merkezi işlemcilerin¹³ bit ile ifade

¹⁰ François Lévêque, Yann Ménière, “Copyright versus Patents: the Open Source Software Legal Battle”, **Review for Economic Research on Copyright Issues**, C.4, S.17, 2007, 21-46, s.28; Murray, s.11.

¹¹ İngilizcede “binary digit”ın kısaltılması olarak kullanılmaktadır.

¹² ‘bit’in 4’lü yapısına ‘nibble’ ve 8’li yapısına ‘octet’ veya ‘byte’ (Türkçe: bayt) denilmektedir.

¹³ CPU – Central Processing Unit

edilen dili okuyarak önceden oluşturulmuş komutları yerine getirmesi, elektronik ortamda istediğimiz sonuçları elde etmemizi sağlamaktadır¹⁴.

Dijitalleşme için temel gereksinim, fiziki dünyamızdaki unsurların makine diliyle anlaşılabilir, okunabilir ve işlenebilir hale dönüştürülmesidir. Günümüzde kullanılan dijital dönüşüm ifadesi, temel mantığını, aslında dönüşümü yapılacak şeyin makine diline aktarılmasından almaktadır¹⁵. *Bit* ile ifade edilen bilgi, metinler ve semboller ile başlamış olmasına rağmen bunlarla kısıtlı kalmamış ve zaman içinde çok daha farklı nitelikteki bilgi de makine dilinde ifade edilmeye başlanmıştır¹⁶. Yazı ve sembollere ek olarak, sesler, görüntüler ve elektrik akımları da dijitalleştirilmiştir. Dolayısıyla *bit* haline dönüştürülebilen veya başka bir deyişle makine dili ile ifade edilebilen her şeyin dijitalleştirilebileceğini ifade etmek mümkündür¹⁷.

Dijitalleşme ile bilgi daha kolay ve ucuz şekilde depolanmakta, aktarılmakta, çoğaltılmakta ve fiziki engellerin çoğunun aşılması sağlanmaktadır. Bununla birlikte dijitalleşme alışmış olduğumuz temel ekonomik denklemi bozmakta, birçok ara işlem ve aracıyı ortadan kaldırmaktadır. Örneğin müzik endüstrisindeki eserlerin, plak, kaset, CD, MD gibi maddi cisimler üzerine kaydedilmesi, bunların kutulanıp ambalajlanması, farklı ülke ve şehirlere dağıtılması, müzik mağazalarında fiziki olarak satışa sunulmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Dijital müzik ile tüm bu ara işlemler ve bu işlemleri ekonomik faaliyet olarak yürüten kişi ve kurumlar ortadan kalkmaktadır. Bunlara ek olarak dijital ortamda kopyalama, kaydetme ve çoğaltma çok kolay ve masrafsız gerçekleştirilebilmektedir. Dijital dünyadaki tüm bu çıktıların fiziki dünya üzerinde önemli etkileri olmakta ve fiziki dünyayı da değiştirip dönüştürmektedir. Bu

¹⁴ Murray, s.5 vd.

¹⁵ Örneğin yazı dilinin, *bit* haline dönüştürülmesi ile bilgisayarlardaki metin yazma uygulama programları kullanılabilen, bunun haricinde metin yazarken kullanılan ancak harf ile ifade edilmeyen noktalama işaretleri gibi karakterlerin makine diline aktarılması gerekmektedir. Bu gibi hususlara ilişkin dönüşüm metotları ve genel kabul gören tablolar, örneğin harf haricindeki karakterlerin dönüşümü için ASCII (American Standard Code for Information Exchange) adlı temel dönüşüm tablosu, kullanılmaktadır. ASCII formatında oluşturulan metinlere örnek olarak Notepad adlı uygulama programındaki metinler gösterilebilir. Bkz. ASCII, ASCII Table and Description, <http://www.asciitable.com/> (24.03.2019).

¹⁶ Müziğin makine diline çevrilmesi ya da dijitalleşmesi, ses dalgalarından alınan örneklerin sayısal değerle, yani bit ile ifade edilmesi sayesinde mümkün olmuştur. Fotoğrafların dijitalleşmesi ise; tüm renk tonlarına ayrı ayrı önceden belirli sayısal değer verilmesi ve daha sonra bu sayısal değerlerin yansıtılarak/türetilerek gösterilmesi ile gerçekleştirilmiştir. Videolar ise yukarı bahsetmiş olduğumuz iki türün bir araya getirilmesi ile dijitalleştirilmiştir.

¹⁷ Murray, s.7.

sebeple dijital dönüşüm, aynı zamanda ekonomik hayatı, sosyal hayatı ve hatta siyasal hayatı dönüşüme uğratmaktadır.

4. Veri – Donanım – Yazılım Üçlüsü

Bilgi toplumu ve bilgi ekonomisinde verinin önemli bir yere sahip olduğu yukarıda ele alındı ancak veri, tek başına sahip olduğu konuma ulaşamazdı. Verinin saklanması, aktarılması, yayılması, işlenmesi, teyit edilmesi ve değiştirilebilmesi için aynı zamanda teknolojik araç ve gereçlerin kullanılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Böylelikle; karşımıza, donanım¹⁸ ve yazılım¹⁹ çıkmakta; verinin işlenmesi için bilgisayarlara (donanıma), bilgisayarların işlevlerini yerine getirebilmesi için yazılımlara ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Sonuç olarak; bilgi çağında, dijital dünyanın veri-donanım-yazılım olarak üç sacayağı üzerine oturduğunu saptamak gerekmektedir²⁰.

Donanım, bilgisayar ve elektronik cihazların fiziki elementlerinin tamamını ifade etmektedir²¹. Yazılım ise donanım ile bağlantılı olarak donanımın çalışmasını ve işlev göstermesini sağlamaktadır. Donanımlar, dijital dünyanın fiziki ayağını oluştururken yazılımlar ise, fiziki dünyadan dijital dünyaya geçişi sağlamaktadır.

Yazılım, bilgi çağı açısından stratejik önemde bir veri işleme aracı olmanın yanı sıra, gittikçe değerlenen bir metadır. 1984 yılında yazılımlar, çoğunlukla donanımlarla birlikte satışa sunulmaktayken toplam satış rakamı 81 milyar USD civarındadır. 1988 yılında, yazılımların donanımlardan bağımsız, tek başına satış hacminin toplam 40

¹⁸ Hardware.

¹⁹ Software.

²⁰ Donanım ve yazılım haricinde İngilizce “firmware” olarak adlandırılan başka bir ara unsurun olduğu da ileri sürülmektedir. “Firmware”, donanımların üzerinde kayıtlı bulunan, donanımın basit fonksiyonları yerine getirmesini sağlayan, “software”e kıyasla nispeten daha basit ve donanım üzerinde kalıcı yazılımı ifade etmektedir. (SR University Department of Computer Science, Introduction to Computers: Hardware and Software, http://cs.sru.edu/~mullins/cpsc100book/module02_introduction/module02-03_introduction.html, (25.03.2019)).

“Firmware”, bilgisayar içindeki entegre devrelere, silikon çiplere bağlı, kalıcı olarak yüklenmiş bilgisayar programlarını ifade etmektedir. David Bainbridge, **Introduction to Information Technology Law** (IT Law), 6. Baskı, Harlow, 2008, s.xxii).

“Firmware” olarak adlandırılan unsurun, bir çeşit yazılım olması sebebiyle tarafımızca “yazılım” başlığı altında değerlendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

²¹ Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii.

milyar USD'ye çıkması büyük bir satış patlaması olarak görülmüş²² ancak 2018 yılında firmaların sadece kendi ihtiyaçları için satın aldıkları yazılımların toplam tutarının 397 milyar USD olması²³, 1988 yılındaki görüşün aceleci bir sonuç çıkarma olduğunu ortaya koymaktadır. Bu verilerden hareketle yazılımın gittikçe artan ticari değerinin görmezden gelinemeyeceği açıktır.

Yazılımın avantajının ticari değerinin yüksek olmasıyken, meydana getirilmesinin zahmetli, masraf gerektiren ve uzun bir süreç olması ise dezavantajı olarak ortaya çıkmaktadır. Yazılımlar, genellikle sistem analistleri ve programcılardan oluşan kalabalık ekiplerin ortak çalışması olarak meydana getirilmektedir.

Belirli bir sorunun çözülmesi veya fonksiyonun gösterilmesi için bir programı yazma kararı alan yazılım geliştirme ekibinin öncelikle ciddi bir ön araştırma yapma ihtiyacı olacaktır. Bu kapsamda ekibin, mevcut yöntemleri incelemesi, fonksiyonel ve operasyonel gereklilikleri belirlemesi, yazılacak program ile diğer program ve veri tabanları arasındaki ara işlerliğin nasıl sağlanacağını tespit etmesi gerekmektedir. Bu aşamadan sonra, program spesifikasyonları yazılacak, program akış şemaları oluşturulacak, programın alt unsurları olan modüllerin arasındaki ilişki düzeni belirlenecek ve işlem dizini çıkartılacaktır. Akabinde; ekran görünümleri tasarlanacak, kullanıcı arayüzleri oluşturulacak, program tarafından kullanılacak veri dosyaları meydana getirilecek veya veri tabanları ile bağlantılı kurulacaktır. Tüm bu işlemlerin ilgili firma veya kurum içinde kendi kaynakları ile yapılması için yeni çalışanların işe alınması veya mevcut çalışanların başka projelerdeki işlerini bırakıp yazılım geliştirme işine tahsis edilmesi gerekecektir. Bunun yerine dış kaynak hizmet alımı tercih edilmesi durumunda yüksek ücretlerin ödenmesi veya rakip firmaların kullandıklarından üstün olmayan yazılımlara razı olunması gerekecektir²⁴.

Yazılımların meydana getirilmesinin masraflı, zahmetli ve uzun bir süreç olmasına rağmen kopyalanması ise nispeten çok kolay bir şekilde

²² Bruce Perelman, "Proving Copyright Infringement of Computer Software: An Analytical Framework", **Loyola of Los Angeles Law Review**, C.18, 1985, 919-948, s.919.

²³ Statista – The Statistics Portal, "Information Technology (IT) Spending on Enterprise Software Worldwide, from 2009 to 2020 (in Billion U.S. Dollars)", <https://www.statista.com/statistics/203428/total-enterprise-software-revenue-forecast/> (25.03.2019).

²⁴ David Bainbridge, **Software Licensing (Software)**, 2. Baskı, Herts, CLT Professional Publishing Ltd, 1999, s.6 vd.

gerçekleştirilebilmektedir. Korsanlık olarak da nitelendirilebilecek olan kopyalama, aslında bilgisayar ve yazılımın kullanılmasından çok daha önce ortaya çıkmıştır. Teknolojik korsanlık, bilgisayar korsanlığından (“*hacking*”) önce, 1930’lardan sonra radyo frekanslarına müdahale ve 1950’lerden sonra telefon şebekesine girme veya hatlara müdahale olarak açıklanabilecek “*phreaking*”²⁵ den temellerini almaktadır. 1963 yılında telefon şebekelerine sızmak için kullanılan cihazların satışa sunulmasıyla gittikçe popüler olan akım, 1970’lerde bir karşı kültüre dönüşmüştür. Artık *phreaking* korsanları, telefon şebekelerine sızarak bu ağlar üzerinde toplantılar düzenlemekteydi. MIT öğrencilerinin *phreaking* benzeri tekniklerle bilgisayar sistemlerine sızmaları ise uzun sürmedi. Bahsedilen bu sızmalar (*hacking*), eğlence veya kötü niyet güdülerek değil, teknolojiye erişim özgürlüğünün herkese sağlanması hedeflenerek, teknolojiye erişim sonucunda bilginin paylaşılmasının teknik ve hatta sosyal ilerleme için esas olduğunu öne sürerek gerçekleştirilmiştir. Bu gelişmeler esnasında, günümüzde silikon vadisi olarak anılan bölge ve oluşumun temellerinin atıldığı, *phreaking* ve *hacking* meraklılarının bir araya geldiği “*Homebrew Computer Club*” kurulmuştur. Üyeleri arasında Steve Wozniak ve Steve Jobs’ın olduğu²⁶ kulüpte, yazılım ve donanım tasarımı kopyaları, herhangi bir bedel ödemedi üyeler tarafından alınıp sahiplenilebilmekteydi. Kulübün bu konudaki tek kuralı, her zaman alınandan daha fazlasının meydana getirilip üyelerle paylaşılmasıydı²⁷.

Dönemin meşhur bilgisayarı Altair’in Palo Alto’da bir otelde, üreticisi MITS tarafından tanıtımı sırasında, Altair içerisinde kullanılan “*Altair BASIC*” yazılımının kağıt şerit kodu halindeki bir kopyası, Homebrew üyelerinin biri tarafından elde edilmiştir. Diğer Homebrew yazılımlarında olduğu gibi bu yazılımın kopyaları da grup

²⁵ “Phreak” terimi, İngilizcede uçuk, çılgın ve garip anlamlarına gelen “freak” kelimesinin başına telefonun (phone) baş harflerinin eklenmesi suretiyle yapılan bir kelime oyunu ile oluşturulmuştur. Terim ilk defa Ron Rosenbaum tarafından kullanılmıştır. (Ron Rosenbaum, *Secrets of the Little Blue Box*, **Esquire**, Ekim 1971, <http://www.historyofphonephreaking.org/docs/rosenbaum1971.pdf>, 26.03.2019)

²⁶ Steve Wozniak ve Steve Jobs’ın bu kulüpte bir araya gelerek ilk önce telefon şebekesine sızmaya yarayan Blue Box adlı ürünü meydana getirip ticari olarak satışa başladıkları ve bu ürün üzerinde Steve Wozniak’ın çalışarak ilk Apple bilgisayarı meydana getirdiği ve Steve Jobs ile ortak olarak Apple’ı kurdukları bilinmektedir (Adrian Johns, **Piracy: The Intellectual Property Wars From Gutenberg to Gates**, Chicago, 2009, The University of Chicago Press, s.480.

²⁷ Johns, s.479 vd; Gabriella Coleman, “Phreaks, Hackers and Trolls”, **The Social Media Reader**, (Editör: Michael Mandiberg), New York, New York University Press, 2012, s.8 vd.; Kevin Vilbig, “Hack All the History! Hackers 1959-1991”, **Portland State University Honors Theses**, C.19, 2013, 1-44, s.19 vd.

içerisinde serbestçe paylaşılmıştır, ancak bu kez farklı olan durum, yazılımın grup üyeleri haricinde meydana getirilmiş olması ve kapalı kaynak modeline tabi tutulmasıdır. Bu kopyalamaya ek olarak; *BASIC* yazılımı, Altair bilgisayarının üreticisi MITS tarafından gelir paylaşımına konu edinmek üzere Albuquerque’de kurulmuş Micro-soft²⁸ adlı küçük bir şirketten alınmıştır. O dönemlerde iş geliştirme fırsatı için Harvard’dan ayrılan Bill Gates’i yazılımdan elde ettiği düşük gelir payı hüsrana uğratmıştır. Durumu araştıran Gates, MITS’in her 10 Altair bilgisayar için sadece bir adet yazılım kopyası satışı göstermesinin ve Homebrew’den dağılan bedava kopyaların bu duruma sebep olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine Gates, 1976 yılında bir bildiri yayınlarak, ürettikleri yazılımın belirli kaliteye ulaşabilmesi için 1 yıllık çalışma yürüttüklerini, bu çalışmanın 40.000-USD’yi aşan değeri olduğunu, yazılımın kopyalanmasının haksız bir eylem olduğunu ve hatta bunun “hırsızlık” olarak nitelenmesi gerektiğini, bu eylemlerin devamının bilgisayarlar için kaliteli yazılım üretimini baltalayacağını ve ileride bu tür haksız eylemlere karşı şirketinin her türlü girişimde bulunacağını belirtmiştir²⁹. Bill Gates’in yönettiği eleştirilere katılanlar olsa da, Homebrew üyelerinin bir kısmı, eleştirilere şiddetle karşı çıkarak yazılımların ortak bilgi düzeyini artırmak için paylaşılmasının kamu menfaatine hizmet ettiğini, Gates’in tabirinin aksine, yazılımların kapalı kaynak modeline tabi tutulmasının ahlaki bir hırsızlık olacağını ifade etmişlerdir. Gates’in bildirisi, yazılım dünyasını ortadan ikiye ayırmıştır; bir tarafta bilgiye özgürce erişim felsefesi ile yazılımların kamuya açık tutulması görüşü, diğer tarafta yazılımların kapalı kaynak modeline tabi tutularak kopyalanmasının telif hakları ile engellenmesi savunulmuştur³⁰.

Bill Gates’in yayınladığı bildiriden önceki tarihlerde de yazılımların korunmasına ilişkin tartışmalar olmuş ve farklı fikirler beyan edilmiştir ancak bu bildiri, bir çeşit manifestoya dönüşmüş, bilgisayar programlarının ticari kullanımı ve telif hakları ile korunması yönünde önemli bir dönüm noktası haline gelmiştir. Günümüzde hala özgür veya açık kaynak kodlu yazılımlar ve kapalı kaynak kodlu

²⁸ Şirket, ilk kurulduğunda “microcomputer” ve “software”i bir araya getirmeleri sebebiyle “Micro-soft” adıyla anılmaya başlanmıştır.

²⁹ Bill Gates, An Open Letter to Hobbyists, 03.02.1976, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/14/Bill_Gates_Letter_to_Hobbyists.jpg (26.03.2019).

³⁰ Johns, s.484; Stephen Manes, Paul Andrews, **Gates: How Microsoft's Mogul Reinvented an Industry--and Made Himself the Richest Man in America**, New York, Doubleday, 1992, s.91-96.

yazılımlar arasında felsefi ve pratik anlamda bir çatışma olduğunu belirtmek hatalı olmayacaktır.

5. Çalışmanın Ele Alınması ve Kapsamı

Teknoloji ve hukukun bir arada ele alındığında ilk görülecek husus, öncelikle teknolojik gelişmelerin ortaya çıktığı, teknolojik gelişmelerin sosyal ve ekonomik sonuçlar doğurduğu, sosyal ve ekonomik sonuçların yayılması ve artmasından sonra hukuki değerlendirmelerin ve bu değerlendirmeler sonunda hukuki düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bir çeşit teknoloji-hukuk yaşam döngüsü olarak da nitelenebilecek bu sıralamadan çıkarılacak en önemli sonuç, hukukun her daim teknolojiyi geriden takip etmeye mahkûm olduğudur. Her ne kadar eleştiri izlenimi uyandırsa da, aslında bu durum, olanın dillendirilmesi yani bir tespittir. Hukukun teknolojiyi geriden takip etmesini bir sorun olarak değil doğal bir sonuç olarak görmekteyiz. Hukuki düzenlemelerin ve yaklaşımların belirlenebilmesi için tek başına teknolojik bir aletin, yazılımın veya yöntemin ortaya çıkması yeterli değildir. Bu teknolojik gelişmelerin öncelikle kullanıma girmesi ve daha sonra sosyal ve ekonomik hayat üzerinde etkilerini göstermesi gerekmektedir. Teknolojik gelişmelerin sosyal ve ekonomik sonuçlarını gösterebilmesi için de yaygınlaşması gerekmektedir. Ortaya çıkan döngünün az veya çok belirli bir zamanı gerektirmesi sebebiyle hukuki düzenlemeler ancak bu belirli zaman diliminden sonra yürürlüğe konmaktadır. Teknoloji-hukuk döngüsü, hukuki düzenlemelerin ortaya çıkması ile sonlanmamakta, hukuki düzenlemelere yönelik yeni teknolojik alternatiflerin geliştirilmesi veya teknoloji bağlantılı davranışların çıkması ile mevcut hukuki düzenlemelerin uygulanma imkânı ortadan kalkabilmekte ve böylelikle yeni veya ek düzenlemelere ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Buradan hareketle, teknoloji ile bağlantılı hukuki konular ele alınırken teknolojinin kendisine ve detaylarına yer vermekten kaçınılmaması gerekmektedir. Çalışmamız esnasında, konunun daha iyi ele alınabilmesi ve aktarılabilmesi için mümkün oldukça teknolojik detaylara, teknolojik gelişmelerin arka planına ve nasıl ortaya çıktığına ilişkin bilgilere yer verilecektir.

Çalışmamızın konusu teknolojik gelişmelerin ilk önce A.B.D.’de ortaya çıkması, yazılım endüstrisinin hâkimi ve belirleyicisi olan şirket, kuruluş ve girişimlerin yine A.B.D.’de bulunması, konuya ilişkin mihenk taşı sayılabilecek uyuşmazlıkların yine A.B.D. mahkemelerinde karara bağlanmış olması sebebiyle çalışmamızda kaçınılmaz

olarak birçok A.B.D. mahkeme kararı ele alınacak, bu ülkede yaşanmış olan gelişmeler aktarılacaktır. A.B.D.’den sonra özellikle mahkeme kararları ile yazılım alanındaki gelişmelere yön veren bir başka ülke Birleşik Krallık olmuştur. Aynı doğrultuda Birleşik Krallık mahkemeleri tarafından verilen kararlar değerlendirilecek ve hukuki gelişmelere yer verilecektir. Bu iki öncü ülkedeki gelişmeler doğrultusunda konum alan ve düzenleyici faaliyetlere ağırlık veren Avrupa Birliği hukukunun da, ülkemizin uyum çabaları göz önüne alındığında, çalışmamız kapsamında dikkate alınması gerekmektedir. Tüm bunların yanında, ülkemizin teknolojik gelişmeleri genellikle çok geriden takip etmesi sebebiyle herhangi bir belirleyici veya yön verici niteliğinin bulunmadığını üzümlere not etmemiz gerekmektedir. Bu sebeple ülkemizdeki gelişmeleri tespit edebildiğimiz ölçüde ele almayı gayret edeceğimizi belirtmekle birlikte, saydıklarımıza kıyasla ülkemizdeki gelişmelerin çalışmamızda daha az yer bulacağını not etme ihtiyacı duyuyoruz.

Ülkemiz, bilgisayar sisteminin önemli sacayağı yazılım konusunda, özellikle A.B.D. ve diğer saydığımız ülkeleri teknoloji olarak geriden takip ettiği gibi, fikri mülkiyet hukukunun da sayılan ülkelerin öncülüğüne ilişkin bu statükoyu devam ettirme konusunda rol oynadığını ifade etmek gerekmektedir. Fikri mülkiyet eser sahiplerini korumak gibi değerli bir işlev görmekle birlikte, kanaatimizce gelişmiş ülkelerin geliştirmekte olan ülkeler üstünde kültürel ve teknik olarak egemenlik kurmasının bir aracı olduğunu söylemekte tereddüt bulunmamaktadır. Geliştirmekte olan ülkelere yabancı yatırım motivasyonu sağlanarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin yasaların kabul ettirilmesi yöntemi benimsenmektedir. Buna verilebilecek en iyi örneklerden bir tanesi Hindistan’dır; bilgisayar programlarına telif hakkı sağlanması karşılığında Hindistan yazılım geliştirme konusunda önemli bir merkez haline gelmiştir³¹. Bununla birlikte; gelişmiş ülkeler, fikri mülkiyet hukuku kapsamındaki kural ve haklar vasıtasıyla az gelişmiş veya geliştirmekte olan ülkelere düzenli olarak gelir elde edebilmekte ve hatta biraz daha cesur bir tabirle bunun gelişmiş ülkelerin sömürü yöntemlerinden biri olduğu dahi söylenebilecektir. Bu duruma ilişkin

³¹ Fülüray Yusufoglu, **Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması** (“Bilgisayar Programı”), (Danışman: Prof. Dr. Hamdi Yasaman), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s.14.

çalışmamız esnasında karşılaştığımız en çarpıcı tabir ‘yasama yoluyla kolonizasyon’³² olmuştur.

Bilgisayar programları açısından teknolojik ilerleme ve gelişmenin sağlanması, aynı zamanda teknolojinin geleceğinin belirli firmaların tekeli altına girmesinin önlenmesi gerekmektedir. Bu noktada; bilgisayar programları üzerinde fikri haklar ile eser sahibine sağlanan korumanın kapsamı ile bilginin yayılması ve kullanılabilmesi arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın temelinde ele alacağımız sorun, bilgisayar programlarına fikri haklar ile sağlanan koruma ile bilginin yayılmasını sağlayarak rekabetin temin edilmesi arasında dengenin sağlanabilmesi olacaktır. Bahsettiğimiz bu dengenin sağlanabilmesi amacıyla araışlerlik serbestisi ile özgür ve açık kaynak kodlu program modelinin yaygınlaştırılması önerilecektir.

6. Çalışmanın Takdimi

Çalışmamız, dört ana bölüme ayrılarak işlenecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde, bilgisayar programlarına ilişkin temel kavramları aktarmaya çalışacağız. Yazılım ve bilgisayar programları terimlerini ele alıp terim farkını ortaya koymaya gayret göstereceğiz. Takiben bilgisayar programlarının teknik olarak hangi aşamalardan geçerek geliştirildiğini aktaracağız. Sonrasında bilgisayar programlarında hangi unsurların yer aldığı ve bilgisayar programlarının başlıca türlerine yer vereceğiz. İlk bölümde, bilgisayar programlarına ilişkin temel bilgilerin ele alınması ile çalışmamızın teknik, tarihsel ve ticari katmanı oluşturulacaktır. Bilgisayar programlarının kaynak kodu, arayüzleri ve spesifikasyonları gibi teknik boyutları anlaşılmadan çalışmamızın temel tartışma konuları olan araışlerlik serbestisi ile özgür ve açık kaynak kodlu programlar üzerinde değerlendirme yapılması mümkün değildir. Ayrıca ticari ve tarihsel düzlemde yaşanan gelişmeler, hukuki açıdan fikir ve görüş ayrılıklarının hangi hususlara dayandığını anlamak için kritik önem taşımaktadır. Bu nedenle, çalışmamızın derinleştirilebilmesi yönünde ön hazırlık yapabilmek için ilk bölümde hem teknik hem ticari hem tarihi açıdan yaşanan gelişmelere ilişkin açıklamalar yapmamız gerekmektedir.

³² Legislative Colonization (Richard M. Stallman, **Free Software, Free Society**, 2. Baskı, Boston, Free Software Foundation, 2010, s.90Stallman, s.90).

Çalışmamızın ikinci bölümünde, bilgisayar programlarına sağlanan hukuki koruma işlenecektir. Öncelikle donanım ve yazılımın birbirinden ayrılması ile ortaya çıkan bilgisayar programlarına sağlanacak hukuki koruma alternatiflerine değineceğiz. Bu kapsamda, patent, *sui generis* ve fikri haklar ile koruma sağlanması yönünde tartışmaları aktaracağız. Akabinde bilgisayar programının eser niteliği ve eser niteliğinin saptanması için gerekli unsurlara yer vereceğiz. Daha sonra yapay zekâ tarafından meydana getirilen bilgisayar programlarının eser niteliğini tartışacağız. Son olarak bilgisayar programlarında işleme esere ilişkin değerlendirmeleri ele alacağız. İkinci bölümde, bilgisayar programlarına ilişkin çalışmamızın hukuki katmanı oluşturulacaktır. Bilgisayar programlarına ilişkin alternatif hukuki koruma yöntemleri, farklı arayışlar sonunda fikri haklar ile koruma sağlanması, fikri haklar ile sağlanan korumanın koşul ve unsurlarının ele alınması, hukuki açıdan araişlerlik serbestisini aktarmak ve değerlendirmek için zaruridir. Bunun yanında; ancak sağlanan korumanın özelliklerini aktardıktan sonra, özgür ve açık kaynak modelinin hangi yönlerden ve nasıl farklılaştığını ortaya koyabilmek mümkün olacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, araişlerlik serbestisi ve uygulama programlama arayüzleri işlenecektir. Araişlerlik serbestisi ve uygulama programlama arayüzlerinin öneminin aktarılabilmesi için öncelikle bilgisayar programının korunan unsurlarını ele alacağız. İkinci alt başlık altında arayüzlerin türlerini ve takiben, kullanıcı programlama arayüzlerine değineceğiz. Çalışmamızın temel noktalarından olan araişlerlik ve araişlerlik serbestisine yine üçüncü bölüm altında genişçe yer vereceğiz. Araişlerlik serbestisi ve kullanıcı programlama arayüzleri açısından geleceği etkileyecek etki alanına sahip Oracle ve Google arasında on yılı aşkın süredir görülen dava sürecini kapsamlı olarak tartışacağız. Davaya ve araişlerlik serbestisine ilişkin genel değerlendirmemizi aktararak üçüncü bölümü tamamlayacağız.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde, özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programı modelleri işlenecektir. Öncelikle kavramsal olarak özgür ve açık kaynak modelleri ele alınacak, kavramların felsefe ve yaklaşımları ortaya konularak temel felsefe anlatılacaktır. Daha sonra; özgür ve açık kaynak modellerinin ortaya çıkışları ve hangi gelişmelerle önem kazandıklarına yer verilecektir. Takiben özgür ve açık kaynak modellerinin en kendine has yönünü oluşturan lisans modeli ve içeriklerini aktaracağız. Lisans modeli ve koşulları da dâhil olmak üzere, özgür ve açık kaynak

modellerinde ortaya çıkan hukuki sorunları tartışacağız. Son olarak ise, Türkiye açısından zgr ve açık kaynak modelini değerlendireceğiz. Özgür ve açık kaynak modelinin Türkiye açısından da bir kaldıraç etkisi yaratabileceği görüşümüzden hareketle çalışmamızın son kısmında şahsi kanaat, görüş ve önerilerimizi dile getirerek dördüncü bölümü tamamlayacağız.



BİRİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1. Yazılım – Bilgisayar Programı Terimleri

Günlük hayatta ve doktrinde “yazılım” ve “bilgisayar programı” terimleri çoğu zaman aynı şeyi ifade etmek için birbirinin yerine kullanılmaktadır. Türkçe haricinde, İngilizce terimler olan “software” ve “computer program” terimlerinin de benzer şekilde birbirlerinin yerine kullanıldıkları görülmektedir. Ancak bu kullanımın hatalı olduğu, “yazılım” ve “bilgisayar programı” kavramlarının aynı anlama gelmediği kanaatindeyiz. Bu sebeple; çalışmamızın devamında terim birliğini sağlayabilmek ve doğru anlamı verebilmek için öncelikle, bu iki terimin ele alınarak tanımlanmasının ve karşılaştırılmasının önem taşıdığını düşünüyoruz.

1.1. Bilgisayar Programı

1976 tarihli A.B.D. Telif Hakları Yasasında, 1980 yılında yapılan değişiklik ile bilgisayar programının, belirli bir sonucun ortaya çıkartılması için bilgisayara doğrudan veya dolaylı olarak verilen komutlar ve ifadeler olduğu düzenlenmiştir³³.

1988 tarihli Birleşik Krallık Telif Hakları Yasasında, bilgisayar programının tanımına bilinçli bir tercih olarak yer verilmemiştir. Bunun sebebi ise, hızla gelişen teknoloji karşısında yasada yapılacak tanımın kısa zamanda güncelliğini ve anlamını yitireceğinin düşünülmesidir. Tanımın yapılmaması halinde, mahkemelere günün

³³ “A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.” (Title 17 of the United States Code - §101 · Definitions).

gereklerini göz önüne alarak neyin bilgisayar programı kapsamına gireceğini belirleme imkânı verildiği belirtilmektedir³⁴.

1996 tarihli WIPO Telif Hakları Sözleşmesinde, 1983 tarihli WCT taslağının aksine bilgisayar programının tanımına yer verilmemiştir. 1983 tarihli taslakta ise bilgisayar programının bilgisayarın veri işleme faaliyeti yürüterek bir sonuç, fonksiyon veya görevi yerine getirmesi için bilgisayar tarafından okunabilir bir dizi komut olduğu ifade edilmiştir³⁵. Birleşik Krallık Telif Hakları Yasasındaki tutuma benzer şekilde esneklik sağlayabilmek için 1996 tarihli WCT’de bilgisayar programı tanımına yer verilmemiştir³⁶.

23 Nisan 2009 tarihli ve 2009/24/EC sayılı Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifinde tam bir bilgisayar programı tanımı yapılmamakla birlikte, Direktif kapsamında donanım üzerinde bulunanlar dâhil tüm formlardaki programların ‘bilgisayar programı’ kabul edileceği ve bu tanımın hazırlık çalışmalarını da kapsayacağı düzenlenmiştir³⁷.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun “Tanımlar” başlıklı 1/b maddesinin (g) bendinde, bilgisayar programının *“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 ettiği belirtilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, WIPO’yu dayanak alarak, 2018 yılında vermiş olduğu kararda bilgisayar programını, *“makinenin okuyabileceği bir ortama yüklendiğinde bilgi işleme kapasitesine sahip böyle bir makinenin belirli bir işlev veya*

³⁴ Bainbridge, **IT Law**, s.34; Bainbridge, **Software**, s.6; Murray, s.215-216; Paul Torremans, **Intellectual Property Law**, 7. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013, s.631.

³⁵ WIPO, Committee of Experts on Legal Protection of Computer Software, Draft Treaty for Computer Software, 1983, https://www.wipo.int/mdocsarchives/LPCS_II_83/LPCS_II_3_E.pdf (22.03.2019), s.3.

³⁶ Cahit Suluk, Raif Karasu, Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s.151.

³⁷ “For the purpose of this Directive, the term ‘computer program’ shall include programs in any form, including those which are incorporated into hardware. This term also includes preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage.”

görevi yerine getirmesini ya da belirli bir sonucu göstermesini sağlayabilme yetisine sahip bir komutlar dizini” olarak tanımlamıştır³⁸.

Doktrinde ‘*bilgisayar programı*’ terimini Bainbridge, bilgisayarların kontrolünü sağlayan veya çalışmasını düzenleyen talimatlar serisi veya dizisi olarak tanımlamakta, programların sürekli olarak bilgisayarda, bilgisayarın sabit disk üzerinde, entegre devrede ya da gerektiğinde bilgisayarın hafızasına yüklenmek üzere optik veya manyetik disk üzerinde depolanabilir durumda olabileceğini belirtmektedir³⁹. Torremans, bilgisayar programının kısaca, bilgisayarda belirli sonuçların ortaya çıkmasını sağlayan bir dizi kodlanmış komut olduğunu ifade etmektedir⁴⁰. Erel, kod yazımı dâhil herhangi bir biçimde ifade edilmiş olan, programın akış şemasını ve hazırlık çalışmalarını da kapsayan ve bilgisayarların fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlayan bir dizi talimat olarak tanımlamaktadır⁴¹. Yusufoglu, bilgisayar programını, belli bir sonuca ulaşabilmek için bilgisayarda kullanılan komutların bütünü olarak ifade etmiştir⁴². Tekinalp ise, herhangi bir şekil, lisan, notasyon veya kodla ifade edilen ve belirli bir işlevi yerine getirmeye yarayan komutlar tanımına yer vermiştir⁴³. Teknik perspektiften ise bilgisayar programının bilgisayar içerisinde bir problemin çözülmesine hizmet eden bağımsız bir kod parçası olarak tanımlandığı görülmektedir⁴⁴. Çalışmamız kapsamında görüşümüzü yansıtan tanıma, yazılım terimi ele alındıktan sonra, aşağıda ayrıca yer verilecektir.

1.2.Yazılım

FSEK, A.B.D. ve Birleşik Krallık telif hakkı yasaları ile AB Direktifi’nde “yazılım” terimi birkaç farklı yerde kullanılmış olmasına rağmen tanımına yer verilmemiş ve bilgisayar programından farklılığına vurgu yapılmamıştır.

³⁸ Yargıtay 11. HD, E. 2017/2053, K. 2018/7795, T. 10.12.2018 (Kazancı).

³⁹ Bainbridge, **IT Law**, s.xxi.

⁴⁰ Torremans, s.631.

⁴¹ Şafak Erel, “Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması” (Bilgisayar Programları), **Prof. Dr. İlhan Öztürk’a Armağan**, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, 1994, 141-164, s.142.

⁴² Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.3.

⁴³ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.118.

⁴⁴ Kökten Ulaş Birant, **Developing New Methodology for Software Projects**, (Danışman: Prof. Dr. Alp Kut), Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, İzmir, s. 2.

Doktrinde “yazılımı” *Bainbridge*, seri üretim olarak veya müşteriye özel olarak üretilen bilgisayar programı, programın içinde yer alan veriler, programın hazırlık aşaması tasarım malzemeleri ve kullanıcı el kitabı gibi bu sayılanlarla ilgili dokümanların oluşturduğu bütün olarak tanımlamaktadır⁴⁵. *Dalyan*, *Bainbridge*’e benzer şekilde yazılımın bilgisayar programını da kapsayan bir üst küme olduğunu, bilgisayar programı yanında bu kümede akış planlarının, yapı programlarının, programı tanımlayan diğer geliştirme dokümantasyonlarının ve programı anlamak için kullanıcıya teslim edilen malzemenin bulunduğunu ifade etmektedir⁴⁶. *Yusufoğlu* da, yazılımın bilgisayar programından daha geniş bir kavram olup, veri tabanları, dosyalar, akış şeması, geliştirme dokümantasyonlarını da kapsadığını belirtmektedir⁴⁷.

Çalışmamızda öne sürdüğümüzün aksine bazı yazarlar ‘yazılım’ ve ‘bilgisayar programı’ arasında ayrım yapmamaktadır. *Murray*, özellikle ‘bilgisayar programı’ (computer program) yerine ‘yazılım’ (software) terimini kullanmayı tercih etmiştir⁴⁸. *Arıkan*, öne sürdüğümüzün tersine bilgisayar programı ve yazılım terimlerinin aynı kavramı ifade ettiğini savunmakta ve bu terimlere, bilgisayarın veri işleme ve istenilen çıktıya ulaşmak için girdi, aritmetiksel, mantıksal, depolama ve çıktı işlemlerini yapmasını sağlayan komutlar bütünü olarak tanım getirmiştir⁴⁹. *Tekinalp*, eserinde ‘yazılım’ terimine yer vermemiş ancak bilgisayar programı terimi yanında parantez içinde ‘software’ terimini kullanmıştır⁵⁰. Buradan hareketle *Tekinalp*’in ‘bilgisayar programı’ ve ‘yazılım’ terimlerine aynı anlamı yüklediği anlaşılmakta ancak bunun bilinçli bir seçim olup olmadığı tarafımızca saptanamamıştır.

Teknik açıdan ele alındığında, yazılım teriminin bilgisayar programı ile ilişkili olduğu ancak yazılımın, bilgisayar programından daha geniş kapsamlı olduğu ifade edilmektedir⁵¹. Yazılım teriminin içerisinde bilgisayar programı yanında tasarım,

⁴⁵ Bainbridge, *IT Law*, s.xxiv.

⁴⁶ Şener Dalyan, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.25.

⁴⁷ Yusufoğlu, *Bilgisayar Programı*, s.3-4.

⁴⁸ Murray, s.213 vd.

⁴⁹ Ayşe Saadet Arıkan, “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.3, 1996, 309-381, s.314.

⁵⁰ Tekinalp, s.117 vd.

⁵¹ Zeki Özen, Sevinç Gülseçen, “Kaynak Kod Benzerliği ve Klon Kod Tespit Araçları”, *Akademik Bilişim’12 - XIV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri*, 2012, 311-318, s.311.

spesifikasyon, hesaplama ve proje yönetim dokümanları ile özellikle kullanım ve bakıma ilişkin kılavuzların yer aldığı belirtilmektedir⁵².

1.3. Terim Farkı

Yukarıda vurgulandığı üzere; ‘yazılım’ ve ‘bilgisayar programı’ terimlerinin eş anlamlı olmadığı kanaatindeyiz. Bilgisayar programı, genel olarak belirli sonuç ve işlemler için bilgisayara verilen doğrudan veya dolaylı komutlar dizisidir. Buna karşılık yazılım, bilgisayar programını kapsamakla birlikte, bilgisayar programından daha geniş bir anlama sahiptir⁵³. Yazılım, bilgisayar programının geliştirilmesiyle oluşturulan mühendislik sürecinin nihai ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari bir bakış açısı ile konu ele alındığında; yazılımın, ana unsurunun bilgisayar programı tarafından oluşturulduğu ancak bilgisayar programının ürünleştirilip kullanıma sunulduğu hali olduğu belirtilebilir. Yazılımın içerisinde bulunan kılavuzlar, hem bilgisayar programının nasıl kullanılacağı gibi son kullanıcılara hitap eden hususları hem de nasıl geliştirileceği, bakımının nasıl yapılacağı gibi geliştirici ve destek ekiplerine hitap eden detayları içermekte ve yazılımın önemli unsurlarından birini teşkil etmektedir.

‘Yazılım’ ve ‘bilgisayar programı’ terimlerinin arasındaki ayrımı yapmak sadece terimlerin isabetli kullanılmasına hizmet etmemektedir. Bu ayrım, bizi aynı zamanda yazılımın içerisinde yer alan diğer bazı etmenlerin de, bilgisayar programının kendisinden müstakil olarak hukuki korumaya sahip olabileceği sonucuna ulaştırmaktadır. Örneğin kullanıcı el kitabı, eser sayılabilecek özellikleri tek başına gösteriyorsa bilgisayar programından ayrı olarak edebiyat eseri formunda telif hakkı korumasından yararlanabilecektir⁵⁴. Bununla birlikte; yukarıda yer verilen FSEK kapsamında yapılan ‘bilgisayar programı’ tanımında açıkça düzenlendiği ve aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, başka bir unsur olan hazırlık çalışmaları da bilgisayar programı ile birlikte koruma altına alınmaktadır.

Çalışmamızın temel amacı, bilgisayar programlarının telif hakkı kapsamında korunması ve kopyalanması sorunu olduğu için kapsam özellikle bu doğrultuda

⁵² Birant, s.2.

⁵³ Suluk, Karasu, Nal, s. 151

⁵⁴ Dalyan, s.82-83; Suluk, Karasu, Nal, s.151.

kısıtlanacak ve yazılım unsurlarının korunması üzerine yoğunlaşılacaktır. Dolayısıyla bu kısımdan itibaren ‘bilgisayar programı’ ve ‘yazılım’ terimleri yukarıda ele alındığı doğrultuda ve anlamda kullanılacaktır.

2. Bilgisayar Programının Geliştirilmesi

Çalışmamız, hukuki değerlendirmelere ilişkin olmakla birlikte, bilgisayar programlarına yönelik hukuki analiz yapabilmek için hukukçuların mutlaka temel teknik bilgilere sahip olmaları gerektiği kanaatindeyiz. Bilgisayar programları ve teknolojinin tüm alanlarında öncelikle teknik gelişmeler ortaya çıkmakta, bu teknik gelişmeler belirli bir takım ekonomik ve sosyal sonuçlara sebep olmaktadır. Teknoloji karşısında hukuk ise ancak en son adımda ortaya çıkan sonuçlara yönelik yaklaşım geliştirebilmektedir. Dolayısıyla bu alanda çalışacak hukukçuların isabetli hukuki değerlendirme yapabilmeleri için asgari düzeyde de olsa, teknik altyapı ve süreci öğrenmeleri gerekmektedir. Bu gerekçelerle işbu bölüm altında bilgisayar programının geliştirilmesi aşamalarına ilişkin temel teknik bilgilere yer verilecektir.

Bilgisayar programı kodlayıp geliştirmenin bir edebi eser yazmaya benzer olduğu belirtilmekle birlikte, genel kanının aksine bilgisayar programı oluşturmak sadece kod yazmaktan ibaret değildir. Bilgisayar programları, program geliştirici kişi veya ekip, hatta ekipler tarafından birbiriyle bağlantılı ve girift aşamalar tamamlanarak vücuda getirilmektedir. Tüm aşamalarda, planlama ve geliştirme çalışmalarını sürdürürken aynı zamanda birçok dokümantasyonun da oluşturulması gerekmektedir. Bilgisayar programları geliştirme için birçok farklı yöntem, yaklaşım ve metot kullanılmaktadır⁵⁵. Çalışmamızın kapsamı ve hukuk alanına ilişkin olması sebebiyle bu modeller ele alınmayacak, sadece genel hatları ile klasik olan geliştirme aşamalarına değinilecektir. Klasik anlamda bilgisayar programı meydana getirmek için izlenen aşamalara, ‘program geliştirme hayat döngüsü’ (PDLC)⁵⁶ adı verilmektedir. Döngü olarak nitelenmesinin sebebi, yeni ihtiyaçlar ve sistemsel

⁵⁵ En klasik yöntem olan şelale metodundan, benzer bir yaklaşıma sahip fıskiye modele, artırımlı modele, spiral modele, günümüzde daha çok tercih edilen çevik (“*agile*”) yazılım geliştirme modeline ve ekstrem programlamaya kadar birçok farklı metot ve model bilgisayar programı geliştirmek için kullanılmaktadır.

⁵⁶ İngilizce “Program Development Life Cycle”. Bir başka kullanımı ise SDLC yani “Software Development Life Cycle” ve tüm sistemlere ilişkin olarak tercih edilen “System Development Life Cycle”dır.

gereklilikler sebebiyle sürekli başa dönerek yeni özellikler eklenmesi veya yeni baştan bir program oluşturulmasıdır. *PDLC*'nin genel olarak altı aşamadan oluştuğu belirtilebilir; bunlar (i) planlama, (ii) tasarım, (iii) kod yazımı, (iv) düzeltmelerin yapılması, (v) işleme geçilmesi ve (vi) dokümantasyondur⁵⁷.

Bilgisayar programları, en basit anlatımıyla, belirli sorunların çözümü için belirli işlemlerin yapılandırılıp sıralanması şeklinde ortaya çıkar. Bu nedenle ilk aşamada, bilgisayar programının çözmek istediği sorun ele alınmalıdır. Bilgisayar programı ile çözülmek istenen problem, genellikle piyasa ihtiyaçları, yani kurum ve kişilerin elde etmek istediği sonucun saptanması ile belirlenir⁵⁸. Sorunun büyük bir problem olması gerekmemekte, basit bir ihtiyacın giderilmesi de bu kapsamda ele alınabilir. Bu aşamada öncelikle çözülmek istenen sorun ve ulaşmak istenen sonuç belirlenmeli, sorunun sebepleri ortaya konmalı, nasıl bir çözüm yöntemi uygulanacağı belirlenmeli ve programının çıktısının ne olacağı saptanmalıdır. Bilgisayar programı geliştirmenin fikri bir çalışma olduğu, bu aşamada dahi, net olarak gözlemlenebilmektedir. Bu aşamadaki çalışmalarla genellikle fonksiyonel spesifikasyon veya başka bir deyişle program tarifnamesi hazırlanır. Bir veya birden çok doküman olarak hazırlanabilecek olan tarifnamede, programın işlevsel özellikleri genel hatları ile tarif edilir. Tarifnamenin doğru hazırlanması, tasarlayan ve kod yazan ekiplerin çalışmaları için büyük önem taşımaktadır. Bu aşamada dahi, yeni teknik gelişmeler yaşanıp yeni ihtiyaçlar doğabileceği için tarifnamenin revize edilmesi gereği ortaya çıkabilir⁵⁹.

⁵⁷ Rafeeq Ur Rehman, Christopher Paul, **The Linux Development Platform Configuring, Using, and Maintaining a Complete Programming Environment**, New Jersey, Prentice Hall PTR, 2003, s.2; Teresa Luckey, Joseph Phillips, **Software Project Management for Dummies**, New Jersey, Wiley Publishing, 2006, s.7 vd; Wendy Seltzer, "Software Patents and/Or Software Development", **Brooklyn Law Review**, C.78, 2013, 929-987, s.948 vd; Rob Walling, "How to Become a Programmer", http://robwalling.com/assets/Software_by_Rob%20How_to_Become_a%20Programmer_1.0.pdf (29.03.2019), s.6; Şadi Evren Şeker, "SDLC (Yazılım Geliştirme Yaşam Dairesi)", Bilgisayar Kavramları, 10.01.2013, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/01/10/sdlc-yazilim-gelistirme-yasam-dairesi/> (29.03.2019); Şadi Evren Şeker, "Şelale Modeli (Waterfall Model)", 29.11.2008, Bilgisayar Kavramları, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2008/11/29/selale-modeli-waterfall-model/> (29.03.2019); Dalyan, s.28.

⁵⁸ Bununla birlikte şahsi istekler doğrultusunda bilgisayar programı geliştirmek de mümkündür ancak program geliştirmenin yoğun emek ve ekip çalışması gerektiren bir süreç olması sebebiyle ticari amaçlar ağırlıklı tetikleyici konumundadır. Bu sebeple, ilk başta kod yazan mühendislerden daha çok, piyasa araştırması yapan ve veri toplayan ekipler görev alır; müşteri veya nihai kullanıcının sorun ve ihtiyaçlarını saptarlar.

⁵⁹ Bainbridge, **Software**, s.7; Rehman, Paul, s.2-3; Şadi Evren Şeker, "SDLC (Yazılım Geliştirme Yaşam Dairesi)", Bilgisayar Kavramları, 10.01.2013, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/01/10/sdlc-yazilim-gelistirme-yasam-dairesi/> (29.03.2019); Seltzer, s.949; Dalyan, s.28; Arıkan, s.323-324.

İkinci aşamada, planlama aşamasının tamamlanması ile birlikte teknik uzmanların ağırlıkta olduğu ekiplerle program mimarisi üzerine çalışma yapılmaya başlanır. Program mimarisi çalışmalarında, programı oluşturacak farklı bileşenler belirlenmekte ve bu bileşenlerin birbirleri ile olan etkileşimi tasarlanmaktadır⁶⁰. Bununla birlikte mimari içerisinde, programın ortaya çıkartılması için hangi teknolojilerin kullanılacağı ve hangi donanım gerekeceğinin belirlenmesi de yer alabilmektedir. Bu aşamada program ve bileşenleri, dokümantasyonda kara kutu metodu ile tarif edilir. Kara kutu metodu, basitçe program ve bileşenlerinin içeriğine bakılmadan, sadece gösterilecek işlev bakımından tarif edilmesi, başka bir deyişle, kutu açılmadan sadece dış görünümünden tarif edilmesi şeklinde açıklanabilir. Bu aşamanın sonucunda, programın işlem basamaklarını, sıralı olarak görsel biçimde ortaya koyan bir grafiksel tablo yani akış şeması oluşturulur⁶¹.

Tasarım aşamasının tamamlanmasından sonra, üçüncü aşama olarak, program editörleri, derleme programları ve hata ayıklayıcı gibi program geliştirme araçlarından yararlanarak kodları yazmaya başlarlar. Bu aşama, genellikle *PDLC* içerisinde en fazla zaman alan adımdır. Her programcı kendi çalıştığı kısma ilişkin kodları yazar ve kendi yazdığı kısmın diğer programcıların yazdığı kodlarla uyumlu çalışabileceğini denetler. Bu aşamada genellikle revizyon kontrol sistemleri kullanılmasına ihtiyaç duyulur. Revizyon kontrol sistemi, merkezi bir veri depolama alanı sağlar ve bu alana farklı çalışmalara ilişkin dosyalar yüklenir. Yüklenen bu dosyalar üzerinde değişiklik yapılabileceği için tüm programcıların dosyalar üzerinde değişiklik yaparken uyması gereken kurallar belirlenir. Bu kurallara uyulmadan değişikliklerin yapılması durumunda tüm çalışmaların bir arada yürütülmesini sağlayan uyum bozulmuş olacak ve bağlantı zinciri kopacaktır⁶². Kod yazımı esnasında programcıların yorumlarını da eklemesi önem taşımaktadır, böylelikle kodlar üzerinde daha sonra çalışan kişiler doğru şekilde yönlendirilebilecektir. Programın meydana getirilmesinden yıllar sonra, el kitapçıkları ve kılavuzların kaybolması ihtimal dâhilinde olup bu durumda sadece

⁶⁰ Çoğu programda, bileşenler tek başına işlev göstermemekte, her bir bileşenin diğer bileşenlerle koordineli şekilde çalışması gerekmektedir. Büyük kapsamlı program geliştirme projelerinde, farklı bileşenler üzerinde farklı ekiplerin çalıştığı da görülmekte, bu durumda farklı bileşenlerin birbiri ile koordinasyonun sağlanması önemli bir görev teşkil etmektedir.

⁶¹ Rehman, Paul, s.4; Seltzer, s.950; Bainbridge, **Software**, s.7; Dallyan, s.28; Arıkan, s.324.

⁶² Özellikle aynı değişkenlere farklı tanımlamalar yapılması, geliştirme projesinde önemli sorunlara yol açacaktır. Aynı şekilde yüklenen dosyaların doğru şekilde yazılmamış olması durumunda, hatalı döngüler ortaya çıkabilir ya da aynı konum içerisinde birbiriyle çelişen fonksiyonlar ve değişkenler dosyaların yüklenmesi ile işlerlik sağlanamayabilir.

kodun içindeki yorumlardan yararlanılabilecektir. Kod yazımı esnasında bir başka önemli husus ise, doğru program geliştirme araçlarından faydalanılmasıdır. Program geliştirme araçları, önemli ölçüde zaman kaybının önüne geçmekte, böylelikle hem zamandan hem de masraftan tasarruf edilebilmektedir. Bu açıdan en önemli program geliştirme araçları, editörler ve hata ayıklayıcılardır; editörler programcılara kodu daha hızlı yazabilme imkânı tanırken, hata ayıklayıcılar da yazılmış kodun işlerliğini daha hızlı kazanmasını sağlamaktadır⁶³.

Kod yazımının tamamlanması aşamasını, dördüncü aşama olarak, test aşaması takip etmektedir. Bilgisayar programının istenen fonksiyonları yerine getirip getirmediği, planlama aşamasında ortaya konan sorunları çözüp çözmediğinin cevabını yürütülecek testler verecektir. Ticari açıdan bilgisayar programlarının başarıya ulaşabilmesi için test aşaması büyük önem taşımakta; müşteri memnuniyetinin sağlanabilmesi ve programın piyasada başarı yakalayabilmesi için şirketler geniş kapsamlı ve farklı testler yürütmektedir. Hatta test aşamasına geçmek için kod yazımının tamamının bitmiş olması beklenmemekte, ana kısımların tamamlanması ile testler yürütülmeye başlanmaktadır. Testler tamamlandıktan sonra, beşinci aşamada, bilgisayar programı işleme geçirilmekte, ticari açıdan ise piyasaya sürülmektedir⁶⁴.

Altıncı aşama olan dokümantasyon aşaması, her ne kadar döngünün son ayağı olarak konumlandırılmış olsa da, program geliştirme aşamalarının her birinde ayrı ayrı dokümanlar ortaya çıkmaktadır. Genel anlamda üç farklı kategoride dokümantasyon hazırlandığı söylenebilir; bunlar program geliştirme aşamasında hazırlanan dokümanlar, programın işleme geçilmesinden sonra teknik destek sağlayacak ekipler için hazırlanmış teknik dokümanlar ve nihai kullanıcılara yönelik kılavuz ve dokümanlardır. Her üç kategorinin de, programın kullanımı ve devamlılığı açısından

⁶³ Rehman, Paul, s.5; Bainbridge, **Software**, s.7-8; Şadi Evren Şeker, “SDLC (Yazılım Geliştirme Yaşam Dairesi)”, Bilgisayar Kavramları, 10.01.2013, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/01/10/sdlc-yazilim-gelistirme-yasam-dairesi/> (29.03.2019); Dalyan, s.28-29; William J Buchanan, **Software Development for Engineers**, Oxford, Butterworth-Heinemann, 1997, s. xiiv; Arıkan, s.325.

⁶⁴ Rehman, Paul, s.6; Şadi Evren Şeker, “SDLC (Yazılım Geliştirme Yaşam Dairesi)”, Bilgisayar Kavramları, 10.01.2013, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/01/10/sdlc-yazilim-gelistirme-yasam-dairesi/> (29.03.2019); Bainbridge, **Software**, s.8; Darene B. Lewis, H. Joseph Wen, J. Michael Tarn, “Managing Legal Issues in the Software Development Life Cycle”, **Information Systems Management**, C.19, S.3, 25-31,s.28.

önemli rolleri bulunmaktadır. Kullanıcı dokümanları, nihai kullanıcının programı anlaması ve ihtiyaçlarına uygun olarak kullanabilmesine; teknik dokümantasyon, kullanıcıların anlayamayacağı kadar kompleks olan teknik detayları teknik destek ekibine aktarmaya; geliştirme esnasında hazırlanan dokümanlar da ileride programlara yamaların yapılmasına, program üstünde değişiklikler veya eklemelerin gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktadır⁶⁵.

Bilgisayar programı geliştirme aşamalarından görüleceği üzere bilgisayar programları, FSEK kapsamında korunan ilim ve edebiyat eserleri ile diğer eser türlerinin aksine, vücuda getirme aşamasında bireysel çalışma yerine toplu bir çalışmanın ürünüdür. Toplu çalışma niteliği göstermesi ve birçok aşamadan oluşması sebebiyle program geliştirmenin başarılı olabilmesi için ciddi bir proje yönetimi gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Program geliştirmede proje yönetiminin başarılı olabilmesi için dikkat edilmesi gereken birçok nokta bulunması sebebiyle proje yönetimine ilişkin ISO 155404 ve CMM⁶⁶ gibi standartlar oluşturulmuştur. Bu standartlar, ortaya çıkan bilgisayar programının kalitesi veya işlevselliğine değil program geliştirme sürecinin yönetilmesine odaklanmaktadır. Bu noktada bilgisayar programlarının başarılı olmasını sağlamak, programın tamamı veya unsurlarının üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarını ihlal etmediğini kontrol etmek ve hukuki uyumsuzluklara yol açmasını önlemek adına, program geliştirmenin her aşamasının içerisinde veya sonunda hukukçular tarafından hukuki açıdan inceleme ve değerlendirme yapılması kilit rol oynamaktadır. Bunun için ise, hukukçuların teknik detaylara hâkim olması veya en azından temel teknik prensiplere, program geliştirmenin aşama ve unsurlarına ilişkin bilgi sahibi olması önem taşımaktadır⁶⁷.

⁶⁵ Rehman, Paul, s.6; Şadi Evren Şeker, “SDLC (Yazılım Geliştirme Yaşam Dairesi)”, Bilgisayar Kavramları, 10.01.2013, <http://bilgisayarkavramlari.sadievreenseker.com/2013/01/10/sdlc-yazilim-gelistirme-yasam-dairesi/> (29.03.2019); Bainbridge, **Software**, s.8.

⁶⁶ A.B.D. hükümeti tarafından kurulmuş Yazılım Mühendisliği Enstitüsü (Software Engineering Institute) tarafından belirlenen “Capability Maturity Model” adlı kıstasların kısaltılmasıdır. (Marc Hamilton, Harris Kern, “The Software Life Cycle”, **InformIT**, 9.11.2001, <http://www.informit.com/articles/article.aspx?p=24016>, (30.03.2019)).

⁶⁷ Lewis, Wen, Tam, s.29; Antonio de Amescua, José García, Manuel Velasco, Paloma Martínez, Belén Ruiz, Juan Llorens, Luis García, Antonio Calvo-Manzano, Tomás San Feliu, “A Software Project Management Framework”, **Information Systems Management**, C.21, S.2, 2004, 78-85, s.78 vd.

3. Bilgisayar Programının Unsurları

Çalışmamızda bilgisayar programının unsurları, teknik ve hukuki olarak iki ayrı bölümde ele alınacaktır. Bilgisayar programına ilişkin hukuki değerlendirmelerin yapılabilmesi için gerekli detaylara geçmeden önce program unsurlarının daha rahat anlaşılabilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Önümüzdeki bölümler için gerekli temel teknik bilgilere, kısaca, bu bölümde yer verilecek ve daha sonra da, program unsurlarının hukuki nitelik ve detayları ele alınacaktır.

3.1. Program Spesifikasyonları

Bilgisayar programı geliştirmenin ilk aşamaları olan planlama ve tasarım aşamasının önemli çıktılarından birisi, programın spesifikasyonları veya başka bir deyişle programın tarifnamesinin dokümente edilmiş halidir. Program spesifikasyonlarına hem programın tasarım aşamasında, programın tasarlanması için hem de dokümantasyon aşamasında, kılavuz ve rehberlerin oluşturulması için başvurulduğundan dolayı program açısından önemli işleve sahiptir. Spesifikasyonlar tasarım aşamasından önce oluşturulmakla birlikte, tasarım aşamasındaki analiz çalışmalarının çıktıları daha sonra eklenebilmekte veya ayrı bir doküman olarak hazırlanabilmektedir. Bu açıdan spesifikasyonlar veya tarifname, akış şeması haricinde hazırlanan diğer dokümanları da ifade etmek üzere tarafımızca kullanılmaktadır. Bilgisayar programının altında yatan temel fikir veya fikirler, çözmeye çalışılan problem, çözüm yöntemi, sağlanması beklenen fayda, işlerliğin sağlanacağı sistemler, programın bileşenleri başta olmak üzere programın mimarisine ilişkin birçok bilginin yer alabileceği tarifname, program geliştirme sürecinin doğru başlamasında rol oynar. Program spesifikasyonları, tek bir doküman altında toplanabileceği gibi birden fazla doküman olarak da hazırlanabilir, özellikle büyük kapsamlı program geliştirme projelerinde birden çok doküman olarak hazırlanması kaçınılmazdır. Telif hakları kapsamında programın hazırlık çalışmalarına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi sebebiyle programın tarifnamesinin kanuni olarak önem arz eden bir unsuru olduğunu belirtmek gerekir⁶⁸.

⁶⁸ Rehman, Paul, s.4; Bainbridge, **IT Law**, s.38; Bainbridge, **Software**, s.6-7.

3.2. Akış Şeması

Akış şeması, bilgisayar programının tasarım aşamasının tamamlanması ile ortaya çıkan temel çalışma taslağıdır. Bilgisayar programının temel amacını, yani çözmeye çalıştığı problemi ve problemin çözülme yöntemini ana hatlarıyla ve görsel olarak ortaya koyar. Kodların yazılması aşamasında sağladığı kolaylık sebebiyle, inşaat işlerindeki mimari projeye benzediği öne sürülmektedir. Bilgisayar programının mimarisi üzerine çalışmalar yürütülürken program bileşenlerinin ‘kara kutu’ yöntemiyle ifade edildiği, yani bileşenin içeriği ele alınmadan dışarıdan bakışla belirtildiğinden bahsetmiştik, akış şemasında ise artık bileşenlerin gösterdiği işlevler ve süreçlerin düzeyleri de aktarılmaktadır⁶⁹.

Programın işlem basamakları, grafiksel semboller ile mantıksal dizi olarak gösterilir. Örneğin; elips şekilli sembol ile programın veya işlemin başlangıç-bitişi, dikdörtgen şekilli sembol ile program içinde yapılacak işlem, eğik dörtgen sembol ile kullanıcıların yapacakları girdiler, baklava dilimi ile verilen kararlar, nokta veya küçük daire sembol ile bağlantılar, oklar ile de şemanın içindeki akış yönü gösterilmektedir. Bilgisayar programının algoritması akış şeması şeklinde ifade edilebilmektedir⁷⁰.

Akış şemasından programın ele aldığı sorun, sorunun çözüm yöntemi ve işlerliğin nasıl sağlanacağı anlaşılabilir. Akış şeması üzerinde telif hakkı korumasının sağlanmasındaki temel amaç, akış şemasının programın temeline ilişkin fikirlerin, yani amaç ve işlevlerin ifade ediliş şeklinin program geliştiricilerinin fikri çabasının önemli bir ürünü olmasıdır⁷¹.

3.3. Algoritmalar

Bilgisayar programlarının belirlenen bir sorunu çözmeye yönelik bir talimatlar dizisi olması sebebiyle programların en önemli unsurlarından bir tanesi de algoritmalarıdır. Bilgisayar programı algoritması bir matematiksel formül gibi

⁶⁹ Bainbridge, **Software**, s.7; Dalyan, s.29; Rehman, Paul, s.4-5.

⁷⁰ Bainbridge, **IT Law**, s.xxi; Bainbridge, **Software**, s.7; Arıkan, s.324-325.

⁷¹ Rehman, Paul, s.4; Dalyan, s.29; Yıldız Teknik Üniversitesi, “Algoritma ve Akış Diyagramları” <http://www.yildiz.edu.tr/~wwwhid/TR/algoritma3.htm> (30.03.2019).

algılansa da, aslında daha çok bir tarif özelliği göstermektedir⁷². Algoritma, bilgisayar programı ile çözülmek istenen problemin, çözüm yönteminin yazılı olarak tarif edilmesidir. Algoritma ile problemin çözümü için yapılması gereken işlemler, adım adım ortaya konur. Bilgisayar programları ile genellikle birden çok problemin çözümü bir arada hedeflendiği için programlar birden çok algoritma içermektedir. Örneğin arama yapmak için farklı, sıralama yapmak için farklı algoritmalar kullanılmaktadır. Bununla birlikte, aynı problemin çözümü için, yani aynı işlevi gören birden çok algoritma bulunmaktadır. Programın hedefine ve kapsamına göre, problem çözümünü en iyi ve optimum şekilde sağlayacak algoritmalar seçilerek bir veya birden farklı olarak program içinde kullanılır.

Algoritmaların ve akış şemasının işlev olarak benzer olduğu, her ikisinin de problemi çözmek için izlenmesi gereken adımları mantıksal bir dizinde verdiği görülmektedir. Akış şemasında program içindeki adımlar genel hatları ile ve grafiksel olarak ifade edilmekte, işlem adımlarının birbiri ile olan bağlantısı ve sıralaması sistem mimarisi içinde aktarılmaktadır. Algoritma ise, problem çözümünü program veya bilgisayar içindeki işlemi gerçekleştirmeye yetecek düzeyde detayları ile ortaya koymaktadır⁷³. Bununla birlikte *Bainbridge*; algoritmaların, basite indirgenerek akış şeması üzerinde gösterilebileceğini ifade etmektedir⁷⁴

3.4. Kaynak Kodu

Tasarım aşamasının tamamlanmasından sonra bilgisayar programının kodları yazılmaya başlanmaktadır. Bilgisayar programlarının makinelerde işlev görebilmesi için makine kodu formunda olması gerekmektedir. Önceleri, bilgisayar programlarının doğrudan makine kodu şeklinde yazılması yolu tercih edilmekteyken programların işlev, kapsam ve içeriğinin artıp karmaşılaşmasıyla birlikte, makine kodu şeklinde ifade edilmesi zorlaşmıştır. Bu sebeple program komutlarının insan diliyle ifade edilebildiği farklı programlama dillerinde yazılan kaynak kodları halinde yazılmasına yönelinmiştir. Kaynak kodlarının insanlar tarafından rahatlıkla anlaşılabilmesi, üzerinde çalışmak ve değişiklik yapmakta kolaylık sağlamıştır. Böylelikle kaynak kodu, insan diliyle ifade edilen komutların bir araya geldiği ancak bilgisayar içerisinde

⁷² Aksi yönde görüş için bkz. Yusufoglu, **Bilgisayar Programları**, s.51-52.

⁷³ Arıkan, s. 329; Dalyan, s.30; Bainbridge, **IT Law**, s.xxi.

⁷⁴ Bainbridge, **IT Law**, s.xxi.

işlev gösterebilmek için makine diline çevrilmesine ihtiyaç duyan temel program unsuru haline gelmiştir⁷⁵. Ayrıca insanların anlayabilmesine imkân tanıdığı için bilgisayar programının edebi niteliğinin en çok ortaya çıktığı unsur olarak değerlendirilebilmektedir.

Kaynak kodların ifade edildiği farklı programlama dilleri bulunmaktadır. Günümüzde yüzlerce farklı tipi bulunun *FORTTRAN*, *C* ve *Pascal* gibi programlama dilleri, programların fonksiyonelliğini sağlayabilmek için kod yazımında önem teşkil etmektedir. Programlama dilleri, kaynak kodu veya makine koduna yakın olmasına göre, yüksek düzey programlama dili veya düşük düzey programlama dili olarak adlandırılmaktadır. Programlama dili, ne kadar kaynak koduna yakınsa, yani insanlar tarafından rahatlıkla okunup anlaşılabilir düzeyde ise o programlama dili, yüksek düzey programlama dili olarak kabul edilmektedir. Bunun haricinde, çeviri dili ve ekranda bulunan görsellerden yararlanılarak kullanılan görsel programlama dilleri bulunmaktadır. Yüksek programlama dilinde ifade edilmiş programlar, yazılı İngilizce ve matematiksel işaretlerin karışımı olduğu için kaynak kod olarak anılmaktadır. Günümüzde tercih edilen programlama dillerinden bazıları, *C/C++*, *Visual Basic*, *Ada*, *Java* ve *Delphi*'dir. Programcıların farklı programlama dilleri ve farklı işletim sistemleri üzerinde çalışabilmesi, program geliştirme projelerinde aranan bir özellik olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁶. Bununla birlikte; kaynak kodlarının istenilen dilde yazılabilmesini sağlayan editör programlar kullanılabilmektedir. Bu editör programlar ile kaynak kodları başka programlama diline dönüştürülebilir veya başka işletim sistemlerinde kullanılır hale getirilebilir⁷⁷. Bu sebeple kaynak kodlarının tamamının aynı programlama dilinde yazılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Kaynak kodları, tercih edilen editör programda yazıldıktan sonra boyutu ve farklı dillerin kullanılıp kullanılmamasına göre tek veya birden çok dosyaya kaydedilmektedir. Kapsamlı bilgisayar programları, yüzlerce farklı kaynak kodu dosyasının derlenmesi ile

⁷⁵ Dalyan, s.31; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.40; The Linux Information Project, "Source Code Definition", 23.05.2004, http://www.linfo.org/source_code.html (30.03.2019); Arıkan, s.325; Suluk, Karasu, Nal, s.151; Bainbridge, **Software**, s.8; Serhat Kaypakoğlu, **Bilgisayar Programlarının Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997, s.21-22.

⁷⁶ William J Buchanan, **Software Development for Engineers**, Oxford, Butterworth-Heinemann, 1997, s. xiiv; Dalyan, s.31; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii, Kaypakoğlu, s.5.

⁷⁷ Bununla birlikte; Microsoft işletim sisteminin editörleri olan Notepad ve Wordpad kullanılarak UNIX ve benzeri açık kaynak kodlu işletim sistemleri üzerinde işletilecek kaynak kodları yazmak mümkün değildir. Bill Gates'in yayımladığı bildiriden beri devam eden açık kaynak kodu ve kapalı kaynak kodu savaşı sebebiyle bu geçişin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

oluşturulmakta hatta bu dosyalar arasındaki ilişkinin tanımlanması için ayrı bir dosya içerisinde farklı kod dosyalarının nasıl derleneceğine ilişkin talimatlar girilmektedir⁷⁸.

Her bir bilgisayar programında kaynak kodlarının uzunluğu, kod dosyaların sayısı, kapsamı ve yapısı değişkenlik göstermektedir. Örneğin Microsoft firmasının piyasaya sürdüğü işletim sistemi olan Windows XP'nin 35 milyon satır kod içerdiği, firmanın yarattığı diğer işletim sistemi Windows Vista'nın ise 50 milyon satırdan daha fazla koddan oluştuğu belirtilmektedir⁷⁹. Bu açıdan bakıldığında; mobil telefonlar için yaratılan *Angry Birds* benzeri basit oyunların kod yazımı ile işletim sistemlerinin kod yazımında harcanan fikri emek, süre ve masrafın arasında çok ciddi fark olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca kaynak kodunun bilgisayar programlarının en bilgi verici, çok yönlü ve kalıcı formu olduğu belirtilmektedir. Bu sebeplerle, ticari olarak piyasaya sürülen bilgisayar programlarının kaynak kodları nihai kullanıcılara açılmamakta, sadece makine kodu formunda dağıtımları gerçekleştirilmektedir⁸⁰. Kaynak kodlarının açık tutulması yönündeki görüşleri ve bu hususa ilişkin detaylı değerlendirmelerimizi aşağıda açık kaynak kodlu programlara ilişkin bölümlerde ayrıca ele alacağız.

3.5. Makine/Nesne/Amaç Kodu

İngilizcede 'object code' olarak adlandırılmış olması ve Türkçe'de 'nesne', 'amaç-hedef' gibi farklı anlamları bulunması sebebiyle 'nesne kodu'⁸¹, 'objektif kod'⁸² veya 'amaç kodu'⁸³ olarak kullanılmaktadır. Bunun yanında anlamını ve işlevini daha iyi aktardığı kanaatinde olduğumuz 'makine kodu'⁸⁴ terimi de

⁷⁸ The Linux Information Project, "Source Code Definition", 23.05.2004, http://www.linfo.org/source_code.html (30.03.2019); Bainbridge, **Software**, s.8; Dalyan, s.26 vd; Arıkan, s.327-328; Bayamlioğlu, **Teknolojik Koruma**, s.297; Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.109.

⁷⁹ Wendy Seltzer, "Software Patents and/Or Software Development", **Brooklyn Law Review**, C.78, 2013, 929-987, s. 945.

⁸⁰ Wendy Seltzer, "Software Patents and/Or Software Development", **Brooklyn Law Review**, C.78, 2013, 929-987, s. 945; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii; The Linux Information Project, "Source Code Definition", 23.05.2004, http://www.linfo.org/source_code.html (30.03.2019).

⁸¹ Arıkan, s.325 vd; Dalyan, s.30 vd.; Bayamlioğlu, **Teknolojik Koruma**, s.297; Suluk, Karasu, Nal, s.152.

⁸² Mustafa Topaloğlu, **Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**, İstanbul, Türkiye Bilişim Vakfı, 1997, s.10; Tekinalp, s.118.

⁸³ Erel, **Bilgisayar Programları**, s.148; Sevilay Eroğlu, **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta Basım Yayım, İzmir, 2000, s.96.

⁸⁴ Kaypakoğlu, s.5; Yusufoğlu, **Bilgisayar Programı**, s.42.

kullanılmaktadır. Kaynak kodunun insanların anlayabileceği bir formda ifade edildiğini ve bu kodların makinelerin içerisinde işlev gösterebilmesi için onların algılayabileceği forma dönüştürülmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Kaynak kodunun bilgisayarların yani makinelerin anlayabileceği formunun ‘makine kodu’ olarak kullanılmasının daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Makine kodu, kaynak kodunun çevirisi yapılarak elde edilmekte ve bilgisayarlar tarafından doğrudan işlenebilen komut ve ifadelerin dizini olarak tanımlanmaktadır. Makine kodu, dijitler halinde yani 0’lar ve 1’ler ile ifade edilen forma karşılık gelmektedir. Kaynak kodlarının genellikle yüksek seviye programlama dilleri ile yazılması sebebiyle derleme ve çeviri programları vasıtasıyla makine koduna çevrilmeleri gerekmektedir. Çeviri programları geçici bir çeviri yaparken derleme programları kalıcı bir tercüme gerçekleştirerek kaynak kodu formu olmadan tek başına programın çalıştırılması için kullanılabilmektedir⁸⁵.

Makine kodu, merkezi işlemci tarafından doğrudan okunabilen ve çalıştırılabilen formdur. Bununla birlikte; bazı makine kodu dosyaları, veri kütüphaneleri gibi başka makine kodu dosyaları ile bağlantılar içerir ve bu bağlantılar sayesinde tam olarak işlev göstermektedir. Bunun haricinde; makine kodu dosyaları, diğer makine kodu dosyaları ile birlikte çalışmasını sağlayacak bağlantıların konumlarını belirten verileri, program sembollerine veya hataları düzeltmeye yarayacak bilgileri de içerebilmektedir⁸⁶.

Makine kodunun bilgisayarların komutları anlamasını sağlaması yanında bir başka önemi de, boyutlarının kaynak kodu formuna kıyasla çok daha küçük olmasıdır. Bu sebeple bilgisayar programlarının dağıtımını, indirilmesini ve yüklenmesini daha kolay ve pratik hale getirmektedir. Özellikle; bilgisayar programlarının internetten indirilmesi daha kısa sürmekte ve programın bilgisayarlara yüklenmesi ile daha az saklama alanı kullanılmış olmaktadır. Kaynak kodu formu ile makine kodu formu boyutları arasında devasa farklar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin *AbiWord* adlı açık kaynak kodlu metin yazma programının kaynak kodu formu, 25.3 megabayt

⁸⁵ Bainbridge, **Software**, s.8; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii; Kaypakoğlu, s.5; Dalyan, s.31-32, Arıkan, s.325-326; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.42 vd; Bayamlıoğlu, **Teknolojik Koruma**, s.297; Suluk, Karasu, Nal, s.152.

⁸⁶ The Linux Information Project, “Object Code Definition”, 07.08.2005, http://www.linfo.org/object_code.html, (30.03.2019).

boyutunda iken; makine kodu formu, sadece 3.54 megabayt yer kaplamakta ve 7 katı aşan bir fark ortaya çıkmaktadır. Linux Kernel 2.4 versiyonu ele alındığında; 3.38 milyon satır koddan oluşan kaynak kodu formu 100 megabayt boyutundayken makine kodu sadece 1.1 megabayt boyutundadır⁸⁷.

Kaynak kodu formu, programa ilişkin bilgi ve yorumları içermesi, başka platformlarda çalıştırılabilmesini kolaylaştırması ve hataları düzeltmeye imkân vermesi açısından makine koduna kıyasla daha değerli görülmektedir. Kaynak kodunun herhangi bir şekilde kaybedilmesi veya kaynak koduna erişilememesi durumunda, makine koduna tersine mühendislik yaparak kaynak koduna ulaşmak teknik olarak mümkündür ancak zor bir işlemdir⁸⁸.

3.6. Arayüzler

Bilgisayar programının herhangi bir görevi yerine getirmesi için kullanıcılar, donanım bileşenleri, veriler ve başka programlarla fiziksel ve mantıksal olarak bağlantı içerisinde olması gerekmektedir. Bu bağlantının sağlanması, yani farklı unsurların bilgisayar programları ile birlikte çalışması genel olarak arayışerlik olarak adlandırılmakta ve arayışerlik, arayüzler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Arayüzler ile bilgisayar programları, komutları kullanıcıdan alabilmekte, aldığı komutlar için gerekli veri alışverişini yapabilmekte ve komutların bilgisayar donanımı üzerinde gerçekleşmesi için gerekli etkileşimlerde bulunmaktadır. Bu özellikleri göz önüne alınınca arayüzler, bilginin aktığı yol ve bağlantının sağlandığı kontrol devreleri olarak nitelenmektedir. Dolayısıyla arayüzlerin bilgisayar programlarının başka programlar, veri tabanları, donanım bileşenleri ve kullanıcılarla etkileşimini sağlayan unsur olduğu belirtilebilir⁸⁹.

⁸⁷ Linux Kernel'in kaynak kodunun ilk ortaya çıkarılmasından itibaren katlanarak büyüdüğü, 1991 yılında 10.239 satır koddan 2003 yılında 5,93 milyon satır koda ulaştığı belirtilmektedir. (The Linux Information Project, "Source Code Definition", 23.05.2004, http://www.lininfo.org/source_code.html (30.03.2019)).

⁸⁸ The Linux Information Project, "Source Code Definition", 23.05.2004, http://www.lininfo.org/source_code.html (30.03.2019); Kaypakoğlu, s.35; Dalyan, s.31-32; Arıkan, s.326; Erel, **Bilgisayar Programları**, s.151; Bayamlioğlu, **Teknolojik Koruma**, s.297.

⁸⁹ Bainbridge, **IT Law**, s.xxii, Arıkan, s.330; Tekinalp, s.119; Yusufoğlu, **Bilgisayar Programları**, s.44; Dalyan, s.32, Öztan, s.490; Suluk, Karasu, Nal, s.152.

Arayüzler, etkileşimin diğer tarafına bağlı olarak kullanıcı arayüzleri ve sistem arayüzleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Diğer programlar, donanım bileşenleri ve veritabanları ile etkileşim içerisinde olan arayüzlere program arayüzü adı verilmektedir. Program arayüzü, bilgisayarın ana birimi, belleği ve yazıcısı gibi birimlerle elektronik bağlantı kurması bakımından bilgisayar programının işlerliğini sağlamaktadır. Ayrıca diğer programlarla entegrasyonu sağlaması sebebiyle farklı işletim sistemleri üzerinde, programın çalışmasını sağlayabilmektedir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için diğer programların arayüzlerinin incelenebiliyor olması gerekmektedir ancak program üreticileri, ticari açıdan arayüzlerini saklı tutmak eğilimi göstermektedir. Bu noktada, ara işlerliğin önemi ortaya çıkmaktadır; ara işlerliğin sağlanabilmesi için programların incelenip analiz edilebilmesine hukuken izin verilmesine ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁰. Aksi takdirde, piyasada yerleşik olan program üreticileri, kendi programları ile piyasaya yeni çıkacak programlar arasındaki araişerliğin sağlanmasını engelleyebilir, böylelikle yeni programların piyasaya hâkim durumda olan işletim sistemleri ve cihazlarda çalışmasını önleyebilir. Bu durumda kullanıcılar, kendi kullandıkları cihazlardaki sistemlerle uyumsuz olan programları tercih etmeyecek, piyasaya yeni ve küçük firmaların girmesi mümkün olmayacaktır⁹¹.

Bilgisayar programının kullanıcılar ile olan etkileşimi sağlamasına yarayan arayüz çeşidi ise kullanıcı arayüzleridir. Kullanıcının verileri girmesini, komutlarını iletmesini, komutların gerçekleştirilip istenilen çıktı veya sonuçların elde edilmesini kullanıcı arayüzleri sağlamaktadır. Kullanıcı arayüzlerinin devreye girmesi için bazen kullanıcının bir komut vermesi, örneğin bir tuşa basması gerektiği gibi, bazı durumlarda ise kullanıcı herhangi bir işlem yapmadan program tarafından kullanıcıya belirli uyarıların gösterilmesi, belirli grafiksel ve sessel işaretlerin oynatılması şeklinde herhangi bir komut olmadan arayüzler işlev göstermektedir. Teknik uzmanlığı olmayan nihai kullanıcılar için programların en önemli unsuru, kullanıcı arayüzleridir çünkü teknik altyapı, nihai kullanıcılar tarafından tetkik edilememekte, kullanıcılar sadece karşılırlarına çıkan grafiksel ve işitsel arayüz bütününe göre programları değerlendirebilmektedir⁹². Programın nihai kullanıcılar tarafından

⁹⁰ Öztan, s.486 vd; Bainbridge, **IT Law**, s.59; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.49; Dalyan, s.32

⁹¹ Öztan, s.489.

⁹² Murray, s.226; John Pinheiro, Gerard Lacroix, "Protecting the Look and Feel of Computer Software", **Berkeley Technology Law Journal**, C.1, S.2, 1986, 411-445, s. 412; Pamela Samuelson, "Why the Look and Feel of Software User Interfaces Should Not Be Protected By Copyright Law" (**Interfaces**), **Communications of the ACM**, C.32, S.5, 1989, 563-572, s.564; Mustafa Aksu, "Avrupa Adalet

‘görülmesi ve hissedilmesi’⁹³, kullanıcı arayüzleri sayesinde mümkün olmaktadır. Kullanıcı arayüzünün önemini daha iyi anlayabilmek için karşılaştırma yapıldığında; önemli bir problem veya birden çok problemi çözen, güçlü algoritmalara sahip ancak karmaşık veya kullanışsız kullanıcı arayüze sahip programlar yerine, basit bir fonksiyonu yerine getiren ancak nihai kullanıcıların zorlanmadan kullanabileceği ve göze hoş gelen tasarımda arayüze sahip programların daha çok tercih edildiği görülmektedir. Örneğin, *Apple* firmasının yazılım ve ürünlerinin nasıl bu denli büyük ticari başarıya ulaştığı sorusuna cevap aranırken karşımıza çıkacak sonuç, reklam ve marka yönetimi stratejisi haricinde, tasarım ve kullanıcı arayüzleridir. Analistler ve programcılar, firmanın yazılım ve ürünlerinin çığır açmadığını veya daha önce yapılmamış şeyler olmadığını belirtmekte ancak nihai kullanıcılara hitap eden cihaz ve arayüz tasarımları ile ticari başarıya ulaştığını not etmektedir⁹⁴.

4. Program Türleri

Bilgisayar programının belirli problemleri çözmek için bir araya getirilmiş komutlar dizisi olduğundan, bu problem çözümlerinin basit bir kolaylık sağlamaktan ziyade kapsamlı ve girift olabileceğinden bahsetmiştik. Hukuken bilgisayar programlarının sağladığı kolaylık ve gösterdiği işlevin niteliğine bakılmaksızın hepsi aynı düzlemde değerlendirilmektedir. Bu bakımdan 50 milyon satır koddan meydana gelen Windows Vista işletim sistemi programının da, ortalama 50 bin satır koddan oluşan ortalama bir *Iphone* uygulamasının da aynı potada değerlendirileceğini

Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi” (**Koruma**), **İÜHF**, C.LXXII, S. 1, 2014, 807-830, s.818.

⁹³ İngilizce “look and feel”, programların kodları kopyalanmadan sadece arayüzlerinin taklit edilmesi haline ise “look and feel infringement” adı verilmektedir (Murray, s.226 vd, Bainbridge, **IT Law**, s.46, Pinheiro, Lacroix, s. 411vd; Samuelson, **Interfaces**, s.563 vd; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.44.)

⁹⁴ Bu konuda Apple’ın kurucularından Stevie Wozniak, kullanıcıların teknolojinin kendisinden daha önemli olduğunu ve önceliklerinin kullanıcılara insani bir deneyim yaşatmak olduğunu belirtmiştir. (Peter Cao, “Steve Wozniak Believes Steve Jobs Would Be Proud of Apple Today”, 9 to 5 Mac, 13.11.2018, <https://9to5mac.com/2018/11/13/steve-wozniak-interview/>, 31.03.2019).

Ayrıca bkz. Ben Bajarın, “Apple and the user experience business model”, Imore, 21.07.2015, <https://www.imore.com/apple-and-user-experience-business-model>, (31.03.2019); Dave Whiskus, “The Secret of Apple's Design Success: The Humane Interface”, Macworld, 24.01.2013, <https://www.macworld.com/article/2025988/the-secret-of-apples-design-success-the-humane-interface.html> (31.03.2019); Cleverism, “Why The Apple Design Is So Successful?”, 24.11.2015, <https://www.cleverism.com/why-apple-design-successful/> (31.03.2019);

söylemek hatalı olmayacaktır⁹⁵. Teknik açıdan incelendiğinde ise; programlar, gösterdikleri işleve ve niteliklerine göre farklı başlıklara ayrılmaktadır. Bunlar, sistem programları, çeviri programları, uygulama programları ve mikro programlardır⁹⁶.

4.1. Sistem Programları

Sistem programları, bilgisayar veya donanımların çalışmasını, veri depolamasını, işlemesini ve aktarmasını sağlayan, uygulama programlarının çalışmasına yarayan temel platformu oluşturan programlar bütünüdür. Sistem programlarına verilebilecek en iyi örnek, işletim sistemi programlarıdır. İşletim sistemi, tüm fiziksel donanım bileşenlerinin bir arada işlev gösterebilmesini sağlayan ana program, diğer bir deyişle bilgisayarın motoru olarak tabir edilebilecek fiziki olmayan ana unsurdur. Bilgisayarların temel görevlerini yerine getirmesi; açıp-kapatılmasından dosyaların oluşturulmasına, uygulama programlarının çalıştırılabilmesi için gerekli platformun oluşturulmasına kadar tüm işlevler, işletim sistemi programları sayesinde gerçekleştirilir. İşletim sistemi programları, aynı anda birden fazla görevi gerçekleştirir, birden çok programın kendine ait bellek alanı olduğunu teyit eder, programların arasında geçişi sağlar, aynı anda bilgisayarın klavyesi, ekranı ve yazıcısı gibi fiziksel unsurlara komutları iletir. Yazılımların olmadan donanımların herhangi bir işe yaramayacağına yönelik saptamanın en önemli dayanağı olarak işletim sistemi programları gösterilebilir. Nihai kullanıcıların satın aldığı bilgisayarlar ve mobil cihazlar, işletim sistemleri olmadan sadece bir takım madenlerin bir araya getirilmesinden öte bir anlama sahip olmayacaktır⁹⁷.

İşletim sistemi programları, uygulama programları ile donanım arasında bir köprü görevi görmektedir. Uygulama programları çalıştırılmak için bir temele veya başka bir deyişle bir platforma ihtiyaç duyarlar, uygulama programlarının duyduğu bu

⁹⁵ Android işletim sistemi 12 ila 15 milyon satır kod, tüm Google servisleri ise 2 milyar satır kod içermektedir. Ölçeğin daha iyi anlaşılabilmesi için 1 milyon satır kod, a4 boyutlu kâğıda alınabilecek 18.000 sayfa çıktı edecektir. (Jeff Desjardins, “Here's How Many Millions of Lines of Code It Takes to Run Different Software”, Business Insider, 09.02.2017, <https://www.businessinsider.com/how-many-lines-of-code-it-takes-to-run-different-software-2017-2> (31.03.2019)).

⁹⁶ Arıkan, s.320; Kaypakoğlu, s. 6; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.5vd; Dalyan s.34.

⁹⁷ Heather Meeker, **Open Source for Business: A Practical Guide to Open Source Software Licensing** (Licensing), 2. Baskı, North Charleston, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017, s.19; Arıkan, s.320-321; Kaypakoğlu, s. 6-7; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.5; Dalyan, s.34; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii.

teknik ihtiyaç işletim sistemi tarafından giderilir. Çoğu uygulama programı, piyasada bulunan bir işletim sistemi üzerinde çalıştırılmak üzere ya da farklı işletim sistemleri üzerinde çalıştırılacak farklı versiyonlar halinde oluşturulmuştur. İşletim sistemleri büyüdükçe sistemlerin gösterdiği fonksiyonlar ve görevler artarak karmaşılaşmaktadır; örneğin, farklı kullanıcı ve programların eş zamanlı ve bağımsız olarak çalışabilmesini sağlar, aynı zamanda bir güvenlik birimi görevi görerek yetkisiz kişilerin sisteme ulaşmalarını engelleyebilir⁹⁸.

Günümüzde piyasaya sunulan bilgisayar ve cihazlarda, kullanıcılara yönelik uygulama programlarının ayrıştırılarak bağımsız olarak satıldığı görülmektedir ancak aynı durum, işletim sistemi programları için geçerli değildir. Bunun sebebi; yukarıda da açıkladığımız üzere, bilgisayarların ve tablet, akıllı telefon, akıllı saat, router gibi bilgisayar benzeri cihazların, işletim sistemleri olmadan, nitelik olarak nihai kullanıcıların işine yaramayan bir araya getirilmiş madenlerden farksız olmasıdır. Dolayısıyla cihazların temel işlevlerini yerine getirebilmeleri için işletim sistemi programları yüklenmiş olarak tüketicilere sunulmaktadır. Bilgisayarlarda kullanılan işletim sistemlerine örnek olarak, *Windows*, *MacOs* veya açık kaynak kodlu *Linux*; akıllı telefon ve tabletlerde kullanılan işletim sistemlerine örnek olarak, *Android* veya *IOS*; sunucularda kullanılan işletim sistemlerine örnek olarak ise, *Windows Server*, *Linux* ve *FreeBSD* verilebilir⁹⁹.

4.2. Uygulama Programları

Nihai kullanıcının belli bir konuda kullanımına yönelik meydana getirilmiş olan ve işletim sistemlerinin oluşturduğu platforma ihtiyaç duyan program türüdür. Uygulama programları, sistem programlarına kıyasla daha dar kapsamlı ve özel olarak belirlenmiş bir veya birkaç görevi yerine getirmek için hazırlanmaktadır. Uygulama programları, seri üretim olarak veya nihai kullanıcının talebine göre terzi dikim hazırlanmış olabilirler. Seri üretim olarak genel tüketicinin kullanımına sunulan

⁹⁸ Heather Meeker, **Open Source for Business: A Practical Guide to Open Source Software Licensing** (Licensing), 2. Baskı, North Charleston, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017, s.19; Arıkan, s.320-321; Kaypakoğlu, s. 6-7; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.5; Dallyan, s.34; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii.

⁹⁹ Meeker, **Licensing**, s.11; Heather Meeker, “**The Open Source Alternative: Understanding Risks and Leveraging Opportunities**” (Open Source), New Jersey, John Wiley & Sons, 2008, s.4-5; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii; Dallyan, s.35.

programlara paket programlar da denilmektedir. Bu türde programların kopyalanarak çoğaltılması kolay olmakla birlikte üretici firmalar, teknik koruma önlemleri ve kopyalama önleyici programlar ile bunun önüne geçmeye çalışmaktadır. Terzi dikim programlar, başka deyişle bireysel veya sözleşme programları ise, kurum veya kişilerin özel ihtiyaçları göz önüne alınarak sözleşme ile dış kaynak ekipleri veya iç kaynak ekipler tarafından tasarlanıp hazırlanmaktadır. Özel ihtiyaçlara yönelik hazırlanmış olmasından dolayı, terzi dikim programlar genellikle doğrudan kopyalanarak başka kişi ve kurumlarca kullanılamamaktadır¹⁰⁰.

Microsoft Office paketinde yer alan *Word* programı gibi metin hazırlama programları; *SAP*, *CRM* gibi ticari şirketlerin müşteri veri ve hesaplarını işlediği hesap programları; *AutoCAD* gibi mimari çizimlerin yapıldığı programların tamamı, uygulama programları olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihai kullanıcıların bildiği bu örneklerin yanında, yeni programların yazılması esnasında kullanılan programlar da bulunmaktadır. Kaynak kodlarının yönetilmesi için kullanılan platform *GitHub*, kod yazımın da kolaylık sağlaması için kullanılan *Visual Studio Code* ve uygulama geliştirmek için kullanılabilen *Google Analytics* bu tür programlara örnek gösterilebilir.

4.3. Dönüştürücü Programları

Bilgisayar programcılığında kullanılan önemli program türlerinden bir tanesi, dönüştürücü programlarıdır. Bilgisayar programları ile gerçekleştirilecek komutlar, kaynak kodu halinde yazılı iken insan dili formundadır ancak bilgisayarların anlayıp işlem yapabilmesi için insan dilinin bilgisayar diline, yani makine koduna çevrilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ihtiyaca cevap vermek için dönüştürücü programları kullanılmaktadır. Bilgisayar programlarının doğrudan makine kodu halinde yazılmasının çok zor olması sebebiyle öncelikle insanların rahatça anlayıp yazabileceği kaynak kodu formunda kodlanmaktadır. Kaynak kodu formunun makine koduna geçirilebilmesi için de dönüştürücü programları oluşturulmuştur¹⁰¹.

¹⁰⁰ Nuri Erişgin, “Standart Bilgisayar Programlarının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukuki Niteliği” (Standart Bilgisayar Programı), *AÜHFD*, C.52, S.4, 2003, 41-68, s.42 vd; Kaypakoğlu, s.9; Bainbridge, *Software*, s. 8-9; Arıkan, s. Yusufoglu, Bilgisayar Programı, s.7; Bayamlıoğlu, *Teknolojik Koruma*, s.300 vd.

¹⁰¹ Kaypakoğlu, s.5; Yusufoglu, *Bilgisayar Programı*, s.6; Dalyan, s.36.

Dönüştürücü programlarının yorumlayıcı¹⁰², derleyici¹⁰³ ve çevirici¹⁰⁴ olmak üzere kendi içerisinde üç alt türü bulunmaktadır. Üç alt tür arasındaki fark, temel olarak çalışma prensiplerine ilişkindir. Yorumlayıcı programlar, kaynak kodunda ifade edilen komutları tek tek makine koduna çevirir ve işlemciye iletir. İlgili komutun yerine getirilmesini takiben sıradaki komutu makine koduna çevirir ve yerine getirilmesi üzere işlemciye iletir. Bu türde, kod parça parça okunduğu için analiz kısa sürede gerçekleşmekte ancak program daha yavaş şekilde işlemektedir. Ayrıca kodlar parçalı okunduğu için hata ayıklama ve düzeltme daha kolay gerçekleştirilebilmektedir. *Perl*, *Python*, *Mathlab* programları yorumlayıcı programların örneklerindendir. Diğer alt tür olan derleyicilerde, kaynak kodu bütün olarak makine koduna çevrilir ve çevrilen kodun tamamı kullanılmak üzere dosya altına kaydedilir. Bu türde, kodun tamamı okunduğu için analiz aşaması uzun sürmekte ancak program daha hızlı işlemektedir. Bununla birlikte kodun tamamı okunduğu için hata ayıklama ve düzeltme işlemi daha zor gerçekleştirilebilmektedir. *C*, *C++*, *Pascal* programları derleyici program türüne örnek olarak verilebilir. Çevirici programlar ise, sadece düşük derece programlama dilinde¹⁰⁵ yazılmış olan kodlar dönüştürülebilmektedir¹⁰⁶.

4.4. Mikro Programlar

Bilgisayar sistemi dâhilinde çip, kablo ve güç sağlayıcılar gibi donanım bileşenlerinin kontrol edilmesi için kullanılan programlar, mikro programlar olarak adlandırılmakta ve mikro programlar, mikro kodlardan oluşmaktadır. Bilgisayar donanımının merkezi işlem birimi olan mikroişlemcilerin işlevini gösterebilmesi için gerekli olan talimatların düşük seviyeli dil ile verilmesi gerekmektedir. Mikroişlemciye düşük seviyeli dil ile ifade edilerek iletilen talimatlara ise mikrokod denilmektedir. Mikrokodlar sayesinde mikroişlemciler, bilgisayar donanımı içerisindeki fonksiyonlarını gerçekleştirip veri işleyebilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰² Interpreter.

¹⁰³ Compiler.

¹⁰⁴ Assembler.

¹⁰⁵ Assembly language.

¹⁰⁶ Gregg Morrisett, **Compiling with Types**, Carnegie Mellon University School of Computer Science, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1995, s. 11vd. ; Geeks for Geeks, “Language Processors: Assembler, Compiler and Interpreter”, <https://www.geeksforgeeks.org/language-processors-assembler-compiler-and-interpreter/> (02.04.2019); Dalyan, s.37.

¹⁰⁷ Kaypakoğlu, s.8; Yusufoğlu, **Bilgisayar Programı**, s.7; Dalyan, 38.

Mikrokodlar, mikroişlemcinin çalışmasını sağladığı için bunlar donanım üzerinde sabit olarak bulunmaktadır. Bu niteliği gereği mikro programlar ile iletilen talimatların bir ifade biçimi mi olduğu yoksa bir ifade zorunluluğu mu olduğu zaman zaman tartışma konusu olmuştur¹⁰⁸. Bu hususa ilişkin detaylı değerlendirmelerimize takip eden bölümlerde yer verilecektir.

Bilgisayar programlarına sağlanacak hukuki korumanın yöntem ve kapsamını belirlemek, kopyalamaya ilişkin yapılacak karşılaştırmalarda göz önüne alınacak hususları ortaya koymak açısından önem taşıdığı için program unsurlarını ve program türlerini yukarıda teknik özellikleri ile ele almaya çalıştık. Giriş kısmında altını çizdiğimiz üzere; bilgisayar programlarına salt hukuki bir perspektiften bakmanın hatalı olacağı, dolayısıyla kısıtlı da olsa teknik bir perspektife de ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Zira takip eden bölümlerde görüleceği üzere, aktarmaya çalıştığımız teknik bilgi ve değerlendirmeler, takip eden bölümlerdeki tartışmaların tam anlamıyla sunulabilmesi için elzemdir. Bu aşamaya kadar ağırlıklı teknik bilgi ve değerlendirmelere yer verdiğimiz çalışmamızın takip eden bölümlerinde bilgisayar programlarına ilişkin hukuki koruma yöntemleri ve yaklaşımları ele alınacaktır.

¹⁰⁸ Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *NEC Corp. v. Intel Corp.*, 645 F. Supp. 590, 1986, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/645/590/1499423/> (02.04.2019); Stanley Lai, **The Copyright Protection of Computer Software in the United Kingdom**, Hart Publishing, Oxford, 2000, s.217, dn.42.

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KORUNMASI

1. Patent - Sui Generis -Telif Hakları ile Koruma Tartışmaları

1.1. Donanım ve Yazılımların Ayrışması

Bilgi toplumunun temelini donanımlar ve donanımların çalışmasını sağlayan yazılımlar arasındaki simbiyotik ilişki oluşturmaktadır. Teknolojik donanımlar, yazılımlar tarafından oluşturulan direktif ve emirler sayesinde işlev gösterebilmekte ve kendilerinden beklenen sonuçları ortaya koyabilmektedir. Donanımlar, yazılımlar olmadan tek başlarına sadece 0 ve 1'lerin depolandığı kayıt birimlerinden ibaret olacak ve herhangi bir fonksiyonel değer gösteremeyecektir¹⁰⁹. Bu sebeple bilgisayar donanımı üreticileri, ilk önceleri ürettikleri donanımların içerisine yazımları yükleyerek onları satışa sunmakta veya o dönemlerde daha çok tercih edilen yöntem olarak kiralamaktaydı¹¹⁰. Örneğin 1960'lı yıllarda *International Business Machines Corporation*'ın (IBM) modern bilgisayarlara kıyasla çok büyük boyutlara sahip olan 1401 modeli, tüm yazılımlar bilgisayara önceden yüklenmiş olarak sunulmaktaydı¹¹¹. Bu yıllarda yazılımların satılması veya kiralanmasına ilişkin ticari bir arz-talep dengesi oluşmamış ve dolayısıyla rekabetin bulunduğu bir piyasa ortaya çıkmamıştır. Bunun bir sonucu olarak; yazılım endüstrisi, meydana getirdikleri yazılımlar üzerindeki fikri mülkiyet haklarının takipçisi olmamıştır¹¹².

IBM'in A.B.D.'de bilgisayar üreticisi olarak, piyasada önemli bir konuma gelmesi sonucunda A.B.D. Adalet Bakanlığı, IBM'in donanım ve yazılımları bir bütün

¹⁰⁹ Murray, s.213; Dalyan, s.25.

¹¹⁰ IBM, "IBM 1401: The Mainframe", <https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/mainframe/> (09.03.2019).

¹¹¹ IBM, "1401 Data Processing System", https://www.ibm.com/ibm/history/exhibits/mainframe/mainframe_PP1401.html (09.03.2019).

¹¹² Murray, s.213; Yusufoğlu, *Bilgisayar Programı*, s.9.

olarak tek ürün halinde satmasının tekelleşmeye sebep olup olmadığına ilişkin inceleme başlattı ve 1969 yılından 1995 yılına kadar süregelen uzun bir dava süreci yaşandı¹¹³. 1967 yılında, A.B.D. Adalet Bakanlığı, *IBM* aleyhine tekel oluşturma sebebiyle öncelikle inceleme başlatmış ve 1969 yılında da hukuk davası açmıştır. 1975 yılında duruşmalara başlanmış, duruşma içi ve duruşma dışı yaklaşık 970 tanık dinlenmiş ve yaklaşık 700 duruşma günü geçirildikten sonra dava dayanaksız bulunarak 1982 yılında sona erdirilmiştir¹¹⁴. Bu sonuca ulaşılmasını sağlayan önemli sebebin ise, *IBM*'in 1969 yılında yazılım ve donanımı ayırıştırma hamlesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹¹⁵.

IBM, A.B.D. Adalet Bakanlığı'nın inceleme başlatması üzerine, 1969 yılında, donanım ve yazılımları ayırıştırarak bağımsız ürünler olarak satmaya başlayacağını, yazılımları donanım ve bakım-destek hizmetlerinden ayrı olarak fiyatlandıracağını duyurmuştur. Bu duyuru, farklı tepkilere sebep olmuş; yazılım üreticileri tarafından sevinçle karşılanırken tüketiciler, harcamalarının artacağı endişesine kapılmış ancak ayırıştırmanın sebep olduğu sonuçlar çok daha karmaşık bir hal almıştır. Bu gelişmeyi olumlu bulan yazılım üreticileri, daha sonra *IBM*'in yazılımları düşük fiyatlara piyasaya sunması, gelişmiş ve güçlü bir satış ve pazarlama ağının olması karşısında zor durumda kalmıştır. Tüketiciler ise, ayrı bir ürün olarak satın aldıkları yazılımlar için ayrıca vergi ödemek zorunda kalmış ve yaklaşık %35 civarında bir masraf artışıyla karşılaşmıştır. Ayrıca bağımsız yazılım firmalarının ürünlerini tercih eden tüketiciler, her ne kadar yazılım geliştirme konusunda başarılı olsa da bağımsız yazılımcıların

¹¹³ A.B.D. ve *IBM* arasında bu dava haricinde çok daha uzun soluklu bir haksız rekabet dava süreci yaşanmıştır. A.B.D. Adalet Bakanlığı tarafından haksız rekabete ilişkin ilk dava dilekçesi 1952 yılında mahkemeye sunulmuş, 1956 yılında taraflar arasında uzlaşmaya varılmış, uzlaşma üzerinde 1963 ve 1970 yılında değişiklik yapılmış ve en son 1994 yılında *IBM*'in başvurusu ile dosya tekrar işleme alınmıştır. The United States Department of Justice, "United States' Memorandum on the 1969 Case", <https://www.justice.gov/atr/case-document/united-states-memorandum-1969-case> (09.03.2019).

¹¹⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 2. Dairesi Kararı, *IBM v US Justice Department*, 687 F.2d 591, 13.08.1982, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/687/591/149520/> (01.07.2019); John E Lopatka, "United States v *IBM*: A Monument to Arrogance", *Antitrust Law Journal*, C.68, S.1, 2000, 145-162, s.145.

¹¹⁵ Murray, s.213; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.9. Bir başka sebebin ise, bu dava için hiçbir masraftan kaçınmama talimatı ile özel bir hukuk bürosu kurularak yaklaşık toplam 66 milyon sayfa dilekçelik çalışma olduğu söylenebilir. 1969 yılında Caravath, Swaine and Moore adlı Wall Street hukuk bürosu, 13 yıl boyunca tek müvekkili *IBM* ve tek işinin bu dava olacağı şubesini *IBM*'in merkezinin yakınlarında açmıştır. (Paul Taylor, "Law Firm Waged 13-Year War for *IBM*", *The Washington Post*, 24 Ocak 1982, https://www.washingtonpost.com/archive/business/1982/01/24/law-firm-waged-13-year-war-for-ibm/59761e40-ea31-430d-ab0b-c084b69e3a63/?utm_term=.8b8b3e11584b, 09.03.2019).

yetişmiş insan gücü eksikliği çekmesi sebebiyle satın aldıkları yazılımlar için bakım ve destek hizmeti alma konusunda sorun yaşamaya başlamışlardır ¹¹⁶. Ancak tüm bu olumsuz etkiler, yeni yazılımların geliştirilmesinin ve ayrı bir ürün olarak piyasaya sunulmasının önüne geçememiştir.

Yazılımların tek başına ticari değeri olan bir ürün haline gelmesi, onları aynı zamanda hukuki korumaya ihtiyaç duyan bir yatırım haline dnştrmştir. Böylelikle hukuk dünyası, yazılımlara ne gibi bir korumanın sağlanmasının en uygun yöntem olduğunu tartışmaya başlamıştır. İlk tartışmalar, yazılımların patent, telif hakları veya *sui generis* bir formda korunması üzerine gerçekleşmiştir ¹¹⁷. Bu seçenekler dışında haksız rekabet, ticari sır ve sözleşmeler ile koruma yöntemleri de ele alınmış ancak bunların nitelikleri gereği yeterli koruma sağlamayacağı sonucuna varılmıştır. Bilgi teknolojilerinin bilgi ve içeriği kolayca aktarmaya, kopyalamaya imkân tanınması kapsamında bilgisayar programlarının bir yandan kullanıma sunulurken diğer taraftan ticari sır kapsamında korunmasının başarısız olacağı dşnlmştir. Haksız rekabetin ise bilgisayar programlarının kötüniyetli kullanımlara karşı koruma sağlaması mümkün ise de örneğin bilgisayar programının sadece izinsiz olarak kopyalanması karşısında yeterli koruma sağlayamayacağı savunulmuřtur¹¹⁸.

1.2. Patent Koruması

Donanımlara, hukuki şartları sağlaması kaydıyla patent koruması sağlanabilmektedir. Patent korumasının sağlanabilmesi için ilgili donanımın yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olma şartlarını sağlayabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, donanımlarda gerçekleşen yeniliklerin genellikle küçük iyileştirmeler şeklinde ortaya çıktığı, yeni olmasına rağmen buluş basamağı içermediği belirtilmektedir¹¹⁹. Yazılımların donanımlar ile

¹¹⁶ Peter L. Brigss, “IBM Unbundling Biggest Software Event in 1969”, **Computer World**, C.3., S.51, s.15.

¹¹⁷ Murray, s.213; WIPO, “Copyright Protection of Computer Software”, <https://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html> (16.03.2019); Kaypakoğlu, s.10-11; Suluk, s.150; Yusufoğlu, **Bilgisayar Programı**, s.9.

¹¹⁸ CONTU, Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, **The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law**, C.3, S.1, 1981, 53-74, s.70-71; Yusufoğlu, **Bilgisayar Programı**, s.9, 21, 22; Kaypakoğlu, s.35 vd.

¹¹⁹Torremans, s.626.

birlikte çalışıyor olması ve yazılımların teknik yapısı sebebiyle yazılımlara sağlanacak ilk koruma yöntemlerinden birisi patent olarak öne sürülmüş ancak bu koruma yöntemi uzun zamandır tartışılmaktadır. Özellikle A.B.D. ve Avrupa hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir¹²⁰.

Yazılımlara sağlanacak koruma yöntemi üzerine ilk inceleme, A.B.D. Başkanlık Komisyonu tarafından gerçekleştirilmiştir. Komisyon, patent sistemi üzerinde yaptığı çalışmalar sonucunda dönemin patent yasasını ve yapılmasını teklif ettiği değişiklikleri içeren raporunu 1967 yılında sunmuştur. Raporda, USPTO'nun bilgisayar programlarına ilişkin patent başvurularını sınıflandırmaya yarayacak tekniklere ve ön araştırma yapılması için gerekli dosyalara sahip olmadığı belirtilmiştir. Bu sebeple başvuruların değerlendirilemeyeceği, kaldı ki bu teknik imkânlar sağlansa dahi, sürekli yeni bilgisayar programlarının meydana getirilmesi sebebiyle benzerlik araştırmalarının ekonomik olarak yapılamayacağı öne sürülmüştür. Bu araştırma yapılmadan patent verilmesinin herhangi bir araştırmaya dayanmadan sadece varsayımsal bir kayıt olmaktan öteye gitmeyeceğinin altı çizilmiştir. Komisyon, bu gerekçeler yanında, bilgisayar programlarının patent koruması olmadan çok ciddi gelişme gösterdiğini ve telif hakları ile korumanın seçenek dâhilinde olduğunu ifade etmiştir¹²¹.

A.B.D. Başkanlık Komisyonu raporunu takiben konu, mahkemelerin önüne gelmiştir. Bilgi teknolojilerine ilişkin birçok uyuşmazlıkta olduğu gibi bu alanda da ilk davalar A.B.D. mahkemelerinde görülmüştür. 1972 yılında görülen *Gottschalk v Benson* davasında, A.B.D. Yüksek Mahkemesi, yazılım geliştirme için önemli bir süreç olan ikili kodlu ondalık sayıları ikili sayılara çevrilmesi sürecini patentlenebilir bulmamıştır. Hâkim *Douglas* kararının yazılımlara patent koruması getirilmesinin reddi olarak görülmemesi gerektiğini ancak patent koruması kapsamının genişletilerek yazılımlara da uygulanmasının mahkeme kararı ile değil yasaların değiştirilmesi

¹²⁰ Fülürya Yusufoğlu, **Patent Verilebilirlik Şartları** (Patent), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.105; Talat Kaya, "A Comparative Analysis Of The Patentability Of Computer Software", **Ankara Law Review**, C.4, S.1, 43-81, s.45.

¹²¹ The Report of the President's Commission on the Patent System, 2 Şubat 1967, <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=historical> (09.03.2019), s. 12-13; Kaypakoğlu, s.31.

suretiyle sağlanabileceğini belirtmiştir¹²². Hâkim *Douglas*'ın kararı verirken A.B.D. Başkanlık Komisyonu Raporu'ndan etkilendiği ve güçler ayrılığı ilkesini gözettiği açıkça görülmektedir.

1978 yılında görülen *Parker v Flook* davasında, bilgisayar programı içeren ve katalitik konvertörlerdeki güvenlik limitlerini hesaplamaya yarayan sistem patentlenebilir bulunmamıştır. Mahkeme, sistemin bilgisayar programı dışındaki kalan unsur ve süreçlerinin yenilik içermediğini, yeniliğin sadece bilgisayar programının tasarımında görüldüğünü belirterek kararını gerekçelendirmiştir¹²³.

1981 yılında A.B.D. Temyiz Mahkemesi, *Gottschalk v Benson* ve *Parker v Flook* kararlarından farklı olarak, *Diamond v Diehr* davasında matematiksel bir formülün değil sentetik lastiğin fırınlanması sürecinin dava konusu olduğunu belirtmiş ve bilgisayar programını patentlenebilir bulmuştur¹²⁴. Dava konusu buluşta bilgisayar programı, lastiğin ideal sıcaklık ve ideal sürede fırınlanması sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Mahkeme, lastiğin ideal fırınlanması sonucuna ulaşmak için bilgisayar programının kullanılmasının bir zorunluluk olmadığını ancak bilgisayar programının kullanılması ile lastiğin istenenden az veya çok fırınlanmasının önlediğini ifade etmiştir¹²⁵. Böylelikle, bilgisayar programı ile teknik anlamda bir usul işletilmiş ve arzu edilen teknik sonucun ortaya çıkması sağlanmıştır. Mahkeme, kararının sonuç kısmında, özellikle patent kapsamını genişleterek matematiksel formüller üzerine kurulu bilgisayar programlarının etkisine bakılmadan koruma altına alınmasının amaçlanmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, patentlerin temel amaç ve mantığının endüstriyel usullere ilişkin buluşları koruma altına almak olduğu ve bu sürecin bilgisayar programı ile gerçekleştirilmesi sebebiyle patent verilmemesin temel amaca aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir¹²⁶.

¹²² A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63 (1972), para.72, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/409/63/> (09.03.2019); Howard F. Mandelbaum, “Gottschalk v. Benson--The Supreme Court Takes a Hard Line on Software”, *St. John's Law Review*, C.47, S.4, 1973, 635-661, s.659; Kaypakoğlu, s.32.

¹²³ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Parker v Flook*, 437 U.S. 584 (1978), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/584/#588> (09.03.2019); Kaypakoğlu, s.32.

¹²⁴ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Diamond v Diehr*, 450 U.S. 175 (1981), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/450/175.html> (10.03.2019).

¹²⁵ *Ibid*, s.187.

¹²⁶ *Ibid*, s.192.

Diamond v Diehr kararı üzerine A.B.D.’de bilgisayar programları, teknik bir süreci işletmesi ve teknik bir sonuca sebep olması koşuluyla yasal bir düzenleme yapılmaksızın patentlenebilir hale gelmiştir. Günümüzde A.B.D.’de birçok bilgisayar programlı buluşa somut, maddi ve faydalı sonuçlara sebep olması sebebiyle patent koruması sağlanmaktadır¹²⁷.

Avrupa’da EPC md.52/2 düzenlemesi ile bilgisayar programlarının açıkça patent koruması kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir. 2002 yılında, AB Komisyonu, bilgisayar programlarının patent ile koruma altına alınabilmesi için Bilgisayar Aracılığı ile Uygulanan Buluşlara Patent Verilmesine İlişkin Direktif önerisini hazırlamış ancak bu öneri reddedilmiştir¹²⁸. Bununla birlikte; Avrupa Birliği’nde bilgisayar programlarının patent ile koruma altına alınıp alınamayacağı hususu girift bir nitelik taşımaktadır. İlk bakışta kanuni düzenleme dayanak alınarak kolaylıkla patent korumasının bilgisayar programları için toptan reddedildiği sonucuna varılabilir. Açık kanuni düzenleme bulunmasına rağmen bilgisayar programları için patent korumasının tamamen reddedildiği sonucuna varmak hatalı olacaktır. Şöyle ki; bilgisayar programının altında yatan matematiksel formüller ve algoritmaların tek başına patent ile koruma altına alınması mümkün değildir. Bununla birlikte bilgisayar programlarının teknik bir buluşun parçası olması mümkündür. Bu durumda bilgisayar programları, teknik bir buluşun bileşeni olarak fiziki dünyada teknik etki doğurmasıyla patent koruması şemsiyesi altına alınabilecektir¹²⁹.

Bilgisayar programlarının teknik bir buluşun parçası olması ilk bakışta bir istisna gibi gözükse de, gün geçtikçe daha çok bilgisayar programlarının farklı cihaz ve mekanizmaların içerisinde yer aldığı görülmektedir. Üretim bandında yer alan cihaz ve robotlardan, araba ve uçak motorlarına ve hatta kamera lenslerine pek çok cihaz ve mekanizma bilgisayar programları ile teknik işlevlerini yerine getirebilmektedir. Buradaki esaslı soru, bilgisayar programı vasıtasıyla teknik bir işlev ve sonuç meydana gelmekte ve teknik bir sorun çözülebilmekte midir? Bu soru olumlu yanıtlandığı

¹²⁷ Kaya, s.47; Yusufoglu, **Patent**, s.105-106.

¹²⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Patentability of Computer-implemented Inventions.

¹²⁹ Torremans, s.627.

sürece, patent korumasının toptancı bir yaklaşım ile bilgisayar programları için yasaklandığını belirtmek hatalı olacaktır¹³⁰.

Avrupa’da bilgisayar programı destekli patentlere ilişkin önemli bir örnek, VICOM firmasının 1984 tarihinde yaptığı patent başvurusudur. Bu başvuruda VICOM, geliştirdiği dijital görüntü işleme metodu ve aygıtının patent ile koruma altına alınması için EPO’ya başvurmuştur. Başvuru konusu metot ve aygıt dijital görüntünün daha hızlı ve kaliteli işlenmesini sağlamaktaydı ancak bu teknik sonuca bir bilgisayar programı bileşeni sayesinde ulaşılabilmekteydi. Bu kapsamda ilgili bilgisayar programı, *teknik bir sonucu sağlaması* sebebiyle buluşun parçası olarak patent ile koruma altına alınmıştır¹³¹.

1987 yılında bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasına ilişkin önemli bir başka başvuru ise *Koch&Sterzel* olmuştur¹³². Bu başvuruda, x-ray tüpüne aşırı yükleme yapılmadan optimum performansla x-ray cihazının kullanılabilmesi için bilgisayar programlı bir buluş bulunmaktadır. Patent başvurusuna itiraz eden *Philips* ve *Siemens* firmaları, başvuru konusu buluşta yer alan teknik aparat ve bilgisayar programının ayrı ayrı değerlendirme konusu yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. EPO Temyiz Kurulu ise, buluşun teknik anlamda bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, buluşun içerisinde yer alan teknik ve teknik olmayan hususların ayrıştırılarak tek tek ele alınması yerine buluşun bütünü ele alınmasının isabetli olacağını, teknik olmayan hususların buluş içerisinde bulunmasının buluşun tamamının teknik karakterini ve teknik sonuçlarını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Kurul, bilgisayar programlarına da bu ‘teknik bütünlük’ bakış açısıyla bakılması gerektiğini ve teknik bütünlüğü bozacak şekilde bilgisayar programlarının buluştan ayrıştırılamayacağını altını çizmiştir¹³³. EPO Temyiz Kurulu, *Siemens* ve *Philips* firmalarının sunduğu itirazlara rağmen, buluşun patentlenebilir olduğuna karar vermiştir¹³⁴. Bu karar doğrultusunda; bir buluş, patent hukuku kapsamında bir bütün

¹³⁰ Torremans, s. 627.

¹³¹ EPO, T 0208/84, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t840208ep1.html> (25.02.2019).

¹³² Susan J. Marsnik; Robert E. Thomas, “Drawing a Line in the Patent Subject-Matter Sands: Does Europe Provide a Solution to the Software and Business Method Patent Problem?”, **Boston College International and Comparative Law Review**, C.34, S.2, 2011, 227-327, s.281.

¹³³ EPO, T 0026/86, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t860026ep1.html> (10.03.2019)

¹³⁴ Ibid, para.3.4.

olarak değerlendirilmeli, bu değerlendirme yapılırken teknik sonucun ne zaman meydana geldiği veya buluşun ne kadarlık kısmının teknik özellik gösterdiği ne kadarlık kısmının göstermediğinin bir önemi bulunmamaktadır¹³⁵.

IBM'in EPO'ya yaptığı 1997 tarihli başvurularından sonra bilgisayar programlarının bir buluşun parçası olması dışında, programların *per se* (tek başına) patente konu olup olamayacağı gündeme gelmiştir¹³⁶. EPO, *IBM*'in patent başvurularında 'teknik sonuç' göstermeyi ele almış, bilgisayar programlarının donanımlarla arasında gerçekleşen olağan etkileşimden daha öte bir teknik sonucun meydana gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Bilgisayar programlarının çalıştırılması ile mutlaka elektrik akımının oluştuğu ve donanımın çalışmasının sağlandığı ancak bunun patentlenebilir olmayı sağlayacak 'teknik etki' olmadığını, sadece olağan etkileşimler olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte, bilgisayar programının donanım içinde gösterdiği, olağan etkileşimin ötesindeki bazı sonuçların 'teknik etki' olabileceğini ortaya koymuştur¹³⁷. Bilgisayar programlarının donanım içinde gösterebileceği 'teknik etki'ye örnek olarak işlem verimliliğini artırması, işlem güvenliğini sağlaması, işlem hızını artırması gösterilebilir¹³⁸. Bu gibi teknik etkiler, patent korumasının diğer şartlarının sağlanması halinde patentlenebilmektedir.

2000'lere kadar EPO'nun *VICOM* dosyasında 'teknik katkı', *Koch&Sterzel* dosyasında 'teknik bütünlük' ve *IBM* dosyasında 'teknik etki' kıstaslarını uyguladığı görülmektedir¹³⁹. 2000 yılında yapılan *PBS* başvurusunda ise, buluşun parçası bir bilgisayar programı olmamakla birlikte, bir yöntem ve cihaz konu olmuştur. Buluş konusu cihaz, bir bilgisayar programı vasıtasıyla çalıştırılmakta ve sonuç olarak emeklilik geliri hesaplamaları yapılmaktadır. EPO, oluşan sonucun teknik olmadığını, sadece idari, aktüeryal ve finansal nitelikte bilgi üretmeye yönelik olduğunu belirterek başvuruyu patentlenebilir bulmamıştır¹⁴⁰. Bu karar ile EPO, bilgisayar programlarının

¹³⁵ Torremans, s. 628.

¹³⁶ EPO, T 1173/97, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html> (10.03.2019); T 0935/97, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t970935eu1.html>, (10.03.2019)

¹³⁷ EPO, 1173/97, s.15, para.6 vd.

¹³⁸ Yusufoglu, **Patent**, s.107; Kaya, s.75-76.

¹³⁹ Marsnik, Thomas, s.287.

¹⁴⁰ EPO, T 0931/95, PBS, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t950931ep1.html> (10.03.2019), s.10.

dijitler üzerinde gösterdiği etkilerin, yani ticari verilerin, kayıtların ve yazıların üzerindeki sonuçların aranan ‘teknik etki’ olmadığını ortaya koymuştur¹⁴¹.

2004 yılında ele alınan *Hitachi* müzayede usulü başvurusunda EPO, teknik ve teknik olmayan unsurların bir arada ve bütün olarak bir buluş olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Hitachi* başvurusu, buluş basamağı içermediği gerekçesiyle reddedilmiş ancak bununla birlikte bilgisayar programları açısından önemli bir değerlendirme yapılmıştır. EPO başvuruda bir ‘sunucu’, bir ‘istemci’ ve bir ‘ağ’ bulunması sebebiyle bilgisayar programı içeren müzayede usulünün teknik özellik barındırdığını ve bu sebeple, buluş basamağı şartının sağlanamamasından bağımsız olarak, patentlenebilir olma özelliği taşıyabileceğini belirtmiştir¹⁴².

