

Bilişim Ve Yazılım Hukuku Uygulama İçinden Görünüşü¹

Av. Haluk İnanıcı

1983 yılından beri telif hukuku, 1987 yılından beri bilgisayar yazılım hukuku içinde olan, bu alanda ilk örnekleri arasında yer alan birçok mahkeme, Yargıtay kararında emeği geçen bir avukat olarak, pratik ve yasal gelişmeye ilişkin görüşlerimi aktarmayı, söz konusu kararları hakkında bilgi sunmayı iki nedenden dolayı istedim.

Yazılım alanında yaklaşık 10 yıldır sürekli faaliyet gösteren başka bir hukuk bürosu yoktur. Bu nedenle aşağıda sunacağım gelişme bir anlamda, Bilişim, Yazılım Hukuku tarihi niteliği taşımaktadır.² Büromda görev yapan meslektaşlarımla birlikte oluşturduğumuz pratik özellikle genç meslektaşlarımıza yeni ve önemli bir faaliyet alanında yol gösterecek nitelik taşımaktadır. Bilginin mülkiyetinin olmayacağına inanan ve salt bilginin bir “haksız rekabet” aracı olarak kullanılmasını “insan niteliği ile bağdaştırmayan birisi olarak bilgi ve pratiğimi tüm meslektaşlarımla paylaşmak istedim.

Giriş/Bilgisayar

1940’lı yıllarda yapılan ilk dev bilgisayar **ENIAC**³ çalışmaya başladığında yaptığı iş açısından bugünün kişisel bilgisayarları yanında cüce kalan bu hantal bilgisayarın, aslında yeniçağa öncülük ettiğini sanırız kimse düşünmemiştir.

ENIAC’la açılan yolda en önemli buluş ve merhale olan; YONGA’nın (chip) silisyumla sınırlı gelişmesinin 20 yılı neredeyse hayatımızın içine sığdı. Belki bu kısa hayatımızda inorganik/anorganik dünyanın sınırlarının aşıldığı yeni YONGA tiplerine ve bunların yol açtığı büyük dönüşümlere de tanıklık edeceğiz.

Özellikle 1980’li yıllarda gündelik yaşantının ayrılmaz parçası haline gelen “kişisel bilgisayarlar” aslında sadece “bilgi işlemi” kolaylaştırmadı. Aynı zamanda hayatın tüm alanlarında teknolojik devrim adıyla ciddi dönüşümler yarattı. Doğaldır ki böyle bir gelişmede hukuk da nasibini almıştır, almaya da devam etmektedir.

Yonga ya da bilgisayarın hukuk alanında yarattığı gelişmeyi iki boyutta değerlendirebiliriz; i) Mevcut Hukuk alanında yaratacağı değişimler, ii) yonga/bilgisayar etrafında doğan; Bilişim Hukuku. Türkiye’deki gelişme ise ayrı inceleme konusudur.

I. YONGA/BİLGİSAYARIN MEVCUT HUKUK ALANINDA YARATACAĞI DEĞİŞİMLER

Bilindiği gibi haksız fiil hukukunda en önemli kavramlardan bazıları; “fail”, “fiilin işlendiği yer” ve “fiilin işlendiği zaman” kavramlarıdır. Bu kavramlar öylesine önemlidir ki,

¹ Haluk İnanıcı, “Bilişim ve Yazılım Hukuku, Uygulamanın İçinden Görünüşü,” *İstanbul Barosu Dergisi*, C.70, Sy.7,8,9, 1996

² Lotus firmasının avukatı bir meslektaşımın TCK 525/a’dan aldığı bir mahkûmiyet kararı olduğunu biliyorum. Ancak bu karara ve avukatına ulaşma imkânım olmadığı için karardan bahsedemiyorum.

³ Ugur Yüce, *Bilgisayar Kullanım Semineri*, Milli Produktivite Merkez Yayınları, 176, Ankara 1975, s.14

uygulanacak “**milli hukuk**” , “**yetkili mahkeme**” , “**uygulanacak norm**” bu konuda yapılacak tespitlere bağlıdır. Fiilin unsurları; **hareket**, **netice** ve hareket ile netice arasındaki **illiyet bağının** tespitinde çok önemlidir.

Yonga/Bilgisayar klasik hukukun bu kavramlarında önemli değişiklikler yapacağına benzemektedir. Bir diğer deyişle, klasik hukukun yukarıda belirttiğimiz temel kavramları gittikçe gelişen “**beyaz yaka suçlarında, fiillerinde**” yetersiz kalmaktadır. Bir ekmek çalan adama vereceği cezayı yukarıda belirttiğimiz kavramlar ışığında en ince ayrıntısına kadar bilen ceza hukuku, ortaya çıkan yeni suçlarda çaresiz kalıyor, sanık, fail beraat edebiliyor, fiil müeyyidesiz kalabiliyor.

Bu sorunu çözmek için ilk etapta mevcut kanunlarda değişiklik yapılması yöntemi benimsenmektedir. Mevcut klasik hukuk sistemi şimdilik yaptığı bazı ilavelerle kendisini çağa uydurmaya çalışmaktadır. Ancak zamanla tüm hukuk alanında niteliksel bir dönüşüm olacağını, klasik hukuk yaklaşımının gittikçe daha küçük bir alana kayacağı sezgisel olarak belirtelim.

1. Suçun İşlendiği Yer

Bilgisayarla işlenen bir suç ister ekonomik, ister siyasi, ister ahlaki bir suç olsun, **suçun işlendiği yerin saptanması eskisi gibi kolay değildir**. Bilgisayarla birlikte suç çevresi de değişmiştir. Bu değişim iki istikamette olmuştur. Öncelikle bilgisayarlar arası “bilgi iletişimi” elektron hızı ile yani ışık hızı 300.000 km/saniyeye yakın bir hız olduğu için suçun mesafesi inanılmaz ölçüde uzamıştır. Birbirlerine binlerce kilometre mesafede bulunan bilgisayarlar belirttiğimiz hızda telefon ve data transfer hatlarını kullanarak, faks, modem, kablosuz sistemler vasıtası ile haberleşebilmektedir. Şu halde suçun işlendiği yer kavramı gerçek bir yerden “sanal” bir yere doğru gelişmektedir. Bir örnek verelim;

İstanbul’da yaşayan bir failin, evindeki bilgisayarı vasıtası ile Newyork şehrinde bulunan bir bankanın “bilgi sistemine” tüm koruma önlemlerini aşarak girebildiğini düşünelim. Newyork’ta bir banka görevlisi de bu fiile yardım etsin. Fail, bu banka görevlisinin mağdurun bir milyon Dolar miktarında parasını İsviçre’de üçüncü bir şahsın adına havale çıkartmasını sağlasın ve üçüncü şahsın bu işlemde haberi olmasın. Aynı banka görevlisi İsviçre’deki bankanın hesabına da girip üçüncü şahsın hesabına yatan parayı, yine bu şahsın haberi olmadan, failin Fransa’da bulunan bir banka hesabına transfer etsin. Fail parayı buradan çekip İtalya’ya gitsin. Failler orada buluşsun. Suçun işlendiği yer neresidir?

Fail	Şehir	Banka Hesabı	1. Havale İşlemi	2. Havale İşlemi	Asli Fail
İstanbul	Newyork (ABD)	Newyork	İsviçre’ye	Fransa’ya	Havaleyi Fransa’dan çekip İtalya’ya gitti

2. Suçun İşlendiği Zaman

Bilgisayarla işlenen suçlarda “zaman” kavramı da farklıdır. Klasik hukukun yıl, ay, saat, dakika kavramları bilgisayarlarla işlenen suçlarda yetersizdir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, elektron hızı neredeyse ışık hızına yakın bir hızdır. Gerekli gizli bilgileri öğrenen “failler” yukarıda belirttiğimiz ve suç fiilinin “hareket” unsurunu teşkil eden üç işlem yapmaktadır.

Newyork'ta banka hesabına girmekte, 1. havale işlemini yapmakta, sonra da 2. havale işlemini yapmaktadır. Sonrada parayı alıp İtalya'ya gitmektedir. Her işlem için failer hazırlık yapmakta kendi bilgisayarının ekranına bazı bilgiler girmekte, işlem emrini verdikten sonra işlem saniyenin yüz binde biri, on binde biri düzeyinde zaman aralığında gerçekleşmektedir. Birden fazla işlem yapılmaktadır. Şuğun işlendiği an nasıl tespit edilecektir?

3. Suçun Faili

Failin suçun işlendiği bankada bir suç ortağı olduğunu söyledik. Faillerden birisi Türk diğeri ABD vatandaşıdır. Konu birden fazla failin, iştirakin söz konusu olduğu diğer suçlara benzemekle birlikte, suçun işlendiği zaman ve yer ve temadi kavramlarında tereddütler olacaktır.

4. Sonuç

Ceza ve sorumluluk hukukunda ortaya çıkacak değişiklikler, hukukun başka birçok kavramını da zorlayacaktır. **Mütemadi suç/ani suç, müteselsil suç, ihmali/kasti suçlar vd.** Değindiğimiz konuların; yüzeysel bir bakışta klasik hukukun kavramlarının geniş yorumu ile çözülebileceği düşünülebilir. Yukarıda verdiğim örneklere bu tür cevaplar bulunabilir. Bu yeni alanda ortaya çıkacak hukuki sorunların "milli hukuklar" içinde çözümü bana mümkün görünmüyor.

Çünkü yukarıda ki örnekte görüleceği gibi **suçun işlendiği alan; ülkelerarası**, suçun işlendiği zaman; milisaniye, **suçun faileri uluslararası bir mahiyet** teşkil edebilecektir. Suçun işlendiği yere ABD derseniz, ABD'nin Türk faili yargılaması mümkün olmayacak. Suçun işlendiği yer Türkiye derseniz, ABD'li fail yargılanamayacak. Hareketin bittiği ülke Fransa derseniz, her iki faili de yargılayamayacaksınız. Öte yandan faili yargılırsanız bile suç konusu para İtalya'da olduğu için paraya el koyamayacaksınız. Suçun işlendiği yer ve zaman kavramları failere tatbik edilecek hukuku, mahkemeyi de tayin edeceğinden yukarıdaki sorunların ne kadar can alıcı olduğu sanırsız anlaşılmaktadır.

