

## **BİLGİSAYAR PROGRAMI LİSANS SÖZLEŞMELERİ**

### **Av.Dr. Mustafa TOPALOĞLU**

### **BİLGİSAYAR PROGRAMI VE LİSANS SÖZLEŞMESİ**

IBM ve diğer bilgisayar üreticisi firmalar, 1968 yılından önce, bilgisayar programlarını bilgisayar sisteminin bir parçası olarak piyasaya sunuyorlardı. Bilgisayar cihazları satıldığında veya kiralandığında bunlarda bulunan bilgisayar programı için ayrıca bir ücret alınmamaktaydı. Hatta, ABD Adalet Bakanlığı, bu durumun diğer firmalar aleyhine haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesi ile IBM'in üst düzey yöneticileri hakkında hukuk davası açmıştı. Bu arada RCA firması, IBM'in 360'larındaki programın neredeyse aynısı sayılabilecek bir bilgisayar programını geliştirerek pazarlamaya başladı. Böylece, bilgisayar programları bilgisayar cihazından ayrı olarak semerelendirilebileceğinin farkına varıldı.

Bir bilgisayar programı geliştirilip Floppy diske, manyetik banda veya ROM cihazına kaydedildiği zaman, bu maddi şeylerin mülkiyeti dışında bir hak daha doğar. Geliştirilen program üzerindeki bu sonuncu hak, Fikri hukuka konu olur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 7.6.1995 tarih ve 4110 sayılı kanunla değişik 1. maddesine göre, bilgisayar programları ilim ve edebiyat eserleri kapsamına dahildir. Bunun yanında FSEK, bilgisayar programlarının eser niteliğinin kabulü için, orjinallik şartında aramaktadır. (md.1). Başka bir programın kopyası olmayan ve az çok fikri bir çalışmanın sonucu meydana gelen bilgisayar programları, orjinal sayılır ve dolayısıyla FSEK hükümlerine tabi olur.

Bilgisayar programı üzerindeki haklar, maddi haklar ve manevi haklar olmak üzere iki ana gruba ayrılır. Bilgisayar programcısının manevi hakları; programı kamuya sunma hakkı, programda sahibinin adını belirleme hakkı ve programda değişiklik yapılmasını yasaklama hakkıdır. Program üzerindeki mali haklar, sahibine tanınmış programı iktisaden semerelendirmeye yönelik mutlak ve tekelci nitelikteki haklardır. FSEK'te mali haklar çoğaltma hakkı, işleme hakkı, yayma hakkı ve temsil hakkı olarak belirlenmiştir.

Eser niteliğindeki bilgisayar programının sahibi, mali haklarının aslını veya sadece bunların kullanma yetkisini başkalarına devredebilir. Bilgisayar programı üzerindeki mali hakkın devri, aynı zamanda o hakkın kullanılabilmesi için zorunlu bulunan manevi hakların da devri sonucunu doğurur. Mali hakların kullanma yetkisini bir başkasına bırakılmasına FSEK'te "ruhsat verme", uygulamada ise "lisans sözleşmesi" denilmektedir. Lisans sözleşmesiyle bir bilgisayar programını devralan kişi, kullanma hakkının ihlal edilmesi halinde hem bilgisayar program sahibine hem de üçüncü kişilere karşı dava açma hakkına sahiptir. FSEK'e göre lisans sözleşmeleri "tam lisans" ve "basit lisans" olmak üzere iki türdür.

Tam lisans, program üzerindeki mali hakka ilişkin kullanma ve yararlanma yetkisinin tamamen bir kişiye devretmesi halinde söz konusu olur. Tam lisans sahibi, sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca eser üzerindeki mali yetkileri kendisi kullanır. Bilgisayar programlarının tam lisansa konu olması halinde, program sahibi aynı programı bir başka kişiye lisans veremez. FSEK'te tam ruhsata intifa hakkına ilişkin Medeni Kanun hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür.