2006 yılında *Microsoft, Windows* işletim sistemi içerisinde bir uygulamada yer alan ve dosya biçiminde olmayan yazı vs. gibi verilerin bir başka uygulamaya aktarılmasına yarayan *Clipboard* sistemi için iki adet patent başvurusunda bulunmuştur. EPO, çok ince ve hassas bir ayrıma giderek bilgisayar programı ve bilgisayar iç çalışma süreçlerinin birbirinden farklı olduğunu, bilgisayar programının bir takım komutların sıralanmasından ibaret olduğunu ancak bilgisayar iç çalışma sürecinin bilgisayarın iç birimlerinde gerçekleşen teknik etkileşimler olduğunu belirtmiştir¹⁴³. EPO, bilgisayar programı ile bilgisayar tarafından yürütülen metotları birbirinden ayırtmakta, bilgisayar tarafından yürütülen metotlarda, bilgisayarların iç işleyişinde teknik etkilerin meydana geldiğini ifade etmektedir¹⁴⁴. Başvuru konusu buluşun, teknik bir sorunu çözdüğü, bu teknik sorunun, dosya halinde olmayan verilerin aktarılacak bir başka programda dosya haline getirilmesi olduğunu¹⁴⁵ ve buluşun herhangi bir donanım ve program unsuru arasında veri işlemeye yönelik basit bir etkileşimi aştığını belirtmiştir¹⁴⁶. Bu tespit dolayısıyla *Windows Clipboard* başvurularının EPC md.52/2 sınırlandırmasına takılmadığı sonucuna varılmıştır¹⁴⁷. EPO, farklı ortamlar arasındaki veri geçişi sağlaması sebebiyle *Clipboard*’un teknik bir

¹⁴¹ Marsnik, Thomas, s.287-288; Kaya, s.76.

¹⁴² EPO, T 0258/03 (Auction method/HITACHI), <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030258ep1.html>, (11.03.2019), para.3.7.

¹⁴³ EPO, T 0424/03, Clipboard Formats I, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030424eu1.html> (11.03.2019).

¹⁴⁴ *Ibid*, para.5.1.

¹⁴⁵ *Ibid*, para.5.2.

¹⁴⁶ *Ibid*, para.5.3.

¹⁴⁷ *Ibid*, para.5.1.

soruna çözüm getirdiği sonucuna varmış, bilgisayar programı ile bilgisayar programı içeren bir usulün arasına çok ince ve zorlu bir çizgi çizmiştir¹⁴⁸. Bu yeni kıstasa, ‘herhangi bir donanım’ (*any hardware*) yaklaşımı adı verilmiştir¹⁴⁹.

10 Mart 2021 tarihinde EPO, yayaların hareketlerini modelleyen ve canlandıran bir bilgisayar simülasyonunun patentlenebilirliğine ilişkin kendisine yönlendirilen soruları ele almıştır¹⁵⁰. EPO, ilk olarak teknik bir sistem veya yöntemin parçası olan bilgisayar simülasyonun patentlenebilirliğini değerlendirmiş ve simülasyonun bilgisayar üzerinde gerçekleştirdiği canlandırma haricinde teknik bir etki göstererek teknik bir problemi çözmesi halinde buluş basamağı içerdiğini belirtmiştir¹⁵¹. İkinci olarak ise bilgisayar simülasyonunun teknik prensiplerle meydana getirilmesinin tek başına, buluş basamağı içermek için yeterli olmadığının altını çizmiştir¹⁵². Son olarak ise bilgisayar simülasyonunun tasarımı doğrulama işlevi gören bir yöntemin parçası olmasının ilk iki soruya verilen cevabı değiştirmeyeceğini vurgulamıştır¹⁵³. Sonuç olarak EPO, bilgisayar simülasyonunun patentlenebileceğini ancak sadece simülasyonun teknik prensiplerle meydana getirilmesinin veya bir doğrulama prosedürünün parçası olmasının patentlenebilirlik için yeterli olmadığına hükmetmiştir.

Avrupa’da, patent koruması için bilgisayar programından beklenen elektrik akımları ve olağan etkileşimlerin ötesinde teknik sonuçlar göstermesine yönelik ‘teknik etki’ yaklaşımından başlayan süreç, ‘herhangi bir donanım’ yaklaşımına kadar ilerlemiş ve bilgisayar programı içeren buluşların, bu yaklaşımlar kapsamında EPC md.52/2 kapsamına girmeyebileceği sonucuna gelinmiştir. Sonuç olarak; A.B.D.’nin bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasının önünü açan yaklaşımına kıyasla Avrupa’da bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasına ilişkin çok net olmayan ve üstü kapalı bir yönelim olduğu söylenebilir.

¹⁴⁸ Murray, s.247; Marsnik, Thomas, s.287-288.

¹⁴⁹ Brad Sherman, “Computer Programs As Excluded Patentable Subject Matter”, **WIPO SCP/15/3**, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex2.pdf, (11.03.2019), s.15.vd; Marsnik, Thomas, s.288.

¹⁵⁰ EPO, G 0001/19, T 0489/14, (Pedestrian Simulation) Bentley Systems Limited, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/g190001ex1.html>, (21.08.2021).

¹⁵¹ *Ibid*, s.63-64.

¹⁵² *Ibid*, s.64-65.

¹⁵³ *Ibid*, s.65.

EPC'ye paralel olarak, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda patent verilemeyecek haller sayılmıştır. SMK md.82/2'de sayılan patent verilemeyecek haller arasında bilgisayar programları açıkça yer almaktadır:

“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:

...

c) Bilgisayar programları.”

A.B.D. yazılım endüstrisinin dünya ve özellikle Avrupa üzerindeki etkisini artırması sonucunda, bilgisayar programlarına tanınan patent korumasının kapsamı gittikçe genişlemeye başlamıştır. Her ne kadar AB üyesi olmasa da, EPC'nin tarafı olarak Türkiye'nin bilgisayar programlarına patent verilmesine ilişkin gelişmeleri görmezden gelmesi mümkün değildir. Ayrıca EPC kapsamında başka ülkelerin patent ofislerince verilen patent başvurularında, gerekli şartların sağlanması ve ücretlerin ödenmesi halinde ilgili bilgisayar programına Türkiye sınırları içerisinde patent koruması sağlanabilmektedir. Yabancı ülke patent ofisleri üzerinden yapılan başvuruların patent ile sonuçlanmasına rağmen Türkiye içinde Türk Patent ve Marka Kurumu'na yapılan başvuruların reddedilmesi eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla SMK'nın açık düzenlemesine rağmen, bilgisayar programının bir buluşun parçası olarak ¹⁵⁴ ve teknik etki göstermesi halinde tek başına korunacağının kabulü gerekmektedir¹⁵⁵. Kanımızca, zaman ilerledikçe ve yazılım endüstrisi Türkiye içinde büyüdükçe bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasının kapsamı da genişleyecektir.

1.3. Sui Generis Koruma

1967 tarihli A.B.D. Başkanlık Komisyonu Raporu ve takip eden A.B.D. mahkeme kararları üzerine, yazılım endüstrisi, patent korumasına alternatif olacak başka koruma yöntemlerini aramaya başlamıştır. IBM'in donanım ve yazılımları ayırtırma hamlesinin hemen üzerine, bazı hukukçular tarafından, bilgisayar programlarına özgü ayrı bir hukuki koruma yönteminin kanunla düzenlenmesi

¹⁵⁴ Tekinalp, s.547.

¹⁵⁵ Kaya, s.79 vd; Yusufoğlu, **Patent Verilebilirlik**, s.105 vd; Suluk, Karasu, Nal, s.150.

gerektiği öne sürülmüştür. Bu fikrin başta gelen savunucularından ve aynı zamanda IBM'in danışmanlarından olan *Elmer Galbi*, patent, telif hakları, ticari sır ve sözleşmeler ile bilgisayar programlarına kısmen koruma sağlanabildiği ancak bilgisayar programlarının karakteristik özellikleri sebebiyle geleneksel alanlar dışında yeni bir koruma yöntemi getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda bilgisayar programlarına sağlanacak *sui generis* koruma düzenlemelerine A.B.D. telif hakları yasası altında ve USCO idaresinde; patent yasası altında ve USPTO idaresinde veya tamamen bağımsız bir yasa altında yer verilebileceğini öne sürmüştür¹⁵⁶.

Galbi'nin önerdiği sistemde, bilgisayar programlarının basit bir şekilde tescili sağlanmalıdır. Tescil esnasında bilgisayar programını meydana getiren başvuru, (i) bilgisayar programının genel konseptini yazılı olarak açıklamalı, (ii) bilgisayar programının bir kopyasını teslim etmeli, (iii) bilgisayar programının detaylı dokümantasyonunu hazırlayarak sunmalı ve (iv) programın özgün olduğunu yazılı olarak taahhüt etmelidir¹⁵⁷. *Galbi*'ye göre tescil esnasında programın özgünlüğü ve çalışır durumda olup olmadığına yönelik herhangi bir test olmamalı, sadece başvuru unsurlarının eksiksiz olduğu incelenmelidir¹⁵⁸. Ayrıca programın sunulan kopyasının halka açık olarak tutulup tutulmayacağı, başvuru tarafından seçilmeli ancak kanun ile belirlenecek koruma süresinin sonunda program tescil kuruluşu tarafından herkesin erişimine açılmalıdır¹⁵⁹. *Galbi*'ye göre; bilgisayar programlarına tanınacak hukuki korumanın süresi, teknolojinin gelişim hızına uygun olarak kısa olmalı, 5 ila 10 yıl arasında belirlenmelidir¹⁶⁰. Tescil edilmeyen programlar ise, tescil edilme yönünde niyetin olduğunu belirten ifadeler ile işaretlenmek kaydıyla 1 yıl boyunca hukuki korumadan yararlanabilmelidir¹⁶¹.

Galbi, bilgisayar programlarının tescil edilmesine rağmen (i) teknik uzmanlarca yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli uzunluk ve giriftliğe sahip olmayan, (ii) belirlenecek kurallara ve sembollere göre işaretlenmeyen ve (iii) tescil esnasında yeterli teknik dokümantasyon sağlanmayan programların hukuki korumadan yararlanmaması gerektiğini öne sürmektedir¹⁶². Ayrıca bilgisayar programlarının

¹⁵⁶ Elmer Galbi, "Proposal for New Legislation to Protect Computer Programming", **Bulletin Copyright Society of U.S.A.**, 1970, 280-296, s.280-281.

¹⁵⁷ *Ibid*, s.285-286.

¹⁵⁸ *Ibid*, s.285.

¹⁵⁹ *Ibid*, s.284.

¹⁶⁰ *Ibid*, s.288.

¹⁶¹ *Ibid*, s.289.

¹⁶² *Ibid*, s.286-287.

güncellenmiş ve modifiye edilmiş versiyonlarının bağımsız bir tescil başvurusuna konu edilmesi gerektiğini, tescil başvurusunun yapılmaması ve ilk tescilin süresinin sona ermesi halinde, güncellenmiş ve modifiye versiyonlarının hukuki korumadan yararlanmaması gerektiğini belirtmektedir¹⁶³.

Joseph Scafetta, bilgisayar programlarına sağlanacak en iyi korumanın patent benzeri bir koruma ile olabileceğini ve bilgisayar programlarına özgü, faydalı model benzeri daha basit/ikincil bir patent¹⁶⁴ türü oluşturulabileceğini ifade etmiştir. Bu modelde 5, 8.5 ya da 10 yıllık daha kısa bir koruma dönemi belirlenebileceğini, tescil için yenilik, orijinallik ve fonksiyonellik kriterlerinin aranması gerektiğini öne sürmüştür. Ancak yazar, ileri sürdüğü modelde de, A.B.D. Başkanlık Komisyonu Raporu'nda belirtilen engeller ile aynı şekilde karşılaşılacağını belirtmektedir¹⁶⁵.

Bir başka görüşte ise; patent ve telif hakları karması bir metot ile bilgisayar programlarına *sui generis* bir koruma sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Telif hakları kapsamında korunan ifade unsuru ve patent kapsamında korunan yenilikçi düşünce unsurunun her ikisinin de bilgisayar programlarının korunmaya değer bileşenleri olduğu belirtilmiştir¹⁶⁶.

Kay H. Pierce, telif haklarının bilgisayar programları için sağladığı korumanın kısmi kaldığını savunmaktadır. Yazar, bilgisayar programları USCO nezdinde tescil edilse dahi, bu tescilin sadece doğrudan kopyalamayı engelleyebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca korumanın ancak bilgisayar programının kamuya arz edilmesi ile başladığını ve belirtilen bu iki hususun da program endüstrisinin beklentilerini karşılamakta yetersiz olduğunu ifade etmektedir. Yazar, hem program endüstrisi hem de devletin ihtiyaçlarına cevap verilebilmesi için ucuzca idare edilebilen ve hakların etkin olarak kullanılabildiği girift ve hibrid bir sistem oluşturulması gerektiğini öne

¹⁶³ *Ibid*, s.289.

¹⁶⁴ İngilizce: "petty patent"

¹⁶⁵ Joseph Scafetta, Jr., "Computer Software Protection: The Copyright Revision Bills and Alternatives", **The John Marshall Law Review**, C.8, S.3, 1975, 381-399, s.397-398.

¹⁶⁶ Michael Alan Pope; Patrick Bruce Pope, "Protection of Proprietary Interests in Computer Software", **Alabama Law Review**, C.30, S.3, 1979, 527-560, s.553.

sürmektedir. Bu kapsamda, patent benzeri ancak daha kısa süreli hakkın programın yaratıcısına tanınmasının faydalı olacağını belirtmektedir¹⁶⁷.

Reichman, bilgisayar programlarına telif hakları ve patent ile sağlanmaya çalışan korumanın, aslında iki kurum ile de bağdaşmadığını; telif hakları ve patentler arasında sıkışmış, melez bir alan yaratıldığını öne sürmektedir. Şirketlerin baskısıyla bu melez koruma şeklinin oluşturulmasının program yaratıcısı şirketlere, olması gerektiğinden daha fazla yetki ve münhasırlık tanıdığını, bu münhasırlığın toplum menfaatleriyle uyuşmadığını ifade etmektedir. Yazar, bilgisayar programlarının önceki dönemlerde yaratılmış olan programların üzerine geliştirmeler eklenerek yaratıldığını dolayısıyla uzun süreli ve çok kapsamlı koruma tanınmanın teknik gelişmeyi olumsuz etkileyeceğini belirtmektedir. Yazarın öne sürdüğü *sui generis* koruma şekli ise; programların herkese açık olarak tutulması ve program yaratıcıları için bir fon oluşturularak yeni program yaratmak isteyenlerin bu fona lisans ücreti ödemesi, toplanan bu fondan yaratıcılara pay verilmesinden ibarettir. Bu düzene aykırı kullanımların ise haksız rekabet, ticari sır ve anti-tekel hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi sonucu oluşturulacak yaptırımlarla önlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁸.

Yukarıda yer verilen ve özellikle *Elmer Galbi*'nin görüşlerinden etkilenen A.B.D. kongre üyesi *Hamilton Fish Jr.*, bilgisayar programlarına *sui generis* koruma getiren yasa teklifini sunmuştur. Sunulan yasa teklifine karşı çıkanlar, teklifin kusurlar barındırdığını, teklifte *IBM*'in öne sürdüğü görüşlerden ciddi oranda etkilendiğini ve *IBM*'in piyasadaki tekel konumunu devam ettirmesine sebep olacağı ifade etmiştir. Bu gerekçeler ve mahkeme içtihatlarının boşlukları başarı ile doldurduğu düşüncesi ile teklif reddedilmiş ve döneminin yasalarına ciddi bir müdahalenin gerek olmadığı görüşü ağır basmıştır¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Kay H. Pierce, "Copyright Protection for Computer Programs", **Copyright Law Symposium**, C.30, 1980, 1-32, s.21-30.

¹⁶⁸ J.H. Reichman, "Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms", **Columbia Law Review**, C.94, 1994, 2432-2558, s.2534 vd.

¹⁶⁹ Murray, s.214; Kaypakoğlu, s.44 vd.

1.4. Telif Hakkı Koruması

Bilgisayar programlarının ekonomik bir değer olarak ortaya çıkmasına rağmen patent korumasının ilk başlarda sağlanamaması ve *sui generis* koruma yönteminin uygulanabilir olmaması sonucunda, en gerçekçi seçeneğin telif hakkı koruması olduğu düşünülmüştür. Ayrıca, bilgisayar programlarının kaynak kodu halinde programlanmasının telif hakları altında korunan edebi eserlerle benzerlik göstermesi sebebiyle telif hakları korumasının en uygun seçenek olacağı düşünülmüştür¹⁷⁰.

1964 yılında USCO, her ne kadar A.B.D. telif hakkı yasasında açık bir hüküm bulunmasa dahi, bilgisayar programlarının telif hakkı kaydının yapılmaya başlanacağını duyurmuştur¹⁷¹. 1976 yılında ise, A.B.D. Kongresi'nin yeni telif hakları yasasını sunması ile bilgisayar programlarının telif hakları ile korunması yönünde bir seçim yapıldığı görülmüştür¹⁷². Yeni yasanın edebi eserler tanımında, kitap, günlük, el yazısı, teyp, disk gibi vücuda getirildikleri materyallere bakılmaksızın yazı, rakam, sembol, belirtici gibi her türlü çalışmanın edebi eser sayılacağı düzenlenmiştir¹⁷³. Yeni yasa ile bilgisayar programlarının korunmasına yeşil ışık yakılmış olsa dahi, bu korumanın kapsamının ne olacağı, bilgisayar programı eser sahiplerine diğer edebi eser sahiplerinden farklı düzenlemeler getirilmesinin gerekli olup olmadığı belirsizliğini korumuştur. Bu belirsizliklerin giderilmesi için CONTU (Telifli Eserlerin Yeni Teknolojilerle Kullanmasına İlişkin Ulusal Komisyon) ¹⁷⁴ görevlendirilmiştir¹⁷⁵.

CONTU, yürüttüğü araştırmalar sonucunda, 31 Temmuz 1978 tarihinde 154 sayfalık bir nihai rapor hazırlamıştır. Raporda, öncelikle dönemin telif yasasında değişiklik yapılarak, bilgisayar programlarının telif hakları ile koruma altına alındığına yönelik açık düzenleme yapılması önerilmiştir¹⁷⁶. Programların artık donanımın ögesi, yani makine parçaları olarak değil, ayrı bir çalışma olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiş; bunun yanında programların kullanılmasıyla elde edilen sonucun, programın

¹⁷⁰ Bainbridge, **IT Law**, s.35; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.9.

¹⁷¹ USCO, "Announcement from the Copyright Office, Copyright Registration for Computer Programs", **11 Bulletin Copyright Society of U.S.A.**, 1964, s. 361; Scafetta, s.383.

¹⁷² Murray, s.214; Kaypakoğlu, s.10-11.

¹⁷³ A.B.D. Telif Hakkı Yasası – US Copyright Act 1976, §101 · (Definitions).

¹⁷⁴ National Commission On New Technological Uses Of Copyrighted Works.

¹⁷⁵ Murray, s.215.

¹⁷⁶ CONTU, s.54.

eser niteliğine sahip olup olmadığına karar verirken herhangi bir etkisinin olmadığı belirtilmiştir¹⁷⁷. Programların unsurları olan kaynak kodu, makine kodu ve akış şemalarının bir fikri çabanın ürünü olmaları şartıyla telif hakları ile koruma altına alınması gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁷⁸. Komisyonun içindeki bazı üyeler ve yazarlar tarafından, CONTU'nun vardığı sonucun hatalı olduğu belirtilerek makine kodunun sadece makineler tarafından okunabilir bir formda olması sebebiyle telif hakları korumasının makine koduna sağlanmaması gerektiği yönünde eleştiriler yöneltilmiştir. Bununla birlikte; baskın görüş doğrultusunda, bilgisayar programlarına tüm unsurları ile birlikte kanun kapsamında telif hakkı koruması, 1980 yılında sağlanmıştır¹⁷⁹.

A.B.D.'nin ticari yaptırım tehdidi ve baskısı karşısında Filipinler'de, A.B.D. ile yapılan ticari anlaşmalar doğrultusunda, Kasım 1972'de bilgisayar programlarına telif hakkı koruması sağlanmak zorunda kalmıştır¹⁸⁰. Filipinler baskı ile telif hakkı koruması sağlarken, İngiltere'de bilgisayar programlarının nasıl korunacağı üzerine farklı görüşler öne sürülmekteydi. 1956 tarihli İngiliz Telif Hakları Yasası'nda bilgisayar programlarına ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktaydı¹⁸¹. Bu dönemde bir görüş, bilgisayar programı içeriğinin kâğıt üzerinde listelenmesinin edebi eser olarak koruma altına alınacağını öne sürmüştü; kaynak kodunun listelenmesinin yazılı İngiliz diline benzer olduğu belirtilmiştir¹⁸². Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin İngiltere'de görülen ilk uyuşmazlıklardan bir tanesi *Sega Enterprises Ltd v Richards* olmuştur¹⁸³. Bir kurbağayı arabalar tarafından ezilmeden yolun karşısına

¹⁷⁷ *Ibid*, s.21.

¹⁷⁸ *Ibid*, s.76.

¹⁷⁹ Özellikle komisyon üyelerinden John Hersey ve komisyon başkan yardımcısı Melville B. Nimmer, makinelerin okuyabildiği makine koduna koruma sağlanmasının mevcut telif hakkı sistemine uymadığını belirtmişlerdir. Komisyon üyelerine ek olarak yazar Pamela Samuelson de makine koduna telif hakkı koruması sağlanmasının tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Pamela Samuelson, "CONTU Revisited: The Case Against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form" (CONTU), **Duke Law Journal**, 1984, 663-769, s.666 vd.); Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.9.

¹⁸⁰ Grace P. Nerona, "The Battle Against Software Piracy: Software Copyright Protection in Philippines", **Pacific Rim Law & Policy Journal**, C.9, S.3, 651-680, s.663; Shan Wu, "Reflections on our Computer Software Intellectual Property Protection", **International Conference on Management Science and Management Innovation**, Dordrecht, Atlantis Press, 2014, s.50.

¹⁸¹ UK Copyright Act 1956, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1956/74/contents/enacted>, (02.07.2019).

¹⁸² Bainbridge, s.34.

¹⁸³ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkeme Kararı, *Sega Enterprises v Richards*, [1983] FSR 73 (Bainbridge, **IT Law**, s.34).

geçirme temalı *Frogger* adlı oyunun kaynak kodlarının, davalı tarafından kullanılarak benzer ve rakip bir oyun programlanmasının telif hakları ihlali olup olmadığı değerlendirilmiştir. Her ne kadar esasa girilmeden sadece tedbir talebine ilişkin bir değerlendirme yapılmış olsa da, mahkeme, bilgisayar programı kaynak kodunun telif hakları kapsamında eser olarak, makine kodunun ise kaynak kodunun uyarlanmış hali olarak koruma altında olacağı yönünde karar vermiştir¹⁸⁴.

Sega Enterprises Ltd v Richards kararından sonra İngiliz Telif Hakları Yasası'nın bilgisayar programlarına telif hakkı koruma konusunda yeterli esnekliğe sahip olduğu düşünülse de, 1984 yılında bir Anglosakson ülkesi olan Avustralya'da verilen bir karar, yazılım endüstrisinde paniğe sebep olmuştur. *Computer Edge Pty Ltd* şirketinin, *Apple II* mini bilgisayarının tasarımının kopyalanması ile üretilen *Wombat* bilgisayarlarını Tayvan'dan getirtmesi üzerine, *Apple* tarafından şirkete karşı telif hakkı ihlali kapsamında dava açılmıştır. Davalı şirket ilk savunmalarında *Wombat* bilgisayarlarında *Apple*'a ait programların yüklü olmadığını belirtmiş ancak daha sonra *Wombat* içerisinde yer alan 3 silikon çip üzerinde *Apple* programcılarının adlarının bulunduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine davalı şirket, çipler üzerinde yer alan kodların 1968 tarihli Avustralya Telif Hakları Yasası kapsamında korunamayacağını öne sürmüştür. Uyuşmazlığı inceleyen mahkeme, bilgisayar programlarının edebi eser olarak nitelenemeyeceğine, bir çalışmanın edebi eser olması için mutlaka bilgi veya zevk verme özelliğinin olması gerektiğine ancak bilgisayar programının sadece bir işlemler ve komutlar sıralamasından ibaret olduğuna karar vermiştir. Bilgisayar programlarının telif hakkı ile koruma altına alınmasının ancak yasa koyucunun tercihi ve bu yönde bir yasal değişiklik yapması ile mümkün olabileceğini ifade etmiştir¹⁸⁵.

A.B.D. dışında, esas hakkında tam yargılama yapılan ilk Anglosakson hukuku dosyasında, bilgisayar programlarının kendiliğinden telif hakları kapsamında korunmayacağına dair verilen karar, yazılım endüstrisinde karışıklığa neden olmuştur.

¹⁸⁴ Bainbridge, *IT Law*, s.34; Murray, s.215.

¹⁸⁵ Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Apple Computers Inc v Computer Edge Pty Ltd*, [1983] FCA 328, (Bainbridge, *IT Law*, s. 35 vd.); Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Apple Computers Inc v Computer Edge Pty Ltd*, [1983] FCA 328, (Bainbridge, *IT Law*, s. 35 vd.); Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Apple Computers Inc v Computer Edge Pty Ltd*, [1984] FSR 481, (Bainbridge, *IT Law*, s.35 vd.).

Bu yıkıcı etkinin bir an önce giderilmesi için *FAST*¹⁸⁶ adlı grup başta olmak üzere, lobi çalışmaları yapılmış ve yasa koyucuların acil olarak müdahalesi sağlanmıştır.

A.B.D.'de tam kapsamlı olarak bilgisayar programlarına telif hakkı koruması 1980 yılında getirilmişken¹⁸⁷, Avustralya'da 1984¹⁸⁸, İngiltere'de ise 1985¹⁸⁹ yılında yapılan değişikliklerle koruma sağlanmıştır. 1988 yılında ise, İngiltere'de telif hakları, tasarımlar ve patentleri düzenleyen yeni bir kanun yürürlüğe girmiştir¹⁹⁰. Bu kanun ile bilgisayar programları, hazırlık çalışmaları ve veri tabanları edebi eser kategorisi altında telif hakları koruması kapsamına alınmıştır. Kanunun hızla gelişen yeni teknolojiler karşısında, esnekliğini koruması, güncelliğini yitirmemesi ve kısıtlayıcı hale gelmemesi için özellikle bilgisayar veya bilgisayar programı kavramları tanımlanmamıştır¹⁹¹.

Bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin doğrudan düzenleme içermemesine rağmen, uluslararası alanda bilgisayar programlarının telif hakları ile korunmasına etkisi olan temel metinlerden ilki Bern Konvansiyonudur¹⁹². 9 Eylül 1886 tarihinde İsviçre'nin Bern kentinde imzalanan Bern Konvansiyonu, edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasını konu edinmektedir. Konvansiyonun 2. maddesinde nelerin edebiyat ve sanat eseri sayılacağı düzenlenmiş; ifade ediliş biçimi veya formu ne olursa olsun edebi, bilimsel ve sanatsal alanda yapılan çalışmaların edebiyat ve sanat eseri olduğu kabul edilmiştir. Konvansiyonun diğer maddelerinde sağlanacak asgari korumanın kapsamı, korumanın süresi gibi temel ilkeler ortaya konmuştur. Ayrıca telif hakları koruması sağlanması için herhangi bir formalite aranmayacağı ve telif hakkının eserin meydana getirilmesi ile kendiliğinden doğacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte; Konvansiyonun en önemli başarısı, üye ülkelerin telif hakları

¹⁸⁶ The Federation Against Software Theft.

¹⁸⁷ Title 17 Copyright Law of the United States, <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>, (02.07.2019).

¹⁸⁸ Copyright Amendment Act 1984 No. 43, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A02907>, (02.07.2019).

¹⁸⁹ Copyright (Computer Software) Amendment Bill, https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1985/may/10/copyright-computer-software-amendment#S5LV0463P0_19850510_HOL_45, (02.07.2019).

¹⁹⁰ UK Copyright, Designs and Patents Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>, (02.07.2019).

¹⁹¹ Bainbridge, *IT Law*, s.34; Murray, s.215-216; Torremans, s.631.

¹⁹² Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698, (02.07.2019).

koruması yönünden bir birlik oluşturarak eser sahiplerinin haklarının kendi ülkeleri dışında da korunmasını sağlamasıdır¹⁹³.

Bern Konvansiyonun geniş kapsamlı ‘edebiyat ve sanat eseri’ tanımı, daha sonra imzalanacak olan Ticaretle Bağlantılı Telif Hakları Sözleşmesi (TRIPS) ile bir araya gelince bilgisayar programlarına telif hakkı koruması sağlanmasına yönelik açık düzenleme meydana gelmiştir. Bu konuda *Dalyan*, TRIPS düzenlemesi olmasa dahi, Bern Konvansiyonunun geniş edebiyat ve sanat eseri tanımı sayesinde bilgisayar programlarının kapsam içine gireceğini belirtmektedir¹⁹⁴.

TRIPS’in 10. maddesinde, bilgisayar programlarının kaynak kodu veya makine kodu halinin Bern Konvansiyonu altında edebi eser olarak telif hakkı koruması sağlanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca fikri çaba sonucunda oluşturulan, bilgisayarlar tarafından okunabilir-işletilebilir formda veya başkaca formlarda olan her türlü derleme ve düzenleme ürün de telif hakkı koruması altına alınmıştır. 11. maddede, eser sahiplerine bilgisayar programını ticari olarak kiraya verme veya kiraya vermeyi engelleme yetkisi tanınmıştır.

Türkiye’nin 2008 yılında katıldığı¹⁹⁵ Bern Konvansiyonunun özel bir alt sözleşmesi olarak nitelenen WIPO Telif Hakları Sözleşmesi (WCT)¹⁹⁶, özellikle bilgisayar programlarının ve veri tabanlarının korunması amacıyla 1996’da taraf ülkelerce kabul edilmiştir. WCT 4. maddesinde, bilgisayar programlarının hangi biçimde ifade edilirse edilsin Bern Konvansiyonun 2. maddesi uyarınca telif hakları ile korunacağı düzenlenmiştir. Bern Konvansiyonu, üye ülkelere telif haklarının koruma altına alınması için formaliteden arınmış, yani tescil ve örnek sunma

¹⁹³ Tekinalp, s.67 vd.; WIPO, “Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)”, https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html (21.03.2019); U.S. Congress, Office of Technology Assessment, **Computer Software and Intellectual Property, Background Paper**, Washington, U.S. Government Printing Office, 1990, s.25 vd.

¹⁹⁴ Dalyan, s.56-57.

¹⁹⁵ WIPO, WIPO Copyright Treaty – Contracting Parties, https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 (03.04.2019).

¹⁹⁶ WCT md.1: “(1) Bu Andlaşma, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına Dair Bern Sözleşmesince oluşturulan Birliğin üyesi olan Âkit Taraflar bakımından, anılan Sözleşmenin 20 nci maddesi anlamında özel bir andlaşmadır. Bu Andlaşma, Bern Sözleşmesi dışındaki andlaşmalarla hiçbir şekilde bağlantı olmayacaktır ve diğer andlaşmalarda düzenlenen haklar ve yükümlülöklere hâlel getirmeyecektir.”

gerekliliklerinin olmadığı bir sistem oluşturma zorunluluğu getirmiştir¹⁹⁷. Ek olarak, yayma hakkı (md.6)¹⁹⁸, kiralama hakkı (md.7), kamuya iletim hakkı (md.8) ve dikkat çekici olarak teknolojik koruma önlemlerinin etkisiz hale getirilmesine karşı yasal yükümlülük ve yaptırımlar (md.11) düzenlenmiştir¹⁹⁹.

Avrupa Birliği'nde, o yıllarda Avrupa Topluluğu, bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin ilk düzenleme 1991 yılında yapılmıştır. Bilgisayar Programlarının Korunması Hakkında Avrupa Topluluğu Direktifi²⁰⁰ ile üye ülkeler arasındaki yeknesaklığı sağlamak, bilgisayar programlarının farklı üye ülkelerde, farklı şartlarda ve kapsamda korunmasını önlemek amaçlanmıştır²⁰¹. Son olarak, 2009 yılında 2009/24/EC sayılı Bilgisayar Programlarının Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi yayınlanmıştır²⁰². Direktif, önceki 1991 tarihli Avrupa Topluluğu Direktifi'ni yürürlükten kaldırmış ve üye ülkeler tarafından bilgisayar programlarına sağlanacak genel çerçeveyi ve asgari koruma düzeyini belirlemiştir. Bu kapsamda bilgisayar programlarının korunabilmesi için sadece orijinal olma kistasının aranması gerektiği düzenlenmiştir. Orijinal olma kistası ise, üye ülkelerin iç hukuku kapsamında değerlendirilecektir.

Telif Haklarının genişletilerek bilgisayar programlarına koruma sağlanması WIPO tarafından tercih edilen yöntem olmasının yanında, bazı avantajları da barındırmaktadır. En belirgin avantajlardan bir tanesi, telif hakkının doğması için tescilin gerekmiyor olması, dolayısıyla ülkelerin patent ofislerinin iş yükünün artmayacak olmasıdır. Telif hakları, eserin vücuda getirildiği anda doğmakta ve tescil imkânı olsa dahi, tescil ihdasi nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle bilgisayar

¹⁹⁷ WIPO, “Copyright Protection of Computer Software”, <https://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html> (16.03.2019).

¹⁹⁸ Mustafa Aksu, “Fikir Ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuza Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi” (Yayma Hakkı), *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, S.1, 2015, 1-28, s.11-12.

¹⁹⁹ Türkçe metin için bkz. <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR-14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html> (03.04.2019).

İngilizce metin için bkz. <https://wipo.int/wipolex/en/text/295157> (03.04.2019).

²⁰⁰ Tam İngilizce metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0250&from=EN>, (02.07.2019).

²⁰¹ Yusufoglu, *Bilgisayar Programı*, s.12; Dalgan s.60; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.32;

²⁰² Tam İngilizce metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:EN:PDF> (03.04.2019).

programcılarını, kodlarını yazıp bilgisayar programını meydana getirdikleri anda, program üzerindeki telif haklarına kendiliğinden sahip olmakta ve haklarının tescili için ülkelerinin patent ofislerine başvuru yapma zorunluluğu altına girmemektedirler. Bu zorunluluğun bulunmaması, patent ofislerini altından kalkamayacakları bir başvuru-inceleme-tescil yükünden kurtarmaktadır. Bilgisayar programlarına telif hakkı koruması sağlanmasının bir başka avantajı, ‘eser’ olarak koruma altına alınma kıstasının patente kıyasla daha geniş kapsamlı olması, buluş basamağı içerme ve tekniğin bilinen durumunu aşma gereksinimleri bulunmaması sebebiyle bir ön araştırma sistemi ve veritabanına ihtiyaç duymamasıdır.

Bilgisayar programlarının telif hakkı altında korunmasının, patent ile korunmasına kıyasla bir başka avantajı ise, teknik bir ön araştırma gereksiniminin olmamasıdır. Patent koruması sağlanmasına ilişkin önemli teknik zorluklardan biri, tekniğin bilinen durumunu araştırmayı sağlayacak bir bilgisayar programı veritabanı oluşturmaktır. Bilgisayar programlarının seri olarak ve yoğun bir şekilde vücuda getiriliyor olmasından dolayı bilgisayar programlarından oluşacak veri tabanının çok kapsamlı olması ve bu kapsamlı veri tabanında hızlıca benzerlik araştırması yapılmasını sağlayacak özelliklerin bulunması gerekmektedir. Bu sebeple patent başvurularının incelenmesine yarayacak bilgisayar programlarından oluşan bir veri tabanını hazırlamak ciddi emek ve masraf gerektirmektedir. Telif hakları koruması sağlanması durumunda, buluş basamağı ve tekniğin bilinen durumuna ilişkin inceleme ihtiyacının olmaması sebebiyle veri tabanı hazırlamak için gerekli emek ve masraftan tasarruf edilmiş olmaktadır²⁰³.

Türkiye, Gümrük Birliği üyesi olmasıyla birlikte, Avrupa Birliği, o dönemki adıyla Avrupa Topluluğu ile mevzuatın yeknesaklaştırılması çalışmalarına başlamıştır. Bu kapsamda; 1995 yılından günümüze, uygulamada en sorunlu alanlardan biri fikri mülkiyet hakları olmuştur. Türkiye bu alandaki ilk çalışmasını, 4110 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda değişiklik yaparak gerçekleştirmiş ve bilgisayar programlarını bir edebi eser alt türü olarak kabul ederek bilgisayar programlarının telif hakkı korumasından yararlanmasını sağlamıştır²⁰⁴.

²⁰³ Murray, s.214.

²⁰⁴ Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.13.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.2:

“ İlim ve edebiyat eserleri şunlardır: 1. (Değişik: 7/6/1995 - 4110/1 md.) 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”

Bilgisayar programları, Bern Konvansiyonu ve Avrupa Birliği Direktifine uyumlu olarak ilim ve edebiyat eseri kapsamına alınmış, sonraki aşamada program sonucu doğurması şartı ile hazırlık çalışmalarının da telif korumasından yararlanacağı düzenlenmiştir. Hazırlık çalışmalarına koruma sağlanmasına ilişkin şartın nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hususa, ayrıca takip eden bölümlerde değinilecektir.

2. Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği

FSEK'in “Tanımlar” başlıklı 1/B maddesinde eser, sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eseri olarak kabul edilen her türlü fikir ve sanat ürünü olarak tanımlanmıştır. *Tekinalp*, eser niteliğinin tespiti için sahibinin hususiyetini taşıma, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olma, FSEK'te sayılan eser türlerinden birine dâhil olma ve fikri bir çabanın ürünü olma şartlarının bir arada bulunması gerektiğini ifade etmektedir²⁰⁵. *Öztan*, eser niteliğinin tespiti açısından bir insan tarafından yaratılmış olma²⁰⁶, fikri/estetik bir muhtevaya sahip olma, üçüncü kişilerce algılanabilecek bir formda olma, FSEK'te sayılan türlerden birine dâhil olma, sahibinin hususiyetini taşıma ve belli bir yaratma derecesini aşma kistaslarının sağlanması gerektiğini belirtmektedir²⁰⁷. *Suluk/Karasu/Nal*, eser niteliği için şekli, sübjektif ve objektif olmak üzere üç şart bulunduğunu, FSEK'te sayılan türlere dâhil olmanın şekli şartı, sahibinin hususiyetini taşımanın sübjektif şartı, tasarrufa elverişli olma ve üçüncü kişilerce algılanabilir

²⁰⁵ Tekinalp, s.103.

²⁰⁶ Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere; günümüzde yapay zekâ tarafından vücuda getirilen müzik besteleri, tablolar ve daha birçok sanat mahsulü ile karşılaşmaktadır. Yapay zekâ tarafından bestelenen şarkılara yine yapay zekâ tarafından yaratılan müzik videoları eşlik etmektedir. (Alex Marshall, “From Jingles to Pop Hits, A.I. is Music to Some Ears” , **The New York Times**, 22.01.2017, <https://www.nytimes.com/2017/01/22/arts/music/jukedeck-artificial-intelligence-songwriting.html>, (12.10.2019))

²⁰⁷ Öztan, s.82.

olmanın ise objektif şartı oluşturduğunu ifade etmektedir²⁰⁸. *Kılıçoğlu* ise, sahibinin hususiyetini taşıma kıstasını yine sübjektif şart olarak, FSEK’te sayılan türlere dâhil olmayı ise objektif şart olarak adlandırmakta, bunların yanında dışa vurulmuş olma, başka bir deyişle ortaya konulmuş olma kıstasını aramaktadır²⁰⁹. *Dalyan*, eser niteliği için sahibinin hususiyetini taşıma ve FSEK’te sayılan türlerden olma kıstaslarının sağlanması gerektiğini belirtmektedir.

Bern Konvansiyonunun ortak bir yaklaşım ortaya koymuş olması sebebiyle yabancı hukuk sistemlerinde, eser niteliğinin tespiti için benzer kıstaslar aranabilmektedir. *Bainbridge*, CDPA kapsamında sayılan eser türlerinden olma, fikri ürünün var olması ve orijinallik kıstaslarının eser niteliği için aranacağını belirtmektedir²¹⁰. *Murray*, CDPA kapsamında yer alan türlerden olma yanında, orijinallik ve kaydedilmiş olma kıstaslarının eser koruması için gerekli olduğunu belirtmektedir²¹¹. *Torremans* da, benzer şekilde orijinallik ve belirli bir şekilde veya formda sabitlenerek fikri ürünün algılanabilir olmasının aranacağını ifade etmektedir²¹².

Kanaatimizce, doktrinde yer alan görüşler, FSEK kapsamında eser sayılmanın farklı sayıda ve farklı şekilde tanımlanmış kıstasları varmış izlenimini yaratsa da, aslında tüm görüşlerde vurgulanan hususların ortak paydada buluştuğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda; sahibinin hususiyetini yansıtan, ifade edilmiş yani dış dünyaya yansıtılmış ve FSEK’te sayılmış türlere giren bir fikri ürünün, FSEK anlamında eser olarak kabul edileceği sonucuna varılabilecektir. Eser kabul edilmenin dış çerçevesi nispeten kolaylıkla ortaya konulabilse de, özellikle sahibinin hususiyetini taşıma kıstası başta olmak üzere, bu kıstasların içinin doldurulabilmesi ve kapsamalarının belirlenmesi zorlu bir uğraş olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; günümüz teknolojisinin hızla ilerlemesi sonucunda, yapay zekâ tarafından vücuda getirilen ürünlerin sahibinin hususiyetini taşıma kıstası altında tartışılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, aşağıda bilgisayar programları açısından eser niteliğinin tespiti yönündeki kıstaslar ele alınacaktır.

²⁰⁸ Suluk, Karasu, Nal, s.150.

²⁰⁹ Kılıçoğlu, s.109-111.

²¹⁰ Bainbridge, *IT Law*, s.20.

²¹¹ Murray, s.217

²¹² Torremans, s.197-198.

2.1. İfade Edilmiş Olma/Dış Dünyaya Yansıtma

Telif hukukunun önde gelen genel prensiplerinden biri, hukuken koruma altına alınan unsurun, fikir veya düşünce değil, ifade ediliş biçimi olmasıdır. Tek başına fikirler, fikri hak korumasından yararlanamamaktadır.²¹³ Bu nedenle eser koruması sağlanabilmesi için düşüncenin bir ifade biçiminde ortaya konulmuş olması gerekmektedir²¹⁴. Diğer bir deyişle düşünceler, insanın zihninden, iç dünyasından çıkarak dış dünyaya ifade olarak yansıtılmış olmalıdır. Böylelikle düşünceler, ifade edilmiş olacak ve dış dünyada başka kişilerce algılanabilecek hale gelecektir. Telif hakları kapsamında eser koruması da, ancak dış dünyaya yansıtılmış fikirlerin şekillenmiş haline tanınmaktadır. Doktrinde bu kıstas, belirli bir forma aktarılma, kaydedilmeye veya sabitlenmeye elverişli hale getirilme, vücuda getirilme veya şekillenme olarak adlandırılmaktadır²¹⁵.

Yargıtay incelemesine konu olmuş bir uyuşmazlıkta, davacı, yürüttüğü arkeolojik çalışmalar sonucunda elde ettiği bulguları doçentlik tezinde ele almayı planlarken; davalı, arkeolojik bulguların fotoğraflarını çekmiş ve krokiler hazırlayarak davacıdan daha önce bir kitap hazırlayarak yayımlamıştır. Davacı, çalışmalarının ve çalışmaları sonucu elde ettiği bulguların üzerindeki fikri haklarının ihlal edildiği iddiasıyla tazminat davası açmıştır. Yargıtay 4. HD. anılan bu uyuşmazlıkta, davacı tarafından vücuda getirilmiş bir eser olmaması sebebiyle davacının talebini reddetmiştir²¹⁶. Dava konusu uyuşmazlıkta, arkeolojik kazı yapılmış olması, bu kazı sonucunda belirli bulgulara ulaşılmış olması ve hatta bu esnada fikri bir çaba gösterilmesi, eser niteliğine sahip olma açısından yeterli değildir. Davacının çalışmaları, henüz bir kitap haline getirilmemiş yani düşünceleri teze veya kitaba aktarılacak vücut bulmamıştır. Arkeolojik bulgular ve sonuçlar da herhangi bir analiz, çalışma, yorumlama haline getirilmediği için tek başına eser sayılmaya yeter düzeyde

²¹³ TRIPS madde 9/2.

²¹⁴ Tekin Memiş, "Fikri Hukukta Korunan Unsur İfade mi Fikir mi?" ("Fikir"), **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C.2, İstanbul, Beta, 2010, 1447-1459, s.1448.

²¹⁵ Tekinalp, s.108; Kılıçoğlu, s.118; Öztan, s.89; Murray, s.217; Torremans, s.198; Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara, S Yayınları, 1981, s.42; Tuğba Akdemir Kamalı, **Fikri Hukuk Kapsamında Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.22-23.

²¹⁶ Yargıtay 4. HD. E. 1976/5913, K. 1977/7617, T. 01.07.1977 (Kazancı).

değildir. Dolayısıyla her ne kadar yaratıcı, parlak veya olağanüstü bir düşünce bulunduğu iddia edilse de, bu düşüncelerin bir kitap, makale, tez halinde ifade edilmemiş olması durumunda, eser niteliği ve dolayısıyla eser korunması sağlanamamaktadır²¹⁷.

Yargıtay'ın yukarıda yer verdiğimiz 1977 tarihli kararına nispeten daha yeni olan 2002 tarihli bir kararında, benzer bir değerlendirme yapılmıştır. Davacı banka, taksitle alışveriş amacıyla “*Taksitkart*” adıyla bir uygulama başlattığını, bu uygulamayı ilk bulanın kendisi olduğunu öne sürerek uygulamasına ilişkin detayların bir gazete makalesinde yer alması ile davalı şirketin de aynı uygulamaya geçmesini, fikri haklarına tecavüz olarak nitelemiş ve davalı taraf aleyhine dava açmıştır. Yargıtay, yerel mahkeme tarafından fikrin değil ancak ifade tarzının korunabileceğinin belirtildiği ve davacının talebinin reddedildiği kararı onamıştır²¹⁸. Karara konu uygulamada da, bir iş yapış şeklinin veya iş düşüncesinin bulunduğu ancak bunun bir eser olarak vücuda getirilmediği, dolayısıyla fikri hukuk korumasından yararlanamayacağı görülmektedir.

Fikri hukukta genel kural, ifadenin korunan unsur olması ile birlikte, doktrinde sahibinin hususiyetini taşıyan ifadeler ile birlikte fikirlerin korunabildiği öne sürülmektedir. *Memiş*, fikri hukukun sağladığı korumanın, ifade ve fikir ayrımı olmaksızın hususiyetin görüldüğü bütün kısımları kapsadığını ifade etmektedir²¹⁹. Bununla birlikte yazar, tüm fikirlerin ifade ile birlikte koruma altına alınamayacağını, tarihi vakıaların, coğrafi olayların, bilimsel teorilerin, herkes tarafından bilinen fikirlerin, alışlagelmiş tema ve kurguların koruma kapsamında olmayacağını belirtmektedir²²⁰.

Fikri hukukta düşünce-ifade ayrımının yapılmasının ve kural olarak sadece ifadeye koruma sağlanmasının altında yatan amaç, fikirler üzerinde belirli kişilere tekel hakkı tanınmaması ve böylelikle düşünsel, sanatsal veya ticari anlamda rekabetin kısıtlanmamasıdır²²¹. Fikri birikimin insanlık mirası olması, fikirlerin üst üste konan

²¹⁷ Memiş, Fikir, s.1448, Mustafa Ateş, **Fikri Hukukta Eser**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.31 vd; Tekinalp, s.109; Suluk, Karasu, Nal, s.47; Kılıçoğlu, s.118; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.34.

²¹⁸ Yargıtay 11. HD. E.2002/8058, K. 2002/10328, T. 12.11.2002 (Kazancı).

²¹⁹ Memiş, **Fikir**, s.1452.

²²⁰ *Ibid*, s.1453.

²²¹ Memiş, **Fikir**, s.1451; Kılıçoğlu, s.118; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.34-35.

tuğlaların duvar oluşturması gibi gelişmesi ve çoğalması nedeniyle aksi tutum, sınırlı ve kıt bir fikirsel, düşünsel, sanatsal ve ticari birikim ile karşı karşıya kalmamıza sebep olacaktır.

Bilgisayar programları açısından ifade edilmiş olma kıstası incelendiğinde, karşımıza TRIPS, AB Direktifi ve FSEK düzenlemeleri çıkmaktadır. TRIPS madde 10 kapsamında, bilgisayar programlarının kaynak kodu veya makine kodu formunda korunacağı belirtilmektedir²²². AB Direktifi'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında ise, herhangi bir formda ifade edilmiş olan bilgisayar programlarının koruma altına alınacağı düzenlenmiştir²²³. AB Direktifi'ne paralel olarak, FSEK 2. madde 1. fıkrada ise, *“her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları”* eser olarak anılmaktadır²²⁴.

TRIPS, AB Direktifi ve FSEK'te yer alan düzenlemelerin tamamında, bilgisayar programlarının mutlaka bir form üzerinde ifade edilmiş olması gerektiği açıktır. Bununla birlikte, bu formun ne olacağı yönünde, düzenlemelerin lafzından kaynaklanan farklılıklar bulunduğu kanısındayız. TRIPS düzenlemesinin lafzından, bilgisayar programlarının ancak makine kodu veya kaynak kodu formunda ifade edilmiş olması halinde eser niteliği kazanacağı ve dolayısıyla koruma altına alınacağı anlamı çıkabilmektedir. AB Direktifi'nde ise, hangi formda olursa olsun ifade edilmiş ürünün bilgisayar programı olarak korunacağı ifade edilmektedir. Bu durumda, AB Direktifi'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının da açıkça yer vermesi ile birlikte, kaynak kodu veya makine kodu haline gelmemiş olan hazırlık çalışmalarının da bilgisayar programı olarak korunacağı belirtilmektedir²²⁵. Yukarıda açıkladığımız üzere; bilgisayar programlarının geliştirilmesi, uzun süren ve birbirinden farklı aşamaların tamamlanması ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kaynak kodlarının yazılması ve daha sonra bunların makine koduna dönüştürölmesi aşamalarından önce planlama ve

²²² “Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)”.

²²³ “Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.”

²²⁴ “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”.

²²⁵ AB Direktifi md.1/1 son cümle:

“For the purposes of this Directive, the term ‘computer programs’ shall include their preparatory design material.”

tasarım aşamalarının tamamlanması gerekmektedir. Bu aşamalarda, birçok fikri ürün ortaya çıkartılmakta ve bu ürünlerin korunması ciddi önem taşımaktadır. Bu iki düzenleme ele alındığında, fikrin hangi formda ifade edilmiş halinin eser niteliği taşıyacağının dikkatli tespit edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, ifade biçiminin sadece makine kodu veya kaynak kodu olarak mı kabul edileceği²²⁶ yoksa hazırlık ve tasarım dokümantasyonun da, ifade biçimi olarak yeterli sayılacağı belirlenmelidir.

AB Direktifi düzenlemesinde, fikirlerin, hazırlık ve tasarım çalışmaları olarak ifade edilmiş olması, yani dış dünyaya aktarılması halinde korunacağı belirtilmekte; bu çalışmaların tamamlanarak programın nihai hale gelmesine ilişkin ise herhangi bir tamamlanma şartı aranmamaktadır. TRIPS ve AB Direktifi düzenlemeleri karşılaştırıldığında; AB Direktifi'nin daha geniş bir kapsama sahip olduğu, AB Direktifi'nde bilgisayar programları açısından ifade edilmiş olma kistasının, mutlaka kaynak kodu veya makine kodu halinde yazılmış olma şeklinde yorumlanmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte; tüm ifade biçimleri, bilgisayar programlarının korunması için yeterli görülmemektedir. ABAD, kullanıcı arayüz grafikleri ile bilgisayar programlarının ifade edilemeyeceğine, kullanıcı arayüz grafikleri ile ifade edilenin bilgisayar programı olmadığına ancak bilgisayar programından ayrı bir güzel sanat eseri ifadesi olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir²²⁷.

Tamamlanma veya ifade biçiminin dış dünyaya yansıması haricinde, hangi nesne veya nesneler üzerinde ifade edildiği; yani hangi cisim üzerinde bulunduğu, ifade edilmiş olma açısından önem taşımamaktadır. Bu bakımdan bilgisayar programının CD'ye yazılması, USB'ye kaydedilmesi, kâğıt üzerine kaynak kodlarının çıktısının alınması veya donanım üzerinde yüklü bulunması da eser niteliğinin tespiti ve koruma sağlanması için yeterli olabilmektedir²²⁸.

²²⁶ Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.33.

²²⁷ ABAD Kararı, C-393/09, 22.12.2010, para.51,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83458&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7619800>, (26.10.2019). Ayrıca bkz. Aksu, **Koruma**, s.811-813; Topaloglu, s.89.

²²⁸ Kaypakoğlu, s.60; Suluk, Karasu, Nal, s.151; Torremans, s.208.

2.2. İlim ve Edebiyat Eseri Olma

FSEK kapsamında eser niteliği değerlendirilirken incelenmesi gereken noktalardan bir tanesi de, dış dünyaya yansıtılmış, ifade edilmiş olan ilgili fikri ürünün, FSEK’te sayılan eser türlerinden herhangi birine dâhil olup olmadığıdır. Bu inceleme, sahibinin hususiyetini taşıma kıstasına göre daha kolay yapılabilmekte ve dolayısıyla sahibinin hususiyeti incelemesinden daha önce yapılması pratik fayda sağlamaktadır. FSEK’te sayılan eser türlerine dâhil olmayan bir ürünün, nispeten daha zorlu olan sahibinin hususiyetini taşıma kıstası açısından öncelikli olarak incelenmesinin herhangi bir pratik faydası bulunmayacaktır.

FSEK madde 2 ila 5’de yer verilen eser türleri, *numerus clausus* ilkesiyle sayılmıştır. Bu doğrultuda, ilgili maddelerin kapsamına girmeyen herhangi bir fikri ürün, eser niteliğine sahip olmamaktadır. Eser niteliğine sahip olmayan bir fikir ürün ise, FSEK kapsamında eser koruması altına alınmamaktadır²²⁹. Bunun yanında, FSEK’te yer alan eser gruplarının alt türleri, örnek verme amacı ile sayılmış olup alt türler açısından *numerus clausus* ilkesi geçerli değildir. Alt türlere ilişkin FSEK’te yapılan saymalar, örnek verme amacı gütmekte ve sınırlayıcı özellik göstermemektedir²³⁰.

FSEK madde 2’de ilim ve edebiyat eserleri, madde 3’te musiki eserleri, madde 4’te güzel sanat eserleri ve madde 5’te sinema eserleri, ana eser grupları olarak sayılmıştır. FSEK 2. madde 1. fıkrada yer alan “*her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları*” ifadesiyle bilgisayar programları, ilim ve edebiyat eserleri türü altında sayılmıştır. Mevaz AB Direktifi’nin 1. maddesinde, bilgisayar programlarının edebi eser türü altında telif hakları ile korunacağı düzenlenmiştir. TRIPS 10. madde 1. fıkrada, bilgisayar programlarının edebi eser türü altında sayılacağına yer verilmiştir. WCT madde 4’te, bilgisayar programlarının Bern Konvansiyonu madde 2 kapsamında korunacağı ifade edilmiştir. Bern Konvansiyonunun 2. maddesi ise, edebi ve güzel sanat eser türlerini düzenlemektedir.

²²⁹ Torremans, s.199; Tekinalp, s. 109; Kılıçoğlu, s.117; Suluk, Karasu, Nal, s.43; Kaypakoğlu, s.54; Akdemir Kamalı, s.24-25.

²³⁰ Tekinalp, s.114; Suluk, Karasu, Nal, s.43.

Sonuç olarak; bilgisayar programlarının edebi eser olduğu ve FSEK’te yer alan eser türlerinden biri olma kıstasını sağladığı söylenebilecektir ²³¹.

2.3. Sahibinin Hususiyetini Taşıma

Eser niteliği tespit edilirken belirlemesi ve değerlendirmesi en zor kıstas, sahibinin hususiyetini taşıma kıstasıdır. Bir fikri ürünün, eser niteliğine sahip olabilmesi için yukarıda yer verdiğimiz kıstaslara ek olarak, sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Sahibinin hususiyetini taşıma kıstası, doktrinde farklı şekillerde ele alınmış ve tanımlanmıştır. *Hirsch*, sahibinin hususiyetini taşıma kıstasının sağlanması için ortaya konulan fikri ürünün başkaları tarafından vücuda getirilemeyecek olması gerektiğini ifade etmektedir. Bir fikri ürün, herkes tarafından meydana getirilebilecek nitelikte ise, eser korumasından yararlanamayacaktır ²³². Kanaatimizce, bu görüşte vurgulanmak istenen husus, fikri ürünün üstün bir yaratım ürünü olması değil, bunun yerine; kişilerin parmak izi gibi ayrı ve farklı olabilecek düzeye ulaşmasıdır.

Tekinalp, hususiyetin eser sahibinin kişiliğine ve bireyselliğine bağlı olduğunu, Alman hukukunda yer alan ürünün özgün olması kıstasıyla değil kişiye özgü olması kıstasıyla değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir ²³³. Bu doğrultuda, hususiyetin kendisini üslupta göstereceğinin, üslubun bireysel ve öznel olduğunun, yenilik gerektirmediğinin ancak üslubun kişiye özgü olacağının altını çizmektedir ²³⁴. Yazar, hususiyetin belirlenebilmesi için belirli bir düzeye gerek olduğunu, bu düzeye ilişkin genel ve tek bir ölçüt verilemeyeceğini ancak fikri çaba ile elde edilen sonucun, her gün, her yerde görülen sıradan sonuçlardan farklı olması gerektiğini vurgulamaktadır ²³⁵. Burada fikri ürünün alelade bir sonuç olmaması, kişinin iç dünyasından izler taşıması gerekmektedir.

Öztan, fikri ürünün yaratıcısının şahsiyetine has özellikler taşıması halinde eser niteliğine sahip olacağını ve eser niteliğine sahip ürünlerin sadece yaratıcısının

²³¹ Tekinalp, s.114; Öztan, s.111; Kılıçoğlu, s.124-125; Suluk, Karasu, Nal, s.150-151; Kaypakoğlu, s.60; Yusufoglu, s.27.

²³² Ernst Hirsch, **Hukuki Bakımdan Fikri Say (Fikri Say)**, C.1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942, s.12.

²³³ Tekinalp, s.104.

²³⁴ *Ibid*, s.105.

²³⁵ *Ibid*, s.107.

şahsiyetine has özelliklerinin koruma kapsamına alınacağını söylemektedir²³⁶. Yaratıcının şahsiyetine has özelliklerin bir kalite gereksinimine ihtiyacı olmadığını, kötü veya zevksiz bulunan ürünlerin dahi, yaratıcısının şahsiyetine has özellikleri taşıdığı sonucuna varılabileceğini belirtmektedir²³⁷. Böylelikle fikri ürünün ne kadar kaliteli veya ne kadar eşsiz bir zevkin çıktısı olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye gerek olmayacak, Tekinalp'in belirttiğine benzer şekilde, kişinin iç dünyasının dışa yansıyor yansımadığı ele alınacaktır.

Suluk, Karasu ve Nal, üslup taşıyan her fikri ürünün korunmayacağını, hususiyetin içerik, anlatım veya üslup ile eşit anlamda olmadığını ve daha fazlasını ifade ettiğini belirtmektedir. Yazarlar, hususiyet için üslup ve bağımsızlığın yanında üç unsurun aranması gerektiğini öne sürmektedir. Bunlardan ilki, fikri ürünü yaratanın serbest biçimlendirme alanına sahip olması, yani yapılan faaliyetin tekniği, doğası veya amacı gereği farklı şekillendirme seçeneklerinin olmasıdır. İkinci unsur, fikri üründe genelin üstünde bir özelliğin bulunmasıdır. Son unsur ise, fikri üründe, amaca hizmet eden özelliği aşan nitelikte özelliğin varlığıdır²³⁸. Yazarların önerdiği kıstasların, eser niteliğinin tespiti açısından Kıta Avrupası yaklaşımına benzediği ve yüksek bir eşik getirdiği kanaatindeyiz²³⁹. Bilgisayar programları açısından ele alındığında, özellikle son kıstas, yani amaca hizmet eden özelliği aşan nitelikte özelliğin aranması, bilgisayar programlarına eser koruması sağlanması yönünde soruna yol açabilecektir. Her ne kadar kod yazımında edebi nitelik bulunsa da, bilgisayar programları genellikle amaca hizmet eden özellik taşımakta olup bu kıstasın uygulanması durumunda, birçok bilgisayar programının eser sayılmaması ve telif koruması kapsamından çıkması sonucuyla karşılaşılacaktır. Bu nedenle yazarlar, bilgisayar programları açısından hususiyet kıstasının yüksek tutulamayacağını, programlarda üstün nitelik veya estetik değer gibi başkaca bir kıstasın da aranamayacağını ifade etmektedir²⁴⁰.

²³⁶ Öztan, s.93.

²³⁷ *Ibid*, s.94.

²³⁸ Suluk, Karasu, Nal, s.45.

²³⁹ Murray, s.217; Andreas Rahmatian, "Originality in UK Copyright Law: The Old 'Skill and Labour' Doctrine Under Pressure", **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, C.44, S.1, 2013,4-34, s.18 vd.

²⁴⁰ Suluk, Karasu, Nal, s.152.

Bazı yazarlar, sahibinin hususiyetini taşımayı orijinallik olarak adlandırmaktadır. *Yarsuvat*, eser niteliğinin tespiti için orijinalliği aramakta, her eser türünde orijinalliğin farklı şekilde ortaya çıktığını, güzel sanat eserlerinde orijinalliğin biçimde görülebileceğini ancak bilim ve edebiyat eserlerinde orijinalliğin fikirde, fikrin işleniş ve sunuşunda tespit edilebileceğini belirtmektedir²⁴¹. *Yusufoğlu*, sahibinin hususiyetini taşıma unsurunu, orijinallik olarak adlandırmakta, orijinalliği eser ve yaratıcı arasındaki illiyet olarak nitelendirmekte, eserin ancak yaratıcısının becerisi, yargısı ve çalışması sonucunda oluşabileceğini ifade etmektedir. Yazar, orijinalliğin emsalsizlik veya eşsizlik olarak nitelenmemesi gerektiğinin altını çizmektedir²⁴².

Sahibinin hususiyeti, bazı yazarlar tarafından yenilik olarak kabul edilmektedir²⁴³. *Kılıçoğlu*, FSEK kapsamında yenilik oluşturan fikri çabaların korunduğunu ancak bunun mutlak yenilik olarak algılanmaması gerektiğini, mevcut eserlerden yararlanmak suretiyle yaratılan fikri ürünlerin de, yeni olarak kabul edilebileceğini ve eser olarak korunabileceğini belirtmektedir²⁴⁴. Yenilik kavramının sahibinin hususiyetini taşıma kıstasını tam olarak karşılamadığı kanısındayız. Yazar tarafından, yenilik kavramının mutlak yenilik olarak algılanmaması gerektiği belirtilerek esinlenmeye kapı açılmıştır ancak yeni olan tüm fikri çalışmaların yaratıcısının bireyselliğini veya üslubunu yansıtmayabileceği olasılığı gözden kaçırılmıştır. Dolayısıyla sahibinin hususiyeti kıstasının yenilik ile tanımlanmaması gerektiği görüşündeyiz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003 tarihli bir kararında, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için aranması gereken sübjektif koşulun sahibinin hususiyetini taşıması olduğunu vurgulamış ve sahibinin hususiyetini taşıma kıstasını, özgün olma, yaratıcı özellik taşıma olarak açıklamıştır²⁴⁵. Anılan kararda, Yargıtay'ın sahibinin hususiyetini taşıma kıstasına derinlemesine bir bakış açısı getirmediği ve detaylı bir tanımlama yapmadığı görülmektedir. Özgün olma ve yaratıcı özellik taşımanın derecesi veya nasıl tayin edileceği noktasında yeterli açıklama

²⁴¹ Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984, s.53.

²⁴² Yusufoğlu, *Bilgisayar Programı*, s.29.

²⁴³ Ateş, s.28-29; Kılıçoğlu, s.109.

²⁴⁴ Kılıçoğlu, s.109.

²⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/4-260, K. 2003/271, T. 02.04.2003 (Kazancı).

yapılmamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2002 tarihli bir kararında ise, sahibinin hususiyeti tespiti, teknik bilirkişilerce yapılması gerektiği belirtilmiştir²⁴⁶. Kanımızca bu yaklaşım, her ne kadar hâkimin hukuki tayin ve takdir yetkisi olsa dahi, pratikte eser niteliğinin belirlenmesi konusunda tüm değerlendirmeyi bilirkişilere bırakması sebebiyle isabetli değildir. Sahibinin hususiyeti kıstası hukuki bir nitelendirme olduğu için genel çerçevenin mahkemeler tarafından çizilip bilirkişilerce bu çerçevede dâhilinde teknik inceleme ve değerlendirme yapılması sağlanmalıdır. Örneğin; bilirkişilerin görevlendirilmesi esnasında, mahkemenin dava konusu fikri ürünün meydana getirilme üslubunda sahibinin bireyselliğinin bulunup bulunmadığı, ilgili alanda herkes tarafından meydana getirilen alışılmış bir çalışma olup olmadığı gibi noktaların teknik veya sanatsal açılarından ele alınıp değerlendirilmesine ilişkin yönlendirmede bulunması gerekmektedir. Bu yönlendirmeye mutlaka bilirkişi teslim tutanağında veya bilirkişi incelemesine yönelik ara kararda yer verilmelidir.

A.B.D. ve Birleşik Krallık hukuk düzenlerinde, sahibinin hususiyetini taşıma kıstasının karşılığı orijinallik olarak adlandırılmaktadır²⁴⁷. A.B.D. Yüksek Mahkemesi, telefon rehberindeki verilerin kopyalanarak başka bir rehber altında yayınlanmasını, telefon rehberinin oluşturulmasında orijinallik kıstasının sağlanamamış olması nedeniyle telif hakkı ihlali olarak görmemiştir²⁴⁸. Anılan karar ile A.B.D. hukukunda, orijinallik kıstası altında, eser sahibinin bağımsız çalışmasının bir ürünü olması ve asgari düzeyde yaratıcılık içermesi aranmaktadır²⁴⁹. Eser sahibinin bağımsız çalışmasının bir ürünü olması başka eserlerden kopyalanmamış olma olarak ifade edilmektedir. Asgari düzeyde yaratıcılık içermek, yüksek bir orijinallik eşiği getirmek yerine, tüm fikri ürünlerin istisnasız eser niteliğine sahip olmasını önlemektedir²⁵⁰.

Birleşik Krallık hukukunda, orijinallik kıstası nispeten düşük bir eşiğe sahip olup, orijinallik için fikri ürünün başka fikri ürünlerden kopyalanmamış olması

²⁴⁶ Yargıtay 11. HD E.2002/8275, K. 2002/8839, T. 11.10.2002 (Kazancı).

²⁴⁷ CDPA md.1/1(a); A.B.D. Telif Hakları Yasası §102 (a).

²⁴⁸ A.B.D. Yüksek Mahkeme Kararı, *Feist Publications, Inc v Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 1991, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/499/340> (22.03.2020).

²⁴⁹ *Ibid*, para.41.

²⁵⁰ USCO, **Compendium: Chapter 300 - Copyrightable Authorship**, <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf>, (21.10.2019), s.5; Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law", **Law and Contemporary Problems**, C.55, S.2, 1992, 1-44, s.6 vd.

aranmaktadır. Bu eşiğe, alın teri doktrini²⁵¹ adı verilmiş ve orijinallik, edebi bir orijinallik olmaktan çıkartılmıştır²⁵². Birleşik Krallık hukukunda, orijinallik eşiğinin düşüklüğüne ilişkin çarpıcı bir örnek, toto kuponlarına eser niteliği tanınmasıdır. Müşterilere satılan önceden hazırlanmış toto kuponları, kuponları sağlayan şirket tarafından farklı maçlar arasında en uygun seçimler yapılarak doldurulmuş ve mahkeme, bu çalışmada, eser niteliği tespiti için aranan beceri, karar verme yeteneği ve emeğin bulunduğu hükmetmiştir²⁵³.

Birleşik Krallık hukukunda, orijinalliğin belirlenmesinde görece daha düşük bir eşik uygulanmaktayken Kıta Avrupası hukuk sisteminde, özellikle Almanya’da daha yüksek bir eşik uygulanmaktadır²⁵⁴. 1985 tarihli Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararında, bilgisayar programının eser niteliğine sahip olabilmesi için herhangi bir bilgisayar programını geliştirme esnasında gösterilen ortalama beceri seviyesini aşan bireysel yaratıcı başarının aranacağına hükmedilmiştir²⁵⁵. Bununla birlikte mahkeme kararında, bu eşiğin her davada göreceli olarak uygulanması gerektiği not etmiştir²⁵⁶. Ele alınan bilgisayar programının, eser niteliğinin tespiti için geleneksel geliştirme, yapısal ve sistemsal çalışmaların sonuçları ile karşılaştırılmasının gerektiği belirtilmektedir²⁵⁷. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı doğrultusunda, mevcut programlarca yürütülen bir işlemin aynısı başka bir program tarafından da yürütülmekte ise, sonraki tarihli bilgisayar programının eser niteliğine sahip olmaması ve dolayısıyla telif hakkı korumasından yararlanamaması sonucu ile

²⁵¹ ‘Sweat of Brow Doctrine’.

²⁵² Murray, s.217; Bainbridge, **IT Law**, s.20; İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi (Chancery Division) Kararı, *University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd*, [1916] 2 Ch 601, http://wiki.ipcompendium.ca/cases:university_of_london_press_ltd_v_university_tutorial_press_ltd, (23.03.2020).

²⁵³ İngiltere Lordlar Kamarası (House of Lords) Kararı, *Ladbroke v William Hill*, [1964] 1 All ER 465, https://wikijuris.net/cases/ladbroke_football_v_william_hill_football_1964, (23.03.2020).

²⁵⁴ Murray, s.217; David Bainbridge, **Intellectual Property (IP)**, 8. Baskı, Harlow, Pearson Education, 2010, s.39-44; Andreas Rahmatian, “Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, C.44, S.1, 2013,4-34, s.21.

²⁵⁵ Alman Federal Yüksek Mahkemesi Kararı, *Sudwestdeutsche Inkasso KG v Bappert and Burker Computer GmbH*, No.52/83, 09.05.1985 (R&W Online Datenbank, <https://online.ruw.de/suche/bb/Inkasso-Programm-Entscheidung-des-BGH-69ebf3d16ce7b4828e4c29c37bb1e3ed?crefresh=1>, 10.11.2019).

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Gary Hoffman, Jon Grossman, Patrick Keane, Jody Westby, “Protection for Computer Software An International Overview: Part I”, **European Intellectual Property Review**, C.11, 1988, 337-344, s.339.

karşılaşılabilecektir²⁵⁸. Avrupa ülkeleri arasında farklı düzeylerde uygulanan eser niteliği eşiği, AB içerisinde harmonizasyonun sağlanamamasına sebep olacak ve yazılım endüstrisini belirsizliğe sürükleyecektir. Bu durum karşısında, AB genelinde harmonizasyonun sağlanması için çıkartılan AB Direktifi ile bilgisayar programları özelinde orijinallik kıstası belirlenmiştir. AB Direktifi md.1/3'te, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olan bilgisayar programları, orijinal olarak kabul edilmiş ve eser korumasından yararlanabilmek için başka bir kıstasın aranmayacağı düzenlenmiştir²⁵⁹.

Eser sahibinin kendi fikri yaratımı olma kıstası, AB Direktifi ile belirlenmiş olmasına rağmen bu kıstasın iinin nasıl doldurulacağı düzenleme kapsamında açık değildir. İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi, futbol fiktrlerine ilişkin bir davada, sahibinin kendi fikri yaratımı olma kıstasının AB Direktifi kapsamında yorumlanması için Avrupa Adalet Divanı'na sorularını yöneltmiştir. Yöneltilen sorulardan bir tanesi, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olma kıstası için sadece eser sahibinin belirli seviyede emek ve beceri göstermesinin yeterli sayılıp sayılmayacağı olmuřtur²⁶⁰. ABAD raportörü *Paolo Mengozzi*, görüş raporunda, telif koruması için belirli seviyede emek ve beceri gösterilmesinin yeterli olmayacağını ve yaratıcı bir ynn bulunması gerektiğini ifade etmiştir²⁶¹. ABAD ise, kararında belirli seviyede emek ve becerinin eser sayılabilmek için yeterli olmayacağına, fiktrn içeriğinin seçim ve düzenlenmesinde, orijinal bir ifadenin aranması gerektiğine hkmetmiştir²⁶².

ABAD kararında, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olma kıstasını yorumlarken sadece emek ve beceri gösterilmesinin yeterli olmadığını belirtmekte ancak kanımızca bu yorum, eser niteliğinin belirlenmesi açısından eşiğin ykseltildiği anlamına

²⁵⁸ Murray, s.217-218.

²⁵⁹ "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."

²⁶⁰ ABAD Kararı, C-604/10, Football Dataco Ltd and Others v Yahoo UK Ltd and Others, 01.03.2012, para.24,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7623179>, (26.10.2019).

²⁶¹ Paolo Mengozzi, Opinion of Advocate General Mengozzi, Case C-604/10, 15.12.2011, para.35, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CC0604&from=EN>, (26.10.2019).

²⁶² ABAD Kararı, C-604/10, Football Dataco Ltd and Others v Yahoo UK Ltd and Others 01.03.2012, para.42, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7623179>, (26.10.2019).

gelmemektedir. Bazı yazarlar, orijinallik kıstasının eser türlerine göre değişebileceğini, özellikle geleneksel eser türleri ve bilgisayar programları arasında farklı düzeylerde orijinalliğin aranacağını belirtmektedir²⁶³. Suluk, Karasu ve Nal, AB Direktifine de atıfta bulunarak bilgisayar programlarındaki hususiyet düzeyinin yüksek tutulamayacağını, programlarda üstün nitelik veya estetik değer benzeri kıstasların aranamayacağını ifade etmektedir²⁶⁴. Bilgisayar programları açısından; eser sahibinin kendi fikri yaratımı olma kıstasının, programın eser sahibi tarafından yaratılmış olması ve başka programlardan kopyalanmadan meydana getirilmesi, diğer programlar ile intihal yaratmayacak bir hususiyetin bulunması şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz²⁶⁵. Bununla birlikte; ABAD kararında da ifade edildiği üzere, bilgisayar programının oluşturulmasında teknik olarak seçenek özgürlüğünün bulunması ve kişisel tercihlerin yansıtılmış olması, başka bir deyişle ifadede şahsi bir dokunuşun bulunması gerekmektedir²⁶⁶. Teknik anlamda seçenek özgürlüğünün bulunmadığı hallerde, teknik zorunluluk veya teknik gereklilik sonucu ortaya çıkan bilgisayar programları açısından sahibinin hususiyeti kıstasını değerlendirmek isabetli olmayacaktır.

3. Yapay Zekâ Tarafından veya Başkaca Bilgisayar Programları Vasıtasıyla Meydana Getirilen Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen bilgisayar programları ile başkaca bir bilgisayar programı kullanılarak oluşturulan bilgisayar programlarının eser niteliği üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Sonuçta elde edilen bilgisayar programını meydana getiren öznenin gerçek kişi mi, yoksa yapay zekâ veya kullanılan başkaca program mı olduğu ele alınmalıdır. Böylelikle; sonuç bilgisayar programının sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla eser niteliği bulunup bulunmadığı yönünde kanaat getirilebilecektir. Bu değerlendirme, özellikle yapay zekâ gündeme geldiğinde, daha karmaşık bir hal almaktadır.

²⁶³ Lionel Bently, Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.93, 104, 108; Rahmatian, s.5.

²⁶⁴ Suluk, Karasu, Nal, s.152.

²⁶⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Murray, s.218.

²⁶⁶ ABAD Kararı, C-145/10, Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others, 01.12.2011, para.92, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0145&from=EN>, (26.10.2019); Rahmatian, s.8.

Yapay zekâ, günümüzde bilim, sanayi ve üretimde kullanılan önemli bir araç olma niteliğini aşmış, aynı zamanda yaratıcı faaliyetlerin öznesi niteliğine kavuşmuştur. 2016 yılında, *ING Bank*, *Microsoft* ve başkaca paydaşlar tarafından yürütülen bir projede, 17. yüzyılın ünlü Hollandalı ressamı *Rembrandt Harmenszoon van Rijn*'in tabloları yapay zekâ tarafından analiz edilmiş ve “*Next Rembrandt*” adı ile yeni bir tablo meydana getirilmiştir²⁶⁷. Aynı yıl, Japonya’da seçilmiş kelimeler ve oluşturulmuş parametrelerin yardımıyla yapay zekâ tarafından yazılan kısa roman, bir edebiyat ödülü²⁶⁸ ön elemesinde ilk turu geçebilmiştir²⁶⁹. 2017 yılında, Google’ın İngiliz bir haber ajansına yapay zekâ ile yerel haberlerin yazılması yönünde bir servisi hayata geçirebilmesi için fon sağladığı bildirilmiştir²⁷⁰. Bu sayılan örnekler dışında, yapay zekâ tarafından müzik parçaları ve video klipler de dâhil olmak üzere, FSEK’te sayılan eser türü kategorilerinde birçok ürün meydana getirilebilmektedir²⁷¹.

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürün türlerinden bir tanesi ise bilgisayar programı olarak karşımıza çıkmaktadır. A.B.D.’de bulunan Rice Üniversitesi tarafından geliştirilen *Bayou* adlı program, kullanıcıların çözmek istediği problem ve ulaşmak istedikleri sonuca göre, *Github* platformu üzerinde bulunan *Java* kodları arasından farklı kodları seçip bir araya getirerek bilgisayar programı meydana getirmektedir²⁷². Bunun haricinde; bilgisayar programı oluşturmak, kod yazmak, kod

²⁶⁷ Nextrembrandt.com, <https://www.nextrembrandt.com/>, (27.10.2019); J. Walter Thompson, “Next Rembrandt”, JWT.com, <https://www.jwt.com/en/work/thenextrembrandt>, (27.10.2019).

²⁶⁸ Nikkei Hoshi Shinichi Edebiyat Ödülü, Japonya.

²⁶⁹ Kısa romana, “Bir Bilgisayarın Roman Yazdığı Gün” (Konpyuta ga shosetsu wo kaku hi) adı verilmiştir. Bkz. Chloe Olewitz, “A Japanese A.I. program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize”, **Digital Trends**, 23.03.2016, <https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novel-passes-first-round-nationnl-literary-prize/>, (27.10.2019).

²⁷⁰ Julia Gregory, “Press Association wins Google grant to run news service written by computers”, **The Guardian**, 06.07.2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/06/press-association-wins-google-grant-to-run-news-service-written-by-computers>, (27.10.2019).

²⁷¹ Kathleen Walch, “Will The Next Pop Music Hit Be Completely AI Generated?”, **Forbes**, 27.08.2019, <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/08/27/will-the-next-pop-music-hit-be-completely-ai-generated/#671afeca10da>, (27.10.2019); Alex Marshall, “Is music about to have its first AI No.1?”, **BBC**, 28.02.2018, <https://www.bbc.co.uk/music/articles/0c3dc8f7-4853-4379-b0d5-62175d33d557>, (27.10.2019); Matt Burgess, “Google's AI has written some amazingly mournful poetry”, **Wired**, 16.05.2016, <https://www.wired.co.uk/article/google-artificial-intelligence-poetry>, (27.10.2019); James Lyon, “Google’s Next Generation Music Recognition”, **Google AI Blog**, 14.09.2018, <https://ai.googleblog.com/2018/09/googles-next-generation-music.html>, (27.10.2019).

²⁷² Jade Boyd, “Rice U. turns deep-learning AI loose on software development”, **Rice University**, 25.04.2018, <http://news.rice.edu/2018/04/25/rice-u-turns-deep-learning-ai-loose-on-software-development/>, (27.10.2019); Alison DeNisco Rayome, “Developers, rejoice: Now AI can write code

çevirmek ve derleme yapmak için programcılar tarafından kullanılan birçok bilgisayar programı da bulunmaktadır. Yapay zekâ tarafından veya bilgisayar programı kullanılarak meydana getirilen yeni bir bilgisayar programının eser niteliğine sahip olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmış; eser niteliğine sahip olduğu kabul edilirse, telif haklarının ilgili yapay zekâ yazılımını oluşturan kişiye mi, yoksa yapay zekâyı kullanarak yeni bilgisayar programını oluşturan kişiye mi ait olacağı tartışmalarına zemin hazırlamıştır²⁷³.

Doğrudan insan yaratımı olmayan fikri ürünlerin telif hakları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu, ilk önce hayvanların müdahalesi ile ortaya çıkan ürünlerde gündeme gelmiştir. Bir doğa fotoğrafçısının fotoğraf makinesini çalıp tuşa basarak kendi fotoğrafını çeken makak maymunu, ilginç bir hukuki tartışmaya sebep olmuştur. Fotoğraf makinesi kullanılan fotoğrafçı, fotoğrafların çekilebilmesi için uzun süre maymunların arasında bulunmak zorunda kaldığını, yakın çekim için fotoğraf makinesinin ayarlarını yaptığını ve bu nedenle fotoğraflar üzerindeki hakların kendisine ait olduğunu savunmuştur²⁷⁴. Fotoğrafları yayınlayan Wikimedia Foundation ise, fotoğrafların maymun tarafından çekilmiş olması ve bu durumun bizzat fotoğrafçı tarafından açıklanmış olması sebebiyle, fotoğrafların insan yaratımı olmadığını ve dolayısıyla fikri haklar kapsamında eser niteliğine sahip olmadığını öne sürmüştür²⁷⁵. Bu tartışmaların altında USCO, A.B.D. hukuku kapsamında eser koruması sağlanabilmesi için söz konusu ürünün mutlaka bir insan yaratımı olması gerektiği yönünde rapor yayınlamıştır²⁷⁶. Atlas Okyanusu'nun diğer yanında, UKIPO sözcüsü *Bianca D'Orsi* de, Birleşik Krallık hukuku kapsamında, hayvanların telif hakkı sahibi olamayacağını ifade etmiştir. *D'Orsi*, çekilen fotoğraflar üzerinde fotoğrafçının hak sahibi olup olmadığının değerlendirilmesi için ise, fotoğrafçı tarafından yaratıcı bir katkının bulunup

for you", Tech Republic, 27.04.2018, <https://www.techrepublic.com/article/developers-rejoice-now-ai-can-write-code-for-you/>, (27.10.2019).

²⁷³ Andreas Guadamuz, "Artificial Intelligence and Copyright", **WIPO Magazine**, Ekim 2017, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html, (27.10.2019).

²⁷⁴ David Slater, "Sulawesi Macaques", **DJS Photography**, http://www.djsphotography.co.uk/original_story.html, (27.10.2019).

²⁷⁵ Wikimedia Commons, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Macaca_nigra_self-portrait.jpg#filehistory, (27.10.2019); Louise Stewart, "Wikimedia Says When a Monkey Takes a Selfie, No One Owns It", **Newsweek**, 21.08.2014, <https://www.newsweek.com/lawyers-dispute-wikimedias-claims-about-monkey-selfie-copyright-265961>, (27.10.2019).

²⁷⁶ United States Copyright Office, **Compendium of U.S. Copyright Office Practices**, 3. Baskı, 22.12.2014, Bölüm 300, s.22.

bulunmadığının incelenmesi ve bu incelemenin vakıa bazında bizzat mahkemeler tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir²⁷⁷. Bu noktaya kadar mahkemeler önüne gelmeyen uyuşmazlık, hayvan hakları savunucusu kuruluş PETA'nın fotoğraflar üzerindeki telif hakkının fotoğraf makinesi tuşuna basan maymuna ait olduğu ve hakların kullanılması suretiyle elde edilen gelirin maymunun bakımı için harcanması gerektiği iddialarıyla mahkeme önüne taşınmıştır. PETA, davayı *Naruto* adı verilen maymun adına, doğa fotoğrafçısı *David Slater* ve fotoğrafları yayınlayan şirketlere karşı açmıştır²⁷⁸. Amerikan mahkemeleri, insan olmayan unsurların eser sahibi olamayacağını, böyle bir hakkın ancak yasada yeni ve açık bir düzenleme yapılması suretiyle verilebileceğini, bu yönde herhangi bir düzenleme olmadığını belirterek hayvanların ve dava özelinde *Naruto*'nun eser sahibi olamayacağına hükmetmiştir²⁷⁹.

A.B.D. ve İngiltere hukuk sistemlerine benzer olarak, diğer hukuk sistemlerinde de, hayvanlar ve daha geniş ifade ile insan olmayan unsurlar tarafından meydana getirilen ürünlerin eser niteliğine sahip olmayacağına hükmedilmektedir²⁸⁰. Eser niteliği için gerekli olan sahibinin hususiyetini taşıma kistası, söz konusu ürünler, insanlar tarafından yaratıldığında dahi zor tespit edilebilirken hayvanlar veya doğal olaylar tarafından meydana getirilen ürünlerde tespiti imkânsıza yaklaşacaktır. Yukarıda yer verdiğimiz A.B.D. mahkeme kararları, USCO ve UKIPO'nun raporları ve ayrıca *Öztan*'ın da görüşü doğrultusunda, telif hakkı tanınabilmesi için üzerinde hak tanınacak ürünün bir insan yaratımı olması gerektiği kanaatindeyiz²⁸¹.

İnsan dışı unsurların meydana getirdiği ürünlerin eser niteliğine sahip olmaması yönündeki görüşün, birebir yapay zekâ veya başkaca bir bilgisayar programı tarafından meydana getirilen bilgisayar programları hakkında uygulanması

²⁷⁷ Samuel Gibbs, "Monkey Business: Macaque Selfie Can't Be Copyrighted, Say US and UK", **The Guardian**, 22.08.2014, <https://www.theguardian.com/technology/2014/aug/22/monkey-business-macaque-selfie-cant-be-copyrighted-say-us-and-uk>, (27.10.2019).

²⁷⁸ Eleonora Rosati, "The *Monkey Selfie* case and the concept of authorship: an EU perspective", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, C.12, S. 12, 2017, 973–977, s. 974.

²⁷⁹ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi, *Naruto v Slater*, No.16-15469, 23.04.2018, <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf>, (28.10.2019), s.14 vd; A.B.D. Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi, *Naruto v Slater*, C. No. 15-cv-04324-WHO, 28.01.2016, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv04324/291324/45/>, (28.10.2019).

²⁸⁰ Takashi Yamamoto, "AI Created Works and Copyright", **Patents & Licensing**, C.48, No.1, 2018, 1-16, s.3-4; Guadamuz, para.5.

²⁸¹ *Öztan*, s.82.

durumunda ise, hakkaniyete aykırı bir sonucun ortaya çıkacağı kanaatindeyiz. Bu durumda, yapay zekâ veya başkaca bir yazılımın meydana getirdiği bilgisayar programları, hiç kimsenin mülkiyetinde bulunmayacak ve serbestçe kullanılabilir. Bilgisayar programını meydana getiren yapay zekâ veya yazılıma yatırım yapan, bunları kodlayan ve geliştiren, yapay zekâ programını kullanarak yeni bir programın meydana gelmesini sağlayan kişilerden hiçbirine, herhangi bir koruma sağlanamayacak ve sonuç olarak, yaratıcı çaba desteklenemeyecek ve yaratıcı ekonomi sektöre uğrayacaktır²⁸².

Bir bilgisayar programı kullanılarak meydana getirilen yeni bilgisayar programı ele alındığında, “insan” yaratımı olma kistası karşılanmakta, kullanılan bilgisayar programı vasıta görevi görmektedir. Dolayısıyla yeni oluşturulan sonuç program sahibinin hususiyetini taşıyorsa ve vasıta bilgisayar programından bağımsız nitelikteyse, müstakil bir eserin varlığından söz edilebilecektir. Sonuç programın eser sahibi ise, vasıta programı kullanarak sonuç programı yaratan kişi veya kişiler olması gerekmektedir. Sonuç program, vasıta programdan farklı ve sahibinin hususiyetini yansıtabilmekte ancak vasıta programa bağımlı ve müstakil nitelikte değil ise, aşağıdaki bölümde detaylarına yer vereceğimiz, işlenme eser olarak nitelendirilebilecektir.

Yapay zekâ yazılımları tarafından meydana getirilen bilgisayar programları üzerinde eser sahibi olabilecek ve “insan” olma kistasını karşılayan farklı seçenekler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yapay zekâ yazılımını meydana getiren kişi veya kişilerdir. Bir diğeri ise, yapay zekâ yazılımını kullanan, onun işlemlerini sağlayan operatörlerdir. Başka bir seçenek ise, belirli isteklerini ve çözmek istediği sorunu yapay zekâyâ ileterek bilgisayar programının oluşmasını sağlayan kullanıcılar/iş sahipleridir²⁸³. Bu seçenekler arasındaki tercih, bazı hukuk sistemlerinde hâlihazırda yapılmıştır. Birleşik Krallık²⁸⁴ ve etkisini gösterdiği hukuk sistemleri olan İrlanda²⁸⁵,

²⁸² Yamamoto, s.6; Guadamuz, para.7-8.

²⁸³ Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability In the 3a Era—The Human-Like Authors Are Already Here—A New Model”, **Michigan State Law Review**, 2017, 659-726, s.691-693; Bainbridge, **IT Law**, s.92.

²⁸⁴ CDPA md.9/3:

“In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.”

²⁸⁵ İrlanda Telif Hakları Yasası, md.21/1(f):

Hong Kong²⁸⁶, Yeni Zelanda²⁸⁷ ve Hindistan²⁸⁸ telif hakları yasalarında, bilgisayarlar tarafından meydana getirilen ürünler üzerindeki eser sahipliği, ürünün ortaya çıkmasını sağlayan düzenlemeleri yapan kişilere tanınmıştır. Bu düzenlemeden hareketle; yapay zekâ tarafından üretilen bilgisayar programının eser sahibi, genel olarak, ilgili yapay zekâ yazılımının programcısı olarak görülmektedir²⁸⁹. Bu tarz bilgisayar programlarının, doğrudan olmasa da, dolaylı olarak insan üretimi olmasından dolayı, insan üretimi olma kıstasını sağladığının öne sürülebileceği kanaatindeyiz. Böylelikle; yapay zekâ yazılımını vücuda getiren kişi veya yapay zekâ yazılımını kullanan kişilere eser sahipliği tanınması, yapay zekâ yazılımlarını geliştirenlere güvence sağlayacak ve teknolojiye yapılan yatırımların devamı için teşvik anlamına gelecektir²⁹⁰. Bununla birlikte; yapay zekâ ile meydana getirilen tüm bilgisayar programları üzerinde, dogmatik olarak yapay zekâyı vücuda getiren kişiye veya yapay zekâyı kullanan kişiye eser sahipliği tanınmaması, ortaya çıkan sonuç programın hangi kişinin hususiyetini taşıdığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Yapay zekâ yazılımını meydana getiren programcıların, istisnasız yapay zekâ tarafından üretilmiş tüm programlarda hususiyetlerinden izler bulunduğu görüşü ise tartışmalıdır. Yapay zekâ yazılımı programcısına eser sahipliği verilmesine karşı çıkan görüş, işverenin talimatları üzerine işçileri tarafından veya iş sahibinin siparişi doğrultusunda, bağımsız geliştiriciler tarafından oluşturulan eserlerde, işveren veya iş sahibinin hak sahibi olarak kabul edilmesi doktrinin²⁹¹, yapay zekâ tarafından meydana getirilen bilgisayar programları üzerindeki eser sahibinin tespiti için de

“in the case of a work which is computer-generated, the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken;”

²⁸⁶ Hong Kong Telif Hakları Yasası, md.2-22/3:

“In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author is taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.”

²⁸⁷ Yeni Zelanda Telif Hakları Yasası, md.5/2(a):

“in the case of a literary, dramatic, musical, or artistic work that is computer-generated, the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken”

²⁸⁸ Hindistan Telif Hakları Yasası, md.2/d(vi):

“in relation to any literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the person who causes the work to be created;”

²⁸⁹ Guadamuz, para.18; İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararı, Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd [2007] EWCA Civ 219, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/219.html>, (24.11.2019).

²⁹⁰ Guadamuz, para.8.

²⁹¹ WMFH (Works Made For Hire) Doctrine. FSEK md.18/2 düzenlemesinde de, eser sahipliği olmasa da, hakların kullanımı, eser sahibini çalıştıran ve tayin eden kişilerin yetkisindedir.

kullanılabileceğini savunmaktadır²⁹². Bu görüşe göre; yapay zekânın meydana getirdiği bilgisayar programlarını sipariş eden kişiler (iş sahibi), sadece sonuç olarak ortaya çıkan bilgisayar programının eser sahibi olacaktır.

Kanımızca, yapay zekâ programcısı veya iş sahibi arasında değişmez bir tercih yaparak dogmatik bir eser sahibi belirlemek yerine, sonuç bilgisayar programının kimin hususiyetinden izler taşıdığı, her program ve uyumsuzluk özelinde ayrıca tespit edilmelidir. Bazı sonuç bilgisayar programları, yapay zekânın ve dolayısıyla yapay zekâ programcısının hususiyetini taşıyabileceği gibi, bazıları da, iş sahibinin hususiyetini taşıyabilecektir. Bunun haricinde, hem yapay zekâ programcısının hem de iş sahibinin eser sahibi olabileceği durumların da olabileceği kanaatindeyiz. Yapay zekâ ile vücuda getirilen bilgisayar programı, hem yapay zekâ programcısının hem de iş sahibinin hususiyetini taşıyor ise, sonuç program üzerinde birden fazla eser sahibi olabilecektir. Bu nedenle ortaya çıkan sonuç bilgisayar programı ve yapay zekâ program arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sonuç program, yapay zekâ programının özelliklerini baskın unsur olarak taşıyorsa, sonuç programın, yapay zekâ programının programcısının hususiyetini yansıttığını ve eser sahibinin yapay zekâ programcısı olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Öte yandan; ortaya çıkan sonuç program üzerinde, yapay zekâ programının özellikleri baskın nitelikte değilse ve yapay zekâ programını kullanan kişinin fikri çabası ile sonuç program ortaya çıkmışsa, sonuç programın eser sahibi, yapay zekâyı kullanarak sonuç programı ortaya çıkartan kişi olmalıdır.

4. Bilgisayar Programlarında İşlenme Eser

Bilgisayar programlarında işlenme eserin tespiti konusu, özellikle özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programları ve lisans koşulları kapsamında önem taşımaktadır. Bu nedenle temel olarak işlenme eser ve bilgisayar programlarında işlenme esere ilişkin genel açıklamalara bu bölümde yer verilecek, özgür ve açık

²⁹² Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability In the 3a Era—The Human-Like Authors Are Already Here—A New Model”, **Michigan State Law Review**, 2017, 659-726, s.711-714; Kalin Hristov, “Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma”, **IDEA – The Journal of Franklin Pierce Center for Intellectual Property**, C.57, S.3, 431-454, s.445-447.

kaynak kodlu bilgisayar programlarını ele alırken ayrıca işlenme eserin tespiti sorununa değinilecektir.

FSEK kapsamında özgün olarak değerlendirilen eserlerin yanında, özgün olarak değerlendirilen eseri yeni bir şekle, forma, türe dönüştüren, başka bir dile aktaran, düzenleyen ürünler de koruma altına alınmıştır. Bu tür ürünlerin temel alınan eser üzerindeki çalışmalar sonucunda meydana gelmesi sebebiyle, anılan fikri ürünler, ‘işlenme’ olarak adlandırılmıştır²⁹³. FSEK’in “Tanımlar” başlıklı 1/B maddesinde işlenme eser, başka bir eserden yararlanılarak oluşturulmuş sahibinin hususiyetini taşıyan ancak yararlanılan eserden tamamen bağımsız olmayan fikir ve sanat ürünü olarak tanımlanmıştır²⁹⁴.

İşlenme eser, mevcut eser ile sıkı bir bağlılık içinde, mevcut eserden yararlanılarak meydana getirilmektedir ancak işlenme eser sahibinin yaratıcı faaliyetinin bulunması, sadece bu yaratıcı faaliyetin tamamen bağımsız bir eser vasfı kazandırmaya yetecek düzeyde olmaması aranmaktadır²⁹⁵. Bu değerlendirmemizin aksine Kılıçoğlu, işlenme eserin tamamen bağımsız bir eser niteliğine sahip olduğunu, koruma süresinin asıl eserden bağımsız olarak başlayıp sona erdiğini belirtmektedir²⁹⁶. Kanımızca, işlenme eser üzerindeki koruma süresi ile asıl eser üzerindeki koruma süresinin farklı olduğu saptamasıyla, asıl eser ve işlenme eser arasındaki yaratıcı faaliyetin bağımsız olmasına ilişkin saptama, birbirinden farklıdır. Ayrıca FSEK hükmü lafzında da, işlenme eserin yararlanılan eserden tamamen bağımsız olmadığı yönünde açıkça ifade bulunmaktadır.

FSEK md.6’da işlenme ürünler örnekleme yöntemi ile sayılmıştır. Burada yer alan sayma, *numerus clausus* olarak değil sadece başlıca örneklerle yer verme şeklinde gerçekleştirilmiştir²⁹⁷. Kılıçoğlu ise, işlenme eser olabilme için ilgili işlenme ürünün mutlaka FSEK md.6’da sayılan türlerden birine girme zorunluluğu bulunduğunu öne sürmektedir²⁹⁸. FSEK md.6’nın lafzına incelendiğinde, “...aşağıda başlıcaları yazılı

²⁹³ Tekinalp, 133; Öztan, s.156-157; Erel, **Fikir ve Sanat Hukuku**, s.43-46; Suluk, Karasu, Nal, s.72-73; Kılıçoğlu, s.132; Dalyan, s.122; Kaypakoğlu, s.68-69.; Akdemir Kamalı, s.151-52.

²⁹⁴ FSEK md. 1/B: “...c) İşlenme eser: Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini...”

²⁹⁵ Öztan, s.156; Dalyan, s.123; Suluk, Karasu, Nal, s.73; Akdemir Kamalı, s.152-153.

²⁹⁶ Kılıçoğlu, s.132; aynı yönde görüş için bkz. Akdemir Kamalı, s.152.

²⁹⁷ Tekinalp, s.136; Öztan, s.172; Suluk, Karasu, Nal, s.73; Dalyan, s.122; Akdemir Kamalı, s.152.

²⁹⁸ Kılıçoğlu, s.134.

fikir ve sanat mahsulleri işlemedir...” ifadesi kullanıldıktan sonra saymanın yapıldığı görülmektedir. Bu ifadeden dolayı sınırlı sayma ilkesinin yer almadığı, madde hükmünde yer alanların sadece örnek teşkil ettiği kanaatindeyiz. Örnekleme yöntemiyle sayılan bu işleme ürünlerden, işleyenin hususiyetin taşıyanlar ve yararlanılan eserin haklarına zarar getirmeyenlere FSEK kapsamında eser niteliği tanınmaktadır²⁹⁹.

FSEK md.6’da yer verilen örneklerden bir tanesi de bilgisayar programlarına ilişkindir. Hükmün 10. bendinde, bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya bilgisayar programı üzerinde herhangi bir değişim yapılması, işleme ürün olarak sayılmıştır. Diğer eser türlerinden farklı olarak, bilgisayar programları üzerinde değişiklik yapma ihtiyacı, farklı ve kendi türüne özgü gerekçeler ile ortaya çıkabilmektedir. Bilgisayar programlarına aleniyet kazandırıldıktan sonra, programda tespit edilen hataların giderilmesi, programa yeni özelliklerin eklenmesi veya programda kullanıcılara yönelik özelleştirmelerin yapılması ihtiyacı duyulabilmektedir. Bunun haricinde, bilgisayar programlarının kodlarının başka programlama dillerine çevrilmesi veya bir işletim sistemi için yazılan programın diğer işletim sistemlerinde çalıştırılabilen versiyonlarının oluşturulması gerekmektedir³⁰⁰. Buradan da anlaşılaacağı üzere; bilgisayar programlarında işleme eserlerin meydana getirilmesi, işlevsel sebeplerden kaynaklanmaktadır.

FSEK düzenlemesi, bilgisayar programlarına ilişkin örnek verilen işleme türleri açısından tam bir açıklık ve belirlilik sağlayamamaktadır. Bilgisayar programlarının “uyarlanması”, “düzenlenmesi” veya bilgisayar programları üzerinde “herhangi bir değişiklik yapılması” kavramlarına ilişkin bir tanım veya açıklama bulunmamaktadır. Mevzuat AB Direktifi’nde işleme hakkına ilişkin benzer bir düzenleme bulunmakta; bilgisayar programlarının çevrilmesi, uyarlanması, düzenlenmesi veya programda herhangi bir başka değişiklik yapılması işleme olarak düzenlenmiştir³⁰¹.

²⁹⁹ FSEK md.6/III: “İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve İşliyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu kanuna göre eser sayılır.”

³⁰⁰ Natalie Heineman, “Computer Software Derivative Works: The Calm Before Storm”, **Journal of High Technology Law**, C.8, S.2, 2008, 235-271, s.239 vd.; Akdemir Kamalı, s.144-145.

³⁰¹ AB Direktifi md.4/I-b:

Yukarıda birinci bölümde değindiğimiz üzere; bilgisayar programlarının kaynak kodları, farklı programlama dillerinde yazılmakta ve bu dillerin birbirlerine çevrilmesi veya kaynak kodu halinin makine koduna dönüştürülmesi gerekebilmektedir. Bu doğrultuda bilgisayar programı kodlarının farklı dillere çevrilmesi veya kaynak kodu – makine kodu dönüştürmesinin yapılması, bilgisayar programlarının uyarlanması halini oluşturmaktadır. Bilgisayar programlarının düzenlenmesi, bağımsız programların veya program parçalarının, özellikle farklı kod dosyalarının birbiriyle bağlantısının kurularak bir arada çalıştırılması anlamına gelmektedir. Bilgisayar programları üzerinde herhangi bir değişiklik yapmak ise çok geniş bir kavram olup sınırının çizilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda FSEK md.38’de yer alan şahsi kullanım kapsamında yapılan değişiklikleri aşan ve işleyen hususiyetini taşıyan herhangi bir değişikliğin işlenme kapsamında sayılabileceği kanaatindeyiz³⁰². Bununla birlikte; her bir program özelinde, işlenme eser olarak nitelenebilecek bilgisayar programı ve yararlanılan bilgisayar programının karşılaştırılması, kaynak kodlarının birbirlerine benzerliği ve bağımlılığının teknik olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

5. Bölüm Özeti

Çalışmamızın birinci bölümünde bilgisayar programına ilişkin temel bilgilere, kullanılan terimlere, bilgisayar programının nasıl geliştirildiğine, hangi türde bilgisayar programlarının bulunduğu ve ne gibi işlevleri yerine getirildiğine değinilmiştir. Böylelikle; bilgisayar programlarına ilişkin işlevsel ve ticari yönleri ele alarak çalışmamızın teknik zeminini oluşturmaya çalıştık. İkinci bölümde ise; bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin tarihsel gelişmelere, farklı hukuki yöntem ve alanlar ile koruma sağlama alternatiflerinin değerlendirilmesine ve sonuçta fikri hak koruması altında edebi eser olarak kabul edildiğine yer verdik. Bu kapsamda, bilgisayar programlarının hangi şartlar altında eser olarak koruma kapsamına girdiğini değerlendirdik. Böylelikle bilgisayar programlarına ilişkin çalışmamızın hukuki

“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;”.

³⁰² Arıkan, s.366-367; Erel, **Bilgisayar Programları**, s.148; Akdemir Kamalı, s.155; Tekinalp, 139; Dalyan, s.123; Öztan, s.182; Suluk, Karasu, Nal, s.153 vd.

zeminini oluşturmaya gayret ettik. Teknik zeminde yer alan işlevsellik ile hukuki zeminde fikri haklar vasıtasıyla sağlanan tekel hakkı zaman zaman birbiriyle çelişmektedir. Bu çelişki, kimi zaman bilgisayar programını vücuda getiren eser sahibi veya hak sahiplerinin menfaatleri ön plana alınarak aşılmaktadır. Bununla birlikte; eser veya hak sahiplerinin menfaatlerinin istisnasız olarak ön planda tutulması halinde, bilgisayar programları ve bilgisayar sistemlerinden beklenen toplu faydanın elde edilememesi, kullanıcıların belirli bir markanın ürün zincirine hapsedilmesi, teknoloji devi şirketlerin tekelleşmesi, rekabetin sağlanamaması ve sonuçta teknolojik ilerlemenin olumsuz etkilenmesi sonuçları ile karşılaşılabacaktır. Dolayısıyla kamu menfaatini temin edebilmek için fikri haklar ile sağlanan koruma ve üçüncü kişilere tanınacak serbestiler ile denge sağlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Kamu menfaatini gözeterek sağlanacak denge açısından araşışerlik serbestisi ve arayüzler önemli rollere sahiptir. Arayüzler, farklı programlar ve bilgisayar sistemi unsurları arasındaki iletişim ve etkileşimi sağlayarak sistemin bütünleşik olarak kullanılabilmesini mümkün kılmakta; araşışerlik serbestisi ise, arayüzler üzerinde program geliştiricilerine bir takım istisnalar tanıyarak bilgisayar programı eser sahibi veya hak sahibine tanınan fikri hakların kamu menfaatine aykırı sonuçlar doğurmasını önlemektedir. Bu nedenle; öncelikle bilgisayar programının hangi unsurlarına koruma sağlandığı, sağlanan koruma ile arayüzlerin ilişkisi, arayüzlerin bir alt türü olan uygulama programlama arayüzlerinin (API) işlev ve önemi ile araşışerlik serbestisi, takip eden bölümde, detaylı olarak ele alınacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARAŞTIRILIRLIK SERBESTİSİ

VE

UYGULAMA PROGRAMLAMA ARAYÜZLERİNİN (API)

FİKRİ HAKLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Bilgisayar Programları Unsurlarının Fikri Hak Koruması Bakımından Değerlendirilmesi

Uygulama programlama arayüzlerinin ele alınarak fikri hak koruması bakımından değerlendirilmesi öncesinde, bilgisayar programlarının unsurlarının telif hakkı koruması kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, bilgisayar programının unsurlarından hangilerinin koruma altına alınıp alınmadığı aşağıda, başlıklar altında ayrı ayrı ele alınacaktır. Unsurların ele alınmasını takiben uygulama programlama arayüzlerine ilişkin temel bilgiler aktarılacak ve uygulama programlama arayüzleri, telif hakkı koruması bakımından tartışılacaktır.

Hukuki bir bakış açısıyla bilgisayar programlarının anlaşılabilirliği için program unsurlarına yönelik temel teknik bilgilere yukarıda yer vermiştik³⁰³. Bu bölümde ise, bilgisayar programının unsurlarını hukuki açıdan ele alıp sağlanan hukuki koruma kapsamı bakımından değerlendireceğiz.

1.1. Kaynak Kodu ve Makine Kodu

FSEK madde 2/1’de, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programlarının koruma altında olacağı düzenlenmiştir. Yukarıda ele aldığımız üzere; bilgisayar

³⁰³ Bkz. s.26 vd.

programlarını oluşturan ana unsurlar, kaynak kodları ve makine kodlarıdır. Bilgisayar programının vücuda getirilmesinde, sahibinin hususiyetinin tespit etmeye yarayan, ifadeyi yansıtan ve edebi niteliğe sahip olduğu belirtilen unsur olması sebebiyle kaynak kodunun koruma altında olduğu konusunda, herhangi bir tereddüt ortaya çıkmamıştır. Bununla birlikte; makine kodunun, uzmanlar haricindeki insanlar tarafından okunup algılanabilir olma özelliğine sahip olmaması nedeniyle sahibinin hususiyetini yansıtmayı yansıtmadığı ve dolayısıyla telif hakkı koruması altında olup olmayacağı sorusu gündeme gelmiştir. *Apple Computer, Inc v Franklin Computer Corporation* davasında, yerel mahkeme, makine kodunun edebi eser niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin kanuni düzenlemelerde herhangi bir belirliliğin olmadığını belirtmiş ancak A.B.D. Temyiz Mahkemesi aksi yönde hüküm kurmuştur³⁰⁴. A.B.D. Temyiz Mahkemesi, edebi eser kategorisinin sadece Ernest Hemingway'in “*Çanlar Kimin İçin Çalıyor?*” adlı romanı ile aynı nitelikteki eserlerle sınırlı olmadığını, sayılar, sayısal sembol ve belirteçlerden oluşan çalışmaları da kapsadığını belirtmiştir³⁰⁵. Teoride, makine kodunun koruma kapsamına alınıp alınmayacağı yönünde tereddütler, A.B.D. Temyiz Mahkemesi içtihadının yerleşmesi ve kanuni düzenlemeler ile ortadan kalkmıştır³⁰⁶.

Sonuç olarak; A.B.D. hukuku açısından makine kodunun, fikri hak korumasından yararlanıp yararlanamayacağı yönünde güncel bir tereddütün bulunmadığı söylenebilir. Ayrıca FSEK lafzından hareketle, herhangi bir biçimde ifade edilmiş olmanın bilgisayar programları açısından yeterli görülmesi, makine kodu formunu da koruma şemsiyesi altına almaktadır. Kanımızca, kaynak kodu ve makine kodu arasında ayırım yapılmaksızın her ikisinin de fikri hak korumasından yararlanması gerekmektedir.

1.2. Hazırlık Tasarımları

AB Direktifi ile FSEK düzenlemesinin karşılaştırılmasında; her ne kadar FSEK'te yer alan bilgisayar programlarına ilişkin düzenlemeler, AB Direktifi'nde yer

³⁰⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, *Apple Computer, Inc v Franklin Computer Corporation*, 714 F.2d 1240, 30.08.1983, <https://openjurist.org/714/f2d/1240/apple-computer-inc-v-franklin-computer-corporation>, (24.11.2019)

³⁰⁵ *Ibid*, para. 38.

³⁰⁶ Erel, **Bilgisayar Programları**, s.159; Arıkan, s.362; Kaypakoğlu, s.25; Dalyan, s.84; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s. 44.

alan madde çevirilerinin FSEK'in mevcut maddelerine ek yapılması suretiyle oluşturulmuş olsa da, kimi farklı ifadelerin bulunduğu görülmektedir. AB Direktifi'nden farklı olarak, FSEK düzenlemesinde, hazırlık ve tasarım çalışmalarının korunacağı ancak bir sonraki aşamada bilgisayar program sonucu doğurması koşuluyla korumanın gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Bu ifadeden hazırlık çalışmalarının, bilgisayar programına dönüşmemesi, yarıda bırakılması halinde, eser niteliği taşımayacağı ve eser koruması altına alınamayacağı yönünde bir anlam çıkartılabilmektedir³⁰⁷. Dolayısıyla bazı yazarlara göre, AB Direktifi'nden farklı olarak FSEK düzenlemesi ile hazırlık çalışmalarının tamamlanarak mutlaka sonraki aşamada bilgisayar programı sonucu doğurması gerekmektedir³⁰⁸.

Doktrinde bu görüşe yönelik eleştiri getirilmiş, hazırlık çalışmalarının korunması için tamamlanma şartının aranmayacağı, diğer eser türlerinde olduğu gibi tamamlanmamış eserlerin de koruma altına alınacağı belirtilmiştir³⁰⁹. Sahibinin hususiyetini yansıtabilecek düzeye gelmiş olan çalışmaların tamamlanmasa dahi, eser korumasından yararlanabileceği; çalışmaların müsvedde veya taslak halinde ya da sahibinin hususiyetinden izler taşıyan halde olmasının yeterli olduğu ifade edilmiş ve ayrıca diğer eser türleri için tamamlanma şartı aranmıyorken bilgisayar programları açısından böyle bir şartın da aranmaması gerektiği öne sürülmüştür³¹⁰. Ayrıca FSEK düzenlemesinin lafzından hazırlık çalışmalarının tamamlanmış olması şartının anlaşılması halinde, bu koşulun, kendi içerisinde bir çelişki ortaya çıkartacağı belirtilmiştir³¹¹. *Kaypakoğlu*, hazırlık çalışmalarının, bilgisayar programı olarak tamamlanması halinde, ortaya çıkan fikri ürünün, zaten bir eser olarak korunabileceğini ve bu durumda ortaya çıkan eserin bilgisayar programı hazırlık çalışmalarını da kapsayacağı, bu nedenle korumanın bütün üzerinde sağlanacağını ifade etmektedir³¹². Bu görüş doğrultusunda, bilgisayar programlarının hazırlık çalışmaları da dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde ifade edilmiş olması yeterli görülmeli, programın tamamlanmış olması ya da kaynak kodu veya makine kodu şeklinde ifade edilmesi aranmamalıdır.

³⁰⁷ Kaypakoğlu, s.63; Suluk, Karasu, Nal, s.152-153

³⁰⁸ Topaloğlu, s.25; Tekin Memiş, Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması ("Kaynak Kodları"), **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009**, Ed: Tekin Memiş, İstanbul, 2009, 295-296.

³⁰⁹ Tekinalp, s.108; Öztan, s.180; Suluk, Karasu, Nal, s.152-153.

³¹⁰ Tekinalp, s.107-108.

³¹¹ Kaypakoğlu, s.63.

³¹² *Ibid.*

Memiş, bu eleştirilerin isabetli olmadığını, kanun koyucunun iradesinin kanun metninde açıkça yer aldığını, dolayısıyla eleştirilerin kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir³¹³. *Memiş*, ayrıca AB Direktifi ile FSEK'in birebir uygun yorumlanması yönünde bir zorunluluğun olmadığını, AB üyesi ülkelerin iç hukukları arasında dahi farklılıkların bulunabildiğini ifade etmektedir. *Memiş*, her türlü hazırlık çalışmasının koruma altına alınmasının doğru olmadığını altını çizmektedir³¹⁴. Eleştirdiği görüşün uygulanması durumunda, ilk aşamada bilgisayar programının çözeceği sorunları sıralamanın hazırlık çalışması teşkil edeceğini ve bu sıralamanın dahi, bilgisayar programına sağlanan koruma kapsamına alınacağını vurgulamaktadır³¹⁵. Öte yandan *Memiş*, hazırlık çalışmalarının belirli bir bütün ve sistematiği içermesi halinde korumadan yararlanamamasının da sorun teşkil edeceğini belirtmekte, bu soruna ise; hazırlık çalışmalarını, bilgisayar programı olarak olmasa da, ilim ve edebiyat eseri ürünü olarak koruma altına alarak çözüm getirmektedir³¹⁶.

Memiş'in belirttiği üzere; AB Direktifi ile FSEK'in birebir aynı şekilde yorumlanması yönünde bir zorunluluk bulunmamakta ve kanun koyucu açık tercihleri ile AB Direktifi uygulamasından ayrılabilir. Kaldı ki; belirli bir bütün ve sistematiği içeren hazırlık çalışmalarının, ayrıca ilim ve edebiyat eseri olarak koruma altına alınması, uygulamada ortaya çıkabilecek haksız faydalanmalara karşı pratik bir çözüm getirmektedir. Bununla birlikte; AB Direktifi'nin tercüme edilerek FSEK içinde kanunlaştırılması esnasında bir takım tercüme hatalarının iradi olmayan sonuçlara yol açabileceği de gözetilmelidir. FSEK düzenlemesinde yer alan bu ifade, AB Direktifi'nin giriş kısmında yer alan 7 numaralı bendindeki açıklamanın yanlış bir ifade şekliyle tercüme edilmesi sonucunda ortaya çıkmış olabileceği üzerinde de durulmalıdır. AB Direktifi'nin 7 numaralı bentte, bir bilgisayar programı ortaya çıkartmaya elverişli niteliğe sahip hazırlık çalışmasının bulunması koşulu aranmaktadır³¹⁷. Ayrıca aynı bendin devamında, hazırlık çalışmasının daha sonraki aşamada bilgisayar programı "*oluşturmasını*" değil "*oluşturabilecek*" olmasını

³¹³ *Memiş*, **Kaynak Kodları**, s.296.

³¹⁴ *Ibid*, s.296.

³¹⁵ *Ibid*, s.297.

³¹⁶ *Ibid*, s.296-297.

³¹⁷ "For the purpose of this Directive, the term 'computer program' shall include programs in any form, including those which are incorporated into hardware. This term also includes preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage."

aramaktadır. Dolayısıyla AB Direktifi'nde aranan koşul, hazırlık çalışmalarının ileride mutlaka bir bilgisayar programı olarak ürün vermesi değil, hazırlık çalışmalarının bilgisayar programı oluşturmaya elverişli nitelikte ve olgunlukta olmasıdır³¹⁸. 4110 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de yer aldığı üzere; 4110 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bilgisayar programına ilişkin yapılan eklemelerin amacı, kanunun AB müktesebatına uyumlu hale getirilmesidir. Sonuç olarak; FSEK düzenlemesinin gerekçesinde açıkça yer alan iradenin AB ile uyum sağlama olması, AB Direktifi'nden ayrı bir irade ortaya konduğu yönünde açık bir beyan olmaması, bilgisayar programlarına ilişkin tüm maddelerin birebir AB Direktifi'nden tercüme edilerek alınması sebebiyle, FSEK düzenlemesinin mehz AB Direktifi madde düzenlemesi ve açıklamasına uygun yorumlanması görüşü, ağır basmaktadır³¹⁹. Bununla birlikte; uygulamada ortaya çıkacak hukuki çözüm açısından bir fark meydana gelmeyecektir. Memiş'in önerdiği üzere; Sahibinin hususiyetini taşımaya yeterli nitelikte bilgisayar programı hazırlık çalışmaları, ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilecektir. Sahibinin hususiyetini taşımaya elverişli olmayacak şekilde, bir bütünlük ve sistematik içermeyen hazırlık çalışmalarının ise, her halükarda, koruma altına alınmaması gerekmektedir.

1.3. Akış Şemaları

Akış şemaları, bilgisayar programlarının çözmeyi hedeflediği sorunlara yönelik işlem adımlarını göstermesi sebebiyle fikri çabanın yoğun olarak görüldüğü ve somutlaştığı fikri ürünlerdir³²⁰. Bilgisayar programlarında ifade, kodlarda cisimleştiği gibi, akış şemalarında da şekillerle cisimleşmektedir. Kaynak kodları ile sonraki aşamada bilgisayar programına dönüşecek ifadelerin ana fikri, akış şemaları üzerinde görülebilmektedir. Bu açıdan akış şemaları, bilgisayar programları açısından eskiz benzeri bir niteliğe sahiptir.

Akış şemaları, sonraki aşamada, doğrudan değil ancak kaynak kodlarının yazılmasına imkân tanınması sebebiyle dolaylı olarak bilgisayar programı sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla FSEK md.2/I lafzına uygun olarak hazırlık tasarımı olarak

³¹⁸ Kaypakoğlu, s.64.

³¹⁹ Aksu, **Koruma**, s.809.

³²⁰ Bainbridge, **Software**, 42; Dalyan, s.83; Akdemir Kamalı, s.89.

bilgisayar programına tanınan korumadan yararlanabilmektedir³²¹. Hazırlık tasarımları başlığı altında belirttiğimiz gibi, akış şemalarının da, eser korumasından yararlanabilmesi için nitelik olarak bir sonraki aşamada bilgisayar programı sonucu doğurabilecek düzeyde olması gerekmektedir³²². Ayrıca akış şemalarındaki şekillerin, bilgisayar programı ifadesi olarak kabul edilebileceği ve bu bakımdan, yine madde lafzına uygun olarak, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programı kapsamında korumadan yararlanabileceği düşünülebilir.

1.4. Algoritmalar

Algoritmaların, bilgisayar programının çözmek istediği soruna yönelik çözüm yönteminin tarif edilmesi olduğunu yukarıda belirtmiştik³²³. Yine algoritmaların akış şemasına benzetilebileceğini aktarmıştık ancak akış şemasında, sembollerle görsel ifade özelliği ağır basmaktayken algoritmalarda, ifade yerine, çözüme yönelik ilke ve düşüncelerin esas unsur olduğu belirtilmelidir. Esas unsurun, ifade yerine, ilke ve düşünceler olması ise, fikri hakların temel kuralı olarak nitelenebilecek olan düşüncelerin değil, ifadenin eser koruması kapsamında olması ilkesi ile ters düşmektedir³²⁴. Dolayısıyla açık kanuni düzenleme olmasa dahi, algoritmaların eser koruması kapsamına alınacak unsurlardan olmadığı sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, pratikte bilgisayar programlarının kopyalanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, hangi noktada ifadenin, hangi noktada düşüncenin kullanıldığı veya kopyalandığını saptamak, A.B.D. hukuk sisteminde ifade edildiği şekliyle, düşünce-ifade ayrımını yapmak, zorlu ve hassas bir değerlendirme gerektirmektedir³²⁵.

Algoritmalara ilişkin kanuni düzenlemelere bakıldığında, FSEK ve mehz AB Direktifi'nin algoritmalara koruma sağlamadığı açıkça tespit edilebilmektedir. FSEK

³²¹ Bainbridge, **IT Law**, s.38; Bainbridge, **Software**, s.42; Arıkan, s.360; Erel, **Bilgisayar Programları**, s.142; Dalyan, s.83; Akdemir Kamalı, s.112.

³²² Topaloğlu, s.24; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.39

³²³ Bkz. s.27-28.

³²⁴ Arıkan, s.329; Kaypakoğlu, s.66; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.51-52; Dalyan, s.86; Akdemir Kamalı, s.113.

³²⁵ Idelle R. Abrams, "Statutory Protection of the Algorithm in a Computer Program: A Comparison of the Copyright and Patent Laws", **The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law**, C.9, S.2, 1989, 125-144, s.138-139; Bainbridge, **IT Law**, s.46; Torremans, s.633; Murray, s.226 vd; Kaypakoğlu, s. 85.

madde 2/III’de bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerin eser sayılmayacağı düzenlenmiştir³²⁶. Mehz AB Direktifi’nin giriş açıklamalarında, bilgisayar programına temel oluşturan düşünce ve ilkelerin bilgisayar programı koruması kapsamında bulunmadığı, düşünce ve ilkelerden oluşan algoritmaların, programlama dillerinin ve program mantığının korunan unsulardan olmadığı açıkça belirtilmiştir³²⁷.

1.5. Arayüzler

Arayüzlerin bilgisayar programının donanım bileşenleri, başka programlar, veriler ve kullanıcılarla bağlantı içinde olmasını sağlayan unsur olduğunu yukarıda açıklamıştık³²⁸. Arayüzler, daha önce de ele aldığımız üzere, genel olarak kullanıcı arayüzleri ve sistem arayüzleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Kullanıcılar ile görsel ve işitsel olarak bağlantı kuran, kullanıcıların, bilgisayar programını kullanmasını sağlayan arayüz türüne kullanıcı arayüzü; programın, donanım bileşenleri, veriler ve başkaca programlarla bağlantı kurmasını sağlayan arayüz türüne ise genel olarak sistem arayüzü denmektedir³²⁹.

