

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA YAYMA HAKKININ TÜKENMESİ VE
AVRUPA ADALET DİVANININ 3 TEMMUZ 2012 TARİHLİ USEDSOFT/ORACLE
KARARININ HUKUKUMUZA BU AÇIDAN ETKİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ***

**THE EXHAUSTION OF THE RIGHT OF DISTRIBUTION IN LAW ON LITERARY AND
ARTISTIC WORKS AND THE EVALUATION OF THE EFFECT OF THE USEDSOFT/ORACLE
DECISION, 3 JULY 2012 OF THE ECJ ON OUR LAW**

Doç. Dr. Mustafa AKSU**

ÖZET

Yayma hakkı eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satışa çıkarılması ve diğer yollarla dağıtılmasını da içerir. Bu hakkın kullanılması sonucunda eserin, aslı ya da örneğinin mülkiyeti devredilerek ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra, bunların yeniden yayımının engellenememesi genellikle yayma hakkının tükenmesi olarak ifade edilir. Bu ilkenin internet üzerinden yayılan eser örnekleri için de aynen geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Baskın anlayış bu durumu umuma iletim çerçevesinde değerlendirmektedir.

Tam da bu sorunu kararında ele alan AAD, tükenme ilkesinin internet üzerinden indirilen programlar açısından da geçerli olduğunu benimseyerek, azınlık görüşüne katılmıştır. Bilgisayar programı doğrudan İnternette indirilerek edinilmiş olsa bile, program üzerinde sürekli ve tam (kesin) şekilde kullanım hakkı tanınmışsa tükenme ilkesi geçerli olacaktır.

Ancak kararda tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için iki sınırlama getirilmiştir: Bunlardan ilki, lisansı devreden kendi programını yok etmesi ya da kullanılamaz hale getirmesi, diğeri ise toplu lisansın yine toplu olarak devri zorunluluğudur.

Bilgisayar programları bağlamında tükenme ilkesinin internet üzerinden gerçekleşen yaymalarda da uygulanması yerinde bir yaklaşımdır. AAD'nın getirdiği

sınırlamalardan ilki yerindedir. AAD'nın tükenme ilkesinin uygulanması açısından benimsediği diğer sınırlandırma ancak somut olaydaki programın özellikleri ile bağlantılı şekilde değerlendirilir ise yerindedir. Aksi halde gereksiz bir kısıtlama niteliğindedir.

Karar internet üzerinden sürümü yapılan diğer dijital ürünlerde de tükenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasını daha canlı hale getirmiştir. Ancak karar doğrudan bu hususu ele almayı salt bilgisayar programları ile ilgilidir.

Kararda belirtilen temel önermeler Türk hukuku açısından kanaatimce aynen benimsenebilir. Bu şekilde internette eserin izinli ve sürekli tam kullanımına izin verir şekilde indirilmesine imkan veren durumlar, yayma hakkı; kullanıcının seçtikleri yer ve zamanda esere erişime imkan sağlayacak şekilde internette hazır tutulmasını ise umuma iletim kapsamında değerlendirilebilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Yayma hakkı; umuma iletim; tükenme ilkesi; Avrupa Adalet Divanı; bilgisayar programı; İnternette indirilen programlarda tükenme ilkesi; lisans sözleşmesi; toplu lisans; toplu lisansın parçalanarak devri yasağı; diğer dijital ürünlerde tükenme ilkesinin uygulanması.*

* Bu makale, 28 Kasım 2014 tarihinde düzenlenen "I. Fikri Mülkiyet-Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

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

ABSTRACT

The distribution right includes not only the sale or distribution of the original or copies of works but also the distribution of works in different ways. As a result of the use of this right, the inability to prevent works from re-distribution after the first sale of the work or the distribution by alienating the original work or its copies is generally considered as the principle of exhaustion. However, it is debatable whether the exhaustion principle also precisely applies to copies of the work published on the Internet. Dominant opinion regards this issue within the transmission to public.

Having dealt with this issue in its decision, the ECJ agrees with the minority opinion over the fact that the principle of exhaustion applies to the programs downloaded from the Internet. Although the computer programme has been obtained by being downloaded directly from the Internet, the principle of exhaustion will still be valid provided the right to use is continuously and certainly granted over the programme.

In this decision, in order for the exhaustion principle to apply, two restrictions have been accepted: First is that the alienator destroys his own programme or make it unusable, the other one is that collective licencing has to be alienated collectively.

Regarding the computer programmes, it seems appropriate that the principle of exhaustion applies

to the distributions over the Internet. The first restriction the ECJ has accepted is in principle correct and consistent in itself. The other restriction the ECJ has adopted for the application of the principle of exhaustion is appropriate only if interpreted in relation to the features of the programme in a present case. Or it would be unnecessary restriction.

The decision of the ECJ has already sparked a debate whether the principle of exhaustion could apply to the other digital products, versions of which are made over the Internet. However, the decision is about the computer programmes without regarding this issue directly.

The principles of the decision, in my opinion, may also be exactly accepted in Turkish law. In this way, the situations enabling the work to be continuously, fully and legally downloaded from the Internet can be considered within the right of distribution. Moreover, the situations as making a work available on the Internet in such a way to be accessed at the determined place and time by the users can be considered within the transmission to public.

Keywords: *The distribution right; the principle of exhaustion; ECJ; computer programs; the prohibition to divide the licenses; license contract; the application of the exhaustion principle for other digital products.*

I. GENEL OLARAK YAYMA HAKKI VE TÜKENME İLKESİ

A. Mali Hakların Bir Görünüş Şekli Olarak Yayma Hakkı

Fikir ve sanat eserleri hukukundaki en temel kavram “eser” ve asıl hak öznesi ise “eser sahibidir (yaratıcısıdır)”. Eser sahibinin fikri hakkı, bütünsel olarak esere ilişkindir ve fikri hak eser yaratıcısına eserine ilişkin olarak tanınmıştır¹. Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde fikri hakkın temel iki yönünün (mali ve manevi haklar: *Verwertungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte*) bulunduğu dair bir uyuşma bulunmaktadır². Mali haklar çerçevesinde kalan temel hukuki pozisyonlardan bir tanesi yayma hakkıdır³. Bu hak FSEK’de m. 23’te düzenlenmiştir. Buna göre, “bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir” (FSEK m. 23/1.). Böylece eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, 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 genellikle⁴ kabul edilmektedir⁵. Baskın anlayışa göre, eserin İnternet yoluyla

- 1 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; **Öztañ**, Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008, s. 282; bkz. ayrıca **Aksu**, Mustafa, *Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi 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.
- 2 Alman hukuku açısından bkz. sadece **Rehbinder**, a.g.e., 2008, § 8, kn. 89 vd., s. 40 vd.; **Letli**, 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. Ancak fikri hakkın hukuki niteliği hususunda bir uyuşmadan bahsedilemez. Bu arada bu iki yönün kesin hatlarla ayrılmasının pek mümkün olmadığı da söylenebilir. Bu açıdan bkz. sadece **Ulmer**, Eugen, *Urheber und Verlagsrecht*, 3. Auflage, Berlin 1980, § 18, II 4, s. 116; **Arslanlı**, Halil, *Fikri Hukuk Dersleri II*, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 78; **Hirsch**, Ernst E., *Hukuki Bakımdan Fikri Sây*, II. Cilt, Fikri Haklar Telif Hukuku, İstanbul 1943, s. 117; **Ayiter**, Nüşin, *Hukukda Fikir ve Sanat Ürünleri*, (En Son Değişikliklerle) Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s. 113; **Erel**, Şafak N., *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. bası, Ankara 2009, s. 33 ve 135; **Öztañ**, a.g.e., s. 280-281, s. 281.
- 3 Bu hakka dair ayrıntılar için bkz. sadece **Öztañ**, a.g.e., s. 361 vd.; **Te-kinalp**, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2012, § 14, kn. 96 vd.; **Genç Ardemir**, Arzu, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı*, İstanbul 2003, s. 93 vd.; **Bozbel**, Savaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, İstanbul 2012, s. 110 vd.

- 4 Türk hukukunda bilgisayar programları açısından aksi yöndeki görüş için bkz. Eroğlu, Sevilyay, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, İstanbul, Beta, 2000, s. 104 vd., s. 105: “Kanımızca bilgisayar programlarının şekillendiği cisim bilgisayar programları için tali bir özellik olduğu için programın veri gönderme yoluyla devrinde eser sahibinin bu nüsha üzerinde artık tasarruf imkanı yoksa tükenmenin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aksi halde programların veri gönderme yoluyla satışıyla tükenme etkisinden kaçınmak mümkün olacaktır”; **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: “Tükenme ilkesi hem bir veri taşıyıcısına bağlanmış programlar bakımından hem de bir veri taşıyıcısının aracılığına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kullanıcının bilgisayarına programın aktarılmasında gerçekleşir. Kanaatimizce FSEK. m. 23/II’de yer alan tükenme ilkesinin ancak “çoğaltılmış nüsha”lar üzerinde cereyan edeceğine dair düzenleme, geleneksel eserler ile bilgisayar programları arasındaki nitelik farklılıklarından kaynaklanan kırılma noktalarından birini oluşturmaktadır. Bir diğer ifade ile geleneksel eserlerde gayri maddi devir ve doğrudan doğruya eserin içeriğinin sağlanması söz konusu değildir. Tükenme ilkesi kaleme alınırken tüm eser kategorileri için anlamlı olacak bir ifade tarzı seçilmiş ise de bu yeğleme, bilgisayar programları bakımından isabetsiz olmuştur. Bize göre, bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş programlar ile böyle bir veri taşıyıcısının aracılığı olmaksızın gerçekleştirilen ziyetliğin devrine farklı hukuki sonuçlar bağlanmamalı; birinci halde tükenme ilkesi uyarınca aynı etki kabul edilirse, diğer hallerde tükenme ilkesinin gerçekleştiği reddedilmemelidir. Bu iki ziyetliğin devri biçimi arasında böylesine farklı hüküm ve sonuçlar bağlamayı haklı kılabilecek gerekçeler tatminkâr olmaktan uzaktır. Sonuç olarak çoğaltılmış bir nüsha kullanıcının sabit diskinde yaratılmaktadır. Program her hal ve karda bir veri taşıyıcısında yer almaktadır. Program ile veri taşıyıcısı arasındaki ilişki alelade bir pazar filesi ile pazardan alınan şeyler arasındaki ilişki gibi düşünülmemelidir. Programın gayri maddi devri halinde veri taşıyıcısını sağlama yükümlülüğü, alacaklının ifaya iştirak yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir” (not: Yazarın -*Yıldırım*’ın- metninde yaptığı atıflar burada alınmamıştır); bkz. ayrıca *aynı yazar*, *Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler*, FMHY 2010, s. 573, 578 vd., ancak yazar bu yazısında OEM (Original Equipment Manufacturer) yazılımlar açısından buradaki menfaatler durumuna ve somut olayın özelliğine göre sözleşme ile getirilen devri engelleme kısıtlamaların geçerli olabileceğini ifade etmektedir (bkz. aynı eser, s. 584 vd.); bkz. ayrıca **Bozbel**, s. 436, yazar gerek bir taşıyıcıya yüklenmiş olarak gerekse internette edinilen bilgisayar programları açısından hukuki durum aynı değerlendirilmesi gerektiğini, bu sonuncu halde de yazılımın tecessüm etmesinin, somutlaşmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar orada, *Yıldırım*’ın görüşünü (FMHY 2010, 573, 784 vd.) eleştirerek, OEM yazılımlar açısından da aynı sonucun geçerli olması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir (bkz. aynı eser, dn. 1068). Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki, tam da bu hususun tartışıldığı bir sorunda İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 27.6.2014 tarihli kararında (E. 2011/96, K. 2014/117) tükenme ilkesinin OEM yazılımlar için de geçerli olduğuna burada ele alınan AAD kararına da dayanarak karar vermiştir.
- 5 Bkz. sadece **Nal**, Temel, *Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts*, München 2000, s. 120 vd. (bu esere aşağıda, **Nal**, *Probleme*, s... şeklinde atf yapılmıştır); **Öztañ**, a.g.e., s. 364, 374; **Memiş**, Tekin, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara*, Seçkin, 2002, s. 111 vd.; **Bozbel**, a.g.e., s. 111 vd., ancak krş. s. 436; **Genç Ardemir**, 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; **Gökyayla**, K. Emre, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 172.

ticarete konularak edinilmesine imkan sağlanması, yayma hakkının değil⁶, FSEK m. 25'de düzenlenmiş olan umuma iletim hakkının kapsamında kalan bir konudur⁷.

B. Yayma Hakkının Tükenmesi ve Bunun Arkasında Yatan Temel Düşüncelere Kısa Bir Bakış

FSEK m. 23/2'nin 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 devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımını yaptıktan 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 dağıtımını yaptıktan sonra, eser sahibinin bunların yeniden yayımını engelleyebilmesi⁸ söz konusu değildir. Yaygın bir şekilde, “*yayma hakkının tükenmesi*” veya “*tükenme prensibi*” şeklinde ifade edilen bu durum, öğretilerde ağırlıklı olarak yayma hakkının kapsamının anlaşılmasına paralel şekilde, sadece bir taşıyıcı ile birleştirilmiş (maddi) nüshalar açısından kabul edilmektedir⁹.

6 Bu konuda bkz. sadece **Merdivan**, in: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I, 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, kiralanması 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 eserin, aynı yoldan satışı da yayma değildir. Eylem, -diğer şartların da gerçekleşmesiyle- FSEK'in m. 25/II. maddesindeki umuma iletim hakkı kapsamındadır (benim notum: yazar buraya alınan birçok cümlesinde başka eserlere atıf yapmaktadır, bunlar buraya alınmamıştır)”, bkz. ayrıca aynı eser, s. 975 vd.**

7 Bu konuda bkz. bir üst (5.) dipnotta anılan kaynaklar; bkz. ayrıca **Karahan**, **Sami/Suluk**, **Cahit/Saraç**, **Tahir/Nal**, **Temel**, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. baskı, Ankara 2012, s. 89.

8 Kara Avrupa'sında tükenme ilkesinin, on dokuzuncu yüzyılda savunulan ve elde edilen örneğin tekrar devrini örtülü lisansa (still-schweigende Lizen) dayandıran görüşün yerine geçtiği hususunda bkz. **Hilty**, **Reto M.**, **Urheberrecht**, Bern 2011, kn. 339.

9 Hukukumuz açısından bkz. sadece **Nal**, **Probleme**, s. 120 vd.; **Öz-tan**, a.g.e., s. 364, 369 vd., 374; **Memiş**, a.g.e., s. 111 vd.; **Bozbel**, a.g.e., s. 111 vd., ancak karşı s. 436; **Genç Arıdemir**, a.g.e., s. 93 vd., özellikle s. 125; **Merdivan**, in: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yoru-

Fikir ve sanat eserleri hukukunda tükenme ilkesinin anlamı, gerekçeleri ve kapsamı esasen başlı başına bir inceleme konusudur¹⁰. Bu ilkenin ayrıca ve ayrıntılı şekilde ele alınması, çalışmanın konusu itibarıyla zaten mümkün değildir. Burada sadece tükenme ilkesinin özü, arkasında yatan temel gerekçeler ana hatlarıyla belirtilerek Avrupa Adalet Divanının kararı ve etkilerinin değerlendirilmesine ışık tuttuğu ölçüde bu ilke ele alınacaktır.

Tükenme ilkesi, yayma hakkına getirilen temel bir sınırlamadır. Tersinden ifade etmek gerekirse tükenme ilkesi yayma hakkının çerçevesinin belirlenmesine yönelik temel bir düşünceyi ifade eder. Bu ilke, yaratıcı faaliyette bulunan fikri hak sahibinin çıkarları ile eserden yararlanmak yönündeki genel çıkarın uyuşturulmasının bir görünümü olarak nitelenebilir. Diğer mali haklarda olduğu gibi yayma hakkı da eser sahibine eserinden mümkün olduğunca mali açıdan yararlanma imkanı sağlar. Böylece bu hakkın gerektirdiği şekilde 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 gerektiren¹¹ bir “maddi gerekçe” gerçekte bulunmamaktadır¹². Bu açıdan toplumun çıkarlarının geri çekilmesini gerektiren bir gerekçe artık kalmadığından, yayma hakkı, ilgili eser örneğine ilişkin olarak tükenmelidir¹³. Bir diğer ifade ile

mu, Cilt I, s. 955 ve özellikle 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 aşılamayacağı hususunda kn. 339 vd., 341.

10 Bu konuda bkz. bu ilkeyi karşılaştırmalı ve görece kapsamlı şekilde ele alan **Aslan**'ın eseri (**Aslan**, **Adem**, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)**, İstanbul 2004). Yine bu ilkeyi fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde ele alan eseri açısından bkz. **Semadeni**, **Thomas**, **Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht**, Diss. Zürich, Bern 2004. Bu ilkeyi dijital çerçevede ele alan eseri açısından bkz. **Böttcher'in** (**Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld**, Bern 2013) eseri. **Stollwerk**, in: **Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht**, kn. 20 vd.; **Schack**, **Haimo**, **Urheberrecht**, 6. Auflage, Tübingen 2013, kn. 426 vd.; bkz. ayrıca **Öz-tan**, a.g.e., s. 368 vd.; **Yıldırım**, **FMHY 2010**, s. 573, 578 vd.; **Bozbel**, s. 114, 435.

11 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 yararlanmasından ve bu açıdan değerlendirilmesi nedeniyle farklı bir durum bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.

12 Bu temel düşünce özünde **Öz-tan**, a.g.e., s. 368'de ifade edilmektedir.

13 Krş. **Stollwerk**, in: **Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht**, kn. 21. Bkz. bu konuda **Öz-tan**, a.g.e., s. 368.

kesin şekilde yayılmış eser örneğinin tekrar aynı şekilde yayımını engellemek açısından eser sahibinin hukuki pozisyonu bulunmamaktadır. Bu husus eser sahibinin fikri hakkının kapsamında değildir.

Tükenme ilkesinin hukuki niteliğinin açıklanmasında¹⁴ ve gerekçelendirilmesinde farklı yaklaşımlar söz konusudur. Aşağıda bunlar oldukça basitleştirilmiş bir şekilde mümkün merteye kısaca özetlenmiştir:

Tükenme ilkesinin gerekçelendirilmesinde tarihi gelişim itibariyle bakıldığında, önceleri ilk devirde eser sahibinin takip eden devirlere de örtülü şekilde izin verdiği anlayışının (örtülü irade ya da lisans teorisi = *Theorie der stillschweigenden Lizenzerteilung*) savunulduğu görülmektedir¹⁵. Ancak bu teorinin güncelliğini önemli ölçüde yitirdiği söylenebilir¹⁶.

Diğer bir yaklaşım (mülkiyet teorisi = *Eigentumstheorie*)¹⁷, özetle, eser aslı ve örneğinin aynı zamanda bir eşya olduğunu (eşya üzerinde mülkiyete konu olduğuna göre) 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 bir nevi arka planda kalması, kendini geri çekmesi ya da eşya hukukuna dair hukuki pozisyonun fikri hukuka dair hukuki pozisyonun üstünde yer alması söz konusudur. Her ne kadar tükenme ilkesinin tarihi gelişimi itibariyle eşya hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun kesişme noktasında olduğu ve bu açıdan bu alandaki hukuki pozisyonların optimize bir noktada buluşturulmasına hizmet ettiği¹⁸ 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 tasarruf-

ta bulunmaya yetkili olmayanlardan iyiniyetle aynı hak kazanımı mümkün iken, fikri hakkın bu şekilde kazanılması mümkün olmaz. Bu da tükenme ilkesinin şey üzerindeki mülkiyet gerekçesi ile açıklanamayacağına bir kanıtı niteliğindedir.

