

ŞAHSİ ÇOĞALTMA İSTİSNASI VE BULUT DEPOLAMA PLATFORMLARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Osman Buğra BEYDOĞAN^()**

ÖZET

Eser sahibinin münhasır hakları karşısında üçüncü kişilerin eserden istifade etmeye ilişkin menfaatlerini de himaye eden telif hukuku, bu dengeyi -büyük ölçüde- istisna ve tahdit mekanizması üzerine inşa etmektedir. Şüphesiz, bunun en merkezi görünümünden biri de eserden doğan hakların çekirdeğini oluşturan çoğaltma hakkına, kişilerin bilimsel, kültürel ve sanatsal hayata katılımının temini adına getirilen şahsî çoğaltma istisnasıdır. Eserlerin üretimi, yayımı ve tüketiminde dijital ortamın birincil mecra haline geldiği günümüzde, dijital nüshaların oluşturulması ve depolanması noktasında birçok teknolojik alternatif sunulmaktadır. Mevcut çalışmada, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 38/1. maddesinde, birçok açıdan yoruma muhtaç bir düzenlemeye konu edilen şahsî çoğaltma istisnasının, bulut depolama platformlarında oluşturulan ve / veya saklanan dijital nüshalar bakımından uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bu bağlamda çoğaltma hakkı ve buna getirilen mezkûr istisnanın kapsam ve koşulları tespit edildikten sonra, Avrupa Birliği (AB) hukukundaki özdeş düzenlemenin bulut depolama alanları özelindeki içtihadî yorumlarından hareketle, Türk hukuku açısından da muteber olabilecek çıkarımlar yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Telif Hukuku, Çoğaltma Hakkı, Şahsî Çoğaltma İstisnası, Bulut Bilişim, Bulut Depolama.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1674638 - **Geliş Tarihi:** 12.04.2025 - **Kabul Tarihi:** 21.05.2025.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: obbeydogan@aybu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0720-2353>.

PRIVATE COPYING EXCEPTION AND APPLICABILITY THEREOF ON CLOUD STORAGE PLATFORMS

ABSTRACT

In safeguarding the justifiable interests of third parties to access the work alongside the exclusive prerogatives of the author, copyright laws build a balancing mechanism relying -to a large extent- on exceptions and limitations. Frankly, one of the most central appearances of the latter is the private copying exception introduced to the right of reproduction -which marks the center of gravity in the copyright bundle- with a view to enabling the participation of individuals in scientific, cultural and artistic discourse. With the digital realm serving as the primary medium for the production, dissemination and consumption of works in contemporary landscape, many technological alternatives are available in generation and storage of digital copies. Against this background, the present study reflects on the applicability of the private copying exception, regulated in article 38/1 of the Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK) No. 5846 in a manner that calls for clarification in many respects, within the specific context of digital copies created and/or stored on cloud storage platforms. In doing so, having delineated the scope and conditions of the right of reproduction and those of private copying exception, the study sets about drawing feasible conclusions for Turkish law, with a reference to the jurisprudential interpretations, in the specific to cloud storage platforms, of the equivalent legal provision under the European Union (EU) law.

Keywords

Copyright Law, Right of Reproduction, Private Copying Exception, Cloud Computing, Cloud Storage.

GİRİŞ

Fikri mülkiyet ürünleri temel itibarıyla insan zihninin (*intellect*) ürünlerine, fikri mülkiyet hakları ise bu ürünlerin hukuk tarafından, hukuk nezdinde korumaya değer bir kimliğe kavuşturulmasıyla vücuda gelen hukuki müesseseye isabet eder.¹ Bu kavramın içeriğini oluşturan ve genel hatları fikri mülkiyet yasalarının çizilen tipolojilere² bakılmaksızın, her bir tür fikri mülkiyet hakkı, hak sahibine, kural olarak üçüncü şahısların fikri mülkiyet ürününden yararlanmasını önleme yetkisi vermektedir.³

Her ne kadar fikri mülkiyet ürünlerinin üzerinde tekелci birtakım haklar tesis etmek fikri mülkiyet hukukunun en temel paradigması ise de bu tekelin ilahihaye ve kayıtsız-şartsız olması tasavvuru en başta fikri mülkiyet hukukunu vücuda getiren erekler ile bağdaşmayacaktır. Zira hangi felsefi temel ile açıklanırsa açıklansın, tekелci hakların verilmesinin geri planında doğrudan ya da dolaylı olarak genel bir kamu -ve hatta kamuyu meydana getiren bireylerin-menfaatinin nazara alındığı görülmekte; bu menfaatler arasında dengenin sağlanması fikri mülkiyet hukukuna atfedilen temel bir fonksiyon olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ Bu motifin belki de en önemli ögesi ise fikir ve sanat eserleri ile buluş ve tasarım gibi zihinsel yaratıcılık ürünlerinin vakti geldiğinde kamuya

¹ Bu noktada markaların ayrık durumu tespit edilmelidir. Zira, “mucitler ve müelliflerin aksine, marka sahibi bilimi veya sanatı ilerleten bir fikri yaratım ortaya koyduğunu iddia edemez” bkz. **Senftleben, Martin** (2011) “Trade Mark Protection- A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, IIC, C. 42, S. 4, ss. 383-387, s. 384.

² Her ne kadar her bir fikri mülkiyet hakkı kategorisi içindeki konu çeşitliliği teknolojik gelişme ve dijitalleşmeye paralel olarak ziyadesiyle genişlese de fikri mülkiyet haklarının düzenlenmesinin halen *numerus clausus* ilkesine bağlı olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, bir fikri mülkiyet hakkının tekemmül etmesi, korumanın konusu bakımından, pozitif hukuk çerçevesinde düzenlenmiş fikri mülkiyet hakkı tiplerinden birinin şartlarını karşılamasına bağlıdır. Bu halde, kanunda kategorik olarak düzenlenmemiş olan ya da düzenlenmiş kategorilerin şartlarını karşılamayan gayrimaddi unsurların (yahut da gayrimaddi mallar) fikri mülkiyet hakkının konusu olamayacağı açıktır.

³ Burada coğrafi işaret adlarının özel durumuna değinilmelidir. Kollektif bir koruma modelini ihtiva eden coğrafi işaretler inhisarî hak sağlamazlar. **Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/Nal, Temel** (2024) Fikri Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 386.

⁴ Aynı yönde, bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2024) s. 21.

mal olacağı ve böylelikle toplumun ilmî, sanatsal, sınai ve teknik alanlardaki müktesebatına katkı sağlayacağı tasavvurudur. Ancak fikri mülkiyet haklarının sağlama iddiasında olduğu motivasyonla bu alanlardaki yaratıcılık ve üretkenlik geliştikçe insanlığın fikrî, kültürel ve teknik müktesebatına eklenecek unsurlar da sayıca ve nitelikçe genişleyebilecektir. Aynı şekilde, müstakil bir fikri yaratıcılık unsurunun aranmadığı marka alanında bu kamusal fayda, mal ve hizmetlerin kökenini ayırt edici işaretler nezdinde ticari itibarın korunması, böylelikle adil bir rekabet ortamının oluşması, üreticiler daha kaliteli mal ve hizmetler üretmeye teşvik edilirken bu rekabet ortamından tüketici ve müşterilerin yararlanması, ayrıca bunların piyasadaki mal ve hizmet tercihleri açısından güvence altına alınması vb. şeklinde tezahür ettiği söylenebilir.

Yasa koyucuların bu tekelleri tesis etmelerindeki gayelerinin salt ve mutlak bir monopolistik durum oluşturmak olmadığı açıktır. Tam bu noktada fikri mülkiyet haklarının kural olarak süreyle sınırlı oluşunun ve bu haklara getirilen istisnalar ile sınırlamaların, kamu (ve üçüncü kişi) menfaatleri ile hak sahibinin menfaatlerinin dengelenmesindeki birincil enstrümanı olduğu ifade edilmelidir. Aynı husus, fikri mülkiyet haklarının klasik anlamda mülkiyet hakkından ayrıştığı noktalardan birine de işaret etmektedir.

Ana hatları bu şekilde ortaya koyulabilen koruma - istisna paradigmasının, daha özele inildiğinde, farklı fikri mülkiyet hakları açısından, gerek korunan menfaat gerekse bu menfaatin lehtarı açısından farklılık göstereceği muhakkaktır. Şüphesiz, koruma konusunun toplumsal değeri ve görece genişliği itibariyle fikir ve sanat eserleri hukuku, bu dengenin en kritik rolü üstlendiği alanlardan biridir.⁵

Bu çalışma, fikri mülkiyet haklarına getirilen istisna ve sınırlamaların telif hukuku alanındaki en merkezi görünümlerinden biri olan şahsî kopyalama istisnasına ilişkin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) md. 38/1 düzenlemesinin normatif şartlarını tartışarak bu müessesenin dijital ortamda, bulut depolama

⁵ Bu yönde **Ateş, Mustafa** (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, Seçkin, s. 360.

alanları açısından uygulanabilirliğini ele almaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) kararları nezdinde bu soru Avrupa Birliği (AB) hukuk düzenindeki cevabını bulmuşsa da Türk hukuku açısından bir sonuca ulaşmak, verimli sayılamayacak bir içtihadî zeminde, yasal düzenlemenin sunduğu sınırlı ipuçlarının yorumlanmasını gerektirmektedir. Bu ön tespitle, çalışmanın ilk bölümünde telif hukukundaki menfaatler dengesi ve FSEK'te bunun sağlanmasına hasredilmiş istisna ve tahditlerin genel görünümüne değinildikten sonra, müteakip bölümde eser sahibinin inhisarî çoğaltma hakkı ile buna şahsî kullanım amacıyla getirilen istisnanın normatif şartları tahlil edilmektedir. Bu genel tahlilin bulut depolama platformlarının çoğaltma ortamı olarak kullanılması özelinde tatbiki açısından, bu platformların çalışma motifi, şahsî çoğaltma eylemlerinde araçsallaştırılmaları ve umuma iletim hakkıyla olan sınır çizgisinin tespitine yer verilerek ABAD uygulaması ışığında bir dizi sistematik çıkarımlarda bulunmaktadır.

I. KORUMA VE İSTISNA DENGESİNİN TELİF HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

A. ÇATIŞAN MENFAATLER VE BUNLARIN DENGELENMESİ

Fikri mülkiyet hukukunun hemen her alanında koruma - istisna dengesinin arandığından genel hatlarıyla bahsettikten sonra, fikir ve sanat eserleri sahasının bu istisnalar açısından en zengin sahalardan biri olduğunu ifade etmekte bir mahzur yoktur. Şüphesiz, olası bir mutlakçı yaklaşım, fikrî mahsullerin ulaştığı kitleyi daraltacağı nispette hem toplumun kültürel ve sanatsal alanlardaki müktesebatına katkı sağlama olanağını ortadan kaldıracak hem de gerek eser veren gerekse toplumun diğer unsurları açısından yeni eserler vücuda getirilmesi noktasındaki tetikleyici rolünü ifa edemeyecektir.⁶ Yani, böylesi bir yaklaşım telif haklarının bahşedilmesinden umulan toplumsal faydayı imkânsız kılacak, onları salt fikrî tekelleşmeden öteye taşıyamayacaktır.

Telif hukukunun himaye ettiği birincil menfaat eser sahibinin menfaati olarak tespit edildiğinde, esere erişmek ve ondan istifade etmek isteyen kimselerin

⁶ Aynı yönde, bkz. **Bozgeyik, Hayri** (2015) "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası", TFM, C. 1, S. 2, ss. 23-36, s. 25.

süjesini oluşturduğu bir karşı menfaat alanını da tespit etmek mümkündür.⁷ İçeriği itibarıyla bu karşı menfaat alanı, yukarıda da değinildiği üzere, eğitime ve bilgiye ulaşma hakkı, ifade hürriyeti, kültürel, sanatsal ve bilimsel hayata katılma hakkı ve hatta özel hayatın gizliliği⁸ gibi birçok üst menfaatin alanına dokunmaktadır. Bu çatışmayı çevreleyen telif hukuku ise bir mutlak fikrî tekel hukukundan ziyade, eser özelinde müellifin yararı ile kamunun geri kalanının yararını dengeleme rolünü de üstlenen bir sistemattir.⁹

Erişim menfaati lehine bu dengenin teminindeki iç enstrümanlardan ilki, korumanın süreyle sınırlı olması ve bunu takiben mali hakların konusunu oluşturan kullanımlar bakımından eserin, kamunun serbest yararlanmasına bırakılmasıdır.¹⁰ Bu halde, haklara normatif düzlemde bir ömür biçildiği ve dolayısıyla tekelleştiriciliklerinin de ilanı haye olmadıkları ortadadır. İkincisi enstrüman ise

⁷ **Beydoğan, Osman Buğra** (2023) “İnhisari Çoğaltma Hakkı ve Bu Hakkın FSEK 38/1. Madde Anlamında Şahsî Kullanıma İlişkin Tahdidi”: DEKMEB, Yayıncılıkta Dijital Dönüşüm & Basılı ve Dijital Yayıncılıkta Telif Hakkı İhlalleri Sempozyumu, ss. 129-158 s. 129; **Ateş**, s. 238.

⁸ Bu hususta bkz. **Gervais, Daniel J.** (2005) “Use of Copyright Content on the Internet: Considerations on Excludability and Collective Licensing”: Geist, Michael (Editör), In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law, Toronto, Irwin Law, ss. 526-531.

⁹ Bu ‘dengeleme’ rolü Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü’nün 1996 tarihli Telif Hakları Sözleşmesi’nin dibacesinde de “[M]üellifin hakları ile daha geniş kamu yararı, özellikle eğitim, araştırma ve bilgiye erişim arasında bir denge sağlamak” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer doğrultuda bkz. **Ateş**, s. 239; **Tekinalp, Ünal** (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s. 34; **Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/Nal, Temel** (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 36; **Abruzzi, Bradley F.** (2010) “Copyright, Free Expression, and the Enforceability of “Personal Use-Only” and Other Use-Restrictive Online Terms of Use”, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, S. 26 ss. 85-140, s. 92; **Fishchman-Afori, Orit** (2011) “The Evolution of Copyright Law and Inductive Speculations as to Its Future” J Intell Prop L, S. 19, ss. 231-259, s. 243; **Ginsburg, Jane C.** (2002) “From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in US Copyright Law”, J Copyright Soc’y USA, S. 50, ss. 113-131, s. 116.

¹⁰ Kamusal alan (*public domain*), gerek koruma süresinin sona ermesinden gerekse korumanın hiç teşekkül ettirilmemesinden dolayı fikri mülkiyet korumasından arı, dolayısıyla serbest istifadeye açık olan fikri yaratımların oluşturduğu alan olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda detaylı bir analiz için bkz. **Dolcerocca, Antoine/Coriat, Benjamin** (2016) “Commons and the Public Domain: A Review Article and a Tentative Research Agenda”, Rev Radic Polit Econ, C. 48, S. 1, ss. 127-139, s. 134.

münhasır mali hakların, üçüncü kişiler lehine, kanuni dairede himaye gören istisna ve tahditlerle tahkim edilmiş olmasıdır.¹¹ Bu da hukuki himayeleri devam ederken bile hakların mutlak tekel anlamına gelmediğine işaret ederken, eser ve eserde muhteva bilgi ürünlerine adilane bir erişimi temin etmektedir.¹²

Önemle altı çizilmesi gereken bir nokta ise çatışan bu menfaatlerin anayasal düzlemde himaye gören hak ve hürriyetlerle ilgili olmasıdır. Diğer kamusal menfaatler lehine, eserden doğan haklara getirilecek sınırlamalar müellifin mülkiyet hakkı başta olmak üzere, süreli ve süresiz yayın hakkı, bilim ve sanat hürriyeti, ifade hürriyeti alanlarına müdahale sonucunu doğurabilir.¹³ Dolayısıyla müellifin tekel alanı içerisinde, “erişim / istifade” menfaati lehine bir meşru alanın tesis edilmesi, bunların koşul ve sınırlarının kanun nezdinde tespit edilmiş olmasına bağlıdır. Buradaki çerçeve hem Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. Maddesinde tespit edilen kanunilik, ölçülülük gibi standartlar hem de istisna ve tahditlerin (i) eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması, (ii) hak sahibinin meşru menfaatlerine makul ölçüler ötesinde zarar vermemesi ve (iii) belirli özel hallerle sınırlı olması kıstaslarını (üç adım testi) getiren uluslararası fikri mülkiyet sözleşmelerin tarafından çizilmiştir.¹⁴

¹¹ Aynı postülayı destekler nitelikte üçüncü bir unsur da fikri mülkiyet haklarının rekabet hukuku çerçevesinde sınırlandırılması olarak kabul edilebilir. Genel itibariyle fikri mülkiyet haklarına dayanarak hâkim bir durumun kötüye kullanılmasını hukuk düzeni himaye etmez.

¹² **Litman, Jessica** (1992) “Copyright and Information Policy”, *Law & Contemp Probs*, S. 55, ss. 185-209, s. 205; **van Eechoud, Mireille** (2009) *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, s. 10.

