

## İNTERNET ÜZERİNDEN YAYILAN ESERLERDE TÜKENME İLKESİ? (DİJİTAL TÜKENME İLKESİ?)

### APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF EXHAUSTION TO THE DIGITAL GOODS THAT ARE DISSEMINATED VIA THE INTERNET? (DIGITAL EXHAUSTION PRINCIPLE?)

Doç. Dr. Mustafa AKSU\*

#### ÖZET

Yayma hakkının en temel sınırlandırmalarından biri tükenme ilkesidir. Bu ilkenin internet üzerinden yayılan dijital ürünler için de aynen geçerli olup olmadığı son derece tartışmalıdır. AAD'nın bilgisayar programları açısından tükenme ilkesini kabul eden UsedSoft kararından sonra, konu daha da yoğun tartışılır hale gelmiştir.

AAD'nin kararından sonra Alman hukukunda verilen bazı mahkeme kararlarına göre bu ilkenin diğer dijital ürünlerde uygulanması söz konusu değildir. Buna karşılık Hollanda'da verilen bazı mahkeme kararlarına bakılır ise hukuki durumun tersi yönde değerlendirildiği söylenebilir. Amerikan hukukunda ise konu haksız çoğaltma ile bağlantılı bir şekilde değerlendirilmektedir. Ancak Amerikan hukukunda tekrar devir sırasında haksız çoğaltma gerçekleşmemesi koşulunu yerine getirebilmek açısından yeni bir teknik yöntem geliştirildiği görülmektedir. Bu ise konuya tamamen farklı bir boyut katmaktadır.

Bu tartışmada dijital tükenme ilkesinin kabul edilmesi veya edilmemesi yönündeki argümanlar yarış halindedir. Bir taraf, hukuki durumun açık olduğunu iddia ederken, diğer taraf tam tersi sonuca varmaktadır. Bu durum diğer argümanlarda (kısaca korsan teşvik; çıkarlar dengesi itibarıyla durum vs) da farklı değildir. Ancak bu tartışmada tükenme ilkesi lehindeki argümanlar kanaatimce daha ikna edici durmaktadırlar.

Uzun vadede dijital tükenmenin pozitif hukukta açıkça kabul edilmesi ihtimali kanaatimce küçümsenmeyecek ağırlıkta durmaktadır. Bu nedenle de bu konudaki gelişmeleri sürekli yakından takip edip, ayrıntılı şekilde bilimsel değerlendirmeler yapmak gerekmektedir.

**Anahtar sözcükler:** Yayma hakkı; tükenme ilkesi; dijital tükenme ilkesi; Avrupa Adalet Divanı; UsedSoft Kararı; ReDigi, Tom Kabinett.

#### ABSTRACT

One of the main limitations of the distribution right is the principle of exhaustion. It is highly debatable whether the exhaustion principle also applies to the digital goods that are disseminated via Internet. After the decision of the ECJ, accepting the principle of exhaustion also applies to the downloaded software on the Internet, the issue became more controversial.

Following the decision of ECJ, some German courts decided that the principle of exhaustion does not apply to the other digital goods. However in Netherlands courts decided on contrary. Under US law, the problem is assessed in relation to the reproduction right. However, a new method is developed which allows the simultaneous transmission of data under USA law. This adds the question of exhaustion of digital goods another dimension.

The proarguments or counterarguments in this discussion are both very much present at the same time. While opponents of digital goods exhaustion principle are claiming the legal situation is very clear, the other of the opinion that the legal position is unclear. This also applies to the other arguments, as well as the promotion of piracy, the interests etc. In my opinion, the arguments in favour are more convincing than the arguments against it.

In the long term it is highly likely that the principle of exhaustion will be codified under positive law also for the other digital goods. Therefore, it is necessary to constantly follow the developments on this issue and to discuss the issues in detail scientifically.

**Keywords:** The distribution right; the principle of exhaustion; the principle of digital exhaustion; ECJ; UsedSoft-Decision; Tom Kabinett; ReDigi.

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (aksum@istanbul.edu.tr).

## I. SORUNUN ORTAYA KONULMASI VE SINIRLANMASI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 23. maddesinde düzenlenen yayma hakkı kısaca, “bir eserin aslını(n) veya çoğaltılmış nüshalarını(n), kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı(nı)” ifade eder. Bu şekilde hak sahibi, eserini piyasaya sürerek mali açıdan değerlendirme imkânına sahip olur. Diğer taraftan aynı hükmün ikinci fıkrasının son cümlesine göre, “*kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımını yaptıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez*”. Bu durum öğretide ve uygulamada genellikle “*yayma hakkının tükenmesi*” veya “*tükenme ilkesi*” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>1</sup> Şu halde eserin aslı<sup>2</sup> ya da örneğinin hak sahibi tarafından mülkiyeti devredilerek ilk satışı veya dağıtımını yaptıktan sonra, yayma hakkı işlevini yerine getirmiş olur. Bundan sonra yapılacak devirlerde (kanundaki deyimle yeniden satışta) devreden kişinin bu konuda artık eser ya da hak sahibinden ayrıca izin almasına gerek olmadığı gibi, devralan kişi de eser ya da hak sahibinin yayma hakkının tükenmesine dayanabilir.

Ancak tükenme ilkesinin dijital ürünler için geçerli olup olmadığı hususu son derece tartışmalıdır. Dijital ürünler açısından özetle ifade etmek gerekirse sorunun tartışılacağı üç düzlem bulunmaktadır:

Bunlardan *ilki* bir taşıyıcıya yüklü şekilde (taşıyıcısı ile birlikte) edinilmiş eser örneğinin taşıyıcısıyla birlikte tekrar devrinde hukuki durumun ne olacağıdır. Burada kural olarak tükenme ilkesinin geçerliliğinden hareket edileceği için hukuki durumun açık olduğu söylenebilir. *İkinci düzlem*, yine bir taşıyıcıya yüklü şekilde (taşıyıcısı ile birlikte)

edinilmiş eser örneğinin taşıyıcısından ayrı olarak devrinde hukuki durumun ne olacağına ilişkindir. Bu sorun Türk hukukunda bilgisayar programları bağlamında güncel olarak bir Yargıtay kararına konu olmuştur.<sup>3</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu kararı doğrudan internetten indirilen programlara ilişkin olmayıp OEM yazılımlara ilişkindir. Bunların yüklü oldukları bilgisayardan ayrı olarak devredilmesi açısından tükenme ilkesinin geçerliliğinin ele alındığı bu kararda Yargıtay, Avrupa Adalet Divanının (=AAD) *UsedSoft* kararını da dolaylı şekilde anarak tükenme ilkesinin burada geçerli olduğunu ve bunu engelleyen devir yasaklarının bu açıdan bir öneminin olmadığını benimsemiştir. OEM yazılımlarda tükenme ilkesine ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesinin daha 2000 yılında verilmiş bir kararı bulunmaktadır.<sup>4</sup>

*Üçüncü düzlem* ise doğrudan bir taşıyıcıya yüklü olmaksızın, internetten hak sahibinin rızası ile indirilen ürünler açısından da tükenme ilkesinin geçerli olup olmadığına ilişkindir. Elbette bu düzlemler (özellikle son ikisi) birbirinden bütünüyle bağımsız değildirler. Zorunlu olarak içiçe geçen yönleri bulunmaktadır. Bu açıdan son düzlemin tartışılması zorunlu olarak ikinci düzleme dair bazı sonuçları da beraberinde getirecektir. Ancak bunların ayrı ayrı ele alınması ve her biri açısından ortak ve/veya ayrı sorunların değerlendirilmesi elbette daha uygun olur.

Bu çalışmada *sadece sonuncu düzlem açısından sorun belirli yönleriyle* ele alınacaktır. Bu açıdan sorun kısaca şu şekilde ifade edilebilir: Klasik anlamda bir taşıyıcıyla birleştirilmiş şekilde kesin olarak devredilen eser örneklerinde geçerli olan tükenme ilkesi acaba internetten indirilerek edinilen dijital ürünler açısından da geçerli midir? Bir diğer ifade ile “dijital tükenme ilkesinden”<sup>5</sup> ya da genel olarak tükenme ilkesinin uygulanma alanının bu şekilde genişletilmesinden söz edilebilir mi?

Bu soruya verilecek cevaba göre tükenme ilkesi, ya dijital eser örnekleri açısından da geçerli

1 Bu konuda bkz. sadece **Aslan**, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004; **Semadeni**, Thomas, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss. Zürich, Bern 2004; **Böttcher**, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Bern 2013; **Schack**, Haimo, Urheberrecht, 6. Auflage, Tübingen 2013, kn. 426 vd.; **Öztaş**, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 368 vd.; **Yıldırım**, Mustafa Fadil, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler, FMHY 2010, s. 573, 578 vd.; **Bozbel**, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012, s. 114, 435.

2 Bu çalışmada eser aslının devri ve tekrar devri özel bir önem arz etmediğinden aşağıda her seferinde “eser aslı ve örneği” yerine sadece “eser örneğinden” bahsedilmiştir.

3 Yargıtay 11. HD., E. 2014/17376, K. 2015/8772, T. 30.6.2015. Bu karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Yıldırım**, Mustafa Fadil, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler Konusunda Kesinleşmiş Bir Yargı Kararı Üzerine Düşünceler, FMY 2014, s. 423 vd., özellikle s. 441 vd.

4 BGH, Urteil vom 06.07.2000, IZR 244/97, OEM-Version, JurPC Web-Dok. 220/2000, Abs. 1 – 36.

5 Bu şekildeki niteleme için bkz. sadece **Apel**, Simon, Keine Anwendung der “UsedSoft”-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen – Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei “gebrauchten” digitalen Gütern, ZUM 2015, s. 640.

olacak ve böylece internet mecrasında aynı kurallar uygulanabilecektir ya da internet mecrasında geçerli olmayacağından burası tamamen farklı bir rejimin etkisi altında olacaktır.

Burada ortaya konulan sorun ve tartışma aslında internette indirilen bütün dijital ürünler açısından geçerlidir. Elbette her bir ürün türünde kendine özgü sorunların bulunması mümkündür. Bununla beraber meselenin özü itibarıyla bu tartışmada ileri sürülen argümanlar bütün dijital ürünler açısından etkilidirler. Ancak bu çalışmada sorun ele alınırken ve örnekleme yapılırken, daha elle tutulur şekilde ve kolay bir karşılaştırma yapılabilmesi açısından kural olarak *klasik anlamda basılı bir kitap ile internette indirilerek edinilen elektronik kitap ikilisinden hareket edilmiştir*.

Bu sorunu ele almak için önce genel olarak yayma hakkını, bunun çerçevesini bir açıdan belirleyen tükenme ilkesini, tükenme ilkesinin arka planını ve bu alandaki bazı güncel gelişmeleri ortaya koymak uygun olacaktır.

## II. GENEL OLARAK YAYMA HAKKI VE TÜKENME İLKESİ

### A. MALİ HAKLARIN BİR GÖRÜNÜŞ ŞEKLİ OLARAK YAYMA HAKKI

Eser yaratıcısına eserine ilişkin olarak tanınan fikri hakkın<sup>6</sup> temel iki görünümü (malî ve manevî haklar: *Verwertungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte*) bulunmaktadır.<sup>7</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 23. maddesinde düzenlenmiş olan yayma hakkı malî haklar çerçevesinde önemli bir hukuki pozisyonudur.<sup>8</sup> Yayma hakkını düzenleyen

FSEK'in 23. maddesi hükmüne göre bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının kiralınması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması ve diğer yollarla dağıtılması hakkı eser sahibinin tekelindedir. Hükümde kullanılan ibarelerden de hareketle ("eserin aslı veya çoğaltılmış nüshası") yayma hakkının *maddi varlığı olan* eser örnekleri için söz konusu olacağı öğretide genellikle<sup>9</sup> kabul edilmektedir.<sup>10</sup> Türk hukukunda baskın anlayışa göre, eserin internet yoluyla ticarete konularak edinilmesine imkân sağlanması, yayma hakkının değil, FSEK'nun 25. maddesinde düzenlenmiş olan umuma iletim hakkının kapsamında kalan bir konudur.<sup>11</sup> Alman hukukunda da bu tür yaymanın umuma iletim çerçevesinde değerlendirildi-

9 Türk hukukunda bilgisayar programları açısından aksi yönde görüş için bkz. **Eroğlu**, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, Beta, 2000, s. 104 vd., s. 105; **Yıldırım**, Mustafa Fadil, "Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu", AÜEHFD 2003, Cilt VII, S. 1-2, s. 563, 573 vd.; **Yıldırım**, FMHY 2010, s. 573, 578 vd.; **Bozbel**, a.g.e., s. 436; **Aksu**, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adaylık Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedssoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açardan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi (TFM) 2015, Sayı 1, s. 1, 15 vd.

10 Bkz. sadece **Nal**, Temel, Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts, München 2000, s. 120 vd.; **Öztan**, a.g.e., s. 364, 374; **Memiş**, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin, 2002, s. 111 vd.; **Memiş**, Tekin, Bulut Bilişimde Fikri Hak Sorunları, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2013, Ankara 2015, s. 313, 326; "Ancak doktrinde genel kabul gören anlayışa göre yayma, fiziki nüshalar üzerinde söz konusu olabilir"; **Bozbel**, a.g.e., s. 111 vd., ancak krş. s. 436; **Genç Arıdemir**, a.g.e., s. 93 vd., özellikle s. 125; **Merdivan**, Fethi, in: Yavuz/Alica/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I, Ankara 2013, s. 948 vd., 955, 964, 969, 975; **Gökyağla**, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 172.

11 Bu konuda bkz. **Karahan**, Sami/**Suluk**, Cahit/**Saraç**, Tahir/**Nal**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 87; **Merdivan**, Fethi, in: Yavuz/Alica/Merdivan, in: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I, Ankara 2013 s. 955: "Eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının yalnızca klasik ticari usuller ve geleneksel yöntemler ile tedavüle konulması değil, eserin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılması veya sunulması, örneğin; tele-pazarlama ve elektronik ticaret gibi yöntemlerle satış ve tedavüle konulması da yayma mahiyetindedir. Zira anılan eylemler, eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının diğer yollarla dağıtılması mahiyetindedir. Ancak bu yöntemlerle de olsa herhalde eserin sabitlemiş bir fiziki nüsha ile satış veya dağıtımına konu edilmesi gerekir. Yani eser somutlaşmalıdır. Buna karşın eserin fiziki bir nüsha ile birleşmeksizin internet ortamında dijital bir nüshanın satılması, kiralınması veya ödünç verilmesi yayma olarak nitelendirilemez...Fiziki bir nüshaya dönüşmeden eserin internet ortamında veya benzeri biçimde dağıtılması, eserin çoğaltılması (FSEK m. 22) ve umuma iletimi (FSEK m. 25) mahiyetindedir", aynı eser, s. 969: "Eserin internet ortamında online biçimde satışı, FSEK'in 23. maddesi anlamında bir yayma değildir. ...FSEK'in 23. maddesi anlamında bir yayma eyleminin gerçekleştirilmesi için maddi eser nüshalarına ihtiyaç bulunmaktadır. İnternet üzerinden sunulan eserlerin fiziki varlığı olmadığından hakkın tükenmesinden bahsedilemez...Online biçimde satın alınan eser, aynı yoldan satışa da yayma değildir. Eylem, -diğer şartların da gerçekleşmesiyle-FSEK'in m. 25/II. maddesindeki umuma iletim hakkı kapsamında", bkz. ve krş. ayrıca aynı eser, s. 975 vd., esasında yazar burada (s. 975) kullanıcının bilgisayarına doğrudan internet üzerinden programın indirilmesi açısından bir tür istisna yapmaktadır: "Buna karşın doğrudan doğruya kullanıcının bilgisayarında aktarılan yazılım, anılan donanıma eser sahibinin rızası ile yüklenmektedir. ...Bu şekilde soyut nitelikteki eser sahibine ait ürün ile kullanıcıya ait donanım bir araya getirilmektedir". Ancak bu istisna da eser örneği ile taşıyıcı bütünlüğü korunmalıdır.

