

DİJİTAL ÜRÜNLERİN EŞYA NİTELİĞİNE DİSİPLİNLERARASI BİR BAKIŞ

*An Interdisciplinary Perspective on the Property
Character of Digital Products*

Cannur ERCAN*
Gökhan ÜNLEN**

Öz

Dijital ürün olarak ifade edebileceğimiz dijital içerik ve dijital hizmetler yaşamımızın, artık neredeyse her günümüzün bir parçasıdır. Öyle olmakla beraber hukukumuzda henüz bunlara ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. AB ülkelerindeki yasalaşma süreci ise oldukça yenidir. Doktrinde ZECH'in bilginin varlık düzeyindeki sınıflandırması dijital ürüne uygulanarak; dijital ürünün varlık düzeyindeki semantik, sentaktik ve (olası) fiziksel varlığı gereği üçlü bir yapıyı bünyesinde barındırabileceğine dikkat çekilmelidir. Dijital ürünlerin bu anlamda kendine özgülüğü, bunlara gerek pozitif hukuk (*de lege lata*) gerek olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından uygulanabilecek hükümlerin belirlenebilmesinde bazı güçlükleri beraberinde getirmektedir. Çalışmada dijital ürünün hukuki niteliği perspektifinden eşya niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmelerin Telif Hukuku ve Sözleşmeler Hukuku ile ilişkilendirilerek ele alınması amaçlanmaktadır. Dijital ürünün üzerinde vücut bularak fiziksel dünyada varlık kazandığı eşya ile ilişkisi çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital ürün, yapısal özelliği, eşya niteliği, sözleşmeler hukuku, telif hukuku

Makalenin Geliş Tarihi: 22.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 26.05.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: cannurcatakli@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1870-0510.

** Arş. Gör., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: gokhanunlen@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7523-2074.

Abstract

Digital content and digital services, which we can refer to as digital products, are now a part of our lives, almost every day. Nevertheless, there is no legal regulation regarding these in our law yet. The legalization process in EU countries is quite new. In the doctrine, by applying ZECH's classification of information at the level of existence to the digital product, it should be pointed out that the digital product may embody a triple structure due to its semantic, syntactic and (possible) physical existence at the level of existence. The uniqueness of digital products in this sense brings some difficulties in determining the provisions that can be applied to them in terms of both positive law (de lege lata) and the law that should be (de lege feranda). In this study, it is aimed to address the evaluations regarding whether the digital product has the characteristics of goods from the perspective of its legal nature by associating it with Copyright Law and Contracts Law. The focus of the study is the relationship between the digital product and the goods on which it is embodied and in which it comes into existence in the physical world.

Keywords: Digital product, structural feature, property nature, contracts law, copyright law

GİRİŞ

Klasik anlamda ürün olarak kabul edilen varlıkların günümüzde, dijitalleşme süreci karşısında paylarına düşeni aldıkları görülmektedir. Dijitalleşen dünyada klasik, fiziksel varlığı haiz ürünler¹ artık karşımıza “akıllanmış” olarak çıkmaktadır. “Akıllanmış” süpürge, telefon, araba ya da saat gibi ürünler bunlardan sadece bazılarıdır². Ancak “akıllanma” süreci yazılımların sadece bir cisim üzerinde vücuda kavuşmasıyla değil; bunlar

¹ Ürün sorumluluğu hukukunun uygulanabilirliği açısından fiziksel varlığın gerekip gerekmediği yönündeki tartışmalar hakkında bkz. aşağıda dn. 72.

² AB Hukukunda başkaca bir eşyanın içerisinde entegre edilmiş dijital içerik, bir diğer ifadeyle “dijital unsurlu mallar (*Waren mit digitalen Elemente*)” 2019/771 sayılı AB Mal Satım Direktifi ile düzenlenmiştir. Resital 13, 14, 15; Art. 2/V, b Mal Satım Direktifi. Richtlinie EU 2019/771 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20 Mai 2019 über bestimmte Vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019L0771> (son erişim: 23.02.2024).

cismani varlığa bürünmeksizin örn. bulut bilişimde veriler depolanarak da desteklenebilecektir. Bu sürecin bir diğer getirisi, fiziksel olarak günlük yaşamlarımızda varlığına alıştığımız kitaplar ile cd, dvd ve plaklarla hayatımızda yer edinen kitap, müzik ve film gibi eserlerin artık dijital dünyaya taşınmasıdır. Söz konusu süreç, adı geçen ürünlerin fiziksel varlığının mülkiyetini/zilyetliğini edinmekten uzaklaşarak artık dijital dünyada bunlara erişimin gerek veri akışı gerek bilgisayar ya da telefonların belleklerine indirilmek suretiyle sağlanarak ihtiyacın karşılanmasına evrilmiştir³. Hal böyle iken dijitalleşen dünyanın objeleri⁴ ve onların hukuku da yeni ihtiyaçlar çerçevesinde şekillenmeye muhtaçtır. Teknolojik ve teknik bakımından söz konusu gelişmeler, eşyanın kendisi ile dijital ürün arasındaki ilişkinin açıklanması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Özellikle dijital ürünün eser niteliği taşıdığı hallerde eserin üzerinde cisimlendiği eşyanın (veri taşıyıcısının) hukuku ile telif hakkı sahiplerinin menfaatleri birbiriyle çatışabilmekte; her ikisinin tabi olduğu hükümlerin birbirinden dikkatle ayrılması gerekmektedir. Marka, patent gibi Sınai Mülkiyet Hukukunun koruma alanıyla dijital ürünün kesişmesi halinde de benzer bir durum söz konusudur. Dijital dünyanın konu ile ilgili bir diğer özelliği, dijital ürünlerin başkaca bir materyal ile ilişkilendirilmeksizin de bulut bilişim ya da bilgisayarın belleğinde varlığını sürdürebilmesidir. Çalışmanın amacı, dijital ürünün hukuki niteliğinin açıklanarak disiplinler arası bir yaklaşım ortaya konulmasıdır. Dijital ürünlere uygulanabilecek hükümlere ilişkin detaylı değerlendirmeler kapsam dışı bırakılmıştır.

I. ÜRÜN VE DİJİTAL ÜRÜN KAVRAMLARI

A. Genel Olarak

Dijital dünyadaki söz konusu gelişmelerle bazı hukuki kavramların yeniden tanımlanması ihtiyacı doğmaktadır. Ürün kavramı da bunlardan biridir. Bu kavram bizi bir yönüyle Ürün Sorumluluğu Hukuku alanına götürmektedir. Bunun nedeni ürün kavramının burada tanımlanması ile kavramın AB Hukukunda Ürünlere İlişkin Sorumluluk Direktifi Öneri

³ Stephan Ramming ve Holger Nohr, “Das Urheberrecht im digitalen Wandel: Ein neuer Versuch des Interessensausgleichs auf europäischer Ebene,” *Hochschule der Medien* (2016): 4.

⁴ Dijital ürünün yeni bir hak objesi (*Rechtsobjekt*) olarak görülüp görülemeyeceği hakkında bkz. aşağıda dn. 33.

metninde dijital perspektiften yeniden ele alınması ihtiyacının doğmuş olmasıdır.

Kişilerin ihtiyaç duydukları tüm ürünleri kendilerinin üretmeleri mümkün olmadığından özellikle sanayileşme ile birlikte toplumda iş bölümünün geliştiği; bunun hukuki sorumluluk bakımından bazı yeni yaklaşım ve yasal düzenlemeleri de kaçınılmaz olarak beraberinde getirdiği görülmektedir. Ürün Sorumluluğu Hukuku bir tarafta üretici(ler zinciri), diğer tarafta üretim faaliyetlerinin sonucundan yararlanan kişiler gözetilerek; öz itibarıyla üründen yararlanan kişilerin bunlardan zarar görmesi halinde kime/kimlere baş vurabileceği etrafında şekillenmektedir⁵. İnceleme konumuzun kapsamı ürün sorumluluğu ekseninde belirlenmemekle birlikte AB hukukundaki yeni yaklaşımlar ve düzenleme önerileri dolayısıyla “dijital ürünün” kavram itibarıyla Ürün Sorumluluğu Hukuku ile bağlantısına kısaca dikkat çekilmelidir⁶.

Aşağıda ayrıca AB 2019/770 ve 2019/771 sayılı Direktiflerdeki dijital ürün ve dijital hizmet kavramlarına; bunları iç hukukuna “dijital ürün” üst başlığı ile alan Alman Hukuku düzenlemesine dikkat çekilerek bunlara ilişkin bilgilere yer verilecektir.

B. Ürün ve Dijital Ürün

Ürün kavramının tanımına iç hukukumuzda 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda⁷ yer verilmiştir. Buna göre ürün “*her türlü madde, müstahzar veya eşya*” olarak tanımlanmaktadır (ÜGTDK m. 3).

⁵ Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 10 vd.; İnan Deniz Dinç, *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 53 vd.

⁶ Ürün sorumluluğu hukukunun önemi ve buradaki sorumluluk sükeleri hakkında bkz. İlyas Sağlam, *7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’na Göre Üreticinin Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 34 vd., 90 vd.; M. Murat İnceoğlu, “Ürün Sorumluluğunda Sorumlular,” içinde *Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 82 vd. Tüketici hukuku ve ürün sorumluluğunun birbirinden farklı alanlar olduğu; birbirinden ayrılan ve kesişen yönleri hakkında bilgi için bkz. Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 152 vd.; Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 24 vd.

⁷ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, RG, 12.03.2020, S. 31066.

Tanım kapsamındaki ve kanunun yürürlüğe girdiği 5 Mart 2021 tarihi itibarıyla piyasaya arz edilen ürünler bakımından ÜGTDK hükümleri uygulanacaktır (m. 2/I). İlgili düzenlemede ürün tanımı, mehz düzenleme olarak gösterilen Ürün Sorumluluğu Direktifinde yer alan tanımdan farklılaşmaktadır⁸. Nitekim söz konusu direktifin ilgili maddesi uyarınca ürün “*herhangi bir taşınır veya taşınmazda dahil edilenleri de kapsayacak biçimde taşınırlar*” olarak kaleme alınmıştır. Yanı sıra elektrik de ürün kapsamındadır (AB 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi Art. 2)⁹.

Yukarıda değindiğimiz dijitalleşme süreci AB Sorumluluk Hukukuna, 28.9.2022 tarihli [COM (2022) 495 final; 2022/0302 (COD)] Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Hatalı Ürünlere İlişkin Sorumluluk Direktifi Önerisinde ürün kavramının dijitalleşme süreci dikkate alınarak genişletilmesi ve dijital içeriğin de artık “ürün” kapsamına dahil edilmesi yönündeki ihtiyacın kaleme alınması ile yansımıştır¹⁰. Öneri metninde ürün, “*başka bir taşınır ya da taşınmaz öğeye entegre edilmiş olsa dahi bütün taşınabilir öğeleri ifade etmektedir. Elektrik, dijital üretim dosyaları ve yazılım(in) da bu kapsamda*” olduğu kaleme alınmıştır (Art. 4/Nr. 1 Öneri metni).

Öneri metninde yazılımların yanı sıra dijital üretim dosyaları (*digitale Bauunterlage; digital manufacturing files*) ile bağlantılı hizmetler (*verbundene Dienste; related service*) de Öneri metninin uygulama alanına dahil edilerek Art. 4’te “tanımlar” başlığı altında kaleme alınmıştır.

“Dijital üretim dosyaları” kavramı ürün sorumluluğu alanında yeni bir kavram olarak göze çarpmaktadır. “*Bir taşınırın dijital şablonu veya dijital*

⁸ ÜGTDK m. 6’nın gerekçesinde mehz olarak gösterilen AB 85/374 sayılı Direktif. Üye Devletlerin Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdari Kurallarının Yaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 Tarihli Konsey Direktifi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374> (son erişim: 25.02.2024).

⁹ Direktif düzenlemesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Duncan Fairgrieve et al., “Product Liability Directive,” içinde *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies (Principles of European Tort Law)*, ed. Piotr Machnikowski (Cambridge: Intersentia, 2016), 40; Çiğdem Kırcı, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007), 183, dn. 812; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu*, 67 vd.; Emrah Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 15 vd.; Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 128 vd.

¹⁰ Öneri metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0495> (son erişim: 25.02.2024).

versiyonu” olarak tanımlanan dijital üretim dosyaları (Öneri metni Art. 4, Nr. 2), esasında üç boyutlu yazıcılar gibi teknolojik gelişmeler sonucunda meydana gelen düzenleme boşluğunu gidermek amacıyla ürün kapsamına alınmıştır¹¹. Üç boyutlu yazıcılardan sivil kullanımdan askeri kullanım alanlarına kadar birçok alanda faydalanılmaktadır¹². Bu teknoloji ile meydana getirilen ürünlerdeki hatanın kaynağı da ürünün dijital şablonundan/versiyonundan kaynaklanabileceğinden buna ilişkin yeni düzenleme önerisine çalışmada kısaca yer verilmiştir.

Öneri metninde kaleme alınan bir diğer kavram, bağlantılı hizmettir. Bağlantılı hizmet, *“herhangi bir ürünle bütünleşmiş ya da ürünle bağlantısı olan ve yokluğu halinde o ürünün bir veya birden çok işlevini yerine getirememesine yol açan dijital hizmet”* şeklinde tanımlanmıştır (Öneri metni Art. 4, nr. 4). Diğer taraftan Öneri’nin ara parçayı tanımlayan düzenlemesinden bağlantılı hizmetlerin, ilgili ürünün üreticisi tarafından veya onun kontrolünde ürünle bütünleştirildiği ya da bağlantı kurulduğu durumda ara parça (bileşen) olarak kabul edileceği anlaşılmaktadır (Öneri metni Art. 4, nr. 3). Bu çerçevede belirtilen şartları taşıması halinde bir dijital hizmet niteliğinde olan bağlantılı hizmet de Öneri metninin uygulama alanına dahildir.

Ürün Sorumluluğu Direktif ve Öneri metninin konumuzla ilgisi, ürün tanımı ile Öneride yeni bir düzenleme tavsiyesi olarak yazılımların ve yine dijital ürün kapsamında yer alan dijital hizmetlerin ürün sorumluluğu anlamında ürün kapsamına alınmasıdır. Öneri metninin ilgili kısımlarına, Önerinin yasalaşmasıyla artık dijital ürünlerin de AB hukukunda Ürün Sorumluluğu Hukukuna dahil edileceği ve inceleme konumuz bakımından “dijital ürün” nitelendirmesiyle olan bağlantısına dikkat çekilmesi amacıyla yer verilmiştir.

¹¹ Gerhard Wagner, “Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect-,” *Journal of European Tort Law* 13, 3 (Ocak 2023): 201; Shu Li ve Beatrice Schütte, “The Proposal for a Revised Product Liability Directive: The Emperor’s New Clothes?,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 0, 0 (Aralık 2023): 5; Gitta Veldt, “The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive,” *Journal of European Consumer and Market Law* 12, 1 (2023): 26.

¹² Silah üretilmesine ilişkin bir örnek için bkz. “3D Printed Guns Found in Scotland for First Time”, <https://www.bbc.com/news/articles/c3gy2835zq1o> (son erişim: 25.02.2024).

İlgili Direktif önerisinin yasalaşması halinde bunun anlamı şudur: Artık AB kapsamında dijital ürün üreticisi/sağlayıcısı/sunucusu ürün sorumluluğundan nasibini alacak; bir başka deyişle dijital ürün, kişilerin mal ve can güvenliğine zarar verirse ürün sorumluluğu hukukunca ilgili kişilere başvurulabilecektir. Günümüzün teknolojik gelişmeleri karşısında sorumluluk hukukunda bu yönde bir değişikliğe gidilmesi, şüphesiz dijital ürün ile doğrudan/dolaylı temasa geçen ve bu nedenle zarara uğrayan kişileri koruması bakımından önemli bir ihtiyacı karşılamaya yöneliktir¹³.

İç hukukumuzda (ÜGTDK'da) ise Öneri metninin aksine yazılımları ürün olarak kabul eden açık bir düzenleme halihazırda bulunmamaktadır. Buna karşılık ÜGTDK'daki ürün tanımında yer alan yazılımların ürün sorumluluğu anlamında eşya kavramının kapsamına dahil edilip edilemeyeceği doktrinde tartışma konusudur¹⁴.

C. Dijital Ürün Kavramı

Söz konusu teknolojik gelişmelerin AB tüketici hukukundaki yansımaları 2019/770 (kısaca: "Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Direktifi" *Digital Content Directive, Digitale Inhalte Richtlinie*)¹⁵ ve 2019/771 sayılı (kısaca: "Mal Satım Direktifi", *Sales of Goods Directive, Warenkaufrichtlinie*) direktiflerdir. Her iki direktif de dijitalleşme karşısında AB iç pazarında tüketici-tacir arasında dengenin sağlanarak, hukuki güvenliğin korunması amacıyla hizmet etmek üzere kaleme alınmıştır¹⁶. 2019/771 sayılı Mal Satım Direktifi ile akıllı buzdolabı, akıllı telefon olarak örneklerini ifade edebileceğimiz dijital unsurlu malların teslim ve satımına ilişkin düzenlemeler getirilirken (Art. 3/II Mal Satım Direktifi); Dijital İçerik Direktifinde sözleşme tipine ilişkin bir sınır çizilmemiş, dahası buna ilişkin nitelendirmeler iç hukuka bırakılmıştır (Resital 17 Dijital İçerik Direktifi). Direktifte sözleşmenin konusu, Mal Satım Direktifinden farklı olarak dijital içeriğin sürekli olarak kullanıma sunulması

¹³ Ürün sorumluluğu hukuku ile izlenmek istenen amaç için bkz. Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 1 vd.; Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu*, 5 vd.

¹⁴ Bkz. aşağıda dn. 72.