Bir diğer yaklaşım muamelatta güveni sağlama ve koruma düşüncesinin tükenme ilkesinin arkasında yattığını ifade etmektedir (muamelat güvenliği teorisi = *Verkehrssicherungstheorie*). Buna göre, eser sahibinin takip eden devirlerden pay alabilmesi, bunları kontrol altında tutması ve böylece muamelelere gereksiz yere güçlük yaratması anlamına gelecektir¹⁹. Gerçekten de ilk satımda bu eser örneği açısından hakkının uygun karşılığına sahip olan eser sahibinin bundan sonraki devirlerde söz sahibi bulunmasının maddi gerekçesi yoktur. Ancak bu yaklaşım, tükenme ilkesinin gerekliliğini göstermekle birlikte *tek başına* bunu açıklamaya yeter nitelikte gözükmemektedir²⁰. Hatta eşya üzerinde iyiniyetle iktisabın korunduğu durumlarda fikri hakkın sorun olmasının tam tersine muamelat hayatını zora soktuğu dahi söylenebilir²¹.

Bir başka yaklaşım ilk devirde eser sahibinin yayma hakkının kendisine sağladığı imkandan yararlanarak yaratıcılığının ödülünü alma imkanına sahip olmasına (Belohnungstheorie) dayanmaktadır²². Gerçekten de yayma hakkının tükenmesinin bütün yayma fiillerini değil, kesin devri gerektirenleri kapsaması ve bu şekilde yaymada hak sahibinin kendi çıkarını yeterince koruyabilme imkanına sahip olması karşısında, tükenme ilkesinin bu düşünceye *de* dayandırılması mümkün gözükmemektedir²³.

İfade etmek gerekir ki, yayma hakkı öğretide genellikle bu son iki yaklaşımı çeşitli şekillerde birleştirilmesine (kombinatorische Ansätze) dayandırılmaktadır²⁴.

Güncel olarak tükenme ilkesinin dayandırıldığı diğer bir temel düşünce tüketicilerin korunması

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

15 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'sında 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.

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

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

18 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 **Özcan**, a.g.e., 364.

19 Bu konuda bkz. **Özcan**, 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.

20 Bu konuda bkz. **Böttcher**, s. 35 vd. ile orada anılan eleştiri ve kaynaklar.

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

22 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.

23 Bu açıdan bkz. ve krş. **Özcan**, a.g.e., s. 368.

24 Bkz. sadece **Özcan**, a.g.e., s. 386: "Eser sahibi, ilk yayma işlemine karşı ivazı aralar rızasını göstermek imkanına sahip olduğu oranda, parasal menfaatini korur. Artık, o andan sonra yapılacak yayma işlemleri, muamelatın menfaati göz önünde tutularak, serbest olmalıdır"; benzer şekilde **Semadeni**, s. 32 vd.; bu konuda bkz. ayrıca **Böttcher**, s. 41 vd.

dır (*Theorie des Verbraucherschutzes*)²⁵. Buna göre tükenme ilkesi hem eser örneklerinin farklı fiyatlarla (*Preisvielfalt*) piyasada bulunmasını, hem de eser sahibinin yeni eser örneklerini piyasaya sunmayı durdurduğu durumlarda piyasada bulunan 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 sağlar²⁶. Gerçekten tükenme ilkesi, ikinci el piyasasının ortaya çıkmasına etkiye bulunarak, eser örnekleri üzerinde fiyat tekellerinin oluşmasına engelleyici bir etki göstermektedir²⁷. Ayrıca eserin mümkün olduğunca yaygınlaşmasının yeni eserlerin yaratılmasına ve bu şekilde de eser çokluğunun gerçekleşmesine dolaylı şekilde etkiye bulunacağı söylenebilir²⁸.

Esasen yukarıda ifade edilen anlayışların birlikte değerlendirilmesinin tükenme ilkesinin mümkün olduğunca en kapsamlı şekilde gerekçelendirilmesine yardımcı olacağı söylenebilir²⁹. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, bu düşüncelerin gerek eser örneğinin belirli bir taşıyıcıya bağlanmış şekilde yayımında, gerekse dijital ortamda yayımında uygulanması mümkündür.

C. Yayma Hakkının Çoğaltma Hakkıyla İlişkisi ve Yayma İlkesinin Kapsam ve Koşulları

Mali haklardan çoğaltma hakkı, yayma hakkına *kural olarak* önceldir. Bu açıdan *kural olarak* çoğaltılmış nüshalar yayılır³⁰. Ancak yayma hakkı her zaman bir çoğaltmayı gerektirmediği gibi, bu hukuki pozisyonların birbirini muhakkak takip etmeleri de gerekmez³¹. 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 ilişkindir³². Ayrıca yayma hakkı, hak sahibine haksız çoğaltma yapanlar yerine (bunların tespitinin zor olduğu durumlarda) yayanlara karşı harekete geçme imkanı vermektedir. Nihayet hukuka uygun olarak yurt dışında çoğaltılan (mesela hukuki koruma tanımayan bir ülkede) eser örnekleri açısından çoğaltmaya karşı bir hukuki imkanın olmadığından, yayma hakkı eser sahibinin çıkarlarını korumak açısından devreye girecektir³³. Şu halde bu iki hukuki pozisyonun ayrı ayrı incelenmeleri ve değerlendirilmeleri zorunludur. Zaten mali hakların birbirine bağlı olmadığı ve biri üzerindeki tasarrufun ya da kullanılmamanın diğerine etki etmeyeceği kanunda da açıkça düzenlenmiştir (FSEK m. 20/1).

Tükenme ilkesi yayma hakkının bütün uygulama ihtimallerinde söz konusu olmaz. Bu açıdan yayma hakkının kapsamı ile tükenme ilkesinin kapsamı birebir örtüşmez. Kanundaki düzenlemeden ve tükenme ilkesinin arkasında yatan gerekçelerden de hareketle, bunun ancak eser sahibinin eser örneğinden yararlanmaya imkan sağlayacak şekilde kesin devrinde uygulanması söz konusudur. Eser örneğinin kiralınmasında ya da kamuya ödünç verilmesinde bu anlamda kesin bir devir söz konusu değildir. Bu açıdan bu ihtimallerde tükenme gerçekleşmez.

Tükenme ilkesinin alan itibarıyla sınırlarına dair kısıtlamalar³⁴ bir tarafa bırakılır ise bunun temel olarak iki koşulu gerektirdiği söylenebilir³⁵: 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*

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

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

27 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*”.

28 Bkz. **Böttcher**, s. 45 vd.

29 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.

30 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**, § 14, kn. 96; **Öztaş**, a.g.e., s. 364.

31 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 **Öztaş**, 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.

32 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.

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

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

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

ilkesinin amacına uygun şekilde rızasının” bulunmasıdır.

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 örtüşmezler³⁶. Eşya hukuku anlamında her devirde eser örneği üzerindeki yayma hakkı tükenmek zorunda değildir. Bu açıdan devrin ayrıca fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında tükenmeye imkan sağlayacak şekilde gerçekleşmesi, yani eser örneğinden tam yararlanmaya³⁷ imkan verecek şekilde kesin bir devrin söz konusu olması gerekir. Bu açıdan eser sahibinin yok edilmek üzere eser örneklerini birine devretmesi, tükenme ilkesinin uygulanmasına imkan verecek şekilde bir devir değildir³⁸. Burada ne eserin muamelât hayatına sokulması amacı nede 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.

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 verilebilir³⁹. Burada eşya hukuku anlamında devir ile fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devir aynı anda gerçekleşmemektedir. Ayrıca hükmen teslimin söz konusu olduğu durumlarda eser örneğinin fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devrinin ve böylece eser örneği üzerinde yayma hakkının tükenmesi koşullarının gerçekleşmediği söylenebilir. Buna karşılık mülkiyeti saklı tutma kaydıyla devirde, eşya hukuku anlamında mülkiyetin devrinin ancak bedelin tamamen ödemesi ile gerçekleşmesi söz konusuysen, fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devrin gerçekleştiği ve

yayma hakkının teslim ile birlikte tükendiği öğretide savunulmaktadır. Tartışmalı⁴⁰ olan bu konuda, eser sahibinin devir ile işlerin olağan akışına göre eser örneğinin kendisine geri dönmesini artık beklememesi (teminat amacıyla vermeden farklı olarak) ve burada temel amacın satım bedelinin güvence altına alınması olması bu yaklaşımın haklı bir gerekçesidir⁴¹. Eser örneği üzerinde eşya hukuku ve fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devredecek şekilde tasarrufta bulunmanın farklı hususlar olduğu, başkasının mülkiyeti üzerine gerçekleştirilen sanat eserleri örneğinde (*aufgedrängte Kunst*) de kendini göstermektedir⁴². Gerçekten Berlin duvarına yapılan graffitilerin duvarın yıkılmasından sonra ticarete konu edilmesinde, yani eserin üzerinde biçimlendirildiği duvar parçalarının malikleri tarafından devrinde, eser üzerindeki yayma hakkının izinli şekilde gerçekleştirilmesinin söz konusu olmayacağını, yani eseri duvar üzerine boyayarak terk etmenin yayma hakkı itibarıyla eser üzerindeki hâkimiyetin kesin bir şekilde bırakılması anlamına gelmeyeceğini Alman Federal Mahkemesi kabul etmiştir⁴³. Federal Mahkemeye göre, burada yayma hakkının kullanılabilmesi için eser sahibinin de elde edilebilecek gelire katılma imkanının bulunması gerekir⁴⁴.

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 yoktur⁴⁵. Ancak eser örneğinin bizatihi eser sahibi tarafından devredilmediği durumlarda eser sahibinin de rızasının olması zorunluluğuna vurgu yapmak açısından bu iki unsurun ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir⁴⁶. Burada eser sahibinin vereceği izin, hak sahibi olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen devrin (yaymanın) hukuka uygun hale gelmesi işlevini yerine getirebilecektir⁴⁷.

36 Bu konuda bkz. **Böttcher**, s. 50 vd.

37 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 alanın bu faaliyetinden para kazanması bu anlamda eserden yararlanma değildir.

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

39 Bu konuda bkz. **Öztañ**, a.g.e., s. 370 ve orada anılan kaynaklar; bkz. ayrıca **Böttcher**, s. 52 vd.

40 Bu konuda bkz. **Öztañ**, a.g.e., s. 370 vd. ve orada anılan kaynaklar. **Tekinalp**, FMH, § 14, kn. 107 ve orada anılan kaynaklar. Bkz. ayrıca **Bozbel**, s. 114 vd.

41 Bkz. **Semadeni**, s. 41 vd., ile orada anılan kaynaklar; **Böttcher**, s. 54. Farklı fikir için bkz. **Tekinalp**, FMH, § 14, kn. 107; **Bozbel**, s. 114 vd.

42 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. **Böttcher**, s. 66 vd.

43 BGH, 23.02.1995, I ZR 68/93 “Mauer-Bilder”, GRUR 1995, 673 vd.

44 BGH, 23.02.1995, I ZR 68/93 “Mauer-Bilder”, GRUR 1995, 673 vd. Bu konuda ve ayrıntılar için bkz. ayrıca **Böttcher**, s. 69 vd.

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

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

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

II. İNTERNETTEN İNDİRİLEN PROGRAMLAR AÇISINDAN TÜKENME İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİNİN TARTIŞMALI OLMASI

Tükenme ilkesi açısından öğretilerde öteden beri tartışmalı olan⁴⁸ konulardan bir tanesi, bunun internet üzerinden sunularak indirilen ürünler (programlar) açısından uygulanabilirliğine ilişkindir.

48 Bu konudaki tartışmalar açısından bkz. **Hoeren**, Thomas/**Försterling**, Matthias, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software Hintergrund und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012, 642 dn 5-10'da belirtilen ve bu ilkeyi dar yorumlayan karar ve kaynaklar ile dn 11-14'de anılan ve bunu geniş yorumlayan karar ve kaynaklar; **Weisser**, Ralf/**Färber**, Claus, Weiterverkauf gebrauchter Software –UsedSoft-Rechtsprechung und ihre Folgen Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, MMR 2014, 364 vd. ile orada dn. 1 ve 4'de anılan kaynaklar; bkz. ayrıca **Stieper**, Malte, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 –C-128/11-UsedSoft, ZUM 8/9/2012, 668, 669 vd.: „Die Erschöpfung erlaubt also immer nur eine Übertragung «eins-zu-eins», in keinem Fall aber eine Übertragung «eins-zu-viele»“; **Haberstumpf**, (in: Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, Kommentar 2 Auflage, Herausgegeben von **Büschler/Dittmer/Schiwy**, Köln 2011), Teil 1, Kapitel 10 Urhebergesetz (UrhG) § 17 kn. 4, 13; **Ohly**, Ansgar, Urheberrecht in der digitalen Welt –Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung? NJW-Beil. 2014, 47, 48; **Böttcher**, Horst, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Bern 2013, özellikle s. 141 f. Türk hukukunda da konu aynı şekilde tartışılmakta ve tartışmalarda örneğin Alman hukukunda ifade edilen görüşlerle bir paralellik bulunmaktadır. Bu açıdan bu ilkeyi geniş anlamlandıran yönde görüşler için bkz. **Eroğlu**, a.g.e., s. 104 vd., 105; **Yıldırım**, AÜEHFD 2003, s. 573-575, 577 ve orada dn. 33'de anılan kaynaklar; bkz. ayrıca **Yıldırım**, FMHY 2010, s. 573, 578 vd., ancak OEM yazılımlarına dair sınırlama hususunda s. 584 vd.; **Bozbel**, s. 436. Dar yorumlanmasa yönünde **Şahin**, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 123 vd.: „Hakkın tükenmesi ilkesi yalnız maddi varlığı olan fikri ürünler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle maddi varlığı olmayan internet üzerinden sunulan eserler bakımından hakkın tükenmesi ilkesi uygulanmayacaktır“; **Öztaş**, a.g.e., s. 364: „Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yaymaya ancak maddi varlığı olan hususlar elverişlidir...Yayma hakkının kullanılması, maddi varlığı olan konuların varlığını şart kıldığından...“, s. 374; **Başpınar**, Veysel/**Kocabay**, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, Yetkin, 2007, s. 112: „Biz de İnternetin özelliği gereği, hakkın tükenmesi ilkesinin uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz“; **Memiş**, a.g.e., s. 112; **Aslan**, a.g.e., s. 204, bu monografik eserde İnternet üzerinden yapılan indirmeler ele alınmadığından bu konu tartışılmayarak zaten dar yorum benimsenmiş gözükmemektedir: „Bilgisayar programları yönünden program üzerindeki hak sadece o programı satın alan kişinin şahsi ihtiyacındaki kullanımla sınırlı olarak tükenir. Ancak programın içerisinde yer aldığı disket ya da cd-rom'um materyali üzerindeki mülkiyet hakkı Türkiye içerisinde ilk satışla birlikte ülkesel olarak tükenir. Türkiye'deki hak sahibi, yasaya uygun ilk satıştan sonra bu programın içeren materyallerin başkasına satılmasına karşı çıkamaz“. Esasen tükenme ilkesi açısından özünde söz konusu olan materyal üzerindeki mülkiyet hakkı değil, eserin bir örneğidir. Yoksa eşya niteliğindeki cd vs. açısından –maddi mal üzerindeki mülkiyet hakkı itibarıyla tükenme ilkesi gibi bir gerekçeye zaten gerek bulunmamaktadır. Malik, malik olduğu şey üzerinde hukuk düzeninin sınırları için elbette rahatlıkla tasarrufta bulunabilir (TMK m. 683 İ). Yine dar yorumlanma yönünde **Dalyan**, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009, s. 190 vd., s. 190: „Burada önemli olan husus mülkiyetin devridir. ...Başka bir deyişle, mülkiyetin devrini sağlamayan işlemlerden herhangi biri ile eser sahibinin ilk kez yayma hakkını kullanması bu hakkın tüketilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Aynı şekilde, bir program nüshasının ilk kez lisans verilmesi durumunda da hakkın tükenmesinden söz edilemez“.

Sadece eser örneklerinin belirli bir taşıyıcıya sürekli olarak bağlanmış halinin doğrudan eser sahibi (hak sahibi) tarafından yayımında tükenme ilkesinin kabul edilmesi halinde, bu soru olumsuz cevaplanmaktadır. Ancak bu şekildeki yaklaşımın aksini savunan fikirler öteden beri bulunmaktadır⁴⁹. Bu yaklaşım özü itibarıyla ya eserin taşıyıcıya yüklü olması hususunu geniş yorumlamakta ya da buradaki çıkarlar dengesi itibarıyla farklı bir sonuca varmayı gerektirir bir gerekçenin bulunmadığını ifade etmektedir.

Bu husus Türk hukukunda da öteden beri tartışılmıştır ve konunun hukukumuzda da hem teorik hem de pratik açıdan oldukça önemli olduğu açıktır⁵⁰. Bu sorun açısından tükenme ilkesinin uygulanması ya da uygulanmaması gerektiği yönünde ileri sürülen görüşlerin ayrıntılı bir şekilde tespit edilmesi ve bunların değerlendirilmesi yoluna burada gidilmemiştir. Zaten aşağıda ele alınacak olan AAD'nın 3 Temmuz 2012 tarihli UsedSoft GmbH versus Oracle International Corp (C-128/11) kararı⁵¹, tam da bu soruna ilişkin olduğundan, bu kararın değerlendirilmesinde bu düşünceler önemli ölçüde tartışılacağından orada ifade edilmeleri daha amaçsaldır ve bu çalışmanın kapsamı itibarıyla yeterlidir.

Bilindiği üzere Türk hukukundaki bilgisayar programlarına ilişkin düzenlemenin temel kaynağı AB Bilgisayar Programları Yönergesidir (=BPY)⁵². Ayrıca Fikir ve Sanat Eserleri Kanuna sonradan yapılan birçok eklemenin de kaynağı aynı şekilde AB ile uyumu gerçekleştirmek üzere alınan AB düzenlemeleridir.

49 Bu konuda bkz. yukarıdaki dipnotlar 5 ve 48.

50 Bu konuda bkz. sadece **Yıldırım**, AÜEHFD, 2003, s. 573-575, 577 ve orada dn. 33'de anılan kaynaklar; **Yıldırım**, FMHY 2010, s. 573, 578 vd.; **Bozbel**, s. 436. Bkz. ayrıca İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 27.6.2014 tarihli kararı (E. 2011/96, K. 2014/117). Bu kararda OEM yazılımları açısından tükenme ilkesinin geçerli olduğu ve programın donanımdan bağımsız olarak devredilebileceği ve sözleşme ile bunu yasaklayan hükümlerin de geçersiz olduğu yönünde karar verilmiştir.

51 Söz konusu kararın Avrupa Birliği'nin çeşitli dillerdeki versiyonları için Bkz.: (Çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0128&lang1=en&type=NOT&ancre=>, 9 Aralık 2012.