6 Bu hususta bkz. sadece **Rehbinder**, Manfred, Urheberrecht, 15. Auflage, München 2008 § 8, kn. 90, s. 41, § 10, kn. 137, s. 58, § 29, kn. 391 vd., s. 148; **Öztan**, a.g.e., s. 282; bkz. ayrıca **Aksu**, Mustafa, Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevî Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) İle Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme, in: Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s. 121, 139 vd.

7 Türk hukuku açısından bkz. sadece **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, İstanbul 2012, § 14 kn. 1 vd.; **Öztan**, a.g.e., s. 279 vd.; **Bozbel**, a.g.e., s. 97 vd. Alman hukuku açısından bkz. sadece **Rehbinder**, a.g.e., 2008, § 8, kn. 89 vd., s. 40 vd., **Lettl**, Tobias, Urheberrecht, München 2008, § 4 kn. 1 vd, s. 93 vd.; İsviçre hukuku açısından bkz. **Seemann**, Matthias, Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Bern 2008, s. 3; **Rey**, Matthias, Der Gutgläubenserwerb im Immaterialgüterrecht, Bern 2009, s. 57.

8 Bu hakka dair ayrıntılar için bkz. sadece **Öztan**, a.g.e., s. 361 vd.; **Tekinalp**, FMH<sup>5</sup>, § 14, kn. 96 vd.; **Genç Arıdemir**, Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı, İstanbul 2003, s. 93 vd.; **Bozbel**, a.g.e., s. 110 vd.

rilmesi gerektiği savunulmakta<sup>12</sup> ve yargı kararlarında<sup>13</sup> bu ifade edilmektedir.

Esasen uluslararası mahiyetteki düzenlemeler<sup>14</sup> ile AB'nin bu alandaki düzenlemeleri<sup>15</sup> de ağırlıklı olarak yayma hakkının belirli bir taşıyıcı ile birleştirilmiş eser aslı ya da örnekleri açısından geçerli olduğunu kabul eder nitelikte gözükümlerdir.

## B. YAYMA HAKKININ TÜKENMESİNİN KOŞULLARI İLE TÜKENME İLKESİNİN ARKASINDA YATAN TEMEL DÜŞÜNCELERE KISA BİR BAKIŞ

### 1. Genel Olarak Tükenme İlkesi

Yayma hakkına ilişkin temel sınırlandırmalardan bir tanesi tükenme ilkesidir.<sup>16</sup> Bu konuyu düzenleyen FSEK'nun 23. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi şu şekildedir: “*Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredile-*

*rek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez*”. Bu şekilde yayma hakkının kullanılması sonucunda belirli nüshaların mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra, eser sahibinin bunların yeniden yayımını engelleyebilmesi söz konusu değildir. Yaygın bir şekilde, “*yayma hakkının tükenmesi*” veya “*tükenme prensibi*” şeklinde ifade edilen bu durum, öğretide ağırlıklı olarak yayma hakkının kapsamının anlaşılmasına paralel şekilde, sadece bir taşıyıcı ile birleştirilmiş (maddi) nüshalar açısından kabul edilmektedir.<sup>17</sup>

Ancak tükenme ilkesinin kapsamı yayma hakkının kapsamına göre daha dardır. Bir diğer ifade ile yaymanın gerçekleştiği bütün ihtimallerde tükenme ilkesi geçerli olmaz. Tükenme ilkesinin arkasında yatan temel düşüncelerden ve yasal düzenlemeden hareketle bunu, ancak eser sahibinin eser örneği üzerinde hâkimiyetini kesin şekilde bırakarak yaymak amaçlı hareket ettiği durumlarda kabul etmek gerekir. Eser örneğinin kiralınmasında ya da kamuya ödünç verilmesinde bu anlamda hâkimiyeti bırakma ve kesin devir söz konusu değildir. Bu açıdan bu ihtimallerde tükenme ilkesi uygulanmaz.

Ayrıca fikir ve sanat eserleri hukukunda genel mahiyette bir tükenme ilkesinin bulunmadığını da ifade etmek gerekir.<sup>18</sup> Bir diğer ifade ile bütün haklar, örneğin çoğaltma ya da umuma iletim hakkının tükenmesinden değil, sadece yayma hakkının (üstelik hakkın kapsamına göre daha dar bir alanda) tükenmesinden bahsetmek gerekir.

12 Bu konuda bkz. sadece **Loewenheim**, in: **Schricker/Loewenheim**, UrhR, 4. Aufl., München 2010, § 69c UrhG kn. 34; **Haines**, Alexander/**Scholz**, Matthias, Anmerkung zum Urteil des LG München vom 19.01.2006, Az.: 7 O 23237/05, CR 2006, 161; **Stögmüller**, Thomas, Anmerkung zum Urteil des LG München vom 03.08.2006, Az.: 6 U 1818/06, MMR 2006, 748.

13 Bkz. sadece LG Bielefeld, 5.3.2013 -40 191/11; OLG Hamm, 15.5.2014-22 U 60/13.

14 Bkz. sadece WIPO Fikri Haklar Sözleşmesi (WCT), m. 6 I.

15 Bu konuda bkz. komşu haklar açısından AB'nin Fikri Mülkiyet Alanındaki Fikir ve Sanat Hukuku Haklarına Komşu Haklar ve Kiralama ve Ödünç Verme Haklarına Dair Yönergesi („Richtlinie 92/100/EWG des Rates zum Vermiet- und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums“), m. 9 II hükmü; bilgisayar programları açısından Bilgisayar Programlarının Korunmasına Dair Yönergesi [Richtlinie 91/250/EWG des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen“ ABIEG Nr. L122 (17 Mai 1991)], m. 4 II. Bu Yönerge daha sonra içerik itibarıyla hemen hemen hiç değişmekle birlikte yenilendi, „Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates des Rates vom 23 April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABIEG Nr. L111, 52. Jahrgang, 5 Mai 2009, s. 16, internet erişimi <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:DE:PDF>; fikir ve sanat eserleri hukukunda korunan diğer eserler açısından „Bilgi Toplumunda Komşu Haklar ile Fikri Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlaştırılması Yönergesinin“ („Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“) m. 3 III ile m. 4 II hükümleri anılabilir (Bu yönergenin internet erişimi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:DE:HTML>).

16 Yayma hakkının tükenmesi konusunda ayrıntılı inceleme ve açıklamalar için bkz. **Aslan**, a.g.e., „Yine bu ilkeyi fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde ele alan eseri açısından bkz. **Semadeni**, a.g.e. Bu ilkeyi dijital ürünler çerçevesinde ele alan eseri açısından bkz. **Böttcher**, a.g.e.; **Schack**, a.g.e., kn. 426 vd.; bkz. ayrıca **Özcan**, a.g.e., s. 368 vd.; **Yıldırım**, FMHY 2010, s. 573, 578 vd.; **Bozbel**, s. 114, 435; **Aksu**, TFM 2015/1, s. 1, 4 vd.

17 Hukukumuz açısından bkz. sadece **Nal**, Probleme, s. 120 vd.; **Özcan**, a.g.e., s. 364, 369 vd., 374; **Memiş**, a.g.e., s. 111 vd.; **Memiş**, FMY 2013, s. 313, 326: “Ancak doktrinde genel kabul gören anlayışa göre yayma, fiziki nüshalar üzerinde söz konusu olabilir”; **Bozbel**, a.g.e., s. 111 vd., ancak krş. s. 436; **Genç Arıdemir**, a.g.e., s. 93 vd., özellikle s. 125; **Merdivan**, s. 948 vd., 955, 964, 969, 975; **Gökayla**, a.g.e., s. 172; **Merdivan**, s. 964 vd. İsviçre hukuku açısından bkz. sadece **Hilty**, Urheberrecht, kn. 159, ancak yazar nihayetinde hak sahibinin rızası ile internetten indirilerek oluşturulan (belirli bir taşıyıcıya yüklenen) örnekler açısından da tükenme ilkesinin (en azından kıyasen) uygulanması gerektiği düşüncesindedir, kn. 162 vd., belirli bir taşıyıcıya statik şekilde yüklenmemiş bilgisayar programları açısından tükenme ilkesinin zaten işlemeceği ve tükenme ilkesiyle sorunların aşılamaacağı hususunda kn. 339 vd., 341.

18 Bu konuda bkz. sadece **Kreutzer**, Till, Weiterveräußerungsfähigkeit von digitalen Gütern, s. 7, (30 Nisan 2016) s.e.t. 30.05.2016 için bkz. [http://www.verbraucherportal-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/MLR.Verbraucherportal/Dokumente/Dokumente%20pdfs/Verbraucherschutz/Urheberrecht/15\\_10\\_20%20Studie%20Weiterverf%C3%A4u%C3%9Ferungsf%C3%A4higkeit%20von%20digitalen%20G%C3%BCtern\\_Dr.%20Till%20Kreutzer.pdf](http://www.verbraucherportal-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/MLR.Verbraucherportal/Dokumente/Dokumente%20pdfs/Verbraucherschutz/Urheberrecht/15_10_20%20Studie%20Weiterverf%C3%A4u%C3%9Ferungsf%C3%A4higkeit%20von%20digitalen%20G%C3%BCtern_Dr.%20Till%20Kreutzer.pdf)

## 2. Tükenme İlkesinin Gerçekleşme Koşulları

Tükenme ilkesinin alan itibariyle sınırlarına dair kısıtlamalar<sup>19</sup> bir tarafa bırakılır ise bunun temel olarak iki koşulu gerektirdiği söylenebilir:<sup>20</sup> Bunlardan ilki eser örneğinin sadece eşya hukuku anlamında değil, “*yayma eylemini gerçekleştirecek şekilde fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında da devri*” ve ikinci olarak da eser sahibinin “*tükenme ilkesinin amacına uygun şekilde rızasının*” bulunmasıdır. Kanundaki ifadesi ile eser nüshasının yayma sonucunda mülkiyetinin devredilerek ilk satışı ve dağıtımını yapılması hem buradaki hâkimiyeti devredilen lehine bırakmayı ve hem de bunun bu amaçla ve rızai şekilde gerçekleşmesi gerekir.

Her ne kadar eser örneğinin gerek eşya hukuku gerekse fikir ve sanat eserleri hukuku alanında devrinde temelde bir hukuki işlem bulunmakta ise de bu iki hukuk alanında devirler birebir aynı değildir ve her durumda örtüşmezler.<sup>21</sup> Eşya hukuku anlamında her devirde eser örneği üzerindeki yayma hakkı tükenmek zorunda değildir. Bu açıdan devrin ayrıca fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında tükenmeye imkân sağlayacak şekilde gerçekleşmesi, yani eser örneğinden tam yararlanmaya<sup>22</sup> imkân verecek şekilde kesin bir devrin söz konusu olması gerekir. Bu açıdan eser sahibinin *yok edilmek amacıyla* eser örneğini birine devretmesi, tükenme ilkesinin uygulanmasına imkân verecek bir devir değildir.<sup>23</sup> Burada ne eserin muamelât hayatına sokulması amacı ne de bu yönde eser sahibinin rızası vardır. Eser sahibi kesin şekilde tasarrufta bulunmuştur,

ama bu yeterli değildir. Bu açıdan salt eşya hukuku anlamında değil, fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devirden bahsetmek yerindedir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, devrin temelinde yatan hukuki işlemin türü ve karakteri (satım, trampa, bağışlama vs.) önemli değildir.

Esasen *eser yaratıcısının (hak sahibinin)* eser örneğini tükenme ilkesinin gerektirdiği şekilde devretmesinde tükenme ilkesi için gerekli olan iki unsur (devir ve izin) zaten işin doğası gereği birlikte bulunurlar. Bu açıdan burada iki ayrı koşuldan söz etmeye gerçekte gerek yoktur.<sup>24</sup> Ancak eser örneğinin bizatihi eser sahibi tarafından devredilmediği durumlarda eser sahibinin de rızasının olması zorunluluğuna vurgu yapmak açısından bu iki unsurun ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir.<sup>25</sup> Burada eser sahibinin vereceği izin, hak sahibi olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen devrin (yaymanın) hukuka uygun hale gelmesi işlevini yerine getirebilecektir.<sup>26</sup>

## 3. Tükenme İlkesinin Arka Planına ve Temelindeki Düşüncelere Kısa Bir Bakış

### a. Genel Olarak

Burada ele alınan sorunu tartışmak açısından tükenme ilkesinin arka planı ve temelindeki düşüncelere de bakmak gerekir. Bunlardan hareketle ele alınan sorunda benzer bir arka planın bulunup bulunmadığı ve özellikle de tükenme ilkesini taşıyan gerekçelerin buradaki işlevselliğini değerlendirmek mümkün olacaktır.

Genel olarak ifade etmek gerekir ki, yayma hakkının tükenmesinde çatışan çıkarların uyuşturulmasının bir görünümünü tespit etmek mümkündür. Eser yaratıcısının çıkarları ile eser örneğini devralanın çıkarlarının uyuşturulması yanında eserden yararlanma yönündeki genel çıkarın da dikkate alındığı bir süreç söz konusudur. Diğer mali haklarda olduğu gibi yayma hakkı da eser sahibine eserden mümkün olduğunca mali açıdan yararlanma imkânı sağlar. Kendi çıkarını koruma imkânına sahip olarak eser aslı ya da örneğini bizatihi yayan ya da buna izin veren eser sahibinin, yayılmış bu eser örneğinin tekrar yayımında yeniden bir “karşılık” almasını

19 Tükenme ilkesi hukukumuz açısından ülkeseldir, bu konuda ve bunun sonuçları hususunda bkz. sadece **Öztaş**, a.g.e., s. 369, 371.

20 Bu konuda bkz. **Semadeni**, s. 35 vd.; **Böttcher**, s. 49 vd.

21 Bu konuda bkz. **Böttcher**, s. 50 vd. Fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devrin farkını belirtmek için, eser örneğinin teminat amacıyla devrinde, tükenme ilkesinin ancak teminatın paraya çevrilmesi koşullarının var olduğu anda gerçekleşmesi örneği de verilebilir. Bu son konuda bkz. **Öztaş**, a.g.e., s. 370 vd. ve orada anılan kaynaklar. **Tekinlalp**, FMH<sup>2</sup>, § 14, kn. 107 ve orada anılan kaynaklar; **Bozbel**, s. 114 vd. Bu iki hukuk alanı açısından devrin farklılığına dair diğer örnek ve durumlar için bkz. **Aksu**, TFM 2015/1, s. 1, 7.

22 Burada yararlanmadan kasıt, eserin fikri ürün olarak kabul edilmesinin arkasında yatan gerekçelere uygun olarak eserden doğrudan kültürel, sanatsal, edebi anlamda yarar elde edilmesi ya da bu temelde bunun ekonomik değerlendirilmesidir. Yoksa eser örneklerini yok etmek amacıyla alınan bu yok etme faaliyetinden para kazanması bu anlamda eserden yararlanma değildir.

23 Bu konuda bkz. **Öztaş**, a.g.e., s. 371: “Yayınevının hürdaya çıkarıldığı (Makulatur) ve imha edilmesi için devrettiği malzeme içinde, eserin bazı çoğaltılmış nüshaları da varsa, bu 23’üncü maddenin 3’üncü fıkrası anlamında Tükenme Prensiibi’nin uygulanmasına yol açacak bir durum değildir...Böyle hallerde...muamelâta sokma amacı yoktur”; **Böttcher**, s. 50 vd.; bkz. ayrıca **Semadeni**, s. 37.

24 **Semadeni**, s. 51; **Böttcher**, s. 70.

25 Bu konuda bkz. **Semadeni**, s. 51: “Der veräussernde Dritte kann nicht ein Recht ausüben, das ihm gar nicht zusteht.”; **Böttcher**, s. 70.

26 **Semadeni**, s. 51 ve orada anılan kaynaklar; **Böttcher**, s. 71.

gerektiren<sup>27</sup> bir “maddi gerekçe” gerçekte bulunmamaktadır.<sup>28</sup> Bu açıdan toplumun çıkarlarının geri çekilmesini gerektiren bir gerekçe artık kalmadığından, yayma hakkı, ilgili eser örneğine ilişkin olarak tükenmelidir.<sup>29</sup> Kısaca kesin şekilde yayılmış eser örneğinin tekrar aynı şekilde yayımını engellemek böylece eser sahibinin fikri hakkının kapsamında değildir.

