

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA TÜKENME İLKESİ
ÇERÇEVESİNDE İKİNCİ EL YAZILIMLARININ SATIŞININ
DEĞERLENDİRİLMESİ**

EVALUATION OF THE SALES OF SECOND HAND SOFTWARE
WITHIN THE FRAMEWORK OF PRINCIPLE OF EXHAUSTION ON
INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS LAW

Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1326880](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1326880) 

Yazılımlar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 2 çerçevesinde eser olarak korunmaktadır. Eser üzerindeki mali ve manevi haklar eser sahibine aittir. Yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa sunulması veya diğer yollarla dağıtılması gibi yetkileri içeren eser sahibinin mali haklarından biridir. Söz konusu hak, eserin aslının veya nüshalarının piyasaya sürülmesi, ticarete sunulması, ticaret mevkiine konulması olarak da ifade edilebilir. Bu çerçevede, bir eserin, eser sahibi dışında üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulabilmesi için kural olarak eser sahibinin izni gerekir. Eser sahibinin izni olmadan yazılımın hukuka uygun bir şekilde ikinci el olarak piyasaya sürülebilmesinin tek yolu tükenme ilkesinin şartlarının gerçekleşmesidir. Buna göre, i) yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olması, ii) yazılımın mülkiyetin devri sonucu doğuran bir işlemle devralınması, iii) yazılımın mülkiyetinin devri sonucunu doğuran işlemin eser veya hak sahibinin izni ile yapılması, iv) devreden elindeki yazılım nüshasını yok etmesi gerekir.

* Bu makale, Anadolu Üniversitesi ve Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 5 Mayıs 2023 tarihinde düzenlenen “Teknoloji ve Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu”nda sözlü tebliğ olarak sunulmuştur.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** fbcakir.celebi@aybu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5090-8373, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1326880.

* İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Anahtar Kelimeler: *Yayma hakkı, Yazılımların ikinci el satışı, Tükenme ilkesi, Tükenme ilkesinin uygulanma şartları, Yazılımların tükenme ilkesi kapsamında olması için bulunması gereken şartlar.*

ABSTRACT

Software is protected as a work according to the Article 2 of Law of Intellectual and Artistic Works. The financial and moral rights arising from the work belong to the owner of it. The right of distribution is one of the financial rights of the owner, which includes the authority to rent, lend, sell or distribute the original or reproduced copies of the work by other means. This right can also be expressed as marketing the original or copies of the work, offering it to trade, placing it in a commercial location. In this context, the permission of the owner of the work is required to put the work on the market by a third party. The only way for the software to be put on the secondhand market in accordance with the law without the permission of the owner of the work is to fulfill the conditions of the exhaustion principle. Accordingly, i) the act of transferring the ownership of the software must be within the scope of the right of distribution, ii) the software is acquired through a transaction that results in the transfer of ownership, iii) the transaction that results in the transfer of ownership of the software must be carried out with the permission of the owner of the work, iv) the transferor must destroy the copy of the software in his possession.

Keywords: *The right of distribution, Secondhand sales of software, The principle of exhaustion, The condition of application of the principle of exhaustion, The conditions required for software to be covered by the principle of exhaustion.*

EXTENDED ABSTRACT

For various reasons, users may want to dispose of their software. In this way, they can re-evaluate the software they purchased by paying high prices. Owners of the work have financial and moral rights over software, which is protected as works within the framework of Article 2 of Law of Intellectual and Artistic Works. The second-hand sale of software is within the scope of distribution of the owner of the work and is subject to her/his permission. In the absence of such permission, the only way for software to be sold in the second-hand market by a third party is to fulfill the conditions of the exhaustion principle. Accordingly, i) the act of transferring the ownership of the software must be within the scope of the right of distribution, ii) the software is acquired through a transaction that results in the transfer of ownership, iii) the transaction that results in the transfer of ownership of the software must be carried out with the permission of the owner of the work, iv) the transferor must destroy the copy of the software in his possession. The key point for determining whether the exhaustion principle applies to software, there must first be an act within the scope of the right to distribution. Accordingly, to apply the principle of exhaustion, first it must be accepted that the act of transferring ownership of the software is within the scope of the right to distribution. Before the software is introduced into the second-

hand market, it is imperative to first determine how it was acquired and whether this acquisition is within the scope of distribution right. Three different possibilities should be evaluated here.

The first possibility is to purchase the software installed on carriers such as CDs and DVDs. Since the software is acquired with a physical copy, there is no ambiguity as to whether the act of acquisition here is within the scope of the right to distribution.

The second possibility, which is the focus of this study, is the acquisition of software by downloading it from the internet. It has been debated for many years whether software downloaded from the internet without being installed on a physical carrier is within the scope of the right to distribution. The reason for the debate is the dominant view that the right to distribution is only applicable to works that have a physical copy. However, the Law of Intellectual and Artistic Works does not explicitly restrict distribution rights to physical formats. There is no functional or economic difference between purchasing software installed on a data carrier or downloading it from the internet. Nevertheless, ignoring technological developments, requiring a physical copy for the second-hand sale of software means preventing the second-hand market, which will reach large economic sums, and negatively affects the national economy.

The third scenario encompasses software obtained as OEM (installed on the computer). In evaluating the status of OEM-acquired software, the presence or absence of recovery CDs warrants separate consideration. Since recovery CDs have a physical existence, there is no doubt that they are within the scope of the right to distribution. In our opinion, in the absence of recovery CDs, the evaluations regarding whether the transfer of software installed on the computer with the OEM version separately from the computer is within the scope of the right to distribution are the same as the software acquired by downloading from the internet.

The second precondition for the exhaustion principle to apply stipulates that the act of the the act of distribution culminates. In this context, software license agreements, which are especially common in practice, should be evaluated. In our opinion, it should be accepted that license agreements that allow the indefinite use of the software are also within the scope of the exhaustion principle. Because there is no functional difference between such license agreements and the transfer agreement that transfers the ownership of the software copy.

Yet another condition entails that the initial sale or distribution of the software must be conducted with the authorization of the owner of the work. Once a software product is introduced into the Turkish market with the owner's consent, the rights for subsequent resale or distribution through alternative means become exhausted.

Finally, to comply with the exhaustion principle, the transferor must destroy his copy of the software. Otherwise, since the right to reproduction will be violated, it will not be possible to explain this situation with the principle of exhaustion. Concerns may

arise about how this condition will be met, but today's technological development shows that this condition can be easily met with the technical limits to be introduced.

GİRİŞ

Yazılım, donanımın çalışmasını ve işlem yapmasını sağlayan¹ çalıştırılabilir programların ve buna ait verilerin bütünü için kullanılan bir üst kavramdır². Bilgisayar programı ise donanım olarak isimlendirilen bilgisayarın işletilebilmesi için hazırlanmış, doğrudan doğruya bilgisayara hitap eden talimatlar olarak tanımlanabilir³. Diğer bir ifadeyle, bilgisayar programı, bilgisayarın kendisinden beklenen bir görevi gerçekleştirebilmesi için hazırlanan, birbiri ile uyum içerisindeki komutlar silsilesidir⁴. Görüldüğü üzere yazılım, bilgisayar programı kavramından daha geniş bir kavramdır. Yazılım, bilgisayar programının anlaşılmasına ve kullanılmasına yarayan malzemeler ile programın akış şeması ve benzeri unsurları da kapsar⁵. Buna göre, programın geliştirilmesi sırasında ortaya çıkan ve programın yapısını, işlevini ve uygulanacak usulü dilsel veya sembollerle tanımlayan ön ürünler, programın uygulama alanını tanımlayan kullanım kılavuzları ile programın nasıl çalışacağını açıklayan kitaplar da yazılım kavramı içerisinde kabul edilmektedir⁶.

Her bilgisayar programı bir yazılımken her yazılım bir bilgisayar programı değildir⁷. Ancak FSEK çerçevesinde korunabilecek “bilgisayar programı” kavramının kapsamına, program dışındaki unsurlar dahil değildir⁸. Diğer bir ifade ile bilgisayar programı olarak yalnızca programlar koruma

görmektedir⁹. Çalışmada, uygulamaya paralel bir şekilde yazılım ifadesi kullanılmış; ancak bu ifade ile FSEK çerçevesinde koruma kapsamında olan programlar kastedilmiştir. Bu çerçevede, yazılımlar FSEK m. 2 kapsamında eser olarak korunmaktadır. FSEK ile eser sahiplerine mali ve manevi haklar tanınmıştır. Eser niteliğinde olan yazılımların çoğaltılması, yayılması (piyasaya sürülmesi), umuma iletilmesi gibi mali haklar, münhasıran eser sahibine aittir. Bu hakların üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi için eser sahibinin izni gerekir. Bu bağlamda, yazılımların ikinci el olarak yeniden piyasaya sürülebilmesi için de kural olarak eser sahibinin izni gerekmektedir. Yazılımların, eser sahibinden izin alınmaksızın hukuka uygun olarak yeniden piyasaya sürülebilmesinin tek yolu, tükenme ilkesinin uygulanmasının/ tükenmenin şartlarının gerçekleşmesidir. Bunun için yayma hakkı kapsamında olan bir eylem bulunmalı, yazılım, mülkiyetin devri sonucunu doğuran bir işlemle devralınmış olmalı, ilk satım veya dağıtım eser sahibinin izni ile yapılmalı ve devreden, elindeki yazılım nüshasını yok etmiş olmalıdır.

Yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını tespiti için, her şeyden önce yazılımın yayma hakkı kapsamında kalan bir fiille devralınması gerekir. Yazılımlar, i) CD, DVD gibi maddi varlığa sahip olarak, ii) OEM sürümlü (bilgisayara yüklenmiş) olarak, iii) internet üzerinden indirilerek devralınmaktadır. Üç ihtimal de ayrıntılı olarak değerlendirilmekle birlikte, çalışma ile esas olarak internette indirilmek suretiyle devralınmış yazılımların tükenme kapsamında olup olmayacağı hususuna yoğunlaşmıştır. Bu çerçevede, konu ile yakın ilişkileri nedeniyle, çalışmanın ilk kısmında yayma, çoğaltma ve umuma iletim hakları ile genel olarak tükenme ilkesinin uygulanma şartları incelenmiş, ikinci kısımda ise yazılımların ikinci el satışının tükenme ilkesinin kapsamında olması için bulunması gereken şartlar ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

1. YAYMA, ÇOĞALTMA VE UMUMA İLETİM HAKLARI

A. Yayma Hakkı

FSEK m. 23 uyarınca yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa sunulması veya diğer

¹ Lale Ayhan İzmirli, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 23.

² Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 1. Bası, XII Levha, 2012, s. 415.

³ Ayhan İzmirli, s. 119.

⁴ Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler”, Tekin Memiş (Ed.) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Oniki Levha, 2011, s. 574. (İkinci El İşlemler)

⁵ Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 151. (Eser)

⁶ Mustafa Aksu, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, 1. Bası, Beta, 2006, s. 48-49. (Bilgisayar Programları)

⁷ Pelin Özkaya / Refik Samet, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 6(1), 2020, s. 20.

⁸ Ateş, Eser, s. 152.

⁹ Bilgisayar programı kavramının kapsamına ilişkin bkz. Mustafa Aksu, “Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF)*, 72(1), s. 807-830.

yollarla dağıtılması gibi yetkileri içeren eser sahibinin mali haklarındandır. Bu çerçevede, yayma hakkı eserin aslının veya nüshalarının piyasaya sürülmesi, ticarete sunulması¹⁰, ticaret mevkiine konulması¹¹ olarak da ifade edilebilir. Eserin, yayma hakkı çerçevesinde piyasaya sürülmesine karar verme yetkisi, münhasıran eser sahibine aittir. Bununla birlikte, yayma hakkından bahsedilebilmesi için eserin piyasaya sürülmesinin, muhakkak ticari amaçlarla yapılması gerekmez. Ticari bir amaç bulunmasa da eserin piyasaya sürülmesi, yayma hakkı kapsamında eser sahibinin iznine tabi olacaktır¹².

