

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

YABANCILIK UNSURU İÇEREN YAZILIM LİSANS
SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

HAZIRLAYAN
GÖKSU KANLIGÖZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. SEMA ÇÖRTOĞLU KOCA

ANKARA - 2023

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 04 / 05 / 2023

Öğrencinin Adı, Soyadı: Göksu KANLIGÖZ

Öğrencinin Numarası: 21920315

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA

Tez Başlığı: Yabancılık Unsuru İçeren Yazılım Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 113 sayfalık kısmına ilişkin, 04 / 05 / 2023 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %15'tir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 04 / 05 / 2023

Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA

TEŞEKKÜR

Tezimin her aşamasında emek ve desteklerini esirgemeyen, sabır ve büyük bir özveriyle beni yönlendiren tez danışmanım saygıdeğer hocam Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA'ya en içten minnet ve teşekkürlerimi sunarım.

Tez savunma jürimde yer alan ve değerli katkılarını sunan kıymetli hocalarım Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL'a müteşekkirim.

Çalışma hayatımda da her türlü desteğini hiçbir zaman esirgemeyen çok değerli yöneticim Av. Gökçe Su GÜLLEROĞLU ve Av. Onur AYGIT'a, çalışma arkadaşım Av. İrem ÖZYURT'a göstermiş oldukları anlayış ve hoşgörü için teşekkür ederim.

ÖZET

Teknolojik alandaki gelişmeler ışığında, kullanımı artan yazılım lisans sözleşmelerinin uygulamada kullanılan özellikle açık kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmelerinde pek çok tip ve standart versiyonlarında, uygulanacak hukuk maddesinin yer almadığı görülmektedir. Uygulanacak hukuka ilişkin taraflar arasında bir anlaşmaya varılmaması, muhtemel uyuşmazlıklarda milletlerarası özel hukuk kurallarına göre uygulanacak hukukun tespiti zorunlu kılacaktır. Bu çalışmada, tarafların yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerinde hukuk tayini yapmadığı durumlarda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca uygulanacak hukuk tespitine ilişkin incelemeler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: yazılım lisans sözleşmeleri, yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmeleri

ABSTRACT

In the light of the developments in the technological field, it is seen that the applicable law clause is not included in many types and standard versions of software license agreements, especially open source software license agreements used in practice. In case of possible disputes, failure to reach an agreement between the parties regarding the applicable law will necessitate the determination of the applicable law in accordance with the rules of private international law. In this study, in cases where the parties do not determine the law in the software license agreements with a foreign element, an examination has been made regarding the determination of the law to be applied in accordance with the Law No. 5718 on International Private Law and Procedural Law.

Keywords: software license agreements, software license agreements with a foreign element

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
1. YAZILIM KAVRAMI VE YAZILIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	4
1.1 Yazılımın Tarihçesi ve Yazılımla İlişkili Kavramlar	4
1.1.1 Yazılımın Tarihçesi	4
1.1.2 Yazılım Kavramı	8
1.2 Yazılımların Hukuki Boyutu.....	10
1.3 Yazılım İle İlişkili Kavramlar	14
1.3.1 Yazılım Dilleri.....	14
1.3.2 Bilgisayar Programı Kavramı	14
1.3.3 Kaynak Kodu Kavramı.....	19
1.3.4 Açık Kaynak Kodlu Yazılımlar.....	20
1.3.5 Özgür Kaynak Kodlu Yazılımlar	22
1.3.6 Nesne Kodu Kavramı	23
1.4 Yazılımların Türk Hukukundaki Yeri.....	23
1.4.1 Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirme	26
1.4.2 FSEK Açısından Değerlendirme	26
1.4.2.1 Mali Haklar	30
1.4.2.2 Manevi Haklar	31
1.4.3 SMK Açısından Değerlendirme	32
1.4.4 Uluslararası Antlaşmalar.....	36

2. YAZILIM VE/VEYA BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KONUSU OLDUĞU SÖZLEŞME TÜRLERİ	39
2.1 Escrow Sözleşmeleri.....	41
2.2 Hizmet Olarak Yazılım (<i>SaaS</i>) (<i>Software as a Service</i>) Sözleşmeleri.....	41
2.3 Son Kullanıcı Lisansı Sözleşmeleri	41
2.4 Lisans Sözleşmeleri	42
2.4.1 Lisans Sözleşmesinin Türleri.....	45
2.4.1.1 Basit Lisans (İnhisari Olmayan Lisans) – İnhisari Lisans	45
2.4.1.1.1 İnhisari Olmayan Lisans.....	46
2.4.1.1.2 İnhisari Lisans	47
2.4.1.2 Süreli – Sürekli Lisans Sözleşmeleri	48
2.4.1.3 Zorunlu Lisans – Kanuni Lisans.....	48
2.4.2 Yazılım Lisans Sözleşmeleri	49
2.4.2.1 Yazılım Lisans Sözleşmesinin Tarafları	50
2.4.2.2 Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Şekli	50
2.4.2.3 Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	51
2.4.3 Yabancı Hukuklarda Yazılım/ Bilgisayar Programları ve Lisans Sözleşmeleri.....	51
2.4.3.1 Avrupa Birliği Hukuku.....	51
2.4.3.2 Amerika Birleşik Devletleri Hukuku.....	52
3. YABANCI UNSURLU YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	54
3.1 Yabancılık Unsuru	54
3.2 Bağlama Kuralları.....	58
3.2.1 Bağlama Noktası ve Yorumu.....	60
3.2.1.1 Bağlama Noktası Olarak Mutad Mesken Kavramı	61

3.2.1.2	Bağlama Noktası Olarak İşyeri Kavramı	62
3.2.2	Bağlama Konusunun Vasıflandırması.....	63
3.3	MÖHUK m. 24’de Yer Alan Genel Kural Uyarınca Tarafların Hukuk Seçimi.....	65
3.3.1	MÖHUK m. 28(1) Uyarınca Tarafların Hukuk Seçimi	69
3.3.2	Hukuk Seçimi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	69
3.3.3	Hukuk Seçimini Kısıtlayan Durumlar	70
3.3.3.1	Doğrudan Uygulanan Kurallar	71
3.3.3.2	Kamu Düzeni Müdahalesi	77
3.4	Genel Kural Uyarınca Hukuk Seçimi Yapılmadığı Durumlarda Uygulanacak Hukukun Tespiti	79
3.4.1	MÖHUK m. 24’te Yer Alan Genel Kural Uyarınca En Sıkı İlişkili Hukuka Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	80
3.4.2	Sözleşmeden Doğan İlişkinin Varlığı ve Maddi Geçerliliği	81
3.4.3	Tarafların Ehliyeti.....	83
3.4.4	Sözleşmenin Şekli	84
3.5	Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk.....	86
3.5.1	Fikrî Mülkiyet Hakkını veya Onun Kullanımını Devreden Tarafın Sözleşmenin Kuruluşu Sırasındaki İşyeri Yoksa Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması.....	90
3.5.2	MÖHUK m. 28 Uyarınca Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması	92
SONUÇ		95
KAYNAKLAR		97

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
B	: Bası /Basım
BSD	: Berkeley Software Distribution /Berkeley Yazılım Dağıtım Lisansı
bkz.	: Bakınız.
E.	: Esas
EC	: European Commision Decision
GNU	: GNU's Not Unix /GNU Unix Değildir
GPL	: General Public License /Genel Kamu Lisansı
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LCIA	: London Court of International Arbitration
LGPL	: Lesser General Public License /Kısıtlı Genel Kamu Lisansı
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
NATO	: North Atlantic Treaty Organization / Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü
OSI	: Open Source Initiative /Açık Kaynak Girişimi

OSS	: Open Source Software /Açık Kaynak Kodlu Yazılım
PatKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: sayfa
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması /Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü/ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
vb.	: ve benzeri
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
WIPO	: World Intellectual Property Organization

GİRİŞ

Bilgisayarlar, telefonlar, akıllı aletler, vb. günlük hayatımız ile iç içe kavramlar haline gelmiştir. Bu aletlerin günlük hayatta olağan kullanımı esnasında insan zihnini kurcalamasa dahi, birçok yazılım, birçok mühendisin, programcının, yazılımcının fikir ürünü bulunmaktadır. Bilgisayarlar, yazılımlar, akıllı telefonlar, saatler, vb. sadece konunun uzmanlarını ilgilendiren alanlar olmaktan çıkmış, her sabah fırından alınan ekmek gibi, artık insanoğlunun günlük yaşantısı ile iç içe geçmiştir. Fırıncının satış için rafa koyduğu ekmeklerde nasıl müşterisinin tercihleri etkili oluyorsa ve üretimi bu tercihlerine göre yapması gerekiyorsa; toplumda da yeniliklerin meydana gelmesi için, teknolojinin gelişmesi bir unsurdur¹. Günlük hayatlarımızda, en basit örnek olarak, telefonlarımızdan saati kontrol ederken dahi, bir veya birden çok yazılım lisans sözleşmesinin tarafı oluruz.

Çoğu teknolojik gelişmenin hayatlarımız ile iç içe geçişi incelendiğinde öncelikle büyük yatırımlar yapılarak savunma sanayiinde geliştirilen teknolojilerin sivil kullanıma aktarılmasıyla günlük hayatın parçası haline geldikleri görülmektedir². Bu teknolojiler günlük hayatın parçası haline geldikten sonra da tüketicilerin ihtiyaçların göre geliştirmelerle şekillenmektedir. Yazılım geliştirme faaliyetleri ise, bu kavramın hayatlarımızın birer parçası olmaya başladığı ilk dönemlerde, ana bilgisayarlar ve mini bilgisayarlar³ için özelleştirilmiş yazılımların oluşturulmasına odaklanmıştır⁴. Yazılım ve yazılım lisans sözleşmelerinin ortaya çıktıkları ilk zamanlarda özel yazılımlar için yapılan sözleşmeler az sayıda ve genellikle yalnızca iki tarafı ilgilendirdiği için hüküm ve şartlarına taraflar arasında karar verilebilmekteydi.

¹ YEŞİLORMAN, M. /KOÇ, F.: “Bilgi Toplununun, Teknolojik Temelleri Üzerine Eleştirel Bir Bakış”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 24, S. 1, ELAZIĞ-2014, s. 118.

² EREN, H. /KILIÇ, A./ BALCI, H.: “Savunma Sanayii İçin Teknoloji Transfer Yöntemi Seçimi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 20, S. 4, s. 306.

³ Mini Bilgisayarlar; boyut olarak küçük olarak nitelendirilebilecek bir yapıda ve işletim sistemi özellikleri olarak ise daha sade ve karmaşık olmayan yapıdaki bilgisayarlara verilen bir addır. Bu özellikleri sebebiyle kişisel kullanım için daha elverişli niteliklere sahiptir. Scientific calculators and mini computers, <<https://web.archive.org/web/20161002194713/http://www.technikum29.de/en/computer/early-computers>> ,10.12.2022.

⁴ GOMULKIEWICZ, R. W. /WILLIAMSON, M. L.: “A Brief Defense Of Mass Market Software License Agreements”, Rutgers Computer & Technology Law Journal, S. 22, s. 335.

Kişisel bilgisayarlar, telefonlar, tabletler ve bu donanımların beraberinde gelen yazılımlar küresel seviyede pazar öğeleri haline geldiğinde artık iki tarafın rahatça müzakere edebileceği sözleşmeler olmaktan çıkmıştır. Bu kapsamda başta küresel pazardaki aktörler olmak üzere çoğu yazılım üreticisi/lisans vereni standart dokümanlar ile dünyanın her bir köşesinden birçok kullanıcı ile hüküm ve sonuç doğuracak şekilde sözleşmeler kaleme alınmış ve bir standartlaşmaya gidildiği gözlemlenebilmektedir.

Kitlesel pazarda faydalı olmak için, yazılım lisans sözleşmelerinin bireysel olarak ve tarafların katılımıyla müzakere edilmesinin dezavantajları ile beraber bu sözleşmelerin standart ve özlü olması gerektiğine ilişkin teknoloji ve yazılım sektöründe de bir fikir birliği oluşmuştur⁵. Dünya üzerindeki milyonlarca kişinin aynı yazılımları kullandığı düşünüldüğünde yazılım lisans sözleşmelerimin önemi ve bu lisans sözleşmelerinin standartlaşmasının lisans sağlayıcıları açısından önemi anlaşılabilmektedir.

Büyük kitlelerce kullanılabilen yazılım lisans sözleşmeleri yapılırken, bu lisans sözleşmelerindeki koşullar kullanıcılar tarafından tam anlamıyla incelenmeden akdedilmektedir.

Çalışmanın devam eden bölümlerinde açıklanacağı üzere, yazılım lisans sözleşmelerinin, lisans verenler ve yazılımların, eser sahipleri ve/veya buluşçuları açısından önemi gün yüzüne çıktıkça, sektörün kümülatif bir biçimde gelişmesinin sağlanması amacıyla, yazılım lisans sözleşmelerinde geleneksel olmayan yöntemler ve akımlar benimsenmeye başlanmıştır. Bu alışlagelmemiş yöntemlerin bir getirisi olarak ise bazı durumlarda; yazılım sektöründe faaliyet gösteren yazılımcılar, yeni yazılım geliştirme faaliyetlerinde “açık kaynak kodlu” yazılımları kullanırken veya bu kaynak kodlu yazılımlar üzerinde değişiklik yaparken veya bu yazılımları adeta derleme ve işleme eser oluşturmak suretiyle kullanırken, bu kullanım hakkını onlara devreden yazılım lisans sözleşmesinin koşulları göz ardı edilebilmektedir. Açık kaynak kodlu yazılımların yayımlanan yazılım lisans sözleşmeleri incelendiğinde, açık kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmelerinin yaygın olarak kullanılanlarında hukuk seçimi yapılmadığı, bu standart metinlerin hukuk seçimine ilişkin sözleşmesel bir kaydı barındırmadığı gözlemlenmektedir⁶.

⁵ GOMULKIEWICZ/WILLIAMSON, s. 335.

⁶ Standart GNU, GPL, BSD lisansı gibi lisans sözleşmeleri incelendiğinde bu standart sözleşmelerde uygulanacak hukuk maddesi bulunmadığı görülecektir.

Yazılım sektörünün küreselliği düşünüldüğünde bu sözleşmelerin taraflarının farklı devletlerin tabiiyetlerinden olmasının hayatın olağan akışı içerisinde, oldukça sık rastlanabilecek bir durum olduğu görülecektir. Bu noktada da hukuk seçimi yapılmayan veya hukuk seçimine elverişli olmayan yazılım lisans sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti hususu olası uyuşmazlıklar açısından önem arz etmektedir.

Bu çalışma üç bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde, yazılım kavramı ve yazılımların hukuk dünyasındaki yeri açıklanacaktır. İkinci bölümde ise, lisans sözleşmeleri ve yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki değerlendirilmesi yapılacaktır. Ardından, üçüncü bölümde ise, yazılım lisans sözleşmelerinin yabancılık unsuru içermesi durumlarda bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ele alınacaktır. Kanunlar ihtilafı kuralları incelenirken hem uluslararası sözleşmeler, uluslarüstü mevzuat⁷ ve karşılaştırmalı hukuk açısından da bir değerlendirme yapabilmek için yabancı ülke mevzuatı ve AB mevzuatı incelenecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan yazılım lisans sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimini uyuşmazlık çıkmadan önce yapması, hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayabilecektir. Bu noktada hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği, konunun hukuk seçimi anlaşmasına elverişli olup olmayışı gibi hukuk seçimi yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlar önem arz etmektedir. Hukuk seçiminin yapılmadığı veya yapılamadığı durumlarda ise yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerinden doğabilecek muhtemel uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespit edilebilir olması önem arz edecektir. Bu çalışmada günlük hayatlarımızda ve teknolojik gelişmeler açısından büyük önem arz eden yazılım lisans sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için yol gösterici bilimsel bir çalışma elde edilmesi planlanmaktadır.

⁷ AB Hukuku mevzuatı gibi.

1. YAZILIM KAVRAMI VE YAZILIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1 Yazılımın Tarihçesi ve Yazılımla İlişkili Kavramlar

1.1.1 Yazılımın Tarihçesi

Dünya üzerindeki ilk yazılım benzeri kodlardan oluşan yapının; canlı genlerindeki çoğalmayı yönlendiren yazılım olduğunu düşünürsek, yazılım tarihçesi evrenin tarihi ile birlikte başladığını kabul etmek gerekecektir⁸. Otomatik makinalar belirli bir yazılımı; yani düşüncüyü icra eden donanımlar/sistemler olarak tanımlanabilecektir⁹. Bu sistemlerde yazılım donanım yapısında gizli kalmaktadır, yani dışarıdan kapalı bir kutu olarak görülen makinaların içerisinde, bu makinaların fonksiyonel bir biçimde çalışması için faaliyet gösteren yazılımlar, dışarıdan insan gözüyle görülebilen maddi varlıklar değildir. Belli komutları icra eden makinalar olarak ortaya çıkan bilgi-işlem sistemleri ile birlikte yazılım ayrı bir uzmanlık dalı olarak gelişmiştir¹⁰.

İlk kuşak yazılımlar; birçoğumuzun da şimdiye kadar görmüş olabileceği 1 ve 0 rakamlarından oluşan makina kodu/dili¹¹ kullanılarak yazılmaktaydı. 1 ve 0 rakamlarından oluşan yazılımların tamamlanması bu işlemin uzun sürmesi sebebiyle oldukça maliyetli bir yöntemdi. Bu şekilde yazılan yazılımlar/programlar genelde karmaşık formüllerin hesaplanması veya karmaşık denklemlerin çözümleri için kullanılmaktaydı¹².

Yirminci yüzyılın ortalarına gelindiğinde ilk dijital yazılımın adımları atıldı. *John von Neumann* tarafından 1945 yılında olan *Electronic Numerical Integrator And Computer (ENIAC)* şeklinde tanımlanan elektronik hesaplayıcının bulmasıyla, modern anlamda yazılımın temellerini atılmıştır¹³.

⁸ KUYUCU, H.: Türkiye ve Dünyada Yazılım Kopyacılığına Karşı Alınan Önlemler ve Halkla İlişkiler Kampanyaları, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, 1993, s. 2.

⁹ KUYUCU, s. 50.

¹⁰ KUYUCU, s. 50.

¹¹ Makine dili, mikroişlemci gibi komut işleme yeteneğine sahip bütünleşik yapıların işleme yapmasına elverişli bir şekilde, 0-1 karakterleri ile komutlar oluşturan dile verilen addır.

¹² KUYUCU, s. 50.

¹³ CODEX, Yazılımın Tarihi, <<https://www.codex.com.tr/yazilimin-tarihi#:~:text=%C4%B0lk%20fikirler%20at%C4%B1ld%C4%B1ktan%20ve%20baz%C4%B1,modern%20anlamda%20yaz%C4%B1l%C4%B1m%C4%B1n%20temellerini%20att%C4%B1>>, 28.09.2022.

1 ve 0 rakamları makinalara belirli komutlar vermek için kullanılması, insanoğlunun karşısındaki kişiye komut vermek için “dil”i kullanmasından farklı algılanmamalıdır. Dolayısıyla yazılım kavramının dil kavramı ile paralel bir şekilde kavranması doğru olacaktır. Yazılımların aslında kendine özgü dillerle ifade edilmesi olgusu çerçevesinde 1957 yılında IBM firması *Fortran* adı verilen dili geliştirmiştir. Basit mantıksal karşılaştırmaları yapan bu dil, makine kodu/dili denilen yani 1 ve 0 karakterlerinden oluşan yapıya yakın düşük seviyeli/basit bir dildir¹⁴. Bu dil geliştirilirken temel alınan ana fikir, özel talimat kodu dizilerini matematiksel formüllerle değiştirmekti, bu formüllerin pratikte yazılımcılara daha fazla imkân sağlayacağı fikrinden yola çıkılmıştır. Bahsi geçen yıllarda bilgisayarlar veri depolama ve iletişimden ziyade hesaplamalar için kullanıldığından, makine kodu/dili, *Fortran* vb. bu ilk diller bilgisayar programcılarının /yazılımcıların ihtiyaçlarını karşılamaktaydı¹⁵. Buraya kadar anlatılan tarihi yapıdan da anlaşılacağı üzere yazılımlar, aslında uzmanlar tarafından geliştirilen diller ile yazılmış komutlar bütünü olarak basit bir şekilde ifade edilebilecektir.

Sektördeki gelişmeler ışığında yeni ve yazılımcılara daha fazla imkan tanıyan dillerin geliştirilmesi gerekmiştir. 1962 yılında ise ABD Savunma Bakanlığı tarafından geliştirilen *Cobol* dili özellikle ABD Savunma Bakanlığının iş ve iç uygulamaları için yayımlanmıştır¹⁶. *Fortran* ve *Cobol* dilleri ikinci kuşak yazılımlar olarak değerlendirilmiştir¹⁷.

Cobol ve *Fortran* dillerinin ortaya koyduğu teknik ve bilimsel veri kullanılarak yalnızca dokuz yıl sonra bu iki dilin en iyi özelliklerini alarak *Pascal* dilini geliştirmişlerdir. *Pascal* dili, birçok yeniliği de beraberinde getirmiştir¹⁸.

ABD Savunma Bakanlığı, çok çeşitli uygulamalara uygun, yüksek düzeyde yapılandırılmış bir dil olan *Ada* programlama dilinin oluşturulması ile sonuçlanan bir proje başlatmıştır. *Ada* Programlama dili adını tarihin bilinen ilk yazılımcısı *Ada Lovelace*’den¹⁹

¹⁴ SAMMET, J. E.: “Programming Languages: History and Fundamentals”, Communications of the ACM, C. 15, S. 7, s. 604.

¹⁵ SAMMET, s. 603.

¹⁶ WIRTH, N.: “A Brief History Of Software Engineering”, IEEE Annals Of The History Of Computing, IEEE Bilgisayar Tarihinin Yıllıkları, Y. 2008, s. 32-39.

¹⁷ YAZILIM ÜRETİCİLERİ BİRLİĞİ, Türkiye Yazılım Sektörü Raporu, İstanbul 1992, s.1

¹⁸ WIKIPEDIA: History of Software, <https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_software#cite_note-18>, 20.04.2023.

¹⁹ Makineler üzerindeki çalışmaları, bir bilgisayar tarafından işlenmek üzere yazılan ilk algoritmayı içerdiğinden genel kanı dünyanın ilk bilgisayar programcısı olduğu yönündedir.

almaktadır. ABD Savunma Bakanlığı içindeki yazılım geliştirme faaliyetleri hala önemli bir ölçüde bu dil kullanılarak yürütülmektedir²⁰.

Bu gelişmeler ile birlikte yazılım konusu artık bir sanayi dalı haline gelmeye başlamıştır. Bilgisayar ürünlerinin donanım kısımlarının standartlaşmasını takip eden süreçte, insan zihninin ortaya koyduğu eserle olan yazılımların geliştirilmesine yönelim artmıştır. İlk dönemlerde donanımların tamamlayıcı bir unsur olarak düşünülen yazılımlara verilen önem artmış; ayrı bir ekonomik değer kazanmış; hatta donanıma yön veren bir konuma gelmiştir. Yazılım firmaları büyük firmalar arasında yer almaya başlamış, bilişim sektöründe yıllarca varlığını sürdüren firmalar da yazılım konusunda faaliyetler başlatmış ya da bu konudaki firmalar bünyeleri içine katmaya başlamışlardır²¹.

Yazılım konusunda “programlama” terimi, 1960'ların ortalarında oldukça yaygın olarak kullanılmıştır, belirtilen dönemde “programlama” terimi ile anlatılmak istenen, esas olarak bir bilgisayar kodlama işlemidir. Yazılım geliştirme ve yazılımların bakımına sistematik bir yaklaşıma atıfta bulunan yazılım mühendisliği kavramı ise, 1968'de *NATO* sponsorluğunda yapılan bir konferanstan sonra ortaya çıkmıştır²².

Takvimler 1972 senesini gösterdiğinde C yazılım dili, aynı zamanda ilk kez *UNIX* işletim sistemini yazmak için de kullanılmıştır²³. C yazılım dili ve UNIX işletim sistemi günümüzde birçok bilgisayarın temelini oluşturmaktadır.

Ancak bu alanda başkace bir gelişme, 1975 yılında *Xerox PARC* laboratuvarı tarafından inşa edilen, teknik ve bilimsel geliştirmeler için dizayn edilen ve *Alto* adı verilen ilk iş istasyonu geliştirilmesi işle yaşanmıştır. Bu iş istasyonu; yazılım geliştirme, karmaşık hesaplamalar yapma ve gelişmiş programlama dilleri için derleme faaliyeti gerçekleştirmeye imkân sağlayacak kapasiteye sahipti²⁴.

²⁰ WIRTH, s. 34.

²¹ KUYUCU, s. 3.

²² WIRTH, s. 32-39.

²³ CODEX, Yazılım Tarihi, <[https://www.codex.com.tr/yazilimin-tarihi#:~:text=%C %B0lk%20fikirler %20at%C4%B1ld%C4%B1ktan%20ve%20baz%C4%B1,modern%20anlamda%20yaz%C4%B1l%C4%B1m%C4%B1n%20temellerini%20att%C4%B1](https://www.codex.com.tr/yazilimin-tarihi#:~:text=%C%20B0lk%20fikirler%20at%C4%B1ld%C4%B1ktan%20ve%20baz%C4%B1,modern%20anlamda%20yaz%C4%B1l%C4%B1m%C4%B1n%20temellerini%20att%C4%B1)>, 28.09.2022, s.1.

²⁴ WIRTH, s. 34.

Bu noktaya kadar olan tarihsel gelişmelerden, işbu çalışma kapsamında yapılması gereken çıkarım kısaca şu şekilde özetlenebilecektir; bilgisayarların temel amaçlarını, fonksiyonlarının yerine getirebilmeleri için bir takım komutlara ihtiyaçları vardır, dolayısıyla bilgisayarlar bu komutları onların anlayacağı bir dil ile anlatmak gerekecektir. Bu amaç doğrultusunda birçok dil geliştirilmektedir ve geliştirilen bu diller ile tamamıyla insan emeğinin sonucu olan komutlar bütünü yazılımcılar tarafından yazılarak, bilgisayarın amacının fonksiyonunun yerine getirilmesi sağlanmaktadır. Bu faaliyet hukuk dünyasında “eser” ve “eser” yaratma faaliyeti ve *copyright*, telif hakkı ve/veya buluş/patent hakkı olarak karşılık bulmaktadır.

1990'larda açık kaynak kodlu yazılım akımı yaygınlaşmış ve bu yazılımların kullanımı yaygınlaşmaya başlamıştır. Yazılımcıların ticari gizlilik içinde tasarlanmış büyük sistemlere karşı duydukları güvensizlik açık kaynak kodlu yazılımların kullanımıyla bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Yazılımcılar daha önce sınırlı miktarda yazılımı kamu ile ücretsiz olarak paylaşmış olsalar da, internet yaygınlaştığında, daha da geniş bir yazılımcı topluluğu yazılım oluşturmaya ve ürünlerini internet aracılığıyla daha sistematik bir şekilde dağıtmaya başlamışlardır. Açık kaynak, büyük şirketlerin ticari hegemonyasına ve yıpratıcı kar marjlarına ve ayrıca ticari yazılıma çaresiz bağımlılığa karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır²⁵. Açık kaynak kodlu yazılımları savunan kesimin hukuki dayanağını, uygulamada en yaygın olarak bilinen *GNU GPL* da dâhil olmak üzere bu akım sonucunda doğan yenilikçi yazılım lisans sözleşmelerini oluşturmaktadır²⁶.

Açık Kaynak Girişimi'nin²⁷ (*OSI*) kurulmasıyla yazılımlar açık kaynak kodları ile büyük şirketlerin ezici gücü karşında güvence altına alınmaya çalışılmıştır. *OSI*, kendi sertifikasyonunun lisans sağlayıcılar tarafından kullanılmasına izin vererek hem bu sertifikayı kullanma avantajının sağlanması hedeflenmiştir, hem de açık kaynaklı bir yazılımın uyması gereken standart bir dizi dağıtım koşulları kriterini yönetmeye ve açık kaynak kodlu yazılım kullanımını teşvik etmeye adanmış kar amacı gütmeyen bir kuruluştur²⁸.

²⁵ WIRTH, s. 37.

²⁶ DIXON, R.: Open Source Software Law, Artech House, Londra 2004, s. xii.

²⁷ Open Source Initiative/Açık Kaynak Girişimi

²⁸ DIXON, s. 8.

Açık kaynak kodlu yazılım kullanımına yönelim, bilgisayarlar mühendislerinin, yazılımcıların kapalı laboratuvarından kamusal alana çıkması, bilgisayarların kullanımının, özellikle de yazılımların birçok kişinin ilgi alanı haline gelmesini de sağlamıştır²⁹.

Ülkemizde bilgisayarlaşma önce devlet kuruluşlarında başlamış ve kuruluşlar kendi bünyelerinde oluşturdukları teknik gruplarla kendi yazılımlarını üretme yoluna gitmişlerdir³⁰. Yazılımın bağımsız bir iş kolu haline gelmesi 1980’lerde kendini göstermeye başlamıştır³¹.

1.1.2 Yazılım Kavramı

Yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle yazılım kavramının incelenerek hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Yazılım kavramının neyi ifade ettiğinin anlaşılabilmesi için öncelikle neyi anlatmadığını ele almanın faydalı olacağı düşünülmektedir. Yazılım, fiziki, el ile tutulabilir bir ürün veya donanım değildir. Bu kapsamda donanım kavramı; bilgi işletim sistemini oluşturan fiziki birimler olarak tanımlanabilecektir³².

Yazılımla neyi ifade etmeyi amaçladığımızı anlamak için öncelikle bilgisayar teriminin ne olduğu belirlenmelidir. Bilgisayar, TDK tarafından; *Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin.*” olarak tanımlanmaktadır³³.

Bilgisayarlar donanım ve yazılım olarak adlandırılan iki temel bileşenden oluşmaktadır. “Donanım” terimi; bilgisayarın klavye, *mouse*, ses kartı, anakart vb. tüm fiziksel unsurlarını ifade ederken; “yazılım” kavramının tam zıttı olarak da bazı kaynaklarca tanımlanabilmektedir³⁴.

Dar anlamda yazılım kavramı, sadece donanımlar üzerinde çalışabilen ancak bir bilgisayarın gerçek fiziksel görünümü olan donanımının neredeyse karşıt anlamlısı olarak

²⁹ WIRTH, s. 32-39.

³⁰ KUYUCU, s. 20.

³¹ YAZILIM ÜRETİCİLERİ BİRLİĞİ, s.1

³² SULUK, C./ KARASU R./ NAL T.: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Y. 2018, s. 151.

³³ TÜRK DİL KURUMU: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> , 29.09.2022.

³⁴ WIPO: Digital Ecosystem, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.doc>, s.1.

nitelendirilebilecek ve bu donanım tarafından okunan talimatları içeren komutlar bütünü tanımlamak için kullanılmaktadır³⁵. Geniş anlamda yazılım kavramı ise, bir bilgisayara ait çeşitli işlevlerdeki bilgisayar programlarını, yöntemleri ve veri işleme sistemiyle ilgili derleyicileri (*complier*), yazılımların kullanım kılavuzunu, akış şemalarını, yazılım dillerinden oluşan karmaşık bir kapsama sahip yapı olarak tanımlanabilecektir³⁶. Bir başka anlatımla yazılım, bilgisayar programlarının yanı sıra, akış şemalarını, işletim sistemlerini, geliştirme faaliyetinde kullanılan diğer dokümanlarını ve bilgisayar programlarının anlaşılması için kullanıcıya teslim edilen kullanım kılavuzu gibi çeşitli açıklama dokümanlarını kapsayan yapılara verilen adlardır³⁷.

Nal/ Suluk/ Karasu'ya göre ise yazılım; donanım kavramı içine girmeyen bilgisayarla ilgili her şey olarak ifade edilmektedir³⁸.

Bir başka tanıma göre ise yazılım, “*bir donanım üzerinde işlev görebilen ve fakat bir bilgisayar gerçek fiziksel aksamı olan donanım karştı olarak makine tarafından okunan talimatları içeren programlar*” olarak ifade edilmektedir³⁹.

Daha teknik bir tanıma göre ise; yazılım, bir araya getirildiğinde ve uygun girdi sağlandığında, karmaşık dijital işlevler yapabilen rutinler ve programlar üreten kod/talimat ve algoritma satırlarından oluşmaktadır⁴⁰. Basitçe söylemek gerekirse, yazılım bilgisayar donanımına ne yapılması gerektiği konusunda kodları kullanarak talimatlar verir.

TDK'ya göre ise yazılım; “*Bir bilgisayarda donanıma hayat veren ve bilgi işlemde kullanılan programlar, yordamlar, programlama dilleri ve belgelemelerin tümü*” olarak tanımlanmaktadır⁴¹.

Yazılımların yukarıda bahsi geçen tanımlarından da anlaşılacağı üzere, yazılım terimi tanımlanmaya çalışılırken “dil” kavramı üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu durumda yazılımların

³⁵ DOĞAN, G.: Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Ankara 2020, s. 30 (Teknoloji Transfer Sözleşmeleri).

³⁶ ERİŞGİN, N.: “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, s. 216.

³⁷ DOĞAN (Teknoloji Transfer Sözleşmeleri), s. 30.

³⁸ SULUK/KARASU/NAL, s.151.

³⁹ DOĞAN (Teknoloji Transfer Sözleşmeleri), s. 30; ERİŞGİN, s. 217.

