

STANDART YAZILIM DEVRİNİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELERDE EDİMİN KONUSU OLARAK BİLGİSAYAR PROGRAMI

Arş. Gör. Dr. Nuri ERİŞGİN*

GİRİŞ

Banda uzun zamandır yararlanılmakta olsa da, Türkiye'de kullanımı görece olarak yenilerde başlayan ve yaygınlaşmakta olan bilgisayar¹, tıpkı televizyon gibi, giderek insanları esareti altına alacağı benzetilmektedir. Gerçekten günümüzde bilgisayar ile birlikte düşünülmeyen, ticarî olandan yaşamımızın en gizli noktalarına değin bilgisayarın sokulmadığı alan neredeyse bulunmamaktadır. Bilgisayar, "aritmetik ve mantık işlem dizileriyle oluşturulmuş programlara göre verileri (bilgileri) otomatik işleme tâbi tutan sistemlere verilen isim"² olup, bu sistem ancak kullanılmasını sağ-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1. Günlük yaşamın hemen her alanında kullanılmakta olsa da bilgisayar, TCK'na "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altında On birinci Babı ekleyen 06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanunla ilk kez Türk hukuk mevzuatında açıkça düzenlenmiştir. Bu Kanun anlamında bilgisayar, "bilgileri toplayıp depo ettikten sonra bunları otomatik olarak işleme tâbi tutan sistemlerden oluşan alan"ı ifade etmektedir (bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, S. Sayısı 513, 18-3756 S. Kanunun Gerekçesi). Krş. Yazıcıoğlu, 130. Daha sonra yürürlüğe giren, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu değiştiren 07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun (RG. 12.06.1995-22311) da bazı önemli hükümler öngörmektedir.
2. Yazıcıoğlu, 130. *Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü* (WIPO) tarafından 1978 yılında hazırlanmış olan, dokuz paragraftan ibaret Bilgisayar Yazılımlarının Korunmasına İlişkin Model Hükümler (*Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware*) § 1(1) de benzeri bir tanım yapmaktadır (bkz. GRUR Int. 1978, 290).
3. Bu noktada, sıkça rastlanan bir terim karışıklığına değinilmelidir. Şöyle ki, genellikle, *bilgisayar* ve *bilişim* birbirini yerine kullanılabilirler; oysa, *bilişim*, bilgisayarın da içeren geniş bir anlama sahiptir. Bu anlamıyla *bilişim*, bir yandan bil-

lamak amacıyla düzenlenmiş olan programla çalıştırılabilir. Bu programlar olmaksızın, bilgisayardan yararlanmak mümkün olmamaktadır. İşte bu çalışma ile, bilgisayar ve bilgisayarın kullanıcı için yarar sağlaması amacıyla düzenlenmiş programların devri halinde, bu devrin konusunu oluşturan programın, eşya ve sözleşmeler hukukundaki değeri üzerinde durulması amaçlanmaktadır.

I. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. BİLGİSAYAR PROGRAMI KAVRAMI

Burada, öncelikle yazılımdan (software) söz etmek ve yazılım kavramına nelerin gireceği sorusunu yanıtlamak gerekmektedir. Ashında, sürekli gelişim ve yeniliğin bulunduğu bir alanda anılan sorunun tam bir yanıtını vermek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, genel olarak kabul gören bir ayırıma göre⁴, *dar ve teknik anlamıyla yazılım*, ancak bir donanım üzerinde işlev görebilen ve fakat bir bilgisayarın gerçek fiziksel aksamı olan donanım⁵ karşılığı olarak makine tarafından okunan talimatları içeren

gisayar aracılığı ile veri saklama, aktarma ve işleme yoluyla elde edilen bilgilerin kullanıma sunulduğu ortamı, bu anlamda *bilgisayarı*; öte yandan konusu bu tür ortamlar olan akademik ve meslekî uğraşı alanını ifade etmektedir (bkz. ve kıy. **Yazıcıoğlu**, 131).

4. Kıy. **Kılıan**, Referat, 80; **zur Megede**, 2581. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler dolayısıyla bu teknolojileri ve ürünlerini konu edinen ilişkilerin sınıflandırılması zorluğundan bahisle dolaylı olarak: **Reed**, 3.
5. Öğretimde yapılan diğer ayırım ve tanımlar için bkz. **Martly**, N. 5 vd., **Yıldırım**, 11 vd., **Kaypakoğlu**, 6 vd.
6. "Donanım (hardware): 1. Bir işareti alan, işleyen ve/veya ileten cihaz ve cihazlar. 2. İnsanların duyu ve zekâ kapasitelerini çoğaltıcı mekanik cihazlar. 3. Bir bilgisayarda yürütülebilen programlar bütününü anlatan yazılım kavramının tersine bilgisayar sisteminin gözle görülebilen tutulabilen kısımları. 3. Bir bilgisayarın fiziksel aksamıdır." (Bkz. **Aydın, E. D.** : *Bilişim Sistemleri Sözlüğü- Bilgisayar*, Bilgi İşlem ve Telekomünikasyon, Ankara 1992, "Donanım" Maddesi). Diğer bir anlatımla, donanım, basitçe, elle tutulabilir her şey olarak tanımlanabilir (**Bühler**, Th.: *Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Bd. V Obligationenrecht, Teilbd. 2d, Der Werkvertrag art. 363-379*, Zürich 1988, Art 363 N. 182). Bu cümleden olarak, bilgisayarın merkezi hesap ve yönetim birimleri, özellikle ana kart (Mainboard), sabit disk (Harddisk) merkezi (mikro) işlemci (Central Processing Unit-CPU) ile veri girişi [tuş takımı (Tastatur), fare (Maus) gibi] ve çıkışı [görüntü birimi (Monitör), yazıcı (Printer) gibi] sağlayan çevre aygıtlarının tümü donanımı oluşturur (**Karagülle, I./Z. Pala**: *Bilgisayar*, 2. B., İstanbul 1999, 21 vd.)

programları ifade etmek için kullanılmaktadır⁷. Buna karşılık *geniş anlamda yazılım*, bir bilgisayara ait programları, yöntemleri ve veri işleme sistemiyle ilgili derleyicileri, kitaplık yordamlarını, kullanım kitapçığını, devre diyagramlarını, yazılım dillerini içeren bir kapsama sahiptir⁸. Bu çalışmada, yazılımın ve dolayısıyla devir sözleşmelerinin ağırlık noktasını oluşturması nedeniyle dar ve teknik anlamda yazılım, yani bilgisayar programı ele alınmaktadır. Fakat kullanım kolaylığı yüzünden, yer yer kısaca "program" olarak anılmaktadır.

Program, bir bilgisayar sisteminde gördüğü işleve göre, sistem programları (işletim sistemleri) ve uygulama programları olmak üzere iki ana kümeye ayrılmaktadır⁹.

Kendi aralarında işletim sistemleri, donatılar ve özel amaçlı diğer programlar olarak üçe ayrılan *sistem programları* bir bilgisayar sisteminin kullanılabilmesi için zorunlu olan programlardır¹⁰. DOS, Windows, Unix, Linux, OS2 gibi *işletim sis-*

7. **Mackaay**, 11; Krş. **Yazıcıoğlu**, 30-31; **Mustervorschriften** § 1/(i), GRUR Int. 1978, 290. Aslında, yazılımın ağırlık noktasını program oluşturmaktadır. Bkz. **zur Megede**, 2582.
8. Bkz. ve krş. **Yazıcıoğlu**, 31; **Aydın**, "Yazılım" Maddesi. Krş. **AnaBritannica**, "Yazılım" Maddesi; keza bkz. **Mustervorschriften** § 1/(iv), GRUR Int. 1978, 290; **Mackaay**, 15; **Rutkowsky/Gerhardt**, 93.
9. Burada sayılanların yanı sıra bütünleşik devrelerde (chip, entegre devre) gömülü (embedded, Software im Gehäuse) programcıların da yazılım olup olmadığı tartışılmaktadır. 14 Mayıs 1991 tarih ve 91/250 sayılı Bilgisayar Programlarının Hüküken Korunmasına İlişkin Avrupa Topluluğu Yönergesi [Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs/Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen] ([1991] O.J. L/22/42)'ne ekli memorandumdan hareketle yazılımın, bunları da kapsayacak denli geniş bir kapsamla yorumlanması gereğine işaret eden görüş için bkz. **Erel**, Bilgisayar, 142. Ancak egemen görüş, bunların yazılım olmadığı yönündedir. Bu yöndeki görüş için örnek olarak bkz. **Yıldırım**, 11-12; **Mackaay**, 11.
10. **Kilian**, Referat, 91; **Scott**, 210.
11. Diğer bir açıdan sistem yazılımları, bilgisayar ile kullanıcı arasında ilk iletişimi başlatmaya yarayan temel araç olup, ileri düzey kullanıcı için bile karmaşık olan sistemin işleyişini sağlayan, daha etkinleştiren ve kullanımı kolaylaştıran komutlardan oluşmaktadır (krş. **Yazıcıoğlu**, 32; **Yıldırım**, 12; **Kaypakoğlu**, 6. Keza bkz. ve krş. **Bernacchi**, R. L./**Frank**, P. B./**Statland**, N.: Bernacchi on computer law. A guide to the legal and management aspects of computer technology, Vol. I-II, Boston-Toronto 1986, § 9.0, 9-3)

temleri, kurulduğu bilgisayarın yapılanışına (configuration) göre özel bir biçim alarak, o bilgisayarın işleyebilmesi için temel işlemlerin yapılmasını sağlayan programlardır. Diğer bir deyişle, bunlar, bilgisayarın işlem yeteneklerini yöneten programlardır. Bir bilgisayar sistemini, mevcut durumu itibarıyla sınaama (test etme), başarımını (performance) gösterme ve/veya artırma, sistemde oluşan aksaklıkları giderme vb. ikincil işlemlere sahip programlara *donatılar* denilmektedir. Buna karşılık, *özel amaçlı programlar* veya *diğer yardımcı programlar* olarak adlandırılacak olanlar ise, kullanıldığı işletim sisteminin yeterliğini genişleten ve üzerine kurulacak uygulama programlarının işlev görmesine zemin hazırlayan sözlük, veri tabanı yönetim sistemi gibi programlardır¹².

Uygulama programlarına gelince; bunlar, kullanıcının gereksinimlerinin karşılanması için hazırlanan programlardır. Oluşum süreçleri, iş gördükleri alanları ve daha çok üreticilerinin pazarlama stratejileri dikkate alınarak standart programlar ve bireysel programlar olmak üzere ikiye ayrılırlar¹³. *Standart programlar*, günlük yaşamda yaygın olarak karşılaşıldığı için önceden seçilmiş ve gereksinimleri saptanmış olan alanlar dikkate alınarak düzenlenen ve isteklisine, tıpkı bir konfeksiyon ürünü gibi kullanıma hazır durumda, tamamlanmış olarak sunulan programlardır¹⁴. Buna karşılık, isteklinin/ısmarlayanın özel gereksinimlerine uydurulmak suretiyle önemli ölçüde değiştirilen standart programlar ya da özgülediği işe göre düzenlenen, tümüyle kullanıcının özel gereksinimlerine uygun olarak hazırlanan *özgün programlar* ise, "*bireysel program*" olarak adlandırılmaktadır¹⁵.

12. Scott, 210-212; Kaypakoğlu, 6.

13. Krş. Kilian, Referat, 91. Keza bkz. AnaBritannica, "Bilgisayar Programı" maddesi.

14. Heussen, comHdB, Kap. 11, N. 13; Kilian, Referat, 91; Bartsch, 394 ve dn. 6. Horen, CR 1988, 911.

15. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kilian, Referat, 91; Yıldırım, 13. Bu alanda kullanılan teknik ve ekonomik deyişler bir yana bırakılacak olursa, burada yapılan ayırımın, ilk bakışta satım sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki ayırımın ölçütleri ile örtüştüğü dikkat çekicidir. Gerçekten de satım sözleşmesi daha önce tanımlanmış ve varlık kazanmış bir şey ya da hakkı konu edinirken, eser sözleşmesinin konusunu, ısmarlayanın arzu ve talimatları uyarınca ortaya çıkartılan bir sonuç oluşturmaktadır (bkz. ve krş. Gauch, N. 34; Engel, P.: Contrats de droit

Uygulamada bunlardan daha çok *uygulama programları* hukukî sorunlar yarattığı için, burada sistem yazılımları hakkında daha ayrıntılı açıklamaya girilmemektedir¹⁶.

B. BİLGİSAYAR PROGRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Hakkında hukukî düzenleme bulunmadığı için yakın zamana kadar¹⁷ bilgisayar programının hukukî niteliği üzerinde çok şiddetli tartışmalar yapılmaktaydı¹⁸. Bir görüş¹⁹, temelinde yatan algoritmaya²⁰ bakarak, bunun doğrudan makinenin (donanımın) an-

-
- suiss, Berne 1992, 14). Keza, **Mackaay**, 21; **Marly**, N. 41 vd., özellikle 44 vd.; **Engel**, 1161; **Mehring**, NJW 1986, 1907; **Heussen**, ComHdB, Kap. 11, N. 14-15, Kap. 21, N. 61-62; **Honsell**, 314.
16. Gerçekten de, 1991 yılına değin işletim sistemi hakkında BGH önüne sadece bir tane olay gelmiştir: BGHZ 112, 264 (Bkz. ve krş. **Kilian**, Referat, 81 dn. 67). Kaldı ki, burada sadece işlevsel bir ayırımın yapıldığı ve her iki tür program arasında teknik açıdan bir fark bulunmadığı da tespit ve teslim olunmaktadır. Çünkü, her program, mevcut birtakım sorunlara çözüm getiren talimatları ifade etmektedir (bkz. ve krş. **Müller-Hengstenberg**, 3129).
17. Bu hususta bkz. **Heussen**, GRUR 1987, 781 vd.; **Rutkowsky/Gerhardt**, 82 vd.; **Honsell**, 313 dn. 2'de anılan yazarlara. Keza **Erel**, 41; **ayy.**, Bilgisayar, 143. Ayrıca, ABD'deki tartışmalar ve farklı görüşleri yansıtan örnek kararlar için bkz. **Erel**, Bilgisayar, 155 vd.; **Kaypakoğlu**, 10-12.
18. Tartışma esas olarak, korumanın bahsedileceği hukuk alanıyla da ilgiliydi. Gerçekten, 60'lı yıllarda başlayan -günlümüzde de devam eden (bkz. örnek olarak **Tekinalp**, § 1 N. 22; **Mackaay**, 16 vd.)- tartışmanın konusu patent ya da fikri haklarla koruma seçenekleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu tartışmanın ayrıntıları için bkz. **Lehmann**, "Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in Deutschland", NJW 1988, 2419 vd.; **Marly**, N. 69, 95 vd.; **Heussen**, GRUR 1987, 783; **ayy.**, ComHdB, Kap. 21, N. 8 vd.; **Kaypakoğlu**, 20 vd.; **Lipton**, 1. Introduction ..., dn. 1 ve 2'ye ait metinler.
19. Bu görüşün ayrıntıları için bkz. ve krş. **zur Megede**, 2583; **Rutkowsky/Gerhardt**, 97 vd.; **Honsell**, 313 vd. ABD'de Kongre bünyesinde oluşturulan "Fikri Haklara Konu Eserlerin Yeni Teknolojik Kullanımlarını İnceleme Komisyonu" (National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works-CONTU) üyesi **Hershey**'nin Komisyon Raporuna muhalefet şerhinde belirttiği "makine kontrolü aşamasındaki bir programın insana değil, makineye hitap ettiği için" hukuki koruma konusu oluşturmayacağı yönündeki görüşü için bkz. **Erel**, Bilgisayar, 159, 163.
20. **AnaBritannica**'ya göre *algoritma*, "matematikte bir sorunun yanıtını ya da bir problemin çözümünü sonlu sayıda aşamada veren sistematik yordam." Daha açık bir ifadeyle, algoritma, program hazırlığı için bir ön aşama olup, bu aşamada, programın ortaya çıkması için fikren yoğun bir çaba harcanır. Bununla, bu hazırlığın nedeni olan sorun hakkındaki bilgilerin elde edilmesinden (verilerden) ulaşılmak istenen çö-

layabileceği bir dil olduğu ve genel geçerli bir bilgi alanı olarak kamuya mal edilmiş olması dolayısıyla üçüncü kişilerin kullanımını/yararlanmasını izne bağlanmasının mümkün olmayacağını, bu nedenle programın fikri hak konusu olamayacağını; çünkü, fikri hak konusu olabilecek fikrin (eserin), özgün olması gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise²¹, fikir ve sanat eserleri hukukunun program oluşturulurken dayanan algoritma bilgisini koruma altına almadığını; bu bilginin kullanılmasının sonucu olarak öncelikle yaratıcısının kafasında biçimlenen yazılımin, bir edebî eserin yaratılış sürecine çok benzeyen bir süreçten geçtiğini; bunun sonucunda bir fikir olarak değil, fikrin bir ifade biçimi olarak özgün bir varlık kazandığını ileri sürmekte; bu nedenle de, edebî eserlere benzetilerek korunması gerektiğini savunmaktadır²². Nihayet, bu son görüş izlenerek çeşitli hukuk düzenlerinde programın fikri hak konusu olarak kabul edildiği ve kanunlaştırmalar yapıldığı gözlenmektedir²³. Böylelikle, hiç olmazsa bu yönde düzenlemeleri bu-

zime (sonuçlara) değin tüm aşamaların açık ve kesin biçimde belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu tanım ve açıklamalar için bkz. *AnaBritannica*, "Algoritma" ve "Bilgisayar Programı" maddelerine. Ayrıca kıy. *Marly*, 28 vd.; *Rutkowsky/Gerhardt*, 98.

