

## BÖLÜM 3/3

FSEK KAPSAMINDA AÇIK KAYNAK  
KODLU YAZILIMLARDA HAK SAHİPLİĞİMERYEM SOLMAZ BİLİCİ<sup>1</sup>

## ÖZET

Açık kaynak kodlu yazılımlar, kaynak kodlarının ücretsiz bir şekilde herkesin erişimine sunulduğu ve üzerinde değişiklik yapma ve çoğaltma haklarını da içeren yazılımlardır. Klasik özel yazılımlardan farkı dolayısıyla, açık kaynak kodlu yazılımların 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("FSEK") çerçevesinde telif hukuku korumasından faydalanıp faydalanmayacağı tartışmalıdır. Her ne kadar konuya ilişkin somut bir hukuki düzenleme olmasa da, yabancı mahkeme kararlarında bazı durumlarda açık kaynak kodlu yazılımların telif hukuku korumasından istifade edebileceğine karar verilmektedir. Buradaki en temel dayanak ise, açık kaynak kodlu yazılımın lisans sözleşmesidir. Bu durumda, açık kaynak kodlu yazılımlar üzerinde kimlerin hak sahibi olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. Zira kaynak kodlarının açık olması dolayısıyla pek çok kişinin katkıda bulunduğu bir yazılımın kime ait olduğunun belirlenmesi, telif hukuku korumasından kimlerin faydalanabileceğini de gösterecektir. Çalışmamızda öncelikle açık kaynak kodlu yazılımların hukuki mahiyeti ve FSEK kapsamına girip girmemesi irdelenecek, akabinde bu yazılımlar üzerindeki hak sahipliği problemi ele alınacaktır.

## → ANAHTAR KELİMELELER

AÇIK KAYNAK KODLU YAZILIMLAR, FSEK, HAK SAHİPLİĞİ, YAZILIM LISANS SÖZLEŞMESİ.

## DİPNOT

<sup>1</sup> İbn Haldun Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

## I. GİRİŞ

İnternet kullanımının ve bilgisayar programcılığının yaygınlaşmasıyla, bu alanların fikri mülkiyet hukuku kapsamında düzenlenmesi gerekliliği gündeme gelmiştir. Ancak bilgisayar programcılığı sektörünün hızlı ilerleyişi, yeni ortaya çıkan yöntemlerin hangi şekilde korunacağı hususunda kanun boşluğu doğurabilmektedir. Nitekim bilgisayar programları ve yazılımlara ilişkin FSEK'te düzenlemeler yer alsa da, son zamanlarda yaygınlaşan açık kaynak kodlu yazılımların<sup>2</sup> hangi kapsamda ele alınacağı doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır<sup>3</sup>.

Yazılımlar temel olarak ikiye ayrılmaktadır: özel/malik olunan (proprietary) yazılımlar ve açık kaynak kodlu yazılımlar<sup>4</sup>. Özel yazılımlarda kaynak kodu gizlidir, sadece nesne kodu paylaşılır ve neredeyse her zaman bu yazılımın karşılığında bir ücret alınır<sup>5</sup>. Bu yazılımlar, aynı zamanda FSEK kapsamında koruma altına alınan klasik bilgisayar programlarıdır. Söz gelimi Microsoft bu şekilde özel yazılım kategorisine girmektedir. Bu yazılımların karşılaştığı en büyük tehlike kopyalanma olduğu için FSEK'te bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin özel ve detaylı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Diğer yazılım türü olan açık kaynak kodlu yazılımlarda ise program sahibinin ekonomik kazancı çoğu zaman dolaylıdır<sup>6</sup>. Bu programların kaynak kodları üçüncü kişilerce erişilebilir. Ayrıca bu kodların değiştirilmesi ve hem orijinal hem de değiştirilmiş kodların çoğaltılması mümkündür. Her iki yazılım türü arasında yer alan bu temel farklılıklar, meselenin fikri mülkiyet hukuku açısından değerlendirilmesini de zorunlu kılmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle kaynak kodu kavramı ele alınmış, akabinde son dönemlerde yaygınlaşan açık kaynak kodları ve bunlardan türetilen yazılımlar üzerinde durulmuştur. Özellikle bu yazılımların telif hukuku korumasından faydalanıp faydalanamayacağı, eğer faydalanacaksa hangi şartlar altında değerlendirileceği tartışılmıştır. Bu kapsamda çalışmamızda açık kaynak kodlu yazılımların lisanslanması değerlendirilmiştir. Son olarak açık kaynak kodlu yazılımlar üzerinde kimin/ kimlerin hak sahibi olduğu sorusunun yanıtı aranmıştır.

II. KAYNAK KODU KAVRAMI VE AÇIK KAYNAK  
KODUNUN ESER NİTELİĞİ

Açık kaynak kodlu yazılımlar üzerinde hak sahipliği meselesini ele almadan önce bu çerçevede karşılaşılabilecek temel kavramları kısaca tanımlamak gerekmektedir.



## DİPNOT

<sup>2</sup> Açık kaynak kodları idari merciler tarafından da kullanılmaktadır. Örneğin idare tarafından yapılan yazılım ihalelerinde açık kaynak kodlarının kullanılabilmesi, bu durumun açık kaynak kodu kullanmayan firmalar açısından haksız rekabet teşkil etmeyeceği ve açık kaynak kodu kullanımı halinde idare lehine lisans düzenlemesine gerek olmadığına ilişkin bkz. Kamu İhale Kurulu Kararı, K. 2021/UH.I-1315 T. 30.06.2021 (www.lexpera.com.tr)

<sup>3</sup> İstanbul Anadolu 1 Fikri ve Sınai Hakları Hukuk Mahkemesi E. 2015/150 K. 2018/214, T. 12.6.2018 (www.lexpera.com.tr).