¹⁵ Richtlinie (EU) 2019/770 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20 Mai 2019 über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770> (son erişim: 23.02.2024).

Çalışmanın devamında "Dijital İçerik Direktifi" olarak anılacaktır.

¹⁶ AB 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi Art. 1; Resital 1–8 ve AB 2019/771 sayılı Mal Satım Direktifi Art. 1; Resital 1–8.

(*dauerhafte Bereitstellung*)¹⁷, dijital içeriğe geçici olarak erişim sağlanması (*vorübergehende Zugangsverschaffung/Bereitstellung*) ile dijital hizmetlerin sunulması (*zur Verfügung stellung/Bereitstellung digitaler Dienstleistung*)” olarak ifade edilmektedir (Resital 56, Art. 3; Art. 5/II Dijital İçerik Direktifi)¹⁸.

Direktiflere ilişkin detaylı değerlendirmeler çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak çalışma konumuz açısından özellikle 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifindeki dijital içerik kavramı önem arz etmektedir. Direktif uyarınca dijital içerik, “*dijital biçimde üretilen ve sağlanan veriler*” olarak tanımlanmaktadır (Art. 2/I Dijital içerik Direktifi)¹⁹. Bilgisayar programları açısından benzer bir düzenlemeye iç hukukumuzda Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde yer verilmiştir²⁰. Yönetmelik uyarınca dijital içerik “*bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital içerikte sunulan her türlü veriyi*” ifade etmektedir [Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 4/a].

Dijital hizmet ise 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifinde “*tüketicilerin dijital biçimde veri oluşturmasına, işlemesine, depolamasına veya veriye erişmesine imkân tanıyan hizmet*” [Art. 2/II (a)] ile “*tüketici ya da söz konusu hizmetin diğer kullanıcıları tarafından yüklenen ya da oluşturulan dijital formdaki verilerin paylaşılmasına*” veya “*herhangi bir*

¹⁷ Dijital içeriğin bedel karşılığında süresiz olarak sağlanması satış (benzeri) olarak nitelendirilmektedir (“*kaufähnliche Konstellation*”). Satış sözleşmesi ile eser sahipliğinden doğan telif haklarının ilişkisi hakkında bkz. Matthias Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” *ZVgLRWiss* 118 (2019): 211; Johann Kindl, “Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung,” içinde *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Europäisches Privatrecht* 54, ed. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell ve Beate Gsell (Baden: Baden, 2018), 71. Ayrıca bkz. aşağıda III. C. 5 başlığı altındaki açıklamalar ve BGB § 453/I’e ilişkin değerlendirmeler.

¹⁸ Ayrıca bkz. Leonid Nebessow, “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien,” *LR* (2020): 254; Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 210.

¹⁹ “... *digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden*” Art. 2/Nr. 6 Dijital İçerik Direktifi). Dijital içeriğin benzer yönde tanımları için ayrıca bkz. 2019/771 sayılı AB Mal Satım Direktifi Art. 2/VI; AB 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi Resital 19; Art. 2/XI <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083> (son erişim: 23.02.2024).

²⁰ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, RG, 27.11.2014, S. 29188.

şekilde etkileşimine olanak tanıyan hizmet” şeklinde tanımlanmıştır [Art. 2/II (b)]. Direktif kapsamında dijital hizmetlere örnek olarak bulut bilişim ortamında hizmet olarak yazılım (*software-as-a-service*) şeklinde sunulan oyunlar verilebilir. Burada Dropbox gibi bulut barındırma hizmetleri, Facebook, Whatsapp, Instagram, LinkedIn gibi sosyal medya ya da Spotify gibi ses ya da Netflix örneğindeki gibi video akışı (*streaming*) ya da Gmail, Google docs gibi servis uygulamaları olarak yazılımlar gibi belirli kullanım şekilleriyle dijital hizmet olarak karşılaşılabilmektedir (Ayrıca bkz. Resital 19 Dijital İçerik Direktifi).

Söz konusu direktiflerde her ne kadar dijital içerik ve hizmetler düzenlense de dijital ürün kavramı açıkça ifade edilmemiştir. Bu kavrama Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Direktifi’ni iç hukukuna aktaran Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) §§ 327 vd. düzenlemeleri ile yer verildiği görülmektedir. Burada dijital ürün, dijital içerik ve dijital hizmetleri içeren bir üst kavram olarak ele alınmaktadır²¹.

II. HAKKIN KONUSU OLARAK DİJİTAL ÜRÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Dijital Ürünün Yapısal Özellikleri

Dijital içerik, verilerden oluşmakta ve veriler de bilgiyi ifade etmektedir. Dijital ürünün hukuki niteliğine ilişkin isabetli çıkarımlar, ancak onun varlık düzeyinde kendisini nasıl gösterdiği incelenerek yapılabilecektir. Doktrinde ZECH, bilgi kavramını üç farklı düzeydeki alt ayrımlarıyla ele almaktadır. Bunlar bilginin semantik düzeyi (*semantische Ebene*), sözdizimsel düzeyi (*syntaktische Ebene*) ve varlık sahasındaki yapısal düzeyi (*strukturelle Information*) olarak ifade edilebilecektir. Bilginin semantik düzeyi, onun anlam içeriğidir (*Bedeutungsebene, content layer*). Bu nedenle ifade kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılabilir²². Bilginin sözdizimsel düzeyi, bir dizi karakter ve bunların birbirleriyle olan ilişkileri tarafından belirlenen bilgiyi

²¹ Alman Medeni Kanunu §§ 327 BGB vd. hükümlerinde 2a başlığı (Titel 2a) altında “Dijital Ürünler Hakkındaki Sözleşmeler (*Verträge über digitale Produkte*)” düzenlenmektedir. Alt başlık 1 ise (Untertitel 1) “Dijital Ürünler Hakkındaki Tüketici Sözleşmelerini (*Verbraucherverträge über digitale Produkte*)” düzenlemektedir. Dijital İçerik Direktifi hükümleri, Alman Medeni Kanunun §§ 327 BGB vd. hükümleri ile 1.1.2022 tarihi itibarıyla Alman iç hukukunda yerini almıştır.

²² Herbert Zech, *Information als Schutzgegenstand* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), 35 vd., özellikle 37 vd.

ifade etmektedir (*Zeichenebene, code layer*). Somut bir belge ya da kitaptan bağımsız olarak dilsel bakımdan kodlanmış bir metin buna örnek gösterilebilecektir²³. Bir başka deyişle bilginin sentaktik düzeyi, onun bir veri taşıyıcısından bağımsız olarak istenen sayıda kopyalanmaya elverişliliğini ifade eder. Bilginin kendisidir (*“Datei an sich”*)²⁴. Öte yandan varlığından bahsedebilmek için en az bir defa cismani bir varlığa bürünmüş olmalıdır²⁵. Bu aşama da bilginin yapısal düzeyini; fiziksel varlığı bulunan belirli bir taşıyıcıda (taşınır bellek, usb, plak, kaset ya da kitap gibi) vücuda kavuşmuş olmasını ifade etmektedir (*die, auf einem Datenräger verkörperte Daten; physical layer*). Dijital içerik de bilginin değindiğimiz üç farklı varlık düzeyi dikkate alınarak daha iyi anlaşılabilir. Dahası söz konusu üçlü ayırım, hukukun hangi sahasında bulunduğumuza, hangi hukuk kurallarının uygulanabileceğine dair yönümüzü tespit etmemize yarayacaktır. Böylece örneğin edim konusu olarak dijital içeriğin karşı tarafa sunulmasını borçlanan kişinin, verinin indirilmesi (*download*) imkânının yanı sıra dijital içerik hakkında ayrıca bir lisans hakkı tanınmasını (*Nutzungsrecht*) taahhüt edip etmediği meselesi de cevaplanabilecektir²⁶. Yine aynı üçlü ayırım dikkate alınarak dijital içerik kavramının işlevsel eşdeğerliği bakımından eşya kavramı ile farkı ortaya konulabilecektir²⁷.

ZECH’in üç farklı düzeyde ele aldığı bilgi kavramı, dijital ürünlere uygulandığında karşılaşılabilecek sonuç aşağıdaki gibidir:

²³ Carl Jakob Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB* (Berlin: Duncker&Humblot, 2019), 32.

²⁴ Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 33.

²⁵ “Bilginin sentaktik (sözdizimsel) varlığı somut olarak bir cisim üzerinde varlık kazanmaya bağlı değildir.. İstenildiği zaman çoğaltılabilir. Böylece ilgili taşıyıcıdan bağımsız hale gelir. Bu yönüyle bilginin semantik (anlamsal) varlığına benzemektedir. Bununla beraber sentaktik (sözdizimsel) bilginin, yalnızca en az bir defa bir cisimle yapısal bilgi olarak mevcudiyeti halinde varlığından bahsedilir (... Syntaktische Information ist nicht von der konkreten Verkörperung abhängig... Sie kann beliebig vervielfältigt werden, wodurch sie unabhängig vom jeweiligen Träger wird. Darin ähnelt sie der semantischen Information. Allerdings existiert syntaktische Information nur, wenn zumindest eine Verkörperung als strukturelle Information existiert...)” Zech, *Information als Schutzgegenstand*, 40.

²⁶ Michael Grünberger, “Verträge über digitale Güter,” *AcP* 218 (2018): 231.

²⁷ Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 204–205.

Dijital ürünün

- Semantik düzeyi, Fikri Mülkiyet Hukukunun sunduğu münhasır yetkiye,
- Sentaktik düzeyi Fikri Mülkiyet Hukuku alanında yararlanma, lisans haklarına,
- Varlık sahasındaki yapısal (*strukturell*) düzeyi ise Eşya Hukukunun düzenleme alanına işaret etmektedir²⁸.

Dijital içerik ve dijital hizmet kavramlarında başvurduğumuz Dijital İçerik Direktifi de bunların semantik düzeydeki varlığı için Eşya Hukukundan değil; kopyaları üzerindeki, bilginin sentaktik düzeyindeki yararlanma ve lisans haklarından bahsetmektedir²⁹. Bu meselenin ortaya konulabilmesi, Fikri Mülkiyet Hukukunun hak sahibine sunduğu mutlak ve münhasır yetkilerin, Eşya Hukukundaki malik, mülkiyet ve zilyetlik kavramlarından ayrılarak anlaşılmasını gerektirmektedir³⁰.

Dijital ürünün özelliği gereği birbiriyle etkileşim halinde olan yukarıda değindiğimiz varlık dünyasındaki üçlü yapısal ayırım, Eşya Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin yapılması gereken çıkarımların yanı sıra Borçlar Hukuku açısından da tarafların kararlaştırdıkları borç ve haklarının içeriğinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Kullanıcı ve sunucu arasındaki tüketici sözleşmeleri ya da sunucu ile telif hakkı sahipleri arasındaki lisans sözleşmesinden doğan hak ve borçlar bu açıdan örnek olarak verilebilecektir³¹.

Söz konusu üç farklı düzeyin, dijital ürünün tabi olacağı yasal rejimde birbiriyle etkileşim halinde olabileceği dikkate alınarak doktrinde dijital ürünün üçlü yapısının etkileşimi sonucunda ortaya çıkan aynı, münhasır ve sözleşmesel hakları bir araya getiren hibrit bir hak objesi (*ein zwischengeschaltetes hybrides Rechtsobjekt*) olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir³².

²⁸ Nebessow, “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien,” 256, Rn. 6.

²⁹ Karşılaştırınız (krş). Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 203 vd.

³⁰ Eser sahipliğinin zilyetlik ve mülkiyet hakkından farkları hakkında bkz. Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 124 vd.

³¹ Bkz. aşağıda dn. 60.

³² Mariette Auer, “Digitale Leistungen,” *ZfPW* (2019): 130, 138 f. (Nebessow, 256, dn. 6’dan naklen. Aktarılan metinde Fikri Mülkiyet Hukukunun hak sahibine tanıdığı

B. Yapısal Özelliğinin Hukuki Açıdan Yol Açtığı Güçlükler

Sözleşmeler hukuku dogmatığı, elle tutulur, gözle görülür mallar, eşyalar etrafında şekillenmiştir. Satış sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, ödünç sözleşmesi, kira sözleşmesi örnekleri düşünüldüğünde bunların konusunu hep taşınır ya da taşınmaz eşyalar oluşturmaktadır. Yanı sıra alacak hakkı gibi ekonomik değer taşıyan bazı haklar da sözleşmelere konu edilebilmektedir. Klasik hukuk dogmatığının esas itibariyle eşya etrafında şekillenmesi tarihsel süreç açısından oldukça tabiidir. Eşyanın yanı sıra gayrimaddi malların hukuki işlemlere konu edilebilmesi ile doğal güç ya da elektrige eşya vasfı atfedilmesi ise görece sonraki ihtiyaçlar ve/veya teknolojik gelişmelerin bir sonucu olup bir yönüyle ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına cevap vermek üzere düzenlenmiştir. Ancak dijital dünyanın objeleri, bunlardan epey farklıdır³³. Teknolojik ve dijital gelişmelerin çeşitli hukuki ihtiyaçları doğurması da oldukça yenidir. Dolayısıyla dijital ürünün aslında alışık olmadığımız özellikleri, hukuki çıkarımlar ve olası yeni düzenlemeler açısından dogmatik bazı güçlükleri beraberinde getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle dijital dünyanın objeleri, klasik hukuk sistemlerinin aksine artık sadece bir materyal, eşya değil ya bundan tamamen bağımsız ya da eşya ile entegre olarak karşılaşılan (“akıllı” teknolojik aletler, akıllı televizyonlar, akıllı buzdolapları, akıllı araçlar vb.) dijital ürünlerdir. Örneğin satım sözleşmelerinin mübadele ilişkileri dolayısıyla tarafların hak ve borçlarını, ayıba karşı tekeffül hükümlerini vb. hakkın konusu (objesi) bakımından belirlemek dijital dünyadakine kıyasla çok daha kolaydır. Oysa dijital alanda sözleşmenin konusunu dahi tam olarak neyin oluşturduğunu belirlemek güçleşmektedir. Dijital İçerik Direktifindeki “*dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri*”

mutlak ve münhasır yetkiler yine nr. 6’da vurgulanmış olup Auer’in dijital ürünün hibrit niteliğine ilişkin görüşü verilirken sadece aynı ve sözleşmesel haklar özelinde dijital ürünün hibrit yapısına dikkat çekilmiştir).

³³ Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrinde “dijital içerik” kavramının klasik hukuk dogmatığı bakımından eşya, (gayrimaddi) mal veya haklar gibi üzerinde hukuki anlamda hakimiyet kurulmaya elverişli hak objelerinin yanında yeni bir kategori olarak görülüp görülemeyeceği hakkında kritik için bkz. Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 200 vd.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Grünberger, “Verträge über digitale Güter,” 231; krş. Martin Schmidt-Kessel, “Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz,” *K&R* 7–8 (2014): 477; Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme, “Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel Teil 2,” *GPR* 2 (2016): 55.

nitelendirmesinden yola çıkarak sözleşmenin konusunu dijital ürünün kendisinin oluşturduğunu söylemek meseleyi çözmekte; aksine grifletmektedir³⁴. Sözleşmeler Hukuku dogmatikinde sözleşmenin niteliği, ona konu eşyaya göre belirlenmemektedir³⁵. Bu bakımdan sözleşmeye niteliğini veren, örn. masa değil; onun kiralanması, satılması ya da ödünç verilmesidir. Bu nedenle sözleşmenin konusunu dijital ürünün oluşturduğu bir tek sözleşme tipinden bahsetmek mümkün değildir³⁶. Sözleşmenin tipine ilişkin Dijital İçerik Direktifinde açık bir düzenlemeden kaçınılarak mesele üye devletlerin iç hukukuna bırakılmışsa da Direktifte “dijital içeriğin sürekli ya da geçici olarak sunulması ile dijital hizmetlere erişim sağlanması/sunulması” ayrımlarına yer verilmiştir. Böylece borca aykırılık hükümleri sunmanın şekline göre (*nach Art der Bereitstellung*) belirlenecektir. “Dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri” nitelendirmesinin kendisi ile olmasa da tarafların edim davranışlarına ilişkin farklılık dolayısıyla (*Leistungshandlungsbezogene Differenzierung*) ilgili sözleşme tipinin belirlenmesinde rol oynayacaktır³⁷.

Dijital ürünün dogmatik bakımdan sözleşme tipleri içerisinde değerlendirilebilmesinin önündeki zorluklardan biri değindiğimiz üzere dogmatik sebeplerdir. Ancak söz konusu güçlüğü birden fazla sebebi bulunmaktadır. Bir önceki başlık altında değindiğimiz dijital ürünün yapısal özellikleri de bunlardan biridir. Yine bununla bağlantılı olarak bir diğeri, taraflarca kurulmak istenen sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin

³⁴ Frank Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” içinde *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft*, ed. Caspar Behme et al. (München: Nomos, 2016), 265 vd., 269–270.

³⁵ Bu yönüyle kritik için bkz. Florian Faust, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag* <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft+-+Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF> (son erişim: 01.04.2024), 5. Raporda “otomobil sözleşmeleri” nitelendirmesi örneği verilmektedir. Sözleşmenin tipini belirleyen otomobil değil; onun kiralanması, satılması, onarılması ya da garajda muhafaza edilmesidir (bkz. 5).

³⁶ Kindl, “Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung,” 67.