21. *Lehmann*, NJW 1988, 2441; *ayy.*, GRUR Int. 1991, 329; *Heussen*, GRUR 1987, 779; *Michalski/Bösert*, 92; *Mackaay*, 14-15. ABD'deki durum için bkz. *Bauer*, GRUR 1984, 139 vd.; *Rutkowsky/Gerhardt*, 99 vd., özellikle 101-102.
22. Buna karşılık tespit olundukları kitaplarda kalıcı hale gelen fikirlerle yazılımlardakiler arasında fark gören yazarlar vardır. Bunlar için örnek olarak bkz. *Heussen*, GRUR 1987, 782; *Müller-Hengstenberg*, 3130.
23. Örneğin 7.6.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunun 1 nci maddesi ile *FSEK 2/11*'de bu yönde bir değişiklik yapılmış bulunmaktadır. Türk yasa koyucunun bu değişiklikte kendisinden esinlendiği 14 Mayıs 1991 tarih ve 91/250 sayılı Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunmasına İlişkin Avrupa Topluluğu Yönergesi [*Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs/Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*] ([1991] O.J. L122/42) Art. 1/1 de programı "... Edebî ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Dair Bern Konvansiyonu anlamında edebî eser olarak..." fikir hukukunun koruma alanına dahil etmiştir (Erel, *Bilgisayar*, 143. AT Yönergesi metni için ayrıca bkz. E.C. Intellectual Property Materials [ed.: A. *Booy/A. Horton*], London 1994, 5; GRUR Int. 1991/5, 546). Aynı yönde kanunlaştırmalar ya da kanun değişiklikleri için örnek olarak Kanada'da *Copyright Act 1988 Değişikliği Section 2* (bu kanun değişikliği hakkında değerlendirilmeler için bkz. *Mackaay*, 14 vd.); Amerika'da *Copyright Act Title 17, Section 101* (bkz. *Erel, Bilgisayar*, 158); Almanya'da, *Urhebergesetz*'e yeni hükümler eklemek suretiyle bu yönde yapılan değişiklikler için bkz. *Harte Bavendam*, 11. Urheberrecht, ComHdB, Kap. 54, N. 5 vd.; keza *Rutkowsky/Gerhardt*, 82 vd.

tunan hukuk düzenleri bakımından, programın hukukî niteliği üzerindeki tartışmaların da konusuz kalmış olduğu belirtilmelidir.

II. BİLGİSAYAR PROGRAMI DEVRİNİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELERDE EDİMİN KONUSU ÜZERİNE TARTIŞMA

A. GENEL OLARAK

Edim, en genel anlamı ile, alacaklının, borçludan talep etmeye hakkı olduğu bir davranıştır. Edimin birçok çeşidi bulunmaktaysa da, burada önemli olan konusu bakımından edimlerdir. Bu bakımdan edim, olumlu (verme ve yapma) veya olumsuz (yapmama ve katlanma) edimler ve kişiye bağlı veya maddi edimler biçiminde belirir²⁴. Edim, her beliriş biçimine göre farklı hükümlere tâbi olup farklı sonuçlar doğurur²⁵. Sözceliği, ifa biçimi bakımından farklılıkları vardır. Örneğin, verme edimlerinde, "edim sonucunun ifasından"; yapma edimlerinde ise, "edim fiilinin ifasından" söz edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere, satım sözleşmesinde ifa, satılanın mülkiyetinin devri ve zilyetliğinin alıcının egemenlik alanına terk edilmesiyle (edim sonucunun ifası ile) gerçekleşmiş olur. Yoksa, satılanın ifa amacıyla/yerine gönderilmesi ile (edim fiilinin ifası ile) değil²⁶!. Diğer bir sonuç da, ki bu sonuç satılanın zilyetliğinin geçirilmesi borcunun da bir uzantısıdır, satılıp zilyetliği de alıcısına geçirilmiş olan satılandaki ayıplardan sorumluluktur. Tam da bu noktada programın durumunun, konusu üzerindeki hakların devrini amaçlayan sözleşmelerin, örneğin satım sözleşmesinin olası diğer tüm konularından farklı olduğu belirtilmektedir²⁷.

Bilgisayar programının fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunmakta olduğu ve üzerinde çeşitli borç ilişkileri kurulabildiği bir gerçektir. Her borç ilişkisi de, kuruluşuyla birlikte

24. Eren, c.I, 98 vd.

25. Carbonnier, J.: Droit civil, T. 4, Les Obligations, 17^e éd., Paris 1993, 26.

26. Bu hususlarda bkz. ve karşı Eren, C.I, 93 vd.; c. III, 80.

27. Karşı Rutkowsky/Gerhardt, 4.

içeriğinde çeşitli borçlar bulundurulur. Bu borçların her birinin, sonsuz çeşitlilikteki hayat olaylarından bir ya da birkaçından aldığı konusu vardır. Bunlar arasında, doğaldır ki, fikir ürünleri de bulunur.

Ancak, bilindiği gibi, fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunan hukukî ya da fiilî durumların (statünün; pozisyonun), yani fikrî hak sahipliğinin ve dolayısıyla bu eserler üzerindeki hak ve yetkilerin tümüyle devri ve miras yoluyla intikalı söz konusu olmaz²⁸. Diğer bir deyişle, fikrî hak, sahibine sağladığı tüm hak ve yetkilerle küllî olarak, mutlak bir biçimde devredilemez (Bkz. FSEK 14-16, 57/1; krş. UrhG § 29/1 2). Bir fikrî hakkın devrinden söz edildiğinde, o hakkın muhtevasında yer alan herhangi bir malî hakkın devredilmiş olduğu ya da münferit yararlanma yetkisinin üçüncü bir kimseye bırakılmakta olduğu anlaşılır²⁹. Bu durumda, hakkı böyle bir kapsamla devre yarayan hukukî ilişkiler ve bunların nitelendirilmesi sorunu³⁰ ortaya çıkmaktadır.

Taraflar, standart bilgisayar programlarının devrini amaçlayan sözleşmeler için genelde, "satım", "lisans", "bilgisayar programı leasingi" ve benzeri adlar kullanmaktadır³¹. Ancak bu adlandırma, sözleşmenin nitelendirilmesi için yeterli ve çok da önemli değildir. Bunun yerine, tarafların, sözleşmenin koşullarında beliren gerçek iradelerine bakmak gerekmektedir³². Bilgisayar programlarının devri, yararlanma süresi bakımından, *süreli* (auf Zeit) devir ve *sü-*

28. **Tekinalp**, § 15 N. 11; **Erel**, 240; **Ayiter**, 199. Malî ve manevî olmak üzere iki küme haktan oluşan fikrî haklar içerisinde kural olarak yalnız malî hakların devri mümkündür. FSEK'na göre, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, işleme hakkı, temsil hakkı, radyo ile yayın hakkı, pay ve takip hakkı olmak üzere çeşitli görüntüleri olan malî haklar, hak sahibinin izni olmaksızın kullanılamazlar. Bu hususlarda ayrıntılar için bkz. **Erel**, 250 vd.; **Tekinalp**, § 15 N. 12 vd. Keza bkz. ve krş. **Maackay**, 26-27.

29. **Lehmann**, NJW 1988, 2421; **Tekinalp**, § 15 N. 13; **Beşiroğlu**, 61; **Kilian**, Referat, 94; **Honsell**, 314; **Ayiter**, 199. Krş. **Erel**, 250.

30. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, 40 vd., özellikle 68 vd.

31. Örneğin, Microsoft firması her standart programla birlikte hazır olarak sunduğu lisans sözleşmesi metninde "yazılım ürünü satılmamış olup lisans hakkı verilmiştir." cümlesine yer vermektedir.

32. **Kaplan**, L. Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, 40 vd.; **zur Megede**, 2583; **von Westphalen**, N. 539.

rekli (auf Dauer) devir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³³. Kullanıcıya, belirlenen bir süre boyunca yararlandıktan sonra sözleşmede öngörülen zamanda iade etme veya imha etme yükümlülüğü yükleyen sözleşmelerle *sürelî program devri* yapılmış olmaktadır³⁴. Buna karşılık, yararlanmanın süreye bağlanmadığı, zaman itibarıyla sınırsız program devri sözleşmeleri ile *sürekli devir* amaçlanmaktadır³⁵. Tarafların, programın *belirli süre* kullanımını üzerine anlaştıkları hukukî ilişkinin kira veya hasılat kirası ya da leasing olduğu kabul edilmektedir³⁶. Buna karşılık, *sürekli devrin* söz konusu olduğu ilişkilerde satım ya da satım benzeri bir sözleşmesinin gerçekleşmiş olduğu düşünülür³⁷. Bununla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan sözleşmelerin, satımdan daha çok lisans sözleşmesi ile örtüştüğü de haklı olarak ifade edilmektedir³⁸.

Daha geniş bir çalışmanın konusu olan³⁹ bu hususlar için çözüm aranırken karşılaşılan çeşitli sorunlardan birisi ve belki de en önemlisi program devrinin amaçlandığı hukukî işlemde edimin konusu olmaktadır. Gerçi bu husus, bağımsız bir sorun değil, daha çok edim konusunu teslim, ayıptan sorumluluk gibi ana sorunların çözümününün dayandırılacağı bir önsorun niteliğindedir⁴⁰.

Borçlar Kanununda, bir aynî ya da şahsî hakkın devrini amaçlayan sözleşmeler düzenlenirken edimin konusu olarak, daha çok

33. Örnek olarak bkz. **Yıldırım**, 68 vd.

34. **Yıldırım**, 79-80.

35. Burada, *sürekli* ya da zaman itibarıyla sınırsız devir ile *belirsiz süreli* (unbestimmte Zeit) devrin karıştırılmaması gerekir. Belirsiz süreli devirlerde, gerçekte devir süreli olmakla birlikte yararlanma hakkının sona ereceği an sözleşmede saptanmış bulunmamaktadır. Bkz. **Marly**, N. 42.

36. **Yıldırım**, 80 vd.

37. **Gauch**, P.: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 35; **Michalski/Bösert**, 15 vd.; **Mackaay**, 32; krş. **Tekinalp**, § 16 N. 78; **Hoeren**, CR 1988, 909.

38. **Martinek**, 11; **Kindermann**, 156; **Engel**, 1163; **Heussen**, GRUR 1987, 790. Keza, örtlü olarak **Moritz**, ComHdB, Kap. 42, N. 87; N. 22-23.

39. Türk hukukunda bu hususları ayrıntılı bir biçimde inceleyen eser olarak bkz. **Yıldırım**, M. F.: Standart Bilgisayar Program Devri Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), DokT., İstanbul 1999.

40. **Michalski/Bösert**, 7; **Engel**, 1162. Krş. **Mackaay**, 14. Krş. **Martinek**, 11.

bu hakların üzerinde kurulduğu somut maddî varlıklar ve diğer haklar esas alınmış görünmektedir. Buna karşılık, gerek Türk/İsviçre Borçlar Kanununda ve gerekse BGB'deki tipik sözleşmelere ilişkin hiçbir düzenlemede edim konusu olarak bir fikrin seçilmesi halinde, onun ayıbından sorumluluğu düzenleyen bir hüküm yer almamaktadır⁴¹. Bu yüzden ortaya çıkan bir tartışmada çeşitli görüşler savunulmaktadır. Buna göre, programın devri halinde, fikri muhtevasını önde tutarak programı fikrî bir varlık sayanlar ya da onu yararlanılır kılan aracı öne alıp onu "eşya" olarak görenler veya ilk iki görüşün pratikte ulaştıkları aynı sonuca bakıp yalnızca işlem hayatına girmesini ve mübadele edilen bir mal olmasını dikkate alarak programı salt ekonomik bir varlık olarak kabul edenler bulunmaktadır.

B. FİKRÎ BİR VARLIK OLARAK PROGRAM

1. Görüş

Bu görüşe göre⁴²; gerçî programın bir veri taşıyıcısı üzerinde devredildiği ve bu sonuncunun eşya hukuku anlamında "şey" olduğu doğrudur; ama, bu veri taşıyıcısında kaydolunan, taşınan verilerin ayrı bir önemi vardır. Hiç olmazsa iktisadî açıdan böyledir.

41. Lauer, J: "Verträge über Software-Leistungen in Praxis", BB 1982, 1758 vd.; Lowenstein, M. P.: "AGB Probleme beim Ein- und Verkauf von Computersoftware", BB 1985, 1969. Alman hukukunda, BGB'nin bir fikrin devri halinde, bunun tespiti ile ilgili kıyası elverişli bir hükmün bile yer almadığı belirtilmektedir. Bütün bunların nedeni, kanundaki sözleşme tipleri yaratılırken hayatın olağan akışı içerisinde sık rastlanan olgular dikkate alınarak standartlaştırılmış edimlere dayatılmasında görülmektedir. Bkz. ve kıy. Heussen, GRUR 1987, 779, 783. Kıy. Kilian, Referat, 81, 91.

42. Engel, 1160; zur Megede, NJW 1989, 2582; Mehrings, NJW 1986, 1905; ayy., NJW 1988, 2439; Heussen, GRUR 1987, 781; Smith, 55; Kilian, Referat, 81; Junker, "Computerrecht: Gewerblicher Rechtsschutz, Mängelhaftung, Arbeitsrecht", JZ 1989, 321; ayy., NJW 1993, 824; ayy., JZ 1993, 448; Redeker, 1740; Honsell, 315. Ayrıca, programın, bir veri taşıyıcısına bağlanmakla kazanabileceği cisimiyetini, dolayısıyla eşya niteliğini son kullanıcının bilgisayarına doğrudan kaydedilmesi durumunda yitireceğini vurgulayan ve Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu hükümleri anlamında "mal" sayılmayacağını ifade eden görüşü için bkz. Moritz, ComHdB, Kap. 43, N. 22 vd.; Kap. 45, N. 19 vd.

Çünkü, bu veriler, özellikli oldukları için bir sözleşmeye konu oluştururlar ve iktisadî açıdan program taşıyıcısından kıyas kabul etmeyecek denli daha yüksek bir değerdedirler. Bu yüzden, programın magnetik bir bant veya disk üzerine kaydı, ona, maddî, fiziksel bir biçim kazandırmaz. Diğer bir deyişle, bir cisim üzerine kaydedilen programın, maddeleşmiş ve böylelikle de asıl niteliğinin değiştirilmiş olduğundan söz edilemez⁴³. Çünkü, herhangi bir biçime sokulmuş olmakla, dolayısıyla fiziksel bir dış görünüme kavuşturulmakla yazılımın düşünsel içeriğine (maddî muhtevasına) bir katkı sağlanmış olmasından ya da onun değerini yitirmiş olmasından söz edilemez⁴⁴.