¹³ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, fikri mülkiyet haklarının korunacağına ilişkin hükümüne ‘mülkiyet hakkı’ başlığı altında yer verirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de fikri mülkiyet korumasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1. Protokol 1. madde anlamında mülkiyet konuru kabul edildiğini içtihat etmiştir; bkz. *Anheuser-Busch Inc v Portugal* (2007) App no 73049/01 (ECtHR, 11 Jan 2007); *Melnychuk v Ukraine* (2005) App no 28743/03 (ECtHR, 5 Jul 2005); *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v Sweden* (2013) App no 40397/12 (ECtHR, 19 Feb 2013). Anayasa Mahkemesi’nin kabulü de aynı doğrultudadır. Buna göre “Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır.” (AYM, E. 2004/81, K. 2008/48, 31/01/2008).

¹⁴ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi’nin çoğaltma hakkına ilişkin 9. maddesi kapsamındaki “Eser sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan bir ölçüde zarar

B. FSEK’TE İSTİSNA VE TAHDİTLERİN DÜZENLENİŞİ

Eser sahibinin karşısındaki erişim menfaatinin lehtarı tek bir kişi, kamunun bir kısmı ya da tamamı olabileceği gibi doğrudan kamu düzeni de olabilir. FSEK sistematığı içerisinde, hakların süresine ilişkin sınırlaması bir kenara bırakılırsa,¹⁵ istisna ve tahditlerin lehtarına göre bir tasnife tabi tutulduğu görülmektedir. Düzenleme şekli açısından genelden özele bir sıralama takip eden kanunda bu kategoriler sırasıyla (i) kamu düzeni (*amme nizamı*) lehine, (ii) genel menfaat lehine ve de (iii) özel (*hususı*) menfaat lehine tahditlerden üst başlıklarından müteşekkildir.¹⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, literatürdeki istisna / tahdit (sınır-

vermemek ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmamak kaydıyla, bazı özel durumlarda çoğaltılmasına verilecek izin, Birlik ülkelerinin mevzuatı ile düzenlenecektir” düzenlemesi, üç adım testinin kaynağını oluşturmakta, üye ülke hukukunca yapılacak istisna/tahdit düzenlemelerine ilişkin çerçeve prensipleri çoğaltma hakkı özelinde tespit etmektedir. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS) ise bu standartların tüm istisna ve tahditler açısından aranacağını 13. maddesinde açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre “Anlaşma tarafları, münhasır haklara ilişkin sınırlamaları veya istisnaları eserin normal kullanımına aykırı olmayan ve hak sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan biçimde zarar vermeyen, belirli özel durumlarla sınırlı sınırlı tutar.” Tahditlerin tahdidi niteliğindeki üç adım testini oluşturan standartların içeriğine ilişkin bkz. **Geiger, Christophe/Gervais, Daniel J./Senftleben, Martin** (2015) “Understanding the “Three-Step Test””: Gervais, Daniel J., International Intellectual Property, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 167; **Helvacı, Serap/Atar, Eray A.** (2016) “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, ss. 1289-1302, s. 1289; **Beydoğan**, s. 140.

¹⁵ Kanunun süreye ilişkin sınırlamasının da özünde kamu menfaatine hizmet eden bir tahdit olduğu yönündeki görüş için bkz. **Ayiter, Nûşin** (1972) Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 141; **Ateş**, s. 240.

¹⁶ Kanunun müteakip maddelerinde (md.42 vd.) “Hükümete tanınan yetkiler” başlıklı düzenleme de şeklen “Tahditler” üst başlığının altında yer almaktadır. Fakat burada yer verilen düzenlemeler arasında istisna / tahdit niteliğindeki yegâne madde olan “Kamuya maletme” kenar başlıklı 47. madde, kapsam cümlesinin Anayasa Mahkemesi’nin 14/5/2015 tarihli ve E.: 2014/177, K.: 2015/49 sayılı kararı ile iptaline müteakip uygulanabilirliğini kaybetmiştir. Bu yönde bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2021) s. 148. Ayrıca Kanunun Ek-11. maddesiyle getirilen düzenleme, engelliler için üretilmiş bir nüshası olmayan alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, Brail alfabesi ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi konusunda serbesti getirerek esasında kamunun belirli bireyleri lehine erişim / istifade imkanı sağlamıştır. Bu itibarla ilgili düzenleme lehtarı bakımından kamusal menfaat başlığına dahil edilebilmelidir.

lama) dikotomisini şeklen yansıtmayan FSEK, tüm bu kategorileri “Tahditler” başlığı altında düzenlemektedir.¹⁷

Kamu düzenine özgülünen sınırlamalara bakıldığında, tür ayrımı olmaksızın eserin, yargı mercileri ile diğer resmi makamlar huzurunda bir işleme konu teşkil etmek üzere kullanılmasına engel bulunmadığı hükme bağlanmıştır. Madde lafzı her ne kadar ancak ‘eserin ispatı maksadı’ ile gerçekleştirilecek kullanımlar açısından böyle bir serbesti tanıdığına işaret etse de öğretide eserin ispatı değil, genel ispat maksadının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁸ Fotoğraflar açısından ise genel güvenlik ya da adli maksatlar mucibince, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılmasına ve yayılmasına ilişkin bir serbesti getirilmiştir (md. 30/1).¹⁹ Ayrıca eserin eser sahibi tarafından çeşitli biçimlerde kullanılmasını kamu düzeni gereği men edebilecek sair kamu hukuku düzenlemeleri de bir çeşit tahdit olarak FSEK’te tanınmıştır (md. 30/2).

Genel menfaate ilişkin sınırlama ve istisnalar ise -yukarıda izah edilen sınırlamalardan farklı olarak- kamuyu oluşturan unsurları çevreleyen kamu düzeni mefhumunun temini adına değil, kamuyu oluşturan kişilerin tamamı ya da belirli bir kesiminin genel faydasına hitap eden kullanımlara zemin oluşturmaktadır. FSEK özelinde konu bazlı bir kategorizasyon olmasa da bunlardan bazıları- nın haber alma ve bilgi amaçlarına,²⁰ bazılarının eğitim ve öğretim amacına,²¹

¹⁷ ‘Tahdit’ kavramının konu itibarıyla koruma kapsamının dışında tutulan fikir ürünlerini refere ederken, ‘istisna’nın kural olarak koruma konusu olmakla birlikte bazı üçüncü kişiler lehine kullanımlar belirli şartlarda korumadan bağımsız tutulduğu yönünde bkz. **Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi** (2014) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara, Seçkin, s. 1216.

¹⁸ **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1220; **Öztan, Fırat** (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 424.

¹⁹ Bu hükmünün fotoğrafların yanı sıra diğer bazı fikir ve sanat eserlerine uygulanabileceğine ilişkin bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2024), s. 137.

²⁰ Mevzuat ve yargı kararlarının çoğaltılması, yayılması ve işlenmesine ilişkin serbesti (md. 31), nutuk ve söylevlerin haber ve bilgi verme amacıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması ve yayımına ilişkin serbestisi (md.32), basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük haberlerin alıntılanmasına ilişkin serbesti (md. 36), haber mahiyetinde ve bilgilendir-

bazılarının ise bilimsel, kültürel amaçlar ve ifade hürriyetine²² hizmet ettiği öğre-tide ifade edilmektedir.²³

Bunların dışında, toplumsal ve genel bir ihtiyacı karşılama sonucunu doğu-rabilmekle birlikte doğrudan buna yöneltilmeyen; daha ziyade fertlerin ilmi, kültürel ve sanatsal yaşam katılım hak ve ihtiyaçlarının tatminini temel gaye benimseyen kullanım serbestileri de bu denge mekanizmasının önemli bir bile-şenini oluşturmaktadır. Kanunun sistematığı içerisinde bu maksada yöneltilen ve içerik itibarıyla tatbiki kabil bir istisna/taahhüt içeren düzenlemeler aşağıda tahlil edilecek olan, ‘şahsen kullanma’ kenar başlıklı 38. madde düzenlemesi ve ‘kopye ve teşhir’ kenar başlıklı 40. madde düzenlemesinden ibarettir.

II. ÇOĞALTMA HAKKI VE ŞAHSEN KULLANMAYA İLİŞKİN İSTİSNA

A. KULLANMA FİİLİNİN BAĞLAMININ TESPİTİ

Madde başlığını şekillendiren *kullanma* ifadesi, semantik sahası itibarıyla eserden istifade edilmesine (ve ettirilmesine) yönelik hemen her eylemi kapsa-yacak kadar geniştir. Örneğin bir edebiyat eserinin basılı bir nüshasını edinen biri tarafından o kişinin şahsî alan içinde ya da umumi bir sahnede sesli olarak okunması; aynı eserin el yazısıyla ya da reprografik yöntemlerle çoğaltılması; o eserin başka bir dile çevrilmesi ya da bir sinema filmine uyarlanması; o eserin belirli kısımlarına, alıntılar yoluyla başka bir eserde yer verilmesi geniş anlamı-yla *kullanma* fiillerinin yalnızca bir kaçıdır. Bu itibarla esasında her bir mali hak da eseri içeren bir hareket tarzını, diğer bir ifadeyle bir kullanma şeklini, konu almaktadır. Fakat her kullanma ya da faydalanmanın bir malî hakkın konusu

me kapsamını aşmayan bir mahiyette, günlük hadiselerle ilintili olarak eserin bazı parçalarının işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması ve şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbestisi (md. 37).

²¹ Yayınlanmış bir eserin; eğitim ve öğretim kurumlarında yüz yüze eğitim bağlamında temsile konu edilmesi serbestisi (md. 33), eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler vücuda ge-tirilmesi serbestisi (md. 34).

²² İktibas serbestisi (md. 35).

²³ Bu sınıflandırma için bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2024), s. 136.

olduğu söylenemez. Zira eser sahibinin malî hakları kanunda sayılan tiplerden ibaret olduğu gibi, alenileşmiş eserler bakımından, inhisarî yetkiler de yalnızca bunlar açısından muteberdir (FSEK md. 20).

Bu halde, aleniyet kazanmış bir eserden üçüncü kişilerin faydalanması, meşruiyetini, bu kullanma / faydalanmanın (i) kanunun malî hak konusu olarak tespit ettiği hareket tarzlarından biri olmamasında,²⁴ (ii) bu hareket tarzlarından biri olmakla birlikte, kanunda o hareket tarzının malî hak konusu olması için yer, yöntem, usul, mecra gibi ek şartlar öngörmüş olmasında²⁵ yahut da (iii) münhasır hakkın konusu olmak ve şartlarını sağlamakla birlikte, kanunun ilgili kullanım konusunda bir tahdit / istisna öngörmüş olmasında bulur. İlk iki halde eser sahibinin münhasır hakkının uzanmadığı bir kullanım tarzı söz konusuysa son halde ise aslında kural olarak eser sahibinin inhisarına terk edilmiş bir hareket tarzını -yani bir malî hakkın konusunu- içeren kullanım / faydalanma olanağı üçüncü kişilere de tanınmıştır. Dolayısıyla bu son halde üçüncü kişiler lehine tanınan bu kullanma / faydalanma olanağı belirli bir malî hakla ilintili ve bununla sınırlı olmalıdır.²⁶

Kanunun, hususî menfaat mülahazasıyla tahditler başlığı altındaki 38. Maddesinde düzenlediği *şahsan kullanma*, yukarıda izah edilenden çok daha dar bir anlamda, yalnızca şahsen kullanma maksadıyla eserin çoğaltılmasına ilişkin bir serbestiyi ve dolayısıyla çoğaltma hakkına getirilen bir istisnayı içermektedir. Bu halde maksadı şahsi istifade olsa bile eserin, çoğaltma dışındaki hareket tarzlarını içeren kullanımların meşruiyet zemini 38. Madde hükmü olmayacaktır. Çoğaltmaya ilişkin bu serbestinin koşullarına değinilmeden önce, onun konusunu oluşturan ‘çoğaltma’ hareket tarzının çerçevesi çizilmelidir.

²⁴ Örneğin eser sahibi tarafından piyasaya sürülmüş bir edebiyat eserinin satışa sunulduğu kitapçının rafından alınarak birkaç sayfasının okunması durumunda olduğu gibi.

²⁵ Örneğin bir eseri okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi hareket tarzları “temsil” eylemini oluştururken, eser sahibine münhasıran bırakılan “temsil suretiyle faydalanma hakkı” umumî mahallerde gerçekleştirilen eylemlerden açısından söz konusudur (FSEK md. 24).

²⁶ Bu gereklilik, yukarıda ifade edilen 3 adım testinin “belirli özel durumlarla sınırlı olma” ayağıyla da doğrudan ilgilidir.

B. ÇOĞALTMA HAKKI

Koruma konusunun sadece yazılı / basılı fikir ürünleri olduğu ve eserin difüzyonunun ancak fiziki nüshaların üretimi ve yayımıyla gerçekleştiği bir dönemden orijine olan telif hukukunun kökeninde, eserin ekonomik potansiyelinin onu meydana getirene özgüleyerek eserlerin sayıca çoğalmasını sağlama ve böylelikle *öğrenmeyi teşvik etme* motifi yatar.²⁷ Bu tasavvurun gerçekleştirilmesi ancak çoğaltmaya ilişkin yetkinin de bu kimselerin inhisarına bırakılmasıyla bağlıdır. Bu sebeptendir ki çoğaltma hakkı, telif hukukunun başlangıç noktası ve çekirdek alanı kabul edilmektedir.²⁸ Eserden yararlanmanın kadim ve en önemli yöntemi olan çoğaltma eylemi,²⁹ bugün de eserin muhtelif yöntemlerle kullanılmasının doğal bir ön koşulu olarak görülebilir. Fakat bu başlık altındaki en belirgin problemlerden biri de - özellikle güncel teknolojik imkanların, eserin aktarımı noktasında sunduklarıyla birlikte - çoğaltmanın teknik ve hukuki tanımları arasında bağın durağan olmayışıdır. Zira olağan anlamda çoğaltmanın çerçevesi, eserin yararlanmaya elverişli bir nüshasını oluşturma hareket tarzıyla çizilirken artık birçok istifade biçimi eserin fiziki bir nüshasını gerektirmediği gibi dijital ortamda gerçekleştirilen basit işlemler bile eserin teknik anlamda çoğaltılması sonucunu otonom olarak doğurabilmektedir.³⁰

Çoğaltma eyleminin teknik boyutlarına ilişkin, teknolojik gelişmelere paralel olarak gerçekleşebilecek paradigma değişiklikleri, buna dair normatif tanım-

²⁷ Telif hukukunda ilk maddi düzenleme olarak kabul edilen 1710 Kraliçe Yasası “Yasası Basılı Kitapların Kopyalarının, Bu Kopyaların Yazarlarına veya Alıcılarına, Belirtilen Zamanlar Boyunca Devredilmesi Yoluyla Öğrenmeyi Teşvik Etme Yasası” öz tanımını benimsemektedir.

²⁸ **Holyoak, Helen/ Torremans, Paul** (2013) *Intellectual Property Law*, 7. Baskı, Oxford, OUP, s. 195; **Goldstein, Paul/Hughenoltz, P. Bernt** (2019) *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 4. Baskı, Oxford, OUP, s. 286; **Stamatoudi, Irini/ Torremans, Paul** (2021) *EU Copyright Law: A Commentary*, 2. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 284; **Tekinalp**, s. 184.

²⁹ **Tekinalp**, s. 184; **Bozgeyik, Hayri** (2023) *Mimaride Telif Hakları*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 101.

³⁰ Bu hususta bkz. **Karaaslan, Pelin** (2022) “Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklilik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması”, TFM, C. 8, S. 1, ss. 29-49, s. 29; **Seville, Catherine** (2009) *EU Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 51.

ların çerçevesinin de geniş tutulmasını gerektirmiştir.³¹ Buna uygun olarak FSEK düzenlemesi hem hareket tarzı olarak çoğaltmayı hem de yöntem, araç ve süre gibi hususları esnek hatlarla tespit etmiştir. Çoğaltma hakkını düzenleyen 22. Madde hükmüne göre, bu eylemi ihtiva eden temel hareket tarzı “[e]serlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması” iken, “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” ve dolayısıyla eserlerin ilk tespiti³² ile “mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması” da çoğaltma hareket tarzının görünüşleridir. Kanun koyucu, bu şekilde tarif ettiği çoğaltma eylemini, eserin aslından ya da kopyalarından olduğuna bakılmaksızın, *herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli* olarak gerçekleştirilmesi yetkisini münhasıran eser sahibine atfetmiştir (md. 22/1).