³⁷ Nebessow, “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien,” 252, nr. 3; Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 191, 202, 210 vd. Ayrıca aşağıda III. C. 4 başlığı altındaki açıklamalar.

zorluğudur. Uygulamada dijital ürünün çeşitliliği ve farklı işlem modelleri dolayısıyla sözleşmelerin içeriğinde ve sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşullarında da çeşitlilik bakımından epey geniş bir yelpaze ile karşılaşılmaktadır³⁸. Meselelerin çözülmesinde ilke olarak izlenen ilk adım dijital ürünün bir sözleşme temelinde karşı tarafa sunulacağı; bir başka deyişle Sözleşmeler Hukuku alanında bulunulduğu; ikinci adım ise ayıba karşı tekeffül hükümleriyle bağlantı kurulması bakımından iç hukukta uyum sürecinde getirilecek düzenlemelerin belirlenmesidir. İç hukukta AB Dijital İçerik Direktifine uyum çabalarında devletlerce böyle bir yaklaşım gözetilmesinin nedeni, Direktifte getirilen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin zorunlu olarak Sözleşmeler Hukuku temelli bir ilişkiye dayanmasıdır³⁹. Öte yandan dijital ticari dünyada tarafların menfaatlerinin en elverişli şekilde düzenlenmesine Sözleşmeler Hukuku hizmet etmektedir⁴⁰. Bu görüş, şüphesiz Dijital İçerik Direktifi ile de desteklenebilecektir. Direktif hükümleri, Sözleşmeler Hukuku ekseninde hazırlanmıştır⁴¹.

³⁸ Sözleşmelerin niteliği veya nitelendirilmesine yönelik yaklaşımlar da sözleşmenin içeriğine göre oldukça geniş bir çeşitlilikle karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Axel Metzger, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?,” *JZ* (2019): 577 vd., 579 – 580; Franziska Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” *ZEuP* (2016): 360 vd.; Sebastian Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” içinde *Immaterialgüter und Digitalisierung– Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber-und Medienrecht*, ed. Moritz Hennemann ve Andreas Sattler (Freiburg: Nomos, 2017), 124 vd. Dijital ürünlere ilişkin hangi içerik ve kapsamdaki sözleşmenin sözleşme tipleri bakımından nasıl nitelendirilebileceği yönünde görüşler hakkında ayrıca bkz. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 115 vd.; konu hakkında Alman Federal Mahkemesi, BGH kararları bunlara yönelik eleştiriler hakkında bkz. Stefan Kirn ve Claus D. Müller-Hengstenberg, “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?,” *NJW* (2017): 434 vd.; Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme, “Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel Teil 2,” 60 vd.

³⁹ Johannes W. Flume ve Peter Ponedner, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” *RDİ* (2024): 36, Rn. 3.

⁴⁰ Eşya Hukukunun düzenleme alanının bu bakımdan ihtiyacı karşılamakta yetersiz kaldığı yönünde bkz. aşağıda dn. 129.

⁴¹ Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 118, 196 vd.; Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten

Dijital ürünün yapısal özelliklerinin getirdiği bir başka güçlük, her zaman olmasa da çoğunlukla bunun eser niteliği taşımasından ya da Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerince korunmasından kaynaklanmaktadır (Hukumumuzda FSEK m. 1/B, a, m. 13 vd., m. 48 vd.; Sınai Mülkiyet Kanunu m. 1, m. 11 vd., m. 22 – 24). Eşya Hukuku, Telif Hukukuna ilişkin değerlendirmeler ayrı bir başlığı hak etmektedir. Sınai mülkiyete ilişkin detaylı değerlendirmeler çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

C. Telif Hukuku – Eşya Hukuku İlişkisi

Gayrı maddi mallar hukuku, aslında Eşya Hukuku ile bir anlamda paralel bir tarihsel gelişim süreci göstermiştir. Günümüzde hala Telif Hukuku ve Sınai Mülkiyet Hukuku da içerir şekilde “Fikri Mülkiyet Hukuku” olarak adlandırılması tam olarak bu tarihsel sürecin bir kanıtıdır. Bu alanın hak sahibine sunduğu mutlak ve münhasır yetkiler, tıpkı eşya üzerinde hak sahibine tanınan mutlak ve münhasır yetkileri anımsatmaktadır. Nitekim tarihsel süreçte fikri hakkın niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerden fikri mülkiyet teorisi de hakkın bu yönünü esas almaktadır⁴².

Öncelikle eser sahipliği ile eşya üzerinde hak sahipliği, hakkın kazanılması noktasında çıkış itibarıyla birbirinden oldukça farklıdır⁴³. Eşya üzerindeki aynı hak aslen ya da devren⁴⁴; kapsam olarak sınırlı aynı haklar ya da bunlardan en kapsamlısı olarak mülkiyet hakkı niteliğinde kazanılabilir (MK m. 683; kapsamı hakkında ayrıca m. 684 vd.; m. 794 vd.; m. 826 vd.). Oysa eser sahipliği, eser niteliğinde bir fikir ürünü meydana getirmekle kanun gereği, başkaca bir şey yapılmasına gerek olmaksızın *ipso iure* kazanılır⁴⁵. Bu

im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” 261. Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme, “Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1,” *GPR* 1 (2016): 6–7.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Christian Grün, *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts* (Bern: Verlag Stämpfli, 1979), 61.

⁴³ Mülkiyet hakkının kazanılması ile eser sahipliğinin kazanılması arasındaki farklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 127–128.

⁴⁴ Mülkiyetin kazanılması hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 34 vd., nr. 127 vd.

⁴⁵ Eser meydana getirme, maddi fiil niteliğindedir. Bu nedenle eser sahipliği statüsü kazanmak için ayırt etme gücünün varlığı dahi aranmaz. Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Ankara: Sevinç Yayınları, 1982), 90; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 87; Ateş, *Fikri Hukukta Eser*

nedenle fikri hak, eser niteliği taşıyan soyut değerler meydana getirmekle yasa gereği *ipso iure* tanınmaktadır⁴⁶ (“*Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir.*” FSEK m. 8/I). Eser sahipliğinin kazanılmasında sınai haklardan farklı olarak tescil dahi aranmaz⁴⁷. Aslen ve devren kazanım türü, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda da kaleme alınmış olmakla beraber burada bambaşka bir anlama sahiptir. FSEK uyarınca aslen kazanım, hakkın aslı (membai) olarak görülen eser sahibi veya mirasçılarında mali hakkın kendisi ya da kullanımının (lisans, yasa ifadesiyle “ruhsat” FSEK m. 48/II; m. 49/I ruhsat) kazanılmasını ifade etmektedir (FSEK m. 48/I, II). Devren kazanım ise hakkın eser sahibi ya da mirasçılarında kazanandan kazanılmasıdır (FSEK m. 49).

“*Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” ifade eder (FSEK m. 1/B, a). Öyleyse nitelikli fikri çaba olarak ifade edebileceğimiz “eser” esasa ve şekle ilişkin iki unsur taşımaktadır. Bunlardan ilki, yasada sayılan dört kategoriden birine dahil olma (ilim ve edebiyat eserleri; musiki eserleri; güzel sanat eserleri; sinema eserleri, FSEK m. 2–5)⁴⁸; ikinci ise eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır⁴⁹.

Eşya Hukuku ve Telif Hukukunun her ikisi de hak sahibine sundukları hak ve yetkiler bakımından pozitif ve negatif yönleri içerisinde barındırmaktadır. Tıpkı eşya üzerindeki aynı hak sahipliğinin tanıdığı mutlak haklar gibi Fikri Mülkiyet hukukundaki hak süljeleri de kendilerine tanınan hakları kullanma konusunda, hakkın ileri sürülebileceği çevre bakımından

Sahipliği, 65, 68 vd.; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), § 12, Nr. 13 vd.

⁴⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 12, Nr. 13.

⁴⁷ Telif Hukuku alanında tescilin açıklayıcı fonksiyonu vardır. Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 61. FSEK m. 13/III uyarınca “*Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahiplerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi maksadıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar. Aynı maksatla, ser sahiplerinin talebi üzerine, bu Kanun kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescili yapılabilir; mali haklara ilişkin yararlanma yetkileri de kayıt altına alınabilir...*” Söz konusu düzenleme Telif Hukuku alanında tescilin açıklayıcı fonksiyonunu ortaya koymaktadır.

⁴⁸ Söz konusu dört kategori sınırlı sayı (*numerus clausus*) olmakla beraber bunların içeriği genişletilebilir. Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 55.

⁴⁹ Hususiyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 52 vd.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 10, Nr. 6 vd.

mutlak ve yalnızca hak sahiplerinin kullanabileceği bazı münhasır yetkileri haizdir. Bu, hakların pozitif yönünü ifade etmektedir. Üçüncü kişilerin olası müdahalelerini menetme konusunda da her iki kategorideki hak sahipleri negatif (menedici) yetkileri haizdir⁵⁰. Ancak söz konusu pozitif ve negatif yönlerin içeriği her iki hak kategorisi bakımından farklılaşmaktadır⁵¹. Telif hakkı sahibine tanınan mutlak ve münhasır yetkiler, mali ve manevi haklardan yararlanma; bunları sözleşmelere konu edebilme; üçüncü kişilere ruhsat (basit ya da tam lisans) tanıyarak finansal açıdan eserden faydalanma imkanlarıdır. Mülkiyet hakkı ise kullanma, yararlanma ve tasarruf etme (tüketme) yetkilerini içermektedir (MK m. 683). Mülkiyet hakkı eşya üzerinde kurulmaya elverişli iken eser, “eşyadan bağımsız ve soyut bir değerdir”⁵². Bir başka deyişle nitelikli fikir ürünü olarak eser, üzerinde vücut bulduğu, fiziksel dünyada varlık kazandığı kitap, kaset, plak vb. eşyalardan ayrı bir hukuki varlığa sahiptir⁵³. FSEK m. 57 hükmü de bunu destekler niteliktedir. Hüküm uyarınca “*Asıl ve çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça fikri hakların devrini ihtiva etmez*” (FSEK m. 57/I). Eşya üzerinde şekillenme, fikir ürünü olarak eserin tekrarlanabilmesi ve başkalarına aktarılabilmesinde bir araç işlevi görmektedir. Ancak fikir ürününün eser niteliği taşıyabilmesi, dış dünyaya en azından eser vasfı anlaşılır şekilde taslak olarak yansımış olmasını gerekli kılar. Bu bakımdan “*nutuk ya da müzikal bir motifin geliştirme çalışmaları da ...bu halleriyle dahi gerekli ferdileşme mevcut ise*” eser niteliği taşırlar⁵⁴. Dış dünyaya hiç aktarılmamış, sadece zihinde düşünce olarak bulunan fikirler eser olarak korunmazlar. Aynı şekilde Kanunda 07.06.1995 tarihli değişiklikle bilgisayar programları ilim ve edebiyat eseri olarak korunmakla beraber bunların “*arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir*

⁵⁰ Ansgar Ohly, “Zuweisung von Daten immaterialgüterrechtliche Lösungen,” içinde *Eigentum in der digitalen Gesellschaft*, ed. Franz Hofman, Benjamin Raue ve Herbert Zech (Tübingen: Mohr Siebeck, 2022), 136.

⁵¹ Eşya hukukundaki aynı haklar hakkın içeriğine göre (ya sadece) kullanma ve/veya yararlanma; mülkiyet hakkında ise bunlara ilaveten tasarruf etme yetkilerini içermektedir. Telif Hukukunda ise hakkın pozitif boyutunun içeriğini mali ve manevi haklar ile bunlardan yararlanma imkânları oluşturmaktadır. Aynı şekilde menedici yetkiler hakkında krş. FSEK m. 13 vd.; 20 vd.; m. 50 vd.; MK m. 683. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 30.

⁵² Haimo Schack, *Urheber-und Urhebervertragsrecht* (Mohr Siebeck, 2017), § 2, Nr. 34; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 1, Nr. 11.

⁵³ Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 60–61; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 25-26.

⁵⁴ Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 90–91.

bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerin” eser sayılmayacağı kalemeye alınmıştır (FSEK m. 2/II). Ancak “bir sonraki aşamada (bilgisayar) program(ı) sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları” da eser sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla yasaca telif korumasına tabidirler (FSEK m. 2/I, nr. 1).

Eşya Hukuku ve Telif Hukuku bakımından her iki hak kategorisinin birbirinden farklılaşan en önemli yönlerinden bir diğeri, eser sahibinin manevi dünyasından neşet etmesi dolayısıyla eseri üzerinde kendisine tanınan manevi haklarıdır (FSEK m. 14 vd.). Eser sahibinin manevi hakları eserin umuma arzı (kamuya sunulması), eserde adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını menetme ve eser sahibinin malın malik ve zilyetlerine karşı olan eserin aslına erişim hakları olmak üzere dört kategoriden oluşmaktadır (FSEK m. 14–19). Hirsch’in önemli katkılarıyla hazırlanan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda hâkim olan eser sahipliği teorisi uyarınca mali ve manevi hakları içeren eser sahipliği, eserin, sahibi ile olan sıkı bağı dolayısıyla bir bütün olarak devredilemez. Ancak mali haklar devre veya ruhsat (lisans) tanınmaya elverişlidirler (FSEK m. 48 vd.) Öz itibarıyla söylenecek olursa eşya üzerindeki aynı haklar ile eser sahipliğinden doğan haklar daha iyi anlaşılabilmeleri için birbiriyle karşılaştırılarak açıklanabilecek olsa da her ikisinin de birbirinden oldukça farklı dinamikleri bulunmaktadır. Biri diğeri kapsamaz.

Son olarak dijital ürünlere özgü bir özellik, bunların sentaktik düzeydeki varlıklarının eşyadan farklı olarak eskimelerine, yıpranmalarına engel teşkil etmesi; böylece sorunsuz bir şekilde sınırsız olarak kopyalanmalarının elverişli hale gelmesidir. Aynı dijital ürün sayısız kere sözleşmelere konu edilerek ondan ekonomik bakımdan menfaat sağlamaya elverişlidir. Meselenin bu yönü özellikle yayma hakkının tükenmesi ilkesi dolayısıyla Telif Hukuku bakımından ciddi bir önem arz etmektedir⁵⁵.

D. Telif Hukuku – Dijital Ürün İlişkisi

Dijital ürünün Telif Hukuku ile ilişkisi, ilk bakışta inceleme konumuzla bağlantısız gibi gözükse de aslında tam tersidir.

Bir dijital platform ya da uygulama üzerinden yararlanılmaya sunulan (çoğunlukla veri akışı, *streaming* şeklinde) filmler, müzikler eser niteliği taşımaları bakımından sıklıkla karşılaşılan örneklerdir. Veri bankaları da aynı

⁵⁵ Bkz. aşağıda dn. 112, 113.

şekilde telif korumasına tabidirler⁵⁶. Dijital ürünün semantik anlamda varlık düzeyi Telif Hukukunu da içeren üst başlıkla Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin münhasır hak ve yetkileri ifade etmektedir. Öyleyse dijital ürün hakkında tarafların (çoğunlukla tacir – tüketici, *Business to Consumer, B2C sözleşmeler*; ya da tacir – tacir, *Business to Business, B2B*)⁵⁷ yapmak istedikleri sözleşme çoğunlukla Telif Hukukunda hak sahiplerinin menfaatleri ile kesişecektir. Olası hak çatışmalarının önünde geçebilmek için dijital ürün sunucusunun (tacirin) dijital ürüne ilişkin yapacağı sözleşme öncesinde telif hakkı sahipleriyle bir lisans sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Bunun bir sonucu, sözleşmesel bir zincir oluşması dolayısıyla dijital ürüne ilişkin sözleşmelerde birden fazla süje ile karşılaşılmasıdır. Dijital içerik sunucusu tacirin eser vasfı bulunan dijital üründen ticari yaşamda yararlanabilmesi, hak sahiplerinin iznine bağlıdır. Direktif ifadesiyle “dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri” olarak ifade edilen sözleşmelerin Telif Hukukuyla söz konusu yakın ilişkisi yadsınamaz niteliktedir. Oysa Dijital İçerik Direktifinde açıkça Telif Hukukuna ilişkin değerlendirmelerin kapsam dışı bırakıldığı kaleme alınmıştır (Resital 20, son tümce; Art. 3, Nr. 9 DURL)⁵⁸. Bu yönde bir düzenleme tercihi, dijital ürünün sözleşmeye konu edilmesi halinde Telif Hukuku ile ilişkisinin bulunmadığı yönünde değil; Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Direktifinde bu alana ayrıca müdahale edilmek istenmediği şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁹.

⁵⁶ Hukukumuzda 1995 yılı 4110 sayılı Kanunla FSEK m. 6’ya eklenen 11. bent uyarınca: “Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak burada sağlanan koruma veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez) ...bu kanuna göre eser sayılır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, “Veri Tabanlarının Hukuki Koruması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, 1 (Haziran 2006): 57 vd.

⁵⁷ Nitekim Dijital İçerik Direktifi de AB dijital iç pazarında işlem güvenliğini sağlamak üzere tüketici-tacir sözleşmelerini düzenlemektedir. Bu anlamda Tüketici Hukuku alanında düzenlemeler içermektedir. Dijital İçerik Direktifi Art. 1; Resital 1–8.

⁵⁸ Üçüncü kişilerin hakları bakımından krş. Art. 10 DURL. Hüküm uyarınca “Üçüncü kişilerin haklarının-özellikle fikri mülkiyet haklarının-ihlalinden kaynaklanan kısıtlama m. 7 ve m. 8 kapsamında dijital içerik veya dijital hizmetin kullanımını engeller veya sınırlarsa üye devletler, tüketicinin sözleşmeye aykırılık halinde m. 14’teki haklara sahip olduğunu temin eder; meğerki bu durumlarda milli hukuk dijital içeriğin hazırlanması veya dijital hizmet sözleşmelerinde hükümsüzlük veya sözleşmenin kaldırılmasını öngörmüş olsun.” Telif hakkı sahipleri de bu anlamda üçüncü kişilerdir.