Bilgisayar programlarının diğer unsurlardan farklı olarak, FSEK’te arayüz tanımına yer verilmiştir. FSEK md.1/b’de yer alan arayüz tanımı, “*Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri*” olarak verilmiştir. Ayrıca araişlerlik kavramına da, FSEK md.1/ı’da “*Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneği*” şeklinde tanım getirilmiştir. FSEK’te değişiklik yapılmasına ilişkin 4110 sayılı Kanunun gerekçesinde ise, bilgisayar programlarının fonksiyonlarını yerine

³²⁶ FSEK md.2/III: “Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.”

³²⁷ AB Direktifi Giriş para.11: “For the avoidance of doubt, it has to be made clear that only the expression of a computer program is protected and that ideas and principles which underlie any element of a program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive. In accordance with this principle of copyright, to the extent that logic, algorithms and programming languages comprise ideas and principles, those ideas and principles are not protected under this Directive. In accordance with the legislation and case-law of the Member States and the international copyright conventions, the expression of those ideas and principles is to be protected by copyright.”

³²⁸ Bkz. s.32 vd.

³²⁹ Bkz. s.33.

getirebilmesinin diğer sistem bileşenleri ile etkileşim halinde olmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. AB Direktifi'nin giriş kısmının 10. paragrafında araışlerliğin programların fonksiyonunun yerine getirebilmesi için önemi vurgulanmış, ayrıca araışlerlik, programın donanım yazılım ve kullanıcılar ile arasındaki fiziksel ve mantıksal bağlantı ve etkileşim olarak tanımlanmıştır.

FSEK md. 2/IV'te, arayüzlerin temeli olan düşünce ve ilkelerin eser korumasından yararlanamayacağı düzenlenmiştir³³⁰. Madde düzenlemesinde, arayüzlerin türüne ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamış olması sebebiyle hem sistem hem de kullanıcı arayüzleri açısından madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. Madde hükmünden hareketle, hem kullanıcı arayüzü hem de sistem arayüzü için hangi hususların düşünce hangi hususların ifade olduğu tespiti, her bir program ve uyumsuzluk özelinde ayrı ayrı yapılmalıdır³³¹.

FSEK düzenlemelerinin mehası olan AB Direktifi'nin ilk versiyonu, 14 Mayıs 1991 tarihli ve 91/250/EC numaralı Bilgisayar Programlarının Korunmasına ilişkin AB Konseyi Direktifi'dir. Direktif taslağı açıklamalarının birçok yerinde, temel amaçlardan birinin bilgisayar sistemi unsurlarının birbiriyle uyumlu olmasının sağlanması amacıyla eser sahibinin haklarında, kamu yararına sınırlamaların getirilmesi gerektiği, böylelikle; bilgisayar sistemlerinin bütünleşik olarak çalışabileceği ve rekabetin sağlanabileceği ifade edilmiştir³³². Bilgisayar programlarının, fikri hak koruması altına alınması ile donanım ve yazılım unsurlarının uyumlu çalışabilmesi yönünde bazı sorunların ortaya çıktığı, unsurlar arasındaki uyumlu çalışmanın sağlanabilmesi için arayüzlere ilişkin bilgilere erişilmesine ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır³³³. Bu noktada arayüzlerin telif hakkı koruması altına alınıp alınmayacağı üzerinde soru işaretlerinin bulunduğu, arayüzlerin fikir, prensip ve kurallarının belirlendiği kısımlarının kopyalanmasına ihtiyaç duyulduğu ancak uygulamayı sağlamak üzere yazılmış kısımlarının kopyalanmasının şart olmadığı

³³⁰ FSEK md. 2/IV'te “Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.”

³³¹ Kaypakoğlu, s.85; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.44; Dallyan, s.88; Akdemir Kamalı, s.112-113.

³³² AB Direktifi Taslak Metni Açıklamaları, EU 89/C 91/5, Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1989:091:FULL&from=EN>, (11.02.2020), para.3.9, 3.12.

³³³ *Ibid*, para.3.9.

belirtilmiştir³³⁴. Bununla birlikte; araişlerliğin sağlanabilmesi için arayüzlerin uygulamayı sağlayan kısımlarının başka şekilde ifade edilmesi mümkün olmadığında, fikri hak ihlalden bahsedilemeyeceği çünkü artık ifade ve fikrin birleştiği ve bu durumda, fikirler üzerinde tek hak verilemeyeceği net bir şekilde ortaya konmuştur³³⁵.

AB Direktifi taslağının ortaya çıkması ile yazılım sektöründe, farklı iki yaklaşım ortaya çıkmış ve yaklaşımların yasa çalışmalarında etkili olması için lobi faaliyetlerine başlanmıştır. Yazılım sektöründe uyumlu sistemlerin ortaya çıkartılabilmesi ve rekabetin güçlendirilmesi amacını taşıyan Sun Microsystems, Bull, Olivetti, Fujitsu gibi şirketlerden oluşan grup, 1989 yılında ECIS çatısı altında toplanmıştır³³⁶. Bilgisayar programlarına daha geniş koruma sağlanması ve eser sahiplerinin yetkilerinin kısıtlanmaması savunan IBM, DEC, Microsoft³³⁷ ve Apple gibi şirketler³³⁸ ise SAGE³³⁹ altında birleşmiştir³⁴⁰. SAGE AB Direktifi'nde bilgisayar programı üzerinde tanınan hakların daha korumacı olması yönünde lobi yaparken karşıt olarak ECIS de daha rekabetçi düzenlemelerin olması yönünde lobi faaliyeti yürütmüştür³⁴¹.

Lobi faaliyetlerinin de etkisiyle AB Direktifi taslak metninde, arayüz spesifikasyonlarının bilgisayar programına sağlanan telif hakkı korumasından yararlanamayacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir³⁴². Taslak metin md.1/3'te arayüz spesifikasyonlarının bilgisayar programı altında yatan düşünce, prensip ve ilkeleri barındırması halinde, telif hakkı kapsamında yer almayacağı

³³⁴ *Ibid*, para.3.10, 3.11, 3.12

³³⁵ *Ibid*, para. 3.12, 3.13.

³³⁶ European Committee for Interoperable Systems, "History", <http://www.ecis.eu/about-ecis/>, (11.02.2020); Lai, s.97, dn.12

³³⁷ Microsoft, ayrıca kendi önderliğinde bilgisayar programları üzerindeki hakların korunmasına yönelik Türkiye de dâhil birçok ülkede faaliyet gösteren BSA'yı kurmuştur. The Software Alliance, "BSA Hakkında", <https://ww2.bsa.org/about-bsa>, (11.02.2020).

³³⁸ A.B.D. menşeiili şirketlerin fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik bir başka önemli oluşun ise IIPA olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. International Intellectual Property Alliance, "About", <https://www.iipa.org/about/>, (11.02.2020).

³³⁹ *Software Action Group for Europe*.

³⁴⁰ Lai, s. 97, dn.12; Thomas Vinje, "The Legislative History of the EC Software Directive", **A Handbook of European Software Law**, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 39-84, s.46.

³⁴¹ Vinje, s.46 vd; Lai, s.97.

³⁴² AB Direktifi Taslak Metni, 89/C 91/05, COM(88) 816 final — SYN 183, Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51988PC0816&from=EN> (11.02.2020).

düzenlenmiştir³⁴³. Ayrıca taslak metnin 4. ve 5. maddelerinde tersine mühendislik ve ters-derleme yetkisi kullanıcılara tanınmamış ve eser sahibine geniş bir koruma sağlanmıştır. ECIS, arayüz spesifikasyonlarının istisnasız telif hakkı kapsamı dışına çıkarılmasını isterken, SAGE ise tam tersi yönde tamamen koruma kapsamına alınmasını savunmuştur. Benzer şekilde SAGE tersine mühendislik yasaklarını son derece olumlu karşılarken ECIS, ilgili yasakların kaldırılmasını talep etmiştir³⁴⁴. AB Konseyi çalışmaları esnasında Fransa, Almanya ve Yunanistan ECIS'in yaklaşımını, İrlanda ve Danimarka ise SAGE'in görüşlerini desteklemiştir³⁴⁵.

AB Direktifi çalışmaları iki farklı yaklaşım ve farklı lobi grupları faaliyetleri altında, bazen tamamen rekabetçi grubun yaklaşımını yansıtan taslak ifadelerle yer verirken bazen de, tamamen korumacı grubun yaklaşımlarını içeren ifadeler kullanmıştır. Sonuç olarak, ECIS yaklaşımına daha yakın ancak tamamen ECIS lehine olmayan ifadelerle arayüzlerin, ifade biçimi yerine, fikirleri yansıtma şeklinde, koruma altında olmayacağı düzenlenmiştir³⁴⁶. Paralel olarak, eser sahipleri aleyhine ancak rekabet lehine olacak şekilde, tersine mühendislik ve ters-derleme serbestisi tanınarak rekabet eden programların oluşturulabileceği, önce açıkça ifade edilmiş³⁴⁷ ancak daha sonra yürürlüğe giren metinde, ifade-fikir ayrımı haricinde net bir yaklaşım sergilenmemiştir.

2. Kullanıcı Arayüzlerine İlişkin Değerlendirmeler

Kullanıcı arayüzü, program dizimi-sıralaması, yapısı, menüleri, ekran görüntüleri, sesleri yani programın insanlar tarafından “görülmesi ve hissedilmesini”³⁴⁸ sağlayan, geniş kapsamlı bir bilgisayar programı unsurudur³⁴⁹.

³⁴³ Taslak metin md.1/3:

“...Where the specification of interfaces constitutes ideas and principles which underlie the program, those ideas and principles are not copyrightable subject matter.”

³⁴⁴ Jonathan Band, Masanobu Katoh, **Interfaces on Trial Intellectual Property and Interoperability in the Global Software Industry**, Boulder, Oxford, Westview Press, 1995, s.230-235.

³⁴⁵ *Ibid*, s.239.

³⁴⁶ Vinje, 47-55, Band, Katoh, s. 239-243.

³⁴⁷ AB Parlamentosu taslak metni, Communication from the Commission to the European Parliament, Eur. Parl. Doc. SEC 87 final-SYN 183, 1991, s.5:

“Alternatively it may compete with the decompiled program and in such cases will not normally connect to it.”

³⁴⁸ Birleşik Krallık ve A.B.D. hukuk sistemlerinde adlandırıldığı şekliyle; “Look and Feel”.

³⁴⁹ Bainbridge, **IT Law**, s.51; Torremans, s.636; Yusufoğlu, **Bilgisayar Programı**, s.44; Dalyan, s.87.

Kullanıcı arayüzlerinin fikri mülkiyet altında hukuki korumaya tabi olması değerlendirilirken ikili bir ayırım yapmakta fayda bulunmaktadır. Kullanıcı arayüzlerinin, bilgisayar programına sağlanan hukuki koruma kapsamına girip girmediği ve bilgisayar programından bağımsız müstakil olarak ayrı bir eser korumasından yararlanıp yararlanmayacağı yönünde ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle bilgisayar programından bağımsız müstakil eser korumasına değinilecek ve daha sonra bilgisayar programına sağlanan hukuki koruma açısından değerlendirme yapılacaktır.

Kullanıcı arayüzlerinin kullanıcılar tarafından görülebilen, duyulabilen ve hissedilen yönü, görsel ve işitsel unsurlardan oluşmaktadır. Bunlara ek olarak kullanıcı arayüzü, kullanıcılarına aktif katılımcılık³⁵⁰ sağlamakta, görüntülenecek yazı ve görseller ile oynatılacak seslerin gidişatını belirleme imkânı vermektedir. Bu nedenle; kullanıcı arayüzlerinin görsel ve işitsel unsurları, eser olma vasfını karşılayabilmekte ise, FSEK md.2/3 kapsamında plan, proje, teknik tasarım olarak ilim ve edebiyat eseri veya FSEK md.4 kapsamında güzel sanat eseri ile FSEK md.3 kapsamında musiki eser veya FSEK md.5 kapsamında sinema eseri niteliği gösterebilmektedir. Bu nedenle kullanıcı arayüzlerinin görsel ve işitsel öğeleri, bilgisayar programından ayrı olarak başka eser türlerine sağlanan hukuki korumadan yararlanabilmektedir³⁵¹.

Kullanıcı arayüzleri aynı anda yazı, görsel ve ses iletebildiği, aktif katılımcılık sağlayabildiği için FSEK’te ayrı bir eser türü olarak yer almayan ancak doktrinde “multimedya eser” veya “multimedya ürün”³⁵² olarak adlandırılan türü teşkil etmektedir. Doktrinde, çeşitli eser kategorilerindeki eserlerin dijital olarak bir araya getirilmesi sonucunda multimedya eserin ortaya çıktığı ifade edilmektedir³⁵³. Farklı eser türlerinin bir araya gelmesi sonucunda çoklu ortamlı iletim gerçekleştirilebilmektedir. Bu bilgiler doğrultusunda, multimedya eserin temel olarak dijital hale dönüştürme, müstakilen kullanılan farklı araçları birleştirme ve katılımcılık sağlama özellikleri bulunduğu görülmektedir³⁵⁴.

³⁵⁰ Öztan, s.154.

³⁵¹ Kaypakoğlu, s.99.

³⁵² Multimedya ürün terimi, bilgi toplumunda telif haklarını konu eden 2001/29/EC nolu AB Direktifinin giriş açıklamaları 10. paragrafta yer almaktadır.

³⁵³ Tekinalp, s.132; Öztan, s.155.

³⁵⁴ Öztan, s.151-155.

Multimedya ürünlerin ayrı bir eser türü oluşturmadığı, bilgisayar destekli ürünlerin bir kısmının FSEK md.1/B(a) kapsamında, bir kısmının ise işlenme eser kapsamında eser sayılması gerektiği görüşü bulunmaktadır³⁵⁵. Bazı yazarlar multimedya ürünleri, sinema eserleri kategorisi altında değerlendirmektedir³⁵⁶. Başkaca yazarlar ise multimedya ürünler ve bilgisayar programlarının birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasına rağmen, multimedya ürünlerin FSEK kapsamında ayrı bir tür altında korunmaması sebebiyle bilgisayar programı olarak nitelenmesi ve korunmasının mümkün olduğu öne sürülmüştür³⁵⁷.

Multimedya ürünlerde bilgisayar veya bilgisayar programı desteğine ihtiyaç olduğu gözlemlenmektedir. Bu noktada multimedya ürünler ile bilgisayar programlarının bağlantı içerisinde bulunduğu açıktır. Bununla birlikte, her ne kadar bilgisayar programı ve multimedya ürünler bağlantı içerisinde olsa da, multimedya ürün kavramının bilgisayar programını kapsayan daha büyük bir üst küme olmadığı kanaatindeyiz. Hukuki nitelik açısından, kullanıcı arayüzlerinin görsel ve işitsel öğelerinden oluşan multimedya ürünler, görsel ve işitsel içerik ile oluşmaktadır. Dolayısıyla asli unsurun ekran görüntüleri, melodiler, motifler, video ve grafiklerin olduğu yazılım ürünlerinde, bilgisayar programının temel çekirdeğinden ayrı ancak temel çekirdek üstünde konumlandırılmış başkaca eser türleri bulunmaktadır. Buradan hareketle; kullanıcı arayüzlerinin görsel ve işitsel öğeleri, gerekli eser niteliğini göstermeleri halinde, multimedya ürün olarak FSEK kapsamında, ilim ve edebiyat eseri, musiki eser, güzel sanat eseri, sinema eseri veya işlenme-derleme eser olarak hukuki korumadan yararlanabilir. Kullanıcı arayüzlerinin multimedya ürün teşkil eden öğelerine sağlanacak hukuki koruma, bilgisayar programına sağlanan hukuki korumadan bağımsız değerlendirilmelidir³⁵⁸.

Kullanıcı arayüzlerinin bilgisayar programına sağlanan koruma kapsamında korunup korunamayacağı veya arayüzlerin multimedya özelliklerinden ayrı olarak, yapıları, sıralamaları ve organizasyonlarının koruma kapsamına alınıp alınmayacağı

³⁵⁵ Tekinalp, s.132; Öztan, s.155.

³⁵⁶ Suluk, Karasu, Nal, s72; Metin Turan, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Çeşitleri: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **Bilgi Dünyası**, C.15, S.1, 2014, 125-158, s.138.

³⁵⁷ Adnan Eren Güney, **Multimedya Eserlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması**, (Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hamdi Yasaman), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.63.

³⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Yusufoğlu, **Bilgisayar Programı**, s.47.

ise ayrı bir tartışma konusu yapılmalıdır. Özellikle bilgisayar programına tanınan koruma kapsamına arayüzlerin dâhil olup olmayacağı ve kullanıcı arayüzlerinin görsel-işitsel özellikleri yerine, bilgisayar programının yapı-sıralama-organizasyonun ³⁵⁹ telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmalıdır. Bu açıdan, kullanıcı arayüzlerinin makine kodu ve kaynak kodundan ayrı olarak bilgisayar programını ifade etme biçimlerinden birini teşkil edip etmediği değerlendirilmelidir.

Kullanıcı arayüzlerinin fonksiyonellik, görsellik ve orijinal düzenleme gibi farklı yönleri olması sebebiyle kural olarak programa sağlanan koruma kapsamı dışında tutulsa da, sık sık uyuşmazlık konusu yapılmış ve bilgisayar programı şemsiyesi altında koruma sağlanıp sağlanamayacağına ilişkin mahkeme kararlarında, arayüzlerin farklı yönlerinin niteliği, hukuki açıdan değerlendirmeye tabi tutulmuştur ³⁶⁰. Kullanıcı arayüzlerinin bilgisayar programına sağlanan eser korumasından yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin, A.B.D. içtihat hukukundaki mahkeme kararlarının incelenmesi önem taşımaktadır³⁶¹.

Doğrudan kullanıcı arayüzlerinin bilgisayar programına sağlanan eser koruması kapsamında olduğuna ilişkin bir inceleme içermese de, kaynak kodu ve makine kodu haricindeki bilgisayar programı unsurlarının, bilgisayar programı koruması altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünde en önemli davalardan biri, *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.* davası olmuştur. Davada, bilgisayar programına tanınan koruma kapsamının tespiti için düşünce – ifade ayrımına gidilmiş; bilgisayar programında düşünce, sadece programın işlevi ile sınırlı tutulmuştur³⁶². Programın işlevi dışında kalan tüm unsurlar, ifade olarak kabul edilmiş ve eser koruması kapsamında sayılmıştır³⁶³. Böylelikle; programın yapısı ve sıralaması gibi birçok husus koruma kapsamına girmiş ve sonuç olarak; kullanıcı arayüzündeki yapı ve ekran sıralaması gibi, bilgisayar programının edebi olmayan unsurlarının benzerliği veya kopyalanması fikri hak ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bilgisayar programının

³⁵⁹ *Structure – sequence – organisation (SSO)*.

³⁶⁰ Torremans, s.636-638; Murray, s.227-228; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.46.

³⁶¹ Bainbridge, **IT Law**, s.46; Murray, s.226; Torremans, s.637; Kaypakoğlu, s.84; Dalyan, s.89.

³⁶² A.B.D. Temyiz Mahkemesi, 3. Daire Kararı, *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d 1222, 04.07.1986, <https://casetext.com/case/whelan-associates-v-jaslow-dental-laboratory#p1222> (28.11.2019), s.1236.

³⁶³ Ibid.

işlevini gösterebilmesi için birden fazla imkân veya seçenek olması halinde, sadece belirli bir seçeneğin seçilmesini ifade olarak kabul etmek, fikri hak kapsamını çok fazla genişletmektedir³⁶⁴. Temyiz mahkemesi, ayrıca bilgisayar programına temel oluşturan tek bir fikir veya işlev olduğu gibi hatalı bir değerlendirilme yapmıştır. Hâlbuki programın her bir modülü, ayrı fikirler üzerine kurulmuş olabilir³⁶⁵. Temyiz mahkemesi, kullanıcı arayüzlerine ilişkin olarak ise, kullanıcı arayüzlerinin edebi eser kategorisine girmediği, dolayısıyla bilgisayar programlarına sağlanan korumanın altına dâhil edilemeyeceği ancak görsel ve işitsel ürünler³⁶⁶ olarak ayrı bir telif hakkı korumasına sahip olabileceği değerlendirmesini yapmıştır³⁶⁷. Mahkemenin vardığı sonuç, yukarıda ele aldığımız üzere, kullanıcı arayüzlerinin görsel ve işitsel öğelerinin multimedya ürün oluşturulması ve her ne kadar bu ürünler, bilgisayar programı desteğiyle gösterilmekte, oynatılmakta ise de, bilgisayar programına sağlanan hukuki korumadan bağımsız değerlendirilmesi ile örtüşmektedir.

Broderbund Software v Unison World davasında, *Whelan v Jaslow Dental* davasında Temyiz mahkemesince verilen karar dayanak alınmış ancak bu davada, kullanıcı arayüzlerinin multimedya eser özellikleri uyumsuzluk konusu olmuştur. Mahkeme, *Whelan* kararındaki gerekçelendirmeyi uygulamış ve bilgisayar programı altında yatan düşünce ve ifade biçiminin ayrılıp ayrılamadığını değerlendirmiştir. Kullanıcı arayüzlerinin, programın genel yapısı, sıralaması ve organizasyonunu yansıttığını, dolayısıyla bilgisayar programının edebi özelliklerine sağlanan korumaya ek olarak bilgisayar programının içerisinde yer alan görsel-işitsel ürünler, yani multimedya eser olarak korunduğuna hükmedilmiştir³⁶⁸. Uyuşmazlık konusu olayda,

³⁶⁴ Michael Risch, "How Can *Whelan v. Jaslow* and *Lotus v. Borland* Both Be Right? Reexamining the Economics of Computer Software Reuse", **Journal of Computer & Information Law**, C.17, S.2, 1999, 511-556, s.516; Pamela Samuelson, "A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement" (Tests), **Northwestern University Law Review**, C.107, S.4, 2013, 1821-1850, s.1839; Milton R. Wessel, "Whelan v. Jaslow: An Appraisal.", **Journal of Law and Technology**, C.2, S.1, 1987, 1-4, s.2; Scott R. Williamson, "Copyright Protection of Computer Audiovisual Display Screens-Digital Communications Associates, Inc. v. Softklone Distributing Corp.", *Wake Forest Law Review*, C.23, 1988, 273-304, s.284-285.

³⁶⁵ Arjun Krishnan, "Testing for Copyright Protection and Infringement in Non-Literal Elements of Computer Programs", **Journal of Intellectual Property Rights**, C.10, 2005, 9-20, s.11.

³⁶⁶ Audio-visual works.

³⁶⁷ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, 3. Daire Kararı, *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d 1222, 04.07.1986, <https://casetext.com/case/whelan-associates-v-jaslow-dental-laboratory#p1222> (28.11.2019), s.1244.

³⁶⁸ A.B.D. Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Broderbund Software, Inc. and Pixellite Software v. Unison World, Inc.*, 648 F. Supp. 1127, 08.10.1986, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/648/1127/1431057/> (28.11.2019), s.1133.

kullanıcıların kendisine özel olarak tebrik kartı oluşturmalarını sağlayan bir bilgisayar programı yer almıştır. Mahkeme, uyumsuzlukta yer alan bilgisayar programındaki düşüncenin tebrik kartı oluşturma; ifadenin ise, programın sağladığı belirli formatın ve bu formatın kullanıcıya sunulma biçimi olarak vücut bulduğunu ifade etmiştir³⁶⁹. Aynı düşüncenin, başka bilgisayar programları tarafından da farklı şekillerde uygulanıyor olması sebebiyle mahkeme, düşünce ve ifadenin birbirinden ayrılabilirdiği; farklı ekran görüntüleri ve biçimler vasıtasıyla aynı düşüncenin ifade edilebiliyor olması halinde, düşünce ve ifadenin birleştiğinin öne sürülemeyeceği sonucuna varmıştır³⁷⁰. Mahkeme, uyumsuzluğun çözümü için birleşme doktrinine³⁷¹ başvurmuştur. Birleşme doktrini kapsamında, fikir ve ifadenin birbirinden ayrılıp ayrılmadığı ele alınmakta, aynı fikrin farklı şekillerde ifade edilip edilemediği değerlendirilmektedir³⁷². Fikrin farklı şekillerde ifade edilmesi mümkün değilse, fikir ve ifadenin birleştiği kabul edilmekte ve fikir üzerinde tek el oluşturulmasını önlemek için fikirle birleşen ifadeye telif hakkı tanınmamaktadır. İlim ve edebiyat eserlerinin alt türlerinin çoğunda bir fikrin farklı şekillerde ifade edilip edilemeyeceği nispeten daha kolay tespit edilebilmekte iken teknik ve fonksiyonel yönleri olan bilgisayar programları açısından bu tespiti yapmak zorlaşmaktadır.

Kanımızca, bilgisayar programları özelinde, düşünce ve ifadenin birleşmediğini saptarken sadece başka ifade biçimlerinin bulunduğunu tespit etmek yeterli değildir. Diğer ifade biçimlerinin işlevsellik açıdan yetersiz olması, nihai kullanıcıların kullanımını zorlaştırması gibi durumlarda da, bilgisayar programları açısından ifade ve düşüncenin birleştiğinden bahsetmek gerekecektir. Teknik anlamda farklı ifade biçimleri bulunsa da, diğer ifade biçimlerinin kullanım açısından zorluk veya engel teşkil etmesi halinde de ifade ve düşüncenin birleştiği kabul edilmelidir. Burada nihai kullanıcı alışkanlıklarını ayrı tutmak ve birleşme doktrini dışında incelemek gerekmektedir. Kullanıcılarda bilgisayar programı ve dijital ortamların günümüze kadar kullanımı sonucunda belirli alışkanlıklar oluşmuştur. Günümüze kadar

³⁶⁹ *Ibid*, s.1132.

³⁷⁰ *Ibid*.

³⁷¹ *Merger doctrine*.

³⁷² Ulla-Majja Mylly, "Harmonizing Copyright Rules for Computer Program Interface Protection", **University of Louisville Law Review**, C.48, 2010, 877-909, s.907; Barry Werbin, "Oracle v. Google: JAVA API Copyrightability Put to the Test in Smartphone Technology Battle," **Landslide**, C.5, S.2, 2012, 13-23, s.18; Nicholas A. Holton, "Google, Inc. v. Oracle America, Inc.: Supreme Court Declines to Review Reversal of Landmark API Copyright Decision," **Loyola Law Review**, C.62, S.1, 2016, 189-235, s.211.

süregelen ekran görüntüleri, ikon, işaret ve belirteç konumlandırmaları, kullanıcıların zihinlerinde yer etmiştir. Herhangi bir açıklama olmadan belirli sembollerin başlat komutunu harekete geçirdiğini, ekran imleci ile bir ikonun üzerine gelindiğinde belirli fonksiyonların göstereceğini tüm kullanıcılar öngörebilmektedir. Nihai kullanıcı alışkanlıklarına ilişkin açıkladığımız bu durumlarda, ifade ve düşüncenin birleşmesinden değil, ifadenin sahibinin hususiyetini yansıtmadığı, orijinal olmadığından söz etmek gerekecektir.

Digital Communications v Softklone davasında mahkeme, *Whelan v Jaslow Dental* davasında verilen kararın, kullanıcı arayüzlerini doğrudan bilgisayar programına sağlanan koruma altına sokmadığı, bunların ayrıca görsel-işitsel ürün olarak korunabileceği saptamasına atıfta bulunmuş³⁷³ ve *Broderbund Software v Unison World* kararında ulaşılan sonucu reddetmiştir³⁷⁴. Bununla birlikte, mahkeme, kullanıcı arayüzlerindeki benzerliğin, bilgisayar programının kopyalandığına ilişkin bir kanıt oluşturacağını ifade etmiştir³⁷⁵. Dava konusu olayda, düşüncenin, birden fazla şekilde ifade edilmesi imkânı bulunduğu, farklı biçimler altında durum ekranının oluşturulabileceği, dolayısıyla dava konusu durum ekranının eser korumasından yararlanabileceği saptanmıştır³⁷⁶. Ayrıca, kullanıcı arayüzlerinin görsel-işitsel ürünler yerine, edebi eser olarak nitelendirilmesi, ilaveten derleme eser olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir³⁷⁷.

Mahkemenin kullanıcı arayüzlerindeki benzerliğin bilgisayar programının kopyalandığına ilişkin ispat hukuku açısından “emare”³⁷⁸ oluşturduğu saptaması

³⁷³ A.B.D. Bölge Mahkemesi (Georgia-Atlanta) Kararı, *Digital Communications v. Softklone*, 659 F. Supp. 449, 31.03.1987, <https://casetext.com/case/digital-communications-v-softklone> (28.11.2019), s.455.

³⁷⁴ *Ibid*, s.456.

³⁷⁵ *Ibid*, s.455.

³⁷⁶ *Ibid*, s.459.

³⁷⁷ *Ibid*, s.462-463; Lawrence D. Mandel, “Digital Communications Associates, Inc. v. Softklone Distributing Corporation: Copyright Protection for the Status Screen of a Computer Program”, **Rutgers Computer & Technology Law Journal**, C.15, 1989, 169-189, s.179-181, s.180; Scott R. Williamson, “Copyright Protection of Computer Audiovisual Display Screens-Digital Communications Associates, Inc. v. Softklone Distributing Corp.”, **Wake Forest Law Review**, C.23, 1988, 273-304, s.300-302.

³⁷⁸ Emare kavramı için bkz. Bilge Umar, Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, Yeniden Yazılmış – Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980, s.19; Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s.140; Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, S. 70, 1999, 7-22, s. 9 vd.; Leyla Keser, “İlk Görünüş İspatı”, **Prof. Dr. Mahmut Birsal’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi yayını, 2001, 231-251, s.237.

önem taşımaktadır. Kullanıcı arayüzlerindeki benzerlik, bilgisayar programının kodları veya diğer unsurlarının kopyalandığına ilişkin uyumsuzluklarda, hâkimin değerlendirmesi açısından kanaat oluşturabilecek, ispat hukuku kapsamında bir emare olarak görülmelidir³⁷⁹. Bir başka deyişle, hayat tecrübesi kurallarına göre, kullanıcı arayüzlerindeki benzerlik, bilgisayar programının başkaca unsurlarının da kopyalanmış olduğu ihtimalini göstermektedir. Bununla birlikte kanımızca; cep telefonlarındaki, bilgisayar ekranlarındaki veya programların içerisinde yer alan durum ekranı, klavye düzeni gibi hususlarda genellikle işlevsellik ön plana çıktığının unutulmamalıdır. Örneğin; cep telefonu ekranlarındaki şarj ve sinyal durumunu gösteren ikonların ekranın üst kısmında bulunması bir zorunluluk değildir, ekranın altında, kenarında veya ortasında bulunabilir ancak bu durumda ekranın daha verimli kullanılamaması durumu ortaya çıkabilecektir. Ayrıca nihai kullanıcıların alışkın oldukları düzene aykırı olduğu için kullanıcılara kullanım kolaylığı sağlanamayacaktır. Bu açıdan ele alındığında; bir tablo veya sanatsal bir enstalasyonda yer alan konumlandırma, ifade biçimini, eser sahibinin iç dünyasının dışa vurumunu yansıtmakta ancak dijital dünyada durum ekranı, klavyeler, komut ekranları gibi unsurların konumlandırılmasının altında işlevsellik yatmaktadır. Bununla birlikte; istisnai durumların ortaya çıkabileceği düşüncesinden hareketle, bu saptamanın her bir olay özelinde yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Doğrudan kullanıcı program arayüzünün korunmasına ilişkin önemli bir karar, *Lotus Development v. Paperback Software* davasında verilmiştir³⁸⁰. Döneminin

³⁷⁹ Yargıtay'ın da benzer bir yaklaşımda olduğu görülmektedir:

“...Davalı ise, davacıya ait yazılımlar ile kendisine ait yazılımların kaynak kodlarının farklı olduğunu savunmuştur. Hükme esas alınan tespit raporunda, davalının yazılım programının kurulu olduğu bilgisayar ile davacının sunduğu veri tabanı üzerinde yapılan inceleme sonucu yazılımların benzer olduğu belirtilmişse de, 06.09.2013 tarihli bilirkişi heyeti raporunda, tarafların davaya konu yazılımları üzerinde yapılacak kaynak kodu, veri tabanı ve tüm arayüz tespitleriyle alıntı ve intihal olup olmadığının ve oranının anlaşılabilirliği belirtilmiştir. Ancak mahkemece bu incelemenin daha önce tespit sırasında yapıldığı gerekçesiyle bu hususa dair yeniden inceleme yaptırılmamıştır. Davalının bu hususa dair ciddi itirazları da nazara alınmamıştır.

Bu durumda, davacıya tazminat taleplerinin dayanakları açıklattırılmak ve öncelikle davaya konu taraflara ait bilgisayar yazılımları üzerinde davalının itirazları da nazara alınmak suretiyle bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 11. HD. E. 2016/9037, K. 2018/2336, T. 3.4.2018)

³⁸⁰ Lionel M. Lavenue, “Lotus Development Corp. v. Paperback Software Int'l: Copyrightability for the User Interface of Computer Software in the United States and the International Realm”, **American**

popüler hesap tablosu programı *Lotus 1-2-3*'ün kullanıcı arayüzünün, eser korumasından yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Kararda, kullanıcı arayüzünün eser koruması kapsamına girip girmeyeceğinin tespiti için üç adımdan oluşan bir testin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir³⁸¹. Bu kapsamda; ilk adımda, program unsurlarına ayrılarak genelden özele bir değerlendirme ile fikir-ifade ayrımı yapılmaya çalışılmıştır³⁸². İkinci adımda, ihlal edildiği öne sürülen ifadenin kullanımının, belirli bir fikri ifade edebilmek için zorunlu olup olmadığı, yani ifadenin genel bir niteliğe mi, yoksa sahibinin hususiyetini yansıtan bir niteliğe mi sahip olduğu ele alınmıştır³⁸³. Üçüncü adımda ise, ikinci adımda tespit edilen, sahibinin hususiyetini yansıtan ifadelerin, bilgisayar programının esaslı bir bölümünü oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmiştir³⁸⁴. Mahkeme kararında, kullanıcı arayüzlerini programa sağlanan eser koruması kapsamına alınmış; kullanıcılara yönelik hazırlanan menülerinin sıralanışı, organizasyonu ile komutların sırası ve şeklinin seçiminde, farklı olasılıkların bulunması halinde, bu seçeneklerin arasında özgün tercihler yapılmasına telif hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte; *Lotus Development v. Paperback Software* kararından 5 yıl sonra, aynı programa ilişkin tam ters yönde bir karar verilmiş ve *Lotus 1-2-3* programının komut menüsünün eser sayılamayacağına hükmedilmiştir³⁸⁵. Bu karar, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

Bilgisayar programının kaynak kodu ve makine kodu gibi edebi olmayan unsurlarının korunmasına ilişkin en önemli dava, *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.* davası olmuştur³⁸⁶. Kararın en önemli etkisi ve çıktısı ise, ortaya koyduğu üç adımlı testtir³⁸⁷. Mahkeme, Whelan kararında uygulanan testin düşünce-ifade ayrımını yaparken pratik unsurları göz ardı ederek tamamen soyut kıstasları ele

University Law Review, C.7, S.2, 1992, 289-343, s.320-326; Krishnan, s.12; Yusufoglu, **Bilgisayar Programı**, s.45-46

³⁸¹ A.B.D. Bölge Mahkemesi (Massachusetts) Kararı, *Lotus Development Corporation v. Paperback Software International and Stephenson Software, Limited*, 740 F.Supp. 37, 1990, <https://casetext.com/case/lotus-dev-corp-v-paperback-software?> (28.11.2019), para.121 vd.

³⁸² *Ibid*, para.158.

³⁸³ *Ibid*, para.165.

³⁸⁴ *Ibid*.

³⁸⁵ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 1. Daire Kararı, *Lotus Development Corp. v. Borland Inter*, 49 F.3d 807, 09.03.1995, <https://h2o.law.harvard.edu/collages/21410> (30.11.2019).

³⁸⁶ Risch, s.515; Peter S. Menell, "Envisioning Copyright Law's Digital Future" (**Digital Future**), **New York Law School Law Review**, C.46, 2002, 63-199, s.65, Bainbridge, **IT Law**, s.47-48; Samuelson, s.1837; Krishnan, s.12; Arıkan, s.343; Dalgan, s.78; Murray, s.227.

³⁸⁷ Bainbridge, **IT Law**, s.48.; Risch, s.515, Menell, **Digital Future**, s.65.

aldığını belirterek, bilgisayar programlarının edebi olmayan unsurlarını karşılaştırırken uygulamak üzere yeni bir test tasarlamıştır³⁸⁸. Anılan bu test, ayrıştırma, filtreleme ve karşılaştırma olarak üç adımdan oluşmaktadır³⁸⁹. İlk adım olan ayrıştırmada, bilgisayar programı tersine mühendislik benzeri bir yaklaşım ile unsurlarına ayrılmakta, programın yapısı ortaya çıkartılmakta ve her katmandaki düşünceler tespit edilmektedir. Ayrıştırma işlemine kodlardan başlanıp programın nihai fonksiyonunun ortaya konmasına kadar devam edilmektedir³⁹⁰. İkinci, adım olan filtrelemede, ayrıştırma aşamasında tespit edilen programın yapısal unsurları filtrelenmekte; düşünceden oluşan unsurlar, etkinliğin sağlanması için gerekli olan unsurlar, dış faktörler nedeniyle gerekli olan veya genel standartları yansıtan unsurlar ve kamuya-genel kullanıma açık unsurlar değerlendirme dışı bırakılmaktadır³⁹¹. Böylelikle; bilgisayar programının eser koruması altına almaya değer özü, altın külçesi³⁹² ortaya çıkartılmaktadır³⁹³. Son adım olan karşılaştırmada ise; davalının, davacıya ait programda tespit edilen eser koruması altına almaya değer özünü kopyalayıp kopyalamadığı ve kopyalamış ise, kopyalanmış olan kısmın davacının programının tamamı ile kıyaslandığında esaslı bölümünü oluşturup oluşturmadığı saptanmaktadır³⁹⁴.

Altai kararı, çerçevesi belirli ve somut bir çözümleme yöntemi getirmesi bakımından olumlu karşılanmış ancak tutarsız ve muğlak yanları olması sebebiyle eleştirilmiştir. *Butler*, programın öğelerine ayrıştırılması adımının, Whelan kararındaki yaklaşım göz önüne alındığında, önemli bir ilerleme oluşturduğunu belirtmektedir³⁹⁵. Ayrıştırmanın teknik olarak, bir programcının, program geliştirme

³⁸⁸ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, İkinci Daire Kararı, Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 1992, <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf> (28.11.2019), s.12.

³⁸⁹ Abstraction – Filtration – Comparison. Arıkan ve Dalyan gibi bazı yazarlar tarafından bu adımlar soyutlama – ayıklama – karşılaştırma olarak Türkçe’ye çevrilmiştir. Bkz. Arıkan, s.344; Dalyan, s.222.

³⁹⁰ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, İkinci Daire Kararı, Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 1992, <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf> (28.11.2019), s.13.

³⁹¹ *Ibid*, s.13-17.

³⁹² *Golden nugget*.

³⁹³ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, İkinci Daire Kararı, Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 1992, <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf> (28.11.2019), s.17.

³⁹⁴ *Ibid*.

³⁹⁵ John H. Butler, “Pragmatism in Software Copyright: Computer Associates v. Altai”, **Harvard Journal of Law and Technology**, C.6, 1992, 183-210, s.193.

aşamaları ile aynı olması sebebiyle mahkemeye daha net bir değerlendirme imkânı yarattığını ifade etmektedir³⁹⁶. Altai kararı, değerlendirme esnasında, fikri ürünü bir bütün olarak değil de, korunmayan unsurları hariç tutularak ele alması nedeniyle eleştirilmektedir. *Risch*, bir fikri ürünün eser niteliğinin, filtreleme öncesinde ele alınması gerektiğini çünkü korunmayan unsurların orijinal şekilde bir araya getirilmesi ile de bir değer yaratıldığını öne sürmektedir. Ayrıca, filtreleme adımı uygulanacak kuralların net olmadığını ve bu nedenle mahkemelere yeterince kılavuzluk sağlamadığını belirtmektedir³⁹⁷. Bununla birlikte; bilgisayar programlarının işlevsel doğası gereği filtreleme esnasında birçok unsurun elendiğini ve bilgisayar programlarına sağlanan korumanın daraldığı ve bu nedenle telif haklarının bilgisayar program geliştiricilerine yönelik teşvik sağlayamadığı eleştirisi getirilmektedir³⁹⁸. Altai testinin Avrupa’da uygulanmasının ise çözüme yararının olmayacağı gibi, AB telif hukuku ile uyumlu olmayacağı eleştirileri getirilmiştir³⁹⁹.

Kanımızca Altai kararı teknik ve yeknesak bir çözümleme yöntemi sağlamaya gayret etse de, kopyalamayı gösteren dolaylı unsurlar, sonuca ulaşmada mahkemeye yardımcı olmuştur. Mahkeme, davalı şirketin yöneticisinin daha önce davacı şirketin çalışanı olduğuna, dava konusu edilen davacıya ait *Adapter* adlı programın geliştirilmesinde rol oynadığına, hatta kaynak kodlarını evine götürdüğüne, davalı şirkete ait programın ilk versiyonundaki kaynak kodlarının %30’unun kopyalandığına, daha sonra davalı şirketin kaynak kodlarının kopyalanmış kısmını tekrar yazdığına ilişkin vakıaları tespit etmiş ve kararında yer vermiştir⁴⁰⁰. Davaya ilişkin dava dosyası içerisinde net bir şekilde yer alan vakıaların herhangi bir etkisi yokmuş gibi tamamen teorik bir değerlendirme ve karşılaştırma yapmanın hatalı olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla Altai kararında, tamamen doğal rekabet içerisinde geliştirilmiş iki bilgisayar programı değil, kopyalamayı açıkça işaret eden vakıaların bulunduğu programlar ele alınmaktadır. Kopyalamayı gösteren açık vakıaların ışığında, A.B.D. mahkemeleri de, Türk mahkemeleri gibi, programların ve unsurlarının eser niteliğini

³⁹⁶ *Ibid*, s.194.

³⁹⁷ *Risch*, s.515.

³⁹⁸ *Butler*, s.195; *Risch*, s. 515.

³⁹⁹ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkeme kararı, *Ibcos Computers v Barclays Mercantile Highland Finance Ltd*, 1994, FSR 275 302; *Torremans*, s.636; *Murray*, s.228-229.

⁴⁰⁰ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, İkinci Daire Kararı, *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 1992, <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf> (28.11.2019), s.5-6.

ve telif hakkı ihlalini salt teorik düzlemde değerlendirmemektedir. Bu açıdan kopyalamayı gösteren maddi vakıaların kararların teorik dayanağı olarak gösterilmeseler de, psikolojik etken oldukları göz ardı edilmemelidir.

1994 yılında, Apple, Microsoft ve Hewlett-Packard'a dava açarak sahibi olduğu Macintosh ve Lisa işletim sistemindeki kullanıcı arayüzü unsurlarının genel görünüm ve hissinin kopyalandığını iddia etmiştir. Davanın geri planında Microsoft, geliştirdiği Windows 1.0 işletim sisteminde, Macintosh'un kullanıcı arayüzü unsurlarından bazılarını kullanmak için Apple'dan lisans almıştır. Daha sonra, Windows 2.0 versiyonu ve Windows'un IBM uyumlu bilgisayarlarda daha kolay çalışmasını sağlayan HP New Wave geliştirilirken Macintosh'da bulunan başka bazı kullanıcı arayüz özellikleri kullanılmıştır⁴⁰¹. Apple, ekranda açılır pencerelerin büyütülüp küçültülebilmesinin, üst üste binebilen açılır pencerelerin bulunmasının ve sil tuşuna basmak yerine dosyaları çöp kutusuna sürükleyerek silme fonksiyonunun gerçekleşmesinin Macintosh'a ait genel görünüm ve hissi yansıttığını öne sürmüştür⁴⁰². Apple, değerlendirmenin genel görünüm ve hissiyat üzerinde yapılması gerektiğini öne sürerken⁴⁰³, yerel mahkeme, benzer hususların listelenip hangilerinin lisans kapsamında olduğunu, lisans kapsamında olmayan unsurların ifade mi yoksa düşünce mi olduğunu saptamanın gerekli olduğuna karar vermiştir. Bu kapsamda yerel mahkeme, benzer unsurların çoğunun lisans kapsamında olduğuna, kapsam dışında olanların ise düşünceyi yansıttığına veya düşünce ile ifadenin birleşimi olduğuna ya da genel kullanımda olan hususlar olduğuna hükmetmiştir⁴⁰⁴. Temyiz mahkemesi de yerel mahkemenin incelemesi ve değerlendirmesini yerinde bularak Apple'ın temyiz talebini reddetmiştir⁴⁰⁵. Yukarıda vurguladığımız üzere; dosyaların çöp kutusuna sürüklenerek silinmesi örneğinden de görülebilecek şekilde, işlevselliğin ön planda olduğu unsurlara telif hakkı koruması sağlanmamalıdır. Bu gibi özellikler işlevsellik taşıdığı gibi, kullanım alışkanlıkları da oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir veya birkaç firmaya sağlanacak koruma, teknoloji alanında yaşanan tekelleşmeyi, kamu menfaatine aykırı olarak artıracaktır.

⁴⁰¹ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435, 19.09.1994, <https://casetext.com/case/apple-computer-inc-v-microsoft-corp> (01.12.2019), s.1438.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*, s.1442.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, s.1439, 1444.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, s.1447, 1449.

1995 yılında, *Lotus Development v Paperback Software* kararından 5 yıl sonra, Lotus 1-2-3 hesap tablosu programı yeniden dava konusu olmuştur. *Lotus Development Corp v Borland International Inc* davasında, Lotus 1-2-3 programına ilişkin 1990 yılında verilen kararın tam tersi bir sonuca varılmıştır. A.B.D. Temyiz Mahkemesi 1. Dairesi, *Lotus 1-2-3* hesap tablosu programında yer alan komut menüsü sıralamasının eser niteliğine sahip olmadığına hükmetmiştir⁴⁰⁶. Dava konusu uyuşmazlıkta, kullanıcı arayüzlerinin multimedya eser oluşturan görsel ve işitsel özelliklerinin değil komut menüsü sıralamasının telif hakkı koruması kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Menü komut sıralamasının bir işletim yöntemi⁴⁰⁷ veya başka bir deyişle bir iş yapma şekli olduğu sonucuna varılmıştır. Böylelikle menü komut sıralamasının telif hakkı korumasından yararlanamayacağı ve bu nedenle davalı Borland International Inc şirketinin Ouattro hesap tablosu programında, aynı komut menüsü sıralamasını kullanmasının telif hakkı ihlali yaratmadığı değerlendirilmiştir. Komut menüsü sistemi sıralaması, telif hakkı kapsamına girecek bir ifade olmak yerine bilgisayar programının çalışmasını, işlevini göstermesini sağlama yöntemi teşkil etmektedir⁴⁰⁸. Her ne kadar komut menüsü sıralamasını oluşturulurken program geliştiricileri, bazı ifadesel seçim ve düzenlemelerde bulunsalar da, bir fonksiyonun gösterilmesi için komut menüsü sıralamasının gerekli olması sebebiyle artık bir ifade değil, düşünce ile bütünleşmiş bir ifade söz konusu olmaktadır⁴⁰⁹. Mahkeme, kararında, Altai testinin davada uygulanmasının çözüme yardımcı olmak yerine yanıltıcı olabileceğini, incelemenin ilk adımıda, komut menüsü sıralamasının eser sayılıp sayılmayacağına karar verilmesi gerektiğini ve mahkemenin bu sıralamaya eser niteliği atfetmemesi sebebiyle testi uygulamadığını belirtmiştir⁴¹⁰.

Bainbridge, Lotus Development Corp v Borland International Inc kararının arayüzlerin korunamaması sonucu doğurması sebebiyle bilgisayar programlarının gelişmesine olumsuz etkisi olabileceğini ifade etmektedir. Bu karar doğrultusunda firmaların, bilgisayar programlarında yeni biçimler oluşturmak için yatırım yapmak yerine benzer programların kodları haricindeki unsurlarını, altında yatan düşüncelerini, arayüzlerini ve diğer unsurlarını kopyalayarak bilgisayar programları

⁴⁰⁶ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 1. Daire Kararı, *Lotus Development Corp. v. Borland International Inc.*, 49 F.3d 807, 09.03.1995, <https://h2o.law.harvard.edu/collages/21410> (30.11.2019), para.66.

⁴⁰⁷ *Method of operation.*

⁴⁰⁸ *Ibid*, para.80.

⁴⁰⁹ *Ibid*, para.69.

⁴¹⁰ *Ibid*, para. 62.

oluşturabileceğini öne sürmektedir⁴¹¹. Telif hakları ile sağlanan korumanın işlevselliği içerecek şekilde geniş tutulmaması gerektiğini düşünmekle birlikte, *Bainbridge*'in görüşlerine katılmaktayız. Koruma ve rekabet arasındaki dengenin orantısız bir biçimde rekabete ağırlık verilerek bozulmamalı, kötünîyet ile hareket ederek programın kaynak kodu haricinde tüm unsurlarını birebir kopyalayanlara serbesti sağlanmamalıdır. Aksi halde; *Bainbridge*'in ifade ettiği gibi birbirinin aynısı programlar yaparak gelir elde edilebilmesi halinde yeni ve farklı programların yaratılması yönünde arayış duracaktır. Bu durum da, çalışmamızın savunduğu temel amaçlara aykırılık teşkil edecektir.

Avrupa ülkelerinde yer alan kararlara bakılınca; kullanıcı arayüzüne ilişkin davaların genellikle Birleşik Krallık'ta yaşanan uyuşmazlıklardan ortaya çıktığı görülmektedir. Bu noktada; kullanıcı arayüzü ve programların edebi olmayan unsurlarına ilişkin önemli kararlardan biri havayolu şirketi yazılımının konu olduğu *Navitaire Inc v Easyjet Airline Co* davası olmuştur. Easyjet havayolu şirketi, Navitaire yazılım şirketinden aldığı lisans ile OpenRes adlı programı kendi web sitesinde çevrimiçi bilet satışı amacıyla kullanmış, yeni ve farklı özelliklerle programı zenginleştirmek istemiş ancak Navitaire yazılım şirketi ile anlaşamamıştır. Easyjet bunun üzerine BulletProof adlı bir başka yazılım şirketi ile anlaşmış, BulletProof ve Easyjet'in bilgi teknolojileri departmanı, OpenRes programının kodlarını kullanmadan, farklı kodlarla eRes adında bir program geliştirmiştir. Geliştirilen program, her ne kadar kodlarını kullanmasa da, OpenRes'in yapısı, fonksiyonları, komutları ve bazı rapor ekranları arayüzüne benzetilmiştir⁴¹².

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, uyuşmazlığın üç boyutu olduğunu, bunlardan ilkinin programların “görülmesi ve hissedilmesini”⁴¹³ sağlayan unsurların, ikincisi komutların ve son boyutun ise kullanıcı ekran arayüzlerin benzetilmesi olduğunu vurgulamıştır⁴¹⁴. Mahkeme, bilgisayar programının işleyiş mantığının

⁴¹¹ Bainbridge, *IT Law*, s.47.

⁴¹² Murray, s.229 vd; Arslan Kaya, Numan Sabit Sönmez, ‘İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C.78, S.1, 2020, 83-97, s.85-86.

⁴¹³ *Look and feel*.

⁴¹⁴ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı, *Navitaire Inc v Easyjet Airline Company and Bulletproof Technologies Inc*, [2004] EWCH 1725 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/1725.html> (03.07.2020), para.3.

benzetilerek davalı programda aynı görünüş ve hissin sağlanmasına ilişkin iddiayı, bilgisayar programına sağlanan korumanın genişletilmesinin uygun olmayacağını ifade ederek reddetmiştir⁴¹⁵.

Komutlar ele alındığında; tek kelimelik kısa komutların sahibinin hususiyetini yansıtamadığını ve eser olarak korunamayacağı belirtilmiştir⁴¹⁶. Daha uzun ve kompleks komutlar açısından ise Mahkeme, AB Direktifi kapsamında bilgisayar programının altında yatan temel fikir ve prensiplerin korunamayacağı düzenlemesine atıfta bulunarak koruma kapsamı dışında olduğuna hükmetmiştir⁴¹⁷.

Kullanıcı arayüzleri ele alındığında; Mahkeme, iki tür kullanıcı arayüzün davalı programda kullanıldığını, bunlardan ilkinin düz yazı bazında ve sadece verilerin girildiği arayüz olduğunu⁴¹⁸ ancak diğer arayüzün grafikler ve ikonlar barındıran dinamik bir yapısının bulunduğunu tespit etmiştir⁴¹⁹. İlk tür kullanıcı arayüzünün eser sayılamayacağını ancak grafik ve ikonların yer aldığı kullanıcı arayüzünün koruma kapsamına girdiğini ve davalı programın bu açıdan telif hakkı ihlali yarattığını belirtmiştir⁴²⁰.

Navitaire kararı, daha sonra *Nova Productions v Mazooma Games* davasında da benimsenmiş ve adeta tasdiklenmiştir⁴²¹. Nova Productions şirketi, atari salonları için oyun programları tasarlamakta, geliştirmekte ve *Pocket Money* isimli oyun programını lisanslamaktadır. Nova Productions, Mazooma Games tarafından geliştirilen *Jackpot Pool* ve *Trick Money* adlı oyunların grafiklerinin, ekran görüntülerinin *Pocket Money*'den kopyalandığını ileri sürmüştür⁴²². İlk derece mahkemesi, ekran görüntülerinde yer alan grafiklerin bir kısmının benzemediğine, bir kısmının ise özgün olmadığına, genel özellikteki unsurları yansıttığına hükmetmiştir⁴²³. Temyiz

⁴¹⁵ *Ibid*, para.130.

⁴¹⁶ *Ibid*, para.80.

⁴¹⁷ *Ibid*, para.87.

⁴¹⁸ *Ibid*, para. 96.

⁴¹⁹ *Ibid*, para. 97.

⁴²⁰ *Ibid*, para. 99.

⁴²¹ Murray, s.233.

⁴²² İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı, *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd & Ors Rev 1*, [2006] EWHC 24 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/24.html>, (03.07.2020), para.1-2.

⁴²³ *Ibid*, para. 252.

başvurusunda Nova Productions, ekran görüntülerinde yer alan zamanlı hareketlerin ve oyunda yer alan göstergelerin hareketlerinin de koruma kapsamında değerlendirmesi gerektiğini öne sürmüştür. Ayrıca Navitaire kararının aksine programın işleyiş mantığı ve fonksiyonlarının İngiliz hukuku kapsamında eser sayılabilme için aranan kriter olan yeterli beceri ve emeği sağladığını iddia etmiş ve bu açıdan davasının kabulünü talep etmiştir⁴²⁴. Temyiz mahkemesi her iki iddiayı da yerinde bulmamış, programın fonksiyonun ve işleyiş mantığının, programa dayanak olan fikirler olması sebebiyle koruma kapsamında olmadığını belirterek Navitaire kararı doğrultusunda temyiz talebini reddetmiştir⁴²⁵.

Türkiye’de, kullanıcı arayüzlerine telif hakkı korumasının nasıl sağlanacağına ilişkin çeşitli yönde kararlar bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2017 tarihli bir kararında, bilgisayar programının kopyalanıp kopyalanmadığının tespitinde, kodlama yapısı haricinde, mimari yapı ve arayüzlerde benzerlik bulunup bulunmadığına ilişkin inceleme yapıldığı görülmektedir. Bu karardan hareketle bilgisayar programlarının tüm unsurlarının ele alınıp karşılaştırılması gerektiği yönünde bir yaklaşım bulunduğu söylenebilir⁴²⁶:

“Mahkemece, değerlendirmeler sonrasında kullanılan programlarda geliştirme kodlama yapısı ve mimari yapı tamamen farklı olduğu, kopyalama yapılması mümkün olmadığı, yazılımların arayüzlerinde (ekranlarda) benzerlikler bulunmadığı, iş akışları ve yazılımların fonksiyonalitelerinin farklı olduğu, yazılım ile yazılımların geliştirme ortamı kodlama dili, veritabanı yapısı, sahip oldukları fonksiyonaliteler, iş akışları beraber değerlendirildiğinde aynı yazılımlar olmadığı yazılımının tersine mühendislik yöntemiyle elde edilebilecek yazılım kodlarının kullanılması ile oluşturulan bir yazılım olmadığı...”

Yargıtay’ın bir başka kararında, kaynak kodları haricinde, kullanıcı arayüzlerindeki farklılık destekleyici delil olarak ele alınmıştır. Bir başka deyişle

⁴²⁴ İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi kararı, *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd & Ors* [2007] EWCA Civ 219, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/219.html>, (03.07.2020), para.21-22.

⁴²⁵ *Ibid*, para.45 vd.

⁴²⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2016/403, K. 2017/3216, T. 31.5.2017.

kopyalamanın varlığının arayüzlere de yansıyabileceği, arayüzlerdeki benzerliğin bilgisayar programının tamamı üzerinde kopyalamaya ilişkin emare teşkil edebileceği ortaya konmuştur⁴²⁷:

“...ve yine yazılımların menüler ve ekran içerikleri yani arayüzlerle ilgili davacı tarafça dahi açıklanan farklılık nazara alındığında...”

2016 tarihli bir başka 11. Hukuk Dairesi kararında ise, tam tersi olarak, yazılım mimarisi, ekran arayüzü, tasarım ve iş akışlarındaki bariz benzerlikler ve fonksiyonlarda görülen paralellik yeterli görülmemiş, makine kodu ve kaynak kodu kıyaslaması yapılmadan yerel mahkemenin hüküm kurması hatalı bulunmuştur. Bu karar yorumlandığında, diğer tüm unsurlar benzese dahi, iki programın kaynak kodu ve makine kodu açısından benzerliğin bulunmaması halinde, Yargıtay’ın kopyalama sonucuna ulaşmayacağı izlenimi uyanmaktadır. Bu yaklaşım ise, sistem/altyapı mimarisi ve arayüzler gibi unsurların tek başına bilgisayar programlarına sağlanan korumadan yararlanamayacağı yorumuna yol açabilecektir⁴²⁸:

“Gerçekten de hükme esas alınan kök ve ek bilirkişi raporlarında, davacıya ait bilgisayar programı ile davalının kullandığı program arasında sistem/yazılım altyapı mimarisi, programların ekran arayüz, tasarım ve iş akışlarında bariz benzerlikler bulunduğu, programların fonksiyonlarının da aynı olduğu açıklanmış, bu raporlara gerek davalı gerekse de onun yanında yargılamaya katılan fer’i müdahil tarafından kaynak ve amaç kodu kıyaslaması yapılmadan iki bilgisayar programının benzer olup olmadığının anlaşılamayacağı yönünde yaptıkları itirazlar karşılanmadan hüküm oluşturulmuştur.”

Kullanıcı arayüzlerinin bilgisayar programlarından bağımsız olarak hangi eser türünde korunacağı Yargıtay’ın 2015 tarihli bir kararında ele alınmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kullanıcı arayüzlerinin FSEK md.2/son kapsamında yer almamasına rağmen “dil eseri” olduğunu belirterek korumadan faydalanacağı yönündeki hükmü bozmuştur. Yargıtay, kullanıcı arayüzünün hususiyet teşkil edip etmediği, ilim ve edebiyat eseri vasfında olup olmadığı yönünde bilirkişi raporu alınarak değerlendirme yapılması, ilim ve edebiyat eseri vasfında değilse haksız rekabet yönünden ele alınması gerektiğine hükmetmiştir. Böylelikle Yargıtay’ın

⁴²⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2013/15415, K. 2015/6399, T. 5.5.2015.

⁴²⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2015/3224, K. 2016/1184, T. 9.2.2016.

yaklaşımının, tek başına kullanıcı arayüzlerindeki benzerliği bilgisayar programı koruması dışında değerlendirme yönünde olduğu görülmektedir. Karardan, kullanıcı arayüzünün tek başına eser vasfı taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerektiği, taşıyorsa ayrı bir eser olarak korunacağı, eser vasfı taşımıyorsa da, haksız rekabet hükümlerine göre karar verileceği anlaşılmaktadır⁴²⁹:

“...mahkemece davacının programının ana ekran kullanıcı arayüzünün dil eseri niteliğinde olduğu, FSEK kapsamındaki korumadan faydalanacağı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Oysa, davacı tarafça meydana getirilen isimli bilgisayar programı ile davalı tarafça kullanılan isimli bilgisayar programının farklı yazılımlar oldukları hususu mahkemenin kabulündedir. Nitekim, bilirkişi raporunda da bu husus belirtilmiş, ancak davacıya ait adlı yazılımın ana ekran kullanıcı ara yüzü ile davalının yazılımındaki ara yüzün aynı olduğu, davacı kullanıcı ara yüzünün FSEK'nin 2/son maddesi kapsamında kalmamakla birlikte söz konusu görünümün ilim ve edebiyat eseri vasfında bulunduğu mütalaa edilmiştir. 5846 Sayılı FSEK'nin 1/b-a ve 2. madde uyarınca bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için hususiyet içerecek şekilde ifade edilmiş olması gerekir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise uyumsuzluk konusu ana ekran kullanıcı ara yüzünün ne surette hususiyet unsuruna sahip ilim ve edebiyat eseri olduğu açıklanmamıştır. Bu itibarla, mahkemece gerektiğinde yeni bir bilirkişi heyetinden Yargıtay denetimine elverişli olacak şekilde rapor alınarak, söz konusu ana ekran kullanıcı ara yüzü görüntüsünün ilim ve edebiyat eseri vasfında olup olmadığı incelenerek, şayet eser vasfına sahip değilse davalı tarafça kopya edilerek kendi yazılımında kullanılmasının FSEK'nin 84. maddesi kapsamında haksız rekabet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği belirlenerek, neticesine göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”

Yargıtay'ın bir başka kararında ise, kullanıcı arayüzlerinde benzerlik tespit edilmesine rağmen, kullanıcı arayüzü tasarımlarının güzel sanat eseri niteliğini taşımadığı, sınai mülkiyet kapsamında tescilinin bulunmadığı belirtilerek kurulan

⁴²⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2014/15884, K. 2015/13763, T. 22.12.2015.

yerel mahkeme hükmü, onanmıştır. Bu kapsamda Yargıtay'ın kullanıcı arayüzlerini genellikle bilgisayar programından bağımsız olarak ele aldığını, tek başına eser vasfını taşıyıp taşımadığının her bir somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşımı olduğu görülmektedir. Bununla birlikte; mahkeme kararlarındaki kaynak kodu ve makine kodu karşılaştırılmasındaki benzerlik veya farklılığa ilişkin tespitinde, kimi zaman kullanıcı arayüzlerindeki benzerlik veya farkındalık ile desteklendiği anlaşılmaktadır⁴³⁰:

“Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı şahıs tarafından oluşturulan ve T.Üniversitesi web tabanına yerleştirilen “Öğrenci İşleri Otomasyon ve Yazılım Hizmetleri - O.” programının kaynak ve nesne kodları ile davacı tarafa ait programın kaynak kodlarının, veri tabanı yapısının ve veri tabanı erişim mantığının, yazılım mimarilerinin tamamen farklı olduğu, eşleşen hiçbir dosya bulunmadığı, arayüze esas sayfa tasarımları arasında benzerlikler bulunduğu, ancak davacıya ait arayüzün güzel sanat eseri niteliğinde olmadığı ve 554 sayılı KHK uyarınca yapılmış bir tasarım tescilinin de bulunmadığı, öte yandan bizatihi web sayfasının görünümüne ilişkin arayüzler sebebiyle açılmış bir davanın bulunmadığı, davacının eser niteliğindeki bilgisayar programından doğan FSEK kapsamındaki bir hakkının ihlal edilmediği gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmiştir.”

Kullanıcı arayüzü ve çalışma sistemi farklılaştırılan programların ele alındığı bir kararda, programların işleme eser olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda davalının davacı için imal ettiği oyun yazılımını farklı bir çalışma sistemi altında ve farklı bir kullanıcı arayüzü ile vücuda getirmesi halinde müstakil bir eser yaratılmadığı vurgulanmıştır. Bu durumda davalının daha sonra imal ettiği yazılımın davacı için imal edilen yazılımın işlenmesi ile meydana getirildiğine hükmedilmiştir⁴³¹:

“Her ne kadar, uyumsuzluk konusu bilgisayar programlarının kaynak kodları elde edilemediğinden taraflarca yapılan sözleşme konusu programların

⁴³⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2015/1510, K. 2015/8419, T. 17.6.2015.

⁴³¹ Yargıtay 11. HD. E. 2007/7355, K. 2008/9425, T. 17.7.2008.

5846 sayılı FSEK.nun 2/1. maddesi uyarınca aynı veya farklı eserler olup olmadıkları konusunda bilirkişi incelemesi yapılma olanağı mevcut değil ise de, gerek tarafların dayandıkları sözleşme hükümleri ve gerekse ihbar olunan Gür Şirketi tarafından yapılan açıklamalar itibariyle, ilk kez Gür şirketine ait www.koaka.com adlı web sitesinde umuma arz edilen programların tarafların istekleri doğrultusunda yine Gür Şirketince işlenmesi suretiyle meydana getirilen ve bu suretle çalışma sistemi ve kullanıcı arayüzü itibariye farklı şekillerde oluşturan, ancak, asıl eserlere nispetle müstakil olmamaları nedeniyle de 5846 sayılı FSEK.nun 6/10. maddesi kapsamında işleme eser niteliğinde oldukları anlaşılmaktadır. Esasen, dava konusu oyun programlarının ilk programdan bağımsız yeni bir eser niteliğinde olduğu yönünde tarafların bir itirazları da bulunmamaktadır.”

Bilgisayar programlarında baskın unsurun, çoğunlukla edebilik yerine fonksiyonellik olması sebebiyle, bilgisayar programlarının telif hakları şemsiyesinin altına sığmadığı, farklı bir noktada kaldığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, kullanıcı arayüzlerindeki sıralama ve organizasyonunun otomatik olarak koruma altına alınmak yerine her somut olayda, ayrı ayrı ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Programların yapısı, sıralaması ve organizasyonunun koruma kapsamında kabul edilebilmesi, ancak programın ifade biçimini yansıtmaması halinde mümkün olmalıdır. Bunun haricinde Arıkan’ın da ifade ettiği üzere; yapı, sıralama ve organizasyon, işlevsel nitelikleri gereği, tek başına bağımsız bir unsur olarak koruma altına alınmamalıdır⁴³².

Kullanıcı arayüzlerine ilişkin, yukarıda da yer verdiğimiz şekilde, son 35-40 yıldır birçok uyumsuzluk ortaya çıkmış ve farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur. Bununla birlikte; programların başka programlarla, sistem elemanları veya verilerle iletişim ve etkileşimi sağlamaya yarayan sistem arayüzlerine ilişkin uyumsuzlıklara zaman içinde çok fazla rastlanmamıştır. Bunun en önemli sebebi, sistem arayüzlerinin bilgisayar sistemlerinin etkin şekilde bir bütün olarak çalışmasını sağlayan bir işlev göstermesidir. AB Direktifi md. 6 ve FSEK md.38 kapsamında araişlerliği sağlamak konusunda serbesti tanınmaktadır⁴³³. Fikri haklar ile sağlanan koruma için edebi bir

⁴³² Arıkan, s.344.

⁴³³ FSEK md.1/B-1:

nitelik gerekmektedirken araişerliğin sağlanması tamamen fonksiyonellik üzerine kuruludur. Bu bakımdan araişerlik serbestisinin kısıtlanması yoluna gidilmesi ile fikri hakların kapsamı aşılacak, ayrıca fonksiyonellik sağlayan unsurlara telif hakkı koruması sağlanması gibi yanlış bir yorum halinde, bilginin aktarılması ve işlevselliğin sağlanması karşısında belirli kişilere tekel hakkı tanınması olumsuz sonucu ile karşılaşılacaktır⁴³⁴. Bu nedenle sistem arayüzlerine ilişkin gelişme ve tartışmalar, çalışmamız kapsamında savunduğumuz görüşleri yakından ilgilendirmektedir.

3. Sistem Arayüzleri ve Uygulama Programlama Arayüzlerine (API) İlişkin Değerlendirmeler

Sistem arayüzüne ilişkin son yıllarda, iki teknoloji devi arasında ortaya çıkan ve farklı yargılama aşamalarında farklı kararların ortaya çıktığı uyuşmazlık ile sistem arayüzlerinin eser niteliği, kopyalanması ve araişerliğe ilişkin hususlar tartışma konusu olmuştur. Sistem arayüzü olarak adlandırdığımız arayüz çeşidinin bir alt türü olan uygulama programlama arayüzü, Oracle ve Google arasında 10 yıla yakın bir süredir görülen davalar ile mercek altına alınmıştır⁴³⁵. Firmaların piyasadaki gücü ve rolleri sebebiyle kararın etkileyeceği kullanıcı kitlesi ve piyasa payı, önemli boyutlardadır. Aşağıda anılan karara detaylı olarak yer verilecek ve tartışılacaktır ancak öncelikle, uygulama program arayüzlerinin ne olduğu ve nasıl işlev gösterdiklerine değinmekte, araişerlik serbestisi ile nasıl yakından ilişkili olduğuna ve araişerliğin sağlanmasının teknolojik gelişme ve kamu menfaatine faydalı olduğunu ele almak gerekmektedir.

“Araişerlik: Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini ifade eder.”

⁴³⁴ Samuelson, *Tests*, s.1221; Arıkan, s.330; Yusufoğlu, s.49; Dalyan, s.33

⁴³⁵ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), Oracle America, Inc v Google Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (01.12.2019);

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, Oracle America, Inc v Google Inc, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375> (01.12.2019);

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, Google, Inc v Oracle America, Inc, 14-210, 29.06.2015 https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062915zor_4g25.pdf (01.12.2019);

A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), Oracle America, Inc v Google Inc, C 10-03561 WHA, 08.06.2016 https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf (01.12.2019);

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, Oracle America, Inc v Google Inc, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (01.12.2019).

Kullanıcıların, bilgisayar sistemlerinden optimum faydayı sağlayabilmesi için bilgisayar sistemlerinin bir bütün halinde çalışabilmesi gerekmektedir. Kolektif olarak tüm kullanıcıların bilgisayar sistemlerinden optimum faydayı sağlayabilmesi, kamu menfaatinin temin edilmesi anlamına gelmektedir. Bu kapsamda; bilgisayar sistemi içerisinde yer alan farklı donanım unsurları, farklı programlar, farklı dosyalar arasında etkileşim ve iletişimin bulunması zaruridir. Bu etkileşim ve iletişimi sağlamaya yarayan arayüz alt türlerinden birisi de, uygulama programlama arayüzleridir.

Bilgisayar programı bileşenlerinin bir kısmı, örneğin kullanıcı arayüzleri, kullanıcıların kolayca görebileceği ve erişebileceği konumdayken başkaca arayüzler, arka planda anahtar görevler yürütmektedir. Web tarayıcıları ele alındığında, web tarayıcısının kullanıcıya görünür kısmı, kullanıcı arayüzü iken arkada, veri aktarımı gerçekleştirilmekte, internet aracılığıyla farklı konumda bulunan veriler grafik formatına dönüştürülmekte, web çerezi dosyalarında barındırılan veriler alınarak kullanıcı tercihlerine yönelik ayarlar oluşturulmaktadır. Farklı konumdaki veriler veya farklı uygulama ve programlardaki işlevler arasındaki etkileşim ve veri alışverişi, uygulama programlama arayüzleri (API) sayesinde gerçekleştirilebilmektedir. API'ler, programların farklı unsurları arasındaki etkileşimi, API'lerin içerisinde yer alan komutlar listesine programın bir bileşenin erişmesi ve burada yer alan özel formattaki komutların kullanılması sayesinde bir başka bilgisayar programı bileşenin işlevinden faydalanması şeklinde gerçekleşmektedir⁴³⁶.

API'lerin işlevi, restoranda müşterilere hizmet veren garsonlara benzetilmektedir. Mutfak ve müşteri arasında iletişimi sağlayan, müşterilerin siparişini alıp mutfaka ileten ve mutfakta hazırlanan siparişleri müşteriye servis eden garsonlara benzer şekilde API, farklı uygulamalar arasında iletişimi sağlamakta, veri transferini gerçekleştirmekte, uygulamaların işlevleri arasında köprü kurmaktadır⁴³⁷. API, bilgisayar programlarının birbirlerinin özelliklerini ve verilerini kullanmayı mümkün kılan kod parçacığı olarak tanımlanabilir. Fonksiyonel olarak API'ler, başka bilgisayar programlarının işlevlerini kullanabilme imkânı sağlayarak bilgisayar programcılarını,

⁴³⁶ Parth Sagdeo, "Application Programming Interfaces and The Standardization-Value Appropriation Problem", **Harvard Journal of Law & Technology**, C. 32, S. 1, 2018, 235-263, s.236.

⁴³⁷ Zorik Pesochinsky, "A Non-Technical Introduction to APIs: What They Are & How Law Firms Can Use Them", **Thomson Reuters Legal Executive Institute**, 10.09.2019, <http://www.legalexecutiveinstitute.com/apis-law-firms-use/>, (16.11.2019), para. 1.

yeni bir program geliştirirken tüm kodları baştan yazma zahmetinden kurtarmaktadır⁴³⁸.

API'lerin işlevi ve önemini anlayabilmek için Uber uygulaması ve Google Maps uygulaması arasındaki ilişki ele alınabilir. Uber uygulaması, kullanıcılarının araç çağırıp ulaşım sağlayabilmek için şehirlerin haritalarını kullanmakta, kullanıcıların ve araçların konumlarını harita üzerinde göstermektedir. Tam ve hatasız bir dijital harita oluşturabilmek için Google, Maps uygulaması için 7.000 kişi çalıştırmakta, şehirlerdeki yolların, binaların, kıyı şeritlerinin kaydını oluşturmakta, filolarındaki araçlarla yolların görüntülerini almakta ve hesaplamalar yapmaktadır⁴³⁹. Günümüzde, Google'ın haritalama amacıyla kullandığı araç filolarına, Türkiye sokaklarında da rastlamaktayız. Google Maps uygulaması için sadece haritalama çalışması yürütülmemekte, ayrıca kolay kullanım sağlayan kullanıcı arayüzleri oluşturulmakta, kullanıcı geri dönüşleriyle oluşan birikim ile uygulama sürekli geliştirilmektedir. Uber uygulamasında yer alan haritanın oluşturulması için de bu zorlu sürecin bir benzerinin tamamlanması gerekmektedir. API kullanımı ile Uber, 7.000 civarında kişi çalıştırarak tüm bu işlemleri yürütmek yerine, Google Maps uygulaması işlevlerinden yararlanmaktadır. Google, Google Maps uygulamasının belirli bir kod parçacığını program geliştiricilerinin erişimine açarak, yani Google Maps API'yi kullanabilir kılarak, program geliştiricilerinin büyük bir zaman ve kaynak tasarrufu ile yeni uygulamalar oluşturabilmesini sağlamaktadır⁴⁴⁰.

Google açısından Google Maps API'nin başkaları tarafından kullanılmasından farklı yöntemlerle çeşitli faydalar sağlamaktadır. Google, Uber gibi yoğun kullanım gerektiren uygulamalar için Google Maps API'nin kullanımını, işlevlerin kullanım yoğunluğuna göre ücretlendirmekte ve buradan gelir elde etmektedir. Uber yerine

⁴³⁸ Pesochinsky, para. 2; Michael Meng, Stephanie Steinhardt, Andreas Schubert, "Application Programming Interface Documentation: What Do Software Developers Want?", **Journal of Technical Writing and Communication**, C.48, S.3, 2018, 295-330, s.296; Martin, P. Robillard, "What Makes APIs Hard to Learn? Answers from Developers.", **IEEE Software**, C.26, S.6, 2009, 27-34, s.29.

⁴³⁹ Nicholas Carlson, "To Do What Google Does In Maps, Apple Would Have To Hire 7,000 People", Business Insider, 26.06.2012, <https://www.businessinsider.com/to-do-what-google-does-in-maps-apple-would-have-to-hire-7000-people-2012-6>, (16.11.2019); Nicholas Carlson, "Apple Has ~7,000 Fewer People Working On Maps Than Google", Business Insider, 21.09.2012, <https://www.businessinsider.com/apple-has-7000-fewer-people-working-on-maps-than-google-2012-9>, (16.11.2019)

⁴⁴⁰ Pesochinsky, para. 3.

nispeten daha az iletişim kuran ve daha az işlevden yararlanan daha basit uygulamalar için ise, belirli bir sınıra kadar, Google Maps API kullanımı ücretsiz sağlanmaktadır⁴⁴¹. Bu durumda Google, Google Maps API kullanımından gelir elde etmemekte ancak kendi uygulamasının kullanımını artırmakta, daha çok program geliştiricinin kendi API'lerini kullanması suretiyle ekosistemini genişletmekte, pazarda yayılma sağlayarak daha çok potansiyel müşteriye ve reklam alanına ulaşmaktadır⁴⁴².

Günümüzde, modern yazılımların birçoğu, yoğun şekilde API'lerden faydalanmaktadır⁴⁴³. API'lerin erişim yöntemlerine göre, 3 gruba ayrıldığı söylenebilir. İlk grupta, kapalı ve özel olarak tutulan API'ler bulunmaktadır. Bu gruptaki API'ler, sadece program sahibi şirket veya kurumun içindeki program geliştiricilerine açık tutulmakta ve genellikle farklı hatlarda ve veri tabanlarında bulunan verilerin farklı uygulamalarda kullanılmasını sağlamaktadır. İkinci gruptaki API'ler ise, sadece önceden onaylı ve belirli olan iş ortağı ve tedarikçilerin erişim ve kullanımına açık tutulmaktadır. Böylelikle; ilgili iş ortakları ve tedarikçiler, API'leri kullanarak entegre şekilde ilgili verilerin veya yazılımın sahibi şirkete veya o şirketin müşterilerine hizmet sunabilmektedir. Üçüncü grupta ise, açık kaynak modeli ile kamunun erişimine sunulmuş API'ler bulunmaktadır. Açık kaynak modelindeki API'ler, sadece belirli erişim izinlerine başvurulması sonrasında, üçüncü taraf uygulama ve programlara verilerin veya işlevlerin kullanım imkânını tanımaktadır⁴⁴⁴.

Birçok farklı sektörde, ticari girişim, teknolojik platform ve yazılım sahipleri, API'lerini yazılım geliştiricilerine açık şekilde tutmaktadır. A.B.D. ve AB'de özellikle finans sektöründeki kuruluşlar, API'lerini üçüncü taraf program geliştiricilerine açık tutarak, finans teknolojileri girişimleri ile iş ortaklıkları kurmakta, kendi kaynaklarını kullanmadan müşterilerine daha çeşitli ve derinlikli hizmetler sunup cirolarını

⁴⁴¹ Google Maps Platform, "API ve Özelliklerin Faturalandırmasındaki Değişiklikler", <https://cloud.google.com/maps-platform/user-guide/pricing-changes/#billing-changes>, (16.11.2019); Google Maps Platform, "Haritalar, Rotalar ve Yerler'in Faturalandırılması", <https://cloud.google.com/maps-platform/pricing/>, (16.11.2019).

⁴⁴² Art Anthony, Oracle v. Google: How To Protect an API From Legal Snags, NORDIC APIS, 26.01.2017, <https://nordicapis.com/oracle-vs-google-how-to-protect-an-api-from-legal-snags/>, (16.11.2019).

⁴⁴³ Meng, Steinhardt, Schubert, s.296.

⁴⁴⁴ Covington Financial Services, "Open APIs: CFPB Comments and Legal Issues to Consider", **Cov Financial Services**, 22.11.2016, <https://www.covfinancialservices.com/2016/11/open-apis-cfpb-comments-and-legal-issues-to-consider/>, (17.11.2019).

artırabilmektedir⁴⁴⁵. Ödeme servislerine ilişkin 2015/2366 sayılı AB Direktifi ile Avrupa finansal sisteminde ödeme servisleri ekosistemi oluşturulması ve üçüncü taraf teknoloji servisi sağlayanların finansal verilere erişimi kolaylaştırılması amaçlanmaktadır⁴⁴⁶. Farklı veritabanlarındaki bilgilerin API'ler vasıtasıyla kullanılması ile özellikle risk skorlaması, dolandırıcılığın önlenmesi ve gerçek zamanlı karar verme kolaylaştırılmaktadır. Benzer şekilde; Türkiye bankacılık sektöründe, İş Bankası⁴⁴⁷, Yapı Kredi⁴⁴⁸, Akbank⁴⁴⁹, Garanti BBVA⁴⁵⁰, Kuveyt Türk⁴⁵¹ kendi API portalları ile yazılım geliştiricilerine belirli verilere veya işlemlere erişim imkânı tanımaktadır.

API'lere ilişkin yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ve örneklerden anlaşılacağı üzere; API'ler bilgisayar sistemleri içerisinde işlevselliğin sağlanması için bir iletişim ve etkileşim arabirimi olarak faaliyet göstermektedir. Bilgisayar sistemi içerisindeki unsurların bir arada ve etkileşim içerisinde yürütülebilmesine karşılık gelen terim ise "araişlerlik" olarak karşımıza çıkmaktadır. Araişlerliğin sağlanabilmesi, kamu menfaati açısından önem taşıdığı için uygulamaya ve sektör oyuncularının kararlarına terk edilmemiş, güvence altına alınması amacıyla kanuni düzenlemelere konu edilmiş ve üçüncü kişilere bir takım serbestiler tanınmıştır. Aşağıda, araişlerlik kavramına, araişlerliğe ilişkin kanuni düzenleme ve yaklaşımlara, araişlerlik serbestisinin kapsamı, şartları ve sınırlamalarına yer vereceğiz. İlaveten, AB ve A.B.D. hukuk sistemlerinde araişlerlik ve API'lere ilişkin ortaya çıkan uyumsuzluklar ve verilen kararları, detaylı bir şekilde ele alarak değerlendirileceğiz.

⁴⁴⁵ Covington Financial Services, "Open APIs: CFPB Comments and Legal Issues to Consider", **Cov Financial Services**, 22.11.2016, <https://www.covfinancialservices.com/2016/11/open-apis-cfpb-comments-and-legal-issues-to-consider/>, (17.11.2019).

⁴⁴⁶ EU Payment Services Directive, Giriş, para.28 vd, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366>, (17.11.2019).

⁴⁴⁷ Türkiye İş Bankası, "API Portal", <https://www.isbank.com.tr/TR/api-portal/Sayfalar/api-portal.aspx>, (17.11.2019)

⁴⁴⁸ Yapı ve Kredi Bankası A.Ş., "API Portal", <https://apiportal.yapikredi.com.tr/>, (17.11.2019).

⁴⁴⁹ Akbank, "Akbank API Developer Portal", <https://apiportal.akbank.com/>, (17.11.2019).

⁴⁵⁰ Garanti BBVA, "Garanti BBVA API Store", <https://www.garantibbva.com.tr/tr/bireysel/subesiz/garanti-api-store.page>, (17.11.2019).

⁴⁵¹ Kuveyt Türk, "Kuveyt Türk API Market", <https://developer.kuveytturk.com.tr/#/>, (17.11.2019).

4. Araişlerlik

4.1. Genel Olarak

Bilgisayar sistemleri, ancak bir bütün olarak işlevini gösterebilmekte; kullanıcıların optimum faydayı elde edebilmesi için birden çok unsurun bir arada ve bir bütün olarak çalışması gerekmektedir⁴⁵². Bilgisayar programları, bu kapsamda, donanım unsurları ile iletişim kurmakta ve başka bilgisayar programları ve dosyalar ile veri alışverişi yapmaktadır⁴⁵³. Bilgisayar sistemlerinin bütünleşik olarak çalışmasına ihtiyaç duyulmaktayken, fikri haklar ile eser sahiplerine bilgisayar programları üzerinde başkalarını kısıtlayıcı haklar tanınmaktadır. Sonuç olarak; bilgisayar programları üzerinde, çatışan iki menfaat ortaya çıkmaktadır. Eser sahiplerine tanınan, kısıtlama yetkisi veren haklara karşı herhangi bir denge mekanizması oluşturulmadığında, bilgisayar sistemlerinin bütünleşik olarak çalışması sağlanamayacak veya çok güçleşecek ve böylelikle kullanıcılar için optimum fayda ortaya çıkmayacaktır. Bununla birlikte; teknolojik rekabetin sağlanması mümkün olmayacak, rekabet ortamının bulunmadığı pazarlarda görüldüğü üzere, teknolojik ilerleme yavaşlayacak ve belirli teknoloji devlerinin tekeli altına girecektir. Sonuç olarak, menfaat dengesinin bir tarafında aslında kullanıcılardan başlayan ancak kamusal menfaate uzanan bir yelpaze bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu amaçla, fikri hakların eser veya hak sahiplerine tanınan kısıtlayıcı yetki alanı, kanuni istisnalarla dengelenmektedir. Bu denge mekanizmalarından bir tanesi, araişlerlik serbestisi tanınmasıdır⁴⁵⁴. Araişlerlik, bilgisayar programlarının başka programlar, farklı işletim sistemleri, farklı donanım unsurları ve verilerle etkileşim içinde olması; araişlerlik serbestisi ise, anılan kapsamda üçüncü kişilere serbesti tanınmasıdır⁴⁵⁵.

Araişlerlik, FSEK md.1/B-ı'da, bilgisayar program bölümlerinin birlikte çalışabilmesi, birbirleri arasında veri aktarımının sağlanması ve karşılıklı etkileşime girebilme özelliği olarak tanımlanmaktadır:

⁴⁵² Arıkan, s.332; Dalyan, s.177; Kaypakoğlu, s.120; Suluk, Karasu, Nal, s.154; Akdemir Kamalı, s.93.

⁴⁵³ Bainbridge, **Intellectual Property**, s.269; Bainbridge, **IT Law**, s.59; Akdemir Kamalı, s.93.

⁴⁵⁴ İngilizce'de "interoperability" veya "compatibility" olarak kullanılmaktadır.

⁴⁵⁵ Kaypakoğlu, s.120; Bainbridge, **Intellectual Property**, s.269; Bainbridge, **IT Law**, s.59; Arıkan, s.332, Dalyan, s.177; Akdemir Kamalı, s.93.

“Araişlerlik: Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini, ... ifade eder.”

AB Direktifi’nde, bilgisayar programının işlevinin bilgisayar donanımı, başka bilgisayar programları ve kullanıcılarla iletişim kurmak olduğu, bu kapsamda, programın tüm donanım elemanları, programlar, veriler ve kullanıcılarla fiziki ve dijital bağlantının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵⁶. Anılan bağlantının, araişlerlik olarak tanımlandığı ve arayüzler vasıtasıyla karşılıklı veri transferi ve kullanımının gerçekleştiği belirtilmektedir⁴⁵⁷.

Araişlerlik serbestisi, ikame edilebilir olma ve bağlantı kurma olarak iki farklı boyuta sahiptir:

i) *İkame Edilebilir Olma*: Bir ürünün başka bir ürünün yerine veya rakip olarak kullanılabilmesini ifade etmektedir⁴⁵⁸. Buna örnek olarak; IBM masaüstü bilgisayarlarında çalıştırılmak üzere tasarlanmış Microsoft Word ve WordPerfect metin yazma programları gösterilebilir. Her iki program ele alındığında, programların güçlü ve zayıf yanlara sahip olduğu görülmekte ancak ortak noktaları, her iki programda yazılan metinlerin bir diğerinde görüntülenme, değiştirilme, yazılma imkânı sağlayabilmesi, yani dönüştürülebilir veya ikame olarak kullanılabilir olmasıdır⁴⁵⁹.

ii) *Bağlantı Kurma*: Araişlerlik serbestisinin bağlantı kurma boyutu ise, bir bilgisayar programının diğer bilgisayar programlarının yürütülme şeklini değiştirme

⁴⁵⁶ AB Direktifi Giriş Kısmı, para. 10:

“The function of a computer program is to communicate and work together with other components of a computer system and with users and, for this purpose, a logical and, where appropriate, physical interconnection and interaction is required to permit all elements of software and hardware to work with other software and hardware and with users in all the ways in which they are intended to function. The parts of the program which provide for such interconnection and interaction between elements of software and hardware are generally known as ‘interfaces’. This functional interconnection and interaction is generally known as ‘interoperability’; such interoperability can be defined as the ability to exchange information and mutually to use the information which has been exchanged.”

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Band, Katoh, s.5; Hiram Melendez-Juarbe, "DRM Interoperability", **Boston University Journal of Science & Technology Law**, C.15, S. 2, 2009, 181-219, s.188 vd.

⁴⁵⁹ Band, Katoh, s.5

veya engelleme ihtiyacı duymadan diğer programlarla bağlantı kurarak çalışmasını ifade etmektedir⁴⁶⁰. Aynı örnek üzerinden gitmek gerekirse; Word programı da, WordPerfect programı da, birbirlerini engellemeden Microsoft Windows işletim sistemi ile bağlantı kurmakta ve işletim sistemi ile bağlantılı olarak yürütülebilmektedir⁴⁶¹.

Herhangi bir bilgisayar programının bilgisayar sisteminin herhangi bir başka program, veri ve donanım ile arasındaki araişerliğinin sağlanması üç kategori altındaki işlevler bağlamında değerlendirilebilir. Bunlar; programın yürütülebilmesi-komutların verilebilmesi, programa başkaca unsurlardan girdi alınabilmesi ve programın çıktılarının başka unsurlarda girdi olarak kullanılabilmesidir. Sayılan bu işlevler, programın arayüzünü oluşturmakta, arayüzü tarafından yerine getirilebilmektedir. Eğer bir uygulama programının çıktısı, bir işletim sisteminde girdi olarak kullanılamıyor, kabul edilmiyorsa, ilgili uygulama programı ve işletim sisteminin arayüzlerinin arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Anılan bu uyumsuzluk, araişerliğin sağlanamaması anlamına gelmekte ve iki unsurun birbiriyle etkileşime girememesine neden olmaktadır⁴⁶². Buradan hareketle; araişerliğin arayüzler vasıtasıyla sağlanabildiğini ifade etmek gerekmektedir.

4.2. Araişerlik ve Arayüzler - API'ler

Arayüzler, bilgisayar sistemlerinin farklı unsurları arasında, farklı türlerde yer almaktadır. Örneğin, bilgisayarların merkezi işlemcisi ve ana belleği arasında işlem gören arayüzler gibi donanım unsurları arasındaki arayüzler; işletim sistemi ve merkezi işlemci arasında işlem gören arayüzler gibi program - donanım arası arayüzler; işletim sistemi ve uygulama programları arasında işlem gören arayüzler gibi programlar arası arayüzler bulunmaktadır. Donanım unsurları arasındaki arayüzler, kritik niteliğe sahip olmalarına rağmen daha az hukuki tartışmaya konu olmuşlardır. Bunun sebebi, donanım unsurları arasındaki arayüzlerin araişerliğinin sağlanamaması, bilgisayar sisteminin hiç çalışmamasına veya tam işlevli olarak

⁴⁶⁰ *Ibid*, s.6.

⁴⁶¹ Melendez-Juarbe, s.188; Band, Katoh, s.6.

⁴⁶² Sally Elizabeth Weston, **The Legal Regulation of Interoperability in an Oligopolistic Market**, Bournemouth University, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, s.196; Melendez-Juarbe, s.188; Band, Katoh, s.6.

çalışamamasına neden olmasından kaynaklanmaktadır. Araışlerliğe ilişkin başlıca hukuki tartışmalar, programlar arasındaki ve program – donanım arasındaki arayüzler üzerinedir⁴⁶³. API'ler ise, programlar arasındaki arayüzler sınıfına girmekte ve bu sınıfın içerisinde de daha küçük bir kümede yer almaktadır. Bu bağlamda API'ler, sadece uygulama programları arasındaki arayüzleri ifade etmektedir. Bununla birlikte; kullanıcılar ile doğrudan temas halinde olan bilgisayar programı türü, uygulama programları olduğu için uygulama programlarının temelinde fonksiyonları gösterebilmesi açısından API'ler kritik bir noktada yer almaktadır. API'lere dengeli ve güçlü bir araışlerlik serbestisi tanınması, kullanıcılara sunulan uygulama programları arasındaki rekabeti temin edecek, böylelikle daha çeşitli ve nitelikli uygulama programları ortaya çıkabilecektir.

Arayüzlerin teknik anlamda niteliği ve fonksiyonunu, daha kolay anlatabilmek için duvar prizi ve fiş benzetmesi yapılabilir. Eğer fişin dişlerinin şekli, duvar prizi girişinden farklı ise, priz ve fiş uyuşmadığı için elektrik gücü kullanılamayacaktır. Fişlerin dişi ve duvar prizi girişi, şeklen uyumlu olsa da, elektrik gücünü tam ve güvenli kullanabilmek için ayrıca başka uyumlu teknik özelliklerin de bulunması gerekmektedir. Örneğin; elektrik akımının tipinin, doğru akım (DC) veya alternatif akım (AC) olması veya fiş ve prizin aynı voltaj değerinde olması gibi özelliklerin de uyumlu olması önem taşımaktadır. Aksi takdirde; diş ve giriş şekilleri uyumlu olsa da, fiş ve priz vasıtasıyla elektrik gücü kullanılamayacak veya güvenlik riski ortaya çıkacaktır. Benzer şekilde; program unsurları, aynı tip ve nitelikte işlev gösteren arayüzleri vasıtasıyla araışlerliği sağlayabilmektedir. Bazı arayüzler arasındaki araışlerliğin sağlanabilmesi için belirli ve özel komutlar bulunmaktadır. Örneğin; merkezi işlemci ve işletim sistemi programı arasındaki araışlerliğin sağlanabilmesi için işletim sisteminin içerisinde önceden belirlenmiş birçok komut ve yönlendirme tanımlanmakta, merkezi işlemci bu komut ve yönlendirmeler seti ile işletim sistemi programını çalıştırmaktadır. Başkaca arayüzler arasında ise, belirli ve özel komutlar yer almamakta, bunun yerine, gönderilen ve alınan elektronik sinyallerin uzunluğu, sıralaması ve biçimine göre araışlerlik sağlanmaktadır. Bu nedenle; bazı arayüzler arasındaki araışlerlik, fiş ve priz örneğindeki şekil uyumu gibiyken diğerleri elektrik akımının uyumuna benzetilebilir. Arayüzler arasındaki araışlerliğin belirli ve özel komutlar ile ya da elektronik sinyaller vasıtasıyla sağlanması ancak teknik detayların

⁴⁶³ Band, Katoh, s.6; Dalyan, s.183-184; Weston, s.30-32.

arayüz spesifikasyonlarında belirtilmesi ile mümkündür. Arayüz spesifikasyonları bu nedenle araışlerliğin sağlanabilmesi için kilit role sahiptir⁴⁶⁴.

Arayüz spesifikasyonları, bilgisayar programının başkaca bilgisayar sistemi unsurları ile nasıl etkileşime gireceğine ilişkin kural ve komutları içermektedir. Programın niteliği ve fonksiyonlarına bağlı olarak, anılan bu komutlar seti, kısalıp uzayabilmektedir. Örneğin; bir işletim sisteminin arayüz spesifikasyonları, 500-600 sayfalık bir kitaptan daha fazla satır içerebilmektedir. İki farklı bilgisayar programının arasında araışlerliğin sağlanabilmesi için arayüz spesifikasyonları komut setlerinin uyumlu olması gerekmektedir. Bundan yaklaşık 20-30 yıl önce, araışlerliğin ve programlar arasındaki geçişin daha kısıtlı olması ve rekabet ortamının sağlanamaması nedeniyle, Microsoft'un MS-DOS işletim sistemi, Macintosh cihazlar üzerinde çalıştırılamamaktaydı. Aynı şekilde; Macintosh işletim sistemi üzerinde çalıştırılmak üzere oluşturulan uygulama programları da, MS-DOS işletim sistemi üzerinde çalıştırılamamaktaydı. Teknik açıdan donanım ve program arayüzleri spesifikasyonlarının uyumlu olmaması nedeniyle araışlerliğin sağlanması mümkün değildi⁴⁶⁵. Böylelikle; kullanıcılar, hangi firmanın ürününü satın aldıysa o firmanın ürün zinciri içerisine hapsedilmiş veya bir başka deyişle kilitlenmiş hale getirilmektedir.

Araışlerliğin sağlanması, farklı seviyelerde gerçekleşebilmektedir. Bu bağlamda, bir bilgisayar programının bir işletim sisteminde çalıştırılması mümkün olabiliyorken tüm işlevlerini göstermesi mümkün olmayabilir. İşletim sistemi geliştiricilerinin işletim sistemi arayüzlerinin spesifikasyonlarının tamamını uygulama programı geliştiriciler ile paylaşmaması halinde, uygulama programlarının işletim sistemi ile araışlerliği teknik açıdan tam anlamıyla sağlanamayacaktır⁴⁶⁶. Bu nedenle

⁴⁶⁴ Band, Katoh, s.7; ABAD Kararı, *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*, T-201/04, 17.09.2007,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=92256EF70B485914466ADBBA9D99137E?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6846329>,

(20.02.2020), para.37; ABAD Kararı (İlk Derece Sıfatıyla), T-201/04 R,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=92256EF70B485914466ADBBA9D99137E?text=&docid=57268&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6846329>,

(20.02.2020), para.19.

⁴⁶⁵ Band, Katoh, s.7; Weston, s.313-314.

⁴⁶⁶ Band, Katoh, s.8; Weston, s.28, dn.42; ABAD Kararı, *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*, T-201/04, 17.09.2007,

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=92256EF70B485914466ADBBA9D99137E?text=>

de, bilgisayar programı, işletim sistemi üzerinde temel işlevlerini yerine getirirse de, örneğin yüklenebilse veya çalıştırılabilse de, programlandığı tüm işlevlerini yerine getiremeyecektir. Dolayısıyla programdan beklenen fayda, tam anlamıyla elde edilemeyecektir. Bu seviyelerde sağlanan araişerliğin, aslında kanuni düzenlemeler ile hedeflenen amacı yerine getirdiğinden bahsetmek mümkün değildir.

4.3. Araişerliğe İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Araişerlik ile bilgisayar sistemleri ve programlarının daha efektif çalışması, teknik açıdan gelişme ve bilgi birikiminin çoğalmasının sağlanması ve tüm bilgisayar sistemi kullanıcılarının lehine bir durum yaratılması nedenleriyle kamusal fayda ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan kamusal faydanın gözetilmesi sonucunda, bilgisayar programının eser sahibi veya hak sahiplerinin kanundan kaynaklanan hakları üzerinde, bazı kanuni istisnalar getirilerek ve serbestiler tanınarak araişerliğin sağlanmasına imkân yaratılmaktadır.

Mehaz AB Direktifi ve FSEK düzenlemeleri ile bilgisayar programının araişerliğinin sağlanması için programın kod formunun çevrilmesi, kodların kopyalanması, programın altında yatan ilke ve düşüncelerin belirlenmesi, programın işleyişinin gözlenmesi yönünde sınırlı serbestiler getirilmiştir⁴⁶⁷. FSEK md.38/4'te, bilgisayar programının tamamının veya bir ögesinin altında yatan düşünce ve ilkelerin saptanabilmesi için programın işleyişinin gözlemlenmesi, incelenmesi ve test edilmesi hususunda programın kullanım hakkına sahip kişi veya kişilere serbesti tanınmaktadır. Bu serbesti, bilgisayar programını kullanma hakkına hukuki olarak sahip hale gelmiş, yani programın bir kopyasını satın almış, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiilleri bakımından ruhsat almış kişilere tanınmaktadır. Bu serbestiden sadece bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiillerinin gerçekleştirildiği esnada yararlanılabileceği düzenlenmektedir⁴⁶⁸.

<https://www.resmigezisi.gov.tr/ResmiGazete/2020/02/20200202/6846329>, (20.02.2020).

⁴⁶⁷ Murray, s. 236; Dalyan, s.177; Aksu, **Koruma**, s.812; Torremans, s.639.

⁴⁶⁸ FSEK md.38/4:

“Bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişinin yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiillerini ifa ettiği sırada,

Araışlerliğin sağlanması serbestisi, bazı yazarlarca “*ayrıştırma*” serbestisi olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁹. Kanımızca bu kabul, mehz AB Direktifi’nde araişlerlik serbestisini düzenleyen 6. maddenin başlığının tercümesinden kaynaklanmaktadır. Anılan maddede başlık, “*decompilation*” olarak kullanılmıştır, Türkçe tercümesinin ayrıştırma olarak yapılması yerine terse-derleme olabileceği, böylelikle anlamın daha isabetli olarak verilebileceği, derlenmiş olanı açma yani kaynak koduna dönüştürme, kodun yazıldığı dili çevirme olarak ifade edilebileceği kanaatindeyiz. FSEK md.38/5 düzenlemesi lafzında da yer aldığı üzere, madde hükmünde tanınan serbestiler, kodun kopyalanması ve kodun dönüştürülmesidir. Kodun kopyalanması ve dönüştürülmesi eylemleri, teknik anlamda ön adım olarak program unsurlarının ayrıştırılmasını gerektirebileceği için programın unsurlarına ayrıştırması da, serbesti kapsamındadır ancak koşulları ve kısıtlamaları düzenlenmiş olan eylem, salt programın unsurlarına ayrıştırılmasından ibaret olarak kabul edilmemelidir.

FSEK md.38/5 ve mehz AB Direktifi md.6 düzenlemelerinde getirilen koşul ve kısıtlamalar, sadece araişlerlik amacıyla kodun çevrilmesi, dönüştürülmesi ve kopyalanmasıdır. Bu düzenlemeden bağımsız olarak ise; AB Direktifi md.1/2’de (FSEK md.2/son) programın unsurları, özellikle de arayüzler altında yatan fikir ve prensiplerin koruma altında olmadığı, md.5/1’de bilgisayar programının kullanılması için gerekli olduğu durumlarda çoğaltılması ve işlenmesinin serbest olduğu, md.5/3’de programın herhangi bir unsuru altında yatan düşünce ve ilkeleri tespit etmek için programın gözlemlenebileceği, incelenebileceğini ve test edilebileceği düzenlenmiştir. Mehaz Direktif ve FSEK düzenlenmelerinin hiçbir yerinde, terse-derleme, kodun kopyalanması ve dönüştürülmesi işlemlerinin, sadece AB Direktifi md.6 - FSEK md.38/5, kapsamında yapılabileceğine, bunun haricinde gerçekleştirilemeyeceğine yönelik bir ifade bulunmamaktadır. Buradan hareketle; terse-derleme işlemi, AB Direktifi md.5/1 - FSEK md. 38/2 kapsamında da gerçekleştirilebileceğini belirtmek

bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek amacı ile, programın işleyişini gözlemlemesi, tetkik etmesi ve sınaması serbesttir.”

⁴⁶⁹ Erel, **Bilgisayar Programları**, s.152; Dalyan, s.176-178.

mümkündür⁴⁷⁰. AB Direktifi md.5/1⁴⁷¹ ve FSEK md. 38/2’de⁴⁷², bilgisayar programından beklenen amaca uygun kullanım için gerekli olduğu durumlarda, programı hukuki yollardan edinen kişi tarafından işlenmesi veya çoğaltılması mümkündür. Özellikle hata düzeltme amacı kapsamında, hatanın saptanması veya düzeltilmesi için programın terse-derleme işlemine tabi tutulması gerekiyorsa, AB Direktifi md.5/1 ve FSEK md.38/2 ile getirilen serbestiden yararlanılabilecektir. Aynı şekilde; programın bakımını gerçekleştirme amacı ile terse-derleme ihtiyacı ortaya çıkarsa bu amacın da, madde düzenlemesi kapsamında ilgili bilgisayar programından beklenen amaca uygun olduğu değerlendirilmelidir⁴⁷³.

Belçika Temyiz Mahkemesi’nin AB Direktifi’nin yorumlanması amacıyla yönelttiği dosyada ABAD Raportörü *Maciej Szpunar*, AB Direktifi md.5/1’de yer alan hataların giderilmesine yönelik düzenleme kapsamında, programın kopyasını kullanma hakkını sahip kişilerin, eser sahibinden izin almadan, programın hatalarını gidermek amacıyla program üzerinde terse-derleme işlemi yapılabileceğine yönelik görüş sunmuştur⁴⁷⁴. Görüşte, hataların giderilmesi amacıyla yapılan terse-derleme işlemi için araişerliğin sağlanmasına yönelik AB Direktifi md.6’da yer alan şartların aranmayacağını belirtmiştir⁴⁷⁵. Kanımızca isabetli olan bu görüş doğrultusunda karar verilmesi halinde farklı amaçlar için düzenlenmiş iki ayrı maddenin de (AB Direktifi md.5 ve md.6) terse-derleme yetkisi tanıdığı ve uygulama alanlarının birbirinden farklı olduğu teyit edilmiş olacaktır. Aynı doğrultuda, FSEK md.38 içinde yer alan farklı fıkraların birbirinden bağımsız olarak ayrı uygulanması ve yorumlanması gerekmektedir. Hatta kanaatimizce bu fıkraların ayrı maddeler altında düzenlenerek kanunlaştırılması daha isabetli olurdu. Sonuç olarak, hata giderme amacıyla tanınan

⁴⁷⁰ Band, Katoh, s.249.

⁴⁷¹ AB Direktifi md.5/1:

“In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) shall not require authorisation by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction.”

⁴⁷² FSEK md.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.”

⁴⁷³ Band, Katoh, s.249-250.

⁴⁷⁴ ABAD Raportörü *Maciej Szpunar*’un görüşü, *Top System SA v Belgian State*, Case C-13/20, 10.03.2021, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238707&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2250456> (23.07.2021).

⁴⁷⁵ *Ibid*, para. 58-63.

terse-işleme yetkisi ve araişlerliğin sağlanması amacıyla tanınan terse-işleme işleme yetkileri birbirinden ayrı ve bağımsız olarak ele alınmalıdır.

AB Direktifi md. 5/3 ve FSEK md.38/4 kapsamında ise, araişlerlik kapsamında ters-derleme dışında tüm tersine mühendislik eylemleri ele alınmaktadır. Bu doğrultuda, programın kopyasını kullanma hakkına sahip herhangi bir programcı⁴⁷⁶, madde hükmünden yararlanarak tersine mühendislik eylemlerini uygulayabilecektir. Programın gözlemlenmesi, tetkik edilmesi ve sınanması ise teknik anlamda uygulanan ve “kara kutu”⁴⁷⁷ olarak adlandırılan analiz tekniğidir. Bu teknikte incelenen programın kapsamı ve işlev gösterme şekli bilinmemekte, gönderilen ve alınan sinyal ve verilerle programın gösterdiği reaksiyonlar, programın işlevi ve diğer program veya donanım unsurları ile iletişimi tespit edilmeye çalışılmaktadır. Örneğin, makine kodunun ekranda görüntülenerek başka programlarla olan iletişimi ve nasıl fonksiyon gösterdiği üzerine çalışılması bu teknik dâhilinde değerlendirilmektedir⁴⁷⁸. Madde düzenlemesinde serbestinin bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması esnasında kullanılabileceği yer almaktadır. Terse-derleme dışında tersine mühendislik işlemlerinin tamamı programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması esnasında gerçekleşmektedir. Örneğin makine kodunun incelenmesi, ekranda görüntülenme esnasında yapılabilen bir eylemken; programın test edilmesi eylemi, program çalıştırılırken yapılabilmektedir. Ayrıca bu serbesti, sözleşmeler ile ortadan kaldırılamamakta ve daraltılamamaktadır⁴⁷⁹. Dolayısıyla mehz AB Direktifi’nde farklı maddelerde, FSEK’te ise farklı fıkralarda düzenlenen serbestilerin kapsamı ve koşulları birbirinden farklıdır.

FSEK md.38/4 ve md.38/5, AB Direktifi md.5/3 ve md.6, düzenlemeleri kapsamındaki eylemlerin gerçekleştirilebilmesi için programın unsurlarına ayrılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla AB Direktifi’nin 6. maddesinin

⁴⁷⁶ Serbesti tanınan kişiler sadece programcılarla sınırlı olmayıp programın kopyasını kullanma hakkına sahip herhangi bir kişi olabilir. Bununla birlikte, tersine mühendislik işlemlerini uygulayabilecek kişilerin ezici bir çoğunlukla programcı olması sebebiyle yukarıdaki ifade biçimi tercih edilmiştir.

⁴⁷⁷ *Black-box analysis*.

⁴⁷⁸ Band, Katoh, s.246; Weston, s.311.

⁴⁷⁹ ABAD Kararı, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-406/10, 02.05.2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9EE5916AE80FF5F99900794EB5077061?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5340602>, (12.02.2020), para. 53.

başlığının ayrıştırma olarak tercüme edilmesi ve madde düzenlemesinde yer alan serbestinin salt, programı unsurlarına ayırma serbestisi olarak nitelenmesi isabetli olmayacaktır. FSEK md.38/5 ve AB Direktifi md.6, programı unsurlarına ayırma serbestisini içermektedir ancak aynı serbesti, diğer maddelerle de sağlanabilmektedir⁴⁸⁰. Bu görüşün, AB Direktifi düzenlemesinin ruhu, amacı ve giriş kısmı açıklamaları ile desteklendiği kanaatindeyiz. Aynı düzenlemelerin FSEK’te de benzer şekilde yer alması sebebiyle araişlerlik serbestisinin program unsurlarının ayrıştırılmasını içerdiği ancak ayrıştırmadan ibaret olmadığı görüşündeyiz.

“Ters-derleme”⁴⁸¹ başlıklı mehz AB Direktifi md.6/1’in birebir alınarak Türkçeye tercüme edilmesi suretiyle FSEK md. 38/5 düzenlemesi, kanunlaştırılmıştır⁴⁸². Araişlerliğe ilişkin temel düzenleme olan AB Direktifi’nin 6.maddesinin tercümesine, FSEK md.38’de yer verilmiş ancak araişlerliğe ilişkin düzenleme içeren bir diğer AB Direktifi maddesi atlanmıştır. AB Direktifi md.8/2’de, araişlerlik serbestisinin tanındığı 6. maddeye aykırı sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı düzenlemesi yer almaktadır⁴⁸³. FSEK’te ise, araişlerlik serbestisini kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmelerin geçersiz sayılacağına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı ve FSEK md.38/5 lafzının emredici nitelikte olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁸⁴. Aksi takdirde, çoğu hak sahibi, üçüncü kişilere serbesti tanınmasını, kendi ürününe rakip ürünlerin ortaya çıkartılmasını arzu etmeyecek ve genellikle tek taraflı belirlenen lisans koşullarıyla kanun hükmünün uygulanmamasını sağlayacaktır. Böylelikle; kamu menfaatini gözetken kanuni düzenleme işlevsiz ve anlamsız bir hale

⁴⁸⁰ Band, Katoh, s.246; Torremans, s.488.

⁴⁸¹ *Decompilation*.

⁴⁸² AB Direktifi md. 6/1:

“The authorisation of the rightholder shall not be required where reproduction of the code and translation of its form within the meaning of points (a) and (b) of Article 4(1) are indispensable to obtain the information necessary to achieve the interoperability of an independently created computer program with other programs, provided that the following conditions are met:

(a) those acts are performed by the licensee or by another person having a right to use a copy of a program, or on their behalf by a person authorised to do so;
(b) the information necessary to achieve interoperability has not previously been readily available to the persons referred to in point (a); and
(c) those acts are confined to the parts of the original program which are necessary in order to achieve interoperability.”

⁴⁸³ AB Direktifi md.8/2:

“Any contractual provisions contrary to Article 6 or to the exceptions provided for in Article 5(2) and (3) shall be null and void.”

⁴⁸⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Dalyan, s.183-184.

gelecektir. Dolayısıyla hukukumuzda da, araişlerlik serbestisi emredici hüküm olarak yorumlanmalı, emredici nitelikte olan araişlerlik serbestisini kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı kabul edilmelidir. AB Direktifi tercümesi esnasında, bilinçli olmadan yapılan bir başka düzenlemenin ise, mehzaz düzenlemede geçen gereklilik kelimesinin FSEK düzenlenmesinde zorunluluk olarak yer almasıdır. Bu hata sebebiyle ortaya çıkabilecek yorum farklarına aşağıda ayrıca değinilecektir. Mehzaz düzenlemede, yukarıda yer verdiğimiz noktalar haricinde, FSEK düzenlemesinden farklı bir hususun yer almaması nedeniyle, çalışmamızın bu kısmında AB Direktifi md.6/1 düzenlemesi, FSEK düzenlemesi ile birlikte ele alınmış, sadece kanun yapma faaliyetlerindeki tarihi gelişmeler hususunda ve gerek duyulan noktalarda ayrıca değerlendirme konusu yapılmıştır.

1998 yılında DMCA yürürlüğe girene kadar A.B.D. hukukunda, doğrudan araişlerliğin sağlanmasına ilişkin serbesti tanıyan veya kısıtlama getiren kanuni düzenlemeler bulunmamaktaydı⁴⁸⁵. DMCA, 1996 tarihli WCT’de yer alan fikri hakların dijital ortamda teknik koruma önlemleri ile korunması ve bu önlemlerin etkisiz hale getirilmesi durumunda uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir⁴⁸⁶. DMCA md. 1201’de, teknolojik koruma önlemlerinin etkisiz hale getirilmesi veya dolanılması ele alınmış ve yasaklanmış ancak “tersine-mühendislik” başlıklı (f) fıkrasında araişlerlik serbestisi yönünde bir istisna düzenlenmiştir. Bu noktada DMCA dâhilinde araişlerlik serbestinin AB Direktifi esas alınarak düzenlendiği görülmektedir⁴⁸⁷. Araişlerlik, DMCA md.1201/f-4’te, bilgisayar programlarının karşılıklı veri alışverişi yapabilmesi ve verilerin karşılıklı kullanılabilmesi özelliği olarak tanımlanmıştır⁴⁸⁸. Md.1201/f-1’de, bir bilgisayar programının başka bir bilgisayar programı ile araişlerliğinin sağlanabilmesi amacıyla ilgili bilgisayar programı üzerinde bulunan teknolojik koruma önlemlerinin etkisiz hale getirilebileceği veya dolanılabileceği ele alınmaktadır⁴⁸⁹. Takip eden fıkra da,

⁴⁸⁵ Band, Katoh, s.88; Alan K. Palmer, Thomas C. Vinje, “The EC Directive on the Legal Protection of Computer Software: New Law Governing Software Development”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, C.2, 1992, 65-87, s.65-68; Dalyan, s.181-182.

⁴⁸⁶ Bayamlioğlu, **Teknolojik Koruma**, s.175.

⁴⁸⁷ Bayamlioğlu, **Teknolojik Koruma**, s.181; Band, Katoh, s.8-13.

⁴⁸⁸ DMCA md. 1201/f-4:

“For purposes of this subsection, the term ‘interoperability’ means the ability of computer programs to exchange information, and of such programs mutually to use the information which has been exchanged.”

⁴⁸⁹ DMCA md. 1201/f-1:

araişerliğin sağlanması amacıyla sınırlı olmak ve telif hakkı ihlali teşkil etmemek şartıyla bilgisayar programının üzerinde yer alan teknolojik koruma önlemlerini engelleyecek veya dolanacak teknolojik yöntemlerin geliştirilebileceği düzenlenmiştir⁴⁹⁰. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, AB Direktifi md.6/2-b'ye paralel olarak, araişerlik serbestisi sonucunda edinilen bilgilerin sadece araişerliğin sağlanması amacıyla üçüncü kişilerle paylaşılmasına izin verilmiştir⁴⁹¹. USCO'da araişerlik serbestisinin düzenlendiği tersine-mühendislik maddesini, bilgisayar programının bir kopyasını hukuki yollarla edinen kişilerin araişerliği sağlamak amacıyla programın unsurlarını analiz etme ve belirleme için teknolojik koruma önlemlerini etkisiz hale getirmek veya etkisiz hale getirecek yöntemler geliştirmek konusunda serbest olduğu şeklinde yorumlamaktadır⁴⁹².

DMCA düzenlemesinden önce araişerlik serbestisine ilişkin A.B.D. hukukunda doğrudan herhangi bir düzenleme bulunmasa da, A.B.D. Telif Hakları Yasasında, A.B.D. hukukunun içtihatlarına daha fazla ağırlık vermesi sebebiyle mahkemelere daha geniş bir değerlendirme alanı bırakan adil kullanım⁴⁹³ serbestisi düzenlenmiştir. Adil kullanım serbestisi, sadece bilgisayar programlarına ilişkin olmayıp tüm eser türlerine

"Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), a person who has lawfully obtained the right to use a copy of a computer program may circumvent a technological measure that effectively controls access to a particular portion of that program for the sole purpose of identifying and analyzing those elements of the program that are necessary to achieve interoperability of an independently created computer program with other programs, and that have not previously been readily available to the person engaging in the circumvention, to the extent any such acts of identification and analysis do not constitute infringement under this title."

⁴⁹⁰ DMCA md. 1201/f-2:

"Notwithstanding the provisions of subsections (a)(2) and (b), a person may develop and employ technological means to circumvent a technological measure, or to circumvent protection afforded by a technological measure, in order to enable the identification and analysis under paragraph (1), or for the purpose of enabling interoperability of an independently created computer program with other programs, if such means are necessary to achieve such interoperability, to the extent that doing so does not constitute infringement under this title."

⁴⁹¹ DMCA md. 1201/f-3:

"The information acquired through the acts permitted under paragraph (1), and the means permitted under paragraph (2), may be made available to others if the person referred to in paragraph (1) or (2), as the case may be, provides such information or means solely for the purpose of enabling interoperability of an independently created computer program with other programs, and to the extent that doing so does not constitute infringement under this title or violate applicable law other than this section."

⁴⁹² USCO, "U.S. Copyright Office Summary of The Digital Millenium Copyirght Act of 1998", Aralık 1998, <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, (15.02.2020), s.5.

⁴⁹³ Fair use.

yönelik bir düzenlemedir. Ayrıca adil kullanım serbestisi, araişlerliğe kıyasla daha fazla ve farklı durumlarda uygulanabilmektedir.

FSEK md.31 ila 38’de yer alan serbestilere benzer şekilde, A.B.D. Telif Hakları Yasasının 107. maddesinde eleştiri, yorum, haber yapma, eğitim-öğretim, araştırma gibi amaçlarla eserlerin kullanılması ve çoğaltılması telif haklarına aykırılık teşkil etmemekte ve adil kullanım olarak kabul edilmektedir ⁴⁹⁴. FSEK düzenlemesinden farklı olarak, A.B.D. Telif Hakları Yasasında sayılan amaçlar, *numerus clausus* olarak verilmemiş, örnekleme yöntemi tercih edilmiştir.

Adil kullanımın sınırlarının belirlenebilmesi için kanun hükmünde dört hususun değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiş ve böylelikle genel çerçeve çizilmiştir⁴⁹⁵. Bunlardan ilki, kullanımın amaç ve niteliğinin belirlenmesi ile kullanımın ticari mi yoksa kar amacı gütmeyen eğitimsel amaç mı taşıdığının değerlendirilmesidir. İkinci husus, kullanılan eserin niteliğinin ele alınmasıdır. Üçüncü husus, eserin kullanılan kısmının eserin bütününe kıyasla miktar ve esaslılık açısından incelenmesidir. Son husus ise, kullanımın eser ve eserin potansiyel pazarı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesidir. Adil kullanımın mevcudiyeti değerlendirilirken, kanunda yer alan bu kriterlerin kümülatif olarak bir arada bulunması yönünde bir zorunluluk yoktur. A.B.D. mahkemeleri, kanunla düzenlenen bu kriterleri değerlendirerek uyumsuzluk konusu kullanımın, adil kullanım teşkil edip etmediği yönünde karar vermektedir. Bu noktada örneğin, kullanım amacının ticari olup olmadığı

⁴⁹⁴ A.B.D. Telif Hakkı Yasası md.107:

“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

⁴⁹⁵ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation, 203 F.3d 596 (2000), <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf>, (27.01.2020), s.5.

mahkemelerce nispeten daha kolay saptanabilmekteyken, kullanımın niteliğinin belirlenmesi, nitelik olarak farklı bir özellik gösterip göstermediği, yani kullanımın “dönüştürücü”⁴⁹⁶ olup olmadığının saptanmasında güçlük yaşanmaktadır. Bilgisayar programları özelinde kodların bir kısmının farklı bir platformda, farklı alanda, farklı karakterde veya farklı özellik gösterecek şekilde kullanımı, dönüştürücü nitelikte kullanım olarak kabul edilebilmektedir. Dönüştürücü kullanımın bulunması halinde, kullanım ticari dahi olsa, adil kullanım şemsiyesi altına alınabilmektedir. Bilgisayar programları özelinde, bir bilgisayar programının kodları, ticari amaçla başka bir yazılım üretmek için kullanılsa da, nitelik olarak dönüştürücü özellik gösterdiğinin saptanması ve diğer kriterlerden bazılarının da karşılanması ile adil kullanım kapsamında kabul edilebilmektedir⁴⁹⁷.

Araştırılma ilişkin A.B.D. içtihat hukukunda adil kullanım altında, birçok önemli karar verilmiştir. A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi, 1992 tarihli *Atari v Nintendo* kararında, her ne kadar sonuç olarak Atari’nin kullanımını adil kullanım olarak nitelemese de, araştırılma sağlanabilmesi için tersine mühendislik ile kodların öğrenilmesi sonrasında aynı amaç kapsamında başka bir program oluşturulmasının adil kullanım sınırı içinde kalabileceğini ifade etmiştir⁴⁹⁸. Nihai kararın Atari aleyhine olması ise, Atari’nin araştırılma sağlanması için yeterli olacak düzeyden daha fazla kodu kopyalaması ve rakip ürün piyasaya sürmesinden kaynaklanmıştır⁴⁹⁹.

Sega v Accolade davasında, Accolade firmasının, Sega’nın Genesis adlı oyun konsoluna uyumlu oyun kartuşları yapmasına ilişkin uyuşmazlık ele alınmıştır. Sega, oyun konsoluna başka firmaların oyun kartuşları yapmasını engellemek amacıyla sistemini kapalı tutmuştur. Accolade ise, tersine mühendislik ile oyun konsolu programının arayüz spesifikasyonlarına ulaşmış ve bunları kullanarak Sega’dan bağımsız şekilde, Genesis ile uyumlu oyunlar yazmıştır. Araştırılma sağlanabilmesi için yapılan tersine mühendislik ve kopyalamanın adil kullanım teşkil edip etmediği

⁴⁹⁶ *Transformative use.*

⁴⁹⁷ Bkz. A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000),

<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf>, (27.01.2020), s.7-8.

⁴⁹⁸ A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi, *Atari Games Corp. and Tengen, Inc. v. Nintendo of America Inc. and Nintendo Co., Ltd.*, 975 F.2d 832 (1992), 10.09.1992, https://scholar.google.com/scholar_case?case=15866317401594691669, (01.02.2020), s.844.

⁴⁹⁹ *Ibid*, s.845, 847.