## b. Tükenme İlkesini Arka Planını Açıklayan Çeşitli Yaklaşımlar

Tükenme ilkesinin hukuki niteliğinin açıklanmasında<sup>30</sup> ve gerekçelendirilmesinde farklı yaklaşımlar söz konusudur.

### i. İlk Devirde Eser Sahibinin Sonraki Devirlere Örtülü Şekilde İzin Verdiği Görüşü (Örtülü Lisans Teorisi) (*Theorie der stillschweigenden Lizenzerteilung*)

Tarihi gelişim süreci dikkate alındığında bu konudaki ilk yaklaşım, ilk devirde eser sahibinin takip eden devirlere de örtülü şekilde izin verdiği şeklindedir (örtülü irade ya da lisans teorisi = *Theorie der stillschweigenden Lizenzerteilung*).<sup>31</sup> Ancak bu teorinin güncelliğini önemli ölçüde yitirdiği söylenebilir.<sup>32</sup> Bu anlayışın güncel olarak gerçekten bir dayanak olabilme potansiyeli kazanması için herhalde bunun salt eser sahibinin iradesine dayalı olarak anlaşılması değil, bunu geçerlilik sebebi olarak temellendirecek, tamamlayacak şekilde kanuna dayalı bir “varsayımdan” bahsetmek daha uygun olacaktır. Bu şekilde eser sahibinin gerçek iradesine değil, onun devir iradesine kanunen bağlanan bir hukuki sonuç

ya da durumdan bahsetmek söz konusu olabilecektir. Aksi halde tükenme ilkesinin geçerliliği doğrudan eser sahibinin iradesine bırakılmış olacağı gibi, eser sahibinin açık şekilde sonraki devirleri izin vermediği yönünde iradesinin bulunduğu durumlarda<sup>33</sup> hukuki durumun açıklanması da çıkmaza girecektir.

### ii. Eşya Üzerindeki Mülkiyetin Önceliği ya da Kısaca Mülkiyet Teorisi

Diğer bir yaklaşım (mülkiyet teorisi = *Eigentumstheorie*),<sup>34</sup> eser aslı ve örneğinin aynı zamanda bir eşya olduğunu (esasen taşıyıcının eşya olmasına binaen) ifade ederek, eşya hukuku anlamında malikin bununla istediğini yapabileceğini ve bu açıdan eser sahibinin artık buna karışamayacağını savunmaktadır. Bu açıdan fikir ve sanat eserleri hukukundan kaynaklanan hukuki pozisyonun eşya hukukuna dair hukuki pozisyon ile çatışması halinde geri planda durması söz konusudur. Her ne kadar tükenme ilkesinin tarihi gelişimi itibarıyla eşya hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun kesişme noktasında olduğu ve bu açıdan bu alandaki hukuki pozisyonların optimize bir noktada buluşturulmasına hizmet ettiği<sup>35</sup> açık ise de mülkiyet teorisinin yerinde olmadığı salt eşya üzerindeki mülkiyet hakkına dayalı olarak hukuki durumun açıklanamayacağı açıktır. Eşya bağlamında eser örneği (sürekli taşıyıcısı) üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olmayanlardan iyiniyetle aynı hak kazanımı duruma göre mümkün iken, fikri hakkın bu şekilde kazanılması kural olarak mümkün olmaz. Bu da tükenme ilkesinin şey üzerindeki mülkiyet gerekçesi ile açıklanamayacağının bir kanıtı niteliğindedir. Bununla beraber bu teori güncel olarak tükenme ilkesi açıklanırken dayatılan gerekçelerden *biri* mahiyetindedir.<sup>36</sup>

27 Esasen bu açıdan bazı eserler açısından kabul edilmiş takip hakkı (FSEK m. 45) bu açıdan bir istisna olarak nitelenebilir. Ancak takip hakkına konu eserlerde genellikle eser sahibinin sonraki çalışmalarından ve ününden önceki elinden çıkardığı ürünün de yararlanması ve bu açıdan değerlendirilmesi nedeniyle farklı bir durum bulunduğu söylenebilir.

28 Bu temel düşünce özünde **Öztaş**, a.g.e., s. 368’de ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. ayrıca **Götting**, in: Ahlberg/Götting (Herausgeber), Beck’scher Online-Kommentar Urheberrecht, 11. Edition, Stand 01.01.2016, UrhG § 17, kn. 45.

29 Bkz. bu konuda **Öztaş**, a.g.e., s. 368.

30 Bu konudaki ayrıntılar ve çeşitli teorilerin değerlendirilmesi açısından bkz. **Semadeni**, s. 23 vd.; **Böttcher**, a.g.e., s. 25 vd.

31 Bu konuda bkz. sadece **Semadeni**, s. 23 vd.; **Böttcher**, a.g.e., s. 25, yazar bu teorinin geçmişte kaldığını (als überholt anzusehen) ifade etmektedir. Kara Avrupa’da tükenme ilkesinin, on dokuzuncu yüzyılda savunulan ve elde edilen örneğin tekrar devrini örtülü lisansa (stillschweigende Lizenz) dayandıran görüşün yerine geçtiği hususunda bkz. **Hilty**, Urheberrecht, kn. 339.

32 Bu konuda ve bu teorinin eleştirici açısından bkz. **Semadeni**, s. 23 vd.; **Böttcher**, a.g.e., s. 25 vd.

33 Bu gibi durumlarda belki çelişkili davranış yasağı ile, yani hem kesin devredip hem de sonrakilere izin vermeyişim mealindeki itirazın dinlenmemesi gerektiği düşüncesiyle soruna çözüm bulunması düşünülebilir. Ancak her durumda bu davranışın bir çelişkili davranış olarak nitelenmesi mümkün olmayacağı gibi, haklı sınırlamaların getirilebileceği durumlarda bundan zaten hiç söz edilemeyecektir.

34 Bu yaklaşım ve bunun eleştirisi konusunda bkz. sadece **Böttcher**, s. 33 vd.; bkz. ayrıca **Semadeni**, s. 28 vd.

35 Tükenme ilkesinin eşya hukuku ile fikir ve sanat eserleri hukukunun kesişme noktasında olduğu, burada fikri hak sahibi ile örneği edinenin eşyası üzerinde tasarrufta bulunma hakkının dengelendiği ve bunun tükenme ilkesinin bir amacı olduğu hususunda bkz. **Böttcher**, a.g.e., s. 1 vd.; bkz. ayrıca **Öztaş**, a.g.e., 364.

36 Bu şekilde bkz. sadece **Schriker/Loewenheim/Loewenheim**, UrhR § 7 kn. 42; bkz. ayrıca **Götting**, in: Ahlberg/Götting (Herausgeber), Beck’scher Online-Kommentar Urheberrecht, 11. Edition, Stand 01.01.2016, UrhG § 17, kn. 38.

### iii. İşlem Güvenliğinin Sağlanması Yaklaşımı (Muamelat Güvenliği Teorisi) (*Verkehrssicherungstheorie*)

Bir diğer yaklaşım işlem güvenliğini sağlama ve koruma düşüncesinin tükenme ilkesinin arkasında yattığını ifade etmektedir (muamelat güvenliği teorisi = *Verkehrssicherungstheorie*). Buna göre, eser sahibinin ilk devri takip eden devirlerde söz sahibi olması yani bunu kontrol altında tutabilmesi muamelaya gereksiz yere güçlük yaratması anlamına gelecektir.<sup>37</sup> Her seferinde bir nevi üçlü bir hukuki ilişki kurulması söz konusu olacaktır. Oysa ilk devre izin veren hak sahibinin bundan sonraki devirlerde söz sahibi olmasının maddi gerekeşi yoktur.

Ancak bu yaklaşım, tükenme ilkesinin gerekliliğini göstermekle birlikte *tek başına* bunu açıklamaya yeter nitelikte gözükmemektedir.<sup>38</sup> Hatta eşya üzerinde iyiniyetle iktisabın korunduğu durumlarda fikri hakkın sorun olmasının tam tersine muamelat hayatını zora soktuğu dahi söylenebilir.<sup>39</sup>

Tükenme ilkesini açıklayan bu görüşe yapılan eleştirilere rağmen, bunun da güncel olarak bu ilke ortaya konulurken belirtilen temel dayanaklardan biri olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.<sup>40</sup>

### iv. Eser Sahibinin Yaratıcılığının Ödülünü Yayma ile Zaten Aldığı Yaklaşımı (Ödül Teorisi) (*Belohnungstheorie / Entgeltssicherungstheorie*)

Bir başka yaklaşım ilk devirde eser sahibinin yayma hakkının kendisine sağladığı imkândan yararlanarak yaratıcılığının ödülünü alma imkânına sahip olmasına (*Belohnungstheorie*) ve böylece ekonomik değerden pay almasına (*Entgeltssicherungstheorie*)<sup>41</sup> dayanmaktadır.<sup>42</sup> Gerçekten de yayma hakkının tükenmesinin bütün yayma fiillerini değil, kesin

devri gerektirenleri kapsamı ve bu şekilde yaymada hak sahibinin kendi çıkarını yeterince koruyabilme imkânına sahip olması karşısında, tükenme ilkesinin bu düşünceye *de* dayandırılması mümkün gözükmemektedir.<sup>43</sup>

Bu yaklaşım da güncel olarak tükenme ilkesinin açıklanmasında temel olarak belirtilen görüşlerden biridir. Bu şekilde diğer dayanaklarla, özellikle de bir önceki görüş ile birlikte birleştirilmiş görüşlerden (*kombinatorische Ansätze*) söz edilebilir.<sup>44</sup>

### v. Tüketicilerin Korunması Teorisi (*Theorie des Verbraucherschutzes*)

Güncel olarak tükenme ilkesinin dayandırıldığı diğer bir temel düşünce tüketicilerin korunmasıdır (*Theorie des Verbraucherschutzes*).<sup>45</sup> Buna göre tükenme ilkesi hem eser örneklerinin farklı fiyatlarla (*Preisvielfalt*) piyasada bulunmasını, hem de eser sahibinin yeni eser örneklerini piyasaya sunmayı durdurduğu durumlarda piyasada dolaşımı gerçekleşen eser örneklerine erişimi (*Werkvielfalt*) sağladığından nihayetinde tüketicilerin korunması düşüncesine hizmet ederek eserden daha çok kişinin ve özellikle de ekonomik olarak zayıf konumda olan toplum katmanlarının yararlanmasına imkân sağlar.<sup>46</sup> Gerçekten tükenme ilkesi, ikinci el piyasasının ortaya çıkmasına etkide bulunarak, eser örnekleri üzerinde fiyat tekellerinin oluşmasına engelleyici bir etki göstermektedir.<sup>47</sup> Ayrıca eserin mümkün olduğunca yaygınlaşmasının yeni eserlerin yaratılmasına ve bu şekilde de eser çokluğunun gerçekleşmesine dolaylı şekilde etkide bulunacağı söylenebilir.<sup>48</sup>

37 Bu konuda bkz. **Özta**n, a.g.e., s. 368; Bu teoriye (*Verkehrssicherungstheorie*) ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve eleştiri için bkz. **Böttcher**, s. 35 vd.; bkz. ayrıca **Semadeni**, s. 29 vd.

38 Bu konuda bkz. **Böttcher**, s. 35 vd. ile orada anılan eleştiri ve kaynaklar. Bkz. ayrıca **Jaeger**, Till, Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OEM-Software, ZUM 2000, s. 1070, 1072.

39 **Semadeni**, s. 30; **Böttcher**, s. 37 vd.

40 Bu şekilde bkz. **Götting**, in: Ahlberg/Götting (Herausgeber), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 11. Edition, Stand 01.01.2016, UrhG § 17, kn. 38; BGH GRUR 2001, s. 51, 55 – Parfumflakon.

41 Bu şekilde niteleme için bkz. **Jaeger**, ZUM 2000, s.1070, 1072.

42 Bu teori ve eleştiri açısından bkz. **Böttcher**, s. 38 vd.; **Semadeni**, s. 31 vd., yazar tükenme ilkesinin kurulması açısından bu teori ile muamelat güvenliği teorisinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.

43 Bu açıdan bkz. ve krş. **Özta**n, a.g.e., s. 368.

44 Bkz. sadece **Özta**n, a.g.e., s. 386: "Eser sahibi, ilk yayma işlemine karşı ivazı alarak rızasını göstermek imkânına sahip olduğu oranda, parasal menfaatinin korur. Artık, o andan sonra yapılacak yayma işlemleri, muamelatin menfaati göz önünde tutularak, serbest olmalıdır"; benzer şekilde **Semadeni**, s. 32 vd.; bu konuda bkz. ayrıca **Böttcher**, s. 41 vd.; **Götting**, in: Ahlberg/Götting (Herausgeber), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 11. Edition, Stand 01.01.2016, UrhG § 17, kn. 38.

45 Bu yönde ve ayrıntılar için bkz. **Böttcher**, s. 42 vd.

46 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. **Böttcher**, s. 43 vd.

47 Bu düşüncenin de İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 27.6.2014 tarihli kararında (E. 2011/96, K. 2014/117) etkili olduğu görülmektedir. Karar metni (yayınlanmamıştır) s. 6: "Hakkın tükenmesi prensibi hukuki olmayıp, hak sahiplerinin tekel haklarını kullanarak pazar paylaşımını önlemek için kabul edilmiş ekonomik bir kavramdır". Bu karar daha sonra Yargıtay tarafından onanmıştır (OEM kararı), Yargıtay 11. HD., E. 2014/17376, K. 2015/8772, T. 30.6.2015.

48 Bkz. **Böttcher**, s. 45 vd.

## vi. Kısa Değerlendirme

Esasen yukarıda ifade edilen anlayışların birlikle değerlendirilmesinin tükenme ilkesinin mümkün olduğunca en kapsamlı şekilde gerekçelendirilmesine yardımcı olduğu söylenebilir.<sup>49</sup> Bir diğer ifade ile tükenme ilkesinin birden çok ayağa dayandırılması mümkündür. Öğretideki genel yaklaşımın da bu şekilde olduğu ifade edilebilir. Gerçekten de tükenme ilkesi açıklanırken genellikle sadece yukarıda ifade edilen teorilerin biri değil, bunlardan birden fazlasının arkasında yatan düşüncelerin birleştirilerek ifade edildiği görülmektedir.

Bütün bu yaklaşımlarda tükenme ilkesi belirli bir taşıyıcıyla birleştirilmiş, ona rapt edilmiş, tecessüm etmiş eser örneklerinden hareketle değerlendirilmektedir. Bu tür klasik ürünler açısından bu durumun güncelliğini aynen korunduğu ve yargı uygulamasında da bu yönde olduğu görülmektedir.<sup>50</sup>

Esasen dijital ürünler açısından da yukarıda ifade edilen düşüncelerin ağırlıklı olarak uygulanması mümkündür. İlk yayımda verilen örtülü rıza, ödül teorisi, işlem güvenliğinin sağlanması düşünceleri ile tüketicilerin korunması esaslarının burada da aynen savunulabilmesine bir engel yoktur.

Diğer taraftan eşya hukuku anlamında eşya ile fikri hakkın çatışmasında fikri hakkın geri çekilmesi düşüncesi burada boşa çıkmaktadır. Gerçekten de burada ele alınan dijital ürünlerde (yani doğrudan internetten indirilerek edinilen ürünlerde) tükenme ilkesinin uygulandığı klasik yapı zaten bulunmamaktadır. Eşya hukuku anlamında üzerinde tasarruf edilebilecek bir eşya ortada yoktur. Bu yüzden eşya hukukuna dair hukuki pozisyon ile fikri hukuka ilişkin hukuki pozisyonun çatışması söz konusu değildir. Bu nedenle bu teorinin buradaki tartışmalarda doğrudan uygulanmasına imkân yoktur. Esasen burada ele alınan dijital ürünlerin belirli bir taşıyıcıya yüklü olması halinde dahi bu teorinin uygulanabilirliği oldukça daralmıştır denilebilir. Çünkü dijital ürünlerde kural olarak geçerli olan, taşıyıcıdan ayrı değerlendirilebilirlikle, bir diğer ifade ile kalite ve

niteliklerinde bir değişiklik olmaksızın kopyalanabilirlikle birlikte taşıyıcı ile eser örneği ikilisinin ayrılmazlığı şeklinde ifade edilebilecek durum artık bozulmuş gözükmektedir. Buna paralel şekilde eser örneği bir nevi taşıyıcı bağından kurtulmuş olarak devredilebilir duruma gelmiştir.