II. BİLİŞİM HUKUKU

Yonga/Bilgisayarın toplum hayatında/hukukta yarattığı değişiklikler yanında kendi etrafında da özel hukuk alanı oluşturmaktadır. Yaygın tanımı ile bu hukuka bilişim hukuku denilmektedir. Bilişim hukuku kapsamı için birçok tasnif yapılmaktadır. Ancak ben aşağıdaki tasnifin uygun olacağı kanısındayım.⁴

BİLİŞİM HUKUKU

1- BİLİŞİM SUÇ HUKUKU⁵

⁴ Emin Doğan Aydın, *Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş*, 1992, bu konuda yazılmış ilk kitaplar arasında olup teknik hukuk açısından bilimsel yeterliliği tartışmalı olmakla birlikte konu hakkında bazı temel kavramları toparlayan bir eserdir. Ancak biz kendi sistematiğimizi kurarken, hukukun koruyacağı menfaat kavramından yola çıktık. Bilgisayar etrafından ortaya çıkan menfaatleri; bilgisayarın (otomasyon sisteminin korunması), Bilgisayarda yer alan, onları çalıştıran program ve verilerin korunması ve bilgisayarlar arasındaki iletişimin korunması, bilgisayarla ihlal edilen hak ve menfaatlerin korunması olarak düşündük ve sistemleştirdik.

⁵ Bilişim Hukuku Kavramı, Türk Hukukuna ilk defa 6.6.1996 Kabul Tarihli, 14.6.1991 tarihli 20901 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nu değiştiren 3756 sayılı Kanun ile girmiştir. Bu kanun ile Türk Ceza Kanunu'na

- 1.1. BİLİŞİM SİSTEMİNE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR
 - 1.1.1. Bilişim sisteminin kendisine karşı işlenen suçlar
 - 1.1.2. Bilişim sistemindeki program ve veriler (bilgilere) karşı işlenen suçlar
 - 1.1.3. Bilgisayar kullanıcılarına karşı işlenen suçlar
- 1.2. BİLİŞİM SİSTEMİ(BİLGİSAYAR) İLE İŞLENEN SUÇLAR
 - 1.2.1. Bilgisayarla İşlenen Ekonomik Suçlar
 - 1.2.2. Bilgisayarla İşlenen Sahtecilik Suçları
 - 1.2.3. Bilgisayarla İşlenen Ahlaki Suçlar
 - 1.2.4. Bilgisayarla İşlenen Şahsi Haklara Tecavüz Suçları
- 2- BİLİŞİM TELİF HUKUKU
 - 2.1. Telif Sözleşme Hukuku
 - 2.2. Telif Suç Hukuku
- 3- BİLGİ İLETİŞİM HUKUKU
 - 3.1. Kablolu Bilgi İletişim Hukuku
 - 3.2. Kablosuz Bilgi İletişim Hukuku

1.1. Bilişim Sistemine Karşı İşlenen Suçlar

1.1.1. Bilişim Sisteminin Kendisine karşı İşlenen Suçlar;

Bilişim sisteminin yani bilgisayarın veya bilgisayar sistemlerinin bizzat donanım ve gereçlerine karşı işlenen suçlardır. Bu tür suçlarda amaç bu donanıma ve gereçlerine zarar vermektir.

1.1.2. Bilişim Sistemindeki Program ve Verilere (Bilgilere) Karşı İşlenen Suçlar:

Bu tür suçlar bilgisayarda veya bilgisayar sistemlerinde bulunan program veya verilere zarar vermek, onları çalışamaz hale getirmek biçiminde olabileceği gibi, program veya verileri herhangi bir amaçla çalmak biçiminde de olabilir. Bu ikinci biçimi ile kısmen telif hukuku ile de çakışır. Bu tür suçlar, bir bilgisayar sistemine giren veya çıkan bilgileri izinsiz kullanmak, yararlanmak, bilgi iletişim sistemlerine izin olmadan girmek, sistem yetki sınırlarını aşmak, verilerin yerine ulaştırılmasını engellemek, vs. biçiminde olabilir.

1.1.3. Bilgisayar Kullanıcılarına Karşı İşlenen Suçlar:

Bu tür suçlar; bilişim sisteminde görev yapan bilgisayar kullanıcılarının bir görevi yapmasının engellenmesi biçiminde olabileceği gibi, bu kullanıcılara zorla ve farkında olmadan suç işletmek veya bilgisayarla işlenen bir suçta kullanmak vd. biçiminde olabilir.

1.2. Bilişim Sistemi (Bilgisayar) İle İşlenen Suçlar

Özellikle bilgisayarla işlenen ekonomik, sahtecilik, siyasi, ahlaki, şahsi haklara tecavüz mahiyetindeki suçlar bu gruba girmektedir. Bilgisayar yaygınlaştıkça bu konudaki ayrışma da devam edecektir. Bu ayrışmanın boyutu hakkında bilgi verebilmek için bilgisayarın el attığı

"Bilişim Alanında Suçlar" başlıklı 11. Bap ve bu babta yer alan TCK 525a, 525b, 525c, 525d hükümleri eklenmiştir. Aşağıda vereceğimiz sistematğin bir bölümü bu maddelerde karışık olarak mevcuttur.

bazı alanlardan bahsedelim. İnternet üzerinden pazarlama: Çeşitli mal ve hizmetlerin ev terminalleri aracılığı ile satın alınması. Otomatik pazarlama: Çek ve senet kullanmadan kâğıtsız elektronik ödeme işlemleri, yangın, hırsızlık, sabotaj gibi fiil ve olaylara karşı güvenlik, erken uyarı sistemleri. Videoteks, TV, Uydu, elektronik posta, internet gibi yeni bilgi iletişim sistemleri. Otomobillerde emniyet, hız sınırlaması, yer tespiti vs. konularda otomasyon, bilgi bankaları, sanal kütüphane hizmetleri, yargıda otomasyon, bilgisayarla dava açabilme, dava harcını kredi kartı ile ödeyebilme vd.

Bilgisayarla işlenen suç alanlarından önemlilerini ise; bilgisayarlarla işlenen ekonomik suçlar, bilgisayarla işlenen sahtecilik suçları, bilgisayarlarla işlenen ahlaki suçlar, bilgisayarla işlenen şahsi haklara tecavüz suçları olarak gösterebiliriz.

1.2.1 Bilgisayarla İşlenen Ekonomik Suçlar:

Bu tür suçlar bilgisayarı kullanarak haksız olarak kendi lehine başkası aleyhine çıkar temin etme amacıyla işlenen suçlardır. Bilgisayarla işlenen emniyeti suiistimal, dolandırıcılık, hırsızlık suçları gibi.

1.2.2. Bilgisayarla İşlenen Sahtecilik Suçları:

Bu tür suçlarda bilgisayar kullanılarak, ya mevcut bir evrak üzerinde tahrifat yapılır, ya da olmayan bir evrak varmış gibi gösterilir ya da mevcut bir evrak yok edilir (silinir).

1.2.3. Bilgisayarla İşlenen Ahlaki Suçlar:

Bir toplumda küçükler olduğu sürece “küçüklerin korunması” diye bir kavram olacaktır. Özellikle pornografik bilgisayar yayınlarından çocukların korunması önümüzdeki günlerde önemli bir toplumsal sorun olarak ortaya çıkacaktır. Son olarak Amerika ve Almanya’da ortaya çıkan pornografik bilgisayar yayınları bu konuyu güncel hale getirmiştir.

1.2.4. Bilgisayarla İşlenen Şahsi Haklara Tecavüz:

Özellikle internet sistemi gibi bilgisayarlar arası iletişim sistemlerinin yaygınlaşması ile bu tür suçların arttığı görülmektedir. Tanıdığınız veya tanımadığınız bir kişi size bir mesaj göndererek hakaret edebilmekte veya bir bilgisayar duvar panosuna bir şahsa ait hakaretimiz ifadeler yazabilmektedir. Bu tür davalar Amerika mahkemeleri işgal etmeye başlamıştır. İnternet vasıtası ile bu tür kişilik hak ihlalleri Türkiye’de bile tespit edilmeye başlanmıştır. Klasik hukuk kavramları ile bu tür fiillerin takibini yapmak oldukça zordur.

2. Bilişim Telif Hukuku

Bilişim sistemleri yani bilgisayarlar programlarla⁶ çalışır. Bu programlarla bilgiler toplanır, işlenir ve ortaya yeni bilgiler çıkar. Bu nedenle bilgisayar programlarının ve bu bilgilerin niteliği uzun süre tartışmaya konu olmuştur. Avrupa Topluluğu Konseyi’nin 1991

⁶ Bilgisayar programı ve Yazılım kavramı zaman zaman birbiri yerine zaman zaman farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Öncelikle Yazılım ve Bilgisayar Programı kavramlarına açıklık getirmek gerekmektedir. Ancak uygulamada ve TSE standart çalışmalarında, yazılım; dokümantasyonu ile birlikte bilgisayar programına verilen isim olarak geçmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda ise bilgisayar programları “eser” olarak, bazı öğretim görevlileri, yazılımı bilgisayar programı ile eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Uygulamada ve TSE standart çalışmalarında yazılım dokümantasyonu ile birlikte bilgisayar programına verilen bir addir. Bilgisayar programında daha geniş anlam taşır. Eğer yazılıma programdan daha geniş bir anlam verirse, yazılım içinde yer alan dokümantasyon hangi fiziki ortama kaydedilmiş olursa olsun ayrı bir “eser” niteliği taşıyacaktır. Yani bir bilgisayar programı ve yanında yer alan ve hazırlanmış tanıtım kitapçığı, disketi vd. ayrı ayrı eser sayılacaklar ve ayrı ayrı korunacaklardır.

yılındaki direktifi ile bilgisayar programlarının statüsü tespit edilmiş ve “eser” olarak tanımlanmıştır. Bilgisayar programlarının Bern Konvansiyonuna üye ülkeler için “eser” statüsüne geçirilmesi ise ülke kanunlarında yapılacak değişikliklere bırakılmıştır. ABD de 1989 yılında Bern Konvansiyonuna dâhil olmuştur.⁷

Genel telif hukukunun bir dalı olarak bilişim telif hukuku; eser üzerindeki telif haklarının korunmasını sağladığı gibi, telif haklarının ihlali halinde özel mali ve cezai müeyyideleri de düzenlemektedir.