<sup>4</sup> David Ferrance, "Economic Interests and Jacobsen v. Katzer: Why Open Source Software Deserves Protection under Copyright Law," Journal of the Copyright Society of the USA 58, no. 4 (2010-2011): 819-854, s. 822

<sup>5</sup> Ferrance, s. 822

<sup>6</sup> Ferrance, s. 824. Rekabet Kurulu, K. 18-33/555-273 T. 19.09.2018 (www.lexpera.com.tr)

## BÖLÜM 3/3

## DİPNOT

7 Zeki Özen, Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, s. 8

8 Robert W. Gomulkiewicz, "De-Bugging Open Source Software Licensing," University of Pittsburgh Law Review 64, no. 1 (Fall 2002): 75-104, s. 78

9 Ferrance, s. 824

10 Jose J. Gonzalez de Alaiza Cardona, "Open Source, Free Software, and Contractual Issues," Texas Intellectual Property Law Journal 15, no. 2 (Winter 2007): 157-212, s. 164

11 Pelin Özkaya ve Refik Samet, "Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması", Uluslararası Bilgi Mühendisliği Dergisi, C. 6, S. 1, 17-34, s. 22

12 Özkaya ve Samet, s. 21

13 Gomulkiewicz, s. 81; Cardona, s. 159

14 Açık Kaynak Girişimi (OSI), 1998 tarihinde açık kaynak kodlarının kullanımını teşvik amacıyla Kaliforniya'da kurulan ve kâr amacı gütmeyen bir kuruluştur. Açık kaynak alanındaki çalışmaları ve lisans düzenlemeleri takip edilmektedir.

15 Tanım ve kriterlerin tamamı için bkz. <https://opensource.org/osd> (E.T. 31.08.2021)

16 Matthew A. Goldberg, "Open Source Software Licenses Held Enforceable" Litigation News 34, no. 2 (Winter 2009): 3-4, s. 3; Arslan, s. 11

17 Oğuz Arslan, Yeni Kamusal Mal: Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım, Nisan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 3

18 Uluç Çağatay ve Hakan Yıldız, "Belediyelerin Çevre Yönetimi Üzerine Açık Kaynak Kodlu Bir Kent Bilgi Sistemi Uygulaması", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi - Sayı 34 - Aralık 2012, 173-184, s. 176

19 Burak Beyhan, Burak Belge ve Fikret Zorlu, "Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Masaüstü CBS Yazılımları Üzerine Karşılaştırmalı ve Sistemli Bir Değerlendirme", Harita Dergisi, Ocak 2010, Sayı: 143, 45-61, s. 46

20 Michael A. Einhorn, "Open Source and Innovative Copyright," IPL Newsletter 22, no. 3 (Spring 2004): 30-34, s. 32; Kevin Tully, "Jacobsen v. Katzer: Model Trains and the Enforceability of Open Source Software License Conditions through Copyright Law," Syracuse Science & Technology Law Reporter 2008 (2008): 1-2, s. 1

21 Gomulkiewicz, s. 78-79

22 Tully, s. 1

## A. Kaynak Kodu Kavramı

Kaynak kodu, "programlama dillerinden biriyle ve istenilen amaca uygun olarak o dilin gramer yapısı ve komutları kullanılarak yazılan komutlar bütünü" olarak tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Bir diğer ifadeyle kaynak kodu, bilgisayar programcısı tarafından programlama dilinde yazılan ve bilgisayarın ne yapması gerektiği hususundaki talimatları içeren bir koleksiyondur<sup>8</sup>. Kaynak kodu, insanlarca okunabilir olan ve bilgisayar programının yapması istenilen talimatları içerir. Kaynak kodu yazımı aşamasından sonra bu kodlar nesne kodlarına dönüştürülür ve böylece bilgisayar tarafından okunabilen (1 ve 0 rakamlarından oluşan) kodlar oluşturulur<sup>9</sup>. Nesne kodu kullanılarak kaynak koduna -en azından tam olarak aynısına- ulaşılabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple programcılar çoğunlukla belirli bir ücret karşılığında nesne kodunu paylaşsalar da kaynak kodunu gizli tutarlar.

Doktrinde kaynak kodu, yemek tarifi olarak örneklendirilmektedir. Buna göre bir yemek tarifi bilinmeden yenildiğinde afiyetle yense de, tekrar yapılabilmesi veya geliştirilebilmesi için muhakkak yemeğin tarifi gerekir<sup>10</sup>. Kaynak kodlarının bilgisayar programları açısından taşıdıkları bu önem dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunması beklenir. Zira şirketler veya programcılar, yazdıkları kodların hususiyet içermesiyle rekabet ortamında var olma imkânı elde ederler. Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, FSEK md. 2 kapsamında, bilgisayar programına ait kaynak kodları dâhil diğer kodlar telif korumasından faydalanmaktadır<sup>11</sup>.