## C. YAYMA HAKKININ ÇOĞALTMA HAKKIYLA İLİŞKİSİ VE YAYMA İLKESİNİN KAPSAM VE KOŞULLARI

Mali haklardan çoğaltma hakkı, yayma hakkına *kural olarak* önceldir. Bu açıdan *kural olarak* çoğaltılmış nüshalar yayılır.<sup>51</sup> Ancak yayma hakkı her zaman bir çoğaltmayı gerektirmediği gibi, bu hukuki pozisyonların birbirini muhakkak takip etmeleri de gerekmez.<sup>52</sup> Ayrıca ifade etmek gerekir ki, çoğaltma ve yayma haklarının hukuki koruma sağladığı yararlar teknik anlamda örtüşmemektedirler. Bu çerçevede çoğaltma hakkı izinsiz çoğaltma yapılmasını yasaklama içeriğine sahipken, yayma hakkı izinli şekilde gerçekleştirilmiş çoğaltmalara da ilişkindir.<sup>53</sup> Ayrıca yayma hakkı, hak sahibine haksız çoğaltma yapanlar yerine (bunların tespitinin zor olduğu durumlarda) yayanlara karşı harekete geçme imkânı vermektedir. Nihayet hukuka uygun olarak yurt dışında çoğaltılan (mesela hukuki koruma tanımayan bir ülkede) eser örnekleri açısından çoğaltmaya karşı bir hukuki imkânın olmadığından, yayma hakkı eser sahibinin çıkarlarını korumak açısından devreye girecektir.<sup>54</sup> Şu halde bu iki hukuki pozisyonun ayrı ayrı incelenmeleri ve değerlendirilmeleri zorunludur. Zaten mali hakların birbirine bağlı olmadığı ve biri üzerindeki tasarrufun ya da kullanılmanın diğerine etki etmeyeceği kanunda da açıkça düzenlenmiştir (FSEK m. 20/I).

49 Türk hukukunda tükenme ilkesi neticesinde ortaya çıkması kolaylaştırılan ikinci el yazılım piyasasının varlığının korsan yazılımlara çare olduğu da öğretilerde ifade edilmektedir (bu konuda bkz. **Bozbel**, s. 434 vd. ve orada dipnot 1062'de anılan kaynaklar). Bunun tükenme ilkesinin dolaylı bir yansıması olarak nitelendirilmesi mümkündür.

50 Bu konuda son olarak AAD'nın Allposters/Pictoright kararı anılabilir. (EuGH GRUR 2015, 256). Bu kararda posterdeki görselin perdeye aktarılması, yani taşıyıcısının değiştirilmesi açısından tükenme ilkesinin uygulanması kabul edilmemiş gözükmektedir. Bu konuda bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 24.

51 İstisnai olarak eserin çoğaltılmadan yayılması da mümkün olabilir. Bu, doğrudan eserin orijinalinin yayılması halinde gerçekleşebilir, bu açıdan öğretilerde verilen bir örnek nota asıllarının icracılara ödünç verilmesidir, bkz. **Tekinalp**, FMH<sup>4</sup>, § 14, kn. 96; **Öztan**, a.g.e., s. 364.

52 Bu açıdan örneğin yurt dışında izinsiz şekilde çoğaltılmış örneklerin yurt içine yayılması açısından yayma hakkının tek başına önem arz ettiği açıktır. Ayrıca bunların birlikte devredilmesi gibi bir zorunluluk yoktur, bu konuda bkz. sadece **Öztan**, a.g.e., s. 362 vd. Yayma hakkı ile çoğaltma hakkı ilişkisi açısından yaymanın her zaman bir çoğaltmayı gerektirdiği yönünde **Nal**, Probleme, s. 120 vd.

53 Bu konuda bkz. **Hilty**, Urheberrecht, kn. 159; **Semadeni**, s. 9 vd.; **Böttcher**, s. 20, yazar orada başka eserlere de atıf yaparak, belirli süreyle sınırlı şekilde tanınan yayma hakkına konu-yasal şekilde çoğaltılmış eser örneklerinin süre geçtikten sonra yayılmasını iki hakkın koruduğu değerlerin netleşmesi açısından örnek olarak vermektedir.

54 Bu açıdan bkz. **Semadeni**, s. 9 vd.; **Böttcher**, a.g.e., s. 20 vd.



Bununla beraber dijital ürünlerde yayma hakkının tükenmesi tartışmalarında çoğaltma hakkının özel bir önem arz ettiği söylenebilir. Gerçekten de buradaki tartışmalarda dikkate alınan güncel<sup>55</sup> teknik süreçlere bakıldığında, burada hep bir çoğaltmanın (hatta duruma göre birden fazla çoğaltmanın) işin içine girdiği görülmektedir. Zaten bu nedenle tükenme ilkesinin uygulanmamasını savunanlar diğer argümanlar yanında burada gerçekte bir çoğaltma yapıldığının ve böylece çoğaltma hakkının ihlal edildiğine de dayanmaktadırlar.

### III. DİJİTAL ÜRÜNLERİN YAYIMINDA TÜKENME İLKESİ?

#### A. DİJİTAL ÜRÜNLERİN YAYIMINDAKİ TEKNİK BAZI ÖZELLİKLER VE BUNUN YANSIMALARI

Burada ele alındığı özellikleri itibariyle dijital ürünlerin yayımında, klasik yaymadan temel farklılık, eser örneğinin üzerine sürekli şekilde bağlandığı, rapt edildiği bir taşıyıcı ile birlikte devrinin söz konusu olmamasıdır. Örneğin bir e-kitap CD'ye yüklü olarak pazarlandığında, buradaki durumu bir basılı kitap ile bir tutmak bir dereceye kadar mümkündür. Nihayetinde her ikisinde de eser taşıyıcıya rapt edilmiştir denilebilir. Elbette CD'ye yüklü e-kitap açısından da çok rahat kopyalanabilme gibi bir risk söz konusudur. Ancak bu durum temeldeki örtüşmeyi bertaraf etmez. Yukarıda ifade edildiği üzere sorunun bu yönü bu çalışmada ayrıca ele alınmamaktadır.

Buna karşılık e-kitabın internetten indirilerek edinilmesi durumunda eserin hak sahibi tarafından doğrudan ve sürekli şekilde bir taşıyıcıya yüklü olarak devredilmesinden söz edilemez. Bu durum eser ya da hak sahibinin rızası ile gerçekleşse bile hukuki durum değişmez. Zaten bu nedenle öğretilerde ve yargı uygulamasında bu durum ağırlıklı olarak yayma hakkı kapsamında değil umuma iletim çerçevesinde değerlendirilmekte ve olay daha çok haksız çoğaltma ile bağlantılı şekilde değerlendirilmektedir.

Konunun teknik gelişmelerle birlikte çerçevesi ve içeriğinin değiştiği ve geliştiği rahatlıkla söylenebilir. Elbette oldukça hızlı bir şekilde sürekli olarak

yeni gelişmelerle yüklü teknik mahiyetteki bir konuda hukukçular tarafından bütünsel ve eksiksiz bir değerlendirme yapılması anlamsız ve yersiz olacağı gibi zaten mümkün ve gerekli de değildir. Bu güne kadar bu konudaki tartışmaların odağında olan teknik süreçte, dijital ürünün internetten indirilmesinde, bunun kopyasının aktararak devri sırasında, kısmen ya da tamamen birden fazla aynı nitelikte verinin bulunması ve ancak aktarma işi bittikten sonra aktarmanın yapıldığı yerdeki verinin silinebilmesi söz konusudur. Ayrıca bu süreç gerçekleşirken verilerin nihayet zamansal olarak çok kısa bir süre için ağa bağlılıkları itibariyle de sürekli ama hareket halinde bir taşıyıcı ile ilişkilendirilmeden söz edilebilir. Ancak bütün bu durumların klasik olarak bir taşıyıcıya bağlanma ile bir ilgisinin olmadığı bu yönüyle bir örtüşmenin bulunmadığı da açıktır. Bu nedenle öğretilerde bu açıdan ifade edilen, “taşıyıcısız veriler” (*Dateien ohne Datenträger*)<sup>56</sup> ifadesi ancak “sürekli ya da sabit şekilde bir taşıyıcıya yüklü olmayan” şeklinde anlaşıldığında yerinde gözükmektedir. Hatta güncel teknik gelişmeler itibariyle bu kavramın kullanılmasında bir sakınca olmadığı daha rahatlıkla söylenebilir. Gerçekten de *aktarılan ve oluşturulan verinin teknik olarak da aynı olduğu durumlarda yani doğrudan doğruya aynı verinin birebir aktarıldığı durumlarda* “taşıyıcısız veriler” ifadesi kullanılabilir. Örneğin tıpkı “Yatağın Altındaki Harfler” adlı bir çocuk masalındaki gibi, uzun süre okunmayan kitaplardaki harflerin kitaplardan düşmesi ve daha sonra tekrar boş kitap sayfalarına uzunca okuyormuş gibi bakınca bunların kitaba geri dönmesi gibi, dijital verilerin de değişmeksizin, yani teknik olarak da aynı veri şeklinde aktarılmasının (kaybolan harflerin tekrar eski yerlerine geri gelmesinin) gerçekleşebildiği durumlarda “taşıyıcısız veriden” rahatlıkla söz edilebilir. Gerçi klasik tükenme ilkesinde *ilk satışa sunulan ürünün bizzatlığı kendisinin devamla aktarılması* söz konusu olduğu için, yani nesnenin (özün) bir yerden diğer yere aktarılması veya iletilmesi (*Substanzverschiebung*)<sup>57</sup> ger-

55 Bununla ifade edilmek istenilen, aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değerlendirileceği üzere dijital ürünün tekrar devrinde kural olarak birden fazla çoğaltmanın gerçekleşmesidir. Ancak yine aşağıda ifade edileceği üzere güncel olarak bu tekniğin aşıldığını gösteren uygulamalar bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. aşağıda Amerikan hukukuna ilişkin kısım.

56 Ohly, Ansgar, Urheberrecht in der digitalen Welt –Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung? NJW-Beil. 2014, s. 47, 48; bu konuda bkz. ayrıca **Staudinger/Jickeli/Stieper**, (2012), § 90, kn. 18; bkz. ve krş. ayrıca **Bozbel**, a.g.e., s. 436 vd.

57 Almanyada Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Hamm, GRUR 2014, 853), eBay üzerinden sesli kitap ve e-kitapları yayın işletmenin, devralanlara genel işlem şartı (kullanma koşulları adı altında) ile bunların devrini yasaklayıp yasaklamayacağına ilişkin uyuşmazlıkta, bu tür düzenlemelerin içerik denetimi itibariyle bir sorun teşkil etmediğine karar verirken, dijital ürünler ile normal cismaniyet kazanmış eserler arasında dolaşım itibariyle bir tutma gereğinin bulunmadığı ifade edilirken bu husus, internetten indirmede nesne aktarılması ya da kaydırmasının söz konusu olmamasına dayandırılmıştır (karar metni, kn. 122). Bu konuda bkz. ayrıca **Kreutzer**, a.g.e., s. 18.

çekleştiğinden buradaki durum ile birebir örtüşme yoktur. Ayrıca birebir eski yere geri dönme (kitaptaki harfler masalındaki gibi) de söz konusu değildir. Ancak aynı elektronik blokların bir yerden alınıp diğer yere birebir aktarılması söz konusu ise (yani kitaptaki harflerin bir kitaptan diğer bir boş kitaba aktarılması gibi- yani masaldan da öteye giderek-) bu durumda **özü itibariyle** bir örtüşmenin olduğundan bahsedilebilir. Çünkü teknik gelişmeler buna imkân verir nitelikte gözükmektedir. Güncel olarak kitaptaki harflerin kitaptan ayrılıp aktarılması mümkün değil ise de elektronik verilerin taşıyıcısından ayrılarak aktarılması mümkündür: Elbette yine teknik ayrıntıları uzmanlarına bırakmak ve ayrıntılarda yanılma ihtimaline dair çekinceleri saklı tutmak kaydıyla ifade etmek gerekir ki, e-kitap konusunda bir platform olan ReDigi, New York mahkemesinin verdiği kararlara uyarak işletmesini yeniden yapılandırırken (ReDigi 2.0) 7 Ocak 2014 tarihinde yeni bir veri aktarımı teknoloji hususunda patent almıştır.<sup>58</sup> Bu patente konu olan usulde, veri aktarımı esnasında verinin bir kopyası oluşturulmaksızın (kopyasız veri aktarımı yöntemi) ve daha sonra (aktarmaya dayanak olma anlamında) orijinalin silinmesine gerek kalmaksızın, ilgili verinin her bir biti (blok ya da kesiti) **doğrudan** aktarılmakta ve böylece başlangıç verisi aktarma sırasında simultan olarak silinmektedir. Böylece aynı veriden geçici olarak ya da bütünsel olarak birden fazla oluşturması söz konusu değildir. Aktarma sırasında bir yanlışlık olması ya da teknik sebeplerle verinin silinmesi durumunda ReDigi bunun için sorumluluğu üstlenmektedir.<sup>59</sup> İşte bu teknik de dikkate alınarak denilebilir ki, her ne kadar yayma hakkının klasik tükenmesi ile birebir örtüşmenin söz konusu olmadığı açık ise de, öz ve işlev itibariyle buna imkân sağlayan ve birbiriyle örtüşürülebilir iki durum söz konusudur. Her halükarda bu yeni tekniğin dijital ürünlerde de tükenme ilkesinin uygulanabilirliğine ya da bir nevi kendine özgü mahiyette “dijital tükenme” ilkesinin benimsenmesinde ek bir dayanak sunabileceğinden söz etmek mümkündür.

İfade etmek gerekir ki, konvensiyonel eser yayma teknikleri ile dijital yayma arasındaki temel farklılıklara rağmen, dijital tükenme tartışması durup dururken de ortaya çıkmış değildir. Gerçekten de *normal kullanıcı bakışı açısıyla bakıldığında*, ba-

sılı bir kitabı satın alıp bundan yararlanan ve daha sonra bunu ikinci el olarak satıp elden çıkarabilen biri, şimdi bu kitabı e-kitap olarak internette indirildiğinde, bunu neden yapamasın sorusuna hukuken ikna edici bir cevap vermek gerekir. Muhtemelen bu alanda ileri sürülen argümanlar, yeterince ikna edici görülmediğinden, bu alandaki tartışmaların giderek alevlendiğinden söz edilebilir. Bu tartışmalara ve bu çerçevede ileri sürülen argümanlara değinmeden önce, bu alandaki var olan düzenlemelerin temel hatları ile bazı önemli gelişmelere burada kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır.

## B. ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER İTİBARIYLA HUKUKİ DURUMA DAİR BAZI TESPİTLER

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yayma ve yayma hakkının tükenmesine ilişkin düzenlemelere bakıldığında aslında hukuki durumun açık olduğu söylenebilir. Gerçekten yukarıda da ifade edildiği üzere yasal düzenleme eser aslı veya nüshasından hareket etmektedir. Buradaki nüshanın ise belirli bir taşıyıcıya sabitlenmiş eser örneğini ifade ettiği hem hükmün lafzından hem de gelişim tarihinden anlaşılmaktadır.

Alman hukukunda bu alandaki düzenlemeler de FSEK ile aynı çizgidedir. Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 17 paragrafının ikinci fıkrası aynen FSEK’de olduğu gibi eser aslı ve çoğaltılmış örneklerden bahsetmektedir.<sup>60</sup>

Avrupa Birliğinin bu alandaki yönerge hükümleri<sup>61</sup> de ağırlıklı olarak bu yöndedir denilebilir. Gerçekten Avrupa Birliğinin gerek “Fikri Mülkiyet Alanındaki Fikir ve Sanat Hukuku Haklarına Komşu Haklar ve Kira ve Ödünç Verme Haklarına Dair Yönergesinde” (m. 9/II), gerekse “Bilgi Toplumunda Komşu Haklar ile Fikri Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlaştırılması Yönergesinde” (m. 4/II) yayma hakkı açısından eser aslı ve çoğaltılmış örneğinden hareket edildiği oldukça açıktır. Hatta bu son Yönergenin 3. maddesinin 3. fıkrasında<sup>62</sup> umuma iletim açısından hakkın tükenmeyeceği açık açık düzen-

58 [59 Bu konuda bkz. Kreutzer, a.g.e., s. 63.](http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnetacgi%2FPTO%2Fsrchnum.htm&r=1&f=G&l=50&s1=8627500.PN.&OS=PN/8627500&R-S=PN/8627500; bu konuda bkz. ayrıca Kreutzer, a.g.e., s. 63.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

60 Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun bilgisayar programlarına özgü hükümlerinde bu husus ayrıca düzenlenmiştir (§ 69c bend 3). Orada da çoğaltılmış bilgisayar programı örneklerinden söz edilmektedir.