Ayrıca, burada kitaptan da farklı bir durum vardır⁴⁵. Kitap, sadece insanlar arasındaki bilgi alışverişini sağlayan bir araçtır. İnsanın algılama ve kavrama yetisine sunulan bir edebî eser, bu yetilere bağlı olarak insan düşünüş ve davranışına etki eder. Oysa, program, bir eşya olan bilgisayar donanımının verili (bilinen) bir soruna hazır çözümler üretmesi için yaratılır ve sadece makine (bilgisayar donanımı) tarafından okunabilir. Beklenen yararlanma, sadece kullanıcı arayüzü sayesinde elde edilir. Kitap satın alan bir kimse, bunu sattığında veya yok ettiğinde, kitabın yarattığı etki az çok kalır: İnsan, bir romandan ya da şiirden parçalar, dizeler anımsayabilir veya kitabın yol açtığı davranış değişikliği de kitabın yok olmasıyla birlikte kaybolmaz. Oysa, program için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Çünkü, programın sistemden kaldırılması halinde, geriye donanım programla birlikte yüklenen hiçbir işlev kalmayacaktır. Donanım başka bir program kaydolunabilecektir ve fakat bu yeni program silinen programı andırırsa bile, donanım, önceki programın işlevlerini artık anımsamayacaktır⁴⁶. Bunun gibi,

43. **Druery**, 153; **Honsell**, 315; **Kilian**, Referat, 81; **Mackaay**, 27; **Prüm**, A.: "Le Logiciel, en Droit Français", Tagung (Hrsg.: H.-L. Weyers), 47. Krş. **Engel**, 1160.

44. **Kilian**, Referat, 81; **Redeker**, 1740; **Druery**, 153; **Honsell**, 315. Anglo-Amerikan hukuk çevresinde yapılan değerlendirmelerde de, program, elle tutulamayan, fakat zihinsel olarak kavranabilen, saf fikrî bir varlık olarak kabul edilmektedir (**Smith**, 55).

45. **Redeker**, 1739 vd.

46. Krş. **Redeker**, 1739-1940; **Kindermann**, GRUR 1983, 154, 156.

bir fikir olarak programın donanım üzerinde gösterdiği etkinin benzerini, sayfalar üzerinde yazılmış olan fikirlerin kitap üzerinde göstermesi de beklenemez⁴⁷.

Bunun gibi, son kullanıcının bilgisayarına doğrudan doğruya kaydı sağlayan elektronik ağlar ya da kablolar üzerinden aktarılan programların da eşya olduğundan söz etmek mümkün değildir⁴⁸. Çünkü, bu gibi durumlarda maddî bir şey, bir veri taşıyıcısı teslim edilmemekte, sadece fikrî bir varlığı olan program aktarılmaktadır⁴⁹.

Bu görüş çerçevesinde sayılabilecek diğer bir görüşe⁵⁰ göre de, maddî bir şey üzerine kayıt, programın ilgililere yarar sağlayabilmesinin önkoşuludur. Aksi halde, ne program varlık kazanabilir ne de fikrî haklara konu oluşturabilir, dolayısıyla da koruma konusu olabilirdi. Bundan başka program kaydolunurken veri taşıyıcısı üzerinde çıplak gözle görülemeyen öyle değişiklikler ortaya çıkar ki, artık onları birbirinden ayırmak her ikisinin de öz niteliğinde değişikliklere yol açar. Bu nedenle, bunlar arasında bir bütünleşmeden, daha açıkçası, programın taşıyıcısının mütemmim cüz'ü haline gelmesinden (!) söz etmek gerekir. Bununla birlikte, program, fikrî hukukun koruma alanına dahil olan bir gayrimaddî mal ve veri taşıyıcısı da, eşya niteliğinde sayılmalıdır. Hal böyle olunca, program, fikir ve sanat eserleri hukukuna, veri taşıyıcısı ise eşya hukuku kurallarına tâbi olmalıdır.

47. Gerçekten, Millard'ın (Copyright, [Reed, C. (ed.), Computer Law, 3. ed., Hampshire 1996], 129) da belirttiği gibi, bilgisayara verilen talimatları temsil eden *sin-gelerin* ve bilgisayarın, üzerinde yapılacak işlemlerle aracılık edeceği amaçları anlatan *işlevlerin* oluşturduğu bütünü ifade eden programın donanımla bu türden etkileşiminin bir benzerini kitaplarda görmek olası değildir. Krş. zur Megede, 2582.

48. Redeker, 1740; Kilian, Referat, 81; Smith, 55-56; Moritz, ComHdB, Kap. 45, N. 19, 23.

49. Kilian, Referat, 95; Müller-Hengstenberg, 3130-3131;

50. Rüesch, C.: Die Weitergabe von Standard-Software, Diss., Zurich 1988 (Yıldırım, 50-51'den naklen). Bu görüş, her ne kadar Yıldırım tarafından "bağdaştırıcı görüş" olarak sınıflandırmakta ise de, aslında sonuçta program hakkında fikrî varlık niteliği yanında tutum almaktadır. Kaldı ki, bir görüşün programı fikrî bir varlık, diğerinin ise program ve veri taşıyıcısını bütün bir eşya olarak kabul ettiği düşünülecek olursa bunların bağdaştırıcı görüşün bu olmaması gerekir.

2. Eleştirisi

Veri taşıyıcısı üzerine kaydolunmakla programın şey niteliği kazanacağı yaklaşımına, bunların değerleri arasında karşılaştırılması mümkün olmayan bir farklılığın varlığından söz ederek itiraz edilmesi yanlış bir hareket noktasına dayanmaktadır. Bu, eşya niteliğinin belirlenmesi için ekonomik değer dayanak noktası olarak alınmasıdır. Oysa, bir hukukî varlığın ekonomik değerine bakılarak eşya olup olmadığına karar verilemez. Kaldı ki, bunlar arasında oluşan birlik, artık farklı ekonomik değerden söz etmeyi engeller niteliktedir⁵¹. Gerçekten, yapılan kayıt sonucunda taşıyıcı yüzeyinde ancak optik bir okuyucu aracılığıyla görülebilecek değişiklikler meydana gelmektedir. Bu da, her ikisi arasında maddî ve hukukî birlik oluştuğunun göstergesidir⁵².

Programı kitaptan ayırmanın, onun doğrudan doğruya makine tarafından okunabilmesi özelliği olduğu doğrudur. Fakat ne kullanıcı ne de makine için programın içerdiği fikir önemlidir. Burada önemli olan, programın işlevselliğidir⁵³. Bu yüzden, pek çok zahmet ve fikrin sonucunda yaratılan ve belirli bir amacı gerçekleştirmek (sorun çözmek) üzere düzenlenen bilgisayar programını, herhangi bir alet ya da makine (Gerät) gibi görmek gerekmektedir⁵⁴.

Programın, doğrudan bilgisayara yüklendiği/kaydedildiği durumlarda, kullanıcının, program üzerinde klasik anlamda olmasa da teknik olarak fiili egemenliği kurulmuş olur. Bu durumda da, program devrinin, şey satımından farklı olarak nitelendirilmesini gerektirir bir nedenden söz edilemez⁵⁵.

Kaldı ki, bir bilgisayar sistemi temin etmek isteyen kimsenin, en az sorunla karşılaşmayı ve en verimli sonucu elde etmeyi is-

51. Hoeren, CR 1988, 911; König, NJW 1990, 1585.

52. Yıldırım, 51.

53. König, NJW 1990, 1585.

54. Bartsch, 395.

55. Bartsch, 396; König, NJW 1990, 1585.

teyeceği kesindir⁵⁶. Bunun en iyi yöntemi de, programın ya da programların aksamadan işlerliğinin sağlanmasıdır. Oysa bilişim dünyasında, hiçbir programın tam ve mutlak anlamda aksamadan çalışması mümkün değildir⁵⁷. Bu yüzden, programın yedeğinin alınması zorunludur. Öyleyse, bilişim teknolojileri birkaç yılda bir tamamen yenilense bile, hâlâ ve sürgit programların yedeklenmesine gereksinim vardır ve olacaktır. Bu da gösteriyor ki, uzak bir bilgisayardan iletim hatları aracılığıyla doğrudan kayıt yöntemi kullanılarak elde edilse bile, programın eşya niteliğinden kuşku duymamak gereklidir⁵⁸.

Bu yüzden, program nüshasının fikrî bir varlık olduğundan bahisle, burada, lisans sözleşmesinin varlığını tartışmaya açacak bir durum bulunmaz. Çünkü, lisans, yalnız bir fikir ürünü üzerindeki haklara dahil olan bir yetkinin devrini ifade eder; yoksa, nüshaların devrini amaçlamaz⁵⁹.

C. "EŞYA" OLARAK PROGRAM

I. Görüş

Alman hukukunda savunulan⁶⁰, İsviçre⁶¹ ve Türk hukukunda da izleyicileri⁶² olan bir görüşe göre, yazılım, daha doğrusu program maddî bir varlıktır. Programın, programcısının hakimiyet alanında

56. König, NJW 1990, 1584-1585; ayy., NJW 1989, 2604; Bernacchi/Frank/Stalund, §70, 72.

57. İnanıcı, II "Bilişim ve Yazılım Hukuku, Uygulama İçinden Görünüşü, HBD 1996, C. 70/S. 7-9, 532-533. Ayrıca bilgisayar programlarının aksamadan çalışmasının mümkün olup olamayacağı ve bunun hukukî açıdan değerlendirilmesi hakkında bkz. ve kıy. Heussen, ComHdB, Kap. 12, N. 79 vd.; Schneider, J.: "EDV und Recht. Rechtsinformatik" Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart (Hrsg.: Kaufmann, A./Hassemer, W.), 6. Aufl., Heidelberg 1994, 510.

58. Kıy. Bartsch, 396; König, NJW 1990, 1585-1586.

59. Bartsch, 394. Aynı yazara göre, aslında belirsiz oluşu yüzünden fikri haklarda "lisans" sözcüğünü kullanmaktan kaçınmak gerekmektedir (394 dn. 7).

60. König, NJW 1989, 2605; ayy., NJW 1990, 1584; ayy., NJW 1993, 3124; Marly, N. 73 vd.; Bydlinski, 305-306; Bartsch, 395; Taeger, 261; Hoeren, 240-241; ayy., CR 1988, 911.

61. Führer, 130-131.

62. Yıldırım, 51-52. Kaypakoğlu, 135-138.

vücut bulmasından sonra işlem hayatına çıkabilmesi, akçeli bir değerinin oluşabilmesi ve nihayet son kullanıcının ondan yararlanabilmesi için, çoğunlukla, kendisi de maddî bir varlık, eşya olan disket, sabit disk, magnetik bant veya üzerinde verileri elektrik akımına bağlı olarak nakleden yarıiletkenler (*semiconductor*) gibi herhangi bir veri taşıyıcısı üzerine yerleştirilmesi, böylelikle son kullanıcı için programı işe yarar kılmak önemlidir⁶³. Bunun sağlanması için ve bu yolla veri taşıyıcısının onun egemenlik alanına sokulması gerekmektedir. Yoksa son kullanıcının programda ve veri taşıyıcısında olmak üzere iki farklı menfaatten söz etmek gerekir ki, bu gerçek duruma uymaz. Tersine, onun yegâne menfaati, her ikisinin oluşturduğu bütün üzerinde bulunur⁶⁴. Bu nedenle, program böyle bir veri taşıyıcısı üzerine kaydedilerek devir ve teslim edilmekteyse, programla taşıyıcısı arasında bir *hukukî birlik oluşur* ve artık onların *hukukî akibetleri ortaktır*⁶⁵.

İster disket, CD-ROM gibi bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş olarak teslim edilmiş olsun, ister veri taşıyıcısının söz konusu olmadığı programın doğrudan kullanıcının bilgisayarına kaydedildiği durumlarda olsun sözleşmenin konusu, bir eşya devir ve teslimidir⁶⁶. Tüm bu durumlarda, hukukî anlamda eşya kavramının egemen olunabilirlik ögesi mevcuttur. Fakat burada, klasik anlamdaki hukukî egemenlik değil, kullanıcının bilgisayarının bellegine ya da sabit diskine kaydedilmekle program üzerinde *teknik*

63. **Marly**, N. 39; **Hoeren**, 239-240; **ayy.**, CR 1988, 911; **König**, NJW 1989, 2605. Krş. **Michalski/Bösert**, 35.

64. **Hoeren**, CR 1988, 911; **Yıldırım**, 51.

65. Krş. **Michalski/Bösert**, 6; **Hoeren**, CR 1988, 911. Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu hükümlerinin uygulanma alanının belirlenmesi bağlamında soruna değinen **Moritz**, sadece veri taşıyıcısına kaydolunan programların, sırf bu yolla cismaniyet kazanmış olması nedeniyle bu Konvansiyon anlamında "mal" olarak nitelenebileceğini; buna karşılık, son kullanıcının bilgisayarına doğrudan kaydedilen programlar için fikri muhtevanın değerli ve önemli olduğunu ve anılan Konvansiyonun bunlara uygulanamayacağını belirtmektedir (ComHdB, Kap. 45, N. 19 vd.).

66. **Taeger**, 261; **Marly**, N. 86-87; **Bartsch**, 396; **Martinek**, 16; **Fuhrer**, 131. Hiç olmazsa, fiziksel bir ortam üzerinde teslimi halinde, programın eşya niteliğinin bulunduğu akla uygun gelmektedir: **Smith**, 56.

egemenlik ele geçirilmektedir⁶⁷. Bunu kavramanın ön koşulu ise, doğal olarak, teslimin geniş anlamda yorumlanmasıdır⁶⁸.

Burada, bir videonun veya kitabın devrine benzeyen bir durum da söz konusudur. Nasıl ki, bir eserden yararlanmak için içerdiği fikrî ürünün video veya kitap gibi araçlara kopyalanması suretiyle çoğaltılması, yani maddî tespiti gerekmekteyse, programdan umulan yararın elde edilebilmesi için de bir veri taşıyıcısına tespit zorunludur⁶⁹. Burada, orijinal eserin değil, bir taşıyıcı (maddî bir araç) üzerine tespit edilmiş olan nüshalarının devri amaçlanmaktadır. Şu halde, programı fikrî/gayrimaddî sayanların⁷⁰ gözden kaçırdığı bir şey vardır: Fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunan fikir ürünü ile bunun bir örnek biçiminde çoğaltımı olan nüshası arasında ayırım yapmak⁷¹!...

Bu görüş taraftarları, 1987 tarihli BGH kararında⁷² kendi görüşlerine dayanak bulunmaktadır⁷³. Mahkeme, sözleşmenin ko-

67. Taeger, 261.

68. Marly, N. 86. König, NJW 1989, 2605; Schneider, J.: "EDV und Recht - Rechtsinformatik", Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Hrsg.: Kaufmann, A./Massemmer, W.), 6. Aufl., Heidelberg 1994, 510. König, NJW 1990, 1585'de ise, eşyanın teslimi kavramını geniş yorumlamayı yerinde bulmaktadır. Ona göre, son kullanımın bilgisayarına doğrudan doğruya kopyalanmaya rıza göstermesi durumunda *ifanın* gerçekleşmiş olduğunun buna karşılık, böyle bir kopyalamaya sonradan onay verilmesi halinde *ita verine edim* niteliğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumlarda, tarafların iradelerine uydukça ve son kullanıcı için, programın bilgisayarına kopyalanması ile bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı programı teslim alması arasında ekonomik olarak fark bulunmuyorsa eşya teslimüne ilişkin hükümlerin *kiyasen* uygulanmasını önermektedir.

69. Hoeren, CR 1988, 911; König, NJW 1993, 3122; Martinek, 13.

70. Örnek olarak bkz. Redeker, NJW 1992, 1739 vd.