⁵⁹ Ayrıca bkz. AB İç Pazarında Çevrimiçi İçerik Hizmetlerinin Sınır Ötesi Taşınabilirliklerine İlişkin 14.06.2017 tarih ve 2017/1128 sayılı Avrupa Parlamentosu

Dijital ürünün Telif Hukuku ile kesişen alanına özgü değerlendirmeler göstermektedir ki buradaki çoğunlukla tüketici-tacir (ya da tacir – tacir) arasındaki sözleşmelerin akıbeti, taraflarca sözleşmede arzu edilen sonuca ulaşılabilmesi bakımından çoğunlukla lisans temelli bir başka sözleşmenin varlığına muhtaçtır. Buna bağlı olarak bir diğer zorluk ise karşılaşılabilecek hak süjelerinin fazlalığı ile ilgilidir⁶⁰. Aynı sebeptendir ki uygulamada hem telif sahiplerinin haklarına hanel gelmemesi hem tarafların sözleşmeyle arzu edilen hukuki sonuca erişebilmeleri bakımından farklı lisanslama modelleri ile karşılaşılmaktadır⁶¹. Lisanslama modelleri çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından meseleye bütüncül bir perspektif sunacak içerikte değinilmesi yeterli görülmüştür. Fakat burada kısaca belirtmek gerekir ki hâkim görüş uyarınca bilgisayar programının şahsi ve belirli bir kullanıma yönelik olması nedeniyle telif hakkı sınırlamalarına tabi olduğu kapsamda telif hakkı sahipleri ile mali haklardan yararlanmaya ilişkin bir lisans sözleşmesi yapılmasının gerekmeyeceği kabul görmektedir⁶². Ancak her hâlükârda bu kapsamı aşan bir kullanım, telif hakkı sahiplerinin iznine tabidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Direktif ifadesiyle dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin “dijital içeriğin tüketiciye tacir tarafından sunulması ya da bunun vaad edilmesi (“... *dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder dessen Bereitstellung zusagt ...*”, Art. 3/I Dijital İçerik Direktifi) çoğu kere Telif Hukukunca kullanım hakkı, lisans tanınması yönünde anlaşılacaksa da dijital ürünlere ilişkin bu sözleşmeler, Telif Hukuku içerisine dahil edilerek sınıflandırılmaya elverişli değildirlir⁶³. Tüketiciye eser niteliği taşıyan dijital ürünün (dijital içerik veya hizmetin) sunulması, bu kapsamda fiilen kullanım hakkının tanınabilmesi için tacirin

Konsey Direktifi-Avrupa Ekonomik Alanı ile İlgili Metin Resital 4, Resital 8 özellikle bkz. Resital 9.

⁶⁰ Burada çoğunlukla üçlü bir ilişki ile karşılaşılabilecektir: Telif hakkı sahibi, üçüncü şahıs olarak dijital içerik sunucusu/tacir (platform işleticisi, yazılım satıcısı gibi) ve son kullanıcı (tüketici). Flume ve Ponedder, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” 37, Rn. 6.

⁶¹ Dijital ürüne ilişkin lisanslama modelleri hakkında bkz. Flume ve Ponedder, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” 37, Rn. 8 vd.

⁶² Thomas Dreier ve Gernot Schulze, Kommentar zum UrhG (C.H. Beck, 2009), § 69d Rn. 2, 6 (Heinz Diegmann ve Wolfgang Kuntz, “Praxisfragen bei Onlinespielen,” *NJW* 63, 9 (2010): 561, 562’den naklen). Alman hukukunda bkz. §§ 44a, Nr. 2, 53, Abs. 1, S. 1, 69d Abs. 1 UrhG.

⁶³ Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” 260.

buna ilişkin hukuken yetkilendirilmiş, telif hakkı sahiplerince lisans tanınmış olması gereklidir. Fakat tüketici-tacir arasındaki sözleşme ile karşı tarafa her zaman lisans tanınması gerekmeyebilir. Ancak yine de dijital içeriğin sunulmasıyla (*Bereitstellung*) kullanımı (yetkisi) karşı tarafa verilmiş olur. Söz konusu kullanım yetkisi, her zaman lisans verilmesi anlamı taşımaz. Hemen yukarıda değinildiği üzere eser sahibinin hakları bazı durumlarda sınırlamalara tabidir. Bu kapsamda kalan kullanımlar için hak sahiplerinin izni aranmaz⁶⁴. Bu içerikte bir sözleşme de Telif Hukuku değil; Sözleşmeler Hukuku, Direktif kapsamında tüketici sözleşmeleri kriterlerine tabidir⁶⁵. Öte yandan dijital ürüne ilişkin bu yönde bir vaatte bulunan kimse (tacir) eser niteliği taşıyan dijital ürüne ilişkin lisans hakkı bulunmadığından vaadini (borçlandırıcı işlemin gereğini) yerine getiremezse borca aykırılığın gereği Telif Hukukuna göre değil Sözleşmeler Hukukuna (yine Direktif kapsamında tüketici sözleşmeleri) göre belirlenir (Direktifin düzenleme alanı bakımından bkz. Art. 13, 14 Dijital İçerik Direktifi). Eser sahibi (daha geniş ifadeyle telif hakkı sahipleri) – dijital ürün sunucusu ile kullanıcı arasındaki üçlü ilişki ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

III. EŞYA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DİJİTAL ÜRÜN

A. Genel Olarak

Eşya kavramına doğa bilimlerinde ya da günlük hayatta verilen anlam ile hukuken verilen anlam birbirinden farklıdır. Eşyanın taşınması gereken kriterler sosyal ve ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına uygun olarak hukuken belirlenmektedir. Bu nedenle günlük hayatta evrende yer kaplayan şeyler eşya kabul edilse de bunlar hukuken her zaman eşya niteliği taşımayabilir. Eşyanın vasıflarına ilişkin düzenlemeler nihayetinde bir norm hükmüdür⁶⁶. Dolayısıyla

⁶⁴ Telif hakkı, kamu düzeni düşüncesi FSEK (m. 30/II), genel menfaat düşüncesi (FSEK m. 31, 32/III, 33, 34/I, III, 35, 37), özel menfaat düşüncesi (FSEK m. 38/I, III, IV) ve nitelikten doğan sınırlamalar (FSEK m. 40) gibi sınırlandırmalara tabidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 103; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 14, Nr. 127 vd.

⁶⁵ Krş. Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” 260.

⁶⁶ Aynı gerekçeyi eşya kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürerek görüşünü destekleyen yazar için bkz. Christiane Wendehorst, “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff,” içinde *Münchener Kommentar zum BGB* (C.H. Beck, 2021), Rn. 272–273.

hukuki anlamda eşyanın unsurlarını belirleyebilmek için pozitif hukuk kurallarındaki düzenlemelere bakılmalıdır. Hukukumuzda eşya tanımına ayrıca yer verilmeyerek kavramının içeriğinin belirlenmesi öğretiyeye ve içtihatlarla bırakılmıştır⁶⁷. Öğretide de bir şeyin hukukten eşya olarak tespiti noktasında çeşitli unsurlara göre hareket edilmektedir. Aynı hakların objesini eşya oluşturduğundan hukuki anlamda eşyanın unsurlarının, aynı hakların özelliklerinin de dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda bir şeyin eşya niteliği taşıyabilmesi için doktrinde aranan unsurlar: Maddi (cismani) bir varlığa sahip olma, belirlilik, üzerinde hakimiyet kurulabilir olma, kişilik dışılık ve tartışmalı olmakla birlikte söz konusu şeyin ekonomik bir değere sahip olmasıdır.

B. Eşyanın Unsurları Bakımından

Bir şeyin hukuki anlamda eşya niteliği taşıyabilmesi için ilk unsur, onun maddi bir varlığa (cismanilik) sahip olmasıdır⁶⁹. Maddi varlıktan kasıt, bir şeyin boşlukta yer kaplamasıdır⁷⁰. Dolayısıyla alacak hakları, kişilik hakları ya da fikri ve sınai haklar bu özellikte olmadıklarından eşya değildirler⁷¹. Her ne kadar hukuki anlamda eşyanın bir unsuru maddi varlığa sahip olmak ise de istisnai hallerde maddi varlığı bulunmayan şeyler de kanun koyucu tarafından eşya ile bir tutularak aynı hak konusu yapılmıştır. Örneğin edinilmeye elverişli olduğu halde taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dahil olmayan doğal güçler taşınır mülkiyetinin konusu olabilirken (TMK m. 762); bağımsız ve sürekli haklar da tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş olmak kaydıyla taşınmaz mülkiyetine konu edilebilmektedir (TMK m. 704).

Eşyanın unsurlarından “maddi bir varlığa sahip olma” dijital ürünlerin eşya olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında belirleyici olmaktadır⁷². Bu

⁶⁷ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2023), 16; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 87.

⁶⁸ Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 7; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2018), 26.

⁶⁹ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 4; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Legem Yayınevi, 2023), 6; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 16; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 7.

⁷⁰ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 4.

⁷¹ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 4.

⁷² Dijital ürünün maddi bir varlığa sahip olup olmaması bakımından değerlendirmeler yazılımlar özelinde, öğretide yazılımların “ürün” niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin

unsurun belirleyici olmasının nedeni, hemen aşağıda değinilecek olan diğer unsurların dijital ürünlerde çoğunlukla zaten bulunmasıdır.

bazı görüşlerde de ele alınmaktadır. Ürün sorumluluğu hukukunda önem arz eden bu tartışma, çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla beraber burada savunulan görüşlerden biri yazılımın bir cisimde vücut kazandığı halde taşınır eşya niteliği kazandığını ifade etmektedir. Konumuzla kesiştiğinden görüşlere yer verilmek ihtiyacı doğmuştur. Bu görüşlerin bir kısmı, yazılımların (dijital ürünün) fiziksel bir materyal üzerinde şekle bürünmesinin aranıp aranmaması doğrultusunda ikiye ayrılmaktadır. Yazılımların gayrimaddi mal niteliği taşıdığı tartışmasızdır. (Gayrimaddi mallar hakkında bilgi için bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 26; Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 24; Erhan Kanışlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, 3 (2020): 1432; Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 192. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5 vd.). Bu doğrultuda bir görüş, ancak maddi bir varlık üzerinde cisimleşen yazılımları ÜGTDK’da sadece fiziksel varlığı haiz olanların ürün niteliği kabul gördüğünden sadece bunların ürün kabul edilebileceği yönündedir. Bkz. Cemre Polat, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 181. Bu halde gayri maddi mal ile üzerinde cisimleştiği maddi varlık bir bütün haline gelir ve bu bütün, taşınır bir eşya olarak üründür (Kanışlı, “Üreticinin Sorumluluğu,” 1433; Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu*, 61; Aydos, *Ürün Sorumluluğu*, 137; Gökçe Kurtulan Güner, “Dijital Çağda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bazı Meseleler,” içinde *Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 243; Fulya Erlüle, “Yapımcının Sorumluluğu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, 4 (2008): 315-316; Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 193-195). Aksi yöndeki görüş uyarınca bir materyal üzerinde cisimleşmiş olmasa da yazılımlar ürün kabul edilmelidir. Yazarlar farklı gerekçelerle bu sonuca ulaşmaktadırlar. Yazılımların cismani varlığa bürünüp bürünmemesinden bağımsız olarak, bu yönde bir ayrıma gerek olmadığı, eşyalarla benzer zararları meydana getirmeye elverişli olduklarından yazılımların ürün olarak kabul edilmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kanışlı, “Üreticinin Sorumluluğu,” 1434; Candan Yasan Tepetaş, *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 54. Bu yönde bir kabulün, kanunun yeni ihtiyaçlara cevap vermesi bakımından daha isabetli olacağı hakkında ayrıca bkz. Yasan Tepetaş, *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*, 54). Nihayet son görüş yine maddi bir varlıkta cisimleşmeden bağımsız olarak, yazılımlar hakkında bunların zarara yol açma ihtimalleri ve zarar gören kişilerin yazılımın üretimindeki kusuru ispatlamalarının mümkün olup olmadığına bakılarak karar verilmesi gerektiği yönündedir. (Bkz. Yeşim M. Atamer ve Gökçe Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 2 (2021): 556).

Dijital ürünün kendisi, şüphesiz bir materyal vasıtasıyla vücuda bürünmedikçe maddi bir varlığı haiz değildir. Bir başka deyişle dijital içerik ne zaman ki bir taşıyıcı bellek, cd gibi bir materyal ile fiziksel bir varlığa kavuşur; ancak o zaman fiziksel bir varlığının bulunduğu bahsedilebilir. Yine de fikri hak konusu olarak örn. müzik eseri eşya niteliğini haiz değildir; fakat bunun üzerinde cisimleştiği maddi taşıyıcı (CD, taşınır bellek vb.) bir eşyadır⁷³. Öyleyse burada hukuki çıkarımlarda bulunurken dijital ürün bir eşya vasıtasıyla şekle bürünse dahi söz konusu eşyanın hukukunun başka; dijital içeriğin tabi olacağı hukuki rejimin başka olacağı gözden kaçırılmamalıdır⁷⁴. Ancak doktrinde bazı görüşler dijital ürünün, özellikle yazılımların cd, taşınır bellek veya bilgisayar belleği gibi cisimlere kaydedilmek suretiyle eşya niteliği kazanacağı yönündedir⁷⁵. Aşağıda ilgili görüşlere ve bunlara getirilen eleştirilere, dijital ürüne eşya vasfı tanıyan görüşler incelenirken yer verilecektir. Bu başlık altında dijital ürünün eşya niteliği taşıyıp taşımadığı meselesinin önündeki en kritik unsurun maddi bir varlığa sahip olması, cismanilik unsuru olduğuna dikkat çekilmelidir. Aşağıda ele alınacak meseleler de bunun etrafında şekillenmektedir.

Bir şeyin eşya olarak nitelendirilmesi için aranan bir diğer özellik, sınırlarının belirlenmiş olmasıdır. Bu özellik sayesinde söz konusu şey, bağımsız bir varlık halini alabilecektir. Aksine bir deyişle uzay ya da denizlerdeki sular, maddi varlıkları bulunsa da diğer unsurlar yanında belirlilik unsurunu taşımadığından eşya değildirler. Belirli ve bağımsız bir bütün halini alabilme, eşyanın halihazırdaki durumundan kaynaklanabileceği gibi dış bir müdahale sonucunda da gerçekleşebilir⁷⁶. İlkine doğadaki hayvanlar, ikincisine bir denizden alınan suyun şişeye koyulması örnek olarak gösterilebilecektir⁷⁷.

Dijital ürünler bakımından eşyanın belirli olma unsuru, teknolojinin içinde bulunduğu seviye gözetilerek incelenmelidir. Bu doğrultuda dijital ürünlerin, dijital bir formda bulunmaları onların birbirinden ayırt edilemeyeceği anlamına gelmez. Aksine bunlar özellikleri, nitelikleri vb. çerçevesinde farklılaşarak bağımsız bir hale gelmektedir⁷⁸. Dolayısıyla dijital ürünlerin eşyanın belirlilik unsurunu sağladığını söylemek mümkündür.

⁷³ Akipeş, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 29; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 89.

⁷⁴ Bkz. yukarıda II. C ve D başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁵ Bkz. aşağıda III. C. 1 başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁶ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 17; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 89.

⁷⁷ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 17.

⁷⁸ Bilgisayar programlarında kullanılan verilerin birbirinden ayırt edilmesi için kullanılan “değişkenler” için bkz. “Veri Tipleri ve Değişkenler”,

Hukuki anlamda eşyanın bir diğer unsuru, şey üzerinde fiili ve hukuki hakimiyetin kurulabiliyor olmasıdır. Bu anlamda hakimiyet, fiili ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fiili hakimiyet, bir şeyin insan iradesine tâbi olup olmamasına göre belirlenir⁷⁹. Söz gelimi şu an için gezegenler, yıldızlar gibi uzay cisimleri üzerinde hakimiyet kurulabilecek nitelikte değildirler. Diğer taraftan okyanuslar ya da ırmaklardaki sular da sınırlarının belirlenemezliği nedeniyle fiili hakimiyet altına alınamazlar⁸⁰. Öte yandan bir şeyin hakimiyet altına alınabilmesi, hukuken de elverişli olmalıdır. Hukuki hakimiyetten kasıt hukuk düzeni tarafından bir şeyin edinilebilmesine izin verilmesi; hukuk düzeninin buna olumlu sonuç bağlamasıdır⁸¹. Örneğin cismani bir varlığa sahip olup sınırları belli olsa da insan vücudu üzerinde hukuki hakimiyet kurulması emredici hukuk kuralları ve ahlaki nedenlerle mümkün değildir.

Dijital ürünlerin üzerinde hakimiyet kurulabilmesi bakımından herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bakımdan bir yazılımın, bulunduğu ortamın maddi bir taşıyıcı ya da bulut sistemi olması fark etmeksizin bireysel amaçlı kullanımı mümkün olduğu gibi bunun satışı, kiralanması ya da lisanslanması da mümkündür. Dolayısıyla dijital ürünler fiili hakimiyet altına alınabilir. Bir başka deyişle bunlar insan iradesine tâbidir. Hukuk düzeni de buradaki insan davranışına olumlu sonuç bağlamakta; eser niteliği taşımak kaydıyla örneğin bilgisayar programını meydana getiren kişiye eser sahipliği statüsü tanıyarak onun eseriyle olan hukuki bağını korumaktadır (FSEK m. 1/B, a, b; m. 2/Nr. 1; FSEK m. 13/I)⁸².

Eşyanın bir diğer unsuru, üzerinde hakimiyet kurulabilen ve sınırları belirli olan maddi varlığın aynı zamanda kişilik dışı nitelik taşımasıdır. Aynı hakların sahibi kişilerdir. Bunların konusunun (eşya) ise kişilik dışı olması

<https://www.baskent.edu.tr/~tkaracay/etudio/ders/prg/java/ch05/dataTypes.htm> (son erişim: 01.03.2024).

⁷⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 28.

⁸⁰ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 18.

⁸¹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 28.

