

# FSEK m. 72'de 7346 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Üzerine Deęerlendirmeler

## I. FSEK m. 72'nin Değişiklikten Önceki Hali ve Eleştirisi

"Koruyucu Programları Etkisi Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri" başlığını taşıyan FSEK m. 72 önceki metni şu şekildeydi:

*MADDE 72 – Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*

Maddenin bu halini "Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku" (İstanbul 2012, s. 590 vd) kitabımızda eleştirmiş ve şunları belirtmiş idik:

"Eser üzerindeki hakların korunmasında çoğaltma hakkının ayrı bir yeri vardır, zira günümüzde özellikle sayısal ortamlarda, koruma altındaki bir eser elektronik biçime dönüştürüldükten ve iletildikten sonra daha hızlı çoğaltılabilir hale gelmesiyle telif haklarının ihlali konusu gündeme gelmektedir. Dijitalleşme, bilginin yayılmasını kolaylaştıran bir faktör olarak karşımıza çıksa da, "dijital kopyalama"nın telif haklarının korunmasında sıkıntı yarattığı gerçektir. Dijital kopyalama, hem telif haklarının ihlal edilmesi şekliyle hukuk dünyasında, hem de yazılım ve AR-GE sektöründe büyük ekonomik zararlara neden olmaktadır[1]. Hukuki yollara başvurmak ve sonuç almak uzun bir zaman gerektirdiği ve tek başına da etkin koruma sağlayamadığı için korumanın teknik önlemlerle desteklenmesi büyük öneme haizdir. Her fikir ve sanat eseri, değişik şekilde ihlal edildiği için, her fikri ürün, bir diğerinden farklı bir teknik koruma yöntemiyle korunmaya çalışılmaktadır[2].

Örneğin Müzik eserlerini korumak için geliştirilmiş bir yöntem "Elektronik Fikri Haklar Yönetim Sistemi" dir (ECMS- Electronic Copyright Management Systems). Elektronik Fikri Haklar Yönetim Sistemi'nde, fikri hukuk bakımından korunan eser öncelikle şifrelenmekte; daha sonra esere eser sahibi, eser ismi, lisans sözleşmesi, lisans şartları, lisans sözleşmesi gibi ilave bilgiler eklenmekte; eserin sonradan çoğaltılması elektronik lisans sertifikası şartına bağlanmaktadır. Dijital eserlere yerleştirilen bu bilgiler sayesinde, kopyaların korsan olup olmadığı rahatlıkla tespit edilmektedir[3].

Bir diğer yöntem ise dijital işaretleme (watermark) olup, bu yöntemde resimleri, fotoğrafları başkaları tarafından görülemeyecek şekilde işaretleme amacıyla kullanılan programlar söz konusudur. Dijital işaretleme, daha çok müzik datalarında kullanılmaktadır. Dijital işaretleme (watermark edilmiş) bir resim dışarıdan bakıldığında fark edilmez ancak, resmin yasa dışı olarak ele geçirilmesi halinde, failini ele veren bir yazılım programı vardır. Bu metotta, görüntü ve ses dosyalarında kopyalamayı önlemek amacıyla, ürün içinde dosyanın üretildiği tarih, eser sahibi, lisans sahibi, üreticiye nasıl ulaşılacağı gibi bilgilerin yer aldığı özel damgalar bulunmaktadır.

Uygulamada dijital ortamda daha çok musiki eserleri çoğaltıldığı için tedbirler de daha ziyade bu sektörde önem arz etmektedir. Bu amaçla müzik eserlerinin kanunsuz kopyalanmasını önlemeye yönelik bir takım mekanizmalar geliştirilmeye çalışılmıştır. Universal Music, Sony Music, AOL Time Warner gibi dünyanın önde gelen plak şirketleri, İnternet ortamında müzik paylaşımını engellemek için kopyalanamayan ya da dijital müzik formatına dönüştürülemeyen özel tür CD üretim denemeleri başlatmışlardır. Sistemin temeli, bilgisayar CD'lerinin daha hassas olmasına dayanmaktadır. Normal müzik CD'lerine küçük hatalar eklenmekte, bilgisayar sürücülerinde bu CD'ler okunabilmekte, ancak kopyalanamamaktadır. Bunun yanı sıra CD'lere kopyalamaya karşı küçük kodlar da ilave edilmektedir[4].