52 Yönergenin Almanca metni için bkz. „Richtlinie 91/250/EWG des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen“ ABIEG Nr. L122 (17 Mai 1991), s. 4 vd. Bu Yönerge daha sonra içerik itibarıyla hemen hemen hiç değişmeksizin yenilenmiştir. „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://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:DE:PDF>. Bu konuda bkz. **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.

AB hukukunda, iç hukuk kurallarının AB'nin ilgili düzenlemeleri ve bu şekilde yönergeleri ile uyumlu şekilde yorumlanması gereği⁵³ benimsenmektedir⁵⁴. Bu ilkenin ister genel yorum kuralları ve isterse AB ile olan ve hedefi tam üyelik olmakla birlikte belirsizliğini uzun zamandır koruyan özel ilişkilerin hukuki boyutu çerçevesinde olsun hukukumuz açısından da geçerli olduğu açıktır⁵⁵. Şu halde AAD'nın aşağıda ele alınan kararındaki temel önerme ve görüşleri, AB'nin bu alandaki düzenlemelerinin yorumuna ilişkin olduğundan, bunların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve değerlendirilmesi bu düzenlemeleri baz alan Türk hukuku açısından da önem arz etmektedir. Söz konusu sorun Türk hukukunda aynı şekilde tartışmalı olduğundan ve sadece bilimsel açıdan değil, uygulama açısından da önem arz ettiğinden kararın ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi

dirilmesi gereklidir. Bu çerçevede kararın Türk hukukunda savunulan görüşlere muhtemel etkisine de değinilebilecektir.

III. AVRUPA ADALET DİVANININ USED-SOF/ORACLE KARARI

A. Karara Konu Olan Olaydaki Özellikler

AAD'nın 3 Temmuz 2012 tarihli kararına (C-128/11⁵⁶) konu asıl uyuşmazlıktaki taraflar Oracle International Corp⁵⁷ ve UsedSoft GmbH⁵⁸'dir. Oracle, dünyaca ünlü bir bilgisayar programı üreticisi ve aynı zamanda kendi ismini taşıyan markaların sahibidir. Almanya merkezli UsedSoft ise ikinci el bilgisayar programlarının satışıyla uğraşan bir limitet şirkettir. Bu uyuşmazlığı AAD önüne getiren Almanya Federal Mahkemesidir (BGH).

Davaya konu Client-Server-Programı, *veri bankası programıdır*. Bu programdan yararlanma, programın sürekli bir şekilde bir asıl (merkezi) sunucuya yüklenmesi, belirli sayıda kullanıcının (yan bilgisayarlar ya da müşteri bilgisayarları) merkezi sunucu üzerinden (örneğin İnternet yoluyla bağlanarak) programı (kendi bilgisayarlarının çalışma hafızasına programının gerekli işlevlerini geçici olarak yükleyerek) kullanmaları ve böylece veri bankasından yararlanmaları esasına dayanmaktadır. Bu açıdan her bir müşteri bilgisayarında bütünsel bir çoğaltma değil, sadece çalışma hafızasında ilgili işlevler açısından geçici bir çoğaltma gerçekleşmektedir. Merkezi bilgisayarda ise programın tam bir örneği bulunmaktadır. Birden fazla bilgisayarın ana sunucuya bağlanarak programı kullanılmasına imkan sağlandığı için, program 25'er gruplar şeklinde "paket (toplu) lisanslama"⁵⁹ ile pazarlanmaktadır. Bu nedenle örneğin bir şirket 27 müşterisinin kullanımını sağlamak istiyorsa iki paket (toplu) lisans (50 kullanımına izin verir şekilde) almak zorundadır (böylece 23 kullanımlık kısım boşa kalmaktadır).

Program örneğinin edinilmesi ile programa dair lisansın edinilmesi birbirinden farklı süreçler olarak organize edilmişlerdir⁶⁰. Yani bunların bir-

- 53 Bu durumun bir zorunluluk olduğu hususunda **Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechtein, Matthias**, *Europarecht*, 7. Bası, Tübingen 2010, kn. 191-193; **Wandtke/Bullinger/Grützma-cher**, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, Herausgegeben von **Wandtke/Bullinger**, 3. yenilenmiş Bası, München 2009, UrG Einl., kn 22, yazar (*Wandtke*) orada yönergelerin iç hukuka aktarılmadan önce dolaylı etkilerinin olduğundan dahi bahsetmektedir. Avrupa Adalet Divanı da yerleşik kararlarında (bkz. AAD'nin burada ele alınan Oracle-usedSoft kararı, kn. 39 ve orada anılan Infopaq International, Brüstle, DR ve TV2 Danmark kararları), Birlik hukukundaki kavramların Birlik hukukunun yeknesak uygulanması ve eşitlik ilkesi gereklerinden hareketle, otonom ve yeknesak şekilde anımlandırılması ve yorumlanması zorunluluğunun çıktığını ifade etmektedir, meğer ki bu hükümler açık bir şekilde üye ülkelerin iç hukukuna atıf yapıyor olsunlar.
- 54 Bu konuda **Wandtke/Bullinger/Grützma-cher**, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, UrG Einl., kn 22; **Kotthoff**, in *HK-UrhG (=Heidelberger Kommentar Urheberrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München, Landberg, Frechen, Hamburg 2009) § 87a kn. 4; Czychowski, in *Urheberrecht Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, Herausgegeben von **Nordemann/Nordemann/Nordemann**, 10. überarbeitet und ergänzende Auflage, Stuttgart 2008, UrG vor §§ 87a ff., kn. 5 und 11. Yönergeler ile uyum ilkesinin, yönergenin lafzı, anlamı ve amacı yanında bunun gerekçesini de kapsadığı hususunda EuGH, NJW 2006, s. 2465, 2467; **Wandtke/Bullinger/Grützma-cher**, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, UrG Einl., kn 22.*
- 55 Bu ilkenin geçerliliği hususunda bkz. sadece **Aksu**, Mustafa, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, İstanbul 2006, s. 93 vd. (aşağıda **Aksu**, *Bilgisayar Programları, s...* şeklinde atıf yapılmıştır); **Atamer**, Yeşim, M., *Die autonome Umsetzung der Verbrauchergüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in der Türkei -Zugleich ein Beitrag zum Stand des Verbraucherschutzes in der Türkei*, ZfEuPRecht, Heft 3, 2005, s. 566, 582, dn. 84. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, burada ele alınan sorun ile bir ölçüde bağlantılı (İnternet üzerinden sunulma ve indirilmenin söz konusu olmadığı) bir konuda karar verilen İstanbul 1. FSHHM, 27.6.2014 tarihli kararında (E. 2011/96, K. 2014/117), FSEK m. 23 İl'nin kaynağının BPY olması hususuna da vurgu yaparak, bu kuralın yorumunun AAD'nin benimsediği temel değerlendirmeler bazında gerçekleşeceği kabul edilmiştir, bkz. karar metni (yayınlanmamıştır), s. 6: "Dava konusu programların değerlendirilmesi de Divanın kararlarında sürekli vurguladığı bu yaklaşıma göre değerlendirilecektir", s. 8: "Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği kararlar benzer durumlar için tüm üye ülkelerin (m)ahkemelerini bağlayıcıdır. Türkiye AB'ye aday ülke olup tam üye olabilmek için mevzuatını AB mevzuatıyla uyumlu hale getirmiştir. Yine uyum programları gereğince uygulamasını da uyumlu hale getirme yükümlülüğü nedeniyle uyum kamu yararı da göz önüne alınması gerekliliği vardır".

- 56 Söz konusu kararın Avrupa Birliği'nce tanınan çeşitli dillerdeki versiyonları için bkz.: (Çevrimiçi), [58 Bundan böyle "UsedSoft" olarak anılacaktır.

59 Öğretide bu tür lisanslara hacim lisansı da denilmektedir, bkz. **Yıldırım**, FMHY 2010, 573, 580 vd.

60 Bu konuda ve takip eden cümleler açısından bkz. **Heydn**, in: **Kilian/Heussen**, *Computerrecht*, 32. *Ergänzungslieferung* 2013, kn. 67i. Bkz. ayrıca **Bozbel**, s. 437.](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0128&lang1=en&type=NOT&ancre=, 9 Aralık 2012.</p>
<p>57 Bundan böyle)

likte ve aynı anda gerçekleştirilmesi zorunluluğu yoktur. Bu nedenle programın İnternet üzerinden edinilmesinde, edinen, açık bir şekilde “*lisansı şimdiki edinmek zorunda olduğu*” konusunda uyarılmaktadır. Bu açıdan programın lisansız indirilmesi fiili olarak mümkün gözükmemektedir.

Oracle programı klasik şekilde (bir taşıyıcıya yüklenmiş olarak) veya % 85 oranında internet üzerinden pazarlamaktadır. Bu şekilde kullanıcı, Oracle'nın web sitesinden programın bir kopyasını bilgisayarına indirilerek kullanabilmektedir. Müşterinin isteği halinde programın CD ROM ya da DVD'ye yüklü şekilde teslimi de sağlanabilmektedir. Ayrıca yazılım destek (servis) sözleşmesi ile yazılımın güncel sürümleri (geliştirilmiş sürümleri –updates- ve hataların giderilmesi –patches-) ek bir bedel ödemeye gerek olmaksızın indirilebilmektedir.

Lisans sözleşmesinde “hak tanınması” (Rechtseinräumung) başlığı altında şöyle bir hüküm de bulunmaktadır: “*Servisleri ödemekle birlikte sadece kendi dâhili iş amaçlarınıza yönelik olacak şekilde, Oracle tarafından geliştirilen ve bu sözleşme ile size bırakılan bütün hususlar üzerinde, süresiz, inhisari olmayan, devredilemez ve (ek bir) bedeli gerektirmeyen yararlanma hakkına sahipsiniz*”.

UsedSoft, asıl olarak söz konusu programın lisanslı kullanıcılarından elde ettiği ikinci el lisansları üçüncü kişilere satmakla iştigal etmekte ve bunu da ağırlıklı olarak Oracle'nın uyuşmazlığa konu programının pazarlanması yoluyla gerçekleştirmektedir. 2005 yılının Ekim ayında UsedSoft “Oracle Özel Kampanyası” düzenleyerek, bunun kullanılmış lisanslarını tekrar satışa sunmuştur. Bu kampanyada bütün lisansların, ilk lisans alanların Oracle ile yaptıkları servis sözleşmelerinin devam etmesi nedeniyle güncel olduğu ve ilk satışın hukuka uygunluğunun noter onaylı olduğu ifade edilmektedir. Noter belgesinde ise, ilk lisans alanın, hukuka uygun şekilde edindiği, bu lisansı artık kullanmadığı ve alım bedelini tamamen ödediği hususlarının onaylandığı ifade edilmektedir.

Bunun üzerine Oracle, Münih Asliye Hukuk Mahkemesine dava açarak, sahibi olduğu esere ait kullanılmış lisansları ikinci el olarak satan UsedSoft'un bu eyleminin program üzerindeki mali haklarını (çoğaltma), markasını ihlal ettiğini ve ayrıca yanıltıcı reklam yaptığını iddia ederek eylemlerinin durdurulmasını talep etmiştir. Münih Asliye Hukuk Mahkemesi (LG München) bu talebi uygun görmüş-

tür⁶¹. UsedSoft bu karara karşı istinaf mahkemesine (OLG München) gitmiş (Berufung), bu mahkeme ise hukuki durumun açık olduğundan hareketle üstelik temyiz yolunu da kapatarak aynı yönde karar vermiştir⁶². Münih İstinaf Mahkemesine (OLG München) göre tükenme ilkesinin kıyasen uygulanması benimsense bile bu durum yayma hakkı açısından geçerli olur, çoğaltma hakkının tükenmesi gibi bir sonuç söz konusu olmaz. UsedSoft, İstinaf mahkemesinin temyiz yolunun kapatılması kararını şikâyet yoluyla Alman Federal Mahkemesinin (BGH) önüne taşımıştır. Alman Federal Mahkemesi (BGH) esasen uyuşmazlığı (daha önceki aşamalarda verilen kararlarla örtüşür şekilde) önemli ölçüde karara bağlayacak düzeyde kendi düşüncesini ifade etmiştir. Ancak sorunu, Alman hukukundaki düzenlemelerin kaynağı niteliğindeki AB Bilgisayar Programları Yönergesi başta olmak üzere ilgili düzenlemeleri ilgilendirmesi nedeniyle, AAD önüne taşımıştır⁶³. Bu arada ifade etmek gerekir ki, Alman Federal Mahkemesi somut olaydaki Client-Server-Mimarisi çerçevesinde bağlanan bilgisayarın çalışma hafızasına – bu geçici de olsa- yüklenmesini çoğaltma olarak değerlendirmiştir⁶⁴. Bu şekilde bir çoğaltmanın ekonomik olarak bağımsız bir değerinin olmasının burada bir etken olduğu karardan anlaşılmaktadır. Ayrıca çoğaltma hakkının hem indiren, hem de bunu sağlayan kişi tarafından ihlal edildiği yönünde değerlendirme yapıldığı da görülmektedir. Alman Federal Mahkemesi, her ne kadar lisansın geçerli bir şekilde devredilemeyeceğini belirtmiş ise de⁶⁵, kullanılmış bilgisayar programı satın alanın tükenme ilkesine dayanabilmesi ve Alman FSEK'nun 69d paragrafı anlamında “hukuka uygun şekilde programı edinen” sayılabilmesi ihtimali çerçevesinde, olayın çözümünün, bu hükümlere temel olan AB Yönergesinin yorumunu gerektirmesinden hareketle, “ön karar usulü” ile olayı AAD önüne taşımıştır. Ancak Alman Federal Mahkemesi bu yola başvururken, AB Yönergesi çerçevesinde (m. 5/I) “*hukuka uygun olarak edinen*” kavramının iki şekilde anlaşıldığını, bir görüşe göre sadece hak sahibinden hakkı edinenin “hukuka uygun edinen olduğunu”, ancak kendisinin meyil ettiği diğer bir görüşe göre ise bunun dışında tükenme ilkesine dayanan kişinin de “huku-

61 LG München I, MMR 2007, s. 328.

62 OLG München MMR 2008, s. 601 ve **Moritz**, Hans-Werner'in bu karara ilişkin değerlendirmesi.

63 BGH MMR 2011, 305 vd; **Heydn**, Truiken J'nin bu karara ilişkin değerlendirmesi, aynı yer, s. 309 vd.

64 BGH MMR 2011, 305, 306, kn. 13, 307, kn. 17.

65 Karar metni kn. 15. İlk derece mahkemelerinin görüşü de bu yönde olmuştur.

ka uygun edinen olduğunu” belirtmektedir. Federal Mahkemenin bu görüşü savunurken, diğer korunan eserlerden farklı olarak bilgisayar programlarının kullanılmasının bunların sürekli çoğaltılması gerektirmesine de vurgu yaptığı görülmektedir⁶⁶.

Alman Federal Mahkemesi (BGH), AAD’na 3 soru yönelterek, özellikle tükenme ilkesinin bilgisayar programları açısından İnternet üzerinden gerçekleşen edinmelerde geçerli olup olmadığı hususunu sormuştur. Ancak bu soru açısından da BGH, tükenme ilkesinin bir taşıyıcıya yüklenmiş şekilde yayılmış program için geçerli olduğunu, çevrim içi (online) olarak edinilen örnekler için geçerli olmaması gerektiğini, aksi halde bu şekilde sadece cismaniyet kazanmış bir program örneğinin değil, bizatihi eserin ya da çoğaltma hakkının dolaşım yeteneğinin etkileneceğini belirterek, ancak yayma hakkı tükenmiş bir program örneğini edinenin Yönerge anlamında “hukuka uygun edinen” olduğunu düşündüğünü açıkça ifade etmektedir⁶⁷.

B. Alman Federal Mahkemesi Tarafından Avrupa Adalet Divanına Sorulan Sorular

Alman Federal Mahkemesi AAD’na üç tane soru sormuş⁶⁸ ve bunları aşamalı şekilde birbiri üzerine kurmuştur. Bu sorulardan ilki kısaca şu şekilde ifade edilebilir: Yayma hakkının kullanılması neticesinde piyasada bulunan bir bilgisayar programı kopyasını edinen ve bu şekilde yayma hakkının tükenmesine dayanan kişi BPY’nin 5. maddesinin ilk fıkrası⁶⁹ anlamında “hukuka uygun edinen” (*rechtmäßiger Erwerber*) sayılır mı?⁷⁰

İkinci soru ise şu şekildedir: İlk sorunun olumlu şekilde yanıtlanması durumunda, bir bilgisayar programı kopyasını yayma hakkı, programın İnternette hak sahibinin onayı ile bir taşıyıcıya indirilmesi halinde tükenir mi, bir diğer ifade ile burada

da BPY’nin dördüncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci yarım cümlesi (tükenme ilkesi)⁷¹ uygulanır mı? Bu soru, fiziksel taşıyıcıya sürekli şekilde yükü olmaksızın ve böylece taşıyıcısı ile birlikte devredilmeksizin sadece İnternet üzerinden indirilen bilgisayar programlarında tükenme ilkesinin geçerli olup olmadığı şeklinde de ifade edilebilir.

Son soru ise yine ikinci sorunun olumlu yanıtlanması şartına bağlanarak şu şekilde ifade edilmiştir: Programı ilk edinenin kendi programını silmesi ya da artık kullanmaması durumunda kullanılmış program lisansı edinen üçüncü kişi de kendisinde yaptığı çoğaltma açısından Yönerge anlamında “hukuka uygun edinen” olarak ilk program örneğine dair yayma hakkının tükenmesine dayanabilir mi?

Bu sorulardan merkezi nitelikte olanı ikincisidir. Bu nedenle AAD, bu soruyu temel alarak hukuki durumu değerlendirmiştir.

C. Oracle’nın İddialarının Temel Gereçekleri

Oracle’nın temel dayanaklarından biri, program açısından sadece lisans verildiği, bunun bir kopyasının kullanıcılara satılıp mülkiyetinin devredilmediği ve bu açıdan AB’nin 2009/24 sayılı Direktifin m. 4/2 hükmü gereğince yayma hakkının tükenmesinden bahsedilemeyeceği şeklindedir⁷². Zaten ilk derece mahkemesi de Oracle’in eser üzerindeki sürekli ya da geçici çoğaltma hakkının ihlal edildiği yönünde değerlendirme yapmıştır.

AAD kararından anlaşıldığı kadarıyla Oracle ve bazı hükümetler tarafından savunulan görüşe göre, BPY m. 4/2 hükmü anlamında tükenme ancak maddi bir varlık kazanmış (*bir taşıyıcıya yüklenmiş olan*) mallar (*Güter*) açısından söz konusu olur, buna karşılık İnternet üzerinden yaymada tükenme gerçekleşmez⁷³. Bu durum, 2009/24 sayılı Direktif m. 4/2 hükmünün ve 2001/29 sayılı Uyumlaştırma Yönergesinin 4. maddesinin ikinci fıkrasından ve gerekçeler bölümünün 28. ve 29. paragraflarının lafızlarından⁷⁴ [ve WIPO Fikri Mülkiyet Sözleşme-

66 Karar metni kn. 22: „Für diese Ansicht spricht, dass die durch den Eintritt der Erschöpfung bewirkte Verkehrsfähigkeit des Vervielfältigungsstücks eines Computerprogramms weitgehend sinnlos wäre, wenn der Erwerber eines solchen Vervielfältigungsstücks nicht das Recht zur Vervielfältigung des Computerprogramms hätte; denn die Nutzung eines Computerprogramms erfordert – anders als die Nutzung anderer urheberrechtlich geschützter Werke – regelmäßig dessen Vervielfältigung“.