71. König, NJW 1993, 3122. Fakat König'de aynı yerde (sağ sütunda) "Bununla birlikte, sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda, devralana özel yararlanma ve (akeft) değerlendirme hakları verilmeksizin bilgisayar programının 'sadece' basit bir devri konu edilmektedir" derken, belli ki bir noktayı ya gözden kaçırmakta ya da önemsiz bulmaktadır: Bu, bir şeyin mülkiyeti devredildiğinde, artık malik için herhangi bir sınırlandırmadan söz edilemeyeceğidir. Bu konuda bkz. daha aşağıda "III. DEĞERLENDİRME" başlığı altındaki açıklamalara.

72. Bkz. BGHZ 102, 135 vd.=NJW 1988, 406 vd., özellikle 408.

73. Örnek olarak bkz. König, NJW 1990, 1584; ayy., NJW 1993, 3121; Hoeren, 239 vd.; Martinek, 12 vd.

nusunun. "... içinde cisimlendirdiği programla birlikte veri taşıyıcısı olduğu ve bundan dolayı, program devrinin hiç olmazsa (zumindest) maddî bir varlık, bir şey devrinde olduğu gibi şey satışına ilişkin hükümlere tâbi tutulmasının" uygun olacağı⁷⁴ yönünde görüş açıklamaktadır. BGH, taşıyıcısı olmaksızın, doğrudan program aktarımının söz konusu olduğu diğer bir olayda da aynı görüşe eğilimini gösteren bir sonuca ulaşmış bulunmaktadır⁷⁵.

Alman İmalatçının Sorumluluğu Kanununun uygulama alanına ilişkin bir açıklamaya göre de; bu Kanun'un uygulama alanını, doğası gereği özü itibariyle menkul eşya olan "ürün" (Produkt) kavramı sınırlandırmaktadır⁷⁶. Şu halde bilgisayar programı, bu kanun anlamında da eşya olarak kabul edilmelidir⁷⁷. Aksi halde, onun ayıplı olması halinde bu Kanunun uygulanması mümkün olmayacaktır⁷⁸.

Keza, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Satım Sözleşmelerine İlişkin Konvansiyon (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods-CISG)'un uygulama alanı belirlenirken⁷⁹ de, maddeten cisimlenmiş varlığı ifade eden "mal"⁸⁰ (Ware/Güter) kavramının aynı sonucu vereceğinde kuşku bulunmamalıdır.

74. NJW 1988, 407 II 1 a bb.

75. BGHZ 109, 97 vd.=NJW 1990, 320 vd.=JZ 1990, 236 vd. Keza bkz. ve krş. BGH NJW 1993, 1871; GRUR 1985, 1055. Bununla birlikte, BFH (Alman Federal Vergi Mahkemesi)'nin verdiği bazı kararlarda bilgisayar programlarına "maddî-ekonomik mal" (materielle Wirtschaftsgüter) nitelendirmesi yaparken bu görüşü destekler görüldüğüne; fakat aksi görüşü destekleyen kararlarında da "gayrimaddî-ekonomik mal" (immaterielle Wirtschaftsgüter) niteliğini uygun bulduğuna işaret edilmektedir (Bu kararlar ve değerlendirilmeleri için bkz. Hoeren, 240-241).

76. Taeger, 262. Krş. Martinek, 15; Lehmann, NJW 1992, 1723. Bu Kanun (Produkthaftungsgesetz), Avrupa Topluluğu'nun 25.07.1985 tarih 83/374/EEC OJ L210, 1985 numaralı Ayıplı Ürünlerden Dolayı İmalatçının Sorumluluğuna İlişkin Yönerge'ye uygun olarak kanunlaştırılmıştır (Bkz. Hoeren, 240; Westphalen, F. G. v., "Das neue Produkthaftungsgesetz", NJW 1990, 83 vd.)

77. Hoeren, 240; Lehmann, NJW 1992, 1723-1724.

78. Lehmann, NJW 1992, 1724.

79. Moritz, ComHdB, Kap. 45, N. 19 vd.; Taeger, 261. Keza, Erdem, H. E.: La livraison des marchandises selon la Convention de Vienna, Zürich 1990, N. 164 vd.

80. Yazılımın zaten mal karakterini (Warencharakter) taşıdığı ve bu nedenle satım hükümlerinin uygulanmasının akla en yakın çözümü oluşturduğu yönünde görüşü için bkz. Honsell, FS, 314.

Bu durumda, sözleşmeye konu edilen programın eşya olarak kabulü gerekmektedir. Bu anlamda program, gerek eşya hukukunun gerekse borçlar hukukunun "eşya"ya özgü hükümlerine tâbidir⁸¹.

2. Eleştirisi

Programın "eşya" olduğunu iddia eden görüşe göre, bir yandan fikri hak sahibinin, bu hakkını kullanabilmesi ve ilgili kullanıcılar çevresine ulaştırabilmesi için, bilgisayar programının çoğaltılması ve yayılması bir zorunluluktur; öte yandan, alıcı/kullanıcı için programı işe yarar/işlevsel kılmak önemlidir⁸² ve bunun için de veri taşıyıcısının onun egemenlik alanına sokulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, programın, işlem hayatına sunulması ve son kullanıcının kullanımına hazır hale getirilmesi ve bir biçimde piyasaya sürülmesi gerekmektedir. Fakat, sadece bu olguya dayanarak, program ve disketin birbirinden ayıramayacağımı ileri sürmek; buradan hareketle, programın da eşya sayılması gerektiği sonucuna varmak hukuk mantığına ters düşmektedir. Zira, bu görüşün kimi taraftarlarınınca⁸³ da kabul edildiği gibi, program donmuş bir fikirdir⁸⁴.

Kitabın içerdiği fikirler derhal⁸⁵ insan zihninde yer edinir ve zilyedi, kitabı elinden çıkarmış ya da yok etmiş olsa da, kitap sayesinde doğrudan ya da dolayısıyla oluşan izler, birikim kâhçidir. Genel anlamda programın da insanlığın bir biriminin sonucu olduğu bir bilimsel gerçek ise de, kitabın, okuyucusunun kültürel bi-

81. **König**, NJW 1989, 2604; **ayy.**, NJW 1990, 1585; **ayy.**, NJW 1993, 3121; **Marly**, N. 133 vd.; **Littbarski**, S.: Produkthaftung, ComHdB, Kap. 180, N. 42 vd., 118 vd.; **Schmidt-Salzer**, J./**Ott**, G.: Versicherungsschutz gegen Haftpflichtansprüche Dritter, ComHdB, Kap. 122, N. 17, 17a; **Martinek**, 11 vd.

82. **Erel**, 231; **Honsell**, 315; **Michalski/Bösert**, 35; **Kindermann**, 156. Krş. **Marly**, N. 39.

83. **Bartsch**, 395; **Marly**, N. 39.

84. **Heussen**, ComHdB, Kap. 21, N. 31.

85. **Müller-Hengstenberg** (3130)'e göre, programın kitap ve plaktan ayırt edici özelliği, bu sonuçlarda arzu edilen sonucun ya da keyfin (Genuss) derhal ve doğrudan ekle edilmesinde bulunmaktadır.

rikimine katkısının benzerine programın bilgisayarın belleğinde yol açtığını iddia etmek mümkün değildir. Çünkü, bilgisayardan silinmekle program, kural olarak geride hiçbir iz bırakmadan tüm varlığı ile ortadan kalkar⁸⁶.

Program sağlayıcının (tedarikçinin), programı doğrudan doğruya sabit diske kurması ile de programın kazanıldığı bilinmektedir. Yine, programın, bir ağ üzerinden, örneğin, internet üzerinden bağlanılan uzak bir bilgisayardan alıcının bilgisayarına (sabit diskinde) kaydedilmesi (teknik açıdan daha doğru ifadesi ile indirilmesi=download) de mümkündür. Keza, programdan, kullanıcının bilgisayarına aktarmaksızın kayıtlı olduğu diğer bir bilgisayar üzerinde çalıştırarak yararlanmak da imkân dahilindedir⁸⁷. Bu gibi hallerde, gerçekten cismen teslim edilen bir "şey" bulunmaz. Burada söz konusu edilebilecek olanın, ancak fikrî bir varlık olarak programın aktarımı olacağı çok açık bir şekilde gözlenebilmektedir⁸⁸. Gerçi, tüm bu hallerde, aktarılanın, alıcıya (sabit diskinde) ulaştırılması öncesi ve sonrasında maddî bir varlık olarak bir veri taşıyıcısı üzerinde yer aldığı doğrudur. Fakat, sözleşmeye konu edilen, aktarım öncesi (disket vs.) veya sonrası (alıcının sabit diski vs.) programın üzerinde yer aldığı veri taşıyıcısının devri değildir. Olamaz da!..

Gerek Türk/İsviçre hukukunda gerekse Alman hukukunda ekonomik değer arz eden gayrimaddî varlıkların satım sözleşmesine

86. **Kindermann**, 156.

87. **Meier-Hayoz**, FG, 202. Gerçekten de, yerel ağ (LAN) kurularak birden çok bilgisayarın kullanılabilirdiği bir yerde ana bilgisayara (Server) yüklennmiş olan bir program aynı anda tüm kullanıcıların paylaşması, ondan ortaklaşa yararlanması mümkündür. Bu durumda, her kullanıcı için ayrı "lisans" alınması zorunludur. Keza, internet denilen uluslararası bilgi paylaşım ağı üzerinde de benzeri bir işlem yapılabilir. Bu varsayımda da, her kullanım ayrı bir program devri niteliğinde olacaktır. Bkz. ve krş. **Müller-Hengstenberg**, 3131.

88. **Müller-Hengstenberg**, 3131; **Mehrings**, J.: "Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online und CD-ROM-Datenbanken", NJW 1993, 3105; **Engel**, 1159; **Müllard**, C., Copyright, [Reed, C. (ed.), Computer Law, 3. ed., Hampshire 1996], 147-148.

konu edilebilmesi, üzerinde tartışılmayacak bir konudur". Gerçekten, program, satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilir; bununla birlikte, doğaldır ki, "fikri" olma niteliğini yitirmez". Nitekim, Alman Federal Mahkemesi (BGH) de, programı gerçekte eşya saymamış; sadece şey satımına ilişkin hükümlerin duruma uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını kabul etmiştir⁸⁹.

Veri taşıyıcısı, âdeta bir ambalaj işlevi görmektedir. Bu anlamda, edim konusunun özelliği, sözleşmenin ifası için ambalaj ve içindeki arasında sıkı bir bağlılığın kabûlünü haklı gösterebilir. Örneğin, sıvı ya da gaz herhangi bir madde için taşınacağı bir kabın bulunması ve yerine göre bu kabın niteliği önemli olabilir". Her zaman ambalaj bedeli, karşı edim olarak belirlenen ivazın içerisinde bir öge ya da tamamen ayrı bir öge olabilir; ama her durumda gözden kaçırılmaması gereken şey, birincil edimin konusunun ambalaj değil, içindeki olduğudur". Boş bir kağıdın, hiç denecek bir değeri vardır ve o, sade(ce) bir "kâğıttır"; ama, üzerine usulüne uygun olarak kaydedilenler ona değer kazandırır. Ya bir edebî eser veya kıymetli evrak...

Sonra, bu gibi sözleşmelerde, tedarikçi kullanıma alâde bir yararlanma hakkı vermektedir. Her ne kadar lisans sözleşmesi, bir fikir ürünü üzerinde hak sahibinin haiz olduğu hak ve yetkilerin

89. Beşiroğlu, 95; **Honsell, H.**, Schweizerisches Obligationenrechts, Besonderer Teil; 3. Aufl., Bern 1995, 25, 26; **ayy.**, 313-314; **Meier-Hayoz**, FG, 194; **Palandt/Putzo**, § 433 N. 5; **Staudinger/Dilcher**, Vorbem. zu § 90 N. 10; **Brox**, Besonderes Schuldrecht, 21. Aufl., München 1996, N. 106a. Anglo-Amerikan hukukunda aynı yöndeki uygulamaya için bkz. ve karşı **Smith**, 55; **Mackaay**, 32.

90. **Honsell**, 315. Karşı **Staudinger/Dilcher**, § 90 N. 2.

91. Zaten BGH kararında, satımda ay-ya karşı tekeffülî düzenleyen BGB § 459'un, ayıp sorunun halledilmesinde dayanılacak en uygun ölçüt olduğu için, hiç olmazsa bu hükümlü kıyasen uygulanmasının (zumindest entsprechende Anwendung) elverişli olabileceği ifade edilmektedir (NJW 1988, 408 II 1 a ff). Aynı yöndeki saptama için bkz. **Mehring's**, NJW 1988, 2438.

92. Bkz. ve karşı **Meier-Hayoz**, FG, 201 dn. 31. Keza BGH NJW 1990, 320.

93. **Mehring's**, NJW 1986, 1905; **Engel**, 1160, 1162; **Meier-Hayoz**, FG, 200-201. Keza karşı **Maier, A.**, "Zur Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern", NJW 1986, 1911 dn. 26.

devrini ifade etse de, buradaki görüntüm de buna benzemektedir⁹⁴. Özellikle fikrî hak konusu olmayan programlarda, bu, daha açık bir biçimde görünür⁹⁵.

D. EKONOMİK BİR VARLIK, "MAL" OLARAK PROGRAM

1. Görüş

Bir görüşe göre, sorun ikinci derecede olup, pratik sonuçları itibariyle her iki görüş arasında önemli farklar bulunmamaktadır. İster maddî bir "şey" olarak kabul edilsin, ister gayrî maddî bir varlık olduğu görüşü benimsensin program nihayetinde akçeli işlemlere konu oluşturabilecek, ekonomik bir maldır⁹⁶. Hal böyle olunca, genel olarak bir gayrî maddî varlığın özel olarak yazılımmın Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan sözleşmelere konu edilmesine herhangi bir engelin bulunmaması gerekir⁹⁷. Kanunen düzenlenmiş sözleşmelere, örneğin satım, kira (hak ya da hasılat kirası) ya da eser sözleşmelerine ilişkin hükümler lafzen yorumlandığında, bu sözleşmelerin konusunu maddî bir "şey" oluşturabileceği anlaşılabilir, bu gibi durumlarda, sözü edilen hükümlerin, hiç olmazsa ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilmelidir⁹⁸.

2. Eleştirisi

Program, kabul edilebilir ölçüde kullanılabilir hali elde edilip piyasaya sürülünceye değin bir çok aşamadan geçer. Bu açıdan, program, çok büyük para ve zaman harcanmasının sonucunda ortaya çıkar. Bu, ekonomik anlamda yaratılan bir değeri ifade eder. Ancak kullanıcı için, programın ayrıca bir değeri vardır. Bu da, programın özneliği olarak işlevselliği yanında, kullanıcının ekonomik faaliyetleri içinde arz ettiği değerdir. Anılan değer, kul-

94. Harte-Bavendamm/Kindermann, 566; zur Megede, 2582.

95. zur Megede, 2583.

96. Michalski/Bösert, 7; Schneider, J.; Praxis des EDV-Rechts, köln 1990, (A) N. 175 (Michalski/Bösert, 7 dn, 13'den naklen)

97. Rutkowsky/Gerhardt, 4-5.

98. Michalski/Bösert, 7 vd. Örtülü olarak Staudinger/Dilcher, § 90 N. 3.

lanıcının somut, yani programı kullanmakla varmak istediği hedeflerle bağlantılı ve bağdaşan bir değerdir. Bu yüzden, her program, sunduğu çözüm olanaklarını ekonomik olarak daha çok iyileştirmek suretiyle az ya da çok ekonomik değer yaratır". Bununla birlikte, her varlığa ekonomik bir değer atfedilebilir. Zaten bu yüzden, ekonomik değeri olan her varlık özel hukuka dahil hukukî işlemlerin konusunu oluşturabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, "ekonomik varlık" ifadesi, hukukî nitelendirme yapmak için ölçüt olmaktan uzak bir kavramdır. Çünkü burada önemli olan, programın piyasaya sürüldüğü anda ilgili olduğu sorunun çözümünü göstermesidir. Sonuçta, o, belirli bir anda ve belirli bir sorunun ya da aynı sorunun belirli bir boyutunun veya boyutlarının sabit, donmuş, katılaşmış bir fikir olarak çözümünü vermektedir⁹⁹.