FSEK 23'te yayma hakkı kapsamında eser sahibinin sahip olduğu yetkiler, kiralama, ödünç verme, satışa çıkarma ve diğer yollarla dağıtma olarak ifade edilmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere, yayma hakkının kullanılması için mülkiyetin devri gerekmemekte, zilyetliğin devri yeterli olmaktadır¹³. Öte yandan, hükümden geçen "diğer yollarla dağıtma" ifadesi de buradaki yetkilerin sınırlı sayı prensibi ile sayılmadığını göstermektedir. Bu çerçevede, mülkiyetin veya zilyetliğin devri sonucunu doğuran her türlü piyasaya sürme eylemi, yayma hakkı kapsamında değerlendirilir.

Borçlar hukuku anlamında kiralama, bir şey veya hakkın kullanma yetkisinin belirli bir bedel karşılığında, başkasına devrini ifade eder. FSEK m. 23 anlamında kiralama ise bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının belirli bir ivaz veya ekonomik bir menfaat karşılığında, sınırlı bir zaman için üçüncü bir kişinin kullanımına bırakılması şeklinde tanımlanabilir¹⁴. Buradaki ivaz veya menfaat kavramları geniş yorumlanmalıdır¹⁵. Buna göre, ivaz veya menfaat, bir bedelin ödenmesi şeklinde olabileceği gibi, herhangi bir olumlu ekonomik sonucun elde edilmesi şeklinde de olabilir¹⁶. FSEK m. 23

¹⁰ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012 s. 162.

¹¹ Bozbel, s. 113; Veysel Başpınar / Doğan Kocabey, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2007, s. 110.

¹² Bozbel, s. 113; Levent Yavuz / Türkay Alıca / Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. I, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, s. 943; Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 173 (Haklar); Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)*, 1. Bası, Beta, 2004, s. 203; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 1988, s. 127.

¹³ Bozbel, s. 112.

¹⁴ Cahit Suluk / Rauf Karasu/ Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 88; Ateş, Haklar s. 416; Bozbel, s. 115; Tekinalp, s. 188.

¹⁵ Tekinalp, s. 188-189.

¹⁶ Tekinalp, s. 189.

anlamındaki kiralamadan bahsedilebilmesi için, maddi bir ortamda sabitleşmiş eser veya nüsha, *nesne* olarak, diğer bir ifadeyle **somutlaşmış** olarak bir başkasının kullanımına bırakılmalıdır¹⁷. Bu çerçevede, fikir ve sanat eserleri üzerindeki yayma hakkının belirli bir bedel karşılığında, belirli bir zaman dilimi için kullanımının devrine ilişkin sözleşmelerin, kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, lisans sözleşmesinden bahsedilmesi gerekir.

Ödünç verme, bir şeyin kullanımının sınırlı bir süreyle, karşılıksız olarak üçüncü kişiye bırakılmasıdır¹⁸. Telif hukuku bakımından önem arz eden ödünç, kamuya verilen ödünçtür¹⁹. Diğer bir ifadeyle, telif hukukunda ödünç verme kavramıyla kamuya ödünç verme kastedilmektedir²⁰. Kamuya ödünç verme, eserin herhangi bir ticari amaç bulunmaksızın kamuya açık kurumlar tarafından toplumun yararlanmasına açık tutulmasıdır²¹. Örneğin, bir kitabın bir halk kütüphanesinde bulundurulması, belirli bir süre için okuyucuların kullanımına sunulması, kamuya ödünç verme teşkil eder. Bu durumda, ödünç veren ekonomik veya ticari bir menfaat sağlanmamakta, eserin kullanımı kamunun yararlanması için üçüncü kişilere bırakılmaktadır²². Kamuya ödünç verme de yayma hakkı kapsamında olduğundan, eser sahibinin iznine tabidir. Bu çerçevede, kütüphaneler tarafından bedeli ödenerek satın alınan kitapların eser sahibinden izin alınmaksızın okuyucuların istifadesine sunulması, eser sahibinin yayma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Buna karşılık, kişisel ödünç verme yayma hakkının ihlaline neden olmaz²³.

Satışa çıkarmak, eserin belirli bir bedel karşılığında mülkiyetinin devri amacıyla satışa sunulmasını ifade eder²⁴. Diğer yollarla dağıtma ifadesi ise eserin asıl ve çoğaltılmış nüshalarının satım, kiralama ve ödünç verme dışında kalan yöntemlerle piyasaya sürülmesi olarak değerlendirilebilir²⁵. Eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki hakkın bedelsiz olarak bir başkasına

¹⁷ Ateş, Haklar, s. 416; Tekinalp, s. 189.

¹⁸ Bozbel, s. 116; Ateş, Eser, s. 418.

¹⁹ Ateş, Haklar, s. 419.

²⁰ Nal/Suluk (Karasu), s. 88; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 947.

²¹ Ateş, Haklar, s. 419; Tekinalp, s. 190.

²² Tekinalp, s. 187-188.

²³ Nal/Suluk (Karasu), s. 88; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 947.

²⁴ Ateş, Haklar, s. 170.

²⁵ Ateş, Haklar, s. 172; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948.

bağış yoluyla devredilmesi, nüshaların trampa sözleşmesine konu edilmesi veya şirkete sermaye olarak getirilmesi, diğer yollarla dağıtmaya örnek olarak verilebilir²⁶. Yine eserin aslı veya nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı, kiralanması veya dağıtılması da yayma hakkı kapsamındadır.

Yayma hakkı, uygulamada genellikle, çoğaltma hakkından sonra kullanılır. Bu nedenle, yayma hakkı ile çoğaltma hakkı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır²⁷. Çoğaltma hakkı, yayma hakkının hazırlayıcı bir basamağı olup, bu haklar birbirlerinin tamamlayıcısı konumundadır²⁸. Ancak, yaymanın gerçekleşmesi için çoğaltmanın yapılması şart değildir. Eserin tek nüshalık aslının piyasaya sürülmesi ile de yayma hakkı kullanılmış olur²⁹.

Doktrindeki yaygın kanaate göre, yayma eyleminin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, eserin veya nüshalarının *fiziksel* olarak, başka bir deyişle *fiziki bir ortamda sabitlemiş* olarak piyasaya sürülmesi gerekir³⁰. Böylece bu görüşe göre, yalnızca maddi varlığa sahip eserler yayma hakkına konu olabilir, maddi varlığa sahip olmayan eserlerin yayma hakkına konu olması mümkün değildir³¹. Zira FSEK m. 23'te sayılan fiiller ile madde metninde geçen “nüsha” ifadesi, bu görüşteki yazarlara göre, eserin sabitlemiş ve cisimleştirilmiş maddi bir eşyaya ihtiyaç gösterdiğini ifade etmektedir³². Bu çerçevede, eserin veya nüshalarının telli veya telsiz araçlarla örneğin, tele-pazarlama ve elektronik ticaret gibi yöntemlerle sabitlemiş fiziki nüshalarla satışı da yayma niteliğindedir³³. Buna karşılık, eserin maddi varlığa sahip olmayan dijital nüshaların internetten indirilmesi (*download*) suretiyle satılması, kiralanması veya ödünç verilmesi yaymanın değil, çoğaltma veya umuma iletim haklarının konusunu oluşturur³⁴.

²⁶ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948.

²⁷ Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, 1. Bası, Oniki Levha, 2015, s. 33.

²⁸ Bozbel, s. 110.

²⁹ Nal/Suluk (Karasu), s. 87; Demirbaş, s. 33; Başpınar/Kocabey, s. 110; Tekinalp, s. 186.

³⁰ Nal/Suluk (Karasu), s. 87; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941; Bozbel, s. 111; Başpınar/Kocabey, s. 111.

³¹ Demirbaş, s. 32; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 942; Bozbel, s. 111.

³² Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941; Bozbel, s. 111.

³³ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948.

³⁴ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 948; Nal/Suluk (Karasu), s. 88; Demirbaş, s. 32; Bozbel, s. 112. Nal ve Suluk burada çoğaltma hakkının söz konusu olduğunu ifade ederken, Demirbaş ve Bozbel, bu durumun umuma iletim hakkının konusunu oluşturduğunu belirtmektedir.

Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, FSEK m. 23'te yer alan “nüsha” ifadesi, yayma hakkının eserin yalnızca maddi kopyaları ile sınırlı olduğu yönündeki görüşü tam olarak desteklememektedir³⁵. Zira “nüsha” kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Diğer bir ifadeyle, *nüsha* kavramının yalnızca fiziki/maddi nüshaları ifade ettiği şeklinde kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine söz konusu maddede yer alan “çoğaltılmış nüsha” ifadesi, eserin maddi çoğaltmalarının yanında gayri maddi çoğaltmalarının da yayma hakkının kapsamında olabileceği izlenimini vermektedir³⁶. Bu nedenle, FSEK m. 23'ün mevcut metninde, eserin gayri maddi nüshalarının internet üzerinden satılmasının yayma hakkı kapsamında kabul edilmesi için hiçbir hukuki engel bulunmadığı kanaatini taşımaktayız. Bu bağlamda, biz de eserin internet üzerinden indirilmek suretiyle **sürekli ve tam** yetki verilerek edinilmesi durumunun, yayma hakkı kapsamında ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz³⁷. Bununla birlikte, 2017 yılında yayımlanan 5846 sayılı FSEK'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı m. 6'da “*Bir eserin fiziki nitelikteki aslını veya çoğaltılmış nüshalarını; kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak suretiyle yayma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” denilerek, yayma hakkının **yalnızca eserin fiziki nüshaları** için söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bu taslağın yasalaşması halinde, yayma hakkının kapsamına ilişkin tartışmalar sona erecek olsa da hızla gelişen teknolojik gelişmeler nedeniyle olması gereken hukuka ilişkin tartışmaların devam edeceği açıktır.

Bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının, kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya diğer yollarla dağıtılması eylemlerinin yayma kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu eylemlerin *umuma yönelik* olması gerekir³⁸. Diğer bir ifadeyle, yayma eyleminin eser sahibinin kişisel çevresi dışında bulunan, sınırlanmamış ve kontrol altında tutulamayacak üçüncü kişilere karşı gerçekleştirilmesi gerekir³⁹. Eser sahibinin kişisel alanı kapsamında bulunan satış, kiraya veya ödünç verme durumlarında yayma hakkı kullanılmış olmaz. Bu çerçevede, bir eserin piyasaya sürülmesinden önceki reklam faaliyetleri, ilan ve broşürler yayma hakkı kapsamında değerlendirilecekken, esere ilişkin katalogların eser sahibine teslimi,

³⁵ Başpınar/Kocabey, s. 113.

³⁶ Başpınar/Kocabey, s. 113.

³⁷ Aksu, UsedSoft, s. 24; Yıldırım, s. 574; Kaplan, s. 133; Dalyan, s. 144.

³⁸ Bozbel, s. 112; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941.

³⁹ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 941;

umuma yönelik bir faaliyet olmadığından, yayma hakkının kullanımı olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁰.

B. Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma, eserin sabit bir madde üzerine tespit edilerek sonraki kullanımlar için elverişli hale getirilmesi işlemidir⁴¹. Bir diğer ifadeyle, eserin veya kopyalarının aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak tekrarlanacak şekilde nesneleştirilmesini sağlayan teknik işlem, çoğaltma olarak isimlendirilir⁴². Çoğaltma ile eserin yeni bir cisimleşmiş biçimi meydana getirilmektedir⁴³. Başka bir ifadeyle, çoğaltma, bir eserin maddi varlığının insanın duyu organları vasıtasıyla algılanabilir hale getirilmesidir⁴⁴. Bu çerçevede, bir yazarın kendi fikrini kaleme alması şeklindeki eserin ilk tespiti de bir çoğaltmadır⁴⁵.