3. Bilgi İletişim Hukuku

Bilgisayarın ortaya çıkması ile bilgisayarlar arası bilgi iletişimi konusu da ortaya çıkmıştır. Bilgisayarlar arasında “network” kavramı doğmuştur. Elektronik posta ve internet sistemi bu buluşu takip etmiştir.

Günümüzde mali sektör, sigorta şirketleri, sanayi ve ticaret sektörü ve birçok sektör uluslararası düzeyde bilgi akışını kurmuştur.

Bununla yetinilmemiş ve “**bilgi otoyollarından**” bahsedilmeye başlanmıştır. Bilgi otoyolları için bir yandan kablolu sistem sorunları çözülmeye, bu konuda teknoloji üretilmeye çalışılmakta bir yandan da gelişen uydu teknolojisi sayesinde kablosuz bilgi iletişim şebekeleri geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Kablolu ve kablosuz sistemler kendisine özgü hukuki sorunlar çıkaracaktır. Üstelik bu sorunlar başlangıcından itibaren “**uluslararası**” bir mahiyet teşkil edecektir. Bu gelişme ulusal ve uluslararası düzeyde yeni hukuk alanlarının yaratılmasına neden olacaktır. Müşterek kablo sistemleri ve sistemler üzerindeki haklar, kontrol sistemleri vs. Diğer yandan kablosuz sistemlerde, uydular arası haberleşme, komşu uydulardan yararlanma, bilgi iletişimi için frekans tahsisleri hep yeni hukuk alanının konuları olacaktır.

4. Kanaatimiz

Bilgisayarın genel alanda uluslararası kamu hukukunu zorunlu hale getirmeye başladığını ifade etmiştik. Bilgisayarlar kendi özel “bilişim” alanında da bu yönde gelişmektedir. Çünkü bilgisayarların, yazılımların üretimi, dolaşımı, satışları uluslararası mahiyet taşımaktadır. Özellikle artık bizim televizyonlarımızda bile yer almaya başlayan İnternet Suçları tüm nitelikleri itibariyle uluslararası mahiyet taşımaktadır. Aynı şekilde bilgisayarla işlenen “bilişim suçları” da uluslararası kamu hukuku” nun oluşması kaçınılmaz hale getirmektedir.

⁷ Richard E. Neff, Birleşik Devletlerde Bilgisayar Programlarının Korunması, (özel rapor). Anılan yazıdan öğrendiğimiz kadarıyla, ABD de bilgisayar programları üçlü koruma altındadır. Bilgisayar Programları bu ülkede 1976 tarihli Telif Hakkı Kanunu ve 1980 yılında tashihler ile düzeltilen 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 94-553 numaralı Genel Kanunun 2598 numaralı açıklaması 96-517 Sayılı Umumi Kanunun 3028 nolu açıklaması ile korunmaktadır. 1980 yılında yapılan düzeltmeler ile mevcut 101. Bölümde “bilgisayar programı” hakkında bir tanım ilave edilmiş ve yeni 117. Bölüm ile bilgisayar programları üzerinde inhisari haklarda belirli sınırlamalar getirilmiştir. ABD de gerekli şartları taşıması halinde bir bilgisayar programının patent olarak da tescilli mümkündür. Yine 1984 tarihli Yarı iletken Chip Koruma Kanunu telif kanunu ve patent kanununda esinlenen melez bir koruma yöntemi getirmiştir

Nitekim kablolu, kablosuz, yazılım gibi konularda uluslararası sözleşmelerin, belgelerin ortaya çıkması bu tezimizi doğrular mahiyettedir.⁸

III. TÜRKİYE'DE YASAL GELİŞİM VE UYGULAMA

1. Genel

Türkiye'de 1985'lerde yayılmaya başlayan ev ve takiben kişisel bilgisayarlar, bilgisayar programı ile tanışmamızı sağladı. Karşımızda bir makine duruyordu ve bu makine ile konuşmamızı bir "bilgisayar dili" ile yapıyorduk. Bu dili bilmeye gerek olmadan sadece bazı komutlar vererek, bu dili harekete geçiriyor ve bilgisayara istediğimiz işi yaptırabiliyorduk.⁹

Bu programların "hukuki statüsünün" ne olduğuna başlangıçta hiç kafa yorulmadı. Tüm programlar aşağı yukarı korsan kopya, "lisanssız" idi. Ancak Türkiye'de yerli yazılım evleri ortaya çıkmaya, yabancı yazılım evlerinin ürettiği programlar yayılmaya başladığında; binlerce yüzlerce kişinin yıllarca çalışarak ürettiği, yarattığı, geliştirdiği programların¹⁰ nasıl korunacağı düşünölmeye başlandı. Öte yandan bankaların ATM sistemlerinin kurulması tüm bankaların otomasyona geçmesi bizi; bilgisayar ile işlenen suçlarla tanıştırdı. Aynı yıllarda Avrupa Topluluğu ölkeleri de yazılım statüsünü düşünmeye başladı.¹¹ Konuya girmeden önce, bilişim hukukunun Türkiye'deki evrelerine bir göz atalım.

Türkiye'de 1991 yılına kadar Bilişim Hukukuna ilişkin hiçbir hukuki düzenleme yapılmamıştır. Bilgisayar Programı üreten yerli ve yabancı yazılım evleri içinden çok azı haklarını aramak için hukuki yollara başvurmuştur. 1991 yılında Türk Ceza Kanununa Bilişim Alanında Suçlar başlığı altında bazı yeni suçlar eklenmiştir. Bilişim kelimesi bu düzenleme ile Türk Hukukuna girmiştir. Öte yandan bilgisayar programları ile ilgili Avrupa Konseyi Direktifi; büyük ölçüde aynen benimsenerek, 1995 yılında %90 oranında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu hükümleri haline dönüştürölerek, bu alandaki en büyük eksiklik giderilmiştir.¹²

Bu özet açıklama ile birlikte Türk Hukuk Sisteminde "Bilişim hukuku" diye müstakil bir hukuk alanının olmadığı ancak, Türk Ceza Kanununa eklenen bağımsız bir bölüm ile Bilişim Ceza Hukukunun kurulduğunu keza Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yapılan değişiklik ile Bilişim Telif Hukukunun genel telif hukuku içinde düzenlendiğini ifade edebiliriz. Bilgisayarlar arası iletişim (uydu/telefon) sistemlerin frekans tahsisinin düzenlenmesi aşamasında olduğunu söyleyebiliriz. Data transfer ve iletişim konusunda Turpak, Turnet vd. bazı h-gelişmeler de henüz emekleme aşamasındadır.

2. 1991 Yılından Önceki Dönem

⁸ Bu konudaki uluslararası belgelere bir örnek; Avrupa Uydu yayınlarıyla ve Kabloyla Yeniden İletilme Uygulanacak Fikri Hakların ve Fikri Haklarla İlgili Kuralların Uyumuna Üzerine Konsey Yönergesi

⁹ 1988 yılında ilk IBM 9S/2 bilgisayarını büromuza aldığımızda, karşısında büyülediğimizi hatırlıyorum.

¹⁰ Dünyanın en büyük yazılım evi MICROSOFT firmasında yaklaşık 16.000 kişi, Türkiye'nin en büyük bilgisayar yazılım evlerinden birisi olan LOGO firmasında yaklaşık 200 kişi çalışmaktadır.

¹¹ Avrupa Yazılım direktifinin tarihi 14 Mayıs 1991'dir.

¹² Avrupa yazılım direktifinin tarihi 14 Mayıs 1991'dir.

1987 yılında “bilgisayar programlarının” (yazılımların) korunması için mevcut mevzuatı inceledik. Ayrıca hiçbir kanunun bilgisayar programlarını korumamasına rağmen “başkasına ait bir şeyi O’nun rızası olmadan alma, kullanma hatta satma fiillerinin “cezasız” kalamayacağı yaklaşımından çıkarak, bazı saptamalar yaptık.

2.1. Korsan Kopya Olaylarında Uygulamasını Talep Ettiğimiz Hükümler

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Markalar Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi temel kanunlarda; bilgisayar programlarının hak sahiplerini koruyabilecek hükümler tespit ettik.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından; öncelikle “Bern Sözleşmesi” ülkelerinde; ve doktrinde “bilgisayar programlarının” eser olarak kabul edildiğini görerek, 5846 Sayılı yasada açıkça “eser” olarak tanımlanmasa bile, Eski Kanununun 2. Maddesinde yer alan; “1. Herhangi bir şekilde dil ifade olunan bütün eserler” hükmüne göre bilgisayar programlarının “eser” olduğunu bu kanunun 68, 70 maddelerinde belirtilen gerek hukuki (tazminat) gerekse 71., 72., 73. Maddelerde belirtilen cezai hükümler açısından koruma altında olduğunu, izinsiz bilgisayar programı kullanan, satanlara öncelikle bu hükümlerin tatbik edilmesi gerektiğini iddia ettik.

Türk Ceza Hukuku Açısından; Eğer 5846 Sayılı Kanun tatbik edilmez ise, o zaman bu kabulünü bilgisayar programını bir “eser” olarak değil de “mal” olarak kabul etmek anlamına geldiğini, bu takdirde Türk Ceza Kanununun klasik “hırsızlık” hükümlerinin tatbikini istedik.

Türk Ticaret Kanunu (TTK) Açısından; Her iki kanun tatbik edilmez ise “fiil” Türk Ticaret Kanunu Haksız Rekabet Hükümlerine göre haksız rekabettir o zaman da Türk Ticaret Kanununa göre cezalandırılması gereklidir dedik. TTK hükümlerine tatbikini istedik.

Markalar Kanunu Açısından; Her Lisansız (korsan) kopya bilgisayar programı kullanma fiili; bilgisayar programı marka olarak tescilli ise aynı zamanda başkasına ait “marka” haklarının ihlalidir, bu hükmün de tatbiki gereklidir dedik.

