

## Eseri Çoğaltma Hakkının Cezai Himayesi ve Şahsen Kullanma Meselesi

### Criminal Protection of the Right to Reproduce Works and the Matter of Personal Use

Süleyman Emre Özdemir\* 

#### ÖZ

Telif hakları ve bu hakların korunma seviyesi, ülkelerin gelişmişlik göstergeleri arasında yer almaktadır. Hukukumuzda, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nda, telif haklarının hukuki himayesinin yanı sıra cezai himayesi de öngörülmüştür. Öte yandan telif hakları, sahibine fikri çabalarının sonucu olarak ortaya çıkan çalışmaları için verilen bir ödüllendirme ve teşvik aracı olmanın yanı sıra toplumun da bu çalışmalardan fayda sağlamasına imkân veren, iki tarafın çıkarları arasında denge kurmayı amaçlayan bir sistem üzerine inşa edilmiştir. Dolayısıyla FSEK'te teklif haklarını sınırlayan çeşitli hükümlere de yer verilmiştir. Bunlardan biri FSEK'in 38'inci maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eden *şahsen kullanmadır*. Şahsen kullanma esasen eser sahibinin çoğaltma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olup mali haklara tecavüz suçu ve özelinde eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi bakımından durusiyet arz etmektedir. Çalışmamızda öncelikle eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi üzerinde durulacak olup ardından bir hukuka uygunluk sebebi olarak şahsen kullanma meselesi incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Eser, Telif Hakları, Çoğaltma Hakkı, Eseri Çoğaltma Hakkının Cezai Himayesi, Şahsen Kullanma.

#### ABSTRACT

Copyrights and the level of protection of such rights are among the development indicators of countries. In Turkish law, Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (FSEK) stipulates the legal protection as well as criminal protection of copyrights. On the other hand, copyrights are not only an instrument for awarding and encouraging the owner of such rights for their works arising out of their intellectual efforts but also a system that allows the society to benefit from such works, basically aiming to establish a balance between the interests of both parties. Therefore FSEK has various provisions restricting the copyrights. One of them is the personal use regulated in Article 38 of FSEK, which is considered a reason for compliance with the law. Personal use is actually related with restriction of the copyright owner's right to reproduce works, and it is in relation to the crime of violation of financial rights of the author, in particular, the criminal protection of the right to reproduce the work. This study will first focus on the criminal protection of the right to reproduce the work and then examine the issue of personal use as a reason for compliance with the law.

**Keywords:** Work, Copyrights, the Right to Reproduce Works, Criminal Protection of the Right to Reproduce Works, Personal Use.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID 0000-0003-0414-4610.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Süleyman Emre Özdemir

**E-posta/E-mail:** s.emreozdemir@gmail.com

## GİRİŞ

Temel haklar arasında yer alan telif hakları, sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki mutlak haklarını ifade eder<sup>1</sup>. Bu haklar sahibine, yasaklama da dahil inhisari yetkiler bahşeder<sup>2</sup>. Telif haklarının ihlal edilmesi, hukuki ve hatta bazı durumlarda cezai sorumluluğu beraberinde getirir. Zira teknolojinin gelişmesiyle birlikte suiistimallerin kendini fikir ve sanat eserlerinde yoğun bir şekilde göstermesi ve hukuki himayenin yetersiz kalması, telif haklarının cezai himayesini de gerektirmiştir<sup>3 4</sup>.

Telif haklarının himayesinin gerçek saiki, eser sahibinin maddi menfaatlerinin tecavüze uğraması veya böyle bir tehlikeye maruz kalmasının önlenmesidir<sup>5</sup>. Bu sebeple eser sahibinin mali hakları ve bunların cezai himayesi önem arz etmektedir. Hukukumuzda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 20 ila 25'inci maddelerinde, uhdesinde çoğaltma hakkının da bulunduğu, eser sahibinin mali hakları düzenlenmiş; 71'inci maddesinde ise eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçu ihdas edilmiştir.

Öte yandan fikir ve sanat eserleri, sadece sahibinin değil, aynı zamanda insanlığın ürünüdür<sup>6</sup>. Burada fikir ve sanat eserlerinden yararlanılması bakımından eser sahibinin menfaati ile toplumun ortak değerleri olan bilim, kültür ve sanatın geliştirilmesindeki menfaatinin çatışması söz konusudur<sup>7</sup>. Eser sahibinin haklarının sınırsız olması, bilimin, kültürün ve sanatın gelişmesini engelleyecektir. Bu sebeple eser sahibinin menfaati ile toplumun menfaati arasında bir denge kurulması ihtiyacı hasil olmuş ve eser üzerindeki mutlak haklar, toplumun o eserden faydalanabilmesi için asgari düzeyde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalardan biri de FSEK'in 38'inci maddesinde düzenlenen “*şahsen kullanma*”dır. Şahsen kullanma esasen çoğaltma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olup eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçu ve özelinde eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi bakımından hususiyet arz etmektedir.

Çalışmamızda öncelikle eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi üzerinde durulacak olup ardından bir hukuka uygunluk sebebi olarak şahsen kullanma meselesi incelenecektir.

- 1 Paul L.C. Torremans, 'Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right' in Paul L.C. Torremans (ed), *Intellectual Property Law and Human Rights* (3rd edn, Wolters Kluwer 2015) 225.
- 2 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 7.
- 3 Telif hakkının cezai himayesinin gerekliliği hususunda bkz. Geraldine Szott Moohr, 'The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory' 2003 83(4) Boston University Law Review 752 vd.
- 4 Hukukumuzun önemli bir parçası olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın 61 inci maddesinde taraf devletlere telif hakkına cezai himaye sağlanması hususunda yükümlülük getirilmiş ve cezai himayenin asgari ölçütleri belirlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. L.T.C. Harms, *A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights* (4th edn, WIPO 2018) 150, 153.
- 5 E. Hırş, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ar Basımevi 1948) 191,192.
- 6 Zeki Hafizoğulları, 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi' 1999 48 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.
- 7 Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003) 238.