61 Bu konuda bkz. yukarıda dn 15’de anılan yönerge hükümleri.

62 Bu hükmün Almancası şu şekildedir: “(3) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit”. Bu hükmün FSEK m. 25 son hükmüne bir ölçüde dayanak olduğu söylenebilir.

lenmiştir. Diğer taraftan bu yönergenin gerekçelerinde (Nr. 29) tükenme ilkesinin ne genel olarak hizmet edimlerinde (*Dienstleistungen*) ne de özel olarak online hizmetlerde (*Online-Diensten*) kendini göstermediği açıkça ifade edilmektedir. Hatta orada bu durumun hak sahibinin onayı ile söz konusu hizmetler kullanılarak oluşturulmuş maddi eser örneği açısından da geçerli olacağı belirtilmektedir. Gerekçede CD-ROM'a yüklü olarak ürünün sunulmasından farklı olarak çevrim içi sunma hizmetlerinin ayrıca onaya tabi bir eylemin söz konusu olduğu da ifade edilmektedir.<sup>63</sup>

Diğer taraftan WIPO Fikri Haklar Sözleşmesi de (WCT) (m. 6/I) yayma hakkı açısından eser aslı ve çoğaltılmış örneğinden hareket etmekte ve bu açıdan aynı kavramları kullanmaktadır.<sup>64</sup>

Esasen yukarıda ifade edilen düzenlemeler itibariyle hukuki durumun açık olduğu söylenebilir. Hukuki düzenlemeler dijital tükenme ilkesine karşı gözükmemektedirler. Ancak buna rağmen birçok gerekçe ile bu düzenlemelerin tek başlarına dijital tükenmeye karşı olmadığı ya da bunların konuldukları dönem itibariyle sorunun tam öngörülemediği ifade edilerek hukuki durumun gerçekte açık olmadığı, bu sorunun sürekli gelişen teknik özellikler de dikkate alınarak hukuki durumun değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>65</sup> Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, AB'nin Bilgisayar Programlarına Dair Yönergesinde de hukuki durum açık olmasına rağmen (m. 4/II)<sup>66</sup> ikinci el bilgisayar programları açısından hukuki durum çok tartışılmış ve nihayet Avrupa Adalet Divanı bu konudaki ilk kararında tükenme ilkesinin internetten indirilen bilgisayar program-

ları için de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle bu kararın en temel hatlarını<sup>67</sup> ortaya koymak uygun olacaktır.

### C. AVRUPA ADALET DİVANININ BİLGİ-SAYAR PROGRAMLARINA DAİR USEDSOFT/ORACLE KARARI VE TARTIŞMA AÇISINDAN ÖNEMİ

#### 1. Divanın Kararında İnternette İndirilen Programlar Açısından Tükenme İlkesinin Geçerli Olduğunun Kabul Edilmesi

Karara konu bilgisayar programı bir *Client-Server-Program*ıdır. Bu sistem, programın sürekli bir şekilde bir asıl (merkezi) sunucuya yüklenmesi, belirli sayıda kullanıcının (yan bilgisayarlar ya da müşteriler) bilgisayarları merkezi sunucu üzerinden (örneğin İnternet yoluyla bağlanarak) programı (kendi bilgisayarlarının çalışma hafızasına programının gerekli işlevlerini geçici olarak yükleyerek) kullanmaları ve böylece veri bankasından yararlanabilmeleri esasına dayanmaktadır.

Bu açıdan her bir müşteri bilgisayarında bütünsel bir çoğaltma değil, sadece çalışma hafızasında ilgili işlevler açısından geçici bir çoğaltma gerçekleştirilmektedir. Merkezi bilgisayarda ise programın tam bir örneği bulunmaktadır. Birden fazla bilgisayarın ana sunucuya bağlanarak programı kullanılmasına imkân sağlandığı için, program 25'er gruplar şeklinde toplu lisanslama ile pazarlanmaktadır. Bu nedenle örneğin bir şirket 35 müşterisinin kullanımını sağlamak istiyorsa iki paket (toplu) lisans (50 kullanımına izin verir şekilde) almak zorundadır (böylece 15 kullanımlık kısım boşa kalmaktadır).

Bilgisayar programının pazarlanmasının, program örneği ile programa dair lisansın edinilmesinin birbirinden farklı süreçler olarak organize edildiği<sup>68</sup> bu olayda, AAD, Oracle'nin müşterilerinin bedel karşılığında süresiz şekilde program kopyasını kullanma hakkını elde etmelerinden dolayı; Oracle da program kopyasının uygun ekonomik değerini elde etme *imkânına* sahip olarak buna izin verdiğinden, bu işlemlerin bütünsel değerlendirmesinden bilgisayar programının kopyasının kesin şekilde devredildiği sonucuna varmaktadır. Bu açıdan AAD'na göre

63 Bu gerekçenin Almanca şü şekildedir: "(29) Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d. h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht".

64 Gerçi bu maddenin ikinci fıkrası duruma göre taraflara hangi koşullar altında yayma hakkının tükeneneğini belirleme yetkisi vermektedir. Ancak bu durum yayma açısından maddi eser örneklerinden hareket edildiği gerçeğini değiştirmemektedir.

65 Özetle hemen bu yönde değerlendirilebilecek eserler için bkz. **Böttcher**, a.g.e.; **Kreutzer**, a.g.e.

66 Bu hükmün ilgili kısmının Almanca şü şekildedir: "Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie;...".

67 Bu karara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Aksu**, TFM 2015/1, s. 1 vd.

68 Bu konuda ve takip eden cümleler açısından bkz. **Heydn**, in: **Kilian/Heussen**, Computerrecht, 32. Ergänzungslieferung 2013, kn. 67i. Bkz. ayrıca **Bozbel**, s. 437.

programın CD-ROM ya da DVD gibi bir taşıyıcıya yüklenmiş şekilde pazarlanması ile İnternette indirilmesi arasında ekonomik açıdan bir fark yoktur. Kısacası her iki durumda da kopyanın edinilmesi ile lisans sözleşmesi bütünlüğü aynı işlevi görmektedir ve böylece programın internette indirilmesi (sonradan alınan lisans ile birlikte) BPY'nin 4. maddesinin ikinci fıkrası anlamında "ilk satış" niteliğindedir.<sup>69</sup>

Oracle'ın ve AB Komisyonunun programını bilgisayardan indirilmesine imkân sağlamasının AB'nin 2001/29 sayılı Uyumlaştırma Yönergesinin 3. maddesinin ilk fıkrası anlamında (bu hüküm önemli ölçüde FSEK m. 25 ile örtüşmektedir) umuma iletim (*öffentliche Zugänglichmachung*) çerçevesinde değerlendirilebileceği ve böylece tükenme ilkesinin uygulanmasının söz konusu olamayacağı yönündeki düşüncelerini<sup>70</sup> AAD kabul etmemiştir.

Bu kararlar birlikte bilgisayar programları açısından dijital tükenmenin kabul edildiği hususu açıktır. Her ne kadar bu kararda bazı hususlar açık kalmakta ve bu açılardan da karar birçok yönüyle eleştirilmekte ise de,<sup>71</sup> bu durum temel yaklaşımın tükenme ilkesinin kabul edilmesi şeklinde olduğunu değiştirmemektedir.

## 2. Tükenme İlkesinin Bu Tür Programlarda Uygulanabilmesine Getirilen Sınırlamalar

AAD, internette indirilen bilgisayar programları açısından tükenme ilkesinin uygulanabilirliğini kabul ettikten sonra, bunu bir takım sınırlamalara (koşullara) bağlamıştır. Programı ilk edinenin, lisansını (programı) devrettiğinde kendi bilgisayarındaki kopyayı kullanılamaz hale getirmesi bunlardan ilkidir.<sup>72</sup> Devredenin kendinde bir program örne-

ğinin kalması halinde fikri hak sahibinin sahibinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. AAD, ilk edinenin elindeki program kopyasını kullanılamaz hale getirdiğinin tespit edilmesinin zor olduğunu kabul etmekle birlikte, bu riskin geleneksel şekilde (CD-ROM vs.) programın pazarlanmasında da ortaya çıktığını, bu nedenle bu tür sorunların çözümünde Oracle'ın önünde "ürün anahtarı" gibi teknik önlemler<sup>73</sup> alma seçeneğinin bulunduğunu da belirtmektedir.<sup>74</sup>

## 3. Kararın Önemi

Yukarıda ifade edildiği üzere bu karar öğretide farklı şekillerde eleştirilmiş ve değerlendirilmiştir. Bu kararlar bağlantılı olarak en çok tartışılan<sup>75</sup> konulardan biri, bunun diğer ürünlere aktarılabirliği ve böylece genel bir dijital tükenmenin geçerli olup olmadığıdır. Bu kararda ileri sürülen argümanlar elbetteki diğer dijital ürünlere tükenme ilkesinin geçerliliği yönünde kullanılmaya müsaittirler. Bu açıdan kararın iki yönde de değerlendirildiği görülmektedir. Bir kısım yazarlar bunun sadece bilgisayar programları için geçerli olduğunu kabul ederek, istisnai nitelikte görmektedirler. Alman hukukunda kararı bu şekilde anlayan ve değerlendiren birçok yargı kararı bulunmaktadır. Bunlardan bazıları aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Bir kısım yazarlar ise tam tersine buradaki düşüncelerin özü itibariyle diğer dijital ürünlere aktarılabir olduğunu ifade ederek, kararı görüşlerine dayanak yapmaktadırlar.

Her halükarda karar pozitif hukuk açısından doğrudan öneme sahiptir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi bu karardan sonra bilgisayar programları açısından önceki fikrinden dönmüş gözükmektedir.<sup>76</sup>

69 Karar metni, kn. 48.

70 Yukarıda ifade edildiği üzere Türk hukukunda da yayma hakkının cismaniyet kazanmış eser asıl ve nüshaları için geçerli olduğu ve bu açıdan belirli bir taşıyıcıya yüklenmeksizin yapılan yayımın umuma iletim çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği baskın anlayıştır. Bu konuda bkz. sadece Şahin, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 123 vd; Öztan, a.g.e., s. 364, s. 374; Başpınar, Veysel/Kocabey, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007, s. 112; Memiş, a.g.e., s. 112; Aslan, a.g.e., s. 204; Dalyan, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009, s. 190; Genç Ardemir, a.g.e., s. 93 vd., özellikle s. 125; Merdivan, in: Yavuz/Alica/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I, s. 948 vd., 955, 964; Gökyayla, a.g.e., s. 172; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, a.g.e., s. 87.

71 Bu karara ilişkin eleştiriler hususunda bkz. Aksu, TFM 2015/1, s. 1, 16, dn. 102-104'de anılan kaynaklar.

72 Bkz. karar metni kn. 70 ve 78.

73 Bu tür teknik önlemlerin bir takım başka sorunlar doğurabileceği hususunda bkz. Bozbel, s. 438.

74 Karar metni kn. 79 ve 87.

75 Bu konuda bkz. sadece Heerma, Jan Dirk, in: Praxiskommentar zum Urheberrecht, Herausgegeben von Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger, 4. neu bearbeitete Auflage 2014, UrhG § 17, kn. 27 (aşağıda Wandtke/Bullinger/Heerma... şeklinde atf yapılmıştır). Bu konuda bkz. ayrıca Dustman, Andreas, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11., überarbeitet und ergänzte Auflage, Stuttgart 2014, § 17 UrhG kn, 26.

76 Bu konudaki güncel gelişmeler için bkz. Aksu, Mustafa, Bilgisayar Programlarında Yayma Hakkının Tükenmesi Hususunda Güncel Gelişmeler ve Alman Federal Mahkemesinin Usedsoft III Kararı Üzerine Düşünceler, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Ankara 2016, s. 13, 28 vd.

## D. AAD'NİN KARARI SONRASINDA AV-RUPADA BAZI MAHKEME KARARLARI VE UYGULAMALAR

AAD'nın yukarıda kısaca ele alınan UsedSoft kararından önce de dijital tükenme konusunda verilmiş yargı kararları bulunmaktadır. Bu açıdan örneğin Alman Federal Mahkemesinin 22 Ocak 2010 tarihinde verdiği *Half-Life 2* kararı anılabilir.<sup>77</sup> Bilgisayar oyunlarına ilişkin bu kararda davaya konu oyun doğrudan bir DVD'ye yüklü olarak yayıldığı halde, kullanıcıları bunu kullanabilmeleri için online olarak kendilerine verilen tanımlayıcı şifreyi (*Kenmung*) kullanması ve bu şekilde oluşturulan profilin (*Online-Accounting*) devrinin yasaklanması söz konusuydu. İşte bu genel işlem şartına karşı Tüketici Birliği tarafından açılan davada bu şartın tükenme ilkesini pratik olarak boşa çıkarıldığı iddia edilmişti ve yerel mahkeme bunu kabul etmemiştir. Alman Federal Mahkemesi de yerel mahkeme kararını onayarak bu yaklaşımı reddetmiştir. İfade etmek gerekir ki, Ancak Alman hukukunda AAD'nın kararından sonra bu görüşün ne ölçüde geçerliliğini koruyacağı hususunda şüpheler haklı olarak belirtilmektedir.<sup>78</sup> Gerçekten de AAD'nın vermiş olduğu karar neticesinde hukuki durumun en azından bulanıklaştığı söylenebilir. Bu nedenle AAD kararından sonra verilen kararlara bakmak daha da önem arz etmektedir.

### 1. Alman Hukukunda Verilen Bazı Kararlar

#### a. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesinin 15 Mayıs 2014 Tarihli Kararı<sup>79</sup>

Bu karar e-kitap ve sözlü kitap satımı ile iştirah eden bir firmanın bunların tekrar devrini yasaklayan genel işlem şartları kullanmasına binaen, bu şartların geçerli olup olmadığı, özellikle de içerik denetimine (§ 307 BGB) takılıp takılmayacakları ile ilgilidir. Bu kararda mahkeme tükenme ilkesinin bu tür dijital ürünlere uygulanamayacağı, bu konuda yasada bir boşluk olmadığını, cismaniyet kazanmış eser örneğini devralan tüketici ile buradaki tüketici

açısından bakıldığında çıkarlar durumu itibarıyla de bir denliğin olmadığını, burada eser örneği açısından öz ya da nesne aktarımı (*Substanzverschiebung*) gerçekleşmediğinden bu ürünleri denk tutmak açısından bir gereklilik bulunmadığını gözeterek, AAD'nın UsedSoft kararının buraya uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Hamm Mahkemesi kararında UsedSoft kararında bilgisayar programının indirilmesinden farklı olarak burada bir mülkiyet devrinin olmadığını da kabul etmiştir.<sup>80</sup>

#### b. Hamburg (Hansa) Eyalet Yüksek Mahkemesinin 24 Mart 2015 Tarihli Kararı<sup>81</sup>

Bu olayda da yine genel işlem şartları ile getirilen kısıtlamaların geçerliliği karara bağlanmıştır. Davacı Federal Tüketiciler Birliğidir. Birlik, e-kitap ve sözlü kitapların tekrar devrini yasaklayan genel işlem şartları kullanan ve internet üzerinden bu konu ile iştirah eden kitabevine karşı dava açmıştır. Yerel mahkeme (Hamburg) bu koşulların hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, Alman hukukundaki bu konudaki düzenlemelerin açık olduğunu ve bu açıdan yorumlanmasının bir iç hukuk sorunu olduğunu, bunların bu haliyle AB yönergelerine uygun şekilde yorumlanmasının bir sorun teşkil etmediğini, zaten Yönergenin 4. maddesinin ikinci fıkrasında ve 29 numaralı gerekçesinde bu hususun açıkça ifade edildiğini kabul ederek, sorunun tekrar AAD'na sunulması açısından bir gereklilik bulunmadığını da ifade etmiştir. Bu kararda aşağıda ele alınacak Amsterdam yerel mahkemesini kararına da dayanılmış gözükmektedir.