Vergi Hukuku Açısından; Her lisansız (korsan) kopya vergi hukuku açısından vergi kaçırmak anlamına geldiği için Vergi Kaçakçılığı suçudur bu yönden de tahkikat talep edilebileceğini öngördük.

2.2. Yazılım Hukukunda 1991 Öncesi Korsan Kopya Olaylarında Mahkeme Kararları

Birçok Savcılık, yaptığımız suç duyurularında, takipsizlik kararı verdi. Çok az sayıda dava açıldı. Ticaret Mahkemelerinde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Tatbikini sağlayamadık. Bu döneme ilişkin birisi ceza birisi tazminat olmak üzere 2 kararı sunuyorum.

Ankara 17.Asliye Ceza Mahkemesi Ceza Kararı:

“...başkasının kullandığı program ve marka ismini aynı şekilde hukuka aykırı olarak kullanarak ticarete hile karıştırıp haksız rekabet etme suçu sabit görüldüğünden eylemine uyan 6762 sayılı TTK 57/5 maddesi yollaması ile 64/4-1 maddesi uyarınca

suçun işleniş biçimi kişiliği nazara alınarak takdiren ve teşdiden 3 ay hapsine...(Ankara 17.Asliye Ceza Mahkemesi 1992/17 Esas sayılı kararından)

Ankara 6.Asliye Ticaret Mahkemesi Tazminat Kararı:

“...yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacının davasının kısmen kabulü ile davacıya ait programın davalılar tarafından haksız olarak kullanıldığından, yasaklandığının tespitine ve davalılar elinde bulunan şifresi kırık davacıya ait program kopyasının imhası suretiyle haksız rekabetin önlenmesine...” (Ankara 6. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 1992/13 Esas sayılı kararı)

Bu kararlar Yargıtay incelmelerinden geçmiş ve karar kesinleşmiştir. Yargıtay yerel mahkemelerin yorumlarına katılmış ve onaylamıştır.

Yargıtay 14.6.1991 Tarihinden Önceki Korsan Kopya bilgisayar programı kullanan kişiler için; T.C.K. 491.m (Hırsızlık) ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 71, 72, 73. maddelerin uygulanamayacağını, keza tazminat davalarında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu uygulanamayacağı görüşünü onaylamıştır. Yargıtay hukuk dairesi daha sonra Yargıtay ceza dairesinin bu görüşüne ters bir karar vermiştir. Buna ayrıca değineceğiz.

Ancak kararların önemi 1991 öncesi dönemde hukuka aykırı bir eylemin cezasız kalmayacağı görüşünün doğrulanmasıdır. Yargıtay korsan kopya bilgisayar programı kullanan “fail için Türk Ticaret Kanununda yer alan Haksız Rekabet cezai hükümleri ile tazminat davalarında ise yine haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağını” karara bağlamıştır.

3. Bilişim Hukukunun 14.6.1991-12.6.1995 Dönemi

3.1. Telif Suçu Kovuşturması Açısından

14.6.1991 Tarihinde, Türk Ceza Kanununun 11. Bab altında “Bilişim alanında Suçlar” bölümünün eklenmesinden sonra korsan kopya eylemlerine karşı oldukça ciddi yaptırımlar getirildi. Bu tarihten sonra müvekkil yerli ve yabancı yazılım evleri adına korsan kopya eylemlerine bu hükümlerin uygulanması talebi ile suç duyurularında bulunduk. Öte yandan tazminat davalarında, bilgisayar programlarının eser olduğu iddialarımızı sürekli tekrarlayarak tazminat taleplerinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine göre karara bağlanmasını talep ettik. Bu dönemde yerel mahkemelerden ve Yargıtay’dan çok önemli kararlar elde ettik. **Bu kararlar, yeni doğmaya başlayan “bilişim hukukunun” ilk kararlarıdır. Ve emsal niteliği taşımaktadır.**

“...tüm delillerin ışığında ...orijinal disketleri kopya ederek kendisine yarar sağlamak kastı ile hareket ettiği bunun TCK’nun 11. Babındaki bilişim alanındaki suçlar bölümünde özel olarak yasa koyucu tarafından cezalandırılmış olduğu sanığın eyleminin TCK’nun 525 maddesindeki a bendinin ikinci fıkrası delaletiyle birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılması gerekeceği kanısına varılmıştır.. sanığın müspet suçu işlediği anlaşılmış olmakla. Takdiren 1 YIL HAPİS, BİR MİLYON LİRA AĞIR PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA...(Bolu Asliye Ceza Mahkemesi 1983/566 Esas, 1994/289 Karar Yargıtay incelemesinden geçerek onanmıştır.)

“... oluş ve kabule, dosya içeriğine kanıt durumuna göre dosya içinde mevcut bilirkişi raporu ve İstanbul 8.Asliye Ticaret mahkemesinin kararları eşliğinde sanığın müspet suçu işlediği kanaatine varılarak TCK’nun 525-1-2 maddesi gereğince karar verilmesi gerekmiştir... Sanığın eylemine uyan TCK’nın 525 maddesi uyarınca suçun işleniş şekline suç konusunun önem ve değerine sanığın kastına ve fiilin diğer özellikleri e nazara alınarak takdiren ve teşdiden 1 yıl 6 ay hapis ve 7.500,00-TL para cezası ile cezalandırılmasına, sanığın TCK’nın 525-d maddesinin tatbiki ile meslek, sanat ve ticaretten 6 ay süre ile yasaklanmasına...(Fatih 1.Asliye Ceza Mahkemesi 1993/118 Esas, 1994/1294 Karar Sayılı Sanığın temyiz süresini kaçırmaması üzerine kesinleşmiştir.)

Kesinleşen bu kararlar ile bilgisayar programlarının hukuka aykırı olarak elde edilmesi durumunda TCK 525 hükümlerinin tatbik edilmesinin önü açılmıştır.¹³

3.2. Telif Tazminat Hukuku Açısından;

Açtığımız tazminat davalarında, talep ettiğimiz tazminatları FSEK 68, 70 maddelerine dayandırmaya devam ettik. Bu dönemde İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde sürdürdüğümüz bir davada, verilen bilirkişi raporu, karar ve Yargıtay’ın bozma kararı “bu döneme ilişkin tek örnek” olduğu için çok önemlidir. Bu karar, bundan sonraki Telif Tazminat davalarına da yol gösterici, emsal niteliktedir.

İstanbul’da bir kişinin “korsan” olarak elde ettiği programları, ücreti karşılığında sattığını öğrendüğümüzde, açtığımız ceza davası yanında İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde bir tazminat davası açtık. Bir davada FSEK’e dayandık. Davada tayin edilen Bilirkişi Heyeti hukuki açıdan örnek bir raporla;¹⁴ Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda “bilgisayar programı” ibaresi kullanmasa bile; “dil ile ifade olunan eser” olduğu için bilgisayar programlarının “eser” olduğu ve davadaki taleplerin hakkaniyete uygun olduğu biçiminde görüş bildirdi.

Yerel Mahkeme bilirkişi raporundaki “hukuki değerlendirmeyi” dikkate almadan, daha önceki uygulamalarda olduğu gibi, klasik haksız rekabet hükümlerine göre; bilgisayar programının bedelini hükme bağladı ancak; FSEK ve BK ilgili hükümler uyarınca kararın en yüksek tirajlı gazetede 3 kere yayınlanması talebimizle ilgili hiçbir karar vermediği gibi, FSEK’ten hiç bahsetmedi.

“...2. Davacı kendisi tarafından üretilen bilgisayar programını çoğaltma ve yayma bakımında tek hak olduğu ileri sürerek davalı eylemin haksız fiil olduğunun tespitini istemiş olup yargılama sırasında dayanağının FSEK olduğunu açıklamıştır. Esasen davanın hukuki tasvifi hâkime ait olmakla birlikte gerçekten bugün artık bilgisayar programlarının FSEK M.2’de ifadesini bulan “eser” kapsamında olduğu gerek öğretide ve gerekse doktrinde kabul edilmektedir... Bu durumda mahkemece davalı eyleminin FSEK’na göre değerlendirmek gerekirken TTK’nda ifadesini bulan haksız rekabet hükümlerine dayanılması doru olmamıştır.

¹³ TCK 525 maddesi aslında banka otomasyonlarına karşı işlenen suçlarla ilgili olarak çıkartılmıştır. Bizimde katıldığımız uygulama ile suç tipinin bilgisayar program hırsızlığı suçlarını da kapsadığı görüşü yaygınlık kazanmıştır.

¹⁴ Doç. Dr. Selçuk Öztekin, Hasan Tuna, Coşkun Sönmez’den oluşan bilirkişi heyetinin 17.1.1994 tarihli raporu.

3. FSEK'nun 78. Maddesi gereğince haklı olan taraf muhik bir sebep veya menfaati varsa masraf diğer tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş olan kararın gazete ve buna benzer vasıtalarla tamamen veya hulasa olarak ilan edilmesini talep hakkını haiz olup davacının bu yönde bir talebi olduğu halde mahkemece bu talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi de isabetsiz olmuştur.

4. Davacı ayrıca davalının defter ve kayıtlarına dayanarak yoksun kaldığı kara ilişkin olarak daTL maddi tazminat istemiş olup davalı taraf defterini ibraz etmemiştir. Davalının aynı alanda faaliyet gösteren tacir olmasına nazaran maddi zararın gerçek miktarı ispat edilemese dahi mahkemece FSEK ... ve BK... maddelerine göre zararı tayin etme hususunda takdir yetkisini kullanmak ve halin mutata cereyanına göre de ılımlı olan maddi tazminatın tamamına hükmetmek gerekirken, dayanağı açıklamadan maddi tazminata ilişkin talebin reddi doğru olmamış hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir. (YARGITAY 11.HD'nin 1996/2213 E., 1996/2716 K. Sayılı ve 15.4.1996 tarihli kararı)

Gerçi 1995 yılı değişikliğinden sonra bu gerekçeler artık kanun hükmü haline gelmiştir. Ancak değişiklikten önce de bilgisayar programlarının eser olduğu konusundaki görüşümüz Yargıtay'ca da kabul edilmiş olmaktadır. Bu aslında hakkını arayan kişi veya yazılım evlerinin haklarını korumak için eskiden de yeteri kadar "yasa normu" olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Karar bir diğer açıdan bundan sonraki uygulamalara da yol göstermektedir ve tazilim tazminat hukuku açısından örnek nitelikte ve dönemin tek Yargıtay kararıdır.