67 Karar metni, kn. 32.

68 Karar metni, kn. 20, 23, 30 ve 34.

69 **Artikel 5 „Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen (1) In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechteinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig sind“.**

70 Bu soru AAD’nın kararında bu şekilde de ifade edilmektedir, bkz. karar metni, kn. 34.

71 Bu hükmün Almanca şu şekildedir: *“Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechteinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie; ...”*

72 AAD kararı metni, kn. 43.

73 AAD kararı metni, kn. 53.

74 Bu direktifin gerekçeler (Erwägungen) kısmında ilgili yerde “cismaniyet kazanmış eser örneğinin” yayılması hakkında bahsedilerek, orijinalinin ya da çoğaltılmış bir örneğinin hak sahibi ya da onun onay verdiği bir kişi tarafından “ilk satımı” ile yayma hakkının tükenmediği ifade edilmektedir.

sinin⁷⁵ 8. maddesi (umuma iletim hakkı) ile 6. (yayma hakkı) ve 7. maddelerine ilişkin ortak açıklamadan⁷⁶] da anlaşılmaktadır.

Oracle'ın iddiasına göre, programın internet üzerinden indirilme imkanının sunulması Avrupa Birliği'nin 2001/29 sayılı Fikri Hakların Uyumlaştırılması Yönergesinin⁷⁷ m. 3/1 anlamında eserin kamuya iletilmesi niteliğindedir. Bu nedenle aynı Yönergenin bu maddesinin son fıkrası gereğince bu uyumsuzlukta yayma hakkının tükenmesi gibi bir sonuç zaten doğmaz⁷⁸. Bu Yönergenin anılan hükmü önemli ölçüde FSEK m. 25 hükmü ile örtüşmektedir.

Oracle, ayrıca lisanslı kullanıcı ile aralarında mevcut servis sözleşmesinin de programın bir üçüncü kişiye devrine engel teşkil ettiği fikrindedir⁷⁹. Servis sözleşmesi, lisanslı kullanıcının *elindeki* programa ilişkin olduğundan, lisansı ikinci el olarak edinen UsedSoft müşterisinin internetten indireceği veya bilgisayarında mevcut *yeni* programı kapsamına alacak şekilde genişletilemez.

D. Avrupa Adalet Divanının Değerlendirmelerinin Temel Hatları

Olay bütünlüğü açısından "İnternet üzerinden indirilen programlar açısından yayma hakkının tükenmesi" sorusu özel önem taşıdığından AAD, bu sorudan başlayarak değerlendirme yapmıştır. Tükenme ilkesine ilişkin düzenlemelerde "satış" ya da "ilk satıştan" bahsedilmiş olmasına binaen AAD bu kavramların anlamı ile işe başlamıştır.

1. Satış ya da Lisans Ayrımının Tükenme İlkesi Açısından Önemsizliği

AB'nin BPY'nin m. 4/2 (FSEK m. 23/2) son cümlede olduğu gibi, eser sahibinin yayma hakkının "ilk satışın"⁸⁰ ardından tükenmesini öngördü-

ğünden, AAD önce Oracle ile müşterileri arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerinde durmuştur. Zaten Oracle de bunun bir satış değil, devredilmesi yasaklanmış süresiz bir lisans olduğu iddiasındadır.

AAD, burada önce BPY'nin m. 4/2'de geçen kavramlardan "ilk satışın" ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerektiğini belirterek, AB düzenlemelerindeki kavramların anlam ve kapsamlarının belirlenmesinde eşitlik ilkesinden ve AB hukukunun yeknesak uygulanması gereklerinden hareketle, bunların yeknesak şekilde yorumlanması gereğinin altını çizmektedir. Buna göre, eğer bu düzenlemeler özel olarak üye ülkelerin hukukuna atıf yapmamış iseler, AAD'nın yerleşik içtihadında da ortaya konulduğu üzere yeknesak bir şekilde anlamlandırılmalıdırlar. Kısacası, AAD bu tür düzenlemeleri yorumlamaya ve anlamlandırmaya asıl olarak kendisinin yetkili olduğunu ve bunların da yeknesak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.

BPY'nin ilgili hükmünde (m. 4/2), satım kavramının anlamı açısından üye ülkelerin hukukuna atıf yapılmamaktadır. Diğer taraftan AAD, bilgisayar programı kopyasının İnternette indirilmesi ile programın kullanılması için lisans sözleşmesi yapılmasını ayrılmaz bir bütün olarak değerlendirmiştir⁸¹. Bu bağlamda daha önceki Club Hotel Loutraki kararı ile orada anılan diğer kararlarına atıf yapan AAD, bu tür süreçlerin hukuki açıdan nitelendirilmesinde bütünsel yaklaşım gereğine vurgu yapmaktadır. Buradaki satış kavramının genel geçer anlamıyla değerlendirilmesi durumunda "somut veya soyut bir malın mülkiyetinin bir bedel karşılığında bir başka kişiye devri anlamına geldiğini" belirten AAD, bu açıdan bilgisayar programının bir kopyası üzerindeki mülkiyetin devrinin gerektiğini; bu yönüyle somut olaya bakıldığında, Oracle müşterilerinin bir miktar para karşılığında süresiz şekilde program kopyasını kullanma hakkını elde ettiklerini, bu karşılığın Oracle'a program kopyasının uygun ekonomik değerini elde etme *imkânını* sağladığını, şu halde bu işlemlerin bütünsel değerlendirmesinden bilgisayar programının kopyasının mülkiyetinin devredildiği sonucunun çıktığını ifade etmektedir. AAD'na göre programın CD-ROM ya da DVD gibi bir taşıyıcıya yüklenmiş şekilde pazarlanması ile İnternette indirilmesi arasında ekonomik açıdan bir fark yoktur⁸². Her iki durumda da kopyanın edinil-

75 Sözleşmenin metni için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html, (İngilizce).

76 Bu açıklamada bu maddelerde kullanılan „çoğaltılmış örnekler“, "orijinal ve çoğaltılmış örnekler" kavramlarının "cisimleşmiş şekilde çoğaltılarak" ticarete konulan "örneklerle" ilişkin olduğu ifade edilmektedir.

77 "Bilgi Toplumunda Komşu Haklar ile Fikri Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlaştırılması Yönergesi" (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), internet erişimi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:DE:HTML>.

78 Karar metni kn. 50.

79 Bu konuda ve takip eden cümle için bkz. karar metni kn. 64.

80 FSEK m. 23/2'de ilk satım yanında dağıtımdan da bahsedilmektedir. Yönergede ise ilk satımdan ya da hak sahibinin onayından bahsedilmektedir.

81 Karar metni, kn. 44.

82 AAD'nin bu düşüncelerinin esasen bütün dijital ürünlere yansıtılabilir şekilde anlamlandırılması mümkündür. Nitekim öğretilerde bu düşüncüyü de dayanak yaparak tükenme ilkesinin diğer ürünleri de kapsayacak şekilde genişletilmesini savunanlar vardır. Bu konuda bkz. aşağıda ilgili bölüm (IV., 3).

mesi ile lisans sözleşmesi bütünlüğü aynı işlevi görmektedir. Şu halde AAD'na göre programın internetten indirilmesi ve bu şekilde bir lisans alınması BPY m. 4/2 "ilk satış" niteliğindedir⁸³. Bu bağlamda tükenme ilkesinin anlamına atıf yapan AAD'na göre, aksi halde, süresiz şekilde programdan yararlanma hakkı tanıyan fikri hak sahibi, İnternet üzerinden yapılan indirmelerde bunların tekrar satışından tekrar bir bedel almak gibi bir imkâna sahip olabilecek, tükenme ilkesi konusuz kalabilecek ve bu durum, fikri hakkın korunmasının ötesine giden bir anlam kazanacak ve bu şekilde pazarın izole edilmesi söz konusu olabilecektir⁸⁴.

2. Programın İnternette İndirilmesine İmkan Sağlanmasının Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilebilirliği ve Bu Açından Tükenme İlkesinin Uygulanmaması?

Oracle'ın ve AB Komisyonunun programını bilgisayardan indirilmesine imkân sağlamanın AB'nin 2001/29 sayılı Uyumlaştırma Yönergesinin m. 3/1 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 düşüncelerini⁸⁵ AAD kabul etmemiştir. Bir diğer ifade ile Oracle'ın ve ilgili hükümetlerin tükenme ilkesinin tecessüm etmiş (maddileşmiş) eser örnekleri açısından geçerli olduğu şeklindeki yaklaşımını, BPY'nin ilgili hükmünden tükenme ilkesinin bu şekilde sınırlandırıldığı yönünde bir anlam çıkmadığı, tam tersine oradaki "program kopyasının satımı" ifadesinin kopyanın maddi olması/olmaması arasında bir ayırım yapmadığını belirten AAD, kabul etmemiştir. Kaldı ki, AAD'na göre BPY, Fikri Haklar Uyumlaştırma Yönergesine (2001/29) oranla özel kanun (*lex specialis*) niteliğindedir. Zaten bu Yönergenin m. 1/2 BPY'ni saklı tutmaktadır ve BPY özel kanun olarak varlığını korumaktadır. Gerçi AAD kararında, her iki yönergede kullanılan kavramların aynı anla-

ma gelmesi gerektiğini de belirtiyor⁸⁶. Ancak AAD, BPY'nin özel kanun olmasına ve burada kanun koyucunun özel bir irade belirtmiş olmasına binaen, bu açıdan farklı bir sonuca varmış gözüküyor.

3. Servis (Destek) Sözleşmesi ve Yayma Hakkının Tükenmesi Açısından Önemi?

Yukarıda olay kısmına ilişkin açıklamada Oracle ile lisans alan arasındaki sözleşmede, lisans alanın programın güncel ve hataları düzeltilmiş halini sürekli olarak sahip olabilme imkânının bulunduğu (servis hizmeti = *Wartung*) belirtilmişti. Bu durumda şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. Tükenme ilkesinin konusunu oluşturan ürüne ilişkin hizmet sözleşmeleri tükenme ilkesinin kapsamına girmezler. Yani sadece taraflar arasında ayrıca kararlaştırılmış ve böylece satımdan ayrılabilen hizmet edimleri ve zaten genellikle belirli bir süre ile sınırlı şekilde garanti edildiklerinden esasen ayrı değerlendirilmek durumundadırlar. Nihayetinde bunlar kural olarak sadece taraflar arasında hukuki sonuç doğururlar. Ancak bu çerçevedeki Oracle'ın iddialarına da AAD katılmamıştır. Yayma hakkının konusunun ilk kopya olduğu yönündeki Oracle iddiasından hareket edildiğinde, servis sözleşmesi çerçevesinde sonradan geliştirilen veya düzeltilen program sürümleri açısından yayma hakkının tükenmeyeceği de benimsenebilir. Ancak AAD'na göre, servis sözleşmesi süreli olsa bile bu sözleşme çerçevesinde ilk kopyanın daha iyi hale getirilmiş, değiştirilmiş ve tamamlanmış işlevleri başlangıçta indirilen kopyanın bileşeni (*Bestandteil*) niteliğindedir. Bunlar da alan kişi tarafından süresiz bir şekilde kullanılabilirler, üstelik program sunucu, bu servis sözleşmesinin süresini sonradan uzatmamaya karar verse bile bu durum değişmez. Şu halde bütün bu hususlar birlikte dikkate alındığında, yayma hakkının tükenmesinin satılan kopyanın daha iyi hale getirilmiş (geliştirilmiş) ve güncellenmiş sürümünü kapsar şekilde gerçekleşeceği sonucuna varmak gerekir⁸⁷.

83 Karar metni, kn. 48.

84 Karar metni, kn. 62-63.

85 İfade etmek gerekir ki, 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, a.g.e., s. 123 vd.; Öztan, a.g.e., s. 364, s. 374; Başpınar/Kocabay, a.g.e., s. 112; Memiş, a.g.e., s. 112; Aslan, a.g.e., s. 204; Dalyan, a.g.e., s. 190 vd., s. 190; Genç Arıdemir, 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. 89

86 Kararda belirtilen bu hususu temel alıp, kararın bu açıdan varlığı sonucu eleştiren yaklaşımı için bkz. Stieper, Malte, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11-UsedSoft, ZUM 8/9/2012, 668, 669: Dies „(...) dies (ist) mit dem Grundsatz der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts kaum vereinbar“; aynı şekilde Hansen, Hauke/Wolff-Rojczyk, Oliver, Anmerkung zu EuGH UsedSoft, GRUR 2012, 904, 909.

87 Karar metni kn. 67.

4. Avrupa Adalet Divanının Tükenme İlkesinin Uygulanabilmesi Açısından Kabul Ettiği Sınırlamalar

AAD, bilgisayar programları açısından İnternet üzerinden yapılan indirmelerde tükenme ilkesinin uygulanabilirliğini belirledikten sonra, bunu bir takım sınırlamalara bağlamıştır. Bunlardan ilki programı ilk edinenin, lisansını devrettiğinde kendi bilgisayarındaki kopyayı kullanılamaz hale getirmesidir⁸⁸. Aksi halde hak sahibinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. AAD bunu somut olaydaki paket halinde lisanslama (25 paket) nedeniyle oluşan özelliği dikkate alarak ve bununla bağlantılı şekilde ele almıştır. AAD'na göre paket halindeki lisansların parçalanarak devri söz konusu olmamalıdır. Bir diğer ifade ile başlangıçtaki örneğe geri dönecek olursak, 27 lisansa ihtiyacı olan ve böylece 50 lisanslık iki paket alan bir şirket, boşta kalan 23 lisansı toptan ya da örneğin 5+5+10+3 şeklinde ayrı ayrı devredemeyecektir. Bunları ancak kendisinin kullandığı iki lisansı da katarak ve toplu şekilde devretmesi söz konusu olacaktır. Aksi halde ilk edinenin lisansları kullanmasına imkan verecek şekilde kendi merkezi sunucusunda program kalacağından, tükenmenin gerçekleştiği programı kullanılamaz hale getirilecek ve böylece program çoğaltılmış olacaktır⁸⁹.

Bu bağlamda AAD, ilk edinenin elindeki program kopyasını kullanılamaz hale getirdiğinin tespit edilmesinin zor olduğu hususunda Oracle'a hak vermektedir. Bununla birlikte bu riskin geleneksel şekilde (CD-ROM vs.) programın pazarlanmasında da ortaya çıktığını, bu nedenle bu tür bir sorunun çözümünde Oracle'ın önünde "ürün anahtarı" gibi teknik önlemler⁹⁰ alma seçeneğinin bulunduğunu da belirtmektedir⁹¹.

5. Programın İnternette İndirilmesinin Çoğaltma Sayılması ve İkinci El Edinenin Hukuka Uygun Edinen Olarak Çoğaltma Yapmaya Hakkı Olması Hususu

AAD, Alman Federal Mahkemesi tarafından sorulan ikinci ve üçüncü soruları yanıtlama çerçevesinde, İnternette programın indirilmesinin teknik anlamda yeni bir çoğaltma olduğunun altını çizmektedir. Ancak AAD, buradaki çoğaltmanın,

FSEK m. 38 II ve III hükümlerine kaynaklık eden AB Yönergesi hükümleri çerçevesinde, yani bilgisayar programını hukuki yollardan edinen kişinin programı yüklemesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Oracle ile İrlanda, Fransa ve İtalyan hükümetleri tarafından savunulan "hukuka uygun edinenin" sadece "hak sahibinden doğrudan edinen" kişi sayılacağı şeklindeki yaklaşımı, AAD kabul etmemiştir. Buna göre, ikinci el lisansı edindikten sonra programı Oracle'ın web sitesinden kendi sunucu bilgisayarına (server) indiren kişi de programı hukuka uygun edinen sayılır ve bunun yaptığı çoğaltma da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bir diğer ifade ile AAD'na göre bu şekilde yapılan çoğaltma, programın öngörüldüğü amaç için kullanılması açısından gerekli bir çoğaltma niteliğindedir⁹².

Yukarıda ifade edildiği üzere İnternet üzerinden indirilen program açısından da tükenme ilkesi geçerli olduğundan, programı hukuka uygun şekilde edinen ikinci, üçüncü, ...n. kişiler de buna aynen dayanabileceklerdir. Ayrıca AAD, hak sahibinin sözleşmesel kurallar ile bunu bertaraf edemeyeceğinin, yani bu programın tekrar satılmasını engelleyemeyeceğinin, yani tükenme ilkesinin emrediciliğinin de altını çizmektedir⁹³.

E. Alman Federal Mahkemesinin AAD Kararından Sonra Verdiği İkinci UsedSoft Kararı

AAD'nın yukarıda temel hatları itibarıyla özetlenen kararından sonra, konu tekrar Alman Federal Mahkemesi önüne geldiğinden Federal Mahkeme, ikinci kez bir karar vermiştir (UsedSoft II kararı)⁹⁴. İfade etmek gerekir ki, AAD, verdiği karar ile Alman Federal Mahkemesinin (BGH) ilk kararındaki görüşlerine katılmadığını açıkça ortaya koyduğundan, BGH şimdi AAD'nın çizdiği çerçeveye önemli ölçüde uyan bir karar vermiştir.

Oracle'ın sadece bir yararlanma hakkı tanıdığı ve lisansın devrine izin verilmediği şeklindeki savunmalarının önemini olmadığını belirten Federal Mahkeme, sözleşme ile ne bilgisayarın tekrar devrinin, ne de programın İnternette indirilmesinin engellenemeyeceğini belirtmektedir⁹⁵. Alman

88 Bkz. karar metni, kn. 70 ve 78.

89 Bkz. karar metni, kn. 69-71 ve 86.

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

91 Karar metni, kn. 79 ve 87.

92 Bkz. karar metni, özellikle kn. 81.

93 Bkz. karar metni, özellikle kn. 77.

94 BGH, tarihi 17 Temmuz 2013 – I ZR 129/08- UsedSoft II kararı. Karar metni için bkz. GRUR 2014, 264 vd.

95 Karar metni, kn. 31 vd. Alman hukukunda bu konudaki tartışmalarda özellikle programın doğrudan İnternette ikinci edinen tarafından indirilmesinin tükenme kapsamında kalmayacağı baskın anlayış tarafından benimsendiğinden (bu konudaki tartışmalar ve anlayışlar açısından bkz. sadece **Kotthoff**, in: UrhG § 69c kn. 22, 24 vd., 28 vd.) aslında AAD'nın bu kararında da ifade edilen hususun BGH tarafından ayrıca vurgulandığı söylenebilir.

Federal Mahkemesi, ayrıca WIPO Fikri Haklar Sözleşmesinin asgari korunma kapsamını düzenlediğini, bunun milletlerarası hukuk kaynağı olarak gerek yönergelerin yorumuna ve gerekse üye ülkelerin iç hukukunun yönergeye uygun yorumuna göre önceliğinin olduğunu, ancak AB'nin bilgisayar programları açısından daha kapsamlı bir yayma hakkı tanımak ve yayma hakkının hangi koşullarda sona ereceğini belirlemek konusunda serbest olduğunu ifade ediyor⁹⁶. Bir diğer ifade ile AAD tarafından yapılan yönergelere yönelik olarak yapılan yorum, Federal Mahkemeye göre de WIPO Fikri Haklar Sözleşmesine aykırı değildir.