Çoğaltmanın varlığının kabul edilebilmesi için, *eserin aslı ile aynı şekilde yararlanma imkanını veren bir kopyasının bulunması* gerekir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, çoğaltma aslın aynısının kopyalanmasıdır⁴⁷. Bu çerçevede, bir konserde söylenen bir şarkının videoya çekilmesi durumunda çoğaltma kapsamına giren bir eylem söz konusu olurken, şarkı söylerken fotoğraf çekilmesi çoğaltma olarak nitelendirilemez. Zira fotoğraf sonucunda eserin aslının aynısının kopyalandığı, başka bir ifadeyle eserden aynı şekilde yararlanma imkânı veren bir kopyanın oluşturulduğu söylenemez. Buna karşılık, eylemin çoğaltma sayılabilmesi için tespit türü, tarzı, kullanılan vasıta, yöntem ya da usul, kullanılan teknik veya materyal önemli değildir⁴⁸. Bir eserin el yazısıyla veya yazıcıdan çıktı alınarak kopyalanması, CD, DVD veya bilgisayarın hard diskine kaydedilmesi, el yazısı bir eserin dijital ortama aktarılması, eserin

fotokopisinin çekilmesi, çoğaltma niteliğinde eylemlerdir⁴⁹. Çoğaltma sonucu elde edilen nüsha sayısının bir önemi bulunmadığı gibi⁵⁰ eylemin çoğaltma kapsamında değerlendirilebilmesi için aslın tamamının kopyalanmış olması da gerekmemektedir⁵¹. Aslı ile aynı şekilde eserden yararlanma imkânı veren tek bir nüshanın varlığı ya da eserin kısmen kopyalanmış olması çoğaltma niteliğindedir. Bu çerçevede eserin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması, eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltmaya örnek teşkil eder (FSEK m. 22/2). Bilgisayar programları açısından çoğaltma işlemi, bilgisayar programından ikinci bir kopyanın çıkarılması, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması ve depolanması gibi işlemleri kapsar (FSEK m. 22/3)⁵². Buna karşılık, bilgisayar programının ara belleğe yüklenmesinin, diğer bir ifade ile bilgisayar programının çalıştırılmasının, çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceği, bu durumun bir kitabın okunması, bir sanat eserine bakılması gibi değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³.

Çoğaltma için öncelikle eserin fiziksel bir ortama tespiti gereklidir⁵⁴. Eserin, CD, DVD, hard disk, kitap gibi taşıyıcı materyallerle tespiti çoğaltmadır⁵⁵. Bu durum çoğaltma hakkı ile temsil hakkı arasındaki sınırı oluşturur. Buna göre, bir şarkının konserde okunması, bir tiyatro oyununun sergilenmesi, sinema eserinin salonda gösterimi çoğaltmanın değil, temsil hakkının kapsamına girmektedir. Buna karşılık, tiyatronun veya bir şarkının CD'ye kaydedilmesi, bir güzel sanat eseri niteliğindeki tablonun takvim görselinde kullanılması, birer çoğaltma niteliğindedir.

Çoğaltma eylemi fikri ürünün niteliğine göre farklı yöntem ve araçlarla gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede, fotokopi, matbaa gibi mekanik veya elektronik vasıtalar, işaret, ses ve görüntü nakline ve tekrarına yarayan CD, DVD gibi araçlar, geleneksel çoğaltma yöntemleri olarak nitelendirilebilir. Bilim ve teknik alandaki gelişmeler, geleneksel çoğaltma yöntemlerine ek

⁴⁰ Bozbel, s.113.

⁴¹ Ateş, Haklar, s. 164.

⁴² Tekinalp, s. 184.

⁴³ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 817.

⁴⁴ Bozbel, s.105-106.

⁴⁵ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 817.

⁴⁶ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 822.

⁴⁷ Nal/Suluk (Karasu), s. 85.

⁴⁸ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 821; Ateş, s. 165; Bozbel, s. 107.

⁴⁹ Nal/Suluk (Karasu), s. 86.

⁵⁰ Ateş, Haklar, s. 165; Nal/Suluk (Karasu), s. 85.

⁵¹ Bozbel, s. 106.

⁵² Ateş, Haklar, s. 167; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 841; Bozbel, s. 109.

⁵³ Bozbel, s. 109.

⁵⁴ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 822; Nal/Suluk (Karasu), s. 85; Bozbel, s. 106.

⁵⁵ Nal/Suluk (Karasu), s. 85.

yeni yöntemler ortaya çıkarmıştır⁵⁶. Örneğin internet sayesinde her türlü yazılı metinler, hareketli hareketsiz görüntüler, sözler ve sesler dünyanın her yerinden çok kısa bir süre içerisinde gönderilebilir ve algılanabilir hale gelmiştir⁵⁷. Bu şekilde internet ortamında bulunan eserler bilgisayarın sabit diskine, kâğıda veya CD, DVD gibi ortamlara kaydedilmek suretiyle çoğaltılabilir⁵⁸. İnternet üzerinden yapılan çoğaltmalarda eserin aslına uygun ve istenilen sayıda çoğaltma imkânı bulunmakta ve eserden milyonlarca sayıda kopya çıkarılsa bile, çoğaltılan nüshaların aslından hiçbir farkı bulunmamaktadır⁵⁹.

FSEK m. 22/1 uyarınca, “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.*” Buna göre, eserin aslı ve kopyalarından yapılan çoğaltma hakkı, münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahibinin, eserden ekonomik olarak yararlanabilmesinin en eski ve en yaygın yolu olan çoğaltma hakkı, fikir ve sanat eserleri hukukunun çekirdeğini oluşturmaktadır⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, bu hak eser korumasının özü ve temelidir⁶¹. Öyle ki, doktrinde, diğer tüm hakların, çoğaltma hakkından türediği ifade edilmektedir⁶². Eser sahibi, kendisine münhasır olarak tanınmış olan bu hakkı kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de devredebilir.

Çoğaltılan nüshaların yayma hakkına konu edilmemiş olması, eylemin çoğaltma hakkı niteliğini etkilemez. Diğer bir ifadeyle, çoğaltılan nüshaların piyasaya sürülmemiş olması, ihlali ortadan kaldırmaz. Zira FSEK m. 20/1 gereğince mali haklar birbirinden bağımsızdır ve çoğaltma ile yayma hakkı ayrı eylemleri kapsayan mali haklardır.

C. Umuma İletim Hakkı

Umuma iletim hakkı, eserin radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli ve telsiz yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla veya işaret, ses ve görüntü nakline yarayan herhangi bir araç veya yöntemle umuma iletilmesi suretiyle ekonomik

⁵⁶ Ateş, Haklar, s. 167.

⁵⁷ Ateş, Haklar, s. 167.

⁵⁸ Bozbel, s. 106-107.

⁵⁹ Ateş, Haklar, s. 168.

⁶⁰ Tekinalp, s. 184.

⁶¹ Merdivan (Yavuz/Alica), s. 821.

⁶² Tekinalp, s. 184; Başpınar/Kocabey, s. 114.

menfaat elde edilmesi yetkisi olarak tanımlanabilir⁶³. Geniş anlamda umuma iletim hakkı; bir eserin işaret, ses ve görüntü kaydedici nitelikteki herhangi bir cihaza tespiti yapılmadan, diğer bir ifadeyle canlı olarak, doğrudan doğruya topluma iletimini içerdiği gibi eserin doğrudan veya dolaylı olarak temsilinin işaret, ses ve görüntü tekrarına yarayan araçlara yapılan tespitlerinin sonradan yayınlanması suretiyle iletimini de içerir⁶⁴. Dar anlamda umuma iletim ise eserin aslı veya kopyalarının işaret, ses ve görüntü nakli için kullanılan araçlarla kişinin aile bağı gibi yakın ilişki içinde bulunmadığı veya özel olarak tanımlanarak sınırlandırılmamış kişilere sunulmasıdır⁶⁵.

Umuma iletim hakkı, FSEK m. 25 ile düzenlenmiştir. Buna göre, “*bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 25/1).*” Bu çerçevede, umuma iletim hakkının konusunu bir merkezden elektromanyetik dalgalarla gönderilen seslerin, işaretlerin, metinlerin veya resimlerin umuma iletilmesi ve bunların radyo, televizyon gibi alıcılar vasıtasıyla algılanabilir kılınması oluşturur⁶⁶. Umuma iletimin yayın veya yeniden yayın şeklinde gerçekleşmesinin hakkın kapsamını tespit bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Yayın hakkı gibi yeniden yayın hakkı da münhasıran eser sahibine aittir.

FSEK m. 25/2 uyarınca, “*Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.*” Hemen belirtmek gerekir ki, FSEK m. 25/2’de yer alan eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli ve telsiz araçlarla satışı veya diğer yollarla kamuya dağıtılması, yayma hakkının konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle doktrinde bir görüşe göre, bu düzenlemenin FSEK m. 23 hükmü altında yer alması daha isabetli olurdu⁶⁷.

⁶³ Ateş, Haklar, s. 187.

⁶⁴ Ereli, s. 157.

⁶⁵ Ereli, s. 57.

⁶⁶ Bozbel, s. 125.

⁶⁷ Ateş, Haklar, s. 190; Suluk/Nal (Karasu), s. 93.

Buna karşılık, doktrindeki diğer bir görüşe göre, FSEK m. 25/2’de yer alan bu düzenleme, eser sahibine yayma hakkı dışında yeni haklar tanımaktadır⁶⁸. Bu görüşe göre, eserin fiziki nüshaya dönüşmeden canlı iletiminin veya tespitinin internet ortamında online biçimde satışı ve devri, bir yönüyle gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim sağlanması, diğer yandan da eserin telli ve telsiz araçlarla satışı niteliğindedir⁶⁹. Diğer bir ifadeyle eserin fiziki bir nüshaya dönüştürülmeden gayri maddi olarak satışı, umuma iletim hakkı kapsamında münhasıran eser sahibine aittir.

Bu çerçevede, FSEK m. 25 uyarınca, umuma iletim hakkının içerdiği yetkiler şunlardır; i) eserin radyo ve televizyon ya da uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla umuma iletilmesi, ii) eserin dijital iletim dahil işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesi, iii) telli veya telsiz her türlü araçla yayımlanmış eserlerin yeniden umuma iletilmesi, iv) gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimi sağlamak suretiyle umuma iletim. Burada makale konusu için arz ettiği önem nedeniyle özellikle son (iv.) yetkiye değinmek gerekmektedir. WIPO Telif Hakları Andlaşmasının “Kamuya İletim Hakkı” başlıklı 8. maddesi incelendiğinde FSEK m. 25/2’de yer alan bu yetkinin söz konusu Andlaşmadan esinlenerek düzenlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim Andlaşma m. 8’e göre, “*edebiyat ve sanat eserleri sahipleri, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir*”. Hükümde geçen “*toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesi*” ifadesinin bireyler tarafından **istenilen zaman ve yerde** bir web sayfasındaki *eserlerin gözlenebilmesi veya bir internet sunucusundaki dosyaların kişisel bilgisayarlara veya çeşitli dijital ortamlara indirilebilmesi, kopyalanabilmesi, yüklenbilmesi* gibi eylemleri kastettiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Bu çerçevede söz konusu Andlaşmadan esinlenerek kaleme alınan FSEK m. 25/2’nin de bu şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹.

⁶⁸ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1108.

⁶⁹ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1105.