İşte eser ihtiva eden bu tür tespitlerin kaydedildiği araçlar üzerine (CD, DVD vs. ) konulan, özellikle kopyalamayı engelleyen program ya da mekanizmaların dolanılmasını önlemek için bu mekanizmalar hukuki koruma altına alınmış, bunların dolanılması ya da bertaraf edilmesi yasaklanmıştır[5]. Örneğin ABD'de lisanslı ürünlerin lisanslarını kıran kodların geliştirilmesi, kodların bertaraf edilmesi, değiştirilmesi DMCA'nın 1201(a)(2). maddesiyle yasaklanmıştır. Benzer yönde düzenlemelere, WIPO Fikri Haklar Anlaşmasının 11. maddesinde[6], WIPO Fonogramlar ve İcracı Sanatçılar Anlaşmasının 18. maddesinde rastlanmakta, bu anlaşmalarla "fikri hakların korunması için teknik önlemlerin alınabileceği" vurgulanmaktadır. Avrupa Topluluğunda, kopyalamaya karşı alınan tedbirler hakkında düzenlemeler getiren Topluluk Direktifleri bulunmaktadır. 2001/29/EC sayılı direktifin 6. maddesinde, eserlerin korunması için alınan teknik önlemlerin aşılması yaptırıma tâbi kılınmaktadır. Direktifin 5. Maddesinin 2. Fıkrasında, dijital kopyalama ile analog kopyalama arasında fark oluşturularak, dijital kopyalamada ticari ve özel kopyalamaya engel olabilecek teknik önlemlerin alınmasına olanak tanınmıştır. Madde metninde yer alan "teknik önlemler" den, eserin kopyalanmasına veya ona ulaşılmasına engel olan şifreleme veya biçim değiştirme teknikleri anlatılmak istenmektedir[7].

Türk Hukukunda ise 5728 sayılı Kanununun 139 uncu maddesiyle FSEK m. 72'de yapılan değişiklik bu alanda ilk düzenleme olma niteliğindedir. Söz konusu hükme göre "bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." Hükümün dayanağını 2001/29 sayılı Direktifin 6. Maddesi oluşturur. Ancak Direktifle bu hükümün uyumlu olduğunu söylemek oldukça zordur. Zira Direktif hükümlerine nazaran hükümün uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. Direktifte bu tür etkili koruyucu programların dolanılması da yasaklanmış iken bizdeki hükümde bu tür program veya teknik donanımların üretilmesi, satışı ve kişisel kullanım dışında elde bulundurulması yasaklanmıştır. Hüküm bu haliyle etkili koruyucu teknik önlemlerin dolanılması ya da bertaraf edilmesine yönelik hazırlık hareketlerini de cezai yaptırıma tutmuştur. Gerçekten de, bir yazılımın yüklü olduğu CD ya da DVD'ler genelde kopyalamaya karşı korunmuşlardır. Bu suretle CD'nin kopyalanarak çoğaltılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak kopyalamaya karşı korunaklı olan bir CD'nin 1:1 imajının çıkartılması halinde[8], kopyalama dolanılmaktadır[9]. Hükme göre bu tür bir kopyalama yasak kapsamında değildir, yasak kapsamında olan bu tür teknik önlemleri etkisiz kılmaya ya da bertaraf etmeye yönelik hazırlık hareketleridir[10]; örneğin 1:1 imaj çıkarma programının satışı ya da satışa arzı yasaklanabilecektir. Ayrıca müzik CD'leri açısından FSEK m. 72 hükümü uygulanamayacaktır, zira hüküm bilgisayar programlarına münhasırdır.

Yukarıdaki eleştiriler ışığında Direktifle uyumlu olmayan bu hükmün yapılacak muhtemel bir değişiklikte yenide ele alınmasında fayda vardır [\[11\]](#)."

## II. FSEK m. 72'nin 7346 sayılı Kanunla Değiştirilen Hali

21.12.2021 tarihinde kabul edilen ve 25.12.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7346 sayılı 'Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1.maddesinde yer alan düzenlemeye göre, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 72. maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmiştir.

### *Teknolojik önlemleri etkisiz kılma*

*MADDE 72 – Bu Kanunda yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamalarıyla sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik;*

*a) Ürün ve araçları imal veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduranlar,*

*b) Ürün ve araçların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunanlar,*

*altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*

Madde ile, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun mevcut 72 nci maddesinde, yalnızca bilgisayar programlarına ilişkin olarak sağlanan ve koruyucu programların etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerini yaptırınma bağlayan düzenleme tüm eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmektedir. Ayrıca 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinde düzenlenen ve teknolojik önlemlerin ihlaline ilişkin olarak üye ülkelere etkili yasal koruma tedbirine ilişkin 6 ncı madde hükmüne uyum sağlanması amacıyla, öngörülen eylemleri etkisiz kılmak şeklindeki ürün ve araçları imal eden veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduranlar ile bunların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunanların cezalandırılması amaçlanmaktadır.

Mevcut düzenlemenin eksik tarafları nazara alınarak 2001/29 Sayılı AB Direktifi kapsamındaki bu değişikliğin, eksikleri olsa da, yerinde olduğunu belirtmemiz gerekir.

Madde uyarınca her şeyden önce konusu teknolojik önlemlerin *etkili* olması gerekir. Korunan sadece eserler değil, bağlantılı hak sahipleri de bu tür teknolojik önlemleri alabileceklerdir. Söz konusu önlemlerin hak sahiplerince bizzat konulması şart olmayıp, örneğin çoğaltmayı gerçekleştiren kimselerce (dolum tesisleri) konulması da mümkündür. Söz konusu teknolojik önlemler korsanlığı önlemeye, faydalanmayı sınırlayıcı ya da erişimi kontrol eden mekanizmalar

dahi olabilir. Önlemler donanım veya yazılım bazında da olabilir. Etkisiz kılmaya yönelik eylemler, bunun için gerekli olan teknoloji, program, yazılım, araç ve aksesuarların üretilmesi, ithali, dağıtımı, satımı, kiralanması, satışı veya kira için reklamının yapılması, satışa arzı veya ticari amaçla elde bulundurma şeklinde hükümde belirtilmiştir.