Federal Mahkeme, AAD'nın programının karşılığını alma imkanı ölçütünü de bir anlamda somutlaştırarak, Oracle'in programın tekrar satılması ihtimali bilinseydi programı daha pahalı satılabileceği şeklindeki iddiasını, AAD'nın gerçekten programın ekonomik değerinin alınıp alınmadığı değil bu konuda uygun bir bedeli alma *imkanını* temel aldığını belirterek yerinde görmemektedir. Federal Mahkemeye göre somut olayda Oracle bu imkâna sahipti ve bedelin yüksekliğini tanınan yararlanma hakkının kapsamı ve özellikle de süresine göre belirleyebilirdi.

Federal Mahkeme sınırlamalar açısından, devreden gerçekten kendi programını kullanılamaz hale getirdiğini ispat yükünün UsedSoft firmasında olduğunu, yine bunun kendi müşterilerini gerektiği gibi aydınlattığını da ispatlaması gerektiğini belirtmektedir. Aynı şekilde programın çoğaltılmasında hak sahibinin rızasının gerekmediği hususunu da UsedSoft'un (genel hükümlere göre) ispatlaması gerektiği belirtilmektedir⁹⁷. Kısacası, tükenme koşullarının varlığının ispatı yükü UsedSoft'tadır. Federal Mahkeme, olayın çözümünün başkaca tespitlerin yapılmasını gerektirmesi nedeniyle, sonuçta uyumsuzluğu istinaf mahkemesine geri göndermiştir.

Federal Mahkemenin bu kararı, BPY'nden ayrılan Alman hukukundaki açık düzenlemenin (§ 69 c Nr. 3 UrhG) nasıl aşılabacağı hususunda net olmaması nedeniyle alman öğretisinde eleştirilmektedir⁹⁸. Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki, Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bilgisayar programları için özel bir bölüm ayrıldığından, tükenme ilkesi açısından da ayrıca bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, bilgisayar programının çoğaltılmış bir nüshası (*Vervielfältigungsstück*) hak sahibinin onayı

ile devretmek yoluyla (*im Wege der Veräußerung*) muamelata konulmuş ise bu nüshaya ilişkin olarak yayma hakkı tükenir. Bu açıdan Alman hukukundaki düzenlemenin de belirli bir taşıyıcıya yüklenmiş eser örneğinden hareket ettiği⁹⁹ ve FSEK'deki düzenleme ile paralel olduğu söylenebilir.

Özetlemek gerekirse Federal Mahkeme, AAD'nın belirlediği çerçeveye uygun bir karar verdikten sonra, ispat yükü başta olmak üzere kullanılmış yazılım lisanslarının ve bununla birlikte kullanılmış programların tekrar devrinde koşulları dar yorumlayıcı bir yaklaşım sergilenmiştir. Ancak tükenme ilkesinin uygulanması açısından paket lisansın parçalanması yasağı, BGH tarafından dar yorumlanmış gözükmektedir. Gerçekten orada da yerel mahkemenin yaptığı tespitlere dayanılarak, somut olayda kısmı devir halinde her iki tarafta birden programın çoğaltılacağı hususuna vurgu yapıldığı görülmektedir¹⁰⁰.

IV. AVRUPA ADALET DİVANİ KARARINI DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yayma Hakkının Tükenmesi Açısından Değerlendirme

1. Kararın Öğretide Bu Yönüyle Değerlendirilmesine Kısa Bir Bakış

Başlangıçta ifade edildiği tükenme ilkesinin kapsamı itibariyle, bunun belirli bir fiziki taşıyıcıya yüklenmiş program örneğinin¹⁰¹ yayımı açısından geçerli olduğu, İnternet ortamındaki sunumların ise kamuya iletim kapsamında değerlendirilmesi gerektiği baskın görüş niteliğindedir. Buna karşılık azınlık görüşü doğrudan ya da kıyas yoluyla bu ilkenin İnternette indirilen ürünler açısından da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. AAD verdiği karar ile

99 Bu konudaki ayrıntılar ve farklı görüşler için bkz. **Kotthoff**, in: UrhG § 69c kn. 17 vd.

100 Bkz. karar metni kn. 65. Ancak **Stögmüller**, Thomas, bu kararı kısaca değerlendirip uygulama açısından önerilerde bulunduğu metninde (Praxishinweis), tam tersi yönde bir değerlendirme yaparak, BGH kararı sonrasında –AAD kararında olduğu gibi– kullanılmış program devrinin sadece çok az durumda, mesela bir işletmenin iflası nedeniyle bütün lisans portföyünü toptan satmasında olduğu gibi, gerçekleşeceğini ifade etmektedir (GRUR-Prax 2014, 58). Kanaatimce bu şekilde bir değerlendirme karar metni ile örtüşür nitelikte değildir. Ancak, sadece bu arada iflas ettiği belirtilen UsedSoft açısından elindeki Oracle lisanslarına yönelik olarak somut durumu ifade etmek için bu değerlendirme yapılmakta ise bir sorun bulunmamaktadır. Aynı eleştiriyi **Bäcker**, Kerstin, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17 Juli 2013 – I ZR 129/08-UsedSoft II, ZUM 2014, 333, 334 açısından da yapılabılır.

101 Yayma hakkı eser aslı için de geçerli olabilir. Ancak burada ele alınan konu açısından bunun önemi olmadığından burada tekrar-dan kaçınmak için sadece eser örneğinden bahsedilmektedir.

96 Karar metni kn. 40.

97 Karar metni 56.

98 **Stieper**, GRUR 2014, Anmerkung, 270, 271.

bilgisayar programları bağlamında azınlık görüşünü benimsemiştir.

Bu sorunun çözümüne yönelik tartışmalara paralel olarak AAD kararı, öğretide farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Alman öğretisinde bir tarafta kararı olumlu bulup, dönüm noktası (Markstein) olarak nitelendiren¹⁰² görüşler bulunurken, diğer tarafta kararın gerekçeleriyle gerçekte çözdüğü sorundan daha çoğunu ortaya attığını ifade ederek olumsuz yönde eleştirenler¹⁰³ de bulunmaktadır¹⁰⁴.

2. Tükenme İlkesinin Özü ve Koşulları İtibariyle Değerlendirme

Sürekli bir şekilde bir taşıyıcıya sabitlenmesiz İnternette indirilen ürün örnekleri açısından yayma hakkının tükendiğini söylemek ilk bakışta zor gözükmemektedir. Biçimsel olarak bakılırsa, ortada doğrudan hak sahibi tarafından devredilmiş bir örnek yoktur. Somut olayda program örneğini bizzat edinilen (indiren) kişi oluşturmaktadır. Ayrıca bilgisayar programları özelinde daha açık olarak gözüktüğü gibi, programın yüklenmesi, çalıştırılması

vs zorunlu olarak yeniden çoğaltmayı gerektirmektedir.

Bu nedenle eser örneğinin çok kolay çoğaltılabilirliği; bu eser örneği (!) tekrar yayılırken, üzerinde cisimleştiği taşıyıcı ile birlikte doğrudan devredilme durumu hariç¹⁰⁵, zorunlu olarak tekrar bir çoğaltma yapılması; bunun da değer olarak daha düşük nitelikte olmaması¹⁰⁶ gibi hususlar, “olağan” durum ya da “belirli bir taşıyıcıya sürekli şekilde sabitlenmiş eser örnekleri” için ortaya konulmuş düşüncelerin, buraya hemen aktarılabilmesine ilk bakışta *şüphelye* yaklaşmayı gerektirir “*pürüzler*” oluşturmaktadırlar.

Ancak burada asıl sorun bu tür ürünlerin kolay kopyalanabilirliği değil, teknik olarak tekrar yayma eyleminin, ayrıca bir *çoğaltmayı* gerektirmesidir. Gerçekten taşıyıcısı ile birlikte devredilme imkanı hariç her devirde oluşturulacak ürün aslında yeni bir çoğaltma olacaktır. Diğer taraftan İnternet üzerinden indirilen ürünlerde gerçekte ve teknik olarak¹⁰⁷ bir taşıyıcı ile birleştirilme zaten söz konusudur. Bu açıdan cismaniyet kazanmamış olmak gerçekte söz konusu değildir. Sadece buradaki cismaniyet kazanma İnternete özgü ve bir ölçüde farklıdır. Bu açıdan belki normal bir kâğıda basılı kitap ile elektronik kitap karşılaştırılması yapılabilir. Normal bir kitabı alan kişi, bunu her okuduğunda, onu tekrar tekrar çoğaltmaz, söz konusu olan hep aynı eser örneği-

102 **Hartmann**, Thomas, Weiterkauf und “Verleih” online vertriebener Inhalte Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11- UsedSoft/Oracle, GRUR-Int 2012, 980, 989; **Hilty**, Reto, M./**Köklü**, Kaya/**Hafenbrädl**, Fabian, Software Agreements: Stocktaking and Outlook –Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective, ICC, Vol. 44, No. 3 (2013), s. 263, 290: “In summary, the ECJ decision is certainly a milestone, and not only for software case law in the European Union”. Türk hukuku açısından karara ilişkin olumlu değerlendirme olarak bkz. **Bozbel**, a.g.e., 437; bkz. ayrıca yukarıda çeşitli dipnotlarda anılan İstanbul 1. FSHM'nin 27.6.2014 tarihli kararı (E. 2011/96, K. 2014/117) (yayınlanmamıştır).

103 **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 670, bu kadar yoğun olmasa da yine kararı olumsuz yönde eleştirir yönde **Ohly**, NJW-Beil. 2014, 47, 48. Karardan önce bu yöndeki gelişmeleri ve genişletmeleri eleştiren yönde, **Haberstumpf**, (in: Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, Kommentar 2 Auflage, Herausgegeben von **Büscher/Dittmer/Schiwy**, Köln 2011), Teil 1, Kapitel 10 Urhebergesetz (UrhG) § 69e kn. 8. Kararı sorunu gerçekte çözmediği, sorunun bu alanda ölçütler oluşturulması olduğu, yönünde **Dreier**, Thomas/**Leistner**, Matthias, GRUR-Beilage 1/2014 (zu Heft 4/2014), Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, s. 13, 19 vd.

104 Farklı değerlendirmeler için bkz. **Stollwerk**, in: Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht, Hrsg: Ahlberg/Götting, Stand 1.2.2014, Edition: 4, kn. 21.1; **Hilty**, Reto M., Die Rechtsnatur des Softwarevertrages Erkenntnis aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft vs. Oracle, CR 2012, 625 vd.; **Hilty/Köklü/Hafenbrädl**, ICC, Vol. 44, No. 3 (2013), s. 263 vd.; **Heydn**, in: Kilian/Heussen, Computerrecht, 32. Ergänzungslieferung 2013, kn. 67p ve devamı; **Weisser/Färber**, MMR 2014, 364 vd., ancak yazarların s. 365'de dijital çoğaltılmış program örneğini, “maddi olmayan hukuk pozisyonu” olarak nitelendirmesi (=“*Ein digitales Vervielfältigungsstück ist als unkörperliche Rechtsposition anzusehen, die zum Besitz und zur Benutzung eines Abbilds der Software berechtigt und als solche übertragen werden kann*”) kafa karıştırıcı olduğu gibi, yanlıştır da. Hukuki pozisyonlar her durumda gayri maddi niteliktedirler. Ayrıca bilgisayar programı örneği doğrudan hukuki pozisyon olmaz, olsa olsa bunun (konusunu oluşturduğu) üzerinde bir hukuki pozisyon olabilir.

105 Bu duruma bilgisayar programının üzerinde yüklendiği bilgisayar ya da bilgisayar sabit diskinin şirketin iflası nedeniyle iflas hukuku çerçevesinde bilgisayar ile birlikte devredilmesi örnek olarak verilebilir, bu konuda bkz. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 669. Bu arada ifade etmek gerekir ki İstanbul 1. FSHM'nin 27.6.2014 tarihli kararına (E. 2011/96; K. 2014/117) konu olan olayda bu şekilde bir devir zorunluluğu getiren bir sözleşme hükümünün geçerliliği de değerlendirilmiştir, bu konuda bkz. aşağıda dipnot 127.

106 Bir elektronik veri ya da dosya açısından bakıldığında, kullanılmış bir dosyanın başlangıçtakinden daha az bir değerde olduğundan, dosyanın yıprandığından söz edilemez (**Ohly**, NJW-Beil. 2014, 47, 48). Bu hususun dijital ürünlere dair tükenme ilkesi tartışmalarında önemli bir argüman olduğu açıktır.

107 Elbette burada bir hukukçu bakış açısıyla sorun ele alındığından, temel alınan teknik verilerin ilgili teknik alanlar açısından bütünlüklü ve şüphe götürmez şekilde doğru olduğu gibi bir iddia söz konusu değildir. İfade edilmek istenen, somut olaydan hareket edilir ise, Oracle'in web sitesinden program indirilme sürecinde, söz konusu programın –geçici de olsa– sürekli olarak bir taşıyıcıya bağlı olduğudur. Bu durum Oracle'in web sitesindeki dağıtım açılan kopya ya da orijinal için geçerli olduğu gibi, kullanıcının ana sunucuna ya da duruma göre tek tek kullanıcıların bilgisayarlarının çalışma hafızasına indirilen program için de geçerlidir. Hatta denilebilir ki, program kesitlerinin henüz arada (İnternet yollarında) olduğu zamansal olarak andan bile son derece kısacık sürede dahi bir taşıyıcıya (ağa) bağlılık söz konusudur. Bu açıdan bilgisayar programının sürekli olarak aslında şu ya da bu taşıyıcıya bağlı olduğundan söz etmek mümkündür. Şu halde taşıyıcıya yüklü olmayan veriler (“*Dateien ohne Datenträger*”; bkz. **Ohly**, NJW-Beil. 2014, 47, 48) ifadesi bu açıdan yeterince doğru gözükmemektedir. Bunun yerine “*sürekli şekilde ya da sabit şekilde bir taşıyıcıya yüklü olmayan*” ifadeleri daha uygun gözükmemektedir. Bu açıdan bkz. ayrıca **Staudinger/Jickeli/Stieper**, (2012), § 90, kn. 18. Bu açıdan bkz. ve krş. ayrıca **Bozbel**, a.g.e., s. 436 vd.

dir. Buna karşılık bir elektronik kitabı ve hele somut olayda olduğu gibi belirli bir merkezi bilgisayara bağlanarak çalışma hafızasına indirerek bilgisayar programını çalıştırmak söz konusu ise, her seferinde eserden bütünsel ya da kısmen yeni bir çoğaltma yapılması gerekecektir. Üstelik bilgisayar programları açısından bakıldığında, bunların fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesindeki korunmasında zaten kendine özgü bir durum gözlenmektedir ve bilgisayar programlarının işlevsellikleri bunları karakterize eden temel unsurdur¹⁰⁸. Bu açıdan da kullanım için öngörülen işlevinin gerçekleşmesi bilgisayar programının duruma göre sürekli bir çoğaltılmasını beraberinde getirmektedir. Ancak bu durum sadece İnternette indirilen programlar için değil kural olarak bütün bilgisayar programları için geçerli bir durumdur. Şu halde İnternet üzerinden indirilen programlarda belki daha göze batır şekilde kendine gösteren ve esasen İnternet üzerinden indirilen bütün ürünlerde şu ya da bu şekilde farklı yoğunluklarda ortaya çıkan kendine özgü bir durum bulunduğu söylenebilir. Bu açıdan tükenme ilkesinin burada uygulanabilirliği tartışmasında bu durumun dikkate alınması gerekir. Bir diğer ifade ile burada klasik anlamda bir taşıyıcıyla birleştirilerek cismaniyet kazanmış bir eser örneğinin yayımı ve böylece yayma hakkının tükenmesi değil, olağan kullanımı zaten ek bir çoğaltmayı gerektiren bir yararlanma söz konusudur. Soruna bu teknik açıdan bakıldığında, olağan durum için düşünülmüş tükenme ilkesinin buraya aktarılmasına karşı çıkanların pek de haksız olmadıkları söylenebilir. Diğer taraftan, yukarıda ifade edilen ve yayma hakkının tanınmasının (ve bunun sınırlayan tükenme ilkesinin) arkasında yatan gerekçeler cephesinden bakıldığında, uygun önlemler alındığında, farklı davranmayı gerektiren yeterli ağırlıkta maddi bir gerekçe bulmak da zor gözükmektedir. İnternet görece yeni bir fenomendir ve buradaki kendine özgü özelliklere fikri hak sisteminin de uydurulması gerekmektedir. Eser sahibi, eser örneği bağlamında yaratıcılığının karşılığını aldığı ve bundan sürekli yararlanmaya imkan sağlayacak şekilde bir izin verdiği, yani yaymayı gerçekleştirdiği ölçüde, artık kullanımın ilk izin verilen dışında, onun *yerine* başkaları tarafından gerçekleştirilmesine karşı çıkamamalıdır. Gerçi bu tür ürünlere ilişkin olarak hak sahibi ile alıcı arasındaki çıkar çatışmalarının kendine özgü özellikleri olduğu (çok çabuk

çoğaltma imkânı, kontrolün zorluğu vs.), ayrıca örnekten yapılan aynen çoğaltmada yeni ürün ile öncekilerin bir farkı olmadığı, zaman geçmesinin bir öneminin (kullanılmış bir kitabın zamanla yıpranmasına karşın burada bir yıpranma) olmadığı¹⁰⁹ haklı olarak ifade edilebilir. Ancak bu tür ürünlerin kullanılmasında, kullanımın gerektirdiği ölçüde çoğaltma kolaylığından veya duruma göre zorunluluğundan kaynaklanan risklerin kullanıcıya (alıcıya) yükletilmesi çıkarlar dengesi açısından kaçınılmaz bir husus değildir. Esasen klasik anlamda yayma ve tükenme ilkesinin burada ya hiç uygulanmaması ya da aynen uygulanması gerektiği savunulur¹¹⁰ ise ortaya her iki açıdan da “haklı şekilde açıklanması zor” sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Gerçekten tükenme ilkesinin burada klasik anlamda uygulanması gerektiği savunulur¹¹¹ ise şöyle bir tablo gözükmektedir: Esasen diğer eserlerde olduğu gibi bilgisayar programları açısından da korunma için muhakkak bir cismaniyet kazanma (eserin korunma koşulu olarak bizatihi eserin dışarıdan algılanabilir şekilde biçim kazanması ayrı, eser ya da eser örneğinin cismaniyet kazanması ayrı şeylerdir) zorunlu değildir. Korunan bizatihi eserdir, eserin örneği değil¹¹². Bir diğer ifade ile eser örneği, “bizatihi eser” korunduğu için, yani eser koruması kapsamında korunmaktadır. Diğer taraftan İnternet üzerinden yapılan indirmede bilgisayar programı teknik açıdan zorunlu olduğundan cismaniyet kazanmaktadır: Ya doğrudan kullanıcı bilgisayarına, ana sunucu bilgisayara ya da ana sunucuya bağlanan kullanıcının bilgisayarının çalışma hafızasına yüklüdür vs. Bu durumda ise bu bilgisayar programı ile örneğin bir CD-ROM ya da taşınabilir belleğe sabit şekilde yüklü bilgisayar programı arasında fark yoktur. Burada tükenme ilkesinin uygulanmasının, yayma hakkının belirli bir taşıyıcıya sürekli şekilde yüklenerek çoğaltılmış nüshaya mutlak olarak bağlanması mantıklı ve her durumu açıklar nitelikte durmamaktadır. Bir bilgisayar programı hak sahibinin bilgisayarından alıcının bilgisayarına indirilirken zamansal olarak kısa bir sürede kısmen her iki tarafta birden durmaktadır¹¹³. Bir CD’ye yüklü program bilgisayarın sabit diskine yüklenirken

109 Bu açıdan bkz. sadece **Ohly**, NJW-Beil. 2014, 47, 48.

110 Bu açıdan bkz. ve krş. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 669 vd.; tükenme ilkesinin uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. ayrıca **Semadeni**, a.g.e., s. 166 vd.