## I. ESERİ ÇOĞALTMA HAKKININ CEZAİ HİMAYESİ

### A. ESER VE ESER SAHİBİ

Telif hukukunun en temel kavramı eserdir. Eser, kelime olarak, “emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt”, “iz, işaret, im” anlamlarına gelir<sup>8</sup>. FSEK’in 1/B maddesine göre ise eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder. Bu itibarla, FSEK bağlamında bir eserden söz edilebilmesi için onun fikri çaba barındırması, algılanabilir bir şekle bürünmesi, sahibinin hususiyetini yansıtması ve FSEK’te *numerus clausus ilkesi* uyarınca belirlenen eser türlerinden birine dahil olması gerekir<sup>9</sup>. Örneğin, romanlar, hikayeler, şiirler, dersler, mimari plan ve projeler, bilgisayar programları, müzik eserleri, heykeller, resimler, sinema eserleri, tercüme eser olarak değerlendirilebilir niteliktedir. Öte yandan FSEK’in 6’ncı maddesine göre, mevcut bir eserden faydalanılarak ve eser sahibinin haklarına zarar vermemek şartıyla oluşturulan ancak tamamıyla asıl eserden bağımsız olmamakla birlikte işleyen de hususiyetini taşıyan işlenmeler eser sayılır. Örneğin, tercüme; roman, hikâye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu nevilere bir başkasına çevrilmesi; müzik, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline getirilmesi; müzik aranjmanları işleme eserdir.

Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir<sup>10</sup>. Bir işlenmenin sahibi ise asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir. Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidir. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır (FSEK m. 8). Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır. Ancak eğer eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir ve bu ihtimalde, birliğin adı şirket hakkındaki hükümler uygulanır. (FSEK m. 9, 10).

### B. ESERİ ÇOĞALTMA HAKKI

Fikir ve sanat eserleri üzerinde, eser sahiplerinin, eserin meydana gelmesi ile birlikte kendiliğinden ortaya çıkan mali ve manevi hakları bulunur<sup>11 12</sup>. Bunlar, bir bütün halinde telif haklarını oluşturur<sup>13</sup>.

8 <<https://sozluk.tdk.gov.tr>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2022.

9 Tekinalp (n 2) 103.

10 Detaylı bilgi için bkz. Ateş (n 7) 77 vd.

11 Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan 1954) 78; Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali - İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011) 26.

12 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 27’nci maddesinde “Herkesin meydana getirdiği, her türlü bilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevi ve maddi menfaatlerin korunmasına hakkı vardır” denilmektedir.

13 Detaylı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, ‘Telif Hukukunda Eğitim İstisnası’ 2015 1 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 24; R. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki Suçlar* (On İki Levha 2009) 297.

Mali haklar eser sahibine, eserinden ekonomik yönden yararlanma, bunun şeklini tayin etme ve üçüncü kişilerin eserden haksız faydalanmalarına engel olma yetkilerini bahşeder<sup>14</sup>. Manevi haklar ise eser ile onu meydana getiren arasındaki şahsi ilişkiden kaynaklanan yetkililerdir<sup>15</sup>.

Eser sahibinin mali haklarından olan çoğaltma hakkı<sup>16</sup>, telif haklarının nüvesini teşkil etmektedir<sup>17</sup>. Zira fikir ve sanat eserleri hukukundan kaynaklanan diğer haklar, eserden sahibinin ekonomik yönden yararlanabilmesinin en eski, olağan ve yaygın yolu olan çoğaltma hakkından türemiştir<sup>18</sup>. Bunun en temel sebebi telif haklarının ilk olarak kitaplar üzerinde tanınmasıdır<sup>19</sup>. Uluslararası literatürde de telif haklarını ifade etmek üzere kullanılan “*copyright*” kelimesi eseri çoğaltma hakkına işaret etmektedir. Ancak kavram, zamanla genişlemiş ve başka manalar kazanmıştır<sup>20</sup>.

Bir ürünün eser sayılabilmesi için onun çoğaltılabilir olması önemli değildir. Ancak eserin algılanabilir bir şekle bürünmesini müteakip toplumun ondan yararlanabilmesi için çoğaltılması bir gerekliliktir<sup>21</sup>. Böylece eser sahibi geniş kitlelere ulaşabilmekte ve buna paralel olarak eserinden ekonomik olarak faydalanabilmektedir. Bu itibarla, eseri çoğaltma hakkının, eserin çoğaltılmasıyla sağlanabilecek mali menfaatleri eser sahibi için saklı tutmak amacıyla tanındığı ifade edilmelidir<sup>22</sup>.

Hukukumuzda eseri çoğaltma hakkı ve çoğaltmanın muhtevası FSEK'in 22'nci maddesinde, “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”

*Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.*

*Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar”* şeklinde tanzim edilmiştir.

14 İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi 1977) 36; Arslan Kaya, ‘Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?’ in Arslan Kaya, *Makalelerim - I -* (Beta 2012) 360; Tekinalp (n 2) 180; Ateş (n 7) 156,157.

15 Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1972) 109, 110.

16 Öztrak (n 14) 54; Kaya (n 14) 360; Ateş (n 7) 162.

17 Hirş (n 5) 197.

18 Tekinalp, (n 2) 184. Ayrıca bkz. Yazıcıoğlu (n 13) 327.

19 Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2019) 41.

20 Tekinalp (n 2) 184; Yazıcıoğlu (n 13) 300.

21 Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt - I - (2. Baskı Seçkin) 817.

22 Ayiter (n 15) 125.

### C. ESERİ ÇOĞALTMA HAKKININ CEZAI HİMAYESİ

Çoğaltma hakkına tecavüz, eser sahibinin ciddi ekonomik kayıplara uğramasına yol açmakta<sup>23</sup> ve alana ilişkin gelişmeleri engellemektedir. Bu sebeple hukukumuzda, eseri çoğaltma hakkının cezai himayesi öngörülmüş ve fakat müstakil bir ceza normu ihdas edilmemiştir. FSEK'in 71'inci maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz suçu ile eser sahibinin çoğaltma, işleme, yayma, temsil ve umuma iletim hakları bir bütün halinde cezai himaye altına alınmıştır<sup>24 25</sup>.