Öğretide ise eseri cisimleştiren, mevcut orijinal esere çoğaltılmış bir nüsha ekleyen her hareket tarzı çoğaltma olarak nitelendirilmektedir.³³ Bundan anlaşılması gereken, eserden istifadenin tekrarlanması olanağını sağlayan, bu istifade sırasında da eserin aslına (ya da kendisinden nüsha oluşturulan kopyaya) ihtiyaç bırakmayan bir nüshasının oluşturulmasıdır.³⁴ Tekrarlanabilirlik, doğal olarak, o nüshanın az veya çok kalıcılığını ve sabitliğini gerektirirken,³⁵ bunun sağlanması da eserin bir nesne veya ortamda (*medium*) cisimleştirilmesiyle mümkün olur.³⁶ Fakat ne buradaki kalıcılık ilanihaye olmayı ifade eder ne de cisimleştirme doğru-

³¹ Fransız Fikri Mülkiyet Yasası md. L122-3 ‘herhangi bir usulle’ çoğaltmadan, Alman Telif Yasası §16 ‘hangi usulle olursa olsun’ çoğaltmadan, AB Bilgi Toplumunda Telif Hakları Direktifi (*InfoSoc Dir.*) md. 2 ‘her vasıta ve şekille’ çoğaltmadan söz etmektedir.

³² Aynı yönde bkz. **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 881; **Suluk/Karasu/Nal** (2024), s. 122; **Çakır Çelebi, Fatma Betül** (2022) “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımların Satışının Değerlendirilmesi”, AHBVÜHFD, C. 27, S. 4, ss. 129-165, s. 138.

³³ **Hirş, Ernst** (1948) Fikri ve Sinaî Haklar, Ankara, Ar Basımevi, s. 198.

³⁴ **Ayiter** (1972) s. 124; **Ateş**, s. 164; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 817.

³⁵ **Erel, Şafak N.** (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 164.

³⁶ **Hirş**, s. 198; **Tekinalp**, s. 184; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 822.

dan ve dar anlamda bir fizikî kopya demektir.³⁷ Aksine, eserden belirli bir süre için de olsa tekraren yararlanmaya elverişli bir nüsha oluşturulması da çoğaltma eylemine vücut verirken,³⁸ insan algısına doğrudan hitap etmese bile eserin dijital biçimde bir veri taşıyıcısı üzerinde tespit edilmesi de çoğaltma niteliğindedir.³⁹

Ayrıca bu nüsha nezdinde doğrudan ya da dolaylı olarak eserin, türevi ve doğasına uygun olarak algılanabilir olması gerekliliği de öğretilde ifade edilmektedir.⁴⁰ Bu itibarla, normal olarak fonetik algılamanın konusu olan müzik eserlerinin icra edildiği bir konserde, sahnenin fotoğrafını çekmek o müzik eseri açısından çoğaltma teşkil etmeyecektir.⁴¹ Buna karşılık aynı konserin sesli video kaydına alınması, dolayısıyla dijital bir görüntü dosyası üzerinde tespit edilmesi; yine fonetik algılamanın konusu olan bir sözlü edebiyat eserinin yazıyla tespit edilmesi çoğaltmadır. Hülasa, eserin özünden, ona uygun mutata algısal yararlanmay⁴² tekrar edilebilir kulan, az çok kalıcılık arz eden tespitler çoğaltmaya vücut verir.⁴³ Fakat bu tespiti, bir maddenin şekillendirilmesiyle meydana gelen⁴⁴ ve aynen çoğaltılması kabil olmayan -dolayısıyla tek ve biricik nitelikte olan- eserler açısından rezerv koymak gerekmektedir.⁴⁵ Bu halde, orijinal eseri taklit veya tekrar maksatlı bile olsa, aynıyla kopyalamadan ziyade bir ‘yeniden

³⁷ Karaaslan, s. 33.

³⁸ Ateş, s. 164; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 825.

³⁹ Suluk/Karasu/Nal (2024), s. 123.

⁴⁰ Erel, s. 164; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 823.

⁴¹ Suluk/Karasu/Nal (2024), s. 122.

⁴² “Algısal yararlanma” terminolojisine ilişkin bkz. Karaaslan.

⁴³ Bu bağlamda ayrıca belirtmek gerekir ki, özellikle güzel sanat eserlerinin, orijinal eserle benzer şekilde algılanabilen fakat farklı türdeki bir ortamda tespitinin çoğaltma sayılıp sayılmayacağına ilişkin görüş ihtilafı mevcuttur. Örneğin, bir heykelin fotoğrafının çekilmesi suretiyle elde edilen tespitin çoğaltılmış bir nüsha sayılmayacağına ilişkin bkz. Ayiter (1972) s. 125; Erel, s. 165. Karşıt görüş için bkz. Geiger, Christophe/ Schönherr, Franciska/Stamatoudi, Irini/Torremans, Paul (2021) “The Information Society Directive”: Stamatoudi, Irini/Torremans, Paul (Editörler), EU Copyright Law, 2. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 285.

⁴⁴ Ayiter (1972) s. 124.

⁴⁵ Bu yönde, Erdil, Engin (2013) İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 847; Ateş, s. 400.

yapım’ söz konusudur. Oysa çoğaltmadan söz edebilmek için eserin aynen kopyalanması aranır.^{46,47} Aynen kopyalamanın mümkün olmadığı bu hallerde eserin tekrarlanması, onun orijinal eserden bağımsızlık derecesine bağlı olarak münferit bir eser yahut da işleme eser sayılabilir.⁴⁸

Çoğaltmanın tekemmülüne etki etmeyen ve böylece çoğaltma hareket tarzının kapsamını genişleten bazı hususlara da değinilmelidir. İlk olarak, telif hukuku bağlamında ‘çoğaltma’ ifadesinden, nicel olarak *azın* karşısı olan *çok* anlaşılmalıdır. Yukarıda da değinildiği üzere henüz bir nüsha olarak tecessüm etmemiş bir eserin ilk tespiti, yani tek bir nüsha oluşturulması dahi çoğaltma anlamına gelecektir.⁴⁹ Dolayısıyla çoğaltmadan söz edilebilmesi için, eylemin neticesinde ortaya çıkan nüsha sayısı açısından bir alt sınır (ya da üst sınır) söz konusu değildir. Yine, çoğaltılan kısmın esere oranı da çoğaltmanın varlığı açısından kural olarak önem arz etmez. Keza ilgili mali hakkın sınırlarını çizen kanun koyucu, *tamamen veya kısmen* çoğaltmayı da hakkın kapsamına almıştır.⁵⁰ Kısmi çoğaltmalar açısından alt eşik, yeni bir nüshada tekrarlanan o kısımdan eserin hususiyetinin menkul olmasıdır.^{51,52} Ayrıca gelinen nokta itibarıyla dijital alanın, *eser* üretimi, tüketimi ve

⁴⁶ **Tekinalp**, s. 185; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 823.

⁴⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki ‘eserin aynen kopyalanması’ ile ‘kendinden nüsha oluşturulan nüshanın aynen kopyalanması’ her zaman örtüşmeyebilir; ikinci hal daha dar bir alana tesadüf eder. İlk halde ise, eserin özünün, onun niteliğine uygun olarak tekrarı söz konusudur ve çoğaltmanın varlığının tespitinde esas alınan da budur. Zira nüshanın türevinin değişmesi aynen çoğaltma olmadığı anlamına gelmez. Örneğin el yazması bir eserin bilgisayarda bir metin programında yazılması çoğaltma oluştururken dijital bir resmin elle tekrarlanması çoğaltma oluşturmaz.

⁴⁸ **Erel**, s. 164; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 823.

⁴⁹ Bkz. dn. 32.

⁵⁰ Aynı husus, “[e]ser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamil-
dir.” düzenlemesiyle, Kanunun md. 13/2 hükmünde de desteklenmektedir.

⁵¹ Aynı yönde bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2021) s. 122; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 824.

⁵² Benzer düzenlemeyi içeren Avrupa Birliği Bilgi Toplumu Direktifi’ni (InfoSoc Dir.) yorum-
layan ABAD, müellifin fikri yaratımını yansıttığı müddetçe, somut olay özelinde, eserin 11 ke-
limeden oluşan bir kısmının tekrarlanmasının dahi çoğaltma oluşturacağını içtihat etmiştir.
Bkz. Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*
ECLI:EU:C:2009:465.

de dağıtımında birincil mecra haline geldiği gözleminden hareketle⁵³, çoğaltmanın farklı görünüşlerini karşılamak adına kanun koyucuların tür, yöntem ve ortam açısından şekli (ve dolayısıyla çoğaltmanın kapsamını daraltacak) bir yaklaşımdan imtina ettiğini gözlemlemek mümkündür. Mevcut bağlamdaki önemi itibariyle bu hususa aşağıda münferiden değinilmektir.

C. ÇOĞALTMANIN ŞEKİL, YÖNTEM VE ORTAM AÇISINDAN TEKNOLOJİ-NÖTR OLUŞU

Eserin üretilmesi, tüketilmesi ve yayılması noktasında dijital teknolojinin sundukları ‘kolaylık’ anlamına gelirken⁵⁴ bunların telif hukuku cephesindeki anlam karşılığı yeni birer ‘sorun’ olabilmektedir. Bunların ise (i) dijital mecra-daki -görünüşte- hareket tekliliğinin malî haklar cephesinde çoklu sonuç doğurması; (ii) dijital alanda eseri konu alan istifade şekilleri ve iş modellerinin (daha geniş bir ifadeyle hareket tarzının) davranışsal, değişken ve genişleyici yapısının, soyut, normatif ve görece durağan hukuk kurallarıyla karşılanmak durumunda olması ve (iii) dijital alandaki hareket kolaylığı ve hızı temel motiflerinden ileri geldiği ifade edilebilir.⁵⁵

Bu tablonun farkında olan kanun koyucular, çoğaltma fiillerinin kapsamını tespit ederken teknolojinin mevcut imkanlarının yanı sıra potansiyel imkanlarını da göz önünde bulundurmuş ve çoğaltmanın teknik türevlerine ilişkin sınırlayıcı bir yaklaşımdan kaçınmıştır.⁵⁶ Teknoloji-nötr olarak nitelendirilebilecek

⁵³ **Suluk, Cahit** (2021) “Dijital Telif Hakları”, TFM, C. 7, S. 2, ss. 177-179.

⁵⁴ Dijital alandaki bu kolaylıklar, çoğaltma kolaylığı, difüzyon (ya da yayma) kolaylığı ve fiziki alana ihtiyaç duyulmamasından ileri gelen saklama (depolama) kolaylığı olarak ifade edilmektedir; bkz. **Peters, Marybeth** (2006) “The Challenge of Copyright in the Digital Age”, *Rev Prop Inmaterial*, S. 9, ss. 59-67, s. 59-60. Kanaatimizce bu üç unsura ek olarak ve bunlardan önceki aşamada, ‘dijital alanda eser üretilmesi kolaylığı’ da zikredilebilir.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Jansen, M** (2006) “The Protection of Copyright Works on the Internet-An Overview”, *Comp & Intl LJ Southern Afr*, C. 38, S. 3, ss. 344-354, s. 344.

⁵⁶ Böylelikle teknik gelişmelere ilişkin kapının açık tutulduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 185; Yine AB Bilgi Toplumunda Telif Hakları Direktifi (InfoSoc Dir.), çoğaltma eylemlerinin geniş tanımlanmasını hukuki güvenlik açısından gerekli görmüştür. Bkz. InfoSoc Dir. Dibacesi, § 21.

bu yaklaşım hem FSEK md. 22’de hem de mehzaz olan AB Bilgi Toplumunda Telif Hakları Direktifi’nin (*InfoSoc Dir.*) 2. Maddesinde “*herhangi bir şekil veya yöntemle*” çoğaltma ifadesiyle nakledilmiştir.⁵⁷ Buna ek olarak FSEK’in mezkûr maddesi devamında “*bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilme*” ifadesiyle bu yaklaşımın altı çizilmiştir. Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi’ne bakıldığında ise bu yaklaşımın uluslararası hukuk düzleminde çok daha kadim normatif kökenlere dayandığı görülmektedir. Sözleşmenin, çoğaltma hakkını konu alan 9. Maddesi yine “*herhangi bir yöntem veya şekille*” ifadesine yer verirken, Bern’e ilişkin kılavuzunda Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), bunun “*desen, gravür, litografi, ofset ve diğer tüm baskı süreçleri, daktilo, fotokopi, mekanik veya manyetik kayıt (diskler, kasetler, manyetik bant, filmler, mikrofilmler, vb.) ve bilinen veya henüz keşfedilmemiş tüm diğer tüm çoğaltma yöntemlerini kapsayacak kadar geniş bir kavram*” olduğuna işaret etmektedir.⁵⁸

Şüphesiz gelineen nokta itibariyle bu genişlik, yöntem ve materyal açısından dijital - analog dikotomisinin her iki unsurunu da kapsadığı gibi bunlar arasında geçişkenlik oluşturacak türevleri de kapsamaktadır. Bu itibarla ve buna ilişkin örneklerin tüketilemeyeceği ön kabulüyle;

- Eseri fiziki bir ortamda tespit eden, yazma, baskı, fotokopi, notasyonla tespit etme, plağa / kasede kaydetme, analog fotoğraf çekme, bir mimari projenin tatbiki ile inşa edilen bir yapı, eserin fiziki ortamlar arası çoğaltılmasına;
- Eseri dijital bir nüshayla tespit eden dijital fotoğraf çekme, video / ses kaydetme, sözlü eseri bilgisayar ortamında yazma gibi eylemler ya da zaten dijital bir nüshadan yeni bir dijital nüsha oluşturan yükleme (*uploading*), indirme (*downloading*), dosya paylaşımı (*file sharing*) gibi eylemler dijital ortamlar arası çoğaltmaya;

⁵⁷ Buna ilişkin InfoSoc Dir. md. 2’de “by any means and in any form” ifadesine yer vermektedir.

⁵⁸ **World Intellectual Property Organization** (1978) Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), Geneva, WIPO, s. 54.

- Fiziki bir ortamda tespit edilmiş eserin -örneğin taranarak (*scanning*)- dijitalize edilmesi ya da -dijital metin dosyasından baskı alınması gibi- dijital ve analog nüshalar/ortamlar arasında format dönüşümü (*format shifting*) suretiyle çoğaltılmasına örnek teşkil eder.

D. ŞAHSAN KULLANMA MAKSADIYLA ÇOĞALTMA (FSEK MD. 38)

1. Amaç

Birçok hukuk düzeni, ticarî ve kamusal istifadeyi içermeyecek kadar dar bir şahsî çevre içinde kullanılması maksadıyla eserin çoğaltılmasına belirli şartlar altında cevaz vermektedir.⁵⁹ Maddi hukuk normlarınınca doğrudan temas edilmemekle birlikte, istisnanın teleolojik arka planında kişilerin mahremiyet alanının korunması,^{60,61} ilmî, kültürel ve sanatsal yaşam katılımlarının temin ve teşvik edilmesi⁶² ve buna bağlı olarak fikrî üretkenlik ve ifadenin teşvik edilmesi⁶³ gibi amaçların yer aldığı ifade edilebilir. FSEK özelinde de açık bir amaçsal önermede bulunulmamasına rağmen, şahsen kullanma maksatlı çoğaltmaya ilişkin düzenlemenin bu sebeplere izafe edilebileceği öğretide kabul edilmektedir.⁶⁴

⁵⁹ Şahsi kopyalama istisnasına yer veren ve (İrlanda, Lüksemburg, Malta gibi) sınırlı sayıda da olsa buna ilişkin düzenlemeyi içermeyen hukuk sistemlerinin tespiti için bkz. **World Intellectual Property Organization** (2017) *International Survey on Private Copying Law & Practice* 2016, Geneva, WIPO.

⁶⁰ **Helberger, Natali/ Hugenholtz, P. Bernt** (2007) “No Place like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law”, *Berkeley Tech LJ*, S. 22, ss. 1061-1098, s. 1070; kanundan kişilerin mahremiyet alanının muhafazasına ilişkin teleolojik sonuç çıkarılamayacağına ilişkin karşı görüş için bkz. **Öztan**, s. 475.

⁶¹ Ayrıca söz konusu istisnanın, şahsi alanda gerçekleştirilen kullanımların takibinin pratik olarak mümkün olmaması ya da fayda-külfet dengesi açısından makul olmayışı ile açıklayan görüşler için bkz. **Fishman, Joseph P.** (2017) “Honest Copying Practices”, *Notre Dame L Rev*, S. 93, ss. 267-294, s. 283.

⁶² **Helberger/ Hugenholtz**, s. 1071; **Öztan**, s. 475.

⁶³ **Helberger/ Hugenholtz**, s. 1069.

⁶⁴ Bu yönde bkz. **Ateş**, s. 360; **Erel**, s. 268; **Erdil**, s. 846; **Ayiter** (1972) s. 162.

2. Kapsam ve Normatif Şartlar

Şahsen kullanma maksadıyla eserin çoğaltılmasını düzenleyen FSEK md. 38, bilgisayar programları ve bunun dışında kalan eser türlerinden müteşekkil ikili bir ayrıma giderken son derece asimetrik bir düzenleme tarzı benimsemiştir. Yedi fıkradan oluşan maddenin⁶⁵ yalnızca ilk fıkrası ‘bütün fikir ve sanat eserleri’ açısından hüküm ifade ederken, geri kalan fıkraların tamamı bilgisayar programları açısından özel hüküm içermektedir. Kapsadığı eser türü itibarıyla daha geniş bir alana tesadüf eden ve dolayısıyla özgül ağırlığı daha fazla olan 1. fıkra hükmü bundan sonraki izahatımızın merkezinde olacaktır.