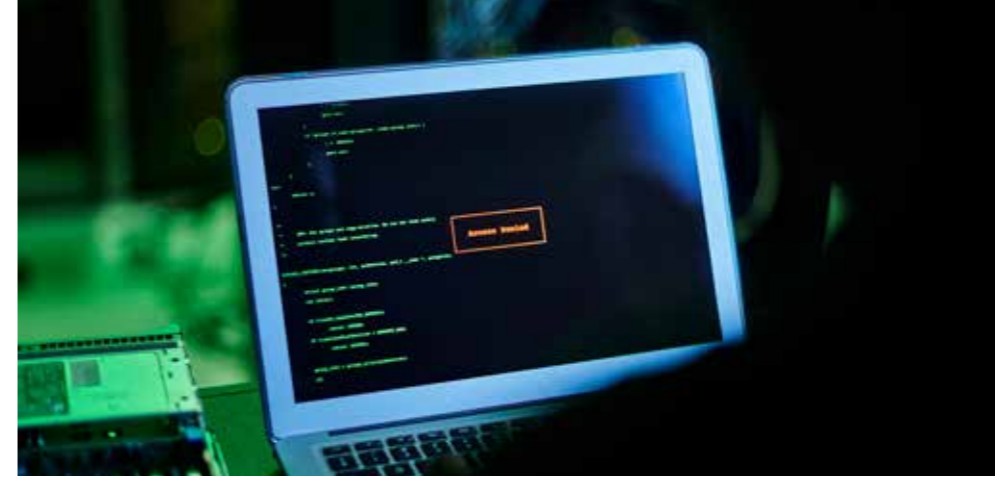
## 1. Açık Kaynak Kodu Kavramı

Açık kaynak kodlu yazılım, kaynak kodları açık bir şekilde incelenebilen ve kullanılabilen kodları içeren yazılımlardır<sup>12</sup>. Bir kaynak kodunun açık kaynak kodu olarak kabul edilmesi için gerekli olan şartlar üzerinde tam olarak mutabakat sağlanabilmiş değildir. Bununla birlikte genel olarak 4 temel unsuru içermesi kabul edilmektedir. Bunlar; kaynak koda erişim, herhangi bir amaçla yazılımı kullanma hakkı, herhangi bir şekilde yazılımda değişiklik yapma hakkı ve orijinal yazılımı ve -varsa- türevlerini çoğaltma hakkı<sup>13</sup>. Öte yandan Açık Kaynak Girişimi (Open Source Initiative)<sup>14</sup> tarafından yapılan tanımda ise, açık kaynak uygulamasının sadece kaynak kodlarının erişilebilir olması anlamına gelmediği, bununla birlikte on temel kriterin sağlanması zorunluluğu ifade edilmektedir. Söz gelimi kaynak kodunun erişilebilir olması, ücretsiz şekilde dağıtımı, kodlar üzerinde değişiklik yapılabilmesi, kişilere veya gruplara karşı ayrımcı olmaması, lisansın spesifik bir ürüne münhasır olmaması gibi kriterler bunlardan bazılarıdır<sup>15</sup>. Günlük kullanımımızda karşılaştığımız ve bilgisayarlılık alanında bilinen, Firefox, Linux gibi yazılımlar açık kaynak kod modeli sonucu oluşturulmuş ürünlerdir<sup>16</sup>.

Açık kaynak kodunda kullanıcılar sadece kaynak kodlarını kullanmaz, ayrıca bunları çoğaltma, bunlar üzerinde değişiklik yapma ve işlenmiş hallerini çoğaltma imkânlarına da sahip olur<sup>17</sup>. Benzer şekilde Google Maps (Haritalar) de açık kaynak kodu metodu ile kod paylaşımında bulunmaktadır<sup>18</sup>. Bu durum, açık kaynak kodlu yazılımların hayatımızın içinde olduğunu göstermektedir.

Açık kaynak kodu ile klasik kapalı kaynak kodu uygulaması arasındaki farkları görmek için Burak Beyhan tarafından hazırlanan tablonun incelenmesi faydalı olacaktır<sup>19</sup>.

İlgili tabloda da yer aldığı üzere, açık kaynak kod metodunun bazı temel faydaları bulunmaktadır. Öncelikle geniş yetenek havuzu (açık olması dolayısıyla yetenekli pek çok programcının kaynak kodlarını geliştirme imkânı) sayesinde daha hızlı, kolay ve ucuz şekilde üst düzey yazılımların üretilebilmesi mümkündür<sup>20</sup>. Üretilen yazılımın en iyi kaliteye ulaşabilmesi veya rekabetin artırılması da açık kaynak kodlarının kullanılmasının faydalarındandır<sup>21</sup>. Benzer şekilde program, ihtiyaçları karşılayacak kadar iyi ve geliştirilmiş olsa da, daha sonra kullanıcıların bireysel ihtiyaçları doğrultusunda programı tekrar değiştirme imkânı olabilecektir<sup>22</sup>. Bu sebeple açık kaynak kodlarıyla geliştirilen yazılımların fikri mülkiyet hukukundaki yerini ele almak önem arz etmektedir.



## 2. Açık Kaynak Kodunun Eser Niteliği

Bilgisayar programlarının fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korunması, telif hukuku bünyesinde gerçekleşmektedir. Her ne kadar bilgisayar programlarının patent hukukuna konu olduğunu savunanlar olsa da, mevcut hukuki durum itibarıyla bilgisayar programları FSEK kapsamında koruma bulmaktadır (md. 2)<sup>23</sup>.

Bilgisayar programlarının kendine özgü yapısı dolayısıyla FSEK'te detaylı düzenlemelere rastlamak mümkündür. Özellikle bilgisayar programlarının telif hukuku çerçevesinde korunma kapsamı önem arz etmektedir. FSEK md. 2/1 gereğince "her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları" ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer almaktadır. Kanun'da geçen her biçim ifadesi, bilgisayar programının bağımsız bir bölümü/ parçası olan kaynak kodlarını da kapsamaktadır<sup>24</sup>. Yine Türkiye'nin taraf olduğu TRIPS Sözleşmesi md. 10, "Kaynak veya nesne kodundaki bilgisayar programları Bern Sözleşmesi (1971) kapsamında edebi eserler olarak korunacaktır" hükmünü içermektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde; bilgisayar programları, yazılımları ve kaynak kodları eser niteliği taşımaktadır. Bir diğer ifadeyle doktrinde vurgulandığı üzere bilgisayar programına dönüştürülmesi aranmaksızın kaynak kodları da bağımsız olarak telif hukuku korumasından istifade etmektedir<sup>25</sup>.

Açık kaynak kodu ifadesi, yukarıda tanımlandığı üzere, programcı tarafından yazılan kodların herkesçe erişilebilir olması anlamına gelmektedir. Ancak bu durum, oluşturulan kaynak kodlarının en azından ilk aşamada FSEK kapsamına girmesini engellemez. Zira bir fikri ürünün eser olması sağlayacak objektif ve sübjektif şartlar, açık kaynak kodlarında da mevcuttur. Bu çerçevede kaynak kodlarının telif hukuku korumasından faydalanmasına ilişkin hükümler temelde açık kaynak kodları için de geçerliliğini taşımaktadır.