FSEK'in 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir eseri “çoğaltma”, “işleme”, “temsil etme”, “dağıtma”, “her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmeye”; hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri “satışa arz etme”, “satma”, “kiralama veya ödünç verme suretiyle ya da sair şekilde yayma”, “ticari amaçla satın alma”, “ithal veya ihraç etme” ve “kişisel amaç dışında elinde bulundurma ya da depolama” fiillerinin mali haklara tecavüz suçuna sebebiyet verdiği kabul edilmiştir. Bu itibarla, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir eseri çoğaltma, mali haklara tecavüz suçunun seçimlik hareketi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çoğaltma, kelime olarak “bir sanat eserinin aslına uygun olarak yapılan taklidi, reproduksiyon” anlamına gelmektedir<sup>26</sup>. Telif hukuku bağlamında ise çoğaltma, bir eserin aslına ihtiyaç duyulmadan ondan yararlanma olanağını sağlayacak tespitlerinin, herhangi bir maddi araç yardımı ile meydana getirilmesidir<sup>27 28</sup>.

Çoğaltmada ehemmiyet arz eden husus eserin sabit bir cisim veya madde üzerine tespit edilerek sonraki kullanımlar için elverişli hale getirilmesi olup<sup>29</sup> bunun nasıl yapıldığı önemli değildir<sup>30</sup>. Özellikle bilim ve teknik alanındaki gelişmeler farklı çoğaltma metotlarını ortaya çıkarmıştır. Bu

23 Geoffrey S. Kerckmar, ‘Computer Software & Copyright Law: The Growth of Intellectual Property Rights in Germany’ 1997 15 (3) Penn State International Law Review (Dickinson Journal of International Law) 576.

24 FSEK'in 71'inci maddesinde mali haklara tecavüz, manevi haklara tecavüz ve bağlantılı haklara tecavüz suçları birlikte düzenlenmiştir. Esasen bunlar, değişik hukuki değerleri koruyan farklı suç tipleridir. Bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2020) 539, 540; H. Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012) 139, 140. Ancak kanun koyucu bütünlüyci bir yaklaşımla bu suç tiplerini aynı maddede düzenlemiştir. Detaylı bilgi ve eleştiri için bkz. Yazıcıoğlu (n 13) 165 vd.

25 2008 tarihli 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile FSEK'in 71'inci maddesinde yer alan “manevi haklara tecavüz suçu”; 72'nci maddesinde yer alan “mali haklara tecavüz suçu” ve 80'inci maddesinde yer alan “bağlantılı haklara tecavüz suçu” bir bütün halinde FSEK'in 71'inci maddesinde tekrar düzenlenmiştir.

26 <https://sozluk.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 23.01.2022.

27 Öztrak (n 14) 56, 57; Ateş (n 7) 164; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 21) 818; Yazıcıoğlu (n 13) 323. Krş. Ayiter (n 15) 124; Çelik (n 11) 31.

28 “Saniğin işlettiği Üniversite Fotokopi isimli iş yerinde yapılan aramada ele geçirilen hard disk içerisinde bilirkişi raporuna göre çoğaltılmaya hazır eserler tespit edilmiş olup, saniğin üzerine atılı eylemin 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde tanımlanan manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine suçtan kurtulmaya yönelik savunmasına itibar edilerek yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” Yargıtay 19 CD, E 2016/4753 K 2020/8635, 25.06.2020.

29 Ateş (n 7) 164; Arzu Genç Arıdemir, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları* (Vedat Kitapçılık 2003) 58, 59.

30 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 21) 823.

doğrultuda, FSEK'in 22'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, eserin “*bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca*” kaydedilmesi çoğaltma sayılacağı açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, ilk zamanlarda bir kitabı çoğaltmak sadece elle yazmak suretiyle mümkünken, günümüzde bu fiili gerçekleştirmek için matbaa, fotokopi makinesi, tarayıcı, bilgisayar, cep telefonu ve çeşitli yazılım veya internet teknolojileri kullanılabilir.

Çoğaltma fiilinin gerçekleşebilmesi için cisim üzerine tek bir tespitin yapılması yeterlidir. Ayrıca eser, aslından kopyalanabileceği gibi nüshalarından da tespit edilebilir. Çoğaltma için tespitin doğrudan veya dolaylı yapılması ya da sürekli veya geçici olması önem arz etmez. Bu itibarla, bir müzik eserinin tespit edilmiş olduğu taşınabilir bellekten başka bir taşınabilir belleğe kaydedilmesi ile çevrimiçi icra edilen müzik eserin telefona yahut bilgisayara kaydedilmesi çoğaltma kapsamındadır. Keza, çoğaltma bakımından bir programın internetten bilgisayarın belleğine indirilmesi ile bilgisayarın RAM (random access memory) belleğine geçici olarak kaydedilmesi arasında da fark bulunmamaktadır.

Eserin kısmen tespit edilmesi çoğaltma fiilinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Başka bir anlatımla, çoğaltmadan söz edilebilmesi, eserin tamamen kopyalanmasını gerektirmez. Örneğin, kitabının tamamının fotokopisinin çekilmesi de sadece bir bölümünün tarayıcı kullanılarak elektronik ortama aktarılması da cezai sorumluluğu beraberinde getirir.

Çoğaltma, eserin niteliğine göre farklı yöntem ve materyallerle gerçekleştirilebilir. Örneğin, mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin fotoğraf ya da fotokopisinin çekilmesi çoğaltma olduğu gibi<sup>31</sup> bunların uygulanması da çoğaltmadır (FSEK m. 22/2). Keza bilgisayar programlarının çoğaltılması, daimî veya geçici olarak, herhangi bir araçla veya herhangi bir ortamda, yükleme, görüntüleme, çalıştırma, iletme veya depolama gibi fiillerle mümkündür<sup>32</sup>.