111 Bkz. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 669 vd.

112 Bkz ve krş. **Hilty**, CR 2012, 625, 628.

113 Bu konuda bkz. ve krş. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 669; **Hansen**, Hauke/**Wolff-Rojczyk**, Oliver, Anmerkung zu EuGH UsedSoft, GRUR 2012, 904, 909.

108 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. **Aksu**, Bilgisayar Programları, özellikle s. 4 vd., 135 vd.

zorunlu olarak çoğaltılmaktadır. Tükenme ilkesinin burada mutlak olarak bir taşıyıcıya sabit şekilde bağlı eser örneğini gerektirmesi, tükenme ilkesinin ancak bir bilgisayara ya da elektronik düzeneğe gömülü bilgisayar programları için uygulanması ya da yüklü olduğu bilgisayar ile birlikte devredilmesi gerektiği gibi bir sonuca götürür¹¹⁴. Aynı durum bir CD'ye yüklü bilgisayar programı açısından bunun yayılması ile birlikte yayma hakkının tükendiği ve bunun da nihayetinde bilgisayara yüklenmemesi (çünkü bu zorunlu olarak bir çoğaltmayı gerektirecektir) gibi bir sonuca götürür. CD ile alınmış program bir çoğaltma olduğundan ve bu yayıldığından, yayma hakkı da tükenir. Ne var ki bu durumda dahi programı alan programı kullanamaz, çünkü bunu kendi bilgisayarına yüklemesi yeni bir çoğaltma olacaktır. Şu halde ancak bunu çoğaltmadan tekrar satabilir, ancak alan kişi de bilgisayarına yükleyerek kullanamaz, çünkü onun da yeni bir çoğaltma yapması gerekecektir! Belki burada CD'deki programın bilgisayara yüklenmeden çalıştırılması ihtimali düşünülebilir. Ancak bu ihtimalde de kural olarak bilgisayarın çalışma hafızasında geçici de olsa çoğaltma yapılması gerekeceğinden burada da "ilk yayılan örneğin" ötesine geçen ve kullanım için zorunlu bir durum söz konusu olacaktır. Şu halde burada klasik yayma ve tükenme anlayışı çerçevesinde değil, "işlevsel bir bakış açısı" geliştirerek "öz itibarıyla" sorunu çözmek gerekir. Zaten bu nedenle bilgisayar programları açısından özel düzenlemeler getirilmiştir¹¹⁵. Nitekim bu çerçevede programın edinmenin yüklemek vs amaçlarla programı çoğaltabilmesi yasal olarak izin verilmiş temelde ve sözleşme ile ortadan kaldırılamaz şekilde gerçekleşmektedir.

Diğer taraftan bilgisayar programı örneğinin her seferinde –geçici de olsa- belirli bir taşıyıcıya yüklendiği ya da taşıyıcıyla ilişkilendirildiği dikkate alındığında, burada tükenme ilkesinin neden uygulanmaması gerektiğinin ikna edici şekilde açıklanması zor gözükmektedir¹¹⁶. Bu durum ile bir CD'ye yüklü program arasında, ikincisinin ilk yayımında CD'ye yüklenmiş olması ve bu şekilde yayılmış olması dışında, öz itibarıyla bir fark bulunmadığından, tükenme ilkesinin neden uygulanmaması gerektiği

sonucu, maddi açıdan bir ölçüde havada kalmaktadır. Hak sahibinin program örneğine ilişkin olarak bunun ekonomik karşılığını alabilme imkânından tam anlamıyla yararlanarak sürekli şekilde kullanma hakkını tanıdığı durumlarda bu açıdan haklı bir gerekçe bulmak gerçekten zordur.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki AAD'nın önüne gelen olayda gerçekte bir kullanıcının kendisinin hukuka uygun olarak edindiği programı başkasına devretmesi de söz konusu değildir. Yani doğrudan belirli bir taşıyıcıya yüklenmiş program örneğinin devri de söz konusu değildir. UsedSoft kullanılmış lisansları tekrar pazarlamaktadır. Gerek ilk edinen gerekse ondan daha sonra lisansı edinenler, doğrudan Oracle bilgisayarında ya da web sitesindeki belirli bir taşıyıcıya yüklenmiş programı edinmektedirler. İndirme sırasında yeni bir çoğaltma yapmaktadırlar. Aynı şekilde ikinci el lisansı edinen de ilk lisans edinendeki belirli bir taşıyıcıya sabitlenmiş program örneğini edinmemekte, doğrudan Oracle web sitesinden indirerek yeni bir çoğaltma yapmaktadır. Bu açıdan zaten klasik anlamda yayma hakkı kapsamına doğrudan giren bir durum da söz konusu değildir. Bir diğer ifade ile burada klasik anlayışa bağlı kalınır ise tükenme ilkesinin kapsamına hiç dokunulmamaktadır bile. Ancak işlevsel açıdan bakıldığında, salt bu teknik özellik nedeniyle konunun sadece çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirilmesi dayanıklı durmamaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu tür ürünlerde taşıyıcı ile birlikte devir dışında her durum, nihayetinde çoğaltma hakkı ile ilgili olacağından ve her seferinde yeni bir çoğaltma yapılacağından tükenme ilkesi burada zaten hiç bir şekilde uygulanamayacaktır. Ancak bu durumdan hareketle tükenme ilkesinin uygulanmaması gerektiği sonucuna varmak kanaatimce yeterince dayanıklı olmayacaktır. Nitekim en azından belirli bir taşıyıcıya yüklü programlar açısından getirildiği hususunda şüphe bulunmayan yasal düzenlemelerde bu şekilde çoğaltmalar sorun teşkil etmediği gibi¹¹⁷, bu durumlarda tükenme ilkesinin uygulanması da mümkündür. Şu halde salt internet üzerinden yayma gerçekleştiği için tükenme ilkesinin uygulanamayacağını söylemek sorunu bütün yönleriyle ele almamak anlamına gelecektir.

Ayrıca burada tükenme ilkesinin uygulanmaması hak sahibinin, takip eden lisanslamaları kontrol edebilmesi, aslında olması gerekenden daha kapsamlı bir hukuki pozisyona sahip olması sonucunu

114 Krş. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 669.

115 Hukukumuz açısından bkz. sadece FSEK m. 38.

116 Aksi yöndeki yaklaşım için bkz. sadece **Semadeni**, a.g.e., s. 166 vd. Yazar orada, bu yönde gerekçeler olarak internet üzerinden yaymalarda göze görünür (augenfällig) bir eser örneğinin bulunmaması, kolay kopyalamanın yarattığı kötüye kullanma tehlikesi ve haksız kopyalamayı engelleyici teknik imkanların henüz yeterince gelişmemiş olması gibi hususlar ifade etmektedir.

117 Bu açıdan FSEK m. 38/2 hükmüne bakmak yeterlidir.

da doğuracaktır. Bu açıdan örneğin bulut bilişim (Cloud-Computing; Rechnen in der Wolke) gibi her gün daha yaygınlaşan teknolojilerde sabit bir taşıyıcıya yüklü bir örnek söz konusu olmayacağından özü itibariyle klasik tükenme ilkesi gerekçeleriyle örtüşen bir durum olmasına rağmen giderek tükenme ilkesinin alanı daralacak ve hak sahibinin daha yoğun şekilde pazarı tecrit edebilmesi ve kontrolü altında tutabilmesi gibi bir sonuç meydana gelebilecektir.

Kıscası İnternet üzerinden de olsa kesin şekilde yayılan bilgisayar programı (eser) örneği açısından eser sahibinin yeni devre tekrar katılımını gerektiren bir gerekçe artık kalmadığından, yayma hakkının ilgili ilgili eser örneği açısından tükendiği kabul edilmelidir¹¹⁸.

3. İlk Yaymadaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği İtibariyle Değerlendirme

Tükenme ilkesi açısından başlangıçta ifade edilen temel koşullar dikkate alındığında, eser sahibi ile eser nüshasını ilk edinen arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği¹¹⁹ aslında *tükenme sorunu* açısından o kadar da önemli gözükmemektedir. Gerçekte önemli olan ilk yaymanın “hangi çerçevede” gerçekleştiğidir. Elbette bu çerçevesinin belirlenmesinde, yaymayı gerçekleştiren (yaymaya izin veren) hak sahibinin iradesinin (ve böylece taraf iradelerinin) ve amacının önemi olduğu apaçıktır. Bu durum ilk yaymanın tarafları arasındaki hukuki işlemin nitelenmesi açısından da önem taşır. Ancak AAD önüne gelen olayda olduğu gibi, program örneğinin süresiz şekilde ve kesin olarak (tam) kullanılmasına imkân sağlayan bir sözleşme söz konusu ise, yani edinene bu şekilde süresiz olarak “bir eser örneğini kullanma yetkisi” tanınmış ise, bunu tükenme ilkesi açısından yeterli görmek gerekir. Zaten hak sahibi bu seçenekte eser örneğine ilişkin olarak bunun karşılığını¹²⁰

almış demektir. Bu açıdan fikri hakkın korunması itibariyle eser örneğinin artık ilk edinen değil de ikinci, üçüncü vd. edinenler tarafından başlangıçta verilen izin çerçevesinde kullanılması hak sahibinin korunmasını gerektiren gerekçeler açısından artık önem taşımazlar. Elbette sözleşme hukuku çerçevesinde ortaya çıkan sorunlar açısından farklı değerlendirmeler yapılabilir ve bu açıdan bu alana ilişkin sorunların (örneğin ifa engelleri, asıl hak sahibinin kendi sözleşeni yerine duruma göre başka bir kişiyi karşısında bulmasının mümkün olup olmadığı vs.) nasıl çözüleceği gibi hususlar tartışılabilir. Ancak tükenme ilkesinin arkasında yatan özden hareket edildiğinde, doğrudan sözleşmenin hukuki niteliği değil, karşı tarafa tanınan hukuki pozisyonun hukuki niteliği ve kapsamına bakmak gerekir. Aynı nitelik ve kapsamda kalmak kaydıyla, eser sahibinin ayrıca korunmasını gerektiren maddi (özel) bir sebep bulunmadığından, bu ürünün tekrar tekrar yayılmasını eser sahibi artık engelleyememelidir. Yayma hakkı ilk yayım ile kullanıldığından, burada eser sahibini bu hukuki pozisyonu itibariyle ilgilendiren bir durum artık bulunmamaktadır.

Bu açıdan AAD'nın AB düzenlemelerindeki “ilk satım” kavramını geniş yorumlaması¹²¹ uygun seçeneklerden biri niteliğindedir. Esasen bunun sadece lisans olarak nitelendirilmesi de hukuki durumu değiştirmezdi¹²². Çünkü önemli olan, program örneğini süresiz şekilde tam kullanma imkânının sağlanmasıyla kullanıcıya bir hukuki pozisyon yaratılmasıdır. Bilgisayar programının satılması vs. bu açıdan önem taşımamaktadır¹²³.

Bu açıdan ilk satıştaki taraflar arasındaki sözleşmede tükenme ilkesini ortadan kaldıracak şekil-

118 Krş. **Stollwerk**, in: Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht, kn. 21.

119 Somut olay açısından bakıldığında standart bilgisayar programları sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bunun özellikle ifa engelleri açısından doğan sorunların çözümü çerçevesinde satım, kira, lisans vs şekillerde nitelendirilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır, bu konuda bkz. sadece **Yıldırım**, a.g.e., özellikle s. 17 vd., 68 vd.; **Hilty**, CR 2012, 625 vd. Esasen somut olayda zaten ifa engelleri vs sorunları söz konusu olmadığından ve doğrudan ilgili AB yönergesi hükümlerinin yorumlanması sorunu bulunduğundan, standart bilgisayar programı sözleşmesinin hukuki niteliği özel bir önem taşımamaktaydı, bu konudaki haklı görüş ve eleştirileri için bkz. **Hilty**, CR 2012, 625, 628.

120 Elbette burada ifade edilen “karşılık” söz konusu eserden olağan koşullarda irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde edinilebilecek veya beklenebilecek karşılıktır. Bu açıdan irade sakatlığı halleri hariç, eser sahibinin örneğin objektif olarak belir-

lenebilecek bir karşılığı almış ya da almamış olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan eser sahibinin bu açıdan bir “imkân” sahip olması ve bunun şu ya da bu şekilde kullanılabilmesidir. Esasen eser sahibi herhangi bir karşılık almadan eser örneğinden yararlanma yönünde bir hukuki pozisyon tanımış da olabilir. Bu konuda (bedel/karşılık) AAD'nın kararından sonra konuyu tekrar ele alan Alman Federal Mahkemesinin değerlendirmeleri açısından bkz. aşağıda BGG'nin verdiği ikinci karara dair kısım.

121 İnternette alıcının bilgisayar programını indirmesine satım hukukunun uygulanması yönünde bkz. **Jickeli**, Joachim/**Stieper**, Malte, in: Staudinger BGB, §§ 90-124, 130-133, Allgemeiner Teil 3, Berlin 2012, § 90, kn. 15 (aşağıda Staudinger/Jickeli/Stieper, (2012), § ..., kn... şeklinde atf yapılmıştır)

122 Bu açıdan konuyu lisans sözleşmesi çerçevesinde değerlendiren yaklaşımı için bkz. **Hilty**, CR 2012, 625 vd.

123 Bkz. **Hilty**, CR 2012, 625, 631: “Im Ergebnis führt dies zur Notwendigkeit, Art. 4 Abs. 2 technologieneutral so zu verstehen, dass es nicht auf den „Erstverkauf einer Programmkopie“ ankommt, sondern darauf, dass der Rechtsinhaber ein erstes Mal eine Nutzungs Erlaubnis erteilt hat“. Benzer şekilde **Witzel**, Ann. EuGH, Urt. v. 3.7.2012 - Rs. C-128/11 - UsedSoft GmbH vs. Oracle International Corp., CR 2012, 498 = Cri 2012, 116, 121.

de sınırlayan hükümlerin bir anlam ifade etmemesi gerekir. Tükenme ilkesi emredici niteliktedir¹²⁴. Diğer taraftan tükenme ilkesine ya da diğer emredici hükümlere¹²⁵ aykırı nitelikte olmasalar bile taraflar arasındaki borç doğurucu mahiyetteki sözleşme hükümleri nihayetinde nispi nitelikte olduklarından bunlara aykırılık ancak taraflar arasında hukuki sonuç doğurur, üçüncü kişilere bir etkiye bulunmaz¹²⁶.

4. Servis Sözleşmesinden Yeni Kullanıcının Yararlanması Açısından Değerlendirme

AAD'nın önüne gelen olayda programın güncellenmesi ve hatalarının düzeltilmesi gibi sürekliliği olan bir hukuki ilişki söz konusudur. Bu açıdan AAD'nın kararının fikri hak sahibinin sözleşme partnerinin iradesi dışında değişmesi onay verdiği şeklinde yorumlanması mümkündür¹²⁷. Bu açıdan bakıldığında lisans alan konunun devredilebilirliği gerçekten aydınlatılması gereken bir sorun olarak durmaktadır. Bu şekilde bir sözleşmenin tarafının değişebilmesinin uygun bir meşruiyet gerekçesine dayanması gerektiği hususu açıktır. Üstelik somut olayda bu lisansın devri de sözleşme bazında yasaklanmıştır.

Ancak lisansın devri aslında başlı başına ayrı bir hukuki sorun olarak ayrıntılı bir şekilde incelenmeyi gerektirir. Burada ele alınan sorun açısından bakıldığında, lisansın devrine ilişkin sorunlar ile tükenme ilkesine ilişkin hususlar aslında kısmen kesişmektedirler. Tükenme ilkesi çerçevesinde bakıldığında, yukarıda ifade edildiği üzere, program örneğini sürekli şekilde kullanma izni alanın buna artık ihtiyacı kalmadığında başka birine devredilmesi ve böylece alışveriş hayatının ihtiyaçlarına uygun bir hareketliliğin yaratılması kamusal çıkarı eser sahibinin çıkarına oranla daha baskın durmaktadır¹²⁸. Diğer taraftan AAD'nın kararında servis

sözleşmesindeki güncellemelerden yeni edinenin de yararlanacağı belirtmesi, tükenme ilkesi çerçevesinde sözleşmesel borç ilişkisinin karşı tarafın oluru bulunmadan kolaylıkla devredilebileceği anlamına gelmemektedir¹²⁹. Kararda belirtilmek istenen, tükenmenin güncellenmiş ve geliştirilmiş program örneği içinde aynen geçerli olacaktır. Zaten AAD'nın kararı, tükenme ilkesi ile çatıştığı kısım dışında, hak sahibi ile ilk edinen arasında sözleşme özgürlüğü çerçevesinde oluşturulan koşullara ilişkin bir değerlendirme içermemektedir¹³⁰. Gerçekte ilk devirde kararlaştırılan ve taraflar arasındaki borç ilişkisini ilgilendiren koşulların bunları bağlaması ve hukuki sonuçları ile tükenme ilkesinin uygulanması ve böylece ikinci devirdeki kişinin buna dayanabilmesi farklı sorunlardır. Bu açıdan lisans sözleşmesi koşullarına uymamanın hukuki sonuçları ile tükenmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Tükenme ilkesinin emredici nitelikte olması da bunu gerektirmektedir. Bu açıdan bir taraftan sözleşme ile devrin yasaklanmasının bir anlamı olmayacaktır. Diğer taraftan sözleşme ile kendi asıl edimine bağlı unsurlar itibarıyla karşı edimini almış olan hak sahibinin, bu imkanlardan yeni edinenlerin yararlanmasına, bunlar bir nevi tükenmenin konusu olan asıl ürünün kapsamında kaldıklarından, en azından bunun kendisine ek bir yük getirmediği durumlarda karşı çıkamaması gerektiği söylenebilir.

Gerçi burada sadece program örneğinin devri değil (hatta somut olayda olduğu gibi, doğrudan Oracle'nin web sitesinden ilk indirilmesi de) ilk hali değil, bunun güncellenmesi vs. söz konusudur. Bunlar da sözleşme ile ayrıca düzenlenmiş unsurlardır. Ancak bunlar da ilk programı takip eden ve ona bağlı unsurlar niteliğinde olup aslında ilk yaymada dikkate alınmış hususlardır. Bu bağlılık ve bütünlük çerçevesinde tükenme ilkesi kapsamında kalmaları çıkarlar dengesine de uygun düşmektedir.