#### c. Ara Sonuç

Hem bu kararlardan hem de Alman hukukunda bu kararları da değerlendiren görüşlerden hareketle, Alman hukukunda genel eğilimin dijital tükenme ilkesine karşı çıkar yönde olduğu söylenebilir. Özellikle bu kararlardan hareketle Alman hukukunda güncel durum itibarıyla sorunun eyalet üst düzey mahkemelerince açık bir şekilde halledildiğinden söz edilebilir. Üstelik bu mahkeme kararlarında dayanılan gerekçelere bakıldığında, bunların dijital tükenme ilkesine karşı çıkarların gerekçeleri ile önemli ölçüde örtüştüğü görülmektedir. Şu halde yukarıda kısaca ifade edilen yargı kararlarından

77 Karar metni için bkz. ZUM 2010, 796 kn. 21 =MMR 2010, 771

78 Bu şekilde **Stieper**, Malte, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 –C-128/11-UsedSoft, ZUM 8/9/2012, s. 668, 670; **Weisser**, Ralf/ **Färber**, Claus, Weiterverkauf gebrauchter Software –UsedSoft-Rechtsprechung und ihre Folgen Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, MMR 2014, s. 364, 366. Bu konuda bkz. ayrıca **Kreutzer**, a.g.e., s. 12. Alman hukukunda alt derece mahkemeleri de bu konuda daha önce kararlar vermişlerdir, bkz. sadece OLG Stuttgart, Urteil v. 3.11.2a011, Az. 2 U 49/11, CR 2012, 299-303.

79 Karar metni için bkz. OLG Hamm, 15.05.2014 - 22 U 60/13, GRUR 2014, s. 853

80 Karar metni kn. 146 vd.

81 Karar metni için bkz. OLG Hamburg, 24.03.2015 - 10 U 5/11, GRUR-RR 2015, 361.

hareketle Alman hukukunda AAD'nın UsedSoft kararının sadece bilgisayar programları için geçerli olduğu ve bu açıdan buradaki yaklaşımının diğer dijital ürünlere uygulanmayacağı yaklaşımının benimsendiği görülmektedir.<sup>82</sup>

## 2. Hollanda Hukukunda Verilen Bazı Kararlar ve Tom Kabinet Örneği

### a. Genel Olarak

Hollanda hukukunda bu konuda gerçekten tartışmaya değer bir örnek bulunmaktadır. Alman hukukundan farklı olarak Hollanda hukukunda Amsterdam'daki iki mahkemede verilen karardan hareketle bu ilkenin diğer ürünlere (somut olarak e-kitaplara) de aktarılabilişliğinin prensipte mümkün olduğu yaklaşımına olumlu gözle bakıldığı söylenebilir.<sup>83</sup> Diğer taraftan yine bir Hollanda mahkemesi (*Den Haag*) bu konuyu AAD önüne taşıyacak şekilde karar vermiştir.<sup>84</sup> Bu açıdan bu hukuk sistemindeki bu gelişmelere kısaca bakmakta yarar bulunmaktadır.

### b. Amsterdam İlk Derece Mahkemesinin 21 Temmuz 2014 Tarihli Kararı<sup>85</sup> ve Tom Kabinet Kullanılmış E-Kitap Platformu

Bu karara konu olan olayın kahramanları Tom Kabinet Online Platformu<sup>86</sup> ile Hollanda Yayıncılar Birliğidir. Söz konusu platform kendini, özel kişiler arasında kullanılmış elektronik kitap ticaretine yönelik bir pazar yeri olarak görmekte ve bu çerçevede

de belirli bir iş modeli ile çalışmaktadır. Platform, bu çerçevede Avrupa'da bu türde faaliyet göstererek bir yapı olarak 2014 yazı başlarında faaliyete başlamıştır. Hollanda Yayıncılar Birliği, AAD kararının bu alanda uygulanamayacağını, e-kitaplar ile basılı kitapların farklı yapı ve özelliklerde olduğunu, ekonomik olarak tükenme ilkesinin uygulanmasını gerektirir bir gerekçenin bulunmadığını, yapılanın çoğaltma hakkının ihlali olduğunu da ileri sürerek dava açmıştır. Bunlar karşılık Tom Kabinet ise, aynı kitabın aynı kullanıcı tarafından iki kez sisteme yüklenmesinin teknik yöntemlerle engellendiğini, gerekli teknik önlemlerin alındığını, yüklenen her bir eserin dijital filigran ile donatıldığını ve bu şekilde illegal satışların engellendiğini, çoğaltma hakkının ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.

İhtiyati tedbir talebini Amsterdam Mahkemesi reddetmiştir ve böylece Tom Kabinet'in online olarak kalabilmiştir. Mahkeme kararında AAD'nin UsedSoft kararının çok açık olmadığını, şüpheye yer bırakmayacak şekilde oradaki ilkelerin diğer dijital ürünlere aktarılamayacağı sonucuna varılamayacağını, AAD'nin bu konuyu yeniden ele alıncaya kadar soruna kesin bir cevap verilmeyeceğini belirterek, ihtiyati tedbir talebi reddedilmiştir. Amsterdam Mahkemesi kararında, AAD'nin UsedSoft kararındaki hak sahibinin dijital ürünler üzerinden pazarları belirlemesinin ve isteğine göre parçalamasının engellenmesi düşüncesinin de tükenme ilkesi ile amaçlandığı şeklinde yorumlanabilecek ifadeler özel önem atfetmiş gözükmektedir. Amsterdam Mahkemesi, Tom Kabinet'in gerekli teknik önlemleri aldığı yönündeki iddialarına da değer vermiştir. Böylece işletmenin iş yönteminin fikri hakların korunmasıyla örtüşür tarzda biçimlendirildiği benimsendiğinden, tedbiren yasaklamanın ölçüsüz olacağı (gerekli olanın ötesine geçeceği) sonucuna varmıştır.

### c. Amsterdam İstinaf Mahkemesinin 20 Ocak 2015 Tarihli Kararı<sup>87</sup> ve Tom Kabinet Kullanılmış E-Kitap Platformu

İstinaf mahkemesi yerel mahkemenin aksine Tom Kabinet'in ya geçici olarak kapatılması ya da her gün için 1.000 Avro ceza ödemesi yönünde karar vermiştir. Bunun gerekçesi ise Tom Kabinet'in platformda illegal kopyaların devrini engelleyecek şekilde yeterli teknik önlemi almamış olması gösterilmiş-

82 Bkz. OLG Hamburg ZUM 2015, 503 vd.; OLG Hamm ZUM 2014, 715 m. Anm. **Biehler**, Manuel/ **Apel**, Simon, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 15.05.2014, Az.: I-22 U 60/13, ZUM 2014, s. 715 - 729; bu konuda bkz. ayrıca **Apel**, Simon, ZUM 2015, s. 640, 642 vd.; **Rauer**, Nils/**Ettig**, Diana, Verkehrsfähigkeit von E-Books und anderen digitalen Werken, GRUR-Prax 2015, 202 vd.

83 Rechtsbank Amsterdam, 21.7.2014 -C/13/567567/KG ZA 14-795 SP/MV (internet erişimi: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2014:4360>); Gerechtshof Amsterdam, 20.1.2015 -200.154.572/01 SKG (internet erişimi: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2015:66>); bu iki karar ve Hollanda hukukundaki gelişmeler hususunda bkz. **Apel**, ZUM 2015, s. 640, 643; bkz. ayrıca **Slutier**, Saba, The Dutch courts apply UsedSoft to the resale of eBooks, <http://kluwercopyrightblog.com/2015/01/28/the-dutch-courts-apply-usedsoft-to-the-resale-of-ebooks/>

84 Rechtbank Den Haag, 3.9.2014 -C/09/445039/HA ZA 13-690 (internet erişimi: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:10962>); bu karar konusunda bkz. **Rosati**, Eleonora, Dutch court refers questions to CJEU on e-lending and digital exhaustion, and another Dutch reference on digital resale may be just about to follow, <http://ipkitten.blogspot.com.tr/2014/09/dutch-court-refers-questions-to-cjeu-on.html>; bu konuda bkz. ayrıca **Rauer/Ettig**, GRUR-Prax 2015, s. 202, 204; **Apel**, ZUM 2015, s. 640, 643.

85 Rechtsbank Amsterdam, 21.7.2014 -C/13/567567/KG ZA 14-795 SP/MV, internet erişimi: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2014:4360>

86 <https://www.tomkabinet.nl/>

87 Gerechtshof Amsterdam, 20.1.2015 -200.154.572/01 SKG, internet erişimi: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2015:66>

tir. Bu sistemde teknik olarak kullanıcının getirdiği eser örneği açısından sadece kullanıcıya bunun korsan olmadığı sorulup onun vereceği cevaba göre yol alındığından, teknik olarak korsan ürünlerin tekrar yayımı gerçekten de mümkün gözükmemektedir. İstinaf aşamasında Tom Kabinet, ileride müşterilerden alım belgesi, lisans vs belgeleri isteyeceklerini, ancak bu haliyle bile sistemin zaten yüzde yüz güvenli olmadığını ifade etmiştir.<sup>88</sup>

Buna rağmen yerel mahkemenin kararı prensip itibariyle onaylanmış ve AAD ya da diğer bir üst düzey mahkeme tarafından aksi yönde bir karar verilmediği sürece buradaki iş yönteminin prensip itibariyle yasal olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>89</sup>

Güncel olarak Tom Kabinet işlevini sürdürmekte, ancak e-kitap edinmek için okuyucu kulübüne üye (abone) olmak gerekmektedir. Ancak bu şekilde üye olanlar hizmetlerden yararlanabilmektedir. Üyelerin kendi kitaplarını sisteme yüklemeleri teşvik edilmektedir. Kullanılmış bir e-kitap 1.75 Avro karşılığında edinilebilmektedir (fiks fiyat). Ancak her ay ancak 6 kitap edinilebilmektedir. Okunan kitaplar tekrar sisteme yüklenmesi teşvik edilmektedir. Bu yönüyle sistemin bir tür kiralama sistemi gibi çalıştığı söylenebilir.<sup>90</sup> Bu sisteme ancak ePub-veri formatındaki (*Electronic Publication*)<sup>91</sup> ve hem de DMR (dijital hak yönetimi) mekanizmaları<sup>92</sup> ile donatılmış e-kitaplar yüklenebilmektedir. Bu sistemde yazarlar her bir eser yayımı için 50 sent elde etmektedirler.

#### d. Den Haag Mahkemesinin 17 Nisan 2015 Tarihli Kararı

Bu karar ise şu açıdan önemlidir: Mahkeme meseleyi ön karar prosedürü<sup>93</sup> çerçevesinde AAD önüne taşımıştır<sup>94</sup> ve orada sorular sorulardan so-

nuncusu doğrudan dijital tükenme ilkesi ile ilgilidir. Bu olay Kamu Kütüphaneleri Birliği ile Leenrecht Vakfı arasındaki dijital eser örneklerinin kamu kütüphaneleri tarafından ödünç verilmesine (elektronik ödünç) ilişkindir. Tükenme ilkesinin geçerli olmaması halinde kütüphaneler elektronik ödünç için (basılı kitaplardan farklı olarak) duruma göre hakları ayrıca edinmek durumunda kalabileceklerdir. İşte bu nedenle olay tükenme ilkesi ile bağlantısı da kurularak AAD önüne taşınmış gözükmemektedir.

#### e. Ara Sonuç

Hollanda hukukunda AAD kararının bir ölçüde Alman hukukundan farklı şekilde yorumlandığı söylenebilir. Gerçi bu çok net olarak ifade edilmemektedir, ancak Alman hukukundaki mahkeme kararlarından farklı olarak hukuki durumun aslında açık değil, belirsiz olduğundan hareket edilmiştir. Kararlarda bu yöndeki bir iş yönteminin (dijital ikinci el ürün pazarı işletme iş yöntemlerinin) hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmamıştır. Sadece buradaki risklerden dolayı nihayetinde bir takım sınırlama ve engellemelerin getirildiği görülmektedir. Hukuki durumun gerçekte açık olmadığı konunun Den Haag mahkemesince tekrar AAD önüne götürülmesinde de kendine dayanak bulmaktadır. Gerçi söz konusu olay itibariyle AAD'nın hukuki durumu netleştirecek bir karar verip vermeyeceği belli değildir. Ancak AAD sorunu temelli bir şekilde ele alıp hukuki durumu netleştirmesi ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle bu kararın bu alana ilgi duyan kişi veya kurumlar tarafından merakla beklendiği rahatlıkla söylenebilir.

#### E. AMERİKÂN HUKUKUNDAN BİR UYGULAMA VE YARGI KARARI

##### 1. ReDigi Örneği ve New York Mahkemesinin Kararı

Amerika Birleşik Devletlerinde, ReDigi bu alanda 2011 Ekiminden beri faaliyette bulunan öncü bir işletmedir. ReDigi üzerinden müzik verilerinin tekrar devri söz konusu olabilmekte 2013 itibariyle ortalama müzik dosyası fiyatı 60 cent şeklinde gerçekleşmektedir.<sup>95</sup> ReDigi, AAD'nin UsedSoft kararının da etkisiyle faaliyetini Avrupa'ya yayma kararını 2013 başında aldı.

88 Bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 62; **Meyer**, David Secondhand ebook outfit Tom Kabinet races to purge illegal wares, GigaOM, 21. Jan 2015, <https://gigaom.com/2015/01/21/secondhand-ebook-outfit-tom-kabinet-races-to-purge-illegal-wares/>

89 Bu konuda bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 21 vd.

90 Bu konuda bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 55.

91 Bu konuda bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/EPUB>

92 Bu konuda bkz. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Dijital\\_haklar\\_y%C3%B6netimi](https://tr.wikipedia.org/wiki/Dijital_haklar_y%C3%B6netimi)

93 Bu prosedürün ayrıntıları ve buna dair sorular açısından bkz. **Ehrlicke**, Ulrich, in: Beck'sche Kurzkommentar Band 57 EUV/AEUV, Herausgeber Rudolf Streinz, 2. Bası, München 2012, Art. 267, kn. 1 vd.; **Ünal**, Şeref, Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Ankara 2007, s. 72 vd., 95 vd., yazar orada dava türlerini anlattıktan sonra bu prosedürü "ön karar yöntemi" olarak nitelendirmektedir; **Bozkurt**, Enver/**Özcan**, Mehmet/**Köktaş**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 135 vd., yazarlar bu süreci "ön-karar prosedürü" olarak nitelendirmektedirler. Bu konuda bkz. ayrıca, **Tezcan**, Erçüment, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 96 vd., özellikle s. 109 vd., 126 vd.

94 İnternet erişimi için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164990&pageIndex=0&doclang=DE&mode=doc&dir=>

95 ReDigi örneğine dair bazı ayrıntılar için bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 55 vd.

Amerika Birleşik Devletlerinde New York Mahkemesi tarafından 30 Mart 2013 tarihinde ReDigi'nin faaliyetini başlangıçta şekilde sürdürmesi yasağı getirilerek bunun Amerikan hukuku ile uyumlu olmadığı ifade edildi.<sup>96</sup> New York Mahkemesine göre, yapılan uygulama tükenme ilkesi ile (*first sale doctrine*) örtüşmemektedir. Mahkemeye göre bu doktrin dijital eser örneklerinde uygulanmaz. Müzik dosyasını edinenin malik olup olmadığı ya da sadece lisans sözleşmesi yaptığı hususu açıklığa kavuşturulmamış ise de Mahkemeye göre bunun önemi de yoktur. Önemli olan bu şekilde kullanım ile çoğaltma hakkının ihlal edilmesidir, çünkü teknik olarak yeniden iletim sırasında orijinal veriden bir kopya zorunlu olarak oluşturulmaktadır.