Eseri çoğaltma fiilinin hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu husus FSEK'in 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde açıkça belirtilmiştir. Suç tipinde fiilin, ilgilinin rızası olmaksızın işlenmesi cezalandırılmışsa, bu tür suçlarda ilgilinin rızası tipikliği kaldıran bir etkiye sahiptir<sup>33</sup>. Mali haklara tecavüz suçunda da rıza hukuka aykırılığı değil, tipikliği ortadan kaldırmaktadır<sup>34</sup>.

Hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın eseri çoğaltma ancak kasten işlenebilir. Zira FSEK'te bu fiilin taksirle işlenebileceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, eseri çoğaltma, sadece doğrudan kastla işlenebilir, zira suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna açıkça işaret edilmiştir<sup>35</sup>. Başka bir görüşe göre ise eseri çoğaltma, hem doğrudan kast hem de olası kastla

31 Genç Arıdemir (n 29) 68; Çelik (n 11) 99.

32 Ateş (n 7) 387; Çelik (n 11) 101.

33 Tipikliği kaldıran rıza konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı Adalet 2021) 551, 552; Muhammed Demirel, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' 2020 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1472.

34 Turan (n 24) 199, 200; Alp Kocaoğlu, *Telif Haklarının İhlali Suçları (FSEK md. 71)* (Seçkin 2021) 158. Aksi görüş için bkz. Yazıcıoğlu (n 13) 355; Dülger (n 24) 552, 553.

35 Yazıcıoğlu (n 13) 354.

gerçekleştirilebilir<sup>36</sup>. Kanaatimizce hak sahibi kişilerin yazılı izninin olmaması tipikliğin bir unsuru olduğundan failin bu husustaki bilgisi tam ve kesin olmalıdır. Bu itibarla, çoğaltma fiili yönünden mali haklara tecavüz suçunun olası kastla işlenmesi mümkün gözükmemektedir.

FSEK'in 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendine göre, mali haklara tecavüz suçunu işleyen, konu itibarıyla eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal eden kimse hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.

Nihayet belirtmek isteriz ki mali haklara tecavüz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir. Dolayısıyla çoğaltma fiili sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi ancak eser sahibinin veya ilgili kişilerin bu hususta yetkili makamlara başvurusuna bağlıdır (FSEK m. 75).

## II. ŞAHSEN KULLANMA MESELESİ

### A. ŞAHSEN KULLANMANIN ESASI

Dünya genelinde telif hakları çeşitli sınırlamalara tabi kılınmıştır<sup>37</sup>. Bu sınırlamalar genellikle telif hakkı sahibinin izni olmaksızın, üçüncü kişilerin eserden ücretsiz bir şekilde faydalanmalarına imkân tanımaktadır<sup>38</sup>. Böylece eser sahibinin menfaati ile toplumun o eserden faydalanabilmesi arasında bir denge sağlanmış olmaktadır<sup>39</sup>.

Telif hakkını sınırlandıran hallerden biri şahsen kullanmadır<sup>40, 41</sup>. Şahsen kullanma, fikir ve sanat eserlerinin ticari amaç güdülmeksizin kişisel ihtiyaçlar ölçüsünde tespitinin yapılmasıdır<sup>42</sup>. Eseri çoğaltma hakkının istisnası olan bu sınırlama, fikir ve sanat eserlerinin insanlığın ürünü olmasının bir gereğidir<sup>43</sup>. Bu itibarla, her ne kadar eseri çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine ait olsa da şahsen kullanma halinde eseri çoğaltma hakkına tecavüz edildiği ve suç teşkil eden bir fiilin

36 Turan (n 24) 195, 196; Kocaoğlu (n 34) 214, 215.

37 Rami M. Olwan, *Intellectual Property and Development* (Springer 2013) 228; Reto M. Hilty ve Sylvie Nèrison, *Overview of national reports about "Balancing Copyright"* (Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-05) 1, 2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)'nin 13'üncü maddesinde "Üyeler münhasır haklara getirilecek sınırlamaları veya istisnaları eserden normal olarak yararlanma durumu ile çelişmeyen ve hak sahiplerinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren belirli özel hallerle kısıtlayacaktır" denilmektedir.

38 Olwan (n 37) 228.

39 Harms (n 4) 10.

40 Hirş (n 5) 200; Arslanlı (n 11) 145; Ayiter (n 15) 161; Olwan (n 37) 228; Thomas Dreier, Gernot Schulze ve Louisa Specht, *Urheberrechtsgesetz: Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar* (6. Auflage, C. H. Beck 2018) 1029; Frances Grodzinsky ve Maria C. Bottis, 'Private Use as Fair Use: Is it Fair?' 2007 37 (2) SIGCAS Computers and Society 12.

41 Doktrinde şahsen kullanmanın Amerikan hukukunda yer alan "fair use (adil kullanma)" kavramı ile ifade edildiği de görülmektedir. Bkz. Önder Bayrak, *Uygulamada Fikri, Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları* (Seçkin 2019) 350; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Seçkin 2021) 262. Ancak adil kullanma, şahsen kullanmayı uhdesinde barındıran üst bir kavramdır. Bkz. Grodzinsky ve Bottis (n 40) 12; Harms (n 4) 67.

42 Tekinalp (n 2) 206; Ateş (n 7) 359.

43 Hafizoğulları (n 6) 1; Ayiter (n 15) 161.



bulunduğu söylenemez. Zira böyle bir durumda hukuka aykırılık ortadan kalmakta ve fiil hukukun meşru saydığı bir hareket haline gelmektedir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişilerin sahibinin izni olmaksızın eseri kişisel mülahazalarla çoğaltması bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir<sup>44</sup>.

Hukukumuzda şahsen kullanma, FSEK'in 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "*Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>45</sup>. Buna göre somut olayda şahsen kullanma hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedebilmek için çoğaltmanın; "*şahsen kullanmaya mahsus olarak yapılması*", "*kâr amacı güdülmeksizin gerçekleştirilmesi*", "*eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi*" ve "*eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması*" gerekir.