124 Bu konuda bkz. sadece **Öztan**, a.g.e., s. 372; **Yıldırım**, FMHY 2010, 573, 582. Bkz. ayrıca BGE 124 III, 334 vd.;

125 Daha önce anılan İstanbul 1. FSHHM'nin 27.6.2014 tarihli kararında (E. 2011/96; K. 2014/117) OEM yazılım sözleşmesinde yer alan "Yazılım 3. kişiye yalnızca lisanslı aygıtla birlikte doğrudan devredilecek, devralacak taraf izin verilen bir devir işleminden önce bu sözleşmenin yazılım devri ve kullanımı için geçerli olduğunu kabul edecektir ve bu devir işlemine orijinal etiketi de dâhildir" hükmünü bunun fikri hakkın korunmasını değil, ikinci el pazarı kontrol altında tutmayı hedeflemesi nedeniyle de Rekabet Kanununun rekabeti ve tüketiciyi koruyan emredici hükümlerine ve TBK m. 20 (BK m. 19 ve 20) hükümlerine aykırı bularak geçersiz saymıştır, (bkz. karar metni-yayınlanmamıştır- s. 7).

126 Bu konuda bkz. **Öztan**, a.g.e., s. 372 ve orada dipnot 376'da anılan kaynaklar.

127 Bu açıdan bkz. ve krş. **Hilty**, CR 2012, 625, 630 vd.

128 Bu açıdan bkz. ve krş. **Hilty**, CR 2012, 625, 630 vd.

129 Bu açıdan bkz. **Hoeren/Försterling**, MMR 2012, 642, s. 646.

130 AAD'nin kararından sonra konuyu tekrar ele almak durumunda kalan Alman Federal Mahkemesinin ikinci UsedSoft kararında bu yönde bir değerlendirme yaptığı söylenebilir. Federal Mahkeme, programı sonradan edinilen kullanımının kapsamının ilk edinen ile hak sahibi arasındaki lisans sözleşmesinden de hareketle belirleneceğini belirtmektedir, (bkz. BGH, Zulässigkeit des Vertriebs gebrauchter Softwarelizenzen –UsedSoft II, GRUR 2014, 264, 269, kn. 68). Elbette kararda AAD'nin benimsediği gibi (bkz. AAD'nin karar metni kn. 77) sözleşme ile tükenme ilkesine engel olacak şekilde devre ilişkin yasakların bir anlamının olmadığı yani tükenme ilkesinin bu açıdan emredici nitelikte olduğu da haklı olarak belirtilmektedir (BGH karar metni, kn. 31 vd.)

B. Avrupa Adalet Divanına Göre Tükenme İlkesinin Uygulanmasının Gerekletirdiği Sınırlamaların Değerlendirilmesi

1. Devredenin Kendi Programını Kullanılmaz hale Getirmesi Yükümlülüğü

AAD, tükenme ilkesinin uygulanabilirliğini tespit ettikten sonra, bunu bir takım sınırlamalara bağlı tutmuştur. Bu açıdan getirilen ilk sınırlama programı ilk ya da sonradan edinilen, lisansı devretmesi durumunda kendi bilgisayarındaki kopyayı kullanılmaz hale getirmesi gereğidir¹³¹. Bu sınırlama tükenme ilkesine ilişkin olarak yukarıda ifade edilen veriler çerçevesinde kendi içinde tutarlı¹³² ve zorunlu gözükmektedir. Kullanılmasına izin verilen tek bir program olduğuna göre, aynı anda birden fazla kişi tarafından birden çok çoğaltma yapılmasının ve kullanılmasının tükenme ilkesi ile açıklanması mümkün değildir. Devreden kendisindeki programı kullanılmaz hale getirmese dahi artık bunu kullanmak açısından hukuki dayanağını yitirmiştir. Bir diğer ifade ile artık uygun hukuki pozisyon sahibi kendisi değil, devralandır. Devredenin kendisindeki programı koruması, devralanın da devraldığı lisansın gerekletirdiği şekilde programı çoğaltması seçenekleri varlıklarını birlikte sürdürdüklerinde, artık devredendeki çoğaltmanın hukuki dayanağı kalmadığından bu hukuka aykırı bir çoğaltma olacaktır.

Bu sınırlamanın pratikte uygulanabilirliğine ve hukuk güvenliği açısından risklerine ilişkin endişeler elbette haksız değildirler¹³³. Çünkü devralanın,

devredenin programı gerçekten kullanılmaz hale getirdiğini bütünüyle ve kesin bir şekilde denetlemesi ve ispatlayabilmesi önemli ölçüde zor olacaktır¹³⁴. Devredenden bu yönde bir taahhüt alınması söz konusu olabilir. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, Hamburg Asliye Mahkemesi önüne gelen bir olayda, bilgisayar programının devrinin, devredenin kendisindeki orijinal kopyayı devralana verdiğini ve kendi programını sildiğini yazılı olarak (fikri) *hak sahibine* bildirmesi kaydıyla, ancak (fikri) hak sahibinin yazılı izni ile mümkün olacağı ve hak sahibinin yeni kullanıcının programı kullanmasını engellemek açısından haklı bir gerekçesi var ise onayı vermekten kaçınabileceği şeklindeki sözleşme (genel işlem şartı niteliğindeki) koşulunu geçersiz saymıştır¹³⁵.

Bilgisayar programının kullanılmasını kullanıcı hesabına bağlanması¹³⁶ teknik önlem anlamında öne çıkan bir seçenektir. Bu şekilde ancak müşterileri numarasıyla öngörülen yere kayıt sonucunda programın kullanılması teknik olarak mümkün hale gelmektedir. Ancak teknik önlemler açısından bunların duruma göre diğer yasal engellere takıl-

erwerber bei seiner Bestätigung gegenüber dem Gebrauchtsoftwarehändler in Bezug auf bei ihm verbliebene Kopien falsche Angaben macht, darf aber nicht dem Rechtsinhaber auferlegt werden“; bu konuda bkz. ayrıca **Weisser/Färber**, MMR 2014, 364, 366.

131 Bkz. karar metni, kn. 70 ve 78.

132 Her ne kadar öğretide **Stieper**, AAD'nin getirdiği yükümlülüğün teknik olarak gerçekleştirilmesinin neredeyse imkânsız olduğunu haklı olarak ifade etmekte ise, burada bilgisayar programları özelinde zaten zorunlu çoğaltma yapılması açısından benzer bir durum baştan itibaren bulunduğundan, bir tutarsızlıktan kanaatimce söz edilemez. Bkz. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 669: “Die dem Veräußerer vom EuGH auferlegte Verpflichtung, das Programm «im Zeitpunkt des Weiterverkaufs» unbrauchbar zu machen, ist jedoch aus technischen Gründen kaum erfüllbar, wenn der Zweiterwerber seine Programmkopie durch Datenübertragung vom Ersterwerber erhalten soll. Denn hier bleibt das als Kopiervorlage benutzte Vervielfältigungsstück zumindest während des Kopiervorgangs zwingend auf der Festplatte des Ersterwerbers gespeichert“. Stieper ile paralel şekilde bir eleştiri için bkz. **Hansen, Hauke/Wolff-Rojczyk**, Oliver, Anmerkung zu EuGH UsedSoft, GRUR 2012, 904, 909: “...wobei der EuGH aber übersieht, dass die Erstkopie auf der Festplatte erst gelöscht werden kann, nachdem die zur Weitergabe vorgesehene, zweite und damit zusätzliche Kopie erstellt worden ist”.

133 **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 670: “Die Beweislast dafür wird im Bestreitensfalle der Erwerber bzw. der Händler zu tragen haben, die sich auf diese Schranke berufen. Das dürfte letztlich das Ende für dieses Vertriebsmodells bedeuten, da der Nachweis einer vollständigen Löschung für den Erwerber praktisch unmöglich ist und er diese Rechtsunsicherheit kaum hinnehmen wird. Das Risiko, dass der Erst-

134 Dijital ürünler üzerindeki hakların ihlalinin daha baştan engellenmesi açısından önem arz eden DMR sistemleri ile bunların tür ve ayrıntılı uygulamaları açısından bkz. **Bozgeyik**, Hayri, Dijital Hakların Yönetimi ve Etkisizleştirmeye Karşı Yasal Düzenlemeler, in: Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 1041 vd.

135 LG Hamburg Urteil vom 25.10.2013, 315 O 449/12, JurPC Web-Dok., 77/2014, Abs.1-59. Bu karara konu olan sözleşme koşulunun Almanca metni şu şekildedir: “Die Weitergabe der SAP Software bedarf in jedem Fall der schriftlichen Zustimmung von SAP. SAP wird die Zustimmung erteilen, wenn der Auftraggeber eine schriftliche Erklärung des neuen Nutzers vorlegt, in der sich dieser gegenüber SAP zur Einhaltung der für die SAP Software vereinbarten Regeln zur Einräumung des Nutzungsrechts verpflichtet, und wenn der Auftraggeber gegenüber SAP schriftlich versichert, dass er alle SAP Software Originalkopien dem Dritten weitergegeben hat und alle selbst erstellten Kopien gelöscht hat. SAP kann die Zustimmung verweigern, wenn die Nutzung der SAP Software durch den neuen Nutzer ihren berechtigten Interessen widerspricht”. Her ne kadar teknik önlemler ve burada ele alınan İnternet üzerinden indirilen bilgisayar programları ile ilgili olmasa da, İstanbul 1. FSHHM 27.6.2014 tarihli kararında (E. 2011/96; K. 2014/117) OEM yazılım sözleşmesinde yer alan “Yazılım 3. kişiye yalnızca lisanslı aygıtla birlikte doğrudan devredilecek, devralacak taraf izin verilen bir devir işleminden önce bu sözleşmenin yazılım devri ve kullanımı için geçerli olduğunu kabul edecektir ve bu devir işlemine orijinallik etiketi de dâhildir” hükmünü bunun fikri hakkın korunmasını değil, ikinci el pazarı kontrol altında tutmayı hedeflemesi nedeniyle de Rekabet Kanununun rekabeti ve tüketiciyi koruyan emredici hükümlerine ve TBK m. 20 (BK m. 19 ve 20) hükümlerine aykırı bularak geçersiz saymıştır, (bkz. karar metni –yayınlanmamıştır- s. 7).

136 Buna örnek olarak App-Store (Apple iTunes/AppStore, <http://www.apple.com/tr/itunes/>) ve bilgisayar oyunları açısından Valve Software (<http://store.steampowered.com/>) verilebilir, bu konuda **Weisser/Färber**, MMR 2014, 364, 366; bu tür teknik önlemler açısından bkz. ayrıca **Bozgeyik**, in: Ülgen'e Armağan, s. 1041-, 1051 vd.

ması ihtimal dâhilindedir¹³⁷. Gerçi Alman Federal Mahkemesi Half-Life 2 kararında, bu tür önlemlerin doğrudan tükenme ilkesine dokunmadığını, tükenmenin bizatihi yayma hakkı için geçerli olduğunu, bir kullanıcı hesabına bağlamanın ise sadece programın dolaşımının fiili sınırlaması teşkil ettiğini benimsemiştir¹³⁸. Ancak AAD'nın kararından sonra bu görüşün ne ölçüde geçerliliğini koruyacağı hususunda Alman öğretisinde şüpheler ifade edilmektedir¹³⁹. Ayrıca AAD son dönemde teknik koruma önlemlerinin hukuki durumunu (bilgisayar oyunları çerçevesinde) ele alan bir karar vererek, bunların ölçülülük ilkesine uygun olmaları gerektiği yönünde değerlendirme yapmıştır¹⁴⁰. Bu durum da teknik mekanizmalar açısından hukuki çerçevesinin nasıl çizilmesi gerektiğinin yeniden ele alınması yönünde bir değerlendirmeye dayanak sunmaktadır. Bu açıdan mümkün olan teknik önlemlerin uygulanabilirliğinin ayrıca ve çok yönlü olarak incelenmesi gerekmektedir¹⁴¹.

2. Lisansların Ayrıştırılarak Devri Yasağının Değerlendirilmesi

Kararda toplu (paket) şekilde verilen lisansın parçalara ayrılarak devrinin mümkün olmaması diğer bir sınırlamayı teşkil etmektedir. İlk bakışta AAD'nın neden böyle bir sınırlamaya gittiğini anlamlandırmak zor gözükmektedir. Gerçekten tükenme ilkesinin uygulanabilirliği açısından ileri sürülen -kanaatimce ağırlıklı olarak haklı- gerekçelere bakılınca bu şekilde bir ayırım yapılması ikna edici durmamaktadır. Bir diğer ifade ile tek tek lisansların tekrar devri ile ilk seferinde grup olarak verilmiş bir lisans paketinin ayrıştırılarak devri arasında bir fark kural olarak bulunmamaktadır. Bu açıdan bu kısıtlama, eğer bütün bilgisayar programları için geçerli şekilde anlaşılacak ise, kanaatimce ikna edici olmadığı gibi maddi bir gerekçeye de dayanmamaktadır. Diğer taraftan bu sınırlamayla, hak sahibi programları tek tek lisanslamak yerine grup halinde lisanslayarak tükenme ilkesinin uygulanabilirliğine etkiye bulunma imkânına kavuşabilecektir. Bunun ise ikna edici maddi bir dayanağının olması gerekir.

AAD'nın kararında bu konuya ilişkin kısıtlama, alman öğretisinde bir kısım yazarlarca genel anlamda bir parçalara ayırma yasağı şeklinde anlaşılmaktadır¹⁴². Bazı yazarlar ise bunu daha dar anlayarak sadece somut olaydaki programa özgü nitelikteki değerlendirmeler olarak görmektedirler¹⁴³. Esasen AAD'nın bu kararında bu konuya ilişkin kısmın bu şekilde dar anlaşılmaya daha yatkın olduğu, yani bütün toplu lisansları değil, sadece somut olayda olduğu gibi, bir merkezi sunucuya bağlanarak birden çok (bağlantılı) kullanımın gerçekleşmesine imkân sağlayan Client-Server-Lisansı açısından bu şekilde bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır¹⁴⁴. Gerçekten kararda doğrudan Alman Federal Mahkemesinin kararında belirtilen olaydaki özelliğe atıf yapılarak bu yasak ifade edilmiştir¹⁴⁵. Bu değerlendirme kararın hemen takip eden ikinci cümlesinde, AAD devreden kendi programını kullanılamaz hale getirilmesi gereğini bu bağlamda öngörmesinde de kendine destek bulmaktadır. Çünkü orada AAD, aksi halde, yani lisansların parçalanması durumunda, devreden kendisinde kalanlar için yine merkezi sunucusunda bilgisayar programını koruyacağından ve devralan da aynı şekilde programı indireceğinden, gerçekte devreden kendi bilgisayarındaki kopyayı kullanılamaz hale getirmesinin söz konusu olmayacağını ifade etmektedir¹⁴⁶. Gerçekten dava konu olan bilgisayar programlarında bir merkezi bilgisayara bağlanarak kullanma söz konusu olduğundan, yani kullanımlar birbiri ile bu açıdan bağlantılı olduğundan, bir bütünlük söz konusudur. Oysa grup lisanslarında ya da diğer toplu lisanslarda bu şekilde bir bağımlılık ilişkisi söz konusu değildir. Bu açıdan AAD kararının bu tür toplu lisanslar için de geçerli önermeler içerdiğini kabul etmek doğru değildir¹⁴⁷. Şu halde AAD'nın öngördüğü parçalama yasağının uygulama alanının oldukça dar olduğu söylenebilir.

137 Bu konuda bkz. **Yıldırım**, FMHY 2010, 573, 582; **Bozbel**, a.g.e., s. 438; **Bozgeyik**, Ülgen'e Armağan, s. 1041, 1057 vd.

138 ZUM 2010, 796 kn. 21 =MMR 2010, 771.

139 Bkz. **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 670; **Weisser/Färber**, MMR 2014, 364, 366.

140 EuGH, Umgehung des Schutzsystems für eine Videospielekonsole, MMR 2014, 401 kn. 40 vd. ile Oehler'in orada hemen takip eden karar değerlendirmesi; karar **Karl**, Harald tarafından da EuZW 2014, 306'da da bu karar değerlendirilmiştir.

141 Bu konuda muhtemel teknik önlemler ve bunların ayrıntılı değerlendirilmesi açısından bkz. **Böttcher**, s. 227 vd. Türk hukuku açısından bkz. **Bozgeyik**, Ülgen'e Armağan, s. 1041 vd.

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

143 **Hoeren/Försterling**, MMR 2012, 642, 645 ve orada anılan diğer kaynaklar; **Stieper**, Malte, Anmerkung zu BGB USedSoft II-Entscheidung (GRUR 2014, 264 vd.), GRUR 2014, 270, 271: [„Bei den streitgegenständlichen Client-Server-Lizenzen, die lediglich die Einräumung mehrerer Zugriffsrechte auf ein ansonsten nur einmal auf dem Server des Ersterwerbers gespeichertes Programm umfassen, ist damit auch eine „Abspaltung“ einzelner Zugriffsrechte ausgeschlossen (Rn. 63, 65; das gilt nicht für Volumenlizenzen über Einzelplatzsoftware, bei der jedes der Nutzungsrechte als eigenständige „Programmkopie“ behandelt werden“].

144 **Hoeren/Försterling**, MMR 2012, 642, 645 vd.

145 Bkz. karar metni kn. 69.

146 Bkz. karar metni kn. 70 son cümle.

147 Bu konuda bkz. **Hoeren/Försterling**, MMR 2012, 642, 645 vd.

C. Kararın Diğer Dijital Ürünlere Uygulanabilirliği Açısından Değerlendirilmesi

AAD kararı açısından önemli hususlardan biri, bunun bilgisayar programlarını aşan bir etkiye sahip olup olmadığıdır. Gerçekten karardaki bazı temel önermelerin özünde başka dijital ürünlere de aktarılabilir nitelikte olduğu rahatlıkla söylenebilir¹⁴⁸. Ancak kararın *doğrudan* bu yönde ve bütün diğer benzer ürünlere uygulanabilecek kapsamda olduğu iddiası kanaatimce dayanaklı olmaz. Gerçekten kararda BPY'nin özel kanun olmasına yapılan vurgu ve Uyumlaştırma Yönergesindeki temel düşünceler (m. 3/3, gerekçeler kısmında 29 vs.) aksi yönde bir değerlendirme yapmaya, kararı doğrudan geniş kapsamda göstermeye imkân vermemektedirler¹⁴⁹. Sadece önüne gelen soruna ilişkin değerlendirme yapmak için AAD'nın ifadelerini açıkça sınırladığı anlaşılmaktadır. Elbette AAD'nın bu daraltıcı çözümünün kendi içinde tutarlı olup olmadığı tartışılabilir¹⁵⁰. Ancak AAD'nın önüne gelen olay zaten asıl olarak BPY'nin yorumuna ilişkin olduğundan bu şekilde bir değerlendirme yapmış olması olağandır.