⁷⁰ Ateş, Haklar, s. 193.

⁷¹ Ateş, Haklar, s. 193.

Anılayetki bakımından merkez nokta, esere erişilebilirlik sağlanmasıdır⁷². Esere gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişim sağlamak, en bilinen yöntemiyle eserin internete konulması yoluyla gerçekleşir⁷³. Diğer bir ifadeyle, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı, eserlerin elektronik ortamda, özellikle internette umuma sunulmasıyla ilgilidir⁷⁴. Esere ne zaman erişilebileceğine, ondan faydalanmanın ne zaman gerçekleşeceğine kullanıcının kendisi karar veriyorsa, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı söz konusudur⁷⁵. Bu çerçevede, bir bilgisayar programının, bir şarkının, bir makalenin veya bir sinema filminin, gerçek kişilerin seçtiği yer veya zamanda dinlenmesi, izlenmesi, okunması, kişisel bilgisayara indirilmesine imkân verecek şekilde internet sayfasına konulması, eserin çoğaltılması ve umuma iletim hakkı kapsamında yer alır ve eser sahibinin iznini gerektirir⁷⁶.

2. YAYMA HAKKININ TÜKENMESİ

A. Genel Olarak

Yayma hakkı, eser sahibinin münhasır haklarından biridir. Buna göre, eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak eser sahibinin kararına bağlıdır⁷⁷. Ancak eser sahibine tanınmış olan bu hak, sınırsız değildir. FSEK m. 23/2’nin son cümlesi uyarınca, “*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*.” Buna göre, eserin veya çoğaltılmış nüshaların üzerindeki mülkiyet hakkının devredilerek yayma hakkının kullanılmasından sonra, eserin aslı veya çoğaltılmış nüshasının mülkiyet hakkını devralan kişi tarafından yeniden satışı ya da dağıtımını, yayma hakkının ihlali sonucunu doğurmaz⁷⁸. Bu durum, “*yayma hakkının tükenmesi*” veya “*tükenme ilkesi*” olarak adlandırılmaktadır. Böylece eserin veya nüshalarının satışına veya dağıtımına eser sahibi

⁷² Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1101.

⁷³ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1101.

⁷⁴ Bozbel, s. 137.

⁷⁵ Bozbel, s. 137.

⁷⁶ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 1103.

⁷⁷ Tekinalp, s. 191.

⁷⁸ Ateş, Haklar, s. 411; Nal/Suluk (Karasu), s. 12.

tarafından bir kez izin verilmesi durumunda, bu iznin daha sonraki tüm satışlar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Diğer bir ifadeyle, eser sahibinin izniyle, eserin aslının veya nüshalarının ülke sınırları içerisinde ilk defa satılması veya dağıtılmasından sonra yeni malikler tarafından tekrar satılması veya dağıtılması, eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez⁸⁰. Bu çerçevede, tükenme ilkesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesiyle beraber, yayma hakkı sona erer; ilkenin uygulanması hususunda taraf iradelerinin herhangi bir rolü olamaz, ilkenin uygulanmayacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçersiz olur⁸¹.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda tükenmesi ilkesi, yalnızca yayma hakkı için söz konusu olabilir. Buna göre, diğer mali hakların tükenmesinden bahsedilemez⁸². Tükenme ilkesi yayma hakkından kaynaklanır ve onunla sınırlıdır⁸³. Fakat tükenme ilkesi yayma hakkı kapsamındaki tüm fiiller için de geçerli olmaz. Zira FSEK m. 23/2'nin son cümlesi ile eserin ilk satışıyla birlikte kiralama ve kamuya ödünç verme haklarının tükenmeyeceği öngörülmüştür⁸⁴. Daha basit bir ifadeyle, bir eseri satın alan bir kimse, tükenme ilkesi çerçevesinde, daha sonra o eseri tekrar satma yetkisine sahipken, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkilerine sahip değildir⁸⁵. Bunun için, eser sahibinin ayrıca kiralama ve kamuya ödünç verme yetkilerini de devretmesi gerekir. O halde, tükenme ilkesi sadece mülkiyetin devrine yol açan durumlarda, eser sahibinin yayma hakkı ile sınırlı olarak uygulama alanı bulabilecektir⁸⁶.

Kiralama ve kamuya ödünç vermenin tükenme ilkesinin kapsamı dışında tutulmasının nedeni, eser sahibinin izni dışında gerçekleştirilen bu hukuki işlemlerin, eser sahibinin ekonomik menfaatlerine vereceği zararın büyük olma ihtimalidir. Zira hem kiralama hem de kamuya ödünç vermenin eserin piyasadaki satışının azalmasına neden olacağı açıktır. Bu durum da

⁷⁹ Tekinalp, s. 191.

⁸⁰ Demirbaş, s. 33-34; Yıldırım, s. 573.

⁸¹ Yıldırım, s. 572.

⁸² Aslan, s. 202.

⁸³ Tekinalp, s. 191.

⁸⁴ Ateş, s. 415; Tekinalp, s. 187; Bozbel, s. 114.

⁸⁵ Ateş, s. 419.

⁸⁶ Başpınar/Kocabey, s. 111; Mustafa Aksu, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açından Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015(1), s. 6. (Usedsoft)

eser sahibinin gelir kaybına uğramasına sebep olacaktır. Hatta doktrinde, gerçekte hiçbir eylemin eser ve mali hak sahibine kiralama ve kamuya ödünç verme kadar zararlı olmayacağı ifade edilmiştir⁸⁷. Bu nedenle, kiralama ve kamuya ödünç verme yoluyla eserin yeniden değerlendirilmesi yetkisi tükenme ilkesinin kapsamına girmeyecek⁸⁸, eser nüshasının mülkiyetinin devredilmesinden sonra da bu yetkiler eser sahibinde kalacaktır. Bu çerçevede, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını satın alan kişi, eser sahibinden izin almadığı sürece onu başkalarına kiralayamaz ve kamuya ödünç veremez.

Tükenme ilkesinin konusu, yayma hakkının soyut bir şekilde kendisi olmayıp, eserin aslı ve nüshaları üzerindeki yayma hakkıdır⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, yayma hakkı bir bütün olarak tükenmez, yalnızca eser sahibinin izniyle piyasaya sürülmüş olan somut ürünler üzerinde tükenir⁹⁰.

Fikirve sanateserlerihukukunda, "ülkeseltükenmeilkesi" benimsenmiştir⁹¹ (FSEK m. 23/2). Bu durum, hükümde geçen "nüshaların ülke sınırları içerisinde ilk satışı ve dağıtımı" ifadesinden kolaylıkla anlaşılmaktadır. Buna göre, eser veya hak sahibi eseri bir kez Türkiye'de satmış veya dağıtmış ise eserin bundan sonraki satım veya dağıtımına müdahale edemez.

Tükenme ilkesi emredici olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda tükenme ilkesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi ile yayma hakkı kendiliğinden, başka hiçbir şey yapılması gerekmeksizin tükenir. Diğer bir ifadeyle, taraflar sözleşme ile tükenme ilkesinin uygulanmayacağını kararlaştırsalar dahi FSEK m. 23/2'deki şartların gerçekleşmesiyle beraber tükenme ilkesi uygulama alanı bulur.

Tükenme ilkesi, esas olarak eser sahiplerinin menfaatleri ile eser nüshasının mülkiyetini elinde bulunduran kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin menfaatleri arasında bir denge işlevi görmektedir⁹². Bunun yanında tükenme

⁸⁷ Tekinalp, s. 188.

⁸⁸ Suluk (Karasu/Nal), s. 12.

⁸⁹ Suluk (Karasu/Nal), s. 12; Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 192.

⁹⁰ Suluk (Karasu/Nal), s. 12; Merdivan (Yavuz/Alica), s. 957; Bozbel, s. 114.

⁹¹ Aslan, s. 205; Bozbel, s. 114; Şener Dalyan, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 19; Çelik, s. 192-193.

⁹² Ahunur Açıköz, *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi*, 1. Bası, Oniki Levha, 2021, s. 72; Mustafa Aksu, "Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Değerlendirilmesi ve İnternette İndirilen Bilgisayar

ilkesinin diğer bir işlevi de ikinci el piyasasının oluşmasında önemli bir rol oynamasıdır. Fikir ve sanat eserleri hukukuna konu eserlere ilişkin ikinci el piyasasının gelişiminin, toplumun bilgi ve teknolojiye ulaşımını kolaylaştırarak ülkesel kalkınma ve büyümenin artmasına fayda sağlayacağı açıktır⁹³.

B. Uygulanma Şartları

1. Yayma Hakkı Kapsamına Giren Bir Eylem Bulunmalı

Fikir ve sanat eserleri hukukunda tükenme ilkesi yalnızca yayma hakkı bakımından düzenlenmiştir. Bu çerçevede, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce yayma hakkı kapsamına giren bir eylemin bulunması gerekir. Bununla birlikte, tükenme ilkesi yayma hakkı kapsamında yer alan tüm filler için uygulanmaz. FSEK m. 23/2, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkilerini tükenme ilkesinin kapsamı dışında bırakmıştır. Bu çerçevede, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için ilk piyasaya sürme eyleminin satış veya dağıtım gibi bir işlemle gerçekleşmesi gerekir⁹⁴.

2. Eylem Mülkiyet Hakkının Devri Sonucunu Doğurmalı

Kanun metni kiraya ve kamuya ödünç verme eylemlerini tükenme ilkesinin kapsamı dışında bıraktığından, yayma hakkının tükenebilmesi için ilk satış ya da dağıtım ile ilişkili işlemin, eserin aslı veya nüshası üzerindeki *mülkiyet hakkının devri sonucunu doğurması* gerekir⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, eser örneğinden *tam yararlanmaya imkân verecek şekilde kesin bir devir söz konusu olmalıdır*⁹⁶. Bu çerçevede, eserin veya nüshalarının bağış veya trampa yoluyla devredilmesi ya da bir şirkete sermaye olarak getirilmesi şeklinde dağıtılması durumunda tükenme ilkesi uygulanabileceksen, eserin veya nüshaları üzerindeki tasarruf hakkının sona ermesine neden olmayacak şekilde kiraya veya kamuya ödünç verilmesi, finansal kiralamaya konu edilmesi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılması, bunların üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması durumlarında tükenme ilkesi uygulanmaz⁹⁷.

programları Açısından Yayma Hakkının Tükenmesi Sorunu”, Tekin Memiş (Ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınevi, 2015, (Tükenme Sorunu), s. 36; Yıldırım, *Düşünceler*, s. 439; Dalyan, s. 189.

⁹³ Tükenme ilkesinin diğer faydaları için bkz. Açıkgöz, s. 73-74.

⁹⁴ Bozbel, s. 114; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 961; Başpınar/Kocabey, s. 111; Çelik, s. 195.

⁹⁵ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 961; Başpınar/Kocabey, s. 111; Dalyan, s. 190; Çelik, s. 195.

⁹⁶ Aksu, *Usedsoft*, s. 7.

⁹⁷ Bozbel, s. 115; Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 962; Açıkgöz, s. 88.

3. İlk Satım veya Dağıtım Eser veya Hak Sahibinin İzni ile Yapılmış Olmalı

Yayma hakkının tükenmesi için eserin veya nüshaların Türkiye’deki ilk satım veya dağıtımının eser ya da hak sahibinin izni ile yapılmış olması gerekir⁹⁸. Eserin hak sahibinin rızasıyla satım veya diğer yollarla bir kez Türkiye’de piyasaya sürülmesiyle birlikte eserin tekrar satışı veya diğer yollarla dağıtımını yönünden hak tükenmiş olur⁹⁹.