## III. AÇIK KAYNAK KODUNUN FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI

Kural olarak kaynak kodu FSEK çerçevesinde korunduğu için ve telif hukukunda fikri mülkiyet koruması için tescil veya başvuru gibi bir işlem şartı aranmadığından; kaynak kodunun oluşturulmasıyla birlikte fikri mülkiyet hakkı doğar. Bir diğer ifadeyle kaynak kodlarını oluşturan kişinin, bu kodların izinsiz kullanımı, değiştirilmesi ve çoğaltılmasını engelleme imkânı doğar. Bunun istisnası ise lisans/ izin verilme durumudur.

Açık kaynak kodlu yazılımlarda ise kaynak kodlarının açık ve herkesçe ulaşılabilir olması, bu durumdaki yazılımların hiçbir şekilde korunmayacağı anlamına gelmemektedir. Açık kaynak kodlu yazılımların korunmasına ilişkin temel prensip de tam bu noktada yatmaktadır. Kaynak kodu geliştiren yazılımcılar, bu kodların kendi çizdikleri sınırlar içerisinde korunabilmesi için lisans sözleşmesi yöntemini tercih etmektedir<sup>26</sup>. Orijinal eser sahibi (kaynak kodu yazarı), çoğu zaman orijinal kodların ve yazarın belirtilmesi şartıyla kaynak kodlarının herkes tarafından eri-

## DİPNOT

23 Habip Arslan, "Yasalar yazılımları patent koruması dışında sayıyor", Bilişim Dergisi, S. 132, Mayıs 2011, 113-119, s. 116

24 Özen, s. 41

25 Özen, s. 41

26 Gomulkiewicz, s. 79; Arslan, s. 14



## BÖLÜM 3/3

## DİPNOT

27 Dana Beldiman, "From Bits to Atoms: Does the Open Source Software Model Translate to Open Source Hardware?", Santa Clara High Technology Law Journal, C Volume 35, Issue 2, 2018, 23-53, s. 37

28 Beldiman, s. 37-38

29 Beldiman, s. 38

30 Tully, s. 1

31 Lisans sözleşmelerinde yer alan bu sınırlamanın "copyleft clause" olarak isimlendirilmesine ilişkin bkz. Gonzalez, s. 159

32 Detaylar için bkz. Hall, s. 430-435

33 Katherine A. Franco, "Protecting Free and Open Source Software: Solutions in the Digital Millennium Copyright Act," Columbia Science and Technology Law Review 12 (2011): 159-193, s. 161

34 Özen, s. 71; Patel, s. 782

35 Business Software Alliance, Open Source and Commercial Software: An In-Depth Analysis of the Issues, s. 5

36 Business Software Alliance, Open Source and Commercial Software: An In-Depth Analysis of the Issues, s. 5

37 Matt Asay, "Are proprietary maintenance fees worse than open-source maintenance fees?" 3 Aralık 2007, Mark Webbink, "Licensing and Open Source", Legal Issues Relating to Free and Open Source Software, Fitzgerald, Brian & Bassett, Graham (Eds.), Essays in Technology Policy and Law, 2003, Queensland University of Technology, Australia

38 Goldberg, s. 3; Beldiman, s. 39

39 Tully, s. 1; Victoria Nemiah, "License and Registration, Please: Using Copyright Conditions to Protect Free/Open Source Software," New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law 3, no. 2 (Spring 2014): 358-390, s. 377

40 Goldberg, s. 2

41 Business Software Alliance, Open Source and Commercial Software: An In-Depth Analysis of the Issues, s. 7

42 Franco, s. 169

şilebileceği, kullanılabilirliği, değiştirilebileceği ve çoğaltılabileceği bir genel kamu lisansı tanır<sup>27</sup>. Yine bu lisans sözleşmeleri gereği, orijinal kodları kullanarak yeni yazılımlar üreten kişiler, üçüncü kişilere de lisans tanıma taahhüdünde bulunurlar<sup>28</sup>. Böylece açık kaynak kodu metodu ile amaçlanan; herkese açık, herkes tarafından erişilebilir ve kullanılabilir kaynak kodu idealine ulaşmaktadır<sup>29</sup>.

Açık kaynak kodlarının kullanıcılarını sınırlayan en temel düzenleme, kullanılan açık kaynak kodunun asıl sahibi tarafından yazılan lisans sözleşmesi hükümleridir<sup>30</sup>. Açık kaynak kodunu kullanan, sonradan değiştiren ve/veya çoğaltan kişiler bu lisans sözleşmesi sınırları çerçevesinde kalmak zorundadır<sup>31</sup>. Her ne kadar açık kaynak kodu metodu çerçevesinde pek çok farklı lisanslama yöntemi mevcut olsa da<sup>32</sup>; çalışmamızın sınırları içerisinde sadece genel hususlara değinilecektir.

Telif hukuku kapsamında yer alan lisans sözleşmesi ile bağlantılı, açık kaynak kodlu yazılımlar için de geçerlidir. Açık kaynak kodlu yazılımların telif hukuku çerçevesindeki korunması, daha çok lisanslama metodu ile sağlanmaktadır<sup>33</sup>. Bir diğer ifadeyle açık kaynak kodlu yazılımın kaynak kodlarını kullanan, değiştiren veya çoğaltan kişinin, açık kaynak kodlu yazılımın programcısı/ eser sahibi tarafından belirlenen lisans şartlarına uymaması bir telif hakkı ihlali olarak kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Açık kaynak kodlu yazılımların çoğunda, kaynak kodlarına herkesin erişebilir olması ve herhangi bir kimsenin bu kodlar üzerinde bir özerklik iddia etmesi de bu lisans sözleşmesi şartları çerçevesinde sınırlandırılabilir/ ortadan kaldırılabilmektedir.