Çoğaltmanın şahsen kullanmaya mahsus olarak yapılması ile kastedilenin ne olduğu FSEK'in 38'inci maddesinde açık bir şekilde gösterilmemiştir. Doktrinde ise şahsen kullanmanın dar veya geniş olarak yorumlanabileceği ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Dar anlamda şahsen kullanma, çoğaltmanın sadece fiili gerçekleştiren kişinin ihtiyaçları kapsamında ya da en fazla onun aile, akraba ve arkadaş gibi dar çevresinde değerlendirilmek üzere yapılmasıdır<sup>47</sup>. Buna ek olarak eserin aralarında çok yakın ilişki bulunmayan kişilerin oluşturduğu daha geniş bir çevrede kullanılmak üzere çoğaltılması da geniş anlamda şahsen kullanmadır<sup>48</sup>.

Şahsen kullanmanın geniş yorumlanması eser sahibinin, dar yorumlanması ise toplumun menfaatlerini zedeler. Bu sebeple şahsen kullanma mefhumunun içeriği belirlenirken her iki tarafın da yararı gözetilmelidir. Ancak değerlendirme yapılırken telif hukukunun temelinde yer alan fikrin eser sahibine, eserinden yararlanma karşılığında ivaz verilmesi olduğu unutulmamalı ve şahsen kullanma eser sahibinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde geniş anlamda tespit edilmemelidir<sup>49</sup>. Bu itibarla kanaatimizce şahsen kullanma, kişinin kendisi ile makul bir ölçüde aile, arkadaş ve iş çevresi gibi yakın ve şahsi bir muhitin ihtiyaçları bağlamında geçerli olmalıdır<sup>50</sup>. Örneğin kişinin satın aldığı bir müzik eserini yakın arkadaşlarına göndermesi şahsen kullanma sınırları dahilindedir<sup>51</sup>. Keza bir yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyet alanına ilişkin bir konuda yayımlanan makaleyi yönetim kurulu başkanına elektronik olarak iletmesi meşrudur<sup>52</sup>. Buna karşılık şirketin faaliyet alanına

44 Hafizoğulları (n 6) 10; Turan (n 24) 207; Kocaoğlu (n 34) 217, 218; Bayrak (n 41) 350.

45 Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi Bern Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinin 2'inci fıkrasında şahsen kullanma, "*Bu eserlerin, eser sahibinin yasal çıkarlarına zarar vermemek ve eserin normal kullanımına engel olmamak kaydıyla, bazı özel durumlarda çoğaltılmasına verilecek izin, Birlik ülkelerinin mevzuatı ile düzenlenecektir*" şeklinde düzenlenmiştir.

46 Arslanlı (n 11) 145; Ayiter (n 15) 161, 162; Genç Arıdemir (n 29) 145.

47 Fransız hukukunda şahsen kullanma çok dar yorumlanmakta ve sadece çoğaltan kişinin eseri bizzat kullanması olarak değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Ateş (n 7) 368.

48 Ateş (n 7) 363, 365; Çelik (n 11) 159.

49 Arslanlı (n 11) 146; Ayiter (n 15) 162; Ateş (n 7) 368.

50 Tekinalp (n 2) 207, 208; Kaya (n 14) 365.

51 Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Seçkin 2002) 119.

52 Krş. Tekinalp (n 2) 207; Suluk, Karasu ve Nal (n 19) 109; Yavuz, Ahca ve Merdivan (n 21) 1337.



giren bir konuda yayımlanan makalenin çoğaltılarak tüm çalışanlara gönderilmesi şahsen kullanma bağlamında değerlendirilemez<sup>53</sup>.

Şahsen kullanmanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilmesi çoğaltmanın kâr amacı güdülmeksizin gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Kâr amacı güdülmesi, eserden satış veya kiralama yöntemi ile menfaat temin edilmesi veya giderden kaçınılması suretiyle ortaya çıkabilir<sup>54</sup>. Örneğin, bir makalenin satışa sunulmak üzere fotokopisinin çekilmesi veya derste tutulan notların ticaretinin yapılması durumlarında şahsen kullanmadan söz edilemez. Keza bir üniversitenin bulunduğu ili tanıtmak amacıyla yeni gelen öğrencilere o ile ilişkin bir gezi kitabının fotokopisini dağıtması giderden kaçınma teşkil edeceğinden şahsen kullananın şartları gerçekleşmiş olmaz<sup>55</sup>.

Şahsen kullanma, eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemeli, haklı bir sebebe dayanmalıdır<sup>56</sup>. FSEK'te her izinsiz kopyalamanın eser sahibine zarar verdiği düşüncesinden hareket edilmiş ve haklı bir sebebin varlığı halinde eser sahibinin zararı kabullenmesi uygun görülmüştür<sup>57</sup>. Örneğin eserin eğitim ve öğretim amacıyla çoğaltılması haklı sebeptir ve diğer şartların da varlığı halinde eser sahibi buna katlanmalıdır. Bununla birlikte doktrinde, mesleki ve işletme faaliyetleri amacıyla yapılan çoğaltmaların haklı bir sebep olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>58</sup>.

Şahsen kullanmadan söz edilebilmesi için çoğaltmanın eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir. Eserden normali aşan yararlanma söz konusu olduğu hallerde çoğaltmanın haklı bir sebebe dayandığı da söylenemez<sup>59</sup>. Örneğin, bir ressama ait resmin çoğaltılarak odaya asılması halinde normal yararlanma mevcut iken resmin işyerindeki tüm bilgisayarın arka plan görseli olarak kullanılması normali aşan yararlanmadır.

Şahsen kullanmaya mahsus bir çoğaltma ancak sınırlı sayıda olabilir<sup>60</sup>. Yapılan tespitlerin ihtiyacın üzerinde olması, eser sahibinin hakkının ihlali edildiğini gösterir. Şahsen kullanmadan söz edilebilmesi için kural olarak eserin bir adet tespiti yapılmalıdır<sup>61</sup>. Ancak şahsen kullanmanın yakın ve şahsi muhitinin ihtiyaçlarını gidermeyi de kapsamına alması sebebiyle tespit sayısını bir adet ile sınırlamak her zaman doğru olmaz<sup>62</sup>. Dolayısıyla yakın ve şahsi muhitin ihtiyaçlarını aşacak ölçüde yapılacak tespit normali aşan yararlanma olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, on kişinin aldığı bir lisansüstü ders için bir makalenin çoğaltma yoluyla otuz adet tespitinin yapılması normal yararlanma olarak kabul edilemez.