Eserin piyasaya sürülmesi doğrudan eser sahibi tarafından yapılabileceği gibi onun izniyle üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir¹⁰⁰. Piyasaya sürme fiilinin diğer bir ifadeyle, yayma eyleminin eser sahibinin izni ile üçüncü kişi tarafından yapıldığının kabul edilebilmesi için yayma hakkının devri sözleşmesinin bulunması gerekir. FSEK m. 52 uyarınca, yayma hakkını konu alan bu sözleşmelerin yazılı olması gerekir.

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için satım veya diğer yollarla dağıtım şeklindeki yayma eylemlerinin devir sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, devir sözleşmesindeki sınırlar aşarak piyasaya sürülen eser nüshaları için tükenme ilkesi uygulanamaz¹⁰¹. Bu durumlarda eser sahibi, yayma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. Örneğin, bin adet kitabın basım ve satışı için yetki verilen yayınevının bin iki yüz adet kitap basıp bunları piyasaya sürmesi durumunda, iki yüz adet kitap için yayma hakkının tükendiği ileri sürülemez ve eser sahibi, bunların ilk satış ve dağıtımında olduğu gibi daha sonraki satışlarda da yayma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir¹⁰².

4. Devralan Kişi Eseri veya Nüshalarını Kiralama ve Kamuya Ödünç Verme Dışındaki Yayma Eylemleri ile Yeniden Piyasaya Sürmüş Olmalı

Yayma hakkının tükendiğinin kabul edilebilmesi için eserin veya nüshalarının, satım veya diğer dağıtım yollarından biri ile edinilmesine ek

⁹⁸ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 961; Aslan, s. 204; Yıldırım, *İkinci El İşlemler*, s. 573; Dalyan, s. 190; Çelik, s. 194; Hamdi Pınar, *Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi*, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 2000, s. 861.

⁹⁹ Aslan, s. 204.

¹⁰⁰ Aslan, s. 207.

¹⁰¹ Pınar, s. 863-864.

¹⁰² Aslan, s. 208.

olarak, yeniden piyasaya sürülmesinin de kiralama ve kamuya ödünç verme dışında kalan yayma eylemlerinden biri ile yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için, eserin aslı veya nüshasından tam yararlanmaya imkân verecek şekilde kesin bir devrin söz konusu olması gerekir. Bu çerçevede, devralan kişi tarafından eserin yeniden satışı, trampa sözleşmesi ile devredilmesi, üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması gibi durumlarda yayma hakkı tükeneciktir.

3. TÜKENME İLKESİ ÇERÇEVESİNDE İKİNCİ EL YAZILIMLARININ SATIŞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Kurumların teknoloji değiştirmesi, daha işlevsel bir yazılımın geliştirilmesi, işçi sayısında azaltmaya gidilmesi gibi nedenlerle kullanıcılar, sahip oldukları yazılımları elden çıkarmak isteyebilir¹⁰³. Yazılımlar yüksek ücretler ödenerek devralındığından, kullanıcılar bunları yeniden değerlendirerek, ödedikleri ücretin en azından bir kısmını geri döndürebilir¹⁰⁴. Plastiklerin dahi geri dönüştürüldüğü günümüz dünyasında en büyük yatırım araçlarından biri haline gelen yazılımların ikinci el olarak yeniden kullanılması hem çok doğal hem de ülke ekonomilerinin gelişmesini destekleyebilecek önemli bir yöntemdir.

Yazılımlar, FSEK m. 2 kapsamında eser olarak korunur. Tıpkı diğer eser türlerinde olduğu gibi yazılımlar üzerinde de eser sahiplerinin manevi ve mali hakları bulunmaktadır. Yazılımların ikinci el satışı, eser sahibinin yayma, çoğaltma ve umuma iletim hakları ile yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle, yazılımların *eser veya hak sahibinin iznini almadan* üçüncü kişiler tarafından ikinci el olarak satılabilmesi, yalnızca tükenme ilkesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi durumunda mümkündür. Bu kapsamda yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, çeşitli ihtimaller de göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

B. Yazılımlar Bakımından Tükenme İlkesi

Eserin veya nüshalarının, eser sahibinin izniyle Türkiye’de ilk defa satışı veya dağıtımının yapılmasıyla yayma hakkı tükenir. Yazılımlar bakımından yayma hakkının tükendiğinin kabul edilebilmesi için, tükenmenin şartlarının

¹⁰³ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 575.

¹⁰⁴ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 575.

gerçekleşmesi gerekir. Bu çerçevede, yayma hakkı kapsamında olan bir eylem bulunmalı, ilk satım veya dağıtım eser sahibinin izni ile yapılmalı ve yazılım, kiralama ve kamuya ödünç verme dışında kalan yayma eylemleri ile piyasaya sürülmüş olmalıdır.

1. Yazılımın Mülkiyetinin Devrine İlişkin Eylemin Yayma Hakkı Kapsamında Olması

Yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını tespiti için kilit noktayı, yayma hakkı kapsamında bir eylem bulunması şartının sağlanması oluşturmaktadır. Buna göre, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi, diğer bir ifadeyle, yazılımların ikinci el piyasasında hak sahibinin izni gerekmeksizin satışının hukuka uygun olabilmesi için *ilk olarak yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olduğunun kabul edilmesi* gerekir. Bu nedenle, yazılımların ikinci el piyasasına konulmadan önce, ilk olarak, hangi yolla elde edildiklerinin ve bu yolun yayma hakkı kapsamında olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir.

Bu kapsamda üç farklı ihtimalin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk ihtimal yazılımların CD, DVD gibi maddi varlığa sahip olan nüshalarının satın alınması durumudur. İkinci ihtimal yazılımların bilgisayara yüklenmiş olarak devralınması durumudur. Bu durumda yazılım yeni bir bilgisayarla beraber, ilk ihtimale nazaran daha düşük bir bedelle devralınmaktadır¹⁰⁵. Uygulamada OEM sürümlü program olarak adlandırılan bu program da tıpkı normal sürüm programın işlevine sahiptir, bu programa göre bir eksiği bulunmamaktadır¹⁰⁶. Nihayet üçüncü ihtimal de yazılımların internetten indirilerek satın alınması durumudur.

a. Taşıyıcıya yüklü olarak devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği

Bu ihtimalde yazılım, CD, DVD, flash bellek gibi veri taşıyıcılarına yüklü olarak devralınmaktadır. Yazılım veri taşıyıcısına yüklü olarak, diğer bir ifadeyle, fiziki bir nüsha şeklinde devralındığından, buradaki devralma eyleminin yayma hakkı kapsamında bulunup bulunmadığına dair bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Bu çerçevede, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, veri taşıyıcısına yüklü olarak devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesi uygulanacak, bunların eser veya hak sahibinin izni

¹⁰⁵ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 566.

¹⁰⁶ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 566.

gerekmeksizin ikinci el olarak yeniden satılabilmesi mümkün olacaktır. Hatta tükenme ilkesi emredici olarak düzenlendiğinden, eser veya hak sahibinin yazılımların devralan tarafından tekrar satılmayacağına ilişkin, sözleşmeye koyduğu kayıtlar da geçersiz olacaktır.

b. OEM sürümü olarak devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği

“Original Equipment Manufacturers” ifadesinin kısaltılması olan OEM sürümü ile orijinal bilgisayar donanımı üreten ve bu bilgisayarlarla birlikte programı pazarlayan büyük firmalar için üretilmiş programlar kastedilmektedir. OEM sürümü yazılımlar da normal sürüm yazılım işlevine sahiptir, diğer yazılımlardan hiçbir farkı yoktur¹⁰⁷.

Burada incelenen ihtimalde yazılım, bilgisayar veya diğer donanımlara yüklenmiş olarak satın alınmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, burada bilgisayar ve yazılım aynı anda devralınmaktadır. Yazılımın donanımla beraber devredilmesi tamamen bir pazar stratejisi olup, amaç esasen bilgisayarın, yazılım yüklenmiş olarak kullanıma hazır bir şekilde satışa sunulması suretiyle satış oranını artırmaktır. Bu satış türünün ortaya çıktığı ilk yıllarda bilgisayarla beraber, bilgisayara yüklenmiş olan yazılımın aynısı CD’ye yüklü bir şekilde alıcıya teslim edilmekteydi. Burada amaç, bilgisayara yüklü olan yazılımla ilgili herhangi bir problem yaşandığında CD’deki yazılımın kullanılmasıydı. Bu nedenle, bu CD’ler kurtarma CD’si olarak adlandırılmaktadır. Ancak günümüzdeki bilgisayarsatışları incelendiğinde, yazılım yüklü olarak bilgisayar ve donanım satışı devam etmesine rağmen, kurtarma CD’si verilmesine yönelik uygulamanın terk edildiği görülmektedir. Bununla beraber, piyasada hala daha önce devralınan kurtarma CD’leri bulunmaktadır. Bu çerçevede, bu başlık altında hem kurtarma CD’lerinde bulunan yazılımlar hem de bilgisayar veya diğer donanımlarla beraber devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanabilir olup olmayacağını incelenmelidir.

(1) Kurtarma CD’sinde bulunan yazılımın durumu

Kurtarma CD’sinde bulunan yazılım bir veri taşıyıcısına yüklüdür ve yazılım yüklü CD bir kez devredildikten sonra eser sahibinin yayma hakkı tükenmiştir. Aslında bu ihtimalde yazılım bir veri taşıyıcısına yüklü olduğundan yukarıda “i”¹⁰⁸ başlığı altında yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

¹⁰⁷ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 566.

¹⁰⁸ Bkz. IV, C, 1, i) *Taşıyıcıya Yüklü Olarak Devralınan Yazılımlar İçin Tükenme*

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, tükenme ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi için diğer şartların da gerçekleşmesi gerekir.

Türkiye’de yazılımların tükenme ilkesinin kapsamında olup olmadığını değerlendiren tespit edebildiğimiz kadarıyla tek yargı kararı, kurtarma CD’lerinin ikinci el satışının eser sahibinin haklarını ihlal edip etmediğine ilişkindir¹⁰⁹. Karara konu olayda davacı Verisil Şirketi¹¹⁰ OEM lisanslı bilgisayar kullanıcılarından devraldığı yazılım yüklü kurtarma CD’sinin ikinci el satıcılığını yapmaktadır. Davalı Microsoft¹¹¹, Verisil Şirketinin, ikinci el satışını gerçekleştirdiği yazılımlar nedeniyle, telif hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle İstanbul Kartal Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat etmiş, Verisil Şirketinin elinde bulunan yazılımlara el koydurarak toplattırması ve Verisil Şirketinin bu yazılımlara ilişkin satışlarını durdurmuştur. Bunun üzerine, Verisil Şirketi tarafından yazılımların bilgisayardan silinerek, kurtarma CD’sinin ikinci el satışının Microsoft’un haklarına tecavüz oluşturmadığının tespiti talepli söz konusu dava açılmıştır. Mahkeme, yazılımın Microsoft tarafından lisans verilmek suretiyle, donanım firmasına teslim edildiği anda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla¹¹², tükenme ilkesinin sonuçlarının ortaya çıkacağına hükmetmiştir¹¹³.

(2) OEM sürümü olarak devralınan yazılımların durumu

Kurtarma CD’si bulunmaksızın OEM sürümü olarak devralınan, diğer bir ifadeyle, kurtarma CD’si verilmeksizin bilgisayarla beraber satın alınmış olan yazılımların, bilgisayardan ayrı, ikinci el satışlarının telif ihlali olup olmadığını da değerlendirilmesi gerekir. Buradaki mesele, kurtarma CD’sinin ikinci el satışına göre çok daha karışıktır. Zira bu ihtimalde, bilgisayarla beraber

İlkesinin Uygulanabilirliği.