⁴⁰ KITCHIN, R./ DODGE, M.: Code/Space: Software and Everyday Life, MIT Press, Londra 2011, s. 4.

⁴¹ TÜRK DİL KURUMU: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> , 4.10.2022.

hukuki nitelendirilmesi yapılırken kanun koyucuları, literatürdeki yazarları “eser” kavramına doğru ittiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

1.2 Yazılımların Hukuki Boyutu

Başlangıçta sadece bilgi teknolojileri dünyasında, bu sektörde çalışan uzmanların kendi aralarında akdettiği sözleşmelerle, borçlar hukuku hükümlerine göre korunan yazılım lisans sözleşmeleri ve/veya bilgisayar programlarının kullanılmasını, satılmasını vb. konu alan herhangi bir hukuki işlem, evlerde, ortalama tüketici kitlesi tarafından bilgisayarların kullanımının yaygınlaşması ve piyasada herkesin ulaşabileceği şekilde dağıtımlara konu olmaları sebebiyle, farklı bir tür korumaya olan ihtiyaç artmıştır. Geniş bir kitleye yayılım sebebiyle, yazılımlar kolayca yasadışı çoğaltmalara konu olmuş, asıl hak sahiplerinin hakları, uygun korumanın eksikliği sebebiyle gasp edilmiştir. Yazılımlardan ve/veya bilgisayar programlarından, haksız ve hukuka aykırı bir biçimde faydalanan üçüncü kişilere karşı etkili bir koruma sağlayan hukuki sistem arayışı, yazılımların ve bilgisayar programlarının, pratikte ortaya çıkabilecek hukuki sorunların önlenmesi için gayri maddi varlıklar olarak fikri hukuk disiplini içerisinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁴².

İnternet kavramının dünyanın her noktasına erişilebilir bir şekilde yaygınlaşması, yazılımlar, bilgisayar programları, edebi eserler, musiki eserler gibi fikri mülkiyet hukukuna tabi, telif hakkı korumasından faydalanan gayri maddi varlıkların kopyalanmasını, dolaşımını ve hukuka aykırı kullanımlarını kolaylaştırmıştır. Dünya çapında yayılma ve bir fikir ürünün dünyanın herhangi bir noktasında kullanılabilir hale gelmesi, fikri mülkiyet hukuku kapsamındaki korumalardan faydalanabilecek, ekonomik değere sahip gayri maddi ürünlerin, üçüncü kişiler tarafından haksız bir biçimde kullanılmasına ve bu ürünler üzerinden haksız bir ticari kazanç elde edilmeye başlanmıştır. Bu durum internet üzerinden gerçekleştirilen hak ihlallerine ve bu hak ihlalleri sebebiyle yargı mercilerinin önüne taşınan fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davalarda artışa sebep olmuş ve bu durumun sonunca harekete geçen ABD

⁴² ARIKAN, A. S.: “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1996/3, s. 310.

kanun koyucusu Dijital Bin Yıl Telif Hakkı Yasası'nı⁴³ (*Digital Millennium Copyright Act*) yürürlüğe almıştır⁴⁴.

Yazılım alanında gerçekleşen gelişmeler Sanayi Devrimi'nden sonra yaşanan en hızlı gelişmelerden biri olarak görülebilmektedir. Yazılım kavramı modern hayatın artık ayrılmaz birer parçasını oluşturmaktadır. Hukuk sistemimiz içerisinde yazılım kavramı yalnızca fikri mülkiyet hukuku çerçevesinden değil birçok farklı pencereden incelenmesi gereken bir konudur. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)⁴⁵ başta olmak üzere; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴⁶, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun⁴⁷, 6768 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁴⁸ yazılımlar hakkında düzenlemelere sahip olan kanunlarımızdan bir kaçı olarak sayılabilmektedir.

Yazılımın temsil ettiği fikri emeğin büyük hukuki ve ekonomik önemi göz önüne alındığında; fikri hukuk bağlamında yazılımın ne anlama geldiği sorusunun yanıtlanması gerekecektir.

Fikri mülkiyet hakları açısından, tartışma konusu yalnızca yazılımın nasıl korunması gerektiği üzerinde değil, aynı zamanda yazılımın yaratıcı içeriğini de kapsama alacak şekilde bir koruma sağlanması gerektiğidir⁴⁹.

Yazılım, bir bilgisayarda veri işlemeyi gerçekleştirmek için kullanıldığında belirli bir sonucu elde etmeyi hedeflemektedir. Bir bilgisayar talimat olmadan çalışamaz, sadece metal ve plastik parçalardan oluşan işlevsiz bir yapıdır ve kendi başına herhangi bir görevi yerine getiremez. Bu talimatlar/görevler bilgisayara, bilgisayar kullanıcısı tarafından “bilgisayar

⁴³ Digital Millennium Copyright Act, 28.10.1998 tarihinde yayımlanmıştır, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 28.04.2023.

⁴⁴ KARAMAN, D. /DAMAR, M.: “Fikri Mülkiyet Haklarının Yazılım Sektörü Açısından Değerlendirilmesi: Usedsoft ve Verisil Davaları”, Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 24, Y. 2021, s. 1177.; LITMAN, J.: “Copyright as Myth”, University of Pittsburgh Law Review, B. 53, 1991, s. 236.

⁴⁵ Resmî Gazete T. 13.12.1951 Sa. 7981

⁴⁶ Resmî Gazete T. 26.09.2004 Sa. 25611

⁴⁷ Resmî Gazete T.04.05.2007 Sa. 26530

⁴⁸ Resmî Gazete T.22.12.2016 Sa. 29944

⁴⁹ WIPO: Digital Ecosystem, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.doc>, 20.07.2022, s. 1.

programları” veya “yazılımlar” kullanılarak verilmektedir. Yani; bilgisayarlar, insan emeği sonucunda ortaya çıkan yazılımlar sayesinde çalışmaktadır.

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization, WIPO*), 1970 tarihinden itibaren bilgisayar programlarının yasal olarak korunması sorununu ele almaya başlamıştır. Bilgisayar programlarının ne tür bir hukuki modelle korunacağı; telif hakkına ilişkin mevzuat ile mi, sınai mülkiye hakların ilişkin mevzuat ile mi yoksa kendine has/*sui generis* bir yapıyla mı korunacağı tartışılmıştır⁵⁰. Bu kapsamda ilk düşünceler bilgisayar programlarının nevi şahsına münhasır bir sistem ile korunmasını sağlanması yönünde ortaya çıkmıştır⁵¹. Kendine özgü koruma yöntemi sayesinde bilgisayar programlarının kaynak kodu, nesne kodu ve diğer dokümantasyonlardan oluşan üç ögesini de aynı koruma kapsamı altına alınabileceği savunulmuştur. Aşağıda detaylıca incelenecek olan bu üç öge; nesne kodu, kaynak kodu ve diğer dokümantasyonlardır. “Kaynak kodu”, başta bu alanda uzmanlaşmış kişiler olmak üzere, insanlar tarafından okunabilen ve anlaşılabilen program dillerinde yazılmış bilgisayar programının orijinal kodudur; "nesne kodu", bir bilgisayar tarafından doğrudan kullanılabilen, ikili biçimde - bir dizi "sıfır" ve "birler" - bilgisayar işlemcilerinin anlayabileceği, ancak "çözülme" yapılmadıkça insanların anlayamadığı bir program sürümüdür. Ancak, *sui generis* bir sistem öngören Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin WIPO Model Hükümleri, ulusal kanun koyucular tarafından benimsenmemiştir. Şubat 1985'te WIPO ve Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*) (*UNESCO*), Cenevre'de Bilgisayar Programlarının Korunmasının Telif Hakları Konusunda ortak bir Uzmanlar Grubu toplantısı gerçekleştirmiştir⁵². Bu toplantıda, kapsamlı bir çalışma ve hareketli bir tartışma temelinde, bilgisayar programlarının tanınmasına yönelik bir atılım gerçekleşmiştir⁵³.

⁵⁰ SULUK/KARASU/NAL, s.151.

⁵¹ WIPO: Digital Ecosystem, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.doc>, 20.07.2022, s. 1.

⁵² KEPLINGER, M. S.: Legal Protection for Computer Programs: a Survey and Analysis of National legislation and Case Law, UNESCO/WIPO/GE/CCS/2.

⁵³ Toplantının yapıldığı tarihte Filipinler, Amerika Birleşik Devletleri, Macaristan, Avustralya ve Hindistan ülkeleri ulusal mevzuatlarında bilgisayar programlarının telif hakkı ile korumasına ilişkin düzenlemelere sahipti. Şubat 1985 toplantısından sonra, iki aydan kısa bir süre içinde, örneğin aşağıdaki dört ülke ulusal mevzuatlarında (kronolojik sırayla) bilgisayar programlarının telif hakkı ile korumasına ilişkin düzenlemeler gerçekleştirmiştir: Almanya, 23 Mayıs; Japonya, 14 Haziran; Fransa, 3 Temmuz; ve Birleşik Krallık, 16 Temmuz.

Halihazırda bilgisayar programlarının telif hakkı korumasına ilişkin hükümler içeren ulusal mevzuatlar, genel olarak, diğer eser kategorileri ile aynı türden koruma sağlamıştır.

Bu toplantının ardından gerçekleşen bir sonraki önemli gelişme ise; 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) (TRIPS)'in kabulüdür.

1986-1994 yılları arasında sürdürülen ticaret alanında uluslararası düzeyde anlaşmaların gerçekleşmesi hedeflenen Uruguay Turu müzakereleri sırasında imzalanan TRIPS, DTÖ düzenleme alanına giren konuların yanı sıra, uluslararası düzeyde geçerliliğe sahip olacak şekilde fikri mülkiyet haklarını düzenleyen bir anlaşma olarak uluslararası ticaret ekosistemine 1995 yılında eklenmiştir⁵⁴.

TRIPS, fikri mülkiyet hukuku alanında milletlerarası düzlemde kabul edilen ve uygulama alanı bulan en kapsamlı anlaşmalardan bir tanesi olarak kabul edilmektedir. TRIPS'in önemi, Bern Sözleşmesi'ne atıfta bulunmakla birlikte, Bern Sözleşmesi'nde bırakılan boşlukları da dolduracak şekilde düzenlenmesi sebebiyle daha geniş bir inceleme alanına sahip olduğunun kabul edilmesidir⁵⁵.

TRIPS'in 10'uncu maddesi,⁵⁶ kaynak veya nesne kodundaki bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi tarafından korunacağını belirten yorumlayıcı bir hüküm içermektedir. TRIPS Anlaşması'ndan bir sonra gelen 1996 tarihli WIPO Telif Hakkı Anlaşması'nın 4'üncü maddesi⁵⁷, aynı açıklamayı çok benzer terimlerle içermektedir.

⁵⁴ WATAL, J./ TAUBMAN, A./ COTTIER, T.: The Making of the TRIPS Agreement: Personal Insights from the Uruguay Round Negotiations, Cenevre, Lozan 2015, s. 3.

⁵⁵ T.C. KÜLTÜR VE TURİZM BAKANLIĞI: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS), <<https://www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS>> , 30.09.2022.

⁵⁶ Madde 10

Bilgisayar Programları ve Veri Derlemeleri

(1) Bilgisayar programları, kaynak ya da uygulama kodu halinde olsun, Bern Sözleşmesi (1971) hükümlerine göre edebiyat eseri olarak korunur.

(2) Bir düşünce yaratısı oluşturan, içeriğinin seçimi ve düzenlenmesi yoluyla bir araç ile okunabilir ya da diğer biçimdeki veri ya da diğer malzemenin derlenmesi, düşünce hakkı gibi korunur.

Veri ya da malzemeyi kapsamayan bu koruma, veri ya da malzeme üzerinde mevcut fikir haklarına zarar vermez.

⁵⁷ Madde 4

Bilgisayar Programları

Telif hakkı ile koruma kimi zaman teknik çevrelerin alışık olmadığı bir yaklaşım gibi görünse de yazılımın kendisi sadece teknik bir sonuç değil, aynı zamanda teknik karaktere sahip bir yazarın eseridir. Bilgisayar programının edebi eserlerden farkı “aktif” doğasıdır, yani çalışması sırasında bilgisayar donanımında teknik (fiziksel) etkileri vardır. Ancak bu, yazılımın - yaratıcı, orijinal bir ifade olarak - telif hakkı korumasından hariç tutulması için bir neden değildir⁵⁸.

1.3 Yazılım İle İlişkili Kavramlar

1.3.1 Yazılım Dilleri

Yazılım dilleri, yazılımcının bir bilgisayarın yerine getirmesini arzuladığı amacı ifade etmek, bilgisayara anlatmak amacıyla, geliştirilen yollardır.

Geliştirilen yazılım dillerine örnek olarak; *Ada, Basic, C, C#, C++, Cobol, Delphi ve Fortran, Java, JavaScript, Pascal, Perl, PHP, Python, Swift* dilleri verilebilecektir⁵⁹.

1.3.2 Bilgisayar Programı Kavramı

Bilgisayarlar, yalnızca donanım parçalarından meydana gelmezler, tasarlandıkları ve amaçlandıkları fonksiyonları gerçekleştirebilmek için gayri maddi bir varlık olan ve yazılım veya bilgisayar programı olarak adlandırılan bileşenlere de ihtiyaç duymaktadırlar⁶⁰.

Yazılım kavramı bilgisayar programına kıyasla daha geniş kapsamlıdır. Bazı durumlarda bu iki kavram birbiri yerine geçecek şekilde kullanılsa dahi, iki kavram arasında farklılıklar bulunmaktadır.

FSEK uyarınca; “*Bilgisayar programı: Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir*

Bilgisayar programları, Bern Sözleşmesi’nin 2 nci maddesi anlamında edebiyat eseri olarak korunur. Öngörülen koruma, hangi koşul ya da biçimle ifade edilirse edilsin bilgisayar programlarına uygulanacaktır.

⁵⁸ WIPO: Digital Ecosystem, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.doc>, 20.07.2022, s. 3.

⁵⁹ DIANA, R.: The Big List of 256 Programming Languages, <<https://web.archive.org/web/20160316094234/>>, <<https://dzone.com/articles/big-list-256-programming>>, 13.11.2022.

⁶⁰ KIYAK, E.: “Kişisel Bilgisayar Donanımı Ve Yazılım Kullanım Lisansının Haczi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, Y. 2021, s. 49.

dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını,... ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır.

Türk hukuk doktrinine göre yazılımlar, donanıma anlam veren ve bilgi işleminde kullanılan tüm bilgisayar programları, rutinler, yazılım dili, yazılımı açıklayan kullanım kılavuzu gibi diğer dokümanlar ile bir bilgisayarın donanım olarak sayılmayacak her türlü unsuru olarak tanımlanmıştır⁶¹.

Bilgisayar ise; dışardan aldığı verileri (*input*) depolayarak; verileri kullanarak aritmetiksel işlemler, mantıksal işlemler yapılabilen ve yaptığı bu işlemler sonucunda bir çıktı(*output*) üretme amacı güden elektronik bir araç olarak tanımlanabilir. Bir bütün olarak makine olan bilgisayarı, yazılımlardan veya bilgisayar programlarından farkını ifade edebilmek için “donanım” sözcüğü de sıkça kullanılmaktadır⁶².

Bilgisayar programları, “*makine tarafından okunabilir bir formatta birleştirildiğinde, bilgi işleme yeteneklerine sahip bir makinenin belirli bir işlevi, sonucu veya görevi göstermesini, gerçekleştirmesini, gerçekleştirmesini sağlayan komutlar seti*” olarak tanımlanabilecektir⁶³. Ancak yazılım, “*harici olarak belirtilen bir sorunu çözmenin özel amacı için bir program topluluğu*”nu ifade eder. Bir bilgisayar programının aynı zamanda bir yazılım olduğu ve yazılımın kullanıcı ile bilgisayar arasında bir arayüz görevi gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır⁶⁴. Yazılımlar ve bilgisayar programı, bilgisayarın veri işleme ve istenilen çıktıya (*output*) ulaşma amacıyla; girdi işlemlerini (*input*), aritmetiksel işlemlerini, mantıksal işlemlerini, depolama işlemlerini ve çıktı (*output*) işlemlerini yapan komutlar bütünü olarak tanımlanabilecektir⁶⁵. Yazılımlara ilişkin bu tanım uyarınca üzerinde durulması gereken temel husus, yazılımların istenilen çıktıyı elde etmek için tasarlanan bir komutlar bütünü olmasıdır.

Bazı görüşler göre yazılımın temelde bilgisayar programları ile aynı anlama geleceğini savunsalar da, yazılım sadece programların kendisi değil, aynı zamanda bu programların doğru çalışması için gerekli olan tüm ilgili belgeler ve yapılandırma verilerini de kapsam içerisine alan

⁶¹ SIVACIOĞLU, s. 23.

⁶² ARIKAN, s. 312.

⁶³ SIVACIOĞLU, s. 15.

⁶⁴ SIVACIOĞLU, s. 15.

⁶⁵ ARIKAN, s. 314.

bir kavramdır. Teknolojik olarak gelişen bir yazılım sistemi genellikle tek bir programdan daha fazlasıdır. Sistem genellikle birden çok program içermektedir⁶⁶.

Yazılım kavramının genel anlamıyla bir bilgisayar sisteminin donanım haricindeki kısımlarını ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

WIPO Model Kuralları bilgisayar programlarını; “*makine tarafından okunabilir bir ortama dahil edildiğinde, bilgi işleme yeteneklerine sahip bir makinenin belirli bir sonucu göstermesini, gerçekleştirmesini veya elde etmesini sağlayan bir dizi talimat.*” şeklinde tanımlamaktadır⁶⁷.

2009/24/EC sayılı Bilgisayar Programlarına ilişkin AB Yönergesi’nde⁶⁸, “bilgisayar programları” terimi, “*donanımın içerisinde yer alanlar da dahil olmak üzere herhangi bir biçimdeki programları içerecektir. Bu terim ayrıca, hazırlık çalışmasının doğası gereği daha sonraki bir aşamada bir bilgisayar programı oluşturabilecek şekilde olması koşuluyla, bir bilgisayar programının geliştirilmesine yol açan hazırlık tasarım çalışmalarını da kapsar.*” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁹. Bu tanımdan yola çıkarak 2009/24/EC sayılı Bilgisayar Programlarına ilişkin AB Yönergesi’nin bilgisayar programı tanımının yazılım kavramını da kapsam içinde aldığı anlamına gelmektedir. 5846 sayılı FSEK’de yer alan düzenlemeler için de, kanunda açıkça hazırlık çalışmaları dendiğinden aynı şekilde kabul edilmesi gerekecektir.

Bilgisayar programı kavramı ise, bulunduğu sistem içerisinde gerçekleştirmeyi hedeflediği işleve göre, sistem programları ve uygulama programları olmak üzere iki ana başlığa ayrılmaktadır⁷⁰.

Sistem programları kendi içlerinde üç alt başlığa ayrılmaktadır. Bunlar; işletim sistemleri, donatılar (*facility*/ işletim sistemleri ile beraber gelen işlevsel küçük programlar olarak

⁶⁶ SIVACIOĞLU, s. 23.

⁶⁷ WIPO: Model Agreements, <https://www.wipo.int/about-ip/en/universities_research/documents/ip_toolkit/model_agreements.docx>, 30.06.2022.

⁶⁸ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>>, 25.07.2022.

⁶⁹ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>>, 25.07.2022.

⁷⁰ ERİŞGİN, s. 213.

tanımlanabilecektir) ve özel amaçlı programlardır. Sistem programları bir bilgisayar sisteminin özgülendiği amacı yerine getirebilmesi için zorunlu olan programlardır⁷¹. İşletim sistemlerine birkaç örnek vermek gerekirse; DOS, Linux, OS2, Unix, Windows işletim sistemlerinden bir kaçıdır. Bu işletim sistemleri, kurulduğu bilgisayarın özgülendiği amacı yerine getirebilmesi için temel işlemlerin yapılmasını sağlayan bilgisayar programlarıdır. Özel amaçlı programlar, ya da başka bir deyişle diğer yardımcı programlar olarak adlandırılacak olan sistem programları ise, kullanıldığı işletim sisteminin yeterliğini arttıran ve bu işletim sistemi üzerine kurulması planlanan uygulamaları çalıştıracak bilgisayar programlarının işlev görmesinin temelini oluşturan yazılım kütüphanesi veya veri tabanı yönetim sistemi gibi programlardır⁷².

Uygulama programları ise; bilgisayar kullanıcısının ihtiyaçlarının karşılanması ve bilgisayardan maksimum verimi elde edebilmesi için tasarlanan programlardır. Bir işletim sistemi üzerinde yer alan ve kullanıcının oyun oynamak, video izlemek, yazı yazmak, çizim yapmak, sunum hazırlamak veya internette dolaşmak gibi amaçlarının gerçekleşmesini sağlayan programlar uygulama programlarına örnek olarak verilebilecektir⁷³.

Yukarıda da detaylıca açıklandığı üzere bilgisayarlar yalnızca gözle görülen donanım kısmından ibaret olmayıp bu donanımı anlamlı hale getiren işlerinde barındırdıkları yazılımlardır. Maddi hukuk açısından bir bilgisayara üzerindeki hak sahipliğin, tespit ederken donanım ve yazılımlar açısından ayırma gidilmesi gerekmektedir⁷⁴.

Bu noktada bilgisayarın donanım kısmının eşya hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiği⁷⁵, bilgisayarların içerisinde bulunan yazılımların ise yalnızca fikri mülkiyet hukukuna göre eser olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir⁷⁶.

Türk mevzuatında ise bilgisayar programlarının/ yazılımların hukuki niteliği konusu doktrinde FSEK mi yoksa mülga Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PatKHK)⁷⁷ kapsamında mı korunması gerektiği hususu tartışmalıydı. Bir görüşe

⁷¹ ERİŞGİN, s. 213.

⁷² ERİŞGİN, s. 213.

⁷³ ARIKAN, s. 322.

⁷⁴ KIYAK, s. 50.

⁷⁵ ERİŞGİN, s. 249.

⁷⁶ KIYAK, s. 50.

⁷⁷ Resmi Gazete T. 27.6.1995 Sa. 22326.

göre yazılımların ve bilgisayar programlarının temelinde yatan algoritma incelenerek, yazılımların ve bilgisayar programlarının kullandığı dil gözden geçirilerek doğrudan donanım tarafından anlaşılabilir bir tür dil olduğu, dolayısıyla kamuya mal edilmiş bir bilgi alanı olarak sayılması gerektiği ve bu sebeple de üçüncü kişilerin kullanımının/ yararlanmasının izne bağlanmasının hukuka uygun olmayacağını; çünkü fikri hak kapsamında korunan gayri maddi varlıkların, özgün ve yeni olması gerektiği savunulmaktaydı⁷⁸. Diğer görüş ise, fikri mülkiyet hukukunun yazılımlar ve bilgisayar programları oluşturulurken dayanılan teknik bir problemi çözme yeteneğini koruma kapsamına almadığı ve bu teknik problemi çözme faaliyetinin yazılımcı yaratıcısının zihninde ortaya çıkması ve bir edebi eserin yaratılış sürecine benzer bir süreçten geçerek, fikrin bir ifade ediliş biçimi olarak özgün bir nitelik kazandığını durumlarda edebi eserlere benzer niteliğe sahip bir korumadan faydalanması gerektiğini savunmaktadır⁷⁹. Son görüş ise farklı hukuk düzenlerinde yazılımların ve bilgisayar programlarının fikri mülkiyet hakkı konusu olarak kabul edilmesi sonucunda fikri hak olarak kabulünü temel alınarak kanunlaştırma faaliyetlerinin gerçekleştirildiği gözlenmektedir. Bu yaklaşım ile birlikte, yazılım ve bilgisayar programlarının fikri mülkiyet hakları kapsamında korunmasına ilişkin düzenlemeleri bulunan hukuk sistemleri açısından, yazılımların ve bilgisayar programlarının hukuki niteliği üzerindeki tartışmaları sona erdirmese de kanuni çerçeveyi çizdiği savunulabilir⁸⁰. Ancak SMK döneminde de bu konu üzerinde tartışmalar uygulamada hala devam etmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu Patent Başvurusu İçin Yerine Getirilmesi Gereken İşlemlere Dair Avrupa Sözleşmesi (*European Convention Relating to the Formalities Required For Patent Applications*⁸¹, EPC) teknik işlevi bulunan bilgisayar programlarına patent belgesi vermektedir⁸².

Türk Patent ve Marka Enstitüsü (TÜRKPATENT) tarafından yayımlanan Patent Başvuru Kılavuzu'nda da bilgisayar programlarının, teknik bir problemi çözen yöntemi gerçekleştiren

⁷⁸ EREL, Ş. N.: "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", Prof. Dr. I. ÖZTRAK'a Armağan, AÜSBFD Ocak-Haziran, 1994, s. 159.

⁷⁹ BAUER, K. A.: Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen in den USA, 1984, s. 139; MICHALSKI, L., & BÖSERT, B.: Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, Schäffer-Poeschel, 1992, s. 92.

⁸⁰ ERİŞGİN, s. 218-219.

⁸¹ Resmi Gazete T. 09.1.2001 Sa. 24282.

⁸² SULUK/ KARASU/ NAL, s. 150.

bilgisayar programı veya bilgisayar programını içeren cihaz patent ile korunabileceği yazılmakla beraber konu hakkında açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır⁸³.

1.3.3 Kaynak Kodu Kavramı

Akış şemalarının (veya diğer metodların) da yardımı ile tasarımı ve geliştirilen yazılım dillerinin de katkısıyla, insanın anlayacağı dille yazılmış, donanımların özgülendiği amacı yerin getirmesini hedefleyen komutlar bütünü olarak tanımlanabilecektir. Kaynak Kodu (*Source Code*) olarak adlandırılan bu komutların, makine koduna/dijital dile çevrilerek işletim sistemleri ile donanımların anlayacağı bir yapıya getirilmelidir⁸⁴.

Bir yazılım bir bilgisayar tarafından kullanılmadan önce dört aşamadan geçer: akış şeması, kaynak kodu, nesne kodu ve nesne biçimi⁸⁵. Akış şemaları yazılımın yazılması süresince geliştiriciler/yazılımcıları/bilgisayar programcıları tarafından kullanılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, yıllar içerisinde oluşturulan yazılım dilleri kullanılarak yazılan bilgisayar komutları “kaynak kodu” olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte, kaynak kodun, derleyiciler veya yorumlayıcılar olan özel yazılımlarda makine tarafından okunabilen bir nesne koduna dönüştürülmesi gerekir⁸⁶. Yazılımcılar tarafından geliştirilen yazılımlar ve bilgisayar programları, yazılırken tabi ki de insanın anlamasına elverişli bir dille yazılmak zorundadırlar. Nihai noktada yazılımcıların ürettiği kaynak kodunun, makinelerin anlayacağı bir dile, yani nesne koduna çevrilmesi gerekmektedir. Kaynak kodlarının nesne kodlarına çevrilmesi için de yine yazılımlar ve bilgisayar programları kullanılmaktadır⁸⁷.

Yazılımcılar kaynak kodu şeklinde bilgisayar programlarını yazarken, yararlanabileceği 400’den fazla bilgisayar dili bulunmaktadır⁸⁸.

⁸³ TÜRKPATENT, Patent Başvuru Kılavuzu, <<https://www.turkpatent.gov.tr/basvuru-kilavuzlari>>, s.3, 25.03.2023.

⁸⁴ ARIKAN, s. 325.

⁸⁵ SIVACIOĞLU, s. 28.

⁸⁶ SIVACIOĞLU, s. 29.

⁸⁷ ARIKAN, s. 323.

⁸⁸ ARIKAN, s. 327.

1.3.4 Açık Kaynak Kodlu Yazılımlar

Ticari yazılım geliştiricileri, ürünlerinin kullanım kapsamını ve aktarılabilirliğini sınırlayan, yasal düzenlemelerin izin verdiği istisnai durumlar dışında, kaynak koduna erişimi engelleyen lisans şartları kullanmaktadır. Açık kaynak kodlu yazılımlar (OSS), kaynak kodunun kullanıcılara sunulduğu ve kullanıcıların bu kodu okumasına, üzerinde değişiklik yapmasına ve değişikliklerini içeren yeni sürümleri oluşturmalarına ve dağıtmasına izin veren yazılımlar olarak tanımlanabilecektir. Telif hakkına ilişkin düzenlemelere bir tepki olarak geliştirilen açık kaynak kodlu yazılımların sağladığı bu serbesti, yazılım kullanıcılarına tanınan özgürlükler anlamında “free”, özgür, ücretsiz vb. şeklinde nitelendirilmektedir. Ancak bu durum açık kaynak kodlu yazılımların ücretsiz olması gibi bir zorunluluk doğurmayacaktır. Zira açık kaynak kodlu yazılımların en temel ve en popüler yazılım lisans sözleşmeleri incelendiğinde, açık kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmelerinin bir ücrete tabi olarak düzenlenebildiği görülmektedir. Örneğin *Apache Software Foundation* tarafından yayımlanan *Apache Licence, Version 2.0*⁸⁹ 3’üncü maddesinde;

“Bu Lisansa tabi tüm çalışmalar üzerinde çalışma yapma veya başkasına çalışma yaptırma, kullanma, satmayı teklif etme, satma, ithal etme ve başka herhangi bir şekilde devretmeye ilişkin olarak, işbu Lisansın hüküm ve koşullarına tabi olarak, her Katkıda Bulunan kişi işbu vesileyle Size daimi, dünya çapında, münhasır olmayan, ücretsiz, telifsiz, geri alınamaz (belirtilen istisnalar dışında) bir patent lisansı verir...” şeklinde düzenlenmektedir⁹⁰. Maddeden anlaşılacağı üzere satmayı teklif etme, satma vb. gibi sayılan yetkiler doğası gereği para karşılığı gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Dolayısıyla açık kaynak kodlu yazılımların ücretsiz yazılımlar olduğu genel kabulü, yanlış bir çıkarım olacaktır.

OSS, telif hakkı kapsamındaki hakları kullanmanın belirli bir yolunu temsil eder ve açık kaynak geliştirme modeli, telif hakkı sahibinin münhasır dağıtım haklarına dayanan bir dağıtım

⁸⁹ THE APACHE SOFTWARE FOUNDATION: Apache Licence, Version 2.0, <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>>, 11.12.2022.

⁹⁰ THE APACHE SOFTWARE FOUNDATION: Apache Licence, Version 2.0, <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>>, 11.12.2022.

şeklidir. OSS modelinde, ilgili açık kaynak lisansındaki lisans koşullarına tabi olarak kullanıcıya kopyalama, değiştirme ve yeniden dağıtma hakları verilir⁹¹.

Birçok açık kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmesi bulunmaktadır. Esas olarak kaynak kodunun değiştirilmiş veya derlenmiş kopyalarının yeniden dağıtılabileceği yani işleme veya derleme eserlerin oluşturulabileceği lisanslama koşulları açısından bu şekilde düzenlenen lisans sözleşmeleri önem arz etmektedir.

Popüler bir açık kaynak kodlu lisans sözleşmesi modeli olan *Berkeley Software Distribution* (BSD),⁹² her kopyanın belirli bir “*disclaimer*” içermesi koşuluyla, yazılımın her türlü kullanımına, özgür veya tescilli türevlerin değiştirilmesi ve dağıtılması da dahil olmak üzere izin verici hükümlere sahiptir.

Bu yaklaşımın örnekleri arasında, ücretsiz türevlerin değiştirilmesine, işlenmesine, derlenmesine ve dağıtılmasına izin veren, ancak herhangi bir şekilde tescilli fikri ve sınai mülkiyet hakkına dayanak oluşturacak şekilde türevlerin oluşturulmasını engelleyen Özgür Yazılım Vakfı'nın Genel Kamu Lisansı(GPL)⁹³ ve Kısıtlı Genel Kamu Lisansı (LGPL)⁹⁴ yer alır.

Bu bahsi geçen yazılım lisans sözleşmelerinin çoğunun ana metinlerinde uygulanacak hukuk seçimi yapılmamıştır ve bu sözleşmelerin yabancılık unsuru içermesi halinde, oluşabilecek muhtemel uyuşmazlıklarda, uygulanacak hukukun tayini mutlaka gerekecektir⁹⁵.

Açık kaynaklı yazılımın sunabileceği faydalar arasında kaynak koduna erişim, topluluk temelli geliştirme, yerel beceriler ve kapasite geliştirme, tek satıcı bağımlılığından kurtulma, düşük maliyetler, geniş haklar ve ihtiyaçlara göre özelleştirme yetenekleri sayılabilir. Bununla birlikte, açık kaynak kodlu yazılımların lisans sözleşmesi ile üçüncü kişiler kullanılması

⁹¹ DIXON, s. 10.

⁹² OPEN SOURCE INITIATIVE: The 3-Clause BSD License, <<https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>> , 08.03.2021.

⁹³ FREE SOFTWARE FOUNDATION: GNU General Public License <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>> , 17.03.2023.

⁹⁴ FREE SOFTWARE FOUNDATION: GNU Lesser General Public License, <<https://www.gnu.org/licenses/lgpl-3.0.en.html>> , 17.03.2023.

⁹⁵ DIXON, s. xii.

giderek daha fazla kabul görse de, bu lisans sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespiti henüz yargısal alanda tam anlamıyla mahkeme kararlarına konu olabilmiş değildir.