Öte yandan bu karar özellikle bilgisayar programı (eser) sahipliği ile ilgili ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümünde de yol göstericidir. Yine karar özellikle korsan olarak bilgisayar programları satan kişilerden bu satış faaliyeti nedeniyle ek tazminat istenebileceği de hükme bağlamaktadır.

4. Yazılım Telif Hukukunda 12.6.1995 Tarihinden Sonraki Uygulama

Bilindiği gibi 12.6.1995 tarihinde FSEK oldukça ciddi bir değişiklik geçirdi. Bu değişiklik ile yıllardır açıklamaya çalıştığımız hususlar, artık tartışmasız kanun hükmü hakine geldi. Ancak yasa çıktı artık iş bitti diye düşünmemeliyiz. Avukat, Yargıç, Savcı hep birlikte Bilişim hukuku, telif hukuku alanında, uygulamalar, yorumlar, talepler sonunda birlikte oluşturacağımız kararlar ile çağımızın en ciddi suçları arasında yer alan "Telif Hırsızlığı"nın önüne geçmek için yeni bir hukuk alanının temelinin attığımızın bilincinde olmamız gerekiyor.

4.1. Telif Ceza Hukuku Açısından

Korsan Kopya bilgisayar programı kullanma, satma, olaylarında FSEK 81. madde uyarınca yapılan suç duyuruları Savcılar tarafından dikkate alınmakta, 3005 Sayılı yasa uyarınca soruşturma açılmakta ve davalar açılmaktadır. Talebe bağlı olarak suç unsuru olan bilgisayar, bilgisayar programı ve CD-ROM çoğaltma aletlerine suç delili olarak el konulmaktadır.

4.2. Telif Hukuku Açısından

Bilgisayar programları "eser" sayılarak FSEK korunmasından olduğuna göre; bilgisayar programları bir mal gibi alınıp satılamayacak, FSEK'de belirtilen tasarrufların konusu olabilecektir. Özellikle bilgisayar kullanma lisansı verilmesinde/satılmasında ciddi ihtilaflar

çıkma başlamıştır. Program kullanma lisansı alanların açtıkları davalarda ciddi artışlar gözlenmektedir. Bu tamamen yeni bir hukuk uygulama alanıdır.

Öte yandan lisansız (korsan) bilgisayar program kullanma, satma gibi fiillerde karşılaşıldığında, FSEK 68, 70 maddeleri uyarınca büyük miktarda tazminat davaları açılmakta, tecavüzün ref'i, Men'i, suç aletlerinin zapt, müsadere ve imhası, verilecek kararların gazetelerde ilanı gibi taleplerde bulunulabilmektedir.

4.3. Bilişim Ceza Hukuku Açısından

Hukuka aykırı olarak elde edilen bilgisayar programları ile ilgili olarak Ceza Davaları açılmakta ve hüküm tesis edilmektedir.

IV. YENİ HUKUKİ DÜZENLEMELER İLE MADDİ HUKUK ALANINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

1. ESER SAHİPLİĞİ¹⁵

1.1. Bilgisayar Programları

Haziran 1995 değişikliğinde bilgisayar programları "açıkça eser kategorisine" dâhil edilmiş dolayısıyla 1951 Tarihli Fikir ve Sanat Kanununun doğrudan koruması altına alınmıştır. Ancak bu değişiklik yapılmıyorsa dahi bilgisayar programları eser olarak kabul etmek gerekecekti. Nitekim tarafımızdan sürdürülen bir davada Yargıtay'ın verdiği karardan bahsetmiştik.

1.2. Eser Sahipliği

Fikir ve Sanat Eserleri kanununun "eser sahipliği"ni düzenleyen maddelerden 8/3 fıkrası Haziran 1995 değişikliğinde komple çıkarılmıştır. Bu fıkraya göre:

"Aralarında özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça bir veya birden fazla kimseler yayımlayanın tayin ettiği plan dairesinde bir eser vücuda getirmişse bu eserin sahibi yayımlayandır."

Bu madde bir yandan "sipariş üzerine geliştirilen eserlerin" kısmında eser sahipliğini düzenlemekte diğer yandan yayımcının (bir eserin nüshalarını piyasada yayma hakkı olan kişi) eser sahipliğini koruma altına almaktadır. Bu fıkra 1995 değişikliği ile kanundan çıkartılmıştır. Bu nedenle sipariş üzerine geliştirilen bilgisayar programlarını sahipliği keza yayımcının sahipliği konusu daha da hassas hale gelmiştir. Bu tür sipariş üzerine üretilen programlarda, özellikle sipariş verenin, yayımcının haklarının korunması için titizlikle hazırlanmış "telif sözleşmeleri" gerekmektedir.

Bu yapılmadığı takdirde eserin mali ve manevi hakları; üreten, geliştiren programcıya ait olacak sipariş verenin, yayımcının mali haklarının kapsamı sınırları muğlak kalacak, programcının sipariş verene, yayımcıya müdahalesinde keyfiliğe yol açabilecektir.

Avrupa Yazılı Direktifinde de sipariş üzerine geliştirilen programlarla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.

¹⁵ Bu bölüm müstakil makale olarak 16.9.1996 tarihli Haftalık Bilim ve Teknoloji dergisinde yayınlanmıştır.

1.3. Eserin/Programın Yaratıcısı:

Bern Sözleşmesi ve Türk Telif Hukuku sisteminde genel esas; yaratıcının gerçek bir insan veya insanlar olmasıdır. Nitekim Haziran 1995 tarihli değişiklikle fazla dikkat çekmeyen bir değişiklik daha olmuştur. 8/2 fıkrasında bir kelime değiştirilmiştir¹⁶.

Bu madde hizmet akdi ile çalışan kişilerin ve tüzel kişilerin organlarında çalışan kişilerin bu çalışmalarını esnasında ürettikleri eserlerin haklarının kime ait olacağını düzenlemektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 1995 değişikliğinden önceki dönemde 8/2 maddesi şu şekildedir;

“Aralarında özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin; işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu kaide tüzel kişilerin uzuvlarına da şamildir.”
(FSEK 8/2 maddesinin eski hali)

Bu madde Haziran değişikliği ile şu hali almıştır;

“Aralarında özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin; işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da kural uygulanır.” (FSEK 8/2’in yeni hali)

Eski haliyle maddenin yorumlanışında; istisnai olarak; çalıştırmanın tüzel kişide (şirket, dernek, vakıf vs) olabileceği bu nedenle bir hizmet akdi ile çalışan kişilerin ürettiği eserlerin keza tüzel kişinin organlarında (örneğin yönetim kurulunda) yer alan kişilerin geliştirdiği eserlerin sahibinin bu tüzel kişi olabileceği yaklaşımı vardır.

Özetle bu maddenin eski halinde; bir bilgisayar yazılım evinde hizmet akdi ile çalışan kişinin veya bu yazılım evinin yönetim kurulunda yer alan bir kişinin ürettiği geliştirdiği bilgisayar programlarının sahibi o yazılım evi(ticari şirket) olabiliyordu.

Yeni Haliyle madde incelendiğinde görülecek ufak fark; tüzel kişilerin ancak “mali hak sahibi” olabileceğini bir eser üzerinde manevi hak sahibi olamayacağını göstermektedir. Kanun bir eser üzerindeki manevi hakları üçüncü bölümde m.15-18 arasında gösterilmiştir. Bu haklar; eser sahibinin umuma arzını tayin hakkı (m.14), eser sahibinin adının belirlenmesi hakkı (m.15), eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı (m.16), Eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları (m.17) olarak sayılmıştır.

1.4. Haziran 95 Değişikliğinden Önce Bilgisayar Program Sahipliği

Bilgisayar programlarının 1995 Haziran değişikliğinden önce de “eser” sayılması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Haziran 1995 değişikliğinden önce üretilmiş, geliştirilmiş programların “sahibinin” yayımcı sıfatıyla, tüzel kişi (şirket) olması mümkündür, vardır. Ancak değişiklikten sonra tüzel kişiler sadece mali hak sahibi olabileceklerdir. Kanımca bu tarihten

¹⁶ Bu konuya dikkat çeken telif hukukunun yetkin isimlerinden Av. İhsan Telliöğlü'na teşekkür ederim.

önce üretilen programlarda yazılım evlerinin “program sahibi” olarak gösterilmesi mümkün ve doğrudur.

Eser Sahibinin Manevi Haklarından Feragati

FSEK’e göre bir yaratıcının manevi haklarından önceden vazgeçmesi, feragat etmesi mümkün değildir. Çünkü manevi haklar kişilik hakları içinde feragati mümkün olmayan haklardır. Bu nedenle birçok yazılım evinde kullanılan ve fotokopi suretiyle çoğaltılan çeviri sözleşmelerin çoğu Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa aykırıdır. Bu sözleşmelerin çoğunda çalışanlar ya da firma dışında program geliştirenler tüm haklarından feragat etmektedirler. Bu tür sözleşmeler veya ilgili maddeler **mutlak butlanla batıldır**. Bir başka deyişle yok hükmünde olduğundan, yazılım evlerini koruyan bir nitelik taşımazlar.

1.5. Büyük Yazılım Evlerinde Çalışan Programcılar;

Bu maddenin programcı lehine aşırı yorumu yanlış kanı da uyandırabilir. Fikir ve Sanat eserleri kanununa göre “*bir eseri yaratan ona kendi hususiyetini verendir*”. Yani bir programın üretim, geliştirme sürecinde çalışan herkes “eser sahibi” değildir. Bu nedenle bir programın analiz, tasarım aşamasına katılan, yaratıcı, geliştirici programcı ile önceden belirlenmiş tasarıma göre rutin program işini yapan programcılar arasında ciddi farkın görülmesi gereklidir.