“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.” düzenlemesine yer veren md. 38/1 hükmü, bu kısa ifadeye hem istisnanın kapsamını hem de tekemmül etmesine ilişkin şartları sığdırmışsa da zikredilen dört şartın [(i) şahsen kullanmaya özgülenme, (ii) kâr amacı gütmeme, (iii) hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verememe ve (iv) eserden normal yararlanmaya aykırı olmama] her biri yorum gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, düzenlemenin (lafzıyla) aydınlattığı alan, karanlıkta kalmaya devam eden alandan çok daha dar görünmektedir.

Kapsam açısından, eser türlerini tahdit etmeyen kanun koyucu ‘bütün fikir ve sanat eserleri’ için şahsî çoğaltma istisnasının uygulanabilir olduğuna işaret etmektedir. Öğretide de, bilhassa 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası,⁶⁶ istisnanın kural olarak tüm eser türleri açısından muteber olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷ Fakat, yukarıda da ifade edildiği üzere, -bazı güzel sanat eserlerinde olduğu gibi- tabiatı itibarıyla ve mevcut teknolojik imkanlar çerçevesinde

⁶⁵ Maddenin kendi lafzında nakledilen ile içerdiği gerçek fıkra sayısı açısından tutarsızlığa ilişkin bkz. Öztan, s. 476-7.

⁶⁶ 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi sinema eserleri istisna kapsamı dışında tutulmakta iken zikredilen değişiklikle birlikte herhangi bir kayıt olmaksızın bütün fikir ve sanat eserleri md. 38/1 hükmü düzenlemesine konu olabilmektedir.

⁶⁷ Yavuz/Alica/Merdivan, s. 1334; Ateş, s. 362; Erdil, s. 845.

aynen kopyalanması mümkün olmayan eser türlerinin şahsî çoğaltma istisnası kapsamına girmeyeceği, çünkü burada teknik anlamda bir çoğaltma olmadığı mütalaa edilmektedir (bkz. 3.2. *Çoğaltma Hakkı*, para. 4).⁶⁸ Bütün eserler tanımı içerisinde rezerv konulması gereken ikinci alan ise bilgisayar programlarıdır. FSEK md. 38/2 ve devam hükümlerinin bu eser türü için özel düzenlemeler içermesi dolayısıyla 1. Fıkra hükmü bilgisayar programları açısından uygulanamayacaktır.⁶⁹

Çoğaltma türü, yöntemi ve ortamına ilişkin bir özelleştirme ya da şeklen sınırlama ifadesi içermeyen md. 38/1 düzenlemesi doğrudan ‘çoğaltma’ hareket tarzı ekseninde istisnayı kurgulamıştır. Bu itibarla, şahsî çoğaltma istisnası bağlamında meşruiyet kazanabilecek ‘çoğaltma’ hareket tarzının, münhasır çoğaltma hakkını düzenleyen md. 22’deki ‘çoğaltma’ ile özdeş olduğunu kabul etmekte bir mahsur yoktur. O halde şahsen kullanma maksadıyla yapılacak çoğaltmalarda çoğaltma türü, yöntemi ve ortamı önemli değil;⁷⁰ yukarıda izah edilen teknoloji-nötr ifadesi burada da caridir.

Çoğaltma araç ve ortamının üçüncü bir kişi tarafından sağlandığı hallerde, özellikle kâr amacı içermeme kıstası mucibince ihtiyatlı bir yaklaşım zorunludur. Çoğaltmayı fiili olarak gerçekleştiren ya da çoğaltma ortamını temin eden üçüncü kişinin bunu meslek ya da iş modeli olarak gerçekleştirmesi halinde, çoğaltmanın md. 38/1 kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir müşterinin kontrolü altında gerçekleşmesi şartı aranacaktır. Bu kontrol ise müşterinin belirlediği ve temin ettiği eserin, onun münferit talebi üzerine ve onun ihtiyaç duyduğu sayı ve miktarda çoğaltma yapılmasını temin etmeye dairdir. Öyle ki, bu durumda eserden ekonomik bir yararlanmadan ziyade kopyalama cihazları-

⁶⁸ Bu yönde, **Ateş**, s. 400; **Erdil**, s. 845.

⁶⁹ Bu yönde, **Kaya, Arslan** (2012) “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?": Kaya, Arslan, Makalelerim - I, İstanbul, Beta, ss. 355-380, s. 377; **Suluk/Karasu/Nal** (2024), s. 141. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu bilgisayar programlarının kategorik olarak şahsî çoğaltma alanının dışına itildiği anlamına gelmez; bu imkân, md. 38/2 vd. özel şartları çerçevesinde tespit edilmelidir.

⁷⁰ **Erdil**, s. 849; **Ateş**, s. 374; **Öztan**, s. 479; **Suluk/Karasu/Nal** (2021) s. 142; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1338.

nın ve ortamının kullandırılması karşılığında bir ivaz alınması söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla, eserin önceden kopyalanıp benzer talepleri karşılamak için hazır edilmesi⁷¹ veya bir nüshanın bu üçüncü kişi tarafından temin edilip talep üzerine bir nüsha çıkarılarak müşterilere teslim edilmesi/sunulması⁷² şeklindeki iş modelleri bu istisnanın kapsamına girmeyeceği ifade edilmelidir.⁷³

Şahsen kullanma tanımındaki şahsilik, semantik olarak tek bir kişiye, münferitliğe işaret etmektedir. Bu da ilgili yararlanma/kullanmanın -kural olarak- tek bir lehtarının olması, onun şahsî ihtiyaçlarının tatminine yönelik olması⁷⁴ ve diğer bir kişinin buna katılmaması gerektiği sonucuna sevk eder.⁷⁵ Bu ise pratik olarak imkân dışı kabul edilebilir.⁷⁶ Şahsen kullanmanın bir tek ferdi içerecek kadar dar yorumlanmaması gerektiği öğretide yaygın olarak kabul edilir. Bu sebeptendir ki şahsi muhit,⁷⁷ özel alan,⁷⁸ aile çevresi ya da yakın çevre⁷⁹ gibi, esas yararlanıcının yanında kapalı bir de kapsayan alternatif tanımlarla izah edilmeye çalışılmakta;⁸⁰ yine de bu tanımların içerdiği her bir sosyal çevre -kapsadığı kişilerin arasındaki bağın sıklığı objektif olarak belirlenemeyeceği için- ayrı bir

⁷¹ Yavuz/Alica/Merdivan, s. 1338; Ayiter (1972) s. 171.

⁷² Öztan, s. 480.

⁷³ Bunu teyit eder yönde Yargıtay, dava konusu çoğaltılmış nüshaların davalıya ait iş yerinde belirsiz kişilere karşı satışa arz edilmiş olması vakıası ışığında kâr amacını tespit etmiş ve FSEK md. 38/1 anlamındaki istisnanın uygulamayacağını içtihat etmiştir (Yargıtay 11. HD, E. 2013/16441, K. 2014/12708, T. 02/07/2014 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2013-16441-k-2014-12708-t-02-07-2014>> s.e.t. 03/05/2025).

⁷⁴ Erdil, s. 847.

⁷⁵ Öztan, s. 477.

⁷⁶ Örneğin özel aracında dinlemek için bir müzik eserini CD'ye kaydeden kişinin, ailesiyle, arkadaşlarıyla vb. yakın çevresiyle seyahat ederken o eserden sıkı sıkıya şahsî istifadesi mümkün değildir. Aynı şekilde bir görsel eseri kullanarak kendine bir masa takvimi oluşturan bir ofis çalışanı, ofis arkadaşlarının o eserden algısal olarak yararlanmasının önüne geçemez.

⁷⁷ Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri - II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 146; Erdil, s. 847; Ateş, s. 368.

⁷⁸ Öztan, s. 477.

⁷⁹ Tekinalp, s. 206.

⁸⁰ Doktrindeki alternatif tanımlamalara ilişkin bir mülhaza için bkz. Ateş, s. 363-8.

soru işaretini tetiklemektedir. Zira, örneğin aile ilişkileri bağlamında bir arada olan kimselerin aralarındaki ilişkilerin, iş arkadaşlığı bağlamında bir araya gelen kimselerinkinden daha sıkı olacağı yönündeki bütüncül bir sosyolojik tespit her zaman doğru sonuca götürmeyecektir.

Zikredilen tanımlar, başlangıç noktası *bizzat bir yararlanma* ile, bitiş noktası ise *aralarındaki ilişki nispeten zayıf olmakla birlikte umum teşkil ettirmeyecek mahiyetteki geniş çevrelerce kullanım* ile tespit edilebilecek bir aralıkta karşılık bulur. Öğretide bu alan içerisinde dar ve geniş yorum tercihleri müşahade edilmektedir. Her iki yorum tarzı da esas yararlanıcıya ek olarak dar bir çevrenin istifadesi noktasında buluşurken, geniş yorum tandansı, bu serbestinin bazı ideal ihtiyaçları ya da ahlaki olarak *doğru* bazı kullanım maksatlarını içerecek şekilde esnetilmesi eğilimindedir.⁸¹ Buna karşılık, görece dar yorum tercihinde ‘çoğunluğun yararı’⁸² ni gözetken bu gibi kullanımların md. 38/1 hükmünce meşruiyet kazanmayacağı ifade edilmektedir.⁸³ Şüphesiz, kalp ve damar cerrahisi alanında yeni bir yöntemi öneren makalenin çoğaltılarak bir hastanedeki o alanla ilgili doktor ve sağlık çalışanlarına dağıtılmasında, bir yükseköğretim kurumunda verdiği dersin konusuyla ilgili makalenin öğretim üyesince çoğaltılarak öğrencilere dağıtılmasında kolektif bir yarar vardır. Buradaki saikin moral meşruiyeti apaçık olmakla birlikte, kanaatimizce, bu örneklerde şahsî muhitin, özel alanın tekemmül ettiğini ifade etmek güçtür.⁸³ Dolayısıyla bu gibi ideal yararlanmaların zeminini, merkezi unsuru şahsen kullanma olan md.38/1 hükmü oluşturmamalıdır; böylesi ideal kullanımlar

⁸¹ Esas istifadecinin en fazla dar aile çevresiyle birlikte kullanımına cevaz verildiğinin kabulü halinde ihtiyaçların karşılanmayacağı yönünde bkz. **Ayiter, Nûşin** (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 170; **Erel**, s. 269; Bilim, kültür, sanat, öğretim gibi ideal ihtiyaçların giderilmesine yönelik mesleki çoğaltmaların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine yönünde bkz. **Bozbel, Savaş** (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 199; Kurumsal bir düzlemde gerçekleşse bile eğitim ve öğretim maksadıyla çoğaltmanın istisna kapsamına gireceğine ilişkin bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2024), s. 141.

⁸² Bu yönde en belirgin ifade için bkz. **Öztan**, s. 482; ayrıca ideal ihtiyaçların açıkça kapsam dışında tutulması gerektiğini ifade etmemekle birlikte, ‘şahsî muhitte kullanma’ nosyonu doğrultusunda esas yararlanıcı ve bunun dar çevresinin ihtiyaçlarına ilişkin kullanımın arandığı yönünde bkz. **Ateş**, s. 368; **Erdil**, s. 847.

⁸³ Aynı yönde **Öztan**, s. 479.

için müstakil bir düzenlemeye ya da zikredilen madde bağlamında daha geniş bir normatif tanım tercihinin ihtiyacı vardır.

Dolayısıyla istisnanın tanım unsurunu oluşturan ‘şahsen kullanma alanı’ diyebileceğimiz bu alan, aile/arkadaş/özel/mesleki çevre gibi şekli ayrımlardan ziyade, esas yararlanıcı ile bunun *şahsî* ihtiyacına yönelik kullanımının cereyan ettiği *doğal* veya *kaçınılmaz* çevresini oluşturur. Bu da tabii olarak dar bir çevreye tesadüf ederken ancak ve ancak somut olay özelindeki kullanımın yöneltildiği şahsi ihtiyaçlar hem de istifadeci çevresinin değerlendirilmesi ile tespit olunabilir. Her halükârda bu alan ne *ekonomik istifadeyi içermeyen her tür kullanımı* içerecek kadar ne de *esas yararlanıcının -umumi olmasa bile- içinde bulunduğu tüm çevreleri* kapsayacak kadar geniştir.

Yasal koşulların tatmini halinde, tüzel kişiler açısından da bu istisnadan yararlanmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁸⁴ Fakat bu önermeye ihtiyatlı yaklaşılmalıdır zira istisnanın çekirdeğini oluşturan şahsî alan/muhit ve dolayısıyla bu alandaki bir kullanım doğal olarak gerçek kişilere özgüdür.⁸⁵ Yine pratik olarak bakıldığında (i) tüzel kişiler bünyesinde çoğaltmadan doğrudan kâr elde etme amacı güdülmese bile faaliyet konusundan, mesleki amaçlardan ya da kazanca yönelik amaçlardan ne derece ayrıkt tutulabileceği;⁸⁶ (ii) tüzel kişiler bünyesinde tekemmül eden alan(lar)ın ne ölçüde şahsî sayılabileceği, başka bir ifadeyle bu alandaki kimseler arasındaki bağın ne ölçüde sıkı olabileceği tartışmaya açıktır. Bu halde, tüzel kişiler bağlamındaki kullanımların kategorik olarak kapsam dışında bırakılamayacağı ön kabulü ile çok istisnâî ve sınırlı hallerde mümkün olduğu ifade edilmelidir.⁸⁷ Burada karşılanacak olacak kullanma ihtiyacı tüzel kişinin değil, onun bünyesindeki gerçek kişilerin şahsî ihtiyaçları olmalıdır.⁸⁸

⁸⁴ Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 1337; Erel, s. 269; Ayiter (1981) s. 171; karş. Öztan, s. 478.

⁸⁵ Bu yönde bkz. Öztan, s. 478; karş. Arslanlı, s. 146.

⁸⁶ Burada belirtmek gerekir ki FSEK düzenlemesinden farklı olarak AB InfoSoc düzenlemesi bu şartı “doğrudan ya da dolaylı olarak ticari maksat taşımama” şartıyla ifade ederek dolaylı olarak kâr amacı güdülmesini de bozucu bir şart olarak tespit etmektedir.

⁸⁷ Suluk/Karasu/Nal (2024), s. 141; Tekinalp, s. 206.

⁸⁸ Karş. Erel, s. 269.

Kâr amacı gütmeme kıstası, genel olarak şahsen kullanma maksadının ya da şahsî çevrenin tekemmülü ile ilintili ise de bunlar arasında her zaman doğru orantı olmadığının altı çizilmelidir. Zira kâr amacı gütmeme müstakil bir uygulama şartıdır. Buna bağlı olarak dar bir kişisel çevre içinde gerçekleşse bile, özellikle giderden tasarruf etme amacıyla gerçekleştirilecek çoğaltmaların kâr amacı taşımadığı her zaman söylenemez.⁸⁹ Benzer şekilde, bazı hallerde kâr amacı gütmese bile istifade çevresinin genişliği sebebiyle istisna kapsamının aşılabacağı muhakkaktır.⁹⁰ Dolayısıyla bu kıstas yalnızca çoğaltılan nüshaların ticaret mevkiine konulmasının men edilmesinden ibaret değildir. Buna ek olarak, mesleki, işletmesel ve kazanca yönelik kullanımların men edilmesi anlaşılmalıdır.⁹¹ Öte yandan bu kavrayış profesyonel mecraadaki bilgi ihtiyacını karşılamak için şahsen istifade edilecek çoğaltmalar yapılmasına izin verilmediği şeklinde katı yorumlanmamalıdır. Diğer bir ifadeyle meslekî, işletmesel istifade söz konusu olduğunda kurumsal ve kolektif çoğaltmaların kâr amacı gütmeyeceği savunulamayacakken, aynı bağlamda, dar anlamda şahsî kullanımlar için yapılacak çoğaltmalar istisna kapsamında olmalıdır.⁹²

Hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verememe ve **Eserden normal yararlanmaya aykırı olmama** koşulları ise yukarıda ifade edilen ve kaynağını uluslararası hukukta bulan üç adım testinin tezahürüdür. Bu koşulların hem madde hükmünün mimarisinde hem de içerdiği şartların yorumlanmasında referans noktaları olduğu anlaşılmaktadır.

FSEK'in “... *haklı bir sebep olmadan zarar verememe*” olarak ifade ettiği ilk ölçüt, kökenini oluşturan düzenlemede⁹³ “*makul olmayan bir ölçüde zarar vermeme*” şeklinde ifade edilerek, (istisna ve tahditler eliyle) makul ölçüde bir müdahaleye

⁸⁹ Yavuz/Alica/Merdivan, s. 1338; Erdil, s. 848; Tekinalp, s. 209; Kaya, s. 361.