Diğer bir açıdan, bu nokta, bir fikir ürününü fikrî hukuk anlamında "eser" saymak için öğretide aranan objektif öğeye tam da denk düşmektedir. Buna göre, bir "fikir ürününün *iktisaden değerlendirilmeye* elverişli olması, yani kamuya sunulması veya uygulanarak faydalı olma imkânının bulunması gerekir"¹⁰⁰. Öte yandan, hukukî anlamda eşya için de, ekonomik değer arz etme ve üzerinde egemenlik kurulabilme önemli özelliklerdir. Şu halde ekonomik değeri olma, hukukun konusunu oluşturabilen hemen her varlığın niteliği olup, buradaki sorunu giderici bir ölçütü vermez. Burada kastedilen, bilgisayar programlarının, kendisinden elde edilmesi düşünülen yarara ulaşmak için somut bir şeyin, bir cismin üzerine kaydedilmekle bir ekonomik değere kavuşmakta olduğu ise, bu zaten doğru değildir. Çünkü, fikir ürünü sayılmak için böyle bir kayıt gerekmediği gibi¹⁰², bu kayıt, programın, ne bir eşyaya dönüşüğünü ne de sadece bu yolla ekonomik değer kazanan bir varlık olarak nitelendirilebileceğini göstermektedir¹⁰³.

99. Müller-Hengstenberg, 3130; Krş. Honsell, 315.

100. Heussen, GRUR 1987, 780; Müller-Hengstenberg, 3131.

101. Erel, 32; Ayiter, 125. Keza bkz. Honsell, 315.

102. Örnek olarak bkz. Ayiter, 105.

103. Bkz. ve krş. Redeker, 1740; Müller-Hengstenberg, 3130.

III. DEĞERLENDİRME

1. Yazılım ve dolayısıyla program, donanımın işletilebilmesi için hazırlanmış talimatlar dizisi olarak tanımlanırken, aynı zamanda onun "saf bir bilgi" (*pure information*) olarak içeriğine ve böylelikle de maddî olmayan, soyut, elle tutulmaz niteliğine dikkat çekilmektedir¹⁰⁴. Eğer bu değerlendirme doğru ise, onun, fiziksel olarak biçimlenmiş bir mal ya da şey olmadığını, maddî olarak biçimlenmiş hiçbir şeye benzemediğini söylemek yanlış olmasa gerek¹⁰⁵!...

Gerçekten, fizik dünyada eşya ya zaten vardır ya da var olan eşyadan biçim veya bileşim değişikliği yaratılarak oluşturulmuş, var edilmiştir¹⁰⁶. Oysa program, varolan bilgi birikiminden üretilmiş bir fikirdir. Hukukî anlamda eşya ise, kural olarak cismanî varlığa, böylelikle de fiziksel anlamda eşya kavramına dayanır; fakat, istisnaen enerji vs. gibi doğal kuvvetlere de bu nitelik verilmiştir. Nihayetinde bu istisnaî uygulama da, yine fiziksel dünyadan kaynaklanan olgular için kabul edilmektedir. Ve sadece ekonomik değeri olduğu için böyledir¹⁰⁷. Yoksa -öğretide¹⁰⁸ kabul edildiğinin tersine- üzerinde maddî bir egemenlik kurulabildiği için değil¹⁰⁹ !..

104. **Kilian**, Referat, 81; **Smith**, 55. Krş. **Tekinalp**, § 1 N. 11. Buna karşılık **Druey**, bilgiyi soyut bir varlık olarak görmesine (153-154) karşın yazılımı karşılayan ve İngilizceden Almancaya geçmiş terim olan *Software* sözcüğündeki "Ware" bileşeninin, aslında durumu açıklamak için yeterli olduğunu; çünkü, "Ware"nin maddeten cisimlenmiş bir şeyi anlatmakta olduğunu belirtmektedir (155-156).

105. **Redeker**, 1740; **Honsell**, 315; **Tekinalp**, § 1 N. 12. Krş. **Smith**, 55.

106. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 120, krş. N. 195; **Serozan (Hatemi/Arpacı)**, 303; **Sirmen**, 4-5; **Ünal**, 14. Krş. **Staudinger/Dilcher**, Vorbem. zu § 90 N. 13.

107. Hukukî anlamda eşyanın kabulü için, söz konusu varlığın ekonomik-işlevsel niteliği -sadece bu değil- de önemlidir. Bkz. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 116; **Sirmen**, 5; **Ünal**, 14.

108. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 226; **Oğuzman/Seliçi**, 644.

109. **Haab**, Einleitung, N. 45. MK 686 uyarınca "temellüke salih bulunan tabii kuvvetler" de menkul mülkiyetinin, dolayısıyla mülkiyeti devir işleminin konusunu oluşturmaktadır. Hükümde açıkça anılmış olması, tabii kuvvetleri aslında menkul yapmamaktadır. Bunların, maddî varlığı bulunmadığı için, üzerlerinde doğrudan bir egemenlik kurulması da söz konusu olamaz ve varlıkları, doğrudan değil, dolaylı olarak, yalnızca etki altına aldıkları maddeler aracılığıyla algılanır. Bu yüzden, MK 686'ya, tabii kuvvetlerle ilgili aynı haklara ilişkin hukuksal işlem yapıldığında izlenecek

Oysa program, bir bilişim sistemine, bilgisayara işlevsellik katan kendisi olmaksızın bilgi/veri işlenmesinin mümkün olmadığı *işlevsel bir araçtır*. Bu anlamda, program -üretim sürecine ilişkin bir program- sayesinde bir eşya (bir disket, CD, bütünüyle bilgisayar veya onun donanımlarının her bir parçası, bir kitap, enerji vs.) üretilir, ama programın kendisine eşya niteliği yüklenemez. O, ilgi alanındaki soruna, işletildiği bilgisayara kattığı "*fikrî (bilişsel¹¹⁰) bir işlevsellik*" ile, yani sorunu çözmeye araç olarak kullanılacak bilgi işleme sistemine yeni bir işlev kazandırmak suretiyle çözüm sağlayan bir araçtır¹¹¹. Bu da göstermektedir ki, program, fiziksel dünyada algılanan bir eşya olmaktan daha çok manevî, daha doğrusu fikrî dünyadan kaynaklanan bir varlıktır. En önemlisi de, program, bir işi görmek üzere hazırlanan araç olarak *fikrî-işlevsel bir varlıktır*.

2. Burada şey tesliminden de farklı bir durum vardır. Gerçekten de, bir bilgi sunmayı konu edinen program devrinde olduğunun tersine, bir "şey" teslim edildiğinde, aynı zamanda bir hukukî pozisyon (hak sahipliği gibi) da devredilir. Oysa, programın (bilgi) devri sonucunda bu böyle olmaz. Bunun yerine, aynı zamanda aynı hukukî pozisyonu iki kişi birden taşımaktadır: Zaten programın aslı kendisinde olduğu için hem *devreden* ve hem de bu programı devreden elinde olduğu kadar kullanma hakkını haiz olan *devralan*¹¹². Bu anlamda program devri, bir şey satımı olarak kabul edilebilseydi, sözü edilen program üzerinde her iki tarafın da

yola işaret eden bir hüküm olarak anlamak daha uygun olur (Akipek, Mülkiyet, 248; **Hombberger/Marti**, La propriété mobilière, I, FJS 649, 111; **Bertan**, S., Aynı Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, Ankara 1976, Mad. 686 N. 8. Krş. **Studinger/Dilcher**, § 90 N. 10 vd.; **Palandt/Heinrichs**, § 90 N. 2). Zaten, yasa koyucunun, bu gibi varlıkları, özelliklerini dikkate alarak ayrıca düzenlemesi de daha uygun olurdu. Aynı yönde bkz. **Akipek**, Mülkiyet, 249. Bu görüş hakkındaki genel açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Seliçi**, 645. Krş. **Serozan (Hatemî/Arpacı)**, 304; **Steinauer**, N. 62.

110. "informationel": Kavramın kullanımı için bkz. **Heussen**, GRUR 1987, 779.

111. Krş. **Redeker**, 1740. Buna karşılık, ABD'deki Lotus v. Borland Davası [42-43] yarışmanın kullandığı "mekanik işlevsellik" kavramı ve bunun yorumu için bkz. **Kaypakoğlu**, 29.

112. Bkz. **Druey**, 157.

aynı zamanda ve aynı -en azından sözleşmede devralana tanınan yetkileri içeren- kapsamda hak sahibi olduğu da söylenebilirdi.

Herhangi bir veri taşıyıcısı olmadan, programın, tedarikçi ya da son kullanıcı tarafından bir bağlantı kablosu aracılığıyla veya ağ üzerinden doğrudan doğruya sabit diske kurularak kazanıldığı ve- yahut da ondan, dolaylı olarak -kullanıcının bilgisayarına aktarmadan-, kayıtlı olduğu uzaktaki bir bilgisayar üzerinde çalıştırma suretiyle yararlanıldığı bilinmektedir¹¹³. Bu olasılıklarda, cismen teslim edilen bir "şey" bulunmaz. Diğer bir deyişle, burada, maddî olarak cisimlenmiş bir "şey"deki zilyetliğin el değiştirmesi söz konusu değildir; yalnızca, fikrî bir varlık olarak program aktarılmaktadır¹¹⁴. Bütün bunlar da göstermektedir ki, program devri sözleşmelerinde klasik anlamda şey tesliminden söz edilemez.

3. Görülüyor ki, sorunu, bilinen hukukî kalıplara göre çözmeyi denemek başarısız kalmaktadır. Bunun nedeni, Türk/İsviçre hukukunda yasa koyucunun eşya kavramını belirlerken, Fransız hukukundan¹¹⁵ farklı olarak, tıpkı Alman hukukunda¹¹⁶ olduğu gibi, cismanî varlıkları esas almış olmasıdır¹¹⁷. Bununla birlikte Türk/İsviçre yasa koyucusu MK 686 ile "tabii kuvvetler"i (taşınır) eşya ile bir tutmuştur. Buna gerekçe olarak, yasa koyucunun, yasanın doğa bilimlerindeki gelişme ve teknolojik yeniliklerle birlikte be-

113. Bkz. yuk. dn. 87.

114. **Meier-Hayoz**, FG, 202. Ayrıca, bkz. yuk dn. 88.

115. Fransız hukukunda eşya (biens), iktisadî bir değere sahip, devredilebilir her varlığı, bu anlamda maddî (les biens corporels=les choses) ve gayrimaddî (les biens incorporels) varlıkların tümünü kapsayan geniş bir anlamda kullanılır (Bkz. **Voitrin**, P./G. **Goubeaux**, Droit civil, T. 1, 24^e éd., Paris 1993, N. 483 vd.; **Oğuzman/Seliçi**, 5; **Akıpek**, 33). Keza Avusturya hukukunda ve Fransız hukukunu izleyen hukuklarda (İtalya, Belçika gibi) da, geniş anlamda eşyadan hareket edilmektedir. Bu konuda ayrıntılar için bkz. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 117.

116. BGB § 90'da düzenlenen "eşya" ile kast olunan, yalnız duyularla algılanabilir ve yer (mekan) itibarıyla sınırlı ve gayri şahsî cismanî varlıklardır. Buna karşılık, maddenin katı, sıvı, gaz gibi herhangi bir halinde bulunma, hukukî anlamda eşyayı belirleyici bir etken değildir. Yeter ki, üzerinde hukukî anlamda egemenlik kurulabilsin!.. (Bkz. **Staudinger/Dilcher**, Vorbem. zu § 90 N. 8 § 90 N. 1; **Palandt/Heinrichs**, § 90 N. 1-2, **Bydlinski**, 303).

117. **Oğuzman/Seliçi**, 4-6; **Akıpek**, 1, 33; **Sirmen**, 5; **Ünal**, 14; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 115 vd., 309, Art. 641 N. 10.

lırecek yeni ve farklı varlıkları da kapsayabilmesini arzu etmiş olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, doğa bilimlerindeki gelişmelere koşut olarak hukukta da değişimler olabilir ve olmalıdır. Nitekim, hukuk, kendi kurum, kavram, dil, ilke ve uygulamalarına özgü yollarla doğabilimlerinden yararlanmaktadır. Ne var ki, bu, hukuk biliminin, doğa bilimlerindeki kavram ve ölçütleri olduğu gibi benimseyeceği anlamına gelmemelidir. Bu çerçevede, gerçi hukuk bilimi eşya kavramının belirlenişinde, cismanî varlıkların esas alınarak doğal (natürllich) bir yaklaşımla hareket eder; fakat, doğa bilimlerindeki (naturwissenschaftlich) yaklaşımları izlemez. Diğer bir ifadeyle, hukukta eşya kavramını belirleyici olan, doğa bilimlerinin ulaştığı son durumu değil, bu konuda uzman olmayan -olması da gerekmeyen- kimselerde egemen olan iş ve işlem yaşamına ilişkin anlayıştır (Krş. Staudinger/Dilcher, Vorbem. §90 N. 8; Palandt/Heinrich, § 90 N.2). Bu anlamda, ne sadece hukukî ilişkideki tarafların irade ve menfaatleri¹¹⁸, ne sadece iş hayatındaki yaygın anlayış¹¹⁹, ne sadece herhangi bir sözleşmeye (burada satım sözleşmesine) özgüymüş gibi görünen aslî edimler¹²⁰, ne sadece üzerinde egemenlik kurulabilirlik ve ne de sadece ekonomik değeri

118. Menfaatler, bir sözleşmede, tarafları o sözleşmeyi yapmaya yöneltti gereksinimlerdir. Taraflar bu gereksinimleri karşılayabilmek amacıyla, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalan ve iradelerinin uyduğu bir sözleşme türünü seçerler. Şu halde, bu açıklamalara uyan ilişkiyi kurma ile ifadesini eşya hukukunda bulan ve varsayılan böyle bir ilişkinin konusunun "eşya" niteliğini saptama, aralarında bağlantı bulunmayan iki ayrı husustur. Krş. **Hoeren**, CR 1988, 911. Birincisi borçlar hukuku, ikinci ise eşya hukuku bakımından hüküm doğuracak saptamalarda bulunmayı gerektirir. Bununla birlikte, **Hoeren** başka bir yerde (CR 1988, 914), dürüstlük ilkesi uyarınca sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğini; program devrine ilişkin genel işlem şartlarının bu çerçevede yorumunun neyin teslim edildiğine ilişkin olacağını ifade etmektedir.

119. Krş. **Druey**, 152. Aynı yazarın, satım hükümlerinin uygulanabilirliğinin tayininde, iş hayatındaki yaygın anlayışın veri taşıyıcısı veya içeriğindeki bilgiyi ön planda tutmasının önemsiz olduğu vurgusuyla aynı yöndeki görüşü için bkz. ve krş. **Druey**, 157.

120. Doğal kuvvetler, bu çerçevede enerji satışına satım hükümlerinin uygulanması, bunların menkul olduğunu göstermez. Çünkü, BK 184'ün düzenlediği menkul satım, taşınmaz dışındaki her satım sözleşmesiyle ilgilidir. **Hombberger/Marti**, La propriété mobilière, I, FJS 649, 111.

bir varlığa maddî ya da gayrimaddî nitelik verilmesinin ölçütleridir¹²¹.

Hal böyle olunca, fikir ürünlerinin eşya sayılması da mümkün değildir¹²². Fakat, şurası da bir gerçektir: Bunlar muhatap aldığı insanlar tarafından duyularla algılanabilmesi ve öğrenilebilmesi amacıyla, nüshalar halinde çoğaltma ve bunları yayına yoluyla maddî olarak biçimlendirilebilir. Söz konusu biçimlendirme, eserin, sahibinin dışındaki dünyaya yansıtılması, bildirilmesi, tanıtılması işlevini görür; yoksa, onun hukukî varlık kazanması ve korumaya kavuşturulması için gerekli bir öge değildir¹²³. Fakat, burada programı diğer eser türlerinden ayıran önemli bir noktaya dikkat çekilmelidir. Klasik eserlerde ve bu arada kitaplarda muhatap, o fikir ürününü algılayabilen *insanlardır*. Buna karşılık program, makineyle (bilgisayarla) okunabilen, özel bir dil ve kompozisyonla yazılmış komutları içermekte ve bundan dolayı, muhatap doğrudan doğruya bilgisayar denilen makine olmaktadır¹²⁴. Bu anlamda da bilgisayar programları eşya değildir (Palandt/Heinrich, § 90 N.2).