Bunun için tüm yazılım evleri öncelikle yazılım üretim geliştirme bölümlerinde faaliyet akışı ve görevleri, bir iç yönetmelikle düzenlemek zorundadır.

Yine tüm yazılım evleri yazılım, üretim, geliştirme bölümlerinde çalışan programcılar arasında yaratıcı programcı, yardımcı programcı ayrımı benzeri ayrımlar yapmalı statü tanımları getirmeli ve ileride sorun çıkaracak bulanıklıklara son vermelidir.

1.6. Bilgisayar Programı Hizmet Sözleşmeleri;

Yazılım evlerinde çalışan programcılarının hizmet sözleşmeleri yukarıdaki açıklamalar ışında açık ve net olarak düzenlemeli, programcı ve yazılım evlerinin hakları hakkaniyetli bir biçimde dengelemelidir. Yine getirilecek özel hükümlerle tarafların haklarının sonradan ihtilafa vermeyecek biçimde düzenlemesine çalışılmalıdır.

1.7. Eser Sahipliğinde Çok Kişilik Özel Durumlar;

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 8 ve 9. maddeleri bu konuyu ayrıntılı ve net biçimde düzenlemiştir. Bu maddeler Haziran 1995’te değişikliğe uğramamıştır.

Bu maddelere göre, birlikte meydana getirilen bir eseri parçalara ayırmak ve her parçayı meydana getireni tespit etmek mümkün ise, herkes kendi parçasının “eser sahibidir”. Eğer eserin parçalara ayrılması mümkün değilse eser sahibi, onu meydana getirenlerin birliğidir.

Bu düzenlemeye göre yukarıda söylediğimiz eser sahipliğinden doğan hakları bu maddelere göre yorumlamak gerekecektir. Yani haklar eserin parçalara ayrılabilmesine göre ya da birlikte kullanılabilir ya da tek tek kullanılabilir. Haklara tecavüz halinde birlikte kullanılabilir haklardan bazıları tek kişi tarafından dahi kullanılabilir.

2. Bilgisayar Programlarına Bandrol Takılması, İşaretlenmesi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun değişiklikten önceki uygulamasında bandrol konusunda tam bir karışıklık hakimdir. Bandrol aslında FSEK içinde düzenlenmez. (81. maddedeki istisna hariç) Sinema Video ve Müzik eserleri Kanunu (SVMEK) 1986 yılında yürürlüğe girdiğinde bu ikinci kanun kapsamındaki eserlere bandrol zorunluluğu getirildi. (m.5) Bu bir anlamda üreticiyi ve lisanslı kullanıcıyı koruyacaktı. Ancak bu bandrol uygulaması hukuk tekniği açısından yanlış biçimde FSEK kanunda yer alan işaretleme konusu ile aynı yönetmelikle düzenlendi. (1986) Yönetmelik eser ve eserin içinde fiziki taşıyıcı ortamı birbirine karıştırdı. Hem de kanuna aykırı olarak her türlü disk ve diskete bandrol zorunluluğu getirildi. Bilgisayar, müzik, video disk ve disketleri tabirleri birbirlerine karıştırıldı. Hâlbuki FSEK 81. Maddede düzenlenen kitap dışındaki eserlere bandrol önerilmemektedir. Bilgisayar programları müzik, video, sinema eserleri de değildir. Şu Halde bilgisayar disketlerine ses içeriyor, görüntü içeriyor diye bandrol tatbik etmeye çalışmak hukuka aykırılık olacaktır.¹⁷

FSEK 44. maddesi çoğaltılarak satışa çıkartılacak veya herhangi bir şekilde ticari işleme sokulacak yazılım ürünlerinin her nüshasında işaret ve seri numarasının bulunması zorunluluğu getirmektedir. Bu maddeye göre işaretleme konusu yönetmelikle düzenlenecektir. Nitekim bu konuda bir yönetmelik çıkartılmamıştır. Ancak 1995 değişikliğinden sonra bu yönetmeliğin değiştirilmesi gereklidir. Son hükümetten önce yeni yönetmelik taslağı yapılmıştı. Ancak kadük kaldı.

İşaret denilince akla, kitapların uydun bir yerine çeşitli kodların birleşmesi ile ortaya çıkan bir işaret geliyor. Sahibinin adı, unvanı, bakanlık rumuzu, yıl kodu, il kodu, yapımçı kodu, yapımçı rumuzu, yayın ve yapım numarası, seri numarası gibi. (Örnek: 95.06.001.Y,1) Ancak bilgisayar programlarının kendisine has özelliği her bir yasal kopyanın işaretlenmesini bazen imkânsız kılmaktadır. Eser sahibi tarafından yasal bir kopyadan belirli sayıda çoğaltma izni verildiğinde, çoğaltılan kopyaların hepsinde aynı numara bulunacaktır. Bu konuda mevcut önemli bir yanlış, bilgisayar programlarının genellikle disketlerle satıldığı için, kitaplar gibi işaretlenebileceğidir. Aslında bilgisayar programları için yeni bir işaretleme yöntemi aramak da yersizdir. Çünkü her bilgisayar programı zaten işaretlidir. Program çalışmaya başladığında ekranda ilk önce eser sahibinin adı, versiyonu, yılı gibi bilgiler görünür. Bu işaretler aslında yeterli işaretlerdi. Öte yandan internet aracılığı ile veya telefon hattı ile bilgisayarınıza aldığınız programları işaretlemesi, bandrollenmesi her zaman mümkün olmaz.

3. TCK 525/a, b Maddeleri İle FSEK 72, 73 Maddelerinin Aynı Olayda Tatbikinde Karışıklıklar Olmaktadır.

Korsan Kopya bilgisayar programları ile ilgili şikâyetlerde, Bilişim Hukuku ve Telif Hukuku zaman zaman kesişmesi uygulamada karışıklıklara neden olmaktadır. Bunun için TCK 525 a,b maddeleri ile FSEK 72, 73 maddelerinde yer alan "fiil unsurlarının" ve korunan menfaatlerin iyi tanımlanması, bilinmesi zorunludur.

¹⁷ Halen çoklu ortam ürünleri denilen ses, görüntü, yazı içeren multi medya bilgisayar ürünlerine bandrol tatbik edilmektedir. Hâlbuki bu ürünler derleme, karma, işleme bilgisayar programlarıdır ve SVMEK kapsamında değildir. Bu nedenle bandrol takma zorunluluğu yoktur.

Önce bir bilgisayar programının izinsiz kopyası hangi şekillerde elde edilebilir bir göz atalım, i) İzinsiz (Korsan) kopya bir bilgisayar sisteminden elde edilebilir, ii) İzinsiz (Korsan) kopya bir korsan kopya programdan elde edilebilir, iii) İzinsiz (Korsan) kopya lisanslı bir kopyadan elde edilebilir, iv) İzinsiz (Korsan) kopya başka bir biçimde hukuka aykırı olarak elde edilebilir.

3.1. Bilişim Suçu ve Telif Suçlarının Koruduğu Menfaatler Farklıdır.

Bilişim alanında Suçlar Babında korunan menfaatler sadece Programla ilgili değildir. TCK 525 programları, hazırlık tasarımlarını, veri tabanlarını işlenmeleri koruma altına alır.

3.2. Bilişim Suçu ve Telif Suçlarını Müeyyide Altına Aldığı Fiiller Farklıdır

Bilişim Suçları Telif Suçlarından farklıdır. Bu iki temas noktası dışında tamamen farklıdır. Bilişim suçlarında korsan programcılıkla ilgili tanımlanan fiiller şunlardır.

“Bir bilgisayar sisteminden programları hukuka aykırı olarak ele geçirmek”(TCK 525 a1)

“Bir bilgisayar sisteminde yer alan bir programı bir başkasına zarar vermek amacıyla kullanmak, nakletmek veya çoğaltmak” (TCK 525 a2)

Telif suçlarında ise bilgisayar programının hukuka aykırı veya uygun elde edilmesine değinilmeden, mevcut bir programla kanunda yazılı fiillerin işlenmesi suç olarak tanımlanmıştır. Bir programı hukuka aykırı ele geçirme fiili FSEK’te doğrudan suç olarak tanımlanmamıştır. FSEK 72/2’de yer alan çoğaltma tabiri ile 525/a2’de yer alan çoğaltma tabirleri, müeyyidelenirdiği menfaatler aynı gibi gözükmesine rağmen farklıdır. İlki çoğaltma arasında özel kast açısından ciddi farklar vardır (birisi zarar verme kastını arar).

TCK 525/a2’de yer alan “kullanan” ibaresi FSEK’de doğrudan suç olarak tanımlanmamıştır. Dolaylı olarak ve sınırlı biçimlerde suç olarak tanımlanmıştır.

Telif Hukuku Suç Fiilleri

- i. Bilgisayar programının izinsiz işlenmesi,(FSEK 72/1)
- ii. Bilgisayar programının izinsiz çoğaltılması,(FSEK 72/2)
- iii. Bilgisayar programının veya işlenmelerinin izinsiz satılması, satışa veya tedavüle arz edilmesi (FSEK 72/3)
- iv. Bilgisayar programının izinsiz biçimde temsil veya teşhir eden veya umumi yerlerde gösteren veya radyo yahut buna benzer vasıtalar ile yayılması (FSEK 72/4)
- v. Bilgisayar programını veya işlenmelerini izinsiz olarak kiralanması (FSEK 73/1)
- vi. Bilgisayar programının izinsiz olarak ithal edilmesi (FSEK 72/6)
- vii. Bilgisayar programının FSEK hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği bir kopyasının satışa çıkartılması, bunları umumi yerlerde temsil veya radyo ile yayınlanması ile kar temini için diğer herhangi bir suretle faydalanılması, (FSEK 73/1)
- viii. Bilgisayar programının FSEK hükümlerine aykırı olarak satışa çıkartıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir kopyasının başkasına satılması, vd. (FSEK 73/2)

- ix. Mevcut olmayan veya üzerinde tasarruf salahiyetinin bulunmadığı bir bilgisayar programı ile ilgili bir mali hakkın veya ruhsatın başkasına devredilmesi (FSEK 73/3)
- x. Bir Bilgisayar program lisans sahibinin koşullarına aykırı hareket ederek müsaade edilen miktardan fazla çoğaltılması, (FSEK 73/4)
- xi. Lisansız Program kopyalarını ticari amaçla elinde bulundurma (FSEK 73/5)

Konuyu birkaç örnekle açıklayalım. Bir kişi, mali hakları A firmasına ait bir programı üçüncü bir şahsa ait programdan korsan biçimde (izinsiz) olarak kopyalayarak bir kopya program yaratırsa ve bu programı dördüncü bir şahsa kullanması için verse,

İzinsiz kopyalama eylemi; TCK 525/a1 maddesi ve FSEK 72/2 maddesi gereğince aynı anda suç konusu fiili olacaktır. TCK 79 tatbik olunacaktır.