⁹⁰ ATF 108 II 475 (İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, 1982) sayılı kararında İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Posta Teşkilatı'nın 530 adet baskı yapan kurum içi mecmuasında başkasına ait bir makalenin çoğaltılarak kurum kadrolarına dağıtılmasının şahsen kullanma maksadıyla çoğaltmanın sınırlarını aştığını hükme bağlamıştır.

⁹¹ Tekinalp, s. 207; Öztan, s. 478.

⁹² Bu ayrıma ilişkin örnekler için bkz. Tekinalp, s. 207.

⁹³ Bkz. dn 14.

cevaz verildiğine işaret edilmiştir.⁹⁴ İşlevsel açıdan ise bu, hak sahibinin menfaati ile şahsi yararlanıcının ihtiyacını (ve buna uygun olarak kullanımının) dengeleyen esnek bir “ölçülülük” standardı;⁹⁵ eserden sahibinin menfaatlerinin, yararlanıcı lehine aşkın bir şekilde aşındırılmamasının yorumsal bir teminatı olarak görülebilir. Bu bağlamdaki *meşru menfaat*, mali hakların kapsadığı menfaatlerle mahdut değildir. Eser sahibinin, eser bağlamında tezahür eden,⁹⁶ ekonomik ve ekonomik olmayan (ve hatta aktüel ve potansiyel)⁹⁷ her tür hukukî yararı bu alana dahildir.⁹⁸ Bu alana ise yalnızca *makul ölçüde* yani istisna/taahhüdün özgülendiği amacı tatmin edecek derecede, bu amaçla orantılı bir miktarda müdahale kabul edilebilir.⁹⁹ Öyleyse bu ölçütün ortaya koyduğu önerme (i) istisnanın maksadına uygun ve somut olay özelindeki yararlanıcı menfaatinin gerektirdiği ölçüde meşruiyet kazanacağı ve (ii) eser sahipliğinden ileri gelen diğer malî - manevî menfaat alanlarına sınırlama sonucu doğurmaması gerektiğidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki -AB düzenlemesinin aksine- şahsî çoğaltma istisnasını adil bir bedel (*levies*) ödenmesi şartına bağlamayan hukukumuzda *makul olmayan ölçü* eşiğinin daha düşük olduğu ve buna ilişkin kıstasın daha dar yorumlanması gerektiği mütalaa edilebilir.¹⁰⁰

Eserden *normal yararlanmaya aykırı olmama* ölçütün ise, yukarıda izah edilenle paralellik göstermekle birlikte, ekonomik yönünün ağır bastığı söylene-

⁹⁴ **Goldstein/Hughenoltz**, s. 356; **Gervais, Daniel J.** (2005) “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, *Marq Intell Prop L Rev*, S. 9, ss. 1-35, s. 18.

⁹⁵ **Koutras, Nikos/Rigby, Haydn** (2022) “A Scientific Analysis of the Three-Step Test: Through the Lenses of International and Australian Laws”, *Publishing Research Quarterly*, C. 38, S. 3, ss. 503-518, s. 503; **Gervais** (2005), s. 19.

⁹⁶ Dolayısıyla bu noktada gerçek eser sahibi ya da hak sahibi olmayan kimsenin ‘meşru’ menfaattinden söz edilemeyecektir.

⁹⁷ Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Panelinin bu yöndeki görüşüne ilişkin bkz. **WTO**, “United States - Section 110(5) of the US Copyright Act”, Report of the Panel, 15 June 2000 - WT/DS160/R, §. 6.229.

⁹⁸ **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1340; **Helvacı/Atar**, s. 1298.

⁹⁹ **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1340.

¹⁰⁰ Bu korelasyon için bkz. **Goldstein/Hughenoltz**, s. 356; Ayrıca milli hukukumuzda boş taşıyıcı materyallere ve çoğaltmaya yarayan teknik cihazlara uygulanan harçların eser sahiplerine intikal ettirilmemesine ilişkin eleştiri için bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2024), s. 147.

bilir.¹⁰¹ Mealen, şahsi çoğaltmadan dolayı eser sahibinin eserden olağan ekonomik şekilde yararlanmasının kısıtlanması sonucunu doğmamasını temin eden bu koşul, kâr amacı güdülmemesi kistasıyla da temas halindedir. *Alıca*’nın ifadesiyle eserden normal yararlanma, o eser için (ekonomik anlamda) ‘normal pazar’a karşılık gelir;¹⁰² kapsam olarak ise mevcut pazarın yanında potansiyel kullanım biçimlerini de -dolayısıyla, mevcut itibariyle yaygın veya normal olmayan yeni teknolojik kullanımları- içerdiği kabul edilir.¹⁰³ Fakat ‘normal yararlanma’ doğal olarak eserden ‘maksimum yararlanma’dan daha azına tesadüf eder.¹⁰⁴ Eğer istisna kapsamında test edilen kullanımlar hak sahiplerinin bu normal pazarda eserden mali yararlanma şekilleriyle ekonomik rekabete girerlerse ve dolayısıyla onları önemli veya belirgin ticari kazançlardan mahrum bırakılırsa normal yararlanmaya aykırılık söz konusu olacaktır.¹⁰⁵

Maddenin lafzı karmaşık bir mesaj içerse de bu dört koşulun kümülatif olarak aranacağı -maksat ve köken itibariyle- şüphesizdir.¹⁰⁶ Şeklen münferit olan bu koşullar, somut içerikleri itibariyle de örtüşme eğilimindedir.¹⁰⁷ Dolayısıyla normal yararlanmaya aykırı olan bir pratik muhtemelen eser sahibinin meşru menfa-

¹⁰¹ Goldstein/Hugenholtz, s. 356.

¹⁰² Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 1339.

¹⁰³ Quintais, João Pedro (2017) “Rethinking Normal Exploitation: Enabling Online Limitations in EU Copyright Law”, AMI-Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht, S. 6, ss. 197-205, s. 201; Gervais (2005), s. 16; WTO, § 6.180.

¹⁰⁴ Bu yönde WTO, § 6.167; Iuliano, Jason (2011) “Is Legal File Sharing Legal: An Analysis of the Berne Three-Step Test”, Va J L & Tech, S. 16, ss. 464-510, s. 481; Helvacı/Atar, s. 1297.

¹⁰⁵ WTO, § 6.183; WIPO (1971) Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967, Geneva, WIPO, s. 112; von Lewinski, Silke (2008) International Copyright Law and Policy, Oxford, OUP, s. 162; Quintais, s. 202; Gervais (2005), s. 16; Iuliano, s. 480; Goldstein/Hugenholtz, s. 356.

¹⁰⁶ “[M]eşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.” ifadesi, bu iki kistasın seçimlik olduğu izlenimini oluşturmaktadır. Fakat bu düzenlemenin kökeni sayılan *Bern Sözleşmesi* (md. 9/2) ve bunu takip eden *WIPO Telif Hakları Sözleşmesi* (md. 10/1) ile *TRIPS Sözleşmesi* (md. 13) bu iki koşulu “ve” bağlacıyla birleştirmektedir.

¹⁰⁷ FSEK md. 38/1’de yer verilen unsurlara yüklenen anlamın belirlenmesinde, bunların münferiden değil, birlikte değerlendirilmesinin isabetli olduğu yönünde bkz. Kaya, s. 368.

atine makul ölçünün ötesinde bir zarar verecek, kâr amacını içeren bir kullanım ise diğer iki koşula aykırılık anlamına gelecektir. Yine bu iki koşul ışığında, istisna kapsamında çoğaltılmış bir nüsha üzerindeki tasarruf yetkisinin, eser sahibinin yayma yetkisini kullanarak ticaret mevkiine koyduğu bir nüshayı edinen kişinin tasarruf yetkilerine kıyasla çok daha dar olduğu belirtilmelidir. Zira bu kapsamda çoğaltılan nüshalar açısından eser sahibinin yayma hakkının tükendiğinden söz edilemeyeceği gibi diğer mali hakların içeriğini oluşturan hareket tarzlarına da bu kapsamda izin verilemez. Dolayısıyla çoğaltılan nüshanın üçüncü kişi lehine (satış, bağışlama gibi işlemlerle) elden çıkarılması, ivazlı ya da ivazsız olarak yayılması, kiralanması ya da umuma iletilmesi tecavüz teşkil edecektir.¹⁰⁸

3. Yorum Gerektiren Hususlar

İlgili maddenin sözüyle değindiği yukarıdaki hususların içeriği, görüldüğü üzere, geniş bir yorum alanını barındırmakta. Bununla birlikte, istisna kapsamında mazur görülecek nüsha sayısı, çoğaltma oranı ve kaynak nüshaya erişimin hukuka uygun gerçekleşmiş olması şartının aranıp aranmayacağı hususlarına ise hiç değinilmemektedir.

Çoğaltma adedi açısından, çoğu hukuk düzenine paralel olarak, FSEK düzenlemesi kesin bir sayı sınırını telaffuzdan imtina etmektedir.¹⁰⁹ Bu durum istisnanın sınırlarının tespiti açısından bir eksiklik görülebilecekse de¹¹⁰ daha ziyade bir tercih olduğunu kabul etmek yerinde olur.¹¹¹ Düzenlemenin maksadı-

¹⁰⁸ Benzer yönde, **Ateş**, s. 371-2; **Öztan**, s. 482; **Yavuz/Alıca/Merdivan**, s. 1336 Ayrıca çoğaltılmış nüshalar açısından, esas çoğaltanın istifadesinin kesilmemesi gerektiği görüşü için bkz. **Belgesay, Mustafa Reşit** (1956) *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, s. 91.

¹⁰⁹ Fakat bilgisayar programlarına ilişkin md. 38/2 vd. hükmü için bu tespit geçerli değildir.

¹¹⁰ Bu yönde bkz. **Öztan**, s. 480.

¹¹¹ 07/06/1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile “belli sayıda nüshalara münhasır kalmak şartıyla” ifadesinin kaldırılması bu tercihe delalet eder niteliktedir. Her ne kadar bu koşulun kaldırılması, nüsha sayısı açısından genişletici bir eğilime tahvil edilebilecekse de tam tersi de mümkündür. Zira aktarılan ifade çoğulluk içermektedir. Fakat bazı durumlarda tek bir nüshanın gerekli ve yeterli olabileceği düşünüldüğünde, bu hallerde ihtiyaçtan fazla nüsha çıkarılmasının da zeminini oluşturma sakıncasını içeren bu hükmün kaldırılması mutlak olarak nüsha sayısının sınırlandırılmaması sonucunu doğurmayacaktır.

nın şahsi ihtiyaçların karşılanması olduğu ve bu saikle yapılan çoğaltmanın şahsi muhit içindeki kimselere hitap ettiği düşünüldüğünde, nüsha sayısının belirli bir miktarı aşamayacağı şüphesizdir.¹¹² Fakat nicel bir nüsha sayısının tespit edilmesi hem -birden fazla kişiden oluşabilen- şahsi muhit fertlerinin ihtiyacını karşılanamaması sorununu hem de -doğrudan şahsi ihtiyaçlar ya da daha dar şahsi çevreler açısından- reel ihtiyacın gerektirdiğinden daha fazla nüshaya izin verilmesi riskini içerecektir.¹¹³ Doğal alt sınır ve ‘şahsi’likten ileri gelen kural tek bir nüshanın çıkarılması iken¹¹⁴ üst sınır ise o şahsi muhitin içerdiği kişi sayısı ile tespit edilebilir. Fakat somut ihtiyacın izalesi bu -doğal- üst sınırdan daha az sayıda nüshalarla mümkünse, artık o miktara itibar edilecektir. O halde, her bir olay özelinde, ilgili şahsı muhitin ihtiyacı karşılanırken aşkın sayıda çoğaltma yapılması riskini de bertaraf edecek bir *ölçülülük* nispetinde tespit edilecek sayıda çoğaltmaya müsaade edilmelidir.¹¹⁵ Aynı durum çoğaltma oranı açısından da geçerlidir. Somut ihtiyacın mahiyeti, kısmen ya da tamamen çoğaltılmayı meşru kılabilir; esas olan ise yine ölçülülüktür.¹¹⁶ Doğrudan düzenleme konusu yapılmamış olsa da gerek izin verilen nüsha adedi gerekse çoğaltma oranı yukarıda izah ettiğimiz *hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verememe ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmama* kıstaslarının bir görünümü olarak değerlendirilmelidir.¹¹⁷

¹¹² Arslanlı, s. 147.

¹¹³ Alman uygulamasında sabit bir nüsha sayısı verme cihetine giden yargı kararlarına ilişkin eleştiri için bkz. Czernik, Ilja (2006) “Die digitale Privatkopie im Fokus - Ist wirklich nur das Original legal?”, StudZR, S. 1, ss. 121-145, s. 132-5; Leistner, Matthias (2021) “Die Zukunft der Privatkopie im Netz-Beispiele und Perspektive-Warum die gesetzlich vergütete Privatkopie auch im Rahmen der neuen digitalen Nutzungsformen im Netz ihre Bedeutung behält”, Computer und Recht, S. 37(2), ss. 73-87, s. 82.

¹¹⁴ Öztan, s. 481; Tekinalp, s. 206.

¹¹⁵ Aynı yönde Yavuz/Alica/Merdivan, s. 1340; Ateş, s. 369; Öztan, s. 481.

¹¹⁶ Aynı yönde Yavuz/Alica/Merdivan, s. 1340; Ateş, s. 370.

¹¹⁷ Kwall, Roberta Rosenthal (2006) “Library Reproduction Rights for Preservation and Replacement in the Digital Era: An Author’s Perspective on § 108”, Columbia J L & Arts, C. 29, S. 3, ss. 343-360, s. 355.

Kaynak nüshaya erişimin hukuka uygun olması gerekip gerekmediği meselesi farklı hukuk düzenlerinde asimetrik düzenlemelere konu olurken,¹¹⁸ hukukumuzda ise doğrudan hükme bağlanmamıştır. Bu soruya cevap vermeden önce hukuka uygunlukla kastedilenin ne olduğunu tespit etmek gerekir. Dar anlamda hukuka uygun elde edilme, eser sahibine bir bedel ödenerek elde edilmiş nüshaları kapsarken,¹¹⁹ geniş anlamda hukuka uygunluktan, umumi alanda erişilebilen ve bu erişimde (teknolojik önlemleri etkisiz kılma gibi) sair mütecaviz hareket tarzlarına dayanılmayan nüshalardan gerçekleştirilen çoğaltmalar anlaşılmalıdır. Bu iki hukuka uygunluk nosyonundan biri yönünde tercih kullanmasa da yasa koyucunun ‘nasıl elde edilirse edilmiş olsun’ herhangi bir nüshadan çoğaltma yapılmasına cevaz verdiği sonucuna varılamamalıdır. Zira ABAD içtihadında da tespit edildiği gibi, açıkça hukuka aykırı elde edilmiş nüshalar bakımından bu imkânın sağlanmasının, eserden normal yararlanmaya aykırı olmadığı ve eser sahibinin menfaatini makul ölçünün ötesinde zedelediği savunulamaz.¹²⁰ Hukuka uygunluğun en dar anlamda yorumlandığı ihtimal ise istisnanın uygulanabilirliği ve amacına hizmet etmesinin önünde ciddi bir engel anlamına gelecektir. Bu halde kanaatimizce mutedil yol, kaynak nüshanın açıkça hukuka aykırı elde edildiği ve hukuka aykırılığın çoğaltmayı yapan kişi tarafından bilindiği ya da bilinebilecek olduğu hallerin istisna kapsamı dışında tutulmasından geçmelidir.¹²¹

Umuma arz edilmiş olma şartının aranıp aranmayacağı yine kanunun sessiz kaldığı fakat kaynak nüshanın hukuka uygunluğu çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir başka husustur. Öğretide -fazlaca tartışmaya yer vermeksizin- eserin

¹¹⁸ Örneğin Alman Telif Yasası’nın §53(1) hükmünce, açıkça hukuka aykırı elde edilmiş nüshalardan ve hukuka aykırı olarak umuma arz edilmiş eserlerden yapılacak çoğaltmalar istisna kapsamı dışında tutulmuştur. Bu husustaki farklı düzenlemelerin analizi için bkz. **Quintais, João Pedro** (2015) “Private Copying and Downloading from Unlawful Sources”, IIC-Intl Rev Intell Prop & Competition L, C. 46, S. 1, ss. 66-92, s. 79-82.

¹¹⁹ **Bozbel**, s. 202.

¹²⁰ Case C-572/13 *Hewlett-Packard Belgium* ECLI:EU:C:2015:750, § 60-61; Case C-435/12 *ACI Adam and Others* ECLI:EU:C:2014:254, § 39-40.

¹²¹ Benzer yönde bkz. **Suluk/Karasu/Nal** (2021) s. 142.