¹⁰⁹ İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2011/96, K. 2014/117, KT. 27.06.2014. Söz konusu ilk derece mahkemesinin kararının onandığı Yargıtay Kararı: Yargıtay 11 HD. E. 2014/17376, K. 2015/8772, T. 13.07.2015 (www.kararara.com) Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

¹¹⁰ Verisil Bilgisayar Elektronik İletişim Tek. Ve Yay. Dış. Tic. Ltd. Şti.

¹¹¹ Microsoft Corporation.

¹¹² Mahkeme Microsoft tarafından verilen lisansın süresiz olduğu, yazılım başka bir bilgisayarda kullanılmaması gerektiği şeklindeki diğer tükenmenin uygulanma şartlarına da yüzeysel olsa da değinmiştir.

¹¹³ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler Konusunda Kesinleşmiş Bir Yargı Kararı Üzerine Düşüncelerimiz”, Tekin Memiş (Ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2015*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 413-444. (Düşünceler)

devralınan yazılımın ikinci el devri için bir CD'ye yüklenmesi veya internet üzerinden paylaşılması gibi, eser sahibinin çoğaltma veya umuma iletim hakları kapsamında değerlendirilebilecek eylemler söz konusudur. Bu nedenle, bu yazılımların eser veya hak sahibinin izni olmadan ikinci el satışlarının mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Zira tükenme ilkesi yalnızca yayma hakkı kapsamındaki satım ve diğer yollarla dağıtım altında değerlendirilebilecek eylemler için uygulama alanı bulur. Fakat bize göre, “*İnternette indirilerek devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği*” başlığı altında yazılımların ikinci el satışına ilişkin değinilen gerekçeler burada da geçerlidir. Nitekim, CD, DVD gibi veri taşıyıcısına yüklenmiş olarak satılan yazılımlar ile bilgisayara yüklenmiş olan yazılımlar arasında işlevsel ve ekonomik bir fark bulunmamaktadır. Aksini kabul, günümüzün teknolojik gelişmelerini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle, kanaatimizce, bilgisayarla beraber devralınan yazılımlar bakımından da diğer şartların gerçekleşmesi kaydıyla tükenme ilkesinin uygulanacağını kabul edilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

c. İnternette indirilerek devralınan yazılımlar için tükenme ilkesinin uygulanabilirliği

Fiziksel bir taşıyıcıya yüklü olmaksızın internette indirilerek devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, doktrinde uzun yıllardır tartışılmaktadır¹¹⁵. Tartışmanın ana nedenini, yayma hakkının yalnızca fiziki bir nüshaya kavuşmuş eserler bakımından kullanılabilmesi yönündeki baskın görüş oluşturmaktadır¹¹⁶. Bu görüşe göre, yazılımın internette indirilmesi durumunda fiziki bir nüsha bulunmadığından yayma hakkının kapsamına giren bir eylem bulunmamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, burada ancak umuma iletim veya çoğaltma haklarının kapsamına giren eylemler söz konusu olabilir¹¹⁷. Çoğaltma ve umuma iletim haklarının da tükenmesi mümkün olmadığından, bir eseri internette indirmek suretiyle satın alan bir kişinin, eser sahibinin izni olmadan bunu tekrar satması veya diğer yollarla dağıtması mümkün değildir.

¹¹⁴ Karşı; Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 583-584.

¹¹⁵ Aksu, Usedssoft, s. 8; Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 580; Mustafa Aksu, “Bilgisayar Programlarında Yayma Hakkının Tükenmesi Hususunda Güncel Gelişmeler ve Alman Federal Mahkemesinin Usedssoft III Kararı Üzerine Düşünceler”, Tekin Memiş (Ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, 2016* (Düşünceler), s. 21; Bozbel, s. 435.

¹¹⁶ Memiş, s. 111; Merdivan (Türkay/Alica), s. 1108; Dalyan, s. 138.

¹¹⁷ Dalyan, s. 138.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, CD, DVD gibi bir veri taşıyıcısı ile alınan yazılımların ikinci el olarak tekrar satımı mümkünken internette indirilen yazılımlar için mümkün olmaması menfaat dengesine uymamaktadır¹¹⁸. Hele ki gelişen teknolojiyle beraber artık yazılımların ticaretinin doğrudan internette üzerinden yapılması¹¹⁹ sonucunda, böyle bir ayırım ticari hayatın akışına ters düşmektedir. Milyonlarca lira ödenerek alınmış bir yazılımın sırf internette indirilerek devralındığı için yeniden değerlendirilememesi hakkaniyete de uygun düşmemektedir. Yazılımın CD veya DVD gibi bir taşıyıcıya yüklenmiş olarak piyasaya sunulması ile internette indirilmesi arasında ekonomik olarak da bir fark yoktur¹²⁰. Esasen yazılımların internette indirmek suretiyle devri ile taşıyıcı aracılığı ile devri arasında işlevsel bir farklılık da bulunmamaktadır¹²¹. Zira ister taşıyıcı aracılığıyla ister taşıyıcısız olarak devralınmış olsun, yazılımın çalıştırılması için bilgisayara yüklenerek geçici veya kalıcı çoğaltılması gerekir¹²². Buna ek olarak, diğer eser türlerinin aksine, yazılımların veri taşıyıcısına yüklenmiş kopyalarının zamanla yıpranması ve kalite kaybına uğraması söz konusu değildir¹²³. Bu nedenlerle, bilgisayar programına klasik bir yaklaşımdan ziyade işlevsel bir bakış açısıyla ve özü itibarıyla bakılması gerekir¹²⁴. Bu çerçevede, FSEK m. 23'ü teknolojik gelişmeleri ve bilgisayar programının kendine has özelliklerini göz ardı edip yalnızca lafzi yorumla değerlendirerek diğer bütün koşulları sağlayan gayri maddi nitelikteki kopyaların tükenme ilkesi kapsamı dışında tutmak pek ikna edici görünmemektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 2012 yılında verdiği meşhur *UsedSoft* kararında, yazılımların internette indirilerek edinilmesi

¹¹⁸ Yıldırım, İkinci El İşlemler, s. 581; Bozbel, s.436.

¹¹⁹ Yin Harn Lee, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2012, s. 847.

¹²⁰ Peter Menzei, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment*, *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2015, 6(1), s. 47; Hilty, M. Reto/Köklü, Kaya/Hafenbradl, Fabian, *Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the Usedssoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2013, s. 275.

¹²¹ Bozbel, s. 436.

¹²² Dalyan, s. 129.

¹²³ Açıkgöz, s. 156.

¹²⁴ Aksu, s. 18.

durumunda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla tükenme ilkesinin uygulanabileceğini kabul etmiştir¹²⁵. Ancak bu kararın dayanağının, 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesinin¹²⁶ (2009/24 sayılı Yönerge) tükenme ilkesini düzenleyen m. 4/2’de bulunan “*that copy*”¹²⁷ ifadesi olduğunun belirtilmesi gerekir. AB Hukukunda tüm eser türleri bakımından uygulama alanı bulan genel düzenleme olan Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına Dair 2001/29 sayılı Yönerge¹²⁸ m. 4/2¹²⁹’de bu kavrama karşılık “*that object*” ifadesi kullanılmıştır. “*That object*” ifadesinin eserin maddi/fiziki nüshalarına atıf yaptığı belirtilmektedir¹³⁰. Buna karşılık, ABAD, 2009/24 sayılı Yönerge m. 4/2’deki “*program kopyasının ilk satımı/the first sale of a copy of a program*” ifadesinden yayma hakkının tükenmesi için fiziki bir nüshanın bulunması gerektiği sonucunun çıkarılamayacağını, aksine düzenlemede “*program kopyası/copy of a program*” ibaresi kullanılarak kopyanın fiziki bir taşıyıcıya bağlanmış olup olmaması arasında bir ayırım yapılmadığını ifade etmiştir¹³¹. Gerçekten de Türkçe’ye obje, nesne, cisim olarak çevrilen “*that object*” ifadesinin aksine “*that copy*” ifadesinden, programın bir veri taşıyıcıya yüklenmiş olması veya

¹²⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber), 03.07.2012, C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=EN>>, Erişim Tarihi 06 Temmuz 2023, (UsedSoft olarak kısaltılacaktır).

¹²⁶ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of April 23. 2009 on the Legal Protection of Computer Programs.

¹²⁷ İlgili maddenin tam metni şu şekildedir: “*The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.*” Söz konusu düzenleme “*hak sahibinin veya onun izniyle programın kopyasının toplulukta ilk satımı, program veya kopyasının daha sonra kiralanmasını kontrol etme hakkı dışında, bu kopyanın topluluk içerisindeki yayma hakkını tüketir.*” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir.

¹²⁸ Directive 2001/21/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society.

¹²⁹ İlgili maddenin tam metni şu şekildedir: “*The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.*” Söz konusu düzenleme “*Yayma hakkı, eserin aslı veya nüshalarının hak sahibi tarafından veya onun izniyle topluluk içerisinde ilk satışı veya mülkiyetinin diğer yollarla devri durumu dışında tükenmez*” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir.

¹³⁰ Bently, L./ Sherman, B./ Gangjee, D./ Johnson, P., *Intellectual Property Law*, 5. Baskı, 2018, s. 151.

¹³¹ UsedSoft, para. 55-56; Hilty/Köklü/Hafenbradl, s. 282.

olmaması arasında bir ayırım yapıldığı sonucu çıkarılamaz¹³². ABAD’a göre, 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesi, 2001/29 sayılı Yönergeye göre özel hüküm niteliğindedir ve *bilgisayar programının internetten indirilmesi suretiyle yayma hakkı tükenmiştir*¹³³. ABAD’ın internetten indirilen bilgisayar programları için tükenme ilkesinin gerçekleşeceğine hükmettiği *UsedSoft* kararının dayanaklarından biri de 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesinde yalnızca maddi varlığı olan nüshaların yayma hakkına konu alabileceği şeklinde bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Zira 2001/29 sayılı Yönergenin 28 numaralı paragrafında yalnızca maddi varlığı olan nüshaların yayma hakkına konu olabileceği düzenlenmiştir¹³⁴. Böyle bir karar verilebilmesinin diğer bir gerekçesi de kanaatimizce 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesinde umuma iletim hakkının düzenlenmemesidir.

Doktrinde 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesi m. 4/2’nin FSEK’te karşılığının bulunmaması nedeniyle *UsedSoft* kararının Türk hukukunda uygulanamayacağı ifade edilmiştir¹³⁵. Kanaatimizce FSEK m. 23’te yer alan “*aslı ve çoğaltılmış nüsha*” ifadesi geniş yorumlanarak bu sorun aşılabilmelidir. Zira FSEK m. 23’te kullanılan “*nüsha*” ifadesi, 2001/29 sayılı Yönergenin aksine FSEK’te tanımlanmış değildir. Diğer bir ifadeyle, yayma hakkını maddi varlığı olan eser örnekleriyle sınırlandıran bir hukuki düzenleme de FSEK’te bulunmamaktadır. Yazılımların bir taşıyıcıya yüklü olarak satım veya diğer yollarla dağıtım ile internetten indirilerek satım ve dağıtım arasında da ekonomik ve işlevsel bir fark bulunmadığından, kanaatimizce internetten indirilmek suretiyle devralınan yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanmasında da hukuki bir engel yoktur. Aksi yöndeki kabul, ülkemizde yeni yeni ortaya çıkmaya başlayan ikinci el yazılım piyasasının ciddi şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurur¹³⁶. Yazılımların artık tamamen internet üzerinden indirilerek devralındığı gerçeği karşısında, teknolojik gelişmeler göz ardı edilerek tükenme ilkesinin uygulanması için maddi bir nüshanın bulunması gerektiği yönündeki ısrar büyük bir ekonomik

¹³² Menzei, s. 46; Açıköz, s. 118.