1.3.5 Özgür Kaynak Kodlu Yazılımlar

Özgür kaynak kodlu yazılım yaklaşımı, gerçek veya tüzel kişilerin patentli ve/veya telif hakkı korumasından faydalanmaya elverişli bir şekilde yazılım kaynak kodu üretmemesi prensibine dayalıdır⁹⁶. Bu yaklaşım, geliştirilen yazılım yazma ve programlama tekniklerinin fikri mülkiyet korumasından faydalanmasının, büyük şirketlere tekeli haklar vererek, yenilikçilik ve ilerlemeye engel olduğunu savunmaktadırlar⁹⁷.

Özgür kaynak kodu felsefesini savunan yazılımcılar, ifade özgürlüğü ile özgür kaynak kodu geliştirme hakkını birbirine eş değer haklar olarak görürler. Özgür kaynak kodu yazımı, ifade özgürlüğünün bir görünümüdür. Yazılımların fikri mülkiyet hakları ile korunmasını savunan yaklaşımı, geleneksel olarak, haksız kullanımların engellenmesini ve münhasır hak sahipliğini savunan yaklaşımlar benimserlerken özgür yazılımcılar telif hakkının sahiplik unsurunun değil ifade özgürlüğünü temel alması gerektiğini savunurlar. Bu anlayışa göre yazılımların ve teknolojik gelişmenin asıl amacı toplumsal fayda sağlamaktır. Richard Stallman tarafından 1984 yılında kurulan Özgür Yazılım Vakfı (*Free Software Foundation*, FSF) ile bu felsefenin temelleri atılmıştır⁹⁸. Richard Stallman özgür yazılımın, açık kaynak kodlu yazılım yaklaşımına olan üstünlüğünü “*Açık kaynak hareketi için asıl konu işin uygulama tarafıdır, konuyu etik açıdan ele almaz. Söylendiği üzere açık kaynak bir yazılım geliştirme yöntemidir, özgür yazılım ise sosyal bir harekettir. Açık kaynak hareketi özgür olmayan yazılımı optimal olmayan bir çözüm olarak niteler. Özgür yazılım ise bunu sosyal bir problem olarak görür ve çözümün özgür yazılım olduğunu savunur.*” şeklinde ifade etmektedir⁹⁹. Aslında özgür kaynak kodlu yazılımların bir kişi, kurum veya şirketin değil yazılımcıların oluşturduğu topluluğun ortak bir ürünü haline gelmesi savunulmaktadır.

⁹⁶ DEMİRTEL, H./ SAĞIROĞLU, Ş.: “Özgür Dağıtım Konu Olan Yazılımlar: Nedir, Ne Kadar Güvenlidir?”, TÜBAV Bilim Dergisi, Y. 2011 C. 4, S. 1, s. 54.

⁹⁷ DEMİRTEL/ SAĞIROĞLU, s. 54.

⁹⁸ HOSCH, W. L.: Richard Stallman, <<https://www.britannica.com/biography/Richard-Stallman>>, 11.12.2022.

⁹⁹ DEMİRTEL/SAĞIROĞLU, s. 54.

1.3.6 Nesne Kodu Kavramı

Nesne Kodu (*Object Code*), kaynak kodlarının makinanın anlayacağı dijital dile çevrilmiş olduğu versiyonuna verilen isimdir¹⁰⁰.

Çalışmanın yukarıdaki kısımlarında da ifade edildiği üzere ilk başta yazılımlar 1 ve 0'lerden oluşacak şekilde nesne kodu halinde yazılmaktaydı. Bu yöntemde yazılımların geliştirilmesinde kısıtlayıcı bir faktör olarak görülmekteydi. Bu nedenle zamanla ancak bu konuda yetkin kişilerin anlayabileceği yazılım dilleri oluşturulmuştur. Yazılım kodlaması günümüzde öncelikli olarak üst düzey yazılım dilleriyle yapılmaktadır. Böyle bir dilde ifade edilen algoritma, bir insanın okuyabileceği, anlayabileceği, düzeltebileceği veya değiştirebileceği üst düzey dil programlarında yazılarak oluşturulan “kaynak kodu” olarak adlandırılır¹⁰¹.

Ancak bir bilgisayar, “kaynak kodu” ile yazılmış bir yazılımı anlayamaz ve yalnızca makine dilindeki talimatları yürütebilir. Bu nedenle kaynak kod, bir bilgisayar tarafından anlaşılabilen uzun bir 0'lar ve 1'ler dizisinden (*binaries*) oluşan makine diline çevrilir ve bir nesne kodu haline getirilmez. Çoğu ticari yazılım piyasaya makine dilinde ya da bir bilgisayarın okuyabildiği, ancak bir insan bağlantısı olarak adlandırılan ikili dosyalar olarak piyasaya sürülür. Bir yazılım “nesne koduna” çevrildikten sonra basılı form, delikli kartlar, manyetik diskler, silikon çipler üzerinde saklanabilmektedir¹⁰².

1.4 Yazılımların Türk Hukukundaki Yeri

Günümüzdeki Türk mevzuatındaki düzenlemeler incelendiğinde gayri maddi bir mal varlığı olan yazılımların ve bilgisayar programlarının¹⁰³ FSEK kapsamında eser olarak tanımlandığı ve fikri mülkiyet haklarının konusu olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Yazılımın yüklendiği donanımlar ise maddi nitelikte varlıklardır ve eşya olarak kabul edilmelidir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ARIKAN, s. 325.

¹⁰¹ SIVACIOĞLU, s. 31.

¹⁰² SIVACIOĞLU, s. 31.

¹⁰³ ERİŞGİN, s. 235.

¹⁰⁴ KARAMAN/DAMAR, s. 1175

Yazılım ve bilgisayara programlarının hukuki niteliği düzenlenene kadar, konu hakkında gündeme gelen hukuki sorunlar arasında en önemlisini, bilgisayar programlarının ve yazılımların hukukun hangi dalı altında korunacağı oluşturmuştur. Bu noktada borçlar hukuku, sınai mülkiyet hukuku disiplini içindeki patent koruması ve fikri haklara özgü koruma olmak üzere üç ayrı koruma yolu olarak gündeme gelmiştir¹⁰⁵.

Yazılım ve bilgisayar programı terimleri, hukuki anlamını anlamak için Türk mevzuatında bu terimlerin kullanımları irdelenmelidir¹⁰⁶.

Yazılımın yasal olarak korunmasının başlangıç noktasının, yukarıda da detaylıca anlatıldığı üzere “Bilgisayar Yazılımlarının Korunmasına İlişkin WIPO Model Hükümleri”ne dayandığını belirtmek gerekir. Bu Model Hükümlerde düzenlenen korumaya alternatif olarak sınai mülkiyet hukuku kapsamında patent koruması veya sui generis bir korumanın da ülke mevzuatlarınca düzenlenebileceği önerilmekle birlikte, tavsiyenin en fazla yoğunlaşılan kısmı telif hakkı korumasına yöneliktir¹⁰⁷.

AB üyeliğine hazırlık çalışmalar kapsamında AB mevzuatının uyumlaştırılmasına ilişkin taahhüt edilen yükümlülükler doğrultusunda, Türk Hukuk Sisteminde yazılımların FSEK ile korunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu konuyla ilgili ayrı bir özel bölüm oluşturmak yerine 1995¹⁰⁸ ve 2001¹⁰⁹ tarihinde yapılan değişiklikler ile mevcut kanuna yeni hükümler eklemiştir.

Türkiye'deki mevzuatla ilgili burada belirtilmesi gereken bir diğer durum da, yürürlükten kaldırılan ve SMK'nın yerine geçtiği mülga PatKHK yazılımları ve bilgisayar programlarını ifade etmek için kullanılan terimin “*bilgisayar yazılımları*” olmasıdır. Yine 1995 tarihinde FSEK'te yapılan değişiklikte ise, kanun koyucu, bilgisayar programı ifadesini kullanmaktadır. Mülga PatKHK'da “*bilgisayar yazılımları*” ifadesini Patent Verilemeyecek Konular ve Buluşlar başlıklı maddesinde kullanırken, çok yakın tarihli ve FSEK'te değişiklik yapan düzenlemelerde “*bilgisayar programları*” ifadesini kullanmaktadır. Kanun koyucunun yazılım ve bilgisayar

¹⁰⁵ ARIKAN, s. 333.

¹⁰⁶ SIVACIOĞLU, s. 23.

¹⁰⁷ SIVACIOĞLU, s. 23.

¹⁰⁸ Resmi Gazete T. 12.06.1995 Sa. 22311.

¹⁰⁹ Resmi Gazete T. 03.03.2021 Sa. 24335.

programı kavramlarını bu kadar yakın tarihlerde bu şekilde kullanmış olması, iki terimi aynı anlamli olarak kullanma niyetini göstermektedir¹¹⁰.

SMK'da ise yazılımlar ve bilgisayar programları ifadesi iki yerde geçmektedir. Bunlar; patentlenebilir buluşlar ve patentlenebilirliğı istisnaları başlıklı m. 82 ile tasarım ve ürün başlıklı m. 55'te tasarım faaliyetinin anlamını açıklayan maddede tasarım faaliyetinin bilgisayar programları ile yapılamayacağını, endüstriyel yolla veya elle üretilen ürünleri konu alması gerektiğini açıklamaktadır. SMK 82. m. uyarınca bilgisayar programları, patentlenebilirliğin dışında kalan faaliyetlerden sayılarak buluş niteliğinde olmadığı düzenlenmiştir. SMK m. 82'de düzenlenen bu istisna bilgisayar programlarının tek başına patentlenmesini engellemekte olup bir makinayı veya donanımı çalıştıran yazılımlar bu cihazın çalışma mekanizması ile birlikte tescil edilebilmektedir¹¹¹.

Burada edebi eserlerin telif hakkı ve FSEK kapsamında korunması ile bilgisayar programlarının veya yazılımların telif hakkı ve FSEK kapsamında korunması arasındaki farka değinilmesi gerekecektir. Edebi eserler, insanoğlunun beş duyusu ile algıladığı ve kavrayabildiğı, bu özellikleri ile de insan zihninde ve duygu durumunda çeşitli etkiler bırakmaktadır¹¹². Bilgisayar programları ve yazılımlar ise, bir eşya olan bilgisayar donanımının fonksiyon ve amaçları doğrultusunda teknik bir soruna teknik çözümler üretmesi için geliştirilir ve yalnızca bu bilgisayar donanımları tarafından okunması amacına özgülenererek yazılmaktadır¹¹³. Bilgisayar programları ve yazılımlardan insanoğlunun elde ettiğı fayda ve yarar, kullanıcı arayüzleri sayesinde anlam kazanmaktadır¹¹⁴. Arayüzler ise; o bilgisayar programının veya yazılımın kullanıcılar tarafından elverişli bir şekilde kullanılabilmesi için yapılan tasarım faaliyetleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. SMK m. 55'te tasarım kavramı; *ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünüm* olarak tanımlanmaktadır. Kullanıcı arayüzleri için yapılan bu tasarım faaliyeti de SMK kapsamında tasarım korumasından faydalanabilecektir.

¹¹⁰ SIVACIOĞLU, s. 23.

¹¹¹ SULUK/KARASU/NAL, s. 247.

¹¹² ERİŞGİN, s. 243.

¹¹³ ERİŞGİN, s. 243.

¹¹⁴ ERİŞGİN, s. 223.

Hayatın olağan akışı içerisinde bilgisayar programları ve yazılımların satım sözleşmesinin konusunu oluşturdıkları görülmektedir. Ancak satış sözleşmesine konu edilmeleri bilgisayar programları ve yazılımların fikir ürünü olma niteliklerini kaybetmelerine sebebiyet vermeyecektir¹¹⁵. Sözleşmenin taraflarının sözleşmeye koydukları isimden bağımsız olarak hukuk sistemlerinin bu sözleşmelere atfettikleri kurallar, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları içerisinde, kamu düzeninin bir parçası olarak kabul edileceğinden satış sözleşmesine konu olan bilgisayar programları ve yazılımların aslında birer lisans sözleşmesi olduğu ve sui generis bir niteliği ihtiva edeceği açıktır.

1.4.1 Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirme

Bilgisayar programlarından ve yazılımlardan yararlanmaya ilişkin lisans sözleşmeleri, iş ilişkileri veya herhangi başka bir hukuki ilişki/işlem, borçlar hukukunun sözleşmelere ilişkin ve ticaret hukuku kapsamında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹¹⁶'da yer alan genel düzenlemeler uyarınca ticaret sırlarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanına girmektedir. Başlangıçta, bilgisayarlar, bilgisayar programları ve yazılımlar yalnızca profesyonel amaçlar ile kullanıldığından, ticaret hukuku ve borçlar hukukunun sağladığı korumalar, ihtiyaç çevrelerince yeterli görülmüştür. Yazılımların ve bilgisayar programlarının FSEK koruması altında düzenlenmiş olması, TBK kapsamında hükümlerin yazılım veya bilgisayar programlarını konu alan hukuki ilişkilere uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Fakat yukarda da belirtildiği üzere internet ve bilgisayar kullanımının yaygınlaşması, yazılımların kopyalanma işleminin oldukça kolay bir şekilde gerçekleştirilebiliyor olması, yazılım lisans sözleşmelerine taraf olmayan üçüncü kişilerin haksız kullanımlarının nasıl takip edileceği gibi sorunlar bakımından yazılım lisans sözleşmelerine Borçlar Hukukunun yetersiz kaldığı ortaya çıkmıştır¹¹⁷.

1.4.2 FSEK Açısından Değerlendirme

FSEK bağlamında bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle bu kanunun temelini oluşturan eser kavramının incelenmesi gerekecektir. FSEK 1/B uyarınca, eser; “*sahibinin*

¹¹⁵ ERİŞGİN, s. 230.

¹¹⁶ Resmi Gazete T. 04.02.2011 Sa. 27836.

¹¹⁷ ARIKAN, s. 334.

hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanmaktadır.

TBK kapsamındaki eser sözleşmesi ile bağlantılı eser kavramı ile FSEK’e konu olan eser kavramları birbirlerinden farklıdır. TBK kapsamında eser, maddi nitelikteki sonuçları da kapsayan geniş bir terimdir, FSEK nezdindeki eser kavramı ise yalnızca maddi nitelikte olmayan sonuçları kapsamaktadır¹¹⁸. Yazılımların ve bilgisayar programlarının hangi hukuki çerçeve ile korunacağı noktasında tartışmalar sürerken, fikri mülkiyet hakkına konu bir eser olarak korunmasına yönelik tartışmalar mahkeme kararları ile başlamıştır. Sektörel avantajı sebebiyle kronolojik olarak bu hususun tartışılmaya başlandığı ilk yer olan ABD mahkemelerinde 1970’li yılların ortalarında başlarken; Avrupa ve Kanada’da ise mahkemelerinde ise bu hangi hukuk dalı altında yazılım ve bilgisayar programlarının korunacağına ilişkin tartışmalar 1980’li yılların ilk yarısında başlamıştır¹¹⁹. Bu tartışmalar sonucunda varılan nokta, yazılımların ve bilgisayar programlarının; edebi eserlere benzer nitelikte dil ve yazı ile ifade edildiği için fikir ürünü olarak nitelendirilebileceği ve ülkelerin fikri mülkiyet kanunlarının, fikri ürünlerine tanıdığı korum kapsamında faydalanmaları kanısı oluşmuştur¹²⁰.

Fikri mülkiyet haklarının, diğer koruma türlerine kıyasla en belirgin özelliklerinden bir tanesi, eser olarak kanunda sayılan ürünlerin, herhangi bir şekli şart aranmadan, özgün taşımaları halinde, söz konusu fikri ürünün yaratma anından itibaren fikri mülkiyet korumasından yararlanılmasıdır¹²¹. FSEK’te belirlenen bir fikir ürününün eser sayılabilmesi için üç koşul belirlenmiştir. Bunlar; objektif, sübjektif ve şekli şarttır. Şekli şartın sağlanabilmesi için kanunda *sui generis* olarak sayılan kategorilerden birine sahip olması, sübjektif şartın sağlanması için ise sahibinin hususiyetini taşıması ve objektif şarta göre ise üçüncü kişilerce algılanabilme ve bu fikri ürünü üzerinde tasarrufa elverişli olması gerekmektedir¹²².

¹¹⁸ KILIÇOĞLU, A. M.; Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre), Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 106.

¹¹⁹ ARIKAN, s. 336.

¹²⁰ ARIKAN, s. 336.

¹²¹ ARIKAN, s. 336.

¹²² EKER ERKEKOĞLU, A.: Yazılım Lisans Sözleşmeleri, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 5.

Fikri hak korumasının bir diğer pozitif yönü ise hak sahibi, yaşam süresine yetecek sürede 70 yıl gibi oldukça uzun süreler ile korumadan yararlanılmasıdır¹²³.

Fikri mülkiyet korumasına ilişkin önemli başka bir nitelik ise hak sahibine tekелci bir yaklaşımla, inhisari nitelikte yetkiler verilmesi ve hak sahibinin fikri mülkiyet haklarını, herkese karşı ileri sürebilmesi olarak belirlenebilecektir¹²⁴. Fikri hakların yapısı gereği inhisari bir nitelikleri vardır¹²⁵. Başka bir deyişle fikri mülkiyet korumasından faydalanan fikir ürünlerinden doğan haklar herkese karşı tekелci bir biçimde ileri sürülebilecektir.

Öte yandan sınai mülkiyet haklarının sağladığı korumadan farklı olarak, fikri mülkiyet haklarının sağladığı korumanın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, tescil gibi şekil zorunluluğunun olmaması bilgisayar programları ve yazılımların fikri hak kapsamında korunmasını, sınai mülkiyet hakkı olan patent korunması altında düzenlenmesine kıyasla daha tercih edilmesini sağlamıştır¹²⁶.

Bu noktada belirtmekte fayda görülmektedir ki, bilgisayara girilen verilerin bir sonucu olarak bilgisayar tarafından oluşturulan hesaplama, çeviri, şekil ve çizim gibi çıktılar sahibinin hususiyetini taşımayacağından eser olarak nitelendirilemeyecektir¹²⁷. Sayılanlara benzer nitelikteki bilgisayar çıktısı “sonuçlar” FSEK’te tanımlanan eserin insanın aklının çabası sonucunda sahibinin hususiyetini taşıyarak ortaya çıkan bir ürün olması şartını yani sübjektif şartı karşılamayacağından eser olarak nitelendirilemeyecektir¹²⁸.

Bu kapsamda bir yazılımın veya bilgisayar programının, fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korunabilmesi için FSEK’te yer alan eser olarak nitelendirilebilmesi için objektif şartı barındırması gerekmektedir. Objektif şart; doğrudan veya dolaylı yollardan algılanabiliyor olması gerekmektedir. Yazılımlar ve bilgisayar programları, yazılım dilleri ile ifade edilen yazılı metinler olduklarından, bir dil ve bu dilin yazıya dökümünden oluşan ilim ve edebiyat eserleri gibi eser olmanın objektif şartını karşıladıkları kabul edilmektedir. Bilgisayar

¹²³ ARIKAN, s. 336.

¹²⁴ ARIKAN, s. 336.

¹²⁵ DÜZGÜN, Ü. A.: “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 3, Y. 2012, s. 49.

¹²⁶ ARIKAN, s. 336.

¹²⁷ EKER ERKEKOĞLU, s. 6.

¹²⁸ EKER ERKEKOĞLU, s. 6.

programları ve yazılımlar yazı ile ifade edildikleri için dünyadaki genel yaklaşım ile paralel bir biçimde hukuk sistemimizde de eser olarak kabul görmektedir¹²⁹.

Objektif unsur olarak; FSEK uyarınca dört ana eser grubu sayılmıştır ve bu eser gruplarına dahil her bir eser türü de FSEK’te sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olarak yer almaktadır¹³⁰. Türk hukukun sistemimizde bilgisayar programları ve yazılımlar ile bir sonraki aşamada bilgisayar programı, FSEK m. 2 birinci fıkra uyarınca “ilim ve edebiyat eseri” olarak tanımlanmış ve FSEK kapsamında sayılan “eser” kategorileri içinde yer almıştır¹³¹.

Bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için FSEK’te üç sübjektif unsur sayılmıştır. Bunlar;

- Eser sahibinin hususiyetini taşıma şartı,
- Fikri bir çabanın ürünün olması şartı ve
- Fiziki bir şekle bürünmüş olma şartı olarak sıralanabilecektir¹³².

Bu düzenlemeler uyarınca yazılımın veya bilgisayar programının, sahibinin başka eserlerden haksız ve hukuka aykırı bir iktisap ile gerçekleştirmediği bağımsız fikir ürünü olarak yazılımcının veya programcının aklının, zihninin kreatif özelliklerini taşıması gerekmektedir. Diğer bir söyleyiş ile yazılım, aynı konuda çalışan diğer kişilerden farklılık yaratacak şekilde eser sahibi kişiye ait özellikler taşıyarak, sarf edilen emek sonucunda üretilmiş olmalıdır¹³³.

Yazılımın sahibinin hususiyetinin anlaşılacağı temel alanlardan bir tanesi, yazılımın veya bilgisayar programının akış şemasının oluşturulması ve şemaya paralel bir şekilde yazılımın yapısının, yazılımın amacına ve fonksiyonlarına uygun şekilde kurulmasıdır. Yazılımın aşamalarında alışlagelmiş olmayan, herkesin aklına gelmeyen ve o yazılımcının fikirlerine özgü özellikleri taşıyan bir yapının varlığı, yazılımın sahibinin hususiyetini yansıttığının işaretidir. Fikri mülkiyet hukuku yazılımı oluşturma faaliyetindeki özgünlüğünün ancak bu özellikleri haiz olması halinde koruyacaktır¹³⁴.

¹²⁹ GÜNEŞ, İ.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İzmir 2022, s. 81.

¹³⁰ KILIÇOĞLU, s. 117.

¹³¹ EKER ERKEKOĞLU, s. 5.

¹³² UZUN F. B.: Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2016, <https://www.academia.edu/26407034/Fikri_Hukukta_Bilgisayar_Programlar%C4%B1n%C4%B1n_Hukuki_Korunmas%C4%B1>, 16.10.2022, s. 7.

¹³³ EKER ERKEKOĞLU, s. 5.

¹³⁴ EKER ERKEKOĞLU, s. 6.

Bilgisayar programlarının fikri hukuk altında korunmasının eğiliminin hukuki düzenleme boyutuyla çıkış noktasını WIPO’nun uluslararası bürosunun 6 yıllık uzun çalışmalar sonucu hazırlamış olduğu Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin WIPO Model Hükümleri oluşturmaktadır. Bu hükümler içinde alternatif yöntem olarak patent koruması veya kendine özgü/*sui generis* bir korumanın ülke hukukları tarafından benimsenebileceği de önerilmişse de bu hükümler öz olarak fikir ve sanat eserleri korumasını esas alan bir içeriği sahipti. Mevcut düzendeki fikir ve sanat eserlerine yönelik fikri hukuk koruması, söz konusu yazılımlar ve bilgisayar programları olunca, yazılım ve bilgisayar programlarına ilişkin maddeler bir takım farklı düzenlemelere yer verilmesi gerektiği kaçınılmazdır. Öncelikle bilgisayar programlarının kişisel kullanım amacıyla işleme ve çoğaltılmasında sınırlı bir serbestlik tanınmıştır¹³⁵. Örneğin sektör liderlerinden Microsoft firmasının¹³⁶ ürünlerine ait sözleşmelerde bilgisayar programlarının, yazılımların satılmadığı, hukuki işlem sonucunda tüketicilere lisans verildiği, bu bilgisayar programlarını “satın alan” kişilerin kopyalama ve değişiklik yapma haklarının sınırlı çerçevede ilgili sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde mümkün olduğu belirtilmektedir¹³⁷.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında; mevcut düzenlemeler ışığında yazılımlar, bilgisayar programları ve hazırlık tasarımlarının FSEK kapsamında korunma altına aldığı düzenlendiği ve eser olarak nitelendirileceği açıktır¹³⁸.

1.4.2.1 Mali Haklar

Bir eserden ekonomik olarak faydalanmak, bir eser üzerindeki en önemli amaç ve araçlardan bir tanesidir. Bir eser üzerindeki eser sahibinin mali hakları, o kişinin eser ile olan ekonomik ve mali bağlarına ilişkin haklar olarak tanımlanabilecektir¹³⁹. Mali hakların, söz konusu eserden ekonomik bir fayda elde edecek şekilde tasarrufa konu olması bu alanda bilgi ve yetkinlik gerektirmektedir. Eser sahibi, eseri meydana getirmesinden ve eser sahipliği ile bağlantılı olarak doğan haklarını kullanamadığı veya başkasının bu hakların kullanımından hem

¹³⁵ GÜNEŞ, s. 80.

¹³⁶ Detaylı bilgi için bkz.; <<https://www.microsoft.com/licensing/docs/view/Licensing-Use-Rights>>, 11.12.2022

¹³⁷ ARIKAN, s. 334.

¹³⁸ BERBER A.: “Yazılımlar Nasıl Korunur, Yazılımlar Patentlenebilir mi?”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 6, Y. 2020, s. 219.

¹³⁹ KILIÇOĞLU, s. 252.

eser sahibine hem de kendisine daha fazla ekonomik fayda elde edebileceği hallerde bu haklarını devredebilmesi gerekecektir¹⁴⁰.

Bir eser üzerindeki mali hakların neler olabileceği kanunumuzda sınırlı sayıda olacak şekilde sayılmıştır. Kanunda sayılan ve bir eser üzerindeki mali haklar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil, yayın ve umuma iletim hakları olarak sayılabilecektir. Kanunumuzda sayılan bu mali haklar devir, lisans, ruhsat gibi hukuki işlemlere konu olabilecekleri gibi eser sahibine bağlı olarak miras hukuku uyarınca da hukuki işlemlere konu olabilecek haklardır¹⁴¹. FSEK m. 48/1 asli iktisabı konu almaktadır. Buna göre eser sahibi veya eser sahibinin mirasçıları için kanunda düzenlenen mali haklar süre, yer ve kapsam itibariyle süreli veya sınırsız, bedel karşılığında veya bedelsiz üçüncü kişilere devretme hakkına sahiptirler. Mali hakların külli olarak değil de, yalnızca kullanma yetkisini konu alacak şekilde (kanunda kullanılan terim ile ruhsat) üçüncü kişilere verilebileceği FSEK m. 48/2'de düzenlenmiştir. FSEK m. 49'da devren iktisap düzenlenmiştir. Buna göre; eser sahibi veya mirasçılarından mali bir hak veya mali hakları kullanma yetkisini hukuka uygun bir şekilde almış bir kişi, ancak yazılı olarak yapacakları bir sözleşme ile bu hakkı veya bu hakkın kullanma yetkisini üçüncü bir kişiye devredebilir. Ayrıca FSEK m. 50 uyarınca fikri mülkiyet hakkı üzerindeki bu tasarruf işlemleri, eser meydana getirilmeden önce de yapılabilecektir¹⁴².

Mali hakların kullanımına ilişkin terim, FSEK'te "ruhsat", uygulamada ise genellikle "lisans" olarak ifade edilmektedir¹⁴³.

1.4.2.2 Manevi Haklar

Fikir ürünlerinde eser sahibi, "yaratma ilkesi" uyarınca bir gerçek kişi olmak zorunda olup gerçek kişilerin işverenleri gibi tüzel kişiliği haiz kişiler kural olarak eser sahibi

¹⁴⁰ TOKER, A. G.: "5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına ilişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk", Journal of Commercial and Intellectual Property Law, Y. 2022, s. 52.

¹⁴¹ SULUK/KARASU/NAL, s. 90.

¹⁴² TOKER, s. 52.

¹⁴³ TOKER, s. 52.

olamayacaklardır¹⁴⁴. Eser sahiplerinin manevi hakları devredilemez, feragat edilemez ve herhangi bir hukuki işlemle sınırlandırılmayacak haklardır¹⁴⁵.

Manevi haklarda FSEK’te tahdidi sayıda olacak şekilde sayılmıştır. Manevi haklar; kamuya sunma (umuma arz) hakkı, eser sahibi olarak adının belirtilmesi hakkı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, eseri tahrip etmeyi önleme hakkı, eserin aslına ulaşma hakkı, sergileme hakkı olarak sayılmıştır.

1.4.3 SMK Açısından Değerlendirme

SMK’dan önce ayrı KHK’lar ile korunan marka, patent, faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretler 6769 sayılı SMK düzenlemeleri altında birleştirilmiştir. Kanunun amacı; *“marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamak”* şeklindedir. Kanunun kapsamı ise; *“marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımlar.”* şeklindedir.

Kanunda sınırlı sayıda sayılan sınai mülkiyet haklarından işbu çalışma kapsamında, konu ile bağlantısı ve yakın ilişkisi sebebiyle yalnızca patent hakkı işlenecektir.

Patent, sınai hak sisteminde, yeni buluşlara verilen ve o belgenin verildiği hukuk sistemlerinin buluşa sağladığı korumayı ifade eden bir belgedir. Bir buluşun patent korumasından faydalanabilmesi için üç şartın sağlanması gerekmektedir. Bu şartlar;

- yeni,
- tekniğin bilinen durumunu aşarak bir buluş basamağı içermesi,
- sanayiye uygulanabilir olması bir defadan çok üretilmesi gerekmektedir.

Patent korumasından yararlanmak için bu üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ÖZTÜRK, A.: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2019, s. 179.

¹⁴⁵ SULUK/KARASU/NAL, s. 85.

¹⁴⁶ ARIKAN, s. 334.

Bu üç şartın yazılımlar ve bilgisayar programları açısından bir arada gerçekleşmesinin zorluğu, genel kanının FSEK kapsamında sağlanacak bir korunmanın benimsenmesine yol açarak; yazılımlar ve bilgisayar programları için fikri mülkiyet hakların en uygun araç olduğuna, sınai mülkiyet hakları kapsamındaki koruma ile örtüşmediğine, uzun tartışmalar ve mahkeme içtihatları ışığında karar verilmiştir¹⁴⁷.

Ancak günümüzde hala, yazılımların bilgisayar programlarının patent ile korunmasına yönelik tartışmalar sürmektedir. Bu tartışmaların temel sebebi, telif hakkı ile sağlanan korumanın bilgisayar programı veya bilgisayar programlarının hazırlık çalışmalarının yalnızca orijinalliğine yönelik bir koruma sağlaması ve teknik özellikleri açısından sınai mülkiyet haklarında olduğu şekilde bir koruma sağlanmayışıdır¹⁴⁸. Bir bilgisayar programı veya yazılım ile bir bağlantının bulunduğu buluşlarda (*programme related inventions*) Türkiye'nin de dâhil olduğu bazı ülkeler, patent başvurularını buluş statüsünde kabul ederek bu başvuruları tescile bağlanmaktadır. Burada koruma bilgisayar programının /yazılımın kendisi olmaktan ziyade, bilgisayar programının içerisine konulduğu donanımın patentlenebilirlik şartlarını taşıması nedeniyle, bir bütün olarak bu buluşa patent tescili verilmektedir. Avrupa Patent Ofisinin (*European Patent Office*) (EPO) 1985 yılında aldığı bir karardan bu yaklaşım Avrupa'da da benimsenmiştir¹⁴⁹. EPO, Avrupa patent tescillerinin verilmesi ile ilgili Avrupa Patent Sözleşmesi'nin "Patentlenebilir Buluşlar" başlığını taşıyan 52. maddenin üçüncü fıkrasının yorumlanış biçimiyle ilgili itirazlarda; içinde bilgisayar programı /yazılım barındıran buluşların bütün olarak değerlendirilerek bu bütünün dış dünyada teknik bir etki yaratıp yaratmadığı sorusuna verilen cevabın olumlu sonuçlandığı durumlarda (Avrupa Patent Sözleşmesi'nde yer alan patentlenebilirlik şartlarının tamamının sağlanması kaydıyla) yazılım veya bilgisayar programı içeren bu buluşun patentlenebileceğini öngörmüştür¹⁵⁰.

Dijitalleşme endüstri alanında ciddi bir değişimi tetiklemiş bulunmaktadır. Bu sebeple yazılımlar, bütünüyle sınai süreçlerinde önemli birer unsur haline gelmiştir. Doksanlı yılların başında Avrupa Patent Hukuku'nda bilgisayar programlarının temelinde bulunan fikir ve temel prensiplerin patent koruması kapsamı dışında kaldıkları kabul edilmiştir. Ancak günümüzde

¹⁴⁷ ARIKAN, s. 334.

¹⁴⁸ BERBER, s. 220.

¹⁴⁹ T 0115/85 (Computer-related invention) T. 5.9.1988

¹⁵⁰ ARIKAN, s. 334.

yavaş yavaş ABD uygulamasını benimser bir uygulama tarzı görülmektedir. Avrupa Patent Ofisi'nin uygulaması, teknik nitelikte olmakla ve patentlenebilirlik koşullarını taşımak şartıyla bilgisayar programlarını /yazılımların da patent tesciline/korumasına konu olabileceği yönünde gelişmiştir¹⁵¹.

Avrupa Patent Ofisi'nin benimsediği bu yaklaşım ABD'de, 1981 yılında *Diamond v. Diehr*¹⁵² davasında ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of the United States*) tarafından uygulanmış ve buluş konusunun ekmeğin istenilen şekilde kızarmasını sağlayan bir yazılım/bilgisayar programının içeren tost makinasının tescil talebini patente bağlanması öngörülmüştür¹⁵³.