Klasik kapalı kaynak kodlu yazılımlarda da lisans sözleşmesi mümkündür. Ancak bu lisans sözleşmeleri çoğunlukla bir kişi veya belirli bir grup lehine bir bedel karşılığında ve çoğu zaman sadece yazılımı kullanma ile sınırlıdır<sup>35</sup>. Halbuki açık kaynak kod metodunda ücretsiz olarak geniş bir kitleye, kodları kullanma, değiştirme ve çoğaltma imkânı da tanıyan kapsamlı bir lisans imkânı sunulmaktadır<sup>36</sup>. Bu farklılık, açık kaynak kodlu yazılımlar ile ticari kullanım için geliştirilen yazılımları ayırtmaktadır<sup>37</sup>.

Açık kaynak kodlu yazılımların serbestçe erişilebilir olmasının, bu tür yazılımların fikri mülkiyet kapsamında korunması hususu ile nasıl bağdaştırılacağı hukuki bir problem olarak tartışılmaktadır<sup>38</sup>. Amerikan Federal Mahkemesi'nin, Jacobsen v. Katzer kararı bu anlamda açık kaynak kodlu yazılımların fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korunması konusunda pek çok soruyu yanıtlamıştır. Karara konu uyumsuzluk, model demiryollarının kişisel bilgisayar üzerinden kontrolü imkânını sunan yazılımın kaynak kodlarını kendi web sitesinde paylaşan Jacobsen ile bu kaynak kodlarını "Decoder Commander" isimli bilgisayar programında kullanan Katzer arasında doğmuştur. Açık kaynak lisansında; kodun izlenebilir olması, böylece sonraki kullanıcıların kodun hangi bölümlerinin orijinal yazardan olduğunu ve hangi bölümlerin diğer programcılar tarafından eklendiğini bilmesi düzenlenmiştir. Ancak Jacobsen, Katzer tarafından geliştirilen programda kendisi tarafından yayınlanan kaynak kodların kullanıldığını, bu kodlar sonucu elde edilen "Decoder Commander" isimli programda ise orijinal eser sahibi olarak kendi ismine ve orijinal kaynak kodlarına/ yazılıma yer vermediğini ve kodların nasıl değiştirildiğinin belirtilmediğini iddia etmiştir<sup>39</sup>. Yerel mahkeme, burada bir fikri mülkiyet ihlalinden bahsedilemeyeceği, bununla birlikte sözleşme ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Ancak temyiz mahkemesi "açık kaynak lisanslamasına dâhil olan telif hakkı sahiplerinin, telif hakkı konu açık kaynak kodlarının değiştirilmesi ve çoğaltılmasını kontrol etme hakkına da sahip olacağı" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bahse konu karar gereğince, açık kaynak kodlu yazılım lisanslarında yer alan hükümler, fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde bağlayıcı ve icra edilebilir kabul edilmiştir<sup>40</sup>.

Amerikan Federal Mahkemesi'nin kararının yanı sıra 2004 tarihli Netfilter Project v. Sitecom Germany GmbH kararında Alman mahkemesi, açık kaynak kodu kullanılarak geliştirilen yazılımlarda lisans sözleşmesi hükümlerine aykırılığı fikri mülkiyet hakkı ihlali kapsamında değerlendirmiştir<sup>41</sup>.

Anılan kararlar çerçevesinde, açık kaynak kod sahibi kişinin eser hakkına tecavüz iddiasında bulunabilmesi için; uyumsuzluğa konu bir eserin/ açık kaynak kodunun varlığı, bahse konu kişinin açık kaynak kodu üzerinde telif hakkı sahibi olduğu ve üçüncü kişinin, hak sahibinin münhasır haklarından birini ihlal ettiği hususlarının ispat edilmesi gerekir<sup>42</sup>.

## A. Telif Hukukuna (Copyright) Karşı Telifsizlik (Copyleft)

Açık kaynak kodlu yazılımların fikri mülkiyet çerçevesinde korunması bahsinde değinilmesi gereken bir diğer husus, bizim "telifsizlik" olarak tercüme ettiğimiz "copyleft" kavramıdır. İngilizce telif anlamına gelen "copyright" ibaresinin zıddı olarak "copyleft" ibaresi de açık kaynak kodlu yazılımlar açısından sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Copyleft, orijinal kaynak kodların kullanımının ticari olmayan amaçlarla sınırlandırılması olarak tanımlanabilir<sup>43</sup>. Bir başka tanıma göre copyleft, "bir programın (veya başka bir çalışmanın) özgür yazılım haline getirilmesi, programın tüm değiştirilmiş ve genişletilmiş sürümlerinin de özgür yazılım haline getirilmesi için genel bir yöntemdir."<sup>44</sup>. Copyleft kavramı, fikri mülkiyet koruması kullanılarak bilginin yaygınlaşmasının ve kodların paylaşılmasının engellenmesine bir eleştiri olarak ortaya çıkmıştır<sup>45</sup>.

Copyleft hükmünün olduğu lisans sözleşmelerinde, açık kaynak kod kullanılarak ortaya çıkan işleme eserlerin de kodlarının paylaşılması ve ücretsiz olarak erişilebilir olması şart koşulmaktadır<sup>46</sup>. Bununla birlikte açık kaynak kod metodunda bu sınırlamanın vazgeçilmez olmadığı, açık kaynak kod paylaşılırken ticari kullanımlara müsaade edildiği de gözlemlenmektedir<sup>47</sup>. Bu sebeple Thiel, kısıtlı açık kaynak lisansı (copyleft) ve serbest açık kaynak lisansı olmak üzere iki temel lisanslama yöntemi olduğunu belirtmektedir<sup>48</sup>. Bu ayrıma göre serbest açık kaynak lisansında kullanıcılar, açık kaynak kodlarını kendi kodlarıyla birleştirerek özel işleme eserler ortaya koyabilir ve bu ürünlerin çoğaltılması ve yayılmasında serbest davranma imkânına sahip olabilirler<sup>49</sup>. Oysa kısıtlı açık kaynak lisansında kaynak kodlarını kullanarak işleme eser meydana getiren kişi, orijinal kod için öngörülen lisans hükümleri çerçevesinde eseri çoğaltılabilmektedir<sup>50</sup>. Bu da ekonomik bir kazanç elde edilmesini güçleştirmektedir.