148 **Hartman**, GRUR-Int 2012, 980, 984: "Bei der Beurteilung, ob die Erschöpfungswirkung neben Software auch digitale Kopien anderer Werke erfasst, ist zunächst festzuhalten, dass die Software-RL und die Info-RL unterschiedliche Rechts- und Anwendungsbereiche ausweisen. Weil die Software-RL *lex specialis* zur Info-RL ist, scheidet eine unmittelbare Anwendung des EuGH-Urteils auf den Anwendungsbereich der Info-RL aus⁷¹. Zu beachten ist jedoch, dass die Software-RL die jüngere Gesetzgebung darstellt. Der Unionsgesetzgeber hatte bei ihrem Erlass anno 2009 die Internetökonomie mit den heute gebräuchlichen Vertriebs- und Nutzungsmodellen eher vor Augen als zur Entstehungszeit der Info-RL, denn Ende der 90er Jahre wurden digitale Güter noch überwiegend auf materiellen Trägern wie CD-ROM verbreitet. **Auch wegen dieser in den letzten Jahren einschneidend geänderten Verhältnisse ist der Ausschluss der Erschöpfungsregel allein auf Grund der Erwägungsgründe 28 und 29 der Info-RL nicht länger haltbar.** Am wichtigsten aber ist der Hinweis des EuGH darauf, dass es der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, per Download verkaufte Programmkopien nicht anders zu behandeln als Programmkopien, die auf einem materiellen Datenträger erhältlich sind. In beiden Fällen gleichermaßen ist dem Verwertungsinteresse der Rechtsinhaber mit dem Erlös des Erstverkaufs ausreichend Rechnung getragen. Weshalb das so als angemessen eingestufte Verwertungsinteresse nicht ebenso auf elektronische Kopien anderer Werke zutreffen sollte, ist nicht ersichtlich. **Der Erschöpfungsgrundsatz ist daher auch auf online übermittelte Kopien anderer Werke anzuwenden**" (vurguları ben ekledim); **Hoeren/Försterling**, MMR 2012, 642, 647: "Letztendlich kann es aber wirtschaftlich keinen Unterschied machen, ob es im konkreten Fall um Software oder z.B. um eBooks oder Musikfiles geht. Will der EuGH die Abschottung nachgelagerter Märkte durch eine weite Ausführung des Erschöpfungsgrundsatzes verhindern, **gilt dies gerade auch für andere digitale Inhalte als Software**" (vurguyu ben ekledim); **Ohly**, NJW-Beil. 2014, 47, 48: "Auch wenn sich Argumentation des EuGH durchaus auf E-Books oder Musikdateien übertragen lässt, kann der Erschöpfungsgrundsatz den Interessenkonflikt zwischen den Rechtsinhaber und Käufer einer Datei nicht befriedigend lösen". Kararın bu şekilde genişletilmesi yönünde **Dreier/Leistner**, GRUR-Beilage 1/2014 (zu Heft 4/2014), s. 13, 19.

149 Türk öğretisinde **Bozbel**, (a.g.e., s. 438 dn. 1070) AAD'nin kararında BPY'nin özel norm olarak uygulandığını belirterek, bu kararın diğer eser türlerine, örneğin internetten indirilen müzik türleri için geçerli olmadığını ifade etmektedir.

150 Bu açıdan bkz. **Hartman**, GRUR-Int 2012, 980, 984; **Hoeren/Försterling**, MMR 2012, 642, 647.

Ayrıca karardaki temel düşüncenin kendi içindeki tutarlılığı sorunu ile kararın doğrudan diğer alanları kapsar nitelikte bir içeriğe sahip olup olmadığı ayrı hususlardır. Nitekim öğretide kararı değerlendiren birçok yazar bu hususu tartışmakla birlikte karardan tükenme ilkesinin İnternet üzerinden yüklenebilen diğer dijital ürünler açısından doğrudan bir sonuç çıkarılamayacağını da belirtmektedir¹⁵¹.

Her ne kadar bilgisayar programlarının diğer dijital ürünlere göre kullanılmalarının kendine özgü olduğu ve bu açıdan farklı değerlendirilmelerinin daha uygun olacağı haklı olarak ifade edilebilir ise de, AAD kararında ifade edilen öze dair düşünceler diğer dijital ürünlere de uygulanabilir niteliktedirler. Bu açıdan çıkarlar dengesi itibarıyla önemli ölçüde örtüşme olduğu söylenebilir¹⁵².

Ancak ifade etmek gerekir ki, AAD'nın kararından sonra Alman Hukukunda Hamm İstinaf Mahkemesi (OLG Hamm), İnternette indirilebilen bilgisayar programı dışındaki ürünlerde (somut olayda sesli kitaplar) tükenme ilkesinin uygulanmasına gerek görmeyerek, sorunu İnternette yapılan hazır tutmayı kamuya iletim çerçevesinde değerlendirerek çözmüştür¹⁵³. Bu son yönüyle bu kararın tartışılır olduğu açıktır. Ayrıca bu kararda Hamm Mahkemesi, edinilen ürünün başkasına devrinin genel işlem şartıyla yasaklanmış olmasını da hukuka uygun görmüştür.

V. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN KARARIN ETKİLERİ İTİBARIYLA DEĞERLENDİRME

Daha önce ifade edildiği üzere Türk hukukunda FSEK'deki konu ile alakalı düzenlemelerin kaynağı önemli ölçüde AB'nin düzenlemeleridir. Şu halde gerek AB ile olan ilişkilerin düzeyi gerekse genel yorum kuralları itibarıyla AAD'nın kararının Türk hukuku açısından da önemli olduğu açıktır. Hem bu sebeple hem de konunun özünün aynı olması itibarıyla yukarıda karara ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerin Türk hukuku açısından da geçerli olduğu açıktır. Bu nedenle oradaki değerlendirmelerin burada tekrarlanması gerekmemektedir. O değerlendirmeler zaten salt Avrupa Birliği ya da Alman hukuku açısından değil, konunun özü itibarıyla

151 Bkz. sadece **Stieper**, ZUM 8/9/2012, 668, 670; **Hilty**, CR 2012, 625, 636. Bkz. ayrıca **Dreier/Leistner**, GRUR-Beilage 1/2014 (zu Heft 4/2014), s. 13, 19 vd.

152 Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Böttcher**, s. 148 vd., 178, 214 vd.

153 OLG Hamm, Urteil vom 15.5.2014 -22 U 60/13 (LG Bielefeld), BeckRS 2014, 1174 ve bu kararın değerlendirilmesi açısından bkz. **Hauck**, Ronny, Keine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Download von Hörbüchern, GRUR-Prax 2014, 309.

riyle yapılmışlardır. Şu halde aşağıda sadece Türk hukukundaki ilgili düzenlemenin anlaşılması bağlamında bazı kısa değerlendirmeler yapmak yeterli olacaktır.

Her ne kadar FSEK m. 23/2'deki düzenleme lafzi itibariyle dar yorumlanmaya daha müsait ise de, burada geçen "belirli nüsha", "hak sahibinin yayma hakkın kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek", "ilk satış veya dağıtım" ibareleri teknik gelişmelere paralel olarak geniş yorumlanabilirler. Esasen bu alandaki düzenlemeler yapıldığında sorunun bu boyutunun kanun koyucu tarafından öngörüldüğü ve tükenme ilkesinin bilinçli olarak sadece belirli bir taşıyıcıya sürekli olarak sabitlenmiş eser örneklerinin devredilerek yayımı ile sınırlandırıldığı pek söylenemez. Bu açıdan çıkarlar dengesi itibariyle önemli ölçüde örtüşen bir durum bulunduğundan bilgisayar programlarının belirli bir taşıyıcıya yüklü olarak doğrudan hak sahibi tarafından yayımı ile hak sahibi tarafından programın internetten yayımını (bu yayımda edinen program örneğini doğrudan kendisi indirerek oluştursa dahi) aynı şekilde değerlendirmek gerekir. Bu açıdan en azından bilgisayar programları örneğinde AAD'nin yorumunun Türk hukukunda da benimsenmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir.

Bilgisayar programı dışındaki ürünlere de bu içtihadın uygulanabilirliği ayrıca detaylı şekilde incelenmesi gereken bir konudur. Ancak AAD kararında ifade edilen temel önermelerin özü itibariyle diğer dijital ürünlere de uygulanabilmesi mümkündür. Çıkarlar dengesi itibariyle burada da önemli ölçüde örtüşen bir durum bulunmaktadır. İfade etmek gerekir ki, bu tür ürünlerde de en önemli sorunlardan bir tanesi, dijital ürünler açısından tükenmenin ek koşulu olarak kabul edilmek zorunda olan devreden elindeki örneği yok etmesi veya kullanılamaz hale getirmesidir. Bir diğer ifade ile bu koşulun gerçekten yerine getirilip getirilmediği ve bu açıdan fikri hak sahibinin haksız çoğaltmaya karşı korunmasının ne ölçüde mümkün olabileceği temel sorunlardan bir tanesidir. Bu açıdan alınabilecek teknik önlemler ve bunların hukuka uygunluğu bir tarafta, genel işlem şartları ile getirilen çeşitli sınırlamaların geçerli olup olmadığı diğer tarafta olmak üzere birçok hususun ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Şu halde bu açıdan da AAD kararının Türk hukukundaki bilimsel tartışma ve incelemeleri etkileyeceği rahatlıkla söylenebilir.

Diğer taraftan internet üzerinden eserlerin sunulmasının yayma hakkı (FSEK m. 23) kapsamında değil de kamuya iletim çerçevesinde (FSEK m. 25) değerlendirilmesi gerektiği yönündeki baskın anlayışın AAD'nin kararı ile uyuşmadığı açık olduğundan, bu görüşün kendini gözden geçirmek durumunda kalacağı rahatlıkla söylenebilir. Elbette AAD'nin kararının yerinde olup olmadığı Türk hukukunda da ayrıntılı şekilde tartışılacaktır. Ancak kanaatimce internetten eserin izinli ve sürekli tam kullanımına izin verir şekilde *indirilmesine* imkan veren durumları yayma hakkı, kullanıcının seçtikleri yer ve zamanda esere erişime imkan sağlayacak şekilde internette hazır tutulmasını ise umuma iletim kapsamında değerlendirmek uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu şekilde yayma hakkının geniş anlaşılmasında hangi durumlarda yaymanın tükenme ile sonuçlanacağına İnternete özgü eserler açısından ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi ve incelenmesi gerekli gözükmektedir. Ancak bilgisayar programları açısından bunun kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmadığı kanaatimce açıktır.

VI. SONUÇ

AAD'nin UsedSoft kararı, birçok açıdan çok önemli bir karar niteliğindedir. Bir kere öteden beri yoğun şekilde tartışmalı olan bir konuda, AAD, tükenme ilkesinin İnternet üzerinden indirilen programlar açısından da geçerli olduğunu benimseyerek, azınlık görüşüne katılmıştır. Bu açıdan program ister bir taşıyıcıya yüklü olarak, isterse doğrudan İnternette indirilerek edinilmiş olsun, program üzerinde sürekli kullanım hakkı tanınmışsa tükenme ilkesi her iki durumda da geçerli olacaktır. AAD, kullanılmış lisansı devralarak programın İnternette indirilmesini, programı hukuka uygun şekilde edinmenin yasal olarak yapabileceği ve kullanma için gerekli çoğaltma kapsamında değerlendirmiştir. Şu halde AAD, burada gerçekte bir çoğaltma yapıldığını ve bunun da programın kullanılması için kaçınılmaz olarak yapılması gereken bir eylem olduğunu baz almıştır. Ancak bunun hak sahibinin onayı ile ve süresiz şekilde kullanmayı kapsayacak şekilde gerçekleşmesi kaydıyla bunu, tükenme ilkesi açısından programın bir taşıyıcıya yüklü şekilde edinilmesi ile bir tutmuştur. AAD'nin bu kararı öğretide farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Kanaatimce bilgisayar programları bağlamında tükenme ilkesinin alanının genişletilmesi yerinde bir yaklaşım olmuştur. Maddi

gerekçeler itibariyle bu iki durum arasında temelde bir örtüşme bulunmaktadır. Bu açıdan farklı yönlere özgü özel önlemler almak/geliştirmek kaydıyla bunların aynı şekilde değerlendirilmesi dayanaklı bir yaklaşımdır. AAD, bu sonucu programı ilk edineenin bunu devretmesi durumunda kendi programını kullanılamaz hale getirmesi koşuluna bağlamıştır. Bu AAD'nın temel yaklaşımı içerisinde yerinde olan ve kendi içinde tutarlı bir sınırlamadır. Elbette buna ilişkin bir takım uygulama ve ispat sorunları yaşanacağı açıktır. Ayrıca bu şekilde haksız kopyalamaların önüne geçmek açısından bir takım teknik önlemlerin alınması mümkün ise de bunların bazı hukuki sorunlar yaratabileceği rahatlıkla söylenebilir. Ancak AAD'nın belirttiği gibi bu tür haksız kopyalamaya dair sorunlar esasen bir taşıyıcıya yüklü olarak yayılan diğer dijital ürünlerde de aynı şekilde bulunmaktadır. Bu açıdan buradaki yoğunluktan hareketle tamamen farklı bir değerlendirme yapılması uygun olmaz.

AAD'nın tükenme ilkesinin uygulanması açısından benimsediği diğer bir sınırlandırma, somut olaydaki programa (yani Client-Server-Programına) özgü olmak kaydıyla, paket lisansların parçalanarak devrinin mümkün olmaması şeklindedir. Bu sınırlama, kanaatimce doğru olarak dar anlaşılır ve somut olaya özgü programın özellikleri çerçevesinde değerlendirilir ise yerindedir. Ancak bu, bazı yazarlarca kabul edildiği gibi geniş anlaşılır ise kanaatimce kendi içinde tutarlı olmayan ve gereksiz bir sınırlama niteliğindedir.

AAD kararı ile kullanılmış bilgisayar programı piyasasının daha canlı hale geleceği söylenebilir. Çünkü karar, bu tür yazılımların muamelat hayatındaki değişim kabiliyetini artırıcı niteliktedir¹⁵⁴.

AAD kararının en temel sonuçlarından bir tanesinin, şimdi bilgisayar programları açısından benimsendiği gibi, İnternet üzerinden sürümü yapılan diğer dijital ürünlerde de tükenme ilkesinin aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tartışmayı daha canlı hale getirmesi olduğu söylenebilir. Gerçi kararın metninden açıkça anlaşıldığı üzere bunun sadece bilgisayar programlarına özgü bir sonuç olduğu görülmektedir. Ancak kararda ifade edilen temel düşüncelerin diğer alanlara da aktarılabilirliği, bu tartışmalardaki azınlık görüşünün daha da güçlenmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir.

Karar Türk hukuku açısından da önem taşımaktadır. Bilgisayar programları örneğinde AAD'nın yorumunun Türk hukukunda da benimsenmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir. AAD'nın kararının Türk hukukundaki düzenlemelerin anlaşılması ve yorumlanması açısından özel bir önem taşıdığı ve İnternet üzerinden yayılan eserler açısından tükenme ilkesinin uygulanabilirliği sorununa ilişkin tartışmaları canlandıracağı açıktır.

İnternet üzerinden eserlerin sunulmasının yayma hakkı (FSEK m. 23) kapsamında değil de kamuya iletim çerçevesinde (FSEK m. 25) değerlendirilmesi gerektiği yönündeki baskın anlayış bilgisayar programları bağlamında AAD tarafından paylaşılmamıştır. Esasen eser örneğinin İnternette eserin izleni ve sürekli tam kullanımına izin verir şekilde *indirilmesine* imkan veren durumları yayma hakkı, kullanıcının seçtikleri yer ve zamanda esere erişime imkan sağlayacak şekilde internette hazır tutulması ise umuma iletim kapsamında değerlendirmek uygun bir yaklaşım olacaktır.

154 Bu yönde **Stollwerk**, in: Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht, kn. 21.2.

KAYNAKÇA

- Aksu**, Mustafa, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006.
- 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 manevi hakları (eser yaratıcısı kişilik hakkı) ile genel kişilik hakkı ilişkisi üzerine bir deneme, in: Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s. 121 vd.
- Arslanlı**, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- Aslan**, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004.
- Atamer**, Yeşim, M., Die autonome Umsetzung der Verbrauchergüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in der Türkei –Zugleich ein Beitrag zum Stand des Verbraucherschutzes in der Türkei, ZfEuPRecht, Heft 3, 2005.
- Ayiter**, Nüşin, Hukukda Fikir ve Sanat Ürünleri, (En Son Değişikliklerle) Sevinç Matbaası, Ankara 1981.
- Bäcker**, Kerstin, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17 Juli 2013 – I ZR 129/08- UsedSoft II, ZUM 2014, 333 vd.
- Başpınar**, Veysel/**Kocabey**, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, Yetkin, 2007.
- Bozbel**, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.
- Bozgeyik**, Hayri, Dijital Hakların Yönetimi ve Etkisizleştirmeye Karşı Yasal Düzenlemeler, in: Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 1041 vd.
- Böttcher**, Horst, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Bern 2013.
- Czychowski**, in: Urheberrecht Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Herausgegeben von **Nordemann/Nordemann/Nordemann**, 10, überarbeitet und ergänzende Auflage, Stuttgart 2008.
- Dalyan**, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009.
- Dreier**, Thomas/**Leistner**, Matthias, GRUR-Beilage 1/2014 (zu Heft 4/2014), Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, s. 13 vd.
- Erel**, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. bası, Ankara 2009.
- Eroğlu**, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.
- Genç Arıdemir**, Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı, İstanbul 2003.
- Gökyayla**, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Haberstumpf**, in: Gewerblicher Rechtschutz Urheberrecht Medienrecht, Kommentar 2. Auflage, Herausgegeben von **Büscher/Dittmer/Schiwy**, Köln 2011.
- Hansen**, Hauke/**Wolff-Rojczyk**, Oliver, Anmerkung zu EuGH UsedSoft, GRUR 2012, 904 vd.
- Haratsch**, Andreas/**Koenig**, Christian/**Pechtein**, Matthias, Europarecht, 7. Bası, Tübingen 2010.
- Hartmann**, Thomas, Weiterkauf und "Verleih" online vertriebener Inhalte Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11- UsedSoft/Oracle, GRUR-Int 2012, 980 vd.
- Heydn**, Truiken, in: Kilian/Heussen, Computerrecht, 32. Ergänzungslieferung 2013 München.
- Hilty**, Reto M., Urheberrecht, Bern 2011.
- Hilty**, Reto M., Die Rechtsnatur des Softwarevertrages Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft vs. Oracle, CR 2012, 625 vd.
- Hilty**, Reto, M./**Köklü**, Kaya/**Hafenbrädl**, Fabian, Software Agreements: Stocktaking and Outlook –Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective, ICC, Vol. 44, No. 3 (2013), s. 263 vd.
- Hirsch**, Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Sây, II. Cilt, Fikri Haklar Telif Hukuku, İstanbul 1943.

Hoeren, Thomas/Försterling, Matthias, Onlinevertrieb “gebrauchter” Software Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung “UsedSoft”, MMR 2012, 642 vd.

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, 3. baskı, Ankara 2012.

Kotthoff, in HK-UrhG (=Heidelberger Kommentar Urheberrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München, Landberg, Frechen, Hamburg 2009) § 87a kn. 4;

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

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.

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

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

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

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

Seemann, Matthias, Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Bern 2008.

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

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

Stieper, Malte, Anmerkung zu BGB UsedSoft II-Entscheidung (GRUR 2014, 264 vd.), GRUR 2014, 270 vd.

Stollwerk, in: Beck’scher Onlinekommentar Urheberrecht, Hrsg: Ahlberg/Götting, Stand 1.2.2014, Edition: 4.

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

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

Ulmer, Eugen, Urheber und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin 1980.

Wandtke/Bullinger/Grützmacher, Praxis-kommentar zum Urheberrecht, Herausgegeben von Wandtke/Bullinger, 3. yenilenmiş Bası, München 2009.

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

Witzel, Anm. EuGH, Urt. v. 3.7.2012- Rs. C-128/11- UsedSoft GmbH vs. Oracle International Corp., CR 2012, 498 = Cri 2012, 116, 121.

Yavuz, Levent/Ahca, 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.