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire tarafından ele alınmıştır. Mahkeme, adil kullanım için A.B.D. Telif Hakları Yasası md.107’de yer alan hususların hepsinin bir arada bulunmasının gerekmediğini, sayılanların adil kullanımın şartları olarak değil, adil kullanımın takdir edilmesi esnasında ele alınması gereken noktalar olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁰⁰. Bu doğrultuda, Accolade’in kullanımının ticari niteliği bulunsa da, bunun araişlerliğin sağlanması ile sınırlı olduğunu, araişlerliğin sağlanabilmesi için başka bir alternatifin bulunmadığı sonucuna varmıştır⁵⁰¹. Mahkeme, kullanımın video oyunu pazarı üzerinde etkisinin bulunacağını ancak Accolade’in pazara girmeye çalışan yeni ve küçük bir firma olduğunu, video oyunu satın alanların sadece bir tane video oyunu yerine birden çok oyun edindiğini dolayısıyla bu etkinin sınırlı olduğunu vurgulamıştır⁵⁰². Bu değerlendirmeler neticesinde mahkeme, araişlerliğin sağlanması amacıyla sınırlı olan kullanımı adil kullanım olarak nitelemiştir. Anılan bu örnekten de görüleceği üzere, rekabetin sağlanması, yeni oyuncuların piyasaya girmesi ve çeşitliliğin sağlanabilmesi için araişlerlik serbestisi sağlanmasına gerek duyulmaktadır. Bununla birlikte; *Sega v Accolade* kararında olduğu gibi, serbestinin tanınmasında uluslararası ekonomik çıkarlar ve ülkeler arasındaki rekabete ilişkin dengelerin bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. A.B.D. mahkemeleri önünde görülen uyuşmazlıkta Sega, Japon menşei büyük bir şirket iken Accolade A.B.D. menşei piyasaya yeni girmeye çalışan bir girişimdir. Bu noktada bilinçli ve sistemli bir destekleme olmadığı öne sürülse dahi, mahkemelerin psikolojik olarak A.B.D. menşei küçük işletmeleri koruma yönünde içgüdüsel eğilim göstermesi muhtemeldir.

Sega v Accolade davasının bir benzeri, 2000 yılında ortaya çıkmıştır. *Sony v Connectix* davasında, Sony’nin Playstation konsolu ile uyumlu oyunların konsol dışında bilgisayarlarda oynanabilmesi için Sony’nin BIOS kodları Connectix tarafından kullanılmıştır. Connectix’in Sony Playstation konsolu yazılımını tersine mühendisliğe tabi tutması ve bu kapsamda Sony BIOS kodlarının geçici kopyalarının oluşturulması adil kullanım olarak kabul edilmiştir. Connectix’in kullanımın ticari nitelikte olmasına rağmen araişlerliğin sağlanabilmesi amacı taşıdığı ve dönüştürücü

⁵⁰⁰ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 20.10.1992, <https://openjurist.org/977/f2d/1510> (01.02.2020), para.41-42.

⁵⁰¹ *Ibid*, para. 45-46.

⁵⁰² *Ibid*, para. 51.

kullanım niteliği taşıdığı için adil kullanım kapsamında olduğu kabul edilmiştir⁵⁰³. Mahkeme, tersine mühendisliğin Connectix açısından gerekli olduğunu, Sony BIOS'un telif hakkı koruması dışında olan unsurlarına erişimin tersine mühendislik işlemleri olmadan mümkün olmadığı kanaatine varmıştır⁵⁰⁴. Dönüştürücü kullanım açısından ise, Connectix'in kodları az da olsa dönüştürücü bir nitelikte kullandığı sonucuna varmıştır. Connectix'in kullanımında dönüştürücü nitelik, yeni bir ortamda oyunların oynanabilmesini sağlaması, Sony Playstation konsolunun olmadığı hallerde, şahsi bilgisayarlarda oyunların oynanmasını mümkün kılmasıdır⁵⁰⁵. Bunlara ek olarak, ticaret ve rekabet ortamına ilişkin dikkat çeken husus ise, anılan uyumsuzlukta, yine bir oyun konsolu üreticisi Japon teknoloji devi ve karşısında rakip oyunlar ve oyun oynama ortamı üretmek isteyen, döneminin küçük-orta ölçekli bir A.B.D. firmasının yer almasıdır⁵⁰⁶.

A.B.D. hukukundaki adil kullanım serbestisi, FSEK düzenlemesine kıyasla somut uyumsuzluklar üzerinde mahkemelere daha geniş takdir yetkisi ve esneklik imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte; adil kullanımın tespiti için değerlendirilmesi gereken hususların belirtilmiş olması, özellikle ticari kullanım ve potansiyel pazar üzerindeki etkilerin hesaba katılması zorunluluğu, araişlerlik aleyhine yorumlanmaya ve olumsuz sonuçlar oluşturmaya müsaittir. FSEK kapsamında, adil kullanıma ilişkin doğrudan ve genel bir düzenleme olmasa dahi, 38. maddenin son fıkrası adil kullanım ile benzerlik göstermektedir⁵⁰⁷. Bununla birlikte düzenleme, nelerin adil kullanım teşkil edeceğini değil, tam tersine, nelerin adil kullanım teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir. Adil kullanım serbestisinin, tüm eser türleri açısından FSEK'teki mevcut serbesti ve istisnalara ek olarak, genel bir ilke şeklinde kanunda düzenleme

⁵⁰³ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000), <https://cyber.harvard.edu/people/efisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf>, (27.01.2020), s.6-8.

⁵⁰⁴ *Ibid*, s.6.

⁵⁰⁵ *Ibid*, s.8.

⁵⁰⁶ Ticaret ve rekabet ortamına dikkat çekerek adil kullanımın takdirinde başka faktörlerin de etkili olabileceği ihtimalini vurgulamaktayız. Adil kullanımın A.B.D. mahkemesince takdirinde, yabancı dev bir firmaya karşı, küçük ölçekli yerel bir firmayı koruma içgüdüsünün etkili olup olmadığı üzerinde düşünmek gerekmektedir. Davadaki denklemin değişmesi, davacının küçük ölçekli bir A.B.D. firması ve davalının da, bir Japon teknoloji devi olması halinde, adil kullanımın araişlerlik sağlamak isteyen Japon teknoloji devi lehine takdir edilmeme ihtimali bulunduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰⁷ FSEK md.38/son:

“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.”

bulması gerektiğini düşünmekteyiz. Buna rağmen, bilgisayar programları açısından araişlerliğin net bir şekilde sağlanabilmesi için doğrudan araişlerlik düzenlemesinin bulunmasının hukukumuz açısından daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

AB ve A.B.D. dışındaki ülkelerde yer alan araişlerlik düzenlemelerine baktığımızda genellikle AB ve A.B.D. hukuklarındaki düzenlemelerin takip edildiği görülmektedir⁵⁰⁸. Avustralya, yaklaşık on yıllık bir çalışma sonunda, 1999 yılında, araişlerliğin sağlanması için tersine mühendislik istisnası tanıyan yasal düzenleme yapmıştır⁵⁰⁹. Hong Kong, A.B.D. hukukundaki adil kullanım istisnasına benzer şekilde araişlerliğin sağlanması amacıyla teknik koruma önlemlerinin engellenebilmesine veya engelleyecek yöntemlerin geliştirilebilmesine serbesti tanımıştır⁵¹⁰. Hindistan Telif Hakları Yasası'ndaki düzenlemede, araişlerliğin sağlanması amacıyla sınırlı olarak her türlü eylemin yürütülmesi yönünde bir serbesti getirilmiştir⁵¹¹. Singapur, açıkça rekabet edecek nitelikteki programlar da dâhil olmak üzere, araişlerliğin sağlanması için bağımsız bir bilgisayar programı geliştirmek için ters-derleme yapılabilmesine imkân tanıyan kanuni düzenleme çıkarmıştır⁵¹². Filipinler Telif Hakkı Yasası'nda, araişlerliğin sağlanabilmesi için ters-derleme yapılmasının adil kullanım hali oluşturacağı açıkça yer almaktadır⁵¹³. Kenya Telif Hakları Yasası'nda, hak sahibinin izni aranmaksızın bir programın başka programlarla birlikte çalışabilmesi için gerekli bilgilerin edinebilmesi için programın başka program dillerine, kodlarına ve farklı gösterim biçimlerine çevirme ve ters-derleme işlemlerine tabi tutabileceği düzenlenmiştir⁵¹⁴. İsrail de, benzer bir düzenleme yapma yoluna gitmiş ancak düzenleme lafzından dolayı dar kapsamlı bir serbesti getirme amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda; düzenleme, sadece serbesti kapsamında ters-

⁵⁰⁸ Jonathan Band, "The Global API Copyright Conflict" (**Global API**), **Harvard Journal of Law & Technology**, C.31, 2018, 615-637, s.621.

⁵⁰⁹ Avustralya Telif Hakları Yasası md.47 D (Kanun metni için bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00180> 15.02.2020).

⁵¹⁰ Hong Kong Telif Hakları Yasası md.273D/1-c (Kanun metni için bkz. <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap528>, 15.02.2020).

⁵¹¹ Hindistan Telif Hakları Yasası md.52/1-ab (Kanun metni için bkz. <http://www.copyright.gov.in/Documents/CopyrightRules1957.pdf>, 15.02.2020).

⁵¹² Singapur Telif Hakları Yasası md.39A (Kanun metni için bkz. <https://sso.agc.gov.sg/Act/CA1987>, 15.02.2020).

⁵¹³ Filipinler Telif Hakları Yasası md.185 (Kanun metni için bkz. <https://www.officialgazette.gov.ph/1997/06/06/republic-act-no-8293/>, 15.02.2020).

⁵¹⁴ Kenya Telif Hakları Yasası md. 26/5 (Kanun metni için bkz. <https://www.aripo.org/wp-content/uploads/2018/12/Kenya-Copyright-Act.pdf>, 15.02.2020).

derleme yapılan program ile araişlerliğin sağlanması ile sınırlı bir serbesti olduğu izlenimini yaratmaktadır⁵¹⁵. Bunun bilinçli bir hukuk politikasından kaynaklanmadığı kanaatindeyiz⁵¹⁶. Tüm bu farklı ülkeler ve hukuk düzenlerinde araişlerliğin sağlanmasına bilinçli olarak veya sadece A.B.D. ve AB'yi takip etmek suretiyle önem verildiği ortadadır. Bununla birlikte; araişlerliğin sağlanması ve buna yönelik kanun ile serbesti tanınmasının tüm dünya çapında önem verilen ve kabul gören bir durum olduğu tartışmasızdır.

4.4. Araişlerlik Serbestisinin Koşulları

FSEK md.38/5'te, araişlerliğin sağlanabilmesi için bir bilgisayar programının kod formunun dönüştürülmesi ve kodların çoğaltılması yönünde serbesti tanınmaktadır. Kanunla tanınmış bir serbesti olması sebebiyle ilgili yetkilerin kullanılması için eser veya hak sahiplerinin iznine gerek duyulmamaktadır⁵¹⁷. Serbestinin kullanım amacı, araişlerliği gerçekleştirmek üzere, ilgili bilgisayar programına ilişkin gerekli bilgilerin elde edilmesi olmalıdır. Tanınan serbesti, sınırsız veya koşulsuz olmayıp yine madde hükmünde yer alan koşullar kapsamında kullanılabilir.

Araişlerlik serbestisinin sağlanabilmesi için kanunda sayılan koşulların varlığı aranmaktadır. Kanunda yer alan koşulların tamamının çatı unsurunu eylemlerin amacı oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, serbesti kapsamındaki eylemlerin gerçekleştirilmesindeki asli amaç, araişlerliğin sağlanması olmalıdır. FSEK md.38'de araişlerlik serbestisi için gerekli üç koşul düzenlenmiştir. Bunlardan *ilki*, serbestiden faydalanacak kişinin bilgisayar programının ruhsat sahibi veya programın kopyasını kullanma hakkına sahip olan bir kişi olması ya da ruhsat veya programın kopyasını kullanma hakkına sahip kişiler tarafından araişlerlik serbestisi kapsamındaki eylemleri gerçekleştirmek için yetkilendirilmiş bir kişi olması gerekmektedir. *İkinci koşul*, araişlerliğin sağlanabilmesi için gerekli bilgilerin ilk koşulda anılan kişi grubunun kullanımına daha önce sunulmamış olmasıdır. *Üçüncü koşul* ise, serbesti kapsamındaki eylemlerin sadece araişlerliği sağlamak için gerekli olan program

⁵¹⁵ İsrail Telif Hakları Yasası md. 24/c-3 (Kanun metni için bkz. <https://www.tau.ac.il/law/members/birnack/IsraeliCopyrightAct2007.pdf>, 15.02.2020).

⁵¹⁶ Ayrıca bkz. Band, **Global API**, s.634 vd.

⁵¹⁷ Torremans, s. 639; Murray, 236-237; Dalyan, s.178-180.

unsurları üzerinde gerçekleştirilmiş olmasıdır⁵¹⁸. Aşağıda FSEK md.38’de yer alan üç koşul ele alınacaktır ancak öncelikle serbesti açısından temel koşul veya çatı unsur olan, araişlerlik serbestisinden yararlanma amacına değinmek gerekmektedir.

Araişlerlik serbestisi kapsamında yer alan eylemleri gerçekleştirebilmek için çatı unsuru teşkil eden amaç, araişlerliğin sağlanması ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle, programın unsurlarına ayrıştırılıp kod formunun dönüştürülmesi veya kodların çoğaltılması araişlerliğin sağlanmasından başka bir amaçla, örneğin sadece kodları kopyalayarak başka bir program geliştirme amacıyla gerçekleştirilemeyecektir. Araişlerlik serbestisinden yararlanacak diğer bir programın tamamlanmış olması gerekmemekte; henüz tamamlanmamış, hazırlık aşamasında bulunan bir programın araişlerliğinin sağlanması amacı da, serbesti kapsamında değerlendirilmelidir⁵¹⁹. Burada yeni geliştirilen programın ticari amaç güdüp gütmemesi veya ilk programa rakip olup olmaması önem taşımamaktadır⁵²⁰. Bunun dışında, programın eser veya hak sahibinin haklarına zarar vermemek koşuluyla, araişlerlik sağlanması amacının ticari veya ticari olmayan nitelikte olmasının serbesti kapsamında önemi bulunmamaktadır. FSEK düzenlemesi, bu yönüyle A.B.D. hukukundan farklılaşmaktadır. Mutlak dışlayıcı bir husus olmamakla birlikte, A.B.D. hukukunda kullanımın niteliğinin ticari yönünün ağır basması ve kullanımın ticari yönden etkileri, adil kullanımın takdirinde önem taşımaktadır⁵²¹. Bu farklılaşmanın başlıca sebebi, FSEK düzenlemesi sadece araişlerliği ele almaktayken, A.B.D. hukuku kapsamında adil kullanım, araişlerlik ile sınırlı olmayıp tüm kullanımlara ilişkindir. Bu nedenle de ticari kullanım ve etkileri, adil kullanımın takdirinde olumsuz etken olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce

⁵¹⁸ FSEK md.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:

1. *Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi,*
2. *Araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımlarına sunulmaması,*
3. *Bu fiillerin, araişlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması.”*

⁵¹⁹ Torremans, 639; Dalyan, s.182; Murray, s.237

⁵²⁰ Torremans, s.639; Dalyan, s.179; Murray, s.237.

⁵²¹ John T. Soma; Gus Winfield; Letty Friesen, "Software Interoperability and Reverse Engineering", **Rutgers Computer & Technology Law Journal**, C.20, S.1, 1994, 189-258, s.204-206; Parth Sagdeo, "Application Programming Interfaces and the Standardization-Value Appropriation Problem"

Harvard Journal of Law & Technology

C.32, S.1, 2018, 235-263, s.258-259.

bilgisayar sistemlerinin bütünsel olarak çalışması ve teknolojik rekabetin sağlanması amacıyla getirilen araişlerlik serbestisi kapsamında ticari kullanımlı rakip programların yapılmasının çıkartılması isabetsiz olacaktır. Bu durumda düzenlemenin getiriliş amacı kısıtlanmış ve tam anlamıyla menfaatler arasında denge sağlayamayan bir kanuni düzenleme ortaya çıkartılmış olacaktır.

Araişlerlik serbestisi kapsamında, FSEK düzenlemesinde aranan ilk koşul, serbestiden yararlanacak kişilerin ruhsat sahibi, program kopyasını kullanma hakkı sahibi veya onlar adına serbesti kapsamındaki eylemleri gerçekleştirmeye yetkili kişi olmasıdır. İlk koşul ile amaçlanan serbestiye konu olacak programın hukuki yollarla elde edilmiş olmasıdır. Aksi durumda, programı hukuki yollarla elde etmeyen kişilere araişlerlik kapsamında serbesti tanımak, eser veya hak sahibi aleyhinde menfaat dengesini bozacaktır. Dolayısıyla araişlerlik serbestisinden yararlanacak kişinin, programı korsan olarak kullanmıyor olması bunun yerine mali hakları devralması, mali hakları kullanma yetkisini alması, lisans, satım veya başkaca sözleşme ve hukuki ilişkilerle programı kullanma hakkını elde etmesi gerekmektedir⁵²². Bu kapsama programın kopyasını geçici süre ile kiralayan kişilerin girip girmediği A.B.D. hukukunda tartışma konusu olmuştur. FSEK md.38/3 düzenlemesine benzer olarak programın bir yedek kopyasını çıkartma hakkı A.B.D. Telif Hakları Yasası ile tanınmıştır. Bu kapsamda program kopyasını kiralayan kişinin yedek kopya çıkartıp program kopyasını iade etse dahi, araişlerliği sağlama serbestisi altına alınmaması gerektiği öne sürülmüştür. Bu nedenle A.B.D. Telif Hakları Yasası md.117'de programın kopyasını hukuka uygun olarak elde etmiş kişiler ifadesi yerine, programın kopyasının sahibi ifadesi kullanılmıştır⁵²³. Bu doğrultuda A.B.D.'de ticari uygulama ile bilgisayar programı kiralayan işletmeler kapanma yoluna gitmiştir⁵²⁴. Her ne kadar bilgisayar programı kiralama uygulaması artık pek görülme de, FSEK kapsamında hususu ele alındığında, benzer bir sınırlamanın olmadığı kanaatindeyiz.

Band ve Katoh, mehz AB Direktifi'nde de yer alan ilk koşulun kısıtlayıcı olmadığını, program geliştiricilerinin de araişlerlik sağlamak isteyecekleri programın

⁵²² Dalyan, s.183-184; Torremans, s.639, 640; Murray, s.236.

⁵²³ USCO, "The Computer Software Rental Amendments Act of 1990", Washington, US Government Printing Office, Mart 1994, <https://www.copyright.gov/reports/computer-software-rental-report.pdf> (04.02.2020), s.71, dn.245.

⁵²⁴ Band, Katoh, s.170.

lisansını alarak veya programın lisans hakkını veya hukuka uygun bir şekilde kullanım hakkını almış olan kişilerce yetkilendirebileceğini ifade etmektedir⁵²⁵. Düzenleme, bu haliyle araişerlik sağlamak isteyen tüm program geliştiricilerinin kolayca karşılayabileceği kapsamdadır. Bu koşulun, basit anlamda programa veya program kopyalarına korsan yollarla erişen kişileri dışlayıcı olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Araişerlik serbestisinin ikinci koşulu, araişerliğin sağlanabilmesi için gerekli bilgilerin serbestiden yararlanacak kişilere verilmemiş olmasıdır. Burada bilgilerin kamuya açık olarak sağlanması değil, sadece araişerlik serbestisinden yararlanabilecek kişilere verilmemiş olması aranmaktadır. Bilgilerin ücretli veya kısıtlı olarak ulaşılabilir durumda olması durumunda, bilgiler verilmiş sayılmamalıdır. Ücretli olarak ulaşılabilir durumda olması halinde, serbesti kanuni olmaktan çıkmakta, eser veya hak sahibinin sözleşmesel iznine, hatta bir nevi araişerlik lisansına dönmektedir. Örneğin; daha önce de ele aldığımız üzere Google, API spesifikasyonlarını kısıtlı ve ücretli olarak program geliştiricilere sunmakta, program geliştiricilerinden kredi kartı bilgilerini talep etmekte ve belirli bir trafik üzerinde API'lerle veri alışverişi yapılması durumunda otomatik olarak ücret tahsil etmektedir⁵²⁶. Ücretli veya kısıtlı olarak bilgilerin sağlanıyor olması durumunda, araişerlik serbestisi kapsamındaki kişilerin mutlaka asıl programın hak sahibine ulaşması, ücret teklif etmesi veya koşullar üzerinde müzakere etmesi aranmamalı, araişerlik serbestinin ikinci koşulunun mevcut olduğunun kabulü gerekmektedir⁵²⁷.

FSEK'te yer alan ikinci koşulun, mahkemeler tarafından her bir uyuşmazlık özelinde ayrı olarak ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte; araişerlik sağlama serbestisinden yararlanmak isteyenlere ağır bir ispat yükü getirilmemeli, yukarıda belirttiğimiz şekilde, bilgilerin ücretli olarak sağlandığı veya bilgilere erişimin kısıtlandığı ya da ayrı bir lisans veya koşula bağlandığı vakıalarının ortaya konmasının yeterli ispat derecesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Araişerlik sağlanması istenen programın hak sahibine ulaşıldığı, ücret teklifinde bulunulduğu

⁵²⁵ *Ibid*, s. 250.

⁵²⁶ Google Maps Platform, “API ve Özelliklerin Faturalandırmasındaki Değişiklikler”, <https://cloud.google.com/maps-platform/user-guide/pricing-changes/#billing-changes>, (16.11.2019); Google Maps Platform, “Haritalar, Rotalar ve Yerler'in Faturalandırılması”, <https://cloud.google.com/maps-platform/pricing/>, (16.11.2019).

⁵²⁷ Dalyan, s.184; Band, Katoh, s.251; Torremans, s.639.

veya kısıtlama ve şartlar üzerinde müzakere edildiği gibi vakıaların ispatının aranması, araişlerlik serbestisi kapsamındaki kişilere yönelik ağır bir ispat yükü olacaktır. Bu doğrultuda serbestinin kullanım imkânı kısıtlanmış hale gelecektir. Bilgisayar programlarına ilişkin 1991 tarihli ilk AB direktifinin kaleme alınması esnasında, ispat yükünün derecesinin ağır olması yönünde farklı düzenleme önerileri görüşülmüş ancak bu önerilerden herhangi biri kabul edilmemiştir⁵²⁸.

İspat yükünün düşük tutulmasına yönelik *Sucker*, araişlerlik sağlanması için ilk programın hak sahibinden bilgi talep edilmesinin, özellikle de rekabet halindeki başka bir programın meydana getirilecek olması halinde, caydırıcı ve olumsuz etki doğuracağını ifade etmektedir⁵²⁹. İlk programın hak sahibi, bilgileri paylaşmak istemeyecek, yanıtlarını geciktirecek veya yetersiz bilgi sağlayacaktır. Ayrıca araişlerlik sağlanmasına ilişkin bilgilerin bedel karşılığında sağlanmasının madde kapsamındaki koşula uygun olduğu kabul edilirse, istenecek bedelin miktarı ve koşulları, rekabeti ve araişlerliği engelleyebilecek boyutlara ulaşabilecektir. Dolayısıyla ücret talep etme, araişlerlik serbestisi düzenlemesinin amacı ve ruhuyla örtüşmemektedir. AB Komisyonu raporunda yer verildiği üzere, ters-derleme uzun, maliyetli ve etkin olmayan bir yol olması nedeniyle genellikle son çare olarak başvurulmuş bir yoldur⁵³⁰.

Araişerliğin sağlanmasına yönelik serbestinin düzenlendiği FSEK md.38/5 hükmünde, kodun kopyalanması ve kod formunun çevrilmesinin “zorunlu olduğu durumlarda” serbestinin bulunduğu ifadesine yer verilmiştir. Mehaz AB Direktifi md.6’da ise, tercih edilen kelime gereklilik⁵³¹ olmuştur. FSEK düzenlemesinde bulunan kelime tercihinin bilinçli bir yaklaşımı yansıtmadığı görüşünderiz⁵³². Aksi yorum halinde, araişerlik için mümkün olan tek yolun kopyalama veya kod formunu

⁵²⁸ Lai, s.101.

2 Mayıs 1990 tarihli ve (SN/2382/90)(PI) numaralı İrlanda Delegatesi önerisinde, ilk programın hak sahibinden bilgi talebinde bulunulmuş olmasının bir ön koşul olarak getirilmesi yer almaktadır. (bkz. Band, Katoh, s.251, dn.95).

⁵²⁹ Michael Sucker, “The Software Directive-Between the Combat Against Piracy and the Preservation of Undistorted Competition”, **A Handbook of European Software Law**, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 11-17, s.19-20.

⁵³⁰ AB Komisyonu, Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs – Explanatory Memorandum, 05.01.1989, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51988PC0816&from=EN> (07.02.2020), s. 8, md. 3.14.

⁵³¹ “...obtain the information necessary to achieve interoperability...”

⁵³² Aynı yönde görüş için bkz. Dalyan, s.181-182.

çevirme olması durumunda serbesti uygulanabilecektir. Dolayısıyla zorunluluk ifadesi, araişlerlik serbestisi lehine olacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Serbesti kapsamındaki eylemlerin araişlerliğin sağlanması açısından gerekli olması aranmalı ancak teknik anlamda tek yol veya son çare olması beklenmemelidir. Diğer türlü hem serbestinin kapsamı çok daralacak hem de uyumsuzluklarda teknik anlamda son çarenin ters-derleme olup olmadığının tespiti yönünde güçlükler yaşanacaktır.

Araişlerlik serbestisinin geniş yorumlanması kanaatinde olmakla birlikte, geniş yorum sonucunda kaynak kodunun temin edilmesinin zorunlu tutulamayacağını düşünüyoruz. Başka bir deyişle, salt araişlerliğin sağlanması için gerekli veya zorunlu olduğu öne sürülerek eser sahibi, kaynak kodlarını temin etmeye mecbur tutulmamalıdır. Bununla birlikte; kaynak kodlarının eser sahibi tarafından temin edilmesinin zorunlu olduğu bir hal, güncel bir Yargıtay kararında ele alınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.1.2020 tarihli kararında, eser sipariş sözleşmesi kapsamında, kaynak kodlarının eser sahibi tarafından eseri sipariş eden iş sahibine sağlanmasının zorunlu olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır⁵³³. Anılan kararda, iş sahibinin ihtiyaçları göz önüne alınarak bir bilgisayar programı oluşturulması yönünde yapılan eser sipariş sözleşmesi sonucunda, vücuda getirilen bilgisayar programının mülkiyetinin teslim ile birlikte iş sahibine geçtiği ancak eser sahibi olan bilgisayar programcısının mali haklarının kendiliğinden iş sahibine geçmediği vurgulanmıştır. Bilindiği üzere; eser üzerindeki mali hakların iş sahibine geçmesi için FSEK md. 52'ye uygun şekilde mali hakların devredildiğinin ve ayrıca devredilecek mali hakların açıkça ve yazılı olarak belirtildiği bir sözleşme akdedilmesi zorunludur. Bunun için eser sipariş sözleşmesinden ayrı bir mali hak devir sözleşmesi yapılabileceği gibi, uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere eser sipariş sözleşmesinde mali hakların devri yönünde taahhüde yer verilerek eserin vücuda getirilmesinden sonra ve genellikle teslim esnasında, mali hakların devrine ilişkin bir muvafakatnamenin eser sahibine imzalatılması da tercih edilebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, açıkça bir mali hak devir tasarrufu olmadığı hallerde, her ne kadar iş sahibinin mali haklara sahip olmayacağını belirtse de, sözleşmede yer alan amaç doğrultusunda bilgisayar programından faydalanabilmesi için gerektiği hallerde, mali hakların iş sahibi tarafından kullanılabileceğine hükmetmiştir. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş sahibinin bilgisayar programındaki hataları düzeltebilmesi veya yeni

⁵³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı E.2019/11-474, K. 2020/26, T. 16.1.2020

ihtiyaçlarını giderebilmesi için eser sahibinin bilgisayar programının kaynak kodlarını iş sahibine vermesi gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, doğrudan araişerlik serbestisini konu etmemekte birlikte, kaynak kodlarının eser sahibi tarafından sağlanmasını zorunlu tutması açısından dikkat çekicidir. Özellikle hata düzeltme amacına alternatif olarak; yeni ihtiyaçların karşılanması halinin de, kaynak kodlarının sağlanması zorunluluğu açısından gerekçe yapılması kanaatimizce önem taşımaktadır. Sektör uygulamasında, birçok yazılım firmasının, eser sipariş sözleşmesi sonucunda kaynak kodlarını iş sahipleriyle paylaşmadığı, yeni ve ek ihtiyaçlar için yapılacak geliştirmeler sebebiyle ek eser sipariş sözleşmeleri yaptığı ve bunun bir iş modeli halini aldığı görülmektedir. Karar doğrultusunda; kaynak kodlarının iş sahibine sağlanmasının zorunlu tutulması halinde, iş sahibi firmalar kendi bünyelerindeki ekipler ile ek geliştirmeler yapabilecektir. Kanaatimizce anılan kararın dar yorumlanması, hakkaniyete ve eser sahibinin haklarının korunması amacına uygun olacaktır. Aksi takdirde; eser sipariş sözleşmelerinde ödenecek bedelin düşük tutulması ve iş sahibi lehine tasarruf sağlanabilmesi amacıyla bilgisayar programının daha çok emek ve yetenek gerektirecek temel bazı sözleşmeye konu edilecek ve nispeten daha kolay vücuda getirilebilecek ek geliştirmeler, iş sahipleri için üçüncü kişiler vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir. Eser sahibi ve iş sahibi arasındaki menfaat dengesinin sağlanabilmesi için yeni ihtiyaçların ancak eser sipariş sözleşmesinin konusuna, sözleşmede yer verilen amaca ve sözleşmede belirtilen ihtiyaçların kapsamına dâhil olması halinde, kaynak kodlarının sağlanmasının zorunlu tutulması gerekir.

⁵³⁴ “Eser sipariş sözleşmesinde sipariş edilen eser, iş sahibinin iş yerinde, onun emir ve talimatı altında yani sıkı birbağlılık ilişkisi içinde çalışan bir kişi tarafından yaratılmamakta, bilakis eser bağımsız olarak serbestçe meydana getirilmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere eserin iş sahibine teslim edilemeyle birlikte eserin mülkiyeti iş sahibine geçmekte, ancak eser üzerindeki haklar iş sahibine geçmemektedir. Ancak iş sahibinin eseri, mali hakların devrine dair bir tasarruf işlemi yapılmasa da, sözleşmenin amacı kapsamında kullanabilmesi gerekmektedir. Bu kullanım işin mahiyeti gereğince eser üzerindeki fikri hakların da kullanımını gerektiriyorsa, eseri meydana getiren bu kullanıma katlanmak durumundadır. Örneğin, bilgisayar programında oluşacak hatalara müdahale ve hataların giderilmesi ya da yeni ihtiyaçlar nedeniyle programlara ek yapmak zorunluluğu karşısında kaynak kodlarının veya şifrelerin iş sahibine verilmesi ve hatta iş sahibinin kaynak kodlarında değişiklik yapabileceğinin kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı E.2019/11-474, K. 2020/26, T. 16.1.2020, para.28.)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının dayanak aldığı *Memiş*'in görüşünde⁵³⁵, sadece belirli koşullar altında, kaynak kodlarının eser sahibi tarafından temin edilmesine ilişkin zorunluluk bulunduğu belirtilmektedir. *Memiş*'e göre; öncelikle sözleşme konusu bilgisayar programının standart program olmaması, eser sahibinin siparişi üzerine meydana getirilmesi gerekmektedir⁵³⁶. Ayrıca eser sipariş sözleşmesinde kaynak kodlarının temin edilmeyeceği, işleme ve değişiklik yapma haklarının tanınmadığı yönünde bir açık hüküm de bulunmamalıdır. *Memiş*, özel olarak sipariş üzerine meydana getirilecek bilgisayar programına ilişkin eser sipariş sözleşmesinde, kaynak kodlarının temin edilip edilmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde, tarafların arasında ayrıca bir bakım-destek sözleşmesi bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, tarafların ayrıca bir bakım-destek sözleşmesi yapmaması halinde, programdaki hataların düzeltilmesi ve eser sahibinin yeni ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için kaynak kodlarının iş sahibine temininin zorunlu tutulması gerektiğini belirtmektedir⁵³⁷. Yazara göre; tarafların kaynak kodlarını teslim etmeme yönünde bir iradeye sahip olmaları halinde, ayrıca bir bakım-destek sözleşmesi yapmaları gerekirdi⁵³⁸. *Memiş*, programı devralan kişiye işleme hakkı verilmesine rağmen ayrıca bakım-destek sözleşmesi yapılmaması durumunda, kaynak kodlarının kullanımının zaruri hale geldiğini ifade etmektedir⁵³⁹.

Sektörel uygulamada, çoğu yazılım firmasının yıllık lisans ücretlerini çok düşük seviyelerde tutup, bakım-destek hizmeti ücreti üzerinden ticari gelir elde ettikleri görülmektedir. Bu tutuma karşılık olarak ise, iş sahiplerinin giderlerden tasarruf etmek ve eserin meydana getirilmesinden de önce, uzun bir bakım-destek hizmeti ilişkisi altına girmek istemediği göze çarpmaktadır. Bu doğrultuda; bakım-destek sözleşmesinin imzalanmaması, tek başına, tarafların iradelerini net olarak yorumlamak için yeterli bir gösterge olmayacaktır. Salt olarak bakım-destek sözleşmesi yapılmaması, kaynak kodlarının temin edilmesi yönünde bir irade olarak yorumlanmamalı, bunun yerine, *Memiş*'in de belirttiği üzere yapılan anlaşma kapsamında tarafların talepleri ve iradelerinin yorumlanması ile sonuca varılmalıdır⁵⁴⁰.

⁵³⁵ *Memiş*, **Kaynak Kodları**, 293-308.

⁵³⁶ *Ibid*, s.301.

⁵³⁷ *Ibid*, s.303.

⁵³⁸ *Ibid*, s.304.

⁵³⁹ *Ibid*.

⁵⁴⁰ *Ibid*.

Tarafların iradelerinin yorumlanması için sözleşmesel ilişkinin bütününe, iş sahibinin siparişinde yer verdiği ihtiyaçlarına, programdan beklenen işleve bakmak gerekecektir. Böylelikle, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriği ve özellikleri göz önüne alınarak kaynak kodlarının teslimine ilişkin yorum yapılmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının, kanaatimizce, herhangi bir sözleşmesel ilişki olmayan taraflar arasında, sadece FSEK md. 38 kapsamında araişlerlik serbestisinin sağlanabilmesi amacı için uygulanması mümkün değildir. Aksi takdirde, herhangi bir bilgisayar programcısı sıklıkla kullanılan ve popüler bilgisayar programlarının eser sahiplerine başvurarak kaynak kodlarının kendilerine sağlanmasını zorunlu koşabilecektir. Bu gibi bir zorunluluk halinde, birçok bilgisayar programının kaynak kodlarının neredeyse kamuya açık tutulması gündeme gelecektir. Araişlerlik serbestisinin geniş yorumlanması yönünde görüşüne sahip olmakla birlikte, bu denli geniş bir yorumun, menfaat dengesini eser sahipleri aleyhine orantısız bir şekilde bozacağını düşünmekteyiz.

Kanun düzenlemesinde yer alan üçüncü araişlerlik koşulu, serbesti kapsamındaki eylemlerin sadece araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli olan program parçaları üzerinde gerçekleştirilmesidir. Araişlerlik sadece programın belirli unsurları veya unsurlarının belirli bölümlerine ilişkin dönüştürme veya kopyalama ile sağlanabiliyorsa, diğer program unsurlarının veya bölümlerinin de dönüştürülmesi veya kopyalanması serbesti kapsamı dışında kalacaktır. Bu düzenleme ile gereklilik ve ölçülülük aranmakta, çatı unsur olan amaç ile paralellik göstermektedir. Gerekli ve ölçülü olmayan dönüştürme ve kopyalama, araişlerliği sağlama amacını aşacaktır. Bu nedenle bu koşul ve araişlerlik sağlama amacı birbiriyle paralel ele alınmalıdır. Üçüncü koşulun kapsamı değerlendirilirken, hangi program parçalarının araişlerliğin gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu belirlenmesi esnasında, ilk programın eser sahibinin yaklaşımı ile kısıtlı olunmamalıdır. İlk programın geliştiricisi, kendi programını başka programcılardan daha iyi tanıdığı veya başka programcılarını kısıtlama niyetinde olabileceği için değerlendirmenin ilk programın geliştiricisinin bakış açısıyla yapılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte; ilk programın geliştiricisinin belirlediği arayüzler haricinde, diğer programcılarının araişlerliğin sağlanması için belirleyeceği yeni arayüzlerle bağlantının kurulması da teknik olarak

ihtimal dâhilindedir⁵⁴¹. Dolayısıyla hangi program parçalarının araişlerlik açısından gerekli olduğu konusundaki değerlendirmenin ilk programın geliştiricisinin bakış açısı ve belirlemesi ile kısıtlı olarak yapılması, araişlerlik serbestisinin gerçekleşmemesine neden olabilir.

Bazı yazarlar, getirilen sınırlamanın teknik gerçeklere uymadığını öne sürerek eleştirmekte, ters-derleme işleminin yapılmasından önce hangi unsurların araişlerlik için gerekli olacağını tayinin teknik olarak mümkün olmadığını ifade etmektedir⁵⁴². Bu noktada madde düzenlemesi ile getirilen sınırlamanın teknik açıdan anlamsız ve uygulanamaz olduğu öne sürülmektedir⁵⁴³. Getirilen eleştirilerin dayanağı, özellikle iki husustan kaynaklanmaktadır. İlk husus, ikinci programı geliştiren programcının araişerliğin sağlanması için gerekli bilgilerin hangi program unsurlarında ve nerede bulunacağı konusunda bir bilgisi olmadığı için tüm program unsurlarının ayrıştırılması, incelenmesi ve ters derleme işlemine tabi tutulmasına ihtiyaç duyduğunun öne sürülmesidir. Bu noktada kanımızca öncelikle ayrıştırma ve ters-derleme ihtiyaçları ele alınmalıdır. Sadece programın unsurlarına ayrıştırılması, gözlenmesi ve sınanması ile hangi program parçalarının araişerlik açısından gerekli olduğu teknik açıdan tespit edilebiliyorsa araişerlik serbestisi sınırı uygulanabilir niteliktedir. Araişerliğin sağlanabilmesi için gerekli bilgilerin tespiti için programın bütünüyle unsurlarına ayrılması, bazı programlar açısından teknik gereklilik teşkil edebilmektedir. Buna rağmen; FSEK md.38/5 düzenlemesinin, FSEK md.38/4 düzenlemesi ile birebir aynı eylemleri kapsamadığı kanaatindeyiz. FSEK md.38/5 ile tanınan yetki, madde lafzında da açıkça yer verildiği üzere, kodların dönüştürülmesi (ters-derleme) ve kopyalanmasıdır. Bu eylemleri gerçekleştirebilmek için ilk adım programı unsurlarına ayırma işlemidir ancak bu serbesti 38/4 düzenlemesi ile daha genel ve daha geniş bir kapsamda tanınmıştır. FSEK md. 38/5 kapsamında koşulları sayılan serbesti ve eylemler, programı unsurlarına ayırma işleminden daha sonra gerçekleştirilecek olan kodun kopyalanması ve programın ters-derlemeye tabi tutulması işlemleridir. Dolayısıyla teknik olarak ters-derleme işlemi veya kodların kopyalanmasına ihtiyaç duyulmadan hangi program unsurlarının gerekli bilgileri içerdiği tespit edilebiliyorsa programın tamamı üzerinde ters-derleme serbestisi

⁵⁴¹ Jerome Huet, Jane C. Ginsburg, "Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive", **Columbia Journal of Transnational Law**, C.30, 1992, 327-373, s.363.

⁵⁴² Huet, Ginsburg, s.363-364; Band, Katoh, s.252-253; Dalyan, s. 186; Weston, s.314.

⁵⁴³ Huet, Ginsburg, s.364; Band, Katoh, s.252.

tanınmasına gerek olmayacaktır. Diğer yandan programın tamamı ters-derlemeye tabi tutulmadan araışlerlik için gerekli bilgilerin nerede bulunduğu saptanamıyorsa, artık bu durumda araışlerlik serbestisinin programın tamamını kapsadığı kabul edilmelidir.

Eleştirilerin dayanağı ikinci husus ise, araışlerliğin sağlanması için gerekli unsurlar dışındaki program unsurlarında bulunan başkaca bilgilerin araışlerliğin daha efektif olmasına faydalı olabileceğidir⁵⁴⁴. *Huet ve Ginsberg*, araışlerliğin sağlanmasında birçok farklı program unsurunun doğrudan veya dolaylı etkisinin bulunduğunu, dolayısıyla programın tamamı üzerinde bilgi sahibi olunmasının gerekli veya faydalı olacağını ifade etmektedir⁵⁴⁵. Kanaatimizce gerekli ve faydalı bilgiler açısından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu noktada, gerekli olduğu teknik açıdan kabul edilen bilgileri içeren program unsurları üzerinde serbestinin genişletilmesi gerekirken mevcut kanun düzenlemesinin yorum ile bu denli genişletilerek faydalı bilgilerin yer aldığı program unsurlarını kapsamasının sağlanamayacağı görüşündeyiz. Bununla birlikte olması gereken hukuk bakımından, kanunda değişiklik yapılarak ters derleme serbestisinin sadece araışlerliğin sağlanması ile sınırlı olarak değil programın anlaşılabilmesi, incelenebilmesi ve altında yatan fikirlerin saptanabilmesi amaçları için de tanınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kanun düzenlemesinde araışlerliğin sağlanması için gerekli bilgilerin neler olduğu, elde edilebilecek bilgilerin kapsamı ve sınırı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. *Dalyan*, bu bilgilerin semboller, sayılar, adresler ve tamamının oluşturduğu protokoller olarak algılanması gerektiği ifade etmektedir⁵⁴⁶. Kanaatimizce araışlerlik serbestisinin kapsamını daraltmamak için araışlerlik serbestisi kapsamında gerekli olabilecek bilgilere kanuni bir sınır çekilmemeli, kanun düzenlemesi içinde sınırlı olarak sayılmamalıdır.

Araışlerlik serbestisi terse-derleme sonucunda elde edilen bilgilerin araışlerliğin sağlanabilmesi amacıyla kullanılması yetkisi vermesi nedeniyle kodların çoğaltılmasını, başka bir deyişle kalıcı veya geçici olarak yüklenmesi, çalıştırılması, aktarılması ve depolanması dâhil kopyalanmasını kapsamaktadır⁵⁴⁷. Bununla birlikte;

⁵⁴⁴ Huet, Ginsburg, s.363-364; Band, Katoh, s.252-253; Dalyan, s. 186; Weston, s.314.

⁵⁴⁵ Huet, Ginsburg, s.363-364.

⁵⁴⁶ Dalyan, s.177-178.

⁵⁴⁷ Tekinalp, s.211.

kopyalamanın teknik bir zorunluluk veya gereklilik teşkil ettiğinin altı çizilmelidir. *Tekinalp*, bu şartı, *conditio sine qua non* veya gereklilik şartı olarak adlandırmaktadır⁵⁴⁸.

4.5. Araişlerlik Serbestisine İlişkin Kısıtlamalar

Savunduğumuz üzere kamu menfaatini korumak, teknolojinin gelişmesini sağlamak, teknolojik anlamda rekabeti sağlayarak belirli teknoloji devlerinin tekelleşmesini önlemek için bir denge mekanizması oluşturmak gerekmektedir. Bu doğrultuda, bir yandan mevcut araişlerlik serbestisinin güçlendirilmesi ve kapsamının genişletilmesi ihtiyacı bulunmakta iken diğer taraftan eser sahiplerinin haklarına tecavüz teşkil edecek derecede serbesti sağlanmasından kaçınılmalıdır. Araişlerlik serbestisi ile menfaat dengesi kurulması amaçlanmakta ancak serbestinin, eser veya hak sahipleri aleyhine sonuç doğurarak menfaat dengesini ters yönde bozmasına engel olunmalıdır. Bu amaçla, FSEK md.38/6 düzenlemesi ile araişlerlik serbestisine ilişkin kısıtlamalar getirilmiştir. Kısıtlamalar, araişlerlik serbestisi koşulları ile paralellik göstermekte ancak serbesti kapsamındaki eylemleri değil, eylemler sonucunda elde edilen bilgilerin kullanımını konu edinmektedir. FSEK md.38/6’da, kısıtlamalar, üç bent halinde düzenlenmiştir⁵⁴⁹. İlk bentte, serbesti kapsamında programa ilişkin elde edilen bilgilerin kullanılması sadece araişerliğin sağlanması amacıyla kısıtlanmıştır. Her ne kadar çatı unsur olsa ve diğer fıkralarda yer verilse de, serbestinin sadece araişerlik amacı ile sınırlı olduğu tekraren vurgulanmıştır. FSEK md. 38/2 ve 38/4 ile tanınan serbestilerde, elde edilen bilgilerin kullanımı yönünde bir amaç sınırlaması ile kapsamın daraltılmadığı görülmektedir. Bu düzenlemelerden farklı olarak, FSEK md. 38/5 ile getirilen araişerlik serbestisinde, serbesti kapsamında sağlanan bilgiler tek amaçla kullanılabilecek ve o amaç ise araişerliğin temin edilmesi olabilecektir.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ FSEK md. 38/6:

“Yukarıdaki fıkra hükümleri, onun uygulanması ile elde edilen bilgilerin;

1. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına,
2. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine,
3. İfade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmasına, İzin vermez.”

Araişerliğin sağlanması haricindeki amaçlarla, örneğin benzer bir program yapılması amacıyla FSEK md.38/5'in dayanak gösterilmesi mümkün değildir⁵⁵⁰.

İkinci kısıtlama, araişerlik serbestisi kapsamında elde edilen bilgilerin, araişerliğin sağlanması amacı haricinde, üçüncü kişilerle paylaşılmasının engellenmesidir⁵⁵¹. İkinci kısıtlamanın gereksiz bir düzenleme olduğu, program geliştiricilerinin zorlukla elde ettikleri bilgileri, araişerlik sağlama amacı dışında üçüncü kişilere vermelerinin gerçeklikle bağdaşmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır⁵⁵². Bununla birlikte bu kısıtlama, bir program geliştiricisinin başka bir program ile araişerlik sağlamak amacı ile edindiği bilgilerin, kendi programının başkaca programlarla uyumlu olduğunu kanıtlamak veya başka programların kendi programı ile araişerlik sağlamak için duyurması veya kullanıcı kılavuzlarına koyması halini sınırlayacak şekilde yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce böyle bir yorum getirilmesi halinde amaç ile bağdaşmayan bir sonuç doğuracaktır.

Araişerliğin sağlanması, bu kapsamda gerekli olan bilgilerin edinilmesi yönünde sağlanan serbesti, sadece bu bilgileri kendi çabası ile gerçekleştirebilenlere özgü değildir. Araişerlik için gerekli bilgileri elde edemeyecek derecede bilgi ve beceriye sahip kişiler veya girişimler de, başkaca programlar geliştirebilir, araişerliği sağlama ihtiyacı duyabilirler. Dolayısıyla araişerlik için gerekli olacak bu bilgilerin serbest dolaşımının sağlanması gerekmektedir. FSEK düzenlemesinden anladığımız üzere, araişerlik sağlanması amacıyla profesyonel hizmet verecek üçüncü kişiler de serbesti kapsamında sayılacaktır.

Araişerlik serbestisini kötüye kullanmak isteyenlerin ortaya çıkması muhtemeldir. Bu kapsamda araişerlik serbestisinin kötüye kullanılmasını önlemek adına bir diğer sınırlama daha bulunmaktadır. FSEK md.38/6 bent 3'te yer alan düzenleme ile ifade biçimi olarak benzer bir programın meydana getirilmesi, pazarlanması veya ilk program üzerindeki fikri hakları ihlal eden herhangi bir fiil için kullanılması yasaklanmaktadır. Mehaz AB Direktifi'nin ilk versiyonuna ilişkin yasa çalışmalarında, hükmün lafzı tartışılmış, araişerlik serbestisi kapsamında edinilen

⁵⁵⁰ Huet, Ginsberg, s.364; Band, Katoh, s.253; Dalyan, s.187-188; Murray, s.236-237.

⁵⁵¹ Band, Katoh, s.253; Huet, Ginsberg, s.364-365; Dalyan, s.187-188; Torremans, s.640.

⁵⁵² Bkz. Band, Katoh, s.253.

bilgiler ile “*esastan benzer*”⁵⁵³ bir program yapılmasının yasaklanması düşünülmüştür⁵⁵⁴. Programların işlevsel olarak birbirine benzer olmasının kaçınılmaz olacağı, bu ifade ile fikri hakların koruma kapsamı olan ifadeden daha geniş bir alan yaratılarak işlevselliğin de koruma kapsamına girebileceği gerekçesiyle anılan düşünceye karşı çıkmıştır. Sonuç olarak; telif haklarının genel ilkesi ile örtüşür bir ifade kullanılarak madde lafzı, “*ifade ediliş bakımından esastan benzer*”⁵⁵⁵ olacak şekilde belirlenmiştir⁵⁵⁶. Bu doğrultuda FSEK düzenlemesinde de, aynı ifade kullanılarak yasalaştırma yoluna gidilmiştir.

Mehaz AB Direktifi’nin 1991 tarihli ilk versiyonunun yasalaştırılması esnasında, serbesti kapsamına ilişkin tartışmalar ortaya çıkmıştır. Madde hükmünün mevcut hali, ifade ediliş biçimi bakımından farklı olan programların ortaya çıkarılması amacıyla araişerlik serbestisine başvurma imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte; Ekim 1990’da, Birleşik Krallık, madde lafzında değişiklik yapılarak araişerlik sağlanacak programın başkaca üçüncü programlar olmamasını, sadece ilk program olmasını önermiştir⁵⁵⁷. Böylelikle araişerlik serbestisi, sadece bilgi edinilen program ve bilgi edinenlerin oluşturduğu ikinci programın arasındaki araişerliğin sağlanması ile sınırlı olacaktır. Birleşik Krallık önerisi benimsenmemiş ve madde lafzında başka programlarla araişerliğin sağlanması kapsamında serbestiden yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Böylelikle; araişerlik serbestisi ile edinilen bilgilerin, sadece bilgi edinilen program ile değil başkaca bilgisayar programları ile araişerliğin sağlanması amacıyla kullanılmasına imkân tanınarak serbestinin getiriliş amacı ve ruhuna uygun davranılmıştır⁵⁵⁸.

Yeni ve bağımsız olarak yaratılan programların, ilk programın ifade biçimini içermemesi ve fikri hak ihlali oluşturmaması için “temiz oda”⁵⁵⁹ olarak adlandırılan metot kullanılabilmektedir. Bu metot kapsamında, iki farklı programcı ekibi kullanılmakta; ilk ekip, araişerlik serbestisi kapsamında bilgi edinilecek programı

⁵⁵³ *Substantially similar.*

⁵⁵⁴ AB Hukuk İşleri Komitesi değişikliklere ilişkin raporu, Legal Affairs Committee Amendments, Eur. Parl. Doc. (A3/173/l), 1990, s.21-23.

⁵⁵⁵ *Substantially similar in expression.*

⁵⁵⁶ Band, Katoh, s.253-254; Torremans, s.640.

⁵⁵⁷ AB Konseyi Çalışma Grubu Konsolide Raporu, 25.10.1990, s.5.

⁵⁵⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, Eur. Parl. Doc. (SEC 87 final-SYN 183), 1991; Band, Katoh, s.240.

⁵⁵⁹ *Clean-room technique.*

ters-derlemeye tabi tutmakta ve elde edilen bilgileri ikinci ekibe aktarmaktadır. İkinci ekip ise, kendilerine aktarılan bilgileri kullanarak tamamen bağımsız yeni bir program geliştirmektedir⁵⁶⁰. Böylelikle tersine mühendislik kapsamında bilgi edinilen ilk programın ifade biçiminden etkilenilmesi veya kopyalanması engellenmiş olmaktadır. Bununla birlikte bu işlemin sadece araişerliğin sağlanması amacıyla yapılması gerekmekte, araişerliğin sağlanması dışında salt yeni bir program geliştirilmesi amacıyla yapılması halinde FSEK md.38/5 hükmü ihlal edilmiş olacaktır.

Araişerliğin sağlanması kapsamında programın kodlarının bir kısmının benzerliği kaçınılmazdır ancak programların kalan kısımlarının önemli ölçüde benzer olması halinde, araişerlik serbestisinin aşılması durumuyla karşılaşılabacaktır. Araişerlik kapsamında kullanılan bilgi ve kodlar, genellikle işlevsel nitelik göstermektedir ancak işlevsel nitelik göstermese dahi, kodların bir kısmının kullanılması fikri hakları ihlal etmediği şeklinde yorumlanmalıdır. Bununla birlikte kullanılacak kod kısımlarının, araişerliği sağlayacak kısımlar dışında olmaması gerekmektedir⁵⁶¹.

FSEK md.38/6'da yer alan kısıtlamalara ek olarak; FSEK md.38/son ile araişerlik serbestisinin programdan normal yararlanmayı açacak veya program hak sahibinin meşru menfaatine, makul olmayan derecede aykırılık teşkil edecek şekilde yorumlanamayacağı düzenlenmiştir⁵⁶². Anılan düzenleme, A.B.D. hukukunda yer alan adil kullanım serbestisine benzer şekilde mehz AB Direktifi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Mehz AB Direktifi md.6/3 ile araişerlik serbestisi kapsamındaki düzenlemelerin Bern Konvansiyonu md.9/2'ye aykırı olarak yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, tekrara kaçtığı ve kanun yapma tekniği bakımından gereksiz olduğu yönünde eleştiriler almaktadır⁵⁶³. Aynı

⁵⁶⁰ Huet, Ginsburg, s.365; Weston, s.313.

⁵⁶¹ Erel, **Bilgisayar Programları**, s.152; Arıkan, s.375; Dalyan, s.187-188; Kaypakoğlu, 126.

⁵⁶² FSEK md.38/son:

“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.”

⁵⁶³ Michael Lehmann, “The European Directive on the Protection of Computer Programs”, **A Handbook of European Software Law**, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 165-181, s.178; Band, Katoh, s.254-255. William R. Cornish, “Computer Program Copyright and the Berne Convention”, **A Handbook of European Software Law**, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 183-201, s.199.

doğrultuda, düzenleme Türk hukuku kapsamında ele alındığında, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının araişlerlik serbestisi özelinde tekrarlanmış hali olduğu görülmektedir⁵⁶⁴.

4.6. AB Hukukunda Araişlerliğin Değerlendirilmesi

Araişlerlik ve arayüzlere ilişkin mehz AB Direktifi düzenlemelerinin ABAD tarafından ele alındığı en önemli karar, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd* davasında verilmiştir⁵⁶⁵. Karar, AB Direktifi'nin yorumlanması ve araişlerlik serbestisinin uygulanması konusunda kılavuz nitelik taşımaktadır. Dava, girift ve kompleks nitelikte bir uyumsuzlığa sahip olup araişlerlik ve arayüzler haricinde, ayrıca bilgisayar programlarının edebi olmayan unsurlarının kopyalanması, programlama dilinin, program işlevi ve kullanıcı kılavuzlarının kopyalanması iddialarını da içermektedir.

Sektörde bilinmiş bir yazılım üreticisi olan SAS, 1970'lerde "*The SAS System*" adında yazılım paketini geliştirmiştir. Yazılım paketi ile kullanıcılar, çeşitli veri işleme ve analiz işlemlerini gerçekleştirebilmekte, ayrıca yazılım paketinin kendi programlama dili olan SAS programlama dilinde, kendi ek modül ve uygulama programlarını yazabilmektedir. Kullanıcılar tarafından ek olarak yazılan modül ve uygulama programları ile mevcut SAS modülleri arasında, arayüzlerle araişlerlik sağlanarak sistem bir bütün olarak kullanılabilir. Böylelikle kullanıcıların, SAS Sistemi üzerinde, kendi uygulama programlarını çalıştırabilmek için SAS Sistemi'nin arayüzlerini kullanma zorunluluğu doğmakta ve SAS'ın kısıtlamaları ile alternatiflere başvuramamaktadır. Sonuç olarak kullanıcılar, SAS'ın kendi sistemi içerisine hapsedilmekte⁵⁶⁶/kilitlenmektedir⁵⁶⁷.

Uyumsuzluğun davalı konumunda olan World Programming Limited (WPL), yazılım pazarında, SAS programlama dilinde yazılmış uygulama programlarının

⁵⁶⁴ Dalyan, s.187-188.

⁵⁶⁵ ABAD Kararı, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-406/10, 02.05.2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9EE5916AE80FF5F99900794EB5077061?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5340602>, (12.02.2020).

⁵⁶⁶ *Locked in*.

⁵⁶⁷ Murray, s.233; Weston, s.50-54, 209 vd.

çalıştırılabilmesi için alternatif bir yazılım platformu ihtiyacı olduğunu saptamıştır. Bu doğrultuda WPL, SAS Sistemi'nin kodlarını kopyalamadan ancak işlevlerini taklit ederek kendi programı olan WPL programını yazmıştır. WPL, kendi programını yazarken SAS Sistemi'nin kodlarına erişmemiş ancak SAS Sistemi kullanıcı kılavuzlarını, kullanıcılara SAS Sistemi üzerinde nasıl uygulama programı yazabileceklerini öğreten SAS programı eğitim versiyonlarını ve tam kapsamlı SAS programı versiyonunu hukuki yollarla edinmiş ve bunlar üzerinde çalışarak WPL programını meydana getirmiştir⁵⁶⁸.

Davacı taraf, SAS Sistemi arayüzleri, fonksiyonları, programlama dilinin telif hakkı ile korunduğunu, bunların taklit edilmesinin telif hakkı ihlali olduğunu belirterek İngiltere'de WPL aleyhine dava ikame etmiştir⁵⁶⁹. İngiltere Yüksek Mahkemesi, ayrıntılı ve 333 paragraf uzunluğundaki ilk kararında, edebi eserlerde korunan unsurun, ifade biçimi üzerinde gösterilen fikri emek olduğunu, fikir, izlek ve metotların yürütülmesi için gösterilen çabanın telif hakları ile korunamayacağını belirtmiştir⁵⁷⁰. Mahkeme, AB Direktifi'nin giriş kısmında bulunan 15. paragraftan hareketle AB Direktifi'nde arayüzlerin koruma altına alınmadığı anlamına ulaşıldığını, AB Direktifi md. 6 ile düzenlenen araışerlik serbestisinin gerekli bilgiler erişilebilir olmadığı durumda kaynak kodlarının terse derlenerek arayüz bilgilerine ulaşılmasına imkân tanıdığını, programın kodları ve korunan unsurlarının kopyalanamayacağını ancak bununla birlikte; ulaşılan arayüz bilgilerinin kopyalanmasının serbest olduğunu ifade etmiştir⁵⁷¹. İngiltere Yüksek Mahkemesi, detaylı tespit ve değerlendirmesini yapıp sonuca ulaşmasına rağmen bu soruların cevaplanmasına ilişkin yetkinin,

⁵⁶⁸ Murray, 233; ABAD Kararı, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-406/10, 02.05.2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9EE5916AE80FF5F99900794EB5077061?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5340602>, (12.02.2020), para.24.

⁵⁶⁹ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *SAS Institute Inc. v World Programming Limited*, [2010] EWHC 1829 (Ch), 23.07.2010, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1829.html#para332>, (12.02.2020).

⁵⁷⁰ *Ibid*, para. 207.

⁵⁷¹ *Ibid*, para. 226:

"Again, I am not persuaded that Pumfrey J was wrong to conclude that interfaces as described in recital [15] of the Software Directive are not protected by the copyright in a computer program. ... Where information about an interface can be obtained in one or more of those ways, it is evident that the Commission considered that competitors would be free to copy the interface anyway."

ABAD'a ait olduğunu belirterek dosya ve AB Direktifi'nin yorumlanması kapsamında 9 adet soruyu ABAD'ın değerlendirmesine yöneltmiştir⁵⁷².

ABAD değerlendirmeleri kapsamında dosya, öncelikle raportör görüşü alınması amacıyla ABAD raportörü hâkim Yves Bot'a tevdi edilmiştir. Raportör Bot, AB Direktifi'nde arayüzlerin doğrudan bilgisayar programlarına sağlanan korumanın dışında tutulmadığını, sadece arayüzlerin altındaki fikir, kural ve prensiplerin korunmayacağına belirtildiğinin öncelikle ve genel olarak altını çizmiştir⁵⁷³. Uyuşmazlıkta, SAS programındaki veri dosyalarının araişerliği sağlayan arayüzler olduğunu ve arayüzlerin de kaynak kodları ile ifade ediliyor olması sebebiyle ifade biçimi oluşturduğunu ve dolayısıyla telif hakkı korumasından yararlanabileceğini belirtmiştir⁵⁷⁴. Araişerliğin sağlanmasına yönelik getirilen serbestinin bir istisna olduğunu, kodların kopyalanması ve ters-derlenmesinin araişerliğin sağlanmasına yönelik bilgilerin edinilmesi için yetki verdiğini ancak bunun kodların kopyalanması üzerinde serbesti sağladığı şeklinde yorumlanamayacağını vurgulamıştır⁵⁷⁵. Bot'un görüş raporunda, arayüzlerin işlevlerinin de koruma altına alınabileceğine varacak araişerliği kısıtlayıcı nitelikte ifadeler olmakla birlikte, aşağıda yer vereceğimiz ABAD kararında, hem AB Direktifi daha net ve araişerlik serbestisinin kapsamını geniş tutacak şekilde yorumlanmış hem de uyuşmazlık konusunda daha açık hükümlere yer verilmiştir.

ABAD, kararında öncelikle, programlama dilinin, programın işlevinin ve programın belirli işlevlerini yerine getirmek için kullanılan veri dosyalarının bilgisayar programına sağlanan telif hakkı korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir⁵⁷⁶. ABAD, araişerlik serbestisini düzenleyen AB Direktifi 6. maddenin (FSEK md.38/5-7) sadece ters-derleme sonucunda elde edilen bilgilerin, ilk program ile ifade açısından

⁵⁷² *Ibid*, para. 227.

⁵⁷³ ABAD Raportörü Yves Bot'un görüşü, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-406/10, 29.11.2011, http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=115484&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=5345200, (12.02.2020), para. 81.

⁵⁷⁴ *Ibid*, para.82.

⁵⁷⁵ *Ibid*, para. 84-88.

⁵⁷⁶ ABAD Kararı, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-406/10, 02.05.2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9EE5916AE80FF5F99900794EB5077061?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5340602>, (12.02.2020), para. 46.

esastan benzer veya ilk programın telif haklarını ihlal eden bir programın geliştirilmesini yasakladığı şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷⁷. Bununla birlikte; uyumsuzluk konusu olayda WPL'in yaptığı gibi, AB Direktifi md.5/3 kapsamında programın kaynak kodlarına erişmeden programın gözlemlenmesi, test edilmesi ve incelenmesi sonucunda programın sahip olduğu işlevlerin aynısını gösteren rakip bir programın geliştirilmesinin yasaklanmadığını vurgulamıştır⁵⁷⁸. ABAD kararında, AB Direktifi md.6 (FSEK md.38/5-7) ile düzenlenen serbesti ile AB Direktifi md.5/3 (FSEK md.38/4) ile düzenlenen serbestinin birbirinden bağımsız olduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur. Dolayısıyla FSEK madde 38'de tek başlık altında toplanan hükümlerin de, aslında farklı hususları düzenleyen farklı serbestiler olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda, bilgisayar programlarına ilişkin FSEK md.38'e eklenen 2, 3, 4 ile 5 ve devamı maddelerinin birbirinden bağımsız olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

ABAD kararı ile İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin yönelttiği sorular cevaplanmış ve dosya tekrar Yüksek Mahkeme'ye gönderilmiştir. Yüksek Mahkeme, dosyayı yeniden ele almış ve ilk kararında yer verdiği hususların tamamının ABAD tarafından da, aynı şekilde yorumlandığına hükmetmiş ve davayı sonuçlandırmıştır⁵⁷⁹. Bu kapsamda; bilgisayar programlarına sağlanan telif hakkı korumasının programlama dilini, arayüzlerini (dava özelinde veri dosyası formatlarını) ve programın işlevlerini kapsamadığını ifade etmiştir⁵⁸⁰. Uyumsuzluk özelinde, veri dosyası formatlarının korunmaması doğru bir yorum ve sonuç olmakla birlikte, arayüzlerin topyekûn telif hakkı koruması kapsamında olduğu şeklinde yorumlamak isabetsiz olabilecektir. SAS sisteminde kullanılan veri dosyası formatlarının işlevsel özellik göstermeleri, ABAD tarafından koruma kapsamı dışında kabul edilmelerine sebep olmuştur.

Murray, ABAD kararı ile İngiltere ve AB hukukunda sadece arayüzlere ve araışerliğe ilişkin serbestinin sağlanmadığını, aynı zamanda, bilgisayar

⁵⁷⁷ *Ibid*, para. 60.

⁵⁷⁸ *Ibid*, para. 61.

⁵⁷⁹ Yüksek Mahkeme, ilk kararında olduğu gibi, SAS'ın ileri sürdüğü iddialardan biri hariç tamamını reddetmiştir. WPL'in SAS Sistemi el kitaplarının önemli bir kısmını kopyalayarak WPL'in kendi programının el kitaplarında kullandığına, bu nedenle telif hakkını ihlalin ortaya çıktığına hükmetmiştir. (bkz. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *SAS Institute Inc. v World Programming Limited II*, [2013] EWHC 69 (Ch), 25.01.2013, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/69.html>, (12.02.2020), para. 80.

⁵⁸⁰ *Ibid*, para. 16.

programlarının edebi olmayan unsurlarının kopyalanması ile ortaya çıkan dolaylı telif hakkı ihlalinin⁵⁸¹ ortadan kalkmış olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda, sadece doğrudan kopyalama ile ortaya çıkacak ihlallere karşı bilgisayar programlarının korunabileceğini belirtmektedir⁵⁸². ABAD kararı, dolaylı kopyalama sonucu telif hakkı ihlali iddialarına tamamen kapıyı kapatmış olmasa da, en azından bu ihlallerin kapsamından işlevsellik ve programlama dillerinin kopyalanmasını çıkarttığı açıktır.

Aksu, ABAD kararını ele alan makalesinde, kararın kullanıcı arayüzlerini ele aldığını, arayüzlerin programın unsuru sayılmasına rağmen koruma dışında sayılmasının ikna edici olmadığını ifade etmektedir⁵⁸³. Öncelikle belirtmek gerekir ki; *SAS Institute v. World Programming Limited* davasında uyuşmazlık konusu olan husus kullanıcı arayüzleri değil, program arayüzleridir. Bununla birlikte; ABAD ve İngiltere Yüksek Mahkemesi kararlarında, daha önce kullanıcı arayüzlerine ilişkin 2010 tarihli *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* davasında verilmiş ABAD kararına atıflar bulunmaktadır⁵⁸⁴. Bu yanlış değerlendirmenin, anılan karara yapılan atıflar sebebiyle ortaya çıktığı kanaatindeyiz. Esas eleştirimiz ise, *Aksu*'nun yaklaşımı doğrultusunda, bilgisayar programının unsuru sayılan tüm bileşenlerin bilgisayar programına sağlanan telif hakkı korumasından yararlanması sonucu doğuracağıdır. Böyle bir durumda programlara girilen girdi ve komutların dahi koruma kapsamına girmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu yaklaşımın isabetli olmadığını, bilgisayar programlarının sadece ifade ediş biçimini yansıtan belirli unsurlarının koruma kapsamına alınabileceği ve bu hususun artık genel kabul haline geldiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte; bilgisayar programlarının birçok işlevsel özellik göstermesi sebebiyle diğer eser türlerinden ayrıldığı, FSEK kapsamında diğer eser türleri ile aynı yaklaşımın bilgisayar programlarına gösterilmesinin mümkün olmadığı görüşündeyiz⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ *Non-literal infringement*.

⁵⁸² Murray, s.235.

⁵⁸³ Aksu, **Koruma**, s.818.

⁵⁸⁴ ABAD Kararı, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo*

kultury, C-393/09, 22.12.2010,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E441108099F74D7EAF18B5BD35DE00E0?text=&docid=83458&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5589782>, (13.02.2020).

⁵⁸⁵ Ayrıca bkz. Suluk, Karasu, Nal, s.150 vd.

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımı, *Band*'ın da belirttiği üzere, araışlerlik serbestisinin işlevsiz hale gelmesini önlemektedir⁵⁸⁶. Aksi takdirde, yani arayüzlere tam bir telif hakkı koruması sağlanması durumunda, araışlerlik serbestisi kapsamında elde edilen bilgilerin kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu halde araışlerlik serbesti tanınmasının herhangi bir amacı ve anlamı kalmayacaktır. AB Direktifi, arayüzler açısından genel çerçeveyi çizmekle, birlikte araışlerlik serbestisinin uygulanmasına yönelik tam bir netlik sağlayamamaktadır⁵⁸⁷.

AB hukuku dâhilinde *SAS Institute v. World Programming Limited* kararı, belirli ölçüde kılavuz nitelik göstermiş olmasına rağmen, aşağıda yer vereceğimiz Oracle v Google davasının da etkileriyle aynı dava, A.B.D.'de başka şekilde yankı bulmuştur. SAS Institute, İngiltere'de başlattığı dava süreci haricinde, A.B.D.'de World Programming Limited'a karşı aynı iddia ve gerekçelerle ayrı bir dava açmıştır. 2014 yılında, A.B.D. Kuzey Carolina yerel mahkemelerinde görülen davada, mahkeme, telif hakkı bağlamında ABAD ile aynı değerlendirmeyi yapmış; SAS programlama dilinin telif hakkı koruması kapsamında olmadığını ve World Programming Limited'ın eylemlerinin telif hakkı ihlali teşkil etmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte; A.B.D. yerel mahkemesi, ABAD'dan farklı bir sonuca varmıştır. Mahkeme, A.B.D. Kuzey Carolina eyalet yasalarının AB Direktifi'nden farklı hükümler içerdiğini vurgulamış ve terse mühendislik serbestisinin sözleşmelerle kısıtlanabileceği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda, World Programming Limited'ın terse mühendislik kapsamındaki eylemlerinin lisans koşullarının ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir⁵⁸⁸. Yerel mahkeme kararı ardından temyiz mahkemesi tarafından ele alınan uyuşmazlıkta, temyiz mahkemesi, sözleşmeye aykırılık ve telif hakkı ihlalinin bir arada olmasının gerekmediğini belirtmiştir. Temyiz mahkemesi, sözleşmeye aykırılığın öncelikli olarak sonuçlandırılması gereken husus olduğunu, sözleşmeye aykırılık saptaması sonrasında telif hakkına ilişkin iddiaların ele alınmasında hukuki yarar bulunmadığını belirterek yerel mahkemenin telif hakkı konusunda vardığı sonuçları ele almamayı

⁵⁸⁶ Jonathan Band, "Interfaces on Trial 3.0: Oracle America v. Google and Beyond" (**Interfaces**), **Policybandwith**, Ocak 2019, <https://docs.google.com/a/policybandwidth.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=cG9saWN5YmFuZHDpZHRoLmNvbXxwb2xpY3liYW5kd2lkGh8Z3g6NDhjMTIxODliMDA2NjUzNQ>, (14.02.2020), s.131-132.

⁵⁸⁷ *Ibid*, s.132.

⁵⁸⁸ Kuzey Karolina Bölge Mahkemesi, *SAS Institute v. World Programming Limited*, No. 5:10-CV-25-FL., <https://www.leagle.com/decision/inadvfdco151014000697>, (16.02.2020).

tercih etmiştir. Temyiz mahkemesi tarafından onaylanan karar neticesinde, World Programming Limited'in lisans koşullarına aykırı eylemlerinin sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğine ve sözleşmeye aykırı eylemleri nedeniyle SAS Institute'a tazminat ödemesine hükmedilmiştir⁵⁸⁹.

A.B.D. hukuku dâhilinde araişlerlik serbestisini sınırlayan veya ortadan kaldıran sözleşme akdetme imkânı varken, AB hukukunda araişlerlik sözleşme ile kısıtlanamamakta veya ortadan kaldırılamamaktadır. Tarafları ve konusu aynı olan davalarda farklı kararlar verilmesi, A.B.D.'nin sözleşme özgürlüğünü üstün tutan bir hukuk politikası benimsemesine karşılık AB'nin rekabeti ön planda tutan yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte; ABAD ve A.B.D. yerel mahkemesinin, aynı davada iki farklı sonuca ulaşmış olması, araişlerlik serbestisinin özünü AB ve A.B.D. hukuku kapsamında tamamen farklı yorumlandığı anlamına gelmemektedir.

Kanaatimizce; araişlerlik serbestisini kaldıran bir sözleşme olmadığı durumlarda, AB ve A.B.D. hukuklarında araişlerlik serbestisinin kapsamına ilişkin yaklaşımda görülen paralellik bozulmamakta ve araişlerlik serbestisinin kapsamı, A.B.D. hukukunda daha kısıtlı hale gelmemektedir. Dolayısıyla araişlerlik serbestisi kapsamındaki eylemler, her iki hukuk sisteminde de aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Öte yandan; A.B.D. hukukunda araişlerlik serbestisinin kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmelerin yapılabilmesine, imkân tanınarak araişlerlik serbestisinden beklenen faydanın tüm boyutlarıyla elde edilmesi mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

4.7. Araişlerlik Serbestisine İlişkin Değerlendirmemiz

Bilgisayar sisteminin bir bütün olarak tüm fonksiyonları ile fayda sağlayabilmesi için teknik açıdan, tüm sistem unsurları arasında araişlerliğin sağlanmasına ihtiyaç vardır. Bu kapsamda; donanım, yazılım ve veri unsurlarının bir arada çalışabilmesi, karşılıklı alışverişte bulunmaları gerekmektedir. FSEK ve mehz AB Direktifi ile

⁵⁸⁹ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 4. Daire Kararı, *SAS Institute v. World Programming Limited*, No:16-808/ No:16-1857, <https://copyrightalliance.org/wp-content/uploads/2018/12/SAS-Intl-v-WPL.pdf>, (16.02.2020).

düzenlenen araişlerlik serbestisinin sadece programlar arasındaki araişlerliğe ilişkin mi olduğu yoksa donanım unsurları arasındaki ya da donanım ve yazılımlar arasındaki araişlerliği de kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. *Hart* ve *Czarnota*, getirilen düzenlemenin özellikle donanımdan bahsetmediğini, bu nedenle donanım ve program arasındaki araişlerlik açısından serbestinin uygulanamayacağını belirtmektedir⁵⁹⁰. Ayrıca bilgisayar programlarını ele alan ve konusu programlarla sınırlı olan bir düzenleme ile donanıma ilişkin araişlerliğe yönelik serbestiler tanımının uygun düşmeyeceğini ifade etmektedir⁵⁹¹. *Dalyan*, FSEK düzenlemesi lafzında, özellikle iki program arasındaki araişerliğin sağlanmasından bahsedildiği, bu nedenle dar yorumlanması gerektiği, böylelikle sadece programlar arasındaki araişerliğe ilişkin serbestinin mümkün olduğu görüşündedir⁵⁹².

Lehmann, AB Direktifi md. 6 ile donanım ve yazılım fark etmeksizin her seviyede rekabete izin verilmesi amaçlandığını, böylelikle tüm kullanıcıların farklı firmalardan satın aldıkları unsurları bir araya getirerek bilgisayar sistemlerini oluşturmalarına imkân tanınabileceğini, tüm sistemi tek bir firmadan satın almaya mahkûm olunmayacağını ve farklı firmalardan edinilen unsurların uyumlu şekilde çalıştırılabildiğini belirtmektedir⁵⁹³. *Band* ve *Katoh*, AB Direktifi metninde, donanım araişerliği için terse-derleme yapılamayacağına ilişkin doğrudan bir engelleme bulunmadığını, dolayısıyla donanım araişerliğinin de serbesti kapsamında olduğunu öne sürmektedir⁵⁹⁴. *Eroğlu* ise, araişerliği sadece programlar arasındaki araişerliğe indirgemenin rekabeti önleyeceğini, program geliştiricisinin ürettiği ve programla uyumlu donanımların piyasada hâkim duruma geleceğini ifade etmektedir⁵⁹⁵.

AB Direktifi'nin giriş açıklamalarında yer alan 10 numaralı paragrafta, bilgisayar programının bilgisayar sisteminin bütün unsurları ile iletişimde ve etkileşimde olmaya ihtiyaç duyduğu, anılan iletişim ve etkileşimin uygun olduğu takdirde tüm program ve donanım unsurları arasında sağlanmasına izin verilmesi

⁵⁹⁰ Bridget Czarnota, Robert J. Hart, **Legal Protection of Computer Programs in Europe: A Guide to the EC Directive**, London, Butterworths, 1991, s.84-86.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Dalyan*, s.184-185.

⁵⁹³ *Lehmann*, s.178.

⁵⁹⁴ *Band*, *Katoh*, s.248.

⁵⁹⁵ *Eroğlu*, s.96.

gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir⁵⁹⁶. AB Direktifi'nde, açıkça ifade edilen bu amaç doğrultusunda, Fransa Milli Meclisi'nin AB Direktifi'nin uygulanmasına yönelik 1993 tarihli raporunda, donanımlar ve programlar arasındaki araişlerliğin sağlanması amacıyla da serbestinin tanınacağı belirtilmiştir⁵⁹⁷. Bu tutuma rağmen Fransız Fikri Haklar Yasasının araişlerlik serbestisini düzenleyen yürürlükte olan madde lafzında AB Direktifi lafzından ayrılınmamıştır⁵⁹⁸. Kanımızca burada üstün tutulan yaklaşım, hiçbir şekilde AB Direktifi'nden ve AB uygulamasından ayıksı bir durumun ortaya çıkmamasını sağlamak olmuştur.

Kanımızca, farklı unsurlar arasındaki araişlerliğe ilişkin ayrı ayrı, niteliksel ve kullanılan bilgilerin kapsamına göre değerlendirme yapılmalıdır. Donanımlar arasındaki araişlerliğin sağlanması noktasında, herhangi bir programa ilişkin bilginin kullanılması gündeme gelmemekte ise, eser niteliği taşıyan bir unsurun bulunmuyor olması sebebiyle bu husus, FSEK kapsamına girmeyecektir. Dolayısıyla donanımlar arasındaki araişlerliğin sağlanması FSEK düzenlemesi alanı dışındadır, teknik ihtiyaçlara göre rekabet hukuku, tasarımlar veya patent hukuku dâhilinde ele alınmalıdır. Donanım ve program arasındaki araişlerliğin sağlanması noktasında ise, programlarla uyumlu donanımlar yapılması yerine donanımlarla uyumlu programlar yapılmakta, dolayısıyla araişlerliğin sağlanması için eser niteliğine sahip program unsurlarının bilgileri değil, donanım unsurlarına ilişkin bilgilerin kullanılması gerekmektedir. Ancak bunun tam tersi olduğu durumlar da görülebilmekte, programlarla uyumlu donanım üretimi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Örneğin *de facto* piyasa standardı haline gelen bir işletim sistemi ile uyumlu CPU üretilmesi gerektiğinde, araişlerliğin sağlanabilmesi işletim sistemi arayüzlerinin spesifikasyonlarının bilinmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda erişime sunulmayan arayüz spesifikasyonlarına ancak ters-derleme işlemi yaparak erişilebilmektedir.

⁵⁹⁶ “The function of a computer program is to communicate and work together with other components of a computer system and with users and, for this purpose, a logical and, where appropriate, physical interconnection and interaction is required to permit all elements of software and hardware to work with other software and hardware and with users in all the ways in which they are intended to function.”

⁵⁹⁷ Band, Katoh, s.248.

⁵⁹⁸ Fransız Fikri Haklar Yasası md.L 122-6-1/V:

“La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes...”

Benzer şekilde; disk sürücüsü geliştiricileri, sistem programlarını terse-derleyerek arayüz spesifikasyonuna erişimleri sayesinde ilgili programlarla araişlerliği sağlayabilmektedir⁵⁹⁹. Bu noktada *Sucker*, donanım ve programlar arasındaki araişlerliği sağlamak için terse-derleme yapılmasını önleyecek makul bir gerekçenin bulunmadığını, programlar arası araişlerlik ve donanım-program arasındaki araişerliğin sağlanmasının aynı kamusal menfaate hizmet ettiğini, düzenlemenin sadece bilgisayar programlarını konu alıyor olması nedeniyle donanım unsurlarının tamamen kapsam dışı bırakılmasının yüzeysel bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir⁶⁰⁰.

Sonuç olarak; donanım ve program arasındaki araişerliğin sağlanmasında, donanıma ilişkin bilgilere ihtiyaç duyuluyorsa, bu durum FSEK dışındaki düzenlemelere göre çözüme kavuşturulmalı ancak teknik olarak ihtiyacın tam tersi olması halinde, yani belirli bir programa uyumlu donanım unsuru üretilmek istendiğinde, ilgili programa ilişkin hangi bilgilere ihtiyaç duyulduğuna bakılmalıdır. Araişlerlik serbestisi, programın kodlarının kopyalanması ve dönüştürülmesine ilişkin olduğu için, donanım unsuru üretirken bu eylemlere ihtiyaç duyulması durumunda donanım üzerinde ayrıca donanım üreticisi tarafından yazılan bir program bulundurulması söz konusu olacaktır. Böylelikle donanım ile bütünleşik üretilen bir program ve ayrıca uyum sağlaması hedeflenen asıl program bulunması sebebiyle, yine FSEK kapsamında araişerlik serbestisi uygulanabilecektir. Bunlar haricinde; donanım unsuru üretirken uyum sağlanması hedeflenen programın nasıl çalıştığı, altında yatan ilkeler ve prensiplerin izlenmesi sonucunda elde edilecek bilgilere ihtiyaç duyuluyorsa bu ihtiyaç, FSEK md.38/4 kapsamında giderilebilecektir. Kanaatimizce FSEK düzenlemeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde program ve donanım arasındaki teknik araişerliğin sağlanmasını engellememektedir. Dolayısıyla FSEK düzenlemelerinin, donanım ve program arasındaki araişerliğe imkân tanımadığı yönündeki yorumun isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

Bilgisayar programlarına ilişkin eser sahiplerine tanınan hakların daha geniş yorumlanması gerektiği yönündeki görüşe göre; programlar arası araişerlik serbestisi, sadece bağlantı kurma boyutu ile sınırlı kalmalı ve ikame edilebilir olma boyutu

⁵⁹⁹ Band, Katoh, s.249; Sucker, s.17; Weston, s.291.

⁶⁰⁰ Sucker, s.18.

kapsam dışında bırakılmalıdır⁶⁰¹. Yazılım endüstrisinde üreticiler genellikle farklı tür ve bileşenlerde programlar üretmekte, birden fazla alana yayılarak kolaylıkla uçtan uca kullanılan programların tamamı üzerinde hâkimiyet sağlayabilmektedir. Bu noktada da, dönüştürülebilirliğin araişlerlik serbestisi kapsamına dâhil edilmemesi, farklı üreticilerin programlarını rekabet dışına itecek ve tercih edilmemesine neden olacaktır. Örneğin Microsoft, Windows gibi işletim sistemi programları yanında Word gibi uygulama programları da üretmektedir. WordPerfect, Open Office gibi uygulama programlarının Windows üzerinde çalıştırılabilmesi ancak başka programlarla arasındaki dönüştürülebilirliğin sağlanamaması halinde, kullanıcılar, yaygın işletim sistemi üreticisinin oluşturduğu ve daha fazla kişi tarafından kullanılan Word'ü tercih etmek durumunda kalacaktır⁶⁰².

Mehaz AB Direktifi ve FSEK düzenlemelerinin lafzına bakıldığında, “bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı” ve “diğer programlar” ifadelerinin kullanıldığı, dolayısıyla araişlerlik serbestisinden yararlanan programın hangi program ile araişlerliğinin sağlanacağına ilişkin bir kısıtlama olmadığı anlaşılmaktadır. Araişlerlik serbestisinin amacına ek olarak, düzenleme lafzındaki tercihler de ele alındığında, serbestinin geniş yorumlanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı görüşte olan *Huet* ve *Ginsberg*, BIOS mikro bilgisayar program arayüzünü örnek göstermektedir⁶⁰³. Temel girdi ve çıktı sistemi olarak Türkçeye tercüme edilebilecek olan BIOS, işletim sistemi programı ve uygulama programları arasındaki bağlantıyı kurmaktadır. BIOS, işletim sistemi ve uygulama programları arasındaki iletişim ve etkileşimi yürütme işlevi görmektedir. Böylelikle; donanım üreticileri, BIOS kodlarını kullanarak başka donanımlarda çalıştırılmak üzere geliştirilmiş uygulamaları, kendi ürettikleri donanımlar üzerinde de çalıştırılmasını sağlayabilmektedir. IBM tarafından üretilen donanımlarda kullanılan BIOS arayüzü spesifikasyonları, IBM tarafından yayınlanmamıştır. Bundan dolayı, donanım üreticileri, sadece IBM ile uyumlu bilgisayar programları ile sınırlı olarak mı araişlerlik serbestisinden yararlanabilecektir? Yoksa; IBM BIOS arayüzü spesifikasyonları da mı araişlerlik serbestisi kapsamında kabul edilecektir? Katıldığımız görüşe göre, bu bilgilerin başka uygulama programlarından tam olarak edinilmesi mümkün olmayabilecek veya teknik

⁶⁰¹ Band, Katoh, s.6

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Huet, Ginsberg, s.362-363.

açından geliştiricilere büyük zorluk teşkil edecektir. Bu nedenle, anılan örnekte, IBM BIOS da araişlerlik serbestisi kapsamında kabul edilmelidir⁶⁰⁴. Böylelikle araişlerlik serbestisi, ikame programlar veya başka deyişle rakip programlar arasında da geçerli olacaktır. Aksi yorum halinde, yani araişlerlik serbestisinin kapsamını sınırlandırarak, ikame edilebilir olmayı araişlerlik kapsamından çıkartma durumunda, araişlerlik, sadece programlara eklenti yapma işlevi görecektir. Böyle bir teorik kabulün, teknik gereksinimler ile uyuşmadığı, tüm kullanıcıların menfaatine ve dolayısıyla kamu menfaatine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Araişlerliğe ilişkin düzenlemelerin olması gereken hukuk açısından ele alınması halinde, daha temel bir sorun dikkatimizi çekmektedir. FSEK kapsamında bilgisayar programlarının işlevsel niteliği arka plana atılmakta sadece ifade biçiminden oluşuyormuşçasına ele alınmaktadır. Bu doğrultuda bilgisayar programları, diğer eser türleri ile aynı kefiye konulmakta, hatta bir roman ile neredeyse özdeş tutularak edebi eser alt türü olarak kabul edilmektedir. Bu kabul ise, bir çifte standardı ortaya çıkarmaktadır; salt olarak herhangi bir müzik parçasının notalarına çevrilmesi, bir makale veya tezin dipnotlarından kaynakçasının çıkartılması mümkünken bilgisayar programları üzerinde tersine mühendislik ve ters-derleme işlemleri yapabilmek belirli şartlara tabi tutulmaktadır. Bu durumda, olması gereken hukuk bakımından, bilgisayar programının kaynak kodlarına dönüştürülmesi ve kodlara erişim eylemleri serbest hale getirilmelidir. Aksi durumda, bir başka alternatif yaklaşım olarak, bilgisayar programının ifade biçiminden çok işlevselliğinin ön plana alınarak değerlendirme yapılması ihtiyacı doğmaktadır. Bu durumda ise, FSEK ve fikri hakların temel ilkeleri ile çelişki ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle; bilgisayar programlarının işlevsel niteliği göz önüne alınarak FSEK haricinde veya FSEK içerisinde ayrı bir bölümde ve kapsamda, kendine özgü kıstaslar altında düzenlenmesinin daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

Araişlerlik serbestisinin kapsamı ve uygulanmasına ilişkin gelecek dönemi etkileyecek önemli bir uyuşmazlık, yine A.B.D. hukukunda ortaya çıkmıştır. Araişlerlik serbestisi içinde önemli bir yeri olan API'lere ilişkin olması, sektör uygulamaları ve ticari koşulları değiştirebilecek etki alanına sahip olması, iki teknoloji devi olan Google ve Oracle arasında görülmesi, uyuşmazlığın sonucuna göre AB

⁶⁰⁴ Huet, Ginsberg, s.362-363; Murray, s.237; Band, Katoh, s.17; Weston, s.291 vd.

hukuku başta olmak üzere, farklı hukuk sistemlerinde dava konusu edilebilecek düzlemde olması ve 10 yılı aşan yargılama süreciyle çalışmamız kapsamında detaylı olarak ele alınması gerekmektedir. Bu nedenlerle; Oracle ve Google arasında hukuki boyutta verilen akıllı telefon savaşına aşağıda detaylı olarak yer vereceğiz.

5. Araışlerlik Açısından API'lerin Geleceği: *Oracle v. Google Davası*

5.1. Genel Olarak

A.B.D. yerel mahkemesinin kendi deyimiyle, “akıllı telefon savaşlarının” jüri karşısında yürütülen ilk örneği⁶⁰⁵, *Oracle America Inc. ve Google Inc.* arasında görülmüştür. 2005 yılında Google, akıllı telefon platformu geliştirme stratejisi kapsamında, Android Inc. adlı şirketi satın almıştır. Satın alma sonrasında Google, Android işletim sistemi programında Java programlama dilini kullanmaya karar vermiş ve Java platformunun sahibi Sun Microsystems'dan mobil cihazlarda Java platformunun tamamını kullanmak için lisans talebinde bulunmuştur. Şirketler arasında uzun süren müzakerelerde, Java platformunu Android işletim sistemi için uyarlayarak açık kaynak modelinde kullanıcı ve geliştiricilere sunmak üzere proje ortaklığı görüşmeleri yürütülmüştür. Her iki şirket de, aylarca süren müzakereleri herhangi bir anlaşmaya varamadan sona erdirmiştir⁶⁰⁶.

Google, Java platformu için lisans alamaması üzerine, Java platformunun program geliştiricileri tarafından sıklıkla kullanılıyor olması ve teknik standart veya alışkanlık haline gelmesi sebepleriyle Java'nın gösterdiği fonksiyonlarını gösterecek farklı kodlar yazarak işletim sistemini oluşturmuştur. Google, Android için kendi kodlarını yazmış ancak Java'da bulunan 166 adet kod paketinden 37 adetini Java programlama platformuna alışkın program geliştiriciler için kolaylık sağlaması ve araişlerliğin sağlanabilmesi için kullanmıştır. Google'ın yazdığı kodlar işletim sisteminin %97'sini oluştururken kullanılan 37 Java kod paketi işletim sisteminin sadece %3'ünü oluşturmaktadır⁶⁰⁷. Bir yandan Google'ın yazdığı kodlar, oransal olarak işletim sisteminin neredeyse tamamını oluşturuyor gibi gözüküyorken diğer

⁶⁰⁵ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.1.

⁶⁰⁶ *Ibid*, s.5-7.

⁶⁰⁷ *Ibid*, s.6.

yandan Android işletim sisteminin oransal olarak %3'ü 7.000 satır kod anlamına gelmektedir⁶⁰⁸. Dolayısıyla Google'ın kötüniyetle hareket ederek Java platformunu aynen kopyaladığını söylemek mümkün olmadığı gibi, kopyalanan kodların niceliğinin de azımsanamayacak halde olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

Google, 2007 yılında, mobil cihazlar için Android işletim sistemi yazılımını ve takip eden yıl da, Android işletim sistemine sahip mobil cihazları piyasaya sürmüştür. 2007 yılından itibaren Android işletim sistemi yazılımı, 80'den fazla donanım, yazılım ve telekomünikasyon şirketinin bir araya gelerek oluşturduğu Open Handset Alliance adlı konsorsiyum tarafından dağıtılmaya başlanmıştır⁶⁰⁹. 2008 yılında, Android işletim sisteminin kullanıldığı ilk akıllı telefon piyasaya sürülmüş ve 2010 yılının sonuna doğru kullanımı yaygınlaşmıştır. Android işletim sistemine sahip mobil cihazlar, hızla popüler olmuş ve piyasada önemli bir konuma ulaşmıştır. Android işletim sistemi, akıllı telefon üreticilerine ücretsiz olarak sunulmuş ve Google böylelikle piyasada kendi ekosistemini yaratarak⁶¹⁰ mobil cihazlar üzerindeki uygulama ve özellikler vasıtasıyla reklam görüntüleyerek gelir elde etmiştir⁶¹¹. Haziran 2012'ye gelindiğinde, Android işletim sistemi, üzerinde 600.000'den fazla uygulamanın kullanılabildiği bir platforma dönüşmüştür⁶¹².

2010 yılına gelindiğinde Sun Microsystems adlı şirket Oracle tarafından satın alınmıştır. Google'ın yarattığı ve kontrol ettiği ekosistem nedeniyle Sun ve Oracle, sahip oldukları Java teknolojisini kullanarak kendi akıllı telefon işletim sistemlerini geliştirme başarısını yakalayamamıştır. Oracle'ın Sun Microsystems'ı satın

⁶⁰⁸ Google Inc. Başvuru Dilekçesi, Brief in Opposition to the Supreme Court of the United States, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, No:14-410, <https://www.scribd.com/document/249587513/Oracle-Supreme-Court-brief> (18.01.2020), s.i.

⁶⁰⁹ Band, *Interfaces*, s.17.

⁶¹⁰ Rekabet Kurumu tarafından, Google Android işletim sisteminin telefon üreticilerine sunulması ile Google'ın hâkim duruma geldiğine ve Google servislerinin telefonların fabrika sürümünde yer alması zorunluluğunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6. Maddesinin ihlali olduğuna karar verilmiştir. (Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, 17.02.2020).

⁶¹¹ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.6.

⁶¹² Band, s.17. 2019'un son çeyreğinde Android işletim sisteminde yer alan Google Play uygulama marketinde yer alan uygulama sayısı, 2.570.000'e ulaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jessica Clement, "Number of Apps Available in Leading App Stores as of 4th Quarter 2019", *Statista*, 15.01.2020, <https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/>, (20.02.2020).

almasından çok kısa süre sonra Oracle, Java'dan kaynaklanan telif ve patent haklarının Google tarafından Android işletim sisteminde kullanılarak ihlal edildiği iddiasıyla dava açmıştır⁶¹³. Bu vakıadan hareketle, Oracle'ın Sun Microsystems'ı satın alırken Google'a dava açma niyetini taşıdığı görülmektedir.

Oracle v. Google davası, iki teknoloji devi arasında geçen büyük bir dava olması, Android işletim sistemi gibi yaygın kullanılan bir işletim sisteminin geleceğini değiştirebilecek olması, piyasanın ve piyasa oyuncularının değişimine sebep olabilecek potansiyele sahip olması sebepleriyle önem taşımaktadır. Tüm bunların dışında; profesyonel ve amatör programcıları, mevcut program ve uygulama yaratma yöntemlerini tamamen ortadan kaldırabilecek, mobil cihaz ve mobil uygulama kullanıcılarını, bir başka deyişle neredeyse herkesi, etkileyecek büyük bir etki alanına sahiptir. Hukuki açıdan ele alındığında ise; bilgisayar programlarına tanınan telif hakkının kapsamı, arayüz spesifikasyonlarının telif hakkı kapsamına dâhil edilerek bunlar üzerinde eser veya hak sahiplerine tek hak sağlanması, programlar arasında araişerliğin sağlanmasının engellenmesi veya zorlaşması ve Türk hukukunda yer almayan ancak A.B.D. hukukunda geniş bir uygulama bulan adil kullanım hakkı gibi önemli köşe taşlarını yerinden oynatabilecek niteliktedir. Bu nedenlerle *Oracle v. Google* davası çalışmamız açısından özel önem taşımakta olup aşağıda detaylı olarak ele alınması gerekmektedir.

5.2. Uyuşmazlığın Arka Planı

Java platformu ve programlama dili, 1996 yılında Sun Microsystems şirketi tarafından piyasaya sürülmüş ve dünya çapında yaygın kullanıma ulaşmıştır. Java platformunun sağladığı en önemli avantaj, programcılara yazdıkları kodların farklı bilgisayar donanımları üzerinde çalışabilmesini sağlaması ve böylelikle, farklı donanımlar için yeniden kod yazma zahmetinden kurtarmasıdır. Java platformunun “bir kere yaz (kodla), her yerde (platformda) çalıştır” mottosu ve ilkesi gereği, platformun bölünmeden konsolide olarak faaliyet göstermesi ticari olarak büyük önem

⁶¹³ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.1, 6.

taşımaktadır⁶¹⁴. Ticari açıdan bir ara katman yazılımı⁶¹⁵ olan Java platformu nihai kullanıcılara veya donanım üreticilerine yönelik değilken, diğer yandan Android'in akıllı telefon işletim sistemi olması sebebiyle akıllı telefon pazarına yönelik olması, doğrudan Android ve Google'ı rekabet içerisine sokmamaktadır. Bununla birlikte Oracle, Google'ın Android işletim sistemi ile Java platformunun bazı kısımlarını adapte ederek ve API paketlerini kullanarak Java platformunun konsolidasyonunu bozduğunu düşünmektedir. Oracle, Android işletim sistemi donanım üreticilerine bila bedel sunulmaktayken ticari olarak Java platformunun lisansının bedel karşılığında verilmesi mümkün olmadığı veya bedellerin düşürülmesi zorunluluğu ortaya çıktığı ifade etmektedir⁶¹⁶. Java platformu bu nedenlerle ticari olarak zorluk yaşamaktayken Oracle, Sun Microsystems'ı satın almayı tercih etmiştir⁶¹⁷.

Teknik açıdan, Java platformu üzerinde kaynak kodları, Java programlama dilinde yazılmaktadır. Java programlama dilinde ise, çeşitli anahtar kelimeler, semboller ve önceden hazırlanmış program komutları⁶¹⁸ bulunmaktadır. Önceden hazırlanmış bu komutlar seti, Java'nın uygulama programlama arayüzünü oluşturmaktadır⁶¹⁹. Sun Microsystems, uygulama programlama arayüzlerini, Java programlama dili içinde yer alan fonksiyonların başka programcılar tarafından kullanılabilmesini sağlamak amacıyla geliştirmiştir. Bu fonksiyonlar, API paketlerinin içinde, sınıflar halinde organize edilmiştir. Her bir sınıf, programcılar tarafından programlamayı daha efektif hale getirmeyi sağlayan, farklı değişkenlerin ve metotların yer aldığı bir araç kutusu işlevi görmektedir⁶²⁰.

⁶¹⁴ Oracle, The Java Tutorials, **Java Documentation**,

<https://docs.oracle.com/javase/tutorial/getStarted/intro/changemylife.html>, (17.02.2020).

⁶¹⁵ *Middleware software*.

Bilgisayar sistemi içerisinde, işletim sistemi yazılımı ve uygulama programları arasında olan yazılım katmanını ifade eder.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Sacha Krakowiak, "What is Middleare?," **ObjectWeb**, 2003, http://www.dicionariodeinformatica.dobr.com.br/what_is_middleware.html, 15.02.2020.)

⁶¹⁶ ⁶¹⁶ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.ca9.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.9.

⁶¹⁷ Band, **Interfaces**, s.16-17.

⁶¹⁸ Ekranda görünen herhangi bir görsel veya yazının yazdırılmasını sağlayan komutlar gibi.

⁶¹⁹ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.1,6.

⁶²⁰ Robert Killian, "Crossed Signals: Using Oracle America, Inc. v. Google Inc. to Untangle the Analysis of Software Copyright Protection", **Business and Bankruptcy Law Journal**, C.2, S.2, 2015, 279-310, s. 282.

Yerel mahkeme, dava konusu API paketlerini bir bütün olarak kütüphaneye, her bir paketi bir kitap rafına, her bir sınıfı bir kitaba ve her bir metodu ise kitabın içerisinde yer alan kılavuz bölümüne benzetmiştir⁶²¹. Anılan bu paketler, sınıflar ve metotlar, “bildirici” özellikte kodu oluşturmakta ve “bildirici” özellikte kodlar, “uygulayıcı” özellik gösteren kodların arasına yerleştirilmektedir. Bildirici özellikteki kodlar, bilgisayarların yerel mahkemenin metaforik olarak kütüphaneye benzettiği API’lerin içerisinde hangi konuma bakması gerektiğini bildirmektedir. Uygulayıcı özellik gösteren kodlar ise, aynı metaforik kütüphane içerisindeki kitaplarda bulunan yazılara benzetilmekte ve programların çalışmasını sağlamaktadır. Bu kapsamda; bildirici kodlar, programın iç düzenini sağlamaya yararken uygulayıcı kodlar, programın çalışmasını sağlamaktadır⁶²². Bildirici ve uygulayıcı kodların her ikisinin de “kod” formunda olduğu açık olmakla birlikte, bildirici kodların edebi olmaktan çok işlevsel özelliğe sahip olduğu görülmektedir.

Java özelinde bildirici kodların olduğu gibi kopyalanmaması halinde, Java programlama dili bazı fonksiyonlarını kaybetmektedir. Aynı sorun, uygulayıcı kodlar açısından yaşanmamakta; uygulayıcı kodlar, aynı fonksiyonu gösterebilmesi için farklı şekillerde yazılarak aynı fonksiyonları gösterebilmektedir. Bir başka deyişle bildirici kodların aksine uygulayıcı kodlar bakımından farklı ifade biçimlerinin kullanılabilmesi mümkündür⁶²³. İfade – düşünce ayrımı bakımından ele alındığında, uygulayıcı kodların ifade biçimini yansıttığını saptamak mümkünken bildirici kodların işlevselliği nedeniyle düşünce unsuruna yakın olduğu söylenebilir.

Java’nın bildirici kodlarının sıkı ve değişmez terminolojide olmasından dolayı, yazılım endüstrisinde, Java bildirici kodlarının bilgisayar programlarına sağlanan telif hakkı koruması kapsamı dışında kaldığı yönünde bir genel kabul oluşmuş, bu genel kabulden hareketle bildirici kodlar yaygın olarak çoğu programcı tarafından kullanılmıştır. Dava dosyasına bilgisayar mühendisleri tarafından sunulan uzman görüşünde, bu genel kabulün küresel anlamda bir sektör standardı haline geldiği öne sürülmektedir⁶²⁴. Google, anılan genel kabul ve sektör standardından hareketle, Java

⁶²¹ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.5.

⁶²² Killian, s.283.

⁶²³ Killian, s. 283; Weston, s.216-217.

⁶²⁴ Federal Temyiz Mahkemesine Sunulan Sektör Görüşü, Brief Of Amici Curiae Computer Scientists In Support Of Defendant-Cross Appellant and Affirmance, 30.05.2013,

bildirici kodlarını temel alarak uygulayıcı kodları yeniden yazdığını ancak bildirici kodların telif hakkı koruması altında olmaması düşüncesiyle bu kısımları birebir Android işletim sisteminde kullandığını öne sürmüştür. Somut vakıalara bakıldığında ise; uyuşmazlığın temel alındığı 2008 yılında, Java platformu, 166 adet pakete, her biri 6000'in üstünde metoda sahip 600'den fazla sınıfa sahiptir. Google ise, 166 adet paketten sadece dava konusu olan 37 adedini, aynı isimlendirme ve aynı fonksiyonlarla kullanmıştır⁶²⁵. Google'ın bu iyiniyet argümanında samimi olduğu yönünde izlenim oluşmakla birlikte fikri mülkiyet hukukunda, ihlale ilişkin bilgi sahibi olmama ve iyiniyetli olma savunmasının kabulü mümkün değildir. Öte yandan bildirici kodların kullanımının teknik standart haline gelmiş olması durumunun, araişerliğin sağlanması yönünde bir gereklilik olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

5.3. Yerel Mahkemenin İlk Kararı (2012)

Oracle, Google'ın Java platformu API'lerinde bulunan 37 adet kod paketi üzerindeki telif hakkını ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Yerel mahkeme, 2012 tarihli ilk kararında, sadece Oracle'ın hak iddia ettiği elementlerin eser niteliğinde olup olmadığını ve telif hakkı korumasından yararlanabilirliğini ele almıştır. Bunun yanında Oracle, ayrıca patentten kaynaklanan haklarının da ihlal edildiğini öne sürmüştür. Uyuşmazlığın karmaşık yapısına ilaveten, yargılamanın jüri olması, hukuki nitelemelerin hâkim tarafından yapılırken vakıalara jüri tarafından karar verilmesi, davanın yürütülmesini daha da zorlaştırmıştır. Bunun yanında yargılamanın yürütülmesi ve tarafsızlığın sağlanmasının zorluğunu artıran başka ilginç noktalar da bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi hâkimi William Alsup'ın eski ortağı olduğu Morrison & Foester hukuk bürosu, aynı zamanda ilk derece mahkemesi önünde Oracle'ın vekilliğini yürütmüştür⁶²⁶. Buna ek olarak, aynı hukuk bürosu, bilgisayar programlarına sağlanan hukuki korumanın daha kısıtlı olması, araişerlik serbestisi ve rekabete imkân tanınmasına yönelik savunmalar yaptığı davalarla tanınmaktadır⁶²⁷.

https://www.eff.org/files/filenode/2013.1021.1022.computer.scientists.amici_brief_.pdf, (05.01.2020), s.12 vd.

⁶²⁵ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.5.

⁶²⁶ Band, *Interfaces*, s.16.

⁶²⁷ Morrison & Foester hukuk bürosu, A.B.D. mahkemelerinde görülen *Gates Rubber Co. v. Bando American* davasında benzer yönde savunmalarla davalı Bando American'ın vekilliğini yürütmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. A.B.D. Kolorado Bölge Mahkemesi, *Gates Rubber Co. v. Bando American*, No.

Davanın karmaşıklığı sebebiyle hâkim, jürinin uyuşmazlık konusu hususları daha iyi anlayabilmesi için yargılamayı fazlara ayırmıştır. İlk fazda, sadece telif haklarına ilişkin hususlar, ikinci fazda patente ilişkin hususlar ve son fazda da tazminat taleplerine ilişkin hususlar ele alınmak üzere planlama yapılmıştır. Böylesine teknik bir davanın jüri huzurunda görülmesi, belirttiğimiz üzere uyuşmazlığın çözümünü daha girift bir hale getirmiş; hâkim ve jüri tarafından karar verilecek hususların önden belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. İlk fazda, hâkimin telif hakkının kapsamı, Google’ın defî ve itirazları üzerine karar vermesi, jürinin ise adil kullanım hakkı, haklara tecavüz ve kopyalamanın esaslı olup olmadığı vakıaları üzerine karar vermesi yönünde ayrıma gidilmiştir⁶²⁸.

Hâkim ve jüri, yargılamanın ilk fazında, Google’ın Java platformunu olduğu gibi birebir kopyalamadığı, bunun yerine 37 paketin kendisi tarafından yeniden yazılmış versiyonlarını kullandığı hususları üzerinde hemfikir olmuştur. Bu doğrultuda uyuşmazlığın çözümü için anılan 37 paket üzerine yoğunlaşmıştır. Oracle’ın temel argümanı, Google’ın dava konusu 37 paketin yapısı, sıralaması ve düzenini kopyaladığı yönündedir. Bu kapsamda hâkim, jüriye mevcut A.B.D. içtihat hukukundan hareketle, bilgisayar programlarının yapısı, sıralaması ve düzenine kural olarak telif hakkı tanınabileceği bilgisini vermiştir⁶²⁹.

Hâkim ve jüri incelemesi sonucunda, aynı işlev ve sonuçların elde edilebilmesi için herkesin kendi kodlarını yazarak farklı bilgisayar programları yaratma özgürlüğüne sahip olduğu, uyuşmazlık özelinde, bildirici kodların veya başlıkların aynı olmasının bu özgürlük kapsamında olduğu saptaması yapılmıştır. Bu noktada, uygulayıcı kodlar farklı olsa da, programın aynı işlevi gösterebilmesi için bildirici kodların Java platformundakilerle aynı olmasının uyuşmazlık özelinde zorunlu olduğu ortaya konmuştur. Bir fikrin ifade edilebilmesi veya bir işlevin ortaya konabilmesi,

92-S-0136, 01.05.1996, 167 F.R.D. 90; 1996 U.S. Dist. LEXIS 12423, <https://cyber.harvard.edu/digitaldiscovery/library/preservation/gates.html>, (17.02.2020).

Ayrıca büronun eski ortaklarından yazar Band’ın belirttiği üzere, büro ağırlıkla, yukarıda detaylı olarak ele aldığımız *Altai* davasında verilen kararı dayanak alarak müvekkillerini savunmaktadır. (Band, *Interfaces*, s.16).

⁶²⁸ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.2.

⁶²⁹ *Ibid.*

ancak tek bir yoldan mümkün ise, herkesin bu yolu kullanmakta özgür olduğunun ve bu yolun kimsenin tekeli altına alınamayacağına altı çizilmiştir. Aynı işlevin tek bir şekilde sağlanabilmesi ya da aynı düşüncenin tek bir ifade şekli altında ifa edilebilmesi durumunda ifade ve düşüncenin birleştiği kabul edilmektedir. Düşüncelerin tekel altına alınmasını engellemek için bu ifadeler, telif hakkı tanınmamaktadır. Kararda, Google'ın başlık dosyalarını Java platformundakiler ile aynı şekilde adlandırmasının bir zorunluluk olmadığı, bu yönde başka tercihlerin yapılmasının mümkün olduğu saptaması yapılmış ancak kısa ifadeler veya isimler üzerinde telif hakkı sağlanamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte; Java'da kullanılan adlandırmaların salt ad koyma amacı taşımadığı bunların önceden belirlenmiş komutlar olduğu, Java'daki tüm komut yapısının özgün unsurlar taşısa da, işlevsel bir komut seti oluşturduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle komut yapısının Google tarafından kopyalanmasının araişlerlik açısından bir gereklilik olduğu sonucuna varılmıştır⁶³⁰. Adlar ve sahibinin hususiyetini yansıtamayacak nitelikte kısa ifadeler telif hakkı tanınmaması, farklı fikri mülkiyet hukuku sistemlerinin ortak kabulüdür. Bu noktada kod dosyalarının başlıklarının aynı olması, tek başına telif hakkı ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Ayrıca anılan bu başlıklar, edebi nitelik taşımaktan çok işlevsel niteliği ile ön plandadır.

Yerel mahkeme kararında, yukarıda ele aldığımız⁶³¹ *Lotus Development Corp v Borland International Inc* davasında verilen karara atıfta bulunulmuştur. Bu kapsamda; işlevsellik ve ifade biçiminin ele alınması, işlevselliğin sağlanması için ifade biçiminin gerekli olması halinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işlevselliğin yani düşüncenin tekel altına alınmaması ve dolayısıyla ifadeye telif hakkı tanınmaması gerekmektedir. Bu ilkeden hareketle mahkeme, Java API'lerinin fikri emek barındırmasına rağmen, bir işlev gösterme yöntemi teşkil ettiğini, yani programın işlevini yürütebilmesini sağlayan bir yöntem olduğunu, dolayısıyla telif hakkı korumasının kapsamı dışında kaldığını ifade etmiştir⁶³².

⁶³⁰ *Ibid*, s. 3-4.

⁶³¹ Bkz. Bölüm 1.5. Arayüzler.

⁶³² A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.24-26.

Yerel mahkeme, yukarıda yer verilen gerekçelerle, ilk kararında, davayı reddetmiş, patent ihlali yönündeki taleplerin yerinde olmadığına, Google'ın 37 Java paketinin yapısını, sıralaması ve düzenini kullanmasının telif hakkı koruması kapsamında olmadığına hükmetmiştir⁶³³. Bununla birlikte mahkeme, kararın Java API paketlerinin lisanssız olarak herkes tarafından kullanılabileceği veya programın yapısı, sıralaması ve düzeninin yine herkes tarafından kopyalanabileceği yönünde yorumlanmaması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Mahkeme bu hatalı yaklaşım yerine, kararın, sadece Google'ın dava konusu kullanımları özelinde telif hakkı ihlali oluşturmadığını ifade etmediği şeklinde anlaşılması gerektiğinin altını çizmiştir⁶³⁴.

Yerel mahkemenin bu kararı, ABAD'ın *SAS Institute v. World Programming Limited* davasında verdiği karar ile paralellik göstermekte ve aynı sonucu ortaya çıkarttığı görülmektedir⁶³⁵. Bu noktada arayüzlerin tamamen telif hakkı koruması kapsamından çıkartılmadığı ancak işlevsel özellik gösteren kısımların, araişerlik serbestisi kapsamında kullanılmasının telif hakları bakımından mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

5.4. Temyiz Mahkemesi Federal Dairenin İlk Kararı (2014)

Yerel mahkemenin Google lehine verdiği kararın ardından uyuşmazlık, A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire ⁶³⁶ önüne gelmiştir. 2014 yılında temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin kararını hatalı bularak bozmuştur. Bozma kararında, yerel mahkemenin adil kullanım⁶³⁷, birleşme⁶³⁸ ve *scène à faire*⁶³⁹ doktrinlerini yanlış uyguladığını belirtmiştir. Anılan doktrinlerin uygulanmasının bir telif hakkının mevcut

⁶³³ Kararda çok sınırlı telif hakkı ihlali olduğu saptaması yapılmakla birlikte, tespit edilen telif hakkı ihlalinin tazminata sebebiyet vermeyecek derecede önemsiz olduğuna hükmedilmiştir.

⁶³⁴ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), Oracle America, Inc v Google Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.41.

⁶³⁵ Band, *Interfaces*, s.133; Weston, s.216-217.

⁶³⁶ A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi olarak da tercüme edilmesi mümkündür. A.B.D. Temyiz Mahkemesinde daireler arasında işbölümünden dolayı farklı dosyalar üzerinde karar verilmesi ve farklı yaklaşımların ortaya çıkması mümkündür. Oracle v Google davasının Federal Daire önüne gelmesi de patent ihlali iddialarından kaynaklanmaktadır. Aksi takdirde davanın 9. Daireye tevdi edilmesi gerektir.

⁶³⁷ *Fair use doctrine*.

⁶³⁸ *Merger doctrine*.

⁶³⁹ *Scènes à faire* terimi, Fransızcadan Türkçeye, “gerçekleşmesi gereken sahneler, olaylar” olarak tercüme edilebilir.

olduğunu saptadıktan sonra bu telif hakkının ihlali yönündeki iddialara yönelik savunmalar kapsamında değerlendirilebileceğini, bunun yerine yerel mahkemenin, telif hakkının mevcudiyetini tespit ederken anılan doktrinleri kullandığını ve doktrinlerin uygulanması ile telif hakkının bulunmadığına hatalı olarak karar verildiğini ifade etmiştir⁶⁴⁰.

Temyiz mahkemesi, incelemesini temelde üç noktada yürütmüştür. Bunlar; bildirici kaynak kodlarının bilgisayar programlarına tanınan telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanamayacağı, Java API'lerinin yapısı, sıralaması ve düzeninin eser teşkil edip etmediği ve Google'ın kullanımlarının araişerliğin sağlanması kapsamında kalıp kalmadığıdır⁶⁴¹. Temyiz mahkemesi, ilk noktayı ele alırken Java API'lerinin meydana getirilmesinde birleşme doktrinin uygulanamayacağını, uygulanırsa dahi, yerel mahkeme tarafından isabetli bir şekilde uygulanmadığını ifade etmiştir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, birleşme doktrini, düşüncelerin telif hakkı ile tekel altına alınamaması ilkesinden ortaya çıkmıştır⁶⁴². Bu kapsamda, bir düşünce ancak bir ifade ediliş biçimi ile ortaya konulabilmekte ise, artık o fikir ve ifade biçimi bütünleşmiş, birleşmiş sayılmaktadır. Düşüncelerin tekel altına alınmasını engellemek için birleşme doktrini ile artık o ifade biçimine telif hakkı koruması sağlanmamaktadır⁶⁴³.

Temyiz mahkemesi, birleşme doktrinin uyuşmazlık üzerinde uygulanması durumunda, baz alınacak programın davalı Google'ın geliştirdiği kod paketleri değil, davanın esasını teşkil eden Java API'leri olması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Google'ın kod ve kullanımlarını baz almak yerine Java API'ler değerlendirilmeye alınmalı, Java API'lerinde düşünce ve ifadenin birleşiminin gerçekleşip gerçekleşmediği gözlenmelidir. Temyiz mahkemesi, ayrıca baz alınacak anın, telif

⁶⁴⁰ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 2013-1021, - 1022, 09.05.2014, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375> (01.12.2019); s.24-25.

⁶⁴¹ Killian, s.298.

⁶⁴² Mylly, s.907; Werbin, s.18; Holton, s.211.

⁶⁴³ Michael D. Murray, "Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works", *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Research Paper No. 06-09, 24.05.2006, 1-122, s.15 vd; Pamela Samuelson, "Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine" (Merger Doctrine), *Journal of Copyright Society of the USA*, S.63, 2016, s.419 vd; Lewis R. Clayton, "The Merger Doctrine", *The National Law Journal*, 06.06.2005, <https://www.paulweiss.com/media/1851041/mergerdoct.pdf> (06.01.2020).

hakkı ihlali anı olmadığını Java API'lerinin geliştirildiği an olması gerektiğini ve Java API'lerinin geliştirildiği anda başka ifade biçimlerinin kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁶⁴⁴. Bu değerlendirme ile temyiz mahkemesinin düşünce ve ifadenin birleşiminin, iki farklı boyutta, iki farklı yansımasının bulunduğu yaklaşımına sahip olduğu izlenim oluşmaktadır. Kanımızca düşünce ve ifadenin birleştiği veya bütünleştiğinden bahsetmek için hem ilk programın hem de sonraki programın meydana getirilmesi anında bir birleşimin bulunması gerekmektedir. İlk program meydana getirilirken bir düşüncenin tek bir biçim altında ifade edilmesinin mümkün olduğunu tespit edip daha sonraki bir zamanda, aynı düşünce için farklı ifade biçimlerinin bulunduğunu söylemek, sadece ilk yapılan tespitin hatalı olduğunu ortaya koymaktan başka bir anlama gelmemektedir. Dolayısıyla düşünce ve ifade birleşmiş ise, bu birleşim en başından beri mevcut olacak ve mevcudiyetini ikinci programın yaratılışında da devam ettirecektir. Aksi takdirde, ilk yapılan tespitin yetersiz veya yanlış olduğunu belirtmek gerekecektir. Bu açıklamalarımıza ek olarak, bilgisayar programları için aynı düşüncenin farklı ifade biçimleri ile ifade edilip edilmeyeceği ancak teknik uzmanlarca yapılacak inceleme ile ortaya konabilmektedir.

Temyiz mahkemesi, kısa ifadelerin veya isimlerin otomatik olarak telif hakkı kapsamı dışına çıkartılamayacağını, bu noktada yerel mahkemenin hatalı olduğunu, dava konusu kısa ifadelerin birkaç ifade ile sınırlı olmadığını, aksine bir grup halinde kısa ifadenin söz konusu olduğunu vurgulamıştır⁶⁴⁵. Temyiz mahkemesinin bu yaklaşımı, hukuk tekniği açısından isabetlidir ancak bilgisayar programcılığı teknikleri açısından aynı sonuca varılması kanımızca mümkün değildir. Bilgisayar programı dışındaki edebi eserlerin, örneğin roman bölümlerinin başlıklarının başka bir romanda kullanılması halini düşünürsek, tek başına bir bölümün başlığının sahibinin hususiyetini taşıması ve eser niteliğine sahip olması, imkânsız olmamakla birlikte çok güçtür. Dolayısıyla tek başına bir veya birkaç bölümün başlığının başka bir romanda yer almasının da telif hakkı ihlali teşkil ettiğinden bahsetmek pek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte; romanın tüm bölüm başlıklarının kopyalanarak başka bir romanda aynen kullanılması durumunda telif hakkı ihlali ile karşılaşmak daha olasıdır. Aynı yaklaşım ve değerlendirme, söz konusu bilgisayar programları

⁶⁴⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 2013-1021, - 1022, 09.05.2014, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375> (01.12.2019); s.28-32.

⁶⁴⁵ *Ibid*, s.33-34.

olduğunda temelinden sarsılmaktadır çünkü bilgisayar programlarının kod dosyalarının başlıkları edebi niteliklerinden çok standart ve işlevsel niteliğe sahiptir. Dolayısıyla, her ne kadar dosya başlıklarının farklı şekilde adlandırılmaları mümkün olsa da, alışıl gelmiş komutların anlaşılmasını sağlamak için aynı başlıkların kullanılması tamamen işlevsellikten kaynaklanmaktadır.

Temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin Google tarafından öne sürülen *scènes à faire* doktrini⁶⁴⁶ yanlış uyguladığına hükmetmiştir. *Scènes à faire* doktrini, teknik gereklilikler, yazılımlar arasında uyumluluk, araışlerlik, standart ticari uygulamalar ve sektör alışkanlıkları gibi sebeplerle ortaya çıkartılan yazılımlara veya yazılım bileşenlerine telif hakkı tanınmaması şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁴⁷. Dolayısıyla sektör standartları, sistemler arasında araışlerliğin gereklerine uyularak meydana getirilen programlar üzerinde telif hakkı doğmamaktadır. Aynı sonuca FSEK kapsamında da kolaylıkla ulaşabiliriz. Sektör standartları doğrultusunda ve sistemsel gereklilikler sebebiyle ortaya çıkan programlar üzerinde yaratıcısının hususiyetinin bulunduğu iddia etmek mümkün olmayacak ve sonuç olarak telif hakkının ortaya çıkması beklenemeyecektir. Temyiz mahkemesi, *scènes à faire* doktrini uyuşmazlıkta uygulayabilmek için yeterli teknik dayanağın bulunması gerektiği ve Google'ın Java API'lerinin oluşumunu dış etkenlerin şekillendirdiğine ilişkin delil sunmakta başarısız olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca temyiz mahkemesine göre, birleşme doktrininde olduğu gibi, *scènes à faire* doktrininde de, telif hakları ihlal edildiği öne sürülen programın ele alınarak şartların varlığının incelenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, ele alınıp incelenmesi gereken husus, Google'ın

⁶⁴⁶ *Scènes à faire* doktrini, ilk olarak 1942 yılında bir roman ve bir film arasında ortaya çıkan telif hakkı ihlali davasında ortaya çıkmıştır. “Serenade” adlı romanın yazarı olan James M. Cain, Universal Pictures şirketinin “When Tomorrow Comes” filmde yer alan kilise sahnesinin kendisine ait olduğunu ve kitabında yer aldığını, bu nedenle telif haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, kilise sahnesinde yer alan piyano çalınması, dua ve ayin gibi unsurların işin doğasından kaynaklandığını ve bu gibi hususlara ilişkin telif hakkı tanınamayacağına karar vermiştir. (A.B.D. Bölge Mahkemesi (Güney Kaliforniya), *Cain v. Universal Pictures Co.*, 47 F. Supp. 1013 (S.D. Cal. 1942), 14.12.1942, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/47/1013/1799587/> (07.01.2020)).

⁶⁴⁷ Deborah Bouchoux, **Intellectual Property – The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets**, C.3, Delmar, New York, Cengage Learning, 2009, s.281-282; Krista S. Schwarz, Stacy A. Baim, Sasha Mayergozy, “Software and Scènes à Faire”, **Copyright World**, C.190, Mayıs 2009, 11-13, s.11. A.B.D. Bölge Mahkemesi (Kuzey Kaliforniya – San Jose), *Cisco Systems Inc v Arista Networks Inc*, No. 5:14-cv-05344-BLF, 10.01.2018, <https://www.eff.org/document/order-vacating-district-court-judgment-after-cafc-remand>, (07.01.2020).

API'leri kullanmasına dış etkenlerin sebep olup olmaması değil, Java API'lerinin meydana getirilmesine dış etkenlerin sebep olup olmamasıdır⁶⁴⁸.