önceden umuma arz edilmiş olması şartının aranmadığı görüşünün,¹²² ‘şahsi kopyalamaların eser sahibinin ekonomik menfaatine kural olarak zarar vermeyeceği’ varsayımına dayandığı öngörülebilir. Fakat bu kavrayışa iştirak etmemek için en az iki sebep tespit edilebilir: (i) Alenileşmemiş eserler bakımından “*eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun*” istifade yetkisini eser sahibine hasreden md. 14 hükmü, salt ekonomik menfaat olarak yararlanmanın ötesinde, eserin dış dünyaya açılıp açılmaması iradesini de (evleviyetle) içermektedir. Dolayısıyla alenileşmemiş eserler açısından md. 38/1’in uygulanması konusunda ‘mali haklara halel getirmeme’ savı geçerli ve tek başına yeterli olmamalıdır. (ii) Buna bağlı olarak, eser sahibinin umuma arz iradesi gasp edilerek erişime sunulan bir nüshadan yapılacak çoğaltma, onun menfaatlerine *makul olmayan bir ölçüde zarar vermeme* koşulunu sağlayamaz. O halde, kanun koyucunun umuma arz edilme hususuna açıkça değinmemesi bu şartın aranmadığı şeklinde değil, umuma arz salahiyetine içkin olduğu için ayrıca tekrarına lüzum olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır.¹²³

III. BULUT DEPOLAMA PLATFORMLARININ ŞAHSÎ ÇOĞALTMA ORTAMI OLARAK KULLANILMASI

A. BULUT DEPOLAMA HİZMETLERİNİN İŞLEYİŞİ

Kendi teknik literatüründe dahi birçok tanım önerisini barındıran Bulut Bilişim Sistemlerinin (*Cloud Computing*)¹²⁴ bütüncül bir mimari analizi kapsamımızın ötesinde olsa da bunların çalışma modalitesine dair, hukukî bir kavrayışa matuf en temel birkaç hususa değinmek gerekmektedir.

Klasik bir tanım üzerinden ilerlemek gerekirse bu sistemler, “*paylaşımlı bir yapılandırılabilir bilişim kaynakları havuzuna, yaygın ve kolay olarak, talep üze-*

¹²² Bu görüş için bkz. Öztan, s. 479; Bozbel, s. 202.

¹²³ Kara Avrupası hukuk sistemleri içinde şahsen çoğaltma istisnasının açıkça umuma arz edilmiş olma şartına bağlandığı örnekler için bkz. Alman Telif Hakları Yasası 53(1); Fransız Fikri Mülkiyet Yasası md. L122-5(1); İspanyol Fikri Telif Hakları Yasası md. 31(2).

¹²⁴ Tanımlara ilişkin bir literatür. Taraması için bkz. Vaquero, Luis M./Rodero-Merino, Luis/Caceres, Juan/Lindner, Maik (2008) “A Break in the Clouds: Towards a Cloud Definition”, ACM SIGCOMM Computer Communication Review, C. 39, S. 1, ss. 50-55, s. 52.

*rine (on-demand) ağ erişimi sağlayan bir modeldir.*¹²⁵ Bu bilişim kaynakları havuzunda yer alan, soyutlanmış, sanallaştırılmış, dinamik olarak ölçeklenebilir yönetilen bilgi-işlem gücü (*computing power*), yazılımlar, depolama alanları, platformlar, ağlar, sunucular ve hizmetler, talep üzerine internet üzerinden harici kullanıcılara sunulur.¹²⁶ Bu açıdan Bulut Bilişim, bilişim / bilgisayar kaynaklarının internet gibi bir ağ üzerinden kullandırılmasını konu alan bir hizmet modeli olarak da tanımlanmaktadır.¹²⁷ Dolayısıyla bu sistemler, bahsedilen bilişim kaynaklarına olan ihtiyacın, dış kaynaktan karşılanmasına (*outsourcing*) araçsalılık eder. Başka bir ifadeyle bulut bilişimde tanım unsurlarından bazıları dış kaynak kullanımı¹²⁸, bunun bir hizmet olarak sunulması¹²⁹ ve bilişim işlemlerinin gerçekleştiği yer ile kullanıldığı yerin farklılaşmasıdır.¹³⁰ Son kullanıcı cephesinden bakıldığında ise tüm bu paradigma, donanım bakımı, yeni ekipman veya yazılım lisansları edinme, mevcut yazılımları güncelleme veya yükseltme, veri

¹²⁵ **Mell, Peter/Grance, Timothy** (2011) “The NIST Definition of Cloud Computing”, National Institute of Standards and Technology, NIST Special Publication 800-145.

¹²⁶ **Foster, Ian/Zhao, Yong/Raicu, Ioan/Lu, Shiyong** (2008) “Cloud Computing and Grid Computing 360-Degree Compared”, 2008 Grid Computing Environments Workshop, ss. 1-10, s. 1.

¹²⁷ **Furuncu, Evrim/Soğukpınar, İbrahim** (2015) “Scalable Risk Assessment Method for Cloud Computing Using Game Theory”, Computer Standards & Interfaces, S. 38, ss. 44-55, s. 44; **Ukai, Yasuharu** (2013) “Research Note: The Paradox of Cloud Computing in Japan”, The Review of Socionetwork Strategies, S. 7, ss. 53-61, s. 54; Ayrıca bu kavramın internet üzerinden hizmet olarak sunulan uygulamaların yanında bu hizmetleri sağlayan veri merkezlerindeki donanım ve sistem yazılımlarını ifade ettiği yönünde bkz. **Khmelevsky, Youry/Voytenko, Volodymyr** (2010) “Cloud Computing Infrastructure Prototype for University Education and Research”: Proceedings of the 15th Western Canadian Conference on Computing Education, ss. 1-5, s. 1.

¹²⁸ **Turan, Metin** (2019) Bulut Bilişim, Ankara, Seçkin, s. 72.

¹²⁹ **Weinman, Joe** (2011) “Network Implications of Cloud Computing”: 2011 Technical Symposium at ITU Telecom World (ITU WT), ss. 75-81, s. 75; **Xu, Dong** (2010) “Cloud Computing: An Emerging Technology”, International Conference on Computer Design and Applications vol. 1, IEEE, 2010, s. 101; **Voorsluys, William/Broberg, James/Buyya, Rajkumar** (2011) “Introduction to Cloud Computing”: Rajkumar Buyya, Broberg, James/Goscinski, Andrzej (Editörler), Cloud Computing: Principles and Paradigms, New Jersey, Wiley, ss. 3-42, s. 3.

¹³⁰ Bu yönde, **Gervais, Daniel J./Hyndman, Daniel J.** (2012) “Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy”, J Telecomm & High Tech L, S. 10, ss. 53-92, s. 64; **Hayes, Brian** (2008) “Cloud Computing”, Communications of the ACM, C. 51, S. 7, ss. 9-11, s. 9.

senkronizasyonu vb. konularda masraf ve külfetlerle muhatap olmama anlamına gelmektedir.¹³¹

Bu ekosistemde sunulan en merkezi hizmetlerden biri olan *Bulut Depolama* ise veri saklama ve yönetiminin konu olduğu bir bulut bilişim sistemidir.¹³² Kullanıcı, verileri, kendi mülkiyetinde ya da zilyetliğinde olmayan, doğrudan kontrol edemediği ve hatta yerini tespit edemediği harici ve mesafeli veri taşıyıcılarına ağ üzerinden depolar (*upload*).¹³³ Depolanan veriler bu uzak depolama sistemlerinde yedeklenir, korunur ve kullanıcılar bunlara ulaşmak istediğinde ise web tabanlı bir arayüz üzerinden kendilerine sunulur (*access&download*).¹³⁴ Yani kullanıcının kendi bilgisayarının belleğinde ya da diğer bir depolama aygıtında veri depolamasına ikame olarak, hizmet sağlayıcısına ait olan depolama aygıtlarının sanallaştırılarak kullanılması söz konusudur. Böylece kullanıcı, internete bağlanabilen herhangi bir cihaz aracılığıyla, istediği zaman ve istediği yerde verilere erişebilir, yenilerini depolayabilir.¹³⁵

Medya türüne göre özelleştirilmiş sistemler bulunsa da Bulut Depolama genel olarak dokümanlar, fotoğraflar, videolar, ses dosyaları vb. medya biçimleri dijital veri öğelerinin depolanmasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla eserlerin dijital nüshalarının depolanmasının yanında, paylaşımına, -kullanıcı kitlesine bağlı olarak- bunlara kolektif erişime ve hatta işlenmelerine olanak sağlar.

¹³¹ **Krelja, Elena/Rako, Sabina/Tomljanović, Jasminka** (2013) “Cloud Computing in Education and Student’s Needs”: Biljanović, Petar, MIPRO 2013, ss. 856-861; **Jaeger, Paul T./Lin, Jimmy/Grimes, Justin M.** (2008) “Cloud Computing and Information Policy: Computing in a Policy Cloud?”, JITP, C. 5, S. 3, ss. 269-283, s. 271.

¹³² **Zuo, Xiangbin/Ding, Huanhuan** (2020) “Research on Digital Copyright Infringement Based on Cloud Computing Environment”, J Phys: Conf Ser IOP Publishing, C. 1607, S. 1, ss. 1-8, s. 2.

¹³³ **Gervais / Hyndman**, s. 57.

¹³⁴ **Liu, Allan/Yu, Ting** (2018) “Overview of Cloud Storage and Architecture”, International Journal of Scientific & Technology Research, S. 1, ss. 1-3, s. 1; **Wu, Jiyi/Ping, Lingdi/Ge, Xiaoping/Wang, Ya/Fu, Jianqing** (2010) “Cloud Storage as the Infrastructure of Cloud Computing”: Proceedings of the International Conference on Intelligent Computing and Cognitive Informatics, ss. 380-381, s. 381.

¹³⁵ **Zuo/Ding**, s. 2.

B. ÇOĞALTMA ORTAMI OLARAK KULLANIMI VE UMUMA İLETİMLE İLGİSİ

Çalışma prensibini kısaca izah ettiğimiz Bulut Depolama sitemleri, işlevsel olarak sabit ya da taşınabilir fiziki veri aygıtlarıyla benzerlik göstermektedir. Zira burada da fizik dünyada var olan bir veri depolama aygıtının mesafeli olarak ve bir hizmet sunumu şeklinde kullanılması söz konusudur. Teknoloji-nötr ‘çoğaltma’ anlayışı, şahsî çoğaltma ortam ve yöntemi olarak bulut depolama alanlarının kullanılmasını da nazariyatta mümkün kılmaktadır.

Fakat bu ön kabulde birlikte, böyle bir kullanım modalitesinde esas soru işa-retinin kullanıcı ile uzaktaki depolama aygıtı arasındaki bağlantının ağ (internet üzerinden) sağlanmasından ileri geldiği söylenebilir. Zira ‘insanlık tarihinin bildiği en geniş umumî alan’ analojisiyle anılan internet,¹³⁶ şahsî kullanma/çoğaltma içindeki ‘şahsîlik’ unsuruna (en azından potansiyel) bir tehdit olarak da görülebilmektedir.¹³⁷ Gerçekten de dünya üzerinde herhangi bir sunucuda bulunan ve internet ağı üzerinden erişilebilir kılınan her süje, internet kullanıcılarının tamamı kadar geniş bir kitleye ulaşabilir. Bu açıdan eserin internet temelli dijital difüzyonu umuma iletim ve/veya bunun bir türevi olan umuma erişim sağlama olarak karakterize edilmeye elverişlidir.¹³⁸ Fakat bu bir standart değil, bir potansiyeldir.

Bu çerçevede, bulut depolama alanlarının şahsî çoğaltma ortamı olarak kullanılabilmesi, eserin bu eylemle birlikte erişilebilir kılındığı kitlenin mahiyetine bağlıdır. Başka bir ifadeyle belirleyici olan, bulut ortamında bulundurulmuş dijital nüshaya erişim imkânının *şahsî muhit* oluşturacak kişilerden sınırlı olduğu yok-

¹³⁶ **Doria, Avri/Kleinwächter, Wolfgang** (2008) Internet Governance Forum (IGF): The First Two Years, United Nations, New York, United Nations, s. 102.

¹³⁷ ABAD’a intikal eden Austro-Mechana (Case C-433/20 *Austro-Mechana v Strato AG* EU:C:2022:427) uyuşmazlığında görüş bildiren Avrupa Komisyonu, eserin bir kopyasının internet ortamında (bulut depolama alanına) kaydedilmesini olası bir iletim eylemlerinden ayırlamayacağını savunmuştur.

¹³⁸ WIPO Internet Sözleşmeleri bağlamında online kullanımların karakterize edilmesine ilişkin kısaca bkz. **Mezei, Peter** (2018) Copyright Exhaustion, Cambridge, Cambridge University Press, s. 17-20.

sa daha geniş ve umum oluşturacak bir çevreye tesadüf ederek başka bir malî hakkın konusu olan umuma iletim niteliğinde mi olduğudur. İkinci ihtimalin varlığı için bir iletim fiilinin varlığı ve bunun bir umuma yöneltilmiş olması kümülatif olarak aranır.

İlk unsura ilişkin FSEK, *eserin radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması* (ve yeniden yayınlanması) hareket tarzını iletim olarak tespit etmektedir (md. 25/1). Bu fiildeki tanım unsurunun, zamanı ileten kuruluş/kişi tarafından tespit edilen bir *yayın* olduğu söylenebilir.¹³⁹ İnternet temelli kullanımlar açısından daha yaygın olan ise iletimin bir diğer türevi olan *umuma erişim sağlamadır*. Bu ise *gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimini sağlamasını* temin edecek şekilde iletim fiiliyle karakterize olur (md. 25/1). İlk halde iletilen eserden yararlanmak isteyen kimsenin takip etmesi gereken ve kendi iradesiyle tekrarı mümkün olmayan dinamik bir akış (yayın akışı) söz konusuysa ikinci halde eserin statik olarak yararlanıcının istifadesine, onun tayin edeceği bir zamanda, onun talebi üzerine (*on-demand*) sunulması söz konusudur.¹⁴⁰ Yukarıda da değinildiği üzere, bulut depolama alanlarının çalışma paradigması bu ikinci halle benzerlik gösterir; eser nüshası da olabilecek dijital veriler, bulut kullanıcısının istediği yer ve zamanda ağ üzerinden erişilmek üzere depolanır. O halde esas belirleyici, bulut ortamında o nüshanın kimin/kimlerin istifadesine sunulduğu ve buna ilişkin kontrol imkanıdır.

Şahsî muhiti aşan her kitle umum anlamına gelmeyecekse de umum her halde şahsî muhitin ötesinde, aralarında kişisel bağ olmayan, görece fazla sayıda ve çoğunlukla dağınık halde bulunan, gayrimuayyen kişileri kavramlaştırır.¹⁴¹ Genel olarak

¹³⁹ **Suluk/Karasu/Nal** (2021) s. 130.

¹⁴⁰ Örneğin bir kişinin, X televizyon dizisinin 17. bölümünü, T kanalının (TV ya da internet üzerinden) yayınından izlemesi 1. Fıkradaki türden bir iletimin neticesidir. Buna karşın, X dizisinin 17. bölümünün YouTube'a yüklenmesi halinde umuma erişim sağlama söz konusudur. Bir şarkının radyoda çalınması ile Spotify üzerinden sunulması arasındaki fark da böyledir.

¹⁴¹ **Tekinalp**, s. 194.

birçok bulut depolama platformu kullanıcılarına, kendilerine ayrılan depolama alanına kimin erişebileceğini kontrol etme olanağı verir. Çoğu durumda depolama alanına yüklenen dosya varsayılan ayar itibarıyla gizlidir.¹⁴² Bu halde o nüshadan sıkı sıkıya şahsen bir istifade mümkün olduğu için umuma iletim gerçekleşmediği söylenebilir. Öte yandan, buradaki bir dijital nüshanın kolektif kullanıma konu olması, ilgili kullanıcının aktif inisiyatifi gerektirir. Bu genel olarak, üçüncü kişilerin kendilerine sağlanan bir bağlantı (link) ile seçilen içeriğe erişiminin sağlanması, e-posta veya telefon numarası gibi kişisel bir belirteç ile o içeriğe erişmeye davet edilmesi, içeriğin belirlenen şifreyle erişilebilir kılınması gibi yöntemlerle olur. Bu hallerde ise lehine erişim sağlanan kitlenin niteliği şahsî muhit teşekkül ettirecek kadar dar olabileceği gibi umum teşkil edecek kadar da genişletilebilir. Bulut depolama alanının şahsî çoğaltma ortamı olarak kullanımı, dijital eser nüshasına erişimci kitlesinin seçilmesindeki tercihin bahsedilen dar yönde kullanılmasına bağlıdır. Ayrıca bazı platformlar, umumi (*public*) erişim ayarıyla paylaşılan içeriğe, üçüncü kişilerin arama motorlarını kullanarak erişmesine olanak tanıyarak çok daha geniş bir kolektif kullanım motifine izin vermektedir.¹⁴³ Bu halde ise eserin (erişim sağlama yoluyla) umuma iletilmesi sonucunun doğacağı açıktır.