Basit lisansta ise bir bilgisayar programının aynı anda birden fazla kişiye lisans verilmesi mümkündür. Burada bilgisayar programını kullanma yetkisi çeşitli bakımlardan bölünerek başkalarına devredilebilmektedir. Bilgisayar program endüstrisinde genellikle basit lisans tipi kullanılmaktadır. Lisans sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça her lisans basit lisans sayılır. Basit lisansta daha sınırlı bir kullanma yetkisi tanındığından, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun hasılat (ürün) kirası hakkındaki hükümleri kıyasen uygulanır.

Lisans sözleşmesi, bazı yönleriyle satış sözleşmesinden farklıdır. Satış sözleşmesinde alıcı, satım konusu mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanır. Mülkiyet hakkı sahibine konusu olduğu eşya üzerinde süresiz ve eşyayı tamamen yok etme yetkisini de içeren sınırsız kullanma yetkisi bahşetmektedir. Oysa, lisans alanın tasarruf yetkisi daha dardır. Lisans alan bilgisayar programını sözleşmede belirtilen sürede ve kararlaştırılan şekilde kullanmak durumundadır. Bilgisayar programı sahibinin manevi haklarına zarar vermemek yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, taşınır malların satımı herhangi bir şekilde tabi değilken, program lisans sözleşmelerinin FSEK'e göre mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekir. Basılı bir kitap ve bilgisayar programının her ikisi de FSEK'e göre telif eser sayılmaktadır. Kitap, hakkın tüketilmesi ilkesi gereği başkalarına serbestçe satılabilir. Kitabın bir kişi tarafından okunması telif hukuku bakımından herhangi bir önem taşımaz. Halbuki bilgisayar programının çalıştırılabilmesi için bilgisayarın hafızasına geçici olarak yükletilmesi gerekir ki, bu işlem de FSEK m.22'ye göre bir mali hak türü olan çoğaltma yapılması anlamına gelmektedir.

## SHRINKWRAP VE CLICKWRAP LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Bilgisayar program lisans sözleşmeleri genellikle her iki tarafın hak ve yükümlülüklerini belirleyen yazılı lisans sözleşmesiyle yapılır. Kaynağı ABD hukuku olan ve shrinkwrap lisans sözleşmesi denilen yeni bir sözleşme yapma biçimi daha ortaya çıkmıştır. Burada sözleşmesinin tamamı veya önemli bir kısmı bilgisayar programlarıyla birlikte naylon paketin konulmuş ve ağzı kapatılmıştır (= shrink wrapped). Bilgisayar programını disket veya CD'sine ulaşmak için mutlaka paketin açılması veya poşetin yırtılması (tear open) gerekmektedir. Paketin veya poşetin arka tarafında ise program geliştirici tarafından hazırlanmış genel işlem şartlarını (contract of adhesion) içeren lisans sözleşmesi bulunmaktadır. Lisans sözleşmesi metninin üst kısmında ise müşteriye önemli bir "hatırlatma" yer almaktadır. Bu hatırlatma, "paketin açılmasıyla veya poşetin yırtılmasıyla sözleşme şartlarının kabul edildiğine" ilişkindir. Şayet müşteri sözleşme şartlarını kabul etmiyorsa, paketi açmaksızın yada poşeti yırtmaksızın programa eşlik eden diğer metaryallerle beraber satıcıya iade ederek parasını geri alabilir.

Web üzerinden yapılan ve shrinkwrap sözleşmesine benzeyen yeni bir program lisans türü daha vardır. Bu yöntemde kullanıcı internet vasıtasıyla programı indirmek (download) etmek istediğinde bilgisayar ekranında sözleşme şartlarını gösteren bir uyarı ile karşılaşır. Kullanıcı bu şartları gördükten sonra "enter" veya "kabul ediyorum (I accept)" kutusunu tıklamışsa (click) sözleşmeyle bağlanmış olur. Bu sözleşmeye de shrinkwrap sözleşmesine benzerliğinden ötürü clickwrap lisans sözleşmesi denilmektedir.