Temyiz mahkemesinin ele aldığı üç noktadan ilki, yukarıda aktardığımız bildirici kodların telif hakkı kapsamında olduğuna ilişkin saptamasıydı. İkinci nokta ise, API'lerin yapısı, sıralaması ve düzeninin eser sayılıp sayılamayacağıdır. Yerel mahkemenin kararında, yukarıda da belirttiğimiz üzere, *Lotus Development Corp v Borland International Inc* davasında verilen karar dayanak alınmıştır. Temyiz mahkemesi ise, dayanak kararın Temyiz Mahkemesi 1. Daireye ait bir karar olduğu ancak bölgesel iş bölümü sebebiyle dayanak alınması gereken kararların, Temyiz Mahkemesi 9. Daire kararları olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda, Lotus kararının aksine, programa, *Altai Test* olarak da adlandırılan, ayrıştırma, filtreleme ve karşılaştırma testi uygulanması ve böylelikle Java API'lerinin yapısı, sıralaması ve düzeninin orijinal olup olmadığının saptanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu test ile temyiz mahkemesi, Oracle'ın farklı alternatifler dâhilinde yaratıcı seçimler yaparak Java API'lerini meydana getirdiği, bu nedenle telif hakkı koruması sağlanabileceği ve koruma sağlanan unsurun fikir değil ifade olduğu sonucuna varmıştır⁶⁴⁹.

Temyiz mahkemesinin kararında ele aldığı son nokta ise, araişerlik argümanı olmuştur. Yerel mahkeme, Java paketlerinin Android işletim sistemi üzerinde çalışabilmesi için Google'ın Java API'lerde bulunan aynı komut sistemini, aynı sınıflandırmayı, aynı isimlerle ve aynı işlevsel özelliklerle kullanmak zorunda olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle yerel mahkeme, Google'ın araişerlik için gerekli oranda kopyalama yaptığına hükmetmiştir⁶⁵⁰.

A.B.D. içtihat hukukunda, araişerliğin telif hakkının mevcudiyeti noktasında mı, yoksa telif hakkı ihlali iddiasına karşı adil kullanım savunması olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususunda, Temyiz Mahkemesinin farklı dairelerince

⁶⁴⁸ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, Oracle America, Inc v Google Inc, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375> (01.12.2019); s.35-37.

⁶⁴⁹ *Ibid*, s.42-45.

⁶⁵⁰ *Ibid*, s.46; A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), Oracle America, Inc v Google Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (05.01.2020), s.38.

verilmiş farklı kararlar bulunmaktadır⁶⁵¹. Temyiz mahkemesi, 9. Daire kararları doğrultusunda değerlendirme yapılması gerektiği, araişlerlik argümanının telif hakkı istisnası oluşturmadığı ancak telif hakkı ihlaline yönelik bir savunma olarak ele alınması gerektiği, aksi durumun programların yapısı, sıralaması ve düzenine telif hakkı tanıyan içtihatlarla çelişeceği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin araişlerlik argümanını davada yanlış uyguladığı, araişlerliğin Java API'lerinin eser niteliğine istisna yaratmadığı, bunun yerine Google'ın kullanımının araişlerlik kapsamında adil kullanım sınırları içerisinde kalıp kalmadığı incelemesinin gerekli olduğu gerekçeleriyle yerel mahkemenin kararını bozmuş ve dosyayı yeniden incelenmesi için yerel mahkemeye iade etmiştir⁶⁵².

Temyiz mahkemesinin bu saptamasına katılmakla birlikte, yukarıda yer verilen ilk kararında, araişlerliğe ilişkin detaylı bir değerlendirme yapmak yerine, yüzeysel bir yaklaşım ile dosyayı iade etmiştir. İlk olarak, bilgisayar programı arayüzünün dava konusu edilen kısmının eser teşkil edip etmediği yönünde değerlendirmenin olumlu olması halinde araişlerlik serbestisinden bahsetmek mümkün olacaktır. Arayüzün eser teşkil etmediği saptanan bölümünün kullanılması halinde araişlerlik serbestisine ilişkin bir değerlendirmenin yapılmasına ilişkin bir ihtiyaç bulunmayacaktır. Öte yandan; dava konusu arayüz kısmının eser teşkil eden ve korumadan yararlanan bir unsur olduğunun tespit edilmesi halinde araişlerlik serbestisinin kapsamının nasıl belirleneceği yönünde temyiz mahkemesinin yerel mahkemeye kılavuz sağlaması gerekirdi. Buna rağmen; temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin değerlendirme yapabilmesi için gerekli olacak araişlerlik serbestisinin hukuki çerçevesini çizme yönünde herhangi bir yöntem ve yaklaşım sağlamamıştır.

5.5. Yüksek Mahkemenin İlk Kararı (2015)

Temyiz Mahkemesi Federal Daire kararının Google aleyhine olması üzerine, Google, 06.10.2014 tarihli dilekçesi ile dosyanın ele alınması için A.B.D. yargılama

⁶⁵¹ Killian, s.300.

⁶⁵² A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375> (01.12.2019); s.50, 52, 61, 62.

sisteminde en üst temyiz mercii olan A.B.D. Yüksek Mahkemesine başvurmuştur⁶⁵³. Google, dilekçesinde, A.B.D. Telif Hakları Yasasının, eser sahibinin orijinal fikri ürününü eser olarak kabul ettiğini ancak 102. maddenin (b) fıkrasında⁶⁵⁴, eserin altında yatan fikirlerin, iş yapış şekillerinin, işletme/işletim yöntemlerinin, usullerin, sistemlerin, konseptlerin telif hakkı koruması kapsamı dışında olduğunu düzenlediğini belirtmiştir⁶⁵⁵. Google, sistemlerin, işletme/işletim yöntemlerinin telif hakkı kapsamında değil ancak patentler ile koruma altına alınabileceğini eklemiştir⁶⁵⁶.

Google, uyumsuzluk konusu olan Java metot başlıklarının birer işletme/işletim yöntemi olduğunu, Google'ın başlıkları değiştirmesi halinde, kullanılan komutların sistemi işletemeyeceğini savunmuştur⁶⁵⁷. Google, savunmasını desteklemek için bu durumun, Q klavye olarak da bilinen, QWERTY klavye düzenine telif hakkı tanınmasına ve klavye diziliminin tekel altına alınarak başkalarınca kullanılmasının engellenmesine benzetmiştir⁶⁵⁸. Java kod paketlerinin başlıklarının ve komut düzeninin, yazılımcılar için alışlagelmiş bir işletim yöntemi olduğunu belirtmiştir. Bu durumun, kullanıcıların QWERTY klavyeyi kullanarak bu klavye düzenine alışmalarıyla aynı nitelikte olduğunu da altını çizmiştir⁶⁵⁹. Google, tüm bu hususların A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Dairesi tarafından hatalı olarak değerlendirildiğini ve mahkemenin yanlış sonuca ulaştığını iddia etmiştir.

Oracle cevap dilekçesinde, Google'ın Oracle'ın sahip olduğu 7000 satır orijinal kaynak kodunu kopyalayarak kendi platformunda izinsiz olarak kullandığını ve Google'ın kodları kopyalamak yerine aynı fonksiyonları gösterecek şekilde kendi

⁶⁵³ Google Inc. Başvuru Dilekçesi, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, Petition for a writ of Certiorari to the Supreme Court of the United States, 06.10.2014, <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/14-410.htm> (18.01.2020).

⁶⁵⁴ §102 (b): “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.”

⁶⁵⁵ Google Inc. Başvuru Dilekçesi, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, Petition for a writ of Certiorari to the Supreme Court of the United States, 06.10.2014, <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/14-410.htm> (18.01.2020), s.20-23.

⁶⁵⁶ *Ibid*, s.23-29.

⁶⁵⁷ *Ibid*, s.31.

⁶⁵⁸ *Ibid*.

⁶⁵⁹ *Ibid*, s.32.

kodlarını yazabileceğini vurgulamıştır⁶⁶⁰. Bu doğrultuda Oracle, farklı ifade seçenekleri arasından yaratıcı tercihler yaparak oluşturduğu kodun orijinal olduğunu, bu hususun Google tarafından da kabul edildiğini ve Google tarafından kodların kopyalanmasının A.B.D. Telif Hakları Yasası yaptırımsız kalmayacağını öne sürmüştür⁶⁶¹. Oracle, özellikle kodların uzunluğuna dikkat çekmek istemiş ve farklı ifade seçeneklerinin bulunduğunu vurgulayarak uyumsuzluğun düşünce kapsamında değil ifade kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, ara kararında A.B.D. Başsavcılık Makamının⁶⁶² görüşlerini sunmasına karar vermiştir⁶⁶³. A.B.D. Başsavcılık Makamı, A.B.D. hükümetinin görüşlerini yansıtmak amacıyla sunduğu görüş raporunda, bildirici kodların geri kalan kaynak kodlarından hukuki anlamda herhangi bir farka sahip olmadığını, dolayısıyla uyumsuzluk konusu kodların eser niteliğinde olduğunu, Google'ın argümanlarının ancak adil kullanım savunması altında değerlendirilebileceğini belirtmiştir⁶⁶⁴. Başsavcılık Makamı, bilgisayar programlarının diğer geleneksel eser türlerinden farklı olduğunu, aynı anda hem tarif edici hem de işlev gösterici niteliğe sahip olduğunu, dolayısıyla Google'ın iddia ettiğinin aksine, Java platformu kodlarının bir işletim yöntemi olmadığını ve Temyiz Mahkemesi Federal Daire kararının bu açıdan isabetli olduğunu ifade etmiştir⁶⁶⁵. Sonuç olarak; Başsavcılık Makamı, dosyanın Yüksek Mahkeme tarafından ele alınarak incelemeye tutulması talebinin reddedilmesi gerektiği yönünde görüşünü Yüksek Mahkemeye sunmuştur. Yüksek Mahkeme, Başsavcılık görüşü doğrultusunda Google'ın kararın incelenmesi yönünde talebini,

⁶⁶⁰ Google Inc. Başvuru Dilekçesi, Brief in Opposition to the Supreme Court of the United States, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, No:14-410, <https://www.scribd.com/document/249587513/Oracle-Supreme-Court-brief> (18.01.2020).

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² *Solicitor General.*

⁶⁶³ A.B.D. hukuk sisteminde, A.B.D. Başsavcılık Makamı, TC sisteminde yer alan başsavcılıklardan farklı bir konumlandırmaya sahip olup ceza hukuku dışında da görev yürütmektedir. A.B.D. Başsavcılık Makamı yetkilileri, A.B.D. başkanının kararı ve senatonun onayıyla Adalet Bakanlığı içerisinde adalet bakanına yardımcı olmak ve adli süreçlerde yer almak üzere görevlendirilmektedir. Uyuşmazlık kapsamından da anlaşılacağı üzere; Yüksek Mahkeme süreçlerinde, davalar hakkında görüşünün sunulması talep edilebilmektedir. (Bkz. 28 U.S. Code § 505.Solicitor General: “*The President shall appoint in the Department of Justice, by and with the advice and consent of the Senate, a Solicitor General, learned in the law, to assist the Attorney General in the performance of his duties.*”)

⁶⁶⁴ A.B.D. Başsavcılık görüşü, Solicitor General of the United States, Brief for the United States as Amicus Curiae, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, No:14-410, https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2015/06/01/14-410_google_v_oracle_us_cvsg_brief.pdf, (18.01.2020), s.10.

⁶⁶⁵ *Ibid*, s.13-15.

29.05.2015 tarihinde reddetmiştir⁶⁶⁶. Böylelikle; A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire kararına ilişkin Yüksek Mahkeme değerlendirilmesi yapılmadan dosya tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.

5.6. Yerel Mahkemenin İkinci Kararı (2016)

Yerel mahkeme, Temyiz Mahkemesi Federal Daire ve Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda uyuşmazlığı tekrar ele almıştır. Yerel mahkeme, ikinci yargılamada, Java API'lerinde telif hakkının mevcut olduğunu üst mahkeme doğrultusunda kabul ederek Google'ın kullanımının adil kullanım teşkil edip etmediğini karara bağlamaya çalışmıştır. Oracle, uyuşmazlığın jüri kararı ile çözülemeyecek nitelikte olduğunu, salt hukuki değerlendirme sonucunda hâkimin kararı ile çözümlenmesini talep etmiştir. A.B.D. usul hukuku kapsamında yapılan bu talebi, yerel mahkeme, Federal Mahkeme kararı ile örtüşmediğini, aksi takdirde Federal Mahkemenin dosyayı iade etmek yerine doğrudan karara bağlayacağını belirterek reddetmiştir⁶⁶⁷. Kanımızca, araişerlik serbestisi ve adil kullanım, fiili vakialardan çok hukuki değerlendirmeye ihtiyaç duyan kavramlardır, dolayısıyla Oracle'ın öne sürdüğü üzere, çözümün adresinin jüri yerine, hâkim değerlendirmesi olması gerekmektedir⁶⁶⁸. Bununla birlikte; A.B.D. usul hukuku üzerinde değerlendirme yapılması çalışma kapsamımızı aşacağı ve konunun çalışmamızın odak noktası dışında kalmasından dolayı bu husus üzerinde, çalışmamız dâhilinde detaylı tartışmaya yer vermek isabetli olmayacaktır.

Yerel mahkeme ilk olarak; Java programlama dilinin Java API'lerinden farklı olduğunu, Java programlama dilinin herkes tarafından serbestçe kullanılabilmesini ele almıştır. Bununla birlikte; Java API'lerinde yer alan 3 dosyaya dağılmış şekilde, 62 sınıf ve içerisinde yer alan metotların kullanılmaması halinde, Java programlama dilinin de kullanılamayacağını saptamıştır. Bu hususun, ayrıca Oracle tarafından da

⁶⁶⁶ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, No:14-410, 29.05.2015, https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062915zor_4g25.pdf (18.01.2020), s.11.

⁶⁶⁷ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 08.06.2016 https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf (01.12.2019); s.1-2.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

ikrar edildiği ifade edilmiştir⁶⁶⁹. Anılan bu 62 gerekli sınıfın herhangi bir ayırım olmaksızın Java API'leri içerisinde yer alması nedeniyle Google, Java API'lerinin temelde Java programlama dilinin bir uzantısı olduğunu öne sürmüştür. Bu doğrultuda, Java programlama dili gibi, Java API'lerinin bildirici kodlarının da kullanımının serbest olacağı tezini mahkemeye sunmuştur. Mahkeme, Google'ın bu savı üzerine, uyumsuzluğun, kullanımı zorunlu olduğu tespit edilen 62 sınıf dışındaki Google kullanımlarının da adil kullanım teşkil edip etmeyeceği üzerinde yoğunlaştığını ifade etmiştir⁶⁷⁰.

Kullanımı zorunlu olan 62 sınıf dışında, Google'ın 37 Java API paketini farklı yapı-sıralama-düzende yeniden organize ederek aynı komutları işlevsel hale getirmesinin teknik olarak mümkün olduğu saptanmıştır. Bununla birlikte jüri, böyle bir durumda Java programlama dilini kullanan üçüncü taraf programcıların Java API'lerinde yer alan yapı-sıralama-düzene ek olarak ayrıca Google'ın Android için organize edeceği yapı-sıralama-düzene yeni baştan öğrenmesi gerekeceği, bu durumun karışıklığa ve uyumsuzluğa neden olacağı ve böylelikle hem Java temelli sistemlerin hem de Java programcılarının zararına bir durumun ortaya çıkacağı sonucuna varmıştır⁶⁷¹. Uyumsuzluğun kanımızca üzerinde karar verilmesi en zor kısmı, bu noktadır. Kod paketlerinin başka bir yapı-sıralama-düzende yeniden organize edilmesi mümkünken sadece Java platformu kullanıcılarının alışkın olmasından hareketle aynı şekilde kullanılması araişlerlik kapsamında değerlendirilebilecek midir? Google, bu kapsamda araişlerliğin dönüştürülebilirlik/ikame edilebilirlik boyutunda mıdır? Yoksa Java platformunun oluşturduğu kullanıcı kitlesinden haksız yarar mı elde edilmektedir? Bu hususun çözümü için kanımızca, gereklilik çitası çekilerek değerlendirme yapılmalıdır. Bu doğrultuda bir aşırı uç, aynı kod dosyası düzeninin teknik bir şart haline gelmesinin aranmasıyken diğer aşırı uç, kullanıcıların veya program geliştiricilerinin alışkın olmasıdır. Gereklilik ise bu iki aşırı ucun ortasında bir noktada yer almaktadır, yani teknik bir zorunluluk teşkil etmeyen ancak kullanımı zorlaştıran veya verimsiz hale getiren bir durum varsa artık gerekliliğin bulunduğundan bahsetmek mümkün olacaktır. Bu husus hakkında net bir karar verebilmek için de teknik uzmanların görüşlerinin alınması gerekecektir.

⁶⁶⁹ *Ibid*, s.8.

⁶⁷⁰ *Ibid*, s.8-9.

⁶⁷¹ *Ibid*, s.9.

Mahkeme tarafından ele alınan bir başka husus, Google'ın kullanımının ticari olup olmadığı ve ticari kullanım olması halinde bunun adil kullanım teşkil edip etmeyeceği olmuştur. A.B.D. Telif Hakları Yasasında adil kullanımın tespiti için belirli kıstasların değerlendirmeye alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kıstasların bir tanesi de, kullanımın ticari niteliğe sahip olup olmadığının değerlendirilmesidir. Jüri, Google'ın kullanımının ticari olduğu sonucuna varmış ancak bununla birlikte, Android'in açık kaynak modeli⁶⁷² ile üçüncü taraf programcılarının erişimine ve kullanımına bedelsiz olarak açık tutulması sebebiyle yazılım alanında bilginin paylaşılmasına imkân tanıdığını ve böylelikle kamu yararı barındırdığını saptamıştır. Ayrıca davacı Oracle'ın Sun Microsystems'ı, dolayısıyla Java Platformunu satın almadan ve Android işletim sistemi Google tarafından piyasaya sürülmeden önce, Java platformunun açık kaynak modelinde, ücretsiz olarak herkesin kullanıma sunulduğu not düşülmüştür. Bunlara ek olarak, Google'ın kullanımının tamamen ticari nitelik gösterse de, bu hususun adil kullanım teşkil etmesi yönünde bir engel olmadığı ifade edilmiştir⁶⁷³. Kanımızca Google'ın doğrudan işletim sisteminin lisanslanması veya kullandırılmasından gelir elde etmiyor olması, kullanımın ticari nitelik göstermediği şeklinde yorumlanamaz. Google'ın kurduğu ticari sistem içerisinde, bir taraftan işletim sistemi ücretsiz kullandırılmakta, diğer taraftan başka Google servislerinin kullanımına yönlendirme yapılarak bu servisler üzerinden gelir elde edilmektedir. Dolayısıyla uzun tartışmalara girilmesine ihtiyaç olmadan Google'ın kullanımının ticari olduğunu belirtilmelidir. Bununla birlikte; kullanımın ticari niteliği adil kullanım değerlendirmesini etkileyen bir faktör olsa da, ticari kullanım niteliği bulunan tüm kullanımların kendiliğinden adil kullanım kapsamı dışında olacağı yönünde bir hukuki düzenleme ve yorum bulunmamaktadır.

Yerel mahkeme, adil kullanıma ilişkin değerlendirmesi kapsamında, Google'ın kullanımının birebir alıp kullanmak şeklinde mi yoksa dönüştürücü nitelikte mi olduğunu ele almıştır. Bu bağlamda, (i) Google'ın 166 Java API paketinin tamamını kullanmak yerine sadece 37 tanesini seçmesi, (ii) paketlerde yer alan uygulayıcı kodların kullanılmaması bunun yerine Google'ın kendi uygulayıcı kodlarını yazması,

⁶⁷² Açık kaynak modeline ilişkin bkz. Dördüncü Bölüm.

⁶⁷³ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 08.06.2016 https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf (01.12.2019); s.12.

(iii) Java platformunun masaüstü ve dizüstü bilgisayarlar için kullanılıyorken Android'in akıllı telefonlar için geliştirilmesi, (iv) uyumsuzluk konusu kodlar haricinde Google'ın birçok yeni metot, sınıf ve paket oluşturarak yeni bir bağlamda farklı bir ifade biçimi oluşturulması sebebiyle dönüştürücü bir nitelikte olduğuna karar verilmiştir⁶⁷⁴.

Araştırılabilirlik serbestisi dâhilinde elde edilen bilgilerin kullanımında dönüştürücü nitelik aranmasının, serbestinin kapsamını daralttığı kanaatindeyiz. Serbesti kapsamında elde edilen bilgilerin veya uyumsuzlukta olduğu üzere kodların kullanılması, işlevsel gerekliliklerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle; aynı işlevi yerine getirmek üzere gerçekleştirilen bir kullanımın dönüştürücü niteliğe sahip olmasının aranmasının, araştırılabilirlik serbestisinin amacıyla çeliştiğini düşünmekteyiz. Diğer yandan Google'ın kullanımının Oracle'ın kendi platformundan ticari olarak yararlanmasına engel olup olmadığının daha detaylı araştırılması gerekmektedir. Java platformunun sadece masaüstü ve dizüstü bilgisayarlarda kullanılıyor olması, Oracle'ın platformu akıllı telefonlar için hiçbir zaman kullanmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu açıdan bakıldığında, hukukumuzda da benzer bir yaklaşımın FSEK md.38/son hükmünde yer aldığı görülmektedir. FSEK düzenlemesi ile araştırılabilirlik serbestisinin, hak sahibinin meşru menfaati ile çelişmesinin, kendi programından ticari fayda elde edemeyecek hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır⁶⁷⁵.

Oracle, Google'ın Java API'lerindeki yapı-sıralama-düzeni kullanmak yerine, Android işletim sisteminde, aynı fonksiyonları kullanmak üzere yeni bir yapı-sıralama-düzen oluşturabileceğini öne sürmüştür. Ancak jüri, Java programlama dilinde de, aynı şekilde paket-sınıf-metot sıralaması ve düzeninin kullanıldığını ifade ederek kopyalanan bildirici kodun yüksek yaratıcılık ürünü olmadığı, bildirici kodların edebi olmaktan çok fonksiyonel özellik gösterdiği yönünde karar vermiştir⁶⁷⁶. Bu kanaat ve hüküm, aslında uyumsuzluğun temelinde yatmakta ve araştırılabilirlik serbestisini temelden ilgilendirmektedir. Teknik anlamda bildirici kodların edebi olmaktan çok işlevsel özellik gösterdiğinin ve kod paketi düzeninin bir iş yapış/ış yürütme modeli

⁶⁷⁴ *Ibid*, s.14-15.

⁶⁷⁵ Erel, **Bilgisayar Programları**, s.153; Arıkan, s332-33; Kaypakoğlu, s.126-127.

⁶⁷⁶ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 08.06.2016 https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf (01.12.2019); s.16.

olduğunun saptanması üzerine, uyuşmazlık konusu kullanımın artık telif hakkı koruması kapsamında kaldığı söylenemez.

Jüri, Google’ın sistemler arasında araişerliği sağlayabilmek için sadece bildirici kodu ve 37 adet kod paketinin yapı-sıralama-düzenini kullandığını, bu nedenle Google’ın kopyalamasının düzeyinin “gerekli” ölçüde kaldığını saptamıştır. Jürinin kullanımın gerekli ölçüde kaldığı saptaması yapması, araişerlik serbestisi üzerinde karar vermek adına yapılması gereken bir incelemedir. Yine hukukumuzda FSEK md.38/5’in 3. bendinde, benzer şekilde, kullanımın araişerliğin gerçekleştirilmesi için gerekli program parçaları ile sınırlı olması gerekmektedir. Bununla birlikte; jüri, uyuşmazlık konusu bildirici kodlar ve yapı-sıralama-düzenin Android işletim sisteminde kullanılmasının masaüstü ve dizüstü bilgisayar pazarında Oracle aleyhine bir sonuç oluşturmadığını belirtmiştir. Ayrıca Android işletim sisteminin oluşturulması öncesinde, Sun Microsystems’in Java API kodlarını OpenJDK adı altında özgür ve açık kaynak modelinde serbest kullanıma sunmuş olması sebebiyle herhangi bir kişinin herhangi bir lisans bedeli ödmeden OpenJDK altında aynı 37 paketi ve paketlerin yapı-sıralama-düzenini kopyalayabileceği vurgulanmıştır⁶⁷⁷. Ticari açıdan bakıldığında, jürinin ilk dayanak noktası olarak aldığı, Oracle’ın akıllı telefon pazarında mevcut olmaması hususunun Oracle’ın potansiyel girişimlerini kısıtladığı için isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan, daha önce Sun Microsystems’in aynı kod paketlerini, kamuya açık kaynak modelinde sunmuş olduğu faktörü göz önüne alındığında, Google’ın kullanımının Oracle’ın meşru menfaatini engellediğini belirtmek güçleşmektedir.

Oracle’ın iddialarından bir başkası, Google’ın kullanımlarının kötüniyet taşımaya ilişkindir. Google ve Sun Microsystems’in uzun süre lisans müzakereleri yürüttüğünü ancak müzakereler sonucunda herhangi bir anlaşmaya varamadığını, uyuşmazlığın arka planını ele alırken aktarmıştık. Oracle da, bu vakıadan hareketle, lisans alınması için müzakere yürütülmesine rağmen müzakereler sonucunda, Google’ın herhangi bir bedel ödmeden Java platformuna ait kod paketlerinin unsurlarını kullanmasının kötüniyet oluşturduğunu iddia etmiştir. Oracle’ın kötüniyet iddiasına ilişkin olarak, jüri kararı ile mahkeme, Google ve Sun Microsystems arasındaki müzakerelerin tüm Java platformunu olduğu gibi Android işletim sistemine

⁶⁷⁷ *Ibid*, s.17.

entegre etme yönünde olduğu, müzakerelerin başarı ile sonuçlanmaması üzerine Google'ın tüm platform yerine kullanımını sadece 37 paket ile sınırladığı ve Google'ın kendi uygulayıcı kodlarını yazdığı gerekçeleri ile kötü niyetin bulunmadığına hükmetmiştir⁶⁷⁸.

Yargılama sonucunda, jüri kararı ile mahkeme, Google'ın kullanımının ticari olduğuna ancak ticari kullanımın dönüştürücü nitelik taşıdığına, 166 paketten sadece 37 adedinin birçok yeni ve özgün kod paketi ile bir arada, farklı bir platform olan akıllı telefon ve tabletler için Android işletim sistemi ile kullanılmış olmasının adil kullanım teşkil ettiğine hükmetmiştir. Oracle, yerel mahkemenin ikinci yargılama sonucunda verdiği karara karşı usuli bir başka itirazda bulunmuştur. Oracle, A.B.D. Federal Hukuk Usulü Kanunun 59. maddesine⁶⁷⁹ dayanarak, mahkeme tarafından bazı delillerin dikkate alınmaması ve yanlış değerlendirmesinden dolayı yeniden yargılama talep etmiştir⁶⁸⁰. Oracle, mahkeme kararının sadece akıllı telefon ve tabletlerde kullanılan işletim sistemi ile sınırlı tutulduğunu ancak uyumsuzluğun mahkeme önüne taşındığı 2010 yılından itibaren akıllı telefon ve tablet haricinde, arabalarda, akıllı saatlerde, televizyonlarda ve ev eşyalarında kullanılan Android işletim sisteminin de yargılama kapsamına alınması gerektiğini öne sürmüştür. Mahkeme, yargılamanın karmaşıklığı nedeniyle uyumsuzluğu, davanın açıldığı tarihteki yargılama konusu ve kapsamı ile sınırlı tutmuş ve Oracle'ın ek taleplerinin ayrı bir dava ikame edilmesi suretiyle en baştan yargılama konusu yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁸¹.

Oracle yeniden yargılama talebinde, ayrıca tahkikat aşamasında eksik ve hatalı inceleme yapıldığını, Google kayıtlarının eksik incelendiğini, Google'ın bazı kayıtlarını gizlediğini öne sürmüştür. Mahkeme, tahkikat aşamasında yeterli incelemenin yapıldığına, Oracle'ın tüm kayıtlara eriştiğine ancak kendisinin öne

⁶⁷⁸ *Ibid*, s.18.

⁶⁷⁹ A.B.D. Federal Hukuk Usulü Kanunu md. 59:

“(1) *Grounds for New Trial. The court may, on motion, grant a new trial on all or some of the issues—and to any party—as follows:*

(A) *after a jury trial, for any reason for which a new trial has heretofore been granted in an action at law in federal court; or*

(B) *after a nonjury trial, for any reason for which a rehearing has heretofore been granted in a suit in equity in federal court.”*

⁶⁸⁰ A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 27.09.2016, <https://www.courtlistener.com/docket/4177532/2070/oracle-america-inc-v-google-inc/> (19.01.2020)

⁶⁸¹ *Ibid*, s.3-7.

sürdüğü iddiaların yetersiz olduğuna karar vermiştir⁶⁸². Oracle'ın yeniden yargılama talebinin dayanaklarından birisi ise, Harmony adlı açık kaynak projesinde Java API'lerinin entegrasyonunu yapan ve daha sonra Google'da çalışmaya başlayan Stefano Mazzochi'nin tanık olarak dinlenmemesi olmuştur. Mahkeme ise, Mazzochi'nin beyanlarının e-posta yazışması olarak dava dosyasında yer aldığını ve yargılama içerisinde değerlendirildiğini vurgulamıştır⁶⁸³. Yeniden yargılama talebinde Oracle, Avrupa Birliği Komisyonu yanıtının ve kendi hazırladığı pazar araştırması raporlarının yargılama kapsamında ele alınmadığını, bu nedenle uğradığı zararını kanıtlayamadığını öne sürmüştür. Mahkeme, anılan delillerin doğrudan veya dolaylı olarak Oracle veya Sun tarafından meydana getirildiğine, bu nedenle ispat gücünün bulunmadığına hükmetmiştir⁶⁸⁴. Yukarıda yer verilen gerekçelerle mahkeme, Oracle'ın yeniden yargılama talebini reddetmiştir⁶⁸⁵.

5.7. Temyiz Mahkemesi Federal Dairenin İkinci Kararı (2018)

Yerel mahkemenin ikinci kararı, hem Oracle hem de Google tarafından karşılıklı olarak temyize taşınmıştır⁶⁸⁶. Oracle, yerel mahkemenin nihai hükmünün kendi lehine bozularak yeniden yargılama yapılmasını talep etmiştir⁶⁸⁷. Google ise, yerel mahkemenin ilk verdiği kararın doğru olduğunu, bildirici kodların ve SSO olarak adlandırılan programın yapısı, sıralaması ve organizasyonunun telif hakları ile korunamayacağı argümanını yineleyerek temyiz mahkemesinin ilk kararını tekrar gözden geçirmesini talep etmiştir⁶⁸⁸. Dolayısıyla Google'ın temyiz talebi, kararın sonucuna değil hukuki gerekçesine ve bilgisayar programına tanınan telif hakkı koruması kapsamına ilişkin olmuştur⁶⁸⁹.

⁶⁸² *Ibid*, s.11-12.

⁶⁸³ *Ibid*, s.19.

⁶⁸⁴ *Ibid*, s.20-22.

⁶⁸⁵ *Ibid*, s.26.

⁶⁸⁶ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.7.

⁶⁸⁷ *Ibid*.

⁶⁸⁸ *Ibid*.

⁶⁸⁹ Temyiz mahkemesi kararında, 2014 tarihli ilk temyiz kararının tekrar incelenmesi talebini yerinde bulmamış, ayrıca Google'ın bu talebine ilişkin herhangi bir gerekçesinin bulunmadığını belirtmiştir. (*Ibid*, s.7).

Oracle, “*bir kere yaz (kodla), her yerde (platformda) çalıştır*” mottosuyla birlikte, Java platformunun daha fazla programcıyı kendine çekebilmesi amacıyla iki farklı lisanslama düzeni kullanmıştır. Bunlardan bir tanesi, Java’nın Open-JDK versiyonunun açık kaynak modeli ile kullanıma açılmasıdır⁶⁹⁰. Bu modelde açık kaynak lisans koşulları gereği kodlar, özgürce ve ücretsiz olarak programcıya sağlanmaktayken temel koşul, programcıların kodlarda yaptıkları değişikliklerin ve geliştirmelerin yine özgür ve ücretsiz olarak Java topluluğuna sağlanmasıdır. Diğer lisanslama modelinde ise, Java platformu API kodlarını kullanan programcıların rakip bir platform yaratması veya elektronik cihazlara kodları gömerek ticarileştirmesi karşılığında kendilerinden lisans bedeli alınmasıdır⁶⁹¹. Temyiz mahkemesi, Google ve Oracle arasındaki müzakerelerin, Google’ın Android işletim sistemini tüm mobil cihaz üreticilerine bila bedel olarak, kodların değiştirilmesi ve geliştirilmesi üzerinde herhangi bir kısıtlama olmadan sunmak istemesi sebebiyle ilerlemediğini vurgulamıştır. Google’ın bu yaklaşımının Oracle’ın “*bir kere yaz (kodla), her yerde (platformda) çalıştır*” mottosu ve felsefesi ile çeliştiği üzerinde özellikle durulmuştur⁶⁹².

Google, Android işletim sistemini, elektronik cihaz-telefon üreticilerine bila bedel ve herhangi kısıtlama olmadan açık kaynak lisansı ile sağlamakta ve tüm kaynak kodlarını paylaşmaktadır. Böylelikle birçok elektronik cihaz-telefon üreticisi firmayı kendine çekmekte, kendi ekosistemini oluşturmakta ve genişletmektedir. Bu sistem içerisinde Google, doğrudan Android işletim sistemi üzerinden gelir elde etmemekte ancak Google haritalar, arama motorları, sosyal medya platformları gibi Google servislerinin Android işletim sistemi içerisinde yer alması, cihazlarda kendiliğinden yüklü olarak nihai kullanıcıya sunulması sağlanmaktadır. Böylelikle; daha fazla akıllı telefon sahibi, Google servislerini kullanmakta ve Google tarafından yayınlanan reklamlar daha büyük kitlelere gösterilebilmektedir. Temyiz mahkemesi, kararında, Google’ın bu model ile 42 milyar USD reklam geliri elde ettiğini⁶⁹³ ve bu düzen

⁶⁹⁰ Özgür ve açık kaynak modeli ve lisans koşullarına ilişkin detaylı açıklama ve değerlendirmeler dördüncü bölümde ele alınacaktır.

⁶⁹¹ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.9.

⁶⁹² *Ibid*, s.10.

⁶⁹³ Google’ın Türkiye’deki gelirleri açısından inceleme yapıldığında, Rekabet Kurumu, Google’ın gelirlerin %90’ının reklamlardan elde ettiğini saptamıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu

karşısında Oracle'ın lisans stratejisinin ayakta kalmakta zorlandığını ifade etmiştir⁶⁹⁴. Java müşterilerinin Android'e geçtiği ve hatta bazı müşterilerinin Android'e geçme tehdidi ile lisans ücretlerinde indirim yapılmasını talep ettiği ortaya konulmuştur. Buna örnek olarak; dosyada yer alan ve Oracle tarafından sunulan delillerle, Amazon'un elektronik kitap okumak için ürettiği Kindle cihazları için Oracle'dan indirim alamayınca Android'e geçtiği ve daha sonra Android işletim sistemini kullanmaya devam etme kozunu kullanarak Oracle'a lisans ücretlerinde indirim yaptırdığı görülmektedir. İlgili vakıalara ilişkin delillerin, jüri tarafından da bilindiği vurgulanmıştır⁶⁹⁵.

Google, Android işletim sisteminin bila bedel kullanıma açık olması sebebiyle kullanımının ticari amaçlı olmadığını, ayrıca Google'ın reklam gelirlerinin Google arama motorundan kaynaklandığını ve bu durumun Android işletim sisteminden çok daha önce ortaya çıktığı öne sürmüştü ve Oracle'ın iddialarının dayanaksız olduğunu belirtmiştir⁶⁹⁶. Temyiz mahkemesi, Google'ın mali stratejisini ele alarak bu stratejinin işletim sistemi pazarına zarar verdiğini, Google tarafından hedeflenen araişlerliğin teknik olmadığını ancak ticari araişlerlik olarak adlandırılabilceğini ifade etmiştir⁶⁹⁷.

Kanaatimizce, davanın hukuk politikası açısından en büyük açmazı, bu noktada toplanmaktadır. Bir yandan araişlerliğin teknolojik anlamda rekabetin sağlanması için gerekli olduğunu savunurken diğer taraftan araişlerlik serbestisinden yararlanması gerektiğini düşündüğümüz Google'ın, işletim sistemi pazarında hâkim durumunu koruma ve rekabeti önleme yönünde faaliyetler göstermesi, büyük bir ikilem yaratmaktadır. Ülkemizde de, Rekabet Kurumu tarafından yürütülen soruşturma sonucunda, Google'ın rekabeti önlediği ve hâkim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir⁶⁹⁸.

Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, 17.02.2020, s.9.

⁶⁹⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.10.

⁶⁹⁵ *Ibid*, s.11.

⁶⁹⁶ *Ibid*, s.29.

⁶⁹⁷ *Ibid*, s.11.

⁶⁹⁸ Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, 17.02.2020).

Bu karara, genel değerlendirmelerimizi açıklarken ayrıca değineceğiz.

Google'ın oluşturduğu ekosistem kapsamında, ilk adımda, Android işletim sistemi akıllı telefon üreticilerine ücretsiz olarak sunulmakta, üreticiler yazılım maliyetlerinden kurtulmakta ve böylelikle Android işletim sistemi, daha fazla akıllı telefon içerisinde yer almaktadır. İkinci adımda ise, kullanıcıların farklı markalarda telefonlara sahip olmalarına rağmen aynı işletim sistemini kullanması ile Android işletim sistemine alışmaları sağlanmakta, hatta kullanıcıların telefon markaları arasında geçiş yapmasına rağmen aşına oldukları Android işletim sistemini kullanmaya devam etmelerine imkân tanınmaktadır. Buraya kadar ele alınanlar, Google'ın akıllı telefon pazarında nasıl yaygınlaştığını ve piyasada hâkim duruma nasıl geldiğini aktarmaktadır⁶⁹⁹. Google, Android işletim sistemini donanım üreticilerine sunarken, Google Play uygulama mağazası, Google Play Hizmetleri, Google Mobil Hizmetler Paketi olarak tüm Google servislerinin akıllı telefonlarda fabrika çıkışı olarak yüklü olmasını ve nihai kullanıcılara bu şekilde satılmasını şart koşturmaktadır⁷⁰⁰. Bu durumda piyasaya yeni girmeye çalışan bir işletim sistemi yazılımı sağlayıcısının Google gibi dev bir şirket ile rekabet etmesinin imkânsız olduğu, donanım üreticilerine işletim sistemini bedelli olarak kullandırarak veya dolaylı başka yöntemlerle gelir elde etmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Tüm bunlara rağmen Google'ın, rekabeti önleyen ve hâkim durumunu kötüye kullanan eylemleri rekabet hukukunun konusunu teşkil etmekte ve rekabetin sağlanması amacıyla telif hakları dâhilinde rekabeti kısıtlayacak yaklaşımların benimsenmemesi gerekmektedir. Kanımızca, rekabet hukuku dâhilindeki bir sorunun çözümü için telif hakları kapsamında bir kurumun feda edilmesi isabetli olmayacaktır. Google'ın eylemlerine karşı, telif hakları altında araişerlik serbestisinin kapsamını sınırlamak yerine, rekabet hukuku kapsamında idari önlemlerin alınması gerektiği kanaatindeyiz.

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Dairesi, uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için dört noktanın değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bunlar; (i) bildirici kodların neler olduğu ve bunların Java SE ve Android işletim sistemindeki yerleri, (ii) kaç satır kodun Google tarafından kopyalandığı, (iii) Google açısından API paketlerinin başka türlü yazılması olanağının bulunup bulunmadığı, (iv) Google'ın

⁶⁹⁹ Rekabet Kurumu kararında, Apple'ın kendi işletim sistemini yapmasından dolayı cihazları için işletim sistemi talebi olmadığı ve bu noktada mobil cihazlara işletim sistemi sağlama noktasında Türkiye'de rakipsiz olduğunu saptamıştır. (bkz. Rekabet Kurumu Kararı, para.124)

⁷⁰⁰ *Ibid*, para. 194 vd.

API paketlerini kullanmasındaki amaç ile Java için yaratılma amacının aynı olup olmadığıdır⁷⁰¹.

Temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin tespitinin aksine, Google'ın kullanımını dönüştürücü nitelikte bulmamıştır. Bu değerlendirmenin dayanağı olarak, Google'ın API paketlerini kullanımındaki amacın, Java platformundaki kullanım ile aynı olması, Google'ın ifade biçiminde herhangi bir değişiklik yapmaması, akıllı telefonların yeni ve farklı bir bağlam oluşturmaması gösterilmiştir⁷⁰². Yukarıda yerel mahkeme kararını ele aldığımızda belirttiğimiz üzere, araışlerlik serbestisi kapsamındaki gerçekleştirilen kullanım işlevsel özellik göstermektedir. Dolayısıyla işlevsel özellikte bir kullanımın dönüştürücü özellik göstermesinin aranması veya başka şekillerde ifade edilip edilmemesinin mümkün olup olmadığının ele alınması isabetli değildir. Kanımızca adil kullanım hakkı ile araışlerlik serbestisinin gerekçe ve kapsamının birebir aynı olmadığı ortaya konulmalıdır. Adil kullanım kapsamında aranan dönüştürücü özellik, araışlerlik serbestisi için aranmamalıdır. Araışlerlik serbestisinin kaynağı teknik gereksinimler olması sebebiyle dönüştürücü özellik göstermesi veya yeni bir ifade biçimi kullanılması beklenemez. Araışlerlik serbestisinin temel amacı, programların birbiriyle uyumlu veya ikame edilebilir şekilde fonksiyon göstermesinin sağlanmasıdır.

Temyiz incelemesi kapsamında tartışılan önemli araışlerlik kararlarından biri, Sony Playstation davasında verilen karar olmuştur⁷⁰³. Sony, sahibi olduğu Playstation oyun konsoluna başka firmaların oyun yaratmasını engellemek istemiştir. Buna rağmen Connectix şirketi, tersine mühendislik yaparak Sony'nin kaynak kodlarına erişmiş ve Sony Playstation oyun konsoluyla uyumlu oyun yazmaya başlamıştır. Sony davasında temyiz mahkemesi, davalı şirketin tersine mühendislik işleminin ve araışlerliği sağlamaya yönelik eylemlerinin adil kullanım teşkil ettiğine hükmetmiştir⁷⁰⁴. *Oracle v Google* davasında ise, Google'ın kullanımının Connectix'in

⁷⁰¹ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.27.

⁷⁰² *Ibid*, s.33.

⁷⁰³ *Ibid*, s.34.

⁷⁰⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000), <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf>, (27.01.2020).

kullanımından farklı olduğu, Connectix'in kullanımında oyunların Playstation konsollarından farklı bir platformda, şahsi bilgisayarlarda oynanmasını sağlaması gibi dönüştürücü özelliğin⁷⁰⁵ bulunmadığı ve salt araişlerlik amacı taşımadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır⁷⁰⁶. Temyiz mahkemesi, dönüştürücü bir kullanım olması için orijinal eserden farklı bir amaç taşımanın ya da orijinal eserde yer alan ifade, anlam ve iletilen mesajın değiştirilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰⁷. Bu değerlendirme ile araişlerliğin ikame edilebilir⁷⁰⁸ olma fonksiyonu göz ardı edilmiştir. Sony davasında yer alan araişlerlik fonksiyonu bağlantı kurma fonksiyonudur, bu fonksiyon dâhilinde oyun konsolu ve oyun arasındaki bağlantı kurulmuştur. Bununla birlikte, araişlerliğin diğer fonksiyonu olan ikame edilebilir olma, Google'ın kullanımında görülmektedir.

Temyiz mahkemesi tarafından dönüştürücü kullanıma bir başka örnek olarak ise, Google'ın bir başka alandaki kendi kullanımı gösterilmiştir. Google arama motorunda fotoğrafların ön izleme görsellerini⁷⁰⁹ kullanması, başka bir A.B.D. mahkemesi kararında ele alındığı üzere dönüştürücü kullanım olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar Google, arama motorunun fotoğraflar kısmında, ön izleme versiyonlarında fotoğrafların birebir aynısını kullansa da, kullanım amacının ve bağlamının farklı olması sebebiyle dönüştürücü kullanım olduğu sonucuna varılmıştır⁷¹⁰. Fotoğrafların küçük boyutlarda ve ön izleme amacıyla gösterilmesi ile fotoğrafların orijinal boyutlarda gösterilmesinin farklı işlevlere sahip olduğu vurgulanmıştır⁷¹¹. Bu örnekten farklı olarak, Google'ın Java API kullanımlarının ise dönüştürücü bir nitelik göstermediği ifade edilmiştir.

⁷⁰⁵ Bkz. s.125.

⁷⁰⁶ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.34.

⁷⁰⁷ *Ibid*, s.37.

⁷⁰⁸ Bkz. s.114 vd.

⁷⁰⁹ *Thumbnail*.

⁷¹⁰ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Leslie A. Kelly v Arriba Soft Corporation*, 336 F.3d 811, No. 00-55521, 10.09.2001, <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/KellyvArriba%289C2003%29.htm> (27.01.2020).

⁷¹¹ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (25.01.2020), s.38.

Temyiz mahkemesi, Google'ın kullanımının hayli ticari özellik gösterdiği ve dönüştürücü niteliğe sahip olmadığı vakıalarının jüri tarafından değerlendirilmediği, dolayısıyla Google'ın kullanımının kötü niyetli olduğunun hatalı olarak tespit edilemediği sonucuna varmıştır⁷¹². Google'ın kendi kodlarını yazarak aynı işlevleri sağlayabilmesi teknik olarak mümkünken kullanımına dönüştürücü nitelik kazandırmamasının bilinçli bir tercih olduğu ve bunun altında yatan nedenin, programcıların alışkanlıklarından yararlanarak Android işletim sistemini daha tercih edilebilir hale getirme niyeti olduğu belirtilmiştir⁷¹³. Bu nedenlerle, Google'ın kodları kopyalamasının temelinde araişerliğin sağlanması yatmadığı, Java dilinin programcılar arasında bilinmesi ve kullanılması sebebiyle alışılmış olduğu, Google'ın bu alışkanlığı, kendi ticari faydası için kullandığı, araişerlik ve adil kullanım istisnalarının bu gibi bir amaca hizmet etmek için öne sürülemeyeceği hususlarının altı çizilmiştir⁷¹⁴. Ayrıca, Java API kod paketlerindeki 170 satır kodun kullanmasının teknik açıdan zaruri olduğunun tespit edilmesine rağmen Google'ın bunun haricindeki 11.500 satır kodu kopyalamasının adil kullanım sınırını aştığı vurgulanmıştır⁷¹⁵.

5.8. İkinci Yüksek Mahkeme İncelemesi (2020-2021)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire kararı üzerine Google, 24.01.2019 tarihinde A.B.D. Yüksek Mahkemesine kararın bozulması talebiyle başvurmuştur⁷¹⁶. Google, dilekçesinde Yüksek Mahkemenin değerlendirmesi için iki soru yöneltmiştir. Bunlardan ilki, bilgisayar programlarına sağlanan telif hakkı korumasının program arayüzlerini kapsayıp kapsamadığı; ikincisi ise, ilk derece mahkemesinde, jürinin de kanaat getirdiği üzere, Google'ın yeni bir program geliştirmek amacıyla Java program arayüzlerini kullanmasının adil kullanım teşkil edip etmediği olmuştur⁷¹⁷.

⁷¹² *Ibid*, s.42.

⁷¹³ *Ibid*, s.45-46.

⁷¹⁴ *Ibid*, s.47.

⁷¹⁵ *Ibid*, s.46.

⁷¹⁶ A.B.D. Yüksek Mahkeme dosya kayıtları, No:18-956, <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html>, (15.02.2020).

⁷¹⁷ Google tarafından A.B.D. Yüksek Mahkemesine sunulmuş 24.01.2019 tarihli dilekçe, Petition For a Writ of Certiorari, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf, s.I.

Oracle, 27.03.2019 tarihinde Google'ın başvurusuna karşı itirazlarını sunmuştur⁷¹⁸. Oracle da dilekçesinde, iki adet soruyu Yüksek Mahkeme değerlendirmesine yöneltmiştir. İlk soru, orijinal ve yaratıcı olduğu Google tarafından da kabul edilen, aynı işlevi yerine getirmek üzere kullanılan ve farklı şekilde ifade imkânı olan Java platformu kodlarının, telif hakkı koruması altında olup olmadığının değerlendirilmesidir. İkincisi ise, Google'ın kendi kodlarını yazma imkânı varken Oracle'ın kullanıcı kitlesini kendine çekmek için kendi platformunda Oracle kodlarını kullanmasının ve böylelikle, Oracle'ın elde edebileceği ticari gelirlerden mahrum kalmasının adil kullanım teşkil edip etmediği olmuştur⁷¹⁹.

Yüksek Mahkeme dosyasına, içlerinde Microsoft, IBM, Mozilla, Python gibi şirketlerin, A.B.D. resmi devlet kuruluşlarının, akademisyenler ve sektör uzmanlarının da bulunduğu 40'ı aşkın görüş raporu sunulmuştur⁷²⁰. Görüşlerin büyük bir çoğunluğu, Yüksek Mahkemenin Google lehine karar vermesi yönünde olup Oracle lehine karar verilmesi halinde sadece bilgisayar programlarının değil, topluca dijital sistemlerin olumsuz etkileneceği bir sonucun ortaya çıkacağı vurgulanmıştır. A.B.D. Başsavcılık Makamı tarafından 27 Eylül 2019 tarihinde, A.B.D. hükümeti adına sunulan görüşte ise, Oracle desteklenmiş ve değerlendirme talebinin reddedilmesi yönünde görüş verilmiştir. A.B.D. Yüksek Mahkemesi ise, 15 Kasım 2019 tarihinde, Google'ın kararı değerlendirme talebini kabul etmiş ve dosyayı incelemeye almıştır. Yüksek Mahkeme, ilk başta, duruşmalara 24 Mart 2020 tarihinde başlanacağını duyurmuş ancak sonrasında ertelemek zorunda kalmıştır⁷²¹.

Tüm dünyada yaşanan Covid-19 salgını nedeniyle Yüksek Mahkeme, duruşmalarını ertelemiş ve nihai kararını vermesi, 5 Nisan 2021 tarihini bulmuştur⁷²². Yüksek Mahkeme heyeti içerisinde karşıt görüşler ortaya çıkmasına, hâkimlerden

⁷¹⁸ A.B.D. Yüksek Mahkeme dosya kayıtları, No:18-956, <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html>, (15.02.2020).

⁷¹⁹ Oracle tarafından A.B.D. Yüksek Mahkemesine sunulmuş 27.03.2019 tarihli dilekçe, Brief In Opposition, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf, (15.02.2020), s.i.

⁷²⁰ 14 Şubat 2020 tarihine kadar 44 adet farklı görüş raporu sunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. A.B.D. Yüksek Mahkeme dosya kayıtları, No:18-956, <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html>, (15.02.2020).

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021).

Clarence Thomas'ın itirazları ve hâkim Samuel Alito'nun katılımı ile yazdığı karşı oya ⁷²³ rağmen, Yüksek Mahkeme kararı, oy çokluğu ile Google lehine sonuç doğuracak şekilde olmuştur. Kararda, program arayüzlerinin telif hakkı koruması altında yer aldığı belirtilmiş ancak Google'ın Java kodlarını kullanması, adil kullanım olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla sonuç, her ne kadar Google lehine olsa da, Google'ın yönelttiği sorulardan ilkinе ilişkin verilen karar, Google'ın iddia ettiğinin aksine, program arayüzlerinin telif hakkı korumasından yararlanacağı yönündedir.

Yüksek Mahkeme kararında, hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerden önce, teknik açıklamalar ile başlamış, tarafların platformları ve kodlarını teknik yönlerden ele almıştır. Bu bağlamda; API'lerin işleyişi ve niteliği üzerinde durulmuş, uygulayıcı kod ve bildirici kod ayrımı yapılmış, bu kod türlerinin nasıl işlev gösterdiği değerlendirilmiştir. Kararda daha sonra, hukuki açıklama ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından API'lerin telif hakkı koruması kapsamında olduğu ve akabinde Google'ın kullanımının adil kullanım teşkil edip etmediği değerlendirmesi yapılmış, bu değerlendirme için A.B.D. Telif Hakları Yasasında yer alan dört kıstas ayrı ayrı ele alınmıştır. Biz de Yüksek Mahkeme kararı doğrultusunda önce teknik hususları, daha sonra hukuki hususları ele alacağız. Hukuki hususları ele alırken, karşı oy yazısında getirilen eleştirilere, ilgili noktalarda ayrı ayrı yer vereceğiz.

Yüksek Mahkeme kararında, API'ler Temyiz Mahkemesinin yaptığı tanıma benzer şekilde tanımlamış; API'lerin belirli temel fonksiyonları yerine getirmek için önceden yazılmış kodlar olduğu ve bu kodların programcılara tekrar tekrar aynı kodları baştan yazma zahmetinden kurtararak önceden yazılmış bu kodları kendi programına yerleştirme imkânı tanıdığı belirtilmiştir⁷²⁴. API'lerin, programcılık dünyasında, belirli fonksiyon ve görevleri, sınıflandırarak düzenlediği ve programcılarının bu sınıflandırma ve düzen içinde, kendi yazdıkları programlarda yerine getirilmesini istedikleri görevleri, API'ler vasıtasıyla programlarında kullandığı ifade edilmiştir⁷²⁵.

⁷²³ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf , (11.04.2021), 1-19.

⁷²⁴ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.3.

⁷²⁵ *Ibid*, s.4.

Bilgisayar programları birçok farklı ve girift işlevi yerine getirmekte, bu işlevlerin ise kendi içerisinde bir sınıflandırmaya ve düzene ihtiyacı bulunmaktadır. Dava konusu Java programında, her bir özel göreve, “metot”⁷²⁶ adı verilmekte; API’ler vasıtasıyla birbirine benzer olan metotlar, “sınıflar”⁷²⁷ altında toplanmakta ve benzer sınıflar da, “paketler”⁷²⁸ olarak gruplandırılmaktadır. Yüksek Mahkeme tarafından, Java’da bulunan metot-sınıf-paket düzeni, yukarıda ele aldığımız üzere⁷²⁹, programın yapı, sıralama ve organizasyonu olarak değerlendirilmiştir⁷³⁰.

Bilgisayar programının yerine getireceği her bir görev, Java programında yer alan adıyla her bir metot, daha önce yukarıda ele aldığımız uygulayıcı kodlar vasıtasıyla yerine getirilmektedir⁷³¹. Uygulayıcı kodlar, programcılar tarafından özgün olarak yazılmaktadır. Yüzlerce ve hatta binlerce görevi yerine getiren bilgisayar programlarında, bu görevlerin, yani metotların sınıflandırılması, öncelik sırasına konulması ve yerlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Daha sonra bu görevlerin, Java programındaki adıyla metotların yerinin tespit edilip işleme konulması ise API’lerin bir parçası olan bildirici kodlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Programcı tarafından komut verilen belirli bir görevin yerinin tespit edilip tetiklenmesi, API’lerin içerisinde bulunan önceden yazılmış bildirici kodlarla, ilgili komutların eşleşmesi sayesinde gerçekleşmektedir⁷³².

Yüksek Mahkeme’ye göre, dava konusu Java API’lerinin iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır⁷³³. Bunlardan ilki, Java API’lerin programcılar için bir kısayol sağlamasıdır. Programcılar, basit bir komut kısaltması öğrenerek API kütüphanesi içerisinde yer alan belirli bir görevin yerine getirilmesini sağlayabilmekte, baştan aşağı tüm işlevin nasıl yerine getirileceğini öğrenmek zorunda kalmamaktadır. Yüksek Mahkeme buna örnek olarak, sürücülerin sadece gaz pedalının yerini bilerek arabayı hızlandırabilmelerini, arabanın içindeki tüm mekanizmanın nasıl çalıştığını öğrenmek

⁷²⁶ *Method.*

⁷²⁷ *Classes.*

⁷²⁸ *Packages.*

⁷²⁹ Bkz. s.107.

⁷³⁰ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.4.

⁷³¹ Uygulayıcı kodlara ilişkin detaylı açıklama için bkz. s.160 vd.

⁷³² A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.5.

⁷³³ *Ibid.*

zorunda kalmamalarını göstermektedir⁷³⁴. İkinci önemli fonksiyon ise, bildirici kodların sınıflandırma ve gruplandırma görevi görmesi ile bunun işlerliğini sağlayarak düzenleyici olmasıdır⁷³⁵. Yüksek Mahkeme, hukukçular gibi, teknik bilgiye sahip olmayan kişiler için bu düzenleyici fonksiyonu, bir dosya dolabı içerisindeki belirli bir çekmecenin içinde bulunan belirli bir yemek tarifine benzeterek ele almıştır⁷³⁶. İçerisinde farklı yemek tarifleri bulunan bir dolaptan, bir robot vasıtasıyla belirli bir çekmecedeki, belirli bir yemek tarifinin alınıp mutfaktaki aşçıya götürülmesi ile API'lerin işleyişi ortaya konmaya çalışılmıştır. Benzetmede yer alan dolapta, her bir yemek tarifi, özgün olarak bilgisayar programcıları tarafından yazılan uygulayıcı kodlardır. Belirli bir yemek tarifini belirli bir çekmecedan alıp mutfakta bulunan aşçıya gönderilmesine yarayan robot ise, önceden yazılmış API'lerin bildirici kodlarına karşılık gelmektedir. API bildirici kodları, bilgisayar programı içerisinde özgün yazılmış olan uygulayıcı kodların yerini belirleyerek işletmesi için bilgisayara iletmektedir⁷³⁷.

Yüksek Mahkeme Java API'lerinin işleyişini ele aldığı gibi, Android platformunun niteliğini ve programcıların Java API diline alışık olması hususunu da değerlendirmiştir. Bu kapsamda Android platformu, programcılara yeni uygulama ve programlar geliştirebilmek için sağlanan bir altyapı, bir çeşit fabrika üretim bandına benzetilmiştir⁷³⁸. Google, Android platformunu programcılara açık ve ücretsiz tutmak suretiyle programcıların platformun sağladığı altyapıyı kullanarak yeni uygulamalar geliştirmesini, günden güne platform üzerinde bulunan uygulama sayısının artmasını ve böylelikle nihai kullanıcılar için Android işletim sistemli telefonların daha cazip olmasını hedeflemiştir⁷³⁹. Bilgisayar programcıları ise, o yıllara kadar bulunmayan akıllı telefon uygulamalarından önce, çoğunlukla masaüstü ve dizüstü bilgisayarlar için program geliştirmekte ve bu programları geliştirirken Java platformunu kullanmaktaydı. Bu nedenle programcılar, Java içerisindeki görev/metot komutlarına (kısayollarına) alışkındı. Google ise, programcıların alışkın olduğu ve öğrendikleri

⁷³⁴ *Ibid*, s.6.

⁷³⁵ *Ibid*, s.6.

⁷³⁶ *Ibid*, s.6-7.

⁷³⁷ *Ibid*, s.7.

⁷³⁸ *Ibid*, s.2.

⁷³⁹ *Ibid*.

kısayol komutlarını kullanabilme imkânı tanımak için Java API'leri içerisinde yer alan 37 adet bildirici kod paketini kopyalamış ve Android platformunda kullanmıştır⁷⁴⁰.

Yüksek Mahkemenin kararında yer alan temel karşılaştırma ve Google'ın Java kodlarından 37 paketi birebir kopyalamış olması, karşı oyda önemli bir tepki ve eleştiri almıştır. Hâkim Thomas ve Alito, Java programıyla yıllarca süren bir çalışmanın yürütüldüğünü, bu çalışma sonucunda birçok programcı için cazip bir platform oluşturulduğunu, Google'ın ilk başta lisans alabilmek için görüşme yürüttüğünü ancak görüşmelerin olumsuz sonuçlanması sebebiyle 11.500 satır kodu kopyaladığını, bu nedenle Oracle'ın Amazon ile anlaşmasının %97,5 değer kaybettiğini ve bu etkenler altında Google'ın mobil telefon pazarını domine ettiğini ifade etmektedir⁷⁴¹.

Yüksek Mahkeme, bilgisayar programlarının neredeyse tamamen işlevsel amaçlı olması sebebiyle diğer edebi eser türlerinden, kitaplar ve filmler gibi başkaca eserlerden farklılık gösterdiğini belirtmektedir⁷⁴². Bilgisayar programlarının diğer eser türlerinden farklı olarak işlevsel özellik göstermesi nedeniyle hangi unsurların, telif koruması altında olacağının belirlenmesinde zorluk yaşanmaktadır. Telif hakları yasaları ile asıl hedeflenenin, eser vücuda getiren eser sahiplerine bir ödül vermekten çok, yeni eserler üretmek için teşvik sağlanması ve böylelikle bilim ve sanatta ilerleme görülmesi olduğunun altı çizilmektedir⁷⁴³. Bu bilgiler ışığında, bildirici kodların ve uygulayıcı kodların farklı işlevler gösterdiği, uygulayıcı kodların farklı işlevleri farklı şekillerde yerine getirme fonksiyonu varken, bildirici kodların da farklı yönlerde yaratıcılık gerektirdiği ifade edilmiştir. Özellikle, Java API'leri vücuda getirilirken farklı seçenekler arasından yaratıcı olabilecek seçimler yapıldığı, komut başlıklarının kolay bir şekilde akılda kalabilecek kelimelerden seçildiği belirtilmiştir⁷⁴⁴.

Google'ın API'lerde fikir ve ifadenin birleşmiş olduğu, bu nedenle API'lerin birleşme doktrini doğrultusunda telif hakkı koruması altında olmayacağı yönündeki

⁷⁴⁰ *Ibid*, s.8.

⁷⁴¹ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (11.04.2021), s.1.

⁷⁴² A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.16.

⁷⁴³ *Ibid*, s.11 vd.

⁷⁴⁴ *Ibid*, s.23.

argümanına karşı oyda eleştiri getirilmiştir. Hâkim Thomas ve Alito, Microsoft ve Apple gibi rakiplerinin kendi bildirici kodlarını yazabildiğini, Google'ın da aynı şekilde bildirici kodlarını yazabileceğini, Java platformunun API bildirici kodlarını kopyalamasının teknik bir zorunluluk olmadığını ve başka şekillerde ifadenin gerçekleşebileceğini, bu sebeplerle birleşme doktrinin uygulanamayacağını ifade etmiştir⁷⁴⁵.

Yüksek Mahkeme, bildirici kodların, bilgisayar programının bir parçası olarak telif hakkı koruması altında olacağı ancak çoğunlukla programların düzeni, genel sistemi ile iç içe geçtiğini ve telif hakkı koruması dışında olan fikirlerle çevrelendirildiğini dile getirmiştir⁷⁴⁶. Bu özelliği sebebiyle API'lerin bildirici kodlarının, uygulayıcı kodlara ve diğer eser türlerine kıyasla, telif haklarının özüne uzak bir eser türü olduğu öne sürülmüştür⁷⁴⁷. Karşı oyda ise, bu argüman eleştirilmiş tüm eserlerin ve eser türlerinin fikirlerle iç içe ve yakın olduğu ifade edilmiştir. Örneğin kitapların bölüm bölüm yazılmasının, dipnotlar ve diyaloglar içermesinin telif hakları ile korunan özellikler olmadığı, yine de bu unsurlar kullanılarak yazılan kitapların, "telif haklarının özüne uzak olma" sonucuna sebep olmadığı ifade edilmiştir⁷⁴⁸. Karşı oyda, bu değerlendirme ile Yüksek Mahkemenin bildirici kodları ikinci plana atan bir yaklaşım sergilediği, bildirici kodlara tanınan korumanın kapsamının daraltıldığı ve anlamsızlaştırıldığı, ayrıca kanun koyucunun iradesinin sınırlandırıldığı belirtilerek eleştirilmiştir⁷⁴⁹.

A.B.D. hukukunda, adil kullanımın tespitinin, jürinin görev alanına giren vakıalar ile mi ilgili olduğu, yoksa tamamen hukuki bir niteleme mi olduğu, Yüksek Mahkeme kararında ele alınmıştır⁷⁵⁰. Adil kullanımın vakılardan oluşan kısmı ile hukuki bölümünün birbirinden ayrılması, vakıaların jüri tarafından oylanması ancak

⁷⁴⁵ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (11.04.2021), s.7.

⁷⁴⁶ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.22.

⁷⁴⁷ *Ibid*, s.24.

⁷⁴⁸ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (11.04.2021), s.10.

⁷⁴⁹ *Ibid*, s.10.

⁷⁵⁰ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.19.

yasada yer alan dört kıstasın hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁷⁵¹. Adil kullanımın tespiti için, A.B.D. Telif Hakları Yasası md.107’de yer alan dört kıstasın, (i) dava konusu kullanımın amaç ve niteliğinin belirlenmesi, kullanımın ticari mi yoksa kar amacı gütmeyen eğitimsel amaç mı taşıdığının değerlendirilmesi, (ii) kullanılan eserin mahiyetinin göz önüne alınması, (iii) söz konusu kullanımın, eserin bütününe kıyasla miktar ve esaslılık açısından ele alınması ve (iv) kullanımın eser ve eserin potansiyel pazarı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi olduğunu yukarıda ele almıştık⁷⁵². Sayılan kıstasların hepsinin bir arada değerlendirilmesi gerekmekte ancak adil kullanım kararı verebilmek için hepsinin kümülatif olarak bir arada bulunması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkeme, adil kullanımın tespiti için öncelikle, kanunda sayılan ikinci kıstası ele almış ve kopyalanan kodun mahiyeti üzerinde durmuştur. Google tarafından Java API’lerinin uygulayıcı kodları kopyalanmamış sadece bildirici kod kısımları kopyalanmıştır. Bildirici kodların, uygulayıcı kodlara kıyasla çok daha işlevsel özellik gösterdiği ve telif kapsamı dışında olan fikirlerle iç içe geçtiği belirtilmiştir⁷⁵³. Bu yönü sebebiyle kopyalanan bildirici kodların bilgisayar programlarına sağlanan telif korumasının özüne daha uzak olduğu sonucuna varılmıştır⁷⁵⁴. Yüksek Mahkemenin bu saptamasına, karşı oy yazısında itiraz edilmiş, kararın sonucuna ve tüm analize etki eden temel sorunun bu niteleme olduğu belirtilmiştir⁷⁵⁵. Bildirici kodların, uygulayıcı kodlardan daha az bir değere sahip olmadığı, kanun koyucunun bildirici kodları daha az koruma yönünde bir irade göstermediği eleştirileri getirilmiştir⁷⁵⁶.

Adil kullanım için Yüksek Mahkemenin ikinci olarak ele aldığı kıstas, Google tarafından gerçekleştirilen kullanımın amacı ve niteliği olmuştur. Google’ın kullanım amacının ticari nitelikte olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte; Yüksek Mahkeme, ticari olmayan kullanımların, adil kullanımın tespitinde daha fazla ağır bastığını ancak

⁷⁵¹ *Ibid*, s.19.

⁷⁵² Adil kullanım kıstasları için bkz. s.125.

⁷⁵³ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.23-24.

⁷⁵⁴ *Ibid*, s.24.

⁷⁵⁵ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf , (11.04.2021), s.11.

⁷⁵⁶ *Ibid*, s.10.

bu durumun, tüm ticari kullanımları adil kullanım kapsamı dışına çıkarmayacağını belirtmiştir⁷⁵⁷. Böylelikle; kullanımın ticari olmasına rağmen diğer kıstaslarla birlikte göz önüne alındığında, adil kullanım teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır⁷⁵⁸. Kullanım niteliğinin ise, dönüştürücü özellik gösterip göstermediği önem taşımaktadır⁷⁵⁹. Bu noktada Yüksek Mahkeme, kullanımın yeni ve önemli bir katkı sağlaması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶⁰. Google kopyaladığı kodları, yeni ve farklı özellikler gösteren bir platform yaratılması için kullanmıştır, Yüksek Mahkeme, bu kullanımın telif hakkı yasaları ile hedeflenen ilerleme sağlama ilkesine uygun düşüğünü vurgulamıştır⁷⁶¹. Kararda, Google'ın tamamen yeni ve özgün uygulayıcı kodlarla farklı işlevleri gerçekleştiren bir platform kurduğu, bu platformun apayrı bir programcılık ortamı oluşturduğu, platformun sadece akıllı telefonlar için kullanıldığı, Google'ın limitli olarak kopyaladığı Java bildirici kodlarının ise sadece, programcılar yeni bir programlama dili öğrenme külfetinden kurtardığı saptamaları yapılmıştır⁷⁶².

Yüksek Mahkeme, iki programın birbirleriyle iletişim yürütebilmesi için arayüzlerin, ortak kodlar kullanmasının gereklilik olduğu yönünde jüriye yeterli delil sağlandığını, API kodlarının araişerliğin sağlanabilmesi için yazılım sektöründe sıklıkla kopyalanarak yeniden kullanıldığını, dava kapsamında API kodlarının değiştirilmesi halinde yazılımın çalışmayacağını ya da programın çalışması için programcılarının tamamen yeni bir dil öğrenmeleri gerekeceğini ifade etmektedir⁷⁶³. Hatta Java programını geliştiren Sun Microsystems şirketi yöneticilerinin, Java programını geliştirirken, başkaları tarafından önceden yazılmış standart arayüz kodlarını da kullandığını kabul ettiğini ve Android işletim sistemi içinde Java API kodlarının kullanılmasının Java'nın yaygınlaşması açısından yararlı olduğunu açıkladıklarını vurgulamaktadır⁷⁶⁴. Mahkeme anılan nedenlerle; bu kıstas açısından

⁷⁵⁷ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.27.

⁷⁵⁸ *Ibid*, s.27.

⁷⁵⁹ Dönüştürücü nitelik için bkz. s.125.

⁷⁶⁰ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.24.

⁷⁶¹ *Ibid*, s.25.

⁷⁶² *Ibid*, s.26.

⁷⁶³ *Ibid*, s.26.

⁷⁶⁴ *Ibid*, s.26.

Google'ın Java kodlarını kullanımının dönüştürücü özellik gösterdiği ve dönüştürücü özelliğin adil kullanımın tespitinde ağır bastığı sonucuna varmıştır⁷⁶⁵.

Karşı oy yazısında, çoğunluk kararının hatalı olduğu, dönüştürücü özellik gösteren kullanım ile türetilmiş kullanımın birbirine karıştırıldığı yönünde eleştiri getirilmiştir⁷⁶⁶. Hâkim Thomas ve Alito'ya göre; Google'ın kullanımının, dönüştürücü özellik gösterebilmesi için asıl eserden esaslı değişiklik ve özellik açısından fark yaratması gerekmektedir. Buna rağmen; Google'ın kullanımının aynı amaca hizmet ettiği bunu sadece farklı bir bağlamda yaptığını, bu tür kullanımın ise dönüştürücü değil üretici özellik gösterdiği öne sürülmüştür⁷⁶⁷. Ayrıca ticari amacın ağır bastığı kullanımı görmezden gelmenin hatalı bir yaklaşım olduğu belirtilmiştir⁷⁶⁸.

Adil kullanım için göz önüne alınan üçüncü kıstas ise, kopyalanan kısmın miktarı ve esaslı bir kısmın kopyalanıp kopyalanmadığı olmuştur. Temyiz Mahkemesinin, karşı oyun ve Oracle'ın görüşü, 11.500 satırdan oluşan 37 adet kod paketinin birebir kopyalanması ciddi bir miktar teşkil ettiği yönündedir. Yüksek Mahkeme, bu kıstası göz önüne alırken sadece kopyalanan kodun miktarının tek başına değerlendirilmemesi ve eserin bütününe oranlanması gerektiğini ifade etmiştir. Uygulayıcı kodlarıyla birlikte Java API'lerinin tamamı, 2,86 milyon satır koddan oluşmakta ve kopyalanan kod miktarı, tüm programa oranlandığında sadece %0,4'ünü teşkil ettiği görülmektedir⁷⁶⁹. Üçüncü kıstas açısından sonuca varmak için kopyalanan kısmın miktaren az olması salt olarak yeterli değildir, aynı zamanda kopyalanan kısmın kopyalandığı eserin merkezini, esaslı kısmını teşkil etmiyor olması gerekmektedir. Bu açıdan inceleme yapıldığında ise; Yüksek Mahkeme, Google'ın Java kodlarını kopyalayarak güttüğü amacın, sadece Java programlama dilini Android işletim sisteminde kullanmak olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁷⁰. Google'ın kendi bildirici kodlarını yazabileceğini ancak bu durumda bilgisayar programcılarının zaman içinde geliştirdiği yetenek ve bilgi birikimini kullanmalarının mümkün olmayacağını

⁷⁶⁵ *Ibid*, s.27.

⁷⁶⁶ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (11.04.2021), s.17.

⁷⁶⁷ *Ibid*, s.17.

⁷⁶⁸ *Ibid*, s.15.

⁷⁶⁹ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.28.

⁷⁷⁰ *Ibid*, s.30.

ve bu durumda programcılarının yaratıcı enerjilerini açığa çıkartamayacaklarını ifade etmektedir. Burada oluşan bilgi birikimi ve yetenek Java programının sahibine değil bireysel olarak her bir bilgisayar programcısının kendisine aittir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, Google'ın kullanımının miktar açısından bütüne kıyasla az olduğuna ve kopyalanan kısmın Java programının esaslı bir parçası olmadığına, sonuç olarak, üçüncü kıstasın da, adil kullanım yönünde ağır bastığına hükmetmiştir⁷⁷¹.

Karşı oyda, Google'ın kopyaladığı kısmın, Oracle'ın iş modelinin merkezinde bulunduğu, Oracle'ın Java platformu ile gittikçe daha çok programcayı cezbedip donanım üreticilerinin Java platformu için kendileriyle lisans anlaşmaları yapmayı sağladığı belirtilmiştir⁷⁷². Google'ın ise aynı amaçla, yani daha fazla programcayı cezbetme hedefiyle Java kodlarını kopyaladığını, bu kodları kopyalamak yerine kendi kodlarını yazabileceğini, Apple ve Microsoft'un kendi kodlarını yazarak pazarda yer aldığını ifade ederek çoğunluk görüşü eleştirilmiştir⁷⁷³. Karşı oyda, kopyalanan miktarın da çok fazla olduğu, 11.500 satır kodun 600 sayfayı aştığı ayrıca oranlamanın tüm Java platformunun kodları ile değil sadece bildirici kodların tamamı ile yapılması gerektiği öne sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme, adil kullanımın tespitinde son kıstas olarak, Google'ın kullanımının Java'nın pazar payı üstündeki etkisini ele almıştır. Bu kıstas kapsamında, Yüksek Mahkeme, dosyada bulunan delillerden, Android işletim sistemli telefonlardan bağımsız olarak Sun Microsystems şirketinin mobil telefon pazarında başarısız bir pozisyonda olduğu anlaşıldığını ifade etmiştir⁷⁷⁴. Mahkemeye göre, jüriye yöneltilen delillerin, Java platformunun öncelikli hedeflediği pazarın masaüstü ve dizüstü bilgisayarlar olduğunu, ayrıca Sun şirketinin defalarca mobil telefon pazarına girme çabalarının başarısızlıkla sonuçlandığını göstermektedir⁷⁷⁵. Öte yandan; Android'in başarısının baskın bir şekilde programcılarının Java programı üzerinde geliştirdiği becerilerden kaynaklandığı, Mahkeme tarafından kabul edilmekte ancak

⁷⁷¹ *Ibid*, s.30.

⁷⁷² Karşı Oy Yazısı, Hakim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (11.04.2021), s.2.

⁷⁷³ *Ibid*, s.4.

⁷⁷⁴ A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.31.

⁷⁷⁵ *Ibid*, s.31.

bu becerilerin Java'nın geliştiricilerinin yatırımı ve becerilerinin bir ürünü olmadığı, tamamen üçüncü kişi konumundaki programcılara ait olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Oracle'ın üçüncü kişi konumunda olan programcılarının beceri ve yeteneklerini kullanmalarına engel olmasının, bilgisayar programcılığının gelişmemesi ve yenilenememesine sebep olacağını, böylelikle kamu menfaatine aykırılık teşkil edeceğini vurgulamıştır⁷⁷⁶.

Karşı oy yazısında, pazar payı etkisinin çoğunluk tarafından hatalı olarak ele alındığı ifade edilmiştir. Öncelikli olarak; Google'ın eylemlerinin, mobil cihaz üreticileri tarafından Java platformu için lisans bedeli ödenmesini anlamsız kıldığı vurgulanmıştır. Google'ın iş modelinde, lisans bedeli tahsil etmek önem taşımamaktadır. Bunun yerine; Android işletim sisteminin yaygınlaşması ile Google, daha çok nihai kullanıcıya ulaşmakta ve daha çok veri elde ederek reklam gelirlerini artırmaktadır⁷⁷⁷. Karşı oyda bu duruma örnek olarak Samsung ve Oracle arasındaki 40 milyon dolarlık lisans anlaşmanın Android'in ortaya çıkması sonucunda, 1 milyon dolara düşmesi gösterilmektedir⁷⁷⁸. Ayrıca Amazon Kindle ürünleri için Oracle'ın tahsil ettiği lisans bedeli toplamı, Android'in alternatif olarak ortaya çıkması sonucunda yapılan müzakereler ile %97,5 oranında azalmıştır⁷⁷⁹. Bununla birlikte; pazar payının değerlendirilmesi açısından, sadece Android'in rakip olarak yer aldığı lisans anlaşmalarının değil, aynı zamanda doğrudan Oracle ve Google arasında kopyalanan kodlara ilişkin yapılabilecek lisans anlaşması ve bunun sonucunda Oracle'ın elde edebileceği gelir de göz önüne alınmalıdır⁷⁸⁰. Hâkim Thomas ve Alito, telif hakları ile ilerlemenin engellenmesi ve monopol oluşturulması yönündeki engelin Java platformu ve Oracle olmadığının, Google'ın Android işletim sistemi vasıtasıyla hâkim durumunu kötüye kullandığını ve bu nedenle AB tarafından 5 milyon dolar para cezası ile cezalandırıldığının altını çizmektedir⁷⁸¹.

Yüksek Mahkeme kararında, Sun Microsystems'ın Java platformu ile akıllı telefon pazarında başarılı olamamasının sebebi olarak, kopyalanan kodlardan çok

⁷⁷⁶ *Ibid*, s.34.

⁷⁷⁷ Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (11.04.2021), s.11.

⁷⁷⁸ *Ibid*, s.12.

⁷⁷⁹ *Ibid*.

⁷⁸⁰ *Ibid*, s.13.

⁷⁸¹ *Ibid*, s.14.

şirketin dokunmatik ekranlı telefon piyasaya sunmaması, yoğun olarak kullanılan QWERTY klavyeye sahip olmaması gibi başkaca etkenler gösterilmiştir. Ayrıca Android işletim sisteminin başka bir pazarda etkili olan daha gelişmiş bir platform olduğu vurgulanmıştır⁷⁸². Yüksek Mahkeme, Android işletim sisteminde, 37 Java paketi kullanılmasa dahi, delillerin Sun Microsystems şirketinin akıllı telefon pazarına girmesinin zor olduğunu gösterdiği ve Google'ın kullanımın, Java'nın pazar payı üzerinde doğrudan bir olumsuz etkiye sahip olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁸³. Böylelikle Yüksek Mahkeme, dört kıstas birlikte ele alındığında Google'ın Java API'lerindeki bildirici kodları kullanımının, adil kullanım kapsamında olduğuna hükmetmiştir.

Karar, içerisinde API'lerin işleyişi, API'lerin telif hakkı korumasına dâhil olup olmadığı, adil kullanım kıstaslarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği yönünde önemli yönlendirmeleri barındırmaktadır. Bununla birlikte; kararın önem teşkil ettiği başkaca hususlar ise; telif hakkı yasaları ile hedeflenen asıl amacın ne olduğu, bilgisayar programlarının işlevsel niteliği ile diğer eser türlerinden farklılık gösterdiğidir. Yüksek Mahkeme kararında da alıntılandığı üzere⁷⁸⁴; 5 Şubat 1841'de, Thomas Babington Macaulay, telif hakları üzerine İngiltere Avam Kamarasında yaptığı ilk konuşmasında, telif haklarını, yazarların ödüllendirilmesi için okuyuculara yüklenen bir vergi gibi düşündüğünü belirtmiştir⁷⁸⁵. Bu örnekten telif haklarının eser sahiplerini ödüllendirme amacı güttüğü görülmekte ancak asıl hedefin, bu ödüllendirme ile yaratıcı yeniliğin teşvik edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme kararından, telif haklarının asıl amacının yaratıcılık ve ilerlemenin desteklenmesi olduğu ve eser veya hak sahiplerinin telif hakları ile teknolojik ilerleme yönünde engel oluşturmaması için hukuki serbestiler ile dengenin sağlanması gerektiği sonuçlarına varmaktayız.

⁷⁸² A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021), s.32.

⁷⁸³ *Ibid*, s.35.

⁷⁸⁴ *Ibid*, s.12.

⁷⁸⁵ Thomas Babington Macaluy, "Macaluy on Copyright", **The Public Domain**, <https://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaluy-on-copyright/#:~:text=It%20is%20a%20tax%20on,a%20premium%20on%20vicious%20pleasures.>, (11.04.2021).

6. Google ve Oracle Arasında Görülen Dava Sürecinin Özeti

Google ve Oracle arasında görülen dava 10 yıla yakın bir süre boyunca sürmüş ve her yargılama aşamasında birbirinin zıttı kararlar verilmiştir. Dava, ilk derece mahkemesi, temyiz mahkemesi ve yüksek mahkeme olmak üzere, her bir aşamada ikişer kez incelenmiş, karşıt görüşte kararların verilmesi sonrasında, Yüksek Mahkeme aşamasında Google lehine sonuçlanmıştır. Yukarıda detaylı olarak yer verdiğimiz yargılama sürecine ve araştırmalara ilişkin değerlendirmelerimize yer vermeden önce, tüm sürecin kısa bir özetine yer vererek, okuyucuların hafızalarını tazelemekte fayda olduğunu düşünüyoruz.

2012 yılında görülen birinci ilk derece mahkemesi yargılamasında, Google tarafından kopyalanan kod kısmının telif hakları ile koruma kapsamı altında olup olmayacağı ele alınmıştır. Yerel Mahkeme, kopyalanan kod kısımlarının işlevsel özellik göstermesi, araştırılığın sağlanmasına hizmet etmesi sebebiyle telif hakları ile koruma kapsamına alınamayacağı, adil kullanım istisnası kapsamına girmesi gerektiği yönündeki gerekçelerle Oracle'ın iddialarını ve davayı reddetmiştir.

Yerel Mahkemenin davayı reddetmesi üzerine Oracle, kararı temyize taşımıştır. 2014 yılında, birinci temyiz mahkemesi incelemesinde, Yerel Mahkemenin araştırılık, adil kullanım gibi hukuka uygunluk nedenlerini yanlış değerlendirdiğini, bu istisnaların ancak telif hakkı bulunan ürünler üzerinde ele alınabileceğini belirtmiştir. Anılan bu gerekçeyle kopyalanan kodların telif hakkı koruması altında olduğuna ancak araştırılığın sağlanması amacıyla adil kullanım istisnasının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Sonuç olarak Temyiz Mahkemesi, Yerel Mahkemenin kararını bozmuş ve istisnalara ilişkin yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı Yerel Mahkemeye göndermiştir.

Temyiz Mahkemesinin kararına Google tarafından itiraz edilerek dosya, A.B.D.'nin en üst dereceli karar mercii olan Yüksek Mahkemeye taşınmıştır. 2015 yılında Yüksek Mahkeme, dosyayı detaylı incelemeye almadan ön değerlendirme aşamasında reddetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, A.B.D. Başsavcılık görüşü etkili olmuştur. Görüşte, uygulayıcı kod ve bildirici kodların arasında bir ayrım yapılmaması, davada kopyalanan bildirici kodların telif hakkı korumasından yararlanması gerektiği ve savunma olarak ileri sürülen hususların adil kullanım

serbestisi altında ele alınıp Yerel Mahkeme tarafından yeniden değerlendirilmesine ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir.

2016 yılında ilk derece mahkemesi ikinci kez yargılama yapmış, üst mahkeme kararları doğrultusunda kopyalanan kısımların telif hakkı koruması altında olduğu kabulüyle kopyalamanın adil kullanım kapsamına girip girmediği değerlendirilmiştir. Yerel Mahkeme, Google'ın kullanımını dönüştürücü nitelikte, başka bir deyişle Oracle'ın kullanımından farklı ve yeni bir amaç taşıdığını, kopyalamanın araişerliğin sağlanması düzeyini aşmadığını böylelikle adil kullanım kapsamında olduğuna karar vermiştir. Davanın reddi üzerine Oracle, ikinci Yerel Mahkeme kararına karşı temyize başvurmuştur.

2018 yılında ikinci temyiz incelemesi gerçekleşmiş ve inceleme sonucunda Oracle'ın talebi doğrultusunda, Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Temyiz Mahkemesi, kopyalamanın teknik olarak bir zorunluluk olmadığına ve Google'ın aynı işlevi gören kodları yeniden yazabileceğine değinmiş, kararına kopyalanan kod miktarının yüksek olduğunu, kopyalamanın tam anlamıyla yeni bir amaç barındırmadığını, bu nedenle dönüştürücü özellik göstermediğini gerekçe göstermiştir. Google'ın Java'nın programcılar arasındaki popülerliğinden faydalanmak amacıyla kopyalamaya başvurduğu belirtilmiştir.

2019 yılında Google, Temyiz Mahkemesi kararını ikinci kez Yüksek Mahkeme incelemesine taşımıştır. Covid salgını nedeniyle uzayan inceleme 2021 yılında sona ermiş ve karar, Google lehine olmuştur. Yüksek Mahkeme, API'lerin içerisinde yer alan bildirici kod ve uygulayıcı kodların farklı nitelik gösterdiğine, uygulayıcı kodların sahibinin hususiyetini taşıdığı ve eser vasfı gösterdiği yönünde herhangi bir tartışma olmadığına bildirici kodlar açısından ise, işlevselliğin ön planda olmasına rağmen eser vasfının bulunabileceğine ancak sağlanan eser korumasının zayıf olacağına hükmetmiştir. Java API bildirici kodlarının işlevsel özellik göstermesi, nicelik olarak tüm programa oranla az bir kısmını oluşturması ve araişerliğin sağlanabilmesi için kullanıldığı belirtilerek adil kullanım kapsamında kaldığı ifade edilmiştir.

Google'ın kopyalamasının Java platformunun yarattığı kullanıcı alışkanlığı ve kolaylığından haksız ticari faydalanma teşkil edip etmediği hususu tartışmalı olarak kalmıştır. Kanımızca, ticari faydalanma tamamen adil kullanım/araişerlik serbestisini ortadan kaldırmamalı ancak araişerliğin sağlanabilmesi için teknik bir gerekliliğin

olması gerekmektedir. Bununla birlikte “teknik gereklilik” kıstasının “teknik zorunluluk” derecesine varmaması gerektiği, bu denli yüksek bir kıstasın araişerliğin sağlanmasını zorlaştıracığı düşünmekteyiz. Sonuç olarak araişerliğin sağlanabilmesi için yapılan kopyalama için aranan kıstasın “teknik zorunluluk” değil, “teknik gereklilik” olmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

7. Genel Değerlendirmemiz

Bilgisayar programları, FSEK kapsamında, edebi eserlerin bir alt türü olarak düzenlenmiş olsa da, bilgisayar programlarının temel yaratım ve kullanım sebebi gösterdiği fonksiyonlardan kaynaklanmaktadır. Bilgisayar oyunları gibi multimedya özellik gösterenleri hariç tuttuğumuzda hiçbir program, edebi veya entelektüel yönlerine göre tercih edilmemekte, tam tersine gösterdiği fonksiyonlar ve sağladığı kolaylıklarla tercih sebebi olmaktadır. Sonuç olarak bilgisayar programları, diğer eser türlerinden ayrılmakta ve programların işlevsellik yanı ağır basmaktadır⁷⁸⁶. Geleneksel eser türlerinde ise işlevsellik yerine, edebi ve ilmi unsurlar ön planda yer almakta, daha da önemlisi telif hakları ile işlevsellik korunmamaktadır. Bu nedenlerle, geleneksel eser türleri baz alınarak düzenlenmiş kanun, doktrin ve içtihatların, bilgisayar programlarına uygulanması, kamu menfaatine, rekabet ve teknolojik gelişime aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Kanaatimizce bilgisayar programlarının ayrı bir kanun altında veya ülkelerin telif hakları kanunlarının ayrı bir bölümünde ve sadece bilgisayar programlarına özgü ilke ve prensiplerle, özellikle bilgisayar sistemlerin bir bütün olarak çalışması ihtiyacı, araişerliğin sağlanması ön planda tutularak düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ Nina Ramachandran, "Oracle America, Inc v. Google LLC: Federal Circuit Win for Content Owners May Steer Developers Away from Open-Source Software", **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, C.21, 2019 159-172, s.170; Simon J. Frankel; Ethan Forrest, "Essay: What Remains of Fair Use for Software after Oracle v. Google," **New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law**, C.8, S.2, 2019, 310-323, s.323; Harrington, s.816-818; Software and System Developers and Engineers for United States Government Agencies, Brief Amici, 13.01.2020, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/128455/20200113171350826_2020%2001%2013%20Final%20brief%20for%20filing%20--%20Software%20and%20System%20Developers%20and%20Engineers.pdf, (19.02.2020), s13 vd.

⁷⁸⁷ Benzer görüşler için bkz. Galbi, s.280-281; Ramachandran, s.171-172; Fred von Lohmann, "The New Wave: Copyright and Software Interfaces in the Wake of Oracle v. Google", **Harvard Journal of Law & Technology** C.31, Özel Sayı, 2018, 517-534, s.518-519.

Sui generis koruma olarak adlandırılabilen bu hukuki koruma modelinde, özellikle *Galbi*'nin önerdiği gibi, programların kodları, arayüzleri ile incelemesiz olarak idari bir kurum nezdinde zorunlu tescile tabi tutulması tercih edilebilir. Tescil açısından incelemesiz olmadan kastımız, herhangi bir inceleme yapılmaması olmayıp yenilik ve ayırt edicilik yönünde bir incelemenin bulunmamasıdır. Yenilik ve ayırt edicilik yönünde yapılacak inceleme için ciddi bir teknik altyapı ve veritabanı oluşturulması, tüm veritabanının taranması ve ortaya çıkan benzerliklerin ayrıca ek incelemeye tabi tutulması gerekecektir. Bu durumda süreç hem çok uzun hem de çok masraflı olacak, bilgisayar programcılığı dünyasının hızlı dinamiklerine ayak uydurulamamış olacaktır. Böylelikle ülkemizde de, yoğun yatırım ve uzun yıllar harcanmadan, Türk Patent ve Marka Kurumu veya Telif Hakları Genel Müdürlüğü nezdinde bilgisayar programlarının tescili işlemleri yürütülebilecektir.

Önerdiğimiz *sui generis* koruma modeli görüşüyle, programların işlevsel özelliklerinin korunmasını önermemekte, tam tersine, bilgisayar programlarının işlevsel niteliği göz önüne alınmadan geleneksel eser türü olarak koruma kapsamına girmelerini ve böylelikle işlevsel yönlerinin tekel altına alınmasının önlenmesini amaçlamaktayız. Bu model altında tescille birlikte programlara, bir yandan 5 veya 10 yıl gibi daha kısa süreli olarak hukuki koruma sağlanabilirken diğer taraftan araişerlik için gerekli kod kısımlarını, ayrıca araişerliğin sağlanmasına yönelik bilgi ve yönlendirmeleri kamuya açık tutma zorunluluğu getirilebilir. Bu sistematik ile bilgisayar programlarının işlevsel özelliklerinin tekel altına alınması önlenilecek, aynı zamanda da, bilgisayar programlarının yaratımında gösterilen fikri çabadan haksız yararlanmanın önüne geçilebilecektir.

Önermiş olduğumuz bu sistemin kurulmasının ve hayata geçirilmesinin kolay olmadığının altını çizmek isteriz. Bu yönde bir sistem değişikliğinin hem hukuki hem de pratik olarak önemli sonuçları olabilecektir. Programcılığa ilişkin tüm ticari teamül ve uygulamalarda farklılıklar ortaya çıkacak ayrıca AB Direktifi ile Türk hukuku arasında önemli bir ayrışma meydana gelecektir. Bu nedenle *sui generis* bir modelin uzun ve uğraştırıcı bir planlamaya ihtiyacı bulunmakta, modelin tüm detaylarının akademisyenler, uygulayıcılar ve tescil işlemlerini yürütecek idari birimler tarafından ele alınması gerekmektedir.

Araişerliğin sağlanmasına yönelik bir başka alternatif ise, zorunlu lisans benzeri bir düzenleme yapılması olabilir. Araişerliğin sağlanmasına yönelik bilgi ve kod parçalarının bir lisans bedeli karşılığında, üçüncü kişilere sağlanmasına ilişkin kanuni bir zorunluluk getirilebilir. Bu durumda, programın eser veya hak sahipleri araişerliğin sağlanmasını engelleyemeyecek, gerekli bilgi ve kodları, araişerliği sağlamak amacıyla kullanacak programcılara temin edecektir. Araişerliği sağlamak isteyen programcılar ise, araişerlik için gerekli olan kısımdan daha fazlasını elde edemeyecek ve yararlandığı ölçüde, program sahibine bedel ödemek zorunda olacaktır. Böylelikle araişerlik serbestisinin daha pratik işlemesi ve menfaat dengesi kurulması kolaylaşacaktır. Bu alternatifin de kendi içinde olumlu yanları bulunmakla birlikte; (i) ödenecek bedelin miktarının belirlenmesi, (ii) mekanizmanın bir idari kurum veya mahkemeler aracılığıyla uygulanmasına ihtiyaç duyulması, (iii) araişerliğin sağlanması için gerekli bilgi ve kod parçalarının kapsamının belirlenmesi yönünde teknik açıdan uyumsuzlukların ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle; yukarıda açıkladığımız *sui generis* koruma modelinden bu yöneme nispeten daha iyi ve pratik çözüm getirebileceğini düşünüyoruz.

Oracle v Google davasında, Oracle'ın bilgisayar programlarını, işlevsel özelliğini tamamen görmezden gelerek roman ile eşdeğer tutması sonucunda ortaya çıkan anoloji, *sui generis* koruma modeline ilişkin önerimizin önemini açık şekilde ortaya koymaktadır. Uyuşmazlık kapsamında Oracle, Java API'lerini Harry Potter romanı ile karşılaştırarak argümanları öne sürme yoluna gitmiştir. Romanlar, başka unsurlara ihtiyaç duymadan tek başına değer taşıyorken, bilgisayar programları ancak bilgisayar sistemleri içerisinde ve farklı unsurlarla birlikte çalışarak bir değer yaratabilmektedir. Uygulama programları özelinde değerlendirme yaptığımızda, bunların çalışabilmesi için mutlaka donanım unsurlarına, işletim sistemi programlarına, ara katman programlara ve başkaca bilgisayar programlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Örneğin; metin yazma uygulama programları, her işletim sisteminde çalıştırılamamakta ancak uyumlu olan, araişerliği sağlanmış işletim sistemleri üzerinde işlevini gösterebilmektedir. Araişerliğin sağlanması da, arayüz spesifikasyonları olarak adlandırılan aynı teknik kural, dizim ve prensip setinin kullanılması ile mümkündür⁷⁸⁸. Kanuni tasnif kapsamında, romanlar ve bilgisayar

⁷⁸⁸ Band, **Interfaces**, s.4; Andrew J. Harrington, "Drawing the Line between Idea and Expression in Oracle v. Google: Questioning the Copyrightability of Java's Application Programming Interface",

programları aynı sınıfta yer alsa da, tamamen edebi niteliğiyle öne çıkan romanlar ile işlevselliğin büyük önem taşıdığı bilgisayar programlarına aynı şekilde yaklaşmak hatalı sonuçlara neden olacaktır. Dolayısıyla API'lerin Harry Potter romanına veya senaryosuna benzetilmesinde isabet olmadığı kanaatindeyiz.

Bilgisayar programlarının işlevselliğini vurgulamamızın sebebi, bilgisayar sistemlerinin bir bütün halinde ve etkileşim içinde çalışmasının kamu menfaatine hizmet etmesindendir. Bu nedenle, bilgisayar programlarına “edebi eser” olarak tanınan telif haklarının mutlak bir tekel oluşturmasını dengelemek için karşısında güçlü bir araişerlik serbestisi bulunmalıdır. Çalışmamızda yer verdiğimiz *Oracle v Google* davasında yer alan tarafların geçmişi de, araişerlik açısından ilginç bir arka plana sahiptir. Sun Microsystems, Oracle tarafından satın alınmadan önce araişerliğin güçlü bir savunucusuydu ve arayüz spesifikasyonlarının telif hakkı koruması şemsiyesi altına alınmasına şiddetle karşı çıkmaktaydı. Yukarıda da ele aldığımız üzere; Sun, AB Direktifi'nin ilk versiyonunun kanun yapma çalışmalarında, arayüz spesifikasyonlarının bilgisayar programlarına sağlanan koruma kapsamında olmaması yönünde lobi çalışmaları yürütmüş, ACIS'in kuruluşunda başı çekmiş ve Sun'ın üst düzey yöneticileri ACIS'in başkanlığını yapmıştır. ACIS arayüzlerin ve araişerliğin ele alındığı tüm davalarda rekabet yanlısı ve arayüzlerin koruma kapsamı dışında tutulması yönünde görüşlerini açıklamıştır. İronik bir şekilde, Oracle da ACIS'in bir üyesiydi ve dolaylı olarak arayüzlerin koruma altında alınmamasını savunan pozisyondaydı⁷⁸⁹. Buna ek olarak, Oracle'ın Android ve Java arasındaki duruma hâkim olup bilinçli bir şekilde Sun Microsystems'ı satın alması ve satın almanın hemen ardından Google'a dava açması, telif hakkı koruması sağlanması amacından çok kazanç elde etme niyeti olarak yorumlanmaya müsaittir⁷⁹⁰.

AB Direktifi düzenlemeleri, ABAD'ın *SAS Institute v. World Programming Limited* kararı, dünyanın birçok farklı ülkesinin telif hakları yasasında araişerlik serbestisine izin verilmesi, A.B.D.'de içtihatlarında ağırlığın araişerliğin sağlanması

Lewis & Clark Law Review, C.21, S. 3, 2017, 813-846, s.832; Software and System Developers and Engineers for United States Government Agencies, Brief Amici, s. 13 vd.

⁷⁸⁹ Band, **Interfaces**, s.15-16; National Research Council (A.B.D.), **The Unpredictable Certainty: White Papers**, Washington, National Academy Press, 1997, s.32-33, 408.

⁷⁹⁰ Band, **Interfaces**, s.18; Peter S. Menell, "API Copyrightability Bleak House: Unraveling and Repairing the Oracle v. Google Jurisdictional Mess" (**API Copyrightability**), **Berkeley Technology Law Journal**, C. 31, S. 3, 2016, 1515-1596, s.1547-1548.

lehine olmasına karşılık, *Google v. Oracle* davasındaki Temyiz Mahkemesi kararının araişerlik aleyhine olumsuz etki yaratma potansiyeli bulunmaktaydı. Temyiz mahkemesi kararının yazılım endüstrisi üzerinde olumsuz etkilerinin olabileceği ve farklı şirketler arasında telif hakkı davaları zincirine yol açacağı düşünülmüştür⁷⁹¹. Özellikle piyasaya hâkim büyük yazılım üreticilerinin temyiz mahkemesi kararını dayanak alarak araişerlik serbestisi kapsamında arayüz spesifikasyonlarını kullanarak bilgisayar programı üreten tüm şirketleri dava etme yoluna gideceği öngörülmüştür. Temyiz mahkemesinin ilk kararını takiben, yukarıda ele aldığımız *SAS Institute v. World Programming Limited* davası da dâhil olmak üzere, benzer iddialarla A.B.D.’de dört farklı dava açılmıştır⁷⁹². Dolayısıyla sektörde oluşan endişelerin kısmen de olsa kısa zamanda gerçekleştiği görülmüştür⁷⁹³. Endişelerin ilk kısmında telif hakkı davaları yer alsa da, aynı yaklaşım devam etseydi, hem yazılım hem de donanım endüstrisine yeni firmaların girmesine engel olacak bir yapı ortaya çıkabilecekti. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme kararı ile bu endişelerin önüne geçilmiş olundu.

Donanım ve yazılım endüstrisinde, piyasaya yeni girecek üreticilerin mevcut ve güçlü rakipleri ile rekabet içine girebilmesi ancak piyasanın güçlü oyuncularının ürettiği donanım veya yazılımlar ile uyumlu ürünler meydana getirmeleri halinde mümkün olabilir. Bu koşullar altında, piyasada yer alan programların arayüz spesifikasyonlarının kopyalanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Arayüz spesifikasyonları üzerinde telif hakları ile geniş kapsamlı tekel hakkı tanınması, araişerliğin sağlanamamasına ve dolayısıyla piyasaya yeni oyuncuların girememesine sebep olacaktır. Böylelikle; telif hakları ile mevcut ve güçlü üreticiler tüm piyasayı domine ederek kontrol altına alabilecektir. Bu durumda güçlü konumdaki üreticiler,

⁷⁹¹ Ramachandran, s.17; Von Lohmann, s.519-525; Frankel, Forrest, s.323; Software and System Developers and Engineers for United States Government Agencies, Brief Amici, s. 16 vd.

⁷⁹² Kuzey Karolina Bölge Mahkemesi, *SAS Institute v. World Programming Limited*, No. 5:10-CV-25-FL., <https://www.leagle.com/decision/inadvfdco151014000697>, (16.02.2020);

Kuzey Karolina Bölge Mahkemesi, *Synopsys, Inc. v. ATopTech, Inc.*, Case No. 13-cv-02965-MMC (DMR) (N.D. Cal. 09.11.2016), <https://casetext.com/case/synopsys-inc-v-atoptech-inc-10>, (16.02.2020);

Kaliforniya Bölge Mahkemesi, *GDC Technologies Limited v. Dolby Laboratories, Inc.*, Case No: 2:2016cv02459, 11.04.2016,

<https://dockets.justia.com/docket/california/cacdce/2:2016cv02459/644956>, (16.02.2020);

A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi, *Arista Networks, Inc. v. Cisco Systems, Inc.*, No. 17-1525 (Fed. Cir. 2018), 09.11.2018,

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1525/17-1525-2018-11-09.html>, (16.02.2020).

⁷⁹³ Von Lohmann, s.519-525.

sadece ilgili ürünlerinin yer aldığı piyasayı değil, aynı zamanda bitişik ve bağlantılı başka ürünlerin yer aldığı başka pazarları da kontrol altına alacak veya yönlendirecek konuma sahip olabilecektir. Bu durum, sadece piyasaya yeni girecek oyuncuların değil aynı zamanda kullanıcıların ve dolayısıyla kamunun menfaatine aykırı olacaktır. Böyle bir senaryoda kullanıcılar, kolaylıkla rakip ürünlere geçemeyecek, satın aldıkları ürünün ömrü tükenene kadar ilgili üreticinin sistemi ve ürün zinciri içerisine hapsolacaktır⁷⁹⁴. Günümüzde Apple, bu duruma verilebilecek örneklerden birini teşkil etmektedir. “Aşk markası”⁷⁹⁵ oluşturma yönündeki pazarlama ve reklam stratejileri ile teknik anlamda ancak kendi ürettiği ürünlerin bir arada çalışmasını sağlayarak kullanıcılarını kendi ürün zinciri içerisine hapsedmektedir. Ortalama teknik bilgiye sahip kullanıcılar, iPhone ve iPod’larına ancak iTunes, iCloud gibi Apple programlarını kullanarak bilgisayarlarından veri aktarabilmektedir. Bu durum, Apple tarafından ortalama kullanıcıların teknik anlamda kolayca aşamayacağı sistem, program ve önlemlerle sağlanmaktadır⁷⁹⁶.

Kullanıcıların tek bir üreticinin ürün zinciri ve sistemine hapsedilmesi, rekabet ile birlikte teknolojinin gelişimi ve yeniliklerin ortaya çıkmasını engelleyebilecek veya geciktirecektir. Bir başka ve daha vahim olası senaryo ise, teknolojinin gelişimi ve yeniliklerin ortaya çıkması, tamamen sadece belirli teknoloji devlerinin tekeli altına girmesidir. Bilgisayar endüstrisinde, geniş fikri mülkiyet koruması ile rekabet ve yeniliğin kısıtlanması ile daha önce 1970’lerde karşılaşmıştır. Kullanıcıların piyasaya hâkim durumdaki IBM’in ürünlerini satın alması ile kullanıcılar sisteme hapsedilmiş, yüksek geçiş maliyetleri sebebiyle kullanıcılar, başka üreticilerin ürünlerini kullanamamıştır. Böylelikle IBM, yüksek fiyatlar belirleyebilmiş, sınırlı seçenek ve yetersiz kullanıcı teknik desteğine rağmen uzun süre piyasanın hâkimi durumunda kalmıştır⁷⁹⁷. Günümüzde ise, kullanımı gittikçe yaygınlaşan bulut bilişim sistemleri ve nesnelerin interneti tamamen farklı unsurların bir arada çalışması prensibi ve bilginin katlanarak artması ilkelerine dayanmaktadır. Dolayısıyla artık hukuk politikası

⁷⁹⁴ Band, **Interfaces**, s.4.

⁷⁹⁵ *Lovemark*.

Bir ürün ve müşteri kitlesi arasında sevgi ve hayranlık yaratacak soyut bir ilişkinin kurulmasını ifade eden reklamcılık terimidir. Terimin adlandırılması, ünlü reklam ajansı Saatchi & Saatchi’nin eski CEO’su Kevin Roberts tarafından yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kevin Roberts, **Lovemarks: The Future Beyond Brands**, New York, PowerHouse Books, 2004.

⁷⁹⁶ Weston, s.58-63.

⁷⁹⁷ Joseph Gratz; Mark A. Lemley, "Platforms and Interoperability in Oracle v. Google," **Harvard Journal of Law & Technology** C.31, Özel Sayı, 2018, 603-614, s.610-611; Band, **Interfaces**, s.4.

açısından geriye dönülmesi ve rekabeti kısıtlayıcı düzenlemeler yapılması, günümüz teknik gerçekleri ile örtüşmemektedir.

Google'ın akıllı telefon işletim sistemi pazarında, Türkiye, A.B.D. ve dünya çapında hâkim durumda olduğu açık bir gerçektir⁷⁹⁸. Google'ın hâkim durumunu piyasaya yeni işletim sistemi yazılımı üreticilerinin girmesini engelleyecek ve hatta akıllı telefon donanımı üreticilerine yön verecek şekilde kullandığı da görülmektedir⁷⁹⁹. Google, farklı ürün yelpazesine sahip olması ve ürün zinciriyle bütünlük sağlaması sayesinde, akıllı telefon ve mobil hizmetler pazarında ekonomik parametreleri tek başına belirleyecek konuma, bir başka deyişle hâkim konuma erişmiştir⁸⁰⁰. Rekabet Kurumu kararında, Google'ın Android işletim sistemi ile mobil uygulama mağazası pazarında hâkim durumunun devamını sağlamak için mobil uygulama dağıtım sözleşmeleri, gelir paylaşımı sözleşmeleri ile Android uyumluluk programı ve parçalara ayırmama sözleşmelerini kullandığını tespit etmiştir⁸⁰¹. Google, Android uyumluluk programı ile Android işletim sistemine uyumlu cihazları tek taraflı belirlediği standartlara göre kabul etmektedir. Android uyumluluk programına kabul edilen ve Android işletim sistemini kullanacak mobil cihazlarda, Google uygulama mağazası olan Google Play'in ve diğer Google mobil hizmetlerinin önceden yüklü olması, mobil uygulama dağıtım sözleşmeleri ile zorunlu kılınmaktadır. Mobil cihaz üreticileri, Google arama motorundaki ve mobil uygulamalardaki reklam gelirlerinden ancak mobil cihazları, Google hizmetlerini önceden yüklü olarak satışa sunarak gelir elde edebilmektedir. Google bu zorunluluğu, gelir paylaşımı sözleşmeleri ile mobil

⁷⁹⁸ Türkiye'de olduğu gibi, Google'a AB'de de mobil cihazlar üzerinden hâkim duruma gelerek rekabetin ihlal edilmesi gerekçesiyle idari ceza düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AB Komisyonu Basın Açıklaması, "Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine", https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581, (19.02.2020); Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, 17.02.2020), para.124.

⁷⁹⁹ Avrupa Birliği Komisyonu ve Rekabet Kurumu tarafından verilen ihlal kararları doğrultusunda bu saptamayı yapmanın isabetsiz olmadığı kanaatindeyiz.

⁸⁰⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md.3:

"Hâkim Durum: Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü... ifade eder."

⁸⁰¹ Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, (17.02.2020), s.2.

cihaz üreticilerine karşı ileri sürmekte ve Yandex gibi rakip uygulamaların yüklenmesini önlemektedir⁸⁰².

Google'ın rekabeti ihlal eden ve hâkim durumunu kötüye kullanma teşkil eden bu eylemlerine karşı çıkmak veya idari anlamda kontrol altına almak amacıyla araişlerlik serbestisini Google aleyhine yorumlamak ve uygulamak doğru bir yöntem olmayacaktır. Bu durumda bir yanlıştın başka bir yanlışıla düzeltilmeye çalışılması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Google'ın akıllı telefon işletim sistemi pazarına hâkim duruma gelmesi ve hâkim durumunu kötüye kullanması ile rekabet hukuku kapsamında mücadele edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁸⁰³. Bu amaçla fikri mülkiyet hukuku altında araişlerlik serbestisinin feda edilmesi, önümüzdeki dönemde başka geliştiricilerin aleyhine olumsuz sonuçlar yaratabilecektir.

Mevcut teknolojik dengesizlik ve belirli teknoloji şirketlerinin tekel haline gelmesi eğilimi ile mücadele için güçlü araişlerlik serbestisi tanınması⁸⁰⁴ yanında uygulanabilecek bir başka yöntem ise, bilgisayar programlarının geliştirilmesinde, özgür ve açık kaynak modellerinin uygulanmasıdır. Özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanması yönünde alternatif bir çözüm sağlamaktadır. Araişerliğin sağlanabilmesi için başkaca program geliştiricileri, bir takım kod kısımlarına ve bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Özgür ve açık kaynak modelinde, kaynak kodlarının herkese açık tutulması, ayrıca programların dokümantasyonlarının erişilebilir kılınması sebebiyle ihtiyaç duyulan bilgi ve kod parçaları elde edilebilecektir. Böylelikle programcılar araişerlik serbestisine gerek olmadan kendi geliştirecekleri programlar ile diğer programlar arasında araişerliği sağlayabilecektir. Özgür ve açık kaynak modelinin yaygınlaşmasıyla, kanuni kapsamını belirli olmayan ve yoruma ihtiyaç duyan araişerlik serbestisinin uygulama alanı kalmayacaktır.

Özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanması yönünde bir alternatif sağlamakla birlikte yazılım sektörünün gelişmesi ve kendi içinde bir ekosisteme sahip olabilmesi yönünde de olumlu etkiler doğurma potansiyeline sahiptir. Yazılım geliştirme anlamında, Türkiye'nin de öncü ülkelerle rekabet etmesinin mümkün

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ Rekabet hukukuna ilişkin temel kavram ve tartışmalara yer verilmesi çalışmamızın kapsamını aşacağı için sadece Rekabet Kurumunun kararında öne çıkan hususlara yer verilmele yetinilmiştir.

⁸⁰⁴ Weston, s.291-292.

olmadığı göz önüne alındığında, özgür ve açık kaynak modellerinin uygulanması ile sektörel olarak kaldıraç etkisi yaratılabileceği kanaatindeyiz. Buna örnek olarak, Google’ın herhangi bir taşınabilir cihaz üretimi geçmişine sahip olmadan ve yerleşik taşınabilir cihaz ve telefon üreticilerinin bulunduğu pazara, açık kaynak modeli ile girerek günümüzdeki konuma ulaşması gösterilebilir⁸⁰⁵.

2000-2010 yılları arasında taşınabilir cihaz, telefon, akıllı telefon pazarında, Microsoft ve Samsung gibi yerleşik firmaların yanında, Blackberry gibi gittikçe yaygınlaşan donanım ve yazılım üreticileri bulunmaktaydı. Ayrıca Apple’ın iPhone telefon donanımı ile bütünleşik şekilde 2007 yılında piyasaya sürdüğü iOS işletim sistemi büyük başarı yakalamıştı. Google, mobil cihaz pazarında başarılı olamaması halinde, kendi reklam ve gelir elde etme modeline tehdit altında olacağını tespit ederek bu alanda ilerlemenin yollarını aramaya başlamıştır⁸⁰⁶. Google’ın hem bütünleşik donanım-yazılım üretimi olmaması hem de mevcut yerleşik oyuncuların varlığı karşısında tek başına işletim sistemi pazarına girmesi gayet güçlü. Bu resim karşısında Google, ilk iş olarak, 2-3 yıllık yeni bir şirket olan Android Inc.’i 2005 yılında satın almıştır. 2005-2007 arası dönemde, ikinci adım olarak, cihaz üreticilerinin, mobil şebeke operatörlerinin ihtiyaçlarına göre özelleştirebileceği ve aynı zamanda uygulama geliştiricilerinin kullanabileceği ortak bir platform kurmak için açık kaynak modelini kullanmıştır⁸⁰⁷. Ayrıca açık kaynak modeli ile herkes tarafından gelişmesine katkı sağlanan işletim sistemi ve platformun birbiriyle uyumsuz versiyonlarının çıkmasının önüne geçilmesi için Açık Telefon Birliği olarak Türkçeye tercüme edilebilecek Open Handset Alliance’ı (OHA) kurmuş, bu çatı altında ortak açık standartların gelişmesi sağlanmış ve birbiriyle uyumsuz versiyonların üretilmesi sözleşmesel olarak yasaklanmıştır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Menell, **API Copyrightability**, s.1539-1541; Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, 17.02.2020), para.25.

⁸⁰⁶ Google, Annual Report 2005, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/g/NASDAQ_GOOG_2005.pdf, (19.02.2020), s.32.

⁸⁰⁷ Google, Annual Report 2007, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/g/NASDAQ_GOOG_2007.pdf, s.v.

⁸⁰⁸ Open Handset Alliance, “Overview”, https://www.openhandsetalliance.com/oha_overview.html, (19.02.2020); Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, 17.02.2020), para.25..

OHA desteğini arkasına alan Google, açık kaynak modelinde bütünleştirilmiş bir işletim sistemi geliştirilebilmesi için kaynak kodlarının basit bir anlatımla ortak bir havuzda bir araya getirildiği Android Açık Kaynak Kodu Projesi ⁸⁰⁹ (AOSP) başlatmıştır⁸¹⁰. Böylelikle Apple, Blackberry⁸¹¹ ve Microsoft gibi mevcut rakipleri karşısında başarı yakalamak isteyen Samsung, LG ve HTC gibi pek çok donanım üreticisi, Android işletim sistemini kullanmaya başlamıştır⁸¹².

Google, Android işletim sisteminin geliştirildiği AOSP'ta açık kaynak modelinde Apache lisansı kullanmıştır⁸¹³. Bu lisans türü, özgür ve açık kaynak modelinde kullanılmakta olup bu türde, bedel ödeme yükümlülüğü bulunmamakta, buna karşılık programı kullanma, dağıtma, işleme ve işlenmiş versiyonları kullanma gibi haklar tanınmaktadır. Bu model altında kaynak kodlarının ve programa ilişkin teknik bilgilerin herkesin erişimine açık tutulması gerekmektedir. Araişerlik için hayati önem taşıyan kod ve bilgilere erişimin mümkün olması, temel bazı kısıtlamalara uyarak bu kod parçalarının kullanılması yönünde özgürlük sağlanıyor olması sebebiyle, özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanmasına yönelik alternatif çözüm sağlayabilmektedir. Özgür ve açık kaynak modeli altında, araişerliğin sağlanmasına yönelik kanuni bir serbesti ve belirli yetkilerin tanınması ihtiyacı ortadan

⁸⁰⁹ *Android Open Source Project*.

⁸¹⁰ Android, "About the Android Open Source Project", <https://source.android.com/>, (19.02.2020).

⁸¹¹ Blackberry, Android işletim sisteminin akıllı telefon pazarına çıktığı sırada sahip olduğu pazar gücünü günümüzde önemli ölçüde yitirmiştir. 2009 yılında, Blackberry'nin akıllı telefon işletim sistemi platformu Research In Motion (RIM), A.B.D. pazarında yaklaşık %50, dünya pazarında ise %20'lik paya sahipti. 2016 yılına gelindiğinde ise Blackberry'nin global pazar payı %0,1'e kadar düşmüştü. (Statista, "Global smartphone OS market share held by RIM (BlackBerry) from 2007 to 2016, by quarter", <https://www.statista.com/statistics/263439/global-market-share-held-by-rim-smartphones/>, 25.04.2020).

Blackberry'nin pazar payındaki ciddi düşüşün sebepleri arasında, kolay kullanım sağlamayan kullanıcı arayüzü, uzunca bir süre dokunmatik ekran yerine klavyede ısrarcı olması, şahsi telefon yerine şirket telefonu olarak kendini konumlandırması yanında, kendi ekosistemini oluşturacak bir işletim sistemi yazılımına yönelmemesi ve kendi uygulama programlarının başka işletim sistemlerinde kullanılmasını engellemesi sayılmaktadır. (Harvard Business School Digital Initiative, "The Rise and Fall (and Rise Again?) of BlackBerry", 01.02.2018, <https://digital.hbs.edu/platform-digit/submission/the-rise-and-fall-and-rise-again-of-blackberry/>, 25.04.2020).

⁸¹² Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, (17.02.2020), para.26-28.

⁸¹³ *Ibid*, para.29; Menell, **API Copyrightability**, s.1541; Android, "AOSP License", <https://source.android.com/setup/start/licenses>, (19.02.2020).

kalkmaktadır. Bu nedenle araşlerliğin sağlanabilmesine yönelik alternatif çözüm teşkil eden bu modelin çalışmamız altında ele alınması önem taşımaktadır.

Yukarıda yer alan açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere; zgr ve açık kaynak modelinde bilgisayar programı geliştirme, araşlerliğin sağlanması yönünde önemli bir alternatif sağlayabilecektir. Bununla birlikte zgr ve açık kaynak modelinde, geliştirilen programlara ilişkin hak ve yetki tanıma, lisans verme işlemleri geleneksel fikri mülkiyet hukuku işlem ve lisanslarından farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, zgr ve açık kaynak modelinin uygulanabilmesi için öncelikli olarak, geleneksel kapalı kaynak kodlu programlardan hangi yönleriyle farklılaştığı, modelin tarihsel olarak nasıl ortaya çıktığı, temel ilkelerinin neler olduğu anlaşılmalıdır. Ardından, zgr ve açık kaynak modelinde yer alan başlıca lisans türlerinin neler olduğu ve hangi hukuki koşulları içerdiği, telif hakları kapsamında ne gibi hukuki sorunları beraberinde getirdiği incelenmelidir. Ülkemiz açısından bir kaldıraç etkisi yaratabilecek zgr ve açık kaynak yazılım modelinin ayrıca Türkiye açısından da değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, takip eden bölümde, yukarıda işaret ettiğimiz noktaları ele alacağız.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARAIŞLERLİĞİN SAĞLANMASINA YÖNELİK ALTERNATİF: ÖZGÜR VE AÇIK KAYNAK KODLU PROGRAMLAR

1. Özgür ve Açık Kaynak Modelinin Araişlerliğin Sağlanmasına Yönelik Alternatif Sağlaması

Teknolojik ilerleme ve işleyişin güvence altına alınması ve kullanıcı, yani kamu menfaatinin temin edilebilmesi için araişlerliğin sağlanmasının önem taşıdığına, bu kapsamda kanuni düzenleme ile getirilen araişlerlik serbestisinin geniş yorumlanması gerektiğine yukarıda detaylıca yer verdik. Araişlerliğin sağlanabilmesi açısından araişlerlik serbestisine ek olarak ayrıca başkaca alternatiflerin uygulanabileceğine değindik. Bu alternatifler arasından, bilgisayar programlarına *sui generis* bir koruma modelinin uygulanabileceğinden⁸¹⁴ veya araişlerliğin zorunlu lisans benzeri bir yöntem ile bedel karşılığında sağlanmasının da mümkün olduğundan bahsettik⁸¹⁵. Anılan bu iki alternatif çözüme kıyasla, uygulanmasının daha pratik olduğunu ve araişlerliğin sağlanması yanında, bilgisayar programcılığın gelişmesine de katkı sağlayabileceğini düşündüğümüz yöntem ise, özgür ve açık kaynak modelinin uygulanmasıdır. Kanaatimizce, özgür ve açık kaynak modelinin uygulanması ve yaygınlaştırılması ile araişlerliğin sağlanmasına yönelik doğal bir alternatif çözüm getirilebilecektir.

İlerleyen bölümlerde detaylı olarak ele alacağımız üzere; özgür ve açık kaynak modelinin temel felsefesinde, bilgisayar programlarının kaynak kodlarının ve programların çalıştırılması, geliştirilmesi ve dönüştürülmesine yarayan bilgilerin herkesin erişimine açık tutulması yatmaktadır. Böylelikle özgür ve açık kaynak

⁸¹⁴ Bkz. 202-203.

⁸¹⁵ Bkz. 203-204.

modelinde geliştirilen ve dağıtılan bir bilgisayar programının kullanıcıları, ilgili programın kaynak kodlarını görebilmekte, kodlar üzerinde ekleme, çıkarma veya değişiklik yaparak programı kendi tercih ve ihtiyaçlarına göre uyarlayabilmektedir. Bununla birlikte; başkaca program geliştiriciler de, ilgili program ile uyumlu, kolayca veri ve fonksiyon alışverişi yapabilecek başkaca programlar geliştirirken, araişerliğin sağlanmasına yarayacak teknik bilgi ve kaynak kodlarına erişme ve onları kullanma özgürlüğüne sahip olmaktadır. Böylelikle araişerliğin sağlanmasına yönelik kanuni zorunluluk getiren bir araişerlik serbestisine ihtiyaç olmaksızın özgür ve açık kaynak modeli altında, birbiriyle uyumlu çalışabilen bilgisayar programlarının geliştirilmesinin kolaylaşacağını düşünmekteyiz.

Kanaatimizce, özgür ve açık kaynak modelinin araişerlik açısından sağladığı avantajlar, kanuni zorunluluk olarak uygulanan araişerlik serbestisine kıyasla daha fazladır. Öncelikle; araişerlik serbestisi altında, gerekli bilgileri sağlama yönünde bir zorunluluk olmadığı için başkaca program geliştirenlerin bağlantı kuracakları program üzerinde çalışma yürütmeleri, gerekli bilgileri bulup ortaya çıkartmaları, araişerliğin sağlanabildiğine ilişkin testler yürütmeleri gerekmektedir. Bu çalışmalar ise yoğun bir zaman, emek ve masraf ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Özgür ve açık kaynak modelinde, ilgili bilgilerin açık tutulması sebebiyle zaman, emek ve masraftan tasarruf edilmiş olacak ve bilgisayar programlarının geliştirilmesinde nispeten kolaylık sağlanacaktır. Kuşkusuz ki bu durum, kullanıcı ve kamu menfaatine hizmet edecek, teknolojinin gelişmesine ufak da olsa destek olacaktır. Ayrıca araişerlik serbestisi altında, araişerlik için gerekli bilginin kapsamı üzerinde görüş farklılıkları ortaya çıkabilmektedir. Araişerliğin sağlanması için hangi ölçüde bilginin gerekli olduğu çoğu zaman ancak tüm bölümlerin incelenmesi sonucunda ortaya çıkabilmekte, ilk etapta ne kadarının gerekli olduğu anlaşılamamaktadır. Özgür ve açık kaynak modelinde, kodların açık olması sebebiyle araişerliğin sağlanması açısından gerekli bilgilerin kapsamının tespitinde kolaylık sağlanabileceğini öngörmekteyiz.