⁸² FSEK m. 13/I uyarınca “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür.*” Eserin, sahibi ile arasındaki hukuki bağının Telif Hukukunca korunduğu, Alman Fikri Haklar Kanun § 11/I’de daha açık ifade edilmektedir. İlgili düzenleme uyarınca “*Telif Hukuku, eser sahibinin eseriyle manevi ve kişisel ilişkisini ve eserini kullanımını korur (Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes),*” § 11/I UrhG.

gerekir⁸³. Dolayısıyla insan vücudu ile organlarının aynı hak konusu olması, bir başka deyişle eşya kabul edilmesi bunların kişilik haklarına dahil olmaları sebebiyle söz konusu olamaz⁸⁴. Bununla birlikte insan vücudundan ayrıldıktan sonra eşya niteliğinde olan varlıklar da bulunmaktadır⁸⁵. Dijital ürünlerin kişilik dışı olma unsurunu sağladığına şüphe bulunmamaktadır.

Son olarak öğretilerde bir şeyin hukuki anlamda eşya kabul edilebilmesi için ekonomik bir değere sahip olmasının gerekip gerekmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre maddi varlığa sahip bir şey, para ile ölçülebilen bir değere sahip olmasa bile diğer unsurların varlığı halinde eşya kabul edilmelidir⁸⁶. Buna göre bir ihtiyaca cevap veren ancak parasal değeri bulunmayan aile hatıraları gibi şeyler de eşyadır⁸⁷. Aksi yöndeki görüş uyarınca, diğer dört unsurun yanı sıra bunlara ilaveten ekonomik değeri haiz olma şartı da aranmalıdır⁸⁸. Bir başka deyişle eşyanın diğer dört unsurunu taşıyan bir varlığın ayrıca ekonomik bir değeri de bulunmalıdır. Ekonomik değer, maddi ya da manevi herhangi bir ihtiyacı karşılamayı içermektedir⁸⁹. Aynı hak konusu eşya üzerinde hukuki menfaat, malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik olabilir⁹⁰. Öyleyse dijital ürünler de bu unsuru taşımaktadır. Nitekim günümüzde hayatın neredeyse her alanında kullanılan dijital ürünler çok çeşitli ihtiyaçlara cevap vermektedirler. Nvidia teknoloji şirketi, piyasa değerinin ulaştığı seviye bakımından dijital ürünlerin taşıdığı ekonomik potansiyeli ortaya koyan örneklerden sadece bir tanesidir⁹¹.

⁸³ Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 29.

⁸⁴ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 5; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 90; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10.

⁸⁵ İnsan vücudundan ayrıldıktan sonra doku ve organların eşya niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10 vd. Ayrıca bkz. Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 124 vd.

⁸⁶ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 28-29.

⁸⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 29.

⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 5-6, nr. 19; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 74 (Yazarlar tarafından eşyanın unsurları olarak kişilik dışılık, ekonomik bir değeri olan tanımlanabilir ve belirli maddi varlığa sahip olma ile bu varlığın edinmeye elverişli olması sayılmıştır).

⁸⁹ Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Benzer yönde ve ekonomi biliminde “ekonomik değer”, “değer”, “fayda” gibi kavramların anlamları için ayrıca bkz. Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 35 ve 31 vd.

⁹⁰ Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 75.

⁹¹ Bir teknoloji şirketi olan Nvidia'nın piyasa değeri (1,97 trilyon dolar), 11 ülke hariç diğer ülkelerin gayrisafi milli hasıllarını aşmıştır. Bkz. “Nvidia is Now Worth More

Dijital ürünün eşya niteliği taşıyıp taşımadığı meselesi, onun, hakkın konusu olarak taşıdığı hukuki niteliğe ilişkin değerlendirmeler üzerinden bir perspektifle tekrar ele alınmalıdır.

C. Dijital Ürüne Eşya Niteliği Atfeden Görüşler

1. Yazılımların Bilgisayara İndirilmekle Cismani Varlık Kazandığını Savunan Görüş

Görüş uyarınca yazılımın kendi işlevselliği bakımından kullanılabilmesi, zorunlu olarak bilgisayarda fiziksel bir varlığını gerektirmektedir. Dijital ürün olarak yazılımın bilgisayarın belleğine, veri taşıyıcısına kaydedilerek fiziksel bir varlık kazandığı yönündeki yaklaşım bu görüşün temel gerekçesini oluşturmaktadır⁹². Böylece taşıyıcının eşya niteliği, yazılımı da kapsayacak şekilde genişlemiş olur⁹³. BGH kararlarında bir taşıyıcıda cisimleşen standart yazılımları taşınır eşya olarak nitelendirilerek sözleşme içeriğine göre bunlara ilişkin işlemlere kira ya da satım hukukunun uygulandığı görülmektedir⁹⁴. Değindiği üzere bu görüş doktrinde de savunulmaktadır⁹⁵.

than the GDP of Every Country Except these 11”,
https://www.marketwatch.com/story/nvidia-is-now-worth-more-than-the-gdp-of-every-country-except-these-few-d58a3508?utm_source=ground.news&utm_medium=referral (son erişim: 01.03.2024).

Belirtmek gerekir ki Uluslararası Para Fonu'nun (IMF) verilerine göre hazırlanan listede (Nvidia'nın da sıralamada yer aldığı) Türkiye 1,34 trilyon dolarlık gayrisafi milli hasılası ile 18. sırada yer almıştır.

⁹² Uygulama hizmeti sağlanması sözleşmesine yazılımın, sunucunun serverine kaydedilmekle § 90 BGB anlamında eşya olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. BGH, NJW 2007, 2394.

⁹³ Jochen Marly, “§ 90,” içinde *BGB Kommentar, Band 1 Allgemeiner Teil I*, ed. Hans Theodor Soergel (2000), Rn. 3 (Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, dn. 116'dan naklen). Yazılımlara eşya niteliği tanıyan görüşler hakkında ayrıca bkz. BGH, NJW 2007, 2394; krş. Diegmann ve Wolfgang “Praxisfragen bei Onlinespielen,” 561.

⁹⁴ BGH, NJW 2007, 2394; BGHZ 143, 307 [309] = BGH, NJW 2000, 1415; BGHZ 109, 97 [100 f.]; aynı yönde M. Michael König, “Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung,” *NJW* (1990): 1584; BGHZ 102, 135 [144] = NJW 1988, 406; BGH, NJW 1997, 2043; NJW 1993, 2436 [2437 f.]; BGH, NJW 1990, 3011; NJW 1984, 2938; NJW-RR 1986, 219; İsviçre Federal Mahkemesi ile krş. BGE 124 III 456, 459.

⁹⁵ Bkz. M. Michael König, “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf,” *NJW* (1993): 3121.

Söz konusu görüş yazılımın sadece fiziksel düzeyine (*strukturelle Ebene*) odaklanmakta; semantik ve sentaktik düzeyini göz ardı etmektedir. Görüş getirilen eleştiri, bilgisayar programları ister bir taşıyıcı ister bilgisayar belleğine kaydedilmiş olsun programın kendisinin elle tutulur bir cismani varlık kazanmayacağı yönündedir. Kitap ya da CD veya disklerle karşılaştırıldığında da benzer bir sonuca ulaşılabileceği; bunların eşya niteliği, kitabın ya da cd veya diskin materyalinde olup içerisindeki fikir ürününün, eşyanın hukukundan farklılaşacağına dikkat çekilmektedir. Bunlardan yararlanılması için zorunlu olarak bir materyal içerisinde şekle bürünmeleri gerekse dahi veri, bilgi ya da yazılımların kendisi, bilgisayar programları eşyaya dönüşmezler; eşya niteliği taşımazlar⁹⁶. Aksi halde dijital ürünün eşya üzerinde vücuda kavuşmakla eşyanın ve dijital içeriğin özellikle eser niteliği taşıdığı hallerde tabi olacakları hukuki rejim birbirine karıştırılabilecektir⁹⁷. Görüş getirilen eleştirilerden bir diğeri, her zaman yazılım ve donanımın iç içe olmayacağı; bulut bilişim (*cloud computing*) sistemleri örneğinde görüşün gerekçesini yitireceğidir⁹⁸. Ayrıca yazılımları veri taşıyıcısının, bilgisayar belleğinin eşya vasfına dahil edilmesinin eşya nitelendirmesinde belirleyici bir kriter olup olmadığı; bir başka malın eşya niteliği üzerinden bir diğerine eşya vasfı atfetmenin doğru olmadığı görüşe getirilen eleştirilerdendir⁹⁹. Son olarak Alman hukuku bakımından eşyayı düzenleyen § 90 BGB “*Yasa anlamında eşya sadece fiziksel (maddi) varlığı bulunan şeylerdir*”¹⁰⁰ hükmü nedeniyle eşyanın dar yorumlanması gerektiği kabul görmektedir.

Eşya Hukuku bakımından istisnai hallerde, bir veri taşıyıcısı içerisinde vücut bulan bir tek bilgisayar programı ya da dijital ürün için bunun, söz konusu taşıyıcının bütünleyici parçası olduğu; bu nedenle tabi olduğu eşyanın hukuki akıbetine bağlılığı (*nicht Sonderrechtsfähig*) dolayısıyla (ilgili kopyasının) onunla beraber devredilebileceği savunulabilecekse de teknolojik

⁹⁶ BGH, NJW 2016, 1094, Rn. 20. Helmut Redeker, “Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?,” *NJW* (1992): 1739.

⁹⁷ Aynı gerekçe ile eleştiriye açık, basılı kitabın eşya niteliği kazandığı yönünde bkz. BGH NJW 2007. Kararda bilgisayar programının bir veri taşıyıcısında vücuda kavuşmakla tıpkı basılı bir kitap gibi olduğu; kitabın da bilgi taşıyıcısı olan kâğıt için değil yaratıcı fikrin ürünü olan içeriği için edinildiği; ancak yine de eşya vasfını kaybetmediği ifade edilmektedir. Bkz. BGH, NJW 2007, 2395.

⁹⁸ Stefan Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien* (Berlin: Duncker & Humblot, 2018), 73 vd.

⁹⁹ Haller, “Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB,” 57.

¹⁰⁰ “*Sachen im Sinne dieses Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.*” (§ 90 BGB).

gelişmeler dikkate alındığında bu örneğin karşılaşılabirliğinin gittikçe azaldığı ileri sürülmektedir. İlâveten bu halde dijital içeriğin bütünleyici parça olup olmadığı çoğu zaman şüphe götürür niteliktedir. Dijital ürün veri taşıyıcısından alındığında taşıyıcının işlevselliğinin azalması ya da yitirilmesi söz konusu olmayacağından söz konusu nitelendirmenin çoğunlukla bu engele takılacağı savunulabilecektir¹⁰¹. Dijital ürün, tabii olduğu eşyadan ayrı bir hukuki statüye sahiptir (*sonderrechtsfähig*)¹⁰². Sadece veri taşıyıcısının eşya niteliğinin bulunduğu; bunun içerisindeki fikir ürününün eşya niteliği taşımayacağı; Telif Hukuku hükümlerince korunması gerektiği (başkaca bir hukuki ihtiyaç kalmadığından) giderek ağırlık kazanan görüştür¹⁰³. Dijital ürünün eser niteliği taşımadığı hallerde dahi kendisi eşya niteliği taşımaz; veri mülkiyeti ya da veri zilyetliği söz konusu değildir¹⁰⁴. Kişisel veri niteliği taşıyorsa buna ilişkin hukuki rejime tabi olacaktır. Bilgisayar programları, elektronik ya da sesli kitaplar gibi başkaca veri ve bilgilerin de ticari yaklaşım (*Verkehrsauffassung*) uyarınca eşya niteliğinin bulunmadığı kabul görmektedir¹⁰⁵. Buna karşın doktrinde yazılım (bilgisayar programları bakımından) ağırlık görüşün, bilgisayar programlarının taşıyıcıda cismani varlık kazanması halinde eşya niteliği taşıyacağı yönünde olduğuna değinilerek buna getirilen eleştirilere yer verilmektedir¹⁰⁶. Aksi yönde ağırlıklı olarak giderek artan eğilim, sadece veri taşıyıcısının eşya niteliği taşıyacağı;

¹⁰¹ Yazılımın çok istisnai bazı hallerde veri taşıyıcısının bütünleyici parçası olabileceği; fakat gelecekte bu çıkarıma zaten ihtiyaç kalmayacağı yönünde örnekler ve bilgi için bkz. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 52. Sonuç olarak yazılımın eşya niteliği taşımadığı, eşya hukukunca devredilemeyeceği, bütünleyici parça ya da eklenti vasfının bulunmadığı yönünde bkz. David Bomhard ve Fabian Eichmeier, “Das digitale Trennungsprinzip – Smarte Geräte im Asset Deal,” *RDi* 8 (2021): 395–396, özellikle 396, Rn. 17.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 51 vd.

¹⁰³ Bkz. Jörg Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2017), “Daten und Informationen, Software, E-Books, Bitcoins usw,” içinde *BeckOK*, ed. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth, Rn. 26; Christina Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” içinde *Münchener Kommentar zum BGB* (C. H. Beck Verlag, 2021), Rn. 25; BGH NJW 2016, 1094 Rn. 20.

¹⁰⁴ Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25.

¹⁰⁵ Jörg Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, “E-Books und Ähnliches,” içinde *BeckOK*, ed. Wolfgang Hau W ve Poseck R, nr. 27.

¹⁰⁶ Bkz. Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, “E-Books und Ähnliches,” Rn. 28.

içerisindeki eser niteliği taşıyan dijital ürünün Telif Hukukunca korunan bir gayrimaddi mal olarak kalacağı yönündedir¹⁰⁷.

Anılan gerekçelerle karşı görüş uyarınca yazılımlar, bilgisayar programları, elektronik kitaplar gibi eser niteliği taşıyan taşınır olarak genel olarak bilgi ve verilerin eşya niteliği bulunmamaktadır¹⁰⁸. Bunların zorunlu olarak herhangi bir taşıyıcıya ya da bilgisayara indirilmek suretiyle belleğe kaydedilmiş olmaları da sonucu değiştirmemektedir¹⁰⁹. Yine de cismani varlıkları bulunmaz¹¹⁰. Aynı sonuç, eser niteliğindeki bilgisayar programlarının zaten Telif Hukuku kapsamında korunması ile de desteklenebilecektir¹¹¹.

Söz konusu hukuki meseleler hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanının (*Europäische Gerichtshof, EuGH*) 2012 tarihli *UsedSoft* kararı dijital ürünün sentaktik ve fiziksel varlık düzeyini birbirinden ayırarak dijital tükenme ilkesine hükmetmesi yönünden, inceleme konumuz bakımından bu perspektifle anılmaya değerdir. *UsedSoft/Oracle* kararında mahkeme, bir bilgisayar programının internet aracılığı ile onu devralan tarafından kendi veri taşıyıcısına indirildiği hallerde yayma hakkının tükendiğini¹¹², “kullanılmış” bilgisayar programının yeniden satımına Telif Hukuku hükümlerince engel olunamayacağına hükmetmiştir. Tükenme ilkesi, eser sahibinin mali haklarından yayma hakkına ilişkindir. İlke uyarınca bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satım veya başkaca bir şekilde ilk satış ve dağıtımından sonraki satışlar, telif ihlali oluşturmaz. Böylece ikinci el piyasasının önü açılmaktadır. Dolayısıyla akla ilk olarak bir cisim üzerinde somutlaşan, fiziki bir varlığı bulunan kitap, kaset, plak, cd veya dvd gibi eser nüshaları gelecekse de ABAD, *UsedSoft* kararının gerekçesini 2009/24/AT Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair AB Direktifi (kısaca: Bilgisayar Programları Direktifi, *Computer Programs Directive*) m. 4/II’de

¹⁰⁷ Bilgi için bkz. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25.

¹⁰⁸ Azınlıktaki karşı görüş için bkz. König, “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf,” 3121; BGH NJW 1993, 2436, 2437 vd.

¹⁰⁹ BGH, NJW 2016, 1094, Rn. 20.

¹¹⁰ Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” 382. Elektronik veri ve bilgisayar programları hakkında ayrıca bkz. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25.

¹¹¹ Görüş için bkz. Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2017), “Daten und Informationen, Software, E-Books, Bitcoins usw,” Rn. 25.

¹¹² Tükenme ilkesi için bkz. 2001/29/AT Telif Hakları Direktifi Art. 4/II, 2006/115/AT Kiralama ve Ödünç Verme Hakkı Direktifi Art. 9/II; hukukumuzda FSEK m. 23/II, 3.

düzenlenen yasma hakkının tükenme ilkesi ile açıklayarak fiziksel varlığı bulunan eser nüshalarının yanı sıra dijital ürün olarak bilgisayar programlarında da tükenme ilkesinin önünü açmıştır¹¹³. Meselenin konumuz bakımından önemi, dijital ürünün sentaktik, bilgi düzeyindeki varlığının fiziksel bir materyalden bağımsız olarak değerlendirilmesidir. Kararda tükenme ilkesi, bilgisayara indirilmek suretiyle yararlanılan bilgisayar programlarının sentantik varlık düzeyine ilişkindir. Bir başka deyişle kararda (klasik anlamdaki) tükenme ilkesi eserin fiziksel varlık düzeyinden ayrılarak sentantik bilgi düzeyine taşınmaktadır. Bu bakımdan karar, yazılımların bilgisayara indirilmekle cismani varlık kazandığını savunan görüşe karşıt gerekçe oluşturmaktadır¹¹⁴. Eşya niteliği dijital üründe değil; sadece onun üzerinde cismani varlık kazandığı eşyada kalmaktadır¹¹⁵.