53 Tekinalp (n 2) 207, 208.

54 Kaya (n 14) 367; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21) 1338; Çelik (n 11) 160.

55 Benzer bir şekilde satış fiyatı ile fotokopi maliyeti birbirine yakın olan bir kitabı daha ucuza temin edebilmek için fotokopisini çeken kişi giderden kaçındığı için şahsen kullanma hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz.

56 Çelik (n 11) 161.

57 Tekinalp (n 2) 206.

58 ibid 207; Çelik (n 11) 161.

59 Tekinalp (n 2) 207.

60 Arslanlı (n 11) 147.

61 Tekinalp (n 2) 206.

62 Alman hukuk uygulamasında çoğaltma sayısının üst sınırı yedi olarak belirlenmiştir. Ancak Alman doktrininde bu şekilde kesin bir sayı verilmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Memiş (n 51) 76.

Öte yandan, normal yararlanma sadece tespit sayısı ile ilgili olmayıp çoğaltmanın içeriğini de dikkate alır<sup>63</sup>. Başka bir anlatımla, şahsen kullanma eserden gereksinim duyulan ölçüde çoğaltma yapılmasını meşru kılar. Örneğin, hapis cezası konusunda kaynak toplayan bir akademisyenin ceza hukuku genel hükümler kitaplarının tamamını kopyalaması yahut taraması normal aşan yararlanma niteliği taşır. Burada kural olarak yapılması gereken ceza hukuku genel hükümler kitaplarının sadece ilgili kısımlarının çoğaltılmasıdır. Ancak baskısı tükenmiş ve piyasada bulunamayan bir kitabın tamamının şahsen kullanma amacıyla çoğaltılması da kanaatimizce meşru kabul edilmelidir<sup>64</sup>.

Eseri çoğaltma işlemini yapan kişi ve çoğaltmada kullanılan teknikler şahsen kullanma hukuka uygunluk sebebinden faydalanmayı etkilemez<sup>65</sup>. Örneğin kişinin çalışmasında kullanacağı eserin fotokopisini kendisi çekebileceği gibi ücret karşılığında bu işi meslek haline getiren kimselere de yaptırabilir. Ancak bu işi meslek edinenler, müşterinin siparişi üzerine ve onun ihtiyaç duyduğu sayı ile sınırlı olmak üzere çoğaltma işlemini gerçekleştirebilir<sup>66</sup>. Aksi halde şahsen kullanmanın şartlarının gerçekleştiği söylenemez. Örneğin bir öğrencinin derste aldığı ses kaydını arkadaşına vermek için yazıya döktürmesi hukuka uygundur. Fakat bu işi meslek edinen kişilerce veya öğrenci tarafından ses kaydının yazıya dökülüp diğer öğrencilere satılmak üzere hazır bulundurulması mali haklara tecavüz suçunu gündeme getirir.

Dürüstlük kuralının yansımaları olan şahsen kullanmanın eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması şartlarının FSEK'in 38'inci maddesinde açıkça zikredilmesinin amacı çoğaltma fiilinin asıl hak sahibinin menfaatlerini ihlal etmeyecek şekilde kullanılması için üçüncü kişileri uymaktır<sup>67</sup>. Burada dikkate alınması gereken şahsen kullanmanın hak sahibine sağladığı menfaat ile başkalarına verdiği zarar arasında aşırı bir orantısızlık bulunup bulunmadığıdır<sup>68</sup>. Dolayısıyla hangi durumlarda eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar verildiği veya eserden normali aşacak şekilde yararlanıldığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

63 Ateş (n 7) 370; Çelik (n 11) 162, 163.

64 Alman Telif ve Bağlantılı Haklar Kanunu (UrhG)'nin 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının 4'üncü bendinde en az iki yıldır baskısı bulunmayan eserlerin şahsen kullanma amacıyla çoğaltılabileceği hüküm altına alınmıştır.

65 Doktrinde *Ayiter*, şahsen kullanmanın fotokopi makinelerine teşmil edilecek şekilde uygulanmaması gerektiği görüşündedir. Bkz. *Ayiter* (n 15) 163.

66 Ateş (n 7) 377.

67 *ibid* 369.

68 Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu'nun "*fair use* (adil kullanma)" başlıklı 107'inci maddesi konu itibarıyla önem arz etmektedir. Hükme göre, adil kullanmadan söz edilebilmesinde, "*kullanımın amacı ve niteliği (örneğin ticari mahiyet arz etmeyen veya kâr amacı gütmeyen)*", "*eserin özellikleri*", "*yararlanmanın bir bütün olarak miktarı ve önemi*" ve "*söz konusu kullanımın telif hakkı konusu olan eserin potansiyel pazarı ve değeri üzerinde etkisi*" dikkate alınmalıdır. Bu hükümden hareketle ülkemiz bazı kütüphanelerinde Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan bazı kütüphanelerde uygulanan bir eserin yüzde onunun ya da on veya daha fazla bölümlü kitapların bir bölümünün çoğaltılmasına müsaade edildiği, çoğaltma işini meslek haline getirenlerin ise yine bu kurala uymasının beklendiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce şahsen kullanma bağlamında böyle bir genel geçer kural konulması doğru değildir ve her somut olayda şahsen kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bkz. <<https://library.ku.edu.tr/hizmetler/acik-erisim-akademik-iletisim/telif-hakki-ve-adil-kullanim>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022; <<http://www.kutuphane.itu.edu.tr/en/services/copyright-fair-use>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

## B. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ ŞAHSEN KULLANMAYA MAHSUS ÇOĞALTILMASI

Yoğun mesai ve ciddi maliyetlerle ortaya çıkarılan bilgisayar programları çeşitli yöntemlerle kolaylıkla çoğaltılabilir. Özellikle diğer eser türlerine göre kısa sürede ve cüzi bir maliyetle çoğaltılabilen yazılımlar üzerindeki korsanlığın denetimi de oldukça güçtür<sup>69</sup>. Bu sebeple kanun koyucu bilgisayar programlarının şahsen kullanılması hususunda ayrıntılı düzenlemeler yaparak konuyu ferdeleştirmiştir<sup>70</sup>. Bu doğrultuda, FSEK'in 38'inci maddesinin 3 ila 8'inci maddeleri arasında bilgisayar programlarına yönelik hükümler sevk edilmiş ve bilgisayar programları üzerinde "genel çoğaltma serbestisi", "yükleme, çalıştırma ve düzeltme serbestisi", "yedekleme kopyası serbestisi" ve nihayet "ayrıştırma serbesti" kabul edilmiştir<sup>71</sup>.