ReDigi bu kararı bir üst merciye (temyize) taşımak yerine kendi sistemini yenileme yolunu seçmiştir (ReDigi 2.0). Bu yeni sistemin Amerikan hukuku ile uyumlu olup olmadığı hususu belirsizdir, çünkü bilindiği kadarıyla bu konuda yeni bir karar verilmiş değildir.<sup>97</sup>

ReDigi sisteminde (eski halinde de) verilerin korsan olup olmadığı bir algoritma yardımıyla denetlenmektedir. ReDigi'nin iddiasına göre bu algoritma ile hem verinin kökeni, nereden edinildiğini belirlenmekte, hem de orijinali kopyadan ayırt edilebilmektedir. Ancak bu sistemde her türlü verinin (dijital ürünün) ticareti yapılmamaktadır: Söz konusu olan sadece ya doğrudan ReDigi'den edinilmiş olan ürünler ya da iTunes ile edinilen verilerdir.

Yenilenceye kadar ReDigi sistemi kısaca şu şekilde işlemekte idi: Eğer bir kullanıcı satmak üzere verisini sisteme yükler ise, bu durumda bu veri ReDigi programı ile işletmenin sunucusuna yüklenmektedir. Aynı zamanda kullanıcının bilgisayarındaki ve bilgisayarına bağlanmış mp3 çalar ya da tablet gibi bütün aletlerdeki örnekler otomatik olarak silinmektedir. Satıma kadar kullanıcı sisteme girebilir ve oradan web tabanlı olarak (*streamen*) yararlanabilir, yani kendi ürününü kullanabilir. Satım gerçekleştiğinde artık bu imkân kalmamaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere ReDigi yeni patenti<sup>98</sup> ile birlikte artık sisteme verinin yüklenmesi

ve kullanıcıdakinin akabinde hemen silinmesi yerine veri bloklarının birer birer (birebir; bite bit) aktarılması söz konusudur. "ReDigi 2.0" üç temel bileşen ile karakterizedir. Buna göre bir mekanizma yüklenen verinin yasal şekilde edinilip edilmediğini denetlemektedir (*Verification Engine*). İkinci mekanizma verileri herhangi bir kopya oluşmasına imkân vermeden bite bit aktarmayı gerçekleştirilmektedir (*Atomic Transaction*). Son olarak bir yazılım satıcının kendi sistemindeki versiyonları silme ve sistemden uzaklaştırma işlevini yerine getirmektedir (*Removal and Monitoring Mechanism*).

## 2. Ara Sonuç

Amerikan hukukunda sorunun farklı şekilde ele alınmış olması tek başına şaşırtıcı değildir. Mesele teknik sürecin ışığında doğrudan çoğaltma hakkı ile bağlantılı şekilde değerlendirilmiş gözükmektedir. Ancak buradaki uygulamanın önemli olan yanı, AAD'nin UsedSoft kararında getirilen ilk sınırlama ile de bağlantılı şekilde birden fazla kopya olmaması hususuna yoğunlaşmış olmasıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, teknik olarak verinin birebir aktarılması tekniği buradaki hukuki soruna farklı bir boyut kazandırmaktadır. Bu yönüyle birden fazla kopya olması ihtimali (teknik sürece dair uzmanlığım dışı ayrıntılara dair çekinceler altında olmakla birlikte) daha baştan bertaraf edilmektedir. Kısacası AAD'nin UsedSoft kararında ifade edilen devreden elinde kopyanın kalmaması ya da bunun kullanılamaz hale getirilmesi gereği, kökten halledilmektedir. Bu teknik gelişmenin diğer bir sonucu dijital ürünler için kural olarak geçerli olan taşıyıcıdan ayrı olarak değerlendirilebilirlik özelliğinin daha da arttırılmasıdır. Bu durum özellikle burada ele alınan dijital tükenme açısından özel bir öneme sahip gözükmektedir. Dijital ürünün teknik anlamda birebir devredilebilirliği ve geride kopya kalmaması hususu kanaatimce dijital tükenme ilkesini savunmayı daha da kolaylaştıracaktır. Bir anlamda basılı eserin bu şekilde devri ile dijital ürünün devri arasındaki temel fark bu şekilde bir anlamda ortadan kalkmaktadır.

## F. ELEKTRONİK TÜKENME İLKESİNİNE KARŞI ARGÜMANLARA KISA BİR BAKIŞ

Yukarıda ifade edildiği üzere dijital ürünlerin internet üzerinden edinilmek üzere sunumu ağırlıklı olarak zaten yayma hakkı kapsamında değerlendirilmediğinden, burada tükenme ilkesinin geçerli

96 Bu konuda bkz. **Vilasenor**, John, Is It Illegal to Resell „Used“ Digital Music? Slate, 3. April 2013, [http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2013/04/redigi\\_lawsuit\\_judge\\_rules\\_that\\_re-selling\\_used\\_digital\\_music\\_is\\_illegal.html](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/04/redigi_lawsuit_judge_rules_that_re-selling_used_digital_music_is_illegal.html); bu konuda bkz. ayrıca **Kreutzer**, a.g.e., s. 56.

97 Bu konuda da bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 56

98 Bu konuda bkz. <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnetacgi%2FPTO%2Fsrchnum.htm&r=1&f=G&l=50&s1=8627500.PN.&OS=PN/8627500&RS=PN/8627500>; Bu konuda bkz. ayrıca **Kreutzer**, Tim, Weiterveräußerungsfähigkeit von digitalen Gütern, s. 63.



olması da bununla tutarlı olarak kabul edilmemektedir. İnternet üzerinden eser örneğinin indirilmesine imkân sağlama, yayma hakkı kapsamında görülse bile, sadece bilgisayar programları açısından kabul edilen tükenme ilkesinin diğer ürünlere de aktarılması (doğrudan veya kıyasen) da ağırlıklı olarak kabul edilmemektedir.<sup>99</sup> Bu konuda ileri sürülen argümanları şu şekilde özetlemek<sup>100</sup> mümkündür:

Bir kere hukuki durum son derece açıktır. Var olan düzenlemeler maddi bir taşıyıcıya bağlanmış eser örneklerinden hareket etmektedirler. Hem AB kanun koyucusu hem de ülke kanun koyucuları dijital ürünlerin değerlendirilmesinde kural olarak genel bir tükenme ilkesini benimsememe yönünde açık bir tutum almışlardır.<sup>101</sup> Bu açıdan AB'nin Fikri Hakların Uyumlaştırılması Yönergesinin (2001/29) üçüncü maddesinin üçüncü fıkrası ile bu hükmün gerekçeleri son derece önemlidirler.<sup>102</sup> Özellikle yönergenin gerekçesindeki açıklamaların bu görüşe hak verir nitelikte durduğu söylenebilir. Bu yaklaşıma göre hukuki durum açık olduğundan, ortada plan dışı, farkında olmadan bırakılan bir bilinçli boşluk da yoktur. Aynı şekilde hukuki durum açık olduğundan bilgisayar programlarına ilişkin kuralın yorumuyla ulaşılan istisnai sonucun kıyasen diğer dijital ürünlere aktarılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Zaten AAD'da UsedSoft kararında kararın bilgisayar programlarına ilişkin olduğunu kabul edip, Bilgisayar Programları Yönergesini özel kanun (düzenleme) (*lex specialis*) olarak nitelendirmiştir.

İkinci olarak dijital ürünlerde de tükenme ilkesinin kabul edilmesi korsanı daha da teşvik eder. Zaten zor olan denetleme imkânları iyice etkisiz hale gelirler. Bu açıdan dijital tükenme ilkesinin benimsenmesi kendi içinde kontrol edilemez birçok riski beraberinde getirecektir.<sup>103</sup>

Üçüncü olarak klasik ürünler ile dijital ürünler arasında temel bir fark bulunmaktadır. Bunlar çok kolay, hızlı ve üstelik orijinalinden farksız mahiyette aynen kopyalanabilirler. Bu yönüyle basılı bir kitabın kopyalanmasında kopya ile orijinal arasındaki

nitelik farkı bariz olacakken, dijital üründe bu açıdan bir fark yoktur. Dijital ürün basılı kitap gibi zamanla yıpranmaz ve yaşlanmaz (eskimez). Şu halde ürünler arasında temel bir farklılık olduğuna göre aynı kurallara tabi olmaları da gerekmez. Bu durum ayrıca bilgisayar programları için öngörülen istisnanın genişletilmesine de engelleyici mahiyette bir sebep olarak değerlendirilmelidir.

Ayrıca çıkarlar dengesi itibarıyla de burada farklılık bulunmaktadır. Dijital ürünü alan kişi de bunun klasik üründen farklı olduğunu ve kural olarak daha uygun fiyata edindiğini bilmektedir. Aynı durum devreden hak sahibinin çıkarları açısından da geçerlidir. Şu halde çıkarlar dengesi itibarıyla örtüşme söz konusu olmadığına göre aynı kuralların uygulanmasını gerektirir bir durum bu açıdan da bulunmamaktadır.

## G. ELEKTRONİK TÜKENME İLKESİ LEHİNE ARGÜMANLARA KISA BİR BAKIŞ

Dijital ortamda tükenme ilkesini savunanlar ise yukarıda çok özet şekilde ifade edilen argümanların tam tersi görüşler ileri sürmekte ve bu argümanları çürütmeye çalışmaktadırlar.

Yine çok özet şekilde<sup>104</sup> ifade etmek gerekirse, bunlara göre *bir kere* hukuki durum sanıldığı gibi açık değildir. Tam tersine AAD'nın UsedSoft kararından sonra hukuki durumun açık olmadığı iyice belirginleşmiştir. Kaldı ki Avrupa Birliği kanun koyucusu sorunun bütün boyutlarını dikkate alarak hukuki düzenlemeleri getirmiş değildir. Yani AB kanun koyucusu bu hususu düzenlerken tam da burada tartışma konusu olan hususları göz önünde bulundurmamıştır; eğer online olarak sunulan bir eser örneği (indirilerek edinilen e-kitap), diğerini (basılı kitabı) ikame ediyor ise ilkinin ticarete konu olabilmesi açısından aynı kuralın geçerli olması gerekir.<sup>105</sup> Açık olduğu iddia edilen düzenlemelerin farklı şekilde anlaşılması ve sadece umuma iletim çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.<sup>106</sup> Bilgisayar Programları Yönergesi açısından da benzer düzenleme nihayetinde AAD tarafından farklı şekilde yorumlanıp değerlendirilmiştir. Her halükarda hukuki durum açık değildir ve bu nedenle birçok unsur birlikte değerlendirilerek soruna adil bir çözümlenmesi uygun olacaktır.<sup>107</sup>

99 Bu konuda bkz. sadece **Czychowski**, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11., überarbeitet und ergänzte Auflage, Stuttgart 2014, § 69 c kn. 17: "Uns überzeugt die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf Online-Übertragungen nach wie vor nicht...". Bu yöndeki görüş, karar ve kaynaklar açısından bkz. ayrıca **Wandtke/Bullinger/Heerma**, UrhG § 17, kn. 27.

100 Bu argümanlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. sadece **Böttcher**, a.g.e., s. 158 vd., 177 vd.; **Kreutzer**, a.g.e., s. 31 vd.

101 Bu şekilde **Rauer/Ettig**, GRUR-Prax 2015, s. 202, 204.

102 Bu yöndeki görüşler için bkz. **Wandtke/Bullinger/Heerma**, UrhG § 17, kn. 27 (ancak bu yazarlar bu görüşte değildiler).

103 Bu konuda bkz. **Rauer/Ettig**, GRUR-Prax 2015, 202, 204.

104 Bu argümanlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. sadece **Böttcher**, a.g.e., s. 158 vd., 177 vd.; **Kreutzer**, a.g.e., s. 31 vd.

105 Bu konuda bkz. **Wandtke/Bullinger/Heerma**, UrhG § 17, kn. 27.

106 Bu konudaki ayrıntılar ve tartışmalar için bkz. **Böttcher**, a.g.e., s. 158 vd.

107 Bu yönde **Kreutzer**, a.g.e., s. 38 vd.

İkinci olarak dijital tükenme korsanı teşvik etmeyecek, tam tersine engelleyecektir.<sup>108</sup> Aksi yaklaşım gerçekte soruna oldukça yüzeysel bakmaktadır. Maddi bir taşıyıcıya yüklü ürünler de güncel teknik imkânlar ile çok rahatlıkla kopyalanabilirler. Bu nedenle önemli olan korsana olan ihtiyacı azaltmaktır. Bu açıdan ikinci el ürünlerin edinilmesini kolaylaştırmak ve bu tür pazarları teşvik etmek, nihayetinde korsana olan ihtiyacı da azalacaktır. Kaldı ki, dijital ürünler de kopyaya karşı bir takım teknik özellikler ile donatılabilirler. Bu açıdan teknik imkânlar her geçen gün zenginleşmektedir.

Üçüncü olarak dijital ürünler ile klasik ürünler arasındaki farklar da sanıldığı kadar kapsamlı değildir ve bu durum gerçekten belirleyici durmamaktadır.<sup>109</sup> Her ne kadar dijital verilerin bozulmadan, eskimeden tekrar tekrar aynı şekilde çoğaltılabilmeleri bunların yaşanmadığı şeklinde değerlendirilebilir ise de, birçok dijital ürün zaten ekonomik olarak sınırlı bir ömre sahiptir. Bunlara ilgi azalınca, bunlar da bu anlamda yaşlanırlar. Birçok dijital ürüne göre ekonomik anlamda daha uzun (ömre) değere sahip bilgisayar programlarında bile tükenme ilkesi geçerli olacakken, bunlara göre çok daha kısa ekonomik ömürlü ürünlerde tükenme ilkesinin geçerli olmaması bir tezat teşkil edecektir. Kaldı ki, teknik gelişmelerin hızına paralel olarak dijital ürünler de (hep daha yeni ürünlerin çıkmasına binaen) bu anlamda eskimekte ve önemini hızlı bir şekilde yitirebilmektedirler. Zamanla önemini yitiren dijital ürünlerin tekrar devri imkânı da (tıpkı eskiyen kitaplara ilginin azalması gibi) azalmaktadır. Kısacası dijital ürünlerin ifade edilen özellikleri gerçekte belirleyici mahiyette değildirler.

*Dördüncü olarak* çıkarlar dengesi itibariyle gerçekte örtüşen bir durum söz konusudur. Basılı kitabı alan kişi, buna ihtiyacı kalmadığında bunu rahatlıkla devredebilecek iken, bunu internette indirerek edindiğinde bu imkâna sahip olamayacaktır. Ürün aynı üründür ve kural olarak ödenen tutar da aynıdır. Kullanıcı penceresinden bakıldığında ekonomik ve yararlanma çıkarları itibariyle bir farklılık yoktur.<sup>110</sup> Karşı taraf açısından bakıldığında burada haksız çoğaltma riski itibariyle benzer bir durum söz konusudur. Bazı yazarlar bu bağlamda bir taşıyıcıya yüklü şekilde edinilen dijital ürün ile doğrudan internette indirilen dijital ürün arasındaki farklı-

ğın yapay olduğunu belirterek, her ikisinde de çoğaltma yapma imkânı bulunmasına vurgu yapmaktadırlar.<sup>111</sup> Bu yaklaşımlara bilgisayar programları ile diğer dijital ürünler arasında ayırım yapmanın yersizliği düşüncesi de eklenmektedir. Malların serbest dolaşımına dair düşünceler yazılımlar dışındaki ürünlerde de aynen geçerlidir.<sup>112</sup> Bütün bu nedenlerle çıkarlar dengesi itibariyle benzer bir durum bulunmaktadır.