Etkisiz kılma, önlemi tamamen ortadan kaldırma şeklinde olabileceği gibi manpüle etme şeklinde de gerçekleşebilir. Bu anlamda bir CD ya da DVD'nin kopyalamayı önleyen mekanizmayla birlikte birebir kopyalandığı hallerde, etkisiz kılma olarak görülmelidir. Örneğin Clone CD/DVD adlı program, bir CD ya da DVD'yi içindeki mevcut kopyalamayı önleyici mekanizma ile birlikte ilk önce imajını çıkartmak suretiyle kopyaladığından, kopyalamayı önleme bu suretle etkisiz kılınmaktadır. Almanya'da Direktifin bu hükmü iç hukuka § 95a UrhG ile aktarıldığında, bu programın satışı yasaklanmıştı.

Bu tür „etkin teknolojik“ önlemlerin etkisiz kılınmasına yönelik program, yazılım, araç ve cihazların şahsen kullanılmasına, bu madde hükmü engel değildir.

Ayrıca şu hususu da belirtelim ki, bu hüküm, FSEK'de belirtilen eser üzerindeki hakların sınırlandırmalarının kullanımına engel teşkil edemez. Buna göre örneğin, teknolojik önlemler, eserin şahsen kullanımına ya da çoğaltımına yahut FSEK m. ek madde 11'de belirtilen engellilerin eserden yararlanmasını engellememelidir. Eğer bu tür teknolojik önlemler bu tür tahditlerden yararlanmayı engelliyorsa, tahditten yararlanacak kimseler (örneğin engelli bireyler) bu teknolojik önlemin ortadan kaldırılmasını talep edebilirler.

[1] **KAYA**, Canan; *Fikri Hakların İnternet Ortamında Korunması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006, s. 84.

[2] Bu konudaki değişik koruma yöntemleri için bkz. **KAYA**, s. 85 vd.

[3] **KAPLAN**, Yavuz; *İnternet Ortamında fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, Anka 2004, s. 69; **KAYA**, s. 86.

[4] **MEMİŞ**, Tekin; *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, s. 179, 180.

[5] Bu konuda karşılaştırmalı hukuk bakımından birçoğu yerine bkz. **BAYAMLIOĞLU**, İbrahim Emre; *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2007.

[6] “Teknolojik Yöntemlere İlişkin Yükümlülükler” başlığı altında düzenlenen 11. Maddeye göre âkit taraflar, bu Anlaşma ya da Bern Sözleşmesi ile tanınan hakların eser sahipleri tarafından kullanımı ile ilgili olarak, yasaların izin vermediği ya da ilgili eser sahiplerinin yetki vermediği durumlarda, teknolojik yöntemlerin haksız kullanımına karşı etkili yasal önlemler ve yeterli koruma öngörecektir.

[7] **MEMİŞ**, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, s. 182.

[8] CD'nin imajının çıkartılmasından kasıt, dataların yüklü olduğu, yani bilgisayarın sürücüsüne takıldığı anda çalıştırmaya hazır konumdaki programın/yazılımın başka bir formata, çoğunlukla

.iso formatına dönüştürülerek ardından da bu formatların DaemonTools gibi programlar yardımıyla bilgisayarda okutulmasıdır. Kopyalama 1:1 olduğu için kopyalamayı önleyici mekanizmada CD içeriği ile birlikte kopyalanmaktadır.

[9] Bu tür bir imaj çıkartma ise genellikle piyasada satılan CD kopyalamayı sağlayan birçok yazılım, örneğin CloneCD vasıtasıyla yapılabilmektedir.

[10] Alman hukuku açısından bkz. **DREIER/SCHULZE/DREIER**, § 95a Rn. 18.

[11] FSEK Değişiklik Taslağı'nda (Haziran 2012), söz konusu hükmün AB Direktifiyle uyumlu olarak kaleme alındığı görülmektedir. Taslak metin şu şekildedir:

"2. Etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik eylemler:

MADDE 72- *Hak sahipleri tarafından eser, icra, fonogram, yapım veya yayınların kullanılmasına ilişkin erişim kontrolü veya şifreleme, karıştırma, dönüştürme gibi koruyucu yöntem veya çoğaltım kontrol mekanizması ile kontrol edilmesini sağlayan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik teknoloji, program, yazılım, araç ve aksesuarları üreten, ithal eden, dağıtan, satan, kiralayan, satışı veya kiralanması için reklamını yapan, satışa arz eden veya ticari amaçla elinde bulunduran kişiler altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."*

Prof. Dr. Savaş Dönel