¹³³ *UsedSoft*, Para., 56,89; Hilty/Köklü/Hafenbradl, s. 282.

¹³⁴ Lee, s. 853.

¹³⁵ Merdivan (Yavuz/Alıca), s. 972. Yine Açıköz; *UsedSoft* kararında bilgisayar programlarının yayma hakkına ve tükenmeye konu olmasına yönelik tespitlerin Türk hukukunda uygulanabilir olduğunu söylemenin zor olduğunu ifade etmiştir, Açıköz, s. 144.

¹³⁶ Aynı yönde; Aksu, Tükenme Sorunu, s. 44.

hacme sahip olabilecek ikinci el yazılım sektörünü tabiri caizse doğmadan öldürecektir. Bu durumun da tüketicinin yazılıma daha uygun fiyatlarla ulaşmasını engelleyerek ülkemizdeki teknolojik gelişmeyi ve ekonomik büyümeyle yavaşlatacağı kesindir.

2. Yazılım Mülkiyetin Devri Sonucunu Doğuran Bir İşlemlerle Devralınmış Olmalı

Tükenme ilkesinin uygulanması için yaymanın yani piyasaya sürmenin ilk olarak satım veya dağıtım şeklinde gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, tükenmenin gerçekleşmesi için yayma eyleminin mülkiyetin devri sonucunu doğurması gerekir. Yazılım nüshasının devrine ilişkin bir sözleşmesinin bulunması durumunda bu şartın sağlanacağı açıktır. Ancak uygulamaya bakıldığında yazılımların daha çok lisans sözleşmesine konu olduğu tespit edilecektir¹³⁷. Lisans sözleşmeleri *hakın kullanımının devrini* konu alan sözleşmelerdir. Diğer bir ifadeyle, lisans sözleşmesi yazılımın mülkiyetinin devri sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, ilk bakışta yazılım nüshasını¹³⁸ konu alan lisans sözleşmesi, mülkiyetinin devri sonucunu doğurmadığı için burada tükenme ilkesinin uygulanmayacağı düşünülebilir¹³⁹. Ancak yazılım nüshasının *süresiz şekilde ve kesin olarak (tam) kullanılmasına* imkân sağlayan lisans sözleşmelerinin de tükenme ilkesinin uygulanması için yeterli olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁴⁰. Tükenme ilkesi için önemli olan, yazılım nüshasının süresiz şekilde ve kesin olarak (tam) kullanılmasına imkân sağlayan bir sözleşmenin bulunmasıdır¹⁴¹. Zira böyle bir sözleşme ile yazılım nüshasının mülkiyetinin devrine neden olan devir sözleşmesi arasında işlevsel olarak hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu nitelikteki yazılım lisans sözleşmelerinin de ilk satım veya dağıtım kapsamında kabul edilmesi gerekir¹⁴². O halde, önemli olan, doğrudan sözleşmenin hukuki niteliği değil,

¹³⁷ Lisans sözleşmesinin daha çok tercih edilmesinin sebebinin tükenme ilkesinin uygulanmasını önlemek olduğu hususu için bkz. Dalyan, s. 203.

¹³⁸ Burada “*nüsha*” ifadesi “*fiziki bir nüsha*” anlamında kullanılmamıştır. Buradaki kullanımın amacı FSEK m. 2 çerçevesinde eser olan yazılım üzerindeki hakların devrinin değil yazılımın bir örneğinin devrinin söz konusu olmasıdır.

¹³⁹ Menzei, s. 40.

¹⁴⁰ Aksu, *Usedsoft*, s. 19; Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 37; Menzei, s. 42.

¹⁴¹ Aksu, *Usedsoft*, s. 19; Mustafa Aksu, “İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2016/1, (Dijital Tükenme), s. 12; Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 37.

¹⁴² *UsedSoft*, Para., 48.

karşı tarafa tanınan hukuki pozisyonun hukuki niteliği ve kapsamıdır¹⁴³.

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki, tükenme ilkesinin kapsamında olan bir sözleşmede bulunan, yazılımın devrini sınırlandıran hükümler geçerli olmayacaktır¹⁴⁴. Zira tükenme ilkesi emredici olarak düzenlenmiştir ve uygulanma şartları gerçekleştiğinde yayma hakkı kendiliğinden tükenir.

3. Yazılımın İlk Satım veya Dağıtım Eser Sahibinin İzni ile Yapılmış Olmalı

Tükenmenin gerçekleşmesi için gerçekleşmesi gereken diğer şart yazılımın ilk satım veya dağıtımının eser sahibinin izni ile yapılmasıdır¹⁴⁵. Buna ek olarak, yayma hakkının süre, yer ve kapsam olarak sınırlandırılarak devredilmesi durumunda tükenme de bu sınırlara paralel olarak gerçekleşir. Ancak buradaki sınırların da hukuka uygun olması gerekir¹⁴⁶.

4. Devreden Elindeki Yazılım Nüshasını Yok Etmiş Olmalı

Tükenmenin gerçekleşmesi için bulunması gereken bir diğer şart, devreden kendinde bulunan yazılım nüshasını yok etmesi olmalıdır¹⁴⁷. Aksi durumda eser veya hak sahibinin eserden doğan hakları, tükenme ilkesi ile amaçlanandan çok daha fazla sınırlanmış olur¹⁴⁸. Hak sahibi tarafından kullanılmasına izin verilen tek bir yazılım bulunmaktadır ve bu yazılımın hem devreden hem de devralan tarafından kullanılmasının, tükenme ilkesi ile açıklanması mümkün değildir¹⁴⁹. Zira bu durumda hak sahibinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olur. Nitekim ABAD, *UsedSoft* kararında, yazılımın dijital kopyaları bakımından tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için programı devreden kişinin elinde kalan kopyayı yok etmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁰.

Uygulamada bu şartın sağlanıp sağlanmadığını tespit etmek güçtür, ancak günümüzde ulaşılan teknolojik gelişmeler, yazılımı hukuka uygun olarak

¹⁴³ Aksu, *Tükenme Sorunu*, s. 38.

¹⁴⁴ Aksu, *Usedsoft*, s. 19-20.

¹⁴⁵ Yıldırım, *İkinci El İşlemler*, s. 573.

¹⁴⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Yıldırım, *İkinci El İşlemler*, s. 575 vd.

¹⁴⁷ *UsedSoft*, Para., 70-78; Sevilay Eroğlu, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2000, s.104.

¹⁴⁸ Aksu, *Dijital Tükenme*, s. 12-13.

¹⁴⁹ Aksu, *Usedsoft*, s. 21.

¹⁵⁰ *UsedSoft* Para., 89; Lee, s. 847.

devralmak isteyen kişiler için bunu sağlayacak yazılımların bulunduğunu göstermektedir¹⁵¹. Buna ek olarak, devralanla yapacağı sözleşme ile devredene elinde bulunan yazılım kopyasını yok etmesi ya da kullanılamaz hale getirmesi yükümlülüğü getirilmesi de yerinde olacaktır. Zira yazılım kopyasının alındığı bilgisayardan kullanılan teknik sınırlamalar vasıtasıyla ilgili kopya silinebilir, ancak bunun başka bir veri taşıyıcısı veya donanıma yüklenmesi ihtimali her zaman mevcuttur. Bu ihtimal internetten indirilen yazılımlar için söz konusu olduğu gibi veri taşıyıcısı ile devralınmış olan ve tükenme ilkesinin kapsamında olduğu hususunda hiçbir fikir ayrılığı bulunmayan yazılımlar için de mevcuttur. Bu ihtimal nedeniyle, yazılım şirketleri bugün yazılımlarını, yalnız bir donanımda çalışmasını sağlayacak çeşitli teknik sınırlar¹⁵² ile piyasaya sürmektedir. Kanaatimizce, yazılım şirketlerinin yazılımlarını bu şekilde piyasaya sürmeleri durumunda tükenme ilkesinin uygulanması için gerçekleşmesi gereken bu başlık altında incelenen şart sağlanmış olur. Buna ek olarak, bize göre, yazılımların bu şekilde teknik sınırlarla piyasaya sürülmesi, bu başlık altında incelenen şartın tam olarak sağlanmasına hizmet eden en etkili yoldur. Böylece hem tükenme ilkesi amacını aşmayacak, hem de yazılım kopyasını devralan, bunu yeniden devrederek değerlendirebilecektir.

C. FSEK’te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarı Taslağı

5846 sayılı FSEK’te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı¹⁵³ m. 6’da yayma hakkı ve tükenme ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin bilgisayar programlarında tükenme ilkesini düzenleyen ikinci fıkrasına göre, “*Bilgisayar programları ve veri tabanları hak sahibinin izniyle yurt içinde veya yurt dışında mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yeniden satışı veya dağıtılması yayma hakkını ihlal etmez. Diğer eser türlerinin fiziki nitelikteki aslı veya nüshalarının hak sahibinin izniyle yurt içinde mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yurt içinde yeniden satışı veya dağıtılması yayma hakkını ihlal etmez. Bu fıkranın uygulanması bakımından kiralama ve ödünç verme hakları saklıdır.*”. Taslak incelendiğinde ilk olarak

¹⁵¹ Buna örnek olarak bkz. Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc, 934 F.Supp.2d 640 (2013), <<https://revistas.uexternado.edu.com>>, Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, “Dijital Hakların Yönetimi ve Etkisizleştirmeye Karşı Yasal Düzenlemeler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1041-1074.

¹⁵³ Taslağın tam metni için bkz. <<https://egelimlawoffice.com/5846-sayili-fikir-ve-sanat-eserleri-kanununda-degisiklik-yapilmasina-iliskin-kanun-taslagi-goruse-acilmistir/>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2023.

“*yurt içinde veya yurt dışında*” ifadesinden bilgisayar programları için uluslararası tükenme ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır¹⁵⁴. Bilgisayar programları dışında kalan eserler içinse ulusal tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Diğer eser türlerinden farklı olarak tükenme ilkesini düzenleyen Taslak m. 6’nın bilgisayar programları ve veri tabanların tükenmesini düzenleyen ilk cümlesinde “*fiziki nitelikteki*” ifadesine yer verilmemiştir. Böylece Taslak ile gayri maddi nitelikteki bilgisayar programlarının da tükenme ilkesinin kapsamında olacağı kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Taslak ile bilgisayar programlarının kendine özgü özellikleri ve teknolojik gelişmeler dikkate alınarak *internetten indirilerek devralınan yazılımların da tükenme ilkesinin kapsamında olacağını öngörülmüştür*. Taslakta yer alan söz konusu düzenleme, kanaatimizce isabetlidir, ancak yeterli değildir. Zira bilgisayar programlarının tükenme ilkesinin kapsamında olacağı düzenlenmiş, ancak buna ilişkin şartlara olması gerektiği şekilde yer verilmemiştir. Taslak bu haliyle, eser sahibinin mali haklarını sağlamaya elverişli değildir. Bunun için kanaatimizce, Taslak düzenlemeye ABAD’ın *UsedSoft* kararında vurguladığı, bizim de yazılımlar bakımından tükenme ilkesinin uygulanması için bulunması gereken şartlar altında incelemiş olduğumuz “devreden elindeki bilgisayar programı nüshasını yok etmiş olmalı” şartını sağlayacak bir ifade eklenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede Taslak m. 6’nın bilgisayar programlarının tükenmesini düzenleyen ilk cümlesi şu şekilde değiştirilebilir; “*Bilgisayar programları ve veri tabanları hak sahibinin izniyle yurt içinde veya yurt dışında mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yeniden satışı veya dağıtılması devreden elindeki nüshaları yok etmiş olması şartıyla*¹⁵⁵ yayma hakkını ihlal etmez”.