2. Dijital Verileri Dar Anlamda Değerlendirip Verinin Kodlanması Dolayısıyla Eşya Niteliği Taşıdığını Savunan Görüş

Konuyu dijital veriler bağlamında ele alan görüş uyarınca dijital verilerin en önemli unsuru bilginin birler ve sıfırlarla rakamsal kodlanması, bu anlamda bilginin sentaktik varlığı ile bir veri taşıyıcısına kodlanması halinde yapısal (*strukturell*) varlığıdır. Bu nedenle “dijital veri” kavramı bakımından bilginin içeriği önem taşımamaktadır¹¹⁶. Dar anlamda dijital verilerin herhangi bir

¹¹³ Bilgisayar Programları Direktifi Art. 4/II uyarınca tükenme ilkesinin söz konusu olabilmesi için “program kopyasının hak sahibi tarafından ilk satımı” gerekmektedir. Bu alanda dijital tükenme ilkesi olarak ifade edebileceğimiz ilke, bilgisayar programlarının aksine elektronik kitaplarda kabul görmemiştir (Bilgisayar programları hakkında bkz. UsedSoft Kararı, 2019, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-128/11>) (son erişim: 01.04.2024). Böylece dijital tükenme ilkesine ilişkin UsedSoft kararının diğer dijital ürünlere de uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin dijital kitaplar açısından önü kapatılmıştır. Elektronik kitaplar hakkında Tom Kabinet kararı için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-263/18>. (Son erişim: 01.04.2024). Tom Kabinet kararı öncesinde 2012 tarihli Used Soft kararının diğer dijital ürünlere de uygulanabilirliği hakkında bkz. Jochen Marly ve Anna-Lena Wirz, “Die Weiterverarbeitung digitaler Güter,” *EuZW* 16 (2017): 19.

¹¹⁴ Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 59 vd.

¹¹⁵ Farklı yönde fakat bu bakımdan aynı gerekçeyi savunan görüş için bkz. Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*, 34 vd.; Wendehorst, “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff,” Rn. 272–273.

¹¹⁶ Martin Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” *SJZ-RSJ* 10 (2016): 247.

taşıyıcıda veya donatıda “bits” ve “bayt” şeklinde varlıkları bulunmaktadır. Bunlar, fiziksel varlığı bulunan veri taşıyıcısında ya da sanal ortamda, bulut bilişimde depolanması halinde aralarında bir fark bulunmaksızın “*maddi olarak gerçek olurlar yani fizikleşirler*”¹¹⁷.

Görüş uyarınca bilginin semantik (anlamsal) varlığı dijital verilerin eşya olarak nitelendirilmesinde arka planda kalmakta; dijital verinin kodlanmış, sentaktik varlık düzeyi esas alınarak onun eşya niteliği taşıdığı ve Eşya Hukukunun mülkiyet, zilyetlik gibi hükümlerinin dar anlamda dijital veriye uygulanmasının mümkün olduğu yönünde çıkarımlarda bulunmaktadır¹¹⁸. Dijital veriler eşyanın diğer unsurlarını da taşımaktadır¹¹⁹.

Dijital verilerin kendi başlarına (*per se, von selbst*) Fikri Mülkiyet Hukuku anlamında gayri maddi mal olmadığı; tabiatı gereği kodlama ve kayıtlardan (*Kodierung und Speicherung*) oluştuğu ve içeriğinin açık olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda, görüşte içeriğini Fikri Mülkiyet Hukukunca (dar anlamda Telif Hukukunca) korunmaya değer dijital ses veya müzik dosyaları, fotoğraflar gayrimaddi mallar oluşturabileceği gibi her verinin telif korumasına tabi olmayacağına dikkat çekilmektedir¹²⁰. Fakat dijital içerik Telif Hukuku ya da Kişisel Verilerin Korunması Hukuku uyarınca yasal korumaya tabi ise o zaman ilgili hukuk alanının dijital verinin önüne geçeceği belirtilmektedir¹²¹.

¹¹⁷ O. Gökhan Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, 2 Özel Sayı (2023): 1219. “Dijital veriler görüldüğü üzere teknik yapısı gereği sabitlenerek fiziksel varlık kazanırlar. Söz konusu teknik imkanlar gereği fizikleşme ve dijital verinin bir taşınıra kaydedilmesi suretiyle Eşya Hukuku ile arasındaki köprü kurulmuş olur. (*Digitale Daten müssen wie aufgezeigt technisch bedingt fixiert und damit verkörpert werden. Diese technische Möglichkeit der Verkörperung und Speicherung von digitalen Daten auf einem Datenträger ist die Brücke zum Sachenrecht*)” Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 248, dn. 30 ve 31. Ayrıntılı bilgi için bkz. 248 vd.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten,” *SJZ-RS/J* 11 (2016): 265 vd.

¹¹⁹ Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1218 vd.; Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 247 vd.

¹²⁰ Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 247. Aynı yönde bkz. Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1216.

¹²¹ “*Dijital veriler üzerindeki mülkiyet esasen sınırsızdır. Ancak dijital verinin içeriği (semantik varlığı) telif korumasına tabi ise Telif Hukuku hükümleri lex specialis olarak*

Son olarak ifade etmek gerekir ki görüş uyarınca eşya niteliğinin maddi (cismani) varlığının bulunması gereği istisna kabul etmez bir koşul değildir. Doğal güçler fiziksel bir varlığa sahip olmasa dahi yasaca eşya olarak kabul edilmiştir (MK m. 762). MK m. 762 uyarınca “*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*” olarak tanımlanmaktadır. Buna istinaden “*hakim(in)... kanunda bir amaçsal istisna boşluk olduğunu kabul ederek maddi (fiziksel) olmayan dijital veriyi de istisna niteliğinde bir eşya olduğunu kabul edebileceği yani objektif amaçsal yorumla amaçsal tamamlayacağı*” ifade edilmektedir¹²². Son olarak eşya kavramına Türk kanun koyucusu tarafından bir tanım getirilmemesi, kavramın dinamik olmasına, içinde bulunulan zaman ve şartlara uygun olarak anlaşılmasına imkân tanıdığı gerekçeleri ile de görüş desteklenerek¹²³ olması gereken hukuk (*de lege feranda*) açısından TMK m. 762 hükmüne taşınır mülkiyetinin konusu olacak şekilde dijital verilerin eklenmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁴.

3. Eşya Kavramını Geniş Yorumlayan Görüş

Bir diğer görüş, bir önceki başlık altında değindiğimiz § 90 BGB hükmünü geniş yorumlayarak dijital ürünlerin (yazılımların) de bu hükümdeki eşya niteliği taşıyan mallar arasına dahil edilmesini savunmaktadır. Buna göre eşyalar (*Sachen*) ve fiziksel -varlığı bulunan-şeyler (*körperliche Gegenstände*) ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir. Fiziksel varlığı bulunan şeyler de görüş uyarınca geniş anlamda eşyadırlar. Her eşya fiziksel maldır; fakat her fiziksel varlığı bulunan şey, eşya olarak değerlendirilmemelidir. Görüş uyarınca nelerin fiziksel varlığı bulunan şeylere (*körperliche Gegenstände*) dahil olacağı doğa bilimlerinin konusudur. Buna karşın hangi fiziksel varlığı bulunan şeylerin eşya niteliği taşıyacağı ticari bakışa göre (*Verkehrsanschauung*) belirlenmelidir¹²⁵. Eşya nitelendirmesi için literatürde

öne geçer.” Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten,” 273.

¹²² Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1220. İsviçre hukukunda aynı görüş için bkz. Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 248.

¹²³ Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1217; Antalya – Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 57; Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 5.

¹²⁴ Bkz. Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1220-1221.

¹²⁵ Ayrıca krş. Jochen Marly, *Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung* (München: C. H. Beck, 2018), Rn. 712..

§ 90 BGB uyarınca eşyada kümülatif olarak bulunması gerektiği şeklinde anlaşılan unsurların aksine bu görüş, bazı kriterleri esas alarak ticari bakışa göre hangi fiziki varlığı bulunan şeylerin eşya niteliği taşıyacağını açıklamaya çalışmaktadır. Böylece şey üzerinde hakimiyet kurulabilmesi, hukuki işlemlere konu edilebilmesi en önemli kriterlerdendir. Sonuç olarak bu kriterler genel ifadesiyle bilgi, verileri, yazılımları da (içeren dijital ürünlere taşındığında) bunların yapısal (*strukturell*) anlamda bilgiler olduğu ve varlıklarının sadece zihinde bulunmaktan ibaret olmadığı çıkarımına ulaşmaktadır. Üzerinde hakimiyet kurulabilmeleri, hukuki işlemlere konu edilebilmeleri ve sınırlanabilmeleri dolayısıyla görüş uyarınca, veri ve bilgiler de § 90 BGB hükmü kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁶. Bu görüş kabul edilecek olursa eşya vasfı Eşya Hukuku ilkelerine göre değil, ticari bakışa göre belirlenecektir¹²⁷.

4. Dijital Ürünün Eşya Vasfına İlişkin Ara Değerlendirme

Eşya hukukunun temelindeki düşünce, kişilerin eşya üzerindeki aynı hakları ya da zilyetliklerine bağlanan hukuki sonuçlar ile söz konusu aynı haklardan mutlak ve münhasıran yararlanma yetkilerinin kapsamı ile bunların devredilebilirlikleri etrafında şekillenmektedir. Mutlak hak niteliğindeki aynı hakların üçüncü kişilerce “görülebilme ve bilinebilmesi; varlığının, devrinin ve sona ermesinin kamuya açık olarak izlenebilmesi” sebepleriyle eşyaya ilişkin yapılabilecek işlemler sınırlı sayıda öngörülmüştür¹²⁸. Yasada belirtilenlerden ibarettir (*numerus clausus*). Dijital ürünün eşya vasfı taşımaması nedeniyle Eşya Hukuku hükümlerine tabi olamayacağı çıkarımının, bir başka perspektifle sağlanması şu şekilde yapılabilecektir: Eşya hukukunun sınırlı sayıdaki işlemlerinin, doktrinde dijital ekonominin ihtiyaçlarını karşılamak ve buradaki menfaat dengesini sağlamak bakımından yetersiz kaldığı ifade edilmektedir¹²⁹. Günümüz dijital dünyasının kaçınılmaz

¹²⁶ Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*, 34 vd., 66 vd., 76 vd.

¹²⁷ Öte yandan yazar, bu görüşe ilişkin açıklamalar doğrultusunda mülkiyetin devrine ilişkin §§ 929 BGB vd. hükümlerinin, bilgisayara indirilerek elde edilen veriler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin gündeme geleceğine de dikkat çekmektedir. Bkz. Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*, 85 vd., 88 vd.

¹²⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 34 vd., nr. 127 vd.

¹²⁹ Flume ve Poneder, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” 38, Rn. 12; krş. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,”

bir getirisi olan dijital ekonomide tarafların klasik düzenden farklı olarak eşyanın mübadelesine değil dijital ürünün içeriğine ulaşmaya ilişkin bir menfaatleri bulunmaktadır. Cd, dvd ya da eşya hukuku rejimine tabi başkaca cisimler vasıtasıyla dijital içeriğe ulaşılması, yerini artık çok büyük bir ağırlıkla dijital platformlara, uygulamalara (*Applications*) ya da internet sayfası üzerinden verinin indirilmesi yoluyla erişime bırakmıştır. Her iki olasılıkta dijital içeriğe erişimin sağlanması (*Zugang*), içeriğin kullanıcıya sunulması (*Bereitstellung*) veya dijital hizmetten yararlanılması başlı başına edim konusunu oluşturmaktadır (Resital 56, Art. 3; krş. Art. 5/II DURL). Hatta bir eşya üzerinde cisimleşmiş dijital içeriğin ticari yaşama konu edilmesi halinde dahi ulaşılmak istenenin dijital içeriğe ilişkin menfaat (müziğin dinlenmesi, filmin izlenmesi, bilgisayar oyununun oynanması vb.) olduğu; dolayısıyla dijital içeriğin değerinin yanında eşyanın ekonomik değerinin oldukça minimal kaldığı, dijital içeriğe ulaşılmasında aracı bir fonksiyon gördüğü; bu nedenle sözleşmenin konusunu dijital içeriğin kendisinin oluşturduğu çıkarımlarının isabetli olduğunu düşünüyoruz¹³⁰. Bu bakımdan cismani varlığı bulunan veri taşıyıcısı, sözleşmeye karakteristiğini vermeyen, yan edim niteliğinde kalmaktadır¹³¹. Öte yandan dijital ürünün ticari yaşama konu edilebilmesi, zorunlu olarak bir eşya ile bağlantılı bulunmasını da gerektirmemektedir¹³².

Dijital ürünün üzerinde cisimlendiği eşyadan bağımsız olarak bizatihi kendisinin eşya niteliği taşımadığı; bir başka deyişle bir materyal içerisine kaydedilmekle eşyaya dönüşmediği, ayrıca Eşya Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukukuna yönelik karşılaştırmalı çıkarımlarla da desteklenebilecektir. Eşya üzerindeki aynı haklar, hak sahibine aynı nitelikte mutlak bazı hak ve yetkiler

123 vd., dn. 11'deki yazarlar. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 70–71.

¹³⁰ Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 129 ve dn. 50'deki yazarlar; BGH NJW (1988), 407 vd.

¹³¹ Krş. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25. “...Dijital ürün bir taşıyıcıda bulunduğu müddetçe bu tipik olarak sadece içeriğin bırakılması amacı için bir araçtır. (*Soweit sich digitale Inhalte auf einem Datenträger befinden, ist dieser typischerweise nur Mittel zum Zweck der Überlassung*)” [GesmannNuässl ve Kanert *BB* (2022): 1603, 1604 vd. Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, “E-Books und Ähnliches,” § 90 a'dan naklen].

¹³² Dijital ürünlerin eşya ile bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maximilian Mayer ve Christina Möllnitz, “Gewährleistung für “smarte” Produkte nach Umsetzung der digitale Inhalte und Warenkaufrichtlinien,” *RDi* (2021): 333; Helmut Redeker, *IT Recht* (München: C.H. Beck, 2023), *Digitale Produkte als Sache*, Rn. 768, 769.

sunar. Mülkiyet hakkı da aynı haklardandır ve hak sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri (kullanma, yararlanma, tüketme) tanır. Bu haklar dış etkenlerle başkalarının müdahale ve tahrip edilmeye elverişli olduğundan mülkiyeti ve zilyetliği koruyucu davalarla korunmaktadır¹³³. Oysa yaratıcı fikrin ürünü olarak gayri maddi mallar Fikri Mülkiyet Hukuku üst başlığında Telif Hukuku ve Sınai Mülkiyet Hukukunca korunmaktadırlar. Bunların maliki olmaz. Bir başka deyişle eser meydana getirmekle onu meydana getiren *ipso iure* “eser sahibi” olur (FSEK m. 1/B. Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler için bkz. manevi ve mali haklar için FSEK m. 13 vd.; m. 20 vd. Hukuki işlemlere ilişkin bkz. FSEK m. 48 vd.). Bir eserin çoğaltılmış nüshalarının ya da yağlıboya tabloları, heykeller gibi güzel sanat eserlerinde materyalle arasındaki sıkı bağdan dolayı bunların materyalinin, eşyanın maliki olabilir. Ancak söz konusu nüshalar üzerinde mülkiyet hakkı kazanmış olmak malike, eserin bizatihi kendisine yönelik FSEK’te tanınan mali ve manevi haklara ilişkin herhangi bir yetki sunmaz. Dahası eserin çoğaltılmış materyalinin sahibi, eser sahibinin haklarına uygun hareket etmek zorundadır. Eseri tahrip edemez; adını değiştiremez, eser sahibi (ya da diğer telif hakkı sahiplerince bkz. FSEK m. 16) kendisine lisans hakkı (yasa ifadesiyle “ruhsat” FSEK m. 48/II; m. 49/I) tanımadığı müddetçe çoğaltamaz, işleyemez, yayma ya da umuma iletim haklarını kullanamaz. Bu anlamda eser niteliği taşıyan dijital ürün özelinde de eser sahibi ile dijital kopyanın üzerinde cisimlendiği materyalin malikinin hakları çatışabilir de.

Bir cismani varlık üzerinde şekillenmekle dijital ürün ne eşyanın hukukuna tabi olur ne de aynı zamanda eser niteliği taşıyorsa eşyanın maliki semantik düzeydeki dijital içerik üzerinde söz sahibi olur. Bu nedenle Fikri Mülkiyet Hukukunca korunmaya değer niteliği haiz fikir ürünleri bakımından dijital ürünün kendisine bu alana özgü hükümler uygulanmalı; üzerinde cisimlendiği materyal ise eşyanın hukukuna tabi olarak değerlendirilmelidir.

Yaratıcı bir çaba bulunmadığından Telif Hukuku ya da geniş anlamda Fikri Mülkiyet Hukuku korumasından yararlanamayacak sanal mallar (*virtuelle Güter*) bakımından da *sui generis* bir gayri maddi mallar hukuku öneren görüşler mevcuttur¹³⁴. Ayrıca dijital içeriğin kendisi Fikri Mülkiyet Hukuku korumasının dışında kalıp da başkaca veri ya da kişisel bilgiler

¹³³ Eser sahipliğinin, zilyetlik ve mülkiyet hakkı ile farklılıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 124 vd.

¹³⁴ Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” 382.

içeriyor olabilir. İki hakkında son yıllarda veri mülkiyeti (*Dateneigentum*) kavramı dile getirilmektedir¹³⁵. Burada da öz itibariyle mülkiyet benzeri (*eigentumsähnliches Recht*) bir hak savunulmaktadır¹³⁶. Ayrıca 13.12.2023 tarihi itibariyle yürürlüğe giren AB 2023/2854 sayılı Direktif (kısaca *Data Act*) ile hem tacirler arası (*Business to Business*, B2B) hem tüketici ile tacirler (*Business to Consumer*, B2C) arasındaki verilere erişim ve bunlardan yararlanma haklarına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir¹³⁷. Dijital içeriğin kişisel veriler içermesi halinde tabi olacağı rejim ise kişisel verilerin korunması hukukudur. AB 2023/2854 sayılı Direktif sonrasında bunun AB Genel Veri Koruma Tüzüğü, EU-DSGVO [EU (2016/679) – *Datenschutz-Grundverordnung*] ile uygulama alanları ayrı bir inceleme konusudur¹³⁸.