Aksi yöndeki gelişmeler ise AB Parlamentosu'nun 6 Temmuz 2005'te bilgisayarla uygulanan buluşlarla ilgili bir önerisini reddedilmesi yönünde gerçekleşmiştir¹⁵⁴. Önerilen bu mevzuatın, ulusal patent yasalarının bilgisayar programları /yazılımların uygulanan fikri mülkiyet hakkı olarak ele alınmış biçimini sınai mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilmesine uyumlu hale getirmeyi ve bilgisayar uygulamalı teknolojiye bağlı yeni ürünler geliştirmeye yatırım yapanların patent koruması elde etmelerini sağlamayı amaçlamaktaydı¹⁵⁵.

Ancak bütün bu gelişmelere rağmen bilgisayar programlarının /yazılımlarının fikri mülkiyet korumasına ilişkin tartışmalar ulusal ve uluslararası düzeyde devam etmektedir. Bu tartışmanın temelinde, yaratıcı ifade yoluyla teknik işlevleri yerine getiren yazılımın ve bilgisayar programlarının benzersiz doğasıyla bağlantılıdır. Telif hakkı, bilgisayar programlarının edebi özelliklerini korusa da, genellikle ticari değerlerinin temel bir parçası olan teknik özellikleri bu anlamda korunmamaktadır. Örneğin, farklı metinlere sahip iki bilgisayar programı /yazılım, büyük ölçüde aynı işlevi gerçekleştirebilir, ancak bu iki programın da FSEK kapsamında korunması mümkün olacaktır. Bilgisayar programlarının /yazılımların arkasındaki

¹⁵¹ GÜNEŞ, s. 80.

¹⁵² *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175 (1981), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/175/>> , 17.10.2022.

¹⁵³ ARIKAN, s. 334.

¹⁵⁴ AVRUPA BİRLİĞİ PARLAMENTOSU, Patentability of computer-implemented inventions, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2005-07-06_EN.html?redirect=sdocta3> , 19.10.2022.

¹⁵⁵ AVRUPA BİRLİĞİ PARLAMENTOSU, Patentability of computer-implemented inventions, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2005-07-06_EN.html?redirect=sdocta3> , 19.10.2022.

fikirler örneğın, trafik lambalarının birbirlerini takip eder şekilde belirli sürelerle yanması, oda sıcaklığını düzenleme, telefonlarımızdan fotoğraf çekebilmemiz gibi teknik işlevler sağladığından, yazılım geliştiricileri yazılımların korunmasını patent koruması gibi, buluşun teknik özellikleri, sanayiye katkısı gibi hususlar açısından da koruma sağlaması gerektiğini düşünmektedirler. Telif hakkına ilişkin koruma yalnızca bir yazılımdaki, yazılım dili ile ifade edilen kodların nasıl yazıldığı korunmaktadır. Sınai mülkiyet haklarından patent kavramı ile koruma sağlanması halinde ise, yazılım altında yatan teknik işlevselliğın korunması beklenmektedir. Bu nedenle, genel olarak, telif hakları korumasının tıpkı film korsanlığı, kitap korsanlığı gibi yazılım korsanlığına karşı koruduğı, patent korumasının ise rakipler tarafından kopyalanmasına karşı koruduğı söylenmiştir¹⁵⁶.

Mevzuatımızda ise SMK'nın 82'nci maddesinde patentlenebilir buluşlar ve patentlenebilirliğın istisnaları düzenlenmiştir. Bilgisayar programlarının bu madde de açıkça kapsam dışı bırakıldığı görülecektir¹⁵⁷.

Ancak bazı durumlarda bilgisayar programlarının veya yazılımlar da patent korumasından faydalanabilmektedir. Bu durumların başında bir yazılımın veya bilgisayar programının bir donanım ile bir araya geldiğı buluşlar gelmektedir. Bilgisayar programı /yazılımı bir donanım ile birleştirdiğimize patent korumasından faydalanabilecektir¹⁵⁸.

Yazılımların patentlenmesine izin veren bir diğer yöntem ise iş metodu olarak nitelendirilebilecek yazılımların yalnızca bu metodun ihtiva ettiğı teknik özellikler nezdinde bir koruma talebiyle patentlenmesidir¹⁵⁹.

Son dönemlerde yukarıda açıklanan sebeplerle TÜRKPATENT nezdinde yazılımları da konu alacak şekilde yapılan başvuruların tescil bağlanması hususunda bir esneklik sağlandığı görölmektedir. “...TÜRKPATENT'e 2017-2020 arası yapılan (yıllık ortalama 500 adet)

¹⁵⁶ EVANS, D. S./LAYNE-FARRAR A.: “Software Patents and Open Source: The Battle over Intellectual Property Rights”, Virginia Journal of Law and Technology, C. 9, S. 10, Y. 2004, s. 21.

¹⁵⁷ BERBER, s. 219.

¹⁵⁸ BERBER, s. 221.

¹⁵⁹ ÖZDEN & GÜÇLÜ HUKUK: Türkiye’de Yazılımlar Patentlenebilir mi?, <https://www.ozdenguclulegal.com/turkiyede-yazilimlar-patentlenebilirler-mi/#_ftnref3>, 17.10.2022

(yazılımlar dahil) bilgisayar-tabanlı buluş başvurularından (G06Q sınıfı) araştırma raporu¹⁶⁰ yapılan 688 başvuruya karşılık, 57 başvuruya rapor düzenlenememiştir. Bir başka deyişle bu alandaki başvuruların %7.6'sına araştırma raporu düzenlenememiştir...’’¹⁶¹. Bu istatistik bize TÜRKPATENT'in yazılım veya bilgisayar programlarını konu alan başvurularda tescile bağlı bir şekilde patent korumasından faydalanılması yaklaşımının daha çok benimsendiğini gösterecektir.

Yalnızca eser niteliği korunacak olan yazılımlar için FSEK korumasının yeterli olmadığı durumlarda, TTK, TBK gibi genel hükümlerde yer alan haksız rekabet gibi hukuki müesseselerin sağladığı koruma uygulama alanı bulabilecektir¹⁶².

1.4.4 Uluslararası Antlaşmalar

Uluslararası antlaşmaların Türk hukuk sistemi açısından birden fazla önemi bulunmaktadır. Bunlardan biri Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY)¹⁶³ m. 90'ıncı kapsamındaki “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir.*” düzenlenmedir. Yabancılık unsuru içeren ve özel hukuk ilişkisini konu alan hukuki işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun tespiti, somut uyuşmazlık ile ilgili varsa, usulüne göre yürürlüğe giren ilgili uluslararası antlaşmalar ile de belirlenebilecektir.

Uluslararası antlaşmaların etkisi yalnızca AY m. 90'da değil, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁶⁴ (MÖHUK) m. 1/2'de de yer almaktadır. Bu madde ile “*Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.*” şeklinde hükmedilmiştir.

¹⁶⁰ SMK Uygulama Yönetmeliği uyarınca, araştırma raporu; bir buluşun patent tescili için TÜRKPATENT'e yapılan başvuru sonrasında, o başvurunun patentlenebilirliğine ilişkin TÜRKPATENT tarafından hazırlanan raporu ifade etmektedir.

¹⁶¹ ÇALIŞKAN, M. G.: Türkpateent'te Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri, <<https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatente-bilgisayar-tabanlı-buluşların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#ednref20>> IPR Gezgini, Y. 2021, s. 6

¹⁶² BERBER, s. 221.

¹⁶³ Resmi Gazete T. 09.11.1982 Sa. 17863.

¹⁶⁴ Resmi Gazete, T. 12.12.2007, S. 26728.

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ve usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalar aşağıdaki alt başlıklarda çalışmanın konusu sınırları içerisinde incelenecektir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin fikri mülkiyet hakları üzerine taraf olduğu en önemli anlaşmalardan bir tanesi Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi (Bern Sözleşmesi)'dir¹⁶⁵. Bern Sözleşmesi'nde yazılımlar ile ilgili açıkça bir düzenlenme bulunmamaktadır. Ancak en kapsamlı anlaşmalardan bir tanesi olması sebebiyle fikri mülkiyet alanındaki diğer uluslararası anlaşmalarda Bern Sözleşmesi'ne atıf yapılmak suretiyle bilgisayar programları /yazılımlara ilişkin düzenlemeler gerçekleştirilmiştir¹⁶⁶.

Bir diğer önemli anlaşma ise 15 Nisan 1994 tarihinde Dünya Ticaret Örgütü kuruluş anlaşmalarının¹⁶⁷ bir bütünü kabul edilen, TRIPS anlaşmasıdır. Bu anlaşma ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının uluslararası düzeyde korumanın asgari şartları düzenlenmektedir. TRIPS 9'uncu maddesi anlaşmaya taraf ülkelerin Bern Sözleşmesi'nin m. 1 ile m. 21 arasında yer alan hükümleriyle bağlı oldukları vurgulanarak Bern Sözleşmesi'nin m. 10'una göre kaynak kodu veya nesne kodu formunda olan yazılımların/bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi uyarınca edebi eserlere sağlanan korumadan faydalanacağı düzenlenmiştir¹⁶⁸.

TRIPS m. 10/1' de ise, kaynak kodu veya nesne kodu formundaki yazılımların/bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi'nde belirtilen “edebi eser” (*literary work*) çerçevesinde korunacağı belirtilmiştir¹⁶⁹. Bu da Bern Sözleşmesi'nin önemine işaret eden bir husustur.

TRIPS m. 9 ile yine Bern Sözleşmesi'ne atıf ile genel bir yaklaşımla, fikri hak ile sağlanan korumanın, fikir ürününün içerisinde yer alan fikirleri, usulleri, teknik özelliklerini, işletme yöntemlerini ve matematiksel kavramları korumadığını, bu niteliklerin yalnızca ifade edilmiş biçimlerini koruduğu düzenlenmektedir¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Resmi Gazete T. 02.06.1951 Sa. 7824.

¹⁶⁶ TEKİNALP, G.: “Private International Law in Turkey”, Wolters Kluwer Law International, Y. 2012, s. 128-130 (Private International).

¹⁶⁷ Resmi Gazete T. 25.02.1995 Sa. 22213.

¹⁶⁸ KÜÇÜKALİ, C.: “Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Kapsamında Korunması”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2022, s. 107.

¹⁶⁹ ARIKAN, s. 334.

¹⁷⁰ TRIPS 9'uncu maddesi, <https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_183846.pdf>, 10.10.2022.

Bir diğ er önemli uluslararası /uluslarüstü anlaşma ise Bilgisayar Programlarının Hukuki korunmasına İlişkin 2009/24 AB Direktifidir¹⁷¹. Bu direktif ile bilgisayar programlarının hazırlık aşamaları da kapsam içine alınarak, koruma kapsamı yazılım kısmı, kaynak kodları ve yazılım tasarımı aşamalarını da kapsayacak şekilde d zenlenmiřtir¹⁷².



¹⁷¹ Bilgisayar Programlarının Yasal Korunmasına İlişkin 23 Nisan 2009 Tarihli Ve 2009/24/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>>, 12.10.2022.

¹⁷² K   KAL , s. 108.

2. YAZILIM VE/VEYA BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ KONU OLDUĞU SÖZLEŞME TÜRLERİ

TBK m. 1'e göre sözleşme kavramı, tarafların irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıkladıklarında meydana gelen hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır¹⁷³. Bu kavram tarafların karşılıklı olarak birbirlerine uygun irade beyanları ile meydana gelen hukuki işlemi tarif etmekle birlikte bu hukuki işlem ile ortaya çıkan hukuki ilişkiyi ifade etmek üzere de kullanılabilir¹⁷⁴. Tarafların birbirlerine uygun olarak açıkladıkları irade beyanları zamansal olarak önce yapılabilecek "icap" (öneri), bu öneriye yönelik karşılık olarak yöneltilen ve sözleşmeyi akdetme arzusunu dile getiren irade beyanına ise "kabul" denilmektedir¹⁷⁵. Bilgisayar programlarının ve yazılımların fikri mülkiyet hukuku tarafından korunmakla birlikte bu ürünler üzerinde çeşitli hukuki borç ilişkileri tesis edilebilecektir. Her borç ilişkisi de, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte içeriğinde taraflara çeşitli yükümlülükler ve haklar atfeder. Sözleşme ile kurulan borç ilişkilerinin her biri, sonsuz sayıdaki hayat olaylarından oluşabileceği gibi bunlar arasında, bilgisayar programları /yazılımların da bulunması oldukça olağandır¹⁷⁶.

Bilgisayar programlarını /yazılımları konu olduğu sözleşmelerin genel anlamda sözleşmenin taraflarının her birini borç yükleyen sözleşmeler olduğu söylenebilecektir¹⁷⁷.

Fikir ve sanat eserleri kanunu tarafından korunan hukuki değerlerden, fikri hak sahipliğinin ve fikri hak sahipliğinden doğan eserler üzerindeki hak ve yetkilerin külli bir şekilde, mutlak bir biçimde devredilmesi mümkün değildir. Bir fikri mülkiyet hakkı devir işlemine konu olduğunda, o belirlenen hakkın kapsamı altındaki bir mali hakkın devredilmiş olduğu ya da tek başına o fikri haktan yararlanma yetkisinin üçüncü bir kişiye bırakıldığı anlaşılmaktadır. Fikri mülkiyet hakkının bu kapsamda devrine yarayan hukuki ilişkiler ve bunların nitelendirilmesi hangi hukuki işlem ile tanımlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁷⁸.

¹⁷³ OĞUZMAN, K. /ÖZ, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 18. Bası, C. 1, İstanbul 2020, s. 44.

¹⁷⁴ OĞUZMAN /ÖZ, s. 45

¹⁷⁵ TOPÇU, D.: Patent Lisans Sözleşmeleri, Ankara 2016, s. 61.

¹⁷⁶ ERİŞGİN, s. 219-220.

¹⁷⁷ TOPÇU, s. 61.

¹⁷⁸ ERİŞGİN, s. 219-220.

Uygulamada, standart bilgisayar programlarının /yazılımların devrini amaçlayan sözleşmeler için genelde, “satım”, “lisans”, “yazılım veya bilgisayar programı *leasingi*”, telif hakkı devri, ruhsat ve benzeri adlar ile nitelendirilebilmektedir.

Kimi zaman bu bilgisayar programları /yazılımlar bir donanım içerisinde de bu donanım ile birlikte satışa, devire, kiraya vb. hukuki işlemlere konu olabilmektedirler. Bu durumda bilgisayar programları /yazılımlar, fikri mülkiyet hukukunun koruma kapsamına giren bir gayri maddi malvarlığı ve varsa bu bilgisayar programının /yazılımının içerisinde bulunduğu donanım da eşya olarak kabul edilmesi gerekecektir, bu noktada bilgisayar programları /yazılımlar fikri mülkiyet hukukuna, donanım veya veri taşıyıcısı ise eşya hukuku kurallarına tabi olacaktır¹⁷⁹.

Kimi yazarlarca¹⁸⁰, fikri mülkiyet haklarının devrine ilişkin sözleşmeler ile lisans sözleşmeleri hukuki nitelik olarak birbirlerinden farklıdır. Hakkın devrini amaçlayan sözleşmelerde, devralan taraf, devreden tarafın sahip olduğu fikri mülkiyet hakkını kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde elde etmektedir, lisans sözleşmesi olarak adlandırılan kavramda ise hakkın külli olarak devrinden ziyade bu hakkın kullanımı konu alınmaktadır¹⁸¹. Bir başka deyişle bu iki sözleşme tipi arasındaki fark, hakkın devrini konu alan sözleşmelerde hak, devreden tarafın malvarlığından çıkarak devralan tarafın malvarlığına dahil olmasına karşılık, yazılım lisans sözleşmesi, herhangi bir devir işlemini konu almadığından fikri mülkiyet hakkının alt başlıklarını konu alacak olup hakkın özü eser ve/veya hak sahibinde kalmaya devam edecektir¹⁸².

Know-how sözleşmeleri, teknoloji transferi sözleşmeleri, geliştirme sözleşmeleri, escrow sözleşmeleri, hizmet olarak yazılım sözleşmeleri ve son kullanıcı lisansı sözleşmeleri gibi diğer isimsiz sözleşme türleri de bilgisayar programlarını /yazılımları konu alan başkaca sözleşmelere örnek olarak verilebilecektir. Bu sözleşmelerin borçlar hukuku nezdinde isimsiz sözleşmeler olarak sınıflandırılacaklardır. Çalışmanın konusu lisans sözleşmeleri olduğu için, bu sözleşme türlerinden yalnızca escrow sözleşmeleri, hizmet olarak yazılım sözleşmeleri ve son

¹⁷⁹ ERİŞGİN, s. 219-220.

¹⁸⁰ KILIÇOĞLU, s. 282; ÖZKAN, Y.: “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmelerinin Sağladığı Lisans Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2017, s. 377.

¹⁸¹ Devredilemeyen manevi haklar hariç olmak üzere, fikri mülkiyet hakkını elde etmektedir. KILIÇOĞLU, s. 282.

¹⁸² ÖZKAN, s. 377.

kullanıcı lisansı sözleşmeleri kullanımlarının son dönemlerde artması sebebiyle kısaca özetlenecek olup kalan sözleşme türleri ayrıca detaylandırılmayacaktır.

2.1 Escrow Sözleşmeleri

Yazılımların konu olan bir başka sözleşme türü ise *escrow* sözleşmeleridir. *Escrow* sözleşmesi ilk olarak, bir belgenin üçüncü bir kişiye teslim edilmesi ve üçüncü kişi tarafından özel şartların gerçekleşmesine kadar muhafaza edilmesi şeklinde tanımlanabilecektir¹⁸³.

Yazılımlarda ise yukarıda da detaylıca açıklandığı üzere kaynak kodları, yazılımcılar için bir yazılımın ekonomik değerinin önemli bir kısmını oluşturan bir parçasıdır. İşte bu kaynak kodlarını lisans alan taraflar ile paylaşmak istemeyen yazılımcıları/ lisans veren taraflar arasında *escrow* sözleşmesi imzalandığı görülmektedir.

Bu sözleşmelerde yazılımın kaynak kodu, yazılım sahibi ile kullanıcı arasında yapılmış, olan ve yazılımı kullanma hakkı veren sözleşmeye nazaran üçüncü kişi durumundaki *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilerek, taraflar arasında kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi durumunda kullanıcıya ya da duruma göre yazılım sahibine teslim edilir¹⁸⁴.

2.2 Hizmet Olarak Yazılım (SaaS) (Software as a Service) Sözleşmeleri

Bu sözleşmelerde bir web tarayıcısı aracılığıyla ilgili yazılımın kullanılmasına imkan sağlayan bir hizmet türüdür.

Yazılım lisans sözleşmeleri ile arasındaki en büyük fark yazılım lisans sözleşmelerinde lisans alanın somut bir yazılım ürününe lisans koşulları çerçevesinde mülkiyetine geçirmesi konu alınmaktadır. *SaaS* sözleşmelerinde ise, konu bir hizmet sağlanmasıdır.

2.3 Son Kullanıcı Lisansı Sözleşmeleri

Son kullanıcı lisansı sözleşmeleri, bir yazılımcı veya yazılımın dağıtıcısı ile o uygulamanın kullanıcısı arasında akdedilen bir sözleşmedir. Bu sözleşme, yazılımcıların,

¹⁸³ USTA, S.: Escrow Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 89.

¹⁸⁴ KESKİN, A. D.: “Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 10 Y. 2012, s. 95.

ürünlerindeki hatalar nedeniyle bir şeyler ters gittiğinde telif hakkı ihlallerinden ve sorumluluklarından korumak için kullanılmalıdır¹⁸⁵.

2.4 Lisans Sözleşmeleri

Doktrinde lisans sözleşmelerine ilişkin birçok tanım yapılmaktadır. Buna tanımlardan bir kısmı aşağıda özetlenecektir.

Kılıçoğlu'na göre lisans sözleşmesi; fikri mülkiyet hakları ile ilgili kullanım hakkını başkasına devrini konu alan bir sözleşme olup bir bedel karşılığı yapıldığında, tam iki taraf borç yükleyen borç doğurucu bir sözleşmedir¹⁸⁶.

Nal/Suluk/Karasu'ya göre ise, mali hakların kullanma yetkisi ile devri farklı FSEK'te farklı hukuki müesseseler olarak tanımlandığından, fikri mülkiyetin kullanma yetkisini konu alan işlem ruhsat/lisans olarak isimlendirilmektedir¹⁸⁷

Özsoy, lisans kavramının sözcük tanımından yola çıkarak yaptığı tanımlamada; lisans hakkı üzerinde hak sahibi kişi tarafından, mezkur hakkın tamamen veya kısmi bir şekilde kullanımı için üçüncü bir kişiye izin verilmesini konu alan bir sözleşme olarak tanımlamaktadır¹⁸⁸.

Sarı ise; lisans sahibinin bir fikri veya sınai mülkiyet hakkının kullanımının bedeli karşılığında süresi belirlenebilir bir şekilde üçüncü kişilere devrettiği sözleşme olarak tanımlamaktadır¹⁸⁹.

Çörtoğlu Koca'ya göre lisans sözleşmelerini genel olarak; *teknik bilgi sahibi ile potansiyel kullanımı arasında gerçekleşen bir defa ödeme ve işletme payı karşılığında teknolojisini kullanma veya patent haklarını aktarma işlemi* olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁰. Sınai mülkiyet haklarını konu alan lisans sözleşmelerinde ise; sınai mülkiyet hakkı inhisari bir şekilde kullanma hakkına sahip olan tarafın (lisans veren/*licensor*), mezkur hakkın kullanımını veya sınai

¹⁸⁵ KAUPAS, Z./CEPONIS, J.: "End-User License Agreement-Threat To Information Security: A Real Life Experiment", IVUS International Conference on Information Technology, Y. 2017, s. 55.

¹⁸⁶ KILIÇOĞLU, s. 282.

¹⁸⁷ SULUK/KARASU/NAL, s. 120.

¹⁸⁸ ÖZSOY, S. H.: Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara 2011, s. 22.

¹⁸⁹ SARI, O.: Patent Lisans Sözleşmeleri, Ankara 2019, s. 25.

¹⁹⁰ ÇÖRTOĞLU KOCA, S.: Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2013, s. 42.

mülkiyet haklarının diğer alt başlıklarından herhangi bir tanesini bir bedel karşılığında veya halin şartlarına göre bedelsiz olacak şekilde kısmen veya tamamen üçüncü kişilere devrettiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁹¹.

Bir fikri mülkiyet hakkı sahibi, bu hakkını konu alan münhasır (inhisari) veya mühasır olmayan (inhisari olmayan) lisanslar verebilir. Bu lisanslar, zaman veya bölge veya her ikisi veya yalnızca belirli amaçlar için, örneğin ürünlerinin üretimi ve/veya dağıtımı için sınırlı olacak şekilde, miktar veya spesifik müşteriye verilmek üzere sınırlandırılabilir¹⁹².

Lisans kavramı, lisans alanın sahip olduğu hakların toplamının oluşturduğu hukuki durumunu ifade eder¹⁹³. Lisans sözleşmesi ise, bir fikir ürünü üzerindeki hak ve yetkilerin belirli başlı haklarını kullanma yetkisini konu alan hukuki işlemi ifade etmektedir¹⁹⁴. Lisans sözleşmeleri hakkında tüm tanımları kapsayıcı şekilde bir tanımlama yapılması gerekirse, gayri maddi varlığa ilişkin kanunlarda düzenlenmiş özel nitelikli hakların kullanma yetkisinin üçüncü kişilere aktarıldığı hukuki işlem olarak tanımlanabilecektir¹⁹⁵.

Yukarıda da açıkça ifade edildiği üzere lisans sözleşmelerinin konusunu yalnızca mali haklar oluşturabilecektir.

Öğretide lisans sözleşmesinin unsurları şu şekilde sayılmaktadır¹⁹⁶;

- Lisans sözleşmesinin en az iki tarafı olmalıdır, bu taraflardan biri lisans veren, mevcut diğer taraf ise lisans alan olmalıdır.
- Lisans sözleşmelerinin süresi sözleşme ile belirlenmiş olmalıdır.
- Sözleşme'nin konusunu, gayri maddi bir hak oluşturmaktadır.
- Bu gayri maddi hak üzerinde sınırlı veya sınırsız olarak kullanma yetkisi tanımlanmaktadır.

¹⁹¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 48.

¹⁹² GRAUPNER, R.: *The Rules of Competition in the European Economic Community: A Study of the Substantive Law on a Comparative Law Basis with Special Reference to Patent Licence Agreements and Sole Distributorship Agreements* Hollanda 1965, s. 30.

¹⁹³ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 47.

¹⁹⁴ ERİŞGİN, s. 233.

¹⁹⁵ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 48.

¹⁹⁶ AYDINCIK, Ş.: *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, İstanbul 2006, s. 45-46.

Lisans sözleşmeleri tüm fikri ve sınai mülkiyet haklarını konu alacak şekilde akdedilebilmektedir¹⁹⁷. Basit veya inhisarı şekilde akdedilecek olan lisans sözleşmeleri yer, süre ve konu bakımından çeşitli şekillerde sınırlandırılabilmesi hem eser sahibinin/lisans verenin hem de lisans alanın iradelerine uygun olarak taraflar arası hukuki ilişkinin serbestçe düzenlenmesine imkan sağlamaktadır¹⁹⁸.

Lisans sözleşmeleri ele alınırken incelenmesi gereken bir diğer husus ise “hakkın tükenmesi ilkesi”dir. Tükenme ilkesine göre bir ürün bir defa hukuka uygun yollardan iktisap edilerek, ilk hak sahibinin bu hakkını herhangi bir şekilde kullanımının sonucunda, bu fikri ürünü ilk hak sahibinden elde etmiş kişilerce dolaşımı serbest hale gelmektedir¹⁹⁹. Ancak bu ülkesel bir koruma sağlayan fikri mülkiyet hukukunda bu ilkenin de ülkesel olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Hakkın tükenme ilkesinin sadece hakkın kullanıldığı ülke bakımından tükenmesi gerektiği ve coğrafi bir sınıra tabi olduğu kabul edilebilecektir²⁰⁰. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise; hakkın tükenmesi ilkesinin 3’e ayrıldığı şeklindedir. Bu ayrım; ülkesel tükenme, bölgesel tükenme ve uluslararası tükenme olarak özetlenebilecektir²⁰¹.

Uluslararası tükenme ilkesi, tescili alınmış sınai mülkiyet hakkına konu ürünlerin hak sahibinin hukuka uygun izni dahilinde dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürülmesi ile, o sınai mülkiyet hakkı üzerindeki tekel hakkın tükenmesini ifade etmektedir. Uluslararası tükenme ilkesi uyarınca ilk hak sahibi, hukuka uygun bir izin ile piyasaya sürdüğü sınai mülkiyet ürününün başka ülkelerdeki satışına engel olamayacağını ifade etmektedir. Örneğin uluslararası tükenme ilkesinin koruma talep edilen hukuk sistemi tarafından kabul edilmesi halinde hak sahibi tarafından X ülkesinde satış sözleşmesine konu yapılan bir ürün, eser

¹⁹⁷ TOPÇU, D.: Patent Lisans Sözleşmeleri, Ankara, Y. 2006, s. 29.

¹⁹⁸ AYDINCIK, s. 48.

¹⁹⁹ SARIAKÇALI, T.: “AB Rekabet Hukuku’nda Lisans Sözleşmeleri”, Rekabet Bülteni, C. 6, S. 11, İstanbul, Y. 2004, s. 27.

²⁰⁰ AKSU, M.: “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi(Dijital Tükenme İlkesi)”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2016, s. 5.

²⁰¹ TÜRKİYE HUKUK: Hakkın Tükenmesi İlkesi Nedir? “[44](https://www.turkiyehukuk.org/hakkin-tukenmesi-ilkesi-nedir/#:~:text=Uluslararası%C4%B1%20t%C3%BCkenme%20ilkesi%2C%20patentli%20veya,bir%20%C3%BClkelerdeki%20sat%C4%B1%C5%9F%C4%B1na%20engel%20olamaz”,09.12.2022.</p></div><div data-bbox=)

sahibinin veya hak sahibinin iznine ihtiyaç duyulmadan üçüncü kişilerce Y ülkesinde satılabileceği yönündedir²⁰².

Dünya genelinde hukuk sistemleri, uluslararası tükenme ilkesinden ziyade, ülkesel tükenme ilkesini tercih etmektedir. Türk hukuk sistemi de bu ilkeyi benimseyen ülkeler arasındadır²⁰³.

2.4.1 Lisans Sözleşmesinin Türleri

Lisans sözleşmeleri konusuna, süresine, sınırlama kapsamlarına, hakkın devir şekline ve devrin doğma şekline göre çeşitli türlere ayrılmaktadır²⁰⁴. Bu sınıflandırmalardan bir kısmı aşağıda incelenecektir.

2.4.1.1 Basit Lisans (İnhisari Olmayan Lisans) – İnhisari Lisans

FSEK m. 56 uyarınca ruhsat kavramı; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine engel olmayacak şekilde düzenlendiyse “basit ruhsat”, yalnız bir kimseye özgü olduğu takdirde ise tam ruhsat olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddenin devam fıkrasında ise; kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsatın basit ruhsat sayılacağı düzenlenmiştir. Ardından maddenin son fıkrasında ise; basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanacağına hükmedilmiştir.

Lisans alanın (*licensee*) mevcut hak durumundaki kısıtlamalara göre kanun koyucunun bir sınıflandırmaya gittiği açıktır.

İnhisari olmayan lisans hakkı ile inhisari lisans hakkı arasında dava hakkının kullanılması açısından da bir takım farklılıklar bulunmaktadır. SMK’nın 158/1’inci maddesine göre; “...*inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz*

²⁰² TÜRKİYE HUKUK, <<https://www.turkiyehukuk.org/hakkin-tukenmesi-ilkesi-nedir/#:~:text=Uluslararası%C4%B1%20t%C3%BCkenme%20ilkesi%2C%20patentli%20veya bir%20%C3%BClkelerdeki%20sat%C4%B1%C5%9F%C4%B1na%20engel%20olamaz>>, 09.12.2022.

²⁰³ TÜRKİYE HUKUK, <<https://www.turkiyehukuk.org/hakkin-tukenmesi-ilkesi-nedir/#:~:text=Uluslararası%C4%B1%20t%C3%BCkenme%20ilkesi%2C%20patentli%20veya bir%20%C3%BClkelerdeki%20sat%C4%B1%C5%9F%C4%B1na%20engel%20olamaz>>, 09.12.2022.

²⁰⁴ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 52.

edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir.” şeklinde hükmedilmiştir.

FSEK’te ise konu inhisari lisans hakkının lisans alana doğrudan bir dava hakkı tanıyıp tanımayacağı veya inhisari lisanslarda dava hakkının lisans verenin elinden alınıp alınmadığı açıkça düzenlenmemiştir²⁰⁵. Yargıtay’ın 11’inci Hukuk Dairesi’nin, E. 1998/9958, K. 1999/3423, T. 11.03.1999 kararı uyarınca; *“FSEK 56/1 maddesinde düzenlenen Tam Ruhsat, eser sahibinin mali hakka özgü olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mali haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesidir. Aynı ruhsatın başkalarına verilememesi nedeniyle de Basit Ruhsattan ayrılır. Tam ruhsat verilmişse, ruhsat sahibinin fiilen mali hak sahibinden farkı yoktur. Ancak FSEK ruhsat sahibinin tecavüzün ref’ini talep edip edemeyeceği hususunda bir hüküm getirmemiştir. Doktrinde Ruhsat, tasarruf işlemi olarak kabul edildiğine ve tüm ruhsat sahibinin eser sahibi ve komşu hak sahibinin sahibi olduğu mali hakları kullanma veya yararlanma açısından farkı olmadığına göre, Tam Ruhsat sahibi de mali hak sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hatta açmadığı takdirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabilirler.”* şeklinde hükmedilerek, inhisari lisans hakkı sahibinin doğrudan dava hakkını kullanabileceği hususuna açıklık getirilmiştir. Kanaatimizce bahsi geçen Yargıtay Kararı’ndan sonraki tarihli kanun olan SMK 158/1 hükmünün FSEK’ten doğan uyuşmazlıklara da kıyasen uygulanabilmesi gerekmektedir.

2.4.1.1.1 İnhisari Olmayan Lisans

Lisans veren (*licensor*) taraf, lisans konusu ürün üzerindeki kullanım yetkisini, haklarını ve bu haklar üzerinden yine başkaca bir üçüncü kişiye lisans verme hakkını da koruyacak şekilde bir sözleşmeyi lisans alan ile akdediyorsa; bu lisansa inhisari olmayan lisans veya basit lisans denmektedir²⁰⁶. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans alan münhasır yetkiye sahip olamayacaktır²⁰⁷.

²⁰⁵ ŞENOL, H. K. E.: “Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, s. 57.

²⁰⁶ TOPÇU, s. 43.

²⁰⁷ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 54.

İnhisari olmayan lisans haklarında her ne kadar lisans veren, o sözleşmenin tarafı olan kişiler dışındaki üçüncü kişilere lisans verme yetkisi saklı tutulsa dahi, bazı fikri ürünler üzerinden akdedilen lisans sözleşmelerinde “en fazla korunan lisans sahibi” uygulaması görülebilmektedir²⁰⁸.

FSEK m. 56 ikinci fıkra uyarınca; kanun veya taraflar arasındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, taraflar arasında açıkça düzenlenmedikçe, her lisans basit sayılacaktır. FSEK m. 56 ikinci fıkra uyarınca; eğer lisans alana inhisari bir hak tanınmak isteniyorsa, bu hususun taraflarca sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmeden açıkça anlaşılmadığı takdirde, lisansın basit olduğunun kabul edilmesi gerekir²⁰⁹.