Örnek vermek gerekirse Mozilla Kamu Lisansı kullanılırken üretilen yazılımlarda kaynak kodları ve telif uyarısına yer verilmesi gerekir. Ancak oluşturulan işleme eserin ayrı bir lisans sözleşmesi altında piyasaya sürülmesi mümkündür. Öte yandan Genel Kamu Lisansı (General Public License - GPL) kullanılarak üretilen işleme eserlerde lisans sözleşmesine ve kaynak kodlara yer verilmeli, yapılan önemli değişiklikler zikredilmelidir. Bununla birlikte ortaya çıkan işleme eser de, yine orijinal kodlara ilişkin lisans ile aynı şartlar altında piyasaya sürülebilir<sup>51</sup>. Açık kaynak kodlu yazılımlara ilişkin lisans sözleşmelerinde yer alan kısıtlamalara ilişkin Özen tarafından hazırlanan tabloya örnek olarak bakmak uygun olacaktır<sup>52</sup>.

Tabloda; bazı açık kaynak yazılımlar bazı açık kaynak yazılımlar, ticari kullanıma imkân tanıyan bazıları bunu yasaklamaktadır. Yine bazı açık kaynak yazılımlar, değiştirilen kodu yayınlamak zorundayken bir kısmında böyle bir zorunluluk aranmamaktadır. Bütün bu hükümler arasındaki farklılık, kullanılacak açık kaynak kodlarına ilişkin lisans sözleşmesi hükümlerinin detaylı incelenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.



## DİPNOT

43 Beldiman, s. 39

44 Arslan, s. 15; Ferrance, s. 824

45 Andrew J. Hall, "Open Source Licensing and Business Models: Making Money by Giving it Away", Santa Clara High Technology Law Journal, Volume 33, Issue 3, 2017, 427-437, s. 430

46 Hall, s. 431

47 Beldiman, s. 39; bu tarz hükümlerin zayıf copyleft hükmü olarak değerlendirilmesine ilişkin bkz. Hall, s. 431

48 Scott Thiel, "Understanding Open-Source Software - Is It the End of Proprietary Software," Managing Intellectual Property 241 (2014): 41-43, s. 41

49 Thiel, s. 41

50 Thiel, s. 41

51 Daha fazla örnek ve kapsamlı analiz için bkz. Thiel, s. 42

52 Özen, s. 71

## BÖLÜM 3/3

## IV. AÇIK KAYNAK KODU ÜZERİNDE HAK SAHİPLİĞİ

Açık kaynak kodlu yazılımların eser statüsünde olduğu kuşkusuzdur, zira burada da sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK'te sayılan eser türlerinden biri olan bilgisayar programlarına dâhil olan bir zihin ürünü söz konusudur. Bu durumda açık kaynak kodlu yazılım üzerinde hak sahipliğini değerlendirirken FSEK'te belirlenen temel kriterlerden sapmayı gerektirecek herhangi bir durum söz konusu değildir.

Açık kaynak kodlu yazılımlarda hak sahibini belirlemek her zaman kolay değildir. Kural olarak bir eseri oluşturan veya oluşturanlar, o eser üzerinde hak sahibi olur. Bir diğer ifadeyle eser sahipliği ile hak sahipliği paralellik gösterir<sup>53</sup>. Çoğu zaman açık kaynak kodlu yazılımlar, kapsamlı katılımların olduğu projeler olarak karşımıza çıkar. Bu durumda projeye katılan herkesin eser sahibi olarak kabul edilmesi çok doğru olmayabilir. Özellikle projenin geneli kapsamında oldukça küçük/önemsiz sayılabilecek katkı sahipleri eser sahibi olarak kabul edilmemelidir<sup>54</sup>.

Doktrinde açık kaynak kodlu yazılımlar üzerindeki hak sahipliğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre açık kaynak kodlu yazılımlarda ortak eser sahipliği söz konusudur<sup>55</sup>. Bu durumda "eserde birlikte hak sahibi olma" ve "eser üzerinde hususiyet arz edecek boyutta katkıda bulunma" şartlarının sağlanması aranır<sup>56</sup>. Bu durumda orijinal açık kaynak kodunu kullanarak yazılımı geliştiren veya değiştiren kişi, asıl/ orijinal kodu üreten kişi ile birlikte eser sahibi olur. Ancak açık kaynak kodlu yazılımların niteliği düşünüldüğünde bu görüşün çok isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>57</sup>.

İkinci bir görüşe göre; açık kaynak kodlu yazılımların "derleme eser" kabul edilerek her bir bağımsız bölüm üzerinde o bölümü meydana getiren kişinin hak sahibi olması düşünülebilir. Derleme, özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri ifade eder. Derleme eserler de FSEK korumasına dâhildir. Nitekim FSEK md. 8, "Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir" hükmünü içermektedir. Açık kaynak kodlu yazılımların derleme eser olarak kabul edilmesi zor bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce haklı olan son görüşe göre ise, ortak eser sahipliği veya derleme eser yerine burada işleme eser sahipliğinin olduğu kabul edilmektedir. Buna göre orijinal eseri (kaynak kodlarını) hukuka uygun bir şekilde izin alarak kullanıp yeni bir yazılım ortaya çıkaran kişi, yeni eser üzerinde hak sahibi olur. Bir diğer ifadeyle açık kaynak kodlarının işleme eserde yer aldığı oranda kaynak kodları üzerinde asıl kod sahibinin hakkı devam eder, ama farklılaştığı oranda da işleme eseri meydana getiren kişi hak sahibi olur<sup>58</sup>. Gerçekten de açık kaynak kodlu yazılımlarda kodların derlenmesinden ziyade bizzat işlenerek bir eser ortaya çıkarılması söz konusudur. Bu sebeple doktrindeki bu görüşün, diğerlerine oranla daha kabul edilebilir olduğunu ifade etmek gerekir.