¹³⁵ Veri mülkiyeti (*Dateneigentum*) hakkında görüşler için bkz. Karl Heinz Fezer, “Dateneigentum – Theorie des imaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten,” *MMR* (2017): 3 vd.; Thomas Hoeren, “Datenbesitz statt Dateneigentum – Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten,” *MMR* (2019): 5 vd. Alman Hukukunda hâkim görüşe göre verilerin § 90 BGB uyarınca eşya niteliği taşımadığı yönünde bkz. Wendehorst, “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff,” Rn. 272.

¹³⁶ Ayrıca Alman Ceza Kanunu § 303a StGB’ye istinaden sanal mallar (*virtuelle Güter*) hakkında tasarrufla bulunma yetkisi dolayısıyla mülkiyet benzeri bir hak olarak anlaşılmalı ve veri taşıyıcısının, bir başka deyişle eşyanın hukukuna tabi olmaları gerektiği; öyleyse Eşya hukukunca veri taşıyıcısının sahibinin verilerin de sahibi olduğu yönünde bkz. Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” Rn. 384; ayrıntılı bilgi ve başkaca gerekçeler için bkz. Walter Stree ve Bernd Hecker, “§§ 303–305a,” içinde *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder (C.H. Beck, 2014), Rn. 3; Brunhild Wieck-Noodt, “Vor § 303, §§ 303–305a *Datenveränderung*,” içinde *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (C.H. Beck, 2014), Rn. 3. “Verilerin Değiştirilmesi (*Datenveränderung*)” başlıklı StGB § 303a hükmü uyarınca verileri hukuka aykırı olarak silen, saklayan ya da kullanılamaz hale getiren ya da değiştiren kişilerin iki yıla kadar hapis ya da para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmektedir (StGB § 303a/I).

¹³⁷ Verordnung EU 2023/2854 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie EU 2020/1828 (Datenverordnung). Direktif metni için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854 (son erişim: 01.04.2024).

¹³⁸ Krş. Stephanie Richter, “Vereinbarkeit des Entwurfs zum Data Act und DS-GVO – Der schmale Grad zwischen Schutz personenbezogener Daten und Datenkommerzialisierung,” *MMR* (2023): 163 vd.

Dijital ürünün korunmasına imkân tanıyan başkaca yasal düzenlemeler olduğu müddetçe gayri maddi mallara eşya niteliği atfedilerek bunların Eşya Hukuku hükümlerine tabi tutulmasına ihtiyaç bulunmadığı kanısındayız. Ayrıca bunlar Fikri Mülkiyet Hukuku alanında hukuki işlemlere konu edilebilir; ekonomik kazanç sağlanmaya elverişlidirler (örn. FSEK m. 48 vd.; Sınai Mülkiyet Kanunu m. 24). Ancak başkaca gerekçelerle Eşya Hukuku hükümlerinin uygulanması ihtiyacının bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşmeler Hukuku hükümlerinin uygulanabilirliği bu bakımdan dikkate değer bir meseledir.

5. Borçlar Hukuku Hükümlerinin Uygulanabilirliği Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere dijital ürüne eşya niteliği tanıyan görüş ve gerekçeler eleştiriye açık olup dijital ürünün üç farklı düzeydeki (semantik, sentaktik ve bir cisim üzerinde vücuda kavuşmakla fiziksel) varlığı, onun eşya nitelendirilmesine tabi kılınarak bu alandaki hükümlerin dijital ürüne uygulanabilmesi kanaatimizce dijital ürünün diğer yönlerinin göz ardı edileceği ve eşya hukukunun mülkiyet, zilyetlik ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlar gibi hükümlerinin dijital ürünün bizatihi kendisine (üzerinde cisimlendiği eşyaya değil) uygulanması sonucunu beraberinde getireceğinden bunun yol açacağı güçlükler nedeniyle dikkatle yaklaşılması gereken bir çözümdür. Fakat dijital ürüne eşya vasfı atfedilmesinin getireceği hukuki sonuçlardan biri de meselenin Borçlar Hukuku, daha net bir ifadeyle Sözleşmeler Hukukuna bakan yönüdür. Tüketici sözleşmesine konu dijital ürünler bakımından düzenlemeler getiren Dijital İçerik Direktifinde de yukarıda dikkat çektiğimiz üzere Direktif, Sözleşmeler Hukuku ekseninde hazırlanmıştır¹³⁹. Bilgisayar programları, müzik ya da filmler gibi dijital ürünün geçici ya da süreli kullanımının hangi sözleşme tipinin unsurlarını taşıdığı, dolayısıyla hangi hükümlerin uygulanabileceğinin tespiti, tarafların dijital ürüne ilişkin kararlaştırdığı içeriğe göre yapılabilecektir¹⁴⁰. Öyleyse ticari yaşamın ihtiyaçlarının çeşitliliği karşısında dijital ürünlere ilişkin ihtiyacın Sözleşmeler Hukukunun sunduğu irade serbestisi kapsamında giderilmesi Eşya Hukuku hükümlerine kıyasen oldukça elverişlidir. İlaveten dijital ürüne eşya vasfı atfedilirse ikinci adım, Eşya Hukuku hükümlerinin ona uygulanabilmesi olacaktır. Buna ilişkin çekinceler yukarıda kaleme

¹³⁹ Bkz. yukarıda dn. 41.

¹⁴⁰ Bkz. yukarıda dn. 36, 37 ve 38.

alınmıştır¹⁴¹. Söz konusu tespitler ışığında dijital ürünün içeriğine yönelik menfaatin sağlanmasının, ancak sözleşme serbestisi dolayısıyla tip ve içeriği düzenleme konusunda taraflara kapsamlı bir hareket kabiliyeti sunan Borçlar Hukukunca karşılanabileceği; böylece tarafların, ihtiyaçları doğrultusunda oldukça farklı edimleri sözleşmenin konusu yapabilecekleri çıkarımı yanlış olmayacaktır. Sözleşmeler Hukukunun bir diğer getirisi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesidir. Dijital İçerik Direktifi de bu doğrultuda kaleme alınmıştır.

Öte yandan dijital ürünün eşya vasfı taşımadığı sonucuna varılması, özellikle iç hukukumuz bakımından bazı çekinceleri beraberinde getirebilecektir. Söz konusu çekinceler, dijital ürünün eşya niteliğine ilişkin tespitlerin Sözleşmeler Hukukuna ilişkin çıkarımların bundan etkilenebileceği endişesine ilişkindir. Bunun nedeni satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi gibi akla ilk gelecek klasik sözleşme tiplerinin konusunu taşınır ya da taşınmaz eşya ile bazı hakların oluşturmasıdır. Aşağıda bazı sözleşme tipleri bakımından Alman Hukukundaki yaklaşıma hukukumuzdaki düzenlemelerle karşılaştırılarak kısaca yer verilecek; hukukumuz bakımından dijital ürünlerin eşya olarak nitelendirilmesine ihtiyaç bulunup bulunmadığı bir de Sözleşmeler Hukuku perspektifinden değerlendirilmeye çalışılacaktır. Buradaki mesele bilgisayar programları, müzik dosyaları ya da başkaca verilerin sürekli ya da geçici olarak kullanımının bırakılmasının eşyanın varlığını gerektiren sözleşme tipleri bakımından nitelendirilebilirliğinin belirlenmesidir. Dijital ürüne ilişkin olası varyasyonlarla karşılaşılabilecek sözleşme çeşitliliğine ilişkin detaylı değerlendirmeler çalışmanın kapsamı dışındadır. Ayrıca edim karşılığı olarak kişisel verilerin paylaşılmasına ilişkin değerlendirmeler de bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır¹⁴².

Bir yazılımın ivaz karşılığı süresiz olarak bırakılması, satım sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁴³. Burada yazılımın cd gibi bir taşıyıcı vasıtasıyla

¹⁴¹ Yukarıda II. C başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁴² Lena Mischau, "Daten als "Gegenleistung" im neuen Verbrauchervertragsrecht," *ZEuP* (2020): 335 vd.; Philipp Hacker, "Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht," *ZfPW* (2019): 148 vd.

¹⁴³ "Satım sözleşmesine karakteristiğini veren unsurlar bir hukuki statünün semen (bedel) karşılığında nihai olarak sağlanmasıdır (... *endgültige Verschaffung einer Rechtsposition gegen Entgelt*...)." Bunların yazılımlara ilişkin olarak bir taşıyıcı vasıtası ile devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pech, "Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte," 129 vd. ve dn. 48; Thomas Hoeren,

veya doğrudan internet üzerinden indirilmesi arasında bir fark bulunmadığına dikkat çekilmektedir. Satım sözleşmesinin konusu, dijital içeriğin kendisidir. Veri taşıyıcısı kural olarak dijital içeriğin yanında oldukça minimal bir ekonomik değere sahiptir ve dijital içeriğe ilişkin kararlaştırılan menfaatin karşı tarafa sağlanmasında sadece aracı bir fonksiyonu bulunmaktadır. Dijital içerik, veri taşıyıcısının içerisinde yer almakla eşya niteliği kazanmaz¹⁴⁴. Alman Hukukunda satım sözleşmesi bakımından § 453/I BGB düzenlemesi karşısında artık dijital ürüne ilişkin sözleşmelerin, sözleşme tipleri ve bununla bağlantılı olarak uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için zorunlu olarak bir eşya tasnifine tabi tutulması ihtiyacı bulunmadığı dile getirilmektedir¹⁴⁵. “Hak satımı ve dijital içeriğe ilişkin tüketici sözleşmeleri” başlığını taşıyan § 453/I BGB hükmü uyarınca “eşyanın satımına ilişkin hükümler uygun düşüğü ölçüde hak ve diğer şeylerin satımında da uygulanır.”¹⁴⁶ Söz konusu düzenleme öncesinde dijital ürünlere satım sözleşmesi hükümlerinin, dolayısıyla ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için dijital ürünün eşya olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bir çözüme artık ihtiyaç bulunmadığı kabul görmektedir¹⁴⁷. Ancak satış sözleşmesine ilişkin değerlendirmeler, aşağıda dijital ürünlere ilişkin olası diğer sözleşme tipleri

“Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4 November 1987,” *RDV* 3 (1988): 115.

¹⁴⁴ Gereçekler hakkında bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 129.

¹⁴⁵ 1.1.2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformu ile (*Schuldrechtsreform*) Alman kanun koyucusu tarafından § 453 Abs. 1 hükmündeki değişikliklerle satım sözleşmelerinin konusunun “başkaca şeyler (*sonstige Gegenstände*)” de olabileceği düzenlenirken özellikle yazılımlar göz önünde bulundurulmuştur. “... şirketlerin veya şirket bölümlerinin, serbest çalışma uygulamalarının, elektrik ve merkezi ısıtmanın, (korunmayan) buluşların, teknik bilgi birikiminin, yazılımın, reklam fikirlerinin vb. değerlendirilmek üzere devredilmesi için geçerlidir...” Bkz. BT-Drs. 14/6040, 242, zu Abs. 1 <https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf> (son erişim: 01.04.2024). Veriler de farklı görünüm şekilleri ile sözleşmelerin konusudur ve bunlar da “başkaca şeyler (*sonstige Gegenstände*)” kapsamında değerlendirilmelidir. Bilgi için bkz. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25; Christopher Peschel ve Sebastian Rockstroh, “Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste,” *MMR* (2014): 576.

¹⁴⁶ § 453 *Rechtskauf; Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte – (I) Die Vorschriften über den Kauf von Sachen finden auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.* (§ 453/I, 1 BGB).

¹⁴⁷ Bkz. Bomhard ve Eichmeier, “Das digitale Trennungsprinzip – Smarte Geräte im Asset Deal,” Rn. 396, nr. 16. Ayrıca krş. BGB §§ 327 vd.

konu bakımından değerlendirildikten sonra hukukumuzdaki düzenlemelerle tekrar ele alınmalıdır.

Dijital içeriğin bir defalık bir ivaz karşılığında sürekli kullanıma bırakılmaksızın; içeriğe ivaz karşılığı bir veri taşıyıcısı vasıtasıyla ya da internet üzerinden veri paketinin indirilmesi suretiyle belirli bir süre erişim sağlanması, bir başka deyişle içerikten geçici yararlanma imkânının sunulması halinde taraflar arasındaki sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde kira sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir¹⁴⁸. Yazılımların kullanılmasına ilişkin sözleşmelerin kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, satım sözleşmesinin aksine edime konu objenin, burada dijital içeriğin, eşya olarak nitelendirmesini gerektirmemektedir. Kira sözleşmesi nitelendirmesi için eşya üzerinde zilyetliğin; dolayısıyla bilgisayar programlarının vücut bulduğu eşyanın kendisinin değil, içerisindeki programın kullanımının karşı tarafa bırakılması gerekmektedir. Bir veri taşıyıcısı ile dijital ürüne erişimin sağlanabildiği hallerde dahi yazılımın kendisi kolaylıkla kopyalanmaya elverişli olduğundan kira sözleşmesi gereği veri taşıyıcısının süre bitiminde iadesinden vazgeçilmekte; hatta bu çoğunlukla örtülü olarak kararlaştırılmaktadır¹⁴⁹. Bu halde de dijital ürün, veri taşıyıcısının hukukuna tabi olmamakta; sözleşmenin konusunu veri taşıyıcısının değil, içeriğinin geçici olarak bedel karşılığı kullanılması (içeriğe erişilmesi) oluşturmaktadır. Programa doğrudan internetten erişilebildiği hallerde de aynı sonuç benimsenmeye elverişlidir. Böylece sonuç olarak dijital içeriğe belirli süre ve ivaz karşılığı erişilebilmesi için zorunlu olarak zilyetliğin karşı tarafa bırakılması gerekmediğine; tarafların bu yöndeki kararlaştırmalarının kira

¹⁴⁸ Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 131 vd. Yazar bu durumda kira ya da ürün kirası sözleşmelerinin gündeme gelebileceğini (ürün kirası görüşü için bkz. Schmidt ve Kessel, “Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz,” 475, 479); ancak görüş olarak kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bunun nedeni, ürün kirasında ürünlerin adı kiradaki gibi “kullanımının” değil ürünlerden tüketim anlamında (*Genuss der Früchte*) yararlanılmasıdır. Ürün kirasında, hasılat veren bir mal ya da hakkın kullanımı söz konusudur. Bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 132. Kira sözleşmesi hükümlerinin taraf çıkarlarını korumak bakımından elverişliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 132 vd. Dijital ürüne internet üzerinden veri paketi indirilmek suretiyle erişilmesi halinde de kira sözleşmesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği hakkında bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 137.

¹⁴⁹ Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 132.

sözleşmesi olarak nitelendirilmesine bir engel bulunmadığına dikkat çekilmektedir¹⁵⁰. Aynı sonucun hukukumuzda da kabul edilmesine bir engel bulunmamaktadır¹⁵¹. Bu nedenle kira sözleşmesine ilişkin nitelendirmeler bakımından dijital ürünlerin zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerekmemektedir.

Dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerde tarafların sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca çeşitli varyasyonlarla kararlaştırabilecekleri edimler, dijital içeriğin tarafların ihtiyaç veya talepleri doğrultusunda hizmet veya eser sözleşmesi olarak da nitelendirilebilecektir. Ayrıca her zaman bir tek sözleşme tipine ilişkin nitelendirme yeterli gelmeyecek; dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler bileşik bir sözleşme olarak kira, eser ya da hizmet sözleşmelerine ilişkin unsurları da içerebilecektir¹⁵².

Eser ve hizmet sözleşmeleri hükümlerinin dijital ürünlere uygulanabilirliği bakımından öncelikle belirtmek gerekir ki her iki sözleşme tipi ile de ivaz karşılığında belirli bir faaliyetin yerine getirilmesini amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle bu sözleşmeler, iş görme amacı güden

¹⁵⁰ Görüşler hakkında bkz. Senat, NJW-RR 1993, 178; Senat, NJW 2002, 3322 [3323]; BGH, NJW-RR 1989, 589.

¹⁵¹ Hukukumuzda kira sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Ankara: Adalet Yayınları, 2021), 357 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 193 vd.

¹⁵² Eser ve hizmet sözleşmeleri hakkındaki görüşler için bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 140. Bu duruma yargı kararlarında konu olmuş bir örnek, uygulama servis sağlayıcısı (*application provider Verträge, ASP Verträge*) sözleşmeleridir. ASP sözleşmelerinin karakteristik edimini, yazılımın belirli bir süre online kullanımının oluşturması dolayısıyla sözleşme tipi kira sözleşmesi olarak ifade edilmekte; Alman mahkemesi burada bir eşyanın zilyetliğinin bırakılmasını aramamaktadır. Bkz. BHG, NJW 2007, 2394; Kirn ve Müller-Hengstenberg, “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?,” 435. Veri güvenliği, yardım hattı hizmetleri gibi yan edimlere ise sözleşmenin bütününe uygun düştüğü müddetçe her bir bölümüne kendisine uygulanacak sözleşme tipine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği hükmüne bağlanmıştır (BGHZ 63, 306 [309 vd.] = NJW 1975, 305; Senat, NJW 2002, 1336, 1337). ASP sözleşmelerinde ağırlık basan sözleşme tipine ilişkin kritik için ve ayrıca sözleşme tipine ilişkin nitelendirmelerde dijital ürünün BGB § 90 anlamında eşya niteliği taşıması gerektiği yönündeki çıkarım için bkz. Kirn ve Müller-Hengstenberg, “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?,” 435.

sözleşmelerdendir¹⁵³. Ancak hizmet sözleşmesinde bir faaliyetin yerine getirilmesi dolayısıyla bir süreç borçlanılırken; eser sözleşmesinde bir sonuç vaad edilmekte, karşı tarafın edime ilişkin menfaati ancak bir sonuç ortaya konularak sağlanabilmektedir.