2.4.1.1.2 İnhisari Lisans

İnhisari lisanslarda ise lisans veren taraf o fikri ürün üzerinde bir kere verilen inhisari lisansı bir başkasına vermeme yükümlülüğü altına girmektedir²¹⁰. Sözleşmede aksi düzenlenmediyse, lisans verenin, inhisari lisans vermesi durumunda, başkalarına lisans vermesi mümkün olmadığı gibi, kendisi de lisans konusu fikri mülkiyet hakkını lisansın verildiği haklar üzerinde kullanamayacaktır²¹¹. İnhisari lisansta, aksi yine taraflarca açıkça düzenlenmediği takdirde, lisans alanın, bu lisansı kullanma zorunluluğu olduğu kabul edilmektedir²¹².

Yukarıda da açıklandığı üzere inhisari lisans sözleşmelerinde lisans alanın dava hakkı bulunmaktadır. Özellikle SMK’da düzenlenen sınai hakları konu alan bir uyuşmazlıkta dava hakkının lisans alanda olduğu açıkça düzenlenmektedir.

İnhisari olmayan lisans ile inhisari lisans arasındaki farklardan en önemlisi, inhisari lisans sözleşmesi ile ilk sözleşmenin lisans vereni, sonradan, bu sözleşme ile aynı içerikte lisans verilemeyeceğin olarak özetlenebilir²¹³.

²⁰⁸ TOPÇU, s. 44.

²⁰⁹ KERİMOĞLU, H. B.: “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Kamu-İş. Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C. 7, S. 2, Y. 2003, s. 11.

²¹⁰ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 53.

²¹¹ ÖZSOY, s. 45.

²¹² ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 53.

²¹³ KERİMOĞLU, s. 19.

2.4.1.2 Süreli – Sürekli Lisans Sözleşmeleri

Lisans sözleşmelerinde, hayatın olağan akışı içerisinde lisans konusu fikri ve sınai mülkiyet hakkının lisans alan tarafından kullanılması ve bu haklardan yararlanılması belirli bir süre ile sınırlandırılabilir²¹⁴. Bu tür sözleşmelerde sözleşme ile belirlenen süre sona erdiğinde lisans kendiliğinden sona erecektir. SMK kapsamında sınırlı süreler ile koruma sağlanan sınai mülkiyet haklarında ise, lisans sözleşmesinde özellikle bir süre belirlenmemesi halinde bu sınai mülkiyet hakkının sona erdiğinde tarihte lisans hakkı kendiliğinden sona erecektir²¹⁵. Patent hakkında; SMK m. 101’de düzenlenen 20 yıllık koruma süresi, FSEK m. 27’de düzenlenen eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıllık koruma süresi bu duruma örnek olarak verilebilecektir.

Bilgisayar programlarını /yazılımları konu alan lisans sözleşmelerinde ise, lisanslardan faydalanma süresi açısından, süreli devir/lisans ve sürekli/süresiz devir/lisans olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²¹⁶. Lisans alana, lisans sözleşmesi ile belirlenen süre boyunca faydalandıktan sonra sözleşmede belirlenen zamanda iade edilmesi veya imha edilmesi yükümlülüğüne düzenleyen sözleşmelerle belirli süreli bir hak devri/lisans verilmesi konu alınmıştır. Buna karşılık, lisans alanın bu faydalanmasının süreye bağlanmadığı ve zamansal anlamda sınırsız bir bilgisayar programı /yazılım kullanımı sözleşmeleri ile sürekli devir amaçlanmaktadır²¹⁷.

2.4.1.3 Zorunlu Lisans – Kanuni Lisans

Fikri ve sınai mülkiyet haklarına hukuk sistemleri tarafından tanınan haklar, bu hakların sahipleri, kimi zaman buluşçu, kimi zamanda eser sahibi olarak bu fikir ürünlerini kamu ile paylaşarak toplumda sanat, bilim, sanayi, teknik gibi alanların gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Bu kamu ile paylaşımın karşılığında hukuk sistemleri eser sahiplerine veya buluşçulara fikir ürünleri üzerinde koruma sağlaması sebebiyle, fikri ve sınai mülkiyet hakları hukuk sistemleri üzerinde varlıklarını göstermektedir. Devlet ile fikir ürünü sahibi arasında bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir²¹⁸

²¹⁴ ÖZSOY, s. 39.

²¹⁵ ÖZSOY, s. 39.

²¹⁶ ERİŞGİN, s. 221.

²¹⁷ ERİŞGİN, s. 221.

²¹⁸ SULUK/KARASU/NAL, s. 281-282.

Bir fikri ve sınai mülkiyet hakkının sahibinin veya bu hak sahibinin yetkili kıldığı eser sahibi olmayan diğer kişilerin, teknolojik ve ekonomik anlamda gelişme sağlayabilecek, topluma ve bireylere katkı fayda sağlayabilecek mezkur hakkın kullanmaması durumunda o buluşu veya eseri kullanmak isteyen ve bu hakkın kullanımı ile teknolojik ve ekonomik alana katkı sağlayabilecek kişilere bu fikri ve sınai mülkiyet hakkına konu ürünün kullanılması bakımından zorunlu bir kullanma imkanı ve yetkisi tesis edilmesine ilişkin kanunda yer alan hukuki müessese zorunlu lisans olarak adlandırılmaktadır²¹⁹.

SMK m. 129 ve devamı maddelerinde zorunlu lisans halleri ve hangi kurum ve kuruluşlar tarafından bu lisansların verilebileceği ayrıca düzenlenmiştir.

Herhangi bir mahkeme veya kamu yetkisini kullanan herhangi bir idari makamın kararına ihtiyaç duyulmaksızın, kanunda açıkça düzenlenen durumlarda lisans hakkı talep etme yetkisini haiz olunması veya yine kanunda yer almakla birlikte mahkeme kararı veya idari bir eylem ve/veya işlem ile lisans alınmasının mümkün olduğu durumlardaki hukuki müessese kanuni lisanstır²²⁰.

2.4.2 Yazılım Lisans Sözleşmeleri

Tiftik/Özdal'a göre yazılımlar üzerinde üç farklı türde sözleşme yapılabilmektedir. Bu sözleşme türlerinde ilki; donanım ile bütünleşik bir şekilde kullanıcı ile buluşan ve donanımı fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlayan yazılımları konu alan sözleşmelerdir²²¹. Bu şekilde akdedilen ve yazılımları da kapsayan sözleşmeler için, ilgili yazılım söz konusu donanımın kullanıcı ile buluşmasına ilişkin sözleşmeye dâhil edilir ve lisans için özel bir bedel ödemesi düzenlenmeksizin donanımın kullanıcılarına, söz konusu yazılım üzerinde kullanım hakkı verilmektedir. Yazılımları konu alan ikinci tür sözleşmelerde ise, yazılımın tüm haklar ile devrini öngören fikri mülkiyet hakkının devri sözleşmeleridir. Üçüncü ve son tür sözleşme tipi, yazılım kullanıcılarına, yazılımın yalnızca fikri mülkiyet hakkı sahibinin icazet verdiği fikri mülkiyet hakkının alt başlıkları üzerinde kullanımına imkân veren lisans sözleşmeleridir²²². Pek

²¹⁹ SARAN, R.: Fikri Mülkiyet Hukuku'nda Zorunlu Lisanslama, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 44.

²²⁰ SARAN, s 43.

²²¹ TİFTİK, N./ ÖZDAL Ö.: "Yazılımda Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması", Yazılım Kalitesi ve Yazılım Geliştirme Araçları Sempozyumu, Y. 2008, İstanbul.

²²² KARAMAN/ DAMAR, s. 1177.

çok yazarın yazılım sözleşmeleri ile ilgili farklı tanımları vardır, ancak genellikle yazılım lisans sözleşmesini veya son kullanıcı lisans sözleşmesini, yazılımın lisans vereni ile yazılım alan arasında, yazılımı kullanma ve satın alma hakkının alıcıyı tanımladığı bir sözleşme olarak tanımlayabiliriz²²³.

2.4.2.1 Yazılım Lisans Sözleşmesinin Tarafları

Lisans sözleşmelerinin tarafları yukarıdaki bölümlerde de incelendiği üzere lisans veren ve lisans alanlardır. Özel olarak yazılım lisans sözleşmelerinde lisans sözleşmelerinin taraflarını değiştiren bir durum bulunmamaktadır. Ancak yazılım lisans sözleşmelerinin sözleşme ilişkisinin nispetiği ilkesi gereğince lisans veren ile nihai kullanıcı arasındaki ilişki sadece satıcı ile nihai kullanıcı arasında mümkün olabileceğinden, nihai kullanıcı ile yazılım üreticisi/eser sahibi arasındaki sözleşme dolaylı yoldan ve satıcı üzerinden kurulabilmektedir²²⁴.

2.4.2.2 Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Şekli

FSEK m. 52'ye göre mali haklara ilişkin sözleşmeler ve fikri mülkiyet hakkı üzerindeki tasarruflar şekil şartına tâbi tutulmuştur. FSEK m. 52 uyarınca, mali hakları konu alan sözleşmelerde, bu hak üzerindeki tasarrufların yazılı olarak yapılması ve mali hakların alt başlığı olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Taraflar arasında bir kere şekline uygun bir şekilde akdedilen sözleşmede, sözleşmenin ifası esnasında değişikliğe gidilmek istenildiği durumlarda, aynı şekil şartına uyulması gerekecektir²²⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, E. 2012/11-171, K. 2012/380, T. 13.06.2012 sayılı kararında “5846 Sayılı FSEK 52.maddesi uyarınca telif hakkı ile ilgili sözleşmelerin yazılı yapılması zorunlu olduğundan, ... sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de yazılı olması geçerlilik koşuludur.” şeklinde hükmedilmiştir.

²²³ MADATLI, K.: “Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations”, Baku State University Law Review, Bakü , C. 2, Y. 2015, s. 119.

²²⁴ ARIKAN, s. 320.

²²⁵ YELMEN, A.: “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 22, S. 2 s. 1001.

2.4.2.3 Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Yazılım lisans sözleşmelerinin bir üst başlığı olan lisans sözleşmelerinde, TBK’da düzenlenen isimli borç ilişkileri ve sözleşme türlerinden bir tanesi değildir. İsimli sözleşmelerin genelinde olduğu gibi bu sözleşmelerinin hukuki niteliği incelendiğinde doktrinde çeşitli görüş olduğu görülecektir. Lisans sözleşmeleri ve yazılım lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, baskın gelen görüş bu sözleşmelerin sui generis, bağımsız özellikler taşıyan isimli bir sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. Bu durum yazılım lisans sözleşmeleri açısından da aynı şekilde değerlendirilmektedir.

Ancak lisans sözleşmeleri bir grup tipik ve isimli sözleşme ile benzerlik taşıdığını da kabul etmek yanlış olmayacaktır. Adi kira sözleşmesi, hasılat kirası sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi, satım sözleşmesi ve intifa sözleşmesi özellikleri bakımından lisans sözleşmeleri ile benzer özelliklere sahip sözleşmeler olarak belirtilmekle beraber bu sözleşme türleri, lisans sözleşmelerine uygulanacak hükümler belirlenirken kıyasen uygulanabilecektir²²⁶.

Aydıncık’a göre, FSEK’te öngörülen lisans sözleşmelerine ilişkin hükümlerin amacı lisans sözleşmesini düzenlemek değil, bu sözleşmenin içeriğini belirlemektir²²⁷.

2.4.3 Yabancı Hukuklarda Yazılım/ Bilgisayar Programları ve Lisans Sözleşmeleri

2.4.3.1 Avrupa Birliği Hukuku

Fikri mülkiyet hakları milli hukukların ürünü olup ülkesel koruma ilkesi gereğince milli hukuklarca korunurlar. Bu özellikleri gereği de AB’nin temelini oluşturan “malların serbest dolaşımı ilkesi”ni zedeleme ihtimali bulunduğu savunulduğundan lisans sözleşmeleri AB Hukuku içerisinde esas etkisini rekabet hukuku alanında göstermektedir²²⁸.

²²⁶ SARAN, s. 53.

²²⁷ AYDINCIK, s. 73.

²²⁸ SARIAKÇALI, s. 27.

Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin 2009/24 AB Direktifi²²⁹ ile bilgisayar programlarının hazırlık aşamaları da kapsam içine alınarak, koruma kapsamı yazılım kısmı, kaynak kodları ve yazılım tasarımı aşamalarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²³⁰.

Fikri mülkiyet haklarının varlığı ulusal hukuklarca düzenlenir ve AB hukuku bu hakların varlığına ilişkin ulusal düzenlemeleri engelleyemeyecektir²³¹.

İngiltere, Belçika, Fransa gibi Avrupa Birliği temelli ülkelerde 19. yy'da kabul görmüş ve sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti için belirlenen bağlama kuralı olan *lex loci contractus*'un uygulanmasını öngören anlayış terk edilmiştir²³².

2.4.3.2 Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

Yazılımlara ve bilgisayar programlarına ilişkin dünya pazarından %70 paya sahip olan ABD, yazılımların ve bilgisayar programların korunması açısından hukuk sistemlerinde ilk kanuni düzenlemeyi yapan ülke olarak yer almaktadır²³³. Bahsi geçen ilk düzenleme 1980 yılında "*Copyright Act*"(Telif Hakları Kanunu) de yapılan değişiklik ile yazılımların ve bilgisayar programların fikri haklar çerçevesinde korunmasını hüküm altına almıştır²³⁴.

Telif Hakları Kanunu'nda, "edebi eser" (*literary work*), sayılan yazılımlar ve bilgisayar programlarına ilişkin; bilgisayar programlarının, bilgisayarlarda kullanılan komutlar bütünü olduğunu, bu kanunun sağladığı korumadan yararlanmak için orijinal olmalarını; beş duyu ile algılanabilmeleri, çoğaltılabilmeleri, iletilebilmeleri, bilgisayar programını oluşturan teknik fikirlerin koruma kapsamı dışında olduğunu; bu bilgisayar programlarının ifade ediliş şeklinin korunduğunu, koruma süresinin, eser sahibinin yaşam süresine ek olarak 50 yıl olduğu, isimsiz

²²⁹ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>>, 12.10.2022.

²³⁰ KÜÇÜKALİ, s. 108.

²³¹ SARIKÇALI, s. 27.

²³² BAYATA CANYAŞ, F. A.: "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, s.6.

²³³ ARIKAN, s. 341.

²³⁴ ARIKAN, s. 341.

bilgisayar programları ile hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmelerinde koruma süresinin yayımlama tarihinden itibaren 75 yıl olduğunu düzenlemiştir²³⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki kanunlar ihtilafını kurallarına ilişkin yasal çerçeve, Kanunlar İhtilafına ilişkin İkinci Restatement²³⁶'ta yer almaktadır. Federe devletlerin çoğu, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti için İkinci Restatement'ı benimsemiştir²³⁷. İkinci Restatement, genel anlamda bir bağlama kuralı oluşturarak tüm sözleşmeleri kapsamaktadır. Burada düzenlemede geçen sözleşme teriminden anlaşılması gereken “yasal olarak uygulanabilir taahhütler ve uygulanabilir olduğu iddia edilen ancak yasal olarak geçerli olmayan diğer anlaşmalar veya taahhütler” şeklinde yorumlanmaktadır²³⁸. Fikri ve sınai mülkiyet haklarını konu alan lisanslar, dolayısıyla İkinci Restatement kapsamı içerisine değerlendirilmelidir. İkinci Restatement, lisans veren ile lisans alan arasındaki hukuki ilişki taahhüt içerdiğinden bu sözleşmelerin yabancılik unsuru içermesi halinde İkinci Restatement uygulama alanı bulacaktır.

²³⁵ ARIKAN, s. 341.

²³⁶ Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187, 1971.

²³⁷ CHAO, G. C.: “Conflict of Laws and the International Licensing of Industrial Propety in the United States, the European Union, and Japan”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, S. 22, B.1, Y. 1996, s. 157.

²³⁸ CHAO, s. 157.

3. YABANCI UNSURLU YAZILIM LİSANS SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Milletlerarası özel hukukta hakkaniyet, yaşanan çevre ve yer itibariyle ilgili ve iyi olan hukukun uygulanması ile gerçekleşebilir. Yaşanan çevre ve yer itibariyle iyi hukuk araştırılıp tespit edilirken, kullanılan yöntem o ilişkide hangi menfaatin ağırlık taşıdığının ve bu işlem veya ilişkinin hangi hukuk ile sıkı bağlantıda bulunduğu belirlenmesini zorunlu hale getirir²³⁹.

3.1 Yabancılık Unsuru

Milletlerarası özel hukukun ana unsuru olan kavram olan yabancılık unsuru kavramının tanımı veya açıklama ya da örnekleme yoluyla yabancılık unsuru oluşturan hallere dair bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum yabancılık unsuru kavramına ve milletlerarası özel hukuka geniş bir hareket alanı sağlamaktadır²⁴⁰. Yabancılık unsuru ile kastedilmek istenenin, bir hukuki ilişkide *lex fori* dışındaki diğer hukuk sistemleri ile bağlantı kastedildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Öğretide yazarlar tarafından yabancılık unsuru tanımlanmaya çalışılmış olup kısaca; bir hukuki ilişkiyi veya hukuki olayı oluşturan unsurlardan en az bir tanesinin, birden fazla hukuk sistemiyle irtibatlı hale gelmesini sağlayan unsur sebebiyle somut uyumsuzluğun birden fazla hukuk sistemi ile ilişkilendirilebilmesi durumu olarak tanımlanmaktadır²⁴¹.

MÖHUK'un 1'inci maddesi uyarınca;

“Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.” şeklinde düzenlenerek yabancılık unsuru kavramı hukuk sistemimiz içerisinde yerini almıştır. Öğretide kimi yazarlara göre MÖHUK 1'inci maddesinde yer alan bu

²³⁹ ERDEM, B.: Patent Hakkının Korunmasına Patent Hakkının İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 1, İstanbul 2000, s. 73.

²⁴⁰ İLDAN, M.: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. Maddesi Çerçevesinde Yabancılık Unsuru, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 6.

²⁴¹ ÇELİKEL, A./ ERDEM, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 15, İstanbul 2017, s. 10.; DOĞAN, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. B., Ankara 2019, sf. 7 (Milletlerarası).

düzenlemedeki yabancılık unsuru aslında taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi nitelendirmekte ve bu hukuki ilişkinin bir halini ifade etmektedir. Bu kapsamda yabancılık unsuru kavramı; bir hukuk sisteminin alanına giren ilişkinin birden fazla ülke hukukunu ilgilendirecek şekilde etki doğuracak hale gelmesi ile ilişkili olan birden fazla ülke hukukunun ilişkiye uygulanabilme ihtimalidir²⁴². Genel olarak kişilerin vatandaşlığı, ikametgahı, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya vardığı yer veya fiilin ika edildiği yer yabancı unsur içerebilmektedir²⁴³.

Kural olarak yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde uyumsuzluk önüne taşınan hâkimin, birden çok ülke hukukunu ilgilendiren uyumsuzluklarda, kendi ülkesinin maddi hukuk düzenlemelerini esas alarak çözüme ulaşması doğru olmayacaktır. Uyumsuzluğa konu hukuki ilişki veya olay birden fazla hukuk sistemi ile irtibat halindedir ve bu nedenle somut olay üzerinde hüküm ifade edebilecek birden fazla maddi hukuk kuralı bulunmaktadır ve uyumsuzluğa uygulanacak hukuku kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit etmesi gerekecektir²⁴⁴. Buradan da anlaşılacağı üzere yabancılık unsurunun tespiti uyumsuzluğun taşındığı mahkeme noktasından da tespit edilebilecektir²⁴⁵. Yabancılık unsurlu bir uyumsuzluğun çözümünde kendisine başvurulacak hâkimin kendi hukuku gözüyle değerlendirecek olması, örneğin bir sözleşmenin, bir ülke hukukuna göre yabancılık unsuru taşırken bir diğer ülke hukuku kapsamında değerlendirildiğinde ise yabancılık unsuru ihtiva etmemesi durumunu ortaya çıkarabilecek olup bu durum sübjektif bir değerlendirmeye sebebiyet verecektir²⁴⁶.

Burada milletlerarası unsur ve yabancılık unsuru kavramlarına dikkat çekilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru kavramı ile milletlerarası unsur kavramını aynı terim olarak kullanmayı tercih eden yazarlar²⁴⁷ mevcut olmakla birlikte bu iki kavramı ayrı kavramlar olarak kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Aynı terim olarak kullanmayı tercih eden yazarlara göre yabancılık unsurlu sözleşme, birden daha fazla hukuk sistemi ile ilişki içinde olması şeklinde tanımlanabilecektir²⁴⁸. Bu iki terimi farklı terimler olarak kullanan yazarlara göre ise;

²⁴² İLDAN, s. 8.

²⁴³ TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, B. 6, İstanbul 1999, s. 14.

²⁴⁴ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 5.

²⁴⁵ EKŞİ, N.: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 12, S. 1-2, Y. 1992, s. 3.

²⁴⁶ EKŞİ, s. 4.

²⁴⁷ NOMER, E.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2021, s. 5.; DOĞAN (Milletlerarası), s. 6.

²⁴⁸ EKŞİ, s. 3.

milletlerarası unsur bir tanımı yapılmamakla birlikte, Türk hukukunda bir sözleşmenin, yabancı unsur taşıması halinde milletlerarası sözleşme olarak tanımlanabileceği söylenmiştir²⁴⁹. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına özgü olarak, MÖHUK'un kapsamına giren sözleşmeleri tespit etmek için milletlerarası sözleşmeler ile yabancı unsurlu sözleşmeler arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönünde doktrinde görüşler ileri sürülmüştür²⁵⁰. Bir sözleşmenin milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için milletlerarası ticaretin ilgi alanına girdiği derecede milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilebilecektir²⁵¹.

Bilindiği üzere sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar kimi zaman sözleşmelere uygulanacak hukuk üzerinde tabiiyetinde oldukları hukuk dışında başka bir hukuku tercih etmek suretiyle, uygulanacak hukuk tercihinde bulunabilmektedirler. Yalnızca hukuk seçiminin, bir sözleşme ilişkisini yabancılık unsuru içeren bir ilişki olarak nitelendirmeye yetip yetmeyeceği öğretide tartışmalı bir konudur²⁵².

MÖHUK m. 24/1'e göre, tarafların seçeceği hukukun niteliği bir bağlama kuralı olmasıdır. Hukuk seçiminin sözleşmeye yabancılık unsuru kazandırıp kazandırmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde yer alan bir kısım görüşe göre yabancı bir hukukun sözleşme serbestisi kapsamında seçilebilmesi için bu ilişkinin başka bir yabancılık unsuru içermesi gerekmecektir, taraflar yabancı bir ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçtiğinde o hukuki ilişki yabancılık unsuru içeren bir hukuki ilişki halini alacaktır²⁵³.

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise MÖHUK m. 24 uyarınca tarafların bir hukuk tercihinde bulunulabilmesi için sözleşmenin, taraflarca uygulanacak hukuk olarak belirlenen

²⁴⁹ TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2016, s. 6.

²⁵⁰ NOMER, s. 7.

²⁵¹ TİRYAKİOĞLU, s. 7.

²⁵² AYBAY, R./DARDAĞAN, E.: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. B, Ankara 2008, s. 40.

²⁵³ NOMER, s. 320.

hukuk haricinde, objektif unsur olarak yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişki olması gerekmektedir²⁵⁴. Konu ileride 3.4 numaralı başlıkta detaylı olarak incelenecektir²⁵⁵.

1920’li yıllardan itibaren Fransız mahkeme kararları ile gelişen ve sözleşmenin ekonomik yönünü ön plana çıkaran bir anlayışa göre, farklı ülkeler arasında ekonomik değer giriş ve çıkışını konu alan sözleşmelerin, milletlerarası nitelikte olduğu savunulduğundan, yabancılık unsuru taşıyacakları kabul edilmektedir²⁵⁶.

İşbu çalışmanın konusunu oluşturan yazılım lisans sözleşmeleri örneklerinde hangi durumlarda yabancılık unsurunun varlığının kabul edileceği hususunun incelenmesinde fayda görülmektedir. Yazılım lisans sözleşmesinin taraflarından herhangi birisinin yabancı olması, hususlar yabancılık unsurunun varlığını ortaya çıkarmaktadır. Yazılım lisansını veren taraf ve bu lisansı alan taraf farklı ülke hukuklarına tabi olabilecektir. Yazılım lisans sözleşmelerinin taraflarının farklı ülkeler hukuklarına tabi olmaları durumunda bu hukuki ilişkinin yabancılık unsuru içerdiği söylenebilecektir.

Yazılım lisans sözleşmelerinde yabancılık unsuru olarak nitelendirilebilecek bir başka noktada, söz konusu fikri mülkiyet hakkının varsa tescil ile koruma kazandığı ülke hukuku olabilir. Örneğin iki Türk şirketi, ABD’de patent tescili ile koruma altına alınan bir yazılım hakkında lisans sözleşmesi akdedilebilecektir. Burada yazılım lisans sözleşmesinin konusu patent tescili alan yazılımın oluşturması halinde, taraflar arasında hukuki ilişki yabancılık unsuru içerdiğinden, doğabilecek hukuki uyuşmazlıklarda, somut örnek üzerinde eğer ki uyuşmazlık hakkın özünü konu alıyorsa ABD hukuku uygulama alanı bulabilecektir. Öyle ki, bu gibi bir durumda tarafların yapacakları hukuk seçimi anlaşmaları dahi, koruma ülkesi hukukun kamu düzeni gereğince uygulama alanı bulamayabilecektir²⁵⁷.

²⁵⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, H.: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 30, S. 1-2, Y. 2010 s. 33.

²⁵⁵ Konu hakkındaki detaylı tartışma işbu çalışmanın 3.4 numaralı Tarafların Hukuk Seçimi başlığında ele alınacaktır.

²⁵⁶ AYĞÜN, M.: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 16, Y. 2014, s. 1030.

²⁵⁷ JONES, R. T.: “Fundamentals of International Licensing Agreements and Their Application in the European Community”, The International Lawyer, Y. 1973, s. 93.

Yazılım lisans sözleşmelerinin taraflarının farklı ülkelerde, yerleşim yerlerinin veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması da bu sözleşme ilişkisine yabancılik unsuru katacaktır²⁵⁸.

Bir sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki gereği sözleşmenin başkaca bir ülkenin fiziki sınırları içerisinde akdedilmesi veya o sözleşmeye konu edimlerin başkaca bir ülkede ifa edilmesi taraflar arasındaki bu hukuki ilişkiye yabancılik unsuru katabilecektir²⁵⁹.

3.2 Bağlama Kuralları

Fikri haklar sosyo-ekonomik yönü ağır basan haklardır. Bu sebeple devletler, egemenlik hakları gereği bu haklardan taviz vermek istemezler. Bu gerçeklerle fikri haklar ile ihlali uyumsuzlukların kanunlar ihtilafı sistematigindeki yeri ve uyumsuzlukların çözümü için önerilen bağlama kuralları özellikle uluslararası mecrada üzerinde ittifaka varılamayan bir konu olmuştur²⁶⁰.

Kanunlar ihtilafı kuralları, literatürde bağlama kuralları olarak da adlandırılabilir²⁶¹. Kanunlar ihtilafı kuralları temelde iki ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; bağlama noktası ve bağlama konusudur²⁶². Kanunlar ihtilafı kurallarının amacı, yabancılik unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinin barındırdığı bir unsuru bağlama noktası olarak kabul ederek, bu hukuki ilişkiyi bir hukuk sistemine bağlamaktadır²⁶³.

Yabancılik unsurunu haiz bir hukuki ilişki veya olaydan doğan uyumsuzluğun temaslı olduğu hukuk sistemleri ile hangisi uygulanarak çözüme kavuşturulacağı bağlama kuralları ile tespit edilir²⁶⁴. Yabancılik unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak maddi hukuka ise bağlama noktası üzerinden ulaşılmaktadır²⁶⁵.

²⁵⁸ SARGIN, F.: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, B. 1, Ankara 2002, s. 11.

²⁵⁹ AKINCI, Z.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 1, İstanbul 2020, s. 5.

²⁶⁰ ÖZTÜRK, s. 93.

²⁶¹ TOKER, s. 57.

²⁶² AYBAY/DARDAĞAN, s. 147.

²⁶³ ŞANLI, s. 28.

²⁶⁴ TANRIBİLİR, F.: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBB Dergisi, S. 87, Y. 2010, s. 201.

²⁶⁵ ŞANLI, s. 28.

Bağlama konusu ise hukuki ilişki, işlem ve fiilleri tanımlayan soyut hukuk kategorileri olarak tanımlanabilecektir²⁶⁶. Bağlama noktası ise; bağlama konusunu herhangi bir devletin hukuku ile ilişkilendirerek uyuşmazlığın çözümlenmesini sağlayan maddi vakıa olarak tanımlanmaktadır²⁶⁷.

Yabancılik unsuru içeren hukuki işlem ve bu hukuki işlemlerden doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku tespit eden gösterici nitelikteki hukuk kurallarına kanunlar ihtilafı kuralları denilmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları maddi hukuk kuralları değil, salt gösterici niteliktedirler²⁶⁸. Kanunlar ihtilafı kurallarını maddi hukuk kurallarından ayırımında kullanılan ölçüt kanunlar ihtilafı kurallarının “gösterici” ya da “biçimsel” olmasıdır²⁶⁹.

Bağlama kuralları da kendi içlerinde objektif ve sübjektif bağlama kuralları olarak sınıflandırılmak üzere ikili bir ayrıma tutulmaktadır.

Hukuki öngörülebilirliği sağlanabilmesi açısından akdi borç ilişkilerine uygulanacak en doğru hukuk, tarafların seçtiği hukuk olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu hukuki müessese, hem sözleşme serbestisi ilkesinin milletlerarası özel hukuktaki yansıması olarak yorumlanabilecek hem de hukuki öngörülebilirliği sağlayacaktır. Sübjektif bağlama kuralı, bu minvalde tarafların yaptığı hukuk seçimini uygulanacak hukuk olarak belirleyen bağlama kuralı olarak tanımlanabilecektir.

Objektif bağlama kuralları ise; tarafların hukuk seçimine bağlı olmadan kanunlar ihtilafı kuralları ile kesin olarak belirlenen bağlama kurallarıdır. MÖHUK m. 28/2’de yer alan uygulanacak hukuk seçimi objektif bağlama kuralı olarak örneklenebilecektir. Objektif bağlama kuralının genel anlamda fikri mülkiyet hakkını konu alan sözleşme ilişkilerine işbu çalışma özelinde ise yazılım lisans sözleşmelerine uygulanabilmesi için öncelikle MÖHUK m. 28/1 kapsamında tarafların hukuk seçimi yapmamış olması gerekmektedir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olduğu durumlarda fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara “*fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin*

²⁶⁶ ŞANLI, s. 28.

²⁶⁷ TOKER, s. 57.

²⁶⁸ YAĞCI, S.: “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Y. 2017, s. 2635.

²⁶⁹ AYBAY/DARDAĞAN, s. 11.

kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku”, işyerinin bulunmadığı durumlarda ise devreden tarafın mutad mesken hukukunun uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmeden doğan hukuki ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen genel kural olan MÖHUK m. 24’ün dördüncü fıkrası uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, objektif bağlama noktası olarak düzenlemiştir.

3.2.1 Bağlama Noktası ve Yorumu

Bağlama noktası yukarıda da ifade edildiği üzere bağlama kuralının düzenliği hayat ilişkisi ile belirli bir devletin hukuku arasında doğal bir bağlantının varlığını gösteren bir hukuki kavram, olgu/vakıa veya hukuksal durum olarak tanımlanabilecektir²⁷⁰.

Yabancılık unsuru içeren olayın özelliklerine göre uyrukluk, mutad mesken, yerleşim yeri, sözleşmenin akdedildiği yer, sözleşmenin ifa yeri, haksız fiilin işlendiği yer, eşyanın bulunduğu yer, mahkemenin bulunduğu yer, bayrak ülkesi, tescil yeri, yönetim merkezi, işlerin fiilen yönetildiği yer, haksız fiilin işlendiği yer, varma yeri hukuku²⁷¹ gibi kavramlar bağlama noktası olabilecektir²⁷².

İşbu çalışmanın konusunu oluşturan yazılım lisans sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 28’de yerleşim yeri kavramı bir bağlama noktası olarak tercih edilmemiştir. Türk hukukunda fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmeler için bir bağlama kuralı belirlenirken, fikri ve sınai haklar bağlamında ortaya çıkması muhtemel irtibatlar ve temsil ettiği menfaatler değerlendirilip buna göre bir seçim yapılmaktadır²⁷³. Kanun koyucu bu noktada yerleşim yerini bir bağlama noktası belirlememesinin sebebinin kanun gerekçesinde yer alan fikir ürünlerinin genellikle iş sözleşmeleri sonucunda oluşması ve bu sebeple yerleşim yeri bağlama noktası ile tespit edilecek hukukun sözleşme ile sıkı bir ilişki çerçevesinde olmayacağı yorumu yapılabilecektir.

²⁷⁰ AYBAY/DARDAĞAN, s. 33.

²⁷¹ AKINCI, s. 7.

²⁷² AYBAY/DARDAĞAN, s. 34.

²⁷³ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 234.

Bu kapsamda çalışmanın bu başlığında kısaca bağlama noktası olarak yerleşim yerinden bahsedilecektir. TMK²⁷⁴ m. 19’a göre yerleşim yeri, “*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*” şeklinde düzenlenmektedir.