Bilgisayar programlarının şahsi kullanım amacıyla çoğaltılabilmesi, öncelikle onun hukuki yollardan elde edilmiş olmasına bağlıdır<sup>72</sup>. Dolayısıyla yazılım, bir işlemle veya halefiyet yoluyla ya da kanun gereği iktisap edilmiş olmalıdır. Aksi halde bilgisayar programlarının şahsen kullanılmasından söz edilemez<sup>73</sup>.

Genel çoğaltma serbestisi, kişinin hukuka uygun bir şekilde iktisap ettiği bilgisayar programını, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, hata düzeltme dâhil, yazılımın düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda çoğaltmasıdır<sup>74</sup>. Genel çoğaltma serbestisine, ağırlıklı olarak icra takibi yapan avukatın, işlemleri kolaylaştırma için satın aldığı yazılımı, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması kaydıyla ofisindeki tüm bilgisayarlara yüklemesi örnek olarak gösterilebilir.

FSEK'in 22'nci maddesinin son fıkrasına göre, çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar. Dolayısıyla burada zikredilen fiillerin icra edilebilmesi eser sahibinin iznine tabidir. Ancak FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 1'inci cümlesinde<sup>75</sup> hüküm altına alınan yükleme, çalıştırma ve düzeltme serbestisi, FSEK'in 22'nci maddesinin son

69 Kaya (n 14) 370.

70 FSEK'in 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm eserlerin belirli şartlar altında şahsen kullanılmak üzere çoğaltılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak FSEK'in 38'inci maddesinin diğer fıkralarında sadece bilgisayar programlarına özgü çoğaltma hallerine ilişkin özel hükümler ihdas edilmesi, bilgisayar programlarının şahsen kullanıma müsait olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde bazı yazarlar bilgisayar programlarının genel hüküm uyarınca şahsen kullanılmaya mahsus olarak çoğaltılamayacağını savunmaktadır. Bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21) 1340. Ancak doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, FSEK'in 38'inci maddesinin 1'inci maddesinin lafzından hareket edilmeli ve bilgisayar programlarının da şahsen kullanılmaya mahsus olarak çoğaltılabilmesi mümkün görülmelidir. Bkz. Kaya (n 14) 376, 377; Ateş (n 7) 392, 393.

71 Çelik (n 11) 170, 174. Krş. Tekinalp (n 2) 210, 211; Ateş (n 7) 384, 386.

72 Tekinalp (n 2) 209; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21) 1341.

73 Doktrinde diğer eserler bakımından şahsen kullanmanın vuku bulabilmesi için, eserden normal yararlanma bağlamında, çoğaltma işlemi yapılan eserin orijinal olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Memiş (n 51) 121.

74 FSEK'in 38'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, "Sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir" şeklinde düzenlenmiştir.

75 FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 1'inci cümlesi "Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez" şeklinde düzenlenmiştir.

fıkrası ile bağlantılı olarak bir bilgisayar programını hukuki yollardan edinen kişinin yazılımı istediği bilgisayara, dilediği şekilde yüklemesinin, çalıştırmasının ve hataları düzeltmesinin sözleşme ile bertaraf edilemeyeceğini ve sınırlandırılmayacağını belirtmektedir<sup>76</sup>.

Yedekleme kopyası yapma serbestisi ise FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde<sup>77</sup> düzenlenmiştir. Buna göre, bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması meşrudur ve sözleşme ile engellenemez<sup>78</sup>. Zira yazılımın herhangi bir sebeple silinmesi ihtimaline binaen kişinin kendini güvenceye almak istemesi hayatın olağan akışına uygundur.

FSEK'in 38'inci maddesinde ayırıştırma serbestisine de yer verilmiştir. Kullanıcılar genellikle farklı ihtiyaçlara cevap veren birden çok programı bir arada kullanmak durumundadır ve bu bilgisayar programlarının kendi aralarında bilgi alışverişi yapması gerekir. Zira mevcut bir bilgisayar programı ile diğer yazılım arasında uyum sağlanamaması halinde bilgisayarın kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirebilmesi mümkün değildir<sup>79</sup>. Örneğin bir virüs önleme programının layıkıyla görevini yapabilmesi, onun kullanılacağı işletim sistemi ile uyumlu çalışmasına bağlıdır. Bu sebeple FSEK'in 38'inci maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkralarında belirli şartlar altında kod biçiminin çevirisine müsaade edilmiştir<sup>80</sup>. Ancak ayırıştırma serbestisi, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamaz (FSEK m. 38/8).

## SONUÇ

Telif hakları, sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki mutlak haklarını ifade eder. Bu haklar, eseri ortaya çıkaran kimseye fikri ve zihni emeğinin bir karşılığı ve ödülüdür. Zira bir kitap, makale yazabilmek veya bir müzik eserini bestelemek ya da bir bilgisayar programı oluşturmak oldukça güç

76 Tekinalp (n 2) 210; Ateş (n 7) 385.

77 FSEK'in 38'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesi "Bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez" şeklinde düzenlenmiştir.