Yukarıda speküle edilen ve iletim fiilinin kullanıcı tarafından gerçekleştirilebileceği senaryoların yanında bulut depolama alanı sağlayıcısının, kullanıcı tarafından bulutta saklanan dijital eser nüshalarını, kasıtlı veya ihmali bir şekilde de iletmesi de mümkündür.¹⁴⁴ Bu halde de erişimi mümkün kılınan kitlenin umum niteliğine bağlı olarak umuma iletimin gerçekleştiğinden söz edilebile-

¹⁴² **Dropbox**, “Who can see the stuff in my Dropbox account?”, 17.09.2024 <<https://help.dropbox.com/security/file-access>> s.e.t. 27.03.2025; **Microsoft Support**, “Share OneDrive Files and Folders” <<https://support.microsoft.com/en-us/office/share-onedrive-files-and-folders-9fcc2f7d-de0c-4cec-93b0-a82024800c07>> s.e.t. 27.03.2025; **Amazon Web Services**, “Managing Access to Amazon S3 Resources”, 2024 <<https://docs.aws.amazon.com/AmazonS3/latest/userguide/access-management.html>> s.e.t. 27.03.2025.

¹⁴³ **Google Support**, “Share files from Google Drive”, 2024 <<https://support.google.com/drive/answer/2494822?hl=en&co=GENIE.Platform%3DDesktop>> s.e.t. 27.03.2025.

¹⁴⁴ **Derclaye, Estelle** (2012) “The Right of Communication to the Public in the Cloud: An EU Perspective”, ALAI Congress 2012: Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment, 2012, s. 16.

cektir. Öte yandan, son kullanıcı bu nüshaya ilişkin gizlilik tercihini şahsî muhiti aşmayacak şekilde dizayn etmişse bu kullanıcı cephesinden şahsen kullanma unsurunun tekemmül ettiği mütalaa edilmelidir.

C. BULUT DEPOLAMA ALANLARINA İLİŞKİN ABAD İÇTİHADİ

Üye ülke hukuklarının uyumlaştırılması noktasında, AB telif hukuku mevzuatının bel kemiği sayılan *InfoSoc* Direktifi'nin, çoğaltma hakkını düzenleyen 2. maddesi, “*Üye Devletlerin, herhangi bir yolla ve herhangi bir biçimde, bütünüyle veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya kalıcı çoğaltmaya izin verme veya yasaklama konusunda münhasır hak sağlayacaktır.*” yükümünü içermektedir. Bu hakka getirilen şahsî çoğaltma istisnasını düzenleyen 5(2)/b maddesi ise “*hak sahiplerinin adil bir tazminat alması koşuluyla gerçek bir kişi tarafından herhangi bir ortamda özel kullanım için ve doğrudan veya dolaylı olarak ticari olmayan amaçlarla yapılan çoğaltmalara*” cevaz vermektedir.

Şahsî çoğaltma istisnasına ilişkin md. 5(2)/b hükmünü üç farklı ön karar prosedürü (*preliminary ruling*) bağlamında yorumlayan ABAD, bulut depolama alanlarının bu kapsamda kullanılabilirliği ve bunun sınırlarına ilişkin bir dizi tespitte bulunmuştur.¹⁴⁵

*Austro-Mechana*¹⁴⁶ içtihadına konu olan uyuşmazlık esas olarak, - yukarıdaki aktarılan hüküm uyarınca- çoğaltma halinde hak sahipleri lehine kanunda öngörülen ‘adil bedel’i (*copyright levy*) konu almaktadır. Avusturya’da, müzik eserleri meslek birliği olan *Austro-Mechana*, kural olarak veri taşıyıcı cihaz ve kopyalama cihazlarını ilk kez piyasaya süren kimselerden tahsil edilen bu bedelin bulut depolama hizmet sağlayıcısı olan *Strato* firmasına da uygulanması gerektiği savıyla yargı yoluna başvurmuştur. Bu minvalde yerel mahkeme, ABAD’dan, *InfoSoc Dir.* md. 5(2) lafzında geçen ‘herhangi bir ortamda çoğaltma’ (*on any medium*) ifadesinin bulut depolama alanlarını kapsayıp kapsamadığı hususunda ön görüş talep etmiştir.

¹⁴⁵ Bahsedilen kararlara kronolojik sıralama yerine içerikleri itibariyle mantıkî sıralamaya göre değinilecektir.

¹⁴⁶ Case C-433/20 *Austro-Mechana v Strato* AG EU:C:2022:427.

Yöneltilen soruya cevaben ABAD, bir eserin bir kopyasının, bir bulut bilişim hizmetiyle bağlantılı olarak kullanıcıya sağlanan depolama alanına kaydedilmesinin, o eserin çoğaltılmasını oluşturacağı ön tespitinde bulunmuştur.¹⁴⁷ İstisnaya ilişkin md. 5(2)/b hükmünün, şahsî kullanım için kopyaların yapılmasında kullanılan veya yardım alınan cihazların karakteristik özelliklerine ilişkin spesifik bir tercih içermediğini ifade eden Divan, “teknolojik nötrlük” olarak nitelendirilen bu yaklaşımın bizatihi hukukun teknolojik gelişmelere cevap vermesini sağlama ve eserlerin kullanımı açısından ortaya çıkacak yeni yöntemleri karşılama maksadını taşıdığına dikkat çekmiştir.¹⁴⁸ Buradan hareketle, istisnanın uygulanması bakımından, eserin çoğaltılmasının, bulut bilişim hizmeti sağlayıcısı tarafından bir kullanıcıya depolama alanı sağlanan bir sunucuda gerçekleşmesiyle söz konusu çoğaltmanın o konusu kullanıcıya ait fizikî bir kayıt ortamında gerçekleşmesi arasında bir fark olmadığı ifade edilmiştir.¹⁴⁹ Ayrıca depolama hizmetinin üçüncü bir kişi tarafından sağlanıyor olması ve hatta ticari bir faaliyet olarak yapılıyor olması sonuca etki etmeyeceğini belirten Divan, salt depolama alanı sağlanmasına ilişkin bir hareket tarzının umuma iletim içermediğini tespit etmiştir.¹⁵⁰

VCAST¹⁵¹ içtihadının merkezindeki uyuşmazlık ise daha önceki bir tarihe ve görece kompleks bir iş modeline dayanmaktadır: VCAST, İngiltere’de teşekkül eden ve müşterilerinin İtalya’da karasal yayın yapan kanalların TV programlarını kaydetmelerine ve bulut ortamında saklamalarına olanak tanıyan bir platformdur. Platforma kaydolun müşteriler, bir TV programı veya bir kanaldaki belirli bir zaman aralığını seçer. VCAST daha sonra sinyali kendi anteni aracılığıyla alarak yayını, müşteri tarafından belirtilen ancak üçüncü bir tarafça sağlanan özel bir bulut depolama alanına kaydeder. Böylelikle platform kullanıcısı söz konusu programa kendi istediği bir yer ve zamanda (*on-demand*) erişip izle-

¹⁴⁷ *Austro-Mechana*, §18.

¹⁴⁸ *Austro-Mechana* § 22, 25.

¹⁴⁹ *Austro-Mechana* § 29.

¹⁵⁰ *Austro-Mechana* §23, 31.

¹⁵¹ Case C-265/16 *VCAST Limited v RTI SpA* EU:C:2017:913.

yebilir. VCAST'ın (gerçekleştirdiği bu faaliyet açısından) hukuka uygunluğun tespiti hükmü talep ettiği yerel mahkeme, bu faaliyetin şahsî çoğaltma istisnası kapsamında olup olmadığına ilişkin ABAD'dan bir ön karar talep etmiştir.

Divan, şahsî çoğaltma istisnasına ilişkin düzenlemenin, 'hak sahibinin diğer (mali ve manevî) haklarına bu çoğaltmanın gerçekleştirilmesi esnasında oluşacak tecavüzlere tolerans göstermesini anlamına gelmeyeceği' hatırlatmasıyla, çoğaltma işleminin üçüncü kişi eliyle -bir hizmet alınması şeklinde- gerçekleştirebileceği hususunun altını çizmiştir.¹⁵² Fakat Divan'ın tespitine göre eldeki uyuşmazlığın ağırlık merkezi hizmet modelinin sadece çoğaltmanın organize edilmesinin ötesinde ikinci bir fonksiyonu barındırmasıdır. Bu fonksiyon, kullanıcıların talebi doğrultusunda kaydedilmek ve onların lehine bir dijital kopya oluşturulması maksadıyla ilgili TV programlarına erişim sağlanmasıdır.¹⁵³ Pek tabî, çoğaltmadan ibaret olan ilk fonksiyon md. 5(2)/b istisnasının konusunu oluşturabilecekken, TV programlarına erişim sağlama mahiyetindeki ikinci fonksiyon *umuma iletim* çerçevesinde değerlendirilmeyi gerektirecektir. Buna ilişkin tespitte ise, yerleşik içtihadı göre, (i) kullanılan teknik araç veya işlemden bağımsız olarak, korunan eserlerin herhangi bir şekilde iletilmesi ve/veya yeniden iletilmesi sonucunu doğuran bir *iletim eyleminin* varlığı; (ii) bu eylemin, belirsiz -fakat görece fazla- sayıda kişiden oluşan bir potansiyel alıcı kitlesi anlamına gelen *umuma* yöneltilmiş olması; (iii) bunun ilk iletimden farklı bir teknik yöntemle iletilmesi *veya* eser sahibinin (rızaî gerçekleştirdiği) ilk iletim itibarıyla tasavvur etmediği bir *yeni umuma* iletilmesi şartları aranmaktadır.¹⁵⁴ Eldeki uyuşmazlıkta, hizmet sağlayıcının yayınlanan programları kaydetmesi ve bunları internet aracılığıyla müşterilerine sunması, kullanıcıların bu anlamda 'umum' teşkil ettirmesi ve ilk iletim ile VCAST'ın gerçekleştirdiği iletimin farklı iletim yöntemlerine dayanması bir 'umuma iletim' fiiline vücut vermektedir. Netice-

¹⁵² VCAST § 34, 35.

¹⁵³ VCAST § 37, 38.

¹⁵⁴ Bu koşullara ilişkin bkz. Case C-306/05 SGAE v Rafael Hoteles SA, EU:C:2006:764; Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchup Ltd, EU:C:2013:147; Case C-466/12 Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB, EU:C:2014:76; Case C-117/15 Reha Training v GEMA, EU:C:2016:379.

ten, TV programlarını, kullanıcılarının talebi üzerine onların bulut depolama alanlarına kaydeden ve bu kaydetme kısmında aktif olarak dahil olan hizmet sağlayıcısının fiilinin çoğaltma istisnası kapsamında olamayacağı gibi, -bir umuma iletim türü olarak- umuma erişim sağlama hakkını da ihlâl edeceğine hükümlenmiştir.¹⁵⁵

Ocilion IPTV¹⁵⁶ içtihadında da VCAST uyuşmazlığına benzer bir bulut tabanlı dijital iş modeli test edilmiştir. Bu hizmet kapsamında, davacı *Seven.One*'in iletim ve yeniden iletim haklarına sahip olduğu televizyon programları, bahsedilen operatörlerin son kullanıcılarına internet üzerinden, canlı yayın televizyonu ve talep üzerine erişim (*on-demand access*) gibi yöntemlerle sunulmaktadır. Bu ağ operatörlerinden biri olan davalı *Ocilion* ayrıca, TV programlarının bulut temelli bir çevrimiçi video kaydı hizmetiyle ilk yayından yedi gün sonrasına kadar bu içerikler için bir tekrar oynatma/yakalama işlevini sağlamaktadır.

Sunduğu hizmetin, her son kullanıcının kendi inisiyatifiyle ve kendi programlaması temelinde televizyon programlarını tekrar oynatmasını sağlayan bir araç sağlamaktan ibaret olduğu savunmasını ileri süren *Ocilion* bunun şahsi bir çoğaltma olduğu ve istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir.¹⁵⁷ Buna karşılık, önceki içtihadına uygun olarak, eserlerin bulut bilişim hizmeti sağlayıcısı tarafından bir kullanıcıya depolama alanı sağlanan bir sunucuda kopyalarının özel amaçlar için kaydedilmesinin mümkün olduğunu yineleyen Divan,¹⁵⁸ burada ilk kullanıcı tarafından oluşturulan kopyanın, o hizmet sağlayıcısı tarafından sağlanan araçları kullanarak, içeriği görüntülemek isteyen son kullanıcılar için kullanılabilir hale getirilmesini sağlayan bir tekniğe dayandığını vurgulamış ve dolayısıyla burada da bir çift fonksiyonluluk tespit etmiştir.¹⁵⁹ Buna bağlı olarak, *Ocilion* tarafından sunulan ve korunan bir eserin

¹⁵⁵ VCAST § 54.

¹⁵⁶ Case C-426/21 *Ocilion IPTV Technologies GmbH v Seven.One Entertainment Group GmbH and Puls 4 TV GmbH & Co. KG* [2023] ECLI:EU:C:2023:99.

¹⁵⁷ *Ocilion IPTV* § 40.

¹⁵⁸ *Ibid* § 29.

¹⁵⁹ *Ibid* § 44.

belirsiz sayıda alıcıya ticari amaçlarla yeniden üretilmesine erişim sağlayan bir hizmetin, şahsî kopyalama istisnası kapsamında olmadığına hükmetmiştir.¹⁶⁰

Üç içtihat birlikte okunduğunda, (i) bulut depolama alanlarının şahsî çoğaltma ortamı olarak kullanılmasının mümkün olduğu; (ii) depolama alanının üçüncü bir kişi tarafından, bir hizmet olarak sağlanıyor olmasının bu sonucu değiştirmeyeceği; (iii) depolama alanı sağlanmasındaki iş modelinin umuma iletim niteliğinde olamayacağı; (iv) çoğaltmaya konu olacak içeriğin (bir önceki aşamada) bulut hizmet sağlayıcısı tarafından temin edilmesi halinde artık umuma iletim hakkının haleldar olacağı, dolayısıyla artık md. 5(2)/b anlamında meşruiyet kazanmayacağı önermelerine ulaşılmaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇLAR

Yukarıdaki tartışmalar ışığında, fikir ve sanat ürünlerinin şahsî kullanım amacıyla çoğaltılması istisnasının AB maddi hukuku ve bunun temel enstrümanı olan *InfoSoc* Direktifi nezdinde nispeten geniş ve yoruma açık hatlarla tespit edildiğini ve bu hatların, belirli hususlarda, ABAD içtihatlarıyla keskinleştirildiğini mütalaa etmiş olduk. Maddi hukuk nezdinde sağlanan bu esnekliğin içtihadî düzlemde kesinlik kazandırdığı hususlardan biri de şahsî kopyaların bulut depolama platformlarında saklanabileceği ve bunun -kategorik olarak- umuma iletim olarak nitelendirilemeyeceğidir.

Öte yandan Türk hukuku cephesinde gerek yasal gerekse içtihadî zeminin, şahsî çoğaltma istisnasının kapsam ve sınırlarını açıklığa kavuşturacak şekilde tekemmül ettiğini söylemek güçtür.¹⁶¹ O kadar ki, bulut depolama platformlarında olduğu, gibi geleneksel olmayan kullanımlar ekseninde doğrudan bir sonuca varabilmek şöyle dursun, zikredilen istisnanın umumi hatlarının FSEK md. 38/1 nezdinde belirlenmesi dahi oldukça güçtür. AB hukuk düzeninde ana hatlarıyla cevap bulan bu soruya FSEK çerçevesinde de benzer cevabın verilebilmesine ilişkin mülahaza, -FSEK düzenlemesinin münferit tahliline ek olarak- iki norm arasında bir mukayeseyi de gerektirir.

¹⁶⁰ Ibid § 45.

¹⁶¹ *Suluk/Karasu/Nal* (2021) s. 104; *Özta*n s. 476.

Gerek çoğaltmanın lehtarını ‘şahsen kullanma’ hareket tarzı ve dolayısıyla şahsî bir alanla tespit eden FSEK düzenlemesi gerekse ‘özel kullanım’ (*private use*) ibaresine yer veren *InfoSoc* düzenlemesi, bu hususta daha keskin bir alan tespit etmekten imtina etmektedir. Buna ilişkin kapsam içtihat hukukunca da tahkim edilmiş değildir. Bununla birlikte her iki hukukî zeminde de istisnanın konusunun ticari bir kullanımdan kat’i bir şekilde ayrık tutulduğu apaçıktır.

İzin verilebilir kopya sayısına ilişkin her iki hukukî çerçevede de bir düzenleme bulunmazken, bu hususun gerek şahsî kullanımın (*InfoSoc* itibarıyla özel kullanımın) tespitinde gerekse kâr amacı gütmeme (*InfoSoc* itibarıyla doğrudan ya da dolaylı olarak ticari olmama) kıstasının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerekir. Zira salt günlük hayat tecrübesiyle bile kopya sayısı arttıkça eserin ticari kullanımı ihtimalinin de güçlendiği veya ticari kullanım olmasa dahi kopya sayısı arttıkça telif hakkı sahibinin umulan malî kazancının çerçevesinin daralacağı söylenebilir. Fakat tıpkı AB mevzuatı ve ABAD içtihatlarında olduğu gibi hukukumuzda da bir ticari miktar (*commercial quantity*) eşiği objektif olarak belirlenmiş değildir. Şüphesiz, bu eşiğin dijital alanda tespiti ise bir kat daha güçtür.¹⁶² Kanaatimizce, birbiriyle ilintili tüm bu hususların tespiti ancak her somut uyumsuzluk özelinde, şahsî çoğaltmanın ne ölçüde eser sahibinin normal ekonomik pazarını daralttığı ve sair malî/manevî menfaat alanına ne ölçüde halel getirdiğine ilişkin (yani üç adım testinin ikinci ve üçüncü ayakları bağlamında) bir tahlille tespit edilmelidir.