Bu görüşü savunanlar, tükenme ilkesinin uygulanmaması halinde dijital ürün pazarları itibariyle hak sahiplerinin (eser sahibi ya da bundan hakların devralıp ekonomik olarak değerlendirenler) sıkı ve belirleyici bir denetiminin olacağını, bunların doğal olarak tekrar devirlere izin vermeyeceklerini, ancak (ister satım, isterse lisans olarak nitelensin) devredilmiş eser örneğinin takip eden devirlerini kontrol etmek açısından uygun bir hukuki pozisyona bu kişilerin gerçekte sahip olmadıklarını, nitekim AAD'nın UsedSoft kararı ile bunu bilgisayar programları açısından açıkça ifade ettiğini de belirtmektedirler. Ekonomik bakış açısıyla belirtilen diğer bir gerekçe, dijital ürün pazarının giderek belirli bir taşıyıcıya yüklü şekilde edinilen ürün pazarını ikame etmesidir. Bu açıdan bakıldığında giderek çok daha büyük miktarlarda ticaret hacminin olduğu bu alanda bir taraftan hak sahipleri bu gelişmelerin beraberinde getirdiği masrafları azaltıcı özelliklerinden yararlanırken, diğer taraftan tüketici ya da kullanıcıların imkânlarının kısıtlı tutulması kendine özgü bir tezatlık yaratmakta veya var olanı daha da arttırmaktadır.<sup>113</sup>

#### IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıdaki ifade edilen yargı kararları ile ülke uygulamalarından ve ayrıca dijital ortamda tükenme ilkesine dair yapılan tartışmalardan hareketle öncelikle hukuki durumun aslında çok da açık olmadığı tespiti yapılabilir. Her ne kadar var olan düzenlemeler lafızları itibariyle belirli bir taşıyıcıya yüklü eser örneklerinin devri açısından tükenme ilkesinin uygulanmasına imkân sağlar nitelikte iseler de, sorunun bu düzenlemelerde tam anlamıyla kavranmadığı savunulabilir. Nitekim Avrupa Birliğinin bu

108 Bu yönde **Kreutzer**, a.g.e., s. 35 vd.

109 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 36 vd.

110 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. **Kreutzer**, a.g.e., s. 32 vd.

111 Bu şekilde **Wandtke/Bullinger/Heerma**, UrhG § 17, kn. 27

112 Bu şekilde **Wandtke/Bullinger/Heerma**, UrhG § 17, kn. 27.

113 Bu görüş taraflarının ileri sürdüğü bütün argümanlar burada birer birer aktarılmamış, önemli olanları özetlenmiştir. Bu nedenle burada anılmayan başka argümanlar da bulunmaktadır. Bu açıdan bkz. sadece **Kreutzer**, a.g.e., s. 33 vd.

konudaki düzenlemelerinin bu şekilde anlaşılması ve yorumlanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Esasen bu tür ürünlerde yayma hakkının kapsamının ve teknik gelişmelerle son derece sürekli şekilde güncellenen özelliklerinin kanun koyucular tarafından bütünüyle öngörüldüğü söylenemez. Yukarıda birkaç kez anılan dijital verilerin birebir devri yöntemi (bunun ne ölçüde yaygınlaşabileceğinden bağımsız olarak) daha AAD divanının 2012'de verdiği ve birçokları açısından şaşırtıcı mahiyetteki kararındaki bazı tartışmaları bile kısa sürede bertaraf edici nitelikte durmaktadır. Bu da bu alandaki teknik gelişmelerin ne kadar hızlı olduğunu ve hukuki düzenlemelerin bunların hızına birebir yetişmesinin ya da bu tür gelişmeleri önceden bütünüyle öngörüp ona göre düzenleme getirmesinin ne kadar zor olduğunu göstermektedir.

Diğer taraftan ekonomik bakış açısıyla dijital ortamda tükenme ilkesinin uygulanması gerektiğini savunanların görüşleri daha ikna edici durmaktadır. İşlevsel olarak bakıldığında tecessüm etmiş bir eser örneğinin yayılması ile dijital ortamda yayılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Nitekim AAD, UsedSoft kararında bilgisayar programları açısından bu şekilde bir denk tutucu yaklaşım benimsemiştir. Bununla beraber bu çerçevede güncel olarak örneğin e-kitapların çok farklı görünüm şekillerine kavuştuklarına, bir nevi multimedya eser özelliği kazandıklarına ve daha kapsamlı ve işlevli olduklarına da dikkat çekmek gerekir.<sup>114</sup>

Korsanı teşvik iddiası açısından tükenme ilkesinin dijital ortamda uygulanmasını savunanların görüşleri kanaatimce daha ikna edici durmaktadır. İkinci el ürünlerin yaygınlaşması ile birlikte korsana ilginin azalacağı söylenebilir, çünkü bu durum fiyatlarda tüketiciler lehine bir rahatlamayı beraberinde getirebilecektir. Rahatlıkla edinilmenin mümkün olduğu bir ortamda ise hukuka aykırı yollara başvurma riski daha az çekici gelecektir. Esasen teknik olarak dijital ürünlerin de haksız kopyalamaya karşı bir takım teknik mekanizmalar ile donatılması mümkündür. Bu alandaki gerçekleşen sürekli yeni gelişmeler de nihayetinde haksız kopyalama riskini bir ölçüde azaltmaktadır. Diğer taraftan dijital ürünlerin internetten sürekli şekilde indirilmesi yerine, web tabanlı olarak (*streamen*) eserden örneğin bir üyelik vs kapsamında yararlanma giderek yaygınlaşmaktadır. Öğretide bu durumun sorunun

önemini azalttığı yönünde haklı değerlendirmeler bulunmaktadır.<sup>115</sup> Gerçekten de bu şekilde kullanma imkânlarının yaygınlaşması ile dijital eser örneğinin elde tutulmasına (bunun maliki ya da zilyedi olmaya) ilişkin ihtiyaç da giderek azalacak ve belki de ortadan kalkacaktır. Elbette bu durum, dijital tükenme ilkesinin kabul edilmemesinin gerektiği yönünde de değerlendirilebilir. Gerçekten de bu şekilde kullanımların yaygınlaşması ile birlikte sorunun tipik anlamda tartışılmasının önemsizleşmesi söz konusu olabilir. Ancak web tabanlı kullanım imkânlarının giderek yaygınlaşması eğilimine rağmen, güncel olarak ve muhtemelen yakın bir gelecekte de sorun önemini koruyacaktır. Bu açıdan hukuki durumun açıklığa kavuşması elbetteki hukuk güvenliği açısından daha uygun olacaktır. Bu çerçevede denilebilir ki, bu tür kullanımların yaygınlaşması ile birlikte sorun tükenme ilkesinden çok, üyelik devrinin mümkün olup olmaması ve bunun sınırları çerçevesinde tartışılabilir hale gelecektir.

Kanaatimce çıkarlar dengesi itibariyle de tükenme ilkesinin uygulanmasına karşı çıkılması pek ikna edici durmamaktadır. Eser örneğini edinenler açısından bakıldığında, burada tükenme ilkesinin neden uygulanmaması gerektiğini açıklamak gerçekten de zor gözükmektedir. Hatta bu çerçevede denebilir ki, kullanıcı açısından bakıldığında tecessüm etmiş eser örneğine oranla, giderek çok daha fazla işlevli kullanıma imkânları bulunabilen dijital eser örneğinin tekrar değerlendirilmesi daha ilgi çekici bir imkân sayılabilir. Bu açıdan çıkarlar dengesi itibariyle burada tersi sonuca varmak daha mümkündür.

Elbette bu tartışmada ileri sürülen her bir argümanın ayrı ayrı ve ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Burada, bu çalışmanın kapsamı itibariyle genel bir değerlendirme ile yetinilmiştir. İfade etmek gerekir ki, tükenme ilkesinin dijital ortamda uygulanmaması gerektiğini savunanların bir kısmı dahi ekonomik açıdan burada benzer bir durum olduğunu nihayetinde kabul etmektedirler.<sup>116</sup> Bunlara göre de hukuki durumun bir an önce netleşmesi yararlı olacaktır.

Bu açıdan konunun güncel olarak AAD önüne getirilmiş olması son derece önemlidir. Daha önce ifade edildiği üzere<sup>117</sup> AAD, UsedSoft kararı ile bu

114 Bu açıdan ilginç bir örnek için bkz. <http://chopsticksnovel.tumblr.com/app>.

115 Bu şekilde **Kreutzer**, a.g.e., s. 67 vd.

116 Bu şekilde **Rauer/Ettig**, GRUR-Prax 2015, s. 202, 204.

117 Bkz. **Aksu**, TFM 2015/1, s. 1, 25.

tartışmaları daha da canlı hale getirmiştir. AAD'nın UsedSoft kararında tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için devreden getirilen, kendi örneğini yok etme ya da kullanılamaz hale getirme sınırlaması, bu tartışmalarda önemli bir yer tutarken, güncel teknik gelişmeler itibarıyla en azından bir yönüyle önemini yitirmiş gözükmektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, internetten indirilen dijital ürünler açısından tükenme ilkesinin yakın bir gelecekte pozitif hukuk olarak benimsenmesi büyük bir sürpriz olmayacaktır. Yukarıda ifade edilen bazı mahkeme kararlarında bu yöndeki iş yöntemlerinin özü itibarıyla hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi sadece buradaki hak ihlallerinin engellenmesi yönünde tedbirler alınmasına vurgu yapılmış olması da bunu destekler niteliktedir. Bütün bu nedenlerle bu yöndeki gelişmeleri mümkün olduğunca yakından izlemek, bunları bilimsel açıdan birlikte değerlendirip ayrıntıları ile tartışıp incelemek son derece yararlı olacaktır. Bu çalışma ile konunun hiç olmazsa ortaya konulması ve güncel bazı temel gelişmelerin aktarılması hedeflenmiştir. Böylece bu alanda bilimsel çalışmaların çok sayıda yapılmasının gerekliliğine de dikkat çekilmek istenmiştir.

## KAYNAKÇA

**Aksu**, Mustafa, Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyinin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG), Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 37, Eylül 2009, s. 139 vd.

**Aksu**, Mustafa, Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki anevi hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile genel kişilik hakkı ilişkisi üzerine bir deneme, in: Prof. Dr. Rona Seroza'na Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s. 121 vd.

**Aksu**, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanınının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açından Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi (TFM) 2015, Sayı 1, s. 1 vd.

**Aksu**, Mustafa, Bilgisayar Programlarında Yayma Hakkının Tükenmesi Hususunda Güncel Gelişmeler Ve Alman Federal Mahkemesinin Usedsoft III Kararı Üzerine Düşünceler, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Ankara 2016, s. 13 vd.

**Apel**, Simon, Keine Anwendung der "Used-Soft"-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen – Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei "gebrauchten" digitalen Gütern, ZUM 2015, 640.

**Aslan**, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004.

**Başpınar**, Veysel/**Kocabey**, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007.

**Biehler**, Manuel/ **Apel**, Simon, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 15.05.2014, Az.: I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 - 729.

**Bozbel**, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.

**Bozkurt**, Enver/**Özcan**, Mehmet/ **Köktaş**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008.

**Böttcher**, Horst, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Bern 2013.

**Dalyan**, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009.

**Ehricke**, Ulrich, in: Beck'sche Kurzkommentar Band 57 EUV/AEUUV, Herausgeber Rudolf Streinz, 2. Baskı, München 2012.

**Eroğlu**, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

**Fromm/Nordemann**, Urheberrecht, 11., überarbeitet und ergänzte Auflage, Stuttgart 2014.

**Genç Arıdemir**, Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı, İstanbul 2003.

**Gökayla**, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2001.

**Götting**, in: **Ahlberg/Götting** (Herausgeber), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 11. Edition, Stand 01.01.2016, UrhG § 17.

**Haines**, Alexander/**Scholz**, Matthias, Anmerkung zum Urteil des LG München vom 19.01.2006, Az.: 7 O 23237/05, CR 2006, 161.

**Herma**, Jan Dirk, in: Praxiskommentar zum Urheberrecht, Herausgegeben von Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger, 4. neu bearbeitete Auflage, 2014 München, UrhG § 17.

**Heydn**, Truiken, in: **Kilian/Heussen**, Computerrecht, 32. Ergänzungslieferung 2013 München.

**Hilty**, Reto M., Urheberrecht, Bern 2011.

**Jaeger**, Till, Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OEM-Software, ZUM 2000, 1070, 1072.

**Jickeli**, Joachim/ **Stieper**, Malte, in: Staudinger BGB, §§ 90-124, 130-133, Allgemeiner Teil 3, Berlin 2012.

**Lettl**, Tobias, Urheberrecht, München 2008.

**Karahan**, Sami/ **Suluk**, Cahit/ **Saraç**, Tahir/ **Nal**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2015.

**Kreutzer**, Till, „Was das EuGH-Urteil zu Gebrauchtssoftware bedeutet“, <http://www.golem.de/news/analyse-was-das-eugh-urteil-zu-gebrauchtssoftware-bedeutet-1207-92960-4.html>.

**Kreutzer**, Till, Weiterveräußerungsfähigkeit von digitalen Gütern, s. 7, [http://www.verbraucherportal-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/MLR.Verbraucherportal/Dokumente/Dokumente%20pdfs/Verbraucherschutz/Urheberrecht/15\\_10\\_20%20Studie%20Weiterver%20A-4u%20C3%9Ferungsf%20A4higkeit%20von%20digitalen%20G%C3%BCtern\\_Dr.%20Till%20Kreutzer.pdf](http://www.verbraucherportal-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/MLR.Verbraucherportal/Dokumente/Dokumente%20pdfs/Verbraucherschutz/Urheberrecht/15_10_20%20Studie%20Weiterver%20A-4u%20C3%9Ferungsf%20A4higkeit%20von%20digitalen%20G%C3%BCtern_Dr.%20Till%20Kreutzer.pdf), s.e.t. 30.04.2016.

**Meyer**, David, Seconhand ebook outfit Tom Kabinet races to purge illegal wares, GigaOM, <https://gigaom.com/2015/01/21/secondhand-ebook-outfit-tom-kabinet-races-to-purge-illegal-wares> s.e.t.: 21.01.2015.

**Ohly**, Ansgar, Urheberrecht in der digitalen Welt –Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung? NJW-Beil. 2014, 47 vd.

**Öztan**, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

**Memiş**, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin, 2002.

**Memiş**, Tekin, Bulut Bilişimde Fikri Hak Sorunları, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2013, Ankara 2015, s. 313 vd.

**Nal**, Temel, Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts, München 2000.

**Rauer**, Nils/Ettig, Diana, Verkehrsfähigkeit von E-Books und anderen digitalen Werken, GRUR-Prax 2015, 202 vd.

**Rehbinder**, Manfred, Urheberrecht, 15. Auflage, München 2008.

**Rey**, Matthias, Der Gutgläubenserwerb im Immaterialgüterrecht, Bern 2009, s. 57.

**Schack**, Haimo, Urheberrecht, 6. Auflage, Tübingen 2013.

**Schricker/Loewenheim**, Urheberrecht, 4. Aufl., München 2010.

**Seemann**, Matthias, Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Bern 2008.

**Semadeni**, Thomas, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss. Zürich, Bern 2004.

**Slutier**, Saba, The Dutch courts apply UsedSoft to the resale of eBooks, <http://kluwercopyrightblog.com/2015/01/28/the-dutch-courts-apply-used-soft-to-the-resale-of-ebooks/>

**Stieper**, Malte, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 –C-128/11-UsedSoft, ZUM 8/9/2012, 668 vd.

**Stögmüller**, Thomas, Anmerkung zum Urteil des LG München vom 03.08.2006, Az.: 6 U 1818/06, MMR 2006, 748.

**Şahin**, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010.

**Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2012.

**Tezcan**, Ercüment, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, İstanbul 2001.

**Ünal**, Şeref, Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Ankara 2007.

**Vilaseñor**, John, Is It Illegal to Resell „Used“ Digital Music? Slate, [http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2013/04/redigi\\_lawsuit\\_judge\\_rules\\_that\\_reselling\\_used\\_digital\\_music\\_is\\_illegal.html](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/04/redigi_lawsuit_judge_rules_that_reselling_used_digital_music_is_illegal.html), s.e.t. 03.04.2013.

**Wandtke/ Bullinger/Heerma**, Praxiskommentar zum Urheberrecht, Herausgegeben von Arthur-Axel **Wandtke**/Winfried **Bullinger**, 4. neu bearbeitete Auflage 2014 München.

**Weisser**, Ralf/ **Färber**, Claus, Weiterverkauf gebrauchter Software –UsedSoft-Rechtsprechung und ihre Folgen Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, MMR 2014, 364 vd.

**Yavuz**, Levent/ **Alica**, Türkay/ **Merdivan**, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I, Ankara 2013.

**Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu, AÜEHFD 2003, Cilt VII, S. 1-2, s. 563 vd.

**Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler, FMHY 2010, s. 573 vd.

**Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler Konusunda Kesinleşmiş Bir Yargı Kararı Üzerine Düşünceler, FMY 2014, s. 423 vd.