Bağlama noktası olarak yerleşim yerinin belirlenmesine iki noktada eleştiri getirilmiştir. Bu eleştirilerden birincisi, kötüye kullanıma elverişli yapısından kaynaklanmaktadır, kişinin yerleşim yerinin kolayca değiştirilebilecektir²⁷⁵. Yerleşim yerinin bağlama noktası olarak belirlenmesine getirilen bir diğer eleştiri ise yerleşim yerinin belirlenmesindeki güçlükten kaynaklanmaktadır²⁷⁶. Günümüzde bir gerçek kişinin dahi birden fazla yerleşim yeri olabileceği gibi, bu kavrama farklı hukuk sistemlerine göre farklı tanımlara da sahip olabileceğinden, yerleşim yeri kavramı farklı şekillerde somutlaşabilecektir. Yerleşim yeri bağlama noktasının yol açtığı veya açabileceği bu muhtemel sorunlar sebebiyle, kanun koyucu yerleşim yeri bağlama noktasına kısıtlı düzenleme alanı tanıyarak, işyerinin bulunmaması durumunda kademeli bir şekilde gündeme gelmesi yönünde düzenlemeler getirilmiştir. İşbu çalışmanın konusu yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerini konu alan MÖHUK m. 28’de de bu anlamda yerleşim yerini bir bağlantı noktası olarak öngörmemiştir.

3.2.1.1 Bağlama Noktası Olarak Mutad Mesken Kavramı

Mutad mesken kavramı milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukukun belirlenmesinde yaygın olarak kullanılan bir bağlama noktasıdır²⁷⁷. Kanunlar ihtilafı kurallarında mutad mesken kavramının bağlama noktası olarak tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri yerleşim yeri kavramının genel kabul gören bir tanımının olmaması ve her hukuk sisteminde farklılık arz etmesi ve bunun vasıflandırma sorunlarını ortaya çıkarmasıdır²⁷⁸. MÖHUK kapsamında mutad mesken kavramına ilişkin olarak çeşitli belirlemeler, tanımlamalar, açıklamalar yapılmıştır. Bu düzenlemeler ışığında, mutad meskenin, geçici bir bulunma durumunu ifade etmediği ve devamlılık unsurunun aranmasının üzerinde durulmuştur²⁷⁹.

²⁷⁴ Resmi Gazete T. 8.12.2001 Sa. 24607.

²⁷⁵ GÖK, A. K.: Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 50.

²⁷⁶ BAYATA CANYAŞ, s. 153.

²⁷⁷ ŞANLI, s. 35.

²⁷⁸ ARSLAN, İ.: Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 89; ŞANLI, s. 35.

²⁷⁹ BAYATA CANYAŞ, s. 153

MÖHUK m. 28’de de ikinci derece bağlama noktası olarak belirlenen mutad mesken kavramının bir bağlama noktası olarak belirlenmesinin sebeplerinden biri de Kıta Avrupası Hukukunda milli hukuk olarak belirlenen bağlama noktası ile Anglo-Amerikan hukukunda yerleşim yeri hukuku olarak belirlenen bağlama noktalarının ortak bir noktada buluşturulmasının sağlanmasıdır²⁸⁰.

Mutad mesken kavramı açısından kanunlar ile belirlenen bir tanım olmasa dahi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı’nda MÖHUK m. 12’nin gerekçesinde mutad mesken kavramı “*kişinin hayat ilişkilerinin merkezi ve fiili ikametgahı*” olarak nitelendirilmiştir²⁸¹.

Öğretide ise; kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi, fiilen oturulan yer, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer ve kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer olarak ifade edilmiştir²⁸².

Nomer’e göre mutad mesken kavramı; bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi ifade ettiğini ancak yaşamın ağırlık merkezinin, nasıl belirleneceği hususunun özellikle oturma süresi açısından fikir birliği olmadığını söylemiştir²⁸³.

Şanlı’ya göre ise mutad mesken kavramını; “bir kimsenin belirli bir yerde, o yer hayat ilişkilerinin merkezi yapmaya yetecek derecede, kısa veya uzun, belirli bir süreliğine oturması” olarak tanımlanmıştır²⁸⁴.

3.2.1.2 Bağlama Noktası Olarak İşyeri Kavramı

İş Kanunu²⁸⁵ m. 2’de işyeri kavramı “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Maddenin devam fıkrasında, “*işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine*

²⁸⁰ ŞANLI, s. 35.

²⁸¹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm>>, 25.03.2023.

²⁸² ARSLAN, s. 35.

²⁸³ NOMER, s. 121.

²⁸⁴ ŞANLI, s. 39.

²⁸⁵ Resmi Gazete T. 10.6.2003 Sa. 25134.

bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılacağı” ve işyerinin, “işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” şeklinde düzenlenmektedir.

Kişi topluluklarının, karakteristik edim borçlusu olduğu, ticari ve mesleki faaliyetleri gereğince taraf oldukları sözleşmelerin, yabancılık unsuru içermesi halinde, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde yararlanılacak bağlama noktası MÖHUK uyarınca işyeri olarak belirlenmiştir. Karakteristik edim borçlusunun fiili durumda birden çok işyerinin olması halinde sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyerinin hukukunun, işyerinin bulunmaması durumunda ise bu kişi topluluğunun yerleşim yeri bağlama noktası olacaktır. MÖHUK, karakteristik edim borçlusunun işyerinden söz ederken; karakteristik edim borçlusunun iki veya daha fazla iş yerinin bulunması durumunda, ki farklı yerlerden idare edilen tüzel kişilerin taraf olduğu sözleşmelerde karşılaşılması oldukça olası bir durumdur, söz konusu hukuki ilişki ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunun uygulanacağına yönelik düzenlemeler ihtiva etmektedir. MÖHUK m. 28’de yer alan “*fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır*” şeklindeki düzenlemede de varsa devreden veya kullanım lisansı veren tarafın varsa işyeri hukuku bağlama noktası olarak, işyeri yoksa veya bulunamadığı takdirde ise mutad mesken hukuku bağlama noktası olarak belirlenmiştir. Sözleşme ilişkilerine uygulanacak genel hükmü düzenleyen MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmeye konu hukuki ilişkiye en sıkı ilişkili işyeri hangisi ise o işyeri hukuku esas alınmalıdır²⁸⁶.

3.2.2 Bağlama Konusunun Vasıflandırması

Vasıflandırma; kanunlar ihtilafı kurallarının yorumunda, bağlama kuralı ile bağlama noktasını olarak nitelendirilen kavramların, farklı hukuk sistemlerinde sahip oldukları farklı anlamlar nedeniyle doğabilecek belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkan sorunlar çözümlenirken bu kavramlar için yapılan yorum faaliyeti olarak tanımlanabilecektir²⁸⁷.

²⁸⁶ BAYATA CANYAŞ, s. 157.

²⁸⁷ YAĞCI, s. 2637.

Karşılaştırmalı hukukta, kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlama noktasını düzenleyen terimlerin ve farklı hukuk sistemlerinde yer alan kavramların kapsadığı hukuki ilişkiler, farklı değerlendirmelere tabi tutulabilir. Bu durumda özel hukuk ilişkilerinin vasıflandırılması sırasında farklı hukuk sistemlerinin birbirinden farklı sonuçlara ulaşabilme ihtimali ortaya çıkmakta, bu durum da vasıflandırma sorunu olarak tanımlanan soruna neden olmaktadır²⁸⁸.

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkisinden doğan bir ihtilafı çözmek için kanunlar ihtilafı kuraları ile uygulanacak hukuku tespit edecek hakimin çözmesi gereken ilk konu vasıflandırma sorunudur. Birden fazla sistemi ile ilişkili bir uyuşmazlık hakimin önüne geldiği zaman, o uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin hangi hukuk düzeni içerisinde yorumlanarak hukuki nitelendirmesi yapılmalıdır²⁸⁹.

Kanunlar ihtilafı kurallarında vasıflandırmaya ilişkin sorunların çözümünde iki yöntem benimsendiği söylenebilir. Bunlardan ilki; hâkimin hukuku/lex fori ye göre vasıflandırma faaliyetinin yapılması, ikinci yöntem ise; uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre/lex causae vasıflandırmanın yapılacağı yöntemlerdir²⁹⁰.

Hakim, yabancılık unsuru ihtiva eden bir uyuşmazlık ile karşılaştığında, öncelikle önündeki somut uyuşmazlığı kendi hukukuna göre vasıflandırmalıdır ve bu vasıflandırma sonucunda bir bağlama konusuna ulaşmalıdır²⁹¹. Doktrinde ve uygulamada ağırlıklı olarak kabul edilen yaklaşıma göre bağlama konusunun vasıflandırılması, *lex fori* uyarınca yapılmasının gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşün sınırı, uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre yapılacak vasıflandırmanın daha hakkaniyetli bir sonuca gideceği durumlarda bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk/*lex causae* ile sınırlandırılmaktadır²⁹². Sözleşme tarafları herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, vasıflandırma öncelikle hakimin hukukuna göre yapılmalıdır, ardından esasa uygulanacak hukukun tespitinde ortaya çıkabilecek vasıflandırma sorunları ise sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra çözüme kavuşturulabilecektir.

²⁸⁸ TOKER, s. 51-74.

²⁸⁹ TOKER, s. 51-74.

²⁹⁰ TOKER, s. 57.

²⁹¹ BAYATA CANYAŞ, s. 256.

²⁹² NOMER, s. 107; ÇELİKEL/ERDEM, s. 89; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 51-52.

Türk hakimi önüne gelen bütün yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda yaptığı gibi işbu çalışmanın konusunu oluşturan yazılım lisans sözleşmelerine ilişkin yabancılık unsuru içeren bir ihtilafta da öncelikle önüne gelen hayat ilişkisini vasıflandırmakla işe başlayacaktır²⁹³.

Bu noktada fikri ve sınai mülkiyet haklarındaki ülkesellik prensibine değinilmesi gerekmektedir. Ülkesellik prensibinin bir gereği olarak, hakkın özünü alakadar eden konularda koruma talep edilen ülke ile doğal bağı ifade etmesi sebebiyle vasıflandırma problemi ile karşılaşılması beklenmemektedir. Bir yazılımın telif hakkı kapsamında mı korunacağı yoksa bir buluş olarak mı tescil edileceği ülkesellik prensibi uyarınca koruma talep edilen ülke hukukuna göre belirlenecektir²⁹⁴. Fikri haklara ilişkin yabancılık unsuru içeren bir ihtilaf yetkili bir mahkeme önüne geldiğinde, mahkemenin aynı zamanda koruma ülkesi mahkemesi olması halinde, hakimin ihtilafa uygulayacağı hukukun *lex fori* olacağından şüphe yoktur. İşbu çalışmanın konusu olan yazılım lisans sözleşmelerinde ise öncelikle MÖHUK m. 28'e gidilebilmek için hakim tarafından yapılan vasıflandırma neticesinde bağlama konusunun fikri mülkiyet haklarına yönelik sözleşmelere ilişkin olduğu kanısına varılması gerekmektedir²⁹⁵. Ancak yazılımların/bilgisayar programlarının kimi hukuk sistemlerinde patent korumasından faydalanması kimi hukuk sistemlerinde ise telif hakkı korumasından faydalanması *lex fori*ye göre yapılacak bir vasıflandırmayı yanlış sonuçlara sürükleyebilecektir. Bu noktada karşılaşılan vasıflandırma sorununun çözümü fikri mülkiyet haklarında geçerli olan ülkesellik prensibi uyarınca ihtilafın esasına uygulanacak hukuk/ *lex causaeye* göre vasıflandırma yapılmasıdır²⁹⁶.

3.3 MÖHUK m. 24'de Yer Alan Genel Kural Uyarınca Tarafların Hukuk Seçimi

Tarafların hukuk seçimi yapıp yapamayacağının tespitindeki ilk kıstaslardan bir tanesi; taraflar arasındaki maddi ilişkide, tarafların yabancı bir hukuku yetkilendirme iradesi dışında başkaca bir yabancılık unsurunun olup olmadığına bakılmasıdır. Genel kural olan MÖHUK m. 24 uyarınca yapılacak olan hukuk seçiminin başka hiçbir yabancılık unsuru içermeyen hukuki ilişkiyi yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişkiye dönüştürüp dönüştürmeyeceği hakkında tartışmalar bulunmaktadır. Öğretideki görüşlerden birine göre taraflar arasındaki maddi ilişki

²⁹³ ERDEM, s. 78.

²⁹⁴ ERDEM, s. 79.

²⁹⁵ TOKER, s. 57.

²⁹⁶ ERDEM, s. 80.

hukuk seçim zamanında tarafların iradelerinden başka herhangi bir yabancılık unsuru içermiyorsa, tarafların tabi oldukları hukuk dışında, yabancı bir hukuku seçemeyecekleri yönündeydi²⁹⁷. Diğer görüşe göre; taraflarca aralarındaki maddi ilişkiye uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak seçilmesinin, o hukuki ilişkiyi doğrudan yabancı unsurlu hukuk ilişkisi haline getirerek, tarafların hukuk seçimine imkân sağlayacak bir niteliğe getireceğini savunmuştur²⁹⁸.

Taraflara uygulanacak hukuku seçme konusunda MÖHUK m. 24 ile bir sözleşme serbestisi tanındığı açıktır. Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar kimi zaman sözleşmelere uygulanacak hukuk üzerinde tabiiyetinde oldukları hukuk dışında başka bir hukuku tercih etmek suretiyle, uygulanacak hukuk tercihinde bulunabilmektedirler²⁹⁹.

Tarafların hukuk seçimi serbestisinin bulunup bulunmadığına ve bu sözleşme serbestisinin sınırlarına yönelik yapılacak değerlendirmeye ise *lex fori* uyarınca karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır. *Lex fori* dışında başka bir hukukun seçilmesinin mümkün olup olmadığı ve bu sözleşme serbestisinin sınırları, *lex fori* kuralları uyarınca değerlendirilmelidir³⁰⁰. Tarafların yaptığı hukuk seçimi anlaşmasının bu konuda bir etkisi olmadığı savunulmaktadır³⁰¹.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk genel bir düzenleme ile MÖHUK 24'üncü madde yer almaktadır.

MÖHUK'taki söz konusu düzenlemeler gerçekleştirilirken Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu)³⁰² hükümleri temel alınmıştır³⁰³. Roma Konvansiyonu günümüzde yürürlükte değildir. Roma Konvansiyonu'nun yerine 17 Haziran 2008 tarihli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü (Roma

²⁹⁷ DOĞAN, V.: "Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1995, s. 464 (Avrupa Birliği).

²⁹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 379.

²⁹⁹ AYBAY/DARDAĞAN, s. 40.

³⁰⁰ BAYATA CANYAŞ, s. 7.

³⁰¹ BAYATA CANYAŞ, s. 7.

³⁰² Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, T. 19.06.1980.

³⁰³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 28.

I Tüzüğü³⁰⁴ yürürlüktedir. Roma I Tüzüğü'nün seçim serbestisi başlıklı (*freedom of choice*) 3. maddesinde; “*bir sözleşme, taraflarca seçilen hukuka tabi olacaktır*” şeklindeki düzenleme ile tarafların hukuk seçimine izin verilmiştir. Maddenin devamında ise, sözleşmeyi daha önce tabi olduğu kanundan başka bir kanuna tabi kılmaya tarafların karar verebileceği düzenlenmiştir.

Her ne kadar tarafların hukuk seçimi bir sözleşme serbestisi içerisinde düzenlenmiş bir kavramsa da, kanun koyucuların bu konu hakkında bir takım sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Bunlardan biri; milletlerarası özel hukuk sistemimizde hukuk seçimi sözleşme temelli olarak düzenlenmiş olup zayıf tarafın korunması gereken tüketici hukuku ve iş hukuku gibi alanlarda sınırlı bir şekilde kabul edilmiştir³⁰⁵. Bir diğeri ise; tarafların sözleşmenin kuruluş aşamasında değil de, herhangi bir uyuşmazlık çıktıktan sonra yapacağı hukuk seçimlerine yöneliktir. Hukuk seçimi tarafların dilediği her anda yapılabilecektir. Eğer ki, taraflar sözleşme akdedildikten sonraki bir tarihte aralarında bir hukuk seçimi yaparlarsa veya tercih ettikleri hukuku değiştirme kararı alırlarsa, MÖHUK m. 24(3) uyarınca bu seçim kural olarak geriye etkili olarak uygulanacağından üçüncü kişilerin hakları saklı tutularak, üçüncü kişilerin haklarını olumsuz yönde etkileyecek şekilde, sonradan yapılacak bir hukuk seçimi yapılamayacağı düzenlenmiştir³⁰⁶. Tarafların sözleşmenin akdedildiği esnada belirledikleri uygulanacak hukukun değiştirilip değiştirilemeyeceği ise, kanunun açık hükmü uyarınca, yapılan değişikliklerin geçmişe etkili olacaktır.

Tarafların yapacağı hukuk seçiminin açık veya zımni şekilde olabilir. Açık hukuk seçimi; tarafların sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçme iradelerini, herhangi bir yoruma gerektirmeyecek ve anlaşılır bir şekilde düzenlemelerini ifade eder³⁰⁷. Zımni hukuk seçimi; MÖHUK, milletlerarası düzenlemelerle paralellik sağlayacak şekilde ve tarafların iradelerini ön plana çıkararak örtülü hukuk seçimine etki tanımıştır³⁰⁸. MÖHUK m. 24/1-2. cümle uyarınca örtülü hukuk seçimi için, “*sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen*” bir hukuk seçimi var olmalıdır. “*Tereddüde yer vermeyecek*

³⁰⁴ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament And of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union, T. 4.07.2008, L 177/6, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>>, 25.03.2023.

³⁰⁵ İLDAN, s. 26.

³⁰⁶ AKINCI, s. 54.

³⁰⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 29.

³⁰⁸ BAYATA CANYAŞ, s. 59.

şekilde anlaşılma” hukuki güvenliği sağlamak amacıyla getirilmiştir. Örtülü hukuk seçimini tespitte kullanılacak ölçütlere ve bunların etkisine MÖHUK uyarınca *lex fori* uyarınca karar verilmelidir.

Taraflar kısmi hukuk seçimi de yapabilirler. Genel kuralı belirleyen MÖHUK m. 24(2) uyarınca tarafların yapacağı hukuk seçimi, sözleşmenin tamamına veya kısmi olarak uygulanacak şekilde yapılabilecektir. Nomer’e göre; Türk hukukundaki düzenlemeler uyarınca kısmi olarak yapılacak her hukuk seçimi taraflarca açıkça ayrı ayrı kararlaştırılmamışsa, sözleşmenin tüm kısımları bütünüyle seçilen hukuka tabi olacaktır³⁰⁹.

Tarafların yukarıda açıklanan kapsamda; kendi iradeleri ile hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku tespit etmeleri sübjektif bağlama kuralı olarak nitelendirilmektedir. Çelikel/Erdem’e göre taraflarca yapılan hukuk seçimi, tarafların hukuk seçimi iradesine, kanunlar ihtilafı kuralları açısından bir bağlama kuralı tesis etme niteliğine sahiptir³¹⁰.

Tarafların hukuk seçimi ile belirledikleri hukuk MÖHUK m. 2(4) uyarınca, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır.

Doktrinde çoğu yazar tarafından tarafların yapacağı hukuk seçiminde herhangi bir sınır öngörülmediğinden, tarafların seçeceği hukuk ile hukuki ilişki arasında bir bağlantı olması beklenmemektedir³¹¹.

Tarafların hukuk seçiminin ne zaman yapılması gerektiği hususunda ise; seçimin herhangi bir uyuşmazlıktan önce veya uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılmasına bir engel yoktur, taraflar istedikleri zamanda hukuk seçimi yapabilmekle birlikte sonradan yapılan hukuk seçimlerinde bir takım kısıtlamalar mevcuttur³¹². Sözleşme yapıldıktan sonra yapılacak hukuk seçimleri MÖHUK m. 24(3) uyarınca geriye etkili olarak uygulanması gerekecektir. Sonradan yapılan hukuk seçimlerinde üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacak olup sözleşmenin tarafları üçüncü kişiler aleyhine bir hukuk seçimi yapamayacaklardır³¹³.

³⁰⁹ NOMER, s. 326.

³¹⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 379.

³¹¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 380.

³¹² AKINCI, s. 54.

³¹³ AKINCI, s. 54.

İşbu çalışmanın konusunu oluşturan yazılım lisans sözleşmelerini kapsam içine alan kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 28(1) uyarınca ise; fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir şeklinde hükmederek tarafların hukuk seçimine izin vermektedir. Yazılım lisans sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimleri, yani sözleşme hükümlerinden veya somut olay koşullarında tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimleri de genel hüküm olan MÖHUK m. 24(1) uyarınca geçerli olacaktır³¹⁴.

3.3.1 MÖHUK m. 28(1) Uyarınca Tarafların Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 28(1), milletlerarası sözleşmelere uygulanacak hukuku genel olarak düzenleyen m. 24 ve özellik taşıyan diğer sözleşme tiplerine uygulanacak hukuku düzenleyen diğer madde hükümleri ile paralel olarak, taraflara öncelikle, aralarındaki fikri mülkiyete ilişkin sözleşmelere uygulanmak üzere hukuk seçimine imkân verilmiştir.

Yazılım lisans sözleşmelerinden yazılımcılarca oldukça yaygın olarak kullanılan GPL, BSD gibi lisans sözleşmelerinin matbu formlarında hukuk seçiminin yapılmadığı görülmektedir³¹⁵.

Yazılım konusunun ülkelerin gelişmişlik seviyesi ile olan bağı düşünüldüğünde, karşı tarafa kıyasla daha gelişmiş ülke tabiiyetindeki kişiler ihracat yapan ülkenin hukukunun seçilmesi şartının bulunduğu standart sözleşmelere atıf yaparak kendi lehlerine bir sonuç ortaya çıkarmaya çalışmaktadırlar³¹⁶.

Hukuk seçimine ilişkin genel hususlar yukarıda 3.4 Genel Kural Uyarınca Tarafların Hukuk Seçimi başlığı altında detaylıca incelendiğinden burada tekrar yazılmayacaktır.

3.3.2 Hukuk Seçimi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Tarafların yapacağı hukuk seçimine yönelik anlaşma veya sözleşme klotunun taraflar arasındaki asıl hukuki ilişkiden bağımsız nitelikte bir “sözleşme” olduğu doktrinde kabul görmektedir. Taraflar arasındaki hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun ve bu hukuka

³¹⁴ NOMER, s. 354.

³¹⁵ FREE SOFTWARE FOUNDATION: GNU General Public License <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>>, 17.03.2023; OPEN SOURCE INITIATIVE: The 3-Clause BSD License, <<https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>>, 08.03.2023.

³¹⁶ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 154.

göre geçerli bir sözleşmenin varlığında, bu hukukun asıl hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku belirleyebileceği kabul edilmektedir³¹⁷.

Hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği hususunda kanunumuzda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin taraflarının, asıl sözleşme açısından yabancı hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri, bu hukuk seçiminin geçerlilik kazanması ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukuk etki doğuracağından, hukuk seçiminin geçerliliğinde aynı hukuka tabi olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir³¹⁸.

3.3.3 Hukuk Seçimini Kısıtlayan Durumlar

Tarafların hukuk seçimi konusunda her ne kadar bir serbesti tanınmışsa da bazı durumlarda tarafların seçtiği hukukun uygulanmasına engel durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu durumlardan bir tanesi kanuna karşı hile veya hileli bağlanma olarak ifade edilen durumdur. Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile, uygulanması gerekli olan, fakat tarafların bu hukukun uygulamasını bertaraf etmek maksadıyla, yaptıkları davranış sonucunda uygulanması gereken hukuk dışında başkaca bir sonuca ulaşılmaktadır³¹⁹.

Taraflar kanuna karşı hile yolu ile bağlantılı uygulanması gereken ülke hukukunun emredici nitelikli kurallarından kaçma saiki ile, o hukuki ilişkiyi daha esnek veya lehlerine olacak şekilde ele alan veya tarafların menfaatlerine daha uygun, somut hukuki olay ile ilişkisi olmayan bağlantısız bir devlet hukukunu seçmiş olabilirler. Kanuna karşı hilede tarafların bu hukuk tercihinin gerçekten bilinçli bir şekilde ilişkili devlet hukukundan kaçma yönündeki amaçlarını ispat ile bütün unsurlarıyla ilişkili ve en başında tarafların müdahalesi olmadan sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunun var olup olmadığını ve bu hukukun hangi ülke hukuku olduğunu tespit sorunları gündeme gelecektir. Kanuna karşı hilenin şartlarının kanunlarımızca açıkça düzenlenmeksizin uyumsuzluk bazında ortaya çıkarılması ve kanuna karşı hilenin

³¹⁷ YILMAZ, A. Ç.: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 491.

³¹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, C.: “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 105.

³¹⁹ NOMER, s. 125.

kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ve somut olaylarda bu durumun ispatı açısından sorunlar yaşanabilecektir³²⁰.

Tarafların seçtiği hukukun bir bütün olarak uygulanmasını etkileyebilecek bir diğer husus da tarafların hukuk seçimi anlaşmalarına koydukları “istikrar/*stabilization* klostları” olabilecektir. Taraflar sözleşme ilişkisine münhasıran o sözleşmenin kurulduğu tarihteki hukukun uygulanmasının öngörüyorlarsa, bu sabitleme işlemini hukuk seçimini yaptıkları anlaşmalarında açıkça belirtmeleri gerekecektir³²¹. Bu durumda taraflarca sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuk olarak seçilen hukuk sisteminin, taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı anda yürürlükte olan hukuk kuralları hakkında yapılan değişiklikler, sözleşme ilişkisine uygulanmayacaktır.

Bu konuların dışında çalışmamız bakımından hukuk seçimini kısıtlayan diğer iki durum doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenidir. Aşağıda bu konular incelenecektir.

3.3.3.1 Doğrudan Uygulanan Kurallar

Taraflara uygulanacak hukuku seçme konusunda MÖHUK m. 24 ile ve işbu çalışma kapsamında MÖHUK m. 28 ile bir sözleşme serbestisi tanındığı açıktır. Bu sözleşme serbestisinin sınırlardan bir tanesi de doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar kavramı ilk defa Fransız hukukçu Francescakis tarafından “özel çıkarlar veya özel çıkarların toplamı olarak genel çıkar değil, tüm bu çıkarlar grubu devlet örgütü tarafından dikkate alındığı durumlarda” uygulanan kurallar olarak tanımlanmıştır³²².

MÖHUK 6’ncı maddede yer alan genel düzenleme uygulanacak hukuk bakımından da uygulanacaktır ve 24’üncü madde veya özel sözleşme tiplerini düzenleyen ve hukuk seçimine izin veren diğer hükümler uyarınca tarafların hukuk seçimine göre belirlenen sözleşmeye uygulanacak hukuk yabancı ülke hukuku olarak belirlense dahi, o somut olaya ilişkin varsa; Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümlerin hakim tarafından

³²⁰ BAYATA CAYAŞ, s. 50.

³²¹ ŞANLI, s. 272.

³²² DARDAĞAN, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, B. 1, Ankara 2000, s. 202.

dikkate alınması ve bu doğrudan uygulanan kurallara etki alanı tanınarak karar verilmesi gerekmektedir.

Bazı yazarlarca müdahaleci normlar³²³ olarak da anılan, doğrudan uygulanan kurallar kavramının hukuki gelişimi aşağıda daha detaylı incelenecektir. Doğrudan uygulanan kuralların tanımı bugün öğretilde; bir hukuk düzeninde bir devlet yapısının temel organizasyonuna yani, hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik yapısına, toplumun ahlak anlayışına ilişkin olarak getirilmiş emredici nitelikte kurallar olarak tanımlanmaktadır³²⁴.

Uluslararası kaynaklarda doğrudan uygulanan kurallar “*mandatory rules of law*” ya da “*overriding mandatory rules of law*” terimleriyle ifade edilmektedir. Ancak bazı yazarlar “*mandatory rules of law*” ve “*overriding mandatory rules of law*” tanımları arasındaki farkı vurgulamaktadır, çünkü bazı “*mandatory rules of law*” teriminden ne olursa olsun ilgili kuralların uygulanmasının şart olduğu anlaşılmakta olup doğrudan uygulanan kurallar da ise “*override*” yani üstün gelmesi esastır, yabancı hukukun kuralına rağmen, bu kurallara bakılmaksızın uygulanmalıdır³²⁵.

Klasik yaklaşımlı milletlerarası özel hukukta, yabancı bir devletin doğrudan uygulanacak hukuk kuralını uygulamakta, bu yabancı ülkenin menfaatini dikkate alınması konusunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Bugün gelinen noktada Türk kanunlar ihtilafı hukuku, MÖHUK ile kabul edilen ve sözleşmelerden doğan ilişkiler alanında, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına uygulama alanı tanıyan MÖHUK m. 31 ile bu eğilimin takipçisi olmuştur³²⁶.

Yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerinde, hakimin yapacağı hukuk tesptinin yabancı bir hukuka uygulama alanı tanınması halinde ve somut uyuşmazlığa ilişkin Türk

³²³ NOMER, s. 184.

³²⁴ TANRIBİLİR, s. 219.

³²⁵ CORDERO-MOSS, G.: EU Overriding Mandatory Provisions and the Law Applicable to the Merits, The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, Y. 2017, s. 318, <<https://folk.uio.no/giudittm/10-Chapter%2010-Cordero.pdf>>, 19.04.2018; DEMCHENKO, O.: Uluslararası Ticari Tahkimde Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 42.

³²⁶ NOMER, s. 184.

hukukunda doğrudan uygulanan kuralların tespit edildiği durumlarda, Türk hakimi bu kuralları uygulamaktan imtina edecektir.

Doğrudan uygulanan kuralları üç ana başlık altında toplayabiliriz. Bunlardan; hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kuralları (*lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları), ikinci ise *lex causea*'nin doğrudan uygulanan kuralları, son olarak ise üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları karşımıza çıkmaktadır. MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallara ilişkin yukarıda sayılan üç ana başlıktan ikisinin düzenlenmesine yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler, MÖHUK 6'ncı madde de yer alan “*Türk hukukun doğrudan uygulanan kuralları*” diğer ise MÖHUK 31'inci madde ile düzenlenen üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarıdır.

Lex causea'nin doğrudan uygulanan kurallar açısından MÖHUK'ta açıkça bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk zaten bir bütün olarak uygulama alanı bulacağından, bu hukukun doğrudan uygulanan kuralları da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir³²⁷.

Sözleşme ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için kanunlarda hakime bu konu hakkında açık bir yetkinin verilmesi gerektiği savunulmuştur³²⁸. MÖHUK 31'inci madde de düzenlenen üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenleme yalnızca akdi borç ilişkileri hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Maddede yer alan “üçüncü ülkeler” kavramının *lex forin* ve sözleşmesel borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukuk dışında herhangi bir ülkenin hukukuk anlaşılmalıdır³²⁹. Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmeden doğan hukuki ilişkiler dışında uygulama alanı bulamayacaktır.

MÖHUK m. 31 uyarınca *lex fori* ve *lex causae* dışında herhangi bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına gidilebilmesi için hakimın bu üçüncü ülkenin ilgili kuralının amacının, kapsamının ve sonuçlarının somut uyuşmazlık bakımından gerekli olduğuna kannat

³²⁷ ERKAN, M.: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, s. 81.

³²⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 158.

³²⁹ ŞANLI, s. 302.

getirmiş olması ve bu üçüncü ülke hukukunun sözleşme ilişkisi ile sıkı bir ilişki içerisinde olması gerekmektedir³³⁰.

*Lex forin*in doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK 6'ıncı madde uyarınca uygulama alanı bulacaktır, *lex causaen*in doğrudan uygulanan kuralları, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun bir parçası olduğundan bu hukuk sistemi içerisinde her hâlükârda uygulama alanı bulup, sözleşmenin esasına uygulanacaktır (MÖHUK m. 2/1). Üçünü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallar ise; bu ülke hukuku ile sözleşmesel borç ilişkisi arasında sıkı bir ilişki bulunması ve uyuşmazlığı çözecek hakimin üçüncü ülke kurallarının amacı, niteliği, kapsamı ve sonuçlarını dikkate alarak bu hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varması halinde uygulama alanı bulabilecektir(MÖHUK m. 31)³³¹.

Yazılım lisans sözleşmelerinin maddi hukukumuzdaki yerinin fikri ve sınai mülkiyet hakları arasında olması, sözleşmenin konusunu oluşturan hakkın özünün ülkesellik prensibi ile korunmasının bir sonucu olarak, bu prensibin bir biçimi de ülke sınırları içerisinde o ülke hukukun uygulanması olarak ifade edilmiştir³³².

Bu açıdan FSEK Ek Madde 2 incelendiğinde; “*Bu Kanunla sağlanan koruma, bu madde ile getirilen değişikliğin yürürlüğe girdiği sırada;*

1. T.C. vatandaşı eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri tarafından üretilmiş Türkiye’de mevcut bütün eserlere, tespit edilmiş icralara ve fonogramlara.

2. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve anlaşmalara taraf diğer ülkelerde üretilmiş ve bu ülkelerde koruma süresi dolmadığı için kamuya mal olmamış yabancı eserlere, tespit edilmiş icralara ve fonogramlara.

Uygulanır.

Birinci fıkranın uygulanması sonucu koruma kapsamına alınan eserlerin, tespit edilmiş icraların ve fonogramların yasal kopyalarının mülkiyetini elinde bulunduran kişiler, bu

³³⁰ ŞANLI, s. 302.

³³¹ ŞANLI, s. 304.