İnceleme konumuz kapsamında bu başlık altında dijital ürünlerin eşya niteliğinin sözleşme tiplerine ilişkin nitelendirmelere etkisi incelendiğinden eser ve hizmet sözleşmelerine ilişkin değerlendirmeler aslında kapsam dışı kalmaktadır. Eser sözleşmesinde, sözleşme konusunun zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerekmemektedir. Eser sözleşmelerinde eser, taşınmaz ya da arza bağlı olmayan taşınırları kapsadığı gibi hâkim görüş uyarınca emek ürünü olup da maddi bir varlığı bulunmayan sonuçları da kapsamaktadır¹⁵⁴. Bu bakımdan bir konser verilmesi, inşaat projesinin çizilmesi, inceleme konumuzla bağlantılı olarak bir bilgisayar programının hazırlanması gibi maddi sonuç niteliği taşımayan edimler de eser sözleşmesine konu edilebilmeye elverişlidirler¹⁵⁵. Hizmet sözleşmesinde ise işçinin borçları işin görülmesi etrafında (işin özenle görülmesi, talimatlara uygun davranma gibi) şekillenmektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin eser ya da hizmet sözleşmelerinin unsurlarını taşımaları halinde bu yönde nitelendirilmelerine bir engel bulunmamaktadır. Bir başka deyişle dijital ürünün bu sözleşme tiplerine ilişkin nitelendirmeler bakımından zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerekmediğinden dijital ürüne eşya niteliği tanımaya yönelik bir ihtiyaç, bunlar bakımından bulunmamaktadır. Uygulamada dijital ürünlere yönelik karşılaşılabilecek bir diğer sözleşme tipi lisans sözleşmesidir. Yukarıda da değinildiği üzere lisans sözleşmeleri (FSEK m. 48/II, m. 49/I'deki ifadesiyle "ruhsat") eser sahibinin eserinden finansal bakımdan yararlanmasını olanaklı kılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere

¹⁵³ Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt V, m. 393-646* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 1324 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 745 vd.; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri Cilt II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 1 vd.

¹⁵⁴ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 765; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 333.

¹⁵⁵ Bilgi için ayrıca bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 765.

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 745 vd.; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, 1069 vd.; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021), 481 vd.

ilişkin nitelendirmeler bakımından da dijital ürünün eşya niteliği taşıması gerekmemektedir. Aynı nedenle bu başlık altındaki değerlendirmelerin dışında bırakılmıştır.

Sonuç olarak dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere kira, eser, lisans, hizmet sözleşmelerine ilişkin nitelendirmelere bir engel bulunmamakta; bu sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için dijital ürünün eşya niteliği taşıması gerekmemektedir. Ancak satış sözleşmesine ilişkin iç hukukumuzdaki hükümler ayrıca değerlendirilmelidir. Hukukumuzda satım sözleşmesinin konusunu taşınır ile taşınmaz eşyalar oluşturmaktadır (BK m. 207 vd.). Hüküm uyarınca “*satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” (BK m. 207/1). Ayrıca doğal güçler de satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler (MK m. 762). Hükümdeki “... *satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme ...*” ifadeleri, satım sözleşmesinin konusunun zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerektiği izlenimi uyandırmaktadır. Doğal güçlere bu nitelik, yasa gereği zaten tanınmıştır (MK m. 762). Alacak hakkı ya da sınırlı ayni hakların da satış sözleşmesine konu edilebilmelerine bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁷. Ancak Alman hukukundan farklı olarak “*eşyanın satımına ilişkin hükümler(in) uygun düştüğü ölçüde hak ve diğer şeylerin satımında da*” uygulanabileceğine yönelik 453/I BGB hükmü gibi bir düzenleme hukukumuzda bulunmadığından Alman doktrinindeki, dijital ürünlere satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilirliği yönündeki çıkarımlar hukukumuzda kolaylıkla benimsenemeyecektir. Dolayısıyla kanaatimizce hukukumuzda ilk izlenim, dijital ürünlere satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için onların eşya niteliğinin bulunması gerektiği yönündedir. Satış sözleşmesinin temlik borcu doğuran bir sözleşme olması da ilk bakışta bu bilgiyi destekler niteliktedir¹⁵⁸. Ancak BK m. 207’deki “satılan” kavramı, doktrin ve mahkeme kararlarında geniş yorumlanmakta; satılan mal kavramı sadece taşınır veya taşınmazları değil, cismani bir varlığa sahip olmasa dahi parasal değeri

¹⁵⁷ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 20–21.

¹⁵⁸ Satış sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 52 vd.; Haluk Nami Nomer ve Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 50 vd.; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, m. 207-392* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 27 vd.; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 25 vd.

bulunan bütün hakları da kapsamaktadır¹⁵⁹. Bu doğrultuda telefon idaresince özgülünen telefonun kullanım hakkı¹⁶⁰ ile bir işin nasıl yapılacağına dair teknik bilgiler (know-how), ticari sırlar, bir haber¹⁶¹, bir ticaret ünvanı ya da işletme adının satışa konu edilmesine bir engel bulunmamaktadır¹⁶². Dijital ürünlerin de parasal bir değer taşımaları itibariyle satış sözleşmesine konu edilebilen fakat cismani bir varlığı bulunmayan diğer malvarlığına konu değerler gibi satış sözleşmesine konu edilebilmeleri yönündeki bir yaklaşımın gerek doktrin gerek mahkeme kararları ile çelişki yaratmayacağı kanaatindeyiz¹⁶³. Bu perspektifle ve yukarıda değindiğimiz gerekçelerle sözleşme tiplerine ilişkin nitelendirmeler bakımından da dijital ürüne eşya niteliği tanınmasının gerekmediği kanaatindeyiz. Fakat dikkat çekmek gerekir ki dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere halihazırda hükümleri uygulanabilecek sözleşme tipleri, bunlara uygun düştükleri ölçüde uygulanabileceklerinden geçici bir çözüm sunacaktır. Dijital ürünlere ilişkin güncelleme yükümlülükleri ya da kişisel verilerin karşı edim oluşturabilmesi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin dijital ürünlerin yapısal özellikleri dikkate alındığında yetersiz kalabileceği vb. gibi gerekçeler, dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere özgü bazı yasal düzenlemeler getirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. AB hukukunu takiben üye devletlerin iç hukuklarında izlediği yasalastırma çalışmaları çok yakın bir gelecekte iç hukukumuzda da yansımalarını bulacaktır. Bu kapsamda getirilecek düzenlemelerde de kanaatimizce çözümün dijital ürünlere eşya niteliğinin tanınarak eşya kavramının genişletilmesinde değil Sözleşmeler Hukukunda aranması gerektiği kanısındayız. Bu tarihe kadar dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin sözleşme tipi bakımından nitelendirilmesi ve bunların hükümlerinin uygulanabilmesi

¹⁵⁹ “... bu malın mutlaka maddi, cismani varlığı olan bir mal olması şart değildir.” Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 78.

¹⁶⁰ Y. 13. HD, E. 2510, K. 3784, 14.5.1981 (YKD. 1981, C. 7, S. 10, 1314). Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 55, dn. 170’ten naklen.

¹⁶¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*, 79.

¹⁶² Bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 55; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*, 79; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 22; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 33.

¹⁶³ Eser niteliği taşıyan dijital ürünlerde sonraki satımların mümkün olup olmadığı (dijital) tükenme ilkesine göre belirlenecektir. Tükenme ilkesi hakkında bkz. yukarıda dn. 112, 113’teki açıklamalar.

için dijital ürünlere eşya niteliği tanınması gerekmekte; Borçlar Kanununun halihazırdaki sözleşme tiplerine ilişkin hükümleri geçici bir çözüm sunmaktadır.

SONUÇ

Dijital ürün olarak ifade edebileceğimiz dijital içerik ve dijital hizmetler, klasik hukuk dogmatığı bakımından alışık olmadığımız, kendine özgü bir yapısı bulunan ve Eşya Hukuku, Telif Hukuku ve Sözleşmeler Hukuku perspektiflerinden kavrayabileceğimiz yönleri bulunan hak objeleridir. İnceleme konumuz dijital ürünün eşya ile ilişkisi ekseninde kaleme alınmış olup dijital ürünün eşya niteliğinin bulunup bulunmadığı; üzerinde cismani varlığa büründüğü veri taşıyıcısının (ya da klasik anlamda kitap, plak gibi eşyanın) hukukuna tabi olup olmayacağı meseleleri üzerinde durulmuştur. Dijital ürün – eşya ilişkisi ayrıca Telif Hukukuna ilişkin değerlendirmeleri kaçınılmaz kılmaktadır. Çalışmanın bu kısmında dijital içeriğin eşyanın hukukuna tabi olmadığı; ayrıca Eşya Hukuku hükümleri bakımından eşya kavramının genişletilerek dijital ürünlerin buraya dahil edilmesi yerine dijital ürünlere ilişkin hukuki meselelerin Sözleşmeler Hukuku ekseninde çözülebileceği kanısına varılmıştır. Dijital ürünlere eşya niteliği tanınması meselesi bir de Sözleşmeler Hukuku bakımından, özellikle belirli bir sözleşme tipine ilişkin nitelendirme yapılabilmesi için bunların eşya niteliğinin bulunması gerekip gerekmediği yaklaşımıyla kaleme alınmıştır. Burada da varılan sonuç, Dijital İçerik Direktifi ifadesiyle dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmelerine ilişkin tarafların kararlaştırdıkları edimlere göre belirlenecek sözleşme tipi ister satış, kira ister eser ya da hizmet veya lisans sözleşmesi olsun dijital ürünün zorunlu olarak eşya nitelendirmesine ihtiyaç bulunmadığı yönündedir. Çalışmada, kısa vadede sözleşme tipleri bakımından iç hukukumuzdaki düzenlemeler günü kurtaracaksa da çok yakın bir gelecekte dijital ürünlere ilişkin yasal düzenlemelerin kaçınılmaz olduğuna dikkat çekilmiştir.

IV. KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Akçura Karaman, Tuba. *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018.
- Aksoy Dursun, Sanem. *Eşya Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Antalya, Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku Cilt IV/1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Antalya, O. Gökhan. “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, 2 Özel Sayı (2023): 1208-1222.
- Atamer, Yeşim M. ve Gökçe Kurtulan Güner. “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 2 (2021): 543-588.
- Ateş, Mustafa. “Veri Tabanlarının Hukuki Koruması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, 1 (Haziran 2006): 47-84.
- Ateş, Mustafa. *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Aydos, Oğuz Sadık. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Yayınları, 1982.
- Boehm, Franziska. “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten.” *ZEuP* (2016): 358-387.
- Bomhard, David ve Fabian Eichmeier. “Das digitale Trennungsprinzip – Smarte Geräte im Asset Deal.” *RDi* (2021): 393-400.
- Brunhild Wieck-Noodt. “Vor § 303, §§ 303–305a.” *İçinde Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 303a StGB Datenveränderung*, C.H. Beck, 2014.
- Bucher, Stefan. *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018.

- Diegmann, Heinz ve Wolfgang Kuntz. "Praxisfragen bei Onlinespielen." *NJW* 63, 9 (2010): 561-566.
- Dinç, İnan Deniz. *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Eckert, Martin. "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten." *SJZ-RSJ* 11 (2016): 265-274.
- Eckert, Martin. "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache." *SJZ-RSJ* 10 (2016): 245-249.
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, m. 207-392*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt V, m. 393-646*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Erlüle, Fulya. "Yapımcının Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, 4 (2008): 303-340.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Fairgrieve, Duncan, et al. "Product Liability Directive." İçinde *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies (Principles of European Tort Law)*, Ed. Piotr Machnikowski, 17-108. Cambridge: Intersentia, 2016.
- Faust, Florian. *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71 Deutschen Juristentag*. Essen: C.H. Beck, 2016.
- Fezer, Karl Heinz. "Dateneigentum – Theorie des imaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten." *MMR* (2017): 3-5.
- Flume, Johannes W. ve Peter Ponedr. "Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte." *RDi* (2024): 35-39.
- Fritzsche, Jörg. "BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2017), "Daten und Informationen, Software, E-Books, Bitcoins usw." İçinde *BeckOK*, Ed. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth.
- Fritzsche, Jörg. "BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, "E-Books und Ähnliches." İçinde *BeckOK*, Ed. Wolfgang Hau W ve Poseck R.
- Grün, Christian. *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts*. Bern: Verlag Stämpfli, 1979.

- Grünberger, Michael. “Verträge über digitale Güter.” *AcP* 218 (2018): 213-296.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Hacker, Philipp. “Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht.” *ZfPW* (2019): 148-197.
- Haller, Carl Jakob. *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*. Berlin: Duncker&Humblot, 2019.
- Havuççu, Ayşe. *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Helmut Redeker. *IT Recht*. München: C.H. Beck, 2023, Digitale Produkte als Sache.
- Hoeren, Thomas. “Datenbesitz statt Dateneigentum – Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten.” *MMR* (2019): 5-8.
- Hoeren, Thomas. “Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4 November 1987.” *RDV* 3 (1988): 115-120.
- İnceoğlu, M. Murat. “Ürün Sorumluluğunda Sorumlular.” *İçinde Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, Ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 81-92. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Johann Kindl. “Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung.” *İçinde Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Europäisches Privatrecht 54*, Ed. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell ve Beate Gsell, 63-81. Baden: Baden, 2018.
- Kanışlı, Erhan. “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, 3 (2020): 1413-1468.
- Kırca, Çiğdem. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Kirn, Stefan ve Claus D. Müller-Hengstenberg. “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?.” *NJW* (2017): 433-438.
- König, M. Michael. “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf.” *NJW* (1993): 3121-3123.
- König, M. Michael. “Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung.” *NJW* (1990): 1584-1585.
- Kulaklı, Emrah. *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

- Kurtulan Güner, Gökçe. “Dijital Çağda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bazı Meseleler.” *İçinde Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, Ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 239-261. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Li, Shu ve Beatrice Schutte. “The Proposal for a Revised Product Liability Directive: The Emperor’s New Clothes?” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 0, 0 (Aralık 2023): 1-24.
- Marly, Jochen ve Anna-Lena Wirz. “Die Weiterverarbeitung digitaler Güter.” *EuZW* 16 (2017): 16-19.
- Marly, Jochen. *Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*. München: C. H. Beck, 2018.
- Mayer, Maximilian ve Christine Möllnitz. “Gewährleistung für “smarte” Produkte nach Umsetzung der digitale Inhalte und Warenkaufrichtlinien.” *RDi* (2021): 333-340.
- Metzger, Axel. “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?” *JZ* (2019): 577-586.
- Mischau, Lena. “Daten als „Gegenleistung” im neuen Verbrauchervertragsrecht.” *ZEuP* (2020): 335-365.
- Nebessow, Leonid. “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien.” *LR* (2020): 253-261.
- Nomer, Haluk Nami ve Baki İlkay Engin. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Nomer, Halük Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Ohly, Ansgar. “Zuweisung von Daten immaterialgüterrechtliche Lösungen.” *İçinde Eigentum in der digitalen Gesellschaft*, Ed. Franz Hofman, Benjamin Raue ve Herbert Zech, 135-149. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Öztan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Pech, Sebastian. “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte.” *İçinde Immaterialgüter und Digitalisierung– Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber-und Medienrecht*, Ed. Moritz Hennemann ve Andreas Sattler, 121-144. Freiburg: Nomos, 2017.

- Peschel, Christopher ve Sebastian Rockstroh. "Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste." *MMR* (2014): 571-576.
- Polat, Cemre. *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ramming, Stephan ve Holger Nohr. "Das Urheberrecht im digitalen Wandel: Ein neuer Versuch des Interessensausgleichs auf europäischer Ebene." *Hochschule der Medien* (2016): 1-9.
- Redeker, Helmut. "Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?." *NJW* (1992): 1739-1740.
- Richter, Stephanie. "Vereinbarkeit des Entwurfs zum Data Act und DS-GVO – Der schmale Grad zwischen Schutz personenbezogener Daten und Datenkommerzialisierung." *MMR* (2023): 163-168.
- Rosenkranz, Frank. "Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre." İçinde *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft*, Ed. Caspar Behme et al., 235-270. München: Nomos, 2016.
- Sağlam, İlyas. *7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na Göre Üreticinin Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Schack, Haimo. *Urheber-und Urhebervertragsrecht*. Mohr Siebeck, 2017.
- Schmidt-Kessel, Martin, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme. "Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1." *GPR* 1 (2016): 2-8.
- Schmidt-Kessel, Martin, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme. "Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel Teil 2." *GPR* 2 (2016): 54-71.
- Schmidt-Kessel, Martin. "Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz." *K&R* Heft 7 – 8 (2014): 475-483.
- Sirmen, Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Legem Yayınevi, 2023.
- Stresemann, Christina. "§ 90 BGB Begriff der Sache." İçinde *Münchener Kommentar zum BGB*. München: C. H. Beck Verlag, 2021.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.

Veldt, Gitta. “The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive.” *Journal of European Consumer and Market Law* 12, 1 (2023): 24-31.

Wagner, Gerhard. “Liability Rules For The Digital Age – Aiming For The Brussels Effect-.” *Journal of European Tort Law* 13, 3 (Ocak 2023): 191-243.

Walter Stree ve Bernd Hecker. “§§ 303–305a *Datenveränderung*.” İçinde *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder. C.H. Beck, 2014.

Wendehorst, Christiane. “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff.” İçinde *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck, 2021.

Wendland, Matthias. “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa.” *ZVglRWiss* 118 (2019): 191-230.

Yasan Tepetaş, Candan. *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021.

Zech, Herbert. *Information als Schutzgegenstand*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.