Ama olayda bir fiil daha var. Korsan program bir başka kişiye izinsiz olarak verilmiştir. Bu program bir oyun programı olsun veya dördüncü kişinin gayesi ticaret ve kar olmasın. Yine de bu ikinci fiilin ayrıca “suç” olup olmadığı tartışmalı olacaktır.

Ancak fail lisanssız programın lisansını dördüncü şahsa para karşılığı satarsa, ortaya ikinci bir suç fiili çıkacaktır. (FSEK 72/3) Yani elde etme ve satma ayrı ayrı suç fiilleri olarak kabul edilecektir. Çünkü her iki ayrı konuda suç olarak düzenlenmiştir. O zaman TCK 79 tatbik edilmeyecek ortada iki suç olduğu için cezalar toplanacaktır.

Bir başka örnekle: orijinal olarak lisansını satıl aldığı bir programda bir fazla kopya çıkarıp satan kişi programı “hukuka aykırı” ele geçirmediği hukuka uygun ele geçirdiği programı izinsiz çoğalttığı için sadece FSEK 72/2 ve FSEK 72/3 maddelerine göre cezalandırılacaktır. Yani ortada iki telif suçu olacak birisi diğerinin unsuru olduğu için tek bir ceza verilecektir.¹⁸

4. Ticari Alım/Satım Akdi İle Program Lisans Sözleşmesi Veya Mali Hak Devir Sözleşmeleri Birbirine Karıştırılmaktadır.

Zaman zaman Bilgisayar programı kullanma lisansı alan kişilerin Bilgisayar programlarını satın aldığını yani bu programla istediğini yapabileceğini sandığı olaylarla karşılaşırız. Yine; uygulamada Bilgisayar program lisansı alan kişiler malınız ayıplı çıktı diye malı iade etmek için davalar açmaktadırlar.

Öncelikle “bir Bilgisayar programı”nın MAL olmadığını ESER olduğunu ifade edelim. Eserler ise bilindiği gibi maddi olarak değil gayri maddi mal olarak değerlendirilir. Yani bildiğimiz mallardan değildirler. Eğer gayri maddi olarak maddi malların tabi olduğu alım/satım hükümlerine tabi olmaz. Çünkü bir eser alınıp satılmaz. O eser üzerinde ya bir lisans verilir. Yada kullanma çoğaltma işleme gibi bir mali hak ikinci bir şahsa devredilir. Ortada bir alım satım akdi olmayacağı için ayıplı mal itirazı da olmaz.

¹⁸ Biga, Çanakkale, Beyoğlu, Kadıköy, Bakırköy, İzmir Cumhuriyet Savcılıklarının konuyla ilgili birçok iddianamesi vardır. Davalar derdestir. Yine Eyüp, Beyoğlu, İzmir/Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemelerinin verilen takipsizlik kararlarını itirazın iptal kararlarında bu tür olaylarda TCK 525. Maddeden dava açılması gereğinden bahsetmektedir. (Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı'nın müteferrik 1996/387 sayılı kararı, Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı'nın 1996/188 D.İş, 1996/135 Müt. karar sayılı kararları.)

Bir diğer deyişle bir “eseri” üzerinde bir lisans elde ettikten sonra bu eseri bir mal gibi beğenmedim deyip veya ayıplı deyip iade etme hakkınız yoktur.

Bir örnekle, sinemaya gittiğinizde bir bilet aldığınızda “filmi seyretme lisansı” elde edersiniz. Çıktıktan sonra “filminiz ayıplıydı bana bilet paramı iade edin” diyemezsiniz. Bize göre bunun tek istisnası, Bilgisayar programının dokümantasyonundan yaptığı belirtilen fonksiyonları yerine getirmediği takdirde, sözleşmeye aykırılık durumu ortaya çıkmasıdır.¹⁹

Son olarak Yargıtay aşamasında vekâlet görevi üstlendiğimiz bir yazılım lisans ihtilafı davasında Yargıtay 19.H. Dairesi bu yılın başında 12.2.1996 tarihinde verdiği kararla yerel mahkeme kararını bozmuştur.

“...davaya konu alacağın Bilgisayar program bedelinden kaynaklandığı ve özelliği olan alım-satım türü olduğu kuşkusuzdur. Mahkemece bu yan gözetilerek... Ayrıntılı bilirkişi raporu düzenlemek gerekirken... Yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 1995/... Esas 1996/... Karar Sayılı ve 12.2.1996 tarihli Bozma ilamı

Yüksek mahkeme önüne giden ilk ihtilaflardan olması kararı önemli kılmaktadır. Gerekçe tatmin edici olmasa bile konu en azından mahkeme önünde yeniden tartışılabilir hale gelmiştir.

5. Eser ve Eseri Taşıyan Fizik Ortam Birbirine Karıştırılmamalıdır.

En çok karıştırılan sorunlardan birisi “eser” ile “eseri taşıyan fizik ortam” birbirine karıştırılmaktadır. Eser olan “Bilgisayar programıdır”. Bilgisayar programı bir disket üzerinde olabilir, disk üzerinde olabilir. CD-ROM diski üzerinde eseri taşıyan fiziki ortam disk ya da disket bir maldır. Bu mal yani disket ve eser ayrı ayrı hukuki değerlerdir. Ayrı hukuki ilişkilerin konusudurlar. Diskette ayıplı mal itirazı olur. Çünkü disket bir maldır.

Tıpkı bir romanın eser olması ancak roman üzerinde kaydedildiği kitabın eser olması gibi. Yine bir diskette program aldığınızda disketin mülkiyeti size geçecek ancak diskete kaydedilmiş programın belirtilen lisans koşulları uyarınca sadece lisansı size geçecektir.

V. 12.6.1995 TARİHİNDEN SONRA UYGULAMA SORUNLARI

Telif Ceza Hukukunda bugüne kadar ağırlıklı lisansız kitap müzik kaseti video bantı çoğaltılması tercüme edilmesi gibi olaylarla uğraşan Adli Sistemimiz; yeni bilgisayar programları alanına “ürkek” bakmaktadırlar. Bir an için savcı hâkim avukat kendisini bilgisayardan Bilgisayar programlarından anlaması gerekli kişi gibi görmekte olaylar karşısında bir şaşırma süreci olmaktadır.

Hâlbuki hiçbir avukat, savcı hâkim uğraştığı hukuki ihtilafı teknik boyutunu bilmekle yükümlü değildir. Hatta teknik bilgisi olsa bile şahsi bilgisine başvurmama yasağı gereği bilirkişiye başvurmakla yükümlüdür. Ancak avukat savcı yargıcın basit olarak bir bilgisayarın

¹⁹ Buradaki ayıplı mal itirazı sadece, yazılımın dokümantasyonlarında belirtilen fonksiyonları yerine getirmesiyle sınırlıdır. Yoksa yazılım sektöründe her yazılımın eksik ve kusurlu olduğu bilinir. Bir yazılımın sonraki yeni versiyon önceki versiyonun ayıplı ve/veya eksik olduğu anlamına gelir. Yüksek mahkeme yazılım kullanma lisansının Kullanıcıya verilmesini “lisans satışı” olarak kabul etmektedir.

nasıl çalıştığı Bilgisayar programının ne olduğu, CD-ROM diskinin ne olduğu gibi konularda “ortama kullanıcı düzeyinde” çok genel bilgileri bilmesi gereklidir. Basit bir broşürde sığabilecek kadar olan bu bilgiler, karar vermek için değil, soruşturma ve kovuşturma sürecini yönlendirmek için gereklidir.

1. Savcı, Avukat, Yargıç Olmak Üzere Bazı Hukukçularımız Telif Suçu Veya Bilişim Suçu Suç Duyurusunda Bulduğumuz Zaman Bilgisayar Programının Adınıza Kayıtlı Olduğuna Dair Tescil Evrakı İstemektedir.

Bilindiği gibi Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda hiçbir eser için “tescil” sistemi öngörülmemiştir. (Sinema video ve müzik kanunundaki tescil ise başka anlam taşımaktadır.) Aslında gerek Avrupa Toplumluluğu ülkelerinde gerekse Bern Sözleşme Hukukunda (Kara Avrupası Hukuku) tescil sistemi benimsenmiştir. Hatta bilgisayar programı eser sahibine bir imtiyaz bile tanınmış; Bilgisayar programlarının hazırlık tasarımları koruma altına alınmıştır. Bu nedenle tüm hukukçularımız Bilgisayar programlarında eser sahipliğinin her türlü delil ile ispat olunacağını bilmekle yükümlüdür. Öte yandan her Bilgisayar programı çalışmaya başladığında mali hak sahibinin kim olduğunu açılış menüsünde belirtir. Eğer telif hırsızlığı ileri boyutlarda ise yani programın “kaynak kodlarına” girip eser sahibinin ismi bile değiştirilmiş ise zaten dava başka delillerle ispat olunacaktır. Ancak bu istisnadır. Yani Telif Ceza Davalarında şikâyetçinin tescil belgesi aranmamalı tam tersine tespit edilen programın orijinalinin savcılığına veya mahkemeye sunulması yeterli görülmelidir. Bu konuda verilmiş yanlış bir savcılık takipsizlik kararı özeti bilginize sunulmuştur.