³³² ÖZTÜRK, s. 226.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden altı aylık sürenin sonuna kadar yazılı bir izne gerek kalmaksızın bu kopyaları satabilir veya elden çıkarabilir.

Bununla birlikte, eserler, tespit edilmiş icralar ve fonogramlara ilişkin olmak üzere bu Kanun çerçevesinde eser sahipleri ve diğer hak sahiplerine sağlanan hakların kullanılması eser veya bağlantılı hak sahiplerinin iznine tabidir.” Şeklinde düzenlendiği görülecektir. Burada T.C. vatandaşı eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri tarafından üretilmiş Türkiye’de mevcut bulunan bütün eserlere ifadesi ile eserin hak sahipliği üzerindeki yabancılık unsurları bertaraf edilerek FSEK’in uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm kendisi ile bağlantılı olan ve madde içerisinde atıf yapılan kuralların doğrudan uygulanacağını açıkça ifade etmektedir.

FSEK’te yer alan bir başka örnek ise m. 82’de yer alan eser sahibinin hakları ile bağlantılı hakların kapsamı ve süresine ilişkin düzenlemede; FSEK’in *T.C. vatandaşı olan icracı sanatçılara ve T.C. vatandaşı olmamakla birlikte; icraları, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde gerçekleştirilen, FSEK hükümlerinin uygulandığı ses taşıyıcılarına dahil edilen ve bir ses taşıyıcısına tespit edilmemiş ancak FSEK hükümlerinin uygulandığı Fonogramlara veya ilk film tespitlerine dahil edilen ve bir fonograma veya bir filme tespit edilmemiş ancak bu Kanun hükümlerinin uygulandığı radyo-televizyon yayınlarıyla yayınlanan, İcracı sanatçılara uygulanacağına* maddesidir. Bu madde şüpheye mahal vermeyecek şekilde kişisel ve yer bakımından sınırlar koyarak kendi uygulama alanını belirlediği için kendini sınırlayan maddi hukuk normu ve doğrudan uygulanan bir hukuk kuralıdır³³³. Bir başka örnek verilmesi gerekirse, tescil edilmediğinde ilgili hukuki müessesenin korumasından tam ve gereği gibi faydalanılamayan durumlarda, tarafların aralarında yapacağı sözleşme ile veya yapacakları hukuk seçimi ile ilgili hukuk sisteminin bu düzenlemelerini bertaraf edemeyecekleri açıktır³³⁴.

Doğrudan uygulanan kurallar konusunu ele alırken incelenmeden geçilemeyecek bir diğer husus ise ülkelerin ihracat kontrol kurallarına ilişkin düzenlemelerdir. İthalat ve ihracat kontrol düzenlemeleri gibi dış ticaret kısıtlamaları, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir³³⁵. İhracat kontrol kuralları ve bunlara bağlı olarak tanımlanan kısıtlamalar,

³³³ DARDAĞAN, s. 209.

³³⁴ LEMLEY, M.: “Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses”, Southern California Law Review, S. 68, B. 5, Y. 1995, s. 1277.

³³⁵ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 291.

Ülkelerin ulusal siyasi amacın gerçekleştirmeleri için kullandıkları birer aratır³³⁶. İhracat kontrol kurallarına tabi teknoloji, ürün ve mallar hakkında menşe ülke otoritelerinden gerekli izin alınmadıkça, bu sözleşmelerin ifası mümkün olmayacaktır³³⁷. İhracat kontrol kurallarının genellikle etkilediği alanları sağlık ile ilgili veya askeri ürünler; tehdit altındaki hayvan türlerinin korunması gibi sayılabilir. Çalışmamız kapsamındaki yazılımları konu alan Türk mevzuatında yer alan ihracat kısıtlamalarına örnek vermek gerekirse; 5201 sayılı Harp Araç ve Gereçleri İle Silh, Mühimmat ve Patlayıcı Madde reten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Kanun³³⁸ ile 5202 sayılı Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu³³⁹ sayılabilecektir. 5201 Sayılı Kanun Gereğince Kontrole Tâbi Tutulacak Harp Araç ve Gereçleri İle Silah, Mühimmat ve Bunlara Ait Yedek Parçalar, Askeri Patlayıcı Maddeler, Bunlara Ait Teknolojilere İlişkin Liste’de (2023 Yılı Kontrole Tabi Malzeme Listesi)³⁴⁰ askeri amaçlı ve/veya emniyetli (kriptolu) telli ve telsiz muhabere sistem cihazları ile içerisinde *yazılım* bulunduran koruma ve yönetim devresini haiz bataryalar, askeri amaçlı veya ulusal güvenlik amaçlı üretimi yapılan ve kullanılan her türlü kriptu ve ses emniyet cihazları ile bu cihazlar için özel olarak tasarlanmış kriptografik amaçlı *yazılım* ve donanımlar, her türlü askeri ve ulusal güvenlik amaçlı *yazılımlar* ve *yazılım* kodları şeklinde düzenleme getirilerek sayılan türde yazılımlar hakkında yapılacak ihracat işlemlerinde T.C. Milli Savunma Bakanlığı tarafından izin alınmadan yapılacak ihracat faaliyetlerini yasaklayarak bir doğrudan uygulanan kuralı düzenlenmiştir.

İthalat ve ihracat kısıtlamalarının yanı sıra, ticaret ambargoları gibi belirli ülkelere bir takım dezavantajlar yüklemek için düzenlenen kanunlar bulunmaktadır. Ambargo olarak da nitelendirilen bu tür düzenlenmeler, bir devletin egemenliğine tabi olan kişilere koyduğu ve başka bir devletteki kişilerle belirli yasal işlemlerin yapılmasını kısıtlayan bir tür yasaktır³⁴¹. Ülkelerin almış olduğu ambargo kararları da doğrudan uygulanan kurallar arasında sayılabilecektir.

³³⁶ SCHAEFER, K. A.: Applicaition of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts, Frankfurt, Berlin, Bern, Brüksel, New York, Oxford, Viyana, Y. 2010, s. 120.

³³⁷ SCHAEFER, s. 120.

³³⁸ Resmi Gazete T. 03.07.2004 Sa. 25511.

³³⁹ Resmi Gazete T. 03.07.2004 Sa. 25511.

³⁴⁰ Resmi Gazete T. 03.12.2022 Sa. 32032.

³⁴¹ SCHAEFER, s. 120.

3.3.3.2 Kamu Düzeni Müdahalesi

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukuk, belirli bir olaya tatbik edilirken o ülkenin kamu düzenini bozacak ise; bu hukuk kuralının uygulanmasından vazgeçilmesi durumu kamu düzeni müdahalesi olarak tanımlanmaktadır³⁴². MÖHUK m. 5, yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanacak hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, yabancı hukukun bu hükmünün uygulanmayacağı, ve hakim tarafından gerekli görülen durumlarda, Türk hukukunun uygulanacağı belirtmiştir.

Kamu düzeni kavramının mutabakata varılmış açık bir tanımı bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın esasına bakan hakimin yapacağı değerlendirmesinde kamu düzeninin istisnai bir hukuki müessese oluşuna ve bu istisnaya çok dikkatle başvurulması gerekmektedir; yabancı hukuk uygulanacak hukuk olarak tespit edildiyse esas olan yetkili bu hukukun uygulanmasıdır³⁴³.

Gerek kanunlar ihtilafı hükümleri uyarınca tespit edilmiş olsun, gerekse tarafların hukuk seçimleri uyarınca tespit edilmiş olsun, yabancı hukukun uygulandığı bir uyuşmazlıkta hakimin ortaya çıkaracağı sonuç, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmayacak ve gerekirse Türk hukuku hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözülecektir³⁴⁴.

Kamu düzeni müdahalesi kavramı ile doğrudan uygulanan kurallar kavramları uygulamada kimi zaman birbiri ile karıştırılabilmektedir. Aybay/Dardağan tarafından incelenen Yargıtay Kararlarında; doğrudan uygulanan kurallar kavramı yerine, hatalı olarak uyuşmazlığın temelindeki hukuksal ilişkiyi “kamu düzeninden olması” sebebiyle Türk hukukunun uygulanması gerektiğine hükmedildiği tespit edilmiştir³⁴⁵. Türk kanunlarının; kanunlar ihtilafı kurallarınca uygulanacak yabancı hukuk olarak tespit edilen yabancı hukuka hiç başvurulmadan uygulama alanı bulması yalnızca doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde mümkün olacaktır³⁴⁶.

³⁴² NOMER, s. 161.

³⁴³ BAYATA CANYAŞ, s. 245.

³⁴⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 161.

³⁴⁵ AYBAY/DARDAĞAN, s. 145.

³⁴⁶ AYBAY/DARDAĞAN, s. 146.

Kamu düzeni müdahalesi; istisnai bir düzenleme olup öncelik yabancı hukukun uygulanmasıdır. Doğrudan uygulanan kurallarda ise uyuşmazlıktaki yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın hakim tarafından, önüne gelen uyuşmazlığa uygulanacak kuralları ifade etmektedir³⁴⁷.

Fikri mülkiyeti konu alan sözleşmelerde kamu düzeni etkisinin diğer özel hukuk sözleşmelerine göre daha fazla etki gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bir lisans sözleşmesi ile kullanım hakları lisans alan tarafa aktarılan yazılımı kullanma hakları yalnızca lisans sözleşmesinin koşullarına değil, aynı zamanda lisans verene de bağlı olduğundan, bu bağlılık sebebiyle oluşabilecek kamu düzeni sorunları fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelere özgü kamu düzeni sorunlarıdır³⁴⁸. Taraflar arasındaki lisans sözleşmelerinin hükümleri, sözleşmeye konu fikri mülkiyet haklarıyla ve bu haklara ilgili ülke hukukları tarafından bu haklara bağlanan teşvik, fırsat vb. haklar o ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinde yazılım lisans sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilir.

Bir örnek vermek gerekirse; diyelim ki, A ülkesi hukukunun fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerinin, lisans sahiplerinin adeta bir tersine mühendislik ile yazılımın nesne kodunu deşifre edebilmesine, üzerinde işleme yapabilmesine ve yeniden dağıtılmasına izin versin ve sözleşmelerde bunun aksine yer alan düzenlemelerin geçersiz sayılacağına ilişkin ek koruma hükümleri ile lisans alanın bu hakları pekiştirilmiş olsun. İki taraf arasında imzalanan bir sözleşmede ise B ülkesi hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş ve tersine mühendislik faaliyetleri ise B ülkesi hukukunda yasaklı olup taraflar arasındaki sözleşmede de tersine mühendisliği yasaklayan açık hükümler bulunmaktadır. Hem lisans veren hem de lisans alan, A ülkesinin vatandaşlarıdır. Bu durumda tersine mühendislik faaliyeti sebebiyle taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda konunun B ülkesi mahkemelerinin önüne gelmesi halinde kamu düzeni sebebiyle tersine mühendislik faaliyetine ilişkin A ülkesi hukuk kurallarının uygulanması engellenebilecektir³⁴⁹.

³⁴⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 161.

³⁴⁸ PATCHEL, K.: "Choice of Law and Software Licenses: A Framework for Discussion", Brooklyn Journal of International Law, C. 26, B. 1, Y. 2000, s. 152.

³⁴⁹ PATCHEL, s. 158.

3.4 Genel Kural Uyarınca Hukuk Seçimi Yapılmadığı Durumlarda Uygulanacak Hukukun Tespiti

Yabancılık unsuru içeren sözleşme ilişkilerinde hukuk seçimi; taraflarca üzerinde mutabakata varılamadığından sözleşmelerde çoğu zaman belirlenmeyebilmektedir. Bu durumlarda sözleşmesel borç ilişkisini tabi olacağı ülke hukukunun belirlenmesi için objektif bağlama kuralları yol gösterici olmaktadır. MÖHUK m. 24 dördüncü fıkra uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda, objektif bağlanma noktası olarak belirlenen sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirler. Yabancılık unsuru içeren sözleşmeler için genel bir bağlanma kuralı olarak belirlenen en sıkı ilişkili hukuk kuralı MÖHUK m. 24'ün dördüncü fıkrasında karakteristik edim kavramıyla somutlaşmıştır³⁵⁰. MÖHUK'un devam hükümlerinde ise bir takım özel sözleşme tiplerine göre özel kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir. İşbu çalışma kapsamında konunun sınırlandırılabilmesi için, çalışmanın devamında yalnızca MÖHUK 28'inci maddede düzenlenen fikri mülkiyet hakların ilişkin sözleşmeler başlığı işlenecektir.

Avrupa Birliği'ndeki konu hakkındaki düzenleme ise Roma I Tüzüğü m. 4'te yer almaktadır. Roma I Tüzüğü m. 4'te hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk için sözleşme tipleri özelinde kurallar tespit edilmiştir. Bu sözleşme tipleri arasında işbu çalışmanın konusu oluşturan lisans sözleşmeleri (ve dolaylı olarak yazılım lisans sözleşmeleri) yer almamaktadır. Roma I Tüzüğü m. 4 ilk paragrafta sayılan sözleşme tipleri dışında kalan sözleşme tiplerine veya bu sözleşme tiplerinin birden fazla türünü içerisinde barındıran karma nitelikli sözleşmelere, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir³⁵¹.

³⁵⁰ TARMAN, Z. D.: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, s. 535.

³⁵¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 219.

3.4.1 MÖHUK m. 24'te Yer Alan Genel Kural Uyarınca En Sıkı İlişkili Hukuka Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

Sözleşme ilişkilerine ilişkin genel madde olan MÖHUK m. 24'ün dördüncü fıkrası uyarınca taraflarca açık hukuk seçimi yapılmayan durumlarda; sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmesel bir ilişki ile en sıkı ilişkili hukuk ölçütü, her hukuki ilişkide hakimin somut olayın koşullarını dikkate alarak, somut uyumsuzlığa uygulanması gereken hukuku tespit etmesi gerektirmektedir³⁵².

MÖHUK m. 24 hükmü uyarınca en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, mutad mesken tespit edilemiyorsa işyeri ya da yerleşim yeri kavramları kullanılarak, somutlaştırılmaya çalışılmıştır³⁵³. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni en sıkı ilişkili hukukun tespiti için karine teşkil edecektir. Karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda ise, bu karine uygulama alanı bulamayacağından genel ilke devreye girerek sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerekecektir³⁵⁴.

MÖHUK m. 24'ün dördüncü fıkrasının son cümlesinde, objektif bağlama kuralı uyarınca somut olayın bütün koşullarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda bu hukukun uygulanmasına imkan verecek şekilde gerçek bir istisna kuralı düzenleyerek, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması amaçlanmıştır³⁵⁵.

Bir hukuki ilişkiye en sıkı ilişkili hukukun uygulanması milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine dayanmaktadır. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, ancak bir hayat ilişkisinin en sıkı şekilde bağlı bulunduğu hukukun o hayat ilişkisine uygulanması ile sağlanabilmektedir³⁵⁶.

³⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 55.

³⁵³ BAYATA CANYAŞ, s. 143.

³⁵⁴ BAYATA CANYAŞ, s. 143.

³⁵⁵ BAYATA CANYAŞ, s. 168.

³⁵⁶ MEKENGEÇ, M. A.: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S.3-4, s. 275.

En sıkı ilişkili hukuk belirlenirken esas alınacak bağlantıların belirlenmesi önem arz etmektedir. Doktrinde MÖHUK m. 24'ün dördüncü fıkrası açısından yapılacak değerlendirmeler uyarınca objektif kriterler esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁷. Burada sözleşmenin ilgili hukuk ile bağlantısı mı yoksa herhangi bir ülke arasındaki bağlantısı olarak yorumlanıp yorumlanmaması gerektiği arasında bir tespit yapılması gerekecektir. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde birden çok yöntem belirlenmiştir³⁵⁸.

MÖHUK m. 24'ün dördüncü fıkrasının, ikinci cümlesi uyarınca, öncelikle karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukunun uygulanacağı düzenlenmiş; ardından sözleşmenin, mesleki veya ticari faaliyet gereği kurulması halinde ise, yine karakteristik edim borçlusunun işyerinin, işyerinin bulunmaması halinde ise karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı hükmedilmiştir³⁵⁹.

3.4.2 Sözleşmeden Doğan İlişkinin Varlığı ve Maddi Geçerliliği

Objektif ve sübjektif kurallardan hareketle tespit edilen, milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk sözleşme statüsü olarak tanımlanmaktadır³⁶⁰. MÖHUK'da sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı açıkça düzenlenmiş ve istisnai şekilde, belli koşullara bağlı olarak mutad mesken hukukuna gidilebilme imkanı tanınmıştır. MÖHUK m. 32'nin birinci fıkrası uyarınca, sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin veya bu sözleşmenin herhangi bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbi tutulmuştur³⁶¹. Sözleşme statüsüne tabi olan konular şu şekilde sıralanabilir; sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşmenin kurulması, sözleşmenin geçerliliği, sözleşmenin ifası, sözleşmenin

³⁵⁷ BAYATA CANYAŞ, s. 142.

³⁵⁸ Kanun koyucu, en sıkı ilişkili hukukun tespit edilebilmesi için çeşitli kriterler düzenlemiştir. Bir sözleşme tarafının ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında akdedilen ve yabancılık unsuru içeren sözleşmeler açısından karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu ülke hukuku; ticari veya mesleki faaliyet kapsamında olmayan sözleşmeler bakımından ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun bulunduğu ülke hukuku, en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. ARSLAN, İ.: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2013, s. 35.

³⁵⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 56.

³⁶⁰ DÜRGEN, B./ YELMEN, A.: "Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı Ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, s. 450.

³⁶¹ BAYATA CANYAŞ, s. 220.

sona erme sebepleri, sözleşmenin ihlalinin sonuçları konularının sözleşme statüsüne tabi olacağı doktrinde kabul edilmiştir³⁶².

Kanundaki genel kural olan MÖHUK m. 24'deki "Sözleşmenin kuruluşu sırasında" ifadesi ile yapılan sabitleştirme, yalnızca mutad meskeni değil; maddenin devamında yer alan ticari veya mesleki faaliyetlerini ifa eden sözleşmenin tarafı açısından mutad mesken yerinin tespitinde esas alınması gereken "işyeri, yerleşim yeri, sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyerini" de kapsar niteliktedir. Kanun koyucunun cümlelerin başında öngörmüş olduğu sabitleştirme, mutad meskenin alternatifleri için de geçerli olacak şekilde, yorum yöntemlerinden amaçsal yorum uyarınca yapılmalıdır³⁶³.

Bu konu MÖHUK m. 28 bağlamında; kanun koyucunun hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda sözleşmeye fikri hakkı yahut kullanım hakkını devreden tarafın hukuku uygulanacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu bu belirleme ile fikri haklara ilişkin sözleşmelerde karakteristik edimin tespitini yapmıştır³⁶⁴. Karakteristik edimin tespiti taraflara bırakılmamış, karakteristik edim devreden tarafın edimi olarak belirlenmiştir. Böylece sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmenin devreden tarafının hukuku olarak sabitlenmiştir³⁶⁵. Ancak hükümdeki bu belirleme, fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelerin çeşitliliği sebebiyle tüm bu sözleşme türlerinin tek bir kural ile belirlenmesi milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı bir sonuç doğurabileceğinden eleştirilmiştir³⁶⁶.

MÖHUK m. 32/1'de yer alan kuralın, bir varsayım üzerine düzenlenerek, esasa uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığından bahsetmek gerekmektedir³⁶⁷. MÖHUK m. 32/2'de is bu varsayım ile oluşturulan genel kurala bir istisna getirilmektedir. Bu maddenin kaleme alınışından da anlaşılabacağı üzere, bu istisnai hüküm ancak sözleşmenin kuruluşuna rızası bulunmadığını iddia eden tarafın bu iddiasını sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk bakımından kabul edilmesi durumunda uygulama alanı

³⁶² DÜRGEN/ YELMEN, s. 453-459.

³⁶³ BAYATA CANYAŞ, s. 169.

³⁶⁴ ÖZTÜRK, s. 147.

³⁶⁵ ÖZTÜRK, s. 147.

³⁶⁶ ÖZTÜRK, s. 149.

³⁶⁷ ERSEN PERÇİN, G.: "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 28, S. 1-2, Y. 2008, s. 58.

bulabilecektir. Kimi yazarlar, MÖHUK m. 32/2'nin uygulama alanı bulabilmesi için sözleşmeye rızası olmadığını iddia eden tarafın sözleşmenin zayıf tarafı olması gerektiğini savunarak, bu şekilde bir uygulamanın milletlerarası özel hukuk adaletini daha çok tatmin edeceği kanısına varmışlardır³⁶⁸.

3.4.3 Tarafların Ehliyeti

Yabancılik unsuru içeren hukuki ilişkilerde tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk ise MÖHUK m. 9'da düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, hak ve fiil ehliyeti ilgili kişinin milli hukukuna tabidir.

Gerçek kişilerin fiil ehliyeti şahsi statüye tabidir. Şahsi statü kişisel menfaati gerçekleştiren bağlama kuralı olarak tanımlanabilecektir³⁶⁹. MÖHUK m. 9'dan da anlaşılacağı üzere Türk hukukunda fiil ehliyeti hakkında şahsi statü olarak kişinin milli hukuku uygulanmaktadır. Fiil ehliyeti açısından genel hukuki işlem ehliyeti ile özel hukuki işlem ehliyetini bir ayrıma tutmak gerekmektedir³⁷⁰. Genel hukuki işlem ehliyeti MÖHUK m. 9'un birinci fıkrasında düzenlenirken özel hukuki işlem ehliyetleri içinde yer aldıkları hukuk alanlarında özel olarak düzenleme konusu olabilirler³⁷¹.

MÖHUK m. 9 işlem güvenliği konusunu da ayrıca ele almıştır. MÖHUK m. 9/2 hükmü uyarınca milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyeteye sahip ise yapılan bu hukuki işlem ile bağlı olacağı düzenlenmiştir. Bu kuralın istisnası bulunmaktadır. Bu kural, aile hukuku, miras hukuku ve yabancı ülkelerde bulunan taşınmazlarda üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlerde uygulanmayacak olup istisna tutulmuştur. İşlem güvenliği prensibi yalnızca Türkiye'de yapılan işlemler için değil hangi ülkede yapılmış olursa olsun işlem güvenliğini koruma amacıyla getirilmiştir³⁷².

İşbu çalışmanın konusunu oluşturan yazılım lisans sözleşmelerinde taraf ehliyeti hususunda, bu sözleşme tipini düzenleyen MÖHUK m. 28'de ehliyeteye ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle MÖHUK m. 9'da yer alan genel kural uygulanacaktır.

³⁶⁸ AYBAY/DARDAĞAN, s. 270.; ERSEN PERÇİN, s. 60.

³⁶⁹ TEKİNALP, s. 45.

³⁷⁰ NOMER, s. 222.

³⁷¹ NOMER, s. 222.

³⁷² ŞANLI, s. 115.

Yabancılık unsuru içeren bir yazılım lisans sözleşmesinin düşünürsek, X ülkesinde yaşayan ve reşit olmayan A kişisini düşünelim, bu kişi okulda yazılım öğrenmektedir ve oluşturduğu yazılım kodlarını açık kaynak kodu ile internet üzerinden üçüncü kişilerin erişimine açmaktadır. Üçüncü bir kişi olan reşit B, Y ülkesi vatandaşıdır ve Y ülkesinde yaşamaktadır. B, A'nın oluşturduğu kodları kullanarak bir yazılım oluşturup bu yazılımdan ticari kazanç elde ediyor ve A, oluşturduğu kaynak kodlarını açık kaynak kodlu oluşturduğu için bu kazançtan faydalanamıyor olsun. A'nın vasileri bu noktada B'nin kazançlarının haksız kazanç olduğunu, X ülkesi hukuku uyarınca ehliyet yoksunluğu sebebiyle açık kaynak kodlu yazılım üzerinden elde edilen işleme ve değişiklik yapma lisansının geçersiz olduğunu iddia ederek elde edilen kazançtan pay etmektedirler. Bu noktada eğer Y ülkesi hukukuna göre A'nın reşit ise hakim ehliyet sebebiyle bu aradaki sözleşmenin geçersizliğine karar veremeyecektir.

Bu noktada gerçek kişilerinin fiil ehliyetinin yanı sıra yazılım lisans sözleşmelerinde taraflardan herhangi birinin tüzel kişi olması oldukça sık karşılaşılabilen bir durum olduğundan tüzel kişilerin ehliyetlerinin ayrıca incelenmesi gerekir. TMK m. 48 ile tüzel kişilerin hak ehliyetleri insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler şeklinde düzenlenmiştir. Fiil ehliyetleri ise TMK m. 49'da kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanacakları düzenlenmiştir. Tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk olarak milli hukuk belirlenemeyecektir³⁷³. Bu sebeple MÖHUK m. 9'un dördüncü ve beşinci fıkralarında tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi olacağı ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabileceği düzenlenmiştir. Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir.

3.4.4 Sözleşmenin Şekli

MÖHUK m. 7 uyarınca, hukuki işlemlerin, gerçekleştikleri ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olduğu belirlenen hukukun maddi hukuk kurallarının öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceği kabul edilmektedir³⁷⁴.

³⁷³ TEKİNALP, s. 64.

³⁷⁴ BAYATA CANYAŞ, s. 242.

MÖHUK m. 7 uyarınca, hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilecektir. Buna göre, bir hukuki işlem, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli ise, o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuk bakımından şeklen geçersiz olsa dahi, işlem Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilecek olup, hukuki işlem, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçersiz olsa dahi, o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuka göre şeklen geçerliyse, Türk hukuku bakımından yine geçerli sayılacaktır³⁷⁵.

O hukuku ilişki için düzenlenen şekil şartı yerine getirilmediği takdirde, sözleşmenin geçersiz olup olmayacağı ve bu geçersizliğin sonuçları, sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olacaktır. Usule ilişkin konular bakımından hakim hukukunun esas alınması gerektiğinden, usule ilişkin hususlarda sözleşmeye uygulanan hukuka gidilmemesi gerekir³⁷⁶. Sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk açısından, asıl sözleşmenin kuruluş anında değil de daha sonraki bir tarihte yapılan hukuk seçimlerinin ayrıca incelenmesi gerekecektir. Asıl sözleşme ile zamansal olarak farklı bir tarihte yapılan uygulanacak hukukun tespiti anlaşmalarında; daha sonra yapılacak hukuk seçiminin sözleşmenin şekline uygulanamayacağı kabul edilmelidir³⁷⁷.

Bu noktada doğrudan uygulanan kurallardan bahsetmek uygun olacaktır. Sözleşmeleri ehliyet veya şekil bakımından etkileyen bir takım doğrudan uygulanan kurallar bulunmaktadır³⁷⁸. İşbu çalışmanın konusunu oluşturan yazılım lisans sözleşmelerini içerebilecek şekil şartına örnek olarak SMK m. 148/4 hükmü örnek verilebilecektir. İlgili hüküm uyarınca hukuki işlemlerin yazılı şekle tabi olacağı, istisnai olarak ise devir sözleşmelerinin noter tarafından yapılmış olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Yine yazılım lisans sözleşmelerinde uygulama alanı bulabilecek bir başka şekli hüküm olan FSEK m. 52 uyarınca mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şartı konulmuştur. Bu düzenlenmenin de hukuk sistemimizdeki doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterilebilecektir.

³⁷⁵ SÜZEN B.: Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2020, s. 87.

³⁷⁶ BAYATA CANYAŞ, s. 244.

³⁷⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 31.

³⁷⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 86.

3.5 Yazılım Lisans Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda, bu sözleşmelerin ve fikri mülkiyet hakkının kategorileştirilmesi bakımından bir takım sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Hakkın özü, hakkın ortaya çıkması, sözleşmesel hakkın kapsamı, sözleşmenin sona ermesi vb. gibi konuların hepsini kapsayan tek bir bağlama kuralının olup olamayacağı farklı hukuk sistemlerinde de tartışılmıştır³⁷⁹.

Sui generis niteliği haiz olan fikri mülkiyet hakları bakımından hakkın özü ve bu haklara ilişkin sözleşmeler için kanunumuzda, bu nitelikleri göz önüne alınarak farklı bağlama kuralları belirlenmiştir³⁸⁰. Yabancılık unsuru içeren fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti düzenlemeleri Türk milletlerarası özel hukukunda, MÖHUK'da düzenlenmiştir. Yukarıda da detaylıca işlendiği üzere yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24'te genel nitelikli bir bağlama kuralı olarak düzenlenmiş ve mezkur kural uyarınca farklı sözleşme türlerini oluşturan hukuki ilişkiler genel bir yapı altında birleştirilmiştir. Bununla birlikte MÖHUK'ta, önemleri ve hukuki nitelikler dolayısıyla belirlenen özel sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bağlama kuralları, 25 ila 29. maddelerde düzenlenmiştir³⁸¹. Kanunda özel bazı sözleşme tipleri bakımından da, örneğin, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (m. 25), tüketici sözleşmeleri (m. 26), iş sözleşmeleri(m. 27), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (m. 28), eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (m. 29) bakımından ayrıca düzenleme getirilmiştir. Özel kuralın bulunduğu yerlerde genel kurala gidilemeyeceğinden bu sözleşmeler bakımından ilgili maddede düzenlenen bağlama kuralları ile tespit edilecek olan hukukun uygulanması gerekecektir³⁸².

Şanlı'ya göre; MÖHUK m. 28, MÖHUK m. 24 ile belirlenen genel kuralın bir tekrarı niteliğindedir³⁸³.

³⁷⁹ FAWCETT J. J./TORREMANS P.: Intellectual Property and Private Internatioanl Law, Oxford 1998, s. 456.

³⁸⁰ NOMER, s. 353.

³⁸¹ TOKER, s. 52.

³⁸² BAYATA CANYAŞ, s. 41.

³⁸³ ŞANLI, s. 294.

Akipek/Dardağan'a göre ise; fikri mülkiyet haklarının sınır ötesine yayılma niteliği sebebiyle milli hukuk düzenleri içerisinde korunmaları yeterli olmayıp, ilgili kişilerin haklarını tanınan korumanın milletlerarası bir rejimle de desteklenmesi gerekecektir³⁸⁴

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler başlıklı MÖHUK m. 28 uyarınca; “*Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir şeklinde düzenlenmektedir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde ise sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olacaktır.*” şeklinde hükmedilmiştir.

MÖHUK m. 28’in incelemesini yaparken ilk irdelenmesi gereken husus, madde metninde kullanılan “fikri mülkiyet” kavramıdır. Bu kavramın kaynağını TRIPS’ten almakta olup dar anlamda fikri mülkiyet hakları ile sınai mülkiyet haklarının tek bir başlık altında toplanmasıdır³⁸⁵. Dolayısıyla bu madde yorumlanırken yalnızca FSEK kapsamında kurulan sözleşmeler değil, fikri ve sınai mülkiyet haklarını konu alan tüm sözleşmesel ilişkilere uygulanacağı şeklinde ele alınmalıdır.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, doğrudan gayri maddi hakkı konu alabileceği gibi, kullanım, çoğaltma, yayma, işleme hakları gibi fikri ürün üzerinde doğan hakları da konu alabilecektir³⁸⁶. Bu hakları konu alan sözleşmelerden bir tanesi de lisans sözleşmesidir. Bu sözleşmelerin, MÖHUK m. 28’in birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen sözleşme statüsünün belirlenmesinde, ülkesellik prensibi gereği, fikri mülkiyet ile ilişkili hakların koruma devleti hukukuna tabi tutulması gerekmektedir³⁸⁷. Bir başka deyişle, fikri mülkiyet hakkının doğdu ülke hukuku, devreden tarafın ülkesinin hukuku olacağından, sözleşmesel ilişki için MÖHUK m. 28’de belirlenen bağlama kuralı koruma devleti hukukuna atıf yapmaktadır. Sözleşme ilişkisi ile hakkın özüne uygulanacak hukuk tespitinin MÖHUK’ta paralel şekilde düzenlenmiş olması hukuki öngörülebilirliğe fayda sağlar niteliktedir. Çelikel/Erdem’e göre fikri mülkiyet haklarını

³⁸⁴ AKİPEK Ş./DARDAĞAN E.: “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, s. 115.

³⁸⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 447.

³⁸⁶ NOMER, s. 353.

³⁸⁷ NOMER, s. 353.

konu alan sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde, lisans hakkını devralanın ülkesi veya koruma ülkesi ile lisans hakkını devreden hukukları bağlama kuralları olarak önerilmektedir³⁸⁸. Her ne kadar paralel düzenlemeler ihtiva etseler de, sözleşmeden doğan bir ihtilaf yerine, fikri mülkiyet hakkının özüne ilişkin bir uyumsuzluğun mevcut olduğu durumlarda MÖHUK m. 28 bağlama kuralının dayanak alınması doğru olmayacaktır. Bu noktada dayanak yapılması gereken bağlama kuralı MÖHUK m. 23 olacaktır.

MÖHUK m. 28 düzenlemeleri uyarınca sübjektif bağlama kuralları ile objektif bağlama kuralları ayrı fıkralarda düzenlenmektedir. Tarafların aralarında akdettikleri fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşme hakkında uygulanacak hukuku seçebileceklerini düzenleyen sübjektif bağlama kuralı MÖHUK m. 28'in birinci fıkrasında, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ise yetkili hukukun tespitini öngören objektif bağlama kuralı ise maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır.

Fikri mülkiyet haklarının oluşum süreci çoğu zaman bir iş ilişkisini konu aldığından maddenin devamında ise; işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulanacağı düzenlenmiş olup bu özel nitelikli sözleşme ilişkisi MÖHUK m. 27'de düzenlenmektedir.