Teknoloji dünyasındaki mevcut durumda, bir dengesizliğin bulunduğu ve teknoloji devlerinin tekel haline gelmesi sebebiyle araişerliğin sağlanması ve farklı alternatiflerin ortaya çıkması önem taşımaktadır⁸¹⁶. Özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanması yönünde bir alternatif çözüm getirmekle birlikte yazılım

⁸¹⁶ Weston, s.291-292.

sektörünün gelişmesinde de katkı olma potansiyeline sahiptir. Kapalı kaynak modelinde küçük yazılım firmalarının orta ve uzun vadede, büyük teknoloji devlerine alternatif olmaları ve onlarla rekabet içine girmeleri mümkün değilken, özgür ve açık kaynak modelinde, kolektif çalışma ile daha kısa sürede, daha az masraf yaparak, daha az hata barındıran programların ortaya çıkabilmesini sağlamaktadır. Böylelikle maddi anlamda daha az olanaklara sahip oluşumlar, teknoloji devlerine alternatif olabilmektedir. Ayrıca özgür ve açık kaynak modelinin, yazılım sektörü içerisinde daha eşitlikçi bir ekosistem oluşturulabilmesi yönünde önemli bir potansiyele sahip olduğunu düşünmekteyiz.

Özgür ve açık kaynak modelinin araişlerliğin sağlanması, yazılım sektörünün gelişmesi ve kendi ekosistemini yaratma yönünde önemli bir potansiyele sahip olmakla birlikte, kendi içinde olumsuz yönleri de sahiptir. Özgür ve açık kaynak modeli, geleneksel bilgisayar programcılığı teamülleri ve fikri mülkiyet hukuku uygulamaları açısından atipik niteliktedir. Ayrıca merkezi olmayan yapısı ve farklı alt yaklaşımlara sahip olması nedeniyle birçok farklı uygulaması ve dolayısıyla birçok farklı lisans türüne sahiptir. Bu nedenlerle genel çerçevesinin çizilmesinde zorluklar ortaya çıkmakta ve çözülme bekleyen belirli hukuki sorunları içermektedir. Tüm bu zorlukları anlayıp çözüm getirebilmek için modelin temel felsefesinin anlatılması, kapalı kaynak modelinden farklılıkların ortaya konması, lisans metinlerinin ele alınması gerekmektedir. İşbu bölümde detaylı olarak özgür ve açık kaynak modeline yer verilecektir. Özgür ve açık kaynak modelinin anlaşılması, uygulanıp yaygınlaştırılması ile araişlerliğin sağlanması yönünde araişlerlik serbestisine önemli bir alternatif çözüm sağlanmış olacaktır.

2. Kavramsal Olarak Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar

Özgür ve açık kaynak modelinin hukuksal açıdan isabetli bir şekilde ele alınabilmesi için öncelikle modelin felsefesinin anlaşılması gerekmektedir. Özgür ve açık kaynak modellerinde, kullanılan kavramlar dahi, temelde yatan felsefe ve yaklaşımlara karşılık gelmektedir. Bu doğrultuda; modelin kendi içindeki ayırım ve yaklaşım farklarını ilk olarak ele almak gerekmekte, “özgür” ve “açık kaynak” kavramları arasındaki fark ortaya konulmalıdır.

“Açık kaynak kodlu”⁸¹⁷ programlar ve yazılımlar ile “özgür”⁸¹⁸ programlar ve yazılımlar kimi zaman aynı anlamda kullanılmakta, kimi zaman da tek başlık altında toplanarak ele alınmaktadır. İngilizcede, özgür ve açık kaynak kodlu yazılımların tamamını kapsayan genel başlık olarak FOSS⁸¹⁹ terimi kullanılmaktadır. Özgür yazılım ve açık kaynak kodlu yazılım kavramlarının her ikisi de, aslında GNU adlı aynı oluşumun üyeleri tarafından ortaya konmuş, üyelerin arasındaki görüş ayrılıkları sebebiyle zamanla farklılaştırılmıştır. “Özgür yazılım” kavramının İngilizce karşılığının yanlış anlaşılmasına müsait olduğunun, kavramın “bedava” olarak anlaşılabilmesinin ve bu yaklaşımın endüstriyel yazılım kullanımı açısından radikal olduğunun düşünülmesi sebebiyle “açık kaynak kodlu” yazılım olarak farklı ikinci bir felsefe ve oluşum meydana gelmiştir⁸²⁰. Özgür yazılım ve açık kaynak kodu türlerindeki, detaylı felsefe ve yaklaşımlar, aşağıda ayrıca ele alınacaktır ancak öncelikle, karşıt kavramlar olan kapalı kaynak kodlu yazılımlar ve özgür/açık kaynak kodlu yazılımların karşılaştırılması gerekmektedir.

2.1. Kapalı Kaynak Kodlu Yazılımlar⁸²¹ - Açık Kaynak Kodlu/Özgür Yazılımlar

Kaynak kodunun bilgisayar programları için en önemli unsur olduğu tartışmasızdır. Bazı yazarlar, kaynak kodunun önemine vurgu yapmak için onları bilgisayar programlarının “kutsal kâsesi” olarak nitelendirmektedirler⁸²². Kaynak kodunun öneminden dolayı, herkesin erişimine açık tutulması ve saklanması yönünde yaklaşım farklılığı ortaya çıkmıştır. Açık kaynak kodlu ve kapalı kaynak kodlu yazılım ayrımı, temel olarak bilgisayar programının kaynak kodunun gizli tutulması veya herkesin erişimine açık tutulması ikilemine dayanmaktadır. Temel kıstasa ek olarak;

⁸¹⁷ *Open source software.*

⁸¹⁸ *Free software.*

⁸¹⁹ *Free and open source software.*

⁸²⁰ Stallman, s.83; Meeker, **Open Source**, s.16-17; Meeker, **Licensing**, s.3-4; Bainbridge, **IT Law**, s.311-312; Serhat Koç, “Yazılımların Hukukten Korunması: Özgür Yazılımlar ve Korsan Parti”, **LaborComm 2015 Bildiriler Kitabı**, Ankara, 2015, 93-116, s.106.

⁸²¹ Kapalı kaynak kodlu yazılımlar için İngilizce eserlerde “*proprietary software*” terimi kullanılmaktadır. Terimin Türkçe’ye birebir tercümesi “özel mülkiyete tabi yazılım” olmakla birlikte hukuk tekniği açısından yanlış değerlendirmelere sebebiyet verebileceği için çalışmamızda “kapalı kaynak kodlu yazılımlar” terimi tercih edilmiştir.

⁸²² Greg R. Vetter, “The Collaborative Integrity of Open-Source Software”, **Utah Law Review**, S.2, 2004, 563-700, s. 578; V.K. Unni, “Fifty Years of Open Source Movement: An Analysis Through the Prism of Copyright Law”, **Southern Illinois University Law Journal**, C.40, 2016, 271-299, s. 272.

programların dağıtımı ve geliştirilmesi yöntemleri arasındaki farklılıklar da, bu ayrımın yapılmasını gerektiren hususlardır⁸²³.

Program geliştirme ve dağıtımını ticari faaliyet olarak yürüten şirket ve gruplar, bilgisayar programlarının donanımdan ayrıştırılması ve ticari olarak tek başına değere sahip olması ile birlikte, kaynak kodlarını gizli tutmaya başlamıştır. Kaynak kodları gizli tutulurken program, sadece makine kodu şeklinde dağıtılmaktadır. Bu durumda kullanıcılar, sadece makine koduna erişebildikleri için programları sadece bilgisayarlarında çalıştırma imkânına sahiptir. Buna ek olarak; çoğu ticari programın lisans koşullarında, kullanıcıların herhangi bir şekilde kaynak koduna erişimleri yasaklanmaktadır. Bunun sebebi, teknik bilgi ve beceriye sahip kişiler tarafından makine kodunu tersine mühendisliğe tabi tutularak kaynak koduna erişilmesi ve kaynak kodunun birebir kopyalanması veya programın yenilikçi özelliklerinin alınarak başka programların oluşturulmasının istenmemesidir. Bunun yanında; kullanıcıların yazılımı satın aldıkları firmadan bağımsız olarak, bilgisayar programlarını kendi ihtiyaçlarına göre özelleştirme veya ek geliştirmeler yapma imkânı da bulunmamaktadır. Ek geliştirme veya özelleştirme için yazılımı sağlayan firma ile iletişime geçmeleri ve ek ödeme yapmaları gerekmektedir. Kaynak kodlarının bu şekilde, ticari sır olarak, şirket bünyesinde gizli tutulduğu, programların sadece makine kodu şeklinde dağıtıldığı yönteme, kapalı kaynak kodlu yazılım modeli denilmektedir⁸²⁴.

Kapalı kaynak kodlu yazılım modeli, birçok programcı tarafından eleştirilmiş, kaynak kodunun gizli tutulmasının adeta kaputu kaynakla kapatılmış araba satmaya benzediği öne sürülmüştür⁸²⁵. Bu modelde, kullanıcı ve geliştiriciler, tamamen bir kapalı kutu ile baş başa kalmakta, programı sadece programın fikri mülkiyet haklarına sahip olan firmanın izin verdiği ölçüde ve şekilde kullanabilmektedir. Sıradan bilgisayar programı kullanıcıları, çoğunlukla kaynak kodunun gizli tutulmasıyla ilgilenmemekte, onlar için programı kullanmak tek başına yeterli olabilmektedir; ancak bilgisayar programı geliştiricileri, profesyonel veya amatör olarak programcılıkla ilgilenenlerin önemli bir kısmı, programın kaynak koduna erişerek

⁸²³ Unni, s.272; Bainbridge, **IT Law**, s.xxiii; Meeker, **Open Source**, s.25-27; L  v  que, M  ni  re, s.30.

⁸²⁴ Unni, s.273, Stallman, s.81; Meeker, **Licensing**, s.22-23; Meeker, **Open Source**, s.5; Bainbridge, **IT Law**, s.311-312; L  v  que, M  ni  re, s.27-28.

⁸²⁵ Unni, s.273.

programın altında yatan fikir ve konseptleri bilmek istemektedir. Bu nedenle; bir grup programcı, kaynak kodlarını program ile birlikte herkesin erişebileceği şekilde tutmakta veya birbiriyle paylaşmaktadır. Kaynak kodlarının erişime ve geliştirmelere açık olarak tutulduğu modeller, özgür yazılım modeli veya açık kaynak kodlu yazılım modelidir⁸²⁶.

Özgür ve açık kaynak modelleri, merkezine kaynak kodunu koymakta, programların kaynak kodları ile paylaşılması halinde, daha değerli olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle kaynak kodunun paylaşılmadığı kapalı kaynak kodlu modele tepki olarak ortaya çıkmıştır. İlk başta, bilgisayar programları üzerinde telif hakkını reddeden bir model olarak ortaya çıktığı düşünülse de, tam tersine, telif haklarını kabul edip önem verdiği ilkeleri, lisans koşulları ile garanti altına almaktadır. Dolayısıyla özgür ve açık kaynak modelleri, güçlerini belirli takım şartları getirdiği lisans koşullarından almaktadır. Belirlenen bu şartlara kullanıcı tarafından uyulursa, kullanıcıya, özgür veya açık kaynak kodlu programları özgürce kullanma yetkisi tanınmaktadır⁸²⁷.

Özgür veya açık kaynak kodlu yazılımlar, kamuya mal olmuş veya anonim olarak ortaya çıkmış programlardan farklıdır. Anonim olarak ortaya çıkmış olan programlarda eser sahipleri belli değildir, koruma süresi sona ererek kamuya mal olmuş programlarda ise kullanıcılar, mali haklar açısından herhangi bir koşula ve kısıtlamaya tabi olmadan programı hukuka uygun şekilde kullanabilmektedir. Belirli bir kişinin oluşturduğu program üzerinde telif hakkı, Bern Konvansiyonu gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır, dolayısıyla belirli bir kişi tarafından program açıkça kamuya mal edilmezse üzerinde telif hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Özgür veya açık kaynak kodlu yazılımlarda ise, programı geliştiren kişi, kişiler veya kurum belirlidir, ayrıca bu modelde, kullanıcılar kapalı kaynak modelli programlardaki kadar olmasa da, program geliştiricilerin koyduğu kısıtlama ve koşullara tabi olarak programları kullanabilmektedir. Dolayısıyla özgür veya açık kaynak kodlu

⁸²⁶ Unni, s.273; Meeker, **Licensing**, s.21-22; Meeker, **Open Source**, s.5-6; Bainbridge, **IT Law**, s.311-312; Katherine A. Franco, “Protecting Free And Open Source Software: Solutions In The Digital Millennium Copyright Act”, **The Columbia Science and Technology Law Review**, C.12, 2011, 159-193, s.161.

⁸²⁷ Vetter, s.596; Meeker, **Licensing**, s.27-28; Meeker, **Open Source**, s.8-9; Bainbridge, **IT Law**, s.313; L  v  que, M  ni  re, s.30-31.

programlar, yüzde yüz serbestliğin bulunduğu veya üzerinde herhangi bir telif hakkının olmadığı programlar olarak değerlendirilmemelidir⁸²⁸.

Özgür veya açık kaynak kodlu bilgisayar programının kodlarının değiştirilmesi durumunda değişikliği yapan programcılar, asıl versiyon üzerinde değişiklik yapıldığını, yapılan değişikliğin tarihini ve kapsamını belirtilerek telif hakkı bildirimini eklemektedir. Bazı durumlarda ilk versiyonun programcılarına değişiklik yapıldığına ilişkin özel bildirim yapıldığı ve son versiyonun bir kopyasının sunulduğu görülmektedir⁸²⁹.

Kapalı kaynak kodlu programlara kıyasla, özgür veya açık kaynak kodlu programların geliştirilmesi merkezi olmayan bir sistemle gerçekleştirilmektedir. Dünya çapında programcılar katılımları ile kolektif çalışma sonucunda bilgisayar programlarının oluşturulduğu bir sistemdir. Katılımcıların sayısına ilişkin herhangi bir kısıtlama bulunmamakta ve her bir katılımcı programın belirli bir parçası üzerinde çalışabilmektedir. Bu çalışmanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması da, yine kolektif oluşumlar ve girişimler eliyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle kolektif çalışmanın çıktıları da herkese açık şekilde, açık kaynak modelinde tutulmakta ve dağıtılmaktadır⁸³⁰.

2.2. Özgür Yazılım ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım Modelleri

Özgür ve açık kaynak kodlu yazılım modelleri, aynı anlama gelmemekte ancak birbirine yakın anlamlara sahiptirler. Açık kaynak kodlu yazılımların aynı zamanda özgür yazılım da olabildiği görülmekle birlikte bu her zaman geçerli bir varsayım değildir⁸³¹. Kapalı kaynak kodlu yazılım modelinde kullanıcıların kısıtlanmasının, kaynak kodlarının kullanıcılara açılmamasının, yazılımların özgürce değiştirilip geliştirilememesinin ve genel anlamda bilginin serbestçe aktarılıp arttırılamamasının

⁸²⁸ Unni, s.282; Stallman, s.78-79; Bainbridge, **IT Law**, s.313; Meeker, **Licensing**, s.3; Lévêque, Ménière, s.33.

⁸²⁹ Bainbridge, **IT Law**, s.69; Meeker, **Licensing**, s.90; Lévêque, Ménière, s.33.

⁸³⁰ Sana Khan, "Open Source Software: Risk or Benefit?", **Compliance & Risk**, C.6, S.4, 2017, 11-14, s.11; Meeker, **Licensing**, s.5-6; Meeker, **Open Source**, s.25-26; Lévêque, Ménière, s.27 vd; Franco, s. 161.

⁸³¹ Koç, s.107.

tepkilere yol açtığını yukarıda belirtmiştik. Anılan bu tepkilerin sonucunda ilk olarak ‘özgür yazılım’ kavramı ve felsefesi ortaya çıkmıştır.

Özgür yazılım kavramı ve felsefesi, İngilizcede “*free software*” olarak adlandırılmakta ancak İngilizcede “*free*”, aynı anda “bedava” ve “özgür” anlamlarına karşılık gelmekte, birçok dilin aksine yaygın kullanımda olan iki ayrı kelime bulunmamaktadır. Bu nedenle özgür yazılım felsefesinde, her şeyden önce vurgulanan nokta, “*free software*” kavramında kullanılan “*free*” kelimesi ile bedava, yani ücretsiz olması değil özgür olmasıdır. Bu özgürlüğün temelini de, ifade özgürlüğünden geldiğinin altı çizilmektedir. Özgür yazılım felsefesindeki özgürlüğün dört sacayağı bulunmaktadır; bunlar, programların herhangi bir amaçla kullanılmasına ilişkin özgürlük, programın nasıl çalıştığının incelenmesi ve program üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin özgürlük, programın kopyalarının dağıtılmasına ilişkin özgürlük ve programın işlenmiş-değiştirilmiş kopyalarının dağıtılmasına ilişkin özgürlüktür. Programın nasıl çalıştığının incelenebilmesi ve program üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin özgürlük ancak kaynak kodlarına erişim sağlanması ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bu özgürlüğün kullanılabilmesi için ön şart kaynak kodlarının açık tutulması veya kaynak koduna erişim sağlanmasıdır. Programın kopyalarının özgürce dağıtılmasına ilişkin özgürlük sağlanmasındaki amaç ise, başkalarına yardım etme ve tüm toplumun programdan faydalanmasını sağlamaktır. Programın kopyalarının dağıtılmasının ücretli veya ücretsiz yapılması, özgürlüğün belirlenmesinde rol oynamamakta; önemli olan nokta dağıtım özgürlüğünün bulunması, yani yasaklanmamış olmasıdır. Bu özgürlüklerin tamamının sağlandığı, herhangi bir yasaklamanın veya iznin gerekmediği modele, özgür yazılım modeli denilmektedir. Bu modelde sağlanan özgürlüklerin daha sonradan kaldırılması veya tanınan özgürlüklerden dönülmesi mümkün olmamalıdır⁸³².

Açık kaynak felsefesi, özgür yazılım felsefesinden türemekle beraber, özgür yazılım modelinin endüstriyel-ticari dinamiklere uymaması nedeniyle yoluna ayrı devam etmiştir. Açık kaynak felsefesi ile endüstriyel-ticari dinamikler karşısında esneklik sağlama amacı güdülmektedir. Açık kaynak felsefesi OSI (Open Source Initiative) tarafından ortaya konmuş ve açık kaynak felsefesinin sadece kaynak

⁸³² Stallman, s.3-4; Meeker, **Licensing**, s.13 vd; Meeker, **Open Source**, s.6.

kodunun herkesin erişimine açık olmasından ibaret olmadığı vurgulanmıştır⁸³³. OSI, açık kaynak terimini aşağıda yer alan on kural ile temellendirmektedir:

- i. Programın serbestçe yeniden dağıtılabilmesi,
- ii. Kaynak kodunun programla birlikte sağlanması,
- iii. Programın değiştirilmesi ve geliştirilmesine imkân tanınması,
- iv. Değiştirilen ve geliştirilen versiyonların asıl programın kodlarından ayrı olduğunun belirtilmesi,
- v. Herhangi bir kişi veya gruba programı kullanmalarına ilişkin ayrımcılık yapılmaması,
- vi. Herhangi bir alan veya girişimde programın kullanılmasına ilişkin ayrımcılık yapılmaması,
- vii. Lisans koşullarının yeniden dağıtımda değiştirilmeden ilk halinin korunması,
- viii. Lisans koşullarının belirli bir ürüne özgü olmaması ve böylelikle yeniden dağıtımlarda kısıtlamaya uğramaması,
- ix. Lisans koşullarının lisanslanan program ile birlikte başkaca programların bir arada dağıtılmasına ilişkin kısıtlama getirmemesi,
- x. Lisans koşullarının tüm teknolojilere ve ortamlara tarafsız olması, yani teknoloji ayrımı yapılmadan aynı amacı gerçekleştirecek şekilde uygulanması⁸³⁴.

Açık kaynak kavramının özgür yazılımın radikal görüntüsünü yumuşatmak, başka bir deyişle, özgür yazılımı ticari açıdan daha kabul edilebilir bir formda pazarlayabilmek için ortaya atıldığı, yazılım endüstrisinin kabul etmeyeceği özgür yazılımın temel felsefesi yerine, pratik noktalarını vurguladığı belirtilmektedir⁸³⁵. Bu yaklaşım, aynı anda açıklayıcı ve eleştirel bir tutum içermektedir. Eleştirel yön, özgür yazılımın temel felsefesinin neyin iyi ve neyin doğru olduğunu vurguladığı, bunu yaparken ticari parametrelerden etkilenilmemesinin düstur edildiği ancak açık kaynak

⁸³³ OSI, “Coining Open Source”, <https://opensource.org/history>, (26.04.2019), Stallman, s.83-84; Meeker, **Open Source**, s.21-22; Bainbridge, **IT Law**, s.68; David McGowan, “Legal Implications of Open-Source Software” **University of Illinois Law Review**, S.1, 2001, 241-304, s.253.

⁸³⁴ OSI, “The Open Source Definition (Annotated)”, v.1.9, <https://opensource.org/osd-annotated>, (26.04.2019); Meeker, **Open Source**, s.21-22; Meeker, **Licensing**, s.6-7; McGowan, s.254 vd; Unni, s.281; Lévêque, Ménière, s.30-31.

⁸³⁵ Stallman, s.84-85; Meeker, **Licensing**, s.9-10; Meeker, **Open Source**, s.21-22; Vetter, s.614.

modelinde pratik fayda sağlamak için tüm ilkelerin arka plana atılıp görmezden gelindiğidir. Bir diğer eleştiri ise, İngilizce ‘free software’ teriminin yanlış anlaşılma müsait olması sebebiyle İngilizce ‘open source’ teriminin tercih edilmesinin daha büyük yanlış anlaşılma sebebiyet verdiğinin belirtilmesidir. Açık kaynak felsefesinde, ‘open source’ yani ‘açık kaynak’ teriminin tüm felsefeyi sadece programın kaynak kodlarının herkesin erişimine açık tutmaktan ibaret olduğu yanlış anlaşılmasına sebep olduğuna ilişkin eleştiri getirilmektedir. Bu noktada ‘free software’ ile ne anlatılmak istendiği birkaç cümle ile açıklanabilirken ‘open source’un tam açıklamasının on temel kural ve yaklaşık bir sayfalık ek açıklamayı gerektirmesinin altı özellikle çizilmektedir⁸³⁶.

3. Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Ortaya Çıkması

Özgür yazılımların ortaya çıkması, genel olarak yazılımların ortaya çıkması ile tarihsel olarak aynı döneme denk gelmektedir. Özgür yazılım yaklaşımının ortaya çıkmasındaki en önemli isim, MIT programcılarından *Richard Stallman*’dır. Stallman, kapalı kaynak kodlu yazılımlara karşı yürüttüğü mücadele sebebiyle Che Guevera’ya benzetilmekte hatta kimileri onu, *Che Stallman* olarak adlandırmaktadır⁸³⁷. *Stallman*’ın kapalı kaynak kodlu tabi programlara cephe alması, bu programların lisans koşulları sebebiyle kullanılması ve değiştirilmesinin ciddi derecede kısıtlanması ile başlamıştır. *Stallman*’a göre, bu kısıtlamalar, yenilikçi programların geliştirilmesini engellemekte, yeni programların geliştirilme yöntemlerini kısıtlamaktadır. Buna karşılık olarak *Stallman*, programların düşünce ve ifade gibi özgür olmasına ilişkin bir vizyon ve felsefe ortaya koymuştur. Bilgisayar programlarının insanlığın ortak bilgi birikiminde olması, programcılarının mevcut bilgi birikimini inceleyerek yenilikleri üstüne eklemeleri gerektiğini ve böylelikle yazılım teknolojisinin daha verimli ve etkili bir şekilde gelişeceğini ifade etmiştir. Ayrıca programların ortaklaşa bir ekip çalışması ile yaratılması veya yaratılan programların birçok farklı kişi tarafından

⁸³⁶ Stallman, s.84-85; Meeker, **Licensing**, s.9-10; Meeker, **Open Source**, s.21-22.

⁸³⁷ Çoğu kahraman figürünün başına geldiği şekilde, Richard Stallman’ın da Che Guevera’ya benzer olarak silüetinin tişörtleri ve çıkartmaları satılmaya başlanmıştır. Bkz. <https://geekz.co.uk/shop/store/show/che-stallman-tshirt.html> (08.04.2019).

incelenerek denetlenmesi ile eksikliklerin daha iyi ve hızlı giderilebileceği öne sürülmüştür⁸³⁸.

Stallman, 1971 yılında MIT bünyesinde yapay zekâ çalışmalarına başlamış ve bu dönemde yazılım paylaşan bir topluluğun parçası olmuştur. *Stallman*, kendi ifadeleriyle, yazılım paylaşmanın sadece kendi parçası olduğu topluluk tarafından değil birçok farklı başka grup tarafından da gerçekleştirildiğini, bu geleneğin bilgisayarın ortaya çıkması ile aynı zamanda başladığını ve yemek tarifi paylaşmak kadar doğal görüldüğünü belirtmektedir⁸³⁹. *Stallman*'ın parçası olduğu grup, döneminde kullandıkları bilgisayar için bir işletim sistemi programı oluşturmuş ve başka üniversite, şirket veya grupların istemesi halinde, işletim sistemlerini onların erişimine açmıştır. *Stallman*'ın görev aldığı yapay zekâ projesinin *Symbolics* adlı bir şirket tarafından satın alınması ile kullanılan mevcut işletim sisteminin kaldırılarak yerine kapalı kaynak modelinde ve makine koduna erişimin dahi gizlilik sözleşmesi imzalanması sonrasında sağlandığı bir program kullanılmaya başlanmıştır. *Stallman*, bu tercihin sosyal normlara uymadığını, başka bir deyişle asosyal bir davranış biçimi olduğunu çünkü kullanıcıların komşuları ile herhangi bir paylaşımda bulunamayacağını, onlara yardım etmesinin engellendiğini belirtmektedir. *Stallman*, kapalı kaynak kodlu yazılımları piyasaya süren şirketlerin, kullanıcıların programları komşuları ile paylaşmasını, korsanlık olarak damgalamasını ve program üzerinde değişiklik yapılmasının ancak ilgili firmaya yalvararak mümkün olmasını etiğe aykırı ve yanlış bulduğunu ifade etmektedir⁸⁴⁰.

MIT bünyesindeki yapay zekâ çalışmasının *Symbolics* tarafından yürütülmeye başlanması ile *Stallman*'ın görev aldığı grup eski yöntemleri ile çalışmaya devam edememiştir. *Stallman*, hatalı olduğunu ve verimli çalışmadığını düşündüğü bilgisayar programının kaynak kodlarına erişip düzeltmek istemiş ancak kendisinin kaynak kodlarına erişilmesi engellenmiştir⁸⁴¹. Kaynak kodlarının kapalı tutulmasını ahlaki

⁸³⁸ Unni, s.279; Vetter, s.603-604; McGowan, s.253; Meeker, **Licensing**, s.5-6; Meeker, **Open Source**, s.25-26.

⁸³⁹ *Stallman*, s.7.

⁸⁴⁰ *Ibid*, s.8.

⁸⁴¹ *Stallman* için kapalı kaynak kodlu programlara ilişkin kendisi açısından bardağı taşıran son damla, MIT içinde kullanılan yazıcıların programına ilişkin kaynak kodlarının kendisi ile paylaşılmaması olmuştur. *Stallman*'ın anlatımına göre; döneminde MIT yazıcılarını çalıştırmaya yarayan programın içindeki eksiklikler sebebiyle yazıcılar etkin olarak kullanılamamaktadır, bunu düzeltmek amacıyla kaynak kodunu isteyen *Stallman* gizlilik sebebiyle kesin bir dille reddedilmiştir. Bu durum *Stallman*'a

olarak yanlış bulması nedeniyle modelin dayatmalarını aşmak için *Stallman*, önceden olduğu gibi bir topluluk oluşturarak ve bu toplulukla işbirliği içinde kod yazmanın yollarını aramıştır⁸⁴². Bu yolda ilk adımın, daha sonra ‘özgür’ olarak nitelendirilecek bir işletim sistemi programının oluşturulması olduğunu saptamış ancak bunu MIT çatısı altında yapması halinde programın MIT tarafından sahiplenileceği ve ‘özgür’ niteliğinin ortadan kalkacağı sonucuna varmıştır. Bu sebeple, 1984 yılında *Stallman* MIT’den istifa etmiş ve Unix program çekirdeğini kullanarak GNU⁸⁴³ adlı işletim sistemi bileşenlerini yazmaya başlamıştır⁸⁴⁴.

Özgür yazılım felsefesinde, karşılaşılabilecek problemlerden ilki, programın ikinci ve sonraki dağıtımlarında özgür yazılım felsefesine aykırı şekilde dağıtılması olarak görülmüştür. Özgür yazılımlar, ilk dağıtımında özgür yazılım prensiplerine uygun olarak dağıtılabilecekken, kopyaları alan kişi veya kurumların bunları kendi mülkiyetine tabi kılmaları ve özgür yazılım felsefesine aykırı olarak dağıtımlarının ihtimal dâhilinde olduğu öngörülmüştür. Bu problemin ilk örneği, MIT içinde geliştirilen *X Window* işletim sistemi olmuştur. *X Window* işletim sistemi, izin verici lisans koşulları ile özgür yazılım olarak dağıtılmıştır. Kopyaları alan çeşitli bilgisayar firmaları, işletim sistemini kendi sistemleri içerisine dâhil ederek kaynak kodlarını vermeden sadece makine kodu şeklinde, gizlilik anlaşmaları ve kısıtlayıcı lisans koşulları altında dağıtmaya başlamıştır. Bilgisayar firmaları, özgür yazılımın nimetlerinden faydalanmış ancak bilginin artması ve yayılması amacını görmezden gelerek özgür yazılım sistemine katkıda bulunmaktan kaçınmışlardır. *X Window* işletim sistemini geliştiren ekip için bu durum bir problem teşkil etmemiş, programın yaygınlaşması, ekibi memnun etmiştir ancak *Stallman*’a göre, özgür yazılım ekosistemini devam ettirmek ve geliştirmek için özgür yazılımların kendi felsefesinin

mantıklı gelmemiş, gizlilik gerekçesiyle yazıcı ve diğer donanımların gerektiği gibi kullanılamamasını kabul edilemez bulmuştur. Tüm bu gelişmelerin *Stallman*’ı ahlaki bir seçim yapmak durumunda bıraktığını; kapalı kaynak kodlu program geliştiren firmalarda işe girip inandığı değer yargılarını kenara itmek ya da bilgisayar çalışmalarından tamamen ayrılmak zorunda kaldığını aktarmaktadır. (*Stallman*, s.9).

⁸⁴² *Stallman*, s.9; Patrick K. Bobko, “Open-Source Software and the Demise of Copyright”, **Rutgers Computer & Technology Law Journal**, C.27, 2001, 57-91, s.80, dn.179.

⁸⁴³ GNU’nun açılımı, “GNU is not Unix” olup yinelemeli bir kelime oyunu yapılmıştır. Ayrıca kaynağını ve logosunu, İngilizce “Gnu” olarak adlandırılan Afrika antiloplarından almaktadır.

⁸⁴⁴ *Stallman*, s.9-11; Ronald J. Mann, “Commercializing Open Source Software: Do Property Rights Still Matter”, **Harvard Journal of Law & Technology**, C.20, S.1. 2006, 20-47, s.11.

kötüye kullanılarak kapalı kaynak kodlu yazılıma dönüştürülmesinin engellenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁸⁴⁵.

Stallman oluşturduğu özgür yazılım felsefesini, hukuk profesörlerinin yardımları ile birlikte geliştirerek ‘genel kamu lisansı’ olarak Türkçeye çevrilebilecek olan GPL (*General Public License*) koşullarını kaleme almıştır. GPL koşulları bir felsefe ve yazılım politikası bildirgesi şeklinde oluşturulmuş ve bu özelliği bakımından *cum* lisans⁸⁴⁶ olarak adlandırılmaktadır. *Stallman*’ın ortaya koyduğu felsefede vurgulanan nokta yazılımın bedava olması değil özgür olmasıdır. Yazılımın özgürce dağıtılması, kaynak koduna erişimin serbest olması ve kaynak kodunun değiştirilmesi konusunda özgürlük tanınması, özgür yazılım için önem taşıyan noktaları oluşturmaktadır⁸⁴⁷. Özgür ve açık kaynak kodlu yazılımların lisans koşulları ve türlerine ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda ayrıca yer verilecektir. *Stallman*, GPL koşullarının uygulanırlığı takip etmek, özgür yazılımın yayılması ve geliştirilmesi amacıyla 1985 yılında *Free Software Foundation* adlı oluşumu kurmuştur⁸⁴⁸.

1998 yılında, ‘özgür yazılım’ hareketine ek olarak açık kaynak hareketi ortaya çıkmıştır⁸⁴⁹. ‘Özgür yazılım’ teriminin İngilizcede ‘bedava’ olarak yanlış anlaşılmasının önüne geçmek ve özgür yazılım hareketinin ticari işletmeler açısından sert görüntüsünü yumuşatmak için açık kaynak hareketi oluşturulmuştur. *Linux* işletim sistemi ve *Netscape* web tarayıcısının kaynak kodlarının açık tutulmasının ses getirmesi üzerine, 3 Şubat 1998 tarihinde Palo Alto, Kaliforniya’da gerçekleştirilen bir strateji toplantısında ‘açık kaynak’ terimi yaratılmıştır⁸⁵⁰. Açık kaynak hareketi, felsefesini pragmatik temeller üzerine oturtmuş ve açık kaynak kodlu programların iş dünyasında kullanılabilirliğini ön plana çıkartmıştır. Bu doğrultuda özellikle, özgür yazılım hareketinin felsefi ve politik algısından ayrı bir yaklaşım oluşturulmak istenmiştir. Toplantı katılımcılarından *Eric Raymond* ve *Bruce Perens*, 1998 Şubat ayının sonlarına doğru *Open Source Initiative* (OSI) adlı girişimi kurmuşlardır.

⁸⁴⁵ Stallman, s.12; Unni, s.289; Bobko, s.81.

⁸⁴⁶ Dolaylı lisans.

⁸⁴⁷ Unni, s.279, Vetter, s.598; Meeker, **Licensing**, s.6; Meeker, **Open Source**, s.21.

⁸⁴⁸ Unni, s.280, Free Software Foundation, “History”, FSF, <https://www.fsf.org/about/history.html>, (04.05.2019).

⁸⁴⁹ OSI, “History”, <https://opensource.org/history>, (02.05.2019).

⁸⁵⁰ ‘Açık kaynak’ teriminin kullanılması, ilk olarak Christine Peterson tarafından önerilmiştir. (OSI, “History”, <https://opensource.org/history>, 02.05.2019).

OSI'nin temel amaç ve görevi, açık kaynak kodlu program kavramının açıklanması ve korunması ile A.B.D. hükümetinin açık kaynak kodlu programları kullanması yönünde teşvik edilmesi olmuştur⁸⁵¹.

4. Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Önem Kazanması

Günümüzde açık kaynak kodlu yazılımların ticari işletmelerde kullanılmasının toplamda yıllık 60 milyon USD tasarruf sağladığı belirtilmektedir. Yapılan bir araştırma sonuçlarına göre; dünya çapında teknoloji şirketlerinin %85'inin açık kaynak kodlu yazılımları tercih ettiği saptanmıştır⁸⁵² ancak açık kaynak kodlu yazılımlar, ortaya çıktığında sadece akademisyen ve amatör programcıları ilgilendiren bir model olarak görülmüştür. Ayrıca teknik açıdan açık kaynak programların kapalı kaynak kodlu programlara göre daha az gelişmiş olduğu düşünülmüştür⁸⁵³. Bu eleştirel yaklaşımlara rağmen, özgür ve açık kaynak modelinin altında yatan ideolojiye kendini yakın hisseden ve modelin kullanımında fayda gören programcılar bu model etrafında toplanmıştır. Bu yönelim, klasik telif hakkı sistemini alt üst edecek bir davranış biçimi haline gelmiştir. Yetenekli programcıların bu ideoloji etrafında toplanması ile projeler, projelerin neticesinde ürünler ortaya çıkmış ve bu ürünlerden bazıları yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Modelin ortaya çıkardığı sonuçlar, bir paradoks yaratmış; özgür ve açık kaynak hareketi, başarılı ürünleri sebebiyle yatırımcıların, girişimcilerin ve bilgi teknolojileri firmalarının ilgisini çekmiştir. Böylelikle; internet alt yapısında yer alan önemli uygulamalarda özgür ve açık kaynaklı programlar kullanılmaya başlanmış, teknolojik, ticari ve sosyal başarı elde edilmiştir⁸⁵⁴.

Özgür ve açık kaynak modelinin önem kazanması, GNU lisansı ile dağıtımına sokulan *Linux* işletim sistemi çekirdeği sayesinde olmuştur⁸⁵⁵. *Stallman* ve ekibi, 1990 yılına kadar bir işletim sisteminin büyük bir kısmını hazırlamış ancak güçlü bir

⁸⁵¹ OSI, "History of the OSI", OSI, <https://opensource.org/history> (02.05.2019); Stallman, s.22.

⁸⁵² Khan, s.11.

⁸⁵³ Unni, s.271; Vetter, s.614 vd.

⁸⁵⁴ Vetter, s.594; Eric Ford, Nicholas Taylor, "Free and Open Source Software in Developing Countries", *Baltimore Intellectual Property Law Journal*, C.17, 2009, 139-178, s.140-141.

⁸⁵⁵ Paula Hunter, Stephen Walli, "The Rise and Evolution of the Open Source Software Foundation", *IFOSSLR*, C.5, S.1, 2013, 31-41, s.32; Unni, s.280; Joanne van Erp Montague, "Copyright Issues with Open Source Software", *The 49th Annual Conference on Intellectual Property Law*, 7-8.11.2011, s.5; Mann, s.11. Fabrizio Marrella, Christopher S. Yoo, "Is Open Source Software the New Lex Mercatoria", *Virginia Journal of International Law*, C. 47, S.4, 2007, 807-837, s.811.

çekirdek konusunda kararsız kalmışlardır. Mevcut *Unix* işletim sistemi çekirdeğine benzer *Linux* işletim sistemi çekirdeği, Fin bilgisayar bilimleri öğrencisi olan *Linus Torvalds* tarafından meydana getirilmiştir. 1992 yılında Helsinki Üniversitesi öğrencisi olan *Torvalds*, şahsi bilgisayarında kullanmak üzere bir işletim sistemi çekirdeği oluşturmuş ve bunu internet üzerinden özgür ve açık kaynak modeli altında tüm programcılara açmıştır⁸⁵⁶. *Torvalds*'ın GNU GPL lisansı ile çekirdeği dolaşıma sokması ile tüm dünyadan birçok yazılımcının katkıları ile çekirdek geliştirilmiş ve halen devam etmekte olan katkılar sayesinde *Linux* değiştirilip geliştirilebilmektedir⁸⁵⁷. Klasik yazılım geliştirme çalışmaları, genellikle hiyerarşik bir düzen içinde, yatırımcıların ve idarecilerin bulunduğu bir yapıda ortaya çıkmaktayken, *Linux*'un ortaya çıkartılması esnasında çalışan yazılımcı ve tasarımcılara herhangi bir ücret ödenmemiştir. Yazılımcıların bu projeye katılmasında veya destek vermesindeki itici güçler, projenin sağladığı saygınlık ve kod yazmanın verdiği kişisel ve mesleki zevk olarak görülmektedir⁸⁵⁸. *Linux*, özgür ve açık kaynak modelinden yararlanırken aynı zamanda bu modelin yaygın halde kullanılır ve tanınır hale gelmesinde önemli rol oynamış, yani karşılıklı gelişim göstermişlerdir. GNU'nun diğer tüm programlarının *Linux* ile uyumlu halde çalışabilir olmasının sağlanması ile hem güçlü hem de esneklik gösterebilen bir işletim sistemi ortaya çıkmıştır. *Linux* ile birlikte birçok GNU program bileşeni ve aracı kullanılması sebebiyle, bazen GNU-Linux adı altında anılsa da, *Linux* çekirdeği kullanan *Android* işletim sistemi gibi farklı sistemlerde GNU bileşenleri kullanılmadığı için genellikle bu çekirdek, sadece *Linux* olarak adlandırılmaktadır⁸⁵⁹. *Linux* çekirdeği, işletim sistemleri ile birlikte ayrıca günümüzdeki web sitelerinin %50-60'ında kullanılmaktadır. Dolayısıyla internet kullanıcılarının neredeyse tamamı bilerek veya bilmeden *Linux* çekirdeğinden faydalanmaktadır. *Linux* işletim sistemi çok daha düşük maliyetle yaratılmış olmasına rağmen, programcılar tarafından *Microsoft Windows NT* işletim sisteminden daha dengeli bulunduğu belirtilmiştir⁸⁶⁰. Günümüzde *Microsoft Windows* ve *Apple*'ın *Mac*

⁸⁵⁶ Linus Torvalds, *Linux çekirdeğinin eser sahiplerinden biri olmakla birlikte tüm çekirdek üzerinde telif hakkı sahibi değildir ancak "Linux" markası, kendisine aittir.* (Andrés Guadamuz González, "GNU General Public License v3: A Legal Analysis", **SCRIPT-ed**, C.3, S.2, 2006, 154-163, s.163.); Selçuk Han Aydın, **Linux İşletim Sistemi**, Ankara, ODTÜ Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, 2002, s. 2.

⁸⁵⁷ Marcus von Welser, "Opposing the Monetization of Linux: McHardy v. Geniatech & Addressing Copyright "Trolling" in Germany", **IFOSSLR**, C.10, S.1, 2018, 9-20, s.9 vd; Marrella, Yoo, s.811; Guadamuz González, s.160.

⁸⁵⁸ McGowan, s.243-245; Lévêque, Ménière, s.28; Meeker, **Open Source**, s.3-7.

⁸⁵⁹ Mann, s.11; Vetter, s.12; McGowan, s.253.

⁸⁶⁰ Unni, s. 280.

OS X işletim sistemi ile birlikte *Linux*, bilgisayarlarda en sık kullanılan işletim sistemlerinden biri haline gelmiştir. *Linux*, bir işletim sistemi çekirdeği olduğu için nihai kullanıcılara yönelik arayüzlerin ve araçların bulunduğu kullanıma hazır haline *Linux* dağıtımları denmektedir. Farklı grup ve oluşumlar, açık ve özgür yazılım modeli altında *Linux*'un farklı dağıtımlarını internet üzerinden kullanıcılara sunmaktadır. *Linux*'un birçok dağıtımı bulunmakla birlikte, en bilinen ve yaygın olarak kullanılan dağıtımları, *Ubuntu*⁸⁶¹, *Linux Mint* ve *Debian* olarak sayılabilir⁸⁶².

Linux'un başarısının kaynak kodundan veya planlamasından değil açık kaynak modeli ile geliştirilmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir⁸⁶³. Açık kaynak modelinin tek başına uzun süreli başarıyı garanti etmediğini ancak geniş katılımlı çalışma sayesinde teknolojiyi geliştirme konusunda açık bir yol oluşturduğu ifade edilmektedir. Ayrıca ne kadar yetenekli olursa olsun bir kişi veya kurumun istek veya becerisinin açık kaynak modelindeki kolektif sonuca ulaşmasının mümkün olmadığı da eklenmektedir. *Linux*'un *GNU GPL* lisans koşullarını kullanması ile yapılan değişiklikler ve eklemelerin mevcut bilgi birikimine eklenmesinin sağlanabilmesi kilit rolde görülmektedir⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Yazar, çalışmanın kaleme alınması esnasında, özgür ve açık kaynak modelini daha iyi kavrayıp test edebilmek adına, şahsi bilgisayarında bulunan Microsoft Windows işletim sistemini kaldırarak yerine Ubuntu'nun 18.04 LTS (Long Time Support) dağıtımını yüklemiştir. Kullanım kolaylığı, kullanıcı arayüzü ve hızını şaşırtıcı bulsa da, yaygın bilgisayar kullanımının Windows işletim sistemi üzerinden ilerlemesi, avukat olarak UYAP ve Microsoft Office program ve uygulamalarına bağımlı olması nedeniyle iş bilgisayarında Windows kullanmaya devam etmektedir. Bunun sebebi, *Linux*'un ilgili programları kurmak ve kullanmak için yeterli esnekliği sağlayamamasından değil, tamamen pragmatik nedenlerden ve mevcut olanı sürdürmenin kolaylığından kaynaklanmaktadır. Windows işletim sistemi, ülkemizde şahsi bilgisayarlar kullanılmaya başladığından beri, bilgisayarların ayrılmaz bir parçası olarak kullanılmış, neredeyse tüm kullanıcılar Windows üzerinden bilgisayar kullanmayı öğrenmiş ve uzun yıllardır boyu devam eden bu ezici piyasa gücü, artık bir sosyal alışkanlığa dönüşmüştür.

⁸⁶² Gary Newell, "Top Linux Distributions Of All Time", **Lifewire**, 20.02.2019, <https://www.lifewire.com/top-linux-distributions-of-all-time-4084559> (04.05.2019); Andrew Williams, "Best Linux Distro of 2019", **TechRadar**, 14.09.2018, <https://www.techradar.com/news/best-linux-distro>, (04.05.2019); Aquil Roshan, "Best Linux Distributions for Beginners", **It's FOSS**, 06.01.2019, <https://itsfoss.com/best-linux-beginners/>, (04.05.2019).

⁸⁶³ Matt Asay, "Linus Torvalds offers the secret to Linux's long-term success", **TechRepublic**, 10.04.2019, <https://www.techrepublic.com/article/linus-torvalds-offers-the-secret-to-linuxs-long-term-success-the-answer-wont-surprise-you/>, (03.05.2019); Swapnil Bhartiya, "Linus Torvalds says GPL was defining factor in Linux's success", **CIO**, 27.08.2016, <https://www.cio.com/article/3112582/linus-torvalds-says-gpl-was-defining-factor-in-linuxs-success.html>, (03.05.2019); Meeker, **Open Source**, s.3-7.

⁸⁶⁴ *Ibid*.

Özgür ve açık kaynak felsefesi, kazanç elde etme önünde bir engel olarak görülmemelidir. Programlarının kopyalarının dağıtılması, ihtiyaca özel versiyonların oluşturulması, teknik destek sağlanması veya garanti sağlanması karşısında ücret talep edilmesi mümkündür. Örneğin *Linux* dağıtımlarının birçoğu ücretsiz olarak kullanıma sunulmakta iken bazı dağıtımların kopyaları için veya bakım-destek hizmetleri için ücret talep edilebilmektedir. Bu imkân *Stallman* tarafından da kullanılmış, işinden ayrıldıktan sonra herhangi bir geliri olmadığı dönemde *GNU* işletim sistemi programının kopyalarını teypler halinde kopya başına 150-USD bedel ile dağıtmıştır⁸⁶⁵. Özgür ve açık kaynak modeli, lisans koşullarına bağlı değişkenlik göstermekle birlikte; ticari girişim ve oluşumlar için avantajlara sahiptir. Öncelikli olarak kapalı kaynak kodlu programlara kıyasla maliyet avantajı sağlamaktadır. Bu yönden birçok ticari girişim tedarik süreçlerinin en başında, diğer maliyetli seçeneklerle birlikte özgür ve açık kaynaklı programların tek başına veya kapalı kaynak kodlu programlarla entegre şekilde kullanılmasını gözden geçirmektedir. Maliyet avantajına ek olarak; kaynak kodlarının kamuya açık olarak tutulması sebebiyle sürekli ve geniş katılımlı teknik inceleme altında bulunmaktadır. Bu faktör de, programların sıkı bir güvenliğe ve güvenilirliğe sahip olması avantajını beraberinde getirmektedir. Böylelikle; özgür ve açık kaynak kodlu programları kullanan işletmeler, hızlı ve kolayca hata düzeltimine ve ilgili diğer sorunların çözümüne ulaşabilmektedir. Özgür ve açık kaynak modelinin bir başka avantajı ise, işletmenin kendi ihtiyaçlarına yönelik geliştirme ve değiştirmeleri program üzerinde yapabilme özgürlüklerinin olmasıdır. Kapalı kaynak kodlu programlar genellikle çok sıkı ve kısıtlayıcı koşullara sahiptir ve kullanıcıların program üzerinde değişiklik yapılmasına izin verilmez. Kapalı kaynak kodlu program üzerinde değişiklik yapılması ancak programı sağlayan veya yaratan kişi veya kurumlardan izin alınması ve genellikle ek ücret ve maliyetler sonrasında mümkün olmaktadır. Günümüzde hızlı değişen piyasa ve organizasyon koşulları altında, işletmeler hızlı ve esnek şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Özgür ve açık kaynak kodlu programların kullanılması ile işletmeler, ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılayacak ek veya yeni program araçları veya modülleri ile değişen piyasa koşullarına ayak uydurma imkânına sahip olabilmektedir⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Stallman, s.12.

⁸⁶⁶ Khan, s.12; McGowan, s.232, Vetter, s.613.

1990'ların sonu ve 2000'lerin başında, özellikle açık kaynak hareketinin ortaya çıkmasından sonra, kapalı kaynak kodlu program üreten şirketler özgür ve açık kaynak kodlu programları tehdit olarak görmeye başlamıştır. 1 Haziran 2001 tarihinde, dönemin *Microsoft* CEO'su *Steve Ballmer*, *Chicago Sun Times* adlı gazeteyle verdiği röportajda, *Linux*'un kansere benzediği ve fikri mülkiyet bazında dokunduğu her şeye kanseri bulaştırdığı yönünde beyanatta bulunmuştur. Açık kaynak kodlu programların, lisans koşullarının yazımı sebebiyle, ticari şirketler için kullanılamaz olduğunu, açık kaynak kodlu bir program kullanıldığında geri kalan tüm programların da açık kaynağa dönüştürmek zorunda kalındığını ifade etmiştir⁸⁶⁷. *Bill Gates*'in yazılım meraklılarına yazdığı açık mektup ile başlayan ve 2000'li yılların başında *Steve Ballmer*'in beyanı ile zirve yapan tutumu ile özgür ve açık kaynak modelinin başta gelen karşıtı, *Microsoft* olmuştur⁸⁶⁸. Yazılımların geliştirilmesinde ilk kopyanın oluşturulması büyük yatırımlar gerektirirken kopyaların çoğaltılması genellikle önemsenmeyecek derecede ucuza mal olmaktadır. Geliştirme esnasında harcanan para, zaman ve emeğin karşılığı yazılımın kopyaların dağıtılması ile toplanmakta ve yazılımın ekonomik değeri, işlevselliği ile doğru orantılı olarak belirlenmektedir. *Windows 2000*'in geliştirilmesi için 5000 geliştiricinin 4 yıl boyunca çalıştığı ve işletim sisteminin geliştirilmesi için 1 milyar USD harcandığı aktarılmaktadır⁸⁶⁹. Bu nedenle *Microsoft* gibi kapalı kaynak modelinde yazılım geliştiren şirketler, kaynak kodlarını gizli tutmak konusunda ısrarcı olmuş, özgür ve açık kaynak kodlu yazılım modelini tehdit olarak algılamışlardır.

Özgür ve açık kaynak modelinin giderek artan kullanımı, *Microsoft*'un bu modeli bir rakip veya kendisine alternatif olarak görmesi yerine, yavaş yavaş kendi yazılımlarını yukarı çıkartmak ve piyasa başarısını artırmak için basamak olarak görmesini sağlamıştır. Daha önce özgür ve açık kaynak modelinde defalarca kez test edilmiş, ortaya çıkarılmış ve serbest erişime sunulmuş olan kaynak kodlarının zaman, para ve emek harcanarak sıfırdan yaratılmaya çalışılması ticari açıdan anlamsız bulunmuştur. 2006 yılı civarında diğer yazılım şirketleri gibi *Microsoft*, kendi

⁸⁶⁷ Chicago Sun Times, 1 Haziran 2001, <https://chicago.suntimes.com/output/tech/cst-fin-micro01.html> (03.05.2019); JT Smith, "Microsoft's Ballmer: Linux is a cancer", *Linux*, 1 Haziran 2001, *Linux*, <https://www.linux.com/news/microsofts-ballmer-linux-cancer>, (03.05.2019).

⁸⁶⁸ Maya Rotenberg, "I Didn't Believe It Either. Microsoft No.1 for Open Source!", WhiteSource, 13.10.2016, <https://resources.whitesourcesoftware.com/blog-whitesource/i-didn-t-believe-it-either-microsoft-no-1-for-open-source>, (03.05.2019).

⁸⁶⁹ Bobko, s. 61.

programlarının bir kısmını açık kaynak modelinde piyasaya sürmekte önemli bir potansiyel görmüştür⁸⁷⁰. *Microsoft*'un bulut platformu *Azure*'da açık kaynak modelinin kullanılması, tavrının değişmesi yönünde önemli bir gösterge olarak ortaya çıkmaktadır. 2014 yılında *Satya Nadella*'nın *Microsoft*'un CEO'su olması ile *Microsoft*'un karşıtlığı tamamen sona ermiş, hatta *Nadella* yaptığı bir sunumda “*Microsoft, Linux'u seviyor.*” ifadesini kullanmıştır⁸⁷¹. Bu ifadeden sonra *Microsoft*'un açık kaynak kod modeli ile yaklaşması hızlanmıştır. İlk önce *PowerShell* adlı işletim sisteminin kontrolünü sağlayan program, açık kaynak kodlu hale getirilmiştir⁸⁷². Ayrıca açık kaynak modeli ile ortaya çıkartılan *Ubuntu* adlı işletim sistemi dağıtımının *Microsoft Windows 10* üzerinde çalışabilmesine ilişkin platform hazırlanmıştır⁸⁷³. 2001 yılında açık kaynak modeli ile üretilen *Linux*'u kanser ve destekçilerini ‘bir grup komünist’ olarak nitelendiren *Steve Ballmer* ise, görüşünden dönmüş ve açık kaynak modeli ile ortaya çıkartılan *Linux*'u sevdiğini ifade etmiştir⁸⁷⁴. 2017 yılında *Microsoft*, OSI'nin en büyük sponsoru olarak açık kaynak modeline yönelik yaklaşımını en üst noktaya taşımış olarak görünmektedir⁸⁷⁵.

5. Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programların Lisanslanması

Özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programlarının lisanslanması, kapalı kaynak kodlu bilgisayar programların lisanslanmasından farklı özellikler göstermektedir. Özgür ve açık kaynak modelinin genel felsefesi ve kendi alt türlerine

⁸⁷⁰ Bobko, s.61; Anne-Kathrin Kuehnelt, “Microsoft, Open Source and the Software Ecosystem: of Predators and Prey—the Leopard Can Change Its Spots”, **Information & Communications Technology Law**, C.17, S.2, 2008, 107-124, s.108 vd.

⁸⁷¹ Microsoft Windows Server Team, “Microsoft Loves Linux”, **Windows Server Blog**, 06.05.2015, <https://cloudblogs.microsoft.com/windowsserver/2015/05/06/microsoft-loves-linux/> (03.05.2019).

⁸⁷² Jeffrey Snover, “PowerShell is open sourced and is available on Linux”, **Microsoft Azure**, 18.08.2016, <https://azure.microsoft.com/en-us/blog/powershell-is-open-sourced-and-is-available-on-linux/>, (03.05.2019).

⁸⁷³ Owen Williams, “Bash on Windows is incredibly exciting – but we should be wary”, **The Next Web**, 31.03.2016, <https://thenextweb.com/opinion/2016/03/31/bash-windows-incredibly-exciting-frightening/#gref>, (03.05.2019); Dustin Kirkland, “How to: Ubuntu on Windows”, 06.04.2016, <http://blog.dustinkirkland.com/2016/04/howto-ubuntu-on-windows.html>, (03.05.2019).

⁸⁷⁴ Liam Tung, “Ballmer: I may have called Linux a cancer but now I love it”, **ZDNet**, 11.03.2016, <https://www.zdnet.com/article/ballmer-i-may-have-called-linux-a-cancer-but-now-i-love-it/> (03.05.2019).

⁸⁷⁵ OSI, “Microsoft Makes it Official: Becomes Sponsor of Open Source Initiative”, **OSI**, 26.09.2017, <https://opensource.org/node/901>, (03.05.2019); John Sullivan, “FSF statement on Microsoft joining the Open Invention Network”, **FSF**, 10.10.2018, <https://www.fsf.org/news/fsf-statement-on-microsoft-joining-the-open-invention-network>, (04.05.2019).

göre farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Farklı felsefe ve yaklaşımlar da, lisans metinlerinin farklı koşullar içermesine, farklı haklar tanınmasına neden olmaktadır. Bu farkları daha iyi ortaya koyabilmek adına, öncelikle genel olarak bilgisayar programlarının lisanslanmasına kısaca yer verilecek ve asıl odak noktamız olan özgür ve açık kaynak kodlu programların lisanslanması aşağıda ele alınacaktır.

5.1. Genel Olarak Bilgisayar Programlarının Lisanslanması

Bilgisayar programının eser niteliğine sahip olması nedeniyle eser sahibine program üzerinde tek hak tanınmaktadır. Bu doğrultuda üçüncü kişilerin bilgisayar programları üzerinde farklı eylemleri hukuka uygun olarak yürütebilmeleri için bilgisayar programlarına ilişkin sözleşmeler akdedilmektedir⁸⁷⁶. Bilgisayar programlarının kullanılması, değiştirilmesi, bakımının yapılması, programın öğretilmesi gibi hakların tanınmasına ilişkin sözleşmeler, genel olarak “bilgisayar programı sözleşmeleri” olarak adlandırılmaktadır⁸⁷⁷. Bilgisayar programı lisans⁸⁷⁸ sözleşmeleri ise, genel başlık olan bilgisayar programı sözleşmeleri altında yer alan ve bilgisayar programı üzerinde herhangi bir yetki tanınmasını konu edinen sözleşmelerdir⁸⁷⁹.

Lisans sözleşmeleri ile eser sahibinin sahip olduğu mali⁸⁸⁰ hakların kullanma yetkisi verilebilmektedir. Dolayısıyla lisans sözleşmelerinin konusunu, eser sahibine

⁸⁷⁶ Bainbridge, **Software**, s. 86; Saibe Oktay Özdemir, **Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansların Hukuki Niteliği (Lisanslar)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2004, s. 587.

⁸⁷⁷ Gökhan Şahan, **Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.25; Mustafa Fadıl Yıldırım, **Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri**, İstanbul, Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, 1999, s.17; Nuri Erişgin, “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği”, **AÜHFD**, C.52, S.3, 41-68, s. 44 vd.

⁸⁷⁸ “Lisans” ifadesi FSEK’te yer almamakla birlikte, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda markalara ilişkin lisans SMK md.24’te, tasarımlara ilişkin lisans SMK md.75’te, patentlere ilişkin lisans SMK md.125 vd.’da bulunmaktadır.

⁸⁷⁹ Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması** (Sınai Haklar), İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 31; Hamdi Yasaman, **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt:2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 735; H. Kübra Ercoşkun Şenol, “Mali Hakları ve Kullanım Haklarını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması” (**Mali Haklar**), **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.1, 2013, 45-64, s.50; Nuri Erişgin, “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı” (Bilgisayar Programı), **AÜHFD**, C.48, S.1, 1999, 213-253, s.220.

⁸⁸⁰ İşin ve eserin türüne göre, eserde değişiklik yapılmasını men etmek ve adın belirtilmesi gibi manevi hakların kullanma yetkisinin devredildiği görülmektedir.

münhasıran kanun ile tanınmış hakların tamamının veya bir kısmının kullanma yetkisini lisans alana tanınması teşkil etmektedir. Lisans sözleşmesinin karakteristik edimi, lisans alana sağlanan kullanma yetkileridir. Lisans alana sağlanan kullanma yetkisi, yer ve içerik açısından sınırlandırılabilir. Mali hakkın lisans sözleşmesi ile lisans alanın kullanımına sunulması halinde, ilgili mali hak, halen lisans verenin malvarlığında kalmaya devam etmekte ancak lisans alan kişi veya kişiler, verilen lisans kapsamında yararlanma yetkisine sahip olmaktadır⁸⁸¹.

Lisans sözleşmesinde karakteristik edim, lisans alana sağlanan kullanma yetkisi olmakla birlikte, başkaca hak ve yükümlülüklerin sözleşme konusunu oluşturması da mümkündür⁸⁸². Lisans alanın kendisine sağlanan yetkilere karşılık, üstlendiği edim belirli bir ücretin ödenmesi olabilir ancak ücret ödenmesi lisans sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir⁸⁸³. Aşağıda detaylı olarak yer vereceğimiz üzere, bu husus, özellikle özgür ve açık kaynak modelindeki bilgisayar programlarının lisans koşullarında görülmektedir⁸⁸⁴. Özgür ve açık kaynak lisans alanların üstlendikleri edim yükümü, genellikle bir bedel ödeme olarak ortaya çıkmamakta, bunun yerine çoğunlukla, kaynak kodlarını üçüncü kişilerin erişimine açık olarak tutmaktır.

Lisans sözleşmesi ile bilgisayar programı üzerinde farklı yetkilerin tanınması mümkün olsa da, özellikle kapalı kaynak modelindeki programların lisans sözleşmelerinde, çoğunlukla, sadece bilgisayar programının kullanılması ile sınırlı yetki tanındığı görülmektedir. Çeşitli teknolojik gelişme ve iyileştirmeler ile farklı ticari veya ticari olmayan organizasyonlarla yazılım geliştirme faaliyetleri sonucunda, farklı yetki ve sınırlandırmaların bulunduğu lisans sözleşmeleri ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda özellikle kapalı kaynak kodlu bilgisayar programları ile özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmelerinde tanınan hak ve yetkiler ile koşulların neredeyse taban tabana zıt olduğundan bahsetmek mümkündür. Ayrıca programların niteliği gereği nihai kullanıcılarının tüketiciler veya

⁸⁸¹ Tekinalp, s. 230; Saibe Oktay Özdemir, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansların Hukuki Niteliği” (Lisanslar), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2004, 571-598, s.591-592; Dalyan, s. 203-204.

⁸⁸² Dalyan, s.204; Ercoşkun Şenol, **Mali Haklar**, s.50.

⁸⁸³ Ayiter, s.211; Şirin Aydıncık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi**, Arıkan Yayıncılık, 2006, s.47; Dalyan, s.204, Ercoşkun Şenol, **Mali Haklar**, s.50.

⁸⁸⁴ Bkz. s.236 vd.

profesyoneller olması durumunda da, lisans koşulları büyük farklılıklar taşımaktadır. Bu nedenle, uygulamada farklı tip ve özelliklerde lisans sözleşmelerinin bulunduğunu belirtmek isabetli olacaktır⁸⁸⁵.

5.2. FSEK Düzenlemeleri Işığında Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmeleri

FSEK düzenlemeleri ile eser sahiplerine, çeşitli mali ve manevi haklar tanınmaktadır. Mali haklar, FSEK md.21’de düzenlenen işleme hakkı, md. 22’de düzenlenen çoğaltma hakkı, md.23’te düzenlenen yayma hakkı, md.24’te düzenlenen temsil hakkı, md. 25’te düzenlenen işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkından oluşmaktadır. Manevi haklar ise, FSEK md.14’te düzenlenen umuma arz salahiyeti, md.15’te düzenlenen adın belirtilmesi salahiyeti, md.16’da düzenlenen değişiklikten men etmek ve md.17’de düzenlenen zilyet ve malike karşı haklardan meydana gelmektedir. Anılan haklar, eserin vücuda gelmesi ile birlikte, herhangi bir ek hukuki işleme gerek olmaksızın eser sahibine *ipso iure* tanınmaktadır⁸⁸⁶. Dolayısıyla eser sahibinin herhangi bir irade beyanında bulunmasına, tescil işlemi yürütmesine veya devlet tasarrufuna ihtiyaç olmadan sayılan haklar, eser sahipliği sıfatına bağlı olarak eser sahibinin mülkiyeti altında doğmaktadır⁸⁸⁷.

FSEK md.48/1⁸⁸⁸ kapsamında; mali hakların eser sahibi tarafından başkalarına tamamen veya kısmen devri mümkünken, manevi haklar devredilemez niteliktedir⁸⁸⁹. Haklar üzerinde tasarruf işlemleri devir ile sınırlı değildir, hakların devri haricinde, FSEK md.48/2⁸⁹⁰ doğrultusunda, ruhsat ile hakların kullanma yetkisinin tanınması da

⁸⁸⁵ Bainbridge, **Licensing**, s.98 vd.

⁸⁸⁶ Tekinalp, s.149; Öztan, s.235; Yıldırım, s. 56; Kılıçoğlu, s.95; Suluk, Karasu, Nal, s.48.

Benzer şekilde Türkiye’nin taraf olduğu, Bern Konvansiyonu md.5/2’de, eser sahibine ülkesi dışında sağlanacak hukuki koruma için de herhangi bir formalitenin şart koşulamayacağı düzenlenmektedir. (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698, (02.07.2019).

⁸⁸⁷ Tekinalp, s.149; Öztan, s.235; Kılıçoğlu, s.95; Suluk, Karasu, Nal, s.48.

⁸⁸⁸ FSEK md.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.”

⁸⁸⁹ Tekinalp, s.164; Kılıçoğlu, s.280; Öztan, s. 551; Suluk, Karasu, Nal, s.118.

⁸⁹⁰ FSEK md.48/2:

“Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir. (Ruhsat).”

mümkündür⁸⁹¹. Manevi haklar açısından devir mümkün olmasa da, hakların kullanılmasına yönelik yetki verilebilir⁸⁹². Hakların devri ve haklara ilişkin ruhsat verme işlemleri karşılaştırıldığında; devir halinde ilgili haklar devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmekte, ruhsat verilmesi halinde ise, haklar devreden malvarlığında kalmaya devam etmekte ancak ruhsat alan kişilerin ruhsat kapsamında ilgili hakları kullanması mümkün olmaktadır⁸⁹³.

Bilgisayar programlarının ihtiyaca göre, özel olarak terzi dikim şeklinde hazırlandığı veya tüketicilerin duyabileceği muhtemel ihtiyaçlara cevap vermek için genel olarak hazırlanıp kamuya sunulduğundan bahsetmiştik. Bu ayrıma göre, bilgisayar programları üzerindeki hakların devir edildiği veya hakların kullanım yetkisinin verildiği görülmektedir. Özel ihtiyaçlar göz önüne alınarak belirli kişi veya şirketlerin ısmarlaması üzerine hazırlanmış bilgisayar programları üzerindeki mali hakların ilgili kişi veya şirkete devredilmesi muhtemelken; genel olarak tüm tüketicilere yönelik hazırlanmış programlar üzerindeki mali haklara ilişkin, ruhsat vasıtasıyla, sadece kullanma yetkisi tanındığı görülmektedir. Bununla birlikte; yaptığımız bu ayrımın mutlak olmadığını, tarafların iradelerine ve sektör uygulamalarına göre değişiklik gösterdiğini özellikle vurgulamak isteriz.

FSEK’te eser sahibine tanınan ve bilgisayar programları açısından önem taşıyan mali haklardan bir tanesi, çoğaltma hakkıdır. FSEK md.22/1’de, çoğaltma hakkı ile eserin aslı veya kopyalarının herhangi bir yöntem ile geçici veya kalıcı çoğaltılmasına ilişkin eser sahibine tek hak tanınmıştır⁸⁹⁴. Bilgisayar programlarını kullanmak ve onlardan olağan şekilde faydalanmak için bilgisayara yüklenmeleri, bilgisayarda depolanmaları ve bilgisayar işletim sistemi üzerinde yürütülmesi gerekmektedir. Bu esnada bilgisayar programının kalıcı ve geçici kopyaları oluşturulmakta, yani programlar çoğaltılmaktadır. FSEK md.22/3’te bilgisayar programlarına yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve programın yüklenmesi, görüntülenmesi,

⁸⁹¹ Tekinalp, s.181; Kılıçoğlu, s.291; K. Emre Gökyayla, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.43; Öztan, s.560; Suluk, Karasu, Nal, s.118-120.

⁸⁹² Tekinalp, s.164; Kılıçoğlu, s. 281 vd; Öztan, s. 551; Suluk, Karasu, Nal, s.118.

⁸⁹³ Tekinalp, s. 230; Öztan, s.560 vd; Oktay Özdemir, **Lisanslar**, s.591-592; Dalyan, s. 203-204; Gökyayla, s.229; Suluk, Karasu, Nal, s.122.

⁸⁹⁴ FSEK md.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.”

çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin çoğaltma hakkına girdiği açıkça ifade edilmiştir⁸⁹⁵. Bu kapsamda; bilgisayar programlarının sadece kullanılabilmesi için eser sahibinden çoğaltma hakkının devralınması veya çoğaltma hakkının kullanımı için yetki alınması gerekmektedir. Bilgisayar programının kullanılması dışında, programa istenen ek özelliklerin eklenmesi, programda geliştirme ve değiştirmelerin yapılması gibi eylemleri söz konusu olduğunda ise; FSEK md.21’de düzenlenen işleme hakkına başvurulması gerekmektedir⁸⁹⁶. Bu eylemler için ise eser sahibinden işleme hakkının devralınması veya işleme hakkını kullanma yetkisinin alınması gereği doğacaktır.

Mali hakların kullanma yetkisinin verilmesi, FSEK’te “ruhsat” olarak yer almakta ancak doktrin ve uygulamada “lisans” olarak adlandırılmaktadır. FSEK md.56/1’de ruhsat, bir başka deyişle lisans için ikili bir ayırım bulunmaktadır⁸⁹⁷. Düzenlemeye göre, mali hak sahibi, yalnız bir kimseye özel olarak yetki vermesi halinde tam ruhsat veya münhasır lisans; mali hak sahibi belirli bir kişiye yetki vermesi yanında aynı yetkileri başkalarına da tanıyabiliyorsa basit ruhsat veya basit lisans olarak adlandırılacaktır. Karine olarak, lisans sözleşmesinden veya kanundan açıkça anlaşılmadıkça da, her lisans basit lisans olarak kabul edilecektir⁸⁹⁸. Ayrıca FSEK md.56/3’te, tam lisanslara intifa hakkına ilişkin düzenlemelerin, basit lisansa ise, hasılat kirasına ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı yer almaktadır⁸⁹⁹.

Lisans sözleşmeleri, mali hakların kullanılmasına ilişkin şartları, kullanma yetkisi verilen hakkın kapsamını, süresini, sınırlarını, tarafların hak ve borçlarını

⁸⁹⁵ FSEK md.22/3:

“Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.”

⁸⁹⁶ FSEK md.21:

“Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”

⁸⁹⁷ FSEK md. 56:

“Ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse basit ruhsat, yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde tam ruhsattır.”

⁸⁹⁸ FSEK md.56/2:

“Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit sayılır.”

⁸⁹⁹ FSEK md.56/3:

“Basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır.”

Telif hakları dışında sınai haklarda da lisans ilişkisinin hasılat kirası ve irtifak hakkına benzetilmektedir. (Doruk Utku, **Sınai Hakların Rehni**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.294.)

düzenlemektedir⁹⁰⁰. FSEK'te, lisans sözleşmelerinin şekline ve içeriğine ilişkin düzenleme bulunmakta ancak lisans sözleşmelerine ilişkin detaylı düzenleme bulunmamaktadır. FSEK md.52'de lisans sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması, ruhsat konularının teker teker ve açıkça yazılması zorunlu kılınmıştır.

Yazılım firmaları, genellikle, tüm tüketicilerin kullanabilmesi için vücuda getirdikleri bilgisayar programlarını toplu ve tek düze şekilde piyasaya sunmaktadır. Bu kapsamda birden çok kişiye programların sadece kullanılabilmesi için yetki tanınmakta, bunun için de tek taraflı olarak hazırlanmış matbu lisans sözleşmeleri kullanılmaktadır. FSEK düzenlemeleri ışığında, anılan bu lisans sözleşmeleri ile nihai kullanıcılara, sadece sınırlı çoğaltma hakkının kullanılmasına yönelik basit ruhsat verildiği, işleme, temsil ve umuma iletim gibi haklara ilişkin yetki verilmediği, tam tersine yasaklandığı görülmektedir.

5.3. Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği ve hangi tip sözleşmelere yönelik unsurlarını barındırdığının değerlendirilmesi, başlı başına ayrı bir çalışma konusu oluşturmaktadır. Anılan değerlendirme, çalışmamızın kapsamını açacağı ve odak noktasından ayrılmasına neden olacağı için çalışmamızın bu bölümünde, sadece temel saptamalara yer verip detayları ele almayacağız.

Lisans sözleşmesine ilişkin tartışmalı hususlardan birisi, sözleşmenin hukuki niteliğine yöneliktir. Hukuki nitelik açısından lisans sözleşmesinin tasarruf mu yoksa borçlandırıcı işlem mi olduğu hususu doktrinde tartışılmaktadır. Bu tartışmanın sonucuna göre; lisans alan, lisans sözleşmesi ile aldığı yetkiyi, üçüncü kişilere yöneltip yöneltemeyeceği belirlenecektir. Lisans sözleşmesinin tasarruf olduğu ileri sürülürse, mutlak nitelikte bir hak lisans alana sağlanacak ve lisans alan haklarını, sadece lisans verene karşı değil aynı zamanda üçüncü kişilere yöneltebilecektir. Lisans sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğu kabul edilmesi halinde ise; lisans sözleşmesi, lisans alan ve lisans veren arasında nisbi bir ilişki oluşturacaktır. Bu

⁹⁰⁰ Tekinalp, s.234; Oktay Özdemir, **Lisanslar**, s.586; Dalyan, s.202 vd.

durumda lisans alan, lisans sözleşmesi ile kendisine sağlanan hakları sadece lisans verene yöneltebilecek, üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecektir⁹⁰¹.

Türk hukukunda, *Arslanlı*⁹⁰², *Tekinalp*⁹⁰³, *Öztan*⁹⁰⁴ ve *Arkan*⁹⁰⁵, lisans sözleşmelerinin bir tasarruf işlemi olduğu ve mutlak hak olduğunu ifade etmektedir. *Tekinalp*, gerek basit lisans gerekse tam lisansın aynı hakka benzer bir nitelik taşıdığını, tam lisansla intifa hakkına yapılan atfın da doğruladığı üzere, aynı hakka benzer niteliğinin daha etkili ve kapsamlı olduğunu belirtmektedir⁹⁰⁶. Öte yandan; *Hirsch*⁹⁰⁷, *Özdemir Oktay*⁹⁰⁸, *Kılıçoğlu*⁹⁰⁹, *Erişgin*⁹¹⁰, lisans sözleşmelerinin tasarruf değil borçlandırıcı işlem olduğunu öne sürmektedir. *Özdemir Oktay*, lisans sözleşmelerinin lisans verene mutlak haklardaki gibi sadece katlanma borcu değil, olumlu edimlerin de üstlenildiği borçları kapsadığını belirtmektedir⁹¹¹. Lisans sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olarak kabul edilmesi ile birlikte; lisans alanın, dava açma hakkına ancak kanunlarda açıkça düzenlenen hallerde sahip olacağını; açık kanun hükmü olmaması durumunda ise, lisans alanın mutlak hakka sahip olmaması sebebiyle dava açma hakkının bulunmayacağını ifade etmektedir⁹¹².

Tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem ayrımına yönelik tartışmaların, daha çok lisans alanın dava açma hakkına ilişkin sonuç açısından yaratacağı farklılıktan kaynaklandığı kanaatindeyiz. Lisans sözleşmesi ile sadece belirli hakların kullanım yetkisinin tanınması sebebiyle borçlandırıcı işlem teşkil edeceği görüşündeyiz. Bununla birlikte; borçlandırıcı işlem olması sebebiyle peşinen lisans alanın dava açma hakkının bulunmadığını belirtmek yerine lisans alanın ihlal edilen menfaati ve aldığı

⁹⁰¹ Oktay Özdemir, **Lisanslar**, s.572 vd; Tekinalp, s.234; Öztan, s.563-564; Kılıçoğlu, s.283-284; Hande Bahar Kerimoğlu, “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.2, 2003, 2-22, s.4

⁹⁰² Halil, Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri - II - Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954, s.175.

⁹⁰³ Tekinalp, s.234.

⁹⁰⁴ Öztan, s.563-564.

⁹⁰⁵ Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, C.II, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s.192.

⁹⁰⁶ Tekinalp, s.234.

⁹⁰⁷ Ernst Hirsch, **Fikri ve Sınai Haklar (Fikri ve Sınai Haklar)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948, s.105.

⁹⁰⁸ Oktay Özdemir, **Lisanslar**, s.572.

⁹⁰⁹ Kılıçoğlu, s.283.

⁹¹⁰ Erişgin, **Standart Bilgisayar Programı**, s.57-58.

⁹¹¹ Oktay Özdemir, **Lisanslar**, s.593.

⁹¹² *Ibid*, s.593-594.

ruhsat türlerine göre ayrıca ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. FSEK md.56'da yer alan ve tam ruhsatta intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağı atfından hareketle; tam ruhsat sahibi lisans alanlara, dava açma hakkı tanınmalıdır. Basit ruhsat sahibi lisans alanlara ise, lisans sözleşmesinde açık hüküm bulunması halinde veya önceden hak sahibinden alacakları izin ile dava açma hakkı tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Lisans sözleşmelerinin hukuki nitelendirilmesine ve dava açma ehliyetine yönelik yargı kararlarında da netlik bulunmamaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tam ruhsat sahibinin fiilen mali hak sahibinden farkı olmadığını, FSEK'te dava açma haklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da, tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabileceğine hükmetmiş, hatta dava açmadığı takdirde doğacak zarardan dolayı mali hak veya eser sahibine karşı sorumlu olacağını belirtmiştir⁹¹³. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1999 tarihli kararında, önce tam ruhsat sahibine ilişkin bir ayırım yapmış ancak daha sonra tüm ruhsat türlerinin tasarruf işlemi olduğunu ve tüm ruhsat sahiplerinin dava açma hakkı olduğunu ifade etmiştir. 11. Hukuk Dairesinin 2006 tarihli kararında ise tam tersi bir sonuca varmış; mali hakları kullanma yetkisini alan kişinin dava açma hakkı olmadığını, eser üzerindeki hak sahipliğinin halen lisans veren kişi üzerinde kalmaya devam ettiğini belirtmiştir⁹¹⁴. 2007 tarihli başka bir kararda ise, lisans alanın tecavüzün önlenmesine yönelik dava açamayacağını sadece FSEK md.70 kapsamında tazminat talep edebileceğine ilişkin hüküm kurulmuştur⁹¹⁵. Bir başka kararda ise, lisans sözleşmesi ile lisans alanın hangi hallerde dava açma hakkının olduğunun düzenlenebileceğine, lisans alanın tazminat talep etme hakkının lisans sözleşmesi ile izne bağlanabileceğine hükmedilmiştir⁹¹⁶. 2014 tarihli bir başka kararda da, hak sahibi ile yapılan sözleşme kapsamında verilen dava açma yetkisine dayanarak açılan davada, dava ehliyetinin var olduğuna ilişkin hüküm kuran yerel mahkeme kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır⁹¹⁷.

⁹¹³ Yargıtay 11. HD. E. 1998/9958, K. 1999/3423, T. 11.3.1999.

⁹¹⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2005/166, K. 2006/330, T. 20.1.2006.

⁹¹⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2006/6776, K. 2007/14566, T. 20.11.2007.

⁹¹⁶ "21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesinin 8/4. maddesinde; lisans verenin telif haklarının ihlali halinde lisans alan davacının kendiliğinden harekete geçemeyeceği ve izinsiz dava açamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece, mali hakların sahibi olan dava dışı şirket ile davacı arasında akdedilen sözleşmeye konulan özel hüküm ile davacının üçüncü kişiler aleyhine hangi şartlarda dava açabileceği özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmede bulunan anılan bu özel hükmün davacıyı bağlayacağı kuşkusuz olup, bu hüküm itibarıyla, davacının lisans verenden izin almaksızın dava açma hakkı bulunmamaktadır." (Yargıtay 11. HD. E. 2005/1101, K. 2006/994, T. 6.2.2006).

⁹¹⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2012/13254, K. 2014/3487, T. 25.2.2014.

Lisans alanın dava açma hakkı, SMK'da açık bir şekilde düzenlenmiştir. Sınai haklara ilişkin lisans alanlar, sahip oldukları lisansın türüne göre dava açma hakkına sahip olabilecektir. SMK kapsamında, tam ruhsatın karşılığı olan inhisari lisans sahibi lisans alanlar, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, kendi adına dava açabilmektedir⁹¹⁸. Basit ruhsatın SMK'daki karşılığı olan inhisari olmayan lisans sahibi, dava açmak için hak sahibinden izin alması gerekmektedir. SMK, izin almayı belirli bir prosedüre bağlamıştır⁹¹⁹. İnhisari olmayan lisans sahibi, hak sahibine bildirimde bulunması, 3 ay boyunca izni beklemesi gerekmektedir. 3 aylık süre sonunda hak sahibi, herhangi bir yanıt vermezse veya izin talebini reddederse, lisans alan, ancak kendi menfaatinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Ayrıca ciddi bir tehlikenin varlığı halinde lisans alan, 3 aylık süre içerisinde ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. İhtiyati tedbir talebi kabul edilen lisans alan, izni beklemeden dava açabilir ve izin prosedürünü yargılama esnasında yerine getirir⁹²⁰.

Özdemir Oktay, sınai haklara ilişkin lisans alanın dava açma hakkının kanuna göre belirlenebileceğini belirtmektedir⁹²¹ ancak aynı yaklaşım, FSEK'te açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle FSEK kapsamındaki lisans alanlar açısından uygulanamayacaktır⁹²². FSEK ve SMK arasında herhangi bir özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmamakta, iki kanun ayrı alanları düzenlemektedir. Kanaatimizce, özellikle lisans alanın dava açmasına yönelik FSEK'te, SMK'daki düzenlemelere benzer düzenlemelerin getirilmesi, soruna çözüm getirebilecektir. Böyle bir düzenlemenin yapılması halinde; FSEK kapsamında tam ruhsat sahibi lisans alanlar, doğrudan üçüncü kişilere yönelik dava açma hakkına sahip olabilecek, basit ruhsat sahibi lisans alanlar ise hak sahibinden alacağı izne ve lisans alanın ihlal edilen menfaatine, ayrıca ciddi bir tehlikenin bulunmasına göre dava açabilecektir.

Lisans sözleşmelerine ilişkin bir başka tartışma konusu ise, sözleşme tipinin nitelendirilmesine yöneliktir. Kanunlarda açıkça düzenlenen tipteki sözleşmeler, isimli sözleşmeler; kanunlarda düzenlenmeyen ve uygulamada ortaya çıkan tipteki

⁹¹⁸ SMK md.158/I:

“Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir.”

⁹¹⁹ SMK md.158/II.

⁹²⁰ SMK md.158/III.

⁹²¹ Özdemir Oktay, **Lisanslar**, s.593.

⁹²² Ercoşkun Şenol, **Mali Haklar**, s.57.

sözleşmeler ise, isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. İsimsiz sözleşmeler, *sui generis*, karma ve bileşik sözleşmeler olarak ortaya çıkmaktadır⁹²³. Doktrinde, bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir tarafta, bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin isimli sözleşme niteliğinde bulunduğu öne sürülmektedir⁹²⁴. Bu görüş, kaynağını, lisans sözleşmesine ilişkin FSEK’te düzenlemelerin bulunması, FSEK md.56/3’te basit ruhsat ve tam ruhsat ayırımına yer verilmesi, basit ruhsata hasılat kirası, tam ruhsata ise intifa hakkına yönelik hükümlerin uygulanacağını açıkça belirtilmesinden almaktadır. Öztan, standart bilgisayar programının bir defalık ödeme karşılığın süresiz olarak edinilmesini satım sözleşmesi, belli bir süre için kullanıma bırakılması halinde ise hasılat kirasının söz konusu olacağını belirtmektedir⁹²⁵. İsteğe bağlı özel bir bilgisayar programının hazırlanmasının ise istisna akdi mahiyetinde olacağını ifade etmektedir⁹²⁶.

Diğer yandan; bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olarak niteleyen görüşler bulunmaktadır⁹²⁷. Bu görüşte, FSEK’te lisans sözleşmelerine ilişkin sınırlı bir takım düzenleme ve atıfların bulunuyor olması ile lisans sözleşmelerinin tüm hüküm ve sonuçlarının düzenlenmesi aynı nitelikte değildir. Bu nedenle bilgisayar programı lisans sözleşmeleri, FSEK’te yer alan sınırlı düzenlemelere rağmen isimsiz sözleşme olma özelliğini kaybetmemektedir⁹²⁸. Bu noktada, lisans sözleşmelerine ilişkin FSEK’te doğrudan düzenlemelerin bulunmaması ve hasılat kirası ve intifa hakkına yönelik düzenlemelere atıf yapmakla yetinilmesinden dolayı lisans sözleşmelerinin tüm hüküm ve sonuçlarıyla FSEK’te düzenlendiğinin kabulü mümkün değildir. Bu nedenle bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin isimsiz sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁹²³ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.869; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 51-52; Saibe Oktay Özdemir, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması” (**İsimsiz Sözleşmeler**), **İÜHFD**, C.55, S. 1-2, 263-296, s.272.

⁹²⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.63; Gökyayla, s.243.

⁹²⁵ Öztan, s.854.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ Eren, s.929-930.

⁹²⁸ Aral, s.49; Şirin Aydıncık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi**, Arıkan Yayıncılık, 2006, s.65

Bilgisayar programı lisans sözleşmeleri, bünyesinde birden fazla sözleşmeye ait unsur birlikte barındırabilmektedir. Uygulamada bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin lisans, kira, satım, abonelik gibi sözleşmelerin unsurlarını taşıdığı görülebilmektedir. Bu noktada bilgisayar programı lisans sözleşmelerinde bulunan edim yükümlülükleri, edimlerin ifasının zamana yayılması ve sözleşme taraflarının tüketici veya tacir sıfatlarına sahip olmalarına göre sözleşmelerin barındırdığı unsurlar farklılaşmaktadır. Örneğin lisans sözleşmesi ile kullanma yetkisine sahip kişinin tüketici sıfatına sahip olması, yetkinin süreli olarak tanınması durumunda, abonelik sözleşmesi unsurlarının yer aldığını belirtmek mümkün olacaktır⁹²⁹. FSEK md.22/3 doğrultusunda, kullanıcılara çoğaltma hakkının basit ruhsat ile süreli olarak tanınması halinde hasılat kirası, çoğaltma hakkının süresiz olarak devredilmesi halinde ise satım sözleşmesinin unsurlarının bulunduğu belirtilmektedir⁹³⁰. Buradan hareketle; lisans sözleşmelerinin içerdiği edimlerin ancak ilgili sözleşme özelinde tek tek incelenmesi ile hangi tip sözleşmelerin unsurlarını taşıdığını saptamak mümkündür.

Sonuç olarak; bilgisayar programı lisans sözleşmelerinde bulunan edim yükümlülükleri, kanunlarda düzenlenmemiş şekilde bir arada bulunabilmektedir. Bu nedenle birden fazla tip sözleşmenin özelliklerini barındırdığı görülmektedir. Bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin bu karma niteliğinden dolayı, bileşik sözleşme veya sui generis sözleşme olarak adlandırılması yönünde görüşler bulunmaktadır⁹³¹. Şahan, özel talepler göz önüne alınarak terzi dikim şeklinde hazırlanan lisans sözleşmelerinin *sui generis* sözleşme olduğunu belirtmektedir⁹³². Diğer yandan donanım ve yazılımların demet halinde⁹³³ bir arada OEM’ler tarafından sağlandığı, yani hem donanım satışı hem program lisansı verildiği OEM sözleşmelerinin bileşik sözleşme olarak nitelenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹³⁴.

Özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programları açısından lisanslar ele alındığında; programların donanımın parçası olarak satılması ile çok nadiren

⁹²⁹Eren, s.929 vd; ayrıca bkz. TKHK m.52/1

“Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir.”

⁹³⁰ Band, Katoh, s. 171.

⁹³¹ Eren, s.929-930.

⁹³² Şahan, s.66.

⁹³³ *Bundled*.

⁹³⁴ Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.84 vd.

karşılaşılmaktadır. Özgür ve açık kaynak kodlu programlar, genellikle internet üzerinden yazılım geliştirme platformları üzerinden sağlanmaktadır. Özgür ve açık kaynak kodlu programların kodları, genellikle ücretsiz olarak platformlar üzerinden erişime açılmakta, kodların çoğaltılması, işlenmesi, temsili, umuma iletilmesine ilişkin koşullu yetki tanınmaktadır. Tanınan yetkiler münhasıran belirli bir kişiye değil, kamuya açık olarak herkese sağlanmaktadır. Dolayısıyla şekil şartı sağlanamasa da, özgür ve açık kaynak kodu lisans metinlerinin FSEK kapsamında basit ruhsat teşkil etmektedir. Özgür ve açık kaynak modelindeki lisanslar, kapalı kaynak modelindeki standart bilgisayar programı lisanslarından farklılık teşkil etmektedir. Kapalı kaynak modelinde, tüketicilere belirli bir bedel ödemeleri karşılığında, programın kullanımı ile sınırlı olarak çoğaltma yetkisi verilmemektedir. Bu açıdan kapalı kaynak modelindeki standart bilgisayar programı sözleşmelerinde kıyasen satış sözleşmesi hükümleri uygulanması öne sürülse de⁹³⁵, aynı yaklaşım özgür ve açık kaynak lisans sözleşmeleri açısından geçerli değildir.

Lisans koşullarına bakıldığında ise, her bir geliştiricinin kendi lisans koşullarını oluşturmadığını, kuruluş ve toplulukların standart olarak kaleme aldığı lisans koşullarına atıfta bulunarak programlar üzerinde üçüncü kişilere yetki tanındığı ve kısıtlamalar getirildiği görülmektedir. Genel olarak; standart hazırlanmış bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin, farklı sözleşmelere ait unsurları, sistematik şekilde bir araya getirmesi sebebiyle *sui generis* sözleşme olarak adlandırılması gerektiği ifade eden görüşe katılmaktayız⁹³⁶. Bununla birlikte; aşağıda başlıca özgür ve açık kaynak kodlu lisans koşullarından bazılarını ele aldığımızda görüleceği üzere; özgür ve açık kaynak kodlu lisans koşulları, alışkın olunan kapalı kaynak kodlu programların lisanslarına göre çok daha kendine özgü düzenlemelere sahiptir.

5.4. Bilgisayar Programı Lisans Sözleşmelerinin Akdedilme Şekilleri

Bilgisayar programları, yukarıda da izah edildiği üzere, seri üretim olarak veya ismarlama şeklinde meydana getirilmektedir. Ismarlama şeklinde meydana getirilen programlar, kullanıcı olacak kişi veya kurumun özel ihtiyaçları göz önüne alınarak hazırlanmakta, tarafların anlaşmasına bağlı olarak program üzerinde FSEK'ten

⁹³⁵ Öztan, s.854; Erişgin, **Standart Bilgisayar Programı**, s.64-65.

⁹³⁶ Eren, s.929-930; Yıldırım, s.74.

kaynaklanan mali haklar devredilmekte, mali hakların kullanılma yetkisi münhasır veya münhasır olmayan şekilde kullanıcıya tanınmakta veya sadece belirli kısıtlamalar dâhilinde programın kullanılmasına ilişkin hak tanınmaktadır. Bu modelde, eşitler arasında bir sözleşmesel ilişki ortaya çıktığı için tarafların mutabakatına göre kullanım şekli ve kısıtlamaları belirlenebilmektedir. Seri üretim olarak ortaya çıkan bilgisayar programlarında ise geliştiriciler ve üreticiler, kullanıcılara genellikle münhasır olmayan şekilde bilgisayar programının kullanılmasına ilişkin hak tanımaktadır⁹³⁷.

Seri üretim halinde veya standart olarak sunulan bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmelerinin akdedilmesinde farklı yöntemlerin uygulandığı görülmektedir. Yeni teknolojilerin ortaya çıkması, mevcut teknolojilerin ilerlemesi veya yeni ticari metotların kullanılmaya başlaması ile lisansın tanınmasında uygulanan yöntemler de farklılaşmaktadır. Bilgisayar programlarının donanımlardan ayrıştırılarak sunulmaya başlandığı ilk dönemde, teknik olarak maddi bir cisim vasıtasıyla dağıtılması gerekmektedir. Bu dağıtım, disket, kompakt disk ve USB depolama aygıtları gibi veri taşıyıcıları ile gerçekleştirilebilmektedir. Nihai kullanıcılar, ilgili veri taşıyıcısını edinerek programı kullanma, FSEK kapsamında çoğaltma hakkını kullanma, yetkisine sahip olmaktadır. İnternet kullanımının yaygınlaşması, internet üzerinden veri aktarımının yüksek boyutlarda ve hızlarda gerçekleştirilebilmesinin günümüzde mümkün olması ile artık veri taşıyıcıları ile program dağıtım yöntemi tercih edilmemektedir. Günümüzde, internet üzerinden indirilen programlar doğrudan kullanılmakta veya teknoloji mağazalarında programın kullanılmasına ilişkin ürün anahtar kodları edinilerek programlar aktif hale getirilerek kullanılmaktadır⁹³⁸.

Geliştirici ve üreticiler, kullanıcıların kullanım koşullarını ve kısıtlamalarını tek taraflı olarak belirlemekte, programın bilgisayara yüklenmesi öncesinde lisans koşulları kullanıcının önüne getirilmekte veya bulunduğu konum belirtilmekte, programın yüklenmesi ve kullanılmaya başlanması için lisans koşullarının tamamen

⁹³⁷ Bainbridge, s.98 vd, 177, Erişgin, **Standart Bilgisayar Programı**, s.51; Yıldırım, s. 41; Şahan, s. 28

⁹³⁸ Günümüzde programların veri taşıyıcılarla sunulması durumuyla çok nadiren karşılaşmaktadır. Örnek olarak bkz. Microsoft Office 365 Programı doğrudan Microsoft'un web sitesinden satın alınabilmekte(<https://www.microsoft.com/tr-tr/p/office-365-bireysel/cfq7ttc0k5bf?activetab=pivot%3aoverviewtab,27.02.2020>) veya teknoloji mağazalarından program anahtarı edinilebilmektedir (<https://www.vatanbilgisayar.com/online-office-365-home-1-kullanici-1yil-.html>, 27.02.2020).

kabul edilmesi zorunlu kılınmaktadır. Bu şekilde kurulan lisans sözleşmeleri “*click-wrap*” veya “*browse-wrap*” olarak adlandırılmaktadır. Her iki yöntem de “*shrink-wrap*” adı verilen metottan doğmuştur, bu yöntemde yazılım paketi üzerinde yer alan lisans koşullarının yazılım paketinin açılması ile kabul edildiği varsayılmaktadır. Teknolojinin gelişmesi ile kullanılan yöntemler değişmiş, değişen yöntemler farklı şekilde adlandırılmıştır⁹³⁹.

“*Shrink-wrap*” adlı metot, bilgisayar programı dağıtımının veri taşıyıcıları vasıtasıyla yapıldığı dönemlerde kullanılmaktaydı. Bu metot kapsamında, veri taşıyıcısı paketinin üzerinde kullanıcı tarafından okunabilecek halde lisans koşullarına yer verilmesi şeklinde yapılması “kutu üstü lisans”⁹⁴⁰; veri taşıyıcısının paketinin dışında ayrı bir zarf içerisinde lisans hükümlerinin bulundurulması ise “zarf lisans”⁹⁴¹ olarak anılmaktadır⁹⁴². Bu metoda, tek taraflı olarak program geliştiricisi tarafından hazırlanan lisans koşulları, bilgisayar programı paketinin açılması ile kullanıcı tarafından kabul edilmiş sayılmaktadır.

Bilgisayar programı geliştiricileri, programların istekleri dışında kopyalanması ve tersine mühendisliğe tabi tutulmasını engellemek için teknolojik koruma önlemlerine ek olarak, ayrıca lisans koşullarını güvence olarak kullanmaktadır. “*Shrink-wrap*” adlı metodun bilgisayar programı geliştiricileri tarafından tercih edilmesi de, bilgisayar programının olağan kullanımı aşan ve geliştiricinin isteği dışında, kopyalanarak başkalarına verilmesi ve bilgisayar programının tersine mühendisliğe tabi tutularak kaynak kodlarına erişilmesini engelleme amacından kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda; kapalı kaynak kodlu bilgisayar programlarının lisans koşullarında, olağan kullanımı aşan kopyalama ve tersine mühendisliğin yasaklandığı görülmektedir⁹⁴³. Özgür ve açık kaynak kodlu lisans koşullarında ise, anılan bu kısıtlamalar bulunmamakta; bunun yerine, özellikle özgür lisans

⁹³⁹ Scott J. Spooner, “The Validation Of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia’s Uniform Computer Information Transactions Act”, **Richmond Journal Of Law and Technology**, C.7, S.3, 2001, 27-43, s.30.

⁹⁴⁰ *Box-top licence*.

⁹⁴¹ *Envelope licence*.

⁹⁴² Steven A. Heath, “Contracts, Copyright, And Confusion Revisiting: The Enforceability Of ‘ShrinkWrap’ Licenses”, **Chicago Kent Journal Of Intellectual Property**, C.5, S.1, 2005, 12-27, s.15-16.

⁹⁴³ David A. Einhorn, “Shrink-Wrap Licenses: The Debate Continues”, **IDEA: The Journal of Law and Technology**, C.38, 1998, 383-401, s.383-387.

koşullarında, tanınan hak ve yetkilerin kullanılması suretiyle işlenen bilgisayar programının işlenmiş versiyonlarının kapalı kaynak modelinde lisanslanması yasaklanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, özgür kaynak modelinin sağladığı haklardan yararlanılması halinde, özgür kaynak topluluğuna katkı sağlama zorunluluğu getirilmektedir.

“*Shrink-wrap*” lisanslama modelinde, hüküm ve koşulların tek taraflı olarak geliştiriciler tarafından belirlenmesi, kullanıcıların lisans koşullarını kabul etme yönünde irade beyanında bulunmuyor olmaları, lisans koşullarının kabul edildiği an olarak kabul edilen paketin açılması anında, kullanıcıların lisans koşullarını henüz görmemiş olmaları, hukuki anlamda tartışma yaratmıştır. A.B.D.’de, “*shrink-wrap*” yöntemiyle lisans sözleşmelerinin akdedilmesinin geçerli olmadığı yönünde uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. *Step Saver Data Systems v Wyse Technology* davasında, ilk derece mahkemesi tarafından “*shrink-wrap*” metoduyla akdedilen lisans sözleşmesi geçerli kabul edilmiş⁹⁴⁴ ancak temyiz mahkemesi, bu metotta şartlı bir icaba davetin bulunduğu kabul edilemeyeceğini, buna yönelik bir irade uyuşmasının bulunmadığını değerlendirmiştir⁹⁴⁵. Ayrıca uyuşmazlık konusu olay özelinde iki şirket arasında yapılan görüşmelerde ayrı koşullar üzerinde anlaşılmış olmasına rağmen kutu üzerinde yer alan koşullara ilişkin herhangi bir görüşme, icap ve kabul gündeme gelmemiştir. Bu nedenlerle temyiz mahkemesi tarafından, “*shrink-wrap*” metoduyla akdedilen sözleşme koşulları geçerli kabul edilmemiştir⁹⁴⁶.

ProCD Inc v Zeidenberg davasında, yerel mahkeme “*shrink-wrap*” yöntemiyle akdedilen lisans koşullarının yaygın olarak kullanıldığını belirterek bu metot ile dağıtılan koşulların geçerli sayılması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁴⁷. Temyiz mahkemesi ise incelemesinde, Zeidenberg’in koşulları kabul etme haricinde bir olanağının bulunmadığına, bu nedenle kabulün bulunamayacağına hükmederek “*shrink-wrap*”

⁹⁴⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 3. Daire Kararı, *Step-Saver Data Systems, Inc. v Wyse Technology and the Software Link, Inc.*, No. 90-1859, 29.06.1991, 939 F.2d 91 <https://www.courtlistener.com/opinion/564982/step-saver-data-systems-inc-v-wyse-technology-and-the-software-link-inc/>, (23.02.2020), para.8, 20.

⁹⁴⁵ *Ibid*, para. 40-51.

⁹⁴⁶ *Ibid*, para. 29, 64.

⁹⁴⁷ A.B.D. Wisconsin Bölge Mahkemesi Kararı, *ProCD, Inc v Matthew Zeidenberg, and Silken Mountain Web Services*, No. 95-C-0671-C, 04.01.1996, 908 F. Supp. 640, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/908/640/1457490/>, (23.02.2020).

metodunda yer alan koşulların geçersizliğine karar vermiştir⁹⁴⁸. Lisans koşullarının geçerliliğinin ele alındığı bir başka dava ise *Softman Products v Adobe Systems, Inc* olmuştur. Mahkeme, genel olarak “shrink-wrap” metodunun geçerli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamış ancak uyuşmazlık özelinde, davacının programı henüz kullanmadığı, dolayısıyla lisans koşullarını kabul ettiğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir⁹⁴⁹.

Bilgisayar programı dağıtım yöntemlerinin değişmesi üzerine, “shrink-wrap” lisans yöntemi, uygulamada yerini “click-wrap” ve “browse-wrap” yöntemlerine bırakmıştır⁹⁵⁰. “Click-wrap”, lisans koşullarının elektronik ortamda, kullanıcının önüne getirilmesi ve genellikle bir kutucuğun tıklanmasıyla kullanıcıya kabul ettirildiği yöntemdir. ‘Browse-wrap’ ise lisans koşullarının doğrudan kullanıcının önüne getirilip tıklanması yerine özellikle web sitelerinde belirli bir konuma eklenmesi, kullanıcıya lisans koşullarının bulunduğunu konumun belirtilmesi ve programın yüklenmesi ya da kullanılmaya başlanması ile lisans koşullarının kabul edildiğinin varsayıldığı yöntemdir⁹⁵¹. Bu yöntemlerde kullanıcılara lisans koşullarını müzakere etme ve değiştirme imkânı tanınmamaktadır⁹⁵². Bu açıdan seri üretim olarak dağıtılan programların, Türk hukukunda TBK md.20 ve devamında düzenlenen genel işlem şartı kurumu kapsamında denetlenmesi ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir.

5.5. Türk Hukuku Açısından Özgür ve Açık Kaynak Modelinin ve Lisanslarının Değerlendirilmesi

5.5.1. FSEK ve TBK Açısından Değerlendirme

Özgür ve açık kaynak kodlu programları, Türk hukuku açısından ele aldığımızda, ilk olarak üzerinde durulması gereken husus, özgür ve açık kaynak lisans metinleri olacaktır. Lisans metinlerinde eser sahipleri, tek taraflı olarak koşulları

⁹⁴⁸ A.B.D. Temyiz Mahkemesi 7. Daire Kararı, *ProCD, Inc v Matthew Zeidenberg, and Silken Mountain Web Services*, No. 96-1139, 20.06.1996, 86 F.3d 1447, <https://www.courtlistener.com/opinion/720542/procd-inc-v-zeidenberg/>, (23.02.2020), para. 12-15.

⁹⁴⁹ A.B.D. Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Softman Products Company, LLC v Adobe Systems, Inc*, No. CV 00-04161DDP(AJWX), 19.10.2001, 171 F. Supp. 2d 1075, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/171/1075/2488277/>, (23.02.2020).

⁹⁵⁰ Heath, s. 16.

⁹⁵¹ Khan, s.12; Bainbridge, *Software*, s.178 vd; Bainbridge, *IT Law*, s.16; Kaypakoğlu, s.133.

⁹⁵² Bainbridge, *Software*, s.178 vd.; Bainbridge, *IT Law*, s.16; Kaypakoğlu, s.133.

belirleyip ilan etmekte ve programların kullanılması ile lisans koşullarının uygulamaya gireceğini ifade edilmektedir. *Bayamlioğlu*, lisans metnlerinin FSEK açısından ele alındığında, ilk bakışta FSEK md.60'da düzenlenmiş olan mali haklardan vazgeçme kurumuna benzetilebileceğini ancak bunun hatalı olacağını belirtmektedir⁹⁵³. Şöyle ki, öncelikli olarak özgür ve açık kaynak lisanslarında eser sahipleri haklarından vazgeçmemekte veya kamu malı haline getirmeyi amaçlamamaktadır. Eser sahipleri, önceden ilan ettiği belirli koşullara uyan herkese, ek bir izin gerektirmeden program üzerinde belirli yetkiler tanımaktadır bu yönüyle haklardan vazgeçmenin bulunmadığı açıktır. Bununla birlikte; hatalı olarak vazgeçme niteliği gösterdiği kabul edilse dahi, FSEK md.60'da düzenlenen vazgeçme için resmi şekil şartına uyulması gerekmektedir⁹⁵⁴.

Klasik bilgisayar programlarında asli edim yükümlülükleri, lisans veren açısından bilgisayar programını kullanma hakkı vermek, lisans alan açısından ise lisans bedeli ödemektir. Özgür ve açık kaynak lisans metnlerinin taraflara yüklediği yükümlülükler ele alındığında, her ne kadar çoğu lisans türünde bedel ödeme yükümlülüğü bulunmasa da, lisans alanların yerine getirmesi gereken hususlar bulunması sebebiyle, lisans alanlar da, yükümlülük altındadır. Özgür ve açık kaynak lisanslarında, lisans verenlerin asli menfaati, özgür ve açık kaynak ekosisteminin devam ettirilebilmesidir. Bu kapsamda lisans verenler ise, programlar üzerindeki kullanma, işleme, dağıtma gibi belirli kapsamdaki yetkileri, bu metinler ile lisans alanlara tanımakta ancak ekosistemin devam ettirilebilmesi için lisans alanlara kaynak kodlarını açık tutma gibi temel yükümlülükler yüklemektedir. Bu nedenle lisans alanların kaynak kodlarını açık tutma yükümlülüğü altında olması ile lisans verenlerin programları kullanma yetkisi verme yükümlülüğü altında olması karşılıklı edim yükümlülükleridir. Borçlar hukuku kapsamında değerlendirildiğinde, lisans metnlerinin her iki taraf açısından da edim yükümlülüğü doğurduğu sonucuna varılabilecektir. Lisans metnlerinin sözleşme teşkil edip etmediği incelendiğinde ise, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Türk Borçlar Kanununa göre irade beyanları açık veya örtülü olabilir, bu kapsamda eser sahibinin programı ve lisans koşullarını web sitesine yükleyerek ilan etmesi

⁹⁵³ Emre Bayamlioğlu, “Free and Open Source Software Under Turkish Copyright Law” (FOSS), **Free Software and Other Alternative License Models: A Comparative Analysis**, (Editör: Axel Metzger), 2015, Springer Science+Business Media, 445-460, s.449.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

‘icap’, kullanıcıların da, programı indirerek ‘kabul’ beyanında bulunduğu belirtilebilir⁹⁵⁵.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme akdedilse de, FSEK md. 52 kapsamında eser sahibinin mali haklarına ilişkin sözleşme ve tasarruflarının yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. FSEK md. 52 düzenlemesi geçerlilik şartı oluşturduğu için özgür ve açık kaynak modeli, tüketici işlemi olmayan hallerde⁹⁵⁶, bu şartı sağlayamamaktadır. Yargıtay kararlarında, özellikle yazılı şekil şartı ve tasarrufa konu hakların açıkça belirtilmesi aranmaktadır⁹⁵⁷. Yazılı şekil şartı katı bir şekilde uygulanmakla birlikte; Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre, kanunlarda emredici hüküm olarak getirilmiş şekil şartı, istisnai olarak ve olayın özelliğine göre hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılabilecektir⁹⁵⁸. İçtihadı birleştirme kararı doğrultusunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının FSEK md.52’de düzenlenen yazılı şekil şartı için bir sınır teşkil ettiğine, adalete uygun düştüğü hallerde hâkim tarafından resen gözetileceğine hükmetmiştir⁹⁵⁹.

⁹⁵⁵ Bayamlıoğlu, **FOSS**, s.448-449; Ercoşkun Şenol, **Mali Haklar**, s.52; St. Laurent, s.148.

⁹⁵⁶ Tüketici işlemlerine yönelik şekil şartı için bkz. s.232 vd.

⁹⁵⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2018/409, K. 2019/5485, T. 17.9.2019; Yargıtay 11. HD. E. 2002/8451, K. 2003/791, T. 27.1.2003; Yargıtay 11. HD. E. 1994/4091, K. 1994/8311, T. 7.11.1994; Yargıtay 7. CD. E. 2007/16776, K. 2009/13083, T. 10.11.2009.

⁹⁵⁸ Yargıtay İBGK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988:

“Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşikar olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir.”

⁹⁵⁹ Yargıtay 11.HD. E. 1998/10031, K. 1999/250, T. 29.1.1999:

“Yasanın 52 madde de yer alan yazılı sözleşme ve izin kuralının sıhhat şartı olması karşısında MK. 2. maddesinin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağına da tartışılması gerekir. BK.nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanunun öngördüğü şekil, bir geçerlik (sıhhat şartı) olarak düzenlemiş ise buna uyulmadan yapılan sözleşmeler ve hukuki işlemler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte İsviçre Federal Federal Mahkemesi ve Yargıtay burada butlan'dan söz edebileceğini, bunun hakim tarafından re'sen gözönünde bulundurulacağını kabul etmektedir. Şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının çatışması halinde hangisine öncelik verileceği de uygulamada tartışılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.9.1988 gün, E: 1987/2, K: 1988/2, YHGK.nun 12.5.1965 gün, E: 5/D-4 K: 203,13.2.1974 gün, 524/103 sayılı, 2.10.1974 gün 2/810 1043,7.12.1983 gün 4/224 1276 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi MK.nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanı sağlamaktır. Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil etmekte olup bu buyurucu kuralın hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir.”

FSEK'in temel amacının eser sahiplerinin korunması olması sebebiyle, eser sahiplerinin aleyhine olabilecek her türlü işlem ve tasarrufta yer alan belirsizlik ve boşlukların eser sahibi lehine yorumlanması gerekmektedir⁹⁶⁰. Aksi uygulama, yani madde düzenlemesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınarak şekil şartına uyulmadığı gerekçesiyle, özgür ve açık kaynak lisanslarının geçersiz sayılması, sadece eser sahibinin aleyhine sonuç doğuracaktır. Bu uygulama ile kanunun temel amacı ve hedeflediği sonucun tam aksi bir durum ortaya çıkacaktır. Eser sahibinin, bilginin yayılması, özgür ve açık kaynak topluluğuna katkı sağlanması gayesine hizmet eden koşullar belirlemesine rağmen kullanıcılar, programları indirip lisans koşullarına aykırı olarak kullanabilecek ve dürüstlük kuralına aykırı olarak, lisansın şekil şartına uymadığı gerekçesiyle koşulların kendilerini bağlamadığını ileri sürebilecektir. Tam tersi düşünüldüğünde ise, yani eser sahibinin lisans koşullarını ilan etmesine rağmen, yazılı şekil şartı sebebiyle kullanıcılara herhangi bir kullanma ruhsatı verilmediğinin ve eylemlerin tamamının telif haklarına tecavüz teşkil ettiğinin öne sürülmesi de, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Dolayısıyla, özgür ve açık kaynak lisans metinlerine ilişkin uyuşmazlıkların, mahkemeler huzurunda görülmesi halinde, FSEK md.52 hükmünün eser sahibinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanmaması, hakkın kötüye kullanılması yasağının gözetilmesi ve koşullara geçerlilik tanınması gerektiği kanaatindeyiz⁹⁶¹.

Günümüzde sözleşmenin tarafları, teorik olarak sözleşme özgürlüğüne sahip olsa da, taraflardan birinin örgütlülüğü ve ekonomik konumundan hareketle sözleşme içeriğini belirleyebilmektedir. Tek taraflı belirlenen koşulların diğer tarafa kabul ettirilmesi nedeniyle kanun koyucunun müdahalesine ihtiyaç ortaya çıkmaktadır⁹⁶². Sözleşme içeriğinin tek taraflı olarak kullanıldığı, sözleşme içeriğinin tek taraflı olarak önceden belirlendiği ve diğer tarafın sadece sözleşmeyi yapıp yapmama yönünde karar verdiği sözleşme türü, doktrinde iltihaki veya katılma sözleşmesi olarak

⁹⁶⁰ Gürsel Üstün, "Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi", **FMR Dergisi**, Yıl:6, C.6, S.2006/1, 63- 119, s.63 vd; Özge Yıldız, "Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler", **İÜHFM**, C. LXXII, S. 2, 2014, 497-540, s.504; Canan Küçükali, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S. 135, 82-86, s.83-84.

⁹⁶¹ Bayamlioğlu, **FOSS**, s.448-449; Ercoşkun Şenol, **Mali Haklar**, s.52.

⁹⁶² H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27" (**Sözleşme Özgürlüğü**), **İÜHFM**, C. LXXIV, S. 2, 2016, 709-737, s.711-712.

adlandırılmaktadır⁹⁶³. Bu durumda, sözleşme özgürlüğü ve eşitliğine ilişkin denge tek taraflı olarak bozulmakta ve yeniden kurulma olanağı bulunmamaktadır⁹⁶⁴. Kanun koyucu, hâkim durumunu kullanan tarafın adil olmayan hükümleri diğer tarafa kabul ettirmesine ihtiyatlı yaklaşmış ve hükümlerin geçerliliğini genel işlem koşulları ile belirli şartlara bağlamıştır⁹⁶⁵.

TBK md.20’de düzenlenen genel işlem koşulları, sözleşmeyi düzenleyen tarafın ileride çok sayıda benzer işlemde kullanmak üzere tek taraflı hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu hükümlerdir⁹⁶⁶. Özgür ve açık kaynak lisans metinlerinin önceden eser sahipleri ve lisans verenler tarafından hazırlandığı, ileride çok sayıda aynı işlem için kullanılmasının amaçlandığı ve programı kullanacak kişilere sunulduğu hususları değerlendirildiğinde, TBK md.20 ve devamında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına benzerlik gösterdiği dikkat çekmektedir. Genel işlem koşulları, çoğunlukla tüketici işlemlerinde görülse de, tacirler arası iş ve işlemlerde de uygulanabilmektedir. Özgür ve açık kaynak lisans metinlerinin programlara ilişkin lisans verilmesine yönelik seri halde uygulanmak üzere tek taraflı hazırlanması, TBK’da yer alan tanıma uymaktadır. Bununla birlikte; özgür ve açık kaynak lisans metinleri, hem son kullanıcı olan tüketicilere hem de tacir sıfatına sahip şirket ve kişilere yönelik hazırlanmaktadır⁹⁶⁷.

Karşı tarafın menfaatine aykırı olan⁹⁶⁸ genel işlem şartlarının geçerli olabilmesi, bu koşulların sözleşme tarihinde karşı tarafın dikkatine sunulmasına, karşı tarafa

⁹⁶³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 26; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 70.

⁹⁶⁴ Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 30 vd.

⁹⁶⁵ Yargıtay HGK E. 2017/576, K.2019/1022, T.08.10.2019 (yargitay.gov.tr).

⁹⁶⁶ TBK md.20:

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”

⁹⁶⁷ Bayamlioğlu, **FOSS**, s. 449-450; Bainbridge, **Software**, s.180 vd; St. Laurent, s.5-6; Meeker, **Licensing**, s.208-209.

⁹⁶⁸ Yargıtay kararlarında, mali hakların devri ve oyunculuk sözleşmelerinde tek taraflı olarak yapımcıya fesih hakkı tanınmasına ek olarak cezai şart ve ödenmiş tüm oyunculuk ücretlerinin iadesi karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartı olarak değerlendirilmiştir. (Yargıtay 11. HD. E.2013/15438, K. 2014/2405, T. 12.2.2014)

Kredi sözleşmelerinde erken ödeme komisyonu ve ipotek fek ücreti, kredi çekenin menfaatine aykırı genel işlem şartı olarak değerlendirilmektedir. (Yargıtay 11. HD. E. 2016/13006, K. 2018/4273, T.

inceleme için imkân tanınmasına ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesine bağlıdır⁹⁶⁹. Ayrıca genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümlerin konamayacağı düzenlenmiştir⁹⁷⁰. Aksi takdirde ilgili koşullar, yazılmamış sayılacaktır. Özgür ve açık kaynak kodlu programlar indirilirken genellikle lisans metinleri, indirenlerin önüne *click-wrap* usulünde çıkarılıp tıklanmaları şart koşulmamakta, bunun yerine programın belirli bir lisans metni kapsamında indirilip kullanılabileceği yönünde bildirimde bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, programı indiren kişi ve kurumların dikkatine metinlerin sunulmadığı ve onaylarının alınmadığı öne sürülebilir. Özgür ve açık kaynak kodlarını, kod depolarından indiren, kodlarla işlem yapabilen kişi ve kurumların lisans metnlerinin içindeki tüm koşul ve kısıtlamalara vakıf olmasalar da, metinlerin kendisinden ve nasıl erişilebileceğinden haberdar olmaması kanımızca mümkün görülemez. Dolayısıyla ilgili atıfların yapılması durumunda, programı indirmeden önce kişilerin lisans metinlerini incelediği ve bu metinleri kabul ederek indirme işlemini tamamladığını kabul etmek gerekmektedir.

TBK md.21 düzenlemesi, kanaatimizce metnin tamamının yazılmamış sayılmasına değil, sadece karşı tarafın menfaatine aykırı sonuç doğuran şartların yazılmamış sayılmasına sebep olmaktadır. Bu doğrultuda, bazı yazarların da belirttiği üzere, sorumluluğun sınırlandırılması, lisansın tek taraflı olarak sona erdirilmesi ve işleme esere ilişkin hakların kısıtlanmasının haksız şart teşkil edip etmediğinin mahkemelerce incelenip çözümlenmesi gerekmektedir⁹⁷¹. Kanımızca; işleme esere ilişkin kısıtlamalar, lisans verenin tek taraflı menfaatini korumak yerine, bilginin dağıtılması ve geliştirilmesi amacı taşıdığı için haksız şart teşkil etmemektedir. Aynı şekilde, metin içerisinde yer alan koşullara uyulmaması halinde, lisansın sona ereceğine yönelik düzenlemenin dürüstlük kuralına aykırı olmayacağı görüşündeyiz. Bunlara zıt olarak, özgür ve açık kaynak lisans metnlerinin önemli bir kısmında yer alan, kasıt veya ağır ihmal durumunda lisans verenlerin sorumluluğunun

4.6.2018; Yargıtay 11. HD. E.2016/13088, K. 2018/563, T. 23.1.2018; Yargıtay 11. HD. E. 2016/12491, K. 2018/5907, T. 2.10.2018).

⁹⁶⁹ TBK md.21.

⁹⁷⁰ Özgür Karadağ, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 141.

⁹⁷¹ Bayamlioğlu, **FOSS**, s. 449-450; Bainbridge, **IT Law**, s.314-315; St. Laurent, s.13; Meeker, **Open Source**, s. 224.

sınırlandırılmasına ilişkin hükmün geçerli kabul edilmesi, TBK md.115'in açık düzenlemesi karşısında mümkün değildir.

5.5.2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Değerlendirme

Özgür ve açık kaynak lisanslamasının tüketici işlemi olarak gerçekleştirilmesi halinde, yani lisans alanın programı kendi ticari veya mesleki faaliyetleri haricinde edinmesi durumunda, TBK'da yer alan kısıtlamalardan daha geniş kapsamlı kısıtlamalar gündeme gelecektir. Tüketici işlemlerine ilişkin usul ve esaslar, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. 6502 sayılı Kanunun 5. maddesinde, tüketiciye müzakere şansı verilmeden önceden matbu olarak düzenlenmiş ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan hükümler, haksız şart olarak nitelendirilmiştir. Kanun, haksız şartları kesin olarak hükümsüz kabul etmekte⁹⁷² ve sözleşmeyi düzenleyen hükümsüz kılınan düzenleme olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağını iddia etme imkânını önlemektedir. Özgür ve açık kaynak lisans metinlerinin, tüketiciye müzakere olanağı tanınmadan önceden matbu olarak hazırlandığı tartışmasızdır. Bu nedenle; özgür ve açık kaynak lisans metinlerinin hâkim müdahalesine açık olduğu notunu düşmek gerekmektedir. Başka bir deyişle, bir tüketici işlemi kapsamında tüketici mahkemeleri önüne gelecek özgür ve açık kaynak lisans metinlerinin haksız şart içerip içermediği incelemesi yapılabilecek ve haksız şart teşkil ettiği sonucuna varılanlar geçersiz sayılabilecektir⁹⁷³.

6502 sayılı Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrasına göre; tüketici işlemi kapsamındaki sözleşmelerde yer alan haksız şartın tespiti için sağlanan ürün veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kurulması anındaki şartlar ve metindeki diğer hükümler veya varsa ilgili hükmün bağlantılı olduğu başkaca sözleşme hükümleri göz önüne alınır ve sözleşmenin kurulma anına göre değerlendirme yapılır. Bu hükümden hareketle, özgür ve açık kaynak lisans metinlerinde yer alan hükümlerden birinin haksız şart oluşturup oluşturmadığının tespitinde, özgür ve açık kaynak modeli ile

⁹⁷² Karadağ, tüketiciyle müzakere edildiği ispatlanan bir hükmün, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olduğu anlaşılsa dahi, haksız şart olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. (Karadağ, s.141.)

⁹⁷³ Bayamhoğlu, **FOSS**, s. 451; Bainbridge, **IT Law**, s.251.

lisanslanan programın niteliği, lisansın sağlanma anındaki şartlar ve lisans metninde yer alan diğer koşullar birlikte incelenecektir⁹⁷⁴. Özgür ve açık kaynak lisans metnindeki hükümlerden bazılarının, tüketici sıfatına sahip lisans alanları kısıtlayıcı niteliğe sahip olmakla birlikte, tüketiciye sağlanan hak ve menfaatler ile modelin genel amacı bir arada ele alındığında, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengesizlik yaratmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla mahkemelerin önüne gelebilecek bu metinlerin değerlendirilmesinde, taraflar arasındaki menfaat dengesinin geneli ve bilginin yayılması amacı üzerinde titizlikle durulması gerekmektedir.

6502 sayılı Kanunun 5. maddesinin 7. fıkrasında, haksız şart değerlendirilmesi yapılırken sözleşmeden doğan karşılıklı asli edim yükümlülükleri arasındaki denge ile sözleşme ile sağlanan mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengenin ele alınamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanlış yorumlanması halinde, özgür ve açık kaynak lisans metnlerinde iki olumsuz ve hatalı değerlendirme ortaya çıkabilecektir. İlk olası hatalı değerlendirme, haksız şart değerlendirmesi esnasında özgür ve açık kaynak modelinin tüketiciden herhangi bir ücret alınmadan programın sağlandığı ancak piyasadaki kapalı kaynak modelli diğer seçeneklerin yüksek meblağlarda lisans ücreti ödemesi gerektirdiği, dolayısıyla bu model ile kapalı kaynak modeli kıyaslandığında tüketiciye menfaat sağladığının öne sürülemeyeceği sonucuna varılmasıdır. İkinci olası hatalı değerlendirme, lisans veren ve lisans alanın asli edim yükümlülüklerinin karşılaştırılamayacağının ve lisans alana programları özgürce ve bedava kullanma hakkı sağlanmakta iken, lisans alanın sadece kaynak kodlarını açık tutmak gibi kıyasen daha basit bir yükümlülük altında olduğunun dikkate alınamayacağını öne sürmektedir. Madde hükmü, sadece ürün/hizmet-fiyat dengesinin sağlanması yönünde bir denetime izin verilmediğine, yani mahkemeler tarafından ekonomik denetimin yapılamayacağına ilişkindir⁹⁷⁵. Dolayısıyla 6. fıkra ve 7. fıkra hükümleri, özgür ve açık kaynak lisans metinleri üzerinde uygulanırken bir arada değerlendirme yapılması, özgür ve açık kaynak modelinin sağladığı faydaların göz önüne alınarak haksız şart denetiminin

⁹⁷⁴ Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.146 vd.; Süleyman Topak, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S.122, 2016, 281-314, s.291; Osman Açıkgöz, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Haksız Şartla İlgili Getirdiği Yenilikler”, **Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan**, Ankara, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, 805-838, s.827 vd.