## DİPNOT

53 Franco, s. 170

54 Franco, s. 170

55 Franco, s. 170

56 Franco, s. 170

57 Franco, s. 171

58 Franco, s. 172

## A. Açık Kaynak Kod Sahibi ile Lisans Alan Arasındaki Hukuki İlişki

Açık kaynak kodlu yazılımların, klasik telif hukuku prensipleriyle anlaşılması zordur<sup>59</sup>. Klasik kapalı kaynak kodlu yazılımlarda aslolan, kaynak kodların gizli kalması, üçüncü kişiler tarafından kullanılmaması ve kaynak kodu yazan eser sahibine bu kodlar üzerinde münhasır bir özerklik sağlanmasıdır<sup>60</sup>. Oysa açık kaynak kodlu yazılımlarda asıl olarak kaynak kodlarına herkesçe erişimin sağlanabilmesi ve paylaşılabilmesi amaçlanmaktadır<sup>61</sup>.

Her ne kadar yukarıda izah edilen şekilde temel bir farklılık söz konusu olsa da aslında açık kaynak kodlu yazılımlarda programcı (eser sahibi) ile lisans alanlar arasındaki ilişki, klasik lisans ilişkisinden çok farklı değildir. Zira orijinal kaynak kodlarını kullanan kişi, hak sahibinin sağladığı genel kamu lisansı sayesinde eser teşkil eden kaynak kodlarını kullanma, değiştirme ve çoğaltma imkânlarına sahip olmaktadır. Sahip olduğu bu imkânlarla karşı en temel sınır, lisans sözleşmesindeki şartlardır. Bu şartlara aykırılık, telif hukukuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu anlamda aslında lisans alan ile hak sahibi/ lisans veren arasındaki ilişki açısından açık kaynak kodu ile klasik/ kapalı kaynak kodu olması önemli bir farklılık yaratmamaktadır.

## Her ne kadar yukarıda izah edilen şekilde temel bir farklılık söz konusu olsa da aslında açık kaynak kodlu yazılımlarda programcı (eser sahibi) ile lisans alanlar arasındaki ilişki, klasik lisans ilişkisinden çok farklı değildir.

Açık kaynak kodlu yazılımlarda hak sahipliğine ilişkin bir diğer husus ise, açık kaynak kodlarını kullanıp değiştirerek başka bir yazılım üreten ve bu yazılımı yayan/ çoğaltan/ dağıtan/ lisans alan kişinin durumudur. Bir diğer ifadeyle acaba lisans alan, değiştirilmiş yazılımın hak sahibi mi olacaktır? Bu durumda faydalandığı açık kaynak kodların sahibi ile arasında nasıl bir ilişki doğacaktır? Amerikan Federal Mahkemesi'nin 2008 tarihli Jacobson v. Katzer kararına göre, açık kaynak kodlarını değiştirerek yeni/ değiştirilmiş yazılım üreten kişinin bu yazılım üzerindeki hakları, açık kaynak koduna ilişkin lisans sözleşmesi hükümlerine göre tespit edilebilecektir<sup>62</sup>. Bir diğer ifadeyle; değiştirilmiş yazılımın sahibi, açık kaynak kod lisansında yer alan hükümlerle bağlı olacaktır. Eğer açık kaynak kod sahibi, ortaya çıkacak yeni/ değiştirilmiş yazılımlar üzerinde lisans sözleşmesinde bir kâr veya hak talep ediyorsa, bunların uygulama bulması zorunluluk arz etmektedir. Buna göre değiştirilmiş yazılımlar da açık kaynak lisansı ile aynı şartlar altında üçüncü kişilere aktarılacaktır<sup>63</sup>.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmede yer alan şartların salt sözleşme hükmü olarak bağımsız mı düzenlendiği yoksa sözleşme kapsamında tesis edilen münhasır olmayan lisansın bir şartı olarak mı düzenlendiğidir. Eğer ihlal edilen sözleşme hükmü, aynı zamanda lisansın şartı olarak ifade edilmişse, burada sözleşmeye aykırılığın yanı sıra telif hukukuna aykırılığın olduğu söylenecektir<sup>64</sup>.

## DİPNOT

59 Nitekim açık kaynak kod modelinin aslında sıkı fikri mülkiyet korumasına karşı bir tepki olarak doğduğuna ilişkin bkz. **Einhorn**, s. 30

60 Özen, s. 10

61 Nilay Patel, "Open Source and China: Inverting Copyright," *Wisconsin International Law Journal* 23, no. 4 (2005): 781-806, s. 782

62 Goldberg, s. 2

63 Einhorn, s. 31

64 Franco, s. 173; Lisans sözleşmesinde yer alan düzenlemenin bir lisans şartı (condition) mı yoksa bağımsız sözleşme hükmü (covenant) mü olduğunun tespit edilmesi gerektiği, ilk durumun varlığı halinde açık kaynak kodlu yazılımların da telif hukuku korumasına dâhil olacağına ilişkin bkz. **Ferrance**, s. 820



## BÖLÜM 3/3

## V. SONUÇ

Açık kaynak kodlu yazılımlar, günümüzde sıklıkla karşılaşılan yazılımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür yazılımlara ilişkin uyumsuzluklar mahkemeler önüne gelmeye başlamıştır. Ancak mevzuatta bu tür yazılımlara ilişkin açık bir düzenleme olmaması dolayısıyla, açık kaynak kodlu yazılımların fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunması ve bu yazılımlar üzerinde hak sahipliği meseleleri gündeme gelmektedir.