4. Gerçi programın, üzerine kaydedildiği şeyle sıkı bir bağımlılığı bulunmaktadır; fakat bu, onun eşya olarak nitelendirilmesini gerektirmez¹²⁵. Gerçekten, *Druey*¹²⁶den esinlenerek,

121. Krş. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 116.

122. Bkz. ve krş. **Oğuzman/Selçil**, 6; **Tekinalp**, § 1 N. 11-12; **Serozan (Hatemi/Arpacı)**, 49; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 360, Art. 641 N. 15; **Steinauer**, N. 62, Keza. **Staudinger/Dilcher**, Vorbem. zu § 90 N. 9, § 90 N. 2. Aslında, öğretilerde, üzerinde rehin ve intifa gibi haklar kurulan alacak hakları bakımından da benzeri bir tartışma yapılmaktadır. Bu bakımdan alacak haklarının, eşya olmamakla birlikte, eşyaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu görüşü savunulmaktadır. Tartışmalar için bkz. **Sirmen**, L.: Alacak Rehni, Ankara 1990, 5-10 ve -belirtilen görüş için- 7 dn. 13'deki yazarlara.

123. Krş. **Akıpek**, 32; **Tekinalp**, § N. 13-14; **Martinek**, 11. **Meier-Hayoz**, FG, 200, 201 dn. 31.

124. Bkz. **Bühl**, W. L., Die Ordnung des Wissens, Berlin 1984, 322 (*Druey*, 156 dn. 26'dan naklen).

125. **Heussen**, ComHdB, Kap. 21 N. 1; **ayy.**, GRUR 1987, 779; **Kilian**, Referat. 81; **Staudinger/Dilcher**'e göre, "bir fikir ürünü bir taşıyıcı üzerinde cisimlenmişse, bu durumda yalnız bu cisim eşyadır; fakat bundan fikir ürününün üzerindeki mutlak hak ayrıt edilmelidir" (§ 90 N. 2). Keza **Rutkowsky/Gerhardt**, 5.

fikri bir varlık olarak bilginin (Information), bu anlamda bilgisayar programının, taşıyıcılığını başka bir unsurun üstlendiği ve fakat taşıyıcısından ayırt edilerek, soyutlanarak anlaşılması mümkün bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Bu durumda, program ve üzerine kaydolunduğu ortam arasında bir ayırım yapma zorunluluğu doğmaktadır¹²⁷. Bir bilgisayar programını son kullanıcının yararlanmasına, diğer bir deyişle işlem hayatına sunmanın çeşitli yolları vardır¹²⁸. Bilindiği gibi, programın, alış-veriş hayatında

126. **Druey**, 149-150. Esasen bilgi sunma konulu edimlerin incelendiği bu çalışmada yazar, bilgiyi taşıyıcısından ayırarak irdelemektedir. Ona göre, burada edimin asıl konusu, diğer bir deyişle asli edim bilgi sunmadır; taşıyıcı ise tali nitelikte olup yan edim yükümlülüğüne konu oluşturabilir. Bu edimler, verme ya da yapma (çalıştırma, işletme) borcu biçiminde olabilir. Genel olarak edimi oluşturan bilginin soyut niteliğine karşın, en azından yığılma üretilen herhangi bir veri taşıyıcısı (kitap, dergi, standart bilgisayar programları) üzerine yerleştirilmesi halinde verme borcuna konu oluşturabilmektedir. İlk bakışta onun cismaniyet kazandığını düşündürebilir. Oysa gerçek durum biraz farklıdır. Gerçi bu sözleşmelere de satım hükümlerini uygulanmak mümkündür. Ancak bilginin, en geniş anlamda know-how sayılabilecek işletme işi karakteri ya da bilgi teknolojileriyle ilgisi, satım hükümlerinin doğrudan ve toplu uygulanma olanağını bir yana bırakmayı gerektirmektedir. Çünkü, burada bir esya tesliminde olduğunun tersine hiçbir hukuki durum değişikliği gerçekleşmez (150-157). Veri taşıyıcısı veya uzak bilgisayardan doğrudan kayıt ya da yararlanma bakımından nitelendirme aynı yönde olmakla birlikte, modern veri iletim teknolojisinin sözleşmeye ek birtakım öğeler katmasına karşın, bunların sonucunda asli edimin niteliğini, ve böylelikle de sözleşmenin satım hükümleri uyarınca değerlendirilmesini etkileyecek değişiklik yaratmayacağı yönündeki görüşü için ayrıca bkz. ve kırs. **Meier-Hayoz**, FG, 191 vd.

127. **Meier-Hayoz**, 200. Aksi görüş için bkz. **Yıldırım**, 51.

128. Bkz. **Rutkowski/Gerhardt**, 6. Bilgisayar programları, çeşitli tarihlere ve değişik tekniklerle son kullanıcının yararlanmasına sunulmuş bulunmaktadır. Bunları, uygulamaya konulduğu tarihten itibaren en eski uygulamadan yeniye sıradamak mümkündür. Ancak burada, günümüzde de geçerli olan sunum tekniklerini, konumuzla bağlantısını da dikkate alarak iki ana kategoriye ayırmak, konuyu anlamak için daha uygun gözükmektedir. Buna göre,

(a) **Bir Taşıyıcı Üzerinde Devir**: aa) Birlikte (paket) devir ve teslim (gebündelte Überkassung): Birinci kuşak olarak adlandırılan bilgisayar sistemlerinde programın donanımın üzerine kurulu olarak piyasaya sunulması halmi ifade etmektedir. Gerçekten, programın, önceleri bağımsız olarak değil, donanımla neredeyse bütünleşik (gömülü), donanımın üreticisi tarafından bunun üzerine kurulu olarak birlikte devredildiği görülmektedir (ABD'deki Kartelleşmeyi önleme amaçlı davalardan kurulabilirlik amacıyla 1969 yılından itibaren bu ülkedeki donanım üreticileri bu yöntemi bırakmışlardır. Bkz. **Smith**, 59; **Schluep**, 963 dn. 7). Burada devir, satın alınan donanımın üreticisi ya da satıcısı tarafından bir karşı edim olmaksızın, donanımı yanında bağımsız olarak ve fakat uygulamaya hazır halde *donanım üzerine ku-*

kendisinden yararlanılmasını sağlamak ve devrine olanak yaratmak amacıyla bir cisim üzerine kaydı, sık kullanılan yöntemdir¹²⁹. Salt bu özelliği, onun işlem hayatına girişinin sağlanması -fikir ve sanat eserleri hukukundaki karşılığı ile çoğaltılması¹³⁰ yoluyla elde edilen

rularak sunulması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, program, *bizzat* son kullanıcıya teslim edilmekte olan donanım üzerine kaydolunmakla devredilmiş sayılmaktadır. Bugün terk edilmiş olan bu yöntemin pratik bir önemi kalmamıştır. Ancak bu yöntemde dahi, programın, teslim ve ayıp sorunları bağlamında üzerine kurulduktan sonra birlikte devredildiği donanımdan ayrı değerlendirilmesi zor gözükmektedir. onun tam anlamıyla "şey" nitelikli bir tesliminden ve devrinden söz edilemez. bb) Münferit/Bağımsız Devir (entbündelte Überlassung): İkinci kuşak olarak adlandırılan bilgisayar sistemlerinde uygulanan bu devir biçimi, tam anlamıyla bilgisayar teknolojisi alanındaki gelişmeler sonucu ortaya çıkan iş bölümüne dayanır. Artık donanım üretimi ve bilgisayar programlama arasında olduğu gibi bunların devirleri arasında da kesin çizgilerle ayrılan bölünme ortaya çıkmıştır. Bu yüzden, program, donanım üreticisi veya satıcısı ya da başkaları tarafından, *donanım üzerine kurulmadan*, önceden kayıt edilmiş olduğu ve teslimine hazır halde bulundurulduğu disket, CD gibi taşınabilir ortamlarda, donanım devir ve teslimine yönelik edimden bağımsız olarak ve ivaz karşılığı sunulmaktadır. Son kullanıcı, bu yolla, üzerinde programın kayıtlığı olduğu gibi veri taşıyıcısını devir ve teslim almaktadır.

(b) Taşıyıcısı Olmaksızın Doğrudan Bilgisayara Kayıt Yoluyla Devir: Programın, diğer bir bilgisayardan ara kablosu aracılığıyla ya da iletim hatları (yerel network ya da internet) üzerinden, doğrudan doğruya kullanıcının bilgisayarına aktarılması (kaydedilmesi) suretiyle sunulması, üçüncü kuşak olarak da adlandırılan günümüz bilgisayar sistemlerinde çok sık uygulanan devir yoludur. Bu bağlamda devrin ayırt edici özelliği, programın, herhangi bir veri taşıyıcısına değil doğrudan doğruya kullanıcının donanımına kayıt edilmekte olmasıdır (Bkz. ve krş. **Kindermann**, 152). İkinci kuşak devir tekniğiyle yan yana kullanılan bu son durumda, **Kindermann**'in aynı yerdeki deyişiyle, tamamen "gayri maddi" bir devir söz konusudur. Keza bkz. ve krş. **Kilian**, Refeat. 97; **Meier-Hayoz**, FG, 202.

129. **Erel**, 139; **Rutkowsky/Gerhardt**, 4-5.

130. Çoğaltmanın temel özelliği, fikri ürünün kopyalanması suretiyle "az çok *kalıcı* ve *maddi* bir tesbit vasıtasına" kavuşturulmasıdır. Yani, özgün eserden, burada programdan yararlanmayı olanaklı kılan yöntemin, hak sahibine tanınan sınırlar içerisinde istendikçe tekrarlanabileceği; o programa eş, onunla bir örnek uygulamayı sağlayacak kopya yaratılmaktadır (**Erel**, 139; **Ayiter**, 105-106, 128). Fakat, bilgisayar programları bakımından çoğaltma kavramının kapsamına 4110 sayılı yasayla eklenen PSEK 22/son uyarınca, programın yedeklenmesi için yapılan kopyasının yanı sıra, yükleme, görüntüleme, çalıştırma, depolama için yapılan işlemler ile diğer bir ortama aktarma işlemleri de girmektedir. (Aksi görüş için bkz. **Hoeren**, CR 1988, 912 dn. 50). Bu son durumlarda, kişisel amaçlı kullanım için "*geçici bir çoğaltma*"dan söz edilmekte ve bunun, programdan beklenen yararın elde edilmesi için zorunlu olduğu belirtilmektedir (**Erel**, 231). Krş. **Ayiter**, 129.

nüshaların yayılması¹³¹- için bir "eşya" üzerine tespit olunması zorunluluğunu göstermektedir. Bu yüzden, genel dil kullanımında program devrinden söz edildiğinde hukuken amaçlanan, aslında programı taşıyan cismin mülkiyetinin devri ve o cismin teslim edildiği ve fakat programı kullanma için yetki/izin verilmiş olduğudur¹³².

5. İster disket, CD-ROM vs., isterse sabit disk kullanılsın veri taşıyıcılarının, kelimenin tam anlamıyla eşya olduğunda kuşku bulunmaz. Ancak bütün bu maddeleri bir yandan salt bu durumlarıyla bir eşya saymak ve öte yandan onları sırf üzerinde kayıtlı program nedeniyle de ayrıca diğer bir eşya saymak hukuken anlaşılması zor bir yaklaşımdır. Gerçi, programın sadece bunlardan birinde taşındığı için cisimlenmediği; onun, yalnız amaçlandığı işlev için işletilmeye başlandığı anda ve üzerinde çalıştırıldığı ortamda ve o ortamlarla ayrılmaz bir birlik oluşturarak maddileştiği ileri sürülmektedir¹³³. Oysa, bir varlıktan yararlanma yolu ile bu varlığın hukuken nitelendirilmesi ayrı değerlendirmelerin konusunu oluştururlar. İkinci olarak, sabit diskten her çağrıldığında programın cisimlendiği kabul edilecek olursa¹³⁴, her farklı programın çağrılışında içeriği değişen bir madde, bir cisim ile karşılaşmakta olduğumuz söylenebilir¹³⁵. Üstelik, biraz daha ileri gidilerek, programın işleyişini bir taşınmaz eşya olan duvarda ya da bazı yerlerde bunun ayrılmaz parçası olan beyaz perdede izleme, kontrol etme veya sürekli bu ortamlarda programı işletme - programın işlediği verilerin tepegöz aracılığıyla bu ortamlara aktarılması mümkündür-gibi kimi durumlarda, o programın taşınmaz mala dönmüş olduğunu iddia etmek mi gerekecektir¹³⁶?...

131. Fikrî hak sahibinin haiz olduğu mali haklar arasında yer alan yayma hakkı, özgün eserin çoğaltılmasının ürünü olan "az çok kalite ve maddî olarak tesbit" olunmuş nüshaları, kopyaları konu edinir. Yayma hakkının amacı ise, bu kopyaların "her hangi bir yoldan kamuya sunulmasıdır." (Erel, 146; Ayiter, 133).

132. Kindermann, 156; Smith, 57. Krş. Tekinalp, § 15 N. 14.

133. Örnek olarak bkz. König, NJW 1989, 2604-2605; ayy., NJW 1990, 1585; Marly, N. 75 vd.; Hoeren, CR 1988, 911 vd.; Yıldıırım, 51.

134. Krş. FSEK 22/III.

135. Bkz. ve Krş. Hoeren, CR 1988, 912.

136. Krş. Redeker, 1740.

6. Bu düşünüş, biraz farklı bir yolda, bilgi-işlem tekniğine özgü bir yaklaşım içerisinde sürdürülebilir. Programın alıcının sabit diski üzerine aktarılması elektro-magnetik bir sürecin işlemesiyle mümkündür. Şöyle ki, bir bilgisayar, kendisine özgü dille kaleme alınmış kodları aracılığıyla, elektrik akımını bilgisayar tekniğine özgü bir biçimde yöneterek yarattığı magnetik etki ile bir programın işletilmesi ya da verinin işlenmesini sağlar¹³⁷. Bir programın sabit diske kaydı, oradan çağrılıp işletilmesi ya da diğer bir yolla işlem görmesi teknik açıdan basitçe böyle açıklanabilir. Bu durumda; programın, depolama alanına (sabit diske) kaydını sağlayanın, aslında elektrik akımı olduğu ve bu nedenle de, teslim edilenin bilgisayar programı adı altında aslında kanunen menkul eşya sayılan elektrik enerjisi¹³⁸ olduğunu düşünmek gerektiği mi söylenmelidir¹³⁹?

7. Burada, sık sık yapıldığı gibi, bilgisayar programını, bir fikrin ya da fikirlerin ifade edildiği sözcük demetinden oluşan "kitap" ile kıyaslamak mümkündür. Gerçekten, bir kitabın satılmış olduğundan söz edildiğinde, eşya hukukuna özgü dille, kural olarak, onun tüm içeriği ile birlikte mülkiyetinin devir ve teslim edildiği düşünülür¹⁴⁰!.. Ancak unutulmamalıdır ki; ona aslı değerini ka-

137. Açıklama için örnek olarak bkz. **Bartsch**, 395; **zur Merged**, 2581-2582; **König**, NJW 1990, 1585.

138. Kaldı ki, üzerinde çok durulan elektrik enerjisinin taşınır eşya olup olmadığı da hâlâ tartışmaya açıktır. Gerçi, genel olarak enerji, yasa koyucu tarafından kıyas yoluyla taşınır hükmünde sayılmıştır; fakat, gerçekte iktisadî değeri gerektirdiği için bu kıyasî nitelene yapılmaktadır (**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 225; **Akıpek**, Mülkiyet, 248-249; **Serozan (Hatemi/Arpacı)**, 304). Bununla birlikte, bizzat yasa koyucunun açtığı kıyas yolunun, aslında bir anlamda eşya kavramını da genişletme olanağı yarattığı görüşü de giderek daha fazla taraftar toplamaktadır. Bunlar arasında örnek olarak bkz. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N. 225-226.