Shrinkwrap lisans sözleşmeleri ABD mahkemeleri tarafından önceleri geçersiz sayılıyordu (*Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.* 847 F. 2d 255(5<sup>th</sup> Cir.1991); *Arizona Retail Systems Inc. v. Software Link, Inc.*, 831 F. Supp. 759 (D.Ariz.1993).). ABD Yüksek

Mahkemesi 1996 yılında, bu tutumundan vazgeçerek shrinkwrap lisans sözleşmesini telif hakkı yönünden olmasa bile taraflar arasında akti bir bağlam oluşturduğunu kabul etti (*ProCD, Incorporated v. Zeidenbeng 86 F. 3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996)*). Yedinci Daire ayrıca bu kararında shrinkwrap lisans sözleşmesini sadece taraflar arasında geçerli olduğunu ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir. ABD’de shrinkwrap sözleşmesine yasal bir zemin hazırlamak için Uniform Commercial Code (UCC) 2B maddesine bir ilave yapılmasına ilişkin kanun tasarısı hazırlanmış ve yasama organına sevk edilmiş durumdadır.

Türk Hukuku açısından bilişim hukuku yazarları arasında shrinkwrap ve clickwrap lisans sözleşmelerinin geçerli olmadığına ilişkin görüş ağırlıktadır .Her iki sözleşme türünde hukuki işlem iradesinin bulunup bulunmadığı tartışmaları bir yana burada şekil sorunu vardır. Gerçekten de FSEK m.52 hükmüne göre, lisans sözleşmelerinin yazılı olması geçerlilik şartıdır. Yazılı şekilden amaç ise, lisans sözleşmesinde her iki tarafın da ıslak imzasının mevcut olmasıdır. Bu bakımdan shrinkwrap sözleşmeleri şekle aykırı olduğundan geçersiz olduğundan şüphe yoktur. Clickwrap sözleşmeleri ise digital imzaya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmadan yine hukukumuz açısından geçerli sayılamaz.

## **LİSANS SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

Bilgisayar programını lisans veren program sahibi, herşeyden önce, programda fikri hakkın bulunduğunu kabul ve garanti eder. Bu yükümlülük aynı zamanda, üçüncü şahısların lisans verilen program üzerinde mülkiyet,rehin ve haciz gibi devre engel olacak üstün nitelikli bir hakların bulunmamasını da kapsar. Lisans sözleşmelerinde ABD hukukundan esinlenerek programda ticarilik ( warranty of merchantability ) ve özel amaca uygunluk ( warranty of fitness for particular purpose ) gibi garanti hükümleri bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, FSEK’ te bu tür garanti hükümleri mevcut değildir. Fakat borçlar Kanunu uyarınca program sahibinin bu tür garantisinin bulunmadığı veya sorumluluğunu sınırlandırıldığı sözleşme hükümleri geçerlidir.

Lisans veren, programın normal olarak yararlanabilmesi için gerekli olan çoğaltmanın yapılabilmesini sözleşme ile önlememelidir. Programın işletilebilmesi için gerekli olmamakla beraber kullanıcının bir adet yedek kopya (Back-up copy) çıkarmasının sözleşme ile önlenemeyeceği FSEK’ te öngörülmüştür. Bunun için ya program disket ve CD’ sinden iki adet verilmeli yada yedek kopya çıkarılmasına hem sözleşme hem de teknik olarak bizzat programın kendisinde imkan tanınmalıdır. FSEK’ te 4110 sayılı Yasa ile getirilen diğer bir istisnai sınırlama ise, programı devralanın başka programlarla araışlerini sağlamak üzere programı ayırıştırma ve dolayısıyla amaç ( objekt ) kodu çoğaltma hakkına sahip olmasıdır.