“...Kültür Bakanlığı İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğünün 8.3.1996 tarih ve 205 sayılı cevabı tezkeresinde de müdürlüklerine ait kayıtlarda... İsimli firma mamulü eserlerin koruma telif ve çoğaltma ve satışı için herhangi bir ruhsat ve müsaadelerini gösteren bir belgenin bulunmadığını beyan edilmiş olmakla.. CMUK 164 uyarınca takibata mahal olmadığına...”²⁰ (Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı 1996/3495 Hz Esas sayılı 11.3.1996 tarihli kararı)

2. Bazı Durumlarda Müştekinin Tabiyeti Ciddi Sorun Olmaktadır. Hâlbuki Fsek 88. Madde Müştekinin Tabiyetine Bakılmayacağı Şartını Getirmiştir.

FSEK 88. madde; “Bu kanun hükümleri; eser sahibinin vatandaşlığı gözetmeksizin... Uygulanır” hükmüne amirdir. Bu nedenle şikâyetçinin vatandaşlığına bakılmaksızın şikâyetler değerlendirilmeli, suç fiilleri mevcutsa dava açılmalıdır.

“...adı geçen şirket ABD’nin ilgili ve yetkili mercilerince adı geçen şirkete ruhsat ve müsaade verilmiş ise de müşteri şirketin Türkiye Cumhuriyeti Devleti hudutları dâhilinde yetkili temsilcisi olduğu hususunda sarahat bulunmadığı gibi...” (Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı yukarıda belirtilen takipsizlik kararı)

²⁰ Bakırköy Cumhuriyet Savcılığının bu konuda verdiği takipsizlik kararı, Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi’nin 1996/188 Esas 1996/135 Karar sayılı kararı ile kaldırılmış ve sanıklar hakkında Telif Suçundan ve Bilişim Suçundan ayrı ayrı kamu davaları açılmıştır.

Bu kanuna açıkça aykırı takipsizlik kararı daha sonra en yakın ağır ceza mahkemesi olan Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı tarafından 28.3.1996 tarihinde kaldırılmış ve akabinde kamu davası açılmıştır.

3. TCK 79 ve TCK 80 Tatbikinde Karışıklıklar Olmaktadır.

Yukarıda tanımlamaya çalıştığımız, suçların “maddi unsuru” derinliğine araştırılmadığı zaman, TCK 79 ve 80 maddeleri kapsamında ortaya karışıklıklar çıkmaktadır. Şu şekilde açıklamaya çalışalım. Her bilgisayar programı diğerlerinden bağımsız bir “eserdir”

Korsan program kopyalama eylemlerinde genellikle birden fazla programla karşılaşmaktadır. Ancak hazırlık soruşturması ve kovuşturmalar sanki bir fiil bir suç varmış gibi yürütülmektedir.

İddianamelerde tatbik hükümlerinin kaç program varsa o kadar tatbik edilmesinin istenmesi ve mahkemenin bu konuyu suçların içtimaı açısından değerlendirmesi gerektiği kanısındayım.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız hukuku aykırı elde etme ve diğer fiiller farklı fiiller olduğu için, Bilişim Suçu ve Telif Suçu hükümleri eğer koşulları varsa ayrı ayrı tatbik edilmelidir. Yani hareket unsuru araştırılmadan ortada tek bir hareket varmış gibi cezanın en ağırının verilmesi yoluna gidilmesi halinde bir suç cezasız kalmış olacaktır. Bu konuya ilişkin henüz bir yüksek mahkeme kararı içtihat oluşmamıştır.

4. TCK 525 FSEK 71, 72, 73 Maddelerindeki Fiillerin Ayrı Soruşturulma ve Kovuşturma Hükümlerine Tabi Olmasına Ek Sorunlar Doğurmaktadır.

Bilindiği gibi FSEK’de belirtilen suçlar 3005 sayılı Kanun hükümlerine tabidir. Hâlbuki TCK 525 fiilleri 3005’e tabi değildir. Uygulamada aynı ya da birbirine bağlı suç fiilleri soruşturulurken bu husus ciddi karışıklıklara yol açmakta her iki kanun alanı karıştırıldığı için zaman zaman bir suçtan dava açılmakta diğerinden dava açılmamaktadır. Savcılarımız uygulamada yaptığımız talepleri yerinde görerek; aynı olayda aynı sanık hakkında iki dava açmaktadır. Bu davalardan birisi FSEK hükümlerine göre 3005 sayılı Kanuna dayanılarak açılmaktadır. Diğeri ise TCK 525’e göre normal usule göre açılmaktadır. Gerçi bazılarında TCK 79 tatbiki hususu belirtilmektedir. Ancak bu uygulama şimdilik ve hukuki sorunları mahkemede tartışabilmemize imkân tanımaktadır. Doğaldır ki görülmekte olan davalarda mahkemelerin vereceği kararlar ve Yüksek Mahkeme değerlendirmeleri önümüzdeki günlerde bu konuda bir hukuki teemmül doğmasına neden olacaktır.

Bakırköy, Beyoğlu, Biga Cumhuriyet Başsavcılıklarımızın uygulaması taleplerimiz hukuken haklı görülerek bu doğrultuda olmuştur.

5. TCK 525 Maddesindeki Suçlarda Sulh/Asliye Ceza Mahkemesinin Görevli Olduğu İhtilafı

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 1996/2681 Esas 1996/2481 Esas sayılı kararı ile 12.3.1996 tarihinde çözüme kavuşturulmuş ve bu konuda yaptığımız yorum geçerli sayılarak TCK 525 maddesi suçlarında

“...825 Sayılı yasanın 29’uncu maddesinde “Sulh Hâkimleri... Kendi gördüğü davalara münhasır olmak üzere 522, 523, 525’inci maddelerinde yazılı cürümlere müteallik davaları dahi kabili

temyiz olmak üzere rüyet ve hükmeder...” hükmünün yer almış bulunmasına TCK 525. maddesine bakmakla görevli mahkemenin yasada belirtilmemiş bulunmasına göre...” (Yargıtay 6. Ceza Dairesi Belirtilen Karar)²¹ gerekçesi ile asliye ceza mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir.

Uygulamada Sulh Ceza Mahkemesinin ve Asliye Ceza Mahkemelerinin görevsizlik kararı vermeleri ve yetki sorunun halli ön mesele olarak ortaya çıktığı için, TCK 525 (Bilişim Suçu) ile ilgili davalar uzamaktadır. Sanırız bu son karardan sonra, yetkili mahkemeler davaları ivedi sonuçlandıracaktır.

6. Hazırlık Soruşturmasında Delil Tespiti Sorunları

Bilgisayar cihazı ve programları hakkındaki genel bilgi eksikliği soruşturmayı güçleştirmektedir. Bir suç mahallinde bilgisayar programını hazırlık tasarımı işleme suretiyle elde edilen diğer programları verileri veri tabanlarını tespit etmek lisanssız korsan basılan bir kitabı tespit etmekten oldukça zordur.

Bu zorlukların aşılması şikâyette bulunan hak sahibinin avukatı zabıta ve savcılığın işbirliği ile mümkündür. Klasik olarak delilleri toplayın diye zabıtaya havale edilen bir suç duyurusu dilekçesi ile “yukarıda belirttiğimiz suç fiillerinin” delillerini toplamak mümkün değildir. Çünkü zabıtaya derdinizi anlatmanız mümkün değildir. Genellikle silah veya izinsiz basılan bir kitap gibi suç aletini (!) somut olarak gözüyle görmeye alışmış bir sistemde kısmen hayali bir şeyin tespitini yapmak için başlangıçta düşünmek ve önlem almakla mümkündür.

Bu durumda tespitlerin mutlaka bir bilirkişi marifetiyle yapılması gereklidir.

7. Zapt, Müsadere, Teknik Sistemlerin Mühürlenmesi İle İlgili Hükümlerin Hayata Geçirilmesinde Zorluklar Vardır.

FSEK 79. madde uyarınca cezaya mucip olan çoğaltılmış nüshaları ve bunları çoğaltmaya yarayan kalıp ve buna benzer vasıtaların zapt müsadere ve imhasını öngörmektedir. Keza 81. madde hazırlık soruşturması aşamasında Yetkili Savcıya ve Yetkili Yargıca önemli görevler vermektedir. Usulsüz çoğaltılan Bilgisayar programları ile bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesi kararlarını verebilecektir. Esasen zapt kararı verilmeden, müsadere kararı verilemeyeceği için Savcılar daha soruşturma aşamasında bu tür program ve çoğaltmaya yarayan bilgisayar veya benzeri aletlerle ilgili zapt kararının alınmasını sağlamalıdır. Özellikle teknik sistemlerin mühürlenmesi müeyyidesi çok ciddi bir müeyyidedir. Uygulamada zapt kararı verilmeden, lisansız programların kayıtlı olduğu disk disket bilgisayar çoğaltma aletlerine suç delili olarak el konulmaktadır.

8. Genel Uygulama Sorunları

Yargıdaki genel sorunların çabukluk, serilik, isteyen soruşturma ve kovuşturma süresini uzattığını söylemeye sanırız gerek yoktur. Ancak burası Türkiye ne yaparsan yap önyargısını

²¹ Yargıtay Kararlar Dergisi'nin Ağustos 1996 tarihli sayısının 1324. sayfasında yayınlanan bu karar maalesef tam tersi bir başlıkla “sulh ceza mahkemesi yetkilidir” şeklinde aktarılmıştır. Karar metni biraz karışık olduğu için dergide yanlış başlıkla yer verilmiştir. Bu kararın düzeltilmesi için Yargıtay Yayın Dairesi Müdürlüğüne başvurduk.

değiştirmek için seri yargılamaya ihtiyaç olduğunu belirtmekte yarar vardır. Özellikle “telif” gibi çağımızın en büyük hırsızlıklarına konu olan ve gittikçe büyüyen bir alanın gerçek bir hukuki korumaya kavuşturulması açısından 3005 sayılı yasa hükümlerinin gerçekten tatbik edilmesi ve FSEK 81. maddedeki geçici tedbir kararlarının verilmesi cezanın caydırıcılık vasfını ortaya çıkartacaktır.