⁹⁷⁵ Açıkgöz, s.831; Çınar, s.181; Topak, s.290-291.

gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, tüketicilerin kapalı kaynak kodlu programları korsan olarak tabir edilen yollarla, herhangi bir lisans ücreti ödmeden elde etmesi ile özgür ve açık kaynak kodlu programları lisans koşullarına aykırı olarak veya koşulları görmezden gelerek kullanmasının aynı şekilde hukuka aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Mesleki veya ticari amaç gütmeyen kullanıcılar, internet üzerinden mesleki veya ticari amaç güden sağlayıcılardan özgür ve açık kaynak kodlu programları edindiğinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 27.11.2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁹⁷⁶. Kanun ve Yönetmelik düzenlemelerinde, açıkça yazılımların mal kavramına girdiği düzenlenmektedir⁹⁷⁷. Bununla birlikte; her özgür ve açık kaynak lisans işleminde, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerinin uygulanamayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin uygulanabilmesi için bir tarafta mesleki veya ticari amaç gütmeyen tüketicinin⁹⁷⁸, diğer tarafta ise, mesleki veya ticari amaç güden bir satıcı/sağlayıcının⁹⁷⁹ bulunması gerekmektedir. Özgür ve açık kaynak kodlu programlar, çoğu zaman mesleki ve ticari amaç güden kullanıcılar tarafından edinilmektedir. Kaynak kodu formunda dağıtılan programların programcılık bilgisi bulunmayan sıradan bir tüketici tarafından edinilerek kullanılması çoğunlukla mümkün olmayacaktır. Ayrıca özgür ve açık kaynak kodlu programları sağlayanların ise, mesleki veya ticari amaç gütmeyen kuruluşlar olduğu da görülmektedir. Dolayısıyla özgür ve açık kaynak kodlu programları edinenler ile sağlayıcıların niteliğine göre, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına karar verilebilecektir.

⁹⁷⁶ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin uygulandığı hallerde, özgür ve açık kaynak kodu sağlayıcılar, ön bilgilendirme, bilgilerin saklanması ve ispat gibi ek yükümlülöklere tabi olacaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge 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, S.3, 2016, 2791- 2818, s.2802.

⁹⁷⁷ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.3/I-h:

“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,*”

⁹⁷⁸ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md.4/1-ğ’de, özellikle tüketicinin ticari veya mesleki amaç gütmeyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade ettiği düzenlenmiştir:

“ğ) *Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,*”

⁹⁷⁹ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md.4/1-f:

“f) *Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,*”.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yazılımlara ilişkin sözleşmelerin uzaktan iletişim araçlarıyla mesafeli sözleşme olarak akdedilebileceği düzenlenmiştir⁹⁸⁰. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamında mesafeli sözleşme, sağlayıcı ve tüketicinin fiziksel olarak karşı karşıya olmadan, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak kurdukları sözleşmeleri ifade etmektedir. Ayrıca sözleşmeye konu olacak “mal” kavramına yazılımların dâhil olduğu, açıkça hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3/I-h maddesinde hem de Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 4/I-d maddesinde yer almaktadır. Buna ilaveten; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca yapılan sözleşmelerin bir nüshası kâğıt üzerinde veya internet gibi kalıcı veri saklayıcıları vasıtasıyla tüketicilere verileceğine hükmedilmektedir⁹⁸¹. Tüm bu düzenlemelere rağmen; FSEK md.52'de yer alan yazılı geçerlilik şartı karşısında, bilgisayar programı lisans sözleşmelerinin mesafeli sözleşme olarak akdedilebileceği ve yazılı geçerlilik şartının bertaraf edileceğine ilişkin açık bir düzenleme veya yargı kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte; internet ortamında tüketicinin önüne getirilerek kabul ettirilen mesafeli sözleşmenin ardından sözleşmenin yazılı şekil şartını uymadığı için geçerli olmadığını, kodların çoğaltılması, işlenmesi gibi yetkilerin mesafeli sözleşme ile verilmediğini sonradan ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması yasağı karşısında mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

5.5.3. Lisans Metinlerinin Dili Açısından Değerlendirme

Özgür ve açık kaynak lisans metnlerinin Türkiye'de kullanımına ilişkin ele alınması gereken bir başka husus, metinlerin standart olarak İngilizce hazırlanmasıdır. Metinlerin bazı resmi olmayan çevirileri yapılmakla birlikte, genellikle doğrudan orijinal İngilizce metinlere atıf yapıldığı görülmektedir. 1926'da kabul edilen, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, Türk

⁹⁸⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.48/I:

“Mesafeli sözleşme, 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.”

Benzer bir tanım Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md.4/I-e'de de yer almaktadır.

⁹⁸¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/I:

“Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketicilere verilir”

şirketlerinin ülke içindeki iş ve işlemlerinde Türkçe kullanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda yapılacak sözleşmelerin de, Türkçe olarak akdedilmesi kanuni bir zorunluluktur. Bu düzenlemeye aykırı olarak yabancı dilde sözleşme yapılması halinde, sözleşmeler geçersiz sayılmamakta ancak hazırlayan ilgili şirketin lehine olarak uygulanamayacağı 805 sayılı Kanunun 4. Maddesinde düzenlenmiştir⁹⁸². Yargıtay da, 805 sayılı Kanunun 4. maddesini sıkı bir şekilde uygulamakta; bir bankanın veya gemi satıcısının İngilizce olarak kendisi tarafından hazırlanan sözleşme hükümlerine dayanamayacağına ve mahkemelerin aradaki ilişkiye uygulanabilecek Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu veya genel hukuk kurallarını tespit ederek uyuşmazlığı bu kurallar kapsamında çözmesi gerektiğine yönelik karar vermektedir⁹⁸³. 805 sayılı Kanunun açık düzenlemesi ve Yargıtay kararları ışığında, Türkiye’de gerçekleştirilen özgür ve açık kaynak projelerinde, doğrudan İngilizce lisans metinlerine atıf yapılmaması, bunun yerine mevcuttaki tercümelerin veya kendileri tarafından yapılacak tercümelerin kullanılması gerekmektedir.

Özgür ve açık kaynak modelinde dağıtılan bilgisayar programlarına ilişkin lisansın sağlanması yöntemine, lisans koşullarının bağlayıcılığına ve bu koşullar kapsamında ortaya çıkan başkaca hukuki sorunlara aşağıda değineceğiz. Bununla birlikte; özgür ve açık kaynak modelinde yer alan lisans koşullarının kapalı kaynak modelindeki lisans koşullarına göre büyük farklılıklar göstermesi nedeniyle, öncelikli olarak özgür ve açık kaynak modeli lisanslarında hangi türde koşulların bulunduğu anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla lisanslama yöntemi ve bağlayıcılık gibi değerlendirmelerinin yapılmasından önce, özgür ve açık kaynak modelinde yer alan başlıca lisans türlerine ve bu türlerde yer alan koşullara aşağıda yer vereceğiz.

5.6. Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programların Lisans Koşulları ve Başlıca Örnekleri

Bilgisayar programlarını kullanmak isteyenlerin programı yüklemeleri, bilgisayarlarından depolamaları ve işletim sistemi üzerinde yürütülmeleri için

⁹⁸² Murat Alışkan, “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1-2, 2005, 349-377, s.350 vd; Bayamlıoğlu, **FOSS**, s.452.

⁹⁸³ Yargıtay 11. HD. E. 2017/4747, K. 2018/1344, T. 22.2.2018 (Kazancı); Yargıtay 11. HD. E. 2009/2051, K. 2009/5292, T. 4.5.2009.

programın kalıcı ve geçici kopyalarını oluşturmaları gerektiğini ve bunun da FSEK md.22/3 kapsamında eser sahibinin tekelinde olan çoğaltma hakkı kapsamına girdiğine yukarıda değinmiştik⁹⁸⁴. Bilgisayar programı lisans sözleşmeleri ile programların kullanılabilmesi için lisans alanlara çoğaltma yetkisi verilmektedir⁹⁸⁵. Bunun dışında lisans sözleşmeleri ile programlara istenen ek özelliklerin eklenmesi, programda geliştirme ve değiştirmelerin yapılması için ise FSEK md.21 kapsamında işleme yetkisi verilebilmektedir⁹⁸⁶. Kapalı kaynak modelinde, lisans sözleşmeleri ile verilen yetkiler, seri üretim şeklindeki dağıtımlarda eser sahibi veya dağıtımcının ticari kararlarına, özel üretim şeklindeki dağıtımlarda ise tarafların ticari müzakereleri ile belirlenmektedir. Açık ve özgür kaynak modelinde ise, özgür ve açık kaynak topluluklarının önceden belirledikleri ilkelere uymak koşuluyla ayırım yapmadan tüm kullanıcı ve geliştiricilere aynı yetkiler tanınmaktadır⁹⁸⁷.

Özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programlarının lisansları ile kullanıcılara genel olarak kaynak kodları üzerinde, FSEK md.21 kapsamında işleme, FSEK md.22 kapsamında çoğaltma, FSEK md. 23 kapsamında temsil ve FSEK md. 24 kapsamında umuma iletim yetkileri tanınmaktadır. Kapalı kaynak lisanslarından farklı olarak tanınan yetkiler, bilgisayar programının çalıştırılması ile sınırlı olmayıp doğrudan kaynak kodlarına erişilerek kopyalanmasına, üçüncü kişilere iletmesine, kodları değiştirerek farklı ihtiyaçları karşılayacak şekilde işlenmesine imkân tanımaktadır. Özgür ve açık kaynak lisanslarıyla yetkiler, koşulsuz ve şartsız tanınmamakta belirli şartlara tabi olarak sağlanmaktadır. Getirilen şartların türleri ve yoğunluğu, her bir özgür ve açık kaynak kodlu bilgisayar programı lisans metninde değişmektedir⁹⁸⁸. Bu

⁹⁸⁴ Bkz. s.215 vd.

⁹⁸⁵ Kapalı kaynak modelinde tanına çoğaltma yetkisi, genellikle sadece programın çalıştırılabilmesi ile sınırlı olarak makine kodlarının çoğaltılmasından ibarettir. Bu model altında kaynak kodlarına erişilmesi ve kaynak kodlarının kopyalanması, çoğaltılması yönünde yetki tanınmaktan kaçınılmaktadır.

⁹⁸⁶ Kapalı kaynak modelinde, programın işlenmesi yetkisi nadiren ve özellikle özel ihtiyaca yönelik terzi-dikim bilgisayar programları için tanınabilmektedir. Bilgisayar programı geliştirici ve dağıtıcıları, işleme yetkisi vermek yerine kullanıcı kişi ve şirketlerin ihtiyaçlarına yönelik programı işleyerek yeni modüller geliştirilmesine yönelik hizmet sunmaktadır.

⁹⁸⁷ Bkz. GNU, “GNU General Public License Version 3”, 29.06.2007, <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>, (10.06.2020); Mozilla, “Mozilla Public License Version 2.0”, <https://www.mozilla.org/en-US/MPL/2.0/> (10.06.2020); Open Source Initiative, “The 3-Clause BSD License” <https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause> (10.06.2020).

⁹⁸⁸ McGowan, s.253 vd; Miriam Ballhausen, “OpenSaaS: Using Free and Open Source Software as Software-as-a-Service”, **IFOSSLR**, C.6, S.1, 2014, 61- 68, s.62 vd; Alexios Zavras, “Twenty-Five Years of School? Analysis of Free and Open Source Software License Texts”, **IFOSSLR**, C.8, S.1, 2016, 29-44, s.30 vd.

kapsamda, aşağıda detaylı yer verileceği üzere; bazı özgür ve açık kaynak modeli lisans metinleri, kaynak kodlarının ticari olarak kullanılmasını, kodların bedel karşılığında yeniden iletilmesini, kullanılan veya işlenen kaynak kodlarının kapalı kaynak modeline geçirilmesini engellemekte, bazı diğer lisans metinleri ise, bu hususlarda herhangi bir kısıtlama getirmemektedir.

Kapalı kaynak kodlu yazılımlarda da, açık kaynak kodlu yazılımlarda da seri üretim şeklinde dağıtım söz konusu olduğunda, *'click-wrap'* veya *'browse-wrap'* methodologyyla kullanım koşulları belirlenebilmektedir⁹⁸⁹. Özetle; açık kaynak kodlu yazılımların temelini, programcılarının kolektif çalışma yürüterek kaynak kodlarını erişime açık tutmaları ve programın kaynak kodları üzerinde değişiklik yaparak programı geliştirme ve değiştirme özgürlüğünün sağlamaları oluştururken; kapalı kaynak modelli yazılımların temelini ise, kaynak kodlarının erişime ve değişikliğe kapalı olarak tutulmasının oluşturduğunu söyleyebiliriz. Bu açıdan seri üretim olarak ortaya çıkan programlar, genel olarak, açık kaynak kodlu yöntem veya kapalı kaynak kodlu yöntem olarak iki farklı türde dağıtılmakta ve dağıtım türüne bağlı olarak farklı lisans koşullarına tabi olmaktadır⁹⁹⁰.

Kapalı kaynak kodlu programların lisans koşulları, tamamen üretici-satıcı şirketin iradesine bağlı olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar genel yazılım sektörü uygulamaları ortaya çıksa da, her bir üretici-satıcının ayrı lisans koşulları olduğunu belirtmek hatalı olmayacaktır. Açık kaynak kodlu yazılımlarda ise genellikle belirli kurum, oluşum ve girişimlerin kaleme aldığı ve zaman zaman güncellenen koşullar bulunmaktadır. Açık kaynak kodlu yazılım geliştiren kişi, kurum veya topluluklar ayrı lisans koşulları belirlemek yerine, yazılımlarını mevcut açık kaynak kodu lisans koşullarına tabi tutmaktadır. Özgür ve açık kaynak lisans koşulları, farklı projelerin yürütülmesi esnasında kurulan çoğunlukla kâr amacı gütmeyen teknoloji kuruluşları tarafından kaleme alınmaktadır⁹⁹¹. Her bir kuruluş, farklı amaçlar ve değerler üzerine kurulmuş olmakla birlikte; kuruluşların ortak noktası, fikri ve sınai

⁹⁸⁹ Alexander Savelyev, "Open source: the Russian Experience (Legislation and Practice)", **Information & Communications Technology Law**, C.22, S.1, 2013, 27-44, s.35.

⁹⁹⁰ Unni, s.273; Bainbridge, **IT Law**, s.16; Bainbridge, **Software**, s.178-179; Kaypakoğlu, s.133.

⁹⁹¹ Çoğu zaman kar amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından özgür ve açık kaynak kodlu projeler yürütülmekteyken, bunun yanında farklı şirketlerin belirli bir projeyi birlikte yürütmek için oluşturdukları ticari kuruluşlar vasıtasıyla da yürütülebilmektedir (Hunter, Walli, s.33); McGowan, s.253 vd.

mülkiyet hakları yönetimi yapısı, kendi toplulukları için destek mekanizması ve işbirliği sağlamaktır. GNU/Linux projesi etrafında toplanan Free Software Foundation, GNU GPL koşullarını; 1999 yılında Apache projesi esnasında kurulan Apache Software Foundation, Apache lisans koşullarını; Eclipse IDE projesini yürütülürken kurulan Eclipse, Eclipse GPL koşullarını kaleme almıştır⁹⁹².

Özgür ve açık kaynak lisansları, 34 yıllık geçmişi içinde değişime uğramış; başlarda yazılımların özgür olması ve bilginin kolektif olarak artırılması fikri ile liberal içeriğe sahipken, günümüzde değişen teknoloji ve hukuki yaklaşımlar karşısında daha girift bir yapıya bürünmüştür. Örneğin A.B.D. hukukunda bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmaya başlandıkça programlara ilişkin özgürlüğün sağlanması daha güç hale gelmiş, özgür ve açık kaynak lisanslarına patentlere ilişkin hükümler eklenmeye başlanmıştır. Ayrıca şirketlerin bu modele daha çok ilgi göstermesi sebebiyle lisans koşulları, şirketlerin kullanımına daha uygun yapı ve dil ile ifade edilmiştir. Bunlar dışında; bu değişimdeki en önemli etken, kâr amacı gütmeyen teknoloji kuruluşlarının fikri ve sınai mülkiyet haklarını yönetme mekanizması, işbirliği ve iletişim merkezine haline gelmesidir⁹⁹³.

Kapalı kaynak modelindeki bilgisayar programlarına ilişkin yapılan lisans sözleşmelerinde, ticari hayatın gerektirdiği durumlar ve kapalı kaynak modelinin kısıtlayıcı doğası sebebiyle farklı lisanslama ilişkileri kurulabilmektedir. Bunlardan bazıları, çapraz lisanslama olarak Türkçe'ye tercüme edilmiş "*cross-license*", karşılıklı veya geri lisanslama olarak adlandırabileceğimiz "*grant-back licence*", geri devir olarak adlandırabileceğimiz "*assign-back*" ve ileriye dönük lisans olarak adlandırabileceğimiz "*grant-forward*" hükümleridir. Anılan bu hükümler, patentlere ilişkin lisanslarda uygulanmak üzere ortaya çıkmakla birlikte⁹⁹⁴, bilgisayar programlarında da sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte; anılan lisans hükümleri türleri, kanunlarda düzenleme alanı bulmadığı ve sözleşmesel ilişkiler

⁹⁹² Hunter, Walli, s.31-32; Chang Sau Sheong, "Copyright and Open Source Software Licensing", **Bepress Legal Series**, 2005, s.24.

⁹⁹³ Hunter, Walli, s.31; Noam Shemtov, "Software Patents and Open Source Models in Europe: Does the FOSS Community Need to Worry About Current Attitudes at the EPO?", **IFOSSLR**, C.2, S.2, 2010, 151-164, s.152 vd.

⁹⁹⁴ Richard Schmalbeck, "The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements", **The University of Chicago Law Review**, C.42, 1975, 733-748, s.734.

doğrultusunda ortaya çıktıkları için farklı kapsamda ve farklı yönlerde lisans verilmesini doğuracak şekilde içerik ve uygulamaya sahip olabilmektedir⁹⁹⁵.

Çapraz lisanslamada⁹⁹⁶, genellikle birbirine rakip olan iki firma, üzerinde hak sahibi oldukları belirli modüller, uygulamalar veya programların kullanılmasına ilişkin birbirlerine karşılıklı lisans vermektedir. Burada verilen lisansın türü, çoğunlukla olağan kullanım yetkisi ile sınırlı şekilde basit ruhsat olmakla birlikte, programda değişiklik yapma ve geliştirme yetkisini tanıyacak şekilde ruhsat verildiği de görülebilmektedir. Geri lisanslamada⁹⁹⁷ ise, bilgisayar programı üzerindeki mali hakların devredilmesine rağmen hakları devralan taraf, hakları devreden tarafa bilgisayar programını kullanmaya ve geliştirmeye devam edebilmesi için lisans verebilmektedir⁹⁹⁸. Geri lisanslamanın uygulandığı bir başka durum ise, lisans sözleşmesi ile lisans alana programı geliştirme hakkı tanınmakta, geliştirilecek versiyonun kullanılabilmesi ve tekrar geliştirilebilmesi için lisans veren tarafa, yeni versiyon veya geliştirilen kısım üzerinde lisans hakkı tanınmasıdır⁹⁹⁹. Özellikle araştırma ve geliştirme projelerinde, *start-up* olarak tabir edilebilecek küçük ölçekli bilgisayar programı geliştirme şirketlerinin büyük ölçekli ticari firmalar ile yürüttüğü çalışmalarda geri lisanslama sözleşme hükümlerine rastlanabilmektedir. *Start-up* firmalar, bir yandan geliştirdikleri program veya modül üzerindeki hakları büyük ölçekli firmalara devretmekte ancak *start-up* firmaların tüm faaliyetleri geliştirmiş oldukları o program veya modüle bağlı olması sebebiyle, geliştirme çalışmalarına devam edebilmek için programların kullanılması ve geliştirilmesine ilişkin lisans almaktadır.

Geri devir¹⁰⁰⁰ olarak adlandırılabilir h k m t r nde ise, lisans alan yapt ğı geliştirmeler  zerindeki mali haklara ilişkin sadece kullanım hakkı vermemekte

⁹⁹⁵ Keld Laursen, Solon Moreira, Toke Reichstein, Maria Isabella Leone, “Evading the Boomerang Effect: Using the Grant-Back Clause to Further Generative Appropriability from Technology Licensing Deals”, https://www.researchgate.net/publication/276894107_Explaining_the_Use_of_the_Grant-Back_Clause_in_Technology_Licensing, (12.03.2021).

⁹⁹⁶ *Cross-license*.

⁹⁹⁷ *Grant-back license*.

⁹⁹⁸ Micaela Weije, **Grant Back Clauses Development From Regulation 772/2004 to 316/2014 Implications for the Industry**, (Tez Danışmanı: Hans-Henrik Lidgard), Lund  niversitesi ( sve ) Y ksek Lisans Tezi, 2015, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8513930&fileId=8569069>, (12.03.2021), s.17.

⁹⁹⁹ *Ibid*, s.17.

¹⁰⁰⁰ *Assign-back*.

olduğu gibi mali hakları lisans veren tarafa devretmektedir¹⁰⁰¹. İleriye dönük lisans¹⁰⁰² olarak adlandırılabilir türde ise, lisans veren lisans alanı verdiği lisansstan sonra da bilgisayar programını geliştirmeye devam etmekte ve ortaya çıkan yeni versiyonlar üzerinde de lisans alana ruhsat vermeyi taahhüt etmektedir¹⁰⁰³. Bu hüküm türlerinden bazılarını kullanarak teknoloji şirketlerinin monopol haline gelebildiği ve rekabetin zarar gördüğü yönünde farklı tartışmalar bulunmaktadır¹⁰⁰⁴. Çalışmamızın kapsamını aşacağı için bu tartışmalara ayrıca yer verilmeyecektir.

Kapalı kaynak modelinin kısıtlayıcı doğası gereği, ticari hayatın gereklilikleri doğrultusunda yukarıda yer verdiğimiz farklı ek lisans ilişkileri ve hükümleri ortaya çıkmaktadır. Özgür kaynak kodlu yazılımın temel felsefesinde ise, bu model altında programların özgürce kullanılması, işlenmesi ve geliştirilmesi yatmakta olduğu için geliştirilen versiyonların da aynı şekilde tekrar aynı koşullar ile tüm kullanıcılara sunulması gerekmektedir. Bir başka deyişle, lisans alan özgür kaynak topluluğu tarafından kendisine sunulan program üzerinde bir geliştirme yaparsa, bu geliştirmeyi aynı koşullarla özgür kaynak topluluğuna geri sunmakla yükümlüdür. Temel ilke bu yönde olmakla birlikte, anılan bu ön koşul, özellikle açık kaynak alt kolunda yer alan lisans koşullarında ve bazı diğer lisans türlerinde yer almamaktadır. Bu hususa aşağıda, özgür ve açık kaynak kodlu model altında yer alan farklı lisans koşullarını tek tek ele alarak yer vereceğiz.

Özgür ve açık kaynak kodlu yazılımın felsefesine aykırı olarak açık kaynak kodlu programları işleyerek oluşturulan yeni versiyon veya programların kapalı kaynak modeline tabi kılınması, açık kaynak modelinin dezavantajı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu dezavantajın giderilmesi için özgür ve açık kaynak lisans koşullarının kullanıldığı görülmektedir. Özgür ve açık kaynak kodlu programları kamuya mal etmek yerine, programlar üzerinde telif hakkı ilan edilmekte ve lisans koşulları ile işleme versiyonlarının da özgür ve açık kaynak modeli ile dağıtılması güvence altına alınmaktadır. Özgür ve açık kaynak kodlu programlarının dağıtımında *copyleft*,

¹⁰⁰¹ Schmalbeck, s.736.

¹⁰⁰² *Grant-forward license*.

¹⁰⁰³ Weiße, s.17.

¹⁰⁰⁴ Sol M. Linowitz, George W. F. Simmons, "Antitrust Aspects of Grant Back Clauses in License Agreements", *Cornell Law Review*, C.43, 1958, 217-224, s.217 vd; Schmalbeck, s.742 vd; Laursen, Moreira, Reichstein, Leone, s.14 vd; Weiße, s.18 vd.

kısıtlayıcı ve de izin verici olarak temel üç farklı yaklaşımda açık kaynak kodu lisans koşulları bulunmaktadır.

Copyleft¹⁰⁰⁵ terimi ile İngilizce copyright kelimesinde ‘right’ kısmında yapılan kelime oyunu sayesinde, mevcut telif hakkı düzeninin aksi yönü hedeflendiği anlaşılmaktadır. Yön anlamındaki ‘right’ yerine, ‘left’ kullanılması ve aynı zamanda İngilizcede bırakmak, terk etmek anlamına da gelen ‘left’ kelimesine vurgu yapılmaktadır. Copyleft, olarak adlandırılan türde lisans koşulları, programın sonraki dağıtımını ve kullanımını kontrol etmek için kullanılmaktadır¹⁰⁰⁶. Bu model altında dağıtılan bir programda, yapılabilecek herhangi bir ekleme veya değişiklik, ilk dağıtımdaki lisans koşullarına tabi olacaktır. Bir başka deyişle ilk dağıtım, sonraki tüm versiyonlara sirayet edecektir. Böylelikle tüm kullanıcılar, özgür ve açık kaynak topluluğunun kurallarına uyma ve topluluğa katkıda bulunma zorunluluğu altına girmektedir¹⁰⁰⁷.

Copyleft modelinin fazla radikal bulunması ve ticari şirketler tarafından kullanılamaması sebebiyle alternatif olarak kısıtlayıcı ve izin verici yaklaşımda lisans koşulları da oluşturulmuştur. Üç temel yaklaşım arasındaki farklar, aşağıdaki bölümlerde örnekler üzerinden açıklanarak detaylandırılacaktır. Genel olarak her bir lisans türü, belirli bir projenin yürütülmesi esnasında projenin amacı ve proje yürütücülerinin yaklaşımlarına göre şekillenmiştir. Bununla birlikte sıklıkla kullanılan lisansların farklı türleri oluşturulmuş, ayrıca teknolojik ve hukuki gelişmeler sonucunda ortaya yeni ihtiyaçların çıkması sebebiyle yeni versiyonları kullanıma sokulmuştur. Günümüzde birçok özgür ve açık kaynak lisans türü kullanılmakta ve sadece OSI tarafından listelenen 80’i aşkın lisans metni bulunmaktadır¹⁰⁰⁸. Tamamına burada yer vermek çalışmamızın kapsamını aşacağı için sadece farklı türlerdeki önemli örnekler değerlendirilecektir. Aşağıda en çok bilinen birkaç lisans türü, tek tek koşullarının incelenmesine girilmeden temel yaklaşımları bakımından ele alınacak,

¹⁰⁰⁵ GNU kendi web sitesinde “copyleft” kavramı aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

“Özel mülk yazılım geliştiriciler telif hakkını kullanıcıların özgürlüğünü ortadan kaldırmak için kullanıyorlar, biz telif hakkını özgürlüklerini güvence altına almak için kullanıyoruz. İşte bu yüzden, “copyright” yerine “copyleft” şeklinde ismi tersine çeviriyoruz.” (GNU, “Copyleft Nedir?”, [gnu.org, https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft](https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft), 14.06.2020).

¹⁰⁰⁶ Bainbridge, *IT Law*, s.68; Montague, s.1.

¹⁰⁰⁷ Montague, s.4.

¹⁰⁰⁸ OSI, “Licenses by Name”, <https://opensource.org/licenses/alphabetical>, (12.05.2019); Montague, s.1.

farklı versiyonları ve türleri arasındaki değişikliklere kısmen yer verilecektir. Aşağıda detaylarına yer verilen lisanslar haricinde, popüler olan başlıca diğer lisanslar¹⁰⁰⁹, Perl Foundation tarafından hazırlanan Artistic License¹⁰¹⁰, Massachusetts Institute of Technology tarafından hazırlanan MIT lisansı¹⁰¹¹, Eclipse Foundation tarafından hazırlanan Eclipse lisansı¹⁰¹² ve Sun Microsystems tarafından hazırlanan CDDL¹⁰¹³, dir¹⁰¹⁴.

5.6.1. GNU Lisansları

GNU lisansları, fikri ve sınai mülkiyet haklarını kullanması açısından en radikal özgür yazılım lisans türlerinden birini teşkil etmektedir. Ayrıca oluşturduğu etki ve GNU'nun birçok farklı programı yayınlaması sebebiyle en popüler lisans türlerinden de biridir. Önemli kısıtlamaları ve lisans koşullarının sonraki dağıtımlarda ve işlenmiş versiyonlarda da uygulanması zorunluluğu sebebiyle '*copyleft*' olarak adlandırılan lisans türündedir¹⁰¹⁵.

GNU işletim sisteminin üzerinde çalışılan 1984 yılında, özgür yazılımlara ilişkin bazı lisans metinleri bulunmaktaydı; bu metinler, kullanıcılara programı işleme ve yeniden dağıtma hakkı tanımaktaydı ancak kodların kapalı kaynak modeline geçirilmesi ve kapalı kaynak kodlu programların kodlarına dâhil edilmesine de izin vermemekteydi. Bu metinlerin kullanılması halinde GNU, yazılımları ve bilgiyi özgür kılma amacına ulaşamayacağını, araçların özgür yazılımları kapalı kaynak modeline tabi kılarak dağıtmaya başlayacağını düşünmüştür¹⁰¹⁶. Bu nedenle GNU'nun amacını

¹⁰⁰⁹ OSI, "Open Source Licenses by Category", [Opensource.org](https://opensource.org/licenses/category), <https://opensource.org/licenses/category>, (15.05.2019).

¹⁰¹⁰ Perl Foundation, "Artistic License 2.0", [Perlfoundation.org](https://www.perlfoundation.org/artistic-license-20.html), <https://www.perlfoundation.org/artistic-license-20.html>, (15.05.2019).

¹⁰¹¹ OSI, "The MIT License", [Opensource.org](https://opensource.org/licenses/MIT), <https://opensource.org/licenses/MIT>, (15.05.2019).

¹⁰¹² Eclipse Foundation, "Eclipse Public License v.2.0", [Eclipse.org](https://www.eclipse.org/org/documents/epl-2.0/EPL-2.0.html), <https://www.eclipse.org/org/documents/epl-2.0/EPL-2.0.html>, (15.05.2019).

¹⁰¹³ Common Development and Distribution License.

¹⁰¹⁴ SPDX, "Common Development and Distribution License", [spdx.org](https://spdx.org/licenses/CDDL-1.0.html), <https://spdx.org/licenses/CDDL-1.0.html>, (15.05.2019).

¹⁰¹⁵ GNU kendi web sitesinde "*copyleft*" kavramı aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

"Özel mülk yazılım geliştiriciler telif hakkını kullanıcıların özgürlüğünü ortadan kaldırmak için kullanıyorlar, biz telif hakkını özgürlüklerini güvence altına almak için kullanıyoruz. İşte bu yüzden, "*copyright*" yerine "*copyleft*" şeklinde ismi tersine çeviriyoruz." (GNU, "Copyleft Nedir?", [gnu.org](https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft), <https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft>, 14.06.2020).

¹⁰¹⁶ GNU kendi web sitesinde özgür yazılımların kapalı kaynak modeline dönüştürülmesi

güvence altına alan bir metin oluşturulması ihtiyacı duyulmuştur. *Richard Stallman*, yeni bir metin kaleme alarak programların işlenmesi ve dağıtılmasına ilişkin kullanıcılara yetki tanımış ancak bu hakkı, yeniden dağıtılan veya işlenen versiyonların kapalı kaynak modeli altına alınmadan aynı lisans koşulları ile dağıtılmasını zorunlu kılmıştır. İlk başta sadece programın kendisi ve kaynak kodları üzerinde yetki verilmesine ilişkin hazırlanmış, daha sonra ise bilgisayar programının kullanılması, işlenmesi, bakım ve hatalarının düzeltilmesi için büyük önem taşıyan bilgisayar programı dokümantasyonları üzerindeki hak ve yetkileri de içerecek şekilde kullanılmaya başlanmıştır.

Bu metin türüne, İngilizce ‘*copyleft*’ adı verilmiş ve faydacı-idealist¹⁰¹⁷ bir yaklaşım sergilenmiştir¹⁰¹⁸. *Copyleft* yöntemi ile telif haklarının (*copyright*) verdiği gücün tam tersi bir amaç ile kullanılması sağlanmıştır¹⁰¹⁹. Tarihsel gelişim sürecinde, bilgisayar programlarının kaynak kodlarının telif hakkı ile gizli tutulmasına karşı çıkmış ancak yasa koyucuların kapalı kaynak modeli savunucularından yana yasal düzenleme yapması ve kaynak kodlarının gizlenmesini eser sahiplerinin takdirine bırakması üzerine alternatif yöntemler aranmaya başlanmıştır. Telif hakları ile hak sahibine bilgisayar programının kaynak kodları üzerinde bir çeşit tekel hakkı tanımakta ve eser sahibinin izni olmadan başkalarının kodlara erişmesi, kullanması, değiştirmesi mümkün olmamaktadır. Özgür yazılım savunucuları, telif haklarına ilişkin düzenlemelerin kendi görüşlerini desteklememesi üzerine telif haklarını tam tersi etki doğuracak şekilde kullanma yoluna gitmiştir. *Copyleft* ile kaynak kodları üzerindeki telif haklarından vazgeçilmemekte; tam tersine kapalı kaynak modelinde olduğu gibi, kaynak kodları üzerindeki telif hakları ile kanuni hak sahipliği öne

“*Copyleft bir programı özgür yazılım yapmaya ve o programın bütün değiştirilmiş ve genişletilmiş sürümlerinin de özgür yazılım olmasını gerektirmeye ilişkin genel bir yöntemdir. Bir programı özgür yapmanın en kolay yolu, o programı kamu malı yapmak, telifsiz kılmaktır. Bu, aynı fikirde olan insanların, programı ve iyileştirmeleri paylaşmasını sağlar.*” (GNU, “*Copyleft Nedir?*”, [gnu.org, https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft](https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft), 14.06.2020).

¹⁰¹⁷ *Pragmatic idealism*.

¹⁰¹⁸ Richard Stallman, “*Copyleft: Pragmatic Idealism*”, [gnu.org, https://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.en.html](https://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.en.html), (14.06.2020).

¹⁰¹⁹ GNU web sitesinde *copyleft* yöntemine ilişkin aşağıdaki şekilde açıklama getirilmektedir:

“*Bir programı copyleft yapmak için, ilk olarak telif hakkına sahip olduğunu belirtiyoruz ve daha sonra, herkese programın kodunu veya ondan türetilen herhangi bir programı, dağıtım şartları değiştirilmediği sürece kullanma, değiştirme ve yeniden dağıtım yasal belgesi olan dağıtım şartlarını ekliyoruz. Böylece, kod ve özgürlükler yasal olarak birbirinden ayrılmaz hale geliyorlar.*” (GNU, “*Copyleft Nedir?*”, [gnu.org, https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft](https://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft), 14.06.2020).

sürülmektedir. Bununla birlikte; öne sürülen bu hak, üçüncü kişilerin kaynak kodlarına erişmesini ve kullanmasını engellemek yerine onlara özgürlük tanımakta ve bu özgürlüğü de, aynı özgürlüğün kullanıcılar tarafından da başkalarına sağlanması koşuluna bağlamaktadır ¹⁰²⁰.

Stallman, 1985’den itibaren her bir program için ayrı ayrı hazırlanan ve *copyleft* nitelikli metinlerle programları dağıtmakta idi, GNU çalışmaları yeterli olgunluğu ulaşınca farklı metinler yeknesaklaştırılarak 1 Şubat 1989 tarihinde, GNU General Public License (GPL) adı altında yayınlanmıştır. Yeknesak bir metin oluşturulması ile amaçlanan, başka yazılımcıların kendi programlarını *copyleft* modeli ile lisanslarken koşulları baştan belirlemeye çalışmak yerine, GNU GPL’e atıf yaparak bu metni kullanmasını sağlamaktır¹⁰²¹. Böylelikle; GNU organizasyonu dışında ve GNU’dan bağımsız, tekil veya grup çalışmaları ile oluşturulan bilgisayar programlarının hak sahipleri de, GNU GPL lisans metnini kullanabilir hale gelmiştir. Bilgisayar programı hak sahipleri, programlarını özgür yazılım modelinde dağıtılmasını arzu etmeleri halinde; kendi lisans koşullarını oluşturmak yerine, GNU GPL metnini birebir alarak kullanabilir veya programlarının GNU GPL lisans koşullarına tabi olduğunu belirterek atıf yapabilirler. Sonuç olarak; farklı kişi, oluşum ve projelerin aynı lisans metni etrafında birleşmeleri ile özgür yazılım topluluğu oluşmuş ve kendine özgü bir ekosistem meydana gelmiştir.

Copyleft öncesinde özgür yazılım modelinde dağıtılan programlar, üçüncü kişiler tarafından kullanılmakta; son kullanıcı sözleşmelerinde kısıtlamalar getirilerek veya kaynak kodlarının gizli tutularak paylaşılmaması ile kapalı kaynak modeline tabi tutulmaktaydı. Özgür yazılım topluluğu için önde gelen temel prensiplerden biri, topluluk üyelerinin topluluğun sağladığı faydalardan yararlanırken aynı zamanda topluluğa fayda sağlamasıdır. Bu prensip, herhangi bir üyenin özgür modeldeki bilgisayar programı kaynak kodlarını kopyalamak, kendi programına entegre etmek ve

¹⁰²⁰ Stallman, s.165; Bruce Perens, “Open Source Definition”, **Open Sources: Voices from the Open Source Revolution**, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 79-86, s.83; Jim Hamerly, Tom Paquin, Susan Walton, “Freeing the Source: The Story of Mozilla”, **Open Sources: Voices from the Open Source Revolution**, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 91-95, s.92.

¹⁰²¹ Stallman, s.166; Perens, s.83; Brian Behlendorf, “Open Source as a Business Strategy”, **Open Sources: Voices from the Open Source Revolution**, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 70-78, s.77.

işlemek konusunda serbestiye sahip olması ile birlikte, aynı zamanda, kaynak kodlarını işleyerek oluşturduğu yeni versiyonların kaynak kodlarını özgür kılması şeklinde tezahür etmektedir. Bu prensibin bozulduğu nokta ise, özgür yazılım topluluğunun sunduğu kaynak kodları serbestçe kullananların oluşturdukları yeni versiyonları kapalı kaynak modeline tabi tutmaları ve topluluğa katkı sağlama zincirinin bozulmasıdır. Bu durumda özgür yazılım topluluğunun sunduğu katkılardan faydalanılmakta ancak topluluğa katkı sağlamak reddedilmektedir. GNU GPL metni ise bu olumsuz etkinin önüne geçmek amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda oluşturulan GNU GPL metni ile lisanslama yapılması halinde, özgür yazılım modelinde dağıtılan programların kapalı kaynak modeline dönüştürülmesi önlenebilmektedir¹⁰²².

GNU'nun ilk ortaya çıkardığı GPL, temelde bir çeşit bulaşıcı özgürlük yöntemi oluşturmakta, bu nedenle de kapalı kaynak modelinde yazılım üreten şirketler, yukarıda da yer verdiğimiz üzere, bu modeli bir çeşit virüs ya da 'kansere' olarak nitelendirmektedir. *Copyleft* savunucuları, özünde bilgisayar programı üzerinde tek hak tanıyan telif haklarının hukuk düzeninde yer almaması gerektiğini ve kaldırılmasını savunmakta ancak hukuk düzeninin bilgisayar programlarının eser sahibine telif hakkı sağlaması sebebiyle, telif hakkını özgür yazılımları tehdit eden bir silah olarak görmektedir. *Copyleft* ile bu silah, ters çevrilerek özgürlüğün devamının garanti altına alınması yönünde kullanılmaktadır.

GNU GPL lisansında, bilgisayar programlarının bedava olarak dağıtılması veya bilgisayar programları üzerinden herhangi bir şekilde gelir elde edilmesi yasaklanmamaktadır. GNU GPL lisans koşulları altında dağıtılan programların kopyaları karşılığında bir bedel talep etmek veya etmemek tamamen program kopyasını dağıtan kişilerin takdirine bırakılmıştır. Bu doğrultuda, program kopyası bedava veya belirli bir ücret karşılığında dağıtılabilmektedir. Talep edilecek ücretin miktarının belirlenmesi konusunda da serbestlik tanınmıştır¹⁰²³. Özgür yazılım altında dağıtılan bilgisayar programlarının kopyaları karşılığında yüksek ücret talep edilmesi

¹⁰²² Stallman, s.166; Perens, s.83; Hamerly et al, s.92. İbrahim Eser, **Kamuda Özgür Yazılım Kullanımı: Dünyada Ve Türkiye' Deki Örnekleri Üzerinden Bir Değerlendirme**, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Danışman: Muammer Kaya, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2011, s.22; Montague, s.4.

¹⁰²³ GNU, "High or Low Fees, and the GNU GPL", [gnu.org](https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html), <https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html>, (14.06.2020).

halinde, bu durumun bazı kullanıcıların programlara ulaşamaması ve özgür yazılımların daha az tercih edilmesine sebep olabileceği akla gelmektedir. GNU, bu sorulara yönelik olarak; kopyalar karşılığında ücret talep etmenin kapalı kaynak modeli ile aynı sonuçları doğurmayacağını ifade etmektedir¹⁰²⁴. Kodların açık tutulmasının zorunlu olması ve kodların kopyalanarak kullanılabilmesi lisans metinleri ile garanti altına alındığı için programlara erişmenin farklı yöntemleri olduğu belirtilmiştir¹⁰²⁵. GNU, farklı yöntemleri, topluluk üyelerinin bir başka üyenin sahip olduğu kopyayı çoğaltabilmesi ve birden çok kişinin ücreti paylaşıp kopya oluşturabilmesi olarak göstermektedir¹⁰²⁶.

GNU GPL lisans metinlerinde, bilgisayar programının kopyalarının dağıtılması karşılığında ücret talep etmek haricinde başka alternatiflerle de gelir elde edilmesi mümkündür. GNU GPL lisans koşulları altında dağıtılan bilgisayar programlarına ilişkin bakım-destek hizmeti verilmesi karşılığında ücret talep edilebilmesi mümkündür¹⁰²⁷. Bilgisayar programlarının özgür olarak kullanılabilmesine rağmen kullanıcılar, programa ilişkin bakım-destek konusunda profesyonel desteğe ihtiyaç duyabilmektedir. Bu noktada; profesyonel olarak bakım-destek hizmeti vermek isteyen kişiler veya şirketler, kullanıcılardan bedel talep edebilecektir. Bir diğer gelir elde etme yöntemi ise, özgür modelde dağıtılan bilgisayar programlarına yönelik belirli süreler boyunca garanti taahhüdü karşılığında bedel talep edilebilmesidir¹⁰²⁸. Garanti taahhüdü ve bakım-destek hizmeti bağımsız olarak sunulabileceği gibi, bilgisayar programı kopyalarının dağıtımı ile bir arada sağlanabilecektir.

¹⁰²⁴ GNU, “Will a Higher Distribution Price Discourage Use of Free Software?”, [gnu.org, https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html](https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html), (14.06.2020).

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ GNU, anılan yöntemleri, web sitesinde aşağıdaki şekilde ifade etmektedir:

“With free software, users don't have to pay the distribution fee in order to use the software. They can copy the program from a friend who has a copy, or with the help of a friend who has network access. Or several users can join together, split the price of one CD-ROM, then each in turn can install the software. A high CD-ROM price is not a major obstacle when the software is free.” (GNU, “Will a Higher Distribution Price Hurt Some Users?”, [gnu.org, https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html](https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html), 14.06.2020).

¹⁰²⁷ GNU GPL v3'ün 4. Maddesi altında, bilgisayar programı kopyaları karşılığında, bakım-destek hizmeti sunma ve garanti taahhüdünde bulunma karşılığında bedel talep edilebileceği düzenlenmiştir (GNU, “GNU General Public License Version 3”, 29.06.2007, <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>, 14.06.2020).

¹⁰²⁸ *Ibid.*

Detayları yukarıda, bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasına ilişkin bölümde ele alınan *Diamond v Diehr* kararı ile birlikte, A.B.D.’de bilgisayar programlarına patent verilmesinin önü açılmıştır. Bu gelişme, özgür yazılımların patent başvurusuna konu edilerek bir başka açıdan da tekel altına alınması riskini doğurmuştur. Bu nedenle GNU, özgür yazılım modelinde dağıtılan programa ilişkin patent alınsa dahi, patentin programı aynı lisans koşulları ile yeniden dağıtılmasını kısıtlamasını önlemek için GPL’i revize etmiş ve ikinci versiyonu oluşturulmuştur. 1990’lı yıllardan başlamak üzere farklı hukuk düzenlerinde, farklı şirketlerin GNU GPL v2 koşulları ihlal etmeden, özgür yazılımların kullanılmasını ve dağıtılmasını engellemeye ilişkin farklı yöntemleri bulması ile yeni bir güncelleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹⁰²⁹. Bu doğrultuda 2007 yılında, GNU GPL versiyon 3 yayınlanmış; dağıtımçıların donanımlar vasıtasıyla özgür yazılımların işlenmiş versiyonlarını çalıştırmalarını engellemesi yasaklanmış, GNU GPL v3’ün diğer özgür yazılım lisans koşulları ile birlikte uygulanabilmesi imkânı tanınmış ve çapraz patent lisanslarına ilişkin koşullar belirtilmiştir¹⁰³⁰.

GNU’nun GPL haricinde farklı amaçlarla oluşturduğu lisans metinleri bulunmaktadır. Bu türlerden bir tanesi de, kod kütüphanelerinin kullanılmasına ilişkindir¹⁰³¹. Kod kütüphaneleri, bilgisayar programları içerisinde kullanılmaya hazır önceden yazılmış kodları ve verileri içermektedir. Bilgisayar programı geliştirenler, geliştirdikleri programlar içerisinde belirli özelliklerin kullanılması için kodları baştan yazmak yerine, kütüphanelerde hazır bulunan kod paketleri ve dosyaları kullanabilmektedir¹⁰³². Kod kütüphaneleri ayrıca yazılan kodların farklı platformlarla uyumlu çalışabilmesine imkân tanımaktadır¹⁰³³. Bilgisayar programlarında sıklıkla kullanılan kod kütüphaneleri, yazılımcılara yeni programları kodlarken önemli derecede kolaylık sağlamaktadır. Bilgisayar programlarının bir dizi komut olduğunu yukarıda ele almıştık, programda kütüphanelerin kullanılması ise, en basit anlatımla, daha önce hazırlanmış ve kütüphaneye yerleştirilmiş komutlara atıf yapılarak aynı

¹⁰²⁹ Stallman, s.166-167; GNU, “GNU General Public License Version 2”, Haziran 1991, <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>, (11.05.2019); Meeker, **Licensing**, s.95 vd.

¹⁰³⁰ Stallman, s.169, 185; GNU, “GNU General Public License Version 3”, 29.06.2007, <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>, (11.05.2019); Meeker, **Licensing**, s.127-128.

¹⁰³¹ Andrew M. St. Laurent, **Understanding Open Source and Free Software Licensing**, Sebastapol (Kaliforniya), O’Reilly Media, 2004, s.49.

¹⁰³² Meeker, **Open Source**, s. 166 vd.

¹⁰³³ Oswald Campesato, Kevin Nilson, **Web 2.0 Fundamentals with Ajax, Development Tools and Mobile Platforms**, Massachusetts (A.B.D.), Jones and Bartlett Publishers, 2011, s.686.

komutların baştan yazılması gereğinin ortadan kaldırmakta, zaman ve emek tasarrufu sağlanmaktadır. Bilgisayar programının kaynak kodlarında bulunan komutlar, kütüphane ile bağlantı eklenen noktaya kadar normal seyrinde yerine getirilir, belirlenen noktadan sonra ise, kütüphanede daha önce hazırlanmış komutlar yerine getirilmeye başlanır ve burada bulunan komutların sona ermesi ile asıl programın kodlarında kalınan yerden komutlar yerine getirilmeye devam eder. Böylelikle; bir programın kodunu yazan yazılımcılara kolaylık getirmekte, daha önce yazılmış kodlara atıf yaparak aynı komutların yerine getirilmesi sağlanabilmekte, daha önce sınanmış ve hatalardan arınmış kodlar kullanılabilir. Yazılımcılar arasında sıklıkla kullanılan deyişle; kütüphanelerin kullanılması ile tekerleğin yeniden icat edilmesine gerek olmamaktadır¹⁰³⁴.

Kütüphaneler, bilgisayar programlarının kodlanması esnasında kolaylık sağlarken, özgür modelde hazırlanmış kütüphanelere atıf yapılması kapalı kaynak kodlu program hazırlayanlar için sorun teşkil etmekteydi. Kapalı kaynak modelinde geliştirilen programların özgür modelde hazırlanmış kütüphanelere atıf yapması halinde, *copyleft* gereği kütüphane haricindeki kodların da açık tutulması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sebep, kapalı kaynak kodlu program hazırlayanları, özgür modelde hazırlanmış kütüphaneleri tercih etmemeye sevk etmiştir. GNU, bu olumsuz sonucu ortadan kaldırabilmek için *copyleft* ilkesinden kısmen feragat etmiş ve kütüphane kullanımına ilişkin, önce “*Library General Public License*” olarak adlandırılan, sonra ise “*Lesser General Public License*” olarak adı değiştirilen LGPL’i yayınlamıştır¹⁰³⁵. LGPL koşulları altında dağıtılan kütüphanelere bağlantı kurulması halinde, kütüphane dışında yazılan kodların *copyleft* ilkesine tabi olarak açık tutulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Sadece kütüphaneye ilişkin *copyleft* uygulanmakta ve kütüphane kodları üzerinde GNU lisans koşullarının korunması gerekmektedir. Böylelikle; kapalı kaynak kodlu programların özgür modelde hazırlanmış ve dağıtılan kütüphaneler ile bağlantı kurması, tüm kodların açık tutulmasına ve aynı lisans koşullarıyla dağıtılmasına sebep olmamaktadır. Bu esneklik de, kapalı kaynak kodlu program hazırlayan kişi ve şirketlerin özgür modelde hazırlanmış kütüphaneleri tercih

¹⁰³⁴ Stallman, s.167; Perens, s.83; Meeker, **Licensing**, s.121.

¹⁰³⁵ GNU, “Lesser General Public License Version 3”, 29.06.2007, <https://www.gnu.org/licenses/lgpl-3.0.html>, (11.05.2019); GNU, “GNU Library General Public License Version 2”, Haziran 1991, <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/lgpl-2.0.html>, (11.05.2019);

etmeye sevk etmektedir¹⁰³⁶. Bununla birlikte; kapalı kaynak kodlu program geliştirilirken ilgili GNU kütüphanesine yapılacak bağlantının dinamik değil de statik (kalıcı) olması durumunda ortaya GNU LGPL kapsamında bir işleme eser çıkacağı ve hatta dinamik bağlantı sağlandığı durumlarda da, kütüphaneden alınan bilgilerin başlık dosyaları olmasının aynı sonucu ortaya çıkartacağı kabul edilmektedir¹⁰³⁷.

Programların kullanılması için önem taşıyan unsurlardan biri ise, kullanım kılavuzları yani programın dokümantasyonudur. Özgür yazılım modelinde bilginin özgür olması için, programın kendisinin özgür kılınması gibi, dokümantasyonun da özgür kılınması gerekmektedir. Özgür yazılımların hızla gelişmesine ve yaygınlaşmasına rağmen özgür modelde dokümantasyonların içeriği ve niteliği aynı gelişimi gösterememiştir. GNU, dokümantasyonların da gelişmesini sağlayabilmek için *copyleft* uygulanmasının gerekli olduğunu düşünmüştür. Bununla birlikte, GPL veya LGPL koşulları, içerik ve nitelik olarak dokümantasyonlar ile uyumsuzdur. Buradan hareketle; GNU, dokümantasyon üzerinde *copyleft* uygulanabilmesi için Free Document License (FDL) koşullarını hazırlamış, ilk versiyonu 2000 yılında, ikinci versiyonu 2002 yılında, son versiyonu ise 2008 yılında yayınlamıştır¹⁰³⁸.

5.6.2. BSD Lisansı

Stallman ve FSF'nin GNU GPL'i kaleme alıp yaymaya çalıştığı esnada, Berkeley Kaliforniya Üniversitesi'nden programcılar, *Unix* işletim sistemini geliştirmek üzere çalışma yürütmekteydi. Yaptıkları çalışma, kaynak koduna özgür ve açık erişim sağlanması, işleme eser yaratma, hataların düzeltilmesi, programın geliştirilmesi ve değiştirilmesine ilişkin serbesti tanınması yönleriyle GNU'nun çabaları ile benzerlik göstermiştir. Projelerinin popüler hale gelmesi, çalışma ekibini

¹⁰³⁶ Stallman, s.167-168; GNU, "Lesser General Public License Version 3", 29.06.2007, <https://www.gnu.org/licenses/lgpl-3.0.html>, (11.05.2019); GNU, "GNU Library General Public License Version 2", Haziran 1991, <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/lgpl-2.0.html>, (11.05.2019); Perens, s.84; Eser, s.23; Montague, s.4.

¹⁰³⁷ Montague, s.4; A. Clifford Allen, Allen Stern, "Open Source Licensing", **Understanding the Intellectual Property License 2010**, New York, Practising Law Institute, 2010, s.432.

¹⁰³⁸ Stallman, s.61, 168; GNU, "GNU Free Document License Version 1.1", Mart 2000, <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/fdl-1.1.html> (11.05.2019); GNU, "GNU Free Document License Version 1.2", Kasım 2002, <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/fdl-1.2.html>, (11.05.2019); GNU, "GNU Free Document License Version 1.3", 03.11.2002, <https://www.gnu.org/licenses/fdl.html>, (11.05.2019).

Berkeley Software Distribution (BSD) adı altında bir lisans yaratmaya sevk etmiştir. BSD projesinin teknik çalışmalarında, Berkeley Üniversitesi profesörlerinden Domenico Ferrari'nin öğrencisi bir Türk bilgisayar uzmanı akademisyen olan Özalp Babaoğlu da görev almıştır¹⁰³⁹.

BSD'nin lisans koşulları, kaynak kodlarına erişmek ve değişiklik yapmak konusunda sağladığı serbestiler ile GNU GPL ile örtüşmekte ancak buna rağmen önemli farkları da barındırmaktadır. BSD lisans koşulları, GNU GPL'den farklı olarak, kodun değiştirilmiş, işlenmiş versiyonlarını aynı lisans koşulları ile dağıtma zorunluluğunu içermemektedir. Bir başka deyişle; GNU GPL lisans koşulları ile dağıtılan bir programın kodlarının başka bir programda kullanılması halinde, artık yeni geliştirilen program da, kendiliğinden GNU GPL lisans koşullarına tabi olmaktadır. Aynı durum, BSD lisansı için geçerli olmayacaktır. Böylelikle, GNU GPL'de görülen “copyleft” özelliği BSD koşullarında bulunmamakta, izin verici lisans olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. GNU'da olduğu gibi ciddi kısıtlamaların bulunmaması, işlenmiş versiyonların özgür veya açık kaynak modelinde dağıtılmasının zorunlu olmaması sebebiyle BSD lisans koşulları izin verici türün özelliklerini göstermektedir. BSD lisans koşulları, X olarak adlandırılan lisans koşullarından türetilmiş ve X lisans koşulları, A.B.D. hükümeti tarafından fonlandığı için bu lisans veya türevleri altında dağıtılan programlara ilişkin, neredeyse her türlü serbesti tanınmaktadır¹⁰⁴¹.

BSD lisans koşulları, Berkeley Üniversitesi'nde UNIX'in bir versiyonunu dağıtmak üzere oluşturulmuştur. Bununla birlikte, BSD lisans koşulları, sadece UNIX versiyonlarının dağıtımı ile sınırlı değildir, diğer özgür ve açık kaynak lisans metinleri gibi, başkaca programcılar tarafından veya başka projelerde geliştirilen programlar için de kullanılabilir. BSD lisans koşulları geniş bir kullanıma sahip olsa da, yoğun olarak eleştiri de almıştır. BSD koşulları kapsamında dağıtılan program, ticari şirketler tarafından kaynak kodları ile birlikte kullanılabilir, işlenebilir ve

¹⁰³⁹ Marshall Kirk McKusick, “Twenty Years of Berkeley Unix: From AT&T-Owned to Freely Redistributable”, **Open Sources: Voices from the Open Source Revolution**, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 21-27, s.22.

¹⁰⁴⁰ Unni, s.280; Montague, s.4; Aydın, s. 2; Eser, s.23-24.

¹⁰⁴¹ Bruce Perens, “Open Source Definition”, **Open Sources: Voices from the Open Source Revolution**, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 79-86, s.84.

hatta satılabilmektedir, buna rağmen şirketlerin açık kaynak topluluğuna herhangi bir katkı sağlaması yönünde bir koşul bulunmamaktadır¹⁰⁴².

Üç maddelik lisans olarak da adlandırılan BSD koşullarında, bu lisans altında dağıtılan herhangi bir programın yeniden dağıtımı halinde telif hakkı sahibinin adı ve yılına yer verilmesi, telif hakkı sahibinin izni olmadan işlenmiş versiyonlarda telif hakkı sahibinin adına yer verilmemesi, makine kodu halindeki dağıtımlarda da belirtilen koşullara uyulması ve BSD koşullarına yer verilmesi zorunlu kılınmaktadır. Bu üç maddelik koşulların yanında BSD lisansı ile garanti verilmediği, her türlü kullanım ve amaca uygun olmayabileceği, programın kullanılması sebebiyle ortaya çıkabilecek doğrudan veya dolaylı zararlara ilişkin telif hakkı sahibinin veya katkı sağlayanların sorumlu olmayacağına ilişkin sorumluluğun reddi klozu bulunmaktadır¹⁰⁴³.

BSD lisansının günümüzdeki haline gelmesinde önemli bir eşik, UNIX savaşları olarak anılan ve *Unix System Laboratories* (USL) adlı şirket ile yaşanan hukuk mücadelesidir. Berkeley Üniversitesi bünyesindeki araştırma grubu, USL'in telif haklarına sahip olduğu UNIX işletim sisteminin benzeri bir işletim sistemi oluşturabilmek için araştırma-geliştirme çalışmaları başlatmıştır. İlk önce, UNIX kodlarını kullanarak bir versiyon oluşturulmuş, daha sonra USL'e ait olan kodların yerine özgün yeni kodlar yazarak ikinci bir versiyon meydana getirilmiştir. İkinci geliştirilen versiyonun *Networking Release II* adı altında ve BSD lisansının eski versiyonları ile ticari olarak dağıtılması ve teknik destek hizmeti sağlanması için, *Berkeley Software Design Inc* (BSDI) adlı bir şirket kurulmuştur. BSDI şirketi, programın kodlarında bulunmayan altı yeni dosya yazmış ve 1992 yılında tamamını bir sistem paketi olarak, hem kaynak kodu hem de makine kodu halinde 995-USD'ye satmaya başlamıştır. Yapılan reklamlarda, müşterilere detaylı bilgi ve destek almak için 1-800-ITS-Unix numaralı telefonu arayabilecekleri belirtilmiştir¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Vetter, s.612, dn.144; R. van Wendel de Joode, J.A. de Bruijn, M.J.G. van Eeten, **Protecting the Virtual Commons**, Lahey, TMC Asser Press, 2003, s.55 vd; Mckusick, s.23 vd.

¹⁰⁴³ OSI, "The 3-Clause BSD License", <https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>, (12.05.2019); Andrew M. St. Laurent, **Understanding Open Source and Free Software Licensing**, Sebastapol (Kaliforniya), O'Reilly Media, 2004, s.15.

¹⁰⁴⁴ .B.D. New Jersey Bölge Mahkemesi Kararı, *Unix System Laboratories, Inc. v. Berkley Software Design, Inc.*, 832 F. Supp. 790 (1993), Civ. No. 92-1667, 08.09.1993, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/832/790/1428569/>, (14.06.2020).

BSDI tarafından yapılan reklamların yayınlanmasından kısa bir süre sonra, UNIX işletim sisteminin telif haklarına sahip olan *Unix System Laboratories* (USL) tarafından BSDI şirketine ihtarname gönderilmiştir. Her ne kadar BSDI kodları yeniden yazdığını iddia etse de, USL kodların özgün olmadığını ve kendi telif haklarını ihlal ettiğini öne sürmüştür. İhtarnamede ayrıca, BSDI şirketinin satış ve pazarlamasını yaptığı ürünün UNIX olarak adlandırılmasının ve yanıltıcı müşteri destek hattı telefon numarasının kullanılmasının derhal durdurulması istenmiştir. Her ne kadar, BSDI şirketi tarafından telefon hattının değiştirilmiş ve ürünlerin UNIX olmadığını belirten satış ve pazarlama faaliyetlerine geçilmiş olsa da, USL, durumdan memnun olmamış¹⁰⁴⁵ ve BSDI şirketi aleyhine telif hakkı ve ticari sırların ihlaline ilişkin dava açmıştır¹⁰⁴⁶

Mahkeme, BSDI şirketinin Berkeley Üniversitesi tarafından BSD lisans koşulları ile dağıtılan sistem programına ilişkin hukuki sorumluluğunun bulunmadığına, davanın sadece BSDI şirketi tarafından eklenen altı dosya ile sınırlı olarak yöneltebileceğine ve bu sebeplerle dava dilekçesinin yeniden düzenlenmesine ilişkin bir ara karar vermiştir¹⁰⁴⁷. Mahkemenin ara kararına istinaden USL, hem BSDI şirketine hem de Berkeley Üniversitesi'ne husumet yöneltmiştir. Berkeley Üniversitesi de, karşı hamle olarak, USL'in dağıttığı bazı programlarda telif hakkı sahibi olarak Berkeley Üniversitesi'nin adına yer verilmediği için USL'e karşı dava açmıştır. Uzun süren dilekçeler teatisi aşamasından sonra, USL'nin el değiştirmesi sebebiyle davalar, 1994 yılında uzlaşma ile sona erdirilmiştir¹⁰⁴⁸. Uzlaşmanın sonucunda; Berkeley Üniversitesinin BSD lisansı ile dağıttığı programın kodlarından 3 adet dosya tamamen çıkartılmış, birkaç dosyada ufak değişiklikler yapılmış ve 70 diğer dosyada da telif hakkı sahibi olarak USL gösterilmiş ancak buna rağmen kodların özgürce dağıtılmasına devam edilmiştir¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁵ Mckusick, s.26-27; Lévêque, Ménière, s.31.

¹⁰⁴⁶ Dava sürecine ilişkin tüm evraka ulaşmak için bkz. Bell Labs, "USL vs. BSDI Documents" <https://www.bell-labs.com/usr/dmr/www/bsdi/bsdisuit.html>, (14.06.2020).

¹⁰⁴⁷ A.B.D. New Jersey Bölge Mahkemesi Kararı, *Unix System Laboratories, Inc. v. Berkley Software Design, Inc.*, 832 F. Supp. 790 (1993), Civ. No. 92-1667, 08.09.1993, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/832/790/1428569/>, (14.06.2020).

¹⁰⁴⁸ USL ve BSDI arasındaki uzlaşma anlaşması için bkz. <http://www.groklaw.net/pdf/USLsettlement.pdf>, (14.06.2020).

¹⁰⁴⁹ Mckusick, s.26-27; Lévêque, Ménière, s.31.

İhtilaf sebebiyle oluşan tecrübe sonrasında, BSD lisans koşullarında, programların yeniden dağıtımlarında özellikle telif hakkı sahibinin adına yer verilmesi ve işlenen versiyonların hatalı olma olasılığı bulunmasından dolayı asıl versiyonun eser sahibi ile işlenmiş versiyonu özdeşleştirecek veya asıl versiyonun eser sahibinin gözetimi veya onayı olduğu izlenimi uyandıracak ifadelerin ancak asıl versiyonun eser sahibinin izni alınması ile kullanılabileceği düzenlemelerine yer verilmiştir¹⁰⁵⁰.

5.6.3. Mozilla Lisansı

1998 yılında Netscape şirketi, daha sonra döneminin en popüler haline gelecek *Netscape Navigator (Mozilla)* adlı web tarayıcısını piyasaya sürmüştür. Ticari bir şirketin özel mülkiyetindeki kaynak kodlarını kullanıcılarına sağlayacağını duyurması büyük bir sürpriz yaratmıştır. Tarayıcının özel mülkiyetten açık kaynak modeline dönüştürülmesi açısından ilk karşılaşılan sorun, kaynak kodlarda kullanılan üçüncü parti modülleri ile ne yapılacağı olmuştur. *Netscape* kaynak kodlarında kullanılan 75 farklı şirkete ait üçüncü parti modüllerini doğrudan çıkartmak yerine ilk başta bir ekip kurarak ilgili şirketlerden açık kaynak modeline katılmalarını talep etmiştir. Bazı şirketler ikna edilse de, bazı modüllerin çıkartılması gereği doğmuştur. Ayırıştırılacak her modül için ayrı bir ekip kurulmuş ve kendilerine verilen son tarihe kadar ayırtırmayı tamamlamaya çalışmışlardır. Bunlardan en zorlusu, tarayıcıda kullanılan *Java*'nın ayırıştırılması olmuştur¹⁰⁵¹.

Netscape'in bu projesi ile açık kaynak modeli tarihinde iki önemli gelişme ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki, 'açık kaynak' terimi ve terimin tanımının oluşturulması olmuştur. İkinci önemli gelişme ise, döneminde mevcut olan özgür ve açık kaynak lisans koşullarının çok katılımlı ve ticari projelerde önemli sorunlara neden olduğunun tespitidir. Netscape, web tarayıcısını GNU GPL koşulları altında yayınlamayı kabul etmemiş ancak GNU GPL benzeri bir lisans oluşturmayı, kodları yazan programcılara

¹⁰⁵⁰ BSD lisans metni md.3:

“3. Neither the name of the copyright holder nor the names of its contributors may be used to endorse or promote products derived from this software without specific prior written permission” (Bkz. OSI, “The 3-Clause BSD License”, <https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>, 12.05.2019)

¹⁰⁵¹ Yazılımcılar, vasetomi ameliyatına benzettikleri bu işleme, “Java-ectomy” adını takmışlardır. (Jim Hamerly, Tom Paquin, Susan Walton, “Freeing the Source: The Story of Mozilla”, **Open Sources: Voices from the Open Source Revolution**, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 91-95, s.92.)

Netscape'in belirlediği lisans koşullarını kabul ettirmeyi planlamış ve bu doğrultuda kendi lisans koşullarını kaleme almıştır. Netscape, açık kaynak modelinin öncülerinden olan Linux topluluğunun üyesi ve açık kaynak modeli için standart belirleme çalışmaları yürüten *Bruce Perens* ile işbirliği yapmıştır. Bu işbirliği sonucunda *Perens*, 'açık kaynak' teriminin tanımını ortaya koymuştur. Ayrıca bu esnada açık kaynak modelini koruma, geliştirme ve ticari projelerde daha yoğun olarak kullanılması amacıyla *Open Source Initiative* kurulmuş ve *Mozilla Public License* (MPL) ortaya çıkartılmıştır¹⁰⁵².

MPL, lisans alanların programı ücretli dağıtmasını veya daha büyük ve kapsamlı bir programın parçası olarak dağıtmasını engellemektedir. Açık kaynak modelinin en temel ilkesi olan kaynak kodunun açık olarak erişime sunulması, MPL kapsamında da sağlanmaktadır. Ayrıca programın işlenmesi ve değiştirilmesine izin verilmekte ve işleme versiyonların MPL ile aynı lisans koşulları altında dağıtılması zorunlu koşullardır. İşleme versiyonları üzerinde kısıtlama uygulanması ise ancak yama dosyalarının ilk dağıtım esnasında dağıtılmış olması halinde gerçekleştirilebilecektir. MPL kapsamında dağıtılan programların ticari alanda kullanılması engellenmemekte ve programların yeniden dağıtılması halinde, ek lisans koşullarına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ticari kullanım açısından bir başka kolaylık ise, MPL koşulları altında sunulan program ile birlikte dağıtılan diğer programlara ilişkin bir kısıtlamanın bulunmamasıdır. Netscape'in kaleme aldığı Mozilla Public License (MPL), GNU GPL ve BSD'nin yanında açık kaynak tanımına uygundur. Bununla birlikte; copyleft özelliği göstermemesi açısından GNU GPL'den farklılık göstermektedir. Dolayısıyla kodların daha kapsamlı bir program içinde kullanılması halinde, özgün olarak yazılan diğer kod dosyalarının MPL koşulları altında dağıtılması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır¹⁰⁵³.

MPL, GNU GPL gibi bütün olarak *copyleft* özelliğine sahip değildir ancak getirdiği bazı kısıtlamalar ile bazı durumlarda copyleft özellik gösterebilmekte ve bunun sonucunda, BSD gibi izin verici lisans kategorisine girmemektedir. MPL kapsamında kullanılan kodların işlenmesi veya oluşturulan yeni bir kod dosyasında

¹⁰⁵²Perens, s.84; Dennis M. Kennedy, "A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture", *St. Louis University Public Law Review*, C.20, 2001, 345-390, s. 346; Unni, s.280 vd.

¹⁰⁵³ Bkz. MPL md.3.3 (<https://www.mozilla.org/en-US/MPL/2.0/>, 14.06.2020).

MPL kapsamındaki kodların bulunması halinde¹⁰⁵⁴, ilgili kod dosyasının tamamı MPL lisans koşulları altında dağıtılmalı ve kaynak kodları açık tutulmalıdır¹⁰⁵⁵. Bu özellikler doğrultusunda MPL, kısıtlayıcı lisans türü altında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, ticari kullanım için açık kaynak modelinde geliştirilen programlara önemli bir model olmuştur. MPL ile birlikte açık kaynak lisanslama modeli ile geliştirilen ve dağıtılan program sayısında artış görülmüştür¹⁰⁵⁶.

MPL, işlenmiş versiyonların kapalı kaynak modeline tabi tutulmasını engellememektedir. Bu sebep ve Mozilla'nın popülerliği nedeniyle birçok şirket, MPL koşullarının varyasyonlarını kendi programlarının dağıtılmasında kullanmaya başlamıştır. MPL koşullarını kaleme alan *Bruce Perens*, bu durumu eleştirmektedir. *Perens*'a göre; MPL Mozilla ve Netscape için durumun özellikleri göz önüne alınarak yazılmış ve sadece Mozilla ve Netscape tarafından kullanılmalıdır. Başka programlar için uygun olmaması sebebiyle, bu programlar için GPL veya diğer özgür ve açık kaynak lisanslarının kullanılması gerekmektedir. Hatta *Perens*, MPL'nin yazılmasından önce Mozilla için de, GNU GPL lisans koşullarını kullanma konusunda ısrarcı olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁵⁷.

5.6.4. Apache Lisansı

Web sunucusu programı meydana getirmek için yürütülen Apache projesi, projenin başarılı olması ile birlikte kendi lisans koşullarını ortaya çıkartarak bir başka meyve daha vermiştir. Günümüzde son kullanıcı için web sayfalarını kullanılabilir kılan temel yazılım, *http (hyper text transfer protocol)*'dir. ABD'de bulunan NCSA¹⁰⁵⁸ merkezinin web sunucu programı kaynak kodları ile başlatılan Apache projesi, ilk önceleri düzensiz bir grup çalışması formunda iken, daha sonra *Apache Software Foundation* adlı kurumun kurulması ile düzenli bir şekilde devam ettirilmiştir. ASF,

¹⁰⁵⁴ MPL md.1.10'da "Modifications" başlığı altında dağıtılan kodlara ek yapılması, kodların bir kısmının silinmesi veya değiştirilmesi ile özgün olarak oluşturulan yeni bir kod dosyasında MPL koşulları altında dağıtılan kodlara yer verilmesi halleri işleme olarak tanımlanmıştır. Bkz. MPL md.1.10 (<https://www.mozilla.org/en-US/MPL/2.0/>, 14.06.2020).

¹⁰⁵⁵ MPL md.2.3'te lisans koşulları ile sağlanan yetkilere ilişkin kısıtlamalar düzenlenmiştir. Bu kapsamda, işleme olarak tanımlanan kod dosyalarının da MPL koşulları altında dağıtılması ve kaynak kodlarının açık tutulması sağlanan yetkilere ilişkin kısıtlama olarak sayılmıştır. Bkz. MPL md.2.3 (<https://www.mozilla.org/en-US/MPL/2.0/>, 14.06.2020).

¹⁰⁵⁶ Unni, s.280-281; Montague, s.4; Eser, s.24-25.

¹⁰⁵⁷ Perens, s.84.

¹⁰⁵⁸ National Center for Supercomputer Applications at the University of Illinois.

hem projelerin yürütülmesinde rol oynamakta hem de katkı sağlayan yazılımcıların kodlar üzerinde yaptıkları değişikliklere ilişkin geri bildirimleri değerlendirmekte, uygun görülen değişiklikleri ASF resmi versiyonu üzerine işlemektedir¹⁰⁵⁹. 2003 yılında yapılan bir ankete göre; Apache projesi o kadar başarılı oldu ki, Eylül 2003 itibarıyla aktif web sitelerinin %67,45'i üzerinde Apache programı kullanıldığı tespit edilmiştir¹⁰⁶⁰. 2003 yılındaki büyük başarı, 2019 yılına kadar kademeli olarak azalmış ve %30,3'e kadar gerilemiştir ancak bunun sebebi kapalı kaynak kodlu programların payının artmasından değil, başka bir açık kaynak web sunucusu programı olarak ortaya çıkan *nginx* adlı programdan kaynaklanmaktadır¹⁰⁶¹.

Apache lisans koşulları, GNU GPL ile karşılaştırıldığında, daha az kısıtlayıcı niteliktedir. Dağıtılan versiyonlarda ilgili bildirimlerin bulunması koşuluyla, programın ücretli veya ücretsiz olarak yeniden dağıtımı mümkün olup, ayrıca işleme versiyonların Apache lisans koşulları altında dağıtılması yönünde bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında Apache lisans koşulları, işleme olsun veya olmasın yeniden dağıtımlarda birkaç bildirim yükümlülüğü haricinde, ciddi bir kısıtlama içermemektedir. GNU GPL lisans koşulları ile Apache lisans koşulları arasındaki temel farklar, her iki lisansın geçmişlerini yansıtmaktadır. *Stallman*, GNU GPL koşullarını, kaynak kodları ile birlikte özgürce erişilebilen programlara hayat vermek ve bu programların kapalı kaynak kodlu hale getirilmesini önlemek için aynı koşullar ile dağıtılması amacıyla yazmıştır. Öte yandan Apache lisans koşulları ise, X lisans koşulları ve BSD'den türetilerek ortaya çıkmış olması sebebiyle '*copyleft*' özelliği göstermemekte, izin verici kategorisi altında değerlendirilmektedir¹⁰⁶².

6. Özgür ve Açık Kaynak Lisanslarına İlişkin Hukuki Değerlendirmemiz

Özgür ve açık kaynak kodu lisans metinleri, hukuki niteliklerinden çok bilgisayar dünyasında sosyal normlar oluşturmalarıyla ön plana çıkmıştır. Her ne kadar

¹⁰⁵⁹ Apache Software Foundation, "Apache is Open", **Apache Software Foundation Blog**, <https://blogs.apache.org/foundation/entry/apache-is-open>, (10.05.2019); Vetter, s.610.

¹⁰⁶⁰ Netcraft, "September 2003 Web Server Survey", 01.09.2003, https://news.netcraft.com/archives/2003/09/01/september_2003_web_server_survey.html, (10.05.2019); Eser, s.28.

¹⁰⁶¹ Netcraft, "April 2019 Web Server Survey", 22.04.2019, <https://news.netcraft.com/archives/2019/04/22/april-2019-web-server-survey.html>, (10.05.2019).

¹⁰⁶² Vetter, s.611-612; Stallman, s.59-60; Hunter, Walli, s.32; Eser, s.24; Montague, s.4.

Stallman, GNU GPL’i ortaya çıkartırken veya diğer önde gelen isimler kendi metinlerini oluştururken hukukçularla uzun çalışmalar yürütmüş olsalar da, metinlerin ana fikirleri ve koşulları, yazılımcılar tarafından, hukuk kuralları temel alınmadan oluşturulmuştur. Hatta Stallman ve onun gibi düşünen özgür yazılım taraftarları, fikri mülkiyet hukukunun varlığını hatalı bulmakta ve fikri mülkiyet hukukunu felsefi olarak reddetmektedir. Bu nedenle metinlerin geleneksel fikri mülkiyet hukuku ile ne kadar uyumlu olduğu, günümüze kadar tartışılmalıdır. Lisans metinlerinin tartışılan yanları ana hatlarıyla, (i) bağlayıcı olup olmadığı, (ii) eser sahibinin nasıl belirleneceği, (iii) taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olarak nitelenip nitelendirilemeyeceği, (iv) metinlerde yer alan koşullara aykırılığın sözleşmeye aykırılık veya telif haklarına tecavüz teşkil edip etmeyeceği, (v) genellikle ücretsiz olarak erişime sunulan özgür ve açık kaynak kodlu programların lisans koşullarına aykırı davranılması halinde tazminat talebinin mümkün olup olmadığı olmuştur. Bu hususlara ilişkin teorik değerlendirmeler yapılsa da, mahkemeler önünde kapsamlı olarak tartışılıp karara bağlanmadıkça soru işaretlerini dağıtıp net şekilde cevaplanmaları mümkün olmamıştır.

Özgür ve açık kaynak kodlu programların 90’ların sonu ve 2000’lerin başından itibaren popüler hale gelmeleri ve ticari alanda kullanılmaya başlanmaları ile ilk uyuşmazlıklar ortaya çıkmış ancak ilk uyuşmazlıklarda taraflar, risk almaktan kaçınmış ve uzlaşma yolunu tercih etmişlerdir. Bunun sonucunda, hukuki soru işaretleri giderilememiş, özgür ve açık kaynak lisans metinleri hukuki anlamda gri alanda kalmaya devam etmiştir. Araştırmalarımız esnasında, ülkemizde yukarıda saydığımız hususların tartışıldığı yayınlanmış bir mahkeme kararına rastlamadık. Öte yandan, sınırlı sayıda dahi olsa, A.B.D. mahkemeleri önüne yukarıda yer verdiğimiz hususların tartışıldığı uyuşmazlıkların geldiğini tespit ettik. Verilen her yeni kararda, dolaylı veya doğrudan özgür ve açık kaynak lisans metinlerinin geçerli sayılması ve koşullarının ayakta tutulması yönünde eğilim olduğu görülmektedir. Dolayısıyla er ya da geç, ülkemizde de benzer sonuçların ortaya çıkacağı ve benzer eğilimlerin oluşacağını not etmek abartılı olmayacaktır.

6.1. Bağlayıcılık Sorunu

Özgür ve açık kaynak modeli lisans koşulları, geçmişte uygulanamaz olarak görülmekte, hukuki uyuşmazlık konusu etmek yerine, lisans koşullarına aykırı

davranışların gayri ahlaki ve etiğe aykırı olmasından hareketle kamusal alanda baskı yaratmak suretiyle uygulanması için çaba gösterilmekteydi. Yakın geçmişte ise, bu algıyı değiştiren gelişmeler yaşanmıştır. İlk olarak 2007 yılında, *Software Freedom Law Center* (SFLC) adlı oluşum, GNU GPL v2 altında lisanslanan programların, lisans koşullarına aykırı davranılmasına yönelik telif hakkı ihlali davaları açmaya başlamıştır¹⁰⁶³. Bu davaların hepsi, davalıların uzlaşması ile sonuçlanmıştır. Uzlaşma sonucunda davalı şirketler, özgür ve açık kaynak kodlu programların kullanılması ve yönetimine ilişkin şirket içinde faaliyet gösterecek bir yönetici atanmasını kabul etmişlerdir. İkinci olarak ise, A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi *Jacobsen v Katzer* kararında, dolaylı olarak özgür ve açık kaynak lisanslarının uygulanabilirliği hakkında soru işareti olmadığına işaretini vermiştir¹⁰⁶⁴. Üçüncü olarak ise; *Artifex v Hancor* davasının ara (ön) kararında, GNU GPL koşulları ile lisanslanan programın dağıtılması ile koşulların artık taraflar arasında akdedilmiş sözleşme niteliğine sahip olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶⁵. Her ne kadar tüm bu girişim ve davalar esnasında özgür ve açık kaynak lisansları, tüm yönleriyle ele alınmamış ve sıkı bir şekilde test edilmemiş olsa da, lisans koşullarının A.B.D. hukukunda uygulanabilir ve bağlayıcı kabul edilmeye başlandığı görülmektedir¹⁰⁶⁶.

A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi önüne gelen *Jacobsen v Katzer* davasında, mahkemenin özgür ve açık kaynak lisanslarını geçerli kabul edip etmeyeceği ve programların ücretsiz olarak dağıtılıyor olması sebebiyle tazminata hükmedip hükmetmeyeceği üzerinde soru işareti bulunmaktaydı. Davacı taraf, *Java Model Railroad Interface* adlı bir açık kaynak proje grubu kurmuş ve model tren meraklıları için model trenlerini kontrol edebilecekleri *DecoderPro* adlı açık kaynak kodlu bir program geliştirmiştir. Programın kaynak kodları, *SourceForge* adlı web sitesinde açık kaynak modeli altında Artistic License koşulları ile bulunmaktadır. Bu koşullara göre yeniden dağıtım ve işleme versiyonlar geliştirilmesi halinde eser sahibine, proje grubuna, alınan web sitesine ilişkin kaynak gösterme, ilgili bildirimleri dosyalara

¹⁰⁶³ Montague, s.2-3.

¹⁰⁶⁴ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Jacobsen v Katzer*, 535 F.3d 1373, 13.08.2008, https://www.law.berkeley.edu/files/Jacobsen_v_Katzer_-_Westlaw.pdf, (23.03.2020).

¹⁰⁶⁵ A.B.D. Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi Kararı, *Artifex v Hancor*, No.16-cv-06982-JSC, 12.09.2017. <https://casetext.com/case/artifex-software-inc-v-hancor-inc>, (23.03.2020).

¹⁰⁶⁶ Montague, s.2-3; Darin Snyder, Melody Drummond Hansen, Heather J. Meeker, Jesse Koehler, "Court Upholds Enforceability of Open Source Licenses", **Lexology**, 03.05.2017, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=98d5ec53-ce49-40fc-a2e4-7a1c84a2aa46> (12.05.2019).

yerleştirme ve yapılan değişiklikleri yayınlama yükümlülüğü getirilmektedir. Davalı yazılım şirketi ise, *DecoderPro* ile rekabet edecek işleve sahip *Decoder Commander* adlı kapalı kaynak kodlu programı geliştirmiştir. Davalı tarafın çalışanları, programı geliştirirken *DecoderPro* programının kodlarını *Source Forge* adlı web sitesinden indirmiş ve programda yer alan dosyaları ve bazı bölümleri geliştirdikleri programın içine eklemiştir. Bununla birlikte davalı şirket, *DecoderPro*'ya, eser sahibine, projeye, web sitesine ilişkin kaynak gösterme yükümlülüğüne ve değişiklikleri yayınlama yükümlülüğüne uymamıştır. *Jacobsen, Katzer*'in eylemlerinin telif hakkına tecavüz teşkil ettiğinden hareketle dava açmıştır. Davalı taraf, Artistic Licence içinde yer alan koşullara uymamanın tek başına telif hakkı tecavüzü doğurmayacağını, koşullara uymamanın ancak sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceğini, sözleşmeye aykırılık olsa dahi, sözleşmenin sona erdirilmemesi sebebiyle kendilerine verilen münhasır olmayan lisansın geçerli olmaya devam ettiğini, ayrıca programın bedava ve serbestçe dağıtıldığını, herkes tarafından serbestçe erişilip kullanıldığını ve yeniden dağıtıldığını dolayısıyla telif hakkı ihlalinin bulunmadığını öne sürmüştür. Bölge mahkemesi, davalının davranışlarının sözleşmenin feshi sebebi oluşturduğuna ancak kendisine tanınan programı kullanma ve dağıtma yetkisinin (lisansının) feshe kadar ayakta kaldığına karar vermiş ve telif hakkı tecavüzünün bulunmadığına karar vermiştir¹⁰⁶⁷.

Davacı, bölge mahkemesince verilen kararın temyiz edilmesi için A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesine başvurmuştur. Federal Temyiz Mahkemesi, kararında, özgür ve açık kaynak lisansı ile dağıtılan programın telif hakkı sahiplerinin program üzerinde değişiklik yapmaya ve programın dağıtılmasına ilişkin kontrole sahip olduklarını belirtmiştir. Telif hakkı sahiplerinin özgür ve açık kaynak lisans metinlerinde kullanıcılara tanıdıkları kullanma, dağıtma ve işleme gibi yetkilerin ön koşullarını, yetkilerin kapsamını ve nasıl kullanılacağını düzenleme imkânına sahip olduğunun altı çizilmiştir. Dolayısıyla lisans metinlerinde tanınan yetkiler ile koşullarının birbirinden bağımsız olmadığı, yetkilerin kullanılabilmesi için önceden belirlenen koşullara uymanın zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır. Federal Temyiz Mahkemesi bu gerekçeyle bölge mahkemesinin kararını bozmuş, lisans metninde yer alan koşullara uymayı şarta bağlı yetki olarak değerlendirmiş ve şartlara uymama

¹⁰⁶⁷ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Jacobsen v Katzer*, 535 F.3d 1373, 13.08.2008, https://www.law.berkeley.edu/files/Jacobsen_v_Katzer_-_Westlaw.pdf, (23.03.2020); Hersh R. Reddy, "Jacobsen v. Katzer: The Federal Circuit Weighs in on the Enforceability of Free and Open Source Software Licenses", *Berkeley Technology Law Journal*, C.24, S.1, 2009, 299-320, s.317-318.

halinde, programı kullanma ve işleme yetkilerinin verilmiş sayılmayacağını, sonuç olarak da; davalının sözleşme olmaksızın program üzerinde yaptığı tasarrufların telif haklarına tecavüz teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁰⁶⁸.

2017 yılında, özgür ve açık kaynak lisanslarına aykırılık konusu bir kez daha mahkeme önüne gelmiştir. *Artifex Software Inc.* tarafından geliştirilen, PDF dosyaları ve *Postscript* için yorumlayıcı program görevi gören *Ghostscript* adlı program, çifte lisanslama tekniği ile lisanslanmıştır. Bu teknikte, özgür yazılım oluşturma ve gelir elde etme arasında denge sağlanabilmesi için iki farklı lisans ve lisans metni kullanılmaktadır. İlk lisans metni, programın özgür modelde kullanılabilmesini sağlamak için GNU GPL'dir ve programa özgür olarak erişip kullanmak isteyenlerin yukarıda detaylarını belirttiğimiz koşullara uyması beklenmektedir¹⁰⁶⁹. İkinci lisans metni ise, lisans ücreti ödenmesi karşılığında, GNU GPL koşullarına tabi olmak istemeyen ticari şirketlere yönelik hazırlanmıştır. Böylelikle; kullanıcılar kullanımların niteliğine göre lisans ücreti ödeyip GNU GPL kısıtlamalarına tabi olmamakta veya lisans ücreti ödmeden programı özgür modelde ancak GNU GPL kısıtlamalarına uyarak kullanabilmektedir¹⁰⁷⁰.

Hancom Inc. adlı şirket, herhangi bir lisans ücreti ödmeden *Ghostscript*'i kendi ürünü içine yerleştirmiş ancak GNU GPL koşullarına da uymamıştır. *Artifex*, *Hancom*'u ihtar ederek lisans ücreti ödemek suretiyle programa kapalı kaynak modelinde edinmesini veya GNU GPL koşullarına uymasını talep etmiştir. *Hancom*'un bu talepleri reddetmesi üzerine *Artifex*, hem telif haklarının hem de sözleşmenin ihlali nedeniyle tecavüzün durdurulması ve tazminat davası açmıştır. *Hancom*, GNU GPL koşullarının geçerli bir sözleşme akdedilmiş olarak nitelendirilemeyeceğini ve programın ücretsiz dağıtılıyor olması sebebiyle *Artifex*'in tazminat konusu edilebilecek bir zararının oluşmadığını belirterek davanın

¹⁰⁶⁸ A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Jacobsen v Katzer*, 535 F.3d 1373, 13.08.2008, https://www.law.berkeley.edu/files/Jacobsen_v_Katzer_-_Westlaw.pdf, (23.03.2020).; Hersh R. Reddy, "Jacobsen v. Katzer: The Federal Circuit Weighs in on the Enforceability of Free and Open Source Software Licenses", **Berkeley Technology Law Journal**, C.24, S.1, 2009, 299-320, s.317-318.

¹⁰⁶⁹ GNU GPL lisans koşulları için bkz. s.242 vd.

¹⁰⁷⁰ A.B.D. Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi Kararı, *Artifex v Hancom*, No.16-cv-06982-JSC, 12.09.2017. <https://casetext.com/case/artifex-software-inc-v-hancom-inc>, (23.03.2020), para.1; Snyder et al, para.2-3; Jeff Luszc, "Artifex v. Hancom: Open Source is Now an Enforceable Contract", **Linux.com**, 31.08.2017, <https://www.linux.com/blog/artifex-v-hancom-open-source-now-enforceable-contract> (12.05.2019); Meeker, **Licensing**, s.193.

görülmeyen dosya üzerinden reddini talep etmiştir¹⁰⁷¹. *Jacobsen v Katzer* davasında, özgür ve açık kaynak lisans koşullarına aykırılığın telif haklarını ihlal sonucu doğurduğu yönünde karar verilmiş ancak lisans koşullarının taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme oluşturup oluşturmadığı konusunda herhangi bir tespitle bulunulmamıştır. *Artifex v Hancom* davasında mahkeme ara kararında, GNU GPL koşullarında açık bir şekilde lisanslanan programın dağıtılması halinde, kullanıcının lisans koşullarına uymak zorunda olduğu düzenlemesini içerdiğini belirtmiştir. Bu durumda, programı yeniden dağıtan üçüncü kişinin GNU GPL koşulları ile bağlı olduğu ve koşulların taraflar arasında bağlayıcı bir sözleşme oluşturduğu yönünde karar vermiştir. Verilen bu karar, usul hukuku açısından davanın görülüp görülmeyeceği yönünde bir ara (ön) karar özelliği göstermekle birlikte, bu ilk tespitler özgür ve açık kaynak lisans koşullarının taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme oluşturduğu yönündeki hükmü bakımından büyük önem arz etmektedir¹⁰⁷². Mahkemenin verdiği bu ön karar sonrasında, davanın esası hakkında detaylı inceleme ve tartışmaya girilmemiş ve taraflar uzlaşmıştır. Artifex'in yaptığı açıklamaya göre; taraflar, açık kaynak felsefesi ve telif hakları korumasını tanıma ve saygıyla ortak anlayış üzerinde uzlaşmaya varmış ancak uzlaşma şartlarını gizli tutma kararı almıştır¹⁰⁷³.

Pratikte özgür ve açık kaynak lisanslarını kabul etmek için aktif bir irade beyanı gerekmemekte, elektronik ortamda kutucuk işaretlenmesine veya kabul butonuna basılmasına gerek olmaksızın programların indirilmesi ile lisans koşulları kabul edilmiş sayılmaktadır. Birçok şirket içi geliştirmede yöneticilerin haberi olmaksızın, özgür ve açık kaynak modelinde dağıtılmış kaynak kodları doğrudan çalışan

¹⁰⁷¹ A.B.D. Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi Kararı, *Artifex v Hancom*, No.16-cv-06982-JSC, 12.09.2017. <https://casetext.com/case/artifex-software-inc-v-hancom-inc>, (23.03.2020), para.3-4.

¹⁰⁷² A.B.D. Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi Kararı, *Artifex v Hancom*, No.16-cv-06982-JSC, 12.09.2017. <https://casetext.com/case/artifex-software-inc-v-hancom-inc>, (23.03.2020), para.5 vd.; Snyder et al, para.7-8; Jeff Luszcz, "Artifex v. Hancom: Open Source is Now an Enforceable Contract", **Linux.com**, 31.08.2017, <https://www.linux.com/blog/artifex-v-hancom-open-source-now-enforceable-contract> (12.05.2019); Michael Riskin, "Is Breach of the GPL License Breach of Contract?", **Synopsys**, 03.01.2018, <https://www.synopsys.com/blogs/software-security/breach-gpl-license-breach-contract/>, (12.05.2019); Montague, s.12.

¹⁰⁷³ Artifex, "Artifex and Hancom Reach Settlement over Ghostscript Open Source Dispute", 05.12.2017, **Artifex.com**, <https://artifex.com/news/artifex-and-hancom-reach-settlement-over-ghostscript-open-source-dispute/>, (15.05.2019).

sıfatındaki yazılımcılar tarafından kullanılabilir¹⁰⁷⁴. Yazılımcıların anonim kodlarmış gibi yaklaşarak serbestçe kullandıkları kodlar aslında birçok ön koşul ve kısıtlamayı da beraberinde getirmektedir. Her ne kadar açık kaynak modelinin ticari şirketler açısından önemli olduğunu düşünsek de, açık kaynak kodlarının hiçbir ön işlem yapmadan web siteleri ve platformlardan edinilebilmesi sınırsız bir özgürlük ile kullanılabilceği anlamına gelmemektedir. A.B.D. mahkemelerince verilen kararlar, zaman ilerledikçe özgür ve açık kaynak lisanslarının hukuk düzeni içerisinde yerlerinin sağlamlaşacağı izlenimini uyandırmaktadır. Şahsi kanaatimizce, sektörel olarak gittikçe yaygınlaşan özgür ve açık kaynak modelinin artık sektörel teamül haline geldiği göz ardı edilemez. Bazı yazarlarca da ifade edildiği üzere özgür ve açık kaynak modeli, internet vasıtasıyla dünya çapında ve uluslararası kurallar bütünü haline gelmekte ve teknoloji alanında yeni bir çeşit *lex mercatoria* görünümüne bürünmektedir¹⁰⁷⁵.

6.2. Hak Sahibinin Belirlenmesi

Kapalı kaynak modelindeki bilgisayar programlarının belirli bir şirket, kapalı bir grup veya belirli birkaç kişi tarafından vücuda getirilmesi sebebiyle, bu programların eser sahibi ve mali haklarını elinde bulunduran kişi ve kurumlar nispeten daha kolay tespit edilebilmektedir. Buna zıt olarak; özgür ve açık kaynak kodlu programlar, daha önce de belirttiğimiz üzere, kolektif bir çalışmanın ürünü olarak ortaya çıkartılmaktadır. Bazı özgür ve açık kaynak projeleri, çekirdek bir öncü kadroyla ortaya çıkartılmakta veya koordinasyonu sağlayan bir kurum veya platform vasıtasıyla yapılan değişiklikler takip edilerek kısıtlı katılımcıların olduğu ve daha merkezi bir yapıyla meydana getirilmektedir. Bunlara ilaveten, bazı başka özgür ve açık kaynak projeler, daha az merkezi bir yapıyla geniş katılıma açık olarak, hatta hiç bir araya gelmeyen dünyanın farklı yerlerindeki programcıların ortak çalışması ile yürütülmektedir. Daha az merkezi yapıdaki projelerde eser sahibinin net olarak belirlenmesi ve uyuşmazlıklarda dava açmaya yetkili kişi veya kişilerin saptanması önemli bir sorun teşkil etmektedir. Buna çözüm olarak; bazı projelerde eser sahipliğine ilişkin tanımlar aracılığı ile birlikte hak sahipliği ve katkı sağlayanların hakları

¹⁰⁷⁴ Montague, s.3; Dale R. Kurth, “Open Source Software: Key Steps to Avoid IP and Licensing Risks”, **Industry Week**, 27.06.2012, <https://www.industryweek.com/strategic-planning-and-execution/open-source-software-key-steps-avoid-ip-and-licensing-risks>, (13.05.2019).

¹⁰⁷⁵ Marrella, Yoo, s.836 vd.

önceden belirlenmektedir. Eser sahipliği, özellikle ülkemizde kanundan kaynaklanmakta olduğu için sözleşme ile eser sahibinin saptanması veya salt mali hakların devri dışında, eser sahipliğinin devri mümkün değildir. Bunun yanında mahkemeler fikri mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda re'sen eser sahibi veya hak sahibi sıfatının bulunup bulunmadığını incelemektedir. Dolayısıyla eser veya hak sahibinin net bir şekilde ortaya konulabilmesi önem taşımaktadır. Aksi takdirde özgür ve açık kaynak lisans koşullarının ihlali halinde koruma sağlanması pratik açıdan zorlaşacak ve hatta mümkün olmayacaktır¹⁰⁷⁶.

Birden çok yazılımcının programın geliştirilmesinde katkısı bulunması halinde, birlikte eser sahipliği ortaya çıkacaktır. FSEK md. 9 kapsamında, birden fazla kişinin birlikte vücuda getirdiği eserlerin kısımlarının ayrıştırılabilmesi mümkünse, her kısmı meydana getiren kişi, ilgili kısmın eser sahibi olmaktadır. Birbirinden ayrıştırılabilir kısımları olan eserler, aslında ortak bir çatı altında toplanmış bağımsız eserlerin birbirlerine bağlı hale getirilmesiyle oluşturulmuştur. Birbirine bağlanmış olan bu bağımsız eserler üzerinde, artık tek bir eser sahipliği oluşmakta ve birden fazla kişi eser sahipliğine '*müştereken*' sahip olmaktadır. FSEK md. 10 kapsamında, birden fazla kişinin ayrılmaz bir bütün teşkil edecek, ayrıştırılamayan bir eseri meydana getirmesi halinde ise, '*iştirak halinde*' eser sahipliği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda eser bağımsız parçalara bölünemediği için bir bütün halinde işlem görmektedir. İştirak halinde eser sahipliğinde birlikte hareket edilmesi bir zorunluluk teşkil ettiği için hakların nasıl kullanılacağı yönünde uzlaşmaya ulaşılması sorun yaratabilmektedir. Bu nedenle FSEK md.10/4 hükmü ile aksi bir kanuni veya sözleşmesel düzenlemenin bulunmadığı hallerde, iştirak halinde eser sahipliğinden kaynaklanan hakların eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir¹⁰⁷⁷.

Özgür ve açık kaynak projelerinde birden çok kişinin katılımıyla programlar meydana getirilmekte, bazı programların geliştirilmesinde kodlar farklı dosyalarda ayrı ayrı yazılmakta ve başka programcılar tarafından farklı dosyaların birbirine

¹⁰⁷⁶ Franco, s.169; Raymond T. Nimmer, "Legal Issues in Open Source and Free Software Distribution", <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/LegalIssuesNimmer.pdf>, (19.06.2019), s.40 vd.

¹⁰⁷⁷ Tekinalp, s.150-154; Öztan, s.256 vd; Erel, **Fikir ve Sanat Hukuku**, s.60 vd.; Evrim Atasoy, "Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerin Birbiri ile Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları", **İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, S.2, 2013, 29-56, s.30 vd.

bağlantısı sağlanmaktadır. Bu gibi çalışmalarda kod parçalarının bağımsız olarak yürütülebilmesi teknik açıdan mümkün değilse iştirak halinde eser sahipliğinin ortaya çıktığı belirtilebilir. İştirak halinde eser sahipliğinin ortaya çıkması ile FSEK md. 10/4 hükmü işletilebileceğini ve özgür ve açık kaynak projesini yürüten kuruluş veya grubun hakları kullanabileceği kanaatindeyiz. Bu tespitin yapılması, özgür ve açık kaynak lisans metinlerine aykırılıklar aleyhine dava açabilme yetkisini güvence altına almaktadır. Müşterek eser sahipliğinin meydana geldiği projelerde ise, birbirinden ayrılabilen kısımlar üzerinde farklı eser sahipleri ortaya çıkmaktadır. Bu durumda; eser sahibinin mahkemeler tarafından tespit edilmesi ve mali hak devri varsa devir zincirinin takip edilerek hak sahibinin bulunması gerekecektir. Bununla birlikte çok büyük katılımlı projelerde, programa nispeten küçük katkı sağlayan programcılara eser sahipliği sıfatının tanınmaması önerilmektedir¹⁰⁷⁸. Ülkemizde ise, FSEK md. 10/3 hükmü gereği bir eserin meydana getirilmesinde yapılan teknik hizmetler ve teferruata ilişkin yardımlar iştirake esas teşkil etmemektedir. Bu hükmün yoğun katılımlı özgür ve açık kaynak projelerinde eser sahipliğinin belirlenmesinde kolaylık sağlaması açısından önem taşıdığı kanaatindeyiz.

Müşterek eser sahipliği ve iştirak halinde eser sahipliğine ek olarak değinilmesi gereken bir başka husus, işleme eser sahipliğinin ortaya çıktığı durumlardır. Özgür ve açık kaynak projeleri, canlı bir organizma olarak sürdürülmekte, programların yeni versiyonları, geliştirmeler ve program yamaları farklı programcılar tarafından meydana getirilmekte, özgür ve açık kaynak topluluklarına sunulmaktadır. Ortaya çıkan bir program üzerinde değişiklik veya geliştirmeler yapan yazılımcılar, işleme bir eserin ortaya çıkmasına sebep olacak ve bu durumda işleme eserin eser sahibi ilgili değişikliği veya geliştirmeyi yapan yazılımcı olacaktır. Bu durumda da işleme eser sahibinin tespit edilmesi, varsa hak devir zincirlerinin kurularak hak sahiplerinin belirlenmesi gerekecektir¹⁰⁷⁹.

Yukarıda yer verdiğimiz farklı durumlarda, hak sahipliğinin tespiti önemli bir ilk aşama ve hatta bazı durumlarda önemli bir sorun teşkil edebilmektedir. Özgür ve açık kaynak kodlu projelerin gücünü kolektif çalışma ve topluluk kültüründen alması sebebiyle lisans koşullarına aykırılıkların proje yürütücüsü oluşum veya kuruluş

¹⁰⁷⁸ Franco, s.170; Nimmer, s.40 vd.

¹⁰⁷⁹ Nimmer, s.43; Vetter, s.601, dn.103.

tarafından takip edilmesi kritik önemdedir. Böylelikle; özellikle büyük şirketlere karşı hukuki girişimlerden özgür ve açık kaynak lehine olumlu sonuçlar alınabilmektedir. Dolayısıyla özgür ve açık kaynak projelerinin başlangıcında eser sahipliğine, hakların nasıl kullanılacağına ilişkin prensiplere ve katılımcıların ortak amaçlarının ne olduğuna ilişkin çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğin altı, Amerikan hukuk sisteminde mahkeme kararlarıyla çizilmektedir. Amerikan mahkeme kararlarında ortak eser sahipliğinin tespiti için, eser sahiplerinin ‘ortak eser sahibi olma’ amacı ile projelere katkı sağlayıp sağlamadıkları ele alınmaktadır¹⁰⁸⁰.

6.3. Tazminat Taleplerinin Değerlendirilmesi

Özgür ve açık kaynak lisanslarının ihlali durumunda, davalı taraf veya tarafların ilk öne sürdüğü argümanlardan biri, özgür ve açık kaynak modelinde programların genellikle ücretsiz dağıtıldığıdır. Bu doğrultuda, özgür ve açık kaynak modelindeki dağıtımlardan lisans ücreti geliri elde edilmediği için lisans koşullarına aykırı davranışlar sonucunda, eser veya hak sahiplerinin maddi zarara uğramadığı iddia edilmektedir. *Jacobsen v Katzer* kararında, mahkemenin özgür ve açık kaynak modelin programların ücretsiz olarak dağıtılıyor olması sebebiyle tazminata hükmedip hükmetmeyeceği üzerinde soru işareti bulunmaktaydı. Mahkeme, kararında, özgür ve açık kaynak lisansı ile dağıtılan programın telif hakkı sahiplerinin program üzerinde değişiklik yapma ve programın dağıtılmasına ilişkin kontrole sahip olduklarını belirtmiştir¹⁰⁸¹. Telif hakkı sahiplerinin bu yetkilerini ücret alarak üçüncü kişilere tanımak yerine, özgür ve açık kaynak lisans koşullarına uymak kaydı ile tanınmasında daha az korunacak bir menfaat olmadığı vurgulanmıştır¹⁰⁸². Özgür ve açık kaynak lisansları kapsamında paranın el değiştirmiyor oluşu sebebiyle herhangi bir ekonomik menfaatin bulunmadığının öne sürülemeyeceği belirtilmiş; eser sahiplerinin programlarını bu modelde dağıtarak önemli bir pazar payına sahip olabileceği, bununla birlikte ek hizmetler sebebiyle ücret isteyebileceği veya sahip olacağı pazar payı ile ulusal veya uluslararası üne ulaşabileceğinin altı çizilmiştir¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ Franco, s.170-171.

¹⁰⁸¹ A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi, *Jacobsen v Katzer*, 535 F.3d 1373, 13.08.2008, s.6-7.

¹⁰⁸² *Ibid*, s.8-9.

¹⁰⁸³ A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi, *Jacobsen v Katzer*, 535 F.3d 1373, 13.08.2008; Hersh R. Reddy, “*Jacobsen v. Katzer: The Federal Circuit Weighs in on the Enforceability of Free and Open Source Software Licenses*”, **Berkeley Technology Law Journal**, C.24, S.1, 2009, 299-320, s.317-318.

Artifex v Hancom davasında, davalı Hancom, tazminat talebine ilişkin iki kademeli bir savunma öne sürmüştür; ilk etapta *Artifex*'in *Ghostscript* programını ücretsiz olarak dağıtması sebebiyle herhangi bir zararın ortaya çıkmadığını, ikinci etapta ise, *Artifex*'in zararı olduğu varsayılsa dahi bu zararın *Hancom*'un kendi programını piyasaya sunduğu tarihe kadar olabileceğini, bu tarihten sonra zararın son bulunduğunu belirtmiştir¹⁰⁸⁴. Zararın oluşmadığı yönündeki savunmaya ilişkin mahkeme, her ne kadar program GNU GPL koşulları altında ücretsiz olarak dağıtılsa da, bu durum *Artifex*'in zarara uğramayacağı ve tazminat talep edemeyeceği yönünde yorumlanamayacağının altını çizmiştir¹⁰⁸⁵. *Hancom*'un çifte lisanstan özel mülkiyet lisansını tercih etse idi, bu durumda ödeyeceği lisans ücretinin zarar olarak kabul edilebileceği, *Artifex*'in harcadığı zaman, emek ve masraftan yararlanarak Hancom'un kendi bilgisayar programını piyasaya sürdüğü ve sebepsiz zenginleşme koşullarının bulunabileceği sonucuna varmıştır¹⁰⁸⁶. *Hancom*'un diğer savunması olan zararın varlığı kabul edilse dahi bunun *Hancom*'un kendi programını piyasaya sürdüğü tarihe kadar olabileceği ve bu tarihten sonra zararın son bulunduğu argümanı da mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. *Hancom*, GNU GPL koşullarında, koşullara uyulmaması halinde lisansın kendiliğinden sona erdiğine ilişkin düzenlemenin bulunduğunu, böylelikle kendi programının kapalı kaynak modelinde piyasaya sürülmesi ile lisansın kendiliğinden sona erdiğini ve bu tarihten sonra ayakta kalan bir sözleşme olmayacağı için takip eden zararların sözleşmeye dayandırılmayacağını öne sürmüştür¹⁰⁸⁷. Mahkeme, bu savunmanın işbu dava ile uyuşmadığına, GNU GPL'in lafzında belirtilen sona ermenin sözleşmenin kendisi değil davalıya tanınan hakların kullanılmasına ilişkin yetkinin sona ermesi olduğuna karar vermiştir¹⁰⁸⁸.

Özgür ve açık kaynak lisanslarına aykırılık halinde tazminat talebine dayanak gösterilen bir başka husus ise haksız rekabet olmuştur. *CoKinetic Systems Corporation*

¹⁰⁸⁴ A.B.D. Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi, *Artifex v Hancom*, No.16-cv-06982-JSC, 12.09.2017, s.4.

¹⁰⁸⁵ *Ibid*, s. 6-7.

¹⁰⁸⁶ *Ibid*, s.6-8.

¹⁰⁸⁷ *Ibid*, s.8-9.

¹⁰⁸⁸ *Artifex v Hancom*, Snyder et al, para.7-8; Jeff Luszcz, "Artifex v. Hancom: Open Source is Now an Enforceable Contract", *Linux.com*, 31.08.2017, <https://www.linux.com/blog/artifex-v-hancom-open-source-now-enforceable-contract> (12.05.2019); Michael Riskin, "Is Breach of the GPL License Breach of Contract?", *Synopsys*, 03.01.2018, <https://www.synopsys.com/blogs/software-security/breach-gpl-license-breach-contract/>, (12.05.2019).

adlı uçak içi eğlence sistemi yazılımı üreticisi, bir başka uçak içi eğlence sistemi yazılımı ve donanımı üreten firma *Panasonic Avionics Corporation*'a karşı 100 milyon Amerikan Doları değerinde tazminat davası açmıştır. *CoKinetic*, uçak içi eğlence sistemi donanım pazarının yaklaşık %70'ine hâkim olan *Panasonic*'in donanımların içinde kullandığı yazılımlarda GNU GPL altında lisanslanan özgür programın kaynak kodlarını kullandığını ancak GNU GPL koşullarına uymadığını öne sürmüştür. GNU GPL kapsamında dağıtılan programların kaynak kodlarının açık tutulması, işlenen versiyonlarının da yine GNU GPL koşulları altında dağıtılması ve kaynak kodlarının açık tutulması zorunlu koşullmaktadır. *Panasonic Avionics* ise, davacı tarafından iddia edildiği üzere, GNU GPL altında dağıtılan kodları kullanarak uçak içi eğlence sistemi donanımının kullanılmasını sağlayan *Linux* tabanlı işletim sistemini oluşturmuş ancak lisans koşullarına aykırı olarak kaynak kodlarını kapalı tutmuş, diğer yazılım üreticisi firmaların bu donanımlarda kullanılabilecek programları üretebilmesini önlemiş ve böylelikle uçak içi eğlence sistemi yazılımı üreticileri arasında haksız rekabete sebep olmuştur. *Linux* modülleri, başka kaynak kodlarının *Linux* modülleri ile bağlantılı hale getirilmesi veya birleştirilmesi durumunda ilgili kodların GNU GPL altında lisanslanıp lisanslanmadığını kontrol etmek ve GNU GPL altında lisanslanmamış olması halinde uyarı mesajları vermek üzere yapılandırılmıştır. Davacının iddialarına göre *Panasonic*, kötüniyetli olarak bu uyarı mesajlarını engellemek üzere yazdığı kodlarla önemli miktarda *Linux* modülünü, GNU kütüphanelerini ve programlarını kendi işletim sistemi olan *Panasonic Core* adlı işletim sistemi programı içine eklemiştir¹⁰⁸⁹.

Panasonic, işletim sisteminin tamamının kendi fikri çabasının ürünü olduğunu öne sürerek sistemi kapalı kaynak modeline tabi kılmıştır. Diğer yazılım üreticileri, kapalı tutulan *Panasonic* işletim sisteminin kodlarına ve özelliklerine erişemediği için *Panasonic* tarafından üretilen donanımlarda yürütülebilecek programları üretememiştir. Davacı *CoKinetic*, *Panasonic*'in sebep olduğu haksız rekabet sebebiyle uçak içi eğlence sistemi yazılımı pazarının dışına itildiğini ve uğradığı zararlar kapsamında kendisine tazminat ödenmesini talep etmiştir. 1 Mart 2017 tarihinde açılan dava, 19 Ocak 2019 tarihinde, tarafların uzlaşması ile sona ermiştir ancak taraflar

¹⁰⁸⁹ A.B.D. New York Güney Bölge Mahkemesi, *CoKinetic Systems Corp. v. Panasonic Avionics Corp.*, Dosya Numarası: 1:2017cv01527; Justia, “CoKinetic Systems, Corp. v. Panasonic Avionics Corporation”, **Justia Dockets and Filings**, <https://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2017cv01527/470007>, (18.05.2019)

arasında varılan uzlaşma koşulları gizli tutulmuş ve mahkemeye sunulmamıştır¹⁰⁹⁰. Her ne kadar bu davanın hukuki açıdan mahkeme tarafından incelenmesi fırsatı ortadan kalkmış olsa da, özgür ve açık kaynak lisans koşullarına aykırı olarak kaynak kodlarının kapalı tutulması suretiyle, programın eser ve hak sahipleri dışında, üçüncü kişilerin de zarara uğrayabileceği hususunda örnek olmuştur.

Özgür ve açık kaynak modelinde geliştirilen kod ve programların ticari şirketler tarafından kullanılması önemli ölçüde zaman, emek ve masraf tasarrufu sağlamakla birlikte, lisans koşullarına uyum sağlanmaması ciddi riskler oluşturabilecektir. Tamamlanmış bir projede tespit edilecek uyumsuzluk hali, geriye dönük olarak çalışmaların yeniden başlatılmasına, bu sebeple tasarruf sağlanmak isterken tam tersine zaman, emek ve para kaybına neden olabilecektir. Bazı ticari şirketler, özgür ve açık kaynak modelindeki kod ve programları kullanmaları halinde kolaylıkla bunun tespit edilemeyeceğini veya lisans koşullarının hukuken uygulanamaz olacağını düşünerek yaygın şekilde özgür ve açık kaynak kodlu program kullanmaktayken, bazı ticari şirketler ise, riskleri sebebiyle tamamen uzak durmayı seçmektedir¹⁰⁹¹. Her iki tutumun da hatalı olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Ticari şirketlerin kullandıkları kodlar ve kodların atıf yaptığı lisans koşullarını analiz edip çözümseyerek, özgür ve açık kaynak kodlu programları kullanmalarının faydalı olabileceği görüşündeyiz.

¹⁰⁹⁰ A.B.D. New York Güney Bölge Mahkemesi, CoKinetic Systems Corp. v. Panasonic Avionics Corp., Dosya Numarası: 1:2017cv01527;Justia, “CoKinetic Systems, Corp. v. Panasonic Avionics Corporation”, **Justia Dockets and Filings**, <https://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2017cv01527/470007>, (18.05.2019); Jon Hemmerdinger, “News that Panasonic Avionics, Along with Its Corporate Parent, Has Agreed to Make Payments to Settle US Federal Allegations of Corruption Comes Just Months After It Settled Other Allegations Levied by Business Partner CoKinetic”, **Flight Global**, 04.05.2018, <https://www.flightglobal.com/news/articles/analysis-the-legal-travails-of-panasonic-avionics-448271/>, (18.05.2019); Ayala Goldstein, “The \$100 Million Court Case for Open Source License Compliance”, **White Source Software**, 01.06.2017, <https://resources.whitesourcesoftware.com/blog-whitesource/the-100-million-case-for-open-source-license-compliance>, (18.05.2019); Sarah Gooding, “CoKinetic Systems Pursues \$100 Million GPL License Violation Case Against Panasonic Avionics”, **WP Tavern**, 14.06.2017, <https://wptavern.com/cokinetic-systems-pursues-100-million-gpl-license-violation-case-against-panasonic-avionics>, (18.05.2019).

¹⁰⁹¹ Montague, s.3; Dale R. Kurth, “Open Source Software: Key Steps to Avoid IP and Licensing Risks”, **Industry Week**, 27.06.2012, <https://www.industryweek.com/strategic-planning-amp-execution/open-source-software-key-steps-avoid-ip-and-licensing-risks>, (13.05.2019).

6.4. İşleme Eserin Tespiti Sorunu

Özgür ve açık kaynak lisanslarına ilişkin hukuki değerlendirme ihtiyacı olan bir başka husus ise, hangi çalışmaların işleme eser sayılacağı, hangilerinin sayılmayacağıdır. Bu ayrımın önemi, işleme eser olarak sayılacak programların GNU GPL gibi bazı lisans çeşitleri altında lisanslanan kodlardan faydalanarak oluşturulması halinde aynı lisans koşulları altında dağıtılmasının zorunlu olmasıdır. Dolayısıyla özgür ve açık kaynak lisans koşullarının ortaya çıkartılacak yeni programlarda uygulanıp uygulanmayacağı, o programın işleme eser sıfatına bağlı olacaktır. Bu konuda bazı lisans metinleri, neyin işleme eser olarak kabul edileceğine ilişkin detaylara yer vermekte ancak her birinin yaklaşımında farklılıklar görülmektedir. Örneğin GNU GPL, etki alanını artırabilmek için daha geniş bir işleme eser yaklaşımına sahipken; izin verici lisanslardan Apache, daha dar kapsamlı bir tanım vermektedir. GNU GPL, sadece bağımsız ve ayrı çalışmalar olarak nitelenebilecek çalışmaların işleme eser sayılmayacağını belirtirken; Apache, ayrıştırılabilen veya bağlantı kuran çalışmaların işleme eser sayılmayacağını ortaya koymaktadır¹⁰⁹². Apache lisansı kapsamında dağıtılan program ile ortaya çıkartılan yeni program birbirinden ayrıştırılabilmekte, bağımsız hale getirilebilmekteyse veya iki programın arayüzleri arasında sadece bir bağlantı kuruluyorsa, ortaya çıkartılan yeni programın işleme eser kapsamına girmeyeceği açıkça belirtilmektedir¹⁰⁹³. Apache lisansı kapsamında işleme eser ise, bir program baz alınarak oluşturulan, editoryal değişiklikler yapılan, açıklamalar eklenen, değiştirilen programlar olarak tanımlanmıştır¹⁰⁹⁴.

Özgür ve açık kaynak kodlu bir program veya programlar ile kapalı kaynak kodlu program veya programların tek bir ürün altında toplanması tek başına işleme eser oluşturmayacaktır. Öte yandan, özgür ve açık kaynak kodlu programın kodları üzerinde değişiklik yapılarak yeni bir program meydana getirilmesi halinde ortada bir

¹⁰⁹² Montague, s.7-8; St. Laurent, s.20, 37; Meeker, **Licensing**, s.128-129, 153-154.

¹⁰⁹³ Apache Software Foundation, Apache License Version 2.0, Ocak 2004, <https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>, (17.06.2020)

¹⁰⁹⁴ "**Derivative Works** shall mean any work, whether in Source or Object form, that is based on (or derived from) the Work and for which the editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications represent, as a whole, an original work of authorship. For the purposes of this License, Derivative Works shall not include works that remain separable from, or merely link (or bind by name) to the interfaces of, the Work and Derivative Works thereof." (Apache Software Foundation, Apache License Version 2.0, Ocak 2004, <https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>, 17.06.2020).

işleme eser olduğu hususu tartışma götürmemektedir. Bu iki ucu, net bir şekilde ortaya koymak çok da zorlu bir incelemeyi gerektirmemekte ancak bu iki ucun arasında kalan bölüm, tam anlamıyla gri bir alan oluşturmaktadır. Bu alanda, karar vermeye yardımcı hususlardan biri, oluşturulan yeni program ile önceki program arasında bağlantı var ise, bu bağlantının niteliğinin belirlenmesidir. İki program arasındaki bağlantı teknik anlamda dinamik veya statik olabilir; statik bağlantının bulunması halinde, sonraki programın çalışma anından önce, önceki programın kodları bir dosya halinde sonraki programın içerisinde yer almaktadır. Önceki programın kodlarının kopyalanarak, bir başka deyişle FSEK md.22 kapsamında çoğaltılarak, sonraki programın içerisine yerleştirilmiş olması sebebiyle artık sonraki programın bir işleme eser olduğu sonucuna varılabilir. Bu şekilde kurulmuş olan bağlantı statik, bir başka deyişle durağan veya kalıcı bağlantı olarak nitelenmektedir¹⁰⁹⁵.

Dinamik bağlantı sağlanması halinde ise, sonraki programın içerisinde, sadece önceki programın bulunduğu konum yer almakta ancak önceki program ile etkileşim ve önceki programın kodlarına erişim, önceki programın çalışır hale getirildiği an gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu tip bağlantıda durağan ve kalıcı bir nitelik bulunmamakta, sadece önceki programa yönlendirerek bağlantı sağlanmaktadır. Bu durumda bir işleme eserin ortaya çıkmadığı savunulabilecektir ancak işleme eser konusunda yardımcı nitelikteki bu ayrım da, her durumda adil sonuç vermemektedir. Örneğin GNU LGPL ile lisanslanan kütüphaneler ile kurulan dinamik bağlantılarda, tamamen bağımsız çalışan sonraki programın içerisinde, dinamik bağlantı kurmak amacıyla başlık dosyalarının bulunması gerekmektedir. Her ne kadar teknoloji çevrelerinde GNU LGPL ile lisanslanan kütüphaneler ile kurulacak dinamik bağlantının bir işleme eser ortaya çıkarmayacağı ifade edilse de¹⁰⁹⁶, mahkemeler

¹⁰⁹⁵ Montague, s.10; St. Laurent, s.20; Dan Ravicher, “Software Derivative Work: A Jurisdiction Dependent Determination”, **Linux.com**, 13.11.2002, <https://www.linux.com/news/software-derivative-work-jurisdiction-dependent-determination>, (01.06.2019); Meeker, **Licensing**, s.153-154.

¹⁰⁹⁶ “**Object Code Incorporating Material from Library Header Files.**

The object code form of an Application may incorporate material from a header file that is part of the Library. You may convey such object code under terms of your choice, provided that, if the incorporated material is not limited to numerical parameters, data structure layouts and accessors, or small macros, inline functions and templates (ten or fewer lines in length), you do both of the following:

a) Give prominent notice with each copy of the object code that the Library is used in it and that the Library and its use are covered by this License.

b) Accompany the object code with a copy of the GNU GPL and this license document.” (GNU, “Lesser General Public License Version 3”, 29.06.2007, <https://www.gnu.org/licenses/lgpl-3.0.html>, 17.06.2020).

nezdinde bu ayrım ele alınıp kararlaştırılmadığı sürece bu husus, gri alanda kalmaya devam edecektir¹⁰⁹⁷.

İşleme eserin bulunup bulunmadığı yönünde yapılacak inceleme için benzer kodların niceliğini karşılaştırmak, A.B.D mahkemelerince tek başına yeterli görülmemiştir. Her ne kadar benzer veya aynı olan kod bölümü, kodların tamamına oranlanınca göz ardı edilebilecek nicelikte de olsa, nitelik açısından kritik işlev gösteren bir bölüm olması halinde, işleme eser olarak kabul edilecektir. *Dun Bradstreet Software Services Inc v Grace Consulting Inc* davasında, her iki tarafın uzmanları kopyalanan kısmın nicelik olarak çok az olduğu konusunda hem fikir olsalar da, mahkeme, ilgili kısmın bulunmaması halinde her iki programın da çalışmayacağı sonucuna varmış ve davalının programını işleme eser olarak nitelemiştir¹⁰⁹⁸.