Taslağa göre, bilgisayar programı dışındaki diğer eser türlerinin sadece fiziki nitelikteki nüshaları tükenme ilkesinin konusu olabilecektir. Bu düzenlemenin günümüz teknolojisindeki gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı açıktır. Zira bugün binlerce, hatta milyonlarca kişi eserleri internetten indirerek devralmaktadır. Bu durum hem müzik eserleri hem sinema eserleri hem de kitap, dergi gibi ilim ve edebiyat eserleri bakımından geçerlidir. Hatta müzik, sinema gibi eserlerin veri taşıyıcısı vasıtasıyla devri günümüzde yok denecek kadar az hale gelmiştir. Bu çerçevede, Taslakta hem eser sahibi ile toplum arasındaki menfaat dengesi hem de teknolojik gelişmelere uygun olan bir

¹⁵⁴ İlgili Taslağa göre, bilgisayar programları dışında kalan eserler bakımından ulusal tükenme ilkesi benimsenmiştir.

¹⁵⁵ Bu şartın nasıl sağlanacağına ilişkin bkz. II, C, 4.

düzenleme ile dijital tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerekirdi. Burada kilit noktayı, eser sahibi ile toplum arasındaki menfaat dengesinin nasıl sağlanacağı sorusu oluşturacaktır. Zira dijital tükenme ilkesinin kabul edilmesiyle, örneğin bir müzik eseri öngörülemez sayıda kopyalanabilir ve eser sahibinin mali hakları vasıtasıyla elde edebileceği kazanç ciddi oranda azalabilir. Dijital tükenme ilkesinin kabul edilmemesi durumunda da tüketici belli bir ücret ödeyerek internette indirmek suretiyle satın aldığı örneğin bir sinema eserini izledikten sonra tekrar devredemeyecektir. Daha açık bir ifadeyle, CD, DVD gibi veri taşıyıcısına yüklü olarak devralınan bir sinema eseri tükenme ilkesi kapsamında olup tekrar devredilebilip değerlendirilebilecekken, internette indirilmek suretiyle devralınan bir sinema eseri yalnızca veri taşıyıcısına yüklenmiş olarak alınmadığı için tükenme ilkesinin kapsamı dışında kalarak tekrar devredilemeyecektir. Günümüzde eserlerin büyük çoğunluğunun internet üzerinden kamuya sunulduğu göz önüne alındığında, Taslakta yer alan bu kabul, tükenme ilkesinin kapsamını kanun koyucunun da arzu etmediği şekilde sınırlandırarak, hatta yakın bir gelecekte tükenme ilkesinin uygulama alanı belki de kalmayacaktır.

Kanaatimizce teknik sınırlamalar vasıtasıyla eser sahibi ile toplum arasındaki menfaat dengesi kurulabilecektir. Bu çerçevede, teknolojinin günümüzde ulaştığı gelişmeler karşısında tükenme ilkesinin dijital eserlere uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek endişeler, kolaylıkla ortadan kaldırılabilecek niteliktedir. Nitekim çeşitli yazılım ve programlar sayesinde korsan eserler engellenebilmekte, yeniden satılan dijital eser devreden bilgisayarından eş zamanlı olarak silinebilmekte, böylece dijital eserin yalnızca bir tek kullanıcıda mevcut olması sağlanabilmektedir¹⁵⁶. Diğer bir ifadeyle, bu teknik sınırlar sayesinde dijital eser, tükenme ilkesine uygun olarak devreden elinden çıkmakta ve tek bir devralan tarafından kullanılabilir.

SONUÇ

FSEK çerçevesinde eser olarak korunan yazılımların eser sahibinin izni olmadan üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun olarak ikinci el olarak satılabilmesi için tükenme ilkesinin şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, i) yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olması, ii) yazılımın mülkiyetin devri sonucu doğuran bir işlemle devralınması, iii) yazılımın mülkiyetinin devri sonucunu doğuran işlemin

eser veya hak sahibinin izni ile yapılması, iv) devreden elindeki yazılım nüshasını yok etmesi gerekir.

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için ilk olarak yazılımın mülkiyetinin devrine ilişkin eylemin yayma hakkı kapsamında olması gerekir. Burada üç farklı ihtimal değerlendirilmelidir. *İlk ihtimal yazılımın CD, DVD gibi taşıyıcılara yüklü olarak satın alınması durumudur.* Yazılım fiziki bir nüsha ile devralındığından buradaki devralma eyleminin yayma hakkının kapsamında olduğu konusunda bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. *İkinci ve çalışmada asıl yoğunlaşılan ihtimal, yazılımların internette indirilmek suretiyle devralınması durumudur.* Fiziki bir taşıyıcıya yüklü olmaksızın, internette indirilerek devralınan yazılımların yayma hakkının kapsamında olup olmadığı uzun yıllardır tartışılmaktadır. Tartışmanın nedenini, yayma hakkının yalnızca fiziki nüshaya sahip eserler için söz konusu olabileceği şeklindeki baskın görüş oluşturmaktadır. Kanaatimizce CD, DVD gibi bir veri taşıyıcısı ile alınan yazılımların ikinci el olarak satılması mümkünken, internette indirilerek devralınan yazılımlar bakımından mümkün olmaması, menfaat dengesine uymamaktadır. Yazılım ticaretinin tamamen internet üzerinden yapıldığı günümüzde, böyle bir ayırım ticari hayatın akışına da ters düşmektedir. Oldukça yüksek ücretler ödenerek satın alınmış bir yazılımın günün gerekleri icabı internette indirilerek devralınması nedeniyle ikinci el piyasasında yeniden değerlendirilememesi, hakkaniyete de uygun düşmemektedir. Yazılımların veri taşıyıcısına yüklü olarak veya internette indirilerek satın alınması durumları arasında işlevsel ve ekonomik bir fark da bulunmamaktadır. Daha da önemlisi FSEK'te yayma hakkını yalnızca fiziki nüshalara özgüleyen açık bir düzenleme de yoktur. Buna rağmen, teknolojik gelişmeler göz ardı edilerek yazılımların ikinci el olarak satışını fiziki bir nüshaya bağlamak, büyük ekonomik meblağlara ulaşacak ikinci el piyasasını engellemek anlamına gelmekte, ülke ekonomisini de olumsuz etkilemektedir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 2012 yılında verdiği meşhur *UsedSoft* kararında yazılımların internette indirilerek devralınması durumunun yayma hakkının kapsamında olduğunu kabul etmiştir. *Üçüncü ihtimal yazılımın OEM sürümü ile (bilgisayara yüklü olarak) devralınmasıdır.* Yazılımın OEM sürümü ile bilgisayarla birlikte satıldığı ilk dönemlerde, bilgisayara yüklü yazılımın aynısı, kurtarma CD'sine yüklü bir şekilde alıcıya teslim ediliyordu. Bugün bu uygulama terkedilmiştir, fakat piyasada hala daha önceki dönemde devralınmış kurtarma CD'leri bulunmaktadır. Bu nedenle, OEM sürümü olarak devralınan yazılımların durumu değerlendirilirken, kurtarma CD'lerinin bulunması ile bulunmaması durumlarının ayrı ayrı

¹⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc, 934 F. Supp.2d 640 (2013), <<https://revistas.uexternado.edu.com>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

değerlendirilmesi gerekir. Kurtarma CD'leri fiziki bir varlığa sahip olduğu için yayma hakkının kapsamında olmalarına dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Kurtarma CD'lerinin bulunmaması durumunda OEM sürümü ile bilgisayara yüklü olarak devralınan yazılımların bilgisayardan ayrı olarak devrinin yayma hakkı kapsamında olup olmadığına yönelik değerlendirmeler kanaatimizce internette indirilmek suretiyle devralınan yazılımlarla aynıdır.

Tükenme ilkesinin şartlarının gerçekleşmesi için bulunması gereken ikinci şart, yayma eyleminin mülkiyetin devri sonucunu doğurmasıdır. Uygulamada yazılımlar esasen lisans sözleşmesine konu edildiğinden çalışmada özellikle lisans sözleşmelerine ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Hakkın kullanımının devrini konu alan lisans sözleşmelerinin ilk bakışta burada değerlendirilen şartı sağlamadığı düşünülebilir. Kanaatimizce yazılımın süresiz ve kesin olarak kullanımına imkân veren lisans sözleşmelerinin de tükenme ilkesinin kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Zira bu tür lisans sözleşmeleri ile yazılım nüshasının mülkiyetinin devrine neden olan devir sözleşmesi arasında, işlevsel hiçbir fark bulunmamaktadır.

Tükenmenin gerçekleşmesi için varlığı gereken diğer bir şart, yazılımın ilk satım veya dağıtımının eser sahibinin izni ile yapılmasıdır. Eserin, eser sahibinin rızasıyla bir kez Türkiye'de piyasaya sürülmesiyle beraber eserin tekrar satışı veya diğer yollarla dağıtımını için hak tükenmiş olur.

Yazılımın tükenme ilkesinin kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için bulunması gereken son şart da devredeninde bulunan yazılım nüshasını yok etmesidir. Aksi halde çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olduğundan bu durumu tükenme ilkesi ile açıklamak mümkün olmayacaktır. Bu şartın nasıl sağlanacağı konusunda endişeler ortaya çıkabilir ancak günümüzde ulaşılan teknolojik gelişim, getirilecek teknik sınırlarla bu şartın kolaylıkla sağlanabileceğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz A, *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi*, 1. Bası, Oniki Levha, 2021.
- Aksu M, "Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Değerlendirilmesi ve İnternette İndirilen Bilgisayar programları Açısından Yayma Hakkının Tükenmesi Sorunu", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 15-57. (Tükenme Sorunu)
- Aksu M, "Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, 72(1), s. 807-830.
- Aksu M, "Bilgisayar Programlarında Yayma Hakkının Tükenmesi Hususunda Güncel Gelişmeler ve Alman Federal Mahkemesinin Usedsoft III Kararı Üzerine Düşünceler", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 13-44. (Düşünceler)
- Aksu M, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açından Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015(1), s. 1-27 (Usedsoft).
- Aksu M, "İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2016/1, s.1-22 (Dijital Tükenme),
- Aksu M, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2006. (Bilgisayar Programları)
- Aslan A, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)*, 1. Bası, Beta, 2004.
- Ateş M, *Fikri Hukukta Eser*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2007. (Eser)
- Ayhan İzmirli L, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012.

- Bently L/ Sherman B/ Gangjee D/ Johnson P, *Intellectual Property Law*, 5. Baskı, 2018.
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 1. Bası, Oniki Levha, 2012.
- Bozgeyik H, “Dijital Hakların Yönetimi ve Etkisizleştirmeye Karşı Yasal Düzenlemeler”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1041-1074.
- Çelik A, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Dalyan Ş, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Demirbaş A, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, 1. Bası, Oniki Levha, 2015.
- Erel Ş. N, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 1. Bası, Dayınlarlı, 1988.
- Eroğlu S, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, 1. Bası, Beta, 2000.
- Hilty M R /Köklü K /Hafenbradl, F, “Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the Usedsoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective”, *ICC*, 2013.
- Lee Y H, “UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion”, *IIC*, 2012, s. 846-853.
- Menzei P, “Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment”, *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, 6(1), 2015, s. 23-72.
- Özkaya P /Samet R, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 6(1), s. 17-34.
- Pınar H, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 855-915.
- Suluk C /Karasu R /Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık,

2022.

- Yavuz L / Alıca T / Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. I, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Yıldırım M F, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler Konusunda Kesinleşmiş Bir Yargı Kararı Üzerine Düşüncelerimiz”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2015*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 413-444. (Düşünceler)
- Yıldırım M F, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Oniki Levha, 2011, s. 573-585. (İkinci El İşlemler)