Öte yandan iki hukuk düzeni bir dizi farklılığı da ihtiva etmektedir. İlk olarak, şahsî çoğaltmanın ‘herhangi bir ortamda’ yapılabileceğine ilişkin açık ifadeye yer veren AB düzenlemesinden farklı olarak FSEK, lafzıyla bu konuya doğrudan değinmemektedir. Fakat FSEK md. 38/1 anlamındaki ‘çoğaltma’ hareket tarzının, münhasır çoğaltma hakkını düzenleyen md. 22’deki ‘çoğaltma’ ile özdeş olduğu değerlendirildiğinde iki hukuk düzeni arasındaki bu nüansın sonuca etkili olmadığı savunulabilir. İkinci olarak, kaynak nüshanın hukuka uygunluğu

¹⁶² **Poort, Joost/Quintais, João Pedro** (2013) “The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copyright Levies”, *J Intell Prop Info Tech & Elec Com L*, S. 4, ss. 205-225, s. 208.

meselesi AB uygulamasında içtihadî bir koşul olarak tanınmışsa da FSEK cephesinde buna ilişkin açık bir hüküm ya da tespit bulunmamakta, bu koşul yalnızca öğretide dile getirilmektedir. Her halde, iki hukuk düzeninde de ‘kaynak nüshanın hukuka uygun elde edilmiş olması’ndan ne anlaşılması gerektiğine noktasında kesinlik yokken, açıkça hukuka aykırı kaynaktan mamul kopyaların, eserden normal yararlanma ve eser sahibinin menfaatine makul ölçünün ötesinde halel getirmeme kıstaslarına takılacağı mütalaa edilmelidir.

Genel manzarayı bu şekilde tespit ettikten sonra, FSEK’in şahsi çoğaltma istisnasını düzenleyen 38/1. maddesi bağlamında ve bulut depolama platformları özelinde, yukarıda tahlil edilen ABAD kararlarının da destekleyeceği şekilde, aşağıdaki varsayımlarda bulunmanın mümkündür:

- Çoğaltmadaki araçsallık noktasında nötr bir düzenlemeyi tespit eden ‘herhangi bir ortamda’ ifadesi bulut depolama alanlarını da kapsar.
- Bulut depolama alanının üçüncü bir kişi (bulut hizmet sağlayıcısı) tarafından sunuluyor olması ve hatta bunun ticari bir faaliyet olarak yapılıyor olması, kullanıcı cephesinden sonuca etki etmez.
- Fakat çoğaltmaya konu olan içeriğe erişimin bulut hizmet sağlayıcısı tarafından temin ettiği durumda şahsî çoğaltmadan söz edilemeyecektir.
- Zira yukarıdaki halde, bu içeriğin bulut platformu tarafından kullanıcılarına sunulması söz konusudur; bu kullanıcı kesiminin ‘umum’ teşkil ettirdiği ölçüde umuma iletim hareket tarzı söz konusu olacaktır. Şahsî çoğaltma istisnası ise izinsiz bir umuma iletimi meşrulaştırmaz.
- Bu itibarla VCAST uyuşmazlığına konu TV programlarının bulut depolama kullanıcılarının kendileri tarafından doğrudan temin edildiği faraziyesinde ABAD’ın farklı bir sonuca ulaşacağı öngörülebilir.
- Aynı doğrultuda, depolanan içeriğe erişimin bulut hizmet sağlayıcısı tarafından temin edilmediği hallerde dahi, ilgili depolama alanına internet üzerinden erişimi mümkün kılınan kitle bir umum oluşturmaktaysa yine şahsî çoğaltmadan söz edilemeyecektir.

- Öte yandan bulut depolama alanında şahsî bir dijital nüsha bulunduran kullanıcının, bu alanı kendi şahsî muhitiyle -yani aralarında son derece sıkı şahsî bağlarım mevcut olduğu sınırlı sayıdaki kişilerle- mahdut kimselerle kullanması, bunlar lehine erişim sağlaması, istisnadan yararlanamayacağı anlamına gelmez.
- Bu halde bulut servis sağlayıcısının fonksiyonu yalnızca saklama alanı sağlamak olmalıdır.
- Her halükârda, bulut depolama alanlarının internet tabanlı bir kullanımı içermesi, burada saklanan nüshaların kategorik olarak umuma iletildiği sonucuna götürmemelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, şahsî kopyalama istisnasını ‘adil bir bedelin ödenmesi’ şartına bağlamayan FSEK md. 38/1, şahsen kullanma şartının ve buna bağlı olarak kurum içi ya da kollektif mesleki kullanımın değerlendirilmesinde dar bir yorumu gerektirmektedir. Aynı doğrultuda, hususî ya da özel kullanım yerine şahsen kullanıma işaret edildiği nispette, yasa hükmünün lafzî yorumunun da istisna kapsamının dar tutulması gerekliliğine işaret ettiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Abruzzi, Bradley F.** (2010) “Copyright, Free Expression, and the Enforceability of “Personal Use-Only” and Other Use-Restrictive Online Terms of Use”, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, S. 26 ss. 85-140.
- Amazon Web Services**, “Managing Access to Amazon S3 Resources”, 2024 <<https://docs.aws.amazon.com/AmazonS3/latest/userguide/access-management.html>> s.e.t. 27.03.2025.
- Arslanlı, Halil** (1954) Fikri Hukuk Dersleri - II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Ateş, Mustafa** (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, Seçkin.
- Ayiter, Nüşin** (1972) Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Ayiter, Nüşin** (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Belgesay, Mustafa Reşit** (1956) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, M. Sıralar Matbaası.
- Beydoğan, Osman Buğra** (2023) “İnhisari Çoğaltma Hakkı ve Bu Hakkın FSEK 38/1. Madde Anlamında Şahsî Kullanıma İlişkin Tahdidi”: DEKMEB, Yayıncılıkta Dijital Dönüşüm & Basılı ve Dijital Yayıncılıkta Telif Hakkı İhlalleri Sempozyumu, ss. 129-158.
- Bozbel, Savaş** (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Bozgeyik, Hayri** (2015) “Telif Hukukunda Eğitim İstisnası”, TFM, C. 1, S. 2, ss. 23-36.
- Bozgeyik, Hayri** (2023) Mimaride Telif Hakları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çakır Çelebi, Fatma Betül** (2022) “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımların Satışının Değerlendirilmesi”, AHBVÜHFD, C. 27, S. 4, ss. 129-165.
- Czernik, Ilja** (2006) “Die digitale Privatkopie im Fokus - Ist wirklich nur das Original legal?”, StudZR, S. 1, 132-135.
- Derclaye, Estelle** (2012) “The Right of Communication to the Public in the Cloud: An EU Perspective”, ALAI Congress 2012: Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment, 2012.
- Dolcerocca, Antoine/Coriat, Benjamin** (2016) “Commons and the Public Domain: A Review Article and a Tentative Research Agenda”, Rev Radic Polit Econ, C. 48, S. 1, ss. 127-139.
- Doria, Avri/ Kleinwächter, Wolfgang** (2008) Internet Governance Forum (IGF): The First Two Years, United Nations, New York, United Nations.

- Dropbox**, “Who can see the stuff in my Dropbox account?”, 17.09.2024 <<https://help.dropbox.com/security/file-access>> s.e.t. 27.03.2025.
- Erdil, Engin** (2013) İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Erel, Şafak N.** (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, Yetkin.
- Fishchman-Afori, Orit** (2011) “The Evolution of Copyright Law and Inductive Speculations as to Its Future” J Intell Prop L, S. 19, ss. 231-259.
- Fishman, Joseph P.** (2017) “Honest Copying Practices”, Notre Dame L Rev, S. 93, ss. 267-294.
- Foster, Ian/Zhao, Yong/Raicu, Ioan/Lu, Shiyong** (2008) “Cloud Computing and Grid Computing 360-Degree Compared”, 2008 Grid Computing Environments Workshop, ss. 1-10.
- Furuncu, Evrim/Soğukpınar, İbrahim** (2015) “Scalable Risk Assessment Method for Cloud Computing Using Game Theory”, Computer Standards & Interfaces, S. 38, ss. 44-55.
- Geiger, Christophe/ Schönherr, Franciska/Stamatoudi, Irini/ Torremans, Paul** (2021) “The Information Society Directive”: Stamatoudi, Irini/Torremans, Paul (Editörler), EU Copyright Law, 2. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Geiger, Christophe/Gervais, Daniel J./Senfleben, Martin** (2015) “Understanding the “Three-Step Test”: Gervais, Daniel J., International Intellectual Property, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Gervais, Daniel J.** (2005) “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, Marq Intell Prop L Rev, S. 9, ss. 1-35.
- Gervais, Daniel J.** (2005) “Use of Copyright Content on the Internet: Considerations on Excludability and Collective Licensing”: Geist, Michael (Editör), In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law, Toronto, Irwin Law, ss. 526-531.
- Gervais, Daniel J./Hyndman, Daniel J.** (2012) “Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy”, J Telecomm & High Tech L, S. 10, ss. 53-92.
- Ginsburg, Jane C.** (2002) “From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in US Copyright Law”, J Copyright Soc’y USA, S. 50, ss. 113-131.
- Goldstein, Paul/Hugenholtz, P. Bernt** (2019) International Copyright: Principles, Law, and Practice, 4. Baskı, Oxford, OUP.

- Google Support**, “Share files from Google Drive”, 2024 <<https://support.google.com/drive/answer/2494822?hl=en&co=GENIE.Platform%3DDesktop>> s.e.t. 27.03.2025.
- Hayes, Brian** (2008) “Cloud Computing”, *Communications of the ACM*, C. 51, S. 7, ss. 9-11.
- Helberger, Natali/ Hugenholtz, P. Bernt** (2007) “No Place like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law”, *Berkeley Tech LJ*, S. 22, ss. 1061-1098.
- Helvacı, Serap/Atar, Eray A.** (2016) “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, ss. 1289-1302.
- Hırş, Ernst** (1948) *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara, Ar Basımevi.
- Holyoak, Helen/ Torremans, Paul** (2013) *Intellectual Property Law*, 7. Baskı, Oxford, OUP.
- Iuliano, Jason** (2011) “Is Legal File Sharing Legal: An Analysis of the Berne Three-Step Test”, *Va J L & Tech*, S. 16, ss. 464-510.
- Jaeger, Paul T./Lin, Jimmy/Grimes, Justin M.** (2008) “Cloud Computing and Information Policy: Computing in a Policy Cloud?”, *JITP*, C. 5, S. 3, ss. 269-283.
- Jansen, M.** (2006) “The Protection of Copyright Works on the Internet-An Overview”, *Comp & Intl LJ Southern Afr*, C. 38, S. 3, ss. 344-354.
- Karaaslan, Pelin** (2022) “Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması”, *TFM*, C. 8, S. 1, ss. 29-49.
- Kaya, Arslan** (2012) “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?": Kaya, Arslan, *Makalelerim - I*, İstanbul, Beta, ss. 355-380.
- Khmelevsky, Youry/Voytenko, Volodymyr** (2010) “Cloud Computing Infrastructure Prototype for University Education and Research”: *Proceedings of the 15th Western Canadian Conference on Computing Education*, ss. 1-5.
- Koutras, Nikos/Rigby, Haydn** (2022) “A Scientific Analysis of the Three-Step Test: Through the Lenses of International and Australian Laws”, *Publishing Research Quarterly*, C. 38, S. 3, ss. 503-518.
- Krelja, Elena/Rako, Sabina/Tomljanović, Jasminka** (2013) “Cloud Computing in Education and Student’s Needs”: *Biljanović, Petar, MIPRO 2013*, ss. 856-861.
- Kwall, Roberta Rosenthal** (2006) “Library Reproduction Rights for Preservation and Replacement in the Digital Era: An Author’s Perspective on § 108”, *Columbia J L & Arts*, C. 29, S. 3, ss. 343-360.

- Leistner, Matthias** (2021) “Die Zukunft der Privatkopie im Netz-Beispiele und Perspektive- Warum die gesetzlich vergütete Privatkopie auch im Rahmen der neuen digitalen Nutzungsformen im Netz ihre Bedeutung behält”, *Computer und Recht*, C. 37, S. 2, ss. 73-87.
- Litman, Jessica** (1992) “Copyright and Information Policy”, *Law & Contemp Probs*, S. 55, ss. 185-209.
- Liu, Allan/Yu, Ting** (2018) “Overview of Cloud Storage and Architecture”, *International Journal of Scientific & Technology Research*, S. 1, ss. 1-3.
- Mell, Peter/Grance, Timothy** (2011) “The NIST Definition of Cloud Computing”, *National Institute of Standards and Technology, NIST Special Publication 800-145*.
- Mezei, Peter** (2018) *Copyright Exhaustion*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Microsoft Support**, “Share OneDrive Files and Folders” <<https://support.microsoft.com/en-us/office/share-onedrive-files-and-folders-9fcc2f7d-de0c-4cec-93b0-a82024800c07>> s.e.t. 27.03.2025.
- Öztan, Fırat** (2008) *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Peters, Marybeth** (2006) “The Challenge of Copyright in the Digital Age”, *Rev Prop Immaterial*, S. 9, ss. 59-67.
- Poort, Joost/Quintais, João Pedro** (2013) “The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copyright Levies”, *J Intell Prop Info Tech & Elec Com L*, S. 4, ss. 205-225.
- Quintais, João Pedro** (2015) “Private Copying and Downloading from Unlawful Sources”, *IIC-Intl Rev Intell Prop & Competition L*, C. 46, S. 1, ss. 66-92.
- Quintais, João Pedro** (2017) “Rethinking Normal Exploitation: Enabling Online Limitations in EU Copyright Law”, *AMI-Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht*, S. 6, ss. 197-205.
- Senftleben, Martin** (2011) “Trade Mark Protection- A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, *IIC*, C. 42, S. 4, ss. 383-387.
- Seville, Catherine** (2009) *EU Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Stamatoudi, Irini/ Torremans, Paul** (2021) *EU Copyright Law: A Commentary*, 2. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Suluk, Cahit** (2021) “Dijital Telif Hakları” *TFM*, C. 7, S. 2, ss. 177-179.
- Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/Nal, Temel** (2021) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/Nal, Temel** (2024) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tekinalp, Ünal** (2012) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- Turan, Metin** (2019) *Bulut Bilişim*, Ankara, Seçkin.
- Ukai, Yasuharu** (2013) “Research Note: The Paradox of Cloud Computing in Japan”, *The Review of Socionetwork Strategies*, S. 7, ss. 53-61.
- van Eechoud, Mireille** (2009) *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.
- Vaquero, Luis M./Rodero-Merino, Luis/Caceres, Juan/Lindner, Maik** (2008) “A Break in the Clouds: Towards a Cloud Definition”, *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, C. 39, S. 1, ss. 50-55.
- von Lewinski, Silke** (2008) *International Copyright Law and Policy*, Oxford, OUP.
- Voorsluys, William/Broberg, James/Buyya, Rajkumar** (2011) “Introduction to Cloud Computing”: Rajkumar Buyya, Broberg, James/Goscinski, Andrzej (Editörler), *Cloud Computing: Principles and Paradigms*, New Jersey, Wiley, ss. 3-42.
- Weinman, Joe** (2011) “Network Implications of Cloud Computing”: 2011 Technical Symposium at ITU Telecom World (ITU WT), ss. 75-81.
- WIPO** (1971) *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, June 11 to July 14, 1967, Geneva, WIPO.
- World Intellectual Property Organization** (1978) *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, Geneva, WIPO.
- World Intellectual Property Organization** (2017) *International Survey on Private Copying Law & Practice 2016*, Geneva, WIPO.
- Wu, Jiyi/Ping, Lingdi/Ge, Xiaoping/Wang, Ya/Fu, Jianqing** (2010) “Cloud Storage as the Infrastructure of Cloud Computing”: *Proceedings of the International Conference on Intelligent Computing and Cognitive Informatics*, ss. 380-381.
- Xu, Dong** (2010) “Cloud Computing: An Emerging Technology”, *International Conference on Computer Design and Applications* vol. 1, IEEE, 2010.
- Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi** (2014) *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, 1. Cilt, Ankara, Seçkin.
- Zuo, Xiangbin/Ding, Huanhuan** (2020) “Research on Digital Copyright Infringement Based on Cloud Computing Environment”, *J Phys: Conf Ser IOP Publishing*, C. 1607, S. 1, ss. 1-8.