İşleme eserin tespiti sorunu, sadece özgür ve açık kaynak modeline özgü bir sorun değildir. Aynı tespit sorunu, özel mülkiyete tâbi iki program arasındaki uyumsuzluklarda da karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, özgür ve açık kaynak modelindeki lisans metinlerinden bazılarının ‘bulaşıcı-viral’ özellik göstermesi, belirli kısıtlamaları beraberinde getirmesi, ayrıca özgür ve açık kaynak kodlu programlardan yararlanarak yeni bir program geliştirirken herhangi bir izin alma veya sözleşme sürecinin bulunmaması sebebiyle, işleme eserin tespiti, özgür ve açık kaynak modelinde daha büyük bir sorun teşkil etmektedir. Takip eden bölümlerde, iki farklı bilgisayar programının karşılaştırılması ve kopyalanıp kopyalanmadığının tespitine ilişkin mahkeme kararları ve açıklamalara yer verilecektir. Burada uygulanan bazı test ve kıstasların işleme eserin tespiti sorununda da uygulanması imkânı bulunmaktadır.

¹⁰⁹⁷ Montague, s.10; St. Laurent, s.20; Dan Ravicher, “Software Derivative Work: A Jurisdiction Dependent Determination”, *Linux.com*, 13.11.2002, <https://www.linux.com/news/software-derivative-work-jurisdiction-dependent-determination>, (01.06.2019); Meeker, *Licensing*, s.153-154.

¹⁰⁹⁸ A.B.D. Temyiz Mahkemesi, 3. Daire Kararı, *Dun Bradstreet Software Services Inc v Grace Consulting Inc*, Nos. 00-2772, 00-2932, 538 U.S. 1032, 24.09.2002, <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1003090.html>, (23.02.2020).

7. Türkiye’de Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Programlar

7.1. Türkiye’deki Gelişmeler ve Tarihçe

Türkiye’de özgür ve açık kaynak kodlu programların tarihçesi, Türkiye’de internet kullanımının başlanması ve yaygınlaşması ile paralellik göstermektedir. Bunun sebebi, özgür ve açık kaynak kodlu programların kolektif bir çalışmanın ürünü olması ve kolektif dijital çalışma yürütebilmenin ancak internetin kullanılması ile mümkün hale gelmesidir. Türkiye’de ilk geniş alan ağı, 1986 yılında kurulan EARN¹⁰⁹⁹/ BITNET¹¹⁰⁰ bağlantılı TÜVEKA¹¹⁰¹ olmuştur. Bu hattın kapasitesinin yetersiz kalması ile 1991 yılı sonlarına doğru ODTÜ ve TÜBİTAK tarafından yeni bir ağın kurulmasına yönelik proje başlatılmıştır. 12 Nisan 1993 tarihinde, ODTÜ Bilgi İşlem Daire Başkanlığı sistem salonundaki yönlendiriciler vasıtasıyla ABD NSFNet’e¹¹⁰² TCP/IP protokolü ile ilk bağlantı gerçekleştirilmiştir¹¹⁰³.

Özgür ve açık kaynak kodlu programların 1990’lı yıllarda, özellikle 1993 yılında ODTÜ’de gerçekleşen internet bağlantısından sonra kullanılmaya başlandığı ve yavaş yavaş toplulukların oluştuğu gözlemlenmiştir. İlk defa 1995 yılında düzenlenen Türkiye’de Internet Konferansı’nda, özgür ve açık kaynak kodlu program topluluğu bir araya gelmiş ve “Türkiye’de Linux Kullanıcıları Grubu” adında bir oluşum başlatmışlardır. Bu oluşum, 2000 yılında “Linux Kullanıcıları Derneği” adı altında tüzel kişiliğe sahip olmuştur. İlk senelerinde etkinlik, toplantı ve şenlikler gerçekleştiren dernek, Türkiye’de gözlemlenen ihtiyaçlara yönelik ulusal bir *Linux* dağıtımı geliştirme fikri sonucunda 2004 yılında Pardus¹¹⁰⁴ Projesi’ni başlatma kararı almıştır¹¹⁰⁵.

Debian GNU/Linux temeli kullanılarak oluşturulan yerli Pardus işletim sisteminin kurumsal olarak yaygınca kullanılması, rekabet ve sürdürülebilirlik için

¹⁰⁹⁹ *European Academic and Research Network.*

¹¹⁰⁰ *Because It's Time Network.*

¹¹⁰¹ Türkiye Üniversiteler ve Araştırma Kurumları Ağı.

¹¹⁰² National Science Foundation Network.

¹¹⁰³ Ortadoğu Teknik Üniversitesi Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, “Internet Tarihi”, Internet Arşivi, <http://www.internetarsivi.metu.edu.tr/tarihce.php>, (19.05.2019); Oğuz Arslan, **Yeni Kamusal Mal Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım**, Ankara, Pelikan Yayıncılık, 2011, s.67.

¹¹⁰⁴ Proje adını Anadolu arslanı olan Pardus’tan almıştır. (Arslan, s. 67, dn.38).

¹¹⁰⁵ Linux Kullanıcıları Derneği, “Tarihçe”, **LKD.org.tr**, <http://www.lkd.org.tr/hakkimizda/tarihce/>, (19.05.2019); Arslan, s.67.

güvenilir bir kurumun desteğinin sağlanabilmesi için TÜBİTAK ULAKBİM bünyesine alınmıştır. Ayrıca Türkiye’deki kamu kurum ve kuruluşları ile KOBİ’ler tarafından kullanılması için açık kaynak kodlu farklı proje ve sürümler meydana getirilmektedir. Pardus Projesi ile kamuda özgür ve açık kaynak kodlu programların kullanılmasının yaygınlaştırılması, Türkiye’deki özgür ve açık kaynak ekosisteminin geliştirilmesi hedefi ile tek yönlü bir projeden çok bir devlet programı haline gelmiştir. 2005 yılında yayınlanan Pardus 1.0 sonrasında, 2019 yılında Pardus 19.0 yayınlanmış ve günümüzde birçok belediye, kamu hastanesi, Milli Savunma Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı Pardus işletim sistemi veya alt ürünlerini kullanmaktadır. Pardus haricinde kamu sektöründe Apache ürünleri ve Apache lisansı ile dağıtılan programların kullanıldığı da görülmektedir ¹¹⁰⁶.

Türkiye’de özgür ve açık kaynak kodlu programların kullanılmasına ilişkin girişimlerden birisi, 2005 yılında, IBM desteği ile Milli Eğitim Bakanlığı tarafından kurulan Kamu Sektörü Yetkinlik Merkezi’dir. Bu merkez, başta Milli Eğitim Bakanlığı olmak üzere kamu kurumları ve bakanlıklarda özgür ve açık kaynak kodlu programların kullanımının yaygınlaştırılması için eğitim ve danışma merkezi olarak faaliyet göstermiştir. Merkez, iki-üç yıl boyunca faaliyet göstermiş ancak devam ettirilmesi konusunda başarı gösterilememiştir¹¹⁰⁷. Bu noktada; özgür ve açık kaynak modeline ilişkin Türkiye’nin yaklaşım ve girişimlerini daha isabetli değerlendirebilmek için AB’nin özgür ve açık kaynak kodlu programlara kurumsal yaklaşımını kısaca ele almakta fayda bulunmaktadır.

AB Komisyonu, 2000 yılından itibaren AB kurumlarında özgür ve açık kaynak kodlu programların kullanılmasına ilişkin stratejisini belirlemiştir. İlk etapta, Avrupa Komisyonu’nun web sitesinin fonksiyon göstermesi için Apache programlarının ve donanımlarda işletim sistemi olarak Linux’un kullanılmasına başlanmıştır. 2007 yılında, strateji geliştirilmiş ve 3 yıllık hareket planı çıkartılmıştır. Bu dönem

¹¹⁰⁶ ULAKBİM, “Pardus Yaygınlaşmaya Devam Ediyor”, TÜBİTAK, 02.02.2017, <http://ulakbim.tubitak.gov.tr/tr/haber/pardus-yayginlasmaya-devam-ediyor>, (19.05.2019); ULAKBİM, “Pardus 17.5 Sürümü Yayınlandı”, TÜBİTAK, 05.03.2019, <https://ulakbim.tubitak.gov.tr/tr/haber/pardus-175-surumu-yayinlandi>, (19.05.2019), Pardus, “Hakkında”, **Pardus.org**, <https://www.pardus.org.tr/hakkinda/>, (19.05.2019); Atalay Keleştemur, **Pardus 2011**, İstanbul, Kodlab Yayıncılık, 2011, s.12; Arslan, s.68.

¹¹⁰⁷ Gökrem Çetin, Bülent Özel, Kamil Taşçı, Mehmet Ali Köksal, Nuray Başar, Refik Ayata, Seçkin Gürler, Türker Gülüm, Zeynep Karadağ, **e-Dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Eylem Planı**, TÜBİTAK, 2005, s.15; Arslan, s.69.

içerisinde, özgün bir özgür ve açık kaynak kodu lisans metni olan *European Union Public License* kaleme alınmıştır. Lisans metni ile birlikte, özgür ve açık kaynak kodlu program kullanımını gözlemleyip desteklemesi için topluluk ve organizasyonlar oluşturulmuştur. Yine bu dönemde e-devlet projeleri kapsamında özgür ve açık kaynak kodlu araçlar ortaya çıkartılmıştır. Bunlardan *e-Prior* adlı standart doküman değişimi programı yaygın bir şekilde kullanılmıştır. 2011-2013 dönemi için yeni bir strateji oluşturulmuş, özgür ve açık kaynak programlarının yaygınlaştırılması yönündeki çalışmalar artırılmıştır¹¹⁰⁸.

2014-2017 yıllarında ise strateji, 10 noktadan oluşan bir hareket planı ile desteklenmiştir. Bu kapsamda, özgür ve açık kaynak kodlu programlara ilişkin bir envanter oluşturulması, ürün tedarik ve yönetim süreçlerinde özgür ve açık kaynak kodlu programlara yer verilmesi, standartların oluşturulması ve tanıtımı, lisans metinlerinin uyumluluğunun sağlanması, Avrupa Komisyonu'nda kullanılan özgür ve açık kaynak kodlu programlara ilişkin bakım-destek sağlanması, program geliştiricilere yardım ve tavsiyede bulunulması gibi eylemlere yer verilmiştir¹¹⁰⁹. Avrupa Birliği, son dönemde, kurum içinde birçok kilit bilgi teknolojileri servisi ve yazılım çözümlerinde, özgür ve açık kaynak kodlu program kullanmaktadır. 2015-2017 stratejisinde, özellikle daha çok özgür ve açık kaynak kodlu program tedarikine ağırlık verileceği ve açık kaynak projelerine destek sağlanacağına ilişkin vurgu yapılmıştır. Bu kapsamda, özgür ve açık kaynak kodlu programlara, tedarik esnasında eşit yaklaşım sağlanmasına, açık kaynak toplulukların projelerine, Avrupa Komisyonu'nun daha çok katılması ve destek olmasına, açık kaynak toplulukları ve geliştiricilere fikri mülkiyet hukukuna ilişkin hukuki danışmanlık ve rehberlik verilmesine önemli yer ayrılmıştır. Bunlara ek olarak, açık kaynak modelinde geliştirilen programların Komisyon dışında kullanılması halinde, *copyleft* özelliği gösteren EUPL koşulları altında lisanslanacağı belirtilmiş ve kurumsal kullanıcılara destek amacıyla *Joinup* adlı platform kurulmuştur¹¹¹⁰. 2017 yılında EUPL metninin

¹¹⁰⁸ European Commission, "Open Source Strategy: History", https://ec.europa.eu/info/open-source-strategy-history_en, (20.05.2019); Gijss Hillenius, "Free and Open Source Software Across the EU", *IFOSSLR*, C.5, S.2, 2013, 153-164, s.153 vd.

¹¹⁰⁹ European Commission, "Action Plan", https://ec.europa.eu/info/departments/informatics/open-source-software-strategy_en#actionplan, (20.05.2019).

¹¹¹⁰ European Commission, Open Source Strategy, https://ec.europa.eu/info/departments/informatics/open-source-software-strategy_en#actionplan, (20.05.2019); European Commission, "Joinup", <https://joinup.ec.europa.eu/>, (20.05.2019).

ikinci versiyonu hazırlanmış ve lisans koşulları, yazılımlar haricinde başka eserleri de lisanslamada kullanılacak şekilde genişletilmiştir¹¹¹¹.

Türkiye’de özgür ve açık kaynak koduna ilişkin yürütülen farklı çalışmalar olmasına rağmen, Avrupa Birliği ve başka ülkeler ile karşılaştırıldığında bu alandaki çalışmaların yetersiz olduğu görülmektedir. Avrupa Birliği örnek alındığında, Türkiye’de özgür ve açık kaynak kodlu program stratejisinin, hareket planının ve Türkiye’ye özgü lisans metninin bulunmaması, önemli eksiklikler olarak dikkat çekmektedir. Bu kapsamda kanaatimiz, öncelikli olarak Türkiye’de özgür ve açık kaynak kodlu programlara ilişkin temel amaç ve hedeflerin belirlendiği bir stratejinin şeffaf bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Belirlenen stratejiye uygun olarak orta ve uzun vadeli, örneğin 5 ve 10 yıllık hareket planları, istikrarlı bir şekilde uygulanmalıdır. Hareket planı içerisinde, özgür ve açık kaynak platformlarının kurulması, işletilmesi, desteklenmesi, Türk hukukuna uygun olarak belirlenmiş ve Türkçe hazırlanmış lisans metnlerinin kaleme alınması, özgür ve açık kaynak kodlu yerli işletim sisteminin geliştirilmesi, mevcut olanların yaygınlaştırılması ve mobil cihazlar için kullanılabilir hale getirilmesi gibi kalemler yer almalıdır.

7.2. Türkiye’de Özgür ve Açık Kaynak Modelinin Uygulanmasına Yönelik Değerlendirmemiz

Yabancı teknoloji firmaları haricinde, Türkiye’de bilgisayar programı geliştirilmesine yönelik faaliyetler, genellikle üniversiteler ve üniversitelerin himayesindeki yapılarda yürütülmektedir. Bu kapsamda; AR-GE merkezleri¹¹¹² ve kuluçka merkezlerinin¹¹¹³ kuruluşu, işleyişi, yönetim ve denetimi amacıyla Sanayi ve

¹¹¹¹ Patrice-Emanuel Schmitz, “Understanding the EUPL v1.2”, 29.05.2017, <https://joinup.ec.europa.eu/news/understanding-eupl-v12>, (20.05.2019); OSI, “European Union Public License version 1.2”, <https://opensource.org/licenses/EUPL-1.2>, (20.05.2019).

¹¹¹² Yönetmelikte AR-GE merkezleri kamuya ait olan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Bkz. Yönetmelik md.3/1-ç:

“Ar-Ge merkez veya enstitüleri: Kamuya ait, yetişmiş nitelikli insan gücü ile günün modern teknolojilerine dayalı makine, donanım ve yazılımı içinde bulunduran, teknoloji ve ürün geliştirilmesine yönelik Ar-Ge faaliyetlerinin yapıldığı mekânları ... ifade eder.”

¹¹¹³ Kuluçka merkezleri diğer adıyla “inkübatör”, uygulamada “start-up” olarak da tabir edilen yeni girişimlerin desteklenebilmesi amacıyla tek çatı altında toplandığı merkezlerdir. Kuluçka merkezleri ile anılan yeni girişimlere, ofis, ekipman ve yönetim desteği sağlanabilmektedir. Bkz. Yönetmelik md.3/1-s:

Teknoloji Bakanlığı tarafından hazırlanmış Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği 10 Ağustos 2016 tarihli ve 29797 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. Yönetmelik ile AR-GE faaliyeti yürüten kurum ve kuruluşlara idari, teknik ve altyapı desteği sağlanmakla birlikte, bu kurum ve kuruluşlar ile geliştirilen teknolojileri kullanacak sanayi şirketleri arasında koordinasyon kurulması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda teknoloji gelişim merkezleri, teknoloji transfer ofisleri gibi yapıların kurularak işletilmesi için çaba gösterilmektedir. Özellikle teknoloji transfer ofisi yapılanması ile sadece teknik gelişim değil aynı zamanda fikri mülkiyet haklarının korunması, pazarlanması, satılması ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin ticari faaliyetler ile elde edilen gelirlerin yönetilmesi hedeflenmektedir¹¹¹⁴.

Türkiye’de bilgisayar programcılığının gelişmesi açısından, bir takım destek, teşvik ve işbirliği projeleri bulunmaktadır. Bunlardan önde gelenler TÜBİTAK tarafından yürütülen TEYDEP¹¹¹⁵ projeleridir¹¹¹⁶. Destek projeleri olarak yürütülen farklı programlar altında, KOBİ’lere AR-GE desteği amaçlı 1507¹¹¹⁷, sanayide AR-GE desteği amaçlı 1501¹¹¹⁸ ve üniversiteler ile sanayi arasında işbirliği yapılması yönünde 1505¹¹¹⁹ gibi programlar ile teknoloji geliştirmeleri ve bilgisayar program geliştiriciliği desteklenmektedir. Bununla birlikte, uygulamada desteklerin hem

“Kuluçka Merkezi (İnkübatör): Özellikle genç ve yeni işletmeleri geliştirmek amacıyla; girişimci firmalara ofis hizmetleri, ekipman desteği, yönetim desteği, mali kaynaklara erişim, kritik iş ve teknik destek hizmetlerinin bir çatı altında tek elden sağlandığı yapıları ... ifade eder.”

¹¹¹⁴ Uygulamada TTO’lar sanayi şirketlerinin baskısı ve tek taraflı hazırlanmış sözleşmeleri ile genellikle optimum fayda ve desteğe ulaşmakta güçlük çekmektedir. Bununla birlikte TTO’ların kurulması ve faaliyet göstermesi dahi, geliştiriciler ve eser sahipleri açısından önemli bir gelişmedir. TTO’lara ilişkin detaylı tanım için bkz. Yönetmelik md.3/1-ee:

“Teknoloji transfer ofisi (TTO): Teknoloji geliştiricisi Ar-Ge kurum ve kuruluşları ile teknoloji kullanıcısı sanayi şirketleri veya diğer teknoloji ya da Ar-Ge kurum ve kuruluşları arasında bilgilendirme, koordinasyon, araştırmayı yönlendirme, yeni Ar-Ge şirketlerinin oluşturulmasını teşvik etme, işbirliği geliştirme, fikri mülkiyet haklarının korunması, pazarlanması, satılması, fikri mülkiyetin satışından elde edilen gelirlerin yönetilmesi konularında faaliyet gösteren yapıyı ... ifade eder.”

¹¹¹⁵ Teknoloji ve Yenilik Destek Programları.

¹¹¹⁶ TÜBİTAK Teknoloji ve Yenilik Destek Programları Başkanlığı, TEYDEB, <https://eteydeb.tubitak.gov.tr/teydebanasayfa.htm> (28.02.2020)

¹¹¹⁷ Bkz. TÜBİTAK 1507-KOBİ AR-GE Başlangıç Destek Programı Uygulama Esasları, https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/3653/1507_programi-7_yk_degisiklikleri_islenmis_hali-son.pdf, (28.02.2020).

¹¹¹⁸ Bkz. TÜBİTAK 1501-Sanayi Araştırma Teknoloji Geliştirme Ve Yenilik Projeleri Destekleme Programı Uygulama Esasları, https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/3654/1501_programi-239_bk_degisiklikleri_islenmis_hali.pdf, (28.02.2020).

¹¹¹⁹ Bkz. TÜBİTAK 1505 - Üniversite-Sanayi İşbirliği Destek Programı Uygulama Esasları, https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/universite-sanayi_isbirligi_destek_programi_uygulama_esaslari_1.pdf, (28.02.2020).

sağlayan hem de yararlananlar açısından sadece maddi anlamda algılandığını görmekteyiz. Destek projelerinin varlığı ve sürdürülmesi kıymetli olmakla birlikte, asıl hedef ve çalışmanın stratejik planlama, belirlenen planlar doğrultusunda somut hedeflerin belirlenmesi ve belirlenen hedeflere ilişkin çalışma adımlarının gerçekleştirilmesi, gerçekleştirilen adımlar ile planlamanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin teyidi olmalıdır. Bu noktada, destek projeleri, AR-GE, kuluçka merkezi ve TTO çalışmalarının nispeten tek boyutlu hedefler doğrultusunda yürütüldüğü kanaatindeyiz.

Türkiye’de bilgisayar programcılığı açısından yeterli gelişmenin bulunmadığı görüşümüzü destekleyecek en net gösterge, tüketiciler tarafından kullanılan bilgisayar programlarıdır. Bu programların birçoğu, A.B.D menşeli firmalar tarafından geliştirilen, hak sahibi olunan veya kamuya sunulan programlardır. Bunun dışında başkaca ülke menşeli bilgisayar programları da kullanılmakta ancak Türkiye’de ve yerli oyuncular tarafından geliştirilen programların kullanılmasına çok nadiren rastlanılmaktadır. Bununla birlikte; hem genç nüfusu hem de işsizlik oranı yüksek olan ülkemizde, bilgisayar programları açısından yabancı şirket ve kuruluşlarla rekabet içerisine girebilecek ölçekte özel, kamu veya karma girişimlerin eksikliği de ortadadır.

Görüşümüz sadece yerli program geliştiriciliğinin desteklenmesi ve gelişmesi boyutuna indirgenmemeli, teknolojik alanda bağımlılığın ciddi anlamda olumsuz sonuçlara yol açabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Hususun kritikliğine dikkat çekmek için Rekabet Kurumu’nun kararı üzerine Google’ın Türkiye pazarından çekilme resti ele alınabilir ¹¹²⁰. Google, Rekabet Kurumu kararının ardından Türkiye’deki iş ortakları, telefon üreticileri ve telefon satışı yapan GSM operatörlerine, Android işletim sistemine ilişkin lisansının iptal edileceğini ve Türkiye’de satılan Android işletim sistemli telefonlarda Google Search, Google Play, Youtube, Gmail ve diğer Google uygulamalarının kullanılamayacağını belirten bir

¹¹²⁰ Füsün Sarp Nebil, "Rekabet Kurumu’nun Google Kararı ve Soruşturmalarında Son Durum", **T24**, 12.01.2020, <https://t24.com.tr/yazarlar/fusun-sarp-nebil/rekabet-kurumu-nun-google-karari-ve-sorusturmalarinda-son-durum,25179>, (28.02.2020); Haberler.com, "Google Türkiye’den Çekiliyor mu?", 16.12.2019, <https://www.haberler.com/google-turkiye-den-cekiliyor-mu-rekabet-kurumu-12721774-haberi/>, (28.02.2020); Sabah, "Türkiye’de Google Servisleri Çöktü", 19.12.2019, <https://www.sabah.com.tr/gundem/2019/12/19/turkiyede-google-servisleri-coktu-google-ve-rekabet-kurumu-arasindaki-aciklamalarin-ardindan>, (28.02.2020); Cumhuriyet, "Rekabet Kurumu’ndan Yeni Google Açıklaması", <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/rekabet-kurumundan-yeni-google-aciklamasi-1708513>, (28.02.2020).

mektup gönderdi¹¹²¹. Türkiye’de kullanılan Android işletim sistemli cihazların %90 civarında bir pazar payına sahip olduğu gerçeği ışığında, konunun ciddiyeti daha net görülmektedir. Her ne kadar Google’ın anılan beyanı, blöf olarak değerlendirilebilecekse de, en kötü durumun ortaya çıkması halinde Türkiye’nin bilgisayar sistemlerini işletemez duruma gelebileceğinin farkına varılmalıdır. Bu doğrultuda; Microsoft, Google, Oracle gibi şirketlerin Türkiye’den çekilmesi, sistemlerini Türkiye’de sağlamaması veya siyasi sebeplerle A.B.D.’nin Türkiye’ye teknoloji alanında kısmi veya topyekûn ambargo uygulanması yönünde karar alması gibi durumlarda, günlük hayatımızın çoğu bilgisayar sistemlerine bağlı olması nedeniyle pek çok temel ihtiyacın giderilememesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu gibi durumlara ilişkin ne yazık ki, Türkiye’de acil durum senaryoları altında yeterli alternatifler bulunmamaktadır.

Türkiye’de bulunan mevcut özel sektör oyuncularının ise dünya çapındaki teknoloji devleri ile rekabet etme, onlara alternatif oluşturma potansiyelleri olmadığı gibi böyle bir idealleri de bulunmamaktadır. Bunun çözümü için kısa vadede, A.B.D. dışındaki alternatiflerin, örneğin Uzakdoğu ve Çin firmalarının tercih edilmesin başvurulmaktadır. Bununla birlikte; risk bir nebze dağıtılsa da, aynı durum Uzakdoğu ve Çin firmalarında da görülebilecektir. Ayrıca A.B.D.’nin Çin ile sürdürdüğü ticaret savaşları neticesinde, A.B.D.’nin Türkiye’nin Çin firmaları ürünlerini tercih etmesini veya Çin firmaları ile işbirliği yapmasını teknik ve ticari yöntemlerle engelleme yoluna gitmesi de muhtemeldir.

Yukarıda yer verdiğimiz çekinceler doğrultusunda; Türkiye’de bilgisayar programcılığı alanındaki mevcut çalışma, destek ve projelere ek olarak, özgür ve açık kaynak modelinin tercih edilmesinin önemli olduğu kanaatindeyiz. Özgür ve açık kaynak modelinde, geniş katılım ile yazılan kaynak kodları ile mevcut programlara rakip olabilecek programların vücuda getirilmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca farklı

¹¹²¹ Bülent Aydemir, “Google'den Yaptırım Tehdidi! Türkiye'de Android Pazarı Patlayabilir”, **Habertürk**, 15.12.2019, <https://www.haberturk.com/google-den-yaptirim-tehdidi-turkiye-de-android-pazarı-patlayabilir-2549571>, (29.02.2020); Tuğçe İçöz, “İddia: Google Türkiye'deki Android Cihazlara Destek Vermeyi Kesebilir”, **Webrazzi**, 15.12.2019, <https://webrazzi.com/2019/12/15/iddia-google-turkiye-deki-android-cihazlara-destek-vermeyi-kesebilir/>, (29.02.2020); Sözcü, “Android Telefonlarda Google Uygulamaları Krizi! Resmi Açıklama Geldi”, 15.12.2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/android-telefonlarda-google-uygulamaları-krizi-resmi-aciklama-geldi-5511183/>, (29.02.2020).

bakış açılarıyla irdelenen kaynak kodlarındaki hata ve eksikliklerin giderilmesinde kolaylık sağlayacaktır.

Özgür ve açık kaynak modelinin yaygınlaştırılması için bu modelin AR-GE merkezleri, kuluçka merkezleri ve TTO'larda kullanılmasının teşvik edilmesine gerek duyulacaktır. Bu kapsamda; özgür ve açık kaynak modeli geliştirmeleri için sağlanan teşvik ve desteklerin kapalı kaynak kodlu program geliştirmelerine oranda daha fazla olması sağlanmalıdır. Önerdiğimiz ek destek ve projeler için ilk adım olarak Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğine ek düzenlemeler yapılabilir ve yeni TÜBİTAK projeleri uygulamaya konulabilir.

Özgür ve açık kaynak modelinin yaygınlaştırılması halinde görülecek sorunlardan biri projelerin yönetilmesi, hakların takibi, oluşturulan programların ticarileştirilmesi olacaktır. Bu sorunun çözümü için kamu, özel sektör, eğitim kurumları ve bağımsız profesyonellerden oluşan açık kaynak girişimleri kurulmalıdır. Anılan kurumlara, meslek birlikleri benzeri özel yetkiler tanınmalı, projelerin yönetimi, programların ticarileştirilmesi yönünde görev ve sorumluluk yüklenmelidir. Bu kapsamda; açık kaynak girişimleri programların geliştirilmesi, test edilmesi, farklı ticari yöntemlerle piyasaya sürülmesi noktasında pratik karar alabilecek ve uygulayacak yapıda olmalıdır. Ayrıca nihai kullanıcılar açısından açık kaynak modelinde duyulan ihtiyaçlardan biri de bakım-destek hizmetlerinin yetersizliğidir. Bu hususa ilişkin önerdiğimiz açık kaynak girişimleri tarafından bakım-destek hizmet ağının kurularak işletilmesi de ayrı önem taşımaktadır. Tacir veya tüketici sıfatıyla programı edinen nihai kullanıcıların faydalanabileceği bakım-destek hizmet ağı olmadan mevcut teknoloji devleriyle rekabet edebilmek mümkün görünmemektedir.

Özgür ve açık kaynak modelinin kullanımında, kısa, orta ve uzun vadeli hedef, temel strateji ve politikaların belirlenmesi, uygulamaya konulması ve uygulamadan alınan sonuçların takip edilmesinin bir başka önemli husus olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada; belirlenebilecek temel hedeflerin biri, bilgisayar ve mobil cihazlarda kolay kullanım sağlayabilecek işletim sisteminin geliştirilmesi, geliştirilen işletim sisteminin adım adım tüm kamu kurumlarında kullanıma sokulması ve gerekli olgunluğa sahip olduğunda özel sektörde, bakım-destek hizmet ağı ile birlikte piyasaya sürülmesi olabilir.

Stratejik ve yönetimsel hususlara ek olarak; hukuki açıdan ise, araişlerlik serbestisinin geniş yorumlanması, gerek duyulması halinde, FSEK'te değişiklik yaparak serbestinin rakip programlarla araişlerliğin sağlanabilmesine imkân tanıyacak şekilde, araişlerliğin ikame edilebilir olma fonksiyonunun fikri hak ihlali teşkil etmediği yönünde netlik sağlanabilir. Araişlerlik serbestisi sayesinde, Türkiye'de geliştirilecek bilgisayar programların mevcut programlarla birlikte veya onlar yerine çalışmasının n açılacaktır.

Türk hukuku altında, yapılacak yeni düzenlemelerle zgr ve açık kaynak modelinin uygulanması halinde ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmesi ihtiyaı duyulacaktır. Öncelikle; teknoloji ağında, FSEK md.52 düzenlemesi ile yazılı şeklin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi, zgr ve açık kaynak modelindeki lisanslar için engel teşkil etmektedir. FSEK md. 52 düzenlemesinin en azından bilgisayar programları açısından yapılacak tasarruflarda, elektronik imza şartı olmadan internet ortamında yapılabilmesine imkân tanınmalıdır.

Özgür ve açık kaynak modelinde yürütülecek olan projelerde, birçok bilgisayar programcısı tarafından geliştirilen programlardaki mali hakların kullanımında hukuki çekişme uyuşmazlıklar ortaya çıkabilecektir. Bu sorunun önüne geçebilmek adına FSEK md.18'in kapsamına, yukarıda yer verdiğimiz açık kaynak girişimlerinin de dâhil edilmesi çözüm teşkil edebilecektir. Mali hakları kullanma yetkisi açık kaynak girişimlerinin elinde bulunursa, proje paydaşları arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar veya çekişmelerin oluşturulan programların geleceğini olumsuz etkilemesi önlenebilecektir.

Özgür ve açık kaynak modelinin kilit noktalarından bir tanesi de, yukarıda yer verdiğimiz gibi lisans koşullarıdır. Bu açıdan standart olarak kullanılabilecek ve farklı ihtiyaçlara cevap veren birak farklı standart zgr veya açık kaynak lisans metninin oluşturulması gerekmektedir. Yukarıda da yer verdiğimiz üzere, asgari olarak *copyleft*, kısıtlayıcı ve izin verici türde lisans metinleri hazırlanarak farklı projelerde, projelerin amacı ve hitap ettiği kullanıcı kesimine göre kullanıma sunulmalıdır. Metinler hazırlanırken gözden kaçırılmaması gereken nokta, zgr ve açık kaynak modelinin temel felsefesinin bilginin paylaşarak çoğalmasına dayanması ve dolayısıyla zgr ve

açık kaynak topluluğundan fayda edinirken topluluğa katkı sağlanmasının temin edilmesi ihtiyacıdır.



SONUÇ

Bilgisayar programı üzerinde eser veya hak sahiplerine fikri hak koruması sağlanarak yeni eserlerin meydana getirilmesi teşvik edilmektedir. Fikri hak koruması ile eser sahibinin ilgili bilgisayar programı üzerinde özel bir tekel oluşturulmasına izin verilmektedir. Bununla birlikte; bilgisayar sistemleri bütünleşik olarak faaliyet göstermesi halinde kullanıcılara fayda sağlamakta, mevcut programlardaki fikirlere ilişkin bilgi akışının sağlanması ile teknolojik gelişim artmaktadır. Bu noktada, bilgisayar programlarını meydana getiren kişi ve özellikle de büyük şirketler, bilgisayar programları üzerindeki eser sahipliklerinden gelen hakları ile ticari güçleri, donanım ve veriler üzerindeki hâkimiyetlerini birleştirerek teknoloji alanında tekel haline gelebilmektedir. Bilgisayar programları alanında teknolojik gelişmenin sağlanabilmesi ve tekelleşmenin önüne geçilebilmesi için fikri haklar ile bilgisayar programı üzerinde eser veya hak sahiplerine tanınan koruma ile bilginin yayılması ve kolektif olarak geliştirilebilmesi arasında dengenin sağlanması gerekmektedir.

Fikri haklar ile sağlanan koruma ve bilginin akışının engellenmesinin önüne geçilerek rekabetin sağlanması arasındaki dengenin sağlanabilmesi, aslında bir yanda tekil olarak kişilerin yaratımlarından dolayı ödüllendirilmesine, diğer yandan ise kamu menfaatinin gözetilmesine imkân tanıyacaktır. Fikri haklar ile bilgisayar programının yaratılması nedeniyle bireysel menfaatlere kapsamlı bir koruma sağlandığı açıktır. Dolayısıyla bilginin akışı ve rekabetin sağlanması amacıyla kamu menfaati gözetilen yöntemlere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu noktada önerimiz, araişlerlik serbestisinin geniş yorumlanması ile bilgisayar programlarında özgür ve açık kaynak modelinin kullanılmasıdır.

Araişlerlik serbesti ve bilgisayar programlarında özgür ve açık kaynak modeli ele alındığında, bilgisayar programlarının iki önemli unsurunun odak noktası teşkil ettiği görülmektedir. Bu odak noktaları, araişlerlik serbestisi açısından arayüzler,

özgür ve açık kaynak modelinde ise kaynak kodlarıdır. Kaynak kodlarının fikri hak kapsamında koruma altında olduğu yönünde herhangi bir tartışma bulunmazken arayüzlerin koruma altına alınıp alınmaması açısından farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bir taraftan arayüzlerin işlevsel niteliğiyle ön planda olmasından dolayı tamamen fikri hak koruması dışında tutulması savunulurken, diğer taraftan bilgisayar programının özüne ilişkin önemli bir unsur olmasından dolayı tamamen koruma altına alınması gerektiği öne sürülmektedir. Bu iki farklı yaklaşım altında mehz AB Direktifi ve FSEK düzenlemelerinde, arayüzler tamamen koruma kapsamı dışında tutulmamış ancak fikri mülkiyet hukukunun temel ilkesinin yansıması olarak, arayüzlerinde altında yatan ilke ve düşüncelerin fikri haklar ile korunamayacağı belirtilmiştir.

Arayüzlerin tamamen koruma dışında bırakılmaması ancak bir yandan da, altında yatan düşünce ve ilkelerin korunmayacağına belirtilmesi farklı arayüz türleri açısından uyumsuzlukların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Günümüze kadar çoğunlukla, arayüzlerin alt türü olan kullanıcı arayüzlerine ilişkin uyumsuzluklar görülmüştür. Kaynak kodu ve makine kodunun edebi niteliğinden bahsetmek mümkünken kullanıcı arayüzlerinde işlevsellik ön planda olduğu için arayüzlerin yapı, sıralama ve organizasyonun koruma kapsamına alınması yönünde yabancı mahkeme kararları ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce kullanıcı arayüzlerinin yapı, sıralama ve organizasyonunun dogmatik olarak koruma altına alınmaması, her program ve uyumsuzluk özelinde ele alınması, işlevsellik boyutu yerine sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı, kullanıcılar açısından alışlagelmiş bir düzen teşkil edip etmediği, işlevsellik açısından zorunlu olmasa da kolaylık taşıyıp taşımadığı irdelenmelidir.

Kullanıcı arayüzlerine ilişkin son 35-40 yıldır birçok uyumsuzluk ve farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına rağmen, sistem arayüzlerine ilişkin uyumsuzluklara nadiren rastlanmıştır. Bunun sebebi ise, sistem arayüzlerinin farklı programlar, sistem elemanları veya verilerle etkileşim ve iletişimi sağlayan araişlerlik açısından gerek duyulan niteliğe sahip olmasıdır. Bu durum ise, Oracle ve Google arasında görülen ve sistem arayüzlerinin bir alt türü olan uygulama programlama arayüzlerinin dava konusu olmasıyla değişmiştir.

Sistem alt türlerinden bir tanesi olan ve uygulama programlama arayüzü olarak Türkçeye tercüme edilebilecek olan API'ler araişlerlik açısından önem arz eden kod

parçacıklarıdır. API'ler farklı bilgisayar programları ve program unsurları arasındaki etkileşimi sağlayıp birbirlerinin işlevlerini kullanabilmeyi sağlamakta ve aynı işlevler için yeniden program yazılması ihtiyacını kaldırmaktadır. Dolayısıyla bilgisayar sistemlerinin bütünleşik olarak ve daha fonksiyonel şekilde çalışması bakımından API'lerin fikri hak koruması altında sayılıp sayılmayacağı, tüm kullanıcı ve geliştiricileri etkileyecek, araişlerliğe hukuki yaklaşımın geleceğini belirleyecek bir husustur.

Araişlerlik, bilgisayar sisteminin bir bütün olarak tüm fonksiyonları ile kullanıcılara fayda sağlaması ilkesidir. Tüm sistem unsurlarının; donanım, yazılım ve verinin etkileşime girmesi ve alışverişte bulunmalarının teknik olarak mümkün kılınması gerekmektedir. Bu amaçla mehz AB Direktifi düzenlemeleri ve FSEK md.38/5'te yer alan araişlerlik serbestisi ile program üzerinde eser sahiplerine fikri haklar ile sağlanan hâkimiyete, kamu menfaati adına istisna getirilmiştir. Böylelikle eser sahiplerinin fikri haklar vasıtasıyla bilgisayar sistemlerinin bütünleşik çalışmasını engelleyerek kullanıcıları sadece tüm unsurlarını kendi ürettikleri bilgisayar sistemleri içerisine hapsedmelerinin ve teknolojik ilerleme üzerinde tekel haline gelmeleri önlenmektedir. Bu nedenle araişlerlik serbestisi, bilgi akışının özgürleştirilmesi, kullanıcı ve dolayısıyla kamu menfaatinin temini, rekabetin sağlanarak teknolojinin geleceğinin birkaç büyük şirketin eline bırakılmamasının sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

Araişlerlik serbestisinin büyük önem taşıdığını ortaya koymak dahi önemli bir adımken bununla yetinmek yeterli ve kapsayıcı bir hukuki yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle araişlerlik serbestisinin içeriğinin, boyutlarının ve kapsamının belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Kanımızca bu belirleme yapılırken temel amaç olan sistemlerin bütünleşik şekilde çalışabilmesi ve kullanıcı menfaatinin üstün tutulması göz önünde bulundurulmalı ve sonuç olarak serbesti geniş yorumlanmalıdır. Araişlerlik serbestisi yorumlanırken öncelikle, araişlerlik serbestisinin bağlantı kurma ve ikame edilebilir olma olarak iki farklı boyutu olduğu üzerinde durulmalıdır. Bağlantı kurma boyutu, araişlerliğin temelini oluşturmakta ve dolayısıyla serbesti kapsamında yer aldığı açıktır. Bununla birlikte; ikame edilebilir olma boyutunun, yani bir programın bir başka program yerine kullanılabilmesi, bir programın çıktısının rakip programlarda da uyumlu olarak görüntülenebilmesi ve çalıştırılabilmesini sağlama

fonksiyonunun serbesti kapsamı dışında tutulmasını ileri süren görüşler bulunmaktadır. Araişlerlik serbestisinin kapsamını daraltan bu görüşe katılmadığımızı, bu görüş kapsamında araişlerlik serbestisinin sadece programlara eklenti yapma işlevi gören güdük bir serbesti haline geleceğini belirtmek isteriz. Bu görüşün, teknik gereksinimler ile uyuşmadığı, tüm kullanıcıların ve sonuç olarak kamunun menfaatine aykırı olduğu ve dolayısıyla ikame edilebilir olma boyutunun serbesti kapsamında sayılması gerektiği görüşündeyiz.

Araişlerlik serbestisinin yorumuna ilişkin tartışmalı bir husus ise; serbestinin sadece programlar arasındaki araişlerlik ile mi sınırlı olduğu, yoksa donanım unsurları ve programların arasındaki araişlerliği de mi kapsadığıdır. Araişlerlik serbestisini dar yorumlayan görüşte, düzenleme lafzından dolayı sadece programlar arasındaki araişlerlik için serbestinin tanındığı öne sürülmektedir. Kanaatimizce araişlerlik serbestisinin amacı, teknik gereksinimler ve hatta mehz AB Direktifi'nin giriş kısmı lafzı bir bütün olarak değerlendirildiğinde program ve donanım arasındaki araişlerliğin kapsam dâhilinde olduğu anlaşılabacaktır.

Araişlerlik serbestisinde görülen bir başka yorum farkı ise, AB Direktifi'nde farklı maddelerde düzenlenmiş olan farklı serbestilerin FSEK md.38'de tek bir madde altında toplanmasından dolayı tek bir serbesti olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. Kanımızca, FSEK md.38/5 ve mehz AB Direktifi md.6 düzenlemelerinde yer alan araişlerlik serbestinin koşul ve kısıtlamaları olup diğer serbestilerin amaç ve kapsamlarından ayrı yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda FSEK md.38/4 ile AB Direktifi md.1/2'de programın unsurları, özellikle de arayüzler altında yatan fikir ve prensiplerin koruma altında olmadığı ve md.5/3'de programın herhangi bir unsuru altında yatan düşünce ve ilkeleri tespit etmek için programın gözlemlenebileceği, incelenebileceğini ve test edilebileceği yönündeki düzenlemeler ile başka amaçlarla farklı serbestiler tanınmaktadır. Böylelikle araişlerlik kapsamında ters-derleme dışında tüm tersine mühendislik eylemlerine ilişkin tanınan yetkiler ile araişlerlik serbestisi kapsamında tanınan yetkiler ayrı ele alınmalıdır. Aynı şekilde; FSEK md.38/2 ile AB Direktifi md.5/1'de bilgisayar programının kullanılması için gerekli olduğu durumlarda çoğaltılması ve işlenmesinin serbest olduğu düzenlenmiştir. Buradan hareketle; terse-derleme işleminin, AB Direktifi md.5/1 - FSEK md. 38/2 kapsamındaki amaçlar doğrultusunda da gerçekleştirilebileceğini

belirtmek mümkündür. Sonuç olarak mehz AB Direktifi'nde farklı maddelerde, FSEK'te ise farklı fıkralarda düzenlenen serbestilerin kapsamı ve koşulları birbirinden farklı olduğu kanaatindeyiz.

ABAD'ın *SAS Institute v. World Programming Limited* kararı, AB hukukunda belirli ölçüde araişlerliğin sağlanması ve arayüzlerin işlevsel özelliklerinin fikri hak koruması altına dâhil edilmesinin önüne geçmiştir. Aynı taraflar arasında aynı konuya ilişkin A.B.D.'de görülen davada ihlal kararı verilmesi dolayısıyla AB ve A.B.D.'de aynı davaya ilişkin iki farklı karar ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte; ortaya çıkan iki farklı sonucun araişlerlik serbestisine yaklaşımdan kaynaklanmadığının, sadece A.B.D.'de araişlerlik serbestisini kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmelerin yapılabilmesine yönelik, sözleşme özgürlüğünü üstün tutan hukuk politikası benimsenmesinden kaynaklandığının altının çizilmesi gerekmektedir. Bu durum araişlerlik serbestisine yaklaşımı değiştirmemekte sadece araişlerlik serbestisinden beklenen faydanın tüm boyutlarıyla elde edilmesi mümkün olmamasına sonucunu doğurmaktadır.

ABAD kararı, AB Direktifi düzenlemeleri ve pek çok ülkede araişlerlik serbestisi tanınması, ayrıca A.B.D.'de içtihatların çoğunlukla araişlerlik serbestisi lehine olmasına rağmen *Oracle v. Google* davasındaki Temyiz Mahkemesi kararının araişlerlik ve API'lerin geleceğini olumsuz etkileme potansiyeli bulunmaktaydı. Bu noktada yazılım endüstrisinde rekabetin azalması ve gelişmelerin yavaşlaması etkileri görülebileceği gibi, farklı şirketler arasında telif hakkı savaşlarıyla karşılaşılması da muhtemeldi ancak A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin kararı ile anılan bu potansiyel riskler ortadan kalkmıştır.

Google'ın akıllı telefon işletim sistemi pazarındaki büyük hâkimiyeti ve bu durumu rekabeti önleyecek şekilde kullanmasına karşılık, *Oracle v Google* davasında, araişlerlik serbestisinin Google aleyhine yorumlanması hatalıdır. Bu durumda sadece Google'ın önüne geçmek için kamu menfaatine hizmet eden araişlerlik serbestisinin feda edilmemesi gerekmektedir. Google'ın hâkim durumu ve hâkim durumunu kötüye kullanmasına yönelik eylemlerinin rekabet hukuku kapsamında ele alınması gerekmektedir. Aksi yaklaşım ile araişlerlik serbestisini feda etmek, yeni

geliştiricilerin bilgisayar programı pazarına girmesini engelleyecek sonuçlar doğurabilecektir.

Araişerliğin sağlanabilmesi, bilgisayar programları açısından rekabetin oluşmasına etki edeceği için araişerlik haricindeki alternatiflerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda bilgisayar programlarının sui generis bir korumaya tabi tutularak programlara ilişkin tescil zorunluluğu getirilmesi ve tescille birlikte araişerlik için gerekli bilgilerin yayınlanmasının mecburi tutulması alternatif olarak değerlendirilebilir. Bir başka alternatif yöntem olarak, araişerliği sağlamak için gerekli bilgilerin verilmesine ilişkin zorunlu lisans benzeri bir kanuni düzenleme getirilmesidir. Bu kapsamda belirlenecek bedel karşılığında, program sahibi, araişerliğin sağlanması için gerekli bilgileri ve bunların kullanım yetkisini talep eden başkaca program geliştiricilere temin etme yönünde bir kanuni yükümlülük altında olacaktır. Her iki alternatife kıyasla daha pratik ve daha yaygın bir çözüm ise, özgür ve açık kaynak modelinin yaygınlaştırılmasıdır. Özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanması ve yazılım sektörünün geliştirilmesi için tercih edilebilecek önemli bir alternatif teşkil etmektedir. Özgür ve açık kaynak modeli altında geliştirilen ve dağıtılan bilgisayar programlarının kaynak kodları ve geliştirilmesine yönelik teknik bilgilerin herkesin erişimine açık tutulması sebebiyle başkaca program geliştiricilerin bu bilgileri kullanarak araişerliği sağlamaları mümkündür. Bu modelin yaygınlaşması ve kullanılması ile kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenen araişerlik serbestisi olmaksızın gerekli bilgiler ve kod parçalarına erişilebildiği için özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanmasına yönelik doğal bir alternatif teşkil etmektedir.

Araişerlik serbestisine kıyasla özgür ve açık kaynak modelinde, araişerliğin sağlanabilmesi için tüm program üzerinde yoğun bir emek, zaman ve masraf gerektiren çalışma yapılmasına gerek kalmamaktadır. Gerekli bilgilerin ve kodların erişime açık tutulması sebebiyle hâlihazırda bu bilgilere erişilmesinde kolaylık sağlanabilecektir. Ayrıca araişerliğin sağlanabilmesi için gerekli olacak bilgilerin kapsamı rahatlıkla tespit edilebilecek ve bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların önüne geçilebilecektir. Özgür ve açık kaynak modeli, araişerliğin sağlanmasına yönelik alternatif sağlamakla birlikte ayrıca kolektif çalışma şeklini benimsemesi sebebiyle yazılım sektörünün gelişmesini ve kendi ekosistemini oluşturmasını sağlayarak büyük teknoloji

şirketlerinin hâkimiyetine yönelik bir rekabet unsuru oluşturabilecektir. Bu bakımdan özgür ve açık kaynak modelinin Türkiye’de planlı ve sistematik olarak uygulanması, yazılım sektörü açısından kaldıraç etkisi yaratabilecektir.

Kapalı kaynak modelli programların erişime kapalı ve gizli tutulması sebebiyle bilgisayar programlarına ilişkin bilgi akışı ve birikimi engellenmektedir. Buna tepki olarak özgür ve açık kaynak yazılım felsefesi ile kaynak kodları kullanıcılarının erişimine açık tutulmakta, programların özgürce değiştirilip geliştirilmesi engellenmemektedir. Böylelikle özgür ve açık kaynak yazılım felsefesi ile genel anlamda bilginin serbestçe akması ve birikerek artması sağlanabilmektedir. Özgür ve açık kaynak modelinde, bilgisayar programlarının geniş katılımlı olarak ortaya çıkartılması maliyet avantajı sağlamakta, buna ek olarak sürekli ve farklı bakış açıları ile teknik inceleme altında olması sebebiyle güvenlik avantajı da sağlanabilmektedir. Ayrıca kaynak kodları üzerinde değişiklik yaparak farklı ihtiyaçlara cevap veren modüller eklemeye ve değişiklik yapmaya imkân tanımaktadır.

Özgür ve açık kaynak modelinin faydalarının yanında, hukuki anlamda belirsizlik ve tartışmaları getirdiği yönleri de bulunmaktadır. Özgür ve açık kaynak modelinde, kaynak kodunun açık tutulmasının sağlanabilmesi için modellere özgü farklı lisans metinleri kullanılmaktadır. Lisans metinleri, hukuki amaçlardan çok bilgisayar programcılığına ilişkin sosyal normlar oluşturma hedefiyle kaleme alınmıştır. Temel olarak lisans metinleri alışlagelmiş ve geleneksel fikri mülkiyet uygulamaları ile uyumsuzluklar göstermektedir. Özgür ve açık kaynak modelindeki lisansların bağlayıcı olup olmadığı, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olarak nitelenip nitelendirilemeyeceği, metinlerde yer alan koşullara aykırılığın sözleşmeye aykırılık veya telif haklarına tecavüz teşkil edip etmeyeceği, genellikle ücretsiz olarak erişime sunulan özgür ve açık kaynak kodlu programların lisans koşullarına aykırı davranılması halinde tazminat talebinin mümkün olup olmadığı, bunların yanında program üzerindeki eser sahipliğinin nasıl belirleneceği ve hakların kimin vasıtasıyla kullanılabileceği konularında haklı tartışmalar bulunmaktadır. Tartışmalı hususların özgür ve açık kaynak modelinin hukuka uygun şekilde işlemlerini engellemeyeceğini ancak modelin işleyişine kolaylık sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç olduğunu düşünmekteyiz.

Türkiye açısından özgür ve açık kaynak modelinin yaygın kullanımı ile geniş katılım sayesinde rekabetçi bilgisayar programlarının yaratılabileceği kanaatindeyiz. Bu noktada, özgür ve açık kaynak modellerinin desteklenmesi için ek TÜBİTAK projelerinin hayata geçirilmesi ve Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğine ek düzenlemeler yapılmasını önermekteyiz. Türkiye’de kanun ile yetki tanınmış açık kaynak girişimleri oluşturularak fikri hakların yönetimi ve ticarileştirilmesi, bakım-destek hizmetleri sağlanması, özgün Türkçe lisans metinlerinin oluşturulması sayesinde modelin yürütülebileceğini düşünmekteyiz. Açık kaynak girişimleri vasıtasıyla eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanılması, orta ve uzun vadeli programcılık stratejilerin belirlenmesi, mobil cihazlar ve bilgisayarlar için yerli işletim sistemlerinin oluşturulması ile Türkiye için bilgisayar programı sektöründe geç kalınmış atılımın gerçekleştirilebileceğini öne sürmekteyiz.

KAYNAKÇA

Abrams, Howard B., “Originality and Creativity in Copyright Law”, Law and Contemporary Problems, C.55, S.2, 1992, 1-44

Abrams, Idelle R., “Statutory Protection of the Algorithm in a Computer Program: A Comparison of the Copyright and Patent Laws”, The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law, C.9, S.2, 1989, 125-144,

Açıkgöz, Osman, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Haksız Şartla İlgili Getirdiği Yenilikler”, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Ankara, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, 805-838

Akdemir Kamalı, Tuğba, Fikri Hukuk Kapsamında Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Sonuçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019

Aksu, Mustafa, “Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi” (Koruma), İÜHFM, C.LXXII, S. 1, 2014, 807-830

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” (Yayma Hakkı), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S.1, 2015, 1-28

Alışkan, Murat, “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2, 2005, 349-377

Allen, A. Clifford; **Stern**, Allen, “Open Source Licensing”, Understanding the Intellectual Property License 2010, New York, Practising Law Institute, 2010

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007

Arıkan, Ayşe Saadet Arıkan, “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.3, 1996, 309-381

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, C.II, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998

Arslan, Oğuz, Yeni Kamusal Mal Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım, Ankara, Pelikan Yayıncılık, 2011

Arslanlı, Halil, Fikri Hukuk Dersleri - II - Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954

Asay, Matt, “Linus Torvalds offers the secret to Linux's long-term success”, TechRepublic, 10.04.2019, <https://www.techrepublic.com/article/linus-torvalds-offers-the-secret-to-linuxs-long-term-success-the-answer-wont-surprise-you/>, (03.05.2019)

Atalay, Oğuz, “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi, S. 70, 1999, 7-22

Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001

Atasoy, Evrim, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerin Birbiri ile Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.2, 2013, 29-56

Ateş, Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007

Aydemir, Bülent, “Google'den Yaptırım Tehdidi! Türkiye'de Android Pazarı Patlayabilir”, Habertürk, 15.12.2019, <https://www.haberturk.com/google-den-yaptirim-tehdidi-turkiye-de-android-pazari-patlayabilir-2549571>, (29.02.2020)

Aydın, Selçuk Han, Linux İşletim Sistemi, Ankara, ODTÜ Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, 2002

Aydıncık, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi, Arıkan Yayıncılık, 2006

Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, S Yayınları, 1981

Bainbridge, David, Intellectual Property (IP), 8. Baskı, Harlow, Pearson Education, 2010

Bainbridge, David, Introduction to Information Technology Law (IT Law), 6. Baskı, Harlow, 2008

Bainbridge, David, Software Licensing (Software), 2. Baskı, Herts, CLT Professional Publishing Ltd, 1999

Bajarin, Ben, “Apple and the User Experience Business Model”, Imore, 21.07.2015, <https://www.imore.com/apple-and-user-experience-business-model>, (31.03.2019)

Ballhausen, Miriam, “OpenSaaS: Using Free and Open Source Software as Software-as-a-Service”, IFOSSLR, C.6, S.1, 2014, 61- 68

Band, Jonathan, “Interfaces on Trial 3.0: Oracle America v. Google and Beyond” (Interfaces), Policybandwidth, Ocak 2019, <https://docs.google.com/a/policybandwidth.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=cG9saWN5YmFuZHRoLmNvbXxwb2xpY3liYW5kd2lkdGh8Z3g6NDhjMTIxODliMDA2NjUzNQ>, (14.02.2020)

Band, Jonathan; **Katoh**, Masanobu, Interfaces on Trial Intellectual Property and Interoperability in the Global Software Industry, Boulder, Oxford, Westview Press, 1995

Band, Jonathan, “The Global API Copyright Conflict” (Global API), Harvard Journal of Law & Technology, C.31, 2018, 615-637

Bayamlioğlu, Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma (Teknolojik Koruma), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008

Bayamlioğlu, Emre, “Free and Open Source Software Under Turkish Copyright Law” (FOSS), Free Software and Other Alternative License Models: A Comparative Analysis, (Editör: Axel Metzger), 2015, Springer Science+Business Media, 445-460

Bayrak Meydanoğlu, Ela Sibel, “RFID Sistemleri ve Veri Güvenliği”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, C.1, S.3, 2008, 33-42

Behlendorf, Brian, “Open Source as a Business Strategy”, Open Sources: Voices from the Open Source Revolution, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 70-78

Bently, Lionel; **Sherman**, Brad, Intellectual Property Law, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2009

Bhartiya, Swapnil, “Linus Torvalds says GPL was defining factor in Linux's success”, CIO, 27.08.2016, <https://www.cio.com/article/3112582/linus-torvalds-says-gpl-was-defining-factor-in-linuxs-success.html>, (03.05.2019)

Birant, Kökten Ulaş, Developing New Methodology for Software Projects, (Danışman: Prof. Dr. Alp Kut), Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2006, İzmir

Bobko, Patrick K., “Open-Source Software and the Demise of Copyright”, Rutgers Computer & Technology Law Journal, C.27, 2001, 57-91

Bouchoux, Deborah, Intellectual Property – The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets, C.3, Delmar, New York, Cengage Learning, 2009

Boyd, Jade, “Rice U. turns deep-learning AI loose on software development”, Rice University, 25.04.2018, <http://news.rice.edu/2018/04/25/rice-u-turns-deep-learning-ai-loose-on-software-development/>, (27.10.2019)

Briggs, Peter L., “IBM Unbundling Biggest Software Event in 1969”, Computer World, C.3., S.51

Buchanan, William J, Software Development for Engineers, Oxford, Butterworth-Heinemann, 1997

Burgess, Matt, “Google's AI has written some amazingly mournful poetry”, Wired, 16.05.2016, <https://www.wired.co.uk/article/google-artificial-intelligence-poetry>, (27.10.2019)

Butler, John H., “Pragmatism in Software Copyright: Computer Associates v. Altai”, Harvard Journal of Law and Technology, C.6, 1992, 183-210

Cao, Peter, “Steve Wozniak Believes Steve Jobs Would Be Proud of Apple Today”, 9 to 5 Mac, 13.11.2018, <https://9to5mac.com/2018/11/13/steve-wozniak-interview/>, 31.03.2019

Carlson, Nicholas, “Apple Has ~7,000 Fewer People Working On Maps Than Google”, Business Insider, 21.09.2012, <https://www.businessinsider.com/apple-has-7000-fewer-people-working-on-maps-than-google-2012-9>, (16.11.2019)

Carlson, Nicholas, “To Do What Google Does In Maps, Apple Would Have To Hire 7,000 People”, Business Insider, 26.06.2012, <https://www.businessinsider.com/to-do-what-google-does-in-maps-apple-would-have-to-hire-7000-people-2012-6>, (16.11.2019)

Clayton, Lewis R. Clayton, “The Merger Doctrine”, The National Law Journal, 06.06.2005, <https://www.paulweiss.com/media/1851041/mergerdoct.pdf> (06.01.2020)

Clement, Jessica, “Number of Apps Available in Leading App Stores as of 4th Quarter 2019”, Statista, 15.01.2020, <https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/>, (20.02.2020)

Colleman, Gabriella, “Phreaks, Hackers and Trolls”, The Social Media Reader, (Editör:Michael Mandiberg), New York, New York University Press, 2012

Campeato, Oswald; **Nilson**, Kevin, Web 2.0 Fundamentals with Ajax, Development Tools and Mobile Platforms, Massachusetts (A.B.D.), Jones and Bartlett Publishers, 2011

Cornish, William R. Cornish, “Computer Program Copyright and the Berne Convention”, A Handbook of European Software Law, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 183-201

Czarnota, Bridget; **Hart**, Robert J., Legal Protection of Computer Programs in Europe: A Guide to the EC Directive, London, Butterworths, 1991

Çetin, Görkem; **Özel**, Bülent; **Taşçı**, Kamil; **Köksal**, Mehmet Ali; **Başar**, Nuray; **Ayata**, Refik; **Gürler**, Seçkin; **Gülüm**, Türker; **Karadağ**, Zeynep, e-Dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Eylem Planı, TÜBİTAK, 2005

Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009

Dalyan, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009

De Amescua, Antonio; **García**, José; **Velasco**, Manuel; **Martínez**, Paloma; **Ruiz**, Belén; **Llorens**, Juan; **García**, Luis; **Calvo-Manzano**, Antonio; **Feliu**, Tomás San, “A Software Project Management Framework”, Information Systems Management, C.21, S.2, 2004, 78-85

De Joode, R. van Wendel; **De Bruijn**, J.A.; **Van Eeten**, M.J.G., Protecting the Virtual Commons, Lahey, TMC Asser Press, 2003

Desjardins, Jeff, “Here's How Many Millions of Lines of Code It Takes to Run Different Software”, Business Insider, 09.02.2017,
<https://www.businessinsider.com/how-many-lines-of-code-it-takes-to-run-different-software-2017-2> (31.03.2019)

Einhorn, David A. Einhorn, “Shrink-Wrap Licenses: The Debate Continues”, IDEA: The Journal of Law and Technology, C.38, 1998, 383-401

Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “Mali Hakları ve Kullanım Haklarını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması” (Mali Haklar), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2013, 45-64

Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27” (Sözleşme Özgürlüğü), İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, 2016, 709-737

Erel, Şafak N. , “Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması” (Bilgisayar Programları), Prof. Dr. İlhan Öztürk’a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, 1994, 141-164

Erel, Şafak N. , Türk Fikir ve Sanat Hukuku (Fikir ve Sanat Hukuku), Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1988

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016

Erişgin, Nuri, “Standart Bilgisayar Programlarının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukuki Niteliği” (Standart Bilgisayar Programı), AÜHFD, C.52, S.4, 2003, 41-68

Erişgin, Nuri, “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı” (Bilgisayar Programı), AÜHFD, C.48, S.1, 1999, 213-253

Eroğlu, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Basım Yayım, İzmir, 2000

Eser, İbrahim, Kamuda Özgür Yazılım Kullanımı: Dünyada Ve Türkiye' Deki Örnekleri Üzerinden Bir Değerlendirme, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Danışman: Muammer Kaya, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2011

Farkas, Thomas J., “Data Created by Internet of Things: The New Gold Without Ownership?” Revista la Propiedad Inmaterial, C. 23, 5-18

Ford, Eric; **Taylor**, Nicholas, “Free and Open Source Software in Developing Countries”, Baltimore Intellectual Property Law Journal, C.17, 2009, 139-178

Franco, Katherine A., “Protecting Free And Open Source Software: Solutions In The Digital Millennium Copyright Act”, The Columbia Science and Technology Law Review, C.12, 2011, 159-193

Frankel, Simon J.; **Forrest**, Ethan, "Essay: What Remains of Fair Use for Software after Oracle v. Google," New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law, C.8, S.2, 2019, 310-323

Galbi, Elmer Galbi, “Proposal for New Legislation to Protect Computer Programming”, Bulletin Copyright Society of U.S.A. , 1970, 280-296

Gates, Bill, An Open Letter to Hobbyists, 03.02.1976, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/14/Bill_Gates_Letter_to_Hobbyists.jpg (26.03.2019).

Gibbs, Samuel, “Monkey Business: Macaque Selfie Can’t Be Copyrighted, Say US and UK”, The Guardian, 22.08.2014, <https://www.theguardian.com/technology/2014/aug/22/monkey-business-macaque-selfie-cant-be-copyrighted-say-us-and-uk>, (27.10.2019)

Goldstein, Ayala, “The \$100 Million Court Case for Open Source License Compliance”, White Source Software, 01.06.2017, <https://resources.whitesourcesoftware.com/blog-whitesource/the-100-million-case-for-open-source-license-compliance>, (18.05.2019)

González, Andrés Guadamuz, “GNU General Public License v3: A Legal Analysis”, SCRIPT-ed, C.3, S.2, 2006, 154-163

Gooding, Sarah, “CoKinetic Systems Pursues \$100 Million GPL License Violation Case Against Panasonic Avionics”, WP Tavern, 14.06.2017, <https://wptavern.com/cokinetic-systems-pursues-100-million-gpl-license-violation-case-against-panasonic-avionics>,

Gökyayla, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001

Gratz, Joseph; Lemley, Mark A., "Platforms and Interoperability in Oracle v. Google," Harvard Journal of Law & Technology C.31, Özel Sayı, 2018, 603-614

Gregory, Julia, “Press Association wins Google grant to run news service written by computers”, The Guardian, 06.07.2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/06/press-association-wins-google-grant-to-run-news-service-written-by-computers>, (27.10.2019)

Guadamuz, Andreas, “Artificial Intelligence and Copyright”, WIPO Magazine, Ekim 2017, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html, (27.10.2019)

Hamerly, Jim; **Paquin**, Tom; **Walton**, Susan, “Freeing the Source: The Story of Mozilla”, Open Sources: Voices from the Open Source Revolution, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 91-95

Hamilton, Marc; **Kern**, Harris, “The Software Life Cycle”, InformIT, 9.11.2001, <http://www.informit.com/articles/article.aspx?p=24016>, (30.03.2019)

Harrington, Andrew J. Harrington, "Drawing the Line between Idea and Expression in Oracle v. Google: Questioning the Copyrightability of Java's Application Programming Interface", Lewis & Clark Law Review, C.21, S. 3, 2017, 813-846

Heath, Steven A., “Contracts, Copyright, And Confusion Revisiting: The Enforceability Of ‘ShrinkWrap’ Licenses”, Chicago Kent Journal Of Intellectual Property, C.5, S.1, 2005, 12-27

Heineman, Natalie, “Computer Software Derivative Works: The Calm Before Storm”, Journal of High Technology Law, C.8, S.2, 2008, 235-271

Hemmerdinger, Jon, “News that Panasonic Avionics, Along with Its Corporate Parent, Has Agreed to Make Payments to Settle US Federal Allegations of Corruption Comes Just Months After It Settled Other Allegations Levied by Business Partner CoKinetic”, Flight Global, 04.05.2018, <https://www.flightglobal.com/news/articles/analysis-the-legal-travails-of-panasonic-avionics-448271/>, (18.05.2019)

Hillenius, Gijs, “Free and Open Source Software Across the EU”, IFOSSLR, C.5, S.2, 2013, 153-164

Hirsch, Ernst, Fikri ve Sınai Haklar (Fikri ve Sınai Haklar), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948

Hirsch, Ernst, Hukuki Bakımdan Fikri Say (Fikri Say), C.1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942

Hoffman, Gary; **Grossman**, Jon; **Keane**, Patrick; **Westby**, Jody, “Protection for Computer Software An International Overview: Part 1”, European Intellectual Property Review, C.11, 1988, 337-344

Hristov, Kalin, “Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma”, IDEA – The Journal of Franklin Pierce Center for Intellectual Property, C.57, S.3, 431-454

Huet, Jerome; **Ginsburg**, Jane C., “Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive”, Columbia Journal of Transnational Law, C.30, 1992, 327-373

Hunter, Paula; **Walli**, Stephen, “The Rise and Evolution of the Open Source Software Foundation”, IFOSSLR, C.5, S.1, 2013, 31-41

Ilic, Dejan; **Markovic**, Branko; **Milosevic**, Dragan, “Strategic Business Transformation: An Industry 4.0 Perspective”, International Journal of Economics and Law, 7 (20), 2017, 49-59

İçözü, Tuğçe, “İddia: Google Türkiye'deki Android Cihazlara Destek Vermeyi Kesebilir”, Webrazzi, 15.12.2019, <https://webrazzi.com/2019/12/15/iddia-google-turkiye-deki-android-cihazlara-destek-vermeyi-kesebilir/> , (29.02.2020)

Johns, Adrian, Piracy: The Intellectual Property Wars From Gutenberg to Gates, Chicago, 2009, The University of Chicago Press

Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014

Kaya, Arslan; **Sönmez**, Numan Sabit, ‘İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.78, S.1, 2020, 83-97

Kaya, Talat, “A Comparative Analysis Of The Patentability Of Computer Software”, Ankara Law Review, C.4, S.1, 43-81

Kaypakoğlu, Serhat, Bilgisayar Programlarının Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997

Keleştemur, Atalay, Pardus 2011, İstanbul, Kodlab Yayıncılık, 2011

Kennedy, Dennis M., “A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture”, St. Louis University Public Law Review, C.20, 2001, 345-390

Kerimoğlu, Hande Bahar, “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.2, 2003, 2-22

Keser, Leyla, “İlk Görünüş İspatı”, Prof. Dr. Mahmut Birsal’e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, 231-251

Khan, Sana, “Open Source Software: Risk or Benefit?”, Compliance & Risk, C.6, S.4, 2017, 11-14

Kılıçoğlu, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018

Killian, Robert, “Crossed Signals: Using Oracle America, Inc. v. Google Inc. to Untangle the Analysis of Software Copyright Protection”, Business and Bankruptcy Law Journal, C.2, S.2, 2015, 279-310

Kirkland, Dustin, “How To: Ubuntu On Windows”, 06.04.2016, <http://blog.dustinkirkland.com/2016/04/howto-ubuntu-on-windows.html>, (03.05.2019)

Koç, Serhat, “Yazılımların Hukuken Korunması: Özgür Yazılımlar ve Korsan Parti”, LaborComm 2015 Bildiriler Kitabı, Ankara, 2015, 93-116

Krakowiak, Sacha, “What is Middleare?”, ObjectWeb, 2003, http://www.dicionariodeinformatica.dobr.com.br/what_is_middleware.html, (15.02.2020)

Krishnan, Arjun, “Testing for Copyright Protection and Infringement in Non-Literal Elements of Computer Programs”, Journal of Intellectual Property Rights, C.10, 2005, 9-20

Kuehnel, Anne-Kathrin, “Microsoft, Open Source and the Software Ecosystem: of Predators and Prey—the Leopard Can Change Its Spots”, Information & Communications Technology Law, C.17, S.2, 2008, 107-124

Kurth, Dale R., “Open Source Software: Key Steps to Avoid IP and Licensing Risks”, Industry Week, 27.06.2012, <https://www.industryweek.com/strategic-planning-and-execution/open-source-software-key-steps-avoid-ip-and-licensing-risks>, (13.05.2019)

Küçükali, Canan, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S. 135, 82-86

Lai, Stanley, The Copyright Protection of Computer Software in the United Kingdom, Hart Publishing, Oxford, 2000, s.217

Laursen, Keld; **Moreira**, Solon; **Reichstein**, Toke; **Leone**, Maria Isabella, “Evading the Boomerang Effect: Using the Grant-Back Clause to Further Generative Appropriability from Technology Licensing Deals”, https://www.researchgate.net/publication/276894107_Explaining_the_Use_of_the_Grant-Back_Clause_in_Technology_Licensing, (12.03.2021)

Lavenue, Lionel M., “Lotus Development Corp. v. Paperback Software Int'l: Copyrightability for the User Interface of Computer Software in the United States and the International Realm”, *American University Law Review*, C.7, S.2, 1992, 289-343

Lehmann, Michael, “The European Directive on the Protection of Computer Programs”, *A Handbook of European Software Law*, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 165-181

Lévêque, François; **Ménière**, Yann, “Copyright versus Patents: the Open Source Software Legal Battle”, *Review for Economic Research on Copyright Issues*, C.4, S.17, 2007, 21-46

Lewis, Darene B.; **Wen**, H. Joseph, **Tarn**, J. Michael, “Managing Legal Issues in the Software Development Life Cycle”, *Information Systems Management*, C.19, S.3, 25-31

Linowitz, Sol M.; **Simmons**, George W. F., “Antitrust Aspects of Grant Back Clauses in License Agreements”, *Cornell Law Review*, C.43, 1958, 217-224

Lopatka, John E, “United States v IBM: A Monument to Arrogance”, *Antitrust Law Journal*, C.68, S.1, 2000, 145-162

Luckey, Teresa; **Phillips**, Joseph, *Software Project Management for Dummies*, New Jersey, Wiley Publishing, 2006

Luszcz, Jeff, “Artifex v. Hancom: Open Source is Now an Enforceable Contract”, *Linux.com*, 31.08.2017, <https://www.linux.com/blog/artifex-v-hancom-open-source-now-enforceable-contract> (12.05.2019)

Lyon, James, “Google’s Next Generation Music Recognition”, *Google AI Blog*, 14.09.2018, <https://ai.googleblog.com/2018/09/googles-next-generation-music.html>, (27.10.2019)

Macaluary, Thomas Babington, “Macaluary on Copyright”, The Public Domain, <https://www.thepublicdomain.org/2014/07/24/macaulay-on-copyright/#:~:text=It%20is%20a%20tax%20on,a%20premium%20on%20vicious%20pleasures.>, (11.04.2021)

Mandel, Lawrence D., “Digital Communications Associates, Inc. v. Softklone Distributing Corporation: Copyright Protection for the Status Screen of a Computer Program”, Rutgers Computer & Technology Law Journal, C.15, 1989, 169-189

Mandelbaum, Howard F., “Gottschalk v. Benson--The Supreme Court Takes a Hard Line on Software”, St. John’s Law Review, C.47, S.4, 1973, 635-661

Manes, Stephen; **Andrews**, Paul, Gates: How Microsoft's Mogul Reinvented an Industry--and Made Himself the Richest Man in America, New York, Doubleday, 1992

Mann, Ronald J., “Commercializing Open Source Software: Do Property Rights Still Matter”, Harvard Journal of Law & Technology, C.20, S.1. 2006, 20-47

Marrella, Fabrizio; **Yoo**, Christopher S., “Is Open Source Software the New Lex Mercatoria”, Virginia Journal of International Law, C. 47, S.4, 2007, 807-837

Marshall, Alex, “From Jingles to Pop Hits, A.I. is Music to Some Ears” , The New York Times, 22.01.2017, <https://www.nytimes.com/2017/01/22/arts/music/jukedeck-artificial-intelligence-songwriting.html>, (12.10.2019)

Marshall, Alex, “Is music about to have its first AI No.1?”, BBC, 28.02.2018, <https://www.bbc.co.uk/music/articles/0c3dc8f7-4853-4379-b0d5-62175d33d557>, (27.10.2019)

Marsnik, Susan J.; **Thomas**, Robert E., “Drawing a Line in the Patent Subject-Matter Sands: Does Europe Provide a Solution to the Software and Business Method Patent Problem?”, Boston College International and Comparative Law Review, C.34, S.2, 2011, 227-327

Mcgowan, David, “Legal Implications of Open-Source Software” University of Illinois Law Review, S.1, 2001, 241-304

Mckusik, Marshall Kirk, “Twenty Years of Berkeley Unix: From AT&T-Owned to Freely Redistributable”, Open Sources: Voices from the Open Source Revolution, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 21-27

Meeker, Heather, Open Source for Business: A Practical Guide to Open Source Software Licensing (Licensing), 2. Baskı, North Charleston, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017

Meeker, Heather, “The Open Source Alternative: Understanding Risks and Leveraging Opportunities” (Open Source), New Jersey, John Wiley & Sons, 2008

Melendez-Juarbe, Hiram, "DRM Interoperability", Boston University Journal of Science & Technology Law, C.15, S. 2, 2009, 181-219

Memiş, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması (Kaynak Kodları), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Ed: Tekin Memiş, İstanbul, 2009, 293-308

Memiş, Tekin, “Fikri Hukukta Korunan Unsur İfade mi Fikir mi?” (Fikir), Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C.2, İstanbul, Beta, 2010, 1447-1459

Menell, Peter S., "API Copyrightability Bleak House: Unraveling and Repairing the Oracle v. Google Jurisdictional Mess" (API Copyrightability), Berkeley Technology Law Journal, C. 31, S. 3, 2016, 1515-1596

Menell, Peter S., “Envisioning Copyright Law's Digital Future” (Digital Future), New York Law School Law Review, C.46, 2002, 63-199

Meng, Michael; **Steinhardt**, Stephanie; **Schubert**, Andreas, “Application Programming Interface Documentation: What Do Software Developers Want?”, Journal of Technical Writing and Communication, C.48, S.3, 2018, 295-330

Montague, Joanne van Erp, “Copyright Issues with Open Source Software”, The 49th Annual Conference on Intellectual Property Law, 7-8.11.2011

Morrisett, Greggs, Compiling with Types, Carneige Mellon University School of Computer Science, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1995

Murray, Andrew, Information Technology Law, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013

Murray, Michael D., “Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works”, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series, Research Paper No. 06-09, 24.05.2006, 1-122

Myilly, Ulla-Maija, “Harmonizing Copyright Rules for Computer Program Interface Protection”, University of Louisville Law Review, C.48, 2010, 877-909

Nerona, Grace P., “The Battle Against Software Piracy: Software Copyright Protection in Philippines”, Pacific Rim Law & Policy Journal, C.9, S.3, 651-680

Newell, Gary, The “Top Linux Distributions Of All Time”, Lifewire, 20.02.2019, <https://www.lifewire.com/top-linux-distributions-of-all-time-4084559> (04.05.2019)

Nimmer, Raymond T., “Legal Issues in Open Source and Free Software Distribution”, <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/LegalIssuesNimmer.pdf>, (19.06.2019)

Oğuzman, M. Kemal; **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015

Oktay Özdemir, Saibe, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansların Hukuki Niteliği” (Lisanslar), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2004, 571-598

Oktay Özdemir, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması” (İsimsiz Sözleşmeler), İÜHFD, C.55, S. 1-2, 263-296

Oktay Özdemir, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması (Sınai Haklar), İstanbul, Beta Yayınları, 2002

Olewitz, Chloe, “A Japanese A.I. program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize”, Digital Trends, 23.03.2016, <https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novel-passes-first-round-nationnl-literary-prize/>, (27.10.2019)

Özen, Zeki Özen; **Gülseçen**, Sevinç, “Kaynak Kod Benzerliği ve Klon Kod Tespit Araçları”, Akademik Bilişim’12 - XIV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 2012, 311-318

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008

Palmer, Alan K.; **Vinje**, Thomas C., “The EC Directive on the Legal Protection of Computer Software: New Law Governing Software Development”, Duke Journal of Comparative & International Law, C.2, 1992, 65-87

Perelman, Bruce, “Proving Copyright Infringement of Computer Software: An Analytical Framework”, Loyola of Los Angeles Law Review, C.18, 1985, 919-948

Perens, Bruce, “Open Source Definition”, Open Sources: Voices from the Open Source Revolution, (Editörler: C. DiBona, S. Ockman, and M. Stone), O'Reilly & Associates, 1999, 79-86

Pesochinsky, Zorik, “A Non-Technical Introduction to APIs: What They Are & How Law Firms Can Use Them”, Thomson Reuters Legal Executive Institute, 10.09.2019, <http://www.legalexecutiveinstitute.com/apis-law-firms-use/>, (16.11.2019)

Pierce, Kay H., “Copyright Protection for Computer Programs”, Copyright Law Symposium, C.30, 1980, 1-32

Pinheiro, John; **Lacroix**, Gerard, “Protecting the Look and Feel of Computer Software”, Berkeley Technology Law Journal, C.1, S.2, 1986

Pope, Michael Alan; **Pope**, Patrick Bruce, “Protection of Proprietary Interests in Computer Software”, Alabama Law Review, C.30, S.3, 1979, 527-560

Popescu, Diana; **Amza**, Catalin, “Additive Manufacturing Automation for Industry 4.0”, Research and Science Today, C.13, S.2, 2017, 50-57

Rahmatian, Andreas, “Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, C.44, S.1, 2013, 4-34

Ramachandran, Nina, "Oracle America, Inc v. Google LLC: Federal Circuit Win for Content Owners May Steer Developers Away from Open-Source Software", Tulane Journal of Technology and Intellectual Property, C.21, 2019 159-172

Ravicher, Dan, “Software Derivative Work: A Jurisdiction Dependent Determination”, Linux.com, 13.11.2002, <https://www.linux.com/news/software-derivative-work-jurisdiction-dependent-determination>, (01.06.2019)

Rayome, Alison DeNisco, “Developers, rejoice: Now AI can write code for you”, Tech Republic, 27.04.2018, <https://www.techrepublic.com/article/developers-rejoice-now-ai-can-write-code-for-you/>, (27.10.2019)

Reddy, Hersh R., “Jacobsen v. Katzer: The Federal Circuit Weighs in on the Enforceability of Free and Open Source Software Licenses”, Berkeley Technology Law Journal, C.24, S.1, 2009, 299-320

Rehman, Rafeeq Ur; **Paul**, Christopher, The Linux Development Platform Configuring, Using, and Maintaining a Complete Programming Environment, New Jersey, Prentice Hall PTR, 2003

Reichman, J.H., “Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms”, Columbia Law Review, C.94, 1994, 2432-2558

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012

Risch, Michael, “How Can Whelan v. Jaslow and Lotus v. Borland Both Be Right? Reexamining the Economics of Computer Software Reuse”, Journal of Computer & Information Law, C.17, S.2, 1999, 511-556

Riskin, Michael, “Is Breach of the GPL License Breach of Contract?”, Synopsys, 03.01.2018, <https://www.synopsys.com/blogs/software-security/breach-gpl-license-breach-contract/>, (12.05.2019)

Roberts, Kevin, Lovemarks: The Future Beyond Brands, New York, PowerHouse Books, 2004

Robillard, Martin P., “What Makes APIs Hard to Learn? Answers from Developers.”, IEEE Software, C.26, S.6, 2009, 27–34

Rosati, Eleonora, “The Monkey Selfie case and the concept of authorship: an EU perspective”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, C.12, S. 12, 2017, 973–977

Rosenbaum, Ron, “Secrets of the Little Blue Box”, Esquire, Ekim 1971, <http://www.historyofphonephreaking.org/docs/rosenbaum1971.pdf>, (26.03.2019)

Roshan, Aquil, “Best Linux Distributions for Beginners”, It’s FOSS, 06.01.2019, <https://itsfoss.com/best-linux-beginners/>, (04.05.2019)

Rotenberg, Maya, “I Didn’t Believe It Either. Microsoft No.1 for Open Source!”, WhiteSource, 13.10.2016, <https://resources.whitesourcesoftware.com/blog-whitesource/i-didn-t-believe-it-either-microsoft-no-1-for-open-source>, (03.05.2019)

Sagdeo, Parth, “Application Programming Interfaces and The Standardization-Value Appropriation Problem”, Harvard Journal of Law & Technology, C. 32, S. 1, 2018, 235-263

Samuelson, Pamela, “A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement” (Tests), Northwestern University Law Review, C.107, S.4, 2013, 1821-1850

Samuelson, Pamela, “CONTU Revisited: The Case Against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form” (CONTU), Duke Law Journal, 1984, 663-769

Samuelson, Pamela, “Reconceptualizing Copyright’s Merger Doctrine” (Merger Doctrine), Journal of Copyright Society of the USA, S.63, 2016

Samuelson, Pamela, “Why the Look and Feel of Software User Interfaces Should Not Be Protected By Copyright Law” (Interfaces), Communications of the ACM, C.32, S.5, 1989

Sarp Nebil, Füsün, ”Rekabet Kurumu’nun Google Kararı ve Soruşturmalarında Son Durum”, T24, 12.01.2020, <https://t24.com.tr/yazarlar/fusun-sarp-nebil/rekabet-kurumu-nun-google-karari-ve-sorusturmalarinda-son-durum,25179>, (28.02.2020)

Savelyev, Alexander, “Open source: the Russian Experience (Legislation and Practice)”, Information & Communications Technology Law, C.22, S.1, 2013, 27-44

Scafetta, Jr., Joseph, “Computer Software Protection: The Copyright Revision Bills and Alternatives”, The John Marshall Law Review, C.8, S.3, 1975, 381-399

Schmalbeck, Richard, “The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements”, The University of Chicago Law Review, C.42, 1975, 733-748

Schmitz, Patrice-Emanuel, “Understanding the EUPL v1.2”, 29.05.2017, <https://joinup.ec.europa.eu/news/understanding-eupl-v12>, (20.05.2019)

Schwarz, Krista S.; **Baim**, Stacy A.; **Mayergozy**, Sasha, “Software and Scènes à Faire”, Copyright World, C.190, Mayıs 2009, 11-13

Seltzer, Wendy, “Software Patents and/Or Software Development”, Brooklyn Law Review, C.78, 2013, 929-987

Serozan, Rona; **Baysal**, Başak; **Şanlı**, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019

Shemtov, Noam, “Software Patents and Open Source Models in Europe: Does the FOSS Community Need to Worry About Current Attitudes at the EPO?”, IFOSSLR, C.2, S.2, 2010, 151-164

Sheong, Chang Sau, “Copyright and Open Source Software Licensing”, Bepress Legal Series, 2005

Sherman, Brad, “Computer Programs As Excluded Patentable Subject Matter”, WIPO SCP/15/3, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex2.pdf, (11.03.2019)

Slater, David, “Sulawesi Macaques”, DJS Photography, http://www.djsphotography.co.uk/original_story.html, (27.10.2019)

Smith, JT, “Microsoft's Ballmer: Linux is a cancer”, Linux, 1 Haziran 2001, Linux, <https://www.linux.com/news/microsofts-ballmer-linux-cancer>, (03.05.2019)

Snover, Jeffrey, "PowerShell is open sourced and is available on Linux", Microsoft Azure, 18.08.2016, <https://azure.microsoft.com/en-us/blog/powershell-is-open-sourced-and-is-available-on-linux/>, (03.05.2019)

Soma, John T.; **Winfield**, Gus; **Friesen**, Letty, "Software Interoperability and Reverse Engineering", Rutgers Computer & Technology Law Journal, C.20, S.1, 1994, 189-258

Spooner, Scott J., "The Validation Of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act", Richmond Journal Of Law and Technology, C.7, S.3, 2001, 27-43

St. Laurent, Andrew M., Understanding Open Source and Free Software Licensing, Sebastapol (Kaliforniya), O'Reilly Media, 2004

Stallman, Richard M., Free Software, Free Society, 2. Baskı, Boston, Free Software Foundation, 2010

Stewart, Louise, "Wikimedia Says When a Monkey Takes a Selfie, No One Owns It", Newsweek, 21.08.2014, <https://www.newsweek.com/lawyers-dispute-wikimedias-claims-about-monkey-selfie-copyright-265961>, (27.10.2019)

Sucker, Michael, "The Software Directive-Between the Combat Against Piracy and the Preservation of Undistorted Competition", A Handbook of European Software Law, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 11-17

Sullivan, John, "FSF Statement On Microsoft Joining the Open Invention Network", FSF, 10.10.2018, <https://www.fsf.org/news/fsf-statement-on-microsoft-joining-the-open-invention-network>, (04.05.2019)

Suluk, Cahit; **Karasu**, Raif; **Nal**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018

Synder, Darin; **Hansen**, Melody Drummond; **Meeker**, Heather J.; **Koehler**, Jesse, “Court Upholds Enforceability of Open Source Licenses”, Lexology, 03.05.2017, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=98d5ec53-ce49-40fc-a2e4-7a1c84a2aa46> (12.05.2019)

Şahan, Gökhan, Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016

Şeker, Şadi Evren, “SDLC (Yazılım Geliştirme Yaşam Dairesi)”, Bilgisayar Kavramları, 10.01.2013, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/01/10/sdlc-yazilim-gelistirme-yasam-dairesi/> (29.03.2019);

Şeker, Şadi Evren, “Şelale Modeli (Waterfall Model)”, 29.11.2008, Bilgisayar Kavramları, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2008/11/29/selale-modeli-waterfall-model/> (29.03.2019)

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008

Taylor, Paul, “Law Firm Waged 13-Year War for IBM”, The Washington Post, 24 Ocak 1982, https://www.washingtonpost.com/archive/business/1982/01/24/law-firm-waged-13-year-war-for-ibm/59761e40-ea31-430d-ab0b-c084b69e3a63/?utm_term=.8b8b3e11584b, 09.03.2019)

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012

Thompson, J. Walter, “Next Rembrandt”, JWT.com, <https://www.jwt.com/en/work/thenextrembrandt>, (27.10.2019)

Topak, Süleyman, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”, TBB Dergisi, S.122, 2016, 281-314

Topaloğlu, Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul, Türkiye Bilişim Vakfı, 1997

Torremans, Paul, Intellectual Property Law, 7. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013

Tung, Liam, “Ballmer: I May Have Called Linux A Cancer But Now I Love It”, ZDNet, 11.03.2016, <https://www.zdnet.com/article/ballmer-i-may-have-called-linux-a-cancer-but-now-i-love-it/> (03.05.2019)

Turan, Metin, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Çeşitleri: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Bilgi Dünyası, C.15, S.1, 2014, 125-158

United States Copyright Office, Compendium of U.S. Copyright Office Practices, 3. Baskı, 22.12.2014

Umar, Bilge; **Yılmaz**, Ejder, İsbat Yüğü, Yeniden Yazılmış – Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980

Unni, V.K., “Fifty Years of Open Source Movement: An Analysis Through the Prism of Copyright Law”, Southern Illinois University Law Journal, C.40, 2016, 271-299

Utku, Doruk, Sınai Hakların Rehni, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009

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, S.3, 2016, 2791- 2818

Ünal, Yenal “Bilgi Toplumunun Tarihçesi”, Tarih Okulu, S.5, 2009, 123-144

Üstün, Gürsel, “Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi”, FMR Dergisi, Yıl:6, C.6, S.2006/1, 63- 119

Vetter, Greg R., “The Collaborative Integrity of Open-Source Software”, Utah Law Review, S.2, 2004, 563-700

Vilbig, Kevin, “Hack All the History! Hackers 1959-1991”, Portland State University Honors Theses, C.19, 2013, 1-44

Vinje, Thomas, “The Legislative History of the EC Software Directive”, A Handbook of European Software Law, (Ed. Michael Lehmann, Collin Tapper), Oxford, Clarendon Press, 1993, 39-84

Von Lohmann, Fred, "The New Wave: Copyright and Software Interfaces in the Wake of Oracle v. Google", Harvard Journal of Law & Technology C.31, Özel Sayı, 2018, 517-534

Von Welser, Marcus, “Opposing the Monetization of Linux: McHardy v. Geniatech & Addressing Copyright “Trolling” in Germany”, IFOSSLR, C.10, S.1, 2018, 9-20

Walch, Kathleen, “Will The Next Pop Music Hit Be Completely AI Generated?”, Forbes, 27.08.2019,
<https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/08/27/will-the-next-pop-music-hit-be-completely-ai-generated/#671afeca10da>, (27.10.2019)

Walling, Rob, “How to Become a Programmer”,
http://robwalling.com/assets/Software_by_Rob%20How_to_Become_a%20Programmer_1.0.pdf (29.03.2019)

Weije, Micaela, Grant Back Clauses Development From Regulation 772/2004 to 316/2014 Implications for the Industry, (Tez Danışmanı: Hans-Henrik Lidgard), Lund Üniversitesi (İsveç) Yüksek Lisans Tezi, 2015,
<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8513930&fileId=8569069>, (12.03.2021)

Werbin, Barry, "Oracle v. Google: JAVA API Copyrightability Put to the Test in Smartphone Technology Battle," Landslide, C.5, S.2, 2012, 13-23

Wessel, Milton R., "Whelan v. Jaslow: An Appraisal.", Journal of Law and Technology, C.2, S.1, 1987, 1-4

Weston, Sally Elizabeth, The Legal Regulation of Interoperability in an Oligopolistic Market, Bournemouth University, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015

Whiskus, Dave "The Secret of Apple's Design Success: The Humane Interface", Macworld, 24.01.2013, <https://www.macworld.com/article/2025988/the-secret-of-apples-design-success-the-humane-interface.html> (31.03.2019)

Williams, Andrew, "Best Linux Distros of 2019, TechRadar, 14.09.2018, <https://www.techradar.com/news/best-linux-distro>, (04.05.2019)

Williams, Owen, "Bash on Windows is Incredibly Exciting – But We Should Be Wary", The Next Web, 31.03.2016, <https://thenextweb.com/opinion/2016/03/31/bash-windows-incredibly-exciting-frightening/#gref>, (03.05.2019)

Williamson, Scott R. "Copyright Protection of Computer Audiovisual Display Screens-Digital Communications Associates, Inc. v. Softklone Distributing Corp.", Wake Forest Law Review, C.23, 1988, 273-304

Wu, Shan, "Reflections on our Computer Software Intellectual Property Protection", International Conference on Management Science and Management Innovation, Dordrecht, Atlantis Press, 2014

Yamamoto, Takashi, "AI Created Works and Copyright", Patents & Licensing, C.48, No.1, 2018, 1-16

Yanisky-Ravid, Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability In the 3a Era—The Human-Like Authors Are Already Here—A New Model", Michigan State Law Review, 2017, 659-726

Yarsuvat, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984

Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt:2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004

Yıldırım, Mustafa Fadıl, Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul, Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, 1999

Yıldız, Özge, “Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, 497-540

Yılmaz, Bülent, “Bilgi Toplumu: Eleştirel Bir Yaklaşım”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 147-158

Yusufoğlu, Fülürya, Patent Verilebilirlik Şartları (Patent), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014

Yusufoğlu, Fülürya, Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması (“Bilgisayar Programı”), (Danışman: Prof. Dr. Hamdi Yasaman), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002

Zavras, Alexios Zavras, “Twenty-Five Years of School? Analysis of Free and Open Source Software License Texts”, International Free and Open Source Software Law Review, C.8, S.1, 29-44,

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

AB Direktifi Taslak Metni, 89/C 91/05, COM(88) 816 final — SYN 183, Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51988PC0816&from=EN> (11.02.2020)

AB Direktifi Taslak Metni Açıklamaları, EU 89/C 91/5, Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1989:091:FULL&from=EN>, (11.02.2020)

AB Komisyonu Basın Açıklaması, "Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine", https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581, (19.02.2020)

AB Komisyonu, "Action Plan", https://ec.europa.eu/info/departments/informatics/open-source-software-strategy_en#actionplan, (20.05.2019)

AB Komisyonu, "Open Source Strategy: History", https://ec.europa.eu/info/open-source-strategy-history_en, (20.05.2019)

AB Komisyonu, "Joinup", <https://joinup.ec.europa.eu/>, (20.05.2019)

AB Komisyonu, Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs – Explanatory Memorandum, 05.01.1989, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51988PC0816&from=EN> (07.02.2020)

Akbank T.A.Ş., "Akbank API Developer Portal", <https://apiportal.akbank.com/>, (17.11.2019)

Android, "About the Android Open Source Project", <https://source.android.com/>, (19.02.2020)

Android, "AOSP License", <https://source.android.com/setup/start/licenses>, (19.02.2020)

Apache Software Foundation, “Apache is Open”, Apache Software Foundation Blog, <https://blogs.apache.org/foundation/entry/apache-is-open>, (10.05.2019)

Art Anthony, Oracle v. Google: How To Protect an API From Legal Snags, NORDIC APIS, 26.01.2017, <https://nordicapis.com/oracle-vs-google-how-to-protect-an-api-from-legal-snags/>, (16.11.2019)

Artifex, “Artifex and Hancom Reach Settlement over Ghostscript Open Source Dispute”, 05.12.2017, Artifex.com, <https://artifex.com/news/artifex-and-hancom-reach-settlement-over-ghostscript-open-source-dispute/>, (15.05.2019)

Chicago Sun Times, 1 Haziran 2001, <https://chicago.suntimes.com/output/tech/cst-fin-micro01.html> (03.05.2019)

Cleverism, “Why The Apple Design Is So Successful?”, 24.11.2015, <https://www.cleverism.com/why-apple-design-successful/> (31.03.2019)

CONTU, Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law, C.3, S.1, 1981, 53-74

Covington Financial Services, “Open APIs: CFPB Comments and Legal Issues to Consider”, Cov Financial Services, 22.11.2016, <https://www.covfinancialservices.com/2016/11/open-apis-cfpb-comments-and-legal-issues-to-consider/>, (17.11.2019)

Cumhuriyet, “Rekabet Kurumu’ndan Yeni Google Açıklaması”, <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/rekabet-kurumundan-yeni-google-aciklamasi-1708513>, (28.02.2020)

Eclipse Foundation, “Eclipse Public License v.2.0”, Eclipse.org, <https://www.eclipse.org/org/documents/epl-2.0/EPL-2.0.html>, (15.05.2019)

European Committee for Interoperable Systems, “History”, <http://www.ecis.eu/about-ecis/>, (11.02.2020)

Free Software Foundation, “History”, FSF, <https://www.fsf.org/about/history.html>, (04.05.2019)

Garanti BBVA, “Garanti BBVA API Store”,
<https://www.garantibbva.com.tr/tr/bireysel/subesiz/garanti-api-store.page>,
(17.11.2019)

Geeks for Geeks, “Language Processors: Assembler, Compiler and Interpreter”,
<https://www.geeksforgeeks.org/language-processors-assembler-compiler-and-interpreter/> (02.04.2019)

GNU, “GNU Free Document License Version 1.1”, Mart 2000,
<https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/fdl-1.1.html> (11.05.2019)

GNU, “GNU Free Document License Version 1.2”, Kasım 2002,
<https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/fdl-1.2.html>, (11.05.2019)

GNU, “GNU Free Document License Version 1.3”, 03.11.2002,
<https://www.gnu.org/licenses/fdl.html>, (11.05.2019)

GNU, “GNU General Public License Version 2”, Haziran 1991,
<https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>, (11.05.2019)

GNU, “GNU General Public License Version 3”, 29.06.2007,
<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>, (11.05.2019)

GNU, “GNU Library General Public License Version 2”, Haziran 1991,
<https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/lgpl-2.0.html>, (11.05.2019)

GNU, “Lesser General Public License Version 3”, 29.06.2007,
<https://www.gnu.org/licenses/lgpl-3.0.html>, (11.05.2019)

Google, Annual Report 2005,

http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/g/NASDAQ_GOOG_2005.pdf, (19.02.2020)

Google, Annual Report 2007,

http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/g/NASDAQ_GOOG_2007.pdf, (19.02.2020)

Google Maps Platform, “API ve Özelliklerin Faturalandırmasındaki Değişiklikler”,

<https://cloud.google.com/maps-platform/user-guide/pricing-changes/#billing-changes>, (16.11.2019)

Google Maps Platform, “Haritalar, Rotalar ve Yerler’in Faturalandırılması”,

<https://cloud.google.com/maps-platform/pricing/>, (16.11.2019)

Haberler.com, “Google Türkiye’den Çekiliyor mu?”, 16.12.2019,

<https://www.haberler.com/google-turkiye-den-cekiliyor-mu-rekabet-kurumu-12721774-haberi/>, (28.02.2020)

Harvard Business School Digital Initiative, “The Rise and Fall (and Rise Again?) of BlackBerry”, 01.02.2018, <https://digital.hbs.edu/platform-digit/submission/the-rise-and-fall-and-rise-again-of-blackberry/>, 25.04.2020

IBM, “1401 Data Processing System”,

https://www.ibm.com/ibm/history/exhibits/mainframe/mainframe_PP1401.html (09.03.2019)

IBM, “IBM 1401: The Mainframe”,

<https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/mainframe/> (09.03.2019)

International Intellectual Property Alliance, “About”, <https://www.iipa.org/about/>,

(11.02.2020)

Kuveyt Türk, “Kuveyt Türk API Market”, <https://developer.kuveytturk.com.tr/#/>, (17.11.2019)

Linux Kullanıcıları Derneği, “Tarihçe”, LKD.org.tr, <http://www.lkd.org.tr/hakkimizda/tarihce/>, (19.05.2019)

Microsoft Windows Server Team, “Microsoft Loves Linux”, Windows Server Blog, 06.05.2015, <https://cloudblogs.microsoft.com/windowsserver/2015/05/06/microsoft-loves-linux/> (03.05.2019)

Netcraft, “April 2019 Web Server Survey”, 22.04.2019, <https://news.netcraft.com/archives/2019/04/22/april-2019-web-server-survey.html>, (10.05.2019)

Netcraft, “September 2003 Web Server Survey”, 01.09.2003, https://news.netcraft.com/archives/2003/09/01/september_2003_web_server_survey.html, (10.05.2019)

Nextrembrandt.com, <https://www.nextrembrandt.com/>, (27.10.2019)

Open Handset Alliance, “Overview”, https://www.openhandsetalliance.com/oha_overview.html, (19.02.2020)

Oracle, The Java Tutorials, Java Documentation, <https://docs.oracle.com/javase/tutorial/getStarted/intro/changemylife.html>, (17.02.2020)

Ortadoğu Teknik Üniversitesi Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, “İnternet Tarihi”, İnternet Arşivi, <http://www.internetarsivi.metu.edu.tr/tarihce.php>, (19.05.2019)

OSI, “Coining Open Source”, <https://opensource.org/history>, (26.04.2019)

OSI, “European Union Public License version 1.2”, <https://opensource.org/licenses/EUPL-1.2>, (20.05.2019)

OSI, “History”, <https://opensource.org/history>, (02.05.2019)

OSI, “Licenses by Name”, <https://opensource.org/licenses/alphabetical>, (12.05.2019)

OSI, “Microsoft Makes it Official: Becomes Sponsor of Open Source Initiative”, 26.09.2017, <https://opensource.org/node/901>, (03.05.2019)

OSI, “Open Source Licenses by Category”, <https://opensource.org/licenses/category>, (15.05.2019)

OSI, “The 3-Clause BSD License”, <https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>, (12.05.2019)

OSI, “The MIT License”, <https://opensource.org/licenses/MIT>, (15.05.2019)

OSI, “The Open Source Definition (Annotated)”, v.1.9, <https://opensource.org/osd-annotated>, (26.04.2019)

Pardus, “Hakkında”, Pardus.org, <https://www.pardus.org.tr/hakkinda/>, (19.05.2019)

Perl Foundation, “Artistic License 2.0”, Perlfoundation.org, <https://www.perlfoundation.org/artistic-license-20.html>, (15.05.2019)

Sabah, “Türkiye’de Google Servisleri Çöktü”, 19.12.2019, <https://www.sabah.com.tr/gundem/2019/12/19/turkiyede-google-servisleri-coktu-google-ve-rekabet-kurumu-arasindaki-aciklamalarin-ardindan>, (28.02.2020)

Sözcü, “Android Telefonlarda Google Uygulamaları Krizi! Resmi Açıklama Geldi”, 15.12.2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/android-telefonlarda-google-uygulamalari-krizi-resmi-aciklama-geldi-5511183/>, (29.02.2020)

SPDX, “Common Development and Distribution License“, spdx.org, <https://spdx.org/licenses/CDDL-1.0.html>, (15.05.2019)

SR University Department of Computer Science, Introduction to Computers: Hardware and Software, http://cs.sru.edu/~mullins/cpsc100book/module02_introduction/module02-03_introduction.html, (25.03.2019)

Statista– The Statistics Portal, “Global smartphone OS market share held by RIM (BlackBerry) from 2007 to 2016, by quarter”, <https://www.statista.com/statistics/263439/global-market-share-held-by-rim-smartphones/> (25.04.2020)

Statista – The Statistics Portal, “Information Technology (IT) Spending on Enterprise Software Worldwide, from 2009 to 2020 (in Billion U.S. Dollars)”, <https://www.statista.com/statistics/203428/total-enterprise-software-revenue-forecast/> (25.03.2019)

The Linux Information Project, “Source Code Definition”, 23.05.2004, http://www.linfo.org/source_code.html (30.03.2019)

The Linux Information Project, “Object Code Definition”, 07.08.2005, http://www.linfo.org/object_code.html, (30.03.2019)

The Report of the President’s Commission on the Patent System, 2 Şubat 1967, <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=historical> (09.03.2019)

The Software Alliance, “BSA Hakkında”, <https://ww2.bsa.org/about-bsa>, (11.02.2020)

The United States Department of Justice, “United States’ Memorandum on the 1969 Case”, <https://www.justice.gov/atr/case-document/united-states-memorandum-1969-case> (09.03.2019)

The U.S. Congress, Office of Technology Assesment, Computer Software and Intellectual Property, Background Paper, Washington, U.S. Government Printing Office, 1990

TÜBİTAK 1501-Sanayi Araştırma Teknoloji Geliştirme Ve Yenilik Projeleri Destekleme Programı Uygulama Esasları, https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/3654/1501_programi-239_bk_degisiklikleri_islenmis_hali.pdf, (28.02.2020)

TÜBİTAK 1505 - Üniversite-Sanayi İşbirliği Destek Programı Uygulama Esasları, https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/universite_-_sanayi_isbirligi_destek_programi_uygulama_esaslari_1.pdf, (28.02.2020)

TÜBİTAK 1507 - KOBİ AR-GE Başlangıç Destek Programı Uygulama Esasları, https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/3653/1507_programi-7_yk_degisiklikleri_islenmis_hali-son.pdf, (28.02.2020)

TÜBİTAK Teknoloji ve Yenilik Destek Programları Başkanlığı, TEYDEB, <https://teydeb.tubitak.gov.tr/teydebanasayfa.htm> (28.02.2020)

Türkiye İş Bankası A.Ş., “API Portal”, <https://www.isbank.com.tr/TR/api-portal/Sayfalar/api-portal.aspx>, (17.11.2019)

ULAKBİM, “Pardus 17.5 Sürümü Yayınlandı”, TÜBİTAK, 05.03.2019, <https://ulakbim.tubitak.gov.tr/tr/haber/pardus-175-surumu-yayinlandi>, (19.05.2019)

ULAKBİM, “Pardus Yaygınlaşmaya Devam Ediyor”, TÜBİTAK, 02.02.2017, <http://ulakbim.tubitak.gov.tr/tr/haber/pardus-yayginlasmaya-devam-ediyor>, (19.05.2019)

USCO, “Announcement from the Copyright Office, Copyright Registration for Computer Programs”, 11 Bulletin Copyright Society of U.S.A., 1964

USCO, Compendium: Chapter 300 - Copyrightable Authorship, <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf>, (21.10.2019)

USCO, “The Computer Software Rental Amendments Act of 1990”, Washington, US Government Printing Office, Mart 1994, <https://www.copyright.gov/reports/computer-software-rental-report.pdf> (04.02.2020)

USCO, “U.S. Copyright Office Summary of The Digital Millenium Copyirght Act of 1998”, Aralık 1998, <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, (15.02.2020)

WIPO, Committee of Experts on Legal Protection of Computer Software, Draft Treaty for Computer Software, 1983, https://www.wipo.int/mdocsarchives/LPCS_II_83/LPCS_II_3_E.pdf (22.03.2019)

WIPO, “Copyright Protection of Computer Software”, <https://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html> (16.03.2019)

WIPO, “Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)”, https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html (21.03.2019)

WIPO, WIPO Copyright Treaty – Contracting Parties, https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 (03.04.2019)

Wikimedia Commons, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Macaca_nigra_self-portrait.jpg#filehistory, (27.10.2019)

Yapı ve Kredi Bankası A.Ş., “API Portal”, <https://apiportal.yapikredi.com.tr/>, (17.11.2019)

Yıldız Teknik Üniversitesi, “Algoritma ve Akış Diyagramları” <http://www.yildiz.edu.tr/~wwwhid/TR/algoritma3.htm> (30.03.2019).

YARGI VE KURUM KARARLARI, YARGILAMA EVRAK VE KAYITLARI

ABAD

ABAD Kararı, C-145/10, Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others, 01.12.2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0145&from=EN>, (26.10.2019)

ABAD Kararı, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury*, 22.12.2010, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E441108099F74D7EAF18B5BD35DE00E0?text=&docid=83458&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5589782>, (13.02.2020)

ABAD Kararı, C-406/10, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, , 02.05.2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9EE5916AE80FF5F99900794EB5077061?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5340602>, (12.02.2020)

ABAD Kararı, C-604/10, *Football Dataco Ltd and Others v Yahoo UK Ltd and Others*, 01.03.2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7623179>, (26.10.2019)

ABAD Kararı (İlk Derece Sıfatıyla), T-201/04 R, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=92256EF70B485914466ADBBA9D99137E?text=&docid=57268&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6846329>, (20.02.2020)

ABAD Kararı, *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*, T-201/04, 17.09.2007, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=92256EF70B485914466ADBBA9D99137E?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6846329>, (20.02.2020)

ABAD Raportör Görüşü, Maciej Szpunar, Top System SA v Belgian State, Case C-13/20, 10.03.2021,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238707&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2250456>,
(23.07.2021).

ABAD Raportör Görüşü, Paolo Mengozzi, Footbal Dataco Ltd v. Yahoo UK Limited, Case C-604/10, 15.12.2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CC0604&from=EN>, (26.10.2019)

ABAD Raportör Görüşü, Yves Bot, SAS Institute Inc. v World Programming Ltd, C-406/10, 29.11.2011,
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=115484&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=5345200,
(12.02.2020)

A.B.D.

A.B.D. Başsavcılık görüşü, Solicitor General of the United States, Brief for the United States as Amicus Curiae, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, No:14-410, https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2015/06/01/14-410_google_v_oracle_us_cvsg_brief.pdf, (18.01.2020)

A.B.D. Georgia – Atlanta Bölge Mahkemesi Kararı, *Digital Communications v. Softklone*, 659 F. Supp. 449, 31.03.1987, <https://casetext.com/case/digital-communications-v-softklone> (28.11.2019)

A.B.D. Güney Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Cain v. Universal Pictures Co.*, 47 F. Supp. 1013 (S.D. Cal. 1942), 14.12.1942, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/47/1013/1799587/>
(07.01.2020)

A.B.D. Güney Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 08.06.2016

https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf

(01.12.2019)

A.B.D. Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Broderbund Software, Inc. and Pixellite Software* v.

Unison World, Inc., 648 F. Supp. 1127, 08.10.1986,

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/648/1127/1431057/>

(28.11.2019)

A.B.D. Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *GDC Technologies Limited v. Dolby Laboratories, Inc.*, Case No: 2:2016cv02459, 11.04.2016,

<https://dockets.justia.com/docket/california/cacdce/2:2016cv02459/644956>,

(16.02.2020)

A.B.D. Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *NEC Corp. v. Intel Corp.*, 645 F. Supp. 590,

1986,

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/645/590/1499423/> (02.04.2019)

A.B.D. Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Softman Products Company, LLC v Adobe Systems, Inc.*, No. CV 00-04161DDP(AJWX), 19.10.2001, 171 F. Supp. 2d 1075,

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/171/1075/2488277/>,

(23.02.2020)

A.B.D. Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi Kararı, *Artifex v Hancom*, No.16-cv-06982-JSC, 12.09.2017. <https://casetext.com/case/artifex-software-inc-v-hancom-inc>,

(23.03.2020).

A.B.D. Kolorado Bölge Mahkemesi, *Gates Rubber Co. v. Bando American*, No. 92-S-0136, 01.05.1996, 167 F.R.D. 90; 1996 U.S. Dist. LEXIS 12423,

<https://cyber.harvard.edu/digitaldiscovery/library/preservation/gates.html>,

(17.02.2020)

A.B.D. Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi, *Naruto v Slater*, C. No. 15-cv-04324-WHO, 28.01.2016, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv04324/291324/45/>, (28.10.2019)

A.B.D. Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, <http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf> (01.12.2019)

A.B.D. Kuzey Kaliforniya – San Jose Bölge Mahkemesi Kararı, *Cisco Systems Inc v Arista Networks Inc*, No. 5:14-cv-05344-BLF, 10.01.2018, <https://www.eff.org/document/order-vacating-district-court-judgment-after-cafc-remand>, (07.01.2020)

A.B.D. Kuzey Karolina Bölge Mahkemesi, *SAS Institute v. World Programming Limited*, No. 5:10-CV-25-FL., <https://www.leagle.com/decision/inadvfdco151014000697>, (16.02.2020)

A.B.D. Kuzey Karolina Bölge Mahkemesi, *Synopsys, Inc. v. ATopTech, Inc.*, Case No. 13-cv-02965-MMC (DMR) (N.D. Cal. 09.11.2016), <https://casetext.com/case/synopsys-inc-v-atoptech-inc-10>, (16.02.2020)

A.B.D. Massachusetts Bölge Mahkemesi Kararı, *Lotus Development Corporation v. Paperback Software International and Stephenson Software, Limited*, 740 F.Supp. 37, 1990, <https://casetext.com/case/lotus-dev-corp-v-paperback-software?> (28.11.2019)

A.B.D. New Jersey Bölge Mahkemesi Kararı, *Unix System Laboratories, Inc. v. Berkley Software Design, Inc.*, 832 F. Supp. 790 (1993), Civ. No. 92-1667, 08.09.1993, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/832/790/1428569/>, (14.06.2020)

A.B.D. New York Güney Bölge Mahkemesi, *CoKinetic Systems Corp. v. Panasonic Avionics Corp.*, Dosya Numarası: 1:2017cv01527; Justia, “CoKinetic Systems, Corp. v. Panasonic Avionics Corporation”, Justia Dockets and Filings,

<https://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2017cv01527/470007>,
(18.05.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 1. Daire Kararı, *Lotus Development Corp. v. Borland International Inc.*, 49 F.3d 807, 09.03.1995,
<https://h2o.law.harvard.edu/collages/21410> (30.11.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi, 2. Daire Kararı, *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 1992,
<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf> (28.11.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 2. Dairesi Kararı, *IBM v US Justice Department*, 687 F.2d 591, 13.08.1982, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/687/591/149520/> (01.07.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 3. Daire Kararı, *Apple Computer, Inc v Franklin Computer Corporation*, 714 F.2d 1240, 30.08.1983, <https://openjurist.org/714/f2d/1240/apple-computer-inc-v-franklin-computer-corporation>, (24.11.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi, 3. Daire Kararı, *Dun Bradstreet Software Services Inc v Grace Consulting Inc*, Nos. 00-2772, 00-2932, 538 U.S. 1032, 24.09.2002,
<https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1003090.html>, (23.02.2020).

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 3. Daire Kararı, *Step-Saver Data Systems, Inc. v Wyse Technology and the Software Link, Inc.*, No. 90-1859, 29.06.1991, 939 F.2d 91
<https://www.courtlistener.com/opinion/564982/step-saver-data-systems-inc-v-wyse-technology-and-the-software-link-inc/>, (23.02.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi, 3. Daire Kararı, *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d 1222, 04.07.1986, <https://casetext.com/case/whelan-associates-v-jaslow-dental-laboratory#p1222> (28.11.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 4. Daire Kararı, *SAS Institute v. World Programming Limited*, No:16-808/ No:16-1857, <https://copyrightalliance.org/wp-content/uploads/2018/12/SAS-Intl-v-WPL.pdf>, (16.02.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 7. Daire Kararı, *ProCD, Inc v Matthew Zeidenberg, and Silken Mountain Web Services*, No. 96-1139, 20.06.1996, 86 F.3d 1447, <https://www.courtlistener.com/opinion/720542/procd-inc-v-zeidenberg/>, (23.02.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435, 19.09.1994, <https://casetext.com/case/apple-computer-inc-v-microsoft-corp> (01.12.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Leslie A. Kelly v Arriba Soft Corporation*, 336 F.3d 811, No. 00-55521, 10.09.2001, <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/KellyvArriba%289C2003%29.htm> (27.01.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi Kararı, *Naruto v Slater*, No.16-15469, 23.04.2018, <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf>, (28.10.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 20.10.1992, <https://openjurist.org/977/f2d/1510> (01.02.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000), <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf>, (27.01.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Arista Networks, Inc. v. Cisco Systems, Inc.*, No. 17-1525 (Fed. Cir. 2018), 09.11.2018, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1525/17-1525-2018-11-09.html>, (16.02.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Atari Games Corp. and Tengen, Inc. v. Nintendo of America Inc. and Nintendo Co., Ltd.*, 975 F.2d 832 (1992), 10.09.1992, https://scholar.google.com/scholar_case?case=15866317401594691669, (01.02.2020)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Jacobsen v Katzer*, 535 F.3d 1373, 13.08.2008, https://www.law.berkeley.edu/files/Jacobsen_v_Katzer_-_Westlaw.pdf, (23.03.2020).

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375> (01.12.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF> (01.12.2019)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daireye Sunulan Sektör Görüşü, Brief Of Amici Curiae Computer Scientists In Support Of Defendant-Cross Appellant and Affirmance, 30.05.2013, https://www.eff.org/files/filenode/2013.1021.1022.computer.scientists.amici_brief_.pdf, (05.01.2020)

A.B.D. Wisconsin Bölge Mahkemesi Kararı, *ProCD, Inc v Matthew Zeidenberg, and Silken Mountain Web Services*, No. 95-C-0671-C, 04.01.1996, 908 F. Supp. 640, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/908/640/1457490/>, (23.02.2020)

A.B.D. Yüksek Mahkeme Dosya Kayıtları, No:18-956, <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html>, (15.02.2020)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Diamond v Diehr*, 450 U.S. 175 (1981), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/450/175.html> (10.03.2019)

A.B.D. Yüksek Mahkeme Kararı, *Feist Publications, Inc v Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 1991, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/499/340>, (22.03.2020)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Federal Circuit, No:18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (11.04.2021)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63 (1972), para.72, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/409/63/> (09.03.2019)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Parker v Flook*, 437 U.S. 584 (1978), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/584/#588> (09.03.2019)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Karşı Oy Yazısı, Hakim Clarence Thomas, Hakim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf , (11.04.2021),

Google Inc. Başvuru Dilekçesi, Brief in Opposition to the Supreme Court of the United States, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, No:14-410, <https://www.scribd.com/document/249587513/Oracle-Supreme-Court-brief> (18.01.2020)

Google Inc. Başvuru Dilekçesi, *Google Inc. v Oracle America Inc.*, Petition for a writ of Certiorari to the Supreme Court of the United States, 06.10.2014, <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/14-410.htm> (18.01.2020)

Google Inc. Başvuru Dilekçesi, Petition For a Writ of Certiorari, 24.01.2019

https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf,

Oracle tarafından A.B.D. Yüksek Mahkemesine sunulmuş 27.03.2019 tarihli dilekçe, Brief In Opposition, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf, (15.02.2020)

Software and System Developers and Engineers for United States Government Agencies, Brief Amici,

13.01.2020, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/128455/20200113171350826_2020%2001%2013%20Final%20brief%20for%20filing%20--%20Software%20and%20System%20Developers%20and%20Engineers.pdf, (19.02.2020)

Almanya

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı - BVerfGE, T. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83

Alman Federal Yüksek Mahkemesi Kararı, Sudwestdeutsche Inkasso KG v Bappert and Burkert Computer GmbH, No.52/83, 09.05.1985 (R&W Online Datenbank, <https://online.ruw.de/suche/bb/Inkasso-Programm-Entscheidung-des-BGH-69ebf3d16ce7b4828e4c29c37bb1e3ed?crefresh=1>, 10.11.2019)

Avustralya

Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Apple Computers Inc v Computer Edge Pty Ltd*, [1983] FCA 328, (Bainbridge, IT Law)

Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Apple Computers Inc v Computer Edge Pty Ltd*, [1984] FSR 481, (Bainbridge IT Law)

EPO

EPO, G 0001/19, T 0489/14, (Pedestrian Simulation) Bentley Systems Limited,
<https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/g190001ex1.html>,
 (21.08.2021)

EPO, T 0026/86, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t860026ep1.html> (10.03.2019)

EPO, T 0208/84, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t840208ep1.html> (25.02.2019)

EPO, T 0258/03 (Auction method/HITACHI), <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030258ep1.html>, (11.03.2019)

EPO, T 0424/03, Clipboard Formats I, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030424eu1.html> (11.03.2019)

EPO, T 0931/95, PBS, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t950931ep1.html> (10.03.2019)

EPO T 0935/97, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t970935eu1.html>, (10.03.2019)

EPO, T 1173/97, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html> (10.03.2019);

İNGİLTERE

İngiltere Lordlar Kamarası (House of Lords) Kararı, *Ladbroke v William Hill*, [1964]
 1 All ER 465,
https://wikijuris.net/cases/ladbroke_football_v_william_hill_football_1964,
 (23.03.2020)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı, *University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd*, [1916] 2 Ch 601, http://wiki.ipcompendium.ca/cases:university_of_london_press_ltd_v_university_tutorial_press_ltd, (23.03.2020)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı, *Navitaire Inc v Easyjet Airline Company and Bulletproof Technologies Inc*, [2004] EWCH 1725 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/1725.html>, (03.07.2020)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *SAS Institute Inc. v World Programming Limited*, [2010] EWHC 1829 (Ch), 23.07.2010, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1829.html#para332>, (12.02.2020)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı, *SAS Institute Inc. v World Programming Limited II*, [2013] EWHC 69 (Ch), 25.01.2013, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/69.html>, (12.02.2020)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Kararı, *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd & Ors Rev 1*, [2006] EWHC 24 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/24.html>, (03.07.2020)

İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi Kararı, *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd* [2007] EWCA Civ 219, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/219.html>, (24.11.2019)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkeme Kararı, *Ibcos Computers v Barclays Mercantile Highland Finance Ltd*, 1994, FSR 275 302, <https://swarb.co.uk/ibcos-computers-ltd-v-barclays-mercantile-highland-finance-ltd-chd-1994/>, (23.03.2020)

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkeme Kararı, *Sega Enterprises v Richards*, [1983] FSR 73 (Bainbridge, IT Law)

Türkiye - Rekabet Kurumu

Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018,
<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443>, (17.02.2020)

Türkiye - Yargıtay

Yargıtay 4. HD. E. 1976/5913, K. 1977/7617, T. 01.07.1977 (Kazancı)

Yargıtay 7. CD. E. 2007/16776, K. 2009/13083, T. 10.11.2009 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 1994/4091, K. 1994/8311, T. 7.11.1994 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD, E. 1998/9958, K. 1999/3423, T. 11.3.1999 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 1998/10031, K. 1999/250, T. 29.1.1999 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E.2002/8058, K. 2002/10328, T. 12.11.2002 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD E.2002/8275, K. 2002/8839, T. 11.10.2002 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2002/8451, K. 2003/791, T. 27.1.2003 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD E. 2005/166, K. 2006/330, T. 20.1.2006 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2005/1101, K. 2006/994, T. 6.2.2006 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2006/6776, K. 2007/14566, T. 20.11.2007 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2007/7355, K. 2008/9425, T. 17.7.2008 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2009/2051, K. 2009/5292, T. 4.5.2009 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2012/13254, K. 2014/3487, T. 25.2.2014 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2013/15415, K. 2015/6399, T. 5.5.2015 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E.2013/15438, K. 2014/2405, T. 12.2.2014 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2014/15884, K. 2015/13763, T. 22.12.2015 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2015/1510, K. 2015/8419, T. 17.6.2015 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2015/3224, K. 2016/1184, T. 9.2.2016 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2016/403, K. 2017/3216, T. 31.5.2017 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2016/9037, K. 2018/2336, T. 3.4.2018 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2016/12491, K. 2018/5907, T. 2.10.2018 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2016/13006, K. 2018/4273, T. 4.6.2018 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E.2016/13088, K. 2018/563, T. 23.1.2018 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD, E. 2017/2053, K. 2018/7795, T. 10.12.2018 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2017/4747, K. 2018/1344, T. 22.2.2018 (Kazancı)

Yargıtay 11. HD. E. 2018/409, K. 2019/5485, T. 17.9.2019 (Kazancı)

Yargıtay HGK E. 2003/4-260, K. 2003/271, T. 02.04.2003 (Kazancı)

Yargıtay HGK E. 2017/576, K.2019/1022, T.08.10.2019 (yargitay.gov.tr)

Yargıtay HGK E.2019/11-474, K. 2020/26, T. 16.1.2020 (Kazancı)

Yargıtay İBGK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 (Kazancı)

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Onur ŞAHİN
Tez Başlığı : Telif Hakları Bakımından Bilgisayar Programları:
Araştırma Serbestisi İle Özgür Ve Açık Kaynak Kodlu
Programlar
Savunma Tarihi : 13/ 08 / 2021
Danışmanı : Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

JÜRI ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

- Prof. Dr. İbrahim Hamdi YASAMAN
- Prof. Dr. Tekin MEMİŞ
- Prof. Dr. Mehmet ERDEM
- Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
- Doç. Dr. Cahit SULUK

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Enstitü Müdürü