139. Krş. **Kindermann**, 154. Elektrik, teslim edildikçe, kullanıcı tarafından tüketildikçe, ekonomik bir değer arz eder. Diğer bir deyişle, akım kesildiğinde, tedarik sözleşmesi hükmünü korusa da, hukukî anlamda eşya olarak elektriğin varlığından söz edilemeyecektir. Oysa, bilgisayar programı, elektrikler kesilmiş olsa da varlığını yitirmeyecektir (Bkz. ve krş. **Bydlinski**, 306).

140. Ve bu durumda, içeriğindeki bilgiden soyut olarak sadece ciltlenerek bir araya getirilmiş olan sayfalardan ibaret kitabın devir ve tesliminden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir. (**Rutkowsky/Gerhardt**, 5). Fakat, böyle bir şeyin olanaksız olduğu, çünkü bu durumda zaten bir kitaptan söz edilemeyeceği dikkatten kaçırılmaktadır.

zandıran sayfaları üzerindeki sözcükler olmakla birlikte bir kitap, iş hayatındaki yaygın anlayışa göre, somut, elle tutulabilir bir mal olup, "eşya" olarak "algılanır"¹⁴¹. Fakat sadece böyle algılanır! Oysa aynı hacimde olmasına karşın, iki kitaba farklı değer biçilebilmekte, farklı fiyat belirlenmektedir. Burada, kitabın bas-kısına, ciltine, renklerine, el yazması oluşuna değer verildiği istisnaî durumlar gözardı edilmeli ve gerçekte, bu farklılığın aslında kitaptaki fikrî içeriği esas aldığı kabul edilmelidir. O halde, ko-numuz açısından da benzeri bir saptama yanlış olmayacaktır: Son kullanıcıya taşıyıcısı ile kıyaslanamayacak denli daha yüksek de-ğerde fikrî bir varlık olarak bilgisayar programı teslim edili-mektedir; yoksa neredeyse değersiz maddî, cismanî bir şey olarak disket ya da CD-ROM değil!¹⁴²!

8. Bir "eşya"nın maliki, hukuk düzeni tarafından ya-saklanmamış her şeyi yapabilirken, fikrî hak sahibi, ancak yasanın açıkça izin verdiği şeyleri yapabilir¹⁴³. Örneğin, FSEK 20, bu an-lamda bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, "... eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda malî hak olarak gösterilenlerden ibarettir." Eserden, çoğaltma ve yayma yoluyla ya-rarlanma da bu kapsamdadır. Eser sahibi, yayma hakkını, eserin ço-ğaltılmış nüshalarını devir yoluyla kullanabilir. Nüshaları devralan, kâr amacı gütmeksizin kişisel kullanımı için o eser nüshasını ço-ğaltabilir. Yeter ki, bu çoğaltma, eserden olağan yararlanmanın sı-nırını aşarak fikrî hak sahibinin korunan menfaatlerini ihlâl etmesin (FSEK 38/I)!.. Kanun koyucu, bilgisayar programları için birinci fikra ile koyduğu ilkenin bir ifadesi olarak, programın özgülendiği amaçla kullanımının gerektirdiği durumlarda serbestçe çoğaltma ve işleme yapılabileceğini hükme bağlıyor. Meğer ki, sözleşmede ak-sine bir hüküm bulunsun (FSEK 38/III)!..

141. Redeker, 1739; Smith, 55. Bkz. ve karşı. Bydlinski, 306; Bartsch, 394 Yıldırım, 51.

142. Honsell, 315; Junker, JZ 1993, 448. Bu anlamda, Serozan (Hatemi/arpaç), 8'de "Kitabın kapağının ve yapılarının eşya hukukuna, içerdiği yazının ise tıkn hukuka bağlı oluşundan söz edilmektedir. Karşı. Smith, 55.

143. Schack, II., "Geistiges Eigentum contra Sacheigentum", GRUR 1983, 57.

FSEK 38/I ve III'de ifade edildiği gibi, lisans olarak adlandırılan programın sürekli devrini amaçlayan sözleşmelerde, devralanın çoğaltma ve işleme serbestini sınırlayan kayıtlar koyulmaktadır. Bu kayıtlamalar, son kullanıcının, satın sözleşmesinde alıcının bulunduğu farklı bir hukuksal konumda olduğunu kabule zorlamaktadır. Gerçekten, uygulamada yaygın olarak akdedilen sözleşmelerin metinleri, son kullanıcının ifa sonrasında program üzerinde elde ettiği hakların kapsamı açısından incelendiğinde¹⁴⁴, ondan, satın sözleşmesinde alacaklının (yeni malikin) sahip olduğu haklardan pek çoğunun esirgenmek istendiği görülecektir. Söz gelişi, onu kiralayamaz, devredemez, de-

144. Mesela, Microsoft tarafından Ofis 97 uygulama programının devri için hazırlanmış olan lisans sözleşmesine göre, "Yazılım ürününün ... önceki sürümlerinin *tek bir kopyasını bir bilgisayara yükleyebilir ve kullanabilirsiniz*. Yazılım ürününün yüklendiği bilgisayarın asıl kullanıcısı, *taşınabilir bir bilgisayarda özel kullanımı için ikinci kopya çıkarabilir*. / ...Yazılım ürününü ... *tek bir bilgisayara ... yükleyebilir ve kullanabilirsiniz*. / ... üzerinde yazılım ürününün yüklendiği, kullanıldığı, erişildiği, görüntülediği veya çalıştırıldığı *her bir bilgisayar için ayrı bir lisans alınmaz ve tahsis etmeniz gerekmektedir*. / Yazılım ürünü için alınan bir lisans *değişik bilgisayarlar arasında aynı zamanda paylaşılmaz veya kullanılmaz*. ... (md. 1) // Yazılım ürününü ters işleme tabi tutamazsınız, parçalara ayıramaz veya demonte edemezsiniz, ancak ve yalnızca, bu sınırlamaya bakılmaksızın geçerli kanunlar tarafından izin verilmesi hali istisnadır. / ... Yazılım ürünü tek bir ürün olarak lisanslanmıştır. / Yazılım ürünü parçalara ayrılarak birden çok bilgisayarda kullanılamaz ... / Bu yazılım ürününün ilk kullanıcısı, bu EULA (Son Kullanıcı Lisans Sözleşmesi) ve yazılım ürünü *yalnızca doğrudan son kullanıcıya bir kere nihai olarak devredebilir*. Bu devir tüm yazılım ürününü (tüm bölümleri, taşıyıcı ortamları ve basılı malzemeyi, tüm ek ve yükseltmeleri, bu EULA ve var ise Geçerlik Belgesi de dahil olmak üzere) içermelidir. Bu devir konsinye veya başka bir dolaylı devir yoluyla yapılamaz... / Yazılım ürünü ticari amaçla kiralayamazsınız (md. 2). // Yazılım ürünü birden fazla ortamda alabilirsiniz. Almış olduğunuz ortamın cihaz veya ölçüsüne bakılmaksızın, bilgisayarınız için uygun olan *yalnızca tek bir ortamı kullanabilirsiniz*. Almış olduğunuz diğer ortamı başka bir bilgisayara *yükleyemezsiniz veya kullanamazsınız*. Yazılım ürününün diğer taşıyıcı ortamını *odunç veremez, kiralayamaz veya diğer bir kullanıcıya daimi devir dışında ... devredemezsiniz*. (md. 5) // Bu EULA'ya göre, yazılım ürününün bir kopyasının yüklenmesinin ardından, Microsoft'un sağladığı yazılım ürününün *özgün ortamının bir kopyasını sadece yedekleme ve arşiv amacıyla saklayabilirsiniz*. Yazılım ürününün bilgisayar üzerinde kullanılabilmesi için özgün ortam gerekiyorsa sadece, arşiv ve yedekleme amacıyla yazılım ürününün bir kopyasını çıkarabilirsiniz. Bu EULA'da açıkça belirtilen haller dışında, yazılım ürününün veya yazılım ürününe ait basılı malzemelerin kopyasını *çıkaramazsınız*. (md. 6)." Ayrıca bkz. ve karşı. **Harte-Bavendam/Kindermann**, 566; **von Westphalen**, N. 539.

ğiştiremez. Hattâ devredilen programın sadece kararlaştırılan sistem ya da sistemler üzerinde kullanılabileceği ve fakat kendisine ait diğer (sözleşmenin kapsamı dışında kalan) bilgisayarlarda kullanamayacağı¹⁴⁵ yönünde son kullanıcıyı kayıtlayıcı hükümler bulunur¹⁴⁶. O, yalnızca herhangi bir aksaklığa karşı önlem olarak fazladan *bir* kopya oluşturma yetkisine sahip kılınmıştır¹⁴⁷.

Bu kayıtların, hukuk mantığıyla bağdaşırılığı tartışılabilir. Çünkü, bir yandan program eşya olarak nitelendirilmekte ve böylelikle onun -hukuk düzeninin sınırları içinde serbestçe tasarrufu¹⁴⁸

145. Bkz. hemen yuk. dn. 144. AT Yönergesi 5/1 de, klasik fikir ve sanat eserleri hukukunda fikri ürünün devriyle birlikte sahip olunan ve bertaraf edici bir anlaşma yapılmayan kişisel kullanım için çoğaltma yapabilme yetkisini, bir program nüs-hasının devri halinde sözleşmeyle kaldırabilme yetkisi öngörmektedir (Kry. Erel, *Bilgisayar*, 143).

146. Bkz. yuk. dn. 144. Burada, FSEK 38/III'de belirtilen bilgisayar programlarında çoğaltmada "gereklilik" ölçüsünden farklı bir durum vardır. Gerçekten, amlan hüküm, eserin kullanılabilmesi, ondan yarar sağlanabilmesi için zorunlu olan çoğaltmalara, bu arada güvence amacıyla kopyalamaya izin vermektedir. Buna karşılık, daha fazla kopyalama, yine fikri hak sahibinin yetki tammasına bağlı tutulmuştur. Aksi görüş için bkz. ve kry. **Hoeren**, CR 1988, 912 dn. 50.

147. Bkz. yuk. dn. 144. **Michalski/Bösert**, 22 vd. Kry. **Mackaay**, 34-35.

148. Genel olarak aynı haklar, özel olarak da mülkiyet hakkının içeriğinde, kontrolden yararlanma, bunu kullanma ve hukuki işlemlere konu edebilme, üçüncü kişilerin saldırılarına karşı koyma ve hukuki koruma yollarını talep etme gibi hak sahibi için en kapsamlı yetkilerin yer aldığı, genel geçerliliği olan bilgilerdir. Bununla birlikte daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıpek**, 8 vd. Ancak, mülkiyet hakkının, özel veya kamu hukuku nitelikli hükümlerle sınırlanması mümkündür. Sözleşti, taşınmaz mülkiyetinde, zorunlu meca (MK 668) ya da zorunlu geçit (MK 671) irtifakı, taşınmazın sınırlarının belirlenmesi (MK 646), hali çekilmesi (MK 673) yükümlülüğü, taşınmaz mülkiyetinin aşkın kullanılmaması (MK 661) gibi yasal ve özel hukuk nitelikli; imar mevzuatına uygun davranma (İmar K3) gibi yasal ve fakat kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar öngörülmesi de mümkündür. Gerçi mülkiyet hakkına sözleşme ile de sınırlama getirilebilir: Şufa (658), vefa ve iştirak (MK 660) hakların kuran sözleşmelerde olduğu gibi kişisel etkili (şahsî); manzara irtifakı, geçit irtifakı, meca irtifakı gibi ayrı etkili ve sözleşmeye dayanan sınırlamalar kurulabilir... Ve şu da bir gerçektir ki, mülkiyet hakkının muhtevasında yer alan yetkilerin sözleşmeyle, özel olarak satım sözleşmesiyle sınırlanmasını engelleyen bir yasal hüküm bulunmamaktadır. Aynı yönde **Akıpek**, *Mülkiyet*, 245; **Yıldırım**, 60. Fakat, unutulmamalıdır ki, tüm bu hallerde öngörülen ve öngörülebilecek sınırlamalar, mülkiyet hakkının özüne dokunamaz. Yani, maliki, mülkiyet hakkının özünde yer alan kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (sarf) etme (abusus) yetkilerinden tümüyle yoksun bırakılmak mümkün değildir (MK 618; ZGB 641, BGB § 903). Bu anlamda o, malî üzerinde, örneğin şufa hakkı kurulmuş olsa bile tasarruf yetkisini kullanabilir ve de kullanabilmelidir.

ifade eden- mülkiyetinin devrinden söz edilmektedir. Fakat, öte yandan, programı sürekli devretmeyi amaçlayan sözleşmeye de, eşya ve mülkiyet kavramıyla bağdaşmayan sınırlamalar koyulmaktadır. Eğer program eşya ise, bu gibi sözleşmesel hükümler, mülkiyeti devredilen bir "şey" üzerinde, malikinin hukuk düzeninin sınırları içerisinde dilediği tasarrufta bulunabileceği yönündeki vazgeçilmez ve değiştirilemez kabulden uzaklaşmak anlamına gelmez mi¹⁴⁹? Gelebilirdi!.. Her ne kadar bir eserden herhangi bir şekilde yararlanma hakkı münhasıran eserin sahibine tanınmış ise de: tükenme ilkesi (Erschöpfungsgrundsatz)¹⁵⁰ gereğince, eğer hak sahibi eserin nüshalarının ilk satışını yapmışsa, bunların yeniden satışını ya da kiralanmasını engelleyemez (FSEK 23). Hal böyle olunca da, program devri sözleşmelerinde yer alan üçüncü kişilere devri sınırlayıcı hükümleri geçersiz saymak gerekmektedir¹⁵¹. Ancak, ulaşılan bu noktada, müktesibin kişisel kullanımının kapsamını sınırlayan sözleşme kayıtlarının¹⁵², eşyadaki mülkiyetin devriyle bağdaştırılması hâlâ mümkün değildir¹⁵³. Bu durumda ya mülkiyet hakkının özüne dokunan bu sözleşmesel hükmün geçersizliğinden söz etmek ya da programı eşyadan farklı bir hukukî varlık olarak sınıflandırmak gerekmektedir¹⁵⁴.

149. Çünkü, eğer program devri mülkiyeti devretmeyi amaçlıyorsa, o zaman, sözleşmenin ifası ile birlikte mülkiyet hakkının ve bundan doğan tüm yetkilerin devredilmiş olması gerekmektedir. Ancak bu yolla, aynı hakların, eşya üzerindeki hak sahipliği durumunu (hukukî pozisyonu) düzenleyici bir etkiye sahip olduğu ve böylelikle de, aynı hak sahibi olduğu saptanan kimseye, o eşya üzerinde münhasır ve doğrudan bir egemenlik sağlamış bulunduğu düşüncesi gerçekleşmiş olur. Bkz. **Akıpek**, 18. Krş. **von Westphalen**, N. 539-540. Keza Anglo-Amerikan hukukçularının benzeri yaklaşımı için bkz. ve krş. **Smith**, 59.

150. Bu konuda bkz. **Ayfter**, 135 dn 40; **Yıldırım**, 58-59 ve dn. 256-257.

151. **Yıldırım**, 60. Kullanımı sınırlayan bu gibi kayıtlarla kurulan sözleşmenin, üçüncü kişiler açısından geçersiz olsa da tarafları bağlamaya devam edeceğini; üstelik bunun mülkiyet hakkı ile bağdaşabileceğini kabul eden görüşü için bkz. **Yıldırım**, 60 vd. Krş. **Hoeren**, CR 1988, 915.