78 Ateş (n 7) 385; Çelik (n 11) 172.

79 Ateş (n 7) 386.

80 FSEK'in 38'inci maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkraları "Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir:

1. Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi,

2. Araşılabilirliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımlarına sunulmaması,

3. Bu fiillerin, araştırılabilirliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması.

Yukarıdaki fıkra hükümleri, onun uygulanması ile elde edilen bilgilerin;

1. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araştırılabilirliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına,

2. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araştırılabilirliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine,

3. İfade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmasına,

İzin vermez" şeklinde düzenlenmiştir.

bir iştir. Eser sahipleri, eserlerinden ekonomik olarak faydalanmak isteyebilir ve şüphesiz bu durum onların en doğal hakkıdır. Aksi halde yaşam koşulları kişileri eser meydana getirmekten yahut gerekli olan basım veya yayım gibi faaliyetleri için masraf yapmaktan engelleyebilir. Nihayetinde ise toplum bilim ve sanattan uzak kalacak ve kültürel gelişim sağlanamayacaktır.

Öte yandan telif haklarının mutlak bir değer olarak kabul edilmesi, başka bir anlatımla telif haklarının sınırsız korunması, toplumun ve bireylerin eserden faydalanabilmelerini ve gelişimin sağlanması olumsuz etkiler. Bu itibarla, kamuyla paylaşılmış bir eserde, eser sahibinin menfaati ile toplum ve birey yararı çatışma halindedir. Telif hukukunda da bu gerçeklikten hareketle, iki tarafın çıkarları arasında denge kurmaya çalışılmış ve telif haklarının bazı durumlara sınırlandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak burada esas teşkil edenin eser sahibinin telif haklarının korunması olduğu unutulmamalı ve sınırlamalar eser sahibinin aleyhine sonuç doğurmaması bakımından dar yorumlanmalıdır.

FSEK'in 38'inci maddesinde “*şahsen kullanma*” telif hakkını sınırlandıran hallerden biri olarak kabul edilmiştir. Şahsen kullanma, telif haklarının nüvesi ve eser sahibinin mali haklarından olan çoğaltma hakkını sınırlandırmaktadır. Çoğaltma hakkı, eserin çoğaltılmasıyla sağlanabilecek mali menfaatleri eser sahibi için saklı tutmak amacıyla tanınmıştır ve çoğaltma hakkının ihlali FSEK'in 71'inci maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz suçuna sebebiyet vermektedir. Şahsen kullanma ise fikir ve sanat eserlerinin ticari amaç güdülmeksizin kişisel ihtiyaçlar ölçüsünde çoğaltılmasıdır. Her ne kadar eseri çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine ait olsa da şahsen kullanma halinde eseri çoğaltma hakkına tecavüz edildiği ve suç teşkil eden bir fiilin bulunduğu söylenemez. Bu itibarla şahsen kullanma, çoğaltma hakkının cezai himayesini sağlayan mali haklara tecavüz suçu bağlamında bir hukuka uygunluk sebebidir.

Şahsen kullanmadan söz edilebilmesi için çoğaltmanın; şahsen kullanmaya mahsus olarak yapılması, kâr amacı güdülmeksizin gerçekleştirilmesi, eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir. Bu şartlar her somut olayda ayrı ayrı incelenerek çoğaltmanın hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Öte yandan FSEK'in 38'inci maddesinde bilgisayar programlarının şahsen kullanmaya mahsus olarak çoğaltılması ayrıca düzenlenmiş olup kanun koyucu yazılımlar bakımından şahsen kullanma bağlamında genel çoğaltma serbestisini, yükleme, çalıştırma ve düzeltme serbestisini, yedekleme kopyası serbestisini ve nihayet ayırıştırma serbestisini kabul etmiştir.

## KAYNAKÇA

- Arslanlı H, *Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan 1954).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı Adalet 2021).
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1972).
- Bayrak Ö, *Uygulamada Fikri, Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları* (Seçkin 2019).
- Bozgeyik H, ‘Telif Hukukunda Eğitim İstisnası’ 2015 1 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 23-35.
- Çelik A, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011).

- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' 2020 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469-1523.
- Dreier T, Schulze G ve Specht L, *Urheberrechtsgesetz Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar* (C.H.Beck 2018).
- Dülger M V, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2020).
- Genç Arıdemir A, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları* (Vedat Kitapçılık 2003).
- Grodzinsky F ve Bottis M C, 'Private Use as Fair Use: Is it Fair?' 2007 11 Sacred Heart University Computer Science & Information Technology Faculty Publications 11-24.
- Güneş İ, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Seçkin 2021).
- Hafizoğulları Z, 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi' 1999 48 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-14.
- Harms L T C, *A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights* (4th edn, WIPO 2018).
- Hilty R M ve Nèrisson S, *Overview of national reports about "Balancing Copyright"* (Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-05).
- Hirş E, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ar Basımevi 1948).
- Kaya A, 'Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?' in Arslan Kaya, *Makalelerim - I -* (Beta 2012).
- Kercsmar G S, 'Computer Software & Copyright Law: The Growth of Intellectual Property Rights in Germany' 1997 15 (3) Penn State International Law Review (Dickinson Journal of International Law) 565-592.
- Kocaoğlu A, *Telif Haklarının İhlali Suçları (FSEK md. 71)* (Seçkin 2021).
- Memiş T, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Seçkin 2002).
- Olwan, Rami M, *Intellectual Property and Development* (Springer 2013).
- Öztrak, İ, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi 1977).
- Suluk C, Karasu R, ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2019).
- Szott Moohr G, 'The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory' 2003 83(4) Boston University Law Review 731-783.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).
- Torremans P L C, 'Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right' in Paul L.C. Torremans (ed), *Intellectual Property Law and Human Rights* (3rd edn, Wolters Kluwer 2015).
- Turan H S, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012).
- Yavuz, L, Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt - I -* (2. Baskı Seçkin).
- Yazıcıoğlu R Y, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar* (On İki Levha 2009).
- <https://sozluk.tdk.gov.tr>
- <https://library.ku.edu.tr/hizmetler/acik-erisim-akademik-iletisim/telif-hakki-ve-adil-kullanim>
- <http://www.kutuphane.itu.edu.tr/en/services/copyright-fair-use>