Kaynak kodunun FSEK kapsamında telif hukuku korumasından faydalanması, açık kaynak kodları için de telif koruması imkânını gündeme getirmektedir. Ancak bu durumda, açık kaynak kodunun niteliği ve özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Kamu ile paylaşılma ve çoğunlukla ücretsiz olma amacı taşıyan bu yazılımların klasik yöntemle anlaşılması zordur. Bununla birlikte açık kaynak kodlarını salt genel hükümlerle korumak da gerçek anlamda bir koruma sağlamayacaktır. Her ne kadar yabancı mahkeme kararlarında gündeme gelse de, telif hukuku kapsamına sokan mahkeme kararları bulunsa da, açık bir şekilde açık kaynak kodlu yazılımları koruyan bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu konudaki uyumsuzlukların çözümü için kanuni bir düzenleme getirilmesi zaruret arz etmektedir<sup>65</sup>. Belirtmek gerekir ki; açık kaynak kodlu yazılımların nitelikleri gereği ve bünyesine uyduğu ölçüde telif hukuku kapsamında korunması, kanaatimizce daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Açık kaynak kodları kullanılarak oluşturulacak yazılımlarda hak sahibi, kodların orijinal sahibidir. Ancak bu kodlar kullanılarak yaratılan işleme eserlerde hak sahipliği meselesinde en önemli dokümanın lisans sözleşmesi olduğu vurgulanmalıdır. Ortaya çıkacak eserlerin ve bu eserlerin kullanım sınırlarının lisans sözleşmesine göre belirleneceği çeşitli ülke mahkemelerince de kabul edilmektedir. Bu sebeple açık kaynak kodu kullanan kişi ve firmaların, söz konusu kodlara ilişkin lisans hükümlerini detaylı incelemeleri gerekir<sup>66</sup>.



## DİPNOT

65 Ferrance, s. 819

66 Thiel, s. 42

## KAYNAKÇA

**ANDREW J. HALL.** "Open Source Licensing and Business Models: Making Money by Givint it Away", Santa Clara High Technology Law Journal, Volume 33, Issue 3, 2017, 427-437

Business Software Alliance. Open Source and Commercial Software: An In-Depth Analysis of the Issues

**BURAK BEYHAN, BURAK BELGE VE FİKRET ZORLU.** "Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Masaüstü CBS Yazılımları Üzerine: Karşılaştırmalı ve Sistemli Bir Değerlendirme", Harita Dergisi, Ocak 2010, Sayı: 143, 45-61

**DANA BELDİMAN.** "From Bits to Atoms: Does the Open Source Software Model Translate to Open Source Hardware?", Santa Clara High Technology Law Journal, CVolume 35, Issue 2, 2018, 23-53

**DAVİD FERRANCE.** "Economic Interests and Jacobsen v. Katzer: Why Open Source Software Deserves Protection under Copyright Law," Journal of the Copyright Society of the USA 58, no. 4 (2010-2011): 819-854

**HABİP ARSLAN.** "Yasalar yazılımları patent koruması dışında sayıyor", Bilişim Dergisi, S. 132, Mayıs 2011, 113-119

**JOSE J. GONZALEZ DE ALAİZA CARDONA.** "Open Source, Free Software, and Contractual Issues," Texas Intellectual Property Law Journal 15, no. 2 (Winter 2007): 157-212

**KATHERİNE A. FRANCO.** "Protecting Free and Open Source Software: Solutions in the Digital Millennium Copyright Act," Columbia Science and Technology Law Review 12 (2011): 159-193

**KEVİN TULLY.** "Jacobsen v. Katzer: Model Trains and the Enforceability of Open Source Software License Conditions through Copyright Law," Syracuse Science & Technology Law Reporter 2008 (2008): 1-2

**MARK WEBBINK.** "Licensing and Open Source", Legal Issues Relating to Free and Open Source Software, Fitzgerald, Brian & Bassett, Graham (Eds.), Essays in Technology Policy and Law, 2003, Queensland University of Technology, Australia

**MATT ASAY,** "Are proprietary maintenance fees worse than open-source maintenance fees?" 3 Aralık 2007, <https://www.cnet.com/news/are-proprietary-maintenance-fees-worse-than-open-source-maintenance-fees/> (E.T. 23.09.2021)

**MATTHEW A. GOLDBERG.** "Open Source Software Licenses Held Enforceable" Litigation News 34, no. 2 (Winter 2009): 3-4

**MİCHAEL A. EINHORN.** "Open Source and Innovative Copyright," IPL Newsletter 22, no. 3 (Spring 2004): 30-34

**NİLAY PATEL.** "Open Source and China: Inverting Copyright," Wisconsin International Law Journal 23, no. 4 (2005): 781-806

**OĞUZ ARSLAN.** Yeni Kamusal Mat: Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım, Nisan Kitabevi, Ankara, 2011

**PELİN ÖZKAYA VE REFİK SAMET.** "Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması", Uluslararası Bilgi Mühendisliği Dergisi, C. 6, S. 1, 17-34

**ROBERT W. GOMULKIEWICZ.** "De-Bugging Open Source Software Licensing," University of Pittsburgh Law Review 64, no. 1 (Fall 2002): 75-104

**SCOTT THIEL.** "Understanding Open-Source Software - Is It the End of Proprietary Software," Managing Intellectual Property 241 (2014): 41-43

**ULUÇ ÇAĞATAY VE HAKAN YILDIZ.** "Belediyelerin Çevre Yönetimi Üzerine Açık Kaynak Kodlu Bir Kent Bilgi Sistemi Uygulaması", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 34, Aralık 2012, 173-184

**VİCTORIA NEMİAH.** "License and Registration, Please: Using Copyright Conditions to Protect Free/Open Source Software," New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law 3, S. 2, Bahar 2014, 358-390

**ZEKİ ÖZEN.** Bilişim Hukukunda Kaynak