Her ne kadar sözleşmelere, fikri mülkiyet hakkından doğan sözleşmelere ve nihayetinde yazılım lisans sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti yapılırken MÖHUK'un fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri konu alan m. 28'de yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulacak olsa da yine sözleşmeyi ilgilendirebilecek bazı konular bu kuralların kapsamı dışında kalabilecektir. Tarafların sözleşme yapma ehliyeti, MÖHUK m. 9 hükmü uyarınca ehliyeteye uygulanacak ülke hukukuna göre belirlenmelidir. Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği hakkında ise kural olarak MÖHUK m. 7 uyarınca şekle uygulanacak ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır³⁸⁹. Hükmün, yalnızca fikri mülkiyet hakları üzerinde borç doğuran sözleşme ilişkilerine uygulanacağı açıkça düzenlenmekle beraber, bu hüküm uyarınca;

³⁸⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 441.

³⁸⁹ TOKER, s. 59.

sözleşmenin geçerliliği ve sözleşmenin esasına ilişkin hususlar ise bu hüküm uyarınca tespit edilecek hukuka göre çözümlenecektir³⁹⁰.

MÖHUK m. 28’de düzenlenen bağlama noktaları fikri mülkiyet hakkını veya bu fikri mülkiyet hakkının kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukukunu yoksa mutad mesken hukuku olarak tanımlamaktadır. Bu bağlama noktaları yorumlanırken Türk hukukundaki anlamlarının esas alınması gerektiği açıktır.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin konusunu hem fikir ürünü hem de bu ürünler üzerindeki kullanım, çoğaltma, yayma hakları, korunmadan doğan hak, imtiyaz hakkı gibi fikri ürün üzerindeki haklar oluşturabilir. Sözleşme tipleri çoğunlukla, hakların devrine ilişkin sözleşmeler, lisans sözleşmeleri veyahut yararlanma hakkının verilmesine dair sözleşmelerdir³⁹¹.

Nomer’e göre lisans sözleşmeleri uluslararası ticarete fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler arasında en önemlileri ve en sık kullanılanlardan bir tanesi olup ruhsata bağlanmaya elverişli her fikri mülkiyet hakkı lisans sözleşmelerinin konusunu oluşturabilecektir ve lisans sözleşmelerinde de MÖHUK m. 28 uyarınca belirlenecek sözleşme statüsü lisans sözleşmesinin yalnızca borç doğuran kısımlarına uygulanacaktır³⁹².

Kanada hukukuna göre, bir yazılım lisans sözleşmesinde hukuk tercihi yapılmadığı durumlarda da sözleşme ile en gerçek ve önemli bağlantısı olan hukukunun uygulanacağı, bizim hukuk sistemimizdeki en sıkı ilişkili hukuk düzenlemelerine paralel olarak, düzenlenmiştir³⁹³.

Farklı bir kanun sistematığı örneği olarak Avusturya kanun koyucusunun tek bir ülkedeki kullanımı ve hak sahipliğini konu alan lisans sözleşmeleri ile birden çok ülkedeki kullanımı kapsayan lisans sözleşmeleri arasında farklı bağlama kuralları belirlemiştir³⁹⁴. İlgili düzenleme uyarınca “*fikri haklara ilişkin sözleşmeler fikri hakkın devredildiği veya düzenlendiği yer*

³⁹⁰ NOMER, s. 354.

³⁹¹ PÜRSELİM, H. S.: “Milletlerarası Özel Hukukta Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Telif Hakları: Sanatçı Salvador DALÍ ile İlgili Tokyo Yüksek Mahkemesi’nin ve Fransız Mahkemesi’nin Kararları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013 Y. s. 247

³⁹² NOMER, s. 354.

³⁹³ BORDEN LADNER GERVAIS LLP, A Practical Guide To Software License Agreements: Governing Law And Dispute Resolution, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a61fd185-0516-4136-b92b-103b96aa37f9>>, 02.02.2023.

³⁹⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 441.

hukukuna tabidir. Eğer sözleşme pek çok ülkenin, ilgi alanına giriyorsa, fikri hak kazanıcısının (lisans alanın) mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.” şeklinde düzenlenmiştir³⁹⁵.

Bu noktada belirtmek gerekir ki mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu’nda³⁹⁶ fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelere ilişkin herhangi özel bir düzenleme bulunmadığından mezkûr kanunun yürürlükte olduğu dönemlerde lisans sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti genel kurala ilişkin mülga MÖHUK 24’üncü madde uyarınca yapılmaktaydı.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğünde de yine fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelere ilişkin herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yazılım lisans sözleşmesi gibi karma nitelikli sözleşmelere, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu noktada MÖHUK bakımından mevcut düzenleme ile yazılımın maddi hukuktaki korumasının sınai mülkiyet hakkı olarak SMK kapsamında mı korunduğu yoksa telif hakkı olarak FSEK kapsamında mı korunacağı tartışmasının bir önemi kalmamaktadır. Zira MÖHUK fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet olmak üzere bağlama kuralını ikili bir ayrıma tabi tutmayarak ana başlık altında fikri mülkiyet haklarına uygulanacak sözleşmelere yönelik genel bir bağlama kuralı belirlemiştir.

3.5.1 Fikrî Mülkiyet Hakkını veya Onun Kullanımını Devreden Tarafın Sözleşmenin Kuruluşu Sırasındaki İşyeri Yoksa Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması

Tarafların açıkça hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, fikri mülkiyet hakkını devreden veya bu hakkın kullanıma ilişkin lisans veren tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku, devreden tarafın işyeri hukukunun bulunamaması durumunda mutad mesken hukukunun uygulanacağı MÖHUK m. 28 ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Bu fıkra tarafların hukuk seçiminde bulunmaması halinde karakteristik edim borçlusu esas alınarak bağlama

³⁹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 442.

³⁹⁶ Resmi Gazete T. 22.05.1992 Sa. 17701.

noktaları oluşturulduğu görülmektedir³⁹⁷. Yazılım lisans sözleşmelerinde de Türk hukuk sisteminin yazılım lisans sözleşmelerine verdiği anlam gereğince fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşme olarak değerlendirilecek ve bu eğer ki tarafların yaptığı bir hukuk seçimi yoksa bu fıkra uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilebilecektir. Bu yönde düzenlenen bir kanunlar ihtilafı kuralının kademeli bir bağlama kuralı olduğu söylenebilecektir. Ancak ilgili maddenin devamı hükümlerinde belirlenen bir diğer husus ise uyuşmazlık konusu sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk olması halinde bu hukukun hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁹⁸.

Yazılım lisans sözleşmelerinde mutad mesken hukukun uygulama alanı bulabileceği örnekler ile karşılaşması olasılığının oldukça yüksek olduğu kanaatindeyim. Şöyle ki, açık kayak kodu ile çalışan yazılımcıların birçoğu *freelance* çalışabilmektedir. Bu yazılımcıların oluşturdukları yazılımlardan faydalanmak isteyen kişiler ile akdedilecek sözleşmelerde uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir düzenleme yer alamaması halinde, *freelance* çalışan yazılımcının işyeri ve işyeri hukukundan bahsedilmesi söz konusu olamayacaktır. Bu noktada hâkimin uygulanacak hukuku tespit ederken fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden yazılımcının sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukukunun MÖHUK m. 28/2 uyarınca uygulanacak hukuk olarak tespit etmesi kaçınılmazdır.

Çalışmanın ilk bölümlerinde lisans sözleşmelerinin inhisari lisans, inhisari olmayan lisans, süreli lisans, süresiz lisans gibi türleri detaylıca açıklanmıştır.

Erdem'e göre uygulanacak hukukun tespitinde lisans sözleşmesi özelinde yapılan bu gibi ayrımların uygulanacak hukuka herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bunun en temel sebebi de lisans sözleşmesinin koşulları esas alınarak yapılan ayrımların, sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğunu bir etkisi olmaması, yani karakteristik edim borçlusunu değiştirmemesidir³⁹⁹.

Çörtoğlu Koca'ya göre inhisari lisanslarda, lisans verenin kullanım hakkı bulunmadığı ve lisans verenin aynı lisansı bir başkasına vermemekle yükümlü olduğu ayrıca da lisans alanın kullanma zorunluluğu bulunduğu için akdi karakterize eden edim lisans alanın edimidir⁴⁰⁰.

³⁹⁷ TOKER, s. 52.

³⁹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 448.

³⁹⁹ ERDEM, s. 164.

⁴⁰⁰ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 233.

Dolayısıyla inhisari lisanslarda MÖHUK m. 28/2 uyarınca lisans alanın hukuku daha sıkı ilişkili bir hukuk olduğu için bu hukukun uygulanması gerekecektir.

3.5.2 MÖHUK m. 28 Uyarınca Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

Genel anlamda fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmeler bu çalışma özelinde ise yazılım lisans sözleşmeleri bakımından tek bir bağlama kuralının getirilmesi, hukuki güvenliğin sağlanması açısından faydalı olabilecektir. Ancak tek ve sabit bir bağlama kuralı bazı durumlarda milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamak için yeterli olmayabilecektir. Böyle bir durumda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlayan sonuçların elde edilmesini olanaklı kılacaktır⁴⁰¹. Bu noktada kanun koyucunun MÖHUK m. 28'in ikinci fıkrasının son cümlesinde hâkime bir takdir yetkisi tanısa dahi burada aynı zamanda bir zorunluluk da görülmektedir. Yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmesi, fikri mülkiyet hakkını devreden veya bu hakkın kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku veya mutad mesken hukukundan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişki içerisinde bulunuyorsa, sözleşmeye uygulanacak hukuk, kanundaki düzenleme uyarınca olarak daha sıkı ilişki içerisinde bulunan hukuk olacaktır⁴⁰².

En sıkı irtibatlı hukukun belirlenebilmesi için karakteristik edim teorisine göre karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi gerekecektir. Bu noktada mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde karakteristik edim borçlusunun tayininde çeşitli tartışmalar yaşansa da MÖHUK kapsamında karakteristik edim borçlusunun lisans veren veya hakkını devreden taraf olarak kanunumuzda belirlendiği açıktır. Yukarıda açıklanan ve günümüzde sektörde oldukça yaygın bir şekilde kullanılan *SaaS* sözleşmeleri de göz önünde bulundurulduğunda; gerçekten de karakteristik edim borçlusunun lisans veren taraf olacağı açıktır.

MÖHUK m. 28 (2)'nin son cümlesinde yer alan “*hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur*” hükmü ile kanun koyucu bağlama noktasını belirlerken karakteristik edim teorisine göre bir tercih yapmakla yetinmeyip, kendi koyduğu bağlama kuralı ile belirlenen hukuk dışında daha sıkı ilişkili bir

⁴⁰¹ TEKİNALP, s. 339

⁴⁰² TOKER, s. 65.

hukukun varlığı halinde bu hukukun uygulama alanı bulması gerektiğini düzenleyerek, en sıkı irtibatlı hukuk görüşünü benimsediğini göstermektedir.

Karakteristik edim teorisi ve en sıkı ilişkili hukuk kapsamında yukarıda yapılan açıklamalar tekrara düşmemek adına bu kapsamda işlenmemiştir.

Çalışmanın bu kısmında yazılım lisans sözleşmeleri ile ilgili devreden tarafın işyeri hukuku veya mutad mesken hukuku dışında daha sıkı ilişkili bir hukukun hangi durumlarda ortaya çıkabileceğine ilişkin bir örnek verilecektir.

Hakkını devreden tarafın işyeri veya mutad mesken hukuku X ülkesi diyelim. Devralan, iş sahibi tarafın tabii olduğu hukuk ise Y ülkesi hukuku olsun. Devreden tarafın lisans sözleşmesine konu yazılımı Z ülkesinde tescilli bir yazılımdır. Devralan iş sahibi de bu yazılımı Z ülkesindeki faaliyetleri için lisans almaktadır. Bu durumda taraflar arasında yaşanabilecek herhangi bir uyuşmazlıkta Z ülkesi hukukunun taraflar arasındaki ilişki ile daha sıkı ilişkili bir hukuk olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Hâkim halin tüm şartlarına göre bir değerlendirme yaparak Z ülkesi hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olduğuna kanaat getirirse bu hukuk uygulama alanı bulacaktır.

Bu örnekle beraber şunu ifade etmekte fayda görüyoruz; bir fikri hakkın bütünüyle devrini konu alan sözleşmeler ile bir fikri hakkın kullanımının devrine ilişkin sözleşmeler açısından milletlerarası özel hukuk açısından bir fark teşkil etmeyecektir, aynı bağlama kuralı bu iki tür sözleşme açısından da uygulama alanı bulacaktır⁴⁰³.

Yabancılık unsuru içeren fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti her ne kadar MÖHUK m. 28 uyarınca çözüme kavuşturulabilse de, kimi zaman somut olayın koşullarının getirisi uyarınca uyuşmazlığın fikri hakkın özünü mü yoksa fikri haklara ilişkin sözleşmeleri ilgilendirip ilgilendirmediği net bir şekilde tespit edilemeyebilecektir⁴⁰⁴. Bu noktada eğer ki uyuşmazlık konusu sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık değil de hakkın özünden doğan bir uyuşmazlık ise; MÖHUK m. 23'ün uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir. MÖHUK m. 23 uyarınca fikri mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o ülkenin hukukuna tabi olacaktır. Ancak

⁴⁰³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 439.

⁴⁰⁴ PÜRSELİM, s. 247.

maddenin devamında yine taraflara bir irade özerkliği tanınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise taraflara fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan talep için, ihlalden kararlaştırılmak üzere hukuk seçimi yapılabileceği düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 23'te yer alan düzenleme, fikri haklar bakımından koruma ve ihlal tabirleri yalnızca ihlal fiilinin gerçekleştiğinde uygulanacak hukuku tespiti sağlıyor gibi gözükse de, bu hüküm bir fikri hakkın varlığı ve sona ermesine ilişkin hususlarda da uygulama alanı bulacaktır⁴⁰⁵.

Öğretide MÖHUK m. 23'ün ifadesinin açık olmaması sebebiyle bir takım eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirilen ve tartışmalar şu şekilde sıralanabilir; fikri mülkiyet hakkının ihlalden kaynaklanan sorumluluğun, korunmanın yapıldığı yer hukukuna (*lex loci protectionis*), menşei ülke hukukuna (*lex loci originis*), haksız fiilin işlendiği yer (*lex loci delicti*), zarar yeri hukukuna, eser sahibinin veya failin tabii olduğu ülke hukukuna ya da mutad mesken hukukuna tabi olacağı tartışılmıştır⁴⁰⁶.

Fikri mülkiyet hakkının bir ülke hukuku tarafından korunuyor olması, bu fikri mülkiyet hakkının varlığını tanıyan ülke sınırları içinde ve yine bu ülkenin hukuk kuralları ile korunacağından, MÖHUK'te belirlenen fikri mülkiyet haklarının özünden doğan haklara uygulanacak hukuku belirleme için konulan bağlama kuralının yetkili kıldığı hukuk fikri mülkiyet hakkın korunması amacıyla müracaat edilen mahkemenin hukuku olmayabilecektir⁴⁰⁷. Buna bağlı olarak, bir fikri mülkiyet hakkının bir ülkede tescile bağlı olarak veya olmayarak tanınması veya tescilsiz bir şekilde özel nitelikli korumalardan yararlanması veya sona ermesi gibi konulara koruma sağlayan ülke hukuku uygulanacaktır⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ ŞANLI, s. 252.

⁴⁰⁶ Bu konuda bkz.: PÜRSELİM, s. 248. AKİPEK/DARDAĞAN, s. 127.

⁴⁰⁷ ŞANLI, s. 252.

⁴⁰⁸ ŞANLI, s. 252.

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında, yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerinde sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu konu ele alınırken fikri ve sınai mülkiyet hukuku açısından fikri mülkiyet koruması kapsamında korunan yazılımların teknik özelliklerinin fikri mülkiyet korumasından faydalanamadığı yalnızca ifade ediliş biçimlerinin korunabildiği açıklanmıştır. Yazılım kavramının sınai mülkiyet hukuku çerçevesinde korunabileceği durumlar incelenerek, lisans sözleşmeleri ve yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerine uygulanacak hukuk açısından bir değerlendirme yapılmıştır.

Açık ve özgür kaynak kodlu yazılım lisans sözleşmelerinde uygulamada taraflar arasında genellikle bir hukuk seçimi yapılmadığından bahsedilmiştir. Birçok hukuk sistemi tarafından farklı koruma türlerine tabi olan yazılım lisans sözleşmelerinde yabancılık unsuru bulunması durumunda karşılaşılabilecek vasıflandırma sorunlarından bahsedilmiştir. Sonuç olarak gelişen yaşam koşullarında yazılım lisans sözleşmelerinin öncelikli olarak maddi hukuk alanında nitelendirilmesinin yapılması ve ardından belirlenecek koruma yöntemine göre yabancılık unsurlu hukuki ilişkilerde uygulanacak hukukun tespit edilebileceği sonuçlarına varılmıştır.

Bu kapsamda hukuk sistemimizde yabancılık unsuru içeren yazılım lisans sözleşmelerinde eğer ki taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa MÖHUK m. 28 uygulama alanı bulacaktır. Çalışma kapsamında MÖHUK m. 28’de yer alan kademeli uygulanacak hukuk düzenlemeleri sırası ile incelenmiştir. Bu kapsamda fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın işyeri hukuku, işyeri yoksa bu tarafın mutad mesken hukukunun uygulanacağı, bu haklar tespit edildiği halde somut olayın koşullarının gerektirmesi halinde daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması halinde ise, hakimin yapacağı değerlendirme sonucunda daha sıkı ilişkili hukukun uygulama alanı bulacağı hususları incelenmiştir.

Mülga 2678 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu’nda fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelere ilişkin özel bir bağlama kuralı olmaması doktrinde yazarlar tarafından tartışılmış ve bağlama kuralı olarak karakteristik edim teorisini merkezine alan çeşitli öneriler sunulmuştur. Nihayet 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe alınınca fikri mülkiyet haklarını konu alan sözleşmelere özel bir bağlama kuralı hukuk sistemimiz içerisine alınmıştır.

MÖHUK m. 28 sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında taraflara hukuk seçimi yetkisi tanımaktadır. Bu sübjektif bağlama kuralı olarak tanımlanmaktadır. Tarafların hukuk seçimi yapmadığı noktada maddenin devamı fıkralarında yer alan objektif bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukuk belirlenmektedir. Fikri mülkiyet haklarının genellikle bir iş ilişkisi çerçevesinde sözleşmelere konu alınması göz önünde bulundurularak objektif bağlama kuralı olarak öncelikle devreden tarafın işyeri bağlama noktası olarak esas alınmıştır. Dolayısıyla yazılım lisans sözleşmesinin taraflarının sözleşme üzerinde uygulanacak hukuk tercihi yapmamaları halinde öncelikle yazılım üzerindeki haklarını devreden genellikle yazılımın fikri hak sahibi olan tarafın işyeri hukuku uygulama bulabilecektir. Yazılım lisans sözleşmesinde haklarını devreden tarafın işyeri bulunmadığı durumlarda mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemenin yazılım lisans sözleşmeleri açısından faydası, yazılım sektörü gibi işyeri merkezli değil de bireysel özelliklerin ve çalışmaların ağırlıklı olduğu bir alanda hak devreden tarafın işyerinin bulunmaması olasıdır. Bu noktada mutad mesken düzenlemesi hukuki öngörülebilirliği sağlayacaktır.

Karakteristik edim teorisinin kanun koyucu tarafından da belirlenmesinin bir getirisi olarak maddenin devamında daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde ise bu hukukun uygulanması ile milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanmış olacaktır.

Yazılım sektörünün gelişmesine büyük katkıları bulunan açık kaynak kodlu yazılımlar ve özgür kaynak kodlu yazılımların yazılımcılar tarafından benimsendiği durumlarda, yapılan geliştirme faaliyetlerinde ve taraflar arası akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenleme yer almaması halinde GPL, BSD gibi genel kullanıma ve benimsenmeye açık lisans sözleşmelerinin taslak metinlerde hukuk seçimine ilişkin bir hükmün de yer almadığı gözlemlendiğinden yazılımcıların veya lisans alanların taraf oldukları sözleşmelerin olası uyuşmazlıklar göz önünde bulundurularak tabi olunabilecek hukuk kuralları açısından bir değerlendirme yapılması, gerekirse bu tip sözleşmelere ek hükümler eklenmesinin, hukuki öngörülebilirlik açısından faydalı olabileceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

AKINCI, Z.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 1, İstanbul 2020.

AKİPEK Ş./DARDAĞAN E.: “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, s. 115-139.

AKSU, M.: “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi(Dijital Tükenme İlkesi)”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2016, s. 1-22.

ARIKAN, A. S.: “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1996/3, s. 309-381.

ARSLAN, İ.: Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

AYBAY, R./DARDAĞAN, E.: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. B, Ankara 2008.

AYDINCIK, Ş.: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.

AYGÜN, M.: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 16, Y. 2014, s. 1025-1066.

BAUER, K. A.: Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen in den USA, 1984.

BAYATA CANYAŞ, F. A.: “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, 110-121.

BERBER, A.: “Yazılımlar Nasıl Korunur, Yazılımlar Patentlenebilir mi?”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 6, Y. 2020, s. 219-231.

BORDEN LADNER GERVAIS LLP, A Practical Guide To Software License Agreements: Governing Law And Dispute Resolution, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a61fd185-0516-4136-b92b-103b96aa37f9>>, 02.02.2023.

CHAO, G. C.: “Conflict of Laws and the International Licensing of Industrial Propety in the United States, the European Union, and Japan”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, S. 22, B.1, Y. 1996, s. 147-180.

CODEX, Yazılımın Tarihi, <<https://www.codex.com.tr/yazilimin-tarihi#:~:text=%C4%B0lk%20fikirler%20at%C4%B1ld%C4%B1ktan%20ve%20baz%C4%B1,modern%20anlamda%20yaz%C4%B1l%C4%B1m%C4%B1n%20temellerini%20att%C4%B1>>, 28.09.2022

CORDERO-MOSS, G.: EU Overriding Mandatory Provisions and the Law Applicable to the Merits, The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, Y. 2017, s. 318, <<https://folk.uio.no/giudittm/10-Chapter%2010-Cordero.pdf>>, 19.04.2018

ÇALIŞKAN, M. G.: Türkpatent’te Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri, <<https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanli-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#ednref20>> IPR Gezgini, Y. 2021.

ÇELİKEL, A./ ERDEM, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 15, İstanbul 2017.

ÇİLİNGİROĞLU, C.: “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 103-120.

ÇÖRTOĞLU KOCA, S.: Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2013.

DARDAĞAN, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, B. 1, Ankara 2000.

DEMCHENKO, O.: Uluslararası Ticari Tahkimde Uluslar Üstü Kamu Düzeninden Kaynaklanan Doğrudan Uygulanan Kuralların Uygulanması İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018.

DEMİRTEL, H./ SAĞIROĞLU, Ş.: “Özgür Dağıtım Konu Olan Yazılımlar: Nedir, Ne Kadar Güvenlidir?”, TÜBAV Bilim Dergisi, Y. 2011 C. 4, S. 1, s. 52-63.

DIANA, R.: The Big List of 256 Programming Languages, <<https://web.archive.org/web/20160316094234/>>, <<https://dzone.com/articles/big-list-256-programming>>, 13.11.2022.

DIXON, R.: Open Source Software Law, Artech House, Londra 2004.

DOĞAN, G.: Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Ankara 2020(Teknoloji Transfer Sözleşmeleri).

DOĞAN, V.: “Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1995, s. 463-494 (Avrupa Birliği).

DOĞAN, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. B., Ankara 2019 (Milletlerarası).

DÜRGEN, B./ YELMEN, A.: “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı Ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, s. 449-480.

DÜZGÜN, Ü. A.: “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 3, Y. 2012, s. 47-66.

EKER ERKEKOĞLU, A.: Yazılım Lisans Sözleşmeleri, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

EKŞİ, N.: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, MHB, C. 12, S. 1-2, Y. 1992, s. 1-10.

ERDEM, B.: Patent Hakkının Korunmasına Patent Hakkının İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 1, İstanbul 2000.

EREL, Ş. N.: “Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması”, Prof. Dr. I. ÖZTRAK'a Armağan, AÜSBFD Ocak-Haziran, 1994, s. 141-164.

EREN, H. /KILIÇ, A./ BALCI, H.: “Savunma Sanayii İçin Teknoloji Transfer Yöntemi Seçimi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 20, S. 4, s.305-326.

ERİŞGİN, N.: “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar” Programı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, s. 213-253.

ERKAN, M.: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, s. 81-121.

ERSEN PERÇİN, G.: “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 28, S. 1-2, Y. 2008, s. 51-63.

EVANS, D. S./LAYNE-FARRAR A.: “Software Patents and Open Source: The Battle over Intellectual Property Rights”, Virginia Journal of Law and Technology, C. 9, S. 10, Y. 2004, s. 1-28.

FAWCETT J. J./TORREMANS P.: Intellectual Property and Private International Law, Oxford 1998.

GOMULKIEWICZ, R. W. /WILLIAMSON, M. L.: “A Brief Defense Of Mass Market Software License Agreements”, Rutgers Computer & Technology Law Journal, Y. 1996, S. 22, s. 335-366.

GÖK, A. K.: Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

GRAUPNER, R.: The Rules of Competition in the European Economic Community: A Study of the Substantive Law on a Comparative Law Basis with Special Reference to Patent Licence Agreements and Sole Distributorship Agreements Hollanda 1965.

GÜNEŞ, İ.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İzmir 2022.

HOSCH, W. L.: Richard Stallman, <<https://www.britannica.com/biography/Richard-Stallman>>, 11.12.2022.

İLDAN, M.: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. Maddesi Çerçevesinde Yabancılik Unsuru, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.

JONES, R. T.: "Fundamentals of International Licensing Agreements and Their Application in the European Community", The International Lawyer, Y. 1973, s. 78-115.

KARAMAN, D. /DAMAR, M.: "Fikri Mülkiyet Haklarının Yazılım Sektörü Açısından Değerlendirilmesi: Usedsoft ve Verisil Davaları", Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 24, Y. 2021, s. 1165-1198.

KAUPAS, Z./CEPONIS, J.: "End-User License Agreement-Threat To Information Security: A Real Life Experiment", IVUS International Conference on Information Technology, Y. 2017, s. 55-60.

KEPLINGER, M. S.: Legal Protection for Computer Programs: a Survey and Analysis of National legislation and Case Law, UNESCO/WIPO/GE/CCS/2.

KERİMOĞLU, H. B.: "Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Kamu-İş. Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C. 7, S. 2, Y. 2003, s. 11-22.

KESKİN, A. D.: "Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 10 Y. 2012, s. 95-128.

KILIÇOĞLU, A. M.; Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre), Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

KITCHIN, R./ DODGE, M.: Code/Space: Software and Everyday Life, MIT Press, Londra 2011.

KIYAK, E.: "Kişisel Bilgisayar Donanımı Ve Yazılım Kullanım Lisansının Haczi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, Y. 2021, s. 49-96.

KUYUCU, H.: Türkiye ve Dünyada Yazılım Kopyacılığına Karşı Alınan Önlemler ve Halkla İlişkiler Kampanyaları, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, 1993.

KÜÇÜKALİ, C.: "Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Kapsamında Korunması", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2022, s. 104-127.

LEMLEY, M.: “Intellectual Property and Shrinwrap Licenses”, Southern California Law Review, S. 68, B. 5, Y. 1995, s. 1239-1294.

LITMAN, J.: “Copyright as Myth”, University of Pittsburgh Law Review, B. 53, 1991, s. 235-250.

MADATLI, K.: “Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations”, Baku State University Law Review, Bakü , C. 2, Y. 2015, s. 118-134.

MEKENGEÇ, M. A.: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S.3-4, Y. 2013, s. 237-283.

MICHALSKI, L., & BÖSERT, B.: Vertrags-und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, Schäffer-Poeschel, 1992.

NOMER, E.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2021.

OĞUZMAN, K. /ÖZ, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 18. Bası, C. 1, İstanbul 2020.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, H.: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 30, S. 1-2, Y. 2010 s. 27-62.

ÖZDEN & GÜÇLÜ HUKUK: Türkiye’de Yazılımlar Patentlenebilir mi?, <https://www.ozdenguclulegal.com/turkiyede-yazilimler-patentlenebilirler-mi/#_ftnref3>, 17.10.2022.

ÖZKAN, Y.: “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmelerinin Sağladığı Lisans Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2017, s. 367-389.

ÖZSOY, S. H.: Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara 2011.

ÖZTÜRK, A.: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2019.

PATCHEL, K.: “Choice of Law and Software Licenses: A Framework for Discussion”, Brooklyn Journal of International Law, C. 26, B. 1, Y. 2000, s. 117-186.

PÜRSELİM, H. S.: “Milletlerarası Özel Hukukta Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Telif Hakları: Sanatçı Salvador DALÍ ile İlgili Tokyo Yüksek Mahkemesi’nin ve Fransız Mahkemesi’nin Kararları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, s 243-264.

SAMMET, J. E.: “Programming Languages: History and Fundamentals”, Communications of the ACM, C. 15, S. 7, s. 601-610.

SARAN, R.: Fikri Mülkiyet Hukuku’nda Zorunlu Lisanslama, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

SARGIN, F.: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002.

SARI, O.: Patent Lisans Sözleşmeleri, Ankara 2019.

SARIAKÇALI, T.: “AB Rekabet Hukuku’nda Lisans Sözleşmeleri”, Rekabet Bülteni, C. 6, S. 11, Y. 2004.

SCHAEFER, K. A.: Applicaiton of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts, Frankfurt, Berlin, Bern, Brüksel, New York, Oxford, Viyana, Y. 2010.

SIVACIOĞLU, E. E.: Software License Agreement, B. 1, Ankara 2020.

SULUK, C./ KARASU R./ NAL T.: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2018.

SÜZEN B.: Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2020.

ŞANLI C./ESEN E./ATAMAN-FİGANMEŞE İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021.

ŞENOL, H. K. E.: “Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, 45-64.

TANRIBİLİR, F.: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBB Dergisi, S. 87, Y. 2010, s. 95-227.

TARMAN, Z. D.: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, 2010, s. 521-550.

TEKİNALP, G.: “Private International Law in Turkey”, Wolters Kluwer Law International, Hollanda 2012.

TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, B. 6, İstanbul 1999.

TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2016.

TOKER, A. G.: “5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına ilişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk”, Journal of Commercial and Intellectual Property Law, 2022, s. 51-74.

TOPÇU, D.: Patent Lisans Sözleşmeleri, Ankara 2006.

TÜRKİYE HUKUK: Hakkın Tükenmesi İlkesi Nedir? <<https://www.turkiyehukuk.org/hakkin-tukenmesi-ilkesi-Nedir/#:~:text=Uluslararası%C4%B1%20t%C3%BCkenme%20ilkesi%2C%20patentli%20veya,bir%20%C3%BClkelerdeki%20sat%C4%B1%C5%9F%C4%B1na%20engel%20olamaz>>, 09.12.2022.

TÜRKPATENT: Patent Başvuru Kılavuzu, <<https://www.turkpatent.gov.tr/basvuru-kilavuzlari>>, s. 3, 25.03.2023.

USTA, S.: Escrow Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

UZUN F. B.: Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2016, <https://www.academia.edu/26407034/Fikri_Hukukta_Bilgisayar_Programlar%C4%B1n%C4%B1n_Hukuki_Korunmas%C4%B1>, 16.10.2022.

WIPO: Digital Ecosystem, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.doc>, 28.12.2022.

WIRTH, N.: “A Brief History Of Software Engineering, IEEE Annals Of The History Of Computing”, Y. 2008, s. 32-39.

YAĞCI, S.: “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Y. 2017, s. 2633-2646.

YAZILIM ÜRETİCİLERİ BİRLİĞİ: Türkiye Yazılım Sektörü Raporu, İstanbul 1992.

YELMEN, A.: “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 22, S. 2 s. 991-1019.

YEŞİLORMAN, M. /KOÇ, F.: “Bilgi Toplumunun, Teknolojik Temelleri Üzerine Eleştirel Bir Bakış”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 24, S. 1, Y. 2014, s. 117-133.

YILMAZ, A. Ç.: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 11, Y. 2018, s. 481 - 511.

DİĞER KAYNAKLAR

THE APACHE SOFTWARE FOUNDATION: Apache Licence, Version 2.0, <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>>, 11.12.2022.

AVRUPA BİRLİĞİ PARLAMENTOSU, Patentability of computer-implemented inventions, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2005-07-06_EN.html?redirect#sdockta> 3, 19.10.2022.

Digital Millennium Copyright Act, <<https://www.copyright.gov/title17/92appb.html>>, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 28.04.2023.

Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>>, 25.07.2022.

FREE SOFTWARE FOUNDATION: GNU General Public License, <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>>, 17.03.2023.

OPEN SOURCE INITIATIVE: The 3-Clause BSD License, <<https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>>, 08.03.2023.

T.C. KÜLTÜR VE TURİZM BAKANLIĞI: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS), <<https://www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS>>, 30.09.2022.

TÜRK DİL KURUMU: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, 29.09.2022.

WIKIPEDIA: History of Software, <https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_software#cite_note-18>, 20.04.2023.

WIPO: Model Agreements, <https://www.wipo.int/about-ip/en/universities_research/documents/ip_toolkit/model_agreements.docx>, 30.06.2022.