152. Bkz. yuk. dn. 144, 145.

153. Son kullanımın kişisel amaçla ve yalnız kendisine ait birçok bilgisayar üzerinde kopyalama yapmış olmasının hukuken kabul edilebilir olduğu ve böylelikle sözü edilen sorunun doğmayacağı anlamındaki görüşü için bkz. **Kaypakoglu**, 140.

154. Benzeri yaklaşım için bkz. ve krş. **Kilian**, Referat. 81. Keza bkz. **Lipton**, 4. Future problems for property...

Bütün bu gerekçelerle, programın, bir kere, üzerinde taşındığı ortandan bağımsız bir hukukî kimliğinin bulunduğu kabul edil-
melidir¹⁵⁵. İkinci olarak, bu kimlikle devir amaçlı borç ilişkilerinin
konusunu oluşturan program devri hakkında, Borçlar Kanununun
satım sözleşmesine ilişkin hükümleri toptan¹⁵⁶ ve doğrudan değil¹⁵⁷,
uygun yerlerde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde *kıyasen* uy-
gulanmalıdır¹⁵⁸.

SONUÇ

Bilimsel düşüncesinin yarattığı saf bir bilgi olarak bilgisayar
programı, kabul edilebilir ölçüde kullanılabilir hali alıp piyasaya
sürülünce, o artık ilgili olduğu sorunun çözümünü gösteren bir fi-
kirdir. Fakat, belirli bir anda ve belirli bir sorunun ya da aynı sor-
unun belirli bir boyutunun veya boyutlarının sabit, donmuş, ka-
tılaşmış bir fikir olarak çözümünü vermektedir. Fakat, bu fikrin
uygulanabilmesi, hem o fikrin doğruluğunun saptanabilmesi ve

-
155. Bilinen o ki, **Druey**'in (149, 153, 165) de dediği gibi, bir edimin konusunu oluşturan soyut bir varlık olarak her tür -eğitim ve öğretim, danışmanlık, bilgisayar programı teslimi gibi- bilgiyi (Information), taşıyıcısından ayrı olarak tasavvur edilebilmek mümkündür.
156. Kıs. **Heussen**, GRUR 1987, 783; **Honsell**, 314-316. Buna karşılık, program devri amaçlayan sözleşmenin, özellikle tekerrül sorunu bağlamında toptancı bir yaklaşımla, yasada düzenlenmiş herhangi bir sözleşme tipine tâbi tutulamayacağı yönündeki görüşü için bkz. **Moritz**, ComHdB, Kap. 42, N. 122 vd., 126. Keza **Bühler**, Th. Komm. z. Schweizerischen ZGB, Bd. V: Obligationenrecht, Teilbd. 2d, Der Werkvertrag Art. 363-379, Zürich 1988, Art. 363 N. 184.
157. Şu halde, programın sürekli devrini amaçlayan bir sözleşme de, öngörülen bu gibi kısıtlamalar nedeniyle tam anlamıyla satım sözleşmesi olarak nitelenemeyecektir. Bunun gibi, sadece kullanma (ve kısmında yararlanma) hakkı veren borç ilişkileri ise (kira, hâsılât kirası, leasing gibi), malın kullanımını süre bakımından kısıtladıkları için yazılımların sürekli devri sözleşmelerine uygulanamazlar. Gerçi, fikrin hukuk çerçevesinde değerlendirilebilecek bir ilişki, "lisans sözleşmesi" kalmakta ve bu da akla daha yakın görünmektedir. Bununla birlikte, mevzuatta yer alan lisans sözleşmesi ile ilgili hükümler teslim ve ayıp konularında özel düzenlemeye yer vermediği, bu hususlarda en elverişli ve kapsamlı oldukları için satım hükümlerine *kıyasen* başvurulabilmelidir. Aksi görüş için bkz. **König**, NJW 1989, 2604; **Hören**, GRUR 1988, 342; **Marty**, N. 134, 680 vd.; **Druey**, 156. **Von Westphalen** (N. 557-558)'e göre ise, burada ne satım ne de eser sözleşmesi hükümleri uygulanabilir. Bu sözleşmede ya kira ya da kendine özgü sözleşme niteliği bulunmaktadır.
158. Kıs. **Heussen**, GRUR 1987, 783, 789 vd.; **ayy.**, ComHdB, Kap. 21, N. 16, Engel, 1162 vd.

hem de uygulayıcı muhatap çevrenin elde etmeyi beklediği yararın elde edilmesi gereklidir. Bu uğurda ya doğrudan veya dolaylı olarak bu bilgi/fikir uygulayıcıya ulaştırılmalıdır. İşte bir fikir olan bilgisayar programının gerek taşınabilir bir ortama kaydı ve bunun teslimi gerekse doğrudan doğruya bilgisayara kaydolunması veya kurulması ve işletilmesi, o programın son kullanıcıya iletilmesi için araç ya da yoldur. Diğer bir deyişle, program bu yollardan biriyle teslim olunmaktadır. Fakat, böyle bir teslim yolunun kullanılması ne programı maddileştirme amacıyla yapılmakta¹⁵⁹ ne de ilgili ortamda bir takım değişiklikler yaratılarak yapılan kayıt programı maddileştirmektedir.

Program, disket, CD-ROM vs. gibi taşınan ortamlar üzerinde çalıştırılabilse de, bunlar, sadece programdaki donmuş fikrin tespiti, taşınması ve teslimi, korunması işini görür ve kelimenin tam anlamıyla bir ambalaj özelliğini gösterirler. Üzerine kayıt edildiği ve kurulduğu sabit disk ise, programın işlevini görebilmesi, ondan yararlanılabilmesi için uygun ortamı sağlarlar. Hukukumuzda göre, üzerinde *egemenlik kurulabilen bir cisim* özelliğini haiz her şey gibi veri taşıyıcısı ortamların maddî nitelikte, dolayısıyla eşya olduklarında kuşku yoktur. Fakat, program, fiziksel değil fikrî nitelikte olması nedeniyle bir eşya sayılmamalıdır. Nasıl ki, her fikir/bilgi, nesnesinden (hakkında bildirimde bulunduğu şey, olgu ya da olaydan) de taşıyıcısından da ayırt edilebilmektedir; o halde, bir bilişim sistemine işlevsellik katan araç olarak; kendisi olmaksızın bilgi/veri işlenmesi olanaksız olan bilgisayar programı da taşıyıcısından ayrı bir varlık olarak değerlendirilmelidir. Şu halde, sırf üzerinde kayıtlı olduğu ortamlar nedeniyle ve sırf satım sözleşmesinin hükümlerini uygulayabilmek için bilgisayar programlarını, maddî bir varlık, eşya olarak nitelendirmek olanaklı görünmemektedir.

Son tahlilde, buradaki sorunun, yürürlükteki hukuk kurallarıyla (dogmatikle) ilgili olmaktan çok hukuk siyaseti, yani hukuk dü-

159. Kaldı ki, bir sözleşme yapılırken sadece böyle bir amaç izlenmesi de akla uygun değildir.

zeninin bir tercihi ile ilgili olduğu belirtilmelidir. Bu yüzden, program, gerçekte eşya olmasa bile, program devir sözleşmelerine, zayıf olan tarafı, yani son kullanıcıyı korumak amacı gözetilerek özellikle ayıp ve teslim sorunları bakımından *de lege lata* daha elverişli olan eşya teslimine ve teslim edilen maldaki ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin, doğrudan doğruya değil *kiyasen* uygulanması ile yetinilmelidir.

KISALTMALAR

AcP	: Archiv für civilistische Praxis
ayy.	: Aynı yazar.
BB	: Betriebs-Berater
BFH	: Bundesfinanzhof (Federal Vergi Mahkemesi, Almanya)
BGH	: Bundesgerichtshof (Federal Mahkeme, Almanya)
Bkz./bkz.	: Bakınız
ComHdB.	: Computerrechtshandbuch Computerrechtshandbuch. Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (hrsg.: Kilian/Heussen), Stand: Mai 1998 (Loseblatt), München 1990-1998
CR	: Computer und Recht (Zeitschrift)
dn.	: Dipnot
DokT.	: Doktora Tezi
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift
GRUR Int.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
Hrsg.	: Herausgeber
JZ	: Juristenzeitung
Kap.	: Kapitel
N.	: Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
Yuk.	: Yukarıya, yukarıda

KAYNAKÇA

- Akıpek, J. G.:** Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, B. 2, Ankara 1972; İkinci Kitap: Mülkiyet, Ankara 1971.
- Aydın, E. D.:** Bilişim Sistemleri Sözlüğü - Bilgisayar Bilgi İşlem ve Telekomünikasyon, Ankara 1992.
- Ayiter, N.:** Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.
- Bartsch, M.:** "Softwareüberlassung-was ist das?", CR 1992/7, 393-397.

- Bauer, K. A.:** "Urheberschutz von Computerprogrammen in den USA". GRUR 1984/3, 136-146.
- Beşiroğlu, A.:** Düşünce Ürünleri Üzerine Haklar. Ankara 1999.
- Bühler, T.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V, Teilbd. 2d. der Werkvertrag Art. 363-379 OR. 3. Aufl., Zürich 1998.
- Bydlinski, P.:** "Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?" Acp 198 (1998), 287-328.
- Cahn, A.:** "Produkthaftung für verkörperte geistige Leistungen". NJW 1996/44, 2899-2905.
- Druey, J. N.:** "Verträge auf Informationsleitung". Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe (Hrsg.: P. Forstmoser/P. Tercier/R. Zäch). Zürich 1988, 147-165.
- Engel, W.:** "Mängelansprüche bei Softwareverträgen", BB 1985, 1159-1165.
- Erel, Ş.:** "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", Prof. Dr. İ. ÖZTRAK'a Armağan, AÜ SBF D Ocak-Haziran 1994, C. 49, 141-164 (Bilgisayar).
- Erel, Ş.:** Türk Fikir ve Sanat Hukuku. B. 2, Ankara 1998.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku. Genel Hükümler. C. 1, B. 6, İstanbul 1998; C. 3, B. 3, Ankara 1995.
- Fuhrer, S.:** "Computerviren und Haftung", SJZ 1991/8, 129-135.
- Haab, R.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 1929.
- Harte-Bavendamm/Kindermann:** EDV-Verträge, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 3. Aufl., München 1992.
- Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Heussen, B.:** "Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen". GRUR 1987/11, 779-792.
- Heussen, B.:** Rechtliche Struktur der Softwareverträge, ComHdB - Kap. 21, München 1991.
- Hoeren, T.:** "Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf". CR 1988/11, 908-917.
- Hoeren, T.:** "Anmerkung für BGH, Urt. V. 18.10.1989 - VIII ZR 325/88, JZ 1990/5, 236-239", JZ 1990/5, 239-241.
- Homburger/Marfi:** La propriété mobilière, I, FJS 649.
- Honsell, H.:** "Standardsoftware- und Sachmängelhaftung". FS Pedrazzini, Bern 1990, 313-320.
- Junker, A.:** "Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991-1992", NJW 1993, 824-832.
- Junker, A.:** "Die Praxis des Bundesgerichtshofs zum Computerrecht 1989-1992-Teil 1-2", JZ 1993, Teil 1: 344-350; Teil 2: 447-453.

- Kaypakoglu, S.:** Bilgisayar Programları'nın Hukuki Korunması. Yüksek Lisans Tezi, İzmir 1997.
- Kilian, W.:** "Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs". Tagung (Hrsg.: H.-L. Weyers). 77-107 [Referat].
- Kilian, W./Heussen, B. (Hrsg.):** Computerrechtshandbuch. Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis. Stand: Mai 1998 (Loseblatt). München 1990-1998 (ComHdB).
- Kindermann, M.:** "Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht". GRUR 1983/4. 150-161.
- König, M. M.:** "Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen des § 90 BGB - Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart. NJW 1989, 2635-". NJW 1989/41. 2604-2605.
- König, M. M.:** "Zu Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung". NJW 1990/25. 1584-1586.
- König, M. M.:** "Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf". NJW 1993/48. 3121-3124.
- Lehmann, M.:** "Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen". GRUR Int. 1991/5. 327-337 (GRUR Int. 1991/5).
- Lehmann, M.:** "Produkt- und Produzentenhaftung für Software". NJW 1992/28. 1721-1725.
- Lipton, J.:** "Property Offences into the 21st Century". 1999/1. (26 February 1999) The Journal of Information, Law and Technology (JILT). <http://www.law.warwick.ac.uk/jilt/99-1/lipion.html>
- Mackaay, E.:** "Contracting for software in Canada". Tagung (Hrsg.: H.-L. Weyers) 9-39.
- Marty, J.:** Softwareüberlassungsverträge. München 1991.
- Martinek, M.:** Moderne Vertragstypen, Bd. III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993.
- Megede, E. zur:** "Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV". NJW 1989/41. 2580-2587.
- Mehring, J.:** "Computersoftware und Gewährleistungsrecht". NJW 1986/31. 1904-1909.
- Mehring, J.:** "Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware". NJW 1988/39. 2438-2441.
- Meier-Hayoz, A.:** "Zum Informationsvermittlungsvertrag". In: Inominatverträge. Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep (Hrsg.: P. Forstmoser/P. Terrier/R. Zachi). Zürich 1988. 191-204 (FG).
- Meier-Hayoz, A.:** Berner Kommentar, Bd. IV Sachenrecht. I. Abteilung Das Eigentum. I. Teilband. Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654. 5. Aufl. Bern 1981.

- Michalski, L./Bösert, B.:** Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, Stuttgart 1992.
- Moritz, H.-W.:** Leistungsstörungen und Gewährleistung, ComHdB - Kap. 40-45, München 1991.
- Mustervorschriften** für den Schutz von Computersoftware, GRUR Int. 1978/7, 286-291.
- Müller-Hengstenberg, C. D.:** "Computersoftware ist keine Sache", NJW 1994, 3128-3134.
- Oğuzman, K. M. / Selçü, Ö.:** Eşya Hukuku, B. 6, Istanbul 1992
- Palandt/Heinrichs:** Bürgerliches Gesetzbuch, BGB §§ 1-432, 53. Aufl., München 1994.
- Prüm, A.:** "Le Logiciel, en droit français", Tagung (Hrsg.: H.-L. Weyers), 41-63.
- Redeker, H.:** "Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?", NJW 1992/28, 1739-1740.
- Reed, C. (ed.):** Computer Law, 3. ed., Hampshire 1996.
- Reed, C.:** Introduction, Computer Law (ed.: C. Reed), 3. ed., Hampshire 1996.
- Rutkowski, H./Gerhardt, B.:** Leitfaden des Computerrechts. Vertragsrecht-Urheberrecht-Strafrecht, Stuttgart 1989.
- Schlupe, W. R.:** Innominatverträge - Anhang: Die Verträge im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung, SPR VII/2, Basel-Stuttgart 1979, 959 vd.
- Scott, G. M.:** Principles of Management Information Systems, New York-Toronto 1986.
- Sirmen, A. L.:** Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.
- Smith, G.:** Software contracts, Computer law (ed.: C. Reed), 3. ed., Hampshire 1996.
- Staudinger/Dilcher:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch I., Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl., Berlin 1980.
- Steinauer, P. H.:** Les droits réels, 2^{ème} éd., Berne 1990
- Taeger, J.:** "Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme", CR 1996/5, 257-271.
- Tagung (Hrsg.: H.-L. Weyers):** Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs: Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe Zivilrecht der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf der Tagung vom 18. bis 21. September 1991 in Saarbrücken, Baden-Baden 1992 (Tagung).
- Tekinatp, Ü.:** Fikri Mülkiyet Hukuku, Istanbul 1999.
- Ünal, M.:** Şekli Eşya Hukuku, B. 2, Ankara 1994.
- Von Westphalen, F. G.:** "Gewährleistungshaftung", in: **von Westphalen, F.G./Langheid, T./Streitz, S.,** Der Jahr-2000-Fehler, Haftung und Versicherung, Köln 1999 (<http://www.otto-schmidt.de/werbung/wjz/170-182.pdf>)
- Yazıcıoğlu, R. Y.:** Bilgisayar Suçları - Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları ile, İstanbul 1997.
- Yıldırım, M. F.:** Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), DokT